

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

تحت إشراف:

أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالبة:

صديق سهام

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ،	- بدران مراد
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ،	- تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ،	- دايم بلقاسم

السنة الجامعية 2012-2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

أحمد الله عزوجل الذي أنعم علينا بنعمة العقل، وأن أمدني بالعزيمة والإرادة لإتمام هذا العمل.

ثم أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم إمتناني إلى الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي على تكرمه بالإشراف على هذه المذكرة، وتقديمه لي النصيحة والمشورة، ومنحه لي من علمه ووقته الثمين ما يعجز القلم عن الوفاء به.

كما أتوجه بالشكر إلى الأستاذ الدكتور بدران مراد، والأستاذ الدكتور دايم بلقاسم على قبولهم مناقشة هذه المذكرة، وتحملهم عناء قراءتها، فلهم مني عظيم شكري وإمتناني. وفي الأخير لا يفوتني أن أتقدم بالشكر والعرفان لكل من ساعدني في إعداد هذا البحث.

إهداء

إلى من قال الله عزّ وجلّ فيهما "وبالولدين إحسان" أطال الله في عمرهما وحفظهما.

إلى إخواني وأخواتي.

إلى كل أفراد عائلتي الكبيرة.

إلى روح الأستاذ "بن حمو عبد الله" رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

إلى جميع صديقاتي وزميلاتي.

إلى أساتذة وموظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبوبكر بلقايد تلمسان.

إلى الصغير "حسام عبد الرحمن".

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع.

قائمة بأهم المختصرات:

1- باللغة العربية:

ب.ب.ن : بدون بلد النشر

ب.د.ن : بدون دار النشر

ب.س.ن : بدون سنة النشر.

ج.ر : الجريدة الرسمية .

ص : الصفحة .

ط : الطبعة.

ع : العدد.

غ.إ : الغرفة الادارية .

2- باللغة الفرنسية :

C.C.I: Chambre de Commerce International.

éd: édition.

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit de jurisprudence

N : Numéro.

Op. cit: opios citatos.

O.P.U : Office des publications Universitaires.

P.: Page.

Rev.: Revue.

Rev.arb: Revue d'arbitrage.

T : Tome .

مقدمة

إن تحول المجتمعات الإنسانية إلى التنظيم والاحتكام إلى القواعد العامة والمجردة التي تطبق بنفس الشكل في كل الحالات المشابهة داخل كيان الدولة، وفي هذا الإطار نشأت نظرية "دولة القانون" وهي متعلقة بأصل الدولة ومصدر السلطة فيها، حيث ساهم وصف "دولة القانون" في إلزام الدولة بالخضوع لقواعد القانون بمفهومه الواسع، وإعطاء دور فعال للجهاز القضائي في أعمال الرقابة على احترام هذا الالتزام¹.

فإذا كان اللجوء إلى القضاء مكرسا بموجب معظم دساتير العالم، ومن بينها الدستور الجزائري لسنة 1996، إذ نصت المادة 2/140 منه على أنه: "الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع، ويجسده احترام القانون". إلا أنه مع تطورات متطلبات الحياة وما ترتب عليها من تعقيدات في المعاملات القانونية، وهو ما جعل الجهاز القضائي غير قادر على التصدي لجميع النزاعات بشكل منفرد، مما أدى إل نشوء الحاجة إلى آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في الجهات القضائية.

وفي هذا الصدد ظهر مصطلح "الطرق البديلة لحل النزاعات" أو ما يعرف "الوسائل البديلة لحل النزاعات" ويقابله باللغة الفرنسية مصطلح "Des modes alternatives de règlement des litiges". ويمكن تعريفها على أنها: "الطرق غير القضائية لحل النزاع، والتي يتم بموجبها الفصل في النزاع خارج المحكمة، وهي متعددة منها: الصلح والوساطة والتحكيم والمفاوضات والتوفيق والمحكم المصغرة والتقييم الحيادي المبكر"².

أو في تعريف آخر لها فهي: "تلك الطرق غير القضائية لحل النزاعات، والتي يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج المحكمة"³.

(1) أنظر، أنيس فيصل قاضي، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الإحوة منتوري- قسنطينة، الجزائر، 2009-2010، ص.02.

(2) أنظر، عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.02، ط1، دار كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص.353.

(3) أنظر، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص.17.

ولقد عرفت هذه الطرق البديلة اهتماما متزايدا على مختلف الأنظمة القانونية والقضائية وذلك لما شهده العالم منذ منتصف القرن الماضي من تغييرات في الفكر القانوني والاقتصادي، وما جعلها في الوقت الحاضر تلعب دورا مؤثرا على صعيد التقاضي، فكان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد إطار قانوني ملائم يضمن لهذه الطرق آليات لتطبيقها، لتكون بذلك أداة فعالة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق، ويتم ذلك عن طريق تقنينها وبالتالي ادخالها في المنظومة التشريعية للدولة.

وقد سائر المشرع الجزائري التشريعات المقارنة ، فقد أخذ بمصطلح "الطرق البديلة لحل النزاعات" بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، فقد اكتفى بتحديد هذه الطرق وتنظيمها دون التطرق إلى تعريفها في الكتاب الخامس منه والمعنون بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات"² والذي تضمن 71 مادة، فمن خلال عدد هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري أعطى لهذه الطرق أهمية قانونية بالغة، والتي تعتبر من الأمور المستحدثة التي أتى بها القانون، وهذا ضمن مشروع "إصلاح العدالة".

فنجد في الكتاب الخامس - أعلاه - مواد تتضمن إجراءات كان جاري العمل بها، وبمقابل ذلك نجد هناك عدة مواد يغلب عليها عنصر الاستحداث مقارنة بما كان معمول به سابقا³.

ولقد حصر المشرع الجزائري هذه الطرق في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في كل من الصلح والوساطة والتحكيم وهو على خلاف ما كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، فإن كان المشرع قد أخذ ببعض الطرق الودية لحل النزاعات لكن دون تجميعها تحت عنوان واحد، فقد نص عليها في مواد متفرقة من القانون أعلاه، حيث نجد أنه نص على التحكيم في الكتاب الثامن منه والمعنون بـ " في التحكيم" من المواد من 442 إلى 458 مكرر 28، كما نص على الصلح ضمن الكتاب الثاني والمتعلق بـ "في الإجراءات أمام المحاكم" وذلك بمقتضى المادة 17 منه، وكذلك في الكتاب الثالث منه والمعنون بـ "الإجراءات المتبعة أمام المجالس القضائية" حيث نص على الصلح في المادة الإدارية بموجب المادة 169-3 منه.

(1) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر لسنة 2008، ع. 21.

(2) حيث تم تقسيم هذا الكتاب إلى بابين، إذ يتعلق الباب الأول منه بـ "في الصلح والوساطة"، أما الباب الثاني فتطرق إلى "في التحكيم".

(3) أنظر، عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 02، منشورات بغداد، الجزائر، 2009، ص. 09.

و بمقابل ذلك نجد أن الأعراف الجزائرية تجنح إلى الطرق الودية لحل النزاعات، ويظهر ذلك جليا في الأرياف على وجه الخصوص أين يعلب النسق القرابي داخل البناء الاجتماعي دورا مهما على جميع المستويات الاقتصادية والسياسية والثقافية، ففي منطقة القبائل مثلا يقوم مجلس القرية من الأعيان بتسوية النزاعات بالطرق الودية في منطقة تدعى "تاجمعت"، وهذا كنتيجة منطقية لفكرة التضامن التي تبني عليها علاقة أفراد العرش الواحد¹ والتي تركز على أساس الدم، وهو ما عبر عنه ابن خلدون "بالعصبية"².

ولا شك أن بتكريس المشرع لهذه الطرق الودية، يكون قد أخذ بعين الاعتبار هذه العوامل الاجتماعية، إضافة إلى العوامل الاقتصادية والمتمثلة في تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي، دون نسيان العوامل القانونية. فبأخذه هذه الطرق يكون قد ساير التشريعات المقارنة³ التي سبقته في ذلك وهذا في ظل "عولمة التشريعات القانونية"⁴.

فدخول هذه الطرق البديلة إلى حيز الجانب التطبيقي منذ أكثر من أربع سنوات بالشكل الذي نص عليه تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، فمن خلال هذه الفترة القصيرة يمكن القول أن لا يزال أمامها آفاق قانونية واسعة لتأخذ دورها لحل النزاعات إلى جانب القضاء.

وتأخذ هذه الطرق البديلة أهميتها القانونية، نظرا لفوائدها الكثيرة نذكر منها:

- إذ أن الأخذ بهذه الطرق من شأنها أن تواجه مشكلة تراكم القضايا، وهو ما يظهر بوضوح في الأزمة الحالية التي يعيشها القضاء الجزائري نتيجة الكم الهائل للقضايا المطروحة أمامه للفصل فيها، وهو ما أدى به إلى عجز عن القيام بأداء مهمته على أكمل وجه. فقد أدت الكثرة الهائلة للقضايا المتداولة إلى نتيجتين على قدر كبير من الخطورة وهما:

(1) أنظر، محمد أمقران بوشير، النظام القضائي الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص.64.

(2) أنظر، عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق محمد محمد تامر، ط01، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، 2005، ص. 123-126.

(3) كالتشريع الفرنسي و التشريع المغربي وكذلك التشريع اللبناني.

(4) أنظر، عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، مجلة فصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، أبريل 2009، ع02،

ص.22.

• فتمثل الأولى: في البطء الشديد في الفصل في النزاعات إلى حد يمكن القول أنه بالنسبة لبعض القضايا التي يطول أمدها، أن اليأس من العدالة كثيرا ما تمتلئ به نفوس المتقاضين، وهو ما يعرف بظاهرة "البطء في التقاضي".

• أما الثانية: فتكمن في السرعة التي يتم بموجبها استعراض القضايا في الجلسة الواحدة، والذهاب إلى تأجيلها لأبسط الأسباب.

بالإضافة إلى ذلك فإن النظام القضائي يعاني من عدم فاعلية الأحكام والقرارات الصادرة عنه¹، فبعد المعاناة التي يتحملها الأطراف أمام درجات التقاضي المختلفة، فسرعان ما يكتشف طالب التنفيذ أن هذا الحكم هو مجرد ورقة. وعليه أن يبدأ خصومة جديدة و متمثلة في "خصومة التنفيذ" والتي تستخدم خلالها أساليب التحايل لتعطيل تنفيذ الحكم أو القرار القضائي تحت ستار "اشكالات التنفيذ"، الأمر الذي يترتب عليه استغراق الخصومة وقتا اضافيا، قد يصل إلى سنوات.

- كما تؤدي الطرق البديلة لحل النزاعات إلى توفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم، وذلك من خلال انمائها للنزاع في مراحله الأولى².

- تتسم إجراءات الطرق البديلة بالمرونة والبساطة، مع إعطاء الأطراف دورا فعالا في سيرها. وفي الوصول إلى حل ودي للنزاع.

- بالإضافة إلى ذلك تكفل الطرق البديلة لحل النزاعات الحفاظ على خصوصية وسرية النزاع القائم بين الأطراف، مما يساهم في الحفاظ على العلاقات المستقبلية فيما بينهم، في حين أن إجراءات التقاضي أمام القضاء تتم في جلسات علنية.

- ويؤدي الأخذ بهذه الطرق إلى خلق بيئة استثمارية جاذبة، إذ أصبح المستثمر الأجنبي يشترط لإبرامه عقود استثمار في دولة ما الاعتماد على الطرق الودية لحل النزاع الذي

(1) أنظر، شفيقة بن صاولة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية - دراسة مقارنة-، دارهوم، الجزائر، 2010، ص.216.

(2) أنظر، فرح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.07.

ينشأ عن تنفيذ هذا العقد قبل اللجوء إلى القضاء الوطني¹، وذلك خشية افتقاد هذا الأخير لحياذده، أو تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام قضائها².

ونظرا للأهمية القانونية لهذه الطرق البديلة، فبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري سمح باللجوء إليها لحل ليس التزاعات العادية فقط بل أيضا التزاعات الإدارية.

فالبحث عن الطرق البديلة لحل التزاعات الإدارية يجد مبرراته بالنظر إلى الصعوبات التي تواجه الجهات القضائية الإدارية في الاطلاع بهذه المهمة. إلا أن الاعتماد على هذه الطرق في المجال الإداري يتميز بصعوبة خاصة³، نظرا لكون أن القانون الإداري من خصائصه أنه ذو طابع قضائي⁴، إذ ساهم خاصة القضاء الفرنسي ممثل في مجلس الدولة في لعب دورا رائدا في إظهاره إلى حيز الوجود، والذي رفض بدوره تطبيق قواعد القانون الخاص على التزاعات الإدارية، الأمر الذي جعله يجتهد مما ترتب على ذلك ارساء قواعد قانونية من عدم، و التي حرص من خلالها على الموازنة بين المصلحة العامة أي حقوق الإدارة وسلطاتها من جهة، وحقوق الأفراد من جهة أخرى⁵.

وفي هذا الصدد، يتمتع القاضي الإداري بعدة سلطات لإعادة التوازن بين أطراف النزاع الإداري، وهذا لكونهم في مركز قانوني غير متساوي، إذ تكون الإدارة في مركز قانوني أسمى من المركز القانوني للأفراد، ومن بين هذه السلطات على سبيل المثال: توجيه أوامر للإدارة⁶، وفرض غرامة تهديدية عليها في حالة عدم امتثالها أثناء التنفيذ¹.

(1) وهذا راجع لكون المستثمر يجهل بشكل شبه كلي الأنظمة المتبعة في البلد الذي ينوي توجيه استثماراته فيه، مما يتولد لديه الخوف من المخاطر غير التجارية ولذلك يحرص على ضمان استثماراته من خلال إيجاد آليات ودية لحل النزاعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة. للمزيد راجع، حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الهومة، الجزائر 2010، ص. 07.

(2) أنظر، حفيفة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 31.

(3) أنيس فيصل قاضي، مرجع سابق، ص. 181.

(4) أنظر، عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط 02، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 93-94.

(5) Cf. Charles DEBBASH, Jean-Claude RICCI, Contentieux administratif, 7^{ème} éd, DALLOZ, France, 2001, p. 01-02.

(6) ويتعلق الأمر على سبيل المثال في حالة رفع دعوى متعلقة بإلغاء أو تفسير أو تقدير مشروع قرار إداري وامتنعت الإدارة عن تقديم القرار المطعون فيه، ففي هذه الحالة يأمرها القاضي الإداري بتقديمه، وهذا ما نصت عليه المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها على أنه:

كما أنه هناك بعض الأعمال الإدارية التي لا تقبل بطبيعتها اللجوء إلى حل ودي لتسويتها، ومنها على سبيل المثال: سلطات الضبط الإداري، وسلطة إصدار التنظيمات.

وهو ما جعل البعض يرى أن هذه الطرق البديلة غير جدية ولا تتلاءم مع طبيعة النزاعات في المادة الإدارية، وأنها لم تحدث الأثر الكبير لمعالجة هذه النزاعات من الناحية العملية².

كذلك تظهر أيضا في حالة اللجوء إلى هذه الطرق البديلة في المادة الإدارية، صعوبات تتعلق بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق في هذه الحالة، والتي تكون إما عن طريق الاحالة أو نقل أو اقتباس الأحكام القانونية المنصوص عليها في النزاعات العادية.

ولقد حاول المشرع الجزائري تجنب هذا الانتقاد قدر الإمكان من خلال النص على بعض الأحكام المتعلقة بكل من "الصلح" و "التحكيم" ضمن الباب الخامس المعنون بـ "الصلح والتحكيم" من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلق بـ "في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية وذلك وفقا مع ما ينسجم مع طبيعة النزاعات الإدارية. وبمقابل ذلك لم يأت على ذكر "الوساطة" ضمن الباب الخامس من الكتاب الرابع - أعلاه - وإنما تركها للأحكام المشتركة المنصوص عليها في الكتاب الخامس المتعلق بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات" من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما جعل البعض³ يعتبرها غير قابلة للتطبيق في النزاعات الإدارية مستنديين لتبرير رأيهم ان اختصاص الجهات القضائية الادارية من النظام العام، إلا أنه بالرجوع إلى

"يجب أن يرفق مع العريضة الرامية الى الغاء او تفسير او تقدير مدى مشروعية القرار الاداري، تحت طائلة عدم القبول، القرار الاداري المطعون فيه ما لم يوجد مانع مبرر.

وإذا ثبت ان هذا المانع يعود الى امتناع الادارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، امرها القاضي المقرر بتقديمه في اول جلسة، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع".

(1) فلا تهدف الغرامة التهديدية إلى تعويض الضرر الناتج عن عدم التنفيذ وعلى ذلك فهي وسيلة وليست هدفا بحد ذاتها، إذ أنها التزام فرعي يهدف لتأمين التزام أصلي، بحيث أن غياب الأصل يؤدي للاستغناء عن الفرع بوصفه تابعا له.

للمزيد راجع، فوزات فرحات، الغرامة الإكراهية في القانون الإداري الفرنسي والبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 346-

347.

(2) Cf. Gérard MARION, Arnold NOURY, Les alternatives au règlement par la juridiction étatique des litiges intéressant l'administration, Ronéo, France, 2001, p.210.

(3) من أصحاب هذا الموقف نذكر على سبيل المثال :- عبد السلام ذيب، الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد، مجلة المحكمة العليا، مجلة دورية، قسم البحوث، الجزائر، 2009، ع خاص، ص 576؛ حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الادارية، دار هومه، الجزائر، 012، ص 634.

أحكام المادة 01/944 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على أنه: "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام"، نجد أنه لو أراد المشرع الجزائري استثناء الوساطة في النزاعات الإدارية لنص عليه صراحة كما فعل في "قضايا شؤون الأسرة" أو "القضايا العمالية". كما نجد أن الاستناد إلى مصطلح "النظام العام" المنصوص عليه في المادة 01/944 - أعلاه - لتبرير عدم جواز إجراء الوساطة في المادة الإدارية هو اختزال لهذه الأخيرة. فطالما أن القاضي المختص هو من يقوم بعرضها على الأطراف وفقا لما نص عليه قانونا، فإذا كان الاختصاص المحلي والنوعي للجهات القضائية الإدارية من النظام العام، فأیضا الاختصاص النوعي للجهات القضاء العادي هو من النظام العام وهذا بموجب المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".

وعليه فبالإمكان اللجوء إلى جميع الطرق البديلة بهدف حل النزاعات الإدارية وفقا للإطار القانوني الذي نظمته المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فمن خلال ما سبق، ففي حالة اختيار أطراف النزاع الإداري اللجوء إلى الطرق البديلة بهدف التوصل لحل ودي له، تثار إشكالية متمثلة في عدة تساؤلات حول ما هي أنواع هذه الطرق البديلة المتاحة لهم وذلك بموجب الإجراءات المدنية والإدارية؟ وما هي المراحل المتبعة لحلها؟ وما مدى انسجام هذه الطرق البديلة مع خصوصية النزاع الإداري؟ وما درجة فاعليتها وقدرتها على إيجاد الحلول المناسبة لتسويته؟ وفي الأخير ما هي السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري عند اللجوء إليها؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي اقتصار الدراسة على اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية فقط دون النزاعات العادية.

وقد واجهتنا عند إعداد هذا البحث مجموعة من الصعوبات أبرزها قلة المراجع الجزائرية المتخصصة والمتعلقة بالطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية¹، إضافة إلى ندرة الاجتهاد القضائي المتعلق بموضوع البحث في ظل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد تم الاعتماد لإنجاز هذه المذكرة على المنهج التحليلي من خلال دراسة وتحليل عناصر موضوع البحث، إضافة إلى ذلك ضمن التكامل المنهجي تم الأخذ بالمنهج التاريخي لكون طبيعة الموضوع تقتضي الرجوع إليه لإبراز تطور الفكر القانوني بشأنه، فضلا عن المنهج المقارن لإبراز بعض النقاط القانونية من خلال الرجوع إلى الأنظمة القانونية المقارنة كالتشريع الفرنسي والمصري والأردني.

وفي هذا السياق، ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: أنواع الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية

الفصل الثاني: الإجراءات المتبعة لحل النزاعات الإدارية بالطرق البديلة.

(1) وتتمثل المراجع الجزائرية المتعلقة بالطرق البديلة لحل النزاعات الادارية في :- شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الادارية ، ط02، دار الهوم، الجزائر، 2008 ؛ دليلة حلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية ، دارالهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008؛ عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الادارية في القانون الجزائري -دراسة مقارنة- ، دار المعرفة، الجزائر، 2009؛ فرح مناني ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى ، الجزائر، 2010 ؛ محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008؛ فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى ، منشورات بغدادي، الجزائر، ب.س.ن.

الفصل الأول:

أنواع الطرق البديلة

لحل النزاعات الإدارية

إنّ تطور النسق الالمتماعي والنشاط الاقطنصاءي للأفراء والمؤسساء مع تطور اأنااهه إلى الالوصصة في تطور المعاملات وتمعقداأها، أءى إلى تطور ظهور أنماط مسأأءة من الأراءاعاء انعكسأ مباشرة أمام الالهاأ القضاأية.

وبالموازاة مع هذا الأسارع أصبح لزاما اسأأءاء آليات قانونية بءيلة و فعالة لآسوية الأراءاعاء أو إلماء الالول أكثر مرونة و مواءمة ضمن نطاق زمني أسرع ضمانا لعدم آعطل مصالآ الأأراف.

ولقء آاءأ الأرق البءيلة لآل الأراءاعاء رآبة في الأآرر من قيوء الأنظمة العاءية، ولآرساخ مباءئ وأسس آقوم على منح الأأراف سلطاء واسعة في اأآيار الأرق و الوسائل لآل نزاعاءهم فآعآر هذه الأرق مآماماء طبعية للإآراءاء القضاأية، آآآ آآمع بمرونة أكثر للآوار و بعبءا عن الأابع الإلزامي لإآراءاء الآقاضي، إذ آساعد الأأراف على آباءل و آهاأ النظر و آقريب الآراء المآآلفة مما يضمّن الآزامهم بآنفيز الآل المآوصل إليه، ءون الآآوف من انآياز أو عءم آياء القاضي¹.

فإذا كان القضااء يهءف إلى آآقيق العءالة، فإنّ الأرق البءيلة هي الأآرى آسعى إلى نفس المءف و لكن برؤى آهءف إلى ضمان اسآمرارية العلاقة بين الأأراف في المسآقبل².

كما أقر المشرع الالزائري بأمكانية اللآوء إلى هذه الأرق الوءية لآل الأراءاعاء الاءارية، مما يطرح الآساؤل آول ما هي أنواعها ؟ وما المقصوء بها ؟ وماهي طبعآها القانونية ؟.

وهو ما سآتم الإآابة عليه في هذا الفصل من آلال آقسيمه إلى آلاآة مباءآ: نآطرق في المباحآ الالول إلى ماهية الصلآ كطريق بءيل لآل الأراءاعاء الاءارية و طبعآه القانونية، أما في المباحآ الآني فنآناول بءراسة ماهية الوساطة كطريق بءيل لآل الأراءاعاء الاءارية و طبعآه القانونية، وفي الالآير آآعلق المباحآ الآلاآ بماهية الآآكم و طبعآه القانونية.

(1) أنظر، فرآ مناني، مرآع سابق، ص. 13.

(2) أنظر، محمد إبراهيم أبو الهيآاء، الآآكم الإلكآروني، ءار الآفاقة، الأردن، 2009، ص. 17.

المبحث الأول:

ماهية الصلح كطريق بديل لحل النزاعات

الإدارية وطبيعته القانونية

يصنف الصلح باعتباره أسلوب لحل النزاعات بطريق ودي إلى صنفين: فقد يكون قضائيا بمناسبة دعوى قضائية، أو قد يتم خارج المرفق القضاء فيطلق عليه صلحا غير قضائيا، والذي يهمنا بالنسبة لموضوع الدراسة هو الصلح القضائي فقد أقره المشرع الجزائري بموجب قانون الاجراءات المدنية (الملغى) ، وكذلك ضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

إلا أن تصدي المشرع الجزائري لموضوع الصلح في قانون الاجراءات المدنية والإدارية أخذ طابعا مختلفا إذ أراد حلا بديلا لحل النزاع أكثر منه إجراء ضمن مسار الدعوى¹، وذلك حرصا منه على مواكبة التطور الذي تعرضه مختلف التشريعات، فقد جاءت المواد المستحدثة بموجبه لسد الفراغ الذي كان موجودا في ظل قانون الاجراءات المدنية (الملغى)، حيث تم النص عليه ضمن الكتاب الخامس المتعلق بـ " الطرق البديلة لحل النزاعات " في الباب الأول منه تحت عنوان: " في الصلح والوساطة " في الفصل الأول منه المتعلق بـ " في الصلح ".

وتأكيدا على خصوصية النزاعات الإدارية تم النص على إجراء الصلح في الفصل الأول المتعلق بـ "الصلح" من الباب الخامس المتعلق بـ "الصلح والتحكيم"، وذلك ضمن الكتاب الرابع المتعلق بـ "الاجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية".

إذن فيعد الصلح الطريق البديل الأول لحل النزاعات الإدارية -بحسب ما نص عليه المشرع الجزائري - ، فما هو مفهومه وما هي طبيعته القانونية؟

للإجابة على ذلك سيتم التطرق بالدراسة في هذا المبحث إلى مفهوم الصلح في النزاعات الإدارية (المطلب الأول)، ثم الطبيعة القانونية للصلح في النزاعات الإدارية (المطلب الثاني).

(1) عبد الرحمن بربارة ، مرجع سابق ، ص.517.

المطلب الأوّل:

مفهوم الصلح في النزاعات الإدارية

لقد أقرّ المشرع الجزائري بالصلح في المادة الإدارية بموجب تعديل 1990 لقانون الاجراءات المدنية الملغى ، فمن خلال هذا الاصلاح تم استبعاد التظلم الاداري المسبق كشرط لقبول الدعوى الادارية واستبدل بإجراء محاولة الصلح، فقد ورث هذا الأخير ميراث شرط التظلم الاداري المسبق من كونه وسيلة لاستصدار قرار صريح أو ضمني قابل للطعن، إلا أنه أثير تساؤل حول مدى انسجام هذا الإجراء مع مبدأ المشروعية؟

وقد حاول قانون الاجراءات المدنية والإدارية تجنب الجدل الثائر حول مدى انسجام هذا الإجراء مع مبدأ المشروعية عن طريق تنظيمه بطريقة مختلفة من خلال اعتباره حلا بديلا لحل النزاع الاداري.

فإن كان الصلح في المادة الإدارية قد نظمته المشرع الجزائري من الجانب الإجرائي، فهناك العديد من النصوص القانونية قد أشارت إلى فكرة الصلح وقد ترتبت عليها آثار قانونية ذات أهمية بالغة، وهذا ما سيتم تبيانه من خلال الفرعين المواليين من خلال دراسة تعريفه (الفرع الأول) ثم تطوره التاريخي (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف الصلح

بالنظر إلى أهمية موضوع الصلح يستوجب التطرق إلى معناه لغة (أولاً)، ثم اصطلاحاً (ثانياً)،

ثم تشريعاً (ثالثاً)، وأخيراً قضاء (رابعاً) فيما يلي:

أولاً- تعريف الصلح لغة:

يقصد بالصلح لغة: "مسالمة وتوافق وإنهاء الخلاف"¹، فيقال: صلحه وصلاحاً أو صلحه وصلاحه، أي "سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق"².

أما صَلَحَ: صلاحاً وصلاحاً وصلاحية، فيقصد به "زال عنه الفساد"³.

فمصدر صلح قد يعني معنيين:

الأول: يقال "صلح فلان فلانا على شيء"، ويفيد معنى ذلك أن يأتي التصالح من إرادة أحد الطرفين في النزاع.

الثاني: يقال "صلح فلان فلانا وفلانا على شيء"، ويقصد بذلك قيام شخص خارج النزاع بمهمة "المصالحة".

وفي هذا المعنى جاء في قاموس Larousse:

« Action d'un juge sur les parties pour arriver à les mettre d'accord »⁴.

وقد استعمل المشرع الجزائري في مقابل مصطلح الصلح كطريق بديل لحل النزاعات باللغة الفرنسية مصطلح "la conciliation"، وذلك بدلا من مصطلح "la transaction" المنصوص عليه في القانون المدني من المواد 459 إلى 466⁵.

ثانياً- تعريف الصلح فقها:

يعرف البعض الصلح على أنه "اجراء لتنظيم النزاع القائم بين طرفين وأن المصلح يقترح عليهم نظام معين والأطراف أحرار في تطبيقه أم لا"⁶.

(1) أنظر، علي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط2، دار المشرق، لبنان، 2001، ص. 847.

(2) المرجع السابق، ص. 847.

(3) علي بن الحسن الهنائي، مرجع سابق، ص. 847.

(4) www.larousse.fr/dictionnaires.

(5) حيث نجد أن المصالحة « la conciliation » هي مجرد اجراء شكلي من ورائه محاولة اجراء الصلح، وذلك عن طريق تقريب وجهات نظر الخصوم، في حين يمثل الصلح « la transaction » عقد ينهي به الأطراف نزاعاً قائماً أو متوقفاً. للمزيد راجع، إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، لبنان، 1983، ص. 279.

(6) أنظر، علي عيساني، التظلم و الصلح في المنازعات الادارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- 2007-2008، ص. 32.

وعرفه البعض الآخر¹ بأنه: "إجراء قانوني يقع عادة من ذوي الخبرة في الأمور القانونية وفي المسائل الاجتماعية ويقع أحيانا من قبل القضاة أو رجال القانون من أجل التوفيق بين آراء الأطراف المتخاصمة في النزاع".

كما أن هناك من الفقهاء من ركز على الدلالة اللفظية للمصطلح لكونه يتم خارج دائرة القضاء فهو يشكل طريقا شبة قضائي " Para-judiciaire"²، إذ يسميه الفقيه Pound "عدالة اجتماعية"³.

بينما يذكره الفقيه Abel بأنه "عدالة لا شكلية"⁴، وينعته الفقيه Selzink بأنه "عدالة تفاوضية"⁵.

وقد عرفه الفقيه Auerbach بأنه "عدالة بدون قانون"⁶ ولا يمكن تصور هذا التعريف لأنه لا يمكن تصور مجتمع من دون قانون⁷.

ثالثا- تعريف الصلح تشريعا:

لم يعرف المشرع الصلح في المادة الادارية وإنما اكتفى بتنظيمه من الناحية الاجرائية سواء بموجب قانون الاجراءات المدنية (الملغى)، أو بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية، فقد نصت المادة 04 من هذا الأخير على أنه: "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت". وهو ما أكدته المادة 970 من نفس القانون بنصها على أنه: "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل".

(1) أنظر، رشيد خلوفي، محاضرات في المنازعات الادارية، د.م.ج.، الجزائر، 1994، ص.44

(2) شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الادارية، مرجع سابق، ص.24.

(3) Pound, The causes of popular dissatisfaction with the administration justice, american bar association report, 1906.

أشار إليه، المرجع السابق، ص.24.

(4) Abel, The politics of informal justice, new-york, acadimie press, 1982.

أشار إليه، المرجع السابق، ص. 24.

(5) Serlznick, Law and society in transition; towards responsive law , New -York , harper and , 1978.

أشار إليه، المرجع السابق، ص. 24.

(6) Auerbach, J ustice with law resolving disputes with lawyers, New-York , oxford ,1983.

أشار إليه، المرجع السابق، ص.24.

(7) أشار إليه، المرجع السابق، ص. 24.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا بد من التفرقة بين مفهوم الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الإدارية وفقا لما نص عليه قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وبين كل من المصالحة في منازعات العمل والتي تعد اجراءا مستقلا عن الدعوى القضائية ولكنه شرطا جوهريا لقبولها شكلا، وكذلك الصلح المشار إليه في المواد من 317 إلى 335 من القانون التجاري .

كما يختلف الصلح الإداري عن المصالحة في المواد الجزائية، إذ يؤدي الأول الى تسوية النزاع الإداري وديا، في حين يعتبر الثاني سببا من أسباب انقضاء الدعوى العمومية وهو ما نصت عليه المادة 4/6 من قانون الاجراءات الجزائية، وذلك بقولها على أنه: " كما يجوز ان تنقضي الدعوى العمومية بالمصالحة اذا كان القانون يجيزها صراحة".

رابعا - تعريف الصلح قضاء:

لقد تم ربط المفهوم القضائي للصلح في ظل قانون الاجراءات المدنية (الملغى) بما جاء في نصوصه خاصة المادة 169-3، ومن أمثلة ذلك، ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في القضية بين رئيس المجلس الشعبي لبلدية عين أولمان والسيد (ع) بتاريخ 22 ديسمبر 1992 حيث أعتبرت أن: "غياب المدعي عن جلسة الصلح يعتبر بمثابة عدم وصول إلى اتفاق، وبالتالي لا يستطيع المدعي أن يدفع فيها بعدم احترام محاولة الصلح"¹.

وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري إلى اعتبار أن إجراء محاولة الصلح من النظام العام وهذا ما جاء في قراره الصادر في 22 ماي 2000 ضد مجلس قضاء وهران الصادر في 18 جانفي 1997، حيث جاء في حيثيات قراره: " حيث أنه تبين لمجلس الدولة بعد الإطلاع على القرار المستأنف المؤرخ في 18 جانفي 1997 الصادر عن مجلس قضاء وهران - الغرفة الإدارية - وملف الدرجة الأولى ودونما الحاجة للتعرض لدخول وطلبات الأطراف، خرق الأشكال والقواعد الجوهرية في

(1) مقتبس عن، علي عيساني، مرجع سابق، ص 44.

الإجراءات المتعلقة بالصلح في المواد الإدارية المنصوص عليها في المادة 169-3 التي توجب إجراء الصلح بين الأطراف خلال ثلاثة أشهر كمدة قصوى ...¹.

فيسنتج مما سبق أنه ارتبط تغير مفهوم الصلح في المادة الإدارية بتغير المراحل الزمنية التي مر بها، مما يطرح التساؤل حول ما هي هذه المراحل الزمنية التي مر بها ؟

الفرع الثاني:

التطور التاريخي للصلح

لقد ظهر نظام الصلح في المادة الإدارية ضمن النظام القانوني الجزائري نتيجة لتداخل ظروف وعوامل تاريخية، وسياسية، وعلمية عبر التطور الزمني، ففي البداية لقد نص قانون الإجراءات المدنية (الملغى) عند صدوره² بموجب المادة 17 على إجراء الصلح أمام المحكمة فيما عدا القضايا التي تتطلب السرعة، وقد نظم الإجراءات المتعلقة به ضمن المواد من 18 إلى 21 منه³، وبالتالي أصبح الصلح إجراء إجباريا في جميع القضايا المدنية المعروضة أمام المحاكم العادية باستثناء القضايا المستعجلة. ويلاحظ أن في هذه المرحلة قد استثنى المشرع الصلح في المادة الإدارية بحيث لا يجوز اللجوء إليه لحل النزاعات الإدارية، وهذا كان راجعا الى طبيعة النظام القضائي السائد في الجزائر آنذاك، فقد تم إلغاء المحاكم الإدارية بموجب الأمر رقم 65-278⁴، واستحداث المجالس القضائية والتي تضمنت عدة غرف من بينها الغرفة الإدارية .

وفي هذا الصدد لقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة هذا النظام، هل هو موحد أم مزدوج ؟

(1) أشار إليه الحسين ابن الشيخ آث ملويا، الملتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار الهومة، الجزائر، ص. 337-339.

(2) الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر في ج ر لسنة 1966، ع. 47.

(3) ولقد نصت المادة 18 منه على انه: " قبل كل تبليغ بالحضور في الجلسة يستدعي القاضي طرفي الخصومة الى غرفة مكتبه للسعي بينهما بالصلح فيما عدا حالة الاعفاء من المصالحة. « كما نصت مادة 20 منه على انه: « في حالة حصول الصلح يحرر القاضي محضرا يكون له القوة التنفيذية. « وقد نصت المادة 21 منه على أنه: « في حالة عدم الصلح يستدعي القاضي فوراً بتبليغ كتابي بواسطة قلم الكتاب، المدعي و المدعى عليه جلسة في يوم يحدد... »

(4) الأمر رقم 65-278 المؤرخ في 17 نوفمبر 1965، والمتضمن التنظيم القضائي، ج.ر لسنة 1965، ع. 96.

فقد ذهب الاتجاه المؤيد لفكرة وحدة القضاء إلى أن التقسيمات داخل الجهات القضائية تعتبر تنظيم داخلي يهدف إلى ضمان حسن سيرها¹.

بينما ذهب الاتجاه² المؤيد لفكرة أن النظام القضائي خلال هذه الفترة ذو طابع مزدوج إلى أن قواعد سير واختصاص كل من الغرف الإدارية للمجالس القضائية والغرفة الإدارية للمحكمة العليا والتي تنظر في النزاعات الإدارية هي مستقلة عن قواعد سير واختصاص الغرف العادية.

إلا أن طبيعة النظام القضائي الجزائري في هذه الفترة تتمثل في كونه نظام موحد على النمط الاشتراكي لعدم أخذ المؤسس الدستوري بمبدأ الفصل بين السلطات، ومع ذلك فإن الجزائر لم تتخلص من مخلفات الاستعمار دفعة واحدة، وهو ما أدى بها إلى الإبقاء على الغرف الإدارية.

إلا أن المادة 17 أعلاه، عدلت بموجب الأمر رقم 71-80³ فقد أصبحت تنص بموجبه على أنه: "يجوز للقاضي مصالح الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت".

فهذه المادة نصت على أحكام مشتركة تطبق على جميع المواد بما فيها المادة الإدارية، ولا يمكن استثناء هذا الإجراء إلا بنص خاص، كما ألغى هذا الأمر⁴ المواد من 18 إلى 21 من الأمر 66-154 والتي كانت تنظم الإجراءات المتبعة أثناء محاولة الصلح.

(1) أنظر، رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ط3، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص.55 ومن أصحاب هذا الاتجاه الأستاذ عمار عوابدي، إذ اعتبر أن: "النظام القضائي الجزائري هو نظام وحدة القضاء والقانون، حيث لم تتبنى الجزائر نظام وحدة القضاء والقانون بالأسلوب والمفهوم الأنجلوسا كسوني الجامد والمطلق والغير الواقعي". للمزيد راجع، عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1995، ص.173.

(2) ومن أصحاب هذا الاتجاه الأستاذ "حسن السيد البسيوني"، حيث اعتبر أن: "إذا نظرنا للنظام القضائي الجزائري نظرة شاملة يمكن القول بأنه يقترب من نظام وحدة القضاء لوجود تشريع واحد يحكم التنظيم والإجراءات. وإذا ما بحثنا في جوهره، دون الوقوف عند حد شكله فإن الأمر يكون على خلاف ذلك،... بأن النظام يقترب في جوهره كثير من النظام المزدوج". للمزيد راجع حسن السيد البسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية. أشار إليه، خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص.56.

(3) الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر في ج.ر لسنة 1972، ع. 02.

(4) لقد نصت المادة 13 من الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 على أنه: « تلغى المواد 18 و 19 و 20 و 21 من الأمر 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل 8 يوليو سنة 1966، و المشار إليه اعلاه ». «

وقد اعتبر البعض¹ أن المشرع ميّع هذا الإجراء بموجب هذا التعديل لعدم وجود أية مادة تحدد المكان والزمان لإجرائه، كما أنّ حرية التصرف الممنوحة للقضاة جعلتهم يهجرونه.

وبما أنّ المادة الإدارية هي الأكثر المواد تغيرا لارتباطها بالشأن العام وتأثرها بالإيديولوجيات والسياسات العامة المتبعة، فقد نص القانون رقم 90-23² المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 على الصلح في المادة الإدارية ضمن القسم الثالث المعنون بـ " في تحقيق الطعون" من الفصل الثاني المتعلق بـ " الإجراءات المتبعة أمام المجلس القضائي في المواد الإدارية" من الكتاب الثالث المتعلق بـ " الإجراءات المتعلقة أمام المجالس القضائية"، وذلك بموجب المادة 169-3 والتي نصت في فقرتها الثانية على ما يلي: " و يقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح في مدة أقصاها ثلاثة أشهر".

وبالتالي فبموجب القانون رقم 90-23 أصبحت المادة 17 من قانون الاجراءات المدنية القاعدة العامة التي يمكن الإحالة عليها في جميع المواد، والمادة 169-3 من نفس القانون النص الخاص الذي ينظم عملية الصلح في المادة الإدارية.

فبحسب القراءة الأولية لنص التقرير التمهيدي حول اقتراح القانون 90-23 المعدل والمتمم للأمر 66-154، فمن أسباب المشروع هو تخفيف العبء على المتقاضين، و تبسيط الدعوى الإدارية التي يشكل التظلم أحد مظاهر تعقيدها³.

فلم يعد التظلم بموجب هذا التعديل كقاعدة عامة إلزاميا⁴ في الدعاوى العائدة لاختصاص قاضي الولاية العامة، وعلى سبيل الاستثناء بقي إلزاميا في الدعاوى الخاصة العائدة لهذا الأخير⁵.

وبمقابل ذلك، فبموجب هذا الاصلاح قد حسم المشرع الجزائري الخلاف الذي كان سائدا في فهم عمومية المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد ذهبت طائفة منهم إلى عدم

(1) شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الادارية، مرجع سابق، ص.33-35.

(2) قانون رقم 90-23 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الصادر في ج ر لسنة 1966، ع. 47.

(3) علي عيساني، مرجع سابق، ص.75.

(4) أنظر، عمار معاشو، عبد الرحمن عزاوي، تعدد مصادر القاعدة الاجرائية في المنازعة الادارية في النظام الجزائري، ط2، دار الأمل، الجزائر، 2007، ص. 15.

(5) أنظر ، مسعود شيهوب، مبادئ العامة للمنازعات الادارية -الهيئات و الاجراءات أمامها-، ج 2 ، د.م.ج، الجزائر، 1995، ص. 295.

جواز تطبيق هذه المادة لأن مبدأ التظلم لم يكن يعني سوى محاولة صلح خارج الدائرة القضائية ولا يمكن إدراجه ضمن الإجراءات القضائية الإدارية، كما أن المادة الإدارية يحكمها مبدأ أساسي متمثل في " لا تصالح على الأموال العمومية" وبالتالي فهذه المادة كانت مستبعدة بطريقة آلية¹.

وبالتالي، فظهور فكرة الصلح في المادة الإدارية يسمح بأن يكون أطراف النزاع الإداري في مرتبة واحدة أمام القاضي الإداري، وهذا دون النظر إلى الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة². وعلى سبيل المقارنة، فقد سمح القانون المدني الفرنسي صراحة للبلديات والمؤسسات العامة بإمكانية التصالح و ذلك طبقا للمادة 2045 منه.

وقد كان يعتبر عقد الصلح الذي تبرمه الأشخاص المعنوية العامة ضمن عقود القانون الخاص إلى أن حدث تغير في مجال الأشغال العامة فتم تكييفه على أنه من العقود الإدارية، ليوسع مجال تكييف اعتبار عقد الصلح على أنه عقدا إداريا إذا تضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص أو طبقا لنظرية التوابع إذا كان العقد تابعا أو مكملا لأحد العقود الإدارية³.

وقد انتقد مجلس الدولة في تقريره الصادر في سنة 1993 قلة الرجوع إلى التصالح حيث لا يمارس على وجه الخصوص إلا في المجالات التي يطبق فيها القانون الخاص على الإدارة كما هو الشأن في حوادث المرور، بينما يتم الرجوع إليه قليلا في مجال العقود الإدارية بالرغم من قابليتها لذلك وحث على تشجيع التصالح في هذا المجال⁴.

ونظرا لأهمية مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية في إيجاد البدائل الكفيلة لحل النزاعات الإدارية، فقد جاء هذا المشروع ضمن الإصلاحات التي شهدتها المنظومة التشريعية الجزائرية، وذلك لتجنب النقائص والثغرات التي كانت موجودة على مستوى قانون الإجراءات المدنية (الملغى).

(1) شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص. 42.

(2) فضيل العيش، مرجع سابق، ص. 58.

(3) ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص. 196.

(4) بعنوان "règle autrement les conflits" مقتبس عن، المرجع السابق، ص. 197.

وقد جاء في توصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة ضمن ورشة الطرق البديلة لمعالجة النزاعات و طرق الطعن فيما يلي:

" إن طرق الطعن الحالية تتسم بطول مدة إجراءات التقاضي الإداري وبالتالي تراكم القضايا على مستوى الجهات القضائية مما يتعين البحث عن بدائل تساعد على الحد من كثرة الطعون التي تودع على مستوى جهات الاستئناف والنقض.

لذا توصي اللجنة بما يلي:

- تعميم وتبسيط إجراءات المصالحة الودية و التظلم المسبق.
- تحديد إجراءات الصلح وهيئاته ومنحها سلطات واسعة للنظر في المنازعات المدنية والإدارية مع توسيع مجالات الصلح والموازاة مع ذلك حث المتنازعين على اللجوء لهذا الإجراء في جميع مراحل الدعوى.

- مراجعة المواد المتعلقة بالتحكيم المدرجة ضمن تقنين الإجراءات المدنية بتوسيع نطاق تطبيقه....."¹.

فقد نصت المادة 27 من المشروع على إمكانية القيام بعملية الصلح أمام المحاكم الإدارية وذلك في مجال القضاء الكامل، كما نصت المادة 28 من نفس المشروع على أن تكون هذه العملية في أي وقت وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وبالإضافة إلى ذلك تضمن المشروع الإجراءات اللازمة لانتهاؤها أثناء هذه العملية، مع اقتراح توسيع مجال الصلح حيث يمكن أن يكون وفقا لإجراءات مستعجلة و ذلك بموجب عريضة من أحد الأطراف².

ف نجد أن قانون الاجراءات المدنية والإدارية أخذ بمعظم النقاط التي نص عليها هذا المشروع، وقد أدرج الصلح إلى جانب كل من التحكيم و الوساطة لأول مرة ضمن الكتاب الخامس المتعلق

(1) علي عيساني، مرجع سابق، ص 52.

(2) مقتبس عن ، بنية عفيف ، مصدر القاعدة الاجرائية للمنازعة الادارية في النظام الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق، جامعة أوبوكر بلقايد -تلمسان- ، الجزائر ، 2005-2006 ، ص.127.

بالطرق البديلة لحل النزاعات، مما أثر ذلك على مكانته القانونية ضمن سير الدعوى الإدارية، وهو ما يجعلنا نتساءل عن طبيعته القانونية ؟

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية للصلح في النزاعات الإدارية

إن الأساس القانوني للصلح في المادة الإدارية ظهر لأول مرة في النظام القانوني الجزائري بموجب الأمر رقم 71-80، ولقد اختلف تكييفه القانوني من طرف المشرع الجزائري من حيث مدى إلزاميته في الدعوى الإدارية و ذلك باختلاف المراحل الزمنية. لذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية للصلح في النزاعات الإدارية يقتضي أول تمييزه عن النظم المشابهة له، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب من خلال تمييز الصلح الإداري عن النظم المشابهة له (الفرع الأول) ثم تبيان تكييفه القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تمييز الصلح الإداري عن النظم المشابهة له

فمن خلال مفهوم الصلح الإداري فإنه يتضح بأنه يتقارب مع العديد من التصرفات القانونية، مما قد يجعل استعمال هذه المصطلحات مدعاة للغموض وقد تلتبس في مفاهيمها معه، مما يقتضي استجلاء مواطن التشابه والاختلاف بينها وبينه، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال تمييز الصلح الإداري عن كل من عقد الصلح (أولا) والتظلم الإداري (ثانيا).

أولا: تمييز الصلح الإداري عن عقد الصلح

قد يقع خلط بين الصلح الإداري وعقد الصلح مما يقتضي التمييز بينهما من خلال تبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما، ولكن قبل ذلك لابد من تعريف عقد الصلح.

أ. تعريف عقد الصلح:

لقد حاولت التشريعات الوضعية وضع تعريف لعقد الصلح، كما تطرق الفقه الإسلامي إليه وحاول الإمام به من خلال عدة آراء واجتهادات، وهذا ما سيتم تبيانها من خلال دراسة تعريف عقد الصلح في كل من التشريع الوضعي، وفي الشريعة الإسلامية وذلك - على سبيل المقارنة -.

I- تعريف عقد الصلح في التشريعات الوضعية:

إن الحديث عن تعريف عقد الصلح في التشريعات الوضعية عرف اتساعا كبيرا لذلك ستقتصر الدراسة على التعريفات التشريعية في كل من فرنسا ومصر - على سبيل المقارنة وهذا باعتبارهما من أهم المصادر التاريخية للقانون المدني الجزائري- ، وبالإضافة إلى تعريفه من طرف المشرع الجزائري. فقد تناول القانون المدني الفرنسي عقد الصلح ضمن المواد من 2044 إلى 2058، بحيث عرفته المادة 2044 منه كما يلي

"La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naitre"¹.

وباستقراء نص هذه المادة نجد أنّ تعريف المشرع الفرنسي للصلح اقتصر على تعيين مجاله، فهو يتعلق بالتراعات السابقة بحسمها والتراعات المستقبلية بتوقئها. والملاحظ من هذا التعريف أنه أغفل عنصر جوهرى في الصلح والتمثل في "التنازل المتبادل للمتعاقدين عن جزء من الادعاءات". وتعود أهمية ذكر هذا الشرط على وجه الخصوص في تمييز عقد الصلح عن باقي التصرفات التي تشترك معه في جملة من العناصر الأخرى، وهذا ما أدّى الى إثارة الآراء الفقهية حول إعادة النظر في هذا التعريف واستكمال ما به من نقص².

كما تطرق المشرع المصري لعقد الصلح في القانون المدني و نظم أحكامه ضمن المواد من 549 الى غاية 557 وذلك ضمن الفصل السادس من الباب الأول المتعلق ب "العقود التي تقع على الملكية" من الكتاب الثاني الخاص ب "العقود المسماة".

(1) ويقصد بذلك: (الصلح عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا).

(2) من الفقهاء الذين دعوا إلى إعادة النظر صياغة المادة 2044 نذكر على سبيل المثال: الفقيه Boyer، الفقيه Colin، الفقيه Capitan.

حيث عرفته المادة 549 من القانون المدني المصري بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعات تما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان يتزل كل منهما على وجد التقابل عن جزء باقي من ادعاءاته". وقد علّلت المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ورود عقد الصلح ضمن العقود التي تقع على الملكية بقولها: "دخل الصلح ضمن العقود التي ترد على الملكية، لا لأنه ينقلها بل لأنه يتضمن تنازلا عن بعض ما يدعيه الطرفان من الحقوق، والتنازل عن الحق يرد على كيانه، لا على مجرد ما ينتجه من الثمرات"¹.

ومن جانبه، لقد نظم المشرع الجزائري عقد الصلح ضمن القانون المدني² في المواد من 459 الى غاية 466 في الفصل الخامس من الباب السابع الخاص ب "العقود المتعلقة بالملكية". وأمام غياب المذكورة الإيضاحية للقانون المدني الجزائري، فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد تأثر بالتعليل الذي ذهبت اليه المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري.

وقد عرف القانون المدني الجزائري عقد الصلح في المادة 549 منه بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". وبمقارنة هذا التعريف الذي أتى به القانون المدني الجزائري، مع كل من التعريفين السابقين في كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري نجد أن:

1- المشرع الجزائري اختلف عن نظيره المصري في صياغة بعض الألفاظ إما بالزيادة أو الإنقاص أو التغيير، فعلى سبيل المثال: إن مصطلح "ينهي" عند المشرع الجزائري يقابله مصطلح "يحسم" عند المشرع المصري.

كما استعمل المشرع الجزائري مصطلح "حقه" بدل مصطلح "ادعاءاته" لدى المشرع المصري، فوجد أن المشرع الجزائري قد وفق في استعمال هذا المصطلح خاصة أن مصطلح "حقه"

(1) أشار إليها، محمود السيد عمر التحيوي، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص. 144.

وانتقد هذا التعليل لكون الصلح قد يقتصر أثره على مجرد التنازل عن إدعاء دون الحق، كما قد يتعلق بحق شخصي يصعب القول أنه ملك للدائن. وقد رد على هذا الإنتقاد أن الصلح في بعض الأحوال قد ينشأ الحقوق بدلا أن يكون ناقلا لها.

(2) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر. لسنة 1975، ع.

يعتبر من المبررات التي جعلت المشرع الجزائري يقوم بتبويب الصلح ضمن "العقود الواردة على الملكية"، وإن كان القانون المدني المصري يحتاج باستعمال مصطلح "ادعاءاته" للإشارة إلى صورة الحقوق في الجانب العملي القضائي.

فبذكر المشرع الجزائري مصطلح "حقه" جاء للتأكيد على الحقوق وإبراز أهمية عقد الصلح في الحفاظ على استقرارها، فالعبرة باستقرار الحقوق وليس باستقرار الادعاءات¹.

كما وفق المشرع الجزائري في صياغة تعريف عقد الصلح من جانب عدم اهماله لعنصر التنازل المتبادل، وبهذا يكون قد تجنب القصور الملحوظ في تعريف المشرع الفرنسي، إلا أنه يؤخذ عليه كيفية التعبير على هذا العنصر من خلال ذكره عبارة "بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه" بالصياغة باللغة العربية، والملاحظ أن الصياغة باللغة الفرنسية كانت صائبة كأساس الخطأ يكمن في الترجمة من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، وإن كان النص العربي يعتبر النص الرسمي إلا أن النص الأصلي كان باللغة الفرنسية حيث نصت المادة 459 من القانون المدني باللغة الفرنسية على النحو الآتي:

« La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou prévienne une contestation à naitre et ce au moyen de commissions réciproques »

ومن خلال تعريف عقد الصلح نجد أنه يقوم على ثلاثة عناصر وتتمثل في:

1- وجود نزاع قائم أو محتمل²:

فيعتبر هذا العنصر أول مقومات عقد الصلح فإذا لم يكن نزاع قائم أو محتمل فلا يعتبر العقد صلحا، وليس من الضروري أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء، بل يكفي أن يكون النزاع محتملا بين الأطراف فيتم الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذه الحالة صلحا غير قضائيا.

(1) أنظر، الطاهر براك، عقد الصلح - دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية -، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية - جامعة الجزائر - ، 2001-2002، ص. 19.

(2) يقصد بالنزاع القائم هو اختلاف الفريقين على الحق موضوع النزاع وعرضه أمام القضاء للفصل فيه. أما النزاع المحتمل هو اختلاف الفريقين مع امكانية إقامة الدعوى القضائية إذا توفرت شروطها. راجع، زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج16، دار الثقافة، لبنان، 2008، ص182.

كما يعتبر النزاع قائماً لو صدر حكماً فيه بشرط أن يكون هذا الحكم ليس نهائياً، أما لو صدر حكم نهائي في النزاع فإن هذا الأخير يجوز أن يكون موضوعاً للصلح إذا نشأ خلاف على تنفيذ الحكم أو تفسيره.¹

ويشترط أن يكون النزاع جدياً لا صورياً² سواء كان قائماً أو محتملاً.

2- نية حسم النزاع:

يقصد بنية حسم النزاع هو إتهائه لو كان قائماً وأما بتوقيه إذا كان محتملاً،³ أما إذا كان طرفاً يتوقع ملاحقة الطرف الآخر فلا يعتبر في هذه الحالة عقد صلح.

وعليه فليس من الواجب أن يحسم الصلح جميع القضايا المختلف عليها بين الفريقين، بل فقط يشمل بعض المسائل ويترك الباقي للمحكمة للفصل فيها.⁴

3- التنازل المتبادل:

يجب في عقد الصلح أن يتزل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه⁵، وهذا ما يميز الصلح عن القبول والموافقة على طلب الخصم، فالتنازل في هذه الحالات يكون حسماً للنزاع ولكن بتضحية من جانب واحد، أما في الصلح فيجب أن تكون التضحية من الجانبين.

ولكنه لا يفترض أن يكون التنازل على قدر المساواة⁶ فقد يعتمد الشخص إلى الصلح مع خصمه حتى يتفادى إجراءات التقاضي وما يترتب عنها من ضياع الوقت ومصروفات باهظة، كما

(1) أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- العقود التي تقع على الملكية-، ج5، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2005، ص. 508.

(2) ويحدث ذلك في الحالات التي يرغب الخصوم في الحصول على المزايا التي يحققها تدخل القضاء، كالحصول على حكم حائز على قوة الشيء المقضي به، أو الحصول على حق الاحتصاص بموجب العمل الصادر عن القضاء. للمزيد راجع، حسن النيداني، الصلح القضائي- دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم -، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص. 61.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 510.

(4) أنظر، سالم محمد الشوابكة، جعفر محمود المغربي، عقد الصلح وتطبيقاته في التشريعات الجمركية، مجلة الحقوق - جامعة الكويت -، الكويت، 2007، ع. 01، ص. 303.

(5) حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 512.

(6) وقد يتحقق الصلح أيضاً لو أن أحد الطرفين نزل عن كل ادعاءاته في مقابل أداء آخر غير متنازع عليه، كعلى سبيل المثال أن يتنازل أحدهما عن ملكية الشيء المتنازع عليه في مقابل مبلغ من المال يدفعه الطرف الآخر، وفي هذه الحالة للصلح أثر كاشف بالنسبة لحل النزاع، وأثر ناقل بالنسبة لبدل الصلح. للمزيد راجع، حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 68.

قد يسلم الخصم ببعض طلبات خصمه رغم أنه لاحق له فيها حتى يتفادى عنت الخصم¹، وعلانية الخصومة والتشهير في أمر يؤثر كتمانها.

II. عقد الصلح في الشريعة الإسلامية

لقد كيف الصلح في الشريعة الإسلامية على أنه عقد من عقود المعاوضة.

أما حكمه، فهو جائز شرعاً، لوجود الدليل الشرعي في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع.

ففي القرآن الكريم، في قوله تعالى: "...والصلح خير"²، وكذلك قوله تعالى: "إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم"³.

أما في السنة النبوية، فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعاً وموقوفاً عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قوله: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً وحرم حلالاً"⁴. ولقد أجمع العلماء على مشروعية الصلح لكونه من أكثر العقود فائدة لما فيه من قطع للتزاع والشقاق، وقد استندوا في ذلك إلى قوله تعالى: "ولا تنازعوا"⁵.

كما أن مدلول عقد الصلح عرف بحثاً ودراسة لدى المذاهب الإسلامية المختلفة، بحيث عرفه المذهب الحنفي بأنه "عقد لرفع المنازعة" أو "عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي"⁶ فالفرق بين هذين التعريفين هو التأكيد على شرط التراضي. كما عرف بأنه "عقد وضع لرفع التزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما"⁷.

(1) أنظر، حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 67 .

(2) سورة النساء، الآية 128.

(3) سورة الحجرات، الآية 10.

(4) أشار إليه، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني أبو داوود، سنن أبي داوود، حققه وضبطه شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قريللي، ج. 3، ط. 01، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009، ص. 304.

(5) سورة الأنفال، الآية 46.

(6) أنظر، محمد قدرى باشا، مرشد الحيوان إلى معرفة أحوال الناس، المطبعة الأميرية، ص. 272. أشار إليه، الطاهر برايك، مرجع سابق، ص. 14.

(7) أنظر، الكمال ابن الهمام، فتح قدير، ج. 07، ص. 32. أشار إليه، سليمان محمد قدور، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2011-2012، ص. 13.

في حين عرفه المذهب الشافعي بأنه " عقد مخصوص يحصل به قطع النزاع"¹. بينما عرف الصلح في المذهب الحنبلي على أنه: " معاهدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين أي متخاصمين"². وهو ما يتوافق مع التعريف الذي أتى به المذهب الشافعي.

في حين، لقد ظهرت عدة تعريفات للصلح لدى فقهاء المذهب المالكي، فقد عرفه الإمام ابن رشد على أنه: " قبض شيء عن عوض"³. كما ذهب الإمام عياض إلى تعريف الصلح بأنه: " معاوضة عن الدعوى"⁴، وقد عرف الإمام ابن عرفة الصلح بأنه: " انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه"⁵.

وفي الأخير فباستقراء تعاريف المذاهب الفقهية الأربعة لعقد الصلح يتبين أن هذه التعاريف متقاربة في المعنى، وأساس هذا التقارب هو استعمال الألفاظ الدالة على مفهومه اللغوي، مع وجود اختلاف في بعض صيغ التعاريف حيث يستعمل الفقه الحنفي والمالكي عبارة "رفع النزاع" في حين يستعمل الفقه الشافعي والحنبلي عبارة "قطع نزاع"⁶.

وقد ذهب بعض فقهاء المذهب الحنفي إلى أن الصلح لا يكون قائما إلا إذا كان هناك نزاع بين الطرفين يتم إفاؤه بالصلح، ولا يشترط أن يكون هذا النزاع قد وصل إلى القضاء كما يجوز إبرام الصلح أثناء نظر القاضي في النزاع.

- (1) أنظر، محمد نجيب المطيعي، المذهب الشيرازي، ج10، ص.296. أشار اليه: سليمان قدور محمد، مرجع سابق، ص.13.
- (2) وهو ما يتوافق مع التعريف الذي أتى به المذهب الشافعي. للمزيد راجع، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق،
- وقد ذهب فقهاء المذهب الشافعي إلى اعتبار الصلح من الناحية الشرعية بمثابة رخصة وذلك انطلاقا من تعريف الرخصة على أنها "الحكم المصار إليه السهل لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي". وقد اعتبر فقهاء المذهب الشافعي بأنه سيد الأحكام والعقود لأنه يجري على سائر التصرفات وذلك لإمكانية وقوعه على البيع أو الإيجار أو القرض أو غير ذلك. للمزيد راجع، الطاهر برايك، مرجع سابق، ص.14-15. ص.444.
- (3) أنظر، الإمام ابن رشد، التعرف في أحكام التصرف، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1407هـ، ص.73، أشار إليه الطاهر برايك، مرجع سابق، ص.15. وما يلاحظ من هذا التعريف أنه صياغة لفظية مغايرة لعقد البيع لا غير، كما أنه غير شامل لأنواع الصلح في الشريعة الإسلامية حيث أخرج الصلح عن إنكار. ويظهر قصور هذا التعريف في كونه لا يشير إلى قطع النزاع بين المتخاصمين والذي يعتبر سببا مباشرا لعقد الصلح.
- (4) الطاهر برايك، مرجع سابق، ص.15. والظاهر من هذا التعريف أن من يعاوض المدعي لا بد أن يكون منكرا للدعوى وعليه فهذا التعريف أيضا لا يشمل جميع أنواع الصلح في الفقه الإسلامي فقد أخرج الصلح عن الإقرار، ولو أن مؤيدي هذا التعريف احتجوا بأن الصلح غالبا ما يكون عن إنكار.

- (5) أنظر، أبو بكر الكشناوي، أسهل المدارك - شرح ارشاد السالك -، ج03، ص.15. أشار اليه: عبد الرحمن بن عبد الله بن صالح الدباسي، أحكام الصلح في الشريعة الإسلامية، ط01، ب.ب.ن، 2004، ص.21. وقد أخذ بهذا التعريف الكثير من الفقهاء فقد جاء شاملا لجميع أنواع الصلح في الفقه الإسلامي، ومن مزاياه الإشارة إلى جواز الصلح لتوخي نزاع غير قائم بالفعل، ولكنه محتمل الوقوع وهو ما يتوافق مع التعريفات التشريعية لعقد الصلح.

- (6) أنظر، نزيه حمّاد، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، ط01، دار القلم، سوريا، 1996، ص.06-07.

ب - أوجه التشابه والاختلاف بين الصلح الإداري و عقد الصلح:

تظهر نقاط التشابه والاختلاف بين الصلح الإداري وعقد الصلح فيما يلي:

I- أوجه التشابه:

يشارك عقد الصلح مع الصلح الإداري في أن كل منهما يهدف إلى إنهاء النزاع بطريقة ودية.

فبالرغم من ذلك فإن هناك اختلافات جوهرية فيما بينهما، وهذا ما سيتم توضيحه كالتالي:

II- أوجه الاختلاف:

تتمثل أوجه الفرق بين الصلح الإداري وعقد الصلح المدني فيما يلي:

- إن الصلح في النزاعات الإدارية ليس عقدا بالمفهوم القانوني الدقيق للعقد، وذلك لكونه لا يقوم على إجازة طرفي النزاع فقط، وإنما هناك إرادة ثابتة تتوقف عليها هذه الإجازة وهي إرادة القاضي الإداري.

2- إن الصلح في المادة الإدارية من الصعب أن نجده " يتوخى منه انقضاء نزاع محتمل" وذلك لأن النزاع الذي يطرح على القاضي الإداري هو المشمول والقائم بين الأطراف، ولا يمكن للقاضي الإداري أن ينظر في مستقبل الأشياء إلا بقدر ما تقتضيه المسائل العالقة المطروحة أمامه.

- ليس بالضرورة في الصلح الإداري اشتراط تقديم تنازلات متقابلة من طرفي النزاع، ففي كثير من الأحيان يؤدي إلى اصلاح وضع قانوني معين بانتهاج طريق بديل يقبل به اطراف النزاع.

- يرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري "... بأنه يجوز للطرفين أن يتصالحا حسما للنزاع، ولكنهما يتفقان على أن يستصدرا من المحكمة حكما بما تصالحا عليه، فيوجهان الدعوى على هذا الاساس حتى يصدر من المحكمة الحكم المرغوب فيه"¹.

- ولكن الامر يختلف بالنسبة للصلح في المادة الإدارية، إذ لا يملك أطراف النزاع توجيهه دعواهم بل للقاضي ذلك، وبالتالي فالصلح الحاصل خارج الدائرة القضائية غير منتج لأثر.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ،ص.515

ثانياً: تمييز الصلح الإداري عن التظلم الإداري

هناك عدة نقاط يلتقي فيها الصلح والتظلم، لكن رغم ذلك فهناك عدة اختلافات جوهرية بينهما، وهذا ما سيتم توضيحه في هذا البند من خلال تعريف التظلم الإداري المسبق، وتبيان أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين الصلح الإداري .

أ - تعريف التظلم الإداري المسبق:

لقد حاول الفقه¹ تعريف التظلم من خلال ذكر عناصره، وفي هذا الصدد يقصد بالتظلم "الطريقة القانونية أو الشكوى أو الطلب المرفوع من المتظلم للحصول على حقوقه أو لتصحيح وضعيته".

كما ان المشرع الجزائري لم يعرف التظلم، اذ اكتفى بتنظيمه حيث اعتبره بموجب قانون الإجراءات المدنية لدى صدوره سنة 1966 كقاعدة عامة شرطاً لازماً لقبول الدعوى الإدارية. وترجع الحكمة من الأخذ بنظام التظلم هو الرغبة في التقليل من التزاعات وانهاؤها في مراحلها الأولى، وبطريقة أسير دون اللجوء الى القضاء²، وهو ما ذهبت اليه المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 88-131³، وذلك بقولها: " يجب على الإدارة أن ترد على كل الطلبات والرسائل و التظلمات التي يوجهها المواطنون اليها ".

(1) فعلى سبيل المثال عرفه محمد ابراهيم خيرى الوكيل بأنه : "اعتراض كتابي يقدمه من صدر بشأنه القرار الإداري الى السلطة المختصة، و يبدى فيه المعارض عدم رضائه عما تضمنه القرار الصادر بشأنه ، لأنه مخالف للحقيقة و يتسم بعدم المشروعية، و يطلب فيه اعادة النظر بتعديل القرار او سحبه او الغائه ، و هو طريق يسلكه المعارض قبل لجوئه للقضاء، و يمثل قطع لسريان ميعاد الدعوى و حالة من حالات اطالة مدتها". راجع، محمد ابراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري و مسلك الإدارة الإيجابي في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء-، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008 ، ص. 15-16.

كما أنّ عرفه الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة بأنه : " وسيلة للتظلم من القرار الإداري أو التأديبي يقدمه المتضرر من القرار الإداري أو التأديبي الى الجهة الإدارية المصدرة لهذا القرار من أجل سحبه أو تعديله ". للمزيد راجع ، عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى الغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - الأسباب والشروط - ، منشأة المعارف ، مصر ، 2004 ، ص.681. والملاحظ من تعريف الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة للتظلم الإداري أنه شمل فقط التظلم الولائي دون الرئاسي.

(2) فضيل العيش، مرجع سابق، ص.58.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 88-131 والمؤرخ في 4 يوليو 1988 ، منظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج.رلسنة 1988 ، ع.27.

فيسنتج من هذا النص أن الإدارة ملزمة بالرد على التظلمات الواردة إليها، ذلك أن العيب الذي شاب أسلوب التظلم الإداري هو متعلق أساسا بالتصرف السلبي للإدارة تجاه هذا الطعن¹. وهو ما جعل المشرع بموجب القانون رقم 90-23 يتخلى عنه بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرف الإدارية المحلية والجهوية، مع الإبقاء عليه بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (مجلس الدولة لاحقا) ابتداء و انتهاء.

مما يطرح التساؤل حول لماذا ألغي التظلم وحل محله الصلح أمام الغرف الجهوية والمحلية واستثنت من ذلك الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا مجلس الدولة لاحقا رغم أن جميع هذه الجهات ذات صبغة إدارية؟ فهل هذا يعتبر امتياز للسلطة المركزية أو حماية خاصة للقرارات الصادرة من طرفها؟².

وقد اعتبر الأستاذ "مسعود شيهوب" أن من أهداف تعديل 1990 هو تبسيط اجراءات التقاضي، فهذا التمييز غير مفهوم، إذ لا بد أن يشمل الاصلاح القضائي جميع درجات التقاضي³. ولقد كرس قانون الاجراءات المدنية والإدارية لدى صدوره نفس الاتجاه الذي اتبعه المشرع الجزائري بموجب تعديل 1990، من خلال جعل التظلم شرطا جوازيا كقاعدة عامة في الدعاوى الإدارية، أما النطاق فقد أصبح عاما أمام مختلف الهيئات القضائية الإدارية (المحاكم الإدارية ومجلس الدولة)، وذلك خلافا لقانون الاجراءات المدنية (الملغى).

ويعتبر التظلم الإداري المسبق عملا إداريا و ذلك لكونه:

3- يوجه الى السلطة الإدارية المختصة: والجدير بالذكر أن التظلم أصبح ولائيا، وهذا طبقا للمادتين 830 و 907 منه⁴.

(1) شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص.76.

(2) رشيد خلوفي، شروط قبول الدعوى، مرجع سابق، ص.83.

(3) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية-الهيئات والاجراءات أمامها -، مرجع سابق، ص.297.

(4) حيث نصت المادة 830 / 01 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم الى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الاجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه".

4- يوجه ضد العمل قانوني أو مادي قامت به الإدارة .

5- إجراء يسبق رفع الدعوى الإدارية.

وتصنف النصوص القانونية التي تنظم التظلم الإداري المسبق إلى نوعين: نصوص قانونية عامة ونصوص قانونية خاصة ؛ فتتمثل الأولى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الثانية فهي تلك المنظمة لمواضيع معينة كقانون الصفقات العمومية¹، وقانون التنازل عن أملاك الدولة، وقانون الإجراءات الجبائية.

وتكمن أهمية التمييز بين الإطار العام والإطار الخاص لشرط التظلم الإداري المسبق في تطبيق المبدأ القانوني " الخاص يقيد العام"، والذي يفرض العمل بالقواعد الخاصة بالدرجة الأولى، إذ لا يتم اللجوء إلى القاعدة العامة إلا في حالة عدم وجود قاعدة خاصة.

ويتميز التظلم الإداري المسبق بعدة خصائص نذكر منها ما يلي:

6- توضيح موقف وطلب المتظلم ، مما قد يمكنه من الحصول على استجابة الإدارة لتظلمه بعد فحص جدي لقضيته.

7- قيام الإدارة بتصحيح سريع لأخطائها من خلال مراجعة نشاطها.

8- إعفاء المتظلم في حالة استجابة الإدارة لتظلمه من مواجهة مشاكل قضائية طويلة ومعقدة.

ب - أوجه التشابه والاختلاف بين الصلح الإداري والتظلم الإداري

تظهر نقاط التشابه أو الاختلاف بينهما:

بينما نصت المادة 907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة تطبيق الأحكام المتعلقة بالأجال المنصوص عليها في المواد من 821 إلى 832 أعلاه".

(1) أصبح التظلم في الصفقات العمومية جوازيا ، وهو ما يستشف من نص المادة 114 المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المعدل والمتم للمرسوم رقم و المؤرخ في ، والمتعلق ب ، ج.ر لسنة 2012 ، ع.04 ، والتي نصت على أنه : "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، يمكن المتعهد الذي يحنج على الاختيار الذي قامت به ، المصلحة التعاقدية ، في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا.

ويرفع الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة،..... يقدم الطعن في حالات المسابقة والاستشارة الاتفاقية عند نهاية الإجراء.....".

I- أوجه التشابه :

تتمثل أوجه التشابه بينهما من عدة نواحي، فمن حيث الغاية من إجراء التظلم أو الصلح هو التوفيق بين الطرفين المتنازعين، ووضع حد للنزاع القائم بينهما للوصول على التسوية الودية المرغوب فيها.

أما من حيث الاطراف، فتكون الإدارة دائما طرفا في النزاع وذلك بسبب الأعمال التي تقوم بها والمستمدة من امتيازات السلطة العامة، لذلك يوجه التظلم إلى الإدارة.

كما تكون الإدارة طرفا في عملية الصلح، حيث أن النزاع الإداري موضع محاولة الصلح يكون أحد أطرافه أشخاص القانون العام¹.

هذا عن الغاية والأطراف، أما من حيث الطبيعة القانونية فيعد كل من إجراء الصلح في المادة الإدارية و التظلم الإداري المسبق إجراء جوازيا، فأصبح عدم اللجوء على التظلم كقاعدة عامة لا يرتب عدم قبول الدعوى شكلا، بينما عدم اللجوء الى الصلح لا يرتب إلغاء القرار القضائي لبطلان الإجراءات.

II- أوجه الاختلاف:

تتمثل أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي:

فبالنسبة للجهة المكلفة بالنظر فيه، فالتظلم أصبح كقاعدة عامة يرفع إلى الجهة المصدرة للقرار أي تظلم ولائي، فهو يمثل إجراء سابق لرفع الدعوى أمام القضاء، ويهدف إلى تحقيق نوع من الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة قبل طرحها على القضاء.

بينما الجهة المشرفة على الصلح تتمثل في القضاء، حيث تعقد جلسة الصلح أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا ومحليا في الفصل في النزاع ويتم هذا الإجراء بعد قيد الدعوى أمامها.

(1) أنظر، سميرة أزقاع، النظام القانوني للصلح في المادة الإدارية و بعض تطبيقاته في النصوص الخاصة ، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، 2008-2009، ص. 06.

أما بالنسبة للجهة المكلفة بالقيام به، فنجد أن التظلم الإداري يكلف للقيام به الشخص المتضرر من التصرف الإداري، بينما الصلح الإداري يتم بسعي من الخصوم أو بمبادرة من القاضي في أية مرحلة تكون عليها الخصومة، وذلك طبقاً للمادة 972 من قانون الاجراءات المدنية والادارية. وأخيراً بالنسبة للميعاد، يتم التظلم قبل رفع الدعوى القضائية فهو إجراء سابق على رفعها¹ وعلى خلاف الصلح فهو يتم بعد قيد الدعوى وفي أية مرحلة تكون عليها الخصومة طبقاً للمادة 971 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية . فمن خلال ما سبق نجد أن يختلف الصلح عن الأنظمة المشابهة له وهو ما يثير التساؤل حول تكييفه القانوني؟

الفرع الثاني:

تكييف الصلح الاداري

إن التكييف القانوني للصلح الإداري يقتضي تبيان طبيعته (أولاً)، وكذلك تبيان مدى إلزاميته (ثانياً).

أولاً- تبيان طبيعة هذا الإجراء

لتوضيح ذلك لا بد من تكييفه وفقاً للمعايير المعروفة في القانون الإداري والمتمثلة في المعيارين المادي (الموضوعي) والعضوي (الشكلي).

فوفقاً للمعيار المادي الذي يستند على طبيعة النشاط أو الوظيفة الممارسة دون النظر إلى مركز الجهة الصادر عنها ولا الاهتمام بنوعية وصفة الشكليات الصادرة بموجبها².

(1) إذ يتم تقديم التظلم إلى الجهة المصدرة القرار خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغه إذا كان فردياً أو نشره في حالة إذا ما كان تنظيمياً ، وفي قبول الإدارة بالتظلم يتم تسوية النزاع ودياً دون اللجوء إلى القضاء، أما في حالة رد الإدارة برفض التظلم خلال أجل شهرين من تاريخ تقديمه ، يبدأ تاريخ أجل شهرين من تاريخ تبليغ الرفض للطعن القضائي .

وفي حالة سكوت الإدارة عن الرد خلال أجل شهرين من تقديم التظلم يعد بمثابة قراراً ضمناً بالرفض ، و السر في اعتبار السكوت في حالة التظلم قراراً ضمناً هو أن الأصل والمفترض أن الإدارة تصدر قراراً صريحاً ومطابقة للقانون ، وعدم ردها على هذا التظلم ، يفسر بأنها متمسكة بهذا الأصل مما يعني رفض التظلم المقدم إليها. للمزيد راجع ، نوال دليم، القرارات الادارية الضمنية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان -، الجزائر، 2010- 2011، ص.46.

(2) أنظر، خالد خليل الظاهر، القانون الإداري- دراسة مقارنة، ج01، ط.01 ، دار الميسرة، الأردن، ص. 23.

فيكون العمل إداريا بطبيعته إذا ما تضمن خصائص العمل الإداري، ويكون العمل قضائيا إذا ما احتوى على عناصر وخصائص العمل القضائي¹.

فالصلح الإداري هدفه الوحيد هو حل النزاع القائم بين الطرفين المتنازعين والمتعلق بالنشاط الإداري، فيكيف الصلح في هذه الحالة على أنه إجراء إداري.

أما طبقا للمعيار العضوي الذي يستند على صفة الهيئة والسلطة التي صدر عنها العمل، وكذلك على طبيعة الشكليات والإجراءات التي صدر في نطاقها للحكم على طبيعته، دون النظر الى طبيعة و مضمون العمل ذاته.

فيعتبر العمل وفقا لهذا المعيار عملا إداريا إذا صدر عن السلطة الإدارية المختصة، وفي ظل شكليات وإجراءات إدارية.

ويكون العمل قضائيا إذا كان صادرا عن هيئة قضائية وبموجب الإجراءات والشكليات المقررة للعمل القضائي .

وبالرجوع إلى إجراء الصلح فوفقا لهذا المعيار فإن الهيئة المكلفة بإجراء الصلح تتجسد في شخص القاضي ما دام أن عملية الصلح تتم تحت إشرافه، كما أن الإجراءات المتبعة في هذه العملية تتم وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

وبالتالي فوفقا لهذا المعيار يكيّف الصلح على أنه إجراء قضائي²، وهو ما جعل البعض يعتبره أنه ليس طريقا بديلا للقضاء بالمعنى الصحيح للكلمة، مادام أنه يتم داخل مرفق القضاء وتحت إشراف القاضي الإداري.

إلا أنه نعتبر أن المشرع الجزائري قد صنف الصلح ضمن الطرق البديلة لحل النزاعات، وقد يكون ذلك راجعا إلى اعتباره بديل عن السير في إجراءات الدعوى القضائية، إذ يعتبر اللجوء إليه سببا

(1) أنظر، عمار عوابدي، القانون الإداري- النشاط الإداري، ج 02، ط. 04، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص. 107.

(2) يمكن تعريف العمل الإجرائي بأنه: " العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة أثر إجرائي، و يكون متعلقا بخصومة... و في المجال الإداري، العمل الإجرائي هو العمل القانوني الذي يتعلق بخصومة مثارة أمام القضاء في مجال المواد الإدارية، و تحدث أثرا قانونيا معيناً، إما بإنشاء الخصومة أو تعديل مسارها أو إنهاؤها ". للمزيد راجع، حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، عالم الكتب، 1988، ص. 198-201. مقتبس عن، عمار معاشو، عبد الرحمن عزراوي، مرجع سابق، ص. 06.

لوقف الدعوى الإدارية، وبالتالي أثناء القيام بإجراء الصلح تكون الدعوى متوقفة على نهاية هذا الإجراء.

ثانياً: تحديد مدى إلزاميته

بموجب قانون الاجراءات المدنية (الملغى) كان إجراء الصلح في المادة الادارية خاضعا للمادة 17 منه والتي كانت اعتبرت أحكامها أحكاماً مشتركة لجميع المواد، ولقد كيف اجراء الصلح بموجبها على انه اجراء جوازي، وبالتالي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الاداري.

إلا أن إدراج الصلح في المادة الادارية ضمن الاجراءات المتبعة أمام المجالس القضائية بمقتضى المادة 169-3 من نفس القانون بموجب تعديل 90-23¹ ترتب عليه عدة نتائج تتمثل فيما يلي:

- فبالرجوع الى قواعد تفسير الحرفي للنصوص القانونية، فنجد أن المشرع الجزائري ذكر عبارة " ويقوم القاضي" ولم يذكر عبارة "يجوز للقاضي" ضمن احكام المادة 169-3 في فقرتها الثانية، وبالتالي فان هذا النص جاء وجوبيا مما يترتب عليه اعتبار أن اجراء " محاولة الصلح" كقاعدة عامة هو وجوبي لا يمكن للقاضي الإداري إغفاله ضمن النزاعات التي كانت تعرض أمام الغرف الادارية المحلية والجهوية.

- كما أن اجراء محاولة الصلح يتوسط بين رفع الدعوى والتحقيق فيها ويقوم به المستشار المقرر، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 169-3 في فقرتها الاولى بقولها على أنه: " على كاتب الضبط ان يرسل العريضة عقب قيدها الى رئيس المجلس القضائي الذي يحيلها الى رئيس الغرفة الادارية ليعين مستشارا مقررا" وقد نصت في فقرتها الرابعة على أنه: " وفي حالة عدم الوصول الى اتفاق، يحرر محضر عدم الصلح، وتخضع القضية الى اجراءات التحقيق المنصوص عليه في هذا القانون".

- تحديد مدة اجراء "محاولة الصلح" بثلاثة اشهر كحد أقصى.

(1) القانون رقم 90-23 المؤرخ في 18 اوت 1990 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، الصادر في ج.ر لسنة 1990، ع. 47.

- كما استثنيت الغرفة الادارية للمحكمة العليا (سابقا) ثم مجلس الدولة من تطبيق اجراء "محاولة الصلح" وذلك بنص صريح حيث نصت المادة 281 من قانون الاجراءات المدنية (الملغى) على أنه: "يرفع الطعن امام الغرفة الادارية بعريضة تودع لدى قلم كتاب المحكمة العليا بالأوضاع الشكلية والقواعد المنصوص عليها في الباب الثالث من هن هذا الكتاب باستثناء احكام المادة 169-3 الفقرات 2 و3 و4".

ولعل كان سبب استثناء اجراء "محاولة الصلح" أمام مجلس الدولة (والمحكمة العليا سابقا) هو إبقاء التظلم أمام هذه الجهة، وذلك بموجب المادة 275 من قانون الاجراءات المدنية (الملغى)¹. القضائية ذو طابع اجباري بل اعتبره في عدة احكام قضائية من النظام العام، وهو ما أكدته الغرفة الادارية للمحكمة العليا حيث اعتبرت أن اجراء عملية الصلح ذو طابع إجباري وذلك في القضية المثارة بين رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية "عين أولمان" ضد السيد "طرطاق سليمان"¹ بتاريخ 22 ديسمبر 1992.

وقد جاء في إحدى حيثيات مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 22 ماي 2000، بأنه: "حيث أن تبين لمجلس الدولة بعد الاطلاع على القرار المستأنف المؤرخ في 28 يناير 1997 الصادر عن مجلس القضاء وهران - الغرفة الادارية- وملف الدرجة الأولى ودونما حاجة للتعرض لدفع وطلبات الأطراف، فوفقا للأشكال والقواعد الجوهرية في الإجراءات المتعلقة بالصلح في المواد الإدارية في المادة 169-3 التي توجب إجراء الصلح بين الأطراف خلال ثلاثة أشهر كمدة قصوى، كخطوة إجرائية سابقة للتحقيق والمرافعات، وهو الأمر المنعدم في قضية الحال نصا وعملا، مما يتعين عليه

(1) كانت المادة 275 من قانون الاجراءات المدنية (الملغى) تنص على أن: "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الاداري التدريجي الذي يرفع امام السلطة الادارية التي نقلو مباشرة الجهة التي اصدرت القرار فان لم توجد امام من اصدرت القرار نفسه" فقد قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 14 ماي 2004 ب "حيث ان موضوع الدعوى يتعلق بطلب الغاء القرار القاضي يطرد المدعي من التراب الوطني الصادر عن المطعون ضده (وزير الداخلية).

وحيث أن الطعن بالبطلان ضد القاررات الصادرة عن السلطة الادارية المختصة و ذلك من خلال مدة شهرين من تبليغ القرار المطعون فيه او نشره طبقا للمادة 275 ومابعدها ، و حيث أن طاعن لم يتم بهذا الاجراء الجوهري قبل رفع الدعوى مما يجعل طعنه غير مقبول طبقا للمادة 275 و ذلك دون مناقشة الموضوع "مقتبس عن ، مجلة مجلس الدولة، 2006، ع.08 ص.73 و ما بعدها.

تلقائيا إلغاء القرار المستأنف وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس للفصل في القضية طبقا للقانون".

وما يستنتج من هذه القضية أن مجلس الدولة اعتبر أن إجراء الصلح من النظام العام، عند قيامه بإثارة انعدامه تلقائيا دون الحاجة إلى إثارة أطراف الاستئناف لهذا الإجراء الشكلي، وترتب على ذلك إلغاءه للقرار القضائي الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس للفصل فيها طبقا للقانون، والملاحظ أنه من المعتاد أن الإحالة إلى هيئة قضائية أدنى يكون لجهة النقض وليس لجهة الاستئناف التي تقوم بالتصدي للموضوع بعد إلغاء القرار القضائي الصادر عن الجهة القضائية الأدنى.

وإن أراد أن يحيل القضية إلى مجلس قضاء وهران فكان عليه أن يفصل في القضية بطريقة أخرى من خلال اعتبار أن القرار القضائي الصادر عن الغرفة الإدارية هو قرار باطل، وذلك لكون أن إجراء الصلح إجراء جوهريا وأن مخالفة هذا الإجراء يترتب عليه بطلان الإجراءات اللاحقة ومن بينها بطلان القرار القضائي الصادر عن الغرفة الإدارية أي كأنه لم يكن، وبالتالي تعاد القضية وأطرافها إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور القرار وبالتالي فبإمكان مجلس الدولة كهيئة استئنافية أن يحيل القضية أمام مجلس قضاء وهران للفصل فيها¹.

وهذا ما قضى به مجلس الدولة في قرار سابق له بتاريخ 25 أكتوبر 1999 في قضية "ولاية بومرداس" ضد "مؤسسة أشغال العمارات"، حيث قام بإبطال القرار المستأنف فيه لخرقه لإجراء شكلي وهو إجراء محاولة الصلح، ولكنه لم يحل الأطراف صراحة أمام المجلس القضائي الصادر عنه القرار، لكنه مادام أنه صرح ببطلان القرار القضائي إذ باستطاعة الأطراف إعادة رفع الدعوى أمام نفس المجلس²، حيث جاء في حيثيات قراره كالتالي:

"حيث أن القرار المستأنف فيه، لم يشر إلى أية جلسة صلح".

(1) أنظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص. 344.

(2) المرجع السابق، ص. 344.

"حيث أنه من أجل تحقيق أكثر فحص للملف الابتدائي وأنه يستخلص من أوراقه عدم وجود هذا الإجراء الذي هو جد ضروري، ويكون شكلية من شكلية التحقيق بالملف، وبالتالي فعدم القيام بهذا الإجراء يؤدي إلى بطلان القرار، وبالتالي فإن هذا الدفع في محله وينبغي إذن التصريح ببطلان القرار"¹.

فباعتبار إجراء "محاولة الصلح" ذو طبيعة اجبارية في جميع الدعاوى التي تعرض أمام الغرف الإدارية للمجالس القضائية كقاعدة عامة جعل المشرع الجزائري ينفرد عن التشريعات المقارنة كالمشرع الفرنسي وكذلك المشرع المصري.

فقد أخذت المنظومة القانونية الفرنسية بنظام الصلح في بعض النزاعات كالصفقات العمومية²، ولكنه اجراء جوازي غير جوهري لا يؤثر على مجريات الدعوى الإدارية.

أما في مصر، فإن اجراء الصلح في النظام القانوني المصري جاء على سبيل الجواز، فمفوض الدولة يتمتع بحرية مطلقة في عرض الصلح على أطراف النزاع من عدمه³.

إذ أن الملاحظ أن الصلح في القضاء المصري إنما هو رخصة يجيزها القانون، ومع ذلك فلا هو عمل قضائي بحت ولا عمل اداري بحت، وهذا بالنظر إلى طبيعة الهيئة المخولة لها اجرائه، إذ أن هيئة المفوضين هيئة تعمل في اطار قضائي ولكن مهمتها ادارية.

(1) أشار إليه ، لحسين بن الشيخ آث ملويا ، مرجع سابق ، ص 345.

وقد اعتبر مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 16 جويلية 2001 تحت رقم 196095 أن "إلغاء القرار المستأنف وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس للفصل في القضية طبقا للقانون.

كما أنه ثبت من خلال أوراق ومستندات ملف الدرجة الأولى خلوه من محضر الصلح وهو إجراء وجوبي وكذا الإشارة له في القرار المستأنف مما يحصل الاجراءات معينة ويترتب عليها البطلان".

حيث تعود وقائع هذه القضية إلى رفع دعوى قضائية أمام مجلس قضاء قسنطينة من طرف المدعو (ب.ع) ضد مدير مديرية الضرائب لولاية ميلة حيث قضت الغرفة الإدارية بقبول العريضة شكلا وفي الموضوع رفض الدعوى لعدم التأسيس بتاريخ 13 سبتمبر 1997 وقد استأنف هذا القرار أمام مجلس الدولة الجزائري. أشار الى هذه القضية، فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادى، الجزائر، ص 165-168.

(2) Patrick SCHUTZ, éléments du droit des marchés publics, 2ème éd, I.G.D.J. France, 2001, p.174.

(3) شفيقة بن صاولة،الصلح في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص 63.

وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى عدم جواز الصلح في الأحكام الصادرة بالإلغاء، حيث اعتبرت في حيثيات قرارها أنه: " إن الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية إنما تقرر هذا الإلغاء لتصويب تصرفات الإدارة تحقيقا للصالح العام، ومن ثم كان الحكم بالإلغاء حجة على الكافة ولكل شخص أن يتمسك به، فلا يجوز أن يكون موضعاً لمساومة أو تنازل ذوي الشأن فيه وألا كان ذلك ابقاء على المخالفة القانونية التي شابت القرار المحكوم بإلغائه وتفويتا لثمرة الحكم، الأمر الذي يتعارض مع الصالح العام وعلى ذلك يكون باطلا لا يعتد به"¹.

في حين عدل المشرع الجزائري من موقفه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد أصبح الصلح الإداري إجراء جازيا، وهذا بمقتضى المادة 04 منه حيث نصت على أنه: "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت".

فبحسب هذا النص يطبق الصلح على جميع المواد بما فيها المادة الإدارية.

وتأكيدا على ذلك فقد نصت المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل". كما نصت المادة 990 منه على أنه: "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة".

فبحسب هذه النصوص القانونية نجد أنها أكدت على عنصر رضائية الأطراف وتوافقهم على اللجوء إليه لحل النزاعات الإدارية.

وبالتالي، فلم يعد الصلح الإداري إجراء وجوبيا يترتب على إغفاله بطلان الإجراءات لكونه إجراء شكليا جوهريا أو اعتباره متعلقا بالنظام العام، مما يترتب على ذلك أنه لم يعد بإمكان الخصوم أو القاضي الدفع ببطلان الإجراءات في أية مرحلة تكون عليها الخصومة لعدم احترام هذا الإجراء.

وهو ما يفسر لنا استعمال المشرع لمصطلح " إجراء الصلح " للتعبير على اللجوء إلى الصلح بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو على خلاف ما كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى) الذي كان يعبر عليه من خلال مصطلح " محاولة الصلح ".

(1) محكمة القضاء الإداري في قرارها الصادر بتاريخ 1956/03/13. أشار إليه ، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص.518.

وفي الأخير، فنجد أن جعل اللجوء إلى الصلح في النزاعات الإدارية على سبيل الجواز وهو ما يتماشى مع المنطق القانوني طالما أنه نظاما اتفاقيا يقوم على ارادة الأطراف.

وكخلاصة لهذا المبحث تظهر أهمية الصلح في كونه من الخيارات المتاحة للأطراف لتسوية نزاعاتهم بطريق ودي وإن لم يصل إلى الهدف المنشود، فبالرجوع إلى الجانب العملي فبالرغم من إلزامية عرضه من طرف القضاة في النزاعات الإدارية فإن نسبة القضايا التي تم حسمها هي ضئيلة جدا¹.

وهو ما جعل المشرع الجزائري يعيد تصنيفه ضمن الطرق البديلة يتم اللجوء إليه على سبيل الجواز، وإن كان يختلف عن بقية هذه الطرق من حيث المفهوم والأسس التي يقوم عليها، مما يثار حول ماهية الوساطة القضائية وطبيعتها القانونية؟

المبحث الثاني:

ماهية الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات

الإدارية وطبيعتها القانونية

تعتبر الوساطة إحدى أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات، إذ تقوم على إيجاد حل ودي لها خارج أروقة القضاء، عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد. وأهم ميزة في الوساطة هو أن النزاع مع الخصم يظل خصوصيا وسريا بعيدا عن علنية الجلسات، ويبقى على أطراف النزاع الاقتناع الواقعي بأهمية هذا الإجراء، والذي يتجسد فيه سلطان الإرادة والرضا بعيدا عن أية الضغوطات خارجية كالالتزام بمواعيد الطعون القضائية².

(1) إذ حسب إحصائية وزارة العدل فإن نسبة النزاعات الإدارية التي تسويتها بالصلح في سنة 2001 تمثلت في نسبة 1% من مجموع النزاعات التي تم تسويتها في جميع الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية. أشار إلى ذلك، فضيل العيش، مرجع سابق، ص.178.

(2) ويمكن تقسيم الوساطة إلى عدة أنواع مختلفة، و تتمثل فيما يلي:

- الوساطة البسيطة: فهذا النوع من الوساطة يقترح من نظام التوفيق من خلال وجود شخص يسعى إلى تقريب وجهات نظر المتنازعين. راجع عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص.573.

- الوساطة القانونية: وهي التي يكون بصددها نص قانوني ينص على إحالة أطراف النزاع إلى الوساطة قبل اللجوء إلى الجهات القضائية.

وقء عمل المشرع الجزائري على إءءال الوساطة ضمن أءكام قانون الإءراءاء المءنية والإءارية ضمن المواد من 994 الى 1005 منه، وذلك حرصا منه على مسايرة التوجه العالمى الءءء فى الأءء بها كطرق بءىل للئل النزاعاء.

فعلى سبىل المءال: لءء نشرء اللءئة الأوروبىة بءارىء 17 ءوان 2002 وثىقة ءءلق بالوسائل البءىلة لءسوىة الءلافاء¹، كما نظمء فى سنة 2004 ءملة لإصءار قانون سلوكى للوسطاء. وفى هذا الإءءاه يقءم قانون الإءراءاء المءنية الفرنسى الءءىء نموءءا عن المسعى الأوروبى نءو إءءاء آلىاء ءءلق بالطرق البءىلة للئل النزاعاء، فقء ءم النص على الوساطة ضمن المواد من 1-131 إلى 131-15 من قانون الإءراءاء المءنية الفرنسى.

وأمام ءزاء وعى المءاءن ءول سبل مقاضاة الإءارة، اسءءء المشرع الجزائري الوساطة ضمن الطرق البءىلة للئل النزاعاء بما فىها الإءارية، لىفسء المءال أمام ءىراءاء أكثر ءسىرا، وذلك بءء عصرنة سبل اسءىفاء الءق بما يضمم عءم ءعطل المصالح، واآءصار الءءء والوقت. فمما سبء ىءار ءساؤل ءول ما هو مفهوم الوساطة وما ءبىعءها القانونىة؟

- الوساطة القضاىة: وهو معناه أن القضاء هو الذى ىءىل على وسطاء مقبءىن ضمن قائمة أسماء الوسطاء المعءمءىن لءىه، وذلك قبل الفصل فى النزاع المعروض علىه. وقء آءء المشرع الجزائري بالوساطة القضاىة فى ظل قانون الإءراءاء المءنية و الإءارية بمءءب المواد 994 الى 1005 منه.

- الوساطة الإءافىة: وىطلق علىها مصءلء " الوساطة ءءاقءىة "، فهى الءى ىءقق علىها الطرفان من ءىر أن ىكون هناك نزاع أمام القضاء بأن ىءوجهوا مباءرة الى الوسىء المءقق علىه، اما بمءءب عقق سابق أو لاءق على نشوب النزاع، وفى هذه الءالة ىنظم الأطراف إءراءاء الوساطة بكل ءرىة فى بنوء العقق. وقء عرف هذا النوع من الوساطة فى العلاءاء المالىة بىن المءسساء من ءلال ءشكىل لءان للوساطة لءسوىة النزاعاء مع العملاء. للمزىء راءع، عمر الزاهى، الطرق البءىلة للئل النزاعاء، مءلة المءكمة العلىا، الجزائر، 2009، ع.ء.ءص، ص.588.

- الوساطة الفرءىة: المقصوء بما قىام شءص واءء بالمءوسء بىن الأطراف المءنازعة سواء كان شءصا ءبىعيا أو اعءباريا.

- الوساطة الءماعىة: يقصء بما قىام عءة وسطاء بالمءوسء بىن أطراف النزاع، اما على شكل لءئة أو بشكل مسءقل.

- وساطة ءءكىم: وهى الءالة الءى ىءقق الأطراف على قىام الوسىء بمءمة ءءكىم فىما بىنهم، اذا فشءل مهمءه فى الوساطة. للمزىء راءع

عءء السلام ذىب، مراءع سابق، ص. 572.

- الوساطة الاسءشارىة: وهى الءى ىطلب فىها أطراف النزاع اسءشارة من ءبىر بصفة أولىة، ءم بعء ذلك ىءءءل ءوسىء للئل النزاع القائم بىنهم.

(1) Rapport « les modes alternatifs de règlement des différends ».www.forumhInternet.org.

للإجابة على ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، حيث سنتطرق في الأول الى مفهوم الوساطة في النزاعات الادارية، وفي الثاني سندرس الطبيعة القانونية للوساطة في النزاعات الادارية.

المطلب الأول:

مفهوم الوساطة في النزاعات الإدارية

إنّ النظم القانونية هي نظم مؤقتة تتصف بالتغير المستمر سواء من حيث التفسير أو التطبيق وما الى ذلك من التكييفات القانونية، اذ يمكن فهمها بصورة أفضل من خلال تبني المنهج التاريخي الاجتماعي لكونه يبين أسباب التجديدات القانونية بالإضافة الى اتجاهاتها بطريقة أكثر عمقا تكشف عن الطبيعة التغيرات الداخلية التي تمس الأفكار والتجديدات القانونية على حد السواء، وهذا ما يفسر الأسباب أو العوامل التي تقوم وراء ما قد تلاقيه بعض النظم القانونية الجديدة من رفض او معارضة على الأقل لبعض عناصرها بالرغم من وجود منطوق وإمكانيات عند العمل بها وتطبيقها.

ومما لا شك فيه أن استحداث عملية الوساطة أتما جاء لاستكمال المعايير القانونية، إضافة الى دور الميكانيزمات القانونية في تدعيم أو تعزيز ضرورة التغير الاجتماعي خاصة وأن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية له انعكاس واضح في الخلفية الاجتماعية التاريخية والقانونية للمجتمع الجزائري إذ تهدف الوساطة الى حل النزاع القائم بين الأطراف مع الحفاظ على مستقبل علاقاتهم القانونية، ونظرا لهذه المميزات التي تتمتع بها فبالإمكان اللجوء اليها لحل النزاعات الادارية .

ونظرا لحدائة هذا الاجراء يثار التساؤل حول ما هو مفهومه؟

للإجابة على ذلك سيتم التطرق الى تعريف الوساطة (الفرع الأول)، ثم تطورها التاريخي (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف الوساطة

بالنظر إلى أهمية موضوع الوساطة القضائية يقتضي معرفة تعريفها من خلال التطرق إلى معناها لغة (أولاً)، ثم اصطلاحاً وفقها (ثانياً)، وأخيراً تشريعاً (ثالثاً).

أولاً: تعريف الوساطة لغة:

يقصد بالوساطة لغة الذي مصدره الفعل "وسط" بفتح الواو والسين والطاء أي صار في وسط الشيء، فيقال "وسط القوم" أي تدخل بين الفريقين بالحق والعدل¹.
والوسيط هو "المتوسط بين المتخاصمين والمعتدل بين الشئيين".
ويقابل مصطلح "الوساطة" باللغة الفرنسية مصطلح "MEDIATION" والذي مصدره الفعل "MEDIARE"، ويعتبر مصطلح "الوساطة" باللغة الفرنسية مصطلح "MEDIATION" والذي مصدره الفعل "MEDIATIO" مشتق من الأصل اللاتيني "MEDIATIO".
ويحمل مصطلح "MEDIATION" معاني كثيرة نذكر منها²:

- I. Vient du mot latin mediatius de mediare c'est-à-dire s'interposer.
- II. Se disait dans l'empire germanique d'un prince qui ne tenait pas son fief directement de l'empereur.
- III. Qui n'a rapport, qui ne touche à une chose ou à une personne qu'indirectement, par un intermédiaire.
- IV. Médiateur vient du latin médiateur, personne qui s'entendement ou qu'on choisit pour amener un accord.

Ce terme a été utilisé comme titre donné à toutes personnes qui servent d'intermédiaires entre dieu et les hommes.

وفي الأخير نجد أنه يؤدي التعريف اللغوي لمصطلح الوساطة نفس الدلالة في اللغتين العربية والفرنسية، ومفادها الإعتدال بين نقيضين للجمع بينهما.

(1) علي ابن الحسن الهنائي، مرجع سابق، ص 1565.

(2) Cf. Farid BEN BELKACEM, La médiation en Algérie- passé, présent et avenir-, Rev. de la cour suprême: Modes Alternatives de règlements des litiges ; médiation, conciliation et arbitrage, N. spécial, T.2, département de la documentation, Algérie, 2009, p.89.

ثانيا: تعريف الوساطة اصطلاحا وفقها

لا يختلف المدلول الاصطلاحي للوساطة عن مدلولها اللغوي، فتعرف الوساطة اصطلاحا بأنها "التوسط بين الخصوم بالحق و العدل".

أما من جانب من الفقه، لقد عرف كريستوفر مورو الوساطة بأنها: "عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة او رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبدل جهوده صوب نقاط الخلاف واقترح سبل الحل"¹.

وقد عرفها آخرون بأنها " أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع و الحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد وذلك لمحاولة التوصل الى حل ودي يقبله أطراف النزاع"².

وفي تعريف للبعض الآخر فالوساطة " هي طريقة لحل النزاعات يقوم فيها طرف ثالث محايد ويسمى الوسيط بتسهيل المفاوضات بين الأطراف لمساعدتهم في التوصل الى اتفاقية تسوية مقبولة بينهم"³.

وكذلك عرفت الوساطة على أنها " إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيدا عن العملية التقاضي وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين الأطراف النزاع من خلال استخدام وسائل و فنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول الى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف"⁴.

كما تم تعريف الوساطة على أنها " نوع من التوفيق او شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم، به يتدخل شخص يسمى وسيط ليقرب وجهات نظر الخصوم بعد سماعها ويقترح بعض

(1) أنظر، كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، عملية الوساطة- استراتيجيات عملية لحل النزاعات-، ط 1، دار الاهلية للنشر و التوزيع، الاردن، 2007، ص. 38.

(2) دليلة حلول، مرجع سابق، ص. 21.

(3) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص. 38.

(4) علي عيساني، مرجع سابق، ص. 71.

الحلول ويعرضها عليهم، فان وافقوا حرروا بها محضرا رسميا ووقعوا عليه جميعا، وان رفضوا ينتهي الأمر وتتجرد هذه المقترحات من كل قيمة"¹.

كما عرفها الأستاذ كمال فنيش بأنها "آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين الطرفين متخصصين، بحيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل"².

وقد عرف جلال الأحذب الوساطة القضائية استنباطا من قانون الاجراءات المدنية والإدارية

وذلك بقوله: « La médiation judiciaire peut se définir comme étant un mode conventionnel de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire, par lequel le juge, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son leur points de vue respectifs et de les aider à trouver une solution au litige qui lui appose »³.

أما الدكتور verougstraete فقد قدم تعريفا للوساطة القضائية و ذلك بالقول:

« Comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel tiers impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel les médiateurs favorise par des entretiens confidentiels les établissements, et le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »⁴.

ويستدل من التعريفات السابقة أن هناك عاملا مشتركا يجمع بينهم ويتمثل في تقريب وجهات النظر بين الخصوم للوصول إلى حل مرضي، وعليه فإن الوساطة تهدف إلى حل نزاع بشكل

(1) أشار إليه ، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم- دراسة تحليلية مقارنة - ، ط 2، المكتب الجامعي الحديث ، مصر، 2008، ص 33.

(2) أنظر، كمال فنيش، الوساطة، الطرق البديلة كل النزاعات: الوساطة، الصلح و التحكيم، مجلة المحكمة العليا، ج02، ع خاص، قسم الوثائق، الجزائر، 2009 ، ص 572.

(3) (الوساطة القضائية يمكن تعريفها كأسلوب متفق عليه لحل النزاعات في إطار السلطة القضائية، أين القاضي بعد الإطلاع على النزاع وبعد موافقة الخصوم، يعين طرفا ثالثا مع الأخذ بوجهة نظرهم كل فيما يخصه، ومساعدتهم على إيجاد حل للنزاع المعروض عليه).

أنظر، جلال الأحذب، الوساطة و التحكيم، دراسة مقارنة بين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القانون الفرنسي، يوم دراسي بالمحكمة العليا 16 مارس 2009 حول القضاء و المحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزائر، 2009 ، ص 03 .

(4) (الوساطة هي مسار اتصال لائق يركز على مسؤولية و استقلالية الأطراف من بينهم طرف ثالث مستقيم و مستقل و محايد بدون سلطة تقريرية أو استشارية .

السلطة الوحيدة التي يعترف لها من طرف الخصوم تتميز بالمحادثات السرية بين الأطراف، و استعادة العلاقة الاجتماعية و الوقاية أو تسوية النزاع).

Verougstrete, Le juge et la médiation, Rev. de la cour suprême : mode Alternatifs de règlement des litiges ; médiation conciliation et arbitrage, N. spécial, T. 2 , Algérie, 2009,p.52.

أشارت إليه دليلا جلول ،مرجع سابق ،ص.22.

وذي بعيدا عن الخصومة المباشرة، مع التأكيد على الدور الرئيسي الذي يلعبه الوسيط والمتمثل في تقريب وجهات النظر بين الخصوم للوصول إلى الحل المرضي لهم.

فمما سبق يمكن اجمال تعريف للوساطة في كونها " الطريقة التي يتدخل فيها شخص ثالث لحل نزاع قائم بين الخصوم، أو لتقريب وجهات نظرهم"¹.

ثالثا: تعريف الوساطة تشريعا

لقد حاولت بعض النصوص القانونية إيجاد تعريف للوساطة، نذكر منها على سبيل المثال: فقد عرفت غرفة التجارة الدولية الوساطة بأنها " الصيغة التي بمقتضاها يتدخل الغير المحايد بصفته مسهل بغية مساعدة الأطراف أو الفرقاء المتنازعين في بدل الجهود للوصول على تسوية ودية لتزاعهم عن طريق التفاوض"².

كما عرفت المادة 3/1 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها "عملية يتم من خلالها حل التزاع وديا، سواء بالوساطة أو بالتوفيق مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للتزاع العقدي أو القانوني، دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل"³.

وقد عرف المشرع المغربي عقد الوساطة بموجب الفصل 59-327 من قانون رقم 05-08 على أنه: "الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع ناشئ يعرض هذا التزاع على وسيط"⁴.

أما المشرع الجزائري فلم يعرفها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما اكتفى بتنظيم إجراءاتها وذلك ضمن المواد من 994 إلى 1005 منه.

(1) فراح مناني، مرجع سابق ص 54

(2) أشارت إليه المرجع السابق ص.54 .

(3) المرجع السابق، ص.54.

(4) فقد كيف المشرع المغربي الوساطة على أنه عقد و بالتالي أخذ بالوساطة الاتفاقية و ذلك بموجب القانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الإتفاقية ، ج.ر المغربية لسنة2007، ع.5584.

وبالرجوع على سبيل الاستدلال الى قانون العمل ، فقد عرفها في قانون تسوية النزاعات الجماعية¹ بمقتضى المادة 10 منه على أن: " الوساطة هي إجراء يتفق بموجه طرفا الخلاف الجماعي في العمل على إسناد مهمة اقتراح تسوية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه". وقد نصت المادة 11 الموالية من ذات القانون على أنه: " يلتقي الوسيط من الطرفين جميع المعلومات المفيدة للقيام بمهامه، و يتعين عليه أن يتقيد بالسر المهني إزاء الغير في كل المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته ".

ويتضح من أحكام هاتين المادتين أن الوسيط يتمتع بصلاحيات واسعة في قيامه بمهامه، حيث بإمكانه الاطلاع على جميع المعلومات الاقتصادية والاجتماعية و المهنية، والوصول الى كل وثيقة تمكنه من فهم النزاع او في إيجاد الحل المناسب له، و هذا ما يبرر تقييده بالمحافظة على السر المهني بموجب المادة 11 أعلاه، ومع كل هذا فان كل ما يمكن القيام به لتسوية النزاع هو مجرد تقديم اقتراح أو توصية غير ملزمة للأطراف، حيث يحتفظون بحق الاخذ بها او رفضها².

كما أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى الجوانب الاجرائية الخاصة بكيفية تنفيذ اقتراحات وتوصيات التي يقدمها الوسيط، وكذلك الاجراءات المتبعة في حالة قبول أو رفض الاطراف هذه التوصيات³.

وتجدر الاشارة الى أن المشرع الجزائري استثنى بموجب المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية القضايا العمالية من هذا الإجراء بحيث لا يجوز للقاضي عرض اجراء الوساطة بشأنها وذلك لوجود نص خاص ينظمها، وبالتالي فهذا الاستثناء يعد تدليلا على وجود اختلاف بينهما بالرغم من اتفاق المبدأ⁴.

(1) القانون رقم 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، الصادر في ج.ر لسنة 1990، ع06.

(2) دليلة حلول، مرجع سابق، ص. 20.

(3) أهمية سليمان، مرجع سابق، ص. 45.

(4) دليلة حلول، مرجع سابق، ص. 20.

فمما سبق، يمكن إجمال تعريف للوساطة في كونها " الطريقة التي يتدخل فيها شخص ثالث لحل نزاع قائم بين الخصوم، أو لتقريب وجهات نظرهم لإرشادهم للحلول الممكنة لهذا النزاع بما يحقق مصالحهم وحثهم على اتفاق يحل النزاع بينهم"¹.

وتتميز الوساطة بعدة مزايا نكتفي بذكر أهمها ، وتمثل فيمايلي:

1- توفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم ووكلائهم -من خلال انهاء الخصومة في مراحلها الأولى.

2- المحافظة على العلاقات السلمية، وتعزيز احتمالية وجود معاملات مستقبلية فيما بينهم.

- كما تكفل المحافظة على خصوصية النزاع.

3- المرونة في الاجراءات لعدم وجود قواعد مرسومة محددة مسبقا، وبالتالي تجنب الخصوم تعقيدات الاجراءات وما يترتب عليها من الجزاءات المترتبة على اغفالها.

4- تنفيذ الاتفاق رضائيا لأن التسوية من صنع أطراف النزاع وبالتالي يكون تنفيذها على الراجح دون عسر.

5- تحقيق مكاسب مشتركة للأطراف، وهذا من خلال المساومة والتفاوض بهدف الحصول على حل مرضي لهم.

وفي الأخير، فمن خلال هذه التعاريف التي قيلت في الوساطة يتبين لنا أنه تبلور معناها خلال مراحل زمنية متعددة فهي لم تنشأ دفعة واحدة، فكيف كان تطورها التاريخي؟

الفرع الثاني:

التطور التاريخي للوساطة

لقد عرفت عملية الوساطة كوسيلة لحل النزاعات تاريخيا عريقا ومتنوعا في جميع الحضارات، إذ يبدو أن المعالم الأولى لها ظهرت في الحضارة اليونانية تأسيسا على فلسفة ذلك العهد، التي كانت تهدف إلى بيان ما هو أصلح للفرد وتوخي العقلانية في العلاقات الإنسانية.

(1) عادل بوضياف ، مرجع سابق ، ص.360.

ولم تغب هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية، حيث كان لها تقاليد عريقة في المجتمعات القبلية وذلك لكون أن النزاعات كانت تحل غالباً بعقد اجتماع لكبار القوم، ويتم فيه النقاش والجدال وتوضيح الأمور والتوسط من أجل حل نزاع جوهرى أو قبلى أو قضايا عالقة بين العشائر. أما في المناطق الحضرية فقد تم إدراج الوساطة كأسلوب لحل النزاعات ضمن النصوص القانونية، وكنموذج عن استخدام الوساطة في البلدان العربية تم في سنة 2003 في إطار تطبيق الاستراتيجية الوطنية لتطوير القضاء الأردني إصدار القانون رقم 2003/37 المتضمن الوساطة لتسوية النزاعات المدنية وقد أوجدت بموجبه على مستوى بعض المحاكم إدارة قضائية تسمى إدارة الوساطة والتي تتشكل من عدد من القضاة يختارهم رئيس المحكمة لمدة محددة، وبالإضافة إلى قضاة الوساطة هناك وسطاء خصوصيون يختارهم وزير العدل من بين القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين المشهود لهم بالحياد والتزاهة.

وقد بدأ تطبيق هذا البرنامج في المحكمة الابتدائية بعمّان وبعد النجاح الذي عرفته الوساطة فقد أوّست اللجنة التوجيهية لبرنامج الوساطة القضائية ليطبق في باقي المحاكم الابتدائية في الأردن، ومن ثم تم إنشاء قسم في وزارة العدل لدعم الحلول البديلة لتسوية النزاعات، بالإضافة إلى ذلك فقد تم إعداد كتيب الإجراءات لمساعدة الهيئات القضائية في تطوير إدارات الوساطة، إلا أنه من الملاحظ أنه تم استبعاد النزاعات الإدارية من هذا الاجراء.

وقد عرفت الوساطة في الولايات المتحدة الامريكية اتساعا كبيرا، فقد صدر مرسوم الحقوق المدنية الفيدرالي سنة 1964 والذي أنشأت بموجبه وكالة خدمة العلاقات المجتمعية التابعة لوزارة العدل الأمريكية، وقد كلفت هذه الوكالة بمساعدة الجماعات والأفراد على حل النزاعات والخلافات والصعوبات المتعلقة بممارسة التمييز القائم على العرق أو اللون أو الأصل وذلك عن طريق المفاوضات والوساطة¹.

(1) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص. 49.

كذلك ظهرت العديد من المبادرات المتخصصة في استخدام الوساطة من اجل حل الخلافات العرقية و الدينية داخل المجموعات وفيما بينها¹، ولقد لجأت أنظمة القضاء الجنائي في هذا البلد إلى استخدام الوساطة لحل الدعاوى الجنائية وذلك عن طريق القيام بالوساطة بين المعتدي والضحية²، اذ يقوم الوسطاء بمساعدة الأطراف المعنية على تطوير خطط للشروع بالمفاوضات أو إعادة فتح العلاقات الشخصية بين المتنازعين³.

كما شهدت النزاعات العائلية في الولايات المتحدة الأمريكية أسرع نمو في ممارستها، فقد وفرت أنظمة المحاكم برامج يتوجب فيها على المتنازعين اللجوء إلى الوساطة قبل إسماع قضيتهم أمام القاضي، وغالبا ما كانت الوساطة مقبولة من جميع الأطراف لأكثر ملاءمتها وإرضائها لهم في حل خلافاتهم العائلية من النتائج المفروضة قضائيا أو قانونيا.

وبالنظر الى طبيعة النظام القضائي الأمريكي⁴ وتمثل في كونه قضاء موحد، اذ تخضع النزاعات التي تكون الادارة العامة طرفا فيها الى القضاء العادي، وفي هذا الصدد فقد استخدمت الوساطة أيضا داخل المؤسسات الخاصة والعامة من أجل حل النزاعات المؤسسية ولقد ارتبطت تصاميم أنظمة النزاعات⁵ ارتباطا وثيقا باستخدام الوساطة في بعض أنواع النزاعات والتي تفوقت على التحكيم كخيار للحل.

- (1) فعل سبيل المثال قامت الجماعة " ضمن السلام" في ناجوفر و جماعة محاكمة قبائل الساليش في ساحل المحيط الهادي و وسطاء قبائل ألاسكا وغيرها من خلال استحداث عدة وسائل حديثة لحل النزاعات و من بينها الوساطة. للمزيد راجع ، المرجع السابق، ص. 50
 - (2) اذ تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية بلد منشأ لما أصبح يعرف ب "الوساطة الجنائية"، ووجوه هذه الوساطة هو رضا الأطراف باللجوء اليها. للمزيد راجع: , 2-6 juillet 2006 , international conference , Judges as mediators in criminal matters , Michel ROBERT , 3.www.isrcl.org..p Canada,
 - (3) المرجع السابق، ص.06.
 - (4) اذ أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بمبدأ الفصل الجامد بين السلطات .
 - (5) تعتبر عملية تصميم أنظمة النزاعات عملية منهجية تهدف إلى تمكين الأفراد و تطوير الآليات لاتخاذ القرارات و معالجة النزاعات الخطيرة و تشمل هذه العملية المراحل الآتية :
- تحديد أنواع و أسباب القضايا و النزاعات التي يتكرر حدوثها
تطوير سلسلة من الإجراءات لاتخاذ القرارات و حل النزاعات
مطابقة النزاعات و القرارات المتخذة مع إجراءات إدارة النزاعات وحلها.
تنفيذ العمليات الفعالة و الإجراءات الإدارية التابعة للنظام.

وتشمل الأنواع الشائعة من النزاعات التي استخدمت فيها الوساطة على سبيل المثال: النزاعات المتعلقة بالعقود بما فيها تلك التي تبرمها الإدارة العامة، وفشل التنفيذ وأهلية المنتجات والخروقات المتعلقة ببراءة الاختراع وانتهاك العلامات التجارية و النزاعات حول الملكية الفكرية¹.

كما استخدمت الوساطة من قبل الوكالات الفيدرالية والولائية من أجل تطوير القوانين عبر عملية المفاوضات، وفي هذا الإطار يتم دعوة الأطراف المعنية بالقوانين المقترحة وتجري المفاوضات من قبل الوسطاء من أجل وضع توصيات مقبولة، وتعتبر وكالة حماية البيئة الأمريكية من أكثر الوكالات الفيدرالية التي لجأت إلى هذه الطريقة².

فمما سبق عرفت الوساطة القضائية انتشارا كبيرا في الولايات المتحدة الأمريكية لاسيما أن التحكيم لم ينتشر فيها بالقدر الذي عرفه في بقية أنحاء العالم، فاستنادا إلى دراسة حديثة تم حل 75 % من النزاعات التجارية عن طريق الوساطة .

ومن أساليب الوساطة القضائية نذكر -على سبيل المثال- أسلوب المحكمة المصغرة، والمطرفة المخملية.

أولا - المحكمة المصغرة:

ففي هذه الحالة يحال النزاع إلى هيئة مكونة من رئيس محايد و عضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحدا منهما من بين كبار الموظفين في الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع. ويلتقي الطرفان للاتفاق على قواعد إجراءات الوساطة حيث تختصر إلى أقل درجة ممكنة، وهكذا يتحدد عدد المستندات التي ستقدم والمهل لتبادل اللوائح.

وبعد جلسة المرافعة التي يجب ألا تتجاوز اليومين، تبدأ المفاوضات والتي تبقى سرية حيث لا يمكن كشفها إلا إذا فشلت في الوصول إلى الصلح وذهب الطرفان إلى المحكمة القضائية.

تصميم برامج معلومات فعالة لتعليم الأطراف المعنية مدى ما تستطيع عمليات صنع القرارات و حل النزاعات ان تساعد على الوصول إلى تسوية نزاعهم. للمزيد راجع ، كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي ، مرجع سابق، ص. 55-57.

(1) كريستوفر مورو ، ترجمة فؤاد سروجي ، مرجع سابق ، ص.56.

(2) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي ، مرجع سابق ص58-59

وإذا كانت المفاوضات مشمولة بالسرية، فإن المستندات والإثباتات المقدمة يمكن إعادة تقديمها إلى المحكمة القضائية إذا فشل حل النزاع وسارت الأمور إلى دعوى قضائية¹.

ثانيا - وساطة ميتشغان أو المطرقة المخملية:

أمام تراكم الدعاوى على المحكمة ميتشغان وجدت هذه الأخيرة مخرجا يخفف عنها الأعباء عن طريق الوساطة اذ وضعت إجراءات يلزم أطراف أي نزاع بإتباعها قبل عرض النزاع على المحكمة².

كما وضعت هذه المحكمة لائحة بعدد من الحقوقيين كوسطاء، وقبل أن تبدأ إجراءات أية محاكمة يختار كل طرف وسيطا من الأسماء الواردة على لائحة الوسطاء ويسمى الوسيطان وسيطا ثالثا من هذه اللائحة.

ويعين القاضي محكمة ميتشغان جلسة وساطة و يبلغها للطرفين و للوسطاء، وقبل عشرة أيام من الجلسة يقدم كل طرف لائحة مختصرة تتضمن الوقائع والادعاءات.

ويوم الجلسة يحق لمحامي الطرفين أن يترافعا ولكن باختصار، على ان لا تتعدى مدة هذه الجلسة الساعة من الوقت، ويقدم الوسطاء تقريرهم خلال الأيام العشرة الموالية لجلسة المرافعة.

وللطرفين مهلة عشرين يوما لقبوله أو رفضه فإذا لم يجيبوا اعتبر ذلك موافقة، وإذا قبل قرار الوسطاء يصدر حكم من محكمة ميتشغان بثبوتته، وإذا رفض من أي الطرفين تستأنف الدعوى بسيرها العادي أمام المحكمة³.

أما في الجزائر، فإن الوساطة القضائية لم تأخذ بعد مكانتها في النظام القانوني الجزائري نظرا لحداتها من جهة ومن جهة أخرى إلى الغموض الذي مازال يكتنف مفهوم الوسيط القضائي ودوره الذي يقوم به في حل النزاعات القضائية بين الأطراف.

(1) فراح مناني، مرجع سابق، ص. 82-83.

(2) فرح مناني، مرجع سابق، ص. 83.

(3) المرجع السابق، ص. 84.

وان كانت الجزائر أأذت فى فترة زمنية معينة بنظام الوساطة وىآجسد ذلك فى مؤسسه وسىط الجمهورية. وان كان دور الوسىط القضاىى ىآآلف عن دور وسىط الجمهورية، فما هى أوجه هذا الاآآلاف بىنهما؟

لتوضىح ذلك لا بد من دراسة ماهية مؤسسه وسىط الجمهورية والدور المناط لها به. اذ ىرجع الأصل التاريخى لظهور مؤسسه وسىط الجمهورية إلى السويد والى أآذت فى سنة 1809¹ آهاز المفوض البرلمانى، وقد أطلق علیه اسم "umbothsmath" وهذا المصطلح السوىدى مأآوذ من كلمتىن هما "Umboths" و"تعنى" الآنة"، و"Math" و"تعنى" آرآل"². وقد تأآرت باقى الدول الإسآندنافىة³ بالسويد، وقد أصبح ىستعمل مصطلح "أمبودسمان" فى مآآلف البلدان بمعنى "المفوض" أو "الوكىل". بمعنى الشآص الموكل إليه مهمة الدفاع عن المواآىن فى مواآهة السلطاط العامة أى "مندوب المجلس النىابى لمراقبة عمل الإدارة". وقد أنشأت فرنسا مؤسسه الوسىط بموجب قانون 3 ىناىر 1973، إلا أن تأآىر الوسىط فى فرنسا كان أقل من نظرائه فى باقى الدول الأوروبية، وذلك لآون رقابة الإدارة من قبل المجلس النىابى كانت أقل أهمية بالمقارنة مع الدول الأآرى⁴. وبعد ذلك أذآل القانون الصاآر بتاريخ 24 دىسمبر 1976 تعآىلات وملاحق هامة على النص الأساسى، وذلك بهدف زىادة دور وسلطاط الوسىط وأطلق علیه بموجبه لقب "وسىط الجمهورية"⁵.

(1) Cf. Theodore FORTSAKIS, La médiation mode Alternatif du règlement des litiges entre les autorités administrative et les personnes privées, Grèce, P. 93.

(2) آىآ آذت بنظام أمبودسمان: فىلندا منذ 1919، نروىآ منذ 1952، الآمارآ منذ 1954، كما آذت برىطانىا بهذا النظام منذ 1963 للمزىد رآع. theodore FORSKIS, op. cit., pp.93-94.

(3) قانون 3 ىناىر 1973

(4) أنظر، آورآ قوآىل، بىاردلقولقىه، آرآمة منصور القاضى، القانون الإآارى، آ 02، ط. 01، المؤسسات الآامعىة للدراسات و النشر والتوزىع، لىبان، 2008، ص. 20.

(5) آورآ قوآىل، بىار دلقولقىه، آرآمة منصور القاضى، مرجع سابق، ص. 20.

وللم تعيين وسيل اللمهورية. بمرسوم رئاسي يلكذ في مجلس الوزراء لملل ستة سنوااء غير قابلة لللكللك¹، ولا يمكن إنهاء كدمته كلال ولايته إلا في كالة وءوء مانع مللكق منه عن طريك قرار صادر بالإنءاع من مجلس الوزراء ومرفق بلكرير مءرر من طرف نائب رئيس مجلس الءولة والرئيس الأول لمككمة النقص والرئيس الأول لءيوان الماسبة².

كما يلممع الوسيط بءصانة ممالة لءصانة أعضاء المجلس النيابي ويقوم بلكعين مساعءيه، بالإنءافة إلى مسلكاريه.

وبسبب نءاح مؤسسه وسيل اللمهورية لم توسيع نطاق عملها وللكيق لا مركزيتها، ككث لم إقامة شبكة من المءلوبين في كميع المقاطعات الفرنسية، ويءاومون بصفة ءائمة في سرايا المقاطعات للبقاء على الكصال مباشر مع المواطين³.

ويلعب وسيل اللمهورية ءورين: فالءور الأول هو كمللكل، والءور اللاني كمللكر الإصلااء.

1- ءوره كمللكل

فالوسيل ليس قاضيا ولا رئيسا لسلسليا، بل يلكل كصاحب " المساعي الكميءة" والتي قم ءؤءي إلى لسوية الراءاعاء وءيا و ذلك من كلال ءوءيه ءوصيااء للإءارة و التي يجب عليها الإءابة عنها كلال المءة التي يكءءها، وعقوبة ءءم الرء ككمن في العلنية التي ءلكج من ءلكله⁴. كما له سلطة إعطاء أوامر للإءارة، و ذلك بءءف لإءبار الهيءاء العائءة لصلالحيءها ءنفيذ قرار قضائي اكلسب كءية الشيء المقضبي فيه.

كما يكلك ضمن صلاحياءه ءقءم الراءار العامة، فهناك ءءة أنواع من هءه الراءار نءكر منها على سبيل المكال : الراءار السنوي يقوم وسيل اللمهورية برفعه إلى رئيس اللمهورية والمجلس

(1) Cf. Paul LEWALLE, Lue DONNAY, Contentieux administrative, 3 éd, Iarcier, France, 2008, p. 244.

(2) ءورء قوءيل، بيارءلقولقيه، ءرءمة منصور القاضبي، مرجع سابق، ص. 20.

(3) طارء المءلوب، مرجع سابق، ص. 728.

(4) طارء المءلوب، مرجع سابق، ص. 728.

النبابى، والذى يعرض فيه حصيلة نشاطه، ويمكن نشره بالجرىة الرسمية، وكذلك التقرير الخاص الذى يقوم بتحريره عند مقاومة إحدى الهيئات لأوامره المتعلقة بتنفيذ قرار قضائى اكتسب حجىة الشىء المقضى به، فبإمكانه معاقبتها بوضعه تقريراً خاصاً فى هذا الشأن ينشر فى الجرىة الرسمية¹. كما بإمكانه نشر التوصيات التى أصدرها و لم تأخذ بعين الاعتبار فى شكل تقرير. وفى الأخير يملك وسيط الجمهورية حق الملاحقة لممارسة دوره كمتدخل، وهو الامتياز الأكثر فعالية²، ويكون ذلك فى حالة صدور خطأ من قبل أحد الموظفين، ولا تقوم السلطة الإدارية صاحبة الصلاحية بأىة ملاحقة تأديبية أو تقديم شكوى جزائية، فيتولى الوسيط بنفسه القيام بالملاحقة التأديبية أو الجزائية بوجه الموظف.

2- دور وسيط الجمهورية كمقترح إصلاحات:

يستطيع وسيط الجمهورية عند تقديمه بعض التوصيات أن يقدم بعض المقترحات لتحسين عمل الجهاز المعنى، ومن بينها تعديلات على نصوص تشريعية وتنظيمية³.

3- طبيعة مهمة وسيط الجمهورية:

من الصعب حسب الفقيه " George VEDEL " أن يتم تصور منطقياً هذا الدور للوسيط فى دولة القانون، حيث أن هذا الدور من مهمات القاضي وحده، والذى يجب عليه إيجاد جميع الحلول لجميع شكاوى المواطنين⁴.

لكنه يرد على هذا القول بأنه يخلوا من الواقعية، فالعمل القضائى يشكوا من البطء فى الإجراءات فى غالب الأحيان، كما أن الإدارة تتصرف غالباً من كونها الفريق القوى وتحاول تبييس الطرف الثانى، وأحياناً أخرى تساهم فى تقديم حلول غير عادلة⁵.

(1) أنظر، جورج سعد، القانون الإدارى و المنازعات الإدارية، منشورات الحلبي، لبنان، 2008، ص. 373.

(2) جورج قوديل، بيار دلقولقيه، ترجمة منصور القاضي، مرجع سابق، ص. 23.

(3) جورج سعد، مرجع سابق، ص. 374.

(4) جورج قوديل، بيار دلقولقيه، ترجمة منصور القاضي، مرجع سابق، ص. 23.

(5) Cf. André DE LAUBADERE ,Jean Claude VENEZIA , Yve GAUDEMET ,Traité de droit administratif ,T.01,13ème éd, L .G.D.J ,France,1994, p.88.

ومع هذا فلا ينبغي منح الوسيط سلطات جبروتية بحيث تفقد دولة القانون معناها من خلال تدمير مبدأ سمو القانون، مما يقتضي إيجاد توازن بين الحل القضائي والحل عن طريق الوساطة.¹ فيمكن تكييف هيئة وسيط الجمهورية على أنها سلطة إدارية مستقلة.²

أما في الجزائر، ففي ظل الإصلاحات الاقتصادية والسياسية التي باشرت منذ 1988، فلا بد أن لا تكون بمعزل عن الإصلاح الإداري للدولة، حيث أنه لا يمكن لأي إصلاح أن يكتب له النجاح إذا لم يأخذ بعين الاعتبار الإصلاح الإداري، وذلك حتى لا تصطدم الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية بعنصر مقاومة التغيير الذي يتولد لدى الجهات الإدارية.³

ولقد أنشئت العديد من الهياكل و المؤسسات لمواكبة هذه الإصلاحات و كان من بينها "هيئة وسيط الجمهورية"، والتي أنشأها رئيس الجمهورية استنادا إلى المواد و 74 و 116 و 671 من دستور الجزائر لسنة 1989، وذلك بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المؤرخ في 23 مارس 1996، مما يطرح التساؤل حول كيفية تعيين وسيط الجمهورية ؟ وما هي الصلاحيات التي خولت له ؟ وما هو موقعه ضمن مؤسسات الدولة ؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

1- تعيين وسيط الجمهورية

يتم تعيين وسيط الجمهورية بمرسوم رئاسي وينتهي مهامه بنفس الكيفية⁴ إلا أن مرسوم رقم 96-113 لم يحدد مدة مهامه، وبالتالي تبقى مرتبطة بالسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية.

ويساعد وسيط الجمهورية في أداء مهامه الهياكل الآتية⁵:

- ديوان مكون من رئيس الديوان وثمانين مستشارين مساعدين.
- الأمانة التقنية والتي هي مكونة من مدير الأمانة التقنية و رئيس المصلحة الإدارية والتقنية.

(1) جورج سعد، مرجع سابق، ص. 374.

(2) Paul LEWALLE, op.cit., p.244 .

(3) أنظر، مصطفى كراجي، عرض عن هيئة وسيط الجمهورية - قراءات أولية-، مجلة الإدارة، 1996، ع. 02، ص. 51.

(4) فقد نصت المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية الصادر في ج.ر لسنة 1996، ع. 20 . على أنه: "يعين وسيط الجمهورية بمرسوم رئاسي".

(5) مصطفى كراجي، مرجع سابق، ص. 56.

- المندوبون المأليون.

- كما بإمكان وسيل اللمهورية أن يطلب مساعاءة أي أبير يكون بأأة أيرته.

- ويعين هؤلاء الموظفان بأقرارات إلمارية صادرة من وسيل اللمهورية، ويجوز الطعن فيها أمام مجلس الاءولة.

2- صلاأيات وسيل اللمهورية:

يساهم وسيل في أماية أقوق المأولين وأريرهم بأعبارهم أراأا مشراكا بين كل المأولين، لذلك كلف بالمساهمة في أأسين سير المرافق العامة وائأظامها بالإضافة إلى أأسين علاأاها بالمأولين¹.

ما موقع وسيل اللمهورية ضمن الهياأ المألفة بمراقبة شرعية أعمال الإلمارة ؟

لأء اعأير المشرع الأأائري وسيل اللمهورية هياءة طعن أير أأائية، وذلك بموجب المااءة 2 من المرسوم الرأاسي رقم 96-113 لكنه لم يصفها بهياءة إلمارية بأصريح العبارة، لكنه يمكن القول بأها هياءة إلمارية مسأقلة وذلك للأسباب الأالية:

1- نفى الصفة الأأائية عنها بأصريح العبارة، و هذا ما أكاه وسيل اللمهورية آنذاك عند إأابته عن السؤال المألق بالأعراض الأاصة بالأأكام الأأائية من ألال قوله أنه: " لا يمكن للمصالأة أن أأوب عن العاءالة".

2- أأظر في الطعون الإلمارية لاسأباعاء أءألها في أي إأراء أأائى أو إعااءة النظر في الأحكام الأأائية.

3- ارأباطها برأيس اللمهورية عضوا و وظيفا.

4- أأمع وسيل اللمهورية بسلاطة الأعين في الوظائف المأأقة بالهياءة عن طريق إصاءر أقرارات إلمارية و لو كانت فردية.

(1) وأة نصأ المااءة 2/3 من المرسوم الرأاسي رقم 96-113 المأضمن أأسيس وسيل اللمهورية ، على أنه : " وفي هذا الإطار، يمكن لأي شخص طبيعى، اسأنفأ كل طرق الطعن ويرى أنه وقع ضأية أبن بسبب ألل في أسيير مرفق عمومي، أن أأظر وسيل اللمهورية" فأء أعل هذا المرسوم الأظلم يوجه مباشرة إلى الوسيل وذلك أأشية الأأير السياسى على مهمته. للمزيد راع ، عيساني على ، مرجع سابق، ص72 .

وذلك عن خلال إرسال إلى الإدارة المعنية أية اقتراح أو توصية كفيلة بحسن سير المرفق العام أو تنظيمه، ويتعين على الإدارة المعنية تقديم كل الأجوبة عن الأسئلة المطروحة، وذلك في الآجال المعقولة ودون تحديد المدة بشكل دقيق. وفي حالة عدم تلقي وسيط الجمهورية الجواب المرضي بإمكانه إخطار رئيس الجمهورية بذلك¹.

كما يتمتع وسيط الجمهورية من أجل ضمان حسن سير المرافق العامة بصلاحيه التحري بالتعاون مع الإدارات والمؤسسات المعنية، لهذا الغرض بإمكانه إخطار أية إدارة أو مؤسسة بإمكانها أن تقدم المساعدة اللازمة من خلال الاطلاع على أية وثيقة أو ملف لهما صلة بالتحريات².

كما يقوم وسيط الجمهورية في إطار صلاحياته برفع تقرير على رئيس الجمهورية ويعد فيه حصيلة سنوية عن أعماله مرفقة بتقديراته حول جودة الخدمات المقدمة من طرف المرافق العامة بالإضافة على اقتراحات و توصياته لتحسين سيرها³.

كما يعمل وسيط الجمهورية على ضمان قانونية سير المؤسسات والإدارات العمومية، وقد أوكلت هذه المهمة لوسيط الجمهورية للمساعدة في مواجهة الظروف السائدة أذاك - حالة الطوارئ - وما صاحبها من وضع قيود على الحريات العامة بقصد المحافظة على النظام العام.

فبالرغم من حداثة مؤسسة وسيط الجمهورية والتي أنشأت في إطار تحسين الخدمة العمومية إلا أنه تم حلها بموجب مرسوم رئاسي صدر في سنة 1999⁴.

(1) نصت المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية الصادر في ج.ر لسنة 1996، ع. 20. على أنه "يمكن لوسيط الجمهورية أن يخطر رئيس الجمهورية إذا لم يتلق جوابا مرضيا عن طلباته".

(2) وقد استئنفت المادة 5 في فقرتها الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية على أنه يستثنى من مجال صلاحياته "الميادين التي ترتبط بأمن الدولة، والدفاع الوطني والسياسة الخارجية".

(3) وهذا بموجب المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 96-113 أعلاه، حيث نصت على أنه: "يعد وسيط الجمهورية حصيلة سنوية من أعماله، ويرفع تقريرا بشأنها إلى رئيس الجمهورية. ويرفق التقرير بتقديراته فيما يخص جودة الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية وباقتراحاته وتوصياته لتحسين سيرها".

(4) مرسوم رئاسي رقم 99-170 المؤرخ في 02 أوت 1999 و المتضمن الفاء مؤسسة وسيط الجمهورية الصادر في الجريدة الرسمية ع، 52 لسنة 1999. فقد نصت المادة 01 منه على أنه: " تلغي أحكام المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المؤرخ في 4 ذي القعدة 1421 الموافق ل 23 مارس سنة 1996 و المتضمن تأسيس مؤسسة وسيط الجمهورية و مجموع النصوص اللاحقة به".

وفي الأخير بعد هذا العرض يمكننا أن نسجل الغموض الذي شاب تنظيم "مؤسسة وسيط الجمهورية" من قبل المشرع الجزائري، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم كل الجوانب الإجرائية و التنظيمية الأخرى، فإن القانون الجزائري جاء خاليا من أية إشارة للجوانب التنظيمية خاصة المتعلقة بكيفيات تنفيذ الاقتراحات والتوصيات، كما أن القانون الجزائري لم ينص على وسيلة فعالة لتعزيز دور وسيط الجمهورية و المتمثلة في نشر تقاريره في الجريدة الرسمية.

وفي ظل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تم الأخذ بالوساطة القضائية ضمن الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات، وذلك في إطار الإصلاحات القضائية لقطاع العدالة وذلك بقصد مسايرة التطور الاجتماعي والتحول الاقتصادي الساري في الجزائر هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، مسايرة التشريعات المقارنة التي تحصلت على نتائج ايجابية جراء اللجوء إلى الوساطة في حل النزاعات ذات الطابع العادي و الإداري.

وهو ما يتماشى مع توصية الثامنة الندوة الوطنية لإصلاح العدالة، والتي أوصت ب: " البحث عن طرائق بديلة أخرى لمعالجة النزاعات التي تستمد أسسها من خصوصية المجتمع الجزائري وكذا من التجارب التي أثبتت نجاعتها في الأنظمة القضائية الأجنبية"¹.

فمما سبق نجد أن أخذ المشرع الجزائري بالوساطة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 96-113 السالف ذكره²¹ يختلف اختلافا جوهريا عما جاء في ظل القانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث أن هيئة وسيط الجمهورية هي هيئة إدارية بالدرجة الأولى دون إغفال التأثير السياسي لمؤسسة رئاسة الجمهورية عليها، بينما يعتبر الوسيط القضائي من أعوان القضاء ويشترط فيه أن يكون محايدا، بالإضافة إلى ذلك فهو بإمكانه أن يتدخل في جميع النزاعات بما فيها النزاعات الإدارية إلا ما استثنى بنص، ودون تخلي القاضي عن القضايا التي ينظر فيها الوسيط القضائي فهي تبقى تحت إشرافه.

(1) توصيات ورشة الطرق البديلة وطرق الطعن ضمن الندوة الوطنية حول إصلاح العدالة يومي 28 و29 مارس 2005، الجزائر www.mjjustice.dz/html/coference.

(2) المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المؤرخ في 23 مارس 1996 و المتضمن تأسيس مؤسسة وسيط الجمهورية الصادر في ج.ر لسنة 1996، ع.20.

وكخلاصة لهذا المطلب نجد أنه يمكن وضع تعريف للوساطة القضائية بأنها "إجراء بديل لإنهاء النزاع كلياً أو جزئياً بين أطراف الخصومة، وذلك بغرض التسريع في إنهاء النزاع القائم وضمن أقصى حد مصالح الأطراف"¹، مما يثار التساؤل حول ما هي الطبيعة القانونية لهذا الإجراء؟

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية للوساطة في النزاعات الإدارية

من خلال مفهوم الوساطة يتبين لنا أنه قبل أن تأخذ بها الأنظمة القانونية المختلفة فهي سلوك متجذر في المجتمعات الإنسانية ومحياً للنفس البشرية التي ترفض الإملاء وأساليب القوة المستعملة من السلطة العامة بما فيها القضاء، لذلك ارتأى المشرع الجزائري تنظيم الوساطة وفقاً لإجراءات بسيطة يكون فيها للوسيط دوراً محايداً لتقريب وجهات نظر الخصوم للوصول لحل ينال موافقتهم عليه، وهو ما يبرر سعي كل منهم لتنفيذ الحكم الذي يساهموا في إعداده لكن المبادرة بعرض هذا الإجراء تعود إلى القاضي الذي ينظر في النزاع، مما يثار التساؤل حول مدى إلزامية هذا العرض بالنسبة للقاضي، هل هو وجوبي أم جوازي؟.

كما أن تبيان الطبيعة القانونية للوساطة القضائية يقتضي تمييزها عن التصرفات القانونية المشابهة لها والتي قد تختلط بها. وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال دراسة تمييز الوساطة عن الأنظمة المشابهة لها (الفرع الأول)، ثم تحديد مدى إلزامية عرض إجراء الوساطة (الفرع الثاني).

(1) دليلة حلول، مرجع سابق، ص. 23.

الفرع الأول:

تمييز الوساطة عن النظم المشابهة لها

لبيان اختلاف الوساطة القضائية عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها، لابد من تبيان أوجه التشابه والاختلاف بينها وبين هذه النظم، وهو ما سيتم توضيحه في هذا الفرع من خلال دراسة تمييزها عن التقاضي (أولا) ثم تمييزها عن المفاوضات (ثانيا) وأخيرا تمييزها عن التوفيق (ثالثا).

أولا: تمييز الوساطة عن التقاضي

باعتبار أن الوساطة القضائية طريق بديل لحل النزاعات بطريق ودي بدل إتمام إجراءات التقاضي أمام القضاء، مما يقتضي تبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما، وذلك فيما يلي:

أ- أوجه التشابه:

وتتمثل أوجه التشابه بين الوساطة القضائية والتقاضي في النقاط التالية:

- أ- في أنهما يهدفان إلى حل النزاعات بين الأطراف.
- ب- كما أنه لا تتبع إجراءات التقاضي ولا يتم اللجوء إلى الوساطة إلا بعد قيد الدعوى القضائية.
- ج- أثناء مباشرة إجراءات التقاضي أو اللجوء الوساطة تبقى القضية تحت إشراف القاضي الذي ينظر في النزاع.

ب- أوجه الاختلاف بين الوساطة القضائية والتقاضي:

إن الفرق بين الوساطة والتقاضي واضح، إذ لا يمكن تصور اجراءات التقاضي خارج مرفق القضاء ، بينما تعتبر الوساطة طريقا بديلا للدعوى القضائية وإجراءاتها، بالإضافة الى ذلك تتعلق أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي:

I- من حيث الغاية المتوخاة:

تهدف الوساطة الى حل النزاع بين الأطراف بالطريق الودي ، في حين نجد أن الدعوى القضائية تهدف الى الفصل في النزاع بين الأطراف بغض النظر عن رضاهم بالحل المقدم من عدمه¹.

II-مدى سرية الإجراءات:

إن إجراءات عملية الوساطة تتسم بالسرية بين طرفي النزاع وبين الوسيط دون إتاحة الفرصة للعامة للاطلاع على موضوع النزاع ومجرياته ،أما إجراءات التقاضي فهي عملية علنية يحق للجميع حضور مجرياته طبقا للمبدأ الدستوري المتمثل في علنية الجلسات.²

III- مدة الفصل في النزاع:

بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن إجراء الوساطة محدد بمدة زمنية معينة، حيث نصت المادة 996 منه على أنه: " يمكن تجديدها لنصف المدة مرة واحدة بطلب من وسيط عند الانقضاء بعد موافقة الخصوم".

أما في ظل إجراءات التقاضي فلا توجد مدة مقررة لحل النزاع فقد يمتد النظر في النزاع إلى عدة سنوات أمام الجهة القضائية لحله، والواقع العملي خير دليل على طول المدة الحاصلة أثناء التقاضي والتي قد تضلل وتؤثر على العدالة في بعض الأحيان.

IV- القرار الصادر وقابليته للطعن:

إن الاتفاق الذي توصل إليه أطراف النزاع هو ناتج عن تقريب وجهات النظر بينهم، حيث يتم التوقيع على الاتفاق من قبل أطراف النزاع والوسيط ثم يتم المصادقة عليه من قبل القاضي. بموجب أمر غير لأي طعن أمام أية جهة وذلك بموجب المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على أنه: "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن...".

(1) أنظر، بوضياف عادل ، مرجع سابق ، ص.361.

(2) فقد نصت المادة 144 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه: "تعلل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية".

ويرجع سبب عدم قبول هذا الأمر لأي طعن في كونه صادر عن الإرادة الكاملة لأطراف النزاع وبهذا يتم احترام مبدأ سلطان الإرادة.

أما القرار أو الحكم الصادر عن القاضي فهو يمثل رؤية القاضي وتكليفه للوقائع لذلك يكون كقاعدة عامة قابلا للطعن أمام الجهات القضائية المختصة.

٧- أساليب حل النزاع

فبموجب الوساطة لا يقوم الوسيط بإتباع أساليب معينة لحل النزاعات بل له حرية التصرف لحلها وإنجاح عملية الوساطة في حدود القانون.

أما التقاضي فهو عبارة عن مجموعة من الإجراءات والشكليات التي يتوجب على القاضي إتباعها بخلاف الوساطة تحت طائلة البطلان مما يجعل هذه العملية نوعا ما تتسم بالجمود.

ثانيا: تمييز الوساطة عن المفاوضات

قبل التطرق إلى تمييز الوساطة عن المفاوضات، سيتم دراسة تعريف المفاوضات وخصائصها والمبادئ التي تقوم عليها، وذلك لتوضيح معالم التشابه والاختلاف.

أ- مفهوم المفاوضات

يمكن تعريف المفاوضات على أنها " الصورة المعبرة عن مسار الأمور ما بين الطرفين (على الأقل) لهم قيم ومعتقدات وحاجات ووجهات نظر مختلفة، إلا أنهم يسعون جاهدين للوصول إلى إتفاق حول مواضيع وأمور ذات مصالح واهتمامات مشتركة."

كما اعتبرها البعض الأخر على أنها " التفاوض والتداول بقصد الوصول الى الاقناع، فيسعى كل طرف الى تحقيق أقصى منفعة من الصفقة المتفاوض عليها نظير أدنى مقابل، وبساطتها تكمن في تعريف وتحديد المكان والزمان للتفاوض، وليس غير ذلك وتقوم على حسن النية والرضا بين الأطراف، وفي حالة نشوء أي نزاع أو خلاف العمل على حله بالتفاوض والتداول حول أيسر وأسهل الحلول و التسويات"¹.

(1) أنظر، بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإلمارية، ج2، ط01، اصداركليك، الجزائر، ص.354.

إذن المفاوضات هي وسيلة تستعمل لغرض الوصول إلى اتفاق، وإن الاتفاق قد يرضي الطرفين، رغم كون أحدهم يكون رابح وبطبيعة الحال الطرف الثاني يكون خاسر أو أن تكون الكفة متعادلة¹.

فمن خلال هذه التعاريف تمتاز المفاوضات بعدة خصائص تميزها عن غيرها من التصرفات القانونية وتتمثل فيما يلي²:

- تعتبر المفاوضات عملية متكاملة وليست أنشطة مجزئة يمكن القيام بها بطريقة منفصلة فهي تحتاج إلى إدارة واعية تقوم على الأعداد والتخطيط الجيد.
- تعتبر المفاوضات عملية مستمرة وليست حدثا طارئا أو موقفا عارضا أو نشاطا مؤقتا، لذا لا بد أن لا يتم التعامل معها على أنها موقف طارئ أو مأزق لا بد من الخروج منه.
- تهدف المفاوضات إلى حل النزاع للوصول إلى تحقيق الأهداف التي ترضي الأطراف المتفاوضة.
- إن الأثار المترتبة على عملية التفاوض تتجاوز عادة إبرام العقد أو إتمام الاتفاق بين الطرفين حيث أنها عملية مستقبلية بطبيعتها فهي لا تعالج فقط الأمور الحاضرة بل تأخذ بعين الاعتبار الأثار المستقبلية.
- تعتمد عملية التفاوض على مهارات المفاوضين في مجال الاتصال ولباقتهم وقدرتهم على التصرف والتعامل مع الآخرين.
- تتصف المفاوضات بالعمومية من حيث عناصرها ومبادئها واستراتيجيتها وتكتيكاتها وبالتالي فهي تطبق على مختلف أنواع النزاعات.

كما أنه هناك عدة مبادئ لا بد من احترامها لإنجاح المفاوضات وهي³:

(1) أنظر، صالح-ص- خالص، في الاعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، د.م.ج، الجزائر، ب.س.ن، ص.86.
(2) أنظر، محمود علي، محمد عوض الهزائمة، المدخل إلى فن المفاوضات، ط1، دار الحامد، الأردن، 2006، ص.25-26.
(3) محمود علي، محمد عوض الهزائمة، مرجع سابق، ص.33-34.

I. مبدأ القدرة الذاتية:

يتعلق هذا المبدأ بقدرات ومهارات المفاوض من حيث فهم قضية التفاوض وأبعادها وتفهم الظروف والعوامل الداخلية والخارجية المحيطة بعملية التفاوض وكذلك قدرته على فهم الطرف الآخر، كما يتضمن هذا المبدأ قدرة المفاوض على القيادة والإشراف على فريق التفاوض.

II. مبدأ المنفعة:

يرتكز هذا المبدأ على المنافع والفوائد التي يسعى كل طرف من أطراف التفاوض إلى تحقيقها من عملية التفاوض، وتختلف هذه المنفعة باختلاف ظروف وطبيعة العملية التفاوضية، فقد تكون المنفعة الحصول على ربح، وقد تكون التقليل من الأضرار والخسائر التي يمكن أن تزداد في حال عدم اللجوء للتفاوض.

III. مبدأ الالتزام:

يتضمن هذا المبدأ الالتزام الكامل لدى كل طرف من أطراف التفاوض بالجهة التي يمثلها من ناحية، وبتنفيذ ما يتوصل إليه من اتفاقيات مع الطرف الآخر بعد التفاوض من ناحية أخرى.

IV. مبدأ العلاقات المتبادلة:

يقوم هذا المبدأ على التأكيد على أهمية العلاقات المتبادلة بين الأطراف خاصة في حالة تكرار التعامل بينهم كما يراعي هذا المبدأ المصالح المشتركة بين الطرفين والمحافظة عليها في المستقبل.

V. مبدأ أخلاقيات التفاوض:

يقوم هذا المبدأ على التأكيد على أهمية الأخلاق في التعامل أثناء و بعد المفاوضات.

ب- أوجه التشابه والاختلاف بينهما:

تتمثل أوجه التشابه والاختلاف بين المفاوضات والوساطة القضائية فيما يلي:

I. أوجه التشابه بينهما:

تشارك المفاوضات مع الوساطة القضائية في أنهما يهدفان إلى حل ودي للتراعات، وأنهما يرتكزان على الحوار بين الأطراف.

إلا انه هناك فروق جوهرية فيما بينهما.

II. أوجه الاختلاف بينهما:

تتمثل أوجه الاختلاف بين المفاوضات والوساطة القضائية في النقاط الآتية:

1) تتم المفاوضات قبل اللجوء إلى القضاء، وهذا على خلاف الوساطة القضائية حيث لا

تتم إلى بعد اللجوء إليه.

2) كما أن المفاوضات قد تجرى قبل نشوء النزاع و ذلك لتفاديه، وهذا على خلافا

الوساطة القضائية حيث يتم اللجوء إليها بعد نشوئه والتي تهدف إلى حله كليا أو جزئا

منه.

3) بالإضافة إلى ذلك، فقد لا يتم تحديد مدة المفاوضات فتكون غير مقيدة بمدة زمنية

محددة، وهذا على خلاف الوساطة القضائية والتي حددت مدتها بثلاثة أشهر قابلة

للتجديد مرة واحدة.

4) وأخيرا تتم الوساطة القضائية بتدخل طرف ثالث محايد متمثل في الوسيط القضائي،

وهذا على خلاف المفاوضات فبإمكان أن تجرى بين أطراف النزاع فقط، وفي هذه

الحالة تسمى مفاوضات مباشرة، وإن كان للأطراف حرية اختيار طرف ثالث محايد

يكون وسيطا بينهم لكن لهم حرية اختياره.

ثالثا: تمييز الوساطة القضائية عن التوفيق

في الواقع قد يصعب التمييز بين الوساطة القضائية والتوفيق في بعض الحالات لتداخل

النظامين، وسنحاول تبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

ولكن قبل ذلك لابد من تعريف التوفيق، حيث يقصد به "هو اتفاق بين الطرفين أو أكثر على

التفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية"¹، وبهذا يضحى التوفيق هو محاولة

(1) أنظر، عصام احمد بهجي ، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2008، ص. 43.

الوساطة في إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق الذي يدرس النزاع ويقدم مقترحات للتقريب بين الأطراف¹، وبهذا يتضح أن إجراءات التوفيق من خلال مساعي حميدة بعيدا عن فكرة الخصومة. ولقد أخذت بعض الأنظمة القانونية بنظام التوفيق دون الاضطرار إلى ولوج سبيل التقاضي، حيث تم إنشاء على مستوى كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات الإدارية والمدنية والتجارية التي تنشأ بين هذه الجهات، أو بينهما وبين العاملين بها، أو بينها وبين الأفراد².

يصعب التمييز بين الوساطة القضائية و التوفيق، لوجود عدة نقاط تشابه بينهما إلا أن ذلك لا يمنع من وجود فوارق بينهما، وذلك على نحو الآتي:

أ- أوجه التشابه بينهما:

تمثل أوجه التشابه بين الوساطة القضائية و التوفيق فيما يلي:

- أن كلاهما يسعى إلى حل ودي للنزاع.
- كما انه يتدخل لحل النزاع بطريقة ودي طريق شخص ثالث محايد يتمثل في الوسيط القضائي في الوساطة القضائية³ والموفق في حالة التوفيق.

ب- أوجه الاختلاف بينهما:

بالرغم من وجود هذه نقاط التشابه بين الوساطة القضائية والتوفيق إلا انه هناك اختلافات بينهما، و تتمثل أهم نقاط الاختلاف فيما يلي:

- تتم الوساطة القضائية بعد اللجوء إلى القضاء، وهذا على خلاف التوفيق إذ بإمكان اشتراط القانون اللجوء إلى لجان التوفيق أولا قبل اللجوء إلى القضاء.

(1) عصام أحمد البهجي، مرجع السابق، ص 43.

(2) فعلى سبيل المثال قد أخذ المشرع المصري بالتوفيق بموجب القانون رقم 2000/7 المتعلق بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات. أشار إليه، عيد الرؤوف عيد المتولي ، لجان التوفيق وفقا لأحكام قانون رقم 7 لسنة 2000 في المنازعات المدنية و التجارية و الادارية ، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص . 03.

(3) أنظر، أحمد عصام البهجي ، مرجع سابق ، ص . 43.

- بإمكان لجان التوفيق تقديم حلول قانونية للتزاعات، وهذا على خلاف الوسيط القضائي الذي يقتصر دوره على تقريب وجهات نظر.

فمما سبق يتضح لنا من خلال تمييز الوساطة القضائية عمّا يشابهها من الأنظمة القانونية، فنجد أنّها وان كانت تتشابه معها في كونها تؤدي إلى تسوية النزاع، إلا أنّها تختلف معها في الطريقة المتبعة لتسويته. إذ يتم عرض إجراء الوساطة من طرف القاضي المختص بالنظر في النزاع، وهو ما يؤدي بنا إلى التساؤل حول مدى إلزامية عرض هذا الإجراء من طرف القاضي الإداري لحل النزاعات الإدارية؟.

الفرع الثاني:

تحديد مدى إلزامية عرض إجراء الوساطة

لقد كرس قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إجراء الوساطة كطريق جديد و بديل لإنهاء الخصومة، مما يكفل للأطراف تنفيذ ما اتفق عليه دون اللجوء إلى الطرق الجبرية، إذ يقوم القاضي بعرضها على الخصوم، وذلك بمقتضى المادة 1/994 منه، والتي نصّت على أنّه: " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام".

ما يستنتج من نص هذه المادة أنّها جاءت بصيغة الوجوب بالنص الصريح إذ استعمل المشرع الجزائري مصطلح "يجب" وهو ما يجعلها قاعدة أمرّة، مما يترتب على ذلك وجوب عرضها من طرف القاضي المختص على الخصوم في جميع المواد بما في ذلك في المادة الإدارية، واستثنت من هذا الإجراء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام.

وعلى خلاف الصلح والتحكيم لم يشر المشرع الجزائري إلى الوساطة ضمن الكتاب الرابع المتعلق ب "الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية"، ولقد استند البعض¹ على هذه المسألة لتبرير رأيه المتعلق بعدم جوازية إجرائها في النزاعات الإدارية.

(1) من أصحاب هذا الرأي نذكر على سبيل المثال : - حسين بن شيخ آث ملويا ، قانون الاجراءات الادارية ، مرجع سابق ، ص.634.

إلا أننا نجد عدم نص المشرع عليها ضمن الكتاب المتعلق بالإجراءات القضائية الإدارية لا يعد دليلاً على استبعادها من النزاعات الإدارية، مادام أن الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة يطبق على جميع على جميع المواد بما فيها المادة الإدارية

مما يترتب على ذلك خضوع الوساطة في النزاعات الإدارية للأحكام المشتركة المنصوص عليها في الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات.

وعليه فإجراء "عرض الوساطة" في النزاعات الإدارية إجراء إجباري على القاضي الإداري الالتزام به مما يترتب على ذلك ما يلي:

ت- إن عرض إجراء الوساطة لا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري فعليه أن يشير في الحكم الصادر في النزاع إلى أنه قام بعرض الوساطة على الخصوم لكنهم رفضوا ذلك¹.

ث- لكن المشرع الجزائري لم يتبع الإلزام بعرض إجراء الوساطة بأي جزاء ناتج عن مخالفته، فهل يترتب على إغفال هذا الإجراء بطلان؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل نصت عليه المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بقولها على أنه: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

وبالتالي لا يترتب على إغفال إجراء عرض الوساطة الدفع ببطلان الإجراءات مادام أنه لم يتم النص على ذلك صراحة.

وما يستنتج مما سبق وإن كان عرض إجراء الوساطة وجوباً على القاضي، فإن للخصوم حرية الأخذ بهذا الطريق من عدمه، فاللجوء إلى الوساطة من قبل الخصوم هو على سبيل الجواز.

فمن خلال ما سبق يستنتج أنه يجب على القاضي الإداري عرض إجراء الوساطة على الأطراف في النزاعات الإدارية باستثناء ما يمس بالنظام العام، فما المقصود بذلك؟

(1) عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 525.

فبالرغم من كثرة التشريعات التي تتحدث عن النظام العام، فإنها نادرا ما عرفته ومن بينها المشرع الجزائري.

أما الفقه فإن أغلبه يعتبر النظام العام مفهوم غامض غير محدود المعالم¹، حيث ذهب مفوض الدولة "Le Tourneur" إلى أن "فكرة النظام العام مبهمة، إذ ان غموض النظام العام والطابع الظرفي له يأتیان من تعدد المقتضيات التي يواجهها"².

كما تم تعريف فكرة النظام العام على أنه "مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، فقواعد النظام العام هي التي يقصد من ورائها تحقيق مصلحة عامة التي هي كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع، بحيث يرجع على كل مصلحة فردية، ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام، حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة فإذا هم خرجوا عن هذا النظام باتفاق خاص، كان هذا الاتفاق باطلا"³.

أما في القضاء الإداري الجزائري، فقد ورد تعريف النظام العام في حيثيات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 27 جانفي 1984 حيث جاء فيه ما يلي: ".....إننا نقصد من خلال "عبارة النظام العام" مجموعة القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي الواجب الحفاظ عليه لكي يتمكن كل ساكن غير التراب الوطني، من استعمال قدراته الشرعية في حدود حقوقه المشروعة في مكان إقامته.

واعتبارا أنه مهما تعلق الأمر بمفهوم غير مستقر يتطور بتطور الأزمة والأوساط الاجتماعية...."⁴.

(1) أنظر، ناصر لبّاد ، الوجيز في القانون الإداري ، ط.2، مخبر الدراسات السلوكية والدراسات القانونية، الجزائر، 2007، ص. 159 .

(2) أنظر، عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطويجي ، ب.ب.ن، 1993، ص. 184.

(3) ابتسام القرّام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب، الجزائر، 1998، ص. 205 .

(4) أشار إليه: ناصر لبّاد ، مرجع سابق، ص. 160.

وبالنالي لا يجوز للقاضي الإداري عرض إجراء الوساطة أثناء الدفع¹ بوسيلة من الوسائل المتعلقة بالنظام العام.

وتمس الوسيلة المتعلقة بالنظام العام مخالفة قاعدة أساسية ومهمة للنظام القانوني بحيث يتعرض هذا النظام للخطر إذا استفحلت تلك المخالفة ويكون مهما أن يثيرها القاضي لكونه هو "المصرح للقانون"، ولا تمنعه من ذلك أية قاعدة من قواعد الميعاد أو الإجراءات² كما يحق للخصوم إثارتها. ولا توجد قائمة محددة لوسائل النظام العام، بل هناك حالات يعتبرها القضاء متعلقة به، وعلى سبيل المثال:

يعتبر كل من الاختصاص القضائي للجهات الإدارية بنوعيه النوعي والمحلي من المسائل المتعلقة بالنظام العام³، وقد استند البعض⁴ على هذه المسألة لتبرير موقفه الراض للجوء الى الوساطة في النزاعات الإدارية. إلا أنه نجد أن إجراء الوساطة جاء بنص صريح من المشرع، ومادام أن القاضي

(1) يمكن تعريف الدفع اصطلاحاً بأنه: «هو يجيب به الخصم على دعوى خصمه، أو هي الوسيلة القانونية التي يدفع بها المدعي عليه أمام القضاء ويطلب فيها من المحكمة رد دعوى المدعي سواء أكانت موجهة لموضوع الحق المدعى به أم المتعلقة بشكل الدعوى، ويجب أن يكون الدفع له صلة مباشرة بالدعوى الأصلية». للمزيد راجع، صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشككية أما القضاء الإداري- دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، العراق، ص.11.

والدفوع هي نوعان: دفوع شكلية: وهي وسائل دفاع مرتبطة بالإجراءات دون أن تمس أصل الحق. أما الدفوع الموضوعية: فهي الدفوع التي توجه إلى ذات الحق المدعي به والتي يلجأ إليها المدعي عليه ليثبت أن دعوى خصمه على غير أساس قانوني فهي بعبارة أخرى الدفوع المتعلقة بأساس الدعوى. للمزيد راجع، شادية إبراهيم الخروقي، الإجراءات في الدعوى الإدارية - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص. 206.

للمزيد راجع، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الدفوع في الدعاوى الإدارية والتأديبية والمستعجلة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص. 13.

(2) أنظر، لحسين بن شيخ أث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية- وسائل المشروعية-، ط 04، دار الهومه، الجزائر، 2009، ص. 43-44.

(3) فيما يتعلق بالاختصاص القضائي فقد نصت المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام.

يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى. يجب إثارته تلقائياً من القاضي".

يمكن تعريف الاختصاص القضائي على أنه: «السلطة المخولة قانوناً لمحكمة ما للفصل في النزاع المعروض عليها، وتهدف قواعد الاختصاص إلى تحديد نصيب كل جهة من جهات القضاء، ونصيب كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهات القضائية الواحدة، ونصيب كل من محاكم الطبقة الواحدة من المنازعات التي يجوز الفصل فيها». للمزيد راجع، العربي وردية، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-، الجزائر، 2009-2010، ص. 03.

(4) نذكر على سبيل المثال: عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص. 578.

الإداري المختص بالنزاع هو من يقوم بعرضها، كما أن اللجوء إلى الوساطة لا يعني بالضرورة تخليه عن النظر في النزاع.

في حين أنه ليس بالإمكان اللجوء إلى الوساطة لتحديد الجهة القضائية الإدارية المختصة بالنظر في النزاع لكون ذلك من المسائل المتعلقة بالنظام العام.

بالإضافة إلى ذلك ليس بالإمكان إجراء الوساطة حول شروط قبول الدعوى الإدارية لارتباطها بالنظام العام، وهو ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم يكن له صفة وله مصلحة قائمة لو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه كما يشير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد فصل شرط الأهلية عن شرطي الصفة والمصلحة وذلك بمقتضى للمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "حالات بطلان العقود غير القضائية و الإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم

2- انعدام الأهلية أو تفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

حيث اعتبره شرطاً لصحة الإجراءات فهذا التكييف يجعل الدفع بتخلفها دفعا بالبطلان وليس بعدم القبول، وإن أبقى عليه متعلقاً بالنظام العام وذلك بمقتضى المادة 65 من نفس القانون، حيث نصت على أنه: "يثير القاضي تلقائياً انعدام الأهلية، ويجوز له أن يثير تلقائياً انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

كما أنه لا يجوز للقاضي الإداري عرض إجراء الوساطة إذا تم الطعن بالإلغاء في قرار إداري وأثير عيب الاختصاص لكونه متعلقاً بالنظام العام، أو أثير بطلان العقد الإداري لمخالفته لقواعد النظام العام.

وإجمالاً لما سبق يعتبر عرض إجراء الوساطة وجوبياً على القاضي القيام به، مع ترك الحرية للأطراف لقبولها من عدمه وهذا على خلاف إجراء الصلح الذي أصبح جوازياً حيث تركت له السلطة التقديرية في عرضه الخصوم من عدمه.

وكخلاصة لهذا المبحث تكمن أهمية موضوع الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات في الفكرة الجديدة التي تقدمها وتطرحها إذ تهدف إلى حل النزاعات بعيداً عن القضاء ومتجاوزة إجراءاته المعقدة، حيث تعد طريقاً سهلاً وسلسلاً وأقل مشقة من الطرق الاعتيادية التي اعتاد الأطراف اللجوء إليها لتسوية نزاعاتهم، فبالإضافة إلى ذلك فهي تعمل على توفير الجهد على الوقت على المتخاصمين مقارنة بالوسائل الأخرى.

ومما لا شك فيه فإن حل المنازعات عن طريق الوساطة، يعتبر من الوسائل والمظاهر الحضريّة لحل النزاع، وذلك لكون الحوار الهادف البناء الذي توفره الوساطة يدل على حضارة هذه الفكرة وكذلك حضارية الأطراف بقبول الحوار.

وفي الأخير إلى جانب كل من الصلح والوساطة هناك طريق بديل ثالث لحل النزاعات بصفة عامة ومن بينها النزاعات الإدارية والمتمثل في التحكيم فما هو المقصود به وما هي طبيعته القانونية؟

المبحث الثالث:

ماهية التحكيم كطريق بديل

حل النزاعات الإدارية وطبيعته القانونية

إن التحكيم كطريق لحل النزاعات كان الأسلوب السائد لدى المجتمعات القديمة والأسبق في الظهور من القضاء، إذ أن هذا الأخير ظهر للوجود بمرور هياكل الدولة حيث أصبحت العدالة وظيفة من وظائفها. ولكن مع التطور الحاصل على عدة أصعدة اقتصادية، سياسية واجتماعية لم تعد عدالة الدولة تلي رغبة المتقاضين في إيجاد حلول سريعة لنزاعاتهم وبأقل المشاق والتكاليف، وذلك لعدة

عوامل أهمها البطء في حل النزاعات وفق إجراءات معقدة وما يصاحب ذلك من هدر للمال والوقت، فضلا على ما يعتقد المتخاصمون من عدم كفاءة هذه العدالة لمعالجة بعض مسائلهم المعقدة. فهاته الأعباء و غيرها دفعت الى السعي للتخفيف منها لاسيما من طرف المستثمرين والتجار، وذلك باللجوء الى طرق بديلة لحل نزاعاتهم تتميز بالليونة والسرعة، ومن بينها طريق التحكيم الذي لا ينعكس انتهاجه وسلوكه إيجابا على المتقاضين فحسب. بل كذلك على وظيفة الدولة ذاتها في مجال حل النزاعات لاسيما ما تعلق منه بالتقليل من أعبائها في هذا المجال الناشئة أساسا جراء تراكم الهائل من القضايا، لذلك سعت العديد من الدول الى تبني التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات ضمن تشريعاتها من ذلك المشرع الجزائري الذي نظم بدوره التحكيم ضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية في الفصل الثالث من الكتاب الخامس منه في المواد من 1006 الى 1061.

وللتأكيد على خصوصية التحكيم في النزاعات الإدارية سواء من حيث الأطراف التي لها حق للجوء اليه أو في بعض الاجراءات ، وقدم النص عليه في الفصل الثاني المتعلق ب "التحكيم" من الباب الخامس المتضمن "الصلح والتحكيم" وذلك ضمن الكتاب الرابع المتعلق بـ"الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الادارية".

من خلال ما سبق، لنا ان نتساءل عن ما مفهوم التحكيم و ما هي طبيعته القانونية؟ للإجابة على هذه الإشكالية سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، حيث سنتعرض في الأول الى مفهوم التحكيم في النزاعات الادارية، ثم في الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم في النزاعات الإدارية.

المطلب الأول:

مفهوم التحكيم في النزاعات الإدارية

يعتبر التحكيم وسيلة فعالة لتسوية النزاعات فمن أسباب إجازته من قبل التشريعات القانونية هو التيسير على الخصوم، إذ يتم الفصل في النزاع من طرف أشخاص ذوي المعرفة الفنية¹. ومن هنا

(1) عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص.535.

أصبح إقراره في النزاعات الإدارية ضرورة ملحة نظرا للتطور المستمر في العلاقات الاقتصادية وما ترتب عليه من ظهور معاملات قانونية بين الدول وأشخاص القانون الخاص وطنية كانت أو أجنبية. ونظرا لأهمية هذا الموضوع يقتضي البحث عن مفهومه التحكيم، وهذا من خلال دراسة تعريف التحكيم وخصائصه (الفرع الأول)، ثم تطوره التاريخي (الفرع الثاني)، ثم تمييزه عما يشابهه (الفرع الثالث)، وأخيرا أنواعه (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

تعريف التحكيم وخصائصه

إن البحث عن المقصود بالتحكيم يقتضي بيان تعريفه (أولا) والخصائص التي يتميز بها (ثانيا).

أولا: تعريف التحكيم:

سيتم التطرق إلى تعريف التحكيم من خلال إيراد معناه لغة ثم اصطلاحا ثم فقها ثم تشريعا ثم قضاء.

أ- تعريف التحكيم لغة:

التحكيم في اللغة هو بمعنى "التفويض في الحكم"¹ ويأتي من المصدر "حكم" من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، فيقال "حكّمه في الأمر" أي فوض إليه الحكم فيه، و"حكّموه بينهم" أي أمره أن يحكم بينهم، وكذلك يقال "حكّمنا فلانا بيننا" أي أجزنا حكمه بيننا.

"فحكّم" بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، ويسمى "الحكّم" بفتح الكاف، أو "المحكّم" بضم الميم وفتح الحاء و الكاف المشددة²، وفي هذا المعنى يقول الله سبحانه وتعالى: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم"³.

ويسمى الخصوم بـ "محتكمين" بكسر الكاف، ومفرده "محتكم".

(1) أنظر، ابن منظور، معجم لسان العرب، ج2، دار المعارف، لبنان، ص. 952

(2) المرجع السابق، ص. 952

(3) سورة النساء، الآية رقم 65.

ويقابل مصطلح التحكيم باللغة الفرنسية مصطلح " L'Arbitrage " وهو مشتق من الفعل " Arbitrer " الذي بدوره مأخوذ من الكلمة اللاتينية " Arbitrare " وتعني التدخل والحكم بصفته حكم¹.

ب- تعريف التحكيم اصطلاحا:

إنّ التعريف الاصطلاحي للتحكيم لا يختلف كثيرا عن معناه اللغوي والذي يفيد " إطلاق اليد في الشيء "، أو " تفويض الأمر للغير ".

فيقصد به " تولية الخصمين حكما يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما"².

ج- تعريف التحكيم فقها :

لقد عرف العديد من الفقهاء التحكيم كل من وجهة نظره، وسيتم التطرق لتعريفه في الفقه الغربي ثم في الفقه العربي.

1- في الفقه الغربي:

لقد وضع الفقه الغربي عدة تعاريف للتحكيم، حيث عرفه الأستاذ " René DAVID " بأنّه :

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressent les rapports entre deux ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres personnes l'arbitre ou les arbitres les quelle tiennent leurs pouvoirs d'une convention privé et statent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état »³.

كما عرفه الأستاذ " Jean ROBERT " بأنّه:

(1) أنظر ، جيار كورنو، ترجمة منصور القاضي ، معجم المصطلحات القانونية ، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان، 1999، ص. 420.

(2) أنظر، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.22.

(3) تقنية ترمي لحل قضية أو مسألة تتعلق بروابط بين شخصين أو أكثر بواسطة محكم أو محكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاقية خاصة ويحكمون على أساس هذه الاتفاقية دون أن يكونوا متولين القيام بهذه المهمة من قبل دولة ما).

Cf. René DAVID, Arbitrage dans le commerce international Economica, France, 1982, p.09.

« On entend par l'arbitrage, l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun pour être résolus par des individus revêtus, pour les circonstances, de la mission de les juger. »¹

في حين عرفه الأستاذ " Charles JARROSSON " بأنه:

" l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui appose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui été confiée par celle-ci"²

وقد عرفه الأستاذ " Philippe FOUCHARD " بأنه:

« Par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent »³

2- في الفقه العربي:

لقد عرف العديد من الفقهاء العرب التحكيم، اذ عرفه الدكتور أحمد أبو الوفا بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁴. كما عرفه الدكتور سيف الدين البلعاوي على أن " التحكيم في معناه العام هو أن يلجأ طرفان متنازعان إلى من يحكمانه في حل نزاعهما القائم بينهما مع التعهد عادة باحترام قرار الحكم وتنفيذه، و يتم اختيار الحكم بمعرفتهما حيث يتفقان مقدما على قبول حكمه و ارتضاء تنفيذه"⁵. وقد ذهب الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم إلى أن " التحكيم طريق إلزامي لمن بداه، وتكون البداية هي اتفاق التحكيم، ولا يلزم في هذا الشأن إبرام عقد تحكيمي بل يمكن أن يأخذ الاتفاق شرط للتحكيم يتضمنه أي عقد من العقود ويطلق على الصورة الأولى عقد التحكيم أو مشاركة

(1) فقد عرفه على أنه : (نظام للقضاء الخاص تستبعد فيه نزاعات معينة من دائرة الاختصاص العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيه. Cf. Jean ROBERT, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 5ème éd, Dalloz, 1983, p.05.

(3) فقد عرفه بأنه : (النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية من قبل هؤلاء). Cf. Charles JARROSSON, la notion de l'arbitrage rev.arb, France, 1984, p.307 ; philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traite de l'arbitrage commercial international, Litec, France, 1996, p.12.

(3) فقد عرفه بأنه: (اتفاق الأطراف على ان يخضع نزاعهم الى قضاء يختارونه). Cf. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op.cit.,pp. 11-12.

(4) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، ط.05، منشأة المعارف، مصر، 1988، ص.15.

(5) سيف الدين البلعاوي، التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، مجلة جزائرية، مجلة دورية، 1989، ع 02، ص.348.

التحكيم، بينما الصورة الثانية شرط التحكيم، والفرق بين الصورتين من حيث التزام من ارتبط وفقا لأيهما بالمضي في طريق التحكيم عند اثاره النزاع"¹.

في حين عرفه الأستاذ قادري عبد العزيز على أنه " تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص - المحكم أو المحكمين - يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة"².

د- تعريف التحكيم تشريعاً:

لقد عرف المشرع المغربي لأول مرة التحكيم بموجب الفصل 306 من قانون 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه: "يراد بالتحكيم حل نزاع من لدى هيئة تحكيمية تتلقى من الاطراف مهمة الفصل بناء على اتفاق تحكيم"³. إلا أن المشرع المصري لم يعرف التحكيم وإنما اكتفى بتعريف اتفاق للتحكيم. وهو نفس الموقف تبناه المشرع الجزائري، اذ لم يعرف التحكيم وإنما اكتفى بتنظيمه سواء بموجب قانون الاجراءات المدنية (الملغى) وذلك بمقتضى المواد من 442 إلى 458 مكرر 28، أو بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية، والذي اكتفى في هذا الأخير بتعريف كل من شرط و اتفاق التحكيم"⁴.

ويمكن الرجوع على سبيل المقارنة الى التحكيم في الشريعة الإسلامية، فقد عرف لدى فقهاء المسلمين بأنه " تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما"⁵، كما عرفته مجلة الاحكام العدلية في مادتها 1790 بقولها أن التحكيم "عبارة عن اتخاذ الخصمين حكماً برضاها ليفصل في خصومتها ودعواها"⁶.

(1) ابراهيم أحمد ابراهيم ، تنفيذ أحكام التحكيم، المحلة المصرية للقانون الدولي، 1981، ع.37، ص.19.

(2) أنظر ، عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، ط02، دار الهوم، الجزائر، 2006، ص.223.

(3) - المنشور في ج.ر المغربية لسنة 2007، ع.5584.

(4) احالة الى ص من هذا البحث .

(5) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم - دراسة تحليلية مقارنة-، ط2، مصر، المكتب الجامعي الحديث، 2008.

(6) أشار إليها، عبد السلام صبحي حامد ، الوضع الشرعي لأثر التحكيم ، المؤتمر الإسلامي الثاني للتشريعة والقانون حول : التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الاسلامية ، لبنان ، 2000، ص.301.

والملاحظ من هذين التعريفين هو التأكيد على عنصر الرضا في التحكيم.

أما فيما يخص حكمه الشرعي، فهو جائز شرعا، وقد دل ذلك في القرآن الكريم، والسنة النبوية، ووقوعه من الصحابة.

إذ أن هناك آيتان في القرآن الكريم نصتا على التحكيم، الأولى متعلقة بالتراعات العائلية بين الزوجين وذلك بقوله سبحانه وتعالى: "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها ان يريدان اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليها خبيرا"¹. أما الثانية فهي متعلقة بعامه التراعات، وذلك بقوله تعالى: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماء يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا"².

أما في السنة النبوية الشريفة، فلقد رضي الرسول صلى الله عليه وسلم بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريضة حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالتزول على حكمه³.

كما قد أجمع صحابة النبي صلى الله عليه وسلم بصحة التحكيم وقد وقع لعدد منهم ولم ينكره أحد، فقد تحاكم عثمان بن عفان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم، كما قد حصل نزاع بين الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ورجل من عامة الناس يدعى أبي بن كعب، وقد اتفق الطرفان على حل النزاع بواسطة الحكم زيد بن ثابت⁴.

أما من حيث الفقه الإسلامي، فلقد ذهب الرأي الغالب لدى أئمة المذاهب الفقهية إلى جواز التحكيم شرعا، مع اعطاء هيئة التحكيم صلاحية الاستمرار في عملها إلى حين إصدارها الحكم النهائي مادام تم تعيينها برضا أطراف النزاع .

(1) -سورة النساء ، الآية 35.

(2) -سورة النساء ، الآية 58.

(3) أخرجه البخاري. أشار إليه: عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق ، ص.11.

(4) عبد الحميد الأحمد ، التحكيم أحكامه و مصادره ، ج 1، ابنان، 1990، ص. 58.

هـ- تعريف التحكيم قضاء :

لقد حاول القضاء تعريف التحكيم، بحيث قد عرفه القضاء المصري على مستوى عدة جهات قضائية، فقد عرفته محكمة النقض المصرية على أنه "طريق استثنائي لفض الخصومات، وقوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وما تكلفه من ضمانات، فهو يكون مقصورا حتما على ما تتصرف إليه إدارة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"¹.

بينما تعرض القضاء الإداري المصري لتعريفه من طرف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، حيث عرفته على أنه التحكيم هو "الاتفاق على عرض النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة بحكم ملزم.

بينما ذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أن التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"².

كما عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بأنه " عرض نزاع معين بين الطرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددها، ليفصل المحكم في هذا النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة مجردا من التحايل أو قاطعا لدابر الخصومة في جوانبهما التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدي كل منهما بوجهة نظرة تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"³.

(1) محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1952/01/03. أشار إليه: مراد محمود المواجهة. مرجع سابق. ص23.
كما عرفت هذه المحكمة التحكيم في حكم آخر بأنه: "التحكيم: ماهيته طريق لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي، وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم." أشار إليه: المرجع السابق، ص.23-24.
(2) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري رقم 661 ، بتاريخ 1 جويليه 1971. أشار إليها ، عبد الوهاب قمر، مرجع سابق، ص.21.
(3) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 06 يناير 2001، الملف رقم 65، س.ق 18. أشار إليه ، عبد الوهاب قمر، مرجع سابق ، ص.21.

ولقد عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه: "طريق استثنائي لفض المنازعات، ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم"¹.

ثانيا: خصائص التحكيم

يتمتع التحكيم بمجموعة من الخصائص تجعله مرغوبا فيه، نذكر منها:

1- السرعة:

من مبررات اللجوء الى التحكيم هو السرعة التي يحققها للأطراف في حل المنازعة، حيث يتفادى أطراف النزاع طرحه على القضاء بسبب ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد، بالإضافة إلى احتمال استطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكانية الطعن في الأحكام وتفرع إشكالات التنفيذ أثناء تنفيذها.

2- السرية:

كما يتميز التحكيم بخاصية السرية وإن كانت العلنية التي تحيط بنظام التقاضي تعتبر مبدأ من مبادئ التقاضي فقد تنقلب وبالا على الأطراف، إذ من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرص الأطراف على إبقائها سرا.

وتتم جلسات التحكيم بصفة سرية حيث لا يحضرها إلا أطراف النزاع فقط، ولا تقتصر السرية على جلسات التحكيم وإنما تمتد إلى الأحكام التحكيمية حيث لا تنشر إلا وافق على ذلك الأطراف.

3- مرونة وبساطة الإجراءات:

حيث يجوز أن يتم التحكيم دون التقيد بقانون الإجراءات باستثناء المسائل المتعلقة بالنظام العام.

(1) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 1774 لسنة 1994. وقد عرفت في حكم سابق لها التحكيم بأنه: "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفض النزاع بينهم". وذلك في حكمها الصادر تحت رقم 72 لسنة 1971. أشار إليهما: مراد محمود الواحدة، مرجع سابق، ص 24.

4- حرية اختيار هيئة التحكيم:

فمن خصائص التحكيم أنه يوفر لأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق تحديد الجهة التي يعهد إليها باختيارهم. فاختيار هيئة لتحكيم يتم عادة ممن لهم خبرة في مجال النزاع، فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم ان يكون ملما بالقانون، فإن الأطراف يختارون محكمين ممن لهم الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به موضوع النزاع، أما القاضي وان كان متمكنا في الأمور القانونية الا انه قد يكون قليل الخبرة بموضوع النزاع.

5- المحافظة على المستقبل العلاقة بين الأطراف:

فقد يدخل أطراف النزاع الى ساحة القضاء و هم مهتمون بتصفية حساباتهم، وهذا على خلاف التحكيم فعندما يلجأ الأطراف اليه يضعون باعتبارهم المحافظة على مستقبل العلاقة بينهم. ونظرا لهذه الخصائص التي يتميز بها التحكيم بوجه عام سمحت التشريعات القانونية لأشخاص القانون العام باللجوء اليه لحل بعض نزاعاتها، ومن بينها المشرع الجزائري اذ اعتبره أحد الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية وان كان ضمن شروط ان تبلور مفهوم التحكيم - بوجه عام - مر بتطور تاريخي و قبول بعض التشريعات المقارنة به، ومن بينهما التشريع الجزائري بإدخاله ضمن أنظمتها القانونية كوسيلة بديلة لحل النزاعات الإدارية لم يكن دفعة واحدة بل مر بعدة مراحل زمنية. فكيف كان هذا التطور؟

الفرع الثاني:

التطور التاريخي للتحكيم

لقد كان التحكيم بوجه عام معمولا به ومتعارفا عليه منذ القدم فقد عرف قبل القضاء العام، فقد اعترفت به كافة الأنظمة السياسية آنذاك.

أما بخصوص التحكيم الإداري، فالملاحظ أن معظم الدول ذات التوجه اللاتيني كانت تضع قيودا على حرية أشخاص القانون العام في اللجوء إليه.

ولتببان ذلك ستم دراسة تطور موقف المشرع الفرنسي باعباراه رائد المدرسة اللاتينية وأحد أهم المصادر التاريخية للقانون الجزائري وذلك على سبيل المقارنة (أولاً)، ثم دراسة تطور موقف المشرع الجزائري (ثانياً).

أولاً: في القانون الفرنسي

بعد نجاح الثورة الفرنسية سنة 1789 تعززت مكانة التحكيم في ظل القانون الانتقالي، فقد نظر إليه كوسيلة الأكثر ملائمة لحسم النزاعات الناشئة بين الأفراد دون تدخل الدولة¹، وهذا كان راجعاً إلى الثقة المفقودة بين الثوار والسلطة القضائية، وأصبح أنداك مجال التحكيم يشمل جميع المجالات². ثم جاءت بعد ذلك مرحلة تاريخية في ظلها تم التضييق على الكثير من الحريات التي أجازتها الثورة الفرنسية³، وفي ظل هذه الظروف التاريخية تم صدور قانون المرافعات المدنية⁴، وقد نص على تحريم لجوء الدولة إلى التحكيم وذلك بموجب المادتين 83 و1004 منه، واللذان أصبحتا عنوان هذا الحظر فكان يشار إليهما لتبريره.

واستمر ذلك فترة طويلة إلى أن عصفت الأزمة الاقتصادية العالمية بالدول الأوروبية ومن بينها فرنسا بالإضافة إلى نتائج الحرب العالمية الثانية، فقد أدت هذه الأزمات إلى وضع تطلب تدخل الدولة في المجال الاقتصادي، مما أدى إلى قيامها بمصادرات وتأميم قطاعات كالتأمين والنقل والمصارف. الأمر الذي أدى بها إلى إدارة مؤسسات مؤممة عن طريق مؤسسات عامة ذات طابع تجاري وصناعي لأن تسييرها كالمرافق التقليدية وفق القواعد الإدارية الصارمة سيؤدي إلى إفلاسها لذلك تم إخضاعها لقواعد السوق المرنة.

فوفقاً لهذه القواعد يتم اللجوء إلى التحكيم وبالتالي أصبح حرمان الدولة من اللجوء إليه يعني حرمانها من فرصة المنافسة وبالتالي جعلها أقل مرتبة من منافسيها. وقد أعاد المشرع الفرنسي على اثر

(1) Cf. Rover PERROT, Institutions judiciaires, 9^{ème} éd, Montchrestien, France, 2000, p.59.

(2) Cf. Dominique FOUSSARD, L'arbitrage en matière administrative, la Rev.des juristes, trimestriel, 2010, France, N.02, p.30.

(3) عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه ومصادره، مرجع سابق، ص.319.

(4) وقد صدر هذا القانون في سنة 1806. أشار إلى ذلك : المرجع السابق، ص.319-320.

ذلك النظر في تقنين الاجراءات المدنية ، فقد عدل المادتين 83 و 1004 منه¹ ، إلا أنه حظر على الدولة والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم وذلك بموجب المادة 2060 من القانون المدني² .

إلا أنه عاد وعدل تحت ضغط الظروف الاقتصادية من توجهه وأضاف فقرة ثانية للمادة 2060 من القانون المدني، والتي أجازت للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية اللجوء إلى التحكيم بعد الحصول على ترخيص بذلك بموجب مرسوم³ ، وهكذا بقي الحظر هو المبدأ وجواز التحكيم هو الاستثناء.

فبالرغم من هذا الموقف المتشدد الذي أبداه المشرع الفرنسي بشأن عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم، إلا أنه عمل على تخفيف هذا الحظر بصورة متدرجة وفي قوانين مختلفة على سبيل الاستثناء نذكر منها على سبيل المثال ، قانون 17 ابريل 1906⁴ الذي جاء أول إستثناء على هذا المبدأ بحيث سمح بموجب المادة 69 منه للدولة والمحافظات بتصفية النزاعات المتعلقة بعقود الأشغال

(1) فقد نصت المادة 1004 من قانون الاجراءات الفرنسي على عدم جواز إبرام اتفاقيات تحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة، و حضورها في الدعوى
فقد نصت على أنه:

« Il est interdit de compromettre dans les affaires sujettes à communication au ministère public »
أما المادة 83 من القانون نفسه فقد حددت النزاعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها فقد نصت على أنه:
« Les causes concernant l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics »
أشار إليهما: قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الادارية في القانون الجزائري- دراسة مقارنة-، دار المعرفة، الجزائر 2009، ص 97-98.
(2) فقد نصت المادة 2060 أعلاه على أنه :

« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps, ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »

اشار الى ذلك محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الادارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن..www.carjj.org.
(3) حيث نصت المادة 2060 على أنه:

« Toutes fois des catégories d'établissement publiques à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

De la nouvelle rédaction de l'article 2060 du code civil par lois n° 72-626 du 5 Juillet 1972.

Cf. Alain PLANTEY, François-Charles BERNARD, La preuve devant le juge administratif, Economica, France, 2003, P. 329.

قد اختلف الفقه حول هذا النص: فقد ذهب الفقيه Level إلى أن النص الجديد ما هو إلا تكرار للنص القديم، فبالرغم من مرور فترة زمنية طويلة بين النصين إلا أنه لم يأت بجديد بينما ذهب الاستاذ Rivero على عكس ذلك حيث اعتبر ان النص الجديد أحدث تطورا ملموسا، وذلك لكونه اعطى للحظر اساسا أكثر عمقا، وحدد الاشخاص التي تخضع للحظر بصورة أكثر دقة. للمزيد راجع، علاء محي الدين مصطفى ابو احمد، مرجع سابق، ص.209.

(4) La loi du 17 avril 1906 ; Catherine Bergeal, frederie Ianioa, le contentieux des marches publics , G.I.N, France, 2004, pp.276-278.

العامة و عقود التوريد بطريق التحكيم، إذا كان النزاع منصبا على تحديد قيمة مبلغ مالي واجب الأداء.

ولقد جاء هذا التعداد على سبيل الحصر، إذ لا تخضع للتحكيم النزاعات المتعلقة بتصفية النفقات الناشئة عن أي عقد إداري آخر غير هذين العقدين.

ثم جاء القانون الصادر في 30 ديسمبر 1982، حيث أجازت المادة 25 منه لهيئة السكك الحديدية الوطنية الفرنسية بإدراج شرط التحكيم في عقودها¹.

لقد ثم في مرحلة لاحقة، أجاز القانون الصادر في 19 أوت 1986، بموجب المادة 09 منه للدولة والمؤسسات العامة بإدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع الشركات الأجنبية لإنجاز مشاريع ذات مصلحة وطنية لتسوية النزاعات الناشئة عن تطبيق و تفسير هذه العقود².

ولقد اشترط المشرع الفرنسي لتطبيق هذا الاستثناء من المبدأ العام- المتمثل في عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم - وجوب توفر الشروط الآتية³:

- إبرام العقد الإداري مع شركة أجنبية، أي أن يكون العقد دوليا.
- أن يكون العقد متعلق بمشروع ذا نفع قومي.
- صدور مرسوم يرخص بذلك من قبل مجلس الوزراء، و يكون ذلك في كل حالة على حدى وهذا بعد التأكد من توفر الشرطين السابق ذكرهما.

ثانيا: في القانون الجزائري

لقد تبنت الجزائر موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا للتحكيم بشكل عام متأثرة في ذلك بجملة من العوامل التاريخية أهمهما خروجها من حقبة استعمارية طويلة ، وقد انعكس ذلك على موقف المشرع من التحكيم في عقود الدولة، واستمر ذلك إلى حين بداية الإصلاحات الاقتصادية في فترة

(1) La loi n°82-1153 du 30/12/1982 d'orientation diverses des transports intérieur ; Cf. : Alain PLANTY, François Charles BERNARD, op.cit, p.330.

(2) La loi n°86-972 du 19/08/1986 d'euro disneyland ; cf. André DE LAUBADERE, Yves GAUDEMET, Droit Administratif général, T.1, éd16, L.G.D.J, France, 2001, P.312.

(3) Cf. Alain pLANTEY, François-Charles BERNARD,op.cit.. ,p.330.

الثمانينات. ولتوضيح ذلك سيتم تبيان تطور موقف المشرع الجزائري من لجوء أشخاص للقانون العام إلى كل من التحكيم الداخلي والدولي كآآتي:

أ- تطور موقف المشرع الجزائري من التحكيم الداخلي في عقود الدولة:

أخذ المشرع موقفا معاديا من لجوء الدولة وهيئاتها العامة إلى التحكيم الداخلي كقاعدة عامة وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، وذلك على النحو التالي:

1. مرحلة ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية:

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية كان قانون المرافعات الفرنسي هو المطبق في الجزائر¹، وبالتالي لا يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، وذلك وفقا لما كان سائدا في التشريع الفرنسي آنذاك.

2. صدور قانون الإجراءات المدنية:

لقد تأثر المشرع الجزائري عند إصداره قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر رقم 154-66²، من خلال تبنيه الأحكام التي كانت تنظم التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت³، وبالتالي تبني مبدأ حظر لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وذلك بموجب المادة 3-442 منه والتي كانت تنص على أنه "لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم". ولقد اختلف الفقه الجزائري في تفسير هذه القاعدة إلى اتجاهين وهما:

– الاتجاه الأول: هذا الاتجاه⁴ قام على أساس فهم الخصائص والمميزات القانونية للأشخاص الاعتبارية العامة مما أدى إلى إدخال في مجال تطبيق المنع من طلب التحكيم ليس الدولة والجماعات المحلية فقط بل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والصناعي أو التجاري.

(1) القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31/12/1962 والمتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول الى غاية 31/12/1963، ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج.ر لسنة 1963، ع.02.

(2) الأمر رقم 66-154 المؤرخ 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية الصادرة في ج.ر. لسنة 1966، ع.47.

(2) Cf. Mostafa TRARI- TANI, Clauses d arbitrage et restrcuturation de secteur public en Algérie, R.A.S.J.E.P, Algérie, 1999, 04, p.85

(4) من أصحاب هذا الاتجاه : نور الدين بوكلي ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الادارية -جامعة الجزائر - ، الجزائر، 1995-1996، ص.37.

- الالجاه الثاني: فهذا الالجاه¹ يلمد مبرراته أساسا في مقتضيات التجارة الدولية، وهذا ما يلمل المادة 3-442 تطبق في أضيق نطاق، فوفقا لهذا الالجاه تم اسلبعاد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري من نطاقها والتي تخضع لقواعد القانون الخاص وذلك طبقا لنظامها الأساسي النموذجي الصادر بتاريخ 1974/01/31.

إلا أنه خفف المشرع الجزائري من موقفه المشدد وذلك بموجب الأمر رقم 71-80 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية حيث أضيفت بموجه إلى المادة 442/04 والتي نصت على أن: "وبالنسبة لعلاقات الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية فيما بينها فإنه يجوز أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية أو الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال أو الخدمات".

ومنه يستنتج من أحكام هذه الفقرة أنه يجوز للشركات والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم بشرط:

1. أن يكون النزاع قائما فيما بينهما.
2. أن يكون النزاع متعلق بالحقوق المالية أو ناجم عن تنفيذ عقود التوريد أو الأشغال العامة أو الخدمات.

ولقد أورد المشرع الجزائري اسلثناء على المبدأ العام-المتمثل في حظر الالفاق على التحكيم الداخلي بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة-، و يتعلق الأمر بالتحكيم الإلباري وذلك بموجب الأمر 44-75 المتضمن التحكيم الإلباري لبعض الهيئات²، فقد نصت المادة 01 منه على انه: " لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع

(1) Cf. Nouredine TERKI, L'arbitrage commercial international, O.P.U, Algérie, 1999, p.03.

(2) المؤرخ في 17 جوان 1975، الصادر في ج.ر لسنة 1975، ع.53.

الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدمات المهادين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم"¹.

وبقي العمل بنص المادة 3-442 إلى غاية صدور المرسوم التشريعي 93-09² والتي نصت على أن: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم الدولية". وبالتالي حسم المشرع الجزائري الجدل القائم حول منع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم الداخلي، وبقيت هذه القاعدة سائدة إلى حين صدور قانون الإجراءات المدنية والادارية.

3. صدور قانون الاجراءات المدنية والإدارية:

لم يأت قانون الاجراءات المدنية والإدارية بجديد بل أقرّ التوجه الذي كان سائدا³، حيث نصت المادة 1006 منه على أنه: "..... ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطالب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية" وبالتالي فالمبدأ العام هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الداخلي، مع وجود استثناء في مجال الصفقات العمومية.

ب- تطور موقف المشرع الجزائري من لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم الدولي: لقد كان موقف المشرع الجزائري من لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الدولي أكثر مرونة مقارنة مع التحكيم الداخلي، ولقد مر موقفه بعدة مراحل، يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل هي كالآتي:

(1) وقد ألغى هذا الأمر بموجب المادة 22 منه الفقرة الرابعة من المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى) لتعارضها مع أحكامه.
(2) المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن تقنين الاجراءات المدنية ، ج.ر لسنة 1993 ، ع.27.
(3) أنظر، نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص. 549.

I- المرحلة الأولى: المرحلة الانتقالية الممتدة من غداة الاستقلال الى غاية سنة 1969:

لقد عرفت الجزائر خلال هذه الفترة العديد من النصوص القانونية الذي تعرضت للتحكيم وتطبيقاته في النزاعات التي ثارت بين الحكومة الجزائرية وبعض الشركات الأجنبية، ولكن قبلها خلال مرحلة الاحتلال الفرنسي للجزائر تم إصدار القانون البترولي الصحراوي، وتمثل هذه النصوص فيما يلي:

1- صدور قانون البترولي الصحراوي لسنة 1958:¹

والذي كان ينظم العلاقات الجزائرية الفرنسية في مجال البترول ولقد تضمن هذا قانون جملة من المبادئ الأساسية من بينها التحكيم، فقد نصت المادة 41 منه على "إحالة جميع الخلافات التي تنشأ بين الحكومة المانحة لتراخيص الاستغلال والامتيازات- وهي الحكومة الفرنسية- والشركات المتعاقدة معها إلى التحكيم".

وقد تذرعت الحكومة الفرنسية بأن المادة 83 من قانون الاجراءات المدنية تحظر اللجوء إلى التحكيم في الدعاوى المتعلقة بالدولة و المؤسسات العامة الفرنسية.²

2- اتفاقية ايفيان لسنة 1962:

لقد تناولت اتفاقية أيفيان في سنة 1962 بين الجزائر وفرنسا في شقها الاقتصادي التعاون بينهما لضمان مصالح الشركات الفرنسية التي كان سيستمر نشاطها في الجزائر، وقد جاء في الباب التاسع من هذه الاتفاقية تحت عنوان " إعلان مبادئ التعاون من اجل استثمارات باطن الأرض بالصحراء " والذي يعالج موضوع التحكيم وذلك بالنص على أن " جميع التنظيمات المخالفة و الدعاوى والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المنصوص عليها في الباب الأول يتعين عرضها على محكمة تحكيم دولية...."³.

(1) قانون رقم 58-11 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 المتضمن القانون البترولي الصحراوي.

(2) عبد الوهاب قمر، مرجع سابق، ص 240.

(3) وقد نصت المادة 04 من هذه الاتفاقية على أن: " فرنسا و الجزائر تحلان النزاعات الناجمة عن علاقتهما عن طريق ادوات التسوية الودية كل واحدة من الدولتين يمكن ان تخطر محكمة العدل الدولية". للمزيد راجع، محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص 13.

ومنه أصبح النظر في النزاعات البترولوية يكون من اختصاص محكمة تحكيمية دولية يكون تنظيمها عن طريق اختيار كل طرف في النزاع محكما، على أن يقوم المحكمين باختيار محكم ثالث، وفي حالة الخلاف يقوم رئيس محكمة العدل الدولية باختياره، ويعتبر الحكم الصادر عن هذه الهيئة نافدا بين الطرفين دون الحاجة إلى صدور أمر بالتنفيذ و غير قابل لأي طعن¹.

ومن هنا نستنتج أن هذه الاتفاقية استبعدت القضاء المحلي سواء القضاء الفرنسي أو الجزائري، ويرجع سبب قبول الجزائر لهذا العرض في هذه المرحلة هو رغبتها في التخلص من النظام القانوني الفرنسي والأخذ بالتحكيم كمرحلة انتقالية².

3- مرسوم 14 ديسمبر 1963³:

لقد جاء هذا المرسوم لتطبيق اتفاقية ايفيان، وأهم ما جاء في هذا الاتفاق هو جعل سكرتارية محكمة التحكيم في الجزائر، كما تم اعتبار أن الحكم التحكيمي نافذا دون حاجة لإجراءات تنفيذية وهذا في الإقليم الجزائري والفرنسي على السواء وذلك بعد ثلاثة أيام من صدوره، كما ألح المرسوم على مبدأ اللجوء الانفرادي إلى محكمة التحكيم. كما أكد على اعتماد المحكمة التحكيمية الدولية في جلساتها على ما جاء في القانون البترولي الصحراوي واتفاقية ايفيان، وفي حالة الفراغ يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون⁴.

إنّ هذا الاتفاق قد استبعد تطبيق القانون الجزائري رغم انه كان امتداد للقانون الفرنسي آنذاك، فقد أعتبر ذلك على أنه نوع من الإجحاف لكونه جاء من أجل تدعيم الوضعية القانونية للشركات البترولوية.

(1) المرجع السابق، ص. 13.

(2) محمد كولا، مرجع سابق، ص. 13.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 63-384 المؤرخ في 14 سبتمبر 1963 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم و ملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 26 جوان 1963. ج.ر لسنة 1963، ع 67 مكرر.

(4) وقد تم تطبيق المبادئ العامة للقانون في النزاع بين الجزائر و شركة TRAPAL الفرنسية بتاريخ 09 أبريل 1964، حيث تعلق النزاع بانجاز أنبوب الغاز الثالث Oleodue الرابط بين حاسي مسعود و أرزيو.

II- المرحلة الثانية: مرحلة الأخذ بالنظام الاشتراكي

في ظل مرحلة التأميم، رفضت الحكومة الجزائرية اللجوء الى التحكيم بعد مطالبة الشركات الفرنسية بذلك، بحجة ان إجراءات التأميم من أعمال السيادة و لا يجوز إخضاعها للتحكيم¹. ففي هذه الفترة، بفضل عائدات البترول التي سبقتها عملية التأميم فقد حفزت الشركات الأجنبية على الاستثمار في الجزائر، مما جعل الطرف الجزائري يشترط إخضاع النزاعات لاختصاص القانون والقضاء الجزائريين و قبلت الشركات الأجنبية بهذا الشرط. ومن أجل ذلك قامت بتعديل قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 وذلك بموجب الأمر رقم 74-09. إذ نصت المادة الأولى من التعديل على أنه: "تلغى الفقرة الثانية من المادة الأولى والباب الخامس من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المعدل والمتضمن قانون الصفقات العمومية". أمام هذا التعديل أصبحت المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي تخضع للقانون الإداري و هذا بعد ما كانت تخضع للقانون الخاص بموجب الأمر رقم 67-90، وذلك بموجب المادة 02 منه والتي كانت تنص على أن: "يسري التنظيم المنصوص في قانون الصفقات العمومية على عقود التجهيز المتعلقة بالمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي مع مراعاة أحكام هذا الأمر". وعليه كان منطوقا أن يطبق القانون الجزائري و يتم إعطاء الاختصاص للقضاء الجزائري، وقد تدعم هذا الموقف أكثر بعد صدور القانون المدني الجزائري والذي احتوى على قواعد تنازع القوانين من حيث المكان الذي تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري على العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها العامة مع الشركات الأجنبية، وكذلك طبقا لمعيار النظام العام الوارد في المادة 24 من القانون المدني، إذ أن أعمالها يؤدي إلى استبعاد التحكيم التجاري الدولي لكونه مخالفا للنظام العام وذلك طبقا للمادة 3/442 من قانون الاجراءات المدنية (الملغى)، والتي كانت تمنع صراحة اللجوء إلى التحكيم.

(1) خاصة شركة البحث واستغلال البترول في الصحراء CREPS حيث طلبت هذه الاخيرة المحافظة على حقل المحروقات المسمى ZARZATIME فطرح للنزاع على لجنة تحكيمية في روما، و التي اصدرت حكما تحكيميا بتاريخ 28 فبراير 1971 فعارضت الحكومة الجزائرية الحكم بشدة، معلنة أن أعمال التأميم عمل سيادي لا يمكن ان يخضع للتحكيم. أشار إلى هذه القضية: محمد كولا، مرجع سابق، ص. 22.

وبعد ذلك عدل قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم 145/82¹، إذ أن المادة 05 من هذا المرسوم جعلت المؤسسات الاشتراكية مثل الإدارات العمومية. كما أن المتعامل الأجنبي حسب المادة 22 منه فهي المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات من دولها أو تضمن نفسها بنفسها. أما عن تسوية النزاعات فقد نصت المادة 01/10 من ذات المرسوم على أنه: "تسوي الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

وقد زادت المادة 55 من ذات المرسوم الأمور تعقيدا فالقراءة الغربية لهذه المادة تؤدي إلى القول بإمكانية للأشخاص المذكورين في المادة 05 من هذا المرسوم الخروج عن أحكام المادة 03/442 قانون الاجراءات المدنية وإذا كان كذلك فهذه المادة بالإضافة إلى المادة 01-104 غير قانونية لأنها وجدت بمرسوم، بينما وجدت المادة 442 بموجب أمر، وبالتالي فهي أسمى من المرسوم و التنظيمات التي يقصدها².

إلا أنه في ظل حاجات المؤسسات الوطنية الى خدمات الشركات الأجنبية بدأت الجزائر تفتح على التحكيم الدولي، ومن أهم المؤشرات الدالة على ذلك تتمثل في:

1- اتفاق 21 جوان 1982:³

تضمن هذا الاتفاق مجالات التعاون بين الجزائر وفرنسا في عدة مجالات حساسة كالسكن والاشغال العمومية، ومواد التجهيز، الاعلام الألي، المواصلات اللاسلكية،... الخ. وقد أشارت أحكام هذا الاتفاق. وقد أشارت أحكام هذا الاتفاق إلى تسوية النزاعات التي تنشأ بين الطرفين⁴، ومن أجل

(1) المرسوم الرئاسي رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، والمتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر لسنة 1982، ع.15.

(2) Cf. Ahmed MAHIOU, L arbitrage en Algérie, 1989, 04, p.49.

(3) المرسوم رقم 82-259 المؤرخ في 07 اوت 1982 المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية، ج.ر، ع.32.

(4) فقد جاء في المادة 4/6 ما يلي: " ان تسوي الخلافات التي قد تحدث عند ابرام او تنفيذ العقود الموجودة بين الطرفين بطرق ودية، في حالة ما اذا لم يمكن تسوية هذه الخلافات بطرق ودية يتم حلها انذاك طبقا لترتيبات العقود التي قد تنص على اللجوء على اجراء مناسب لحل هذه الخلافات، أن يوافق الطرفان على نص التسوية المناسبة لهذه الخلافات والتي يمكن أن ترجع إليه أحكام العقود التجارية المبرمة منه. أشار إليها محمد كولا، مرجع سابق، ص.42.

إكمال التعاون الجزائري الفرنسي، ظهرت نية الطرف الجزائري في قبول نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاعات من خلال التعليمية الوزارية الصادرة في هذا الصدد¹.

وعليه، فقد اعتبرت تلك التعليمية أن المؤسسات العمومية ليست أشخاص القانون العام. بمفهوم المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية التي يمنع من أجلها اللجوء إلى التحكيم، كما رخصت للولاية اللجوء إلى التحكيم الدولي ليس باعتبارهم أشخاصا من القانون العام ممثلين للدولة والجماعات المحلية، وإنما يمكن لهم ذلك عند التصرف باعتبارهم أوصياء مباشرين على المؤسسات العمومية للمحلية التي تتمتع بالاستقلال المالي².

وقد وردت هذه التعليمية في سرية تحت عنوان " شرط التحكيم في العقود التي تبرم مع المؤسسات الأجنبية"، و قد جاء فيها:

« Le conseil interministériel a admis que nos entreprises publiques nationales ou locales, ne sont pas assimilables à des personnes morales de droit public et qu'elles sont dotées de l'autonomie financière, pouvaient, comme par les passé, compromettre »³.

2- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1983

إنّ النظام التي أتى به اتفاق 1983، يعد منعرجا حاسما في موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي لكونه أول نظام من نوعه في الجزائر، وهذا الاتفاق لم ينشر بسبب عدم المصادقة عليه لكونه جاء نتيجة لتبادل الرسائل.

فقد جعل الاتفاق التحكيم مرجعا لحل النزاعات الناشئة عن التنفيذ العقود التجارية بين البلدين، وحدد نظاما تحكيميا من أجل ذلك، كما عمل تكريس المبادئ القانونية للتحكيم

(1) صدرت هذه التعليمية الوزارية بتاريخ 18 نوفمبر 1982. ولم تنشر في ج.ر.

(2) حيث نصت على أنه:

« Quand aux Walis, il est peur contre incontestable que la loi leur interdit de compromettre tant en leur qualité de représentant de l'état qu'en qualité de chef de collectivités territoriales, toute fois il a été juge possible, des précédent ayant déjà été enregistrés, de reconnaître ce droit aux Wali, lors qu'ils agissent comme tuteurs clients d'entreprises publiques locales dotées de l'autonomie financière ».

أشار إليها، محمد كولا، مرجع سابق، ص. 42-43.

(3) محمد كولا، مرجع سابق، ص. 41.

الموجودة لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة الدائمة خاصة قواعد الغرفة التجارية الدولية L.C.I والأنظمة الصادرة عن المؤتمر الدولي و التنمية C.N.U.D.C.I.

III- المرحلة الثالثة : مرحلة الإصلاحات الاقتصادية

نظرا للتطور النوعي الذي عرفه نظام التحكيم التجاري الدولي كوسيلة فعالة لحل النزاعات في مجال الاستثمارات وانتشاره بشكل واسع في مختلف الدول بسبب توسع وازدهار المعاملات التجارية الدولية.

أمام هذا الوضع لم يعد بإمكان الجزائر البقاء بمعزل عن هذا النظام والتطور الذي عرفه، اذ تبنته على حساب قضائها الوطني وذلك ضمن الإصلاحات الاقتصادية التي بدأت فيها مع نهاية الثمانينات¹، والتي في ظلها ظهرت ترسانة من القوانين والتنظيمات من أجل وضع هذه الإصلاحات ضمن وعاء قانوني يتماشى مع الاتجاه الليبرالي².

فقد سمحت الأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم في علاقتهم التجارية الدولية، وذلك بموجب المادة 3/442 المعدلة بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 حيث نصت: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية".

وقد أخذ المشرع الجزائري ببعض الأحكام المعمول بها في أنظمة التحكيم المتخصصة كالمركز الدولي لتسوية النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى C.I.R.D.I، والقانون النموذجي لنظام الغرفة التجارية الدولية C.C.I رغم عدم اعتراف الجزائر بتلك الأجهزة في تلك الفترة.

وقد تكرر هذا الاتجاه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 والمتعلق بترقية الاستثمار، فقد نصت المادة 41 منه على أنه: "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، اما بفعل

(1) وقد بدأ هذا الاتجاه يتبلور من خلال انضمام الجزائر الى اتفاقيات دولية و كذلك انضمامها لعدة اتفاقيات ثنائية من ذلك:

المرسوم الرئاسي رقم 88-223 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ الاتفاقية بنيويورك حول الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، ج.ر لسنة 1988، ع. 48.

المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 المتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23 جوان 1990 ج ر لسنة 1992، ع. 06.

(2) Noureddine TERKI . L'arbitrage commercial international, O.P.U, Algérie, 1999, p.09.

المستثمر واما نتيجة لإجراء اتخذه الدولة الجزائرية ضده على المحاكم المختصة إلا اذا كانت هناك اتفاقية ثنائية او متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح والتحكيم، أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص¹.

وهكذا نجد أن المشرع الجزائري قد عمل على مسايرة الأنظمة القانونية المقارنة التي تتجه نحو تكريس شبه كلي للتحكيم في قوانينها الداخلية وكذلك في الاتفاقيات الدولية التي تبرمها نزولا عند رغبة المستثمر وضمانا لحقوقه، لكونه يرى في التحكيم أداة لضمان أمواله في دولة الاستثمار من أي سبب من أسباب الضياع.

ولقد كرس قانون الاجراءات المدنية والإدارية عند صدوره الاتجاه الذي اتبعه المشرع في ظل المرسوم التشريعي رقم 09-93، حيث أكد على جوازية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم الدولي في اطار العلاقات الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية. وفي الأخير لا يجوز تحميل النصوص القانونية ما لا تطبق من خلال تأويلها بتفسيرات موسعة، فقبول الدولة وبقية أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لا يفترض، بل يبنى على إرادة صريحة من المشرع عن طريق نصوص قانونية واضحة.

الفرع الثالث:

تمييز التحكيم عمّا يشابهه

نظرا لكون نظام التحكيم لا يعد النظام الوحيد الهادف لحسم النزاعات، فهناك عدّة أنظمة قانونية تتشابه معه، إلا انه هناك معالم الفوارق بينه وبينها، اذ انه هناك القضاء والذي يشترك مع التحكيم في كونه يؤدي الى الفصل في النزاع، إلا ان معالم الاختلاف بينهما واضحة .

(1) المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، و المتعلق بترقية الاستثمار، ج.رلسنة 1993، ع.64.

بالإضافة الى ذلك هناك انظمة قانونية تتشابه مع التحكيم من حيث تدخل شخص من الغير بمعرفة الخصوم في علاقتهم القانونية كالخبرة والوكالة، إلا انه هناك نقاط اختلاف بين التحكيم وبينهما.

وهذا ما يتم دراسته من خلال تمييز التحكيم عن كل من القضاء والخبرة والوكالة كالتالي:

أولاً: التمييز بين التحكيم والقضاء:

يعدّ التحكيم أقدم وجوداً من القضاء فقد كانت بداية الوظيفة القضائية بداية تحكيمية قبل نشأة الدولة، والواقع أن التمييز بينهما هو أمر واضح ومع ذلك فإن سلطة القضاء وخصوصاً في الدول النامية لا تتمتع بقدر كاف من الاستقلالية تجاه سلطات الدولة الأخرى، كما قد تنقصها الخبرة والكفاءة في المجالات المعقدة¹. لذلك فإن الطرف المتعاقد مع أحد الأشخاص المعنوية العامة يرغب في التخلص من القانون الداخلي، لتجنب ما ينجم عن الخضوع له من مخاطر ويفضل إخراج العقد من نطاق القانون الداخلي وإخضاعه للتحكيم.

إلا أنه بالرغم من ذلك يبقى القضاء هو الأصل والتحكيم هو الاستثناء، فالأول ذو اختصاص عام ينظر في جميع المنازعات ما عدا منع عنه بنص قانوني، في حين يعتبر الثاني ذو اختصاص خاص يتوقف نظره في بعض المنازعات على إقرار المشرع له بذلك.

كما أن القاضي موظف عام حيث يصدر قرار تعيينه من السلطة المختصة، ولا يمكن عزله أو رده إلا عن طريق نظام ردّ القضاة، أما المحكم فيختاره الأطراف بإرادتهم الحرة وعلى إثر نشوء نزاع معين ولا يمكنه النظر في نزاع آخر إلا بموافقة الأطراف وتنتهي مهمته بإصدار حكمه في النزاع المعروض عليه.

وقد يحدث أن يتفق الأطراف على اختيار قاضي أو قضاة دائرة معينة كمحكمين في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك، وفي هذه الحالة يكيف على أنه تحكيم.

(1) فرح مناني، مرجع سابق، ص 45.

ثانيا: التمييز بين التحكيم والخبرة:

الخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور¹، فالخبير هو العالم في علم معين كالزراعة أو الطب أو التجارة... الخ، ولا يشترط أن يكون عالما في جميع العلوم². والخبرة نوعان، فقد تكون اتفاقية أو خبرة قضائية.

فالخبرة القضائية قلما تختلط بالتحكيم، اذ يعتبر الخبير عون من أعوان القضاء ويرفع تقريره غير الملزم إلى القاضي، بينما يصدر المحكم حكما قابلا للتنفيذ بعد أن يصبح ممهورا بالصيغة التنفيذية. على عكس الخبرة الاتفاقية التي يحدث نوع من الخلط بينهما وبين التحكيم فقد يتم استخدام ألفاظ غامضة مبهمة كمصطلح "محكم خبير" ومحكم متخصص.

وقد ظهرت عدة معايير للتمييز بينهما:

فقد استند البعض إلى معيار إرادة الخصوم لكشف طبيعة المهمة المسندة إلى الشخص الذي يعهد إليه بالتحكيم أو الخبرة فالعبرة هنا ليست بالألفاظ³. إلا أن هذا المعيار قد يصعب اعتماده لتعدد أشكال التعبير عن الإرادة.

وقد استند البعض الآخر إلى معيار وجود نزاع أو عدم وجوده، فإذا لم يوجد نزاع فهنا نكون بصدد خبرة، وإذا وجد نكون بصدد تحكيم. وقد رد على هذا الرأي بالقول أن وجود نزاع لا يعنى بالضرورة الرغبة في اللجوء إلى التحكيم كما أن مصطلح نزاع واسع ويصعب ضبطه⁴.

وقد ذهب البعض الآخر في التمييز بين التحكيم والخبرة بتحليل إرادة الخصوم لفهم طبيعة قصدهم، فهل قصدوا الالتزام برأي الغير أم لا؟، وبالتالي نكون بصدد تحكيم إذا اعتبروا قرار هذا الشخص ملزم لهم، وخبرة إذا اعتبروه غير ملزم لهم ومجرد رأي استشاري. وقد انتقد هذا المعيار بمقولة وجود نوع من الخبرة الملزمة حيث لا يجوز الرجوع فيها.

(1) أنظر، نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، ط2، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2005، ص. 13.

(2) فرح مناني، مرجع سابق، ص. 67

(3) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص. 21.

(4) نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 14.

وقد استند البعض الآخر¹ على معيار المسائل الواقعية والتمييز بينهما وبين الادعاءات القانونية والمعيار الفاصل بينهما. وقد انتقد هذا المعيار لكونه استبدل المشكلة المطروحة بمشكلة أخرى، فبدل من التمييز بين التحكيم والخبرة، لا بد من التمييز بين المسائل الواقعية وبين الادعاءات القانونية والمعيار للفاصل بينهما².

وأخيرا ظهر معيار توفيقى يجمع بين المعايير السابقة و اعتبرها كلها معا تتشكل معيارا واحدا للتمييز بين التحكيم والخبرة، ويقصد بذلك حتى تكون بصدد التحكيم لا بد من الاستناد على معيار إرادة الخصوم مع الأخذ بعين الاعتبار بمعياري القوة الملزمة لقرار الغير وقيام النزاع على مسألة معينة. وفي الأخير فبالرغم من اختلاف مهمة المحكم والخبير إلا أن كلاهما ليسا عضوا في جهاز القضاء و يخضعان لمبدأي الاستقلال والحياد.

ثالثا: التمييز بين التحكيم و الوكالة :

يقصد بالوكالة لغة: التفويض والاعتماد فلفظ الوكالة هو مصدر يشتق من الفعل *وكل* فيقال "توكيلا غيره" أي أنابه عن نفسه و فوض إليه أمره. ومنه فلفظ "الوكالة" يأخذ لغة معنى النيابة".

ولقد عرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الوكالة بأنها: "حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة هذا التصرف إلى الأصيل"
وقد عرفت المادة 571 من القانون المدني الجزائري الوكالة كما يلي: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".
ويختلف التحكيم عن الوكالة فيما يلي :

(1) المرجع السابق ، ص.15.

(2) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 15.

إن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل و يأتمر بأوامره فان خرج عليها كان للموكل أن يتبرأ من أعمال الوكيل،¹ بينما يكون المحكم مستقلا تماما في ممارسة مهامه ولا يخضع إلا لسلطان ضميره أو القانون الذي يحكم النزاع.

بالإضافة إلى ذلك فان الوكيل لا يجوز له أن يمثل مصالح متعارضة، وهذا على خلاف المحكم حيث أن طبيعة النزاع تفرض عليه الفصل في الادعاءات المعروضة عليه من قبل الخصوم.

- كما يملك المحكم إلزام احد الخصوم بان يؤدي شيئا لصالح الآخر وهو ما لا يملكه الوكيل.

- بالإضافة إلى ذلك، فالخصوم لا يتدخلوا في عمل المحكم ولا يصدروا له تعليمات، وهذا على خلاف الوكيل الذي يتلقى تعليمات من الأصيل.

فبالرغم من وضوح الفرق بين التحكيم و الوكالة ، إلا انه قد يحدث خلط بينهما، وذلك في الحالتين الآتيتين:

فتمثل الحالة الأولى: إذا اختار الخصوم شخصا للقيام بعمل معين مع الالتزام برأيه، فما هو معيار التمييز بين التحكيم و الوكالة في هذه الحالة؟

إن المعيار المميز بينهما هو طبيعة المهمة التي عهد بها الخصوم للغير فإذا كانت مهمة الغير تقتصر فقط على القيام بعمله وفقا لإرادة الخصوم فهنا تكون بصدد والة. أما إذا كانت مهمة الغير تقتضي البحث في شرعية ادعاءات الخصوم والفصل بينهم عند تعارض الادعاءات وبالتالي نكون إزاء التحكيم.

أما في الحالة الثانية: فقد يعهد أطراف النزاع بالتحكيم إلى هيئة ثلاثية يختار كل منهما عضوا فيها ويتفق الأطراف على العضو الثالث، فهل يمكن اعتبار العضو الذي استقل أحد أطراف النزاع باختياره شبيها بممثل له، أي اعتباره و كيل للخصوم.

فقد ذهب البعض إلى اعتبار محكم الخصم يكون بمثابة مرافع عنه ومع ذلك يظل من الناحية القانونية يتمتع بصفة المحكم أما من حيث الواقع فصفة المحكم تكون مقصورة فقط على رئيس الهيئة.

(1) أنظر، بوعبد الله رمضان ، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007، ص.09 .

بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هذه المسألة ليست لها أثر على عملية التحكيم لأن رئاسة هيئة التحكيم تكون للعضو الثالث المختار، و يظل رأيه هو المرجح في حالة الاختلاف بينهما في الرأي، بينما العضوين المختارين هما يعتبران في الأصل محكمين ما لم يوجد ما يدل على خلاف ذلك، وذلك من خلال نصوص الاتفاق على التحكيم و الظروف المحيطة به¹.

وتأسيسا على ما سبق يمكن أن يستخلص تعريف للتحكيم بأنه نظام للفصل في المنازعات عن طريق اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة على إحالة النزاع الواقع أو المحتمل الوقوع على محكم أو هيئة تحكيم للفصل فيه بحكم ملزم لأطرافه دون المحكمة المختصة²، وهذا ما يميزه عن الأنظمة القانونية التي يقع خلط بينه وبينهما. وفي مقابل ذلك نجد أن التشريعات القانونية ميّزت بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في موقفها من لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم لكن هناك عدة تقسيمات للتحكيم، فما هي أنواعه؟

الفرع الرابع:

أنواع التحكيم

لا يأخذ نظام التحكيم صورة واحدة في الممارسة العملية، بل تتعدد أنواعه وأشكاله بحسب المعيار الذي يؤخذ كأساس للتقسيم أو وفقا للزاوية التي ينظر من خلالها إليه، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيمه إلى كل من التحكيم الاختياري والتحكيم الإلجباري (أولاً)، والتحكيم بالقانون والتحكيم المطلق (ثانياً)، وإيضاً التحكيم الحر والتحكيم النظامي (ثالثاً)، وأخيراً التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي (رابعاً).

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص.29.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص.21.

أولاً: التحكيم الاختياري و التحكيم الإلباري

يقصد بالتحكيم الاختياري هو ذلك التحكيم الذي يتم بناء على اتفاق أطراف النزاع و بمحض إرادتهم الحرة، و قد تنظم النصوص القانونية هذا التحكيم من خلال الضوابط اللازمة و المناسبة لضمان فاعليته، ولكن تترك الحرية للأطراف في اللجوء إليه بدل اللجوء إلى المحاكم.

اذن فالأصل ان التحكيم هو طريق اختياري لحل النزاعات يخضع لإرادة الأطراف.

ويقصد بالتحكيم الإلباري هو ذلك التحكيم الذي يحيل المتنازعين على حل نزاعهم بواسطة ذلك. بموجب نصوص قانونية. وهنا الإلبار ينصب إما على تحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم الإلباري أو تحديد الهيئة التحكيمية أو على الأمرين معا.

و الواقع ان التحكيم الإلباري لم تعد له مكانة كبيرة خاصة بعد انهيار الأنظمة الاشتراكية، فقد انهار مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة المعروف باسم "الكوميكون" سنة 1991، مما أدى إلى زوال اتفاقية موسكو لسنة 1972 المتعلقة بالتحكيم الإلباري بين المؤسسات الاقتصادية بين الدول الأعضاء في هذا المجلس.

ثانياً: التحكيم بالقانون و التحكيم المطلق

فينظر للتحكيم بمقتضى هذا التقسيم من زاوية مدى تقيد المحكم في النزاع بقواعد القانون من عدمه¹، فوفقاً لهذا المعيار فإذا كان المحكم ملزماً بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون فيطلق عليه تحكيم بالقانون أو بالقضاء، و خلافاً لذلك نكون بصدد تحكيم مطلق أو تحكيم بالصلح إذا كان المحكم معنياً من إتباع القانون².

ففي حالة التحكيم بالقانون يتعين على المحكم البحث في مصادر القانون الواردة في التشريع عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق مع الأخذ بعين الاعتبار عدم مخالفة قواعد النظام العام. أما

(1) أنظر، حسان نوفل، مرجع سابق، 2010، ص 19.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 39.

التحكيم المطلق فهو يقوم على نفس فكرة الصلح في القانون المدني¹ مع وجود فرق بينهما يكمن في أن التنازل المتبادل في عقد الصلح يكون في ذات العقد و بواسطة نفس الخصوم، أما في التحكيم فإن التنازل يتم في حكم المحكم و بواسطته.

ولقد كان المشرع الجزائري يعترف بالتحكيم بالصلح في التحكيم الداخلي وذلك بموجب المادة 451-3² من قانون الاجراءات المدنية (الملغى)، إلا أنه بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية فقد حصر التحكيم الداخلي بالتحكيم بالقانون من خلال تأكيده على أن المحكمين يفصلون في الدعوى وفقا لقواعد القانون و ذلك بموجب المادة 1023 منه³.

أما في التحكيم التجاري الدولي، وإن كان المشرع الجزائري قد ترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، ففي حالة ما إذا كان القانون الأجنبي المختار يعترف بالتحكيم المطلق - بالصلح - فليس في قانون الاجراءات المدنية والإدارية ما يمنع ذلك، أما إذا كان قانون التحكيم الدولي الجزائري هو المطبق فنجده لا يعترف بالتحكيم بالصلح⁴.

ثالثا: التحكيم الحر و التحكيم النظامي

يعتبر التحكيم الحر أو الخاص الصورة التقليدية للتحكيم، حيث يحدد أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردّهم، وكذلك يحددون الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم، حتى في حالة اتفاقهم على تطبيق إجراءات منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن هذا

(1) أي التزول المتبادل عن البعض الحقوق في سبيل حسم النزاع، و من ثم تقضي الحقوق و الالتزامات التي نزل عنها المتعاقدين، و من ثم لا يجوز للمحكم المصالح ان يقضي لأحد الأطراف بكل ما يدعيه للمزيد انظر، المرجع السابق، ص. 39.

(2) كانت هذه المادة تنص على أن: " و يفصل المحكمون و المحكم المرجح في التحكيم وفقا للقواعد القانونية إلا اذا كان اتفاق التحكيم حول لهم سلطة للنزاع كمحكمين مفوضين في صلح."

(3) نصت المادة من 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون".

(4) وهو ما يستشف من نص المادة 1050 منه، والتي نصت على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون التي اختار الأطراف، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

التحكيم يتم خارج تلك الهيئة أو المنظمة¹. أما التحكيم النظامي أو المؤسسي هو الذي تتولاه منظمة أو مراكز تحكيم دائمة، حيث يتم حل النزاع وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة مسبقا².

رابعاً: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

إنّ التحكيم الداخلي هو الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية من موضوعا وأطرافا وسببا، ويطبق القانون الوطني على كافة الإجراءات والقواعد المطبقة على عملية التحكيم.

أما التحكيم الدولي فهو الذي يشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر سواء تعلق هذا العنصر بموضوع النزاع أو جنسية الأطراف أو موطنهم أو المحكمين أو الإجراءات التحكيم أو مكان صدور الحكم أو أخيرا بمصالح التجارة الدولية³.

وقد ظهر معيارين للفرقة بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي هما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي. فوفقا للمعيار القانوني "تعتبر العلاقة دولية متى من كان من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التي أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية، بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي وترتبط بأنظمة قانونية أخرى"، وفقد اعتبر الأستاذ "لوسوران" أن المعيار القانوني الجامد أفضل لاشك من المعيار الاقتصادي المتغير⁴.

إن تبني هذا المعيار يؤدي من الأصل إلى استقلال إرادة الأطراف وحريةهم في اختيار القانون المطبق على النزاع، لكن إطلاق العنان لهذه الحرية قد يكون على حساب النظام العام والآداب العامة، ولتجنب ذلك فرضت التشريعات المقارنة ضرورة وجود رابطة بين العقد والقانون المطبق في التحكيم التجاري الدولي حيث يقوم القاضي بالكشف عن مدى وجود هذا الترابط .

(1) محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 40.

(2) وقد عرف هذا النوع من التحكيم انتشارا واسعا في الوقت الحالي وذلك نظرا للإيجابيات التي يتمتع بها والمتمثلة في وضع قوائم للمحكمين تساعد أطراف النزاع على إختيار الحكم المناسب، والقيام بالأعمال الإدارية كالمسكيتارية والترجمة. للمزيد راجع، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 48-50.

(3) حسان نوفل، مرجع سابق، ص 20.

(4) أشار إليه، محمد كولا، مرجع سابق، ص 03.

ولتفادي الإشكالات التي تنجم عن الأخذ بالمعيار القانوني وتطور العلاقات التجارية الدولية¹، وإثر تضارب آراء الفقه حول المعيار القانوني كأساس للفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وتطور العلاقات التجارية الدولية ظهر المعيار الاقتصادي، فما هو المقصود به؟ لقد ظهر المعيار الاقتصادي كأساس للفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في فرنسا، ويقوم على ثلاثة ضوابط لتحديده²:

– ضابط تحرك الأموال أي الدخول والخروج عبر الحدود، وهو ما أطلق عليه معيار (Matter Paul)، وقد أخذ به الفقه والقضاء الفرنسيين.

– ضابط تجاوز العقد للإطار الاقتصادي الداخلي.

– ضابط اشتراك مصالح الاقتصاد الدولي.

فهذا المعيار يهدف إلى غايات اقتصادية مستوحاة من حرية المبادلات في إطار التجارة الدولية، فهذا يؤدي إلى انتزاع العلاقة القانونية من مجال تنازع القوانين وإخضاعها لقواعد التجارة الدولية³. وأمام هذين المعيارين، فما هو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري للتمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي؟

لقد اعتبر المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية الملغى طبقاً للمادة 458 مكرر⁴ منه أن التحكيم يصبح دولياً إذا توفرا شرطين وهما:

– إذا تعلق بالتراعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية.

– أن يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى) على المعيارين الاقتصادي والقانوني معا في تحديد دولية التحكيم .

(1) Noureddine TERKI, op.cit.,p .24.

(2) محمد كولا، مرجع سابق، ص.4.

(3) منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص.28.

(4) والتي كانت تنص على أنه: "يعتبر دولياً، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص التراعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

أما بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد اعتمد على معيار واحد يجمع بين المعيارين القانوني و الاقتصادي¹ من خلال نصّه في المادة 1039 على أنّه: " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

وبالتالي يكون المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد تخلى على المعيار الاقتصادي والمتمثل في النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية وأخذ بمعيار تعدد الاستثمارات الدولية، بحيث يكون على سبيل المثال: التحكيم دوليا عندما يكون أحد طرفيه منتميا للمصالح الاقتصادية لدولة أجنبية والطرف الآخر منتميا للمصالح الاقتصادية للدولة الجزائرية.

وكخلاصة لهذا المطلب نجد أن مفهوم التحكيم يقوم على أساسين أولهما هو اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه، وثانيهما الفصل في النزاع من طرف هيئة التحكيم بحكم حائز لحجية الشيء المقضي فيه. وهذا ما أثار خلافا فقها حول طبيعته القانونية، ومدى شرعية لجوء أشخاص للقانون العام إليه لحل نزاعاتهم؟

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية للتحكيم في النزاعات الإدارية.

فبالرغم من اتفاق الفقه على اعتبار نظام التحكيم وسيلة لحل النزاعات بطريق ودّي، إلا أنه قد ثار خلاف حول طبيعته القانونية، فقد وجدت في هذا الصدد أكثر من نظرية، وهذا الخلاف ليس نظريا فحسب بل له نتائج عملية تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وكذلك عند طلب تنفيذ حكم التحكيم.

ونظرا لخصوصية النزاعات الإدارية ثار جدل فقهي حول مدى جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم لحل نزاعاتهم، وقد تضاربت أحكام القضاء بين مؤيد ومعارض له. وهذا ما سيتم توضيحه في هذا المطلب من خلال التطرق بالدراسة الى كل من النظريات التي قيلت حول طبيعة التحكيم (الفرع الأوّل)، ومدى جوازه في النزاعات الادارية (الفرع الثاني).

(1) أنظر، عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص.44.

الفرع الأول:

النظريات التي قيلت حول طبيعة التحكيم

لقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم فقد أضفى عليه البعض الطبيعة العقدية استنادا إلى أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف، بينما ذهب البعض الآخر إلى إضفاء عليه الصفة القضائية انطلاقا من العمل المحكم المماثل لعمل القاضي. بينما ذهب رأي إلى اعتبار التحكيم ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم، وفي هذا الصدد ظهر اتجاه اعتبره ذو طبيعة مختلطة، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره ذو طبيعة مستقلة.

وستتناول في هذا الفرع هذه النظريات الأربعة على التوالي: النظرية العقدية (أولا) ثم النظرية القضائية (ثانيا) ثم النظرية المختلطة، وأخيرا النظرية المستقلة (رابعا).

أولا: النظرية العقدية

يرى أصحاب هذه النظرية¹ أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية يدخل ضمن عقود المعاوضة²، وأن أعضاء هيئة التحكيم ليسوا قضاة وإنما أفراد عاديين³، فبحسب أنصار هذه النظرية فإن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها⁴، فمركز الثقل في نظام التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع سواء كان هذا الاتفاق بندا من بنود العقد أو عقدا تحكيميا منفصلا عن العقد الأصلي⁵، ولذلك نجد أن اتفاق التحكيم وحكم التحكيم يمثلان كلا واحدا لا يمكن فصله فهما يشكلان هرما قاعدته اتفاق التحكيم وقيمه حكم التحكيم الذي يبدو مجرد عنصر تبعي في التحكيم على الرغم من كونه الهدف منه⁶.

(1) من أنصار هذه النظرية: أحمد قسنت الجداوي، التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي - تنازع الاختصاص وتنازع القوانين - ، دار النهضة، ب.ب.ن، 1982، ص.37؛ وأيضا نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق، ص.560؛ ومن الفقه الغربي: René DAVID, op.cit. , p.106.

(2) مناي فرح، مرجع سابق، ص.36.

(3) أنظر، محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مصر، 2003، ص.46.

(4) -نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص.38.

(5) جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية و أسباب بطلان القرار التحكيمي و آثاره، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ص.68.

(6) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص.33.

فاتفاق التحكيم هو الذي يخرج النزاع من سلطات القضاء ويسنده إلى محكم خاص ويعين في الوقت ذاته القواعد الإجراءية الواجبة الإلتباع والقانون الواجب التطبيق¹.

ويعتمد أنصار هذه النظرية على عدة أسانيد للتأكيد على وجهة نظرهم، حيث اعتبروا أن كل مراحل التحكيم تدل بوضوح على أنه ذو طبيعة تعاقدية، وذلك من حيث الهدف من التحكيم هو رغبة الأطراف في حل نزاعاتهم بطريقة ودية عن طريق اخراجه من سلطات القضاء وإسناده إلى محكم خاص وقبول الطرفين بالقرار الذي يصدره هذا الشخص². كما أن يهدف هذا الأخير إلى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد، بينما يهدف القضاء إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال إقامة العدالة³.

بالإضافة إلى ذلك إذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر هي التي تحدد طبيعته⁴، فإنه لا يمكن اعتبار سلطة هيئة التحكيم سلطة قضائية مادام أن هيئة التحكيم تستمد سلطاتها من إرادة الأطراف هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يمكن أن تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع وطنية أو أجنبية وذلك على خلاف الوظيفة القضائية التي لا يباشرها سوى الوطنيين. كما أن هيئة التحكيم في حالة رفضها الحكم بين الأطراف فلا تطبق عليها جريمة إنكار العدالة، ولا تخضع لقواعد المخاصمة وإنما يطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية⁵، وهذا على خلاف القاضي العام في الدولة الذي يتابع بجريمة إنكار الدولة في حالة رفضه الفصل في النزاع المعروض عليه، ويخضع لقواعد المخاصمة أثناء ارتكابه خطأ عند الفصل في النزاع .

كما لا يمكن اعتبار عمل هيئة التحكيم عملاً قضائياً لأنه لا يماثله سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية. فمن الناحية الشكلية، فلا تلتزم هيئة التحكيم بإتباع إجراءات التي يتطلبها

(1) أنظر، طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص. 451.

(2) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص. 34.

(3) المرجع السابق، ص. 34 .

(4) محمود السيد عمر النحوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص. 274.

(5) المرجع السابق، ص. 275.

القانون إذا ما أعفاها الخصوم من التقيد بها¹. وأما من الناحية المادية، فليس لهيئة التحكيم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي.

أما بخصوص الطعن في حكم التحكيم، فيمكن ذلك عن طريق رفع دعوى بطلان أصلية بشأنه كالعقود²، وذلك بخلاف أحكام القضاء والتي تخضع لطرق الطعن المقررة قانوناً. بينما فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم، فإنه لا يتمتع بقوة تنفيذه بل لا بد من صدور أمر من القضاء بتنفيذه، وذلك راجع للمبدأ القانوني الذي تعتنقه الأنظمة القانونية المختلفة والمتمثل في "عدم الاعتراف للإرادة الخاصة وحدها بقدرتها تكوين السندات القانونية"³.

وفي الأخير اعتبر أنصار هذه النظرية أن الطبيعة التعاقدية يحتملها اعتبار نظام التحكيم من أدوات المعاملات الدولية مما يقتضي أن يلي مقتضيات هذه المعاملات وتزايد انتشارها كل يوم، إذ أن التجارة الدولية أو المعاملات الدولية لا تتفق في طبيعتها مع طبيعة التشريعات القانونية الوضعية والقضاء في الدول المختلفة الاتجاهات والمذاهب⁴.

ويترتب على الآخذ بالنظرية التعاقدية نتيجة منطقية متمثلة في أن التحكيم في ذاته عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة لعقد التحكيم الواردة في الأنظمة القانونية المختلفة⁵، وكذلك يخضع لنظرية العامة للعقد⁶ مما يترتب على ذلك النتائج التالية:

— لا يخضع القرار الصادر عن هيئة التحكيم للقواعد المقررة للأحكام القضائية سواء من حيث اكتسابه الحجية القانونية أو من حيث إمكانية الطعن فيه⁷.

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص. 34.

(2) نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 38.

(3) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص. 294.

(4) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع السابق، ص. 297.

(5) المرجع السابق، ص. 298.

(6) علاء محي الدين مصطفى ابو احمد، مرجع سابق، ص. 36.

(7) وينطبق هذا الحكم حتى لو أطلقت الأنظمة القانونية المختلفة على قرار هيئة التحكيم لفظ الحكم لان العبرة هي بحقيقة القرار، وإن أجازت الطعن في قرار هيئة التحكيم ببعض طرق الطعن فان يقدم ذلك على سبيل الاستثناء فلا يكون ذلك إلا بنص خاص

- بطلان اتفاق التحكيم يؤدي بالضرورة إلى بطلان حكم التحكيم، مع استبعاد التحكيم الإلباري لأنه غير مستند على إرادة الأفراد. والواقع أن هذه النظرية لها أساس من الحقيقة لأن دور اتفاق أطراف التحكيم يؤثر في كافة الأنظمة الإلبارية للتحكيم¹، إلا أنه يعاب عليها في المبالغة في اعطائه الدور الأساسي في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم، على الرغم من أن مهمة هيئة التحكيم ليست هي الكشف عن إرادة الخصوم، وإنما الكشف عن إرادة القانون² وتطبيقه على النزاع. كما يعاب على هذه النظرية اعتمادها على المعيار العضوي لتمييز العمل القضائي، ذلك أن الأنظمة القانونية وعلى اختلافها تسمح لبعض موظفيها بممارسة الوظيفة القضائية في بعض المنازعات كلجان تقدير الضرائب ولجان التأديب التحكيم.

بالإضافة إلى ذلك، إذا كان عدم تطبيق بعض القواعد المطبقة على القاضي على هيئة التحكيم فإنه لا يضفي على التحكيم الطابع التعاقدى، وهذا راجع لكون الثقة في تقدير أعضاء هيئة التحكيم وحسن عدالتهم هي في الأصل مبعث الاتفاق على التحكيم³.

كما أن فقدان هيئة التحكيم لسلطة التنفيذ الإلباري إلا بأمر من القضاء لا يؤدي إلى إضفاء الطبيعة التعاقدية على التحكيم، إذ أن ذلك هو شأن الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية والتي لا تنفذ في أي دولة أخرى إلا بأمر يصدر من القاضي الوطني⁴، ومع ذلك فهي تعتبر قضاء.

ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الصادر بتاريخ 27 جويلية 1937 وذلك بتقريرها أن :

(1) نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص.39.

(2) يستند نظام التحكيم على أساسين هما: إرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وإرادة الأطراف لا تكفي لتكوين نظام التحكيم، بل لا بد من إقرار المشرع لهذه الإرادة. للمزيد راجع، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص.37.

(3) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص.311.

(4) علاء الدين محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص.38.

"قرارات التحكيم الصادرة على أساس عقد التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذا العقد، وتنسحب عليها صفته التعاقدية"¹.

والملاحظ انه بالرغم من ان محكمة النقض الفرنسية قد أكدت على الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم بشكل صريح فلم تؤيد أغلبية أحكام القضاء الفرنسي هذا الاتجاه.

وقد ذهب القضاء المصري إلى ترجيح الطابع التعاقدى للنظام التحكيم فى بعض أحكامه، ومنها على سبيل المثال: حكم محكمة النقض المصرية، اذ اعتبرت أن: "قوام التحكيم الخروج عن طرق التقاضى العادية، وأن مفاد نص المادة 818 من قانون المرافعات - المادة 501 من نصوص التحكيم المصري الملغاة-تحويل المتعاقدين الحق فى الاتجاه إلى التحكيم لنظر ما قد ينشا بينهما من نزاع كانت تختص به الأحكام أصلا، فاخصاص جهة التحكيم وإن كان يرتكز أساسا على حكم القانون الذى أجاز استثناء سلب اخصصاص جهات القضاء، وهذه الطبيعة الاتفاقية التى يتسم بها شرط التحكيم، وتتخذ قواما لوجوده لتجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويتعين التمسك به أمامها، ويجوز التزول عنه صراحة او ضمنا، ويسقط الحق فيه فيما لو اثير متأخرا بعدم الكلام فى الموضوع اذ يعتبر السكوت عن ابدائه قبل النظر فى الموضوع نزولا ضمنا عن التمسك به"².

ثانيا: النظرية القضائية

تقوم هذه النظرية على اعتبار الطابع القضائى يغلب على طبيعة التحكيم ذلك أنه قضاء إجبارى ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، فبالرغم من أن اللجوء إلى التحكيم يبقى رهينا باتفاق الخصوم على ذلك، إلا أنه لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية، ومن ثم فان الاتفاق هو من قبيل العنصر العارض الذى فرضته ظروف ليست لها صلة بوظيفة التحكيم وطبيعته. كما أنه فى مقابل

(1) « Les sentences arbitrales qui sont pour base un compromise, font corps avec lui et participant de son caractère conventionnel ».

أشار اليه ، جعفر مشمش، مرجع سابق،ص.68.

(2) قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 24 ماي 1966، طعن رقم 167، س.ق.17. أشار اليه، علاء الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق،ص.35-36.

ذلك تلعب الإرادة أءوارا متعددة أمام قضاء الءولة ءون أن يؤءى ذلك إلى نفى الطابع القضائى لهذا الأءير¹. ومثال عن ذلك: رفع الءعوى بالإرادة المنفرءة، الاءفاق على اءءصاص محكمة أءرى، الاءفاق على رفع الاءازع أمام محاكم ءولة أءرى².

يرى أنصار هذه النظرية³ أن كل مراحل الاءكيم ءءل على أنه ءو طبيعة قضائية، وءلك من ءلال وظيفه هيئة الاءكيم، إء اسءبعءوا المعيار الشكلى أو العءوى لءمميز العمل القضائى واعءمءوا المعيار الموضوعى المبني على فكرة المنازعة والفصل فيها، ءءور هيئة الاءكيم وفقا لهذا المعيار هو الفصل فى الاءازع وهو نفس ءور القاضى فى الءولة، فبالرغم من أن وظيفة الاءكيم هى مؤقءة إلا أنها لا ءءءلف عن وظيفة القاضى من ءىء ءطبيق القانون والفصل فى الاءازع⁴.

كما أنه بالنظر إلى طبيعة الإءراءاء الاءبعة أمام هيئة الاءكيم فهى ءعءبر إءراءاء قضائية، ءىء وضعت الأنظمة القانونية الاءءلفة إءراءاء الاءكيم ءءشابه مع الإءراءاء الءصومة القضائية أمام القضاء فى الءولة وهو ما يؤكء الطبيعة القضائية للاءكيم.

أما بءصوص صءور ءكم الاءكيم، فعلى اعءبار أن هذا الءكم يءل مءل القاضى فوظيفءه قضائية، وءلك من الناحية الشكلية والموضوعية. فمن الناحية الشكلية، يصءر الءكم الاءكىمى مءكءوبا ومسببا وموقعا عليه من قبل هيئة الاءكيم ويصءر بعء سماع أقوال الءصوم، وءم المءاوله بين الءكمين فى سرية. أما من الناحية الموضوعية، فىصءر ءكم مءضمنا ءقريرا مسءنءا إلى قواعد القانون أو العءالة، ويءمع هذا الءكم بءءية الأمر المقضى به، وبإصءاره ءسءنفء هيئة الاءكيم ولايءها فى نظر الاءازع⁵.

(1) مءموء السىء عمر الءءوى، الطبيعة القانونية لنظام الاءكيم، مرجع سابق، ص. 322 .

(2) من ذلك على سبيل ذلك: رفع الءعوى القضائية بالإرادة المنفرءة، وكذلك الاءفاق على اءءصاص محكمة أءرى. للمزىء راءع، ءسن مءمء هءء، مرجع سابق، ص. 46-47

(3) ومن أنصار هذه النظرية: - أءمء أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص. 18؛ - ءءءى والى، قانون الاءكيم فى النظرية والتطبيق ، ط01، منشاء المعارف، مصر، 2007، ص. 52؛ - عبء الءمىء الشواربى ، مرجع سابق ، ص. 31.

(4) مءموء السىء عمر الءءوى، الطبيعة القانونية لنظام الاءكيم، مرجع سابق ، ص. 350.

(5) ءسن مءمء هءء، مرجع سابق، ص. 410 .

ولقد أدى اعتبار التحكيم ذو وظيفة قضائية إلى انقسام أنصار هذه النظرية إلى اتجاهين بخصوص أساس الوظيفة القضائية التي يباشرها المحكم:

فالاتجاه الأول: يرى إلى أنه نظام قضائي يؤسس على تفويض من الدولة للمحكم بإقامة العدالة بين الأفراد و هذا التفويض مؤقت، مما يجعل التحكيم استثناء من قضاء الدولة¹. أما الاتجاه الثاني: فقد اعتبر أن هناك نوعين من القضاء هما قضاء الدولة وقضاء التحكيم، وإذا كان هذا الأخير قضاءً خاصاً إلا أنه يتمتع باستقلالية عن قضاء الدولة².

- تقييم هذه النظرية:

بالرغم من وجهة هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من النقد، فقد تم توجيه عدة انتقادات لها وتخلص فيما يلي:

- إذا كان القضاء العام في الدولة و نظام التحكيم يحققان وظيفة واحدة هي الفصل في النزاعات، فقد تناسى أنصار هذه النظرية الاختلاف الجوهرى بين وظيفتهما. فوظيفة القضاء في الدولة قانونية بحتة تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد والجماعات، بينما وظيفة هيئة التحكيم هي وظيفة اجتماعية اقتصادية سلمية بحتة³.

- إذا كانت النظرية القضائية تستند إلى وحدة الأثر القانونى لنظام التحكيم ونظام القضاء، ولكن في حقيقة الأمر إن حجىة حكم التحكيم تختلف في شروطها ومداها عن الحجىة القانونية للحكم القضائى. فمصدر حجىة حكم التحكيم هي إرادة أطراف التحكيم، والتي لا توجد إلا بالشروط والمدى الذي تحدده هذه الإرادة، وهي غير متعلقة بالنظام العام، وهذا على خلاف الحكم القضائى فحجىته تتعلق بالنظام العام.

(1) طه أحمد على قاسم، مرجع سابق، ص. 452

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، مرجع سابق، ص. 24

(3) محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص. 554.

أما القوة التنفيذية للحكم التحكيمي فلا يعترف له بما إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من القضاء العام، وهو ما يختلف عن الحكم القضائي الذي يتمتع بالقوة التنفيذية عند الفصل في الدعوى المعروضة عليه¹.

موقف القضاء من هذه النظرية:

لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية " سكك حديد الشمال " بتاريخ 17 مارس 1893 بأن "التحكيم لاسيما الحكم الذي يصدر فيه عملا قضائيا"². وهو على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1937، إلا أن هذه الأخيرة بدأت تتراجع عن موقفها الذي أرسنه في هذا الحكم، إذ اعتبرت في حكمها الصادر بتاريخ 29 أبريل 1982 أن "القرار التحكيمي ليس عملا عاديا، ولكن يجب مقابله بالحكم القضائي الحقيقي والذي يرتب نفس النتائج مع الاحتفاظ بالمقابل للصفة التنفيذية التي لا يتخذها من خلال الأمر بالتنفيذ"³.

ثالثا: النظرية المختلطة

يرى أنصار هذه النظرية⁴ أن كلا من أنصار النظريتين المتقدمتين يقفون من طبيعة نظام التحكيم موقفا متشددا، حيث يضيفي عليه أنصار نظرية التحكيم الطبيعة التعاقدية هذه الصفة في كافة مراحلها، بينما يضيفي عليه أنصار النظرية القضائية الطبيعة القضائية في كافة مراحلها.

لذلك فقد اعتبر أنصار نظرية الطبيعة المختلطة أن هناك تأثيرات مزدوجة في نظام التحكيم وتتمثل في فكرة العقد وفكرة القضاء، فتتجسد الأولى من خلال مبدأ سلطان الإرادة⁵، بينما

(1) المرجع السابق، ص. 593.

(2) حيث اعتبر أن:

« Le ministre ne peut remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse parie qu'ils ne peuvent se dérober aux juridictions établies ».

أشار إليه، عبد الوهاب قمر، مرجع سابق، ص. 71.

(3) « La sentence arbitrale n'est pas un acte ordinaire, mais doit être assimilée à un véritable jugement dont elle comporte les effets, sauf toutefois le caractère exécutoire, qu'elle ne prend qu'avec l'ordonnance d'exécutions ». Cass. 29 avril 1982, rev. arb., 1982, p. 103.

(4) من أنصار هذه النظرية نذكر على سبيل المثال: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص. 20.

(5) يظهر ذلك على سبيل المثال: من خلال اختيار اللجوء الى التحكيم، وكذلك القانون الواجب التطبيق على النزاع.

تتجسد الثانية من خلال اقتضاء الحق في حالة نشوب نزاع عن طريق الانصياع لقواعد القانون والعدالة¹.

ولقد انقسم الفقه حول الآثار القانونية المترتبة على الأخذ بهذه النظرية، فقد اعتبر البعض من أنصار هذه النظرية أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً وإنما يمر في مراحل مختلفة ويتخذ طابعا مختلفة، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكماً². بينما اعتبر البعض الآخر³ من أنصار هذه النظرية، أن التحكيم في جوهره تصرفاً إرادياً على أنه وفي انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في تعداد العمل القضائي⁴.

إلا أنه، بالرغم من قيام نظرية الطبيعة المختلطة على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم وهو أمر جدا مهم، إلا أن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بأن التحكيم ذو وظيفة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر من قبيل الاعتراف بالعجز ومحاولة الهروب من مواجهة الحقيقة.

فقد اختار أصحاب هذه النظرية أسهل الحلول ولم يتصدوا لجوهر المشكل ذاته، عن طريق ربطهم بين حجية أحكام التحكيم الصادرة في النزاعات وبين قوتها التنفيذية ربطاً غير دقيقاً⁵. إذ أن الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي إنما يتعلق بقوته التنفيذية ولا علاقته له بحيازته للحجة القضائية أم لا.

رابعاً: النظرية المستقلة

لقد ذهب أنصار هذه النظرية⁶ إلى أن نظام التحكيم له طبيعة خاصة وذاتية المستقلة التي تختلف عن العقود، كما تختلف عن القضاء العام في الدولة لذلك لا يجوز الزج بنظام التحكيم في أحضان أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور، ويختلف عنها في أمور أخرى⁷.

(1) ويظهر ذلك على سبيل المثال: من خلال احترام مبدأ الوجاهية في خصومة التحكيم، وإمكانية رد هيئة التحكيم.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 24.

(3) أنظر، ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط01، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص.53.

(4) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص.599.

(5) فرح مناني، مرجع سابق، ص. 45.

(6) من انصاره هذه النظرية: - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط04، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.50؛ سامية راشد،

التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط01، منشأة المعارف، 1984، ص.70-71.

(7) فرح مناني، مرجع سابق، ص.46.

فالعدق ليس هو جوهر نظام التحكيم بدليل وجود نظام التحكيم إجباري، كما أن نظام التحكيم لا يندمج في القضاء العام في الدولة، وذلك لكون الأخير سلطة من السلطات الثلاث في الدولة الحديثة، بينما ظهر نظام التحكيم في المجتمعات البدائية قبل ظهور القضاء العام في الدولة واستمر قائما بعد ظهوره.

واستند أنصار هذه النظرية على مجموعة من الأسانيد وتتعلق أساسا بتشكيل هيئة التحكيم في كل حالة على حدى حسب المقتضيات الخاضعة للتراع الذي سيعرض أمامها، ويتم الفصل في التراعات القانونية بتطبيق قواعد القانون على الوقائع المعروضة عليها وفقا لإجراءات معينة، ولكنه قد تحل تلك التراعات دون الحاجة إلى قواعد القانون كما هو الحال بالنسبة للتحكيم مع تفويض بالصلح.

أما نظام القضاء فتحكمه قواعد عامة و مجردة موضوعة سلفا لأية دعوى قضائية قد تعرض عليه للفصل فيها، ويأشر أيضا وظيفته ويصدر أحكاما قضائية دون وجود نزاع بين الطرفين كالأحكام الاتفاقية وإقرار المدعى عليه، فلا يتطلب القانون وجود نزاع بين الطرفين، وإنما يكفي بوجود مصلحة للمدعى في الدعوى.

فمن خلال تقييم هذه النظرية، يرى جانب من الفقه أن النظرية المستقلة لنظام التحكيم لا تختلف عن منطق النظرية القضائية بل تؤكد لها، وإن كانت تحرص على أصالة نظام التحكيم وذاتيته¹. كما أن هذه النظرية تتداخل في النظرية المختلطة لنظام التحكيم لذلك توجه لها الانتقادات الموجهة للنظرية المختلطة².

بالإضافة إلى ذلك تتمثل الانتقادات الموجهة لهذه النظرية فيما يخص عدم التسليم بأن النظام التحكيمي يرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية، ويقدم عدالة خاصة تختلف عن القضاء العام في الدولة لأنه لا يمكن الوصول إلى طبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يترتب عليه³.

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص.27.

(2) المرجع السابق، ص.27.

(3) محمود السيد النجوي، مرجع سابق، ص. 642.

كما أن هذه النظرية لا تقوم على تأصيل منطقي سليم للأعمال القانونية، فالأعمال القضائية تعتبر أيضا أعمالا مستقلة، فالاستقلال لا ينبئ بطبيعة القانونية للعمل وإنما هذه الأخيرة هي التي تحدد إن كان العمل القانوني مستقلا من عدمه. وبالتالي فقد ربطت ربطا خاطئا بين القضاء العام في الدولة وبين تطبيق القانون الوضعي من جهة، وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو العدالة من جهة أخرى. وهذا ليس صحيحا على إطلاقه لأن النصوص التشريعية ليست إلا مصدرا واحدا من مصادر القانون، ويستطيع القاضي في حالة غياب النص الاستناد إلى الأعراف أو إلى قواعد العدالة الطبيعية، وهو ليس نفس الدور الذي تلعبه هيئة التحكيم عند الفصل في النزاعات¹.

وفي الأخير كخلاصة لهذا الفرع، إن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم - بصفة عامة - تؤدي إلى حد كبير إلى تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند تنفيذه إذ أن القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم تؤدي إلى اعتماد بطلان التصرفات القانونية المنصوص عليها في القانون المدني، بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم تؤدي إلى اعتماد أحكام البطلان المنصوص عليها في الإجراءات. كما أنها تؤدي إلى الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق. وهذا ما أدى إلى اختلاف فقهي و قضائي حول جواز اللجوء إليه لحل النزاعات الإدارية؟

الفرع الثاني:

مدى جواز اللجوء الى التحكيم في النزاعات الإدارية

لقد اختلفت النظم القانونية في معالجتها لمسألة التحكيم في النزاعات الإدارية، فأخذت الدول ذات التوجه القانوني اللاتيني موقفا متشددا فمنها من منعه، ومنها من سمحت به ضمن شروط معينة. لذلك قد ثار جدل فقهي في هذه البلدان وذلك تضاربت أحكام القضاء بهذا الشأن، ولكن التطورات الاقتصادية والحاجة إلى تشجيع الاستثمارات عن طريق تنظيم أسلوب سهل وسريع لحل النزاعات أدّى بهذه الدول إلى إصدار تشريعات تنظم هذه المسألة بنصوص صريحة، وهذا ضمن

(1) المرجع السابق، ص.644.

مساعدتها لحسم الخلاف حول مدى جوازه. وهو ما سيتم تبيانه من خلال دراسة موقف الفقه (أولاً)، ثم موقف القضاء (ثانياً).

أولاً: موقف الفقه

لقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض من مسألة لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، وحاول كل فريق الاستناد على مجموعة من الحجج والأسانيد للتأكيد على رأيها، وهذا ما سيتم التطرق إليه على النحو الآتي:

أ- الاتجاه المعارض لجواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم:

لقد استند هذا الاتجاه على مجموعة من الأسانيد والحجج نذكر منها:

I- عدم جواز التحكيم في النزاعات الإدارية لكونه يمس بسيادة الدولة:

إن لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لتسوية المنازعات الإدارية فيه مساساً بسيادة الدولة وذلك من ناحيتين:

فمن الناحية الأولى: إن التحكيم يسلب الاختصاص من القضاء الوطني والذي يعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة حيث اعتبر الفقيه Romieu بأن: "التحكيم سيكون علامة ريبية إزاء قضاء الدولة المقرر لحماية حريات الأفراد، وانه بنوع من التسامح إن لم يكن بنوع من الضعف أن يقبل المشرع أن يلجأ الأفراد إلى التحكيم.

وترتيباً على ذلك فالأشخاص العامة ومن بينها المؤسسة العامة لا يجوز أن تعطي المثل السيء وتتنكر بدورها للقضاء الرسمي الذي يحكم باسم الدولة، فكيف يمكن القول بأن الدولة تنشئ القضاء وتفرض سلطانه على الأفراد إذا كانت هي نفسها والأشخاص العامة تتنكر له؟"¹.

أما من الناحية الثانية: فبموجب التحكيم بإمكان المحكم أن يستبعد تطبيق القانون الوطني على النزاع المعروض عليه.²

(1) أشار إليه، حسن محمد هند، مرجع سابق، ص. 103.

(2) أنظر، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 1.

II- عدم جواز التحكيم لكونه اعتداء على قواعد توزيع الاختصاص:

يرتكز هذا السند على وجود جهات قضائية إلمارية تنظر في النزاعات التي تكون الإلمارة طرفا فيها، فإذا تم السماح باللجوء إلى التحكيم في العقود الإلمارية فإن ذلك سيؤدي إلى سلبها من اختصاص القضاء الإلماري.

وذهب الفقيه " Fernand " إلى القول " أن القضاء الإلماري يستطيع أن يمارس الرقابة على أعمال الإلمارة، أفضل من المحكمين " ¹.

وقد تساءل الفقيه " la ferriere " تساؤلا استنكاريا و ذلك بقوله " كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها للقضاة العاديين؟! " ².

- تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام :

أسس الاتجاه الفقهي الرفض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإلمارية رأيه على فكرة النظام العام، حيث اعتبر أن التحكيم في هذه المنازعات إخلالا بالنظام العام، وذلك على اعتبار أن هذه فكرة يقصد بها في القانون الإلماري تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإلمارية بالمقارنة مع العقود المدنية، ومن ثم لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها ³.

وقد اعتبر الدكتور " عبد العزيز عبد المنعم خليفة " أن هذا السند هو الأقرب للقبول من الأسانيد الأخرى الراضة للتحكيم في النزاعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، وذلك أن المحكم لن يلتزم في تحكيمه بتطبيق سوى القواعد القانونية التي يحددها له المحكمين بغض النظر عما إذا كان هذا التطبيق سيؤدي إلى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أم لا ⁴.

(1) Fernand COLLAVET, De l'arbitrage dans les procès ou sont parties les personnes publiques, R.D.P, France 1906, P.472.

أشار إليه محمد محجوبي، مرجع سابق، ص16. www.carji.org

(2) Philippe FOUCHARD, L'arbitrage en droit administratif, Rev. Arb, 1990, p.15.

أشار إليه، مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص. 213.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإلمارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص. 76.

(4) المرجع السابق، ص. 76.

كما ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القواعد المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين القضاءين العادي والإلماري تتعلق بالنظام العام، ومن لا يجوز للإلمارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً¹.

ب- الاتجاه المؤيد لجواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم:

لقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم يعد أكثر تواءماً مع سيادة الدولة ذلك لأنه حائز على إرادتها، فبمجرد قبول الدولة بطريقة التحكيم لحل النزاعات فهي تعد متنازلة عن التمسك بـ "مبدأ السيادة"².

كما أن قضاة الدولة غير مختصين في المسائل الفنية محل النزاع، الأمر الذي يدفعهم إلى الاستعانة بخبير ووقف الفصل في الدعوى حتى صدور رأيه- فإذا كان الأمر كذلك- فمن الأفضل اختصار الوقت وتوفير النفقات، وذلك باللجوء إلى الخبير مباشرة وتنصيبه محكماً للفصل في النزاع القائم بينهم.

في حين أنه لا تنقطع الصلة بين التحكيم والقضاء الوطني، إذ يمتلك القضاء سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو الرقابة و ذلك بموجب القانون. بالإضافة إلى ذلك، ليس في جميع الأحوال يكون القانون الوطني مستبعداً إذ بإمكان الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تشترط تطبيق القانون الوطني كأساس لتسوية النزاع إذ تم اللجوء إلى التحكيم.

I- عدم وجود نص قانوني يبرر رفض فكرة التحكيم في العقود الإلمارية

فالأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص يجرمها، فقد وجدت أحكام قضائية تبرر الحظر عن طريق قواعد قانونية ليست لها صلة بالموضوع³، حتى وإن كان هذا الحظر مقرر بموجب تشريع داخلي فإن أبرمت الدولة اتفاق تحكيم دولي بالرغم من هذا الحظر فهي تعد متنازلة عما قرره القانون

(1) أنظر، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإلمارية، ط5، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص.192.

(2) مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص.78.

(3) مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص.88.

الوطني، وقء ذهب الءكءور أءمء قسمل الءءاوي إلى القول بأن "فكرة العءء الإداري من أساسها هي بناء فقهي وقضائي أخذت به الأنظمة القانونية اللالينية، أما الأنظمة الأنجلوساكسونية فهي لا تأخذ بمفهوم العءء الإداري بطابعه المميز".¹

وذهب أنصار هذا الاءءاء إلى القول بأن الءولة حسبما هو مسءقر عليه اسءطيع أن الءءأ للءءكيم في مسائل أءطر من إطار العءء الإداري من ذلك قبول الءءكيم في مجال القانون الءولي كءرسيم الءءوء الءعرافية في الال ظهور نزاع من الءول المءاورة.

الانيا: موقف القضاء

لقد كان للقضاء موقفا مءضاربا من مسألة جواز لجوء الءولة وهيئاءها العامة إلى الءءكيم، ويظهر ذلك من الءلال ءراسة وءءليل بعض الأحكام القضائية الال يوجد فيها نوع من الءباين في المواقف، وذلك من الءلال ءراسة موقف القضاء الفرنسي على سبيل المءارنة وكذلك موقف القضاء الءزائري كالآلي :

أ- موقف القضاء في فرنسا:

لقد ءفاوت موقف كل من القضاء العاءي ومجلس الءولة في فرنسا من لجوء الءولة والأشءاص المعنوية العامة إلى الءءكيم بين مؤيد ومعارض له، لقد ذهبت أحكام القضاء العاءي الفرنسي إلى الءظر الوارء في الماءة 2060 من القانون المءني الفرنسي ينءصر بمجال ءطبيقه في إطار الءءكيم الءاللي ءون الءءكيم الءولي.

ولقد بدأ هذا الاءءاء بموجب حكم محكمة اسءءناف باريس في قضية " myrtoon steam ship " الصادر في 10 أبريل 1957 ضد إءارة النقل البءري الءابع للءكومة الفرنسية، الال قضء محكمة اسءءناف باريس " بأن الءظر الوارء في القانون الفرنسي لا ينءبق في هذه الالالة لأن الءظر يءعلق

(1) أءمء قسمل الءءاوي، خصائص الءءكيم في عقود الانشاءاء الءولية، ءراسة خاصة بمناسبة ءءوى الءمعية العمومية بقسمي الءءوى والءءريع لمجلس الءولة المصري بءاريخ 1996/12/18. بءء غير منشور ، ص.5. أشار إليه ، حسن محمد هءء، مرجع سابق، ص105 -107.

بالنظام العام الداخلي الذي يقتصر أعماله على العقود الداخلية ولا ينطبق هذا الحظر على اتفاقيات التحكيم الدولية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية"¹.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن إدارة النقل البحري التابعة للحكومة الفرنسية قد أبرمت في فبراير 1940 عقد السفينة التابعة لشركة « Myrtoon Stream Ship » لمدة سنة وقد أدرج الطرفان شرط التحكيم في العقد، إلا أنه حدث خلاف بين الطرفين فقررت الشركة مالكة السفينة اللجوء إلى التحكيم وقد امتنعت الحكومة الفرنسية عن تعيين محكم لها، وقد صدر الحكم لصالح الشركة وحصلت على الأمر بتنفيذه من رئيس محكمة السين إلا أن الحكومة الفرنسية استأنفت ضد هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس وقد استندت في استئنافها على بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية"².

كما ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم آخر صادر عنها بتاريخ 13 جوان 1996 إلى القول بأن" الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأياً كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي، والذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على المسرح التجارة الدولية من إن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقاً"³.

وقد صدر هذا الحكم في المنازعة الناشئة بين الشركة الإيطالية والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار (KFTCIC) وتعود وقائع هذه القضية إلى إعلان الشركة الكويتية عن مناقصة دولية في سنة 1983 بغرض بناء سفارة دولة الكويت في الجزائر وقد رست هذه المناقصة على الشركة الإيطالية وقد نص في عقد التشييد المبرم بين الشركتين في 01 ماي 1985 على خضوع هذا

(1) حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1957/04/10 في قضية " Myrtoon Stream Ship ". أشار إلى هذه القضية، مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص238.

(2) المرجع السابق، ص238.

(3) حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1996/06/13. أشار إلى هذه القضية، حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية اللبنانية و مركز الأجناب، منشورات الخلي، لبنان، 2002، ص464 وما بعدها.

العقد للقانون الجزائري، وأن سعر المتفق عليه هو سعر جزائي وغير قابل للتعديل وأن الدفع سيكون بالدولار كما تم إدراج شرط التحكيم في حالة وقوع نزاع بين الطرفين أثناء التنفيذ، ونظرا للظروف الاقتصادية التي أدت إلى انخفاض سعر الدولار تقدمت الشركة الإيطالية في سنة 1987 بطلب من أجل زيادة السعر مستندة في ذلك إلى نصوص القانون الجزائري المتعلقة بتغيير الظروف، وقابلت الشركة الكويتية هذا الطلب بالرفض¹، مما أدى بالأطراف إلى الاتفاق على اختيار مدينة باريس كمقر للتحكيم و اختيار لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لتسري على إجراءات التحكيم. وقد أصدرت هيئة التحكيم حكما بإلزام الشركة الكويتية بدفع مبالغ متعددة للشركة الإيطالية بالإضافة إلى الفوائد السنوية.

وقد طعننت الشركة الكويتية في هذا الحكم بالبطلان مستندة في ذلك لعدة عوامل من بينها: بطلان شرط التحكيم ذاته، حيث اعتبرت أن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي والمتمثل في صحة شروط التحكيم الواردة في العقود التجارية المبرمة من قبل الدولة من أجل حاجات المعاملات الدولية لا يعمل به في العقد المبرم بينها وبين الشركة الإيطالية وذلك كونها أبرمته ممثلة لدولة الكويت من أجل بناء عام بطبيعته ومخصص من أجل أن تمارس فيه هذه الدولة المزايا التي تتمتع بها بصفتها دولة.

كما استندت لتبرير موقفها إلى قواعد النظام العام في القانون الجزائري كونه القانون المطبق على النزاع ولاسيما المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والتي تحظر على الأشخاص الاعتبارية العامة قبول التحكيم، ولقد رفضت محكمة استئناف باريس هذه الأسانيد وذلك بموجب حكمها السالف الذكر.

ولعل أهم ما يستنتج من هذا الحكم أن محكمة استئناف باريس خلال تقديرها لصحة الحظر الوارد على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لم تفصل في هذه المسألة من خلال منهج النزاع وإنما من خلال تطبيق منهج القواعد المادية، وبذلك تكون قد تبنت الرأي الفقهي الذي دافع عنه الاستاذ "

(1) حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص. 464.

"GOLDMAN" والذي يتم بموجه الفصل في مسالة شرط التحكيم الوارد في العقد الدولي المبرم من قبل احد الدولة أو احد أجهزتها ليس وفقا لمنهج تنازع القوانين، وإنما تحكمه قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم والتي تقرر صحته¹.

فبمقتضى هذا الحكم أصبحت القاعدة المادية التي تقرر عدم السريان الحظر الوارد على الدولة والمؤسسات العامة في قبول التحكيم لا يعمل بها فقط في مواجهة الدولة الفرنسية وأجهزتها العامة إنما تطبق أيضا في مواجهة الاطراف الأجنبية التي تعرف قوانينها هذا الحظر².

وقد اعتبرت محكمة استئناف باريس أن هذه القاعدة مستمدة من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني بل تأكيدا على أهمية هذه القاعدة اعتبارها من قواعد النظام العام الدولي³.

والواقع إن تكيف هذه القاعدة على أنها جزء من النظام العام الدولي يتناقض مع اعتبارها قاعدة مادية، إذ انه من المعلوم ان النظام العام الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص هدفه استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الاسناد الوطنية والذي يؤدي تطبيقه إلى المساس بالمبادئ الأساسية في قانون القاضي⁴.

(1) حفيفة السيد حداد، الموجز في الجنسية البنانية والمركز القانوني للأجانب، مرجع سابق، ص. 467 .

(2) المرجع السابق، ص 467.

(3) استعمل مصطلح النظام العام الدولي في مجال تنازع القوانين للتمييز بينه وبين النظام العام الداخلي، فالنظام العام دائما وطني ويكون تحديده بواسطة القاضي الوطني. للمزيد أنظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين-، ج1، ط10، دار هومه، الجزائر 2008، ص174-175 وقد ذهب جانب من الفقه الأستاذ Charle Bouer الى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي حيث اعتبر أن نطاق مفهوم الثاني أضيق من نطاق مفهوم الاول لان القواعد القانونية الداخلية هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هي قواعد آمرة تمتع تطبيق القانون الأجنبي وتعمل محله القانون القاضي. للمزيد انظر: علي الداوودي القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ج1، ط4، دا وائل للنشر الاردن 2005، ص242-243.

(4) أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.175.

وقد حاول جانب من الفقه التقليل من شأن هذا التناقض بالقول ان كل من فكري النظام العام الدولي والقواعد المادية تؤديان الى ذات النتيجة وهي استبعاد أعمال قواعد القانون الأجنبي، اذ انه هناك تشابه في الوسيلتين¹.

وقد انتقد هذا الموقف بالقول ان التطابق بين القواعد المادية وفكرة النظام العام الدولي ناقص، فالقاعدة المادية هي قاعدة عامة و مجردة، أما الدفع بالنظام العام هو يتأثر بمدى قرب او بعد العلاقة القانونية التي يتمسك بأعمال النظام العام بشأها بقانون القاضي. بالإضافة إلى ذلك فالقواعد الداخلية مستبعدة من أجل تطبيق القواعد المادية ذات الطابع الدولي قد تكون قواعد أجنبية أو وطنية، وبالتالي فالإشارة إلى النظام العام الدولي لوصف القاعدة المادية التي تقرر عدم سريان الحظر الوارد على الدولة أو أجهزتها العامة في قبول التحكيم وصف في غير محله وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص².

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية موقف المحاكم العادية الأدنى درجة و المتمثل في حظر لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي في عدة أحكام نذكر منها على سبيل المثال: حكمها الصادر في قضية San Carlo في 02 ماي 1966 حيث أكدت على أن: "الحظر الوارد في المادتين 83 و 1004 من قانون المرافعات المدنية القديم لا يثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في مادة 3/3 من القانون المدني بقدر ما يتعلق بقانون العقد وليس بالقانون الشخصي للأطراف لذا تطبق أحكام القانون الأجنبي التي تجيز التحكيم والحل ما ذكر وليس أحكام القانون الفرنسي باعتباره القانون الشخصي والذي يمنع اللجوء إلى التحكيم"³.

(1) وهذا ما ذهب اليه الاستاذ loquin في تعليقه على هذا الحكم. أشارت اليه: حفيفة السيد حداد نفس المرجع السابق، ص. 468 .
(2) يرى جانب من الفقه في إطار عقود التجارة الدولية أن العلاقة بين منهجي التنازع و القواعد المادية هي علاقة تنافسية، بحيث ان ظهور منهج القواعد المادية قد ارتبط بعدم ملائمة منهج قواعد التنازع لحكم عقود التجارة الدولية ، و بمقتضى علاقة التنافس فوجود احد المنهجين و يرى جانب اخر من الفقه على عكس الاتجاه السابق ان العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور و تعايش و ليست علاقة عداء او منافسة، فالتنافس يقتضي المتكافئ وهو ما حمل البعض الى رفض التطرق و الحديث عن التنازع المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر، مع تأكيد ان الامر في الحقيقة لا يعدو ان يكون تكامل بين المناهج في اطار هذا الفرع من فروع القانون. للمزيد راجع، محمد يلاق، قواعد التنازع و القواعد المدنية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2010-2011، ص. 119 وما بعدها.

(3) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بـ:

« Interdiction faite à l'état et abuse établissement publics de recourir ai arbitrage ...me soulevait pas un problème de capacité au sens de article 3 alinéa 3 du code civil que la cour d'appel avait seulement à se pronons sur le point de savoir si cette prohibition général édictée dans les contrats internes, devrait encore s'appliquer à un contrat

بينما، لقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ القرن 19م على بطلان شرط أو اتفاق التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة والأشخاص المعنوية، وقد اعتبر هذا البطلان من النظام العام يجوز لأحد أطراف الدعوى التمسك به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، كما يجوز للقضاء إثارة البطلان من تلقاء نفسه، وبالتالي لا يجوز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم إلا بنص صريح.

وقد أصبح هذا المبدأ من تعداد المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي، وترتب على ذلك عدة نتائج قانونية أهمها تلك المتعلقة بإعتبار أن شرط التحكيم لا يشكل عائقاً دون لجوء الأفراد مباشرة إلى القضاء الإداري، كما يجوز للخصوم الدفع ببطلان حكم التحكيم الذي يتم بناء على شرط أو اتفاق التحكيم. أما في حالة عدم تنفيذ المحكوم عليه لحكم التحكيم فلا تقوم مسؤوليته عن ذلك.

وتوّالت عنه بعد ذلك عدة قرارات حيث ذهب في قراره الصادر في 22 جانفي 1977 إلى أن: "اللجوء إلى التحكيم له هدف يتمثل في إجراء التعديل اتفاقي لقواعد الاختصاص، وهنا يتزع الدعوى من القضاء الإداري ليفصل فيها قاضي خاص يختاره المتنازعون، لذلك يمنع في المنازعات التي تكون المؤسسات العامة أحد أطرافها، ولا يمكن تعديل قواعد الاختصاص إلا بواسطة قانون ينص على ذلك، و بالتالي ذكر شرط التحكيم في العقود دون الإجازة من المشرع، فجزاؤه باطل بطلان مطلق لا يمكن تصحيحه بقبول صادر من الأطراف"¹.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية شركة الوطنية لبيع الفواض ضد الشركة الأمريكية " TANGER " أن هذه الشركة هي شركة عامة تخضع للقانون العام وبالتالي يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، وأن أساس هذا الحظر لا يكمن في النصوص التشريعية في قانون الإجراءات المدنية فحسب بل أنه مبدأ قانوني قضائي ثابت و مستقر في القانون العام الفرنسي"².

international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce ; qu'à bon droit, la cour d'appel à estimer que cette question relevait de loi du contrat, et non de la loi personnelle de parties contractantes »

أشارت إليه ، حفيفة السيد حداد ، مرجع سابق، ص. 460.

(1) أشار إلى هذه القضية: علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص. 216.

(2) المرجع السابق، ص. 216.

كما أفتى مجلس الدولة الفرنسي في العقد المبرم بين فرنسا وشركة WALT DISNEY في سنة 1986¹ أبي بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وتقود وقائع هذه القضية إلى كون الحكومة الفرنسية أرادت إنشاء مدينة ملاهي أروبية "EURO DISNEY LAND" على غرار الو.م.أ ومن اجل ذلك تعاقدت مع الشركة الأمريكية "WALT DISNEY" مقاطعة "VAL DE MARNE" والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة "MARNE LA VALLÉE".

وقد طلب وزير التخطيط الفرنسي فتوى مجلس الدولة الفرنسي عن مدى صحة تضمين هذا العقد شرط التحكيم، و قد أفتى مجلس الدولة بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأردف رأيه بعدة مبادئ أهمها²:

- إن الاتفاق على التحكيم في علاقات النظام القانوني الوطني يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام ما لم تكن نصوص تشريعية صريحة أو اتفاقيات دولية اندرجت تحت مظلة القانون الداخلي تسمح بمثل هذا التحكيم.

- إن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لا تمنح أشخاص القانون العام في فرنسا حق اللجوء إلى التحكيم، وأن هذه الاتفاقية تبين وسائل حل النزاعات التي يقرر الأطراف إخضاعها للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وقد وجهت عدة انتقادات لفتوى مجلس الدولة الفرنسي أهمها:

- أنه كيف هذا العقد على أنه عقد إداري داخلي بالرغم من وجود طرف أجنبي، وكان من الواجب تطبيق اتفاقية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، أو اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار 1965 لكون فرنسا منظمة إلى هاتين الاتفاقيتين.

(1) Avis du conseil d'état, 6Mars 1986, Eurodisneyland.cf. : André De Laubadère, Yve Gaudemet, op.cit, p.312.

(2) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص. 217 .

- كان على مجلس الدولة الفرنسي تطبيق قانون المرافعات الفرنسي على هذا التحكيم بدل الاستناد على المادة 2060 من القانون المدني خاصة أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت تطبيق هذه المادة في مجال التحكيم الدولي.

وفي الأخير نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اتخذ موقفا صارما من حظر التحكيم في العقود الإدارية بوجه عام سواء كانت داخلية أو دولية. ولقد انتقد بعض الفقه الفرنسي هذا موقف انتقادا حادا لاعتماده على القانون المدني في مجال القانون العام، بالإضافة إلى أن القضاء العادي الملزم بتطبيق القانون الخاص فهو لم يمنع التحكيم إلا في العقود الداخلية دون الدولية.

ب- موقف القضاء في الجزائر

إن الاجتهاد القضائي المتعلق بالتحكيم عموما وبأهلية الدولة والمؤسسات العمومية لطلب التحكيم في الجزائر نادرا لعدة أسباب من بينها:

- حداثة وفتوة النظام التحكيمي في الجزائر .
 - السرية التي يتميز بها النظام التحكيمي.
 - قلة المعالجات الفقهية المتعلقة بالأحكام القضائية المتعلقة بموضوع التحكيم الإداري.
- وسنحاول الإمام بالموضوع من خلال تباين موقف القضاء الجزائري من أهلية الأشخاص المعنوية في اللجوء الى التحكيم وذلك بدراسة موقفه من التحكيم الإداري الداخلي ثم التحكيم الإداري الدولي.

I- موقفه من لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الداخلي:

لم يستقر القضاء الجزائري على موقف محدد من موضوع أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى للتحكيم، ويظهر ذلك من خلال دراسة بعض الأحكام القضائية التي تتضمن تباين في المواقف بين التحكيم وقبوله وذلك على النحو التالي:

فقد ذهب القضاء الجزائري إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الداخلية من ذلك، ماذهب إليه مجلس قضاء الجزائر في قراره الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 1986 في النزاع المتعلق بين

شركة "ك-ل" ضد المؤسسة العمومية للبناء¹، حيث أبرم عقد بينهما بتاريخ 20 ماي 1983 بهدف إنجاز أشغال عامة متعلقة بتوسعة مصنع، وقد تضمن شرط اتفق بموجبه الطرفين على حل أي نزاع ينشأ بينهما يفصل فيه نهائيا وفقا لنظام (C.C.I).

إلا أن القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 20 ديسمبر 1985 قد ألغى من طرف القضاء وتصدى بالفصل في هذه المنازعة باعتبار أن الشرط التحكيمي الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا، وبالتالي لم ينتج آثاره القانونية والمتمثلة في غل يد القضاء من التصدي له.

ومنه نستنتج أن القضاء لم يعترف بالدفع المقدم من الأطراف بوجود شرط تحكيم في العقد لعدم جواز الاتفاق على ذلك.

وبمقابل ذلك، لقد أقر القضاء الجزائري للدولة أو هيئاتها العامة باللجوء إلى التحكيم في بعض أحكامه، و من بينها ما قضت به الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 06 نوفمبر 1989² بصحة الشرط التحكيمي الذي اتفقت عليه المؤسسة العمومية مع الطرف الآخر.

وقد اعتبر بعض الفقه أن مجلس قضاء الجزائر في هذه القضية اعترف بصحة اتفاق التحكيم وفقا للمادة 1/442 من قانون الاجراءات المدنية الملغى والتي تسمح لأي شخص أن يلجأ إلى التحكيم. كما أنه، لم تنقيد محكمة الجزائر في حكمها الصادر في 03 ماي 1973 بالمادة 03/442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى وأقرت بصحة شرط التحكيم المبرم بين شركة "سوناطراك" والشركة الوطنية SMC حيث أراد الأطراف تغيير شروط تسوية النزاعات لكن قبل أن تتم المفاوضات ثار نزاع بينهما إلا أن الشركة المدعى عليها رفضت تعيين محكم، وطلبت شركة "سوناطراك" من رئيس محكمة الجزائر تعيين محكم، لكن هذا الطلب رفض لكن ليس على أساس المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية وإنما لأسباب أخرى، وهذا معناه قبول ضمني من المحكمة لشرط التحكيم³.

(1) قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 1986/12/26. أشار الى هذه القضية، قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 186.

(2) قرار الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1989/11/06. أشار الى هذه القضية، المرجع السابق، ص. 187.

(3) حكم محكمة الجزائر بتاريخ 1973/05/03، أشار إلى هذه القضية، قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ص. 188.

II- موقفه من لجوء الدولة و هيئتها العامة إلى التحكيم الدولي:

لقد تبأّن أيضا موقف القضاء الجزائري من لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الدولي بين مؤيد و معارض، فقد أيد ذلك مجلس قضاء الجزائر في قراره الصادر بتاريخ 04 جويلية 1973 في النزاع الذي ثار بين شركة يوغسلافية و مؤسسة عمومية، بعد عرض النزاع عليه كجهة استئناف، وقد أصدر قرارا يقضي فيه بإلغاء حكم محكمة "بئر رايس" مقرررا عدم الاختصاص بالموضوع ومعترفا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف، الذي من أثره نزع الاختصاص من محاكم القضاء الجزائرية¹.

في رفضت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 07 جويلية 1992، وذلك في النزاع الناشئ بين شركة أجنبية ومؤسساتين وطنيتين، و تعود وقائع هذه القضية إلى أن الشركة الجزائرية لتأمينات النقل طعنت بالنقض بتاريخ 29 جويلية 1991 في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 24 أكتوبر 1988 القاضي " بعدم الاختصاص لكون النزاعات بين المؤسسات الوطنية تحال على التحكيم اللزومي".

وقد قضت المحكمة العليا بما يلي: " من المقرر قانونا أن إجراءات التحكيم لا تطبق إلا إذا كان النزاع قائما بين مؤسسات عمومية وطنية، ومن ثم القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان ثابتا أن النزاع الحالي يخص شركة أجنبية وشركتين وطنيتين فإن ذلك يؤدي إلى عدم تطبيق إجراءات التحكيم، وبما أن القرار المطعون فيه قضى بخلاف ذلك فقد خرق القانون ويستحق النقض"².

(1) قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 1973/07/04 رقم 119 في النزاع الواقع بين Société dialim import و Rudnap export. أشار إلى هذه القضية، قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص248.
(2) قرار المحكمة العليا، غ.ت.ب، الملف رقم 96228، الصادر بتاريخ 1992/07/07. أشار إلى هذه القضية، مجلة التحكيم، مجلة فصلية، لسنة 2010، ع6، ص.335-337.

فمن خلال ما سبق نستنتج أن تضارب كل من آراء الفقه وأحكام القضاء كان بسبب سكوت التشريعات عن تبيان موقفها من لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، أو غموض تنظيمها لهذه المسألة لذلك دفعها إلى القيام بعدة تعديلات لمحاولة حسم الخلاف الناشئ عن هذه المسألة.

وكخلاصة لهذا الفصل نجد أن صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتضمن عدة مبادئ قانونية هامة تم استنباطها من الاجتهاد القضائي ومن القانون المقارن، المدرج ضمن متطلبات مسابقة التطور من جهة و تسهيل إجراءات التقاضي من جهة أخرى.

ومن بين هذه المبادئ التي أتى بها السماح باللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات، وقد أوصت الندوة الوطنية لإصلاح العدالة باللجوء إليها من خلال عدة توصيات من بينها: تعميم وتبسيط إجراءات المصالحة، وتوسيع إجراءات الصلح وهيئاته ومنحها سلطات واسعة للنظر في المنازعات العادية والإدارية، وبالموازاة مع ذلك حث المتنازعين على اللجوء إلى هذا الإجراء في جميع مراحل الدعوى، وتوسيع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كآلية أساسية لحل النزاعات التجارية وكذلك مراجعة مواد التحكيم المدرجة في قانون الإجراءات المدنية بتوسيع نطاقه¹.

وقد سمح قانون الإجراءات المدنية والإدارية باللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، إذ نجد أن التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات الإدارية، قد تم ضبطه من خلال نصوص جديدة لم تكن موجودة في قانون الإجراءات المدنية.

أما عرض إجراء الصلح فقد أصبح جوازياً، حيث يقوم القاضي الإداري بعرضه من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، وذلك في أية مرحلة كانت عليها الخصومة. أما إجراء الوساطة فيجب على القاضي الإداري عرضه على الخصوم، ولهم الحرية في الأخذ به من عدمه، وهذا ما يؤدي إلى التساؤل حول ما هي الإجراءات المتبعة إذا تم اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية؟

(1) أنظر، دليلة جلول، مرجع سابق، ص 11.

الفصل الثاني:

الإجراءات المتبعة

لحل النزاعات الإدارية بالطرق البديلة

بالرجوع إلى أحكام الكتاب الخامس المتعلق بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات" نجد أن المشرع الجزائري قد نظم الإجراءات المتبعة في حالة اللجوء إلى إحدى هذه الطرق.

وتماشيا مع خصوصية النزاعات الإدارية فقد أورد الصلح والتحكيم في الباب الخامس والمتعلق بـ "في الصلح والتحكيم" ضمن الكتاب الرابع المتعلق بـ "الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية"، وذلك بالنظر لأطراف النزاع الإداري ومدى جواز لجوئهم إليها، و طبيعة الدعاوى الإدارية ومدى قابليتها للحل وديا.

ولقد حرص المشرع على تنظيم الإطار العام الذي يبين مسار هذه الطرق، وذلك بهدف تشجيع اللجوء إليها كبديلة عن ضمانات التقاضي أمام الجهات القضائية.

إذ أن عدم وضوح الإجراءات المتبعة عند اللجوء إليها يؤدي إلى صرف النظر عنها من الأطراف باعتبارها تؤدي إلى أخذ النزاع إلى مسار مجهول، وهدر الوقت وتضييع الحقوق.

فمن خلال ما سبق نجد أن يشترك كل من الصلح والوساطة والتحكيم في امكانية حسم النزاع الإداري بطريق ودي، إلا أن الإجراءات المتبعة بشأن كل طريق مختلفة، وذلك بهدف التوسيع قدر الإمكان من قدرة استيعابها للنزاعات المختلفة، إذ نجد أن الصلح الإداري يقوم به القاضي الإداري، بينما يقوم الوسيط القضائي بعملية الوساطة القضائية، و تسند مهمة التحكيم إلى محكمة التحكيم.

مما يطرح التساؤل حول ما هي إجراءات المتبعة لحل النزاعات الإدارية بالطرق البديلة ؟

فتقتضي دراسة هذه الإجراءات، التطرق إلى إجراءات الصلح في النزاعات الإدارية (المبحث الأول)، ثم إجراءات الوساطة في النزاعات الإدارية (المبحث الثاني)، وأخيرا دراسة إجراءات التحكيم في النزاعات الإدارية (المبحث الثالث).

المبحث الأول:

إجراءات الصلح في النزاعات الإدارية

باعتبار أن الصلح طريقا بديلا لحل النزاعات، فقد أورد المشرع الجزائري الإجراءات المتعلقة به ضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلق بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات".

إلا أنه تماشيا مع خصوصية النزاعات الإدارية، فقد خص الإجراءات المتعلقة به ضمن الكتاب الرابع المتعلق بـ "الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية" في الباب الخامس والمعنون بـ "في الصلح والتحكيم"¹. بموجب المواد من 970 إلى 974 منه.

إذ أصبح بمقتضى هذه النصوص الصلح ذو طابع اختياري، ولا يجوز اللجوء إليه إلا في بعض النزاعات دون غيرها، وهو على خلاف ما كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى) الذي كان يعتبره إجراء جوهريا ضمن الدعوى الإدارية ومتعلقا بالنظام العام.

وبالنتيجة يختلف الصلح بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية عما كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، إذ أصبح بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية سببا من أسباب وقف الدعوى.

وفي الأخير تقتضي دراسة إجراءات الصلح في النزاعات الإدارية تبيان مجاله (المطلب الأول)، ثم كيفية انعقاده (المطلب الثاني).

(1) وذلك بمقتضى الفصل الأول منه تحت عنوان "في الصلح".

المطلب الأول:

مجال الصلح الإلماري

لقد حدد المشرع الجزائري مجال الصلح بموجب قانون الإجراءات الملمنية والإلمارية، إذ نصت الملمة 970 منه على أنه: "يجوز للجهات القضاية الإلمارية إجراء الصلح في مالمة القضاء الكامل". فما يستنتج من نص هذه الملمة أن المشرع استبعد جميع اللماعوى الألمرى وبالأمص اللمعى الإلماء، وهو ما يتماشى مع مبدأ الملمروعية ومصدافية القاضي الإلماري، إذ من غير المعقول أن يتصلح الأطراف بالرغم من وجود قرار إلماري غير ملمروع موضوع الطعن بالإلماء. وهذا على خلاف ما كان سائلمًا بموجب قانون الإجراءات الملمنية (الملمعى)، إذ لم يحدد المشرع اللماعوى اللمى تكون مالمًا للصلح، إذ كانت الملمة 169-3 منه تنص في فقرلمها الأولى على أنه: "على كاتب الضبط أن يرسل العريضة عقب قيدها إلى رئيس المجلس القضاى الذى يلملها إلى رئيس الفرقة الإلمارية ليعين مستشارًا ملمرًا".

فانطلاقًا من أحكام الملمة 07 من قانون الإجراءات الملمنية (الملمعى)، فإن اللماعوى القائمة على نزاع بين الطرفين هى اللمى كانت تقبل إجراء مالمولة الصلح، ومنه فإن عملية الصلح غير قائمة في اللمعى التلمسير و اللمعى فحص الملمروعية بملم طبيعتلمها¹.

وبالتالى فإن مجال الصلح كان يشمل اللماعوى الإلماء و اللماعوى القضاء الكامل، وهو ما آثار اللمة انتقادات وتساؤلات حول ملى منطقية إجراء الصلح في النزاعات القائمة على تجاوز السلطة؟². وهو الأمر الذى جعل المشرع يعدل عن موقفه من خلال إلماره جواز الصلح في اللماعوى القضاء الكامل بموجب قانون الإجراءات الملمنية والإلمارية، لذلك فإن تبيان نطاق الصلح يتطلب معرفة المقصود باللمعى القضاء الكامل واللمة المختصة بالفصل فيها وبالنتيجة واللمى يجوز إجراء

(1) على عيسانى، مرجع سابق، ص. 135 .

(2) وذلك كون أنه من الصعب تقبل إجراء عملية الصلح في نزاعات الملمروعية تحت إلمراف القاضي الإلماري، لأن القرار الإلماري مالم طعن قد يكون ملمروعًا أو غير ملمروع، وليس هناك مجال للمصالحة أو حل وسط، إلا إذا كانت عملية الصلح تقتصر على إلمناع الإلمارة بسحب قرارها الإلماري.

الصلح أمامها. وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب من خلال التطرق إلى مفهوم دعاوى القضاء الكامل (الفرع الأول)، ثم تحديد الجهات القضائية المختصة بإجراء الصلح (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم دعاوى القضاء الكامل

تقتضي دراسة مفهوم دعوى القضاء الكامل باعتبارها تمثل مجال الصلح في النزاعات الإدارية التطرق إلى تعريفها (أولاً)، ثم تبيان خصائصها (ثانياً)، وأخيراً تطبيقات دعاوى القضاء الكامل (ثالثاً)، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف دعاوى القضاء الكامل

لم يتطرق المشرع الجزائري من المنظور التشريعي إلى تعريف دعاوى القضاء الكامل، إذ نص عليها صراحة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولكن من زاوية تنظيم أحكام الاختصاص القضائي للجهات القضائية الإدارية¹.

أما فيما يخص تعريفها القضائي فلم نعر على أي حكم أو قرار قضائي يتطرق إلى ذلك، وإنما اكتفت بعض القرارات إلى تبيان أن نزاع ما يدخل ضمن نطاقها، ومنها ما قضت به الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا بتاريخ 1989/11/02² بقولها: "...حيث أن النزاع يحل بالتالي على أساس نزاع منصب على حق ملكية.

وأن قاضي الدرجة الأولى قد أخطأ بالتالي عند ما صرح بعدم اختصاصه، طبقاً للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية حيث أن جميع المنازعات المنصبة على حق الملكية تدخل في نطاق اختصاص الجهة القضائية ذات الاختصاص الكامل فقط".

(1) وهذا على خلاف ما كان سائداً في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى) الذي لم ينص صراحة على دعوى القضاء الكامل، إلا أنه من خلال نص المادة 07 من القانون رقم 90-23 المؤرخ في 08 أوت 1990 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، ج، لسنة 1990، ع36، والتي نصت على أنه: "تختص المجالس القضائية بالعمل ابتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أياً كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، طرفاً فيها...." فنجد أنه أشار إلى دعاوى القضاء الكامل من خلال عبارة "في جميع القضايا أياً كانت طبيعتها".

(2) المحكمة العليا، غ.إ، 1989/11/02، ملف رقم 975/12، المجلة القضائية، الجزائر، 1994، ع02، ص.207.

أما بخصوص التعريف الفقهي لدعاوى القضاء الكامل فقد عرفها الأستاذ عمار عوابدي على أنها: "مجموعة الدعاوى القضائية التي يرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أمام جهات السلطات القضائية العادية أو الإدارية المختصة في ظل مجموعة الشروط والإجراءات والشكليات القانونية المقررة، وتهدف لمطالبة هذه السلطات القضائية الاعتراف أولاً بوجود حقوق شخصية مكتسبة وثانياً تقرير ما إذا كان قد أصابها أضرار مادية، أو معنوية وتقدير هذه الأضرار وتقرير التعويض الكامل اللازم لإصلاحها والحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض.

وسلطات ووظائف القاضي المختص بدعاوى القضاء الكامل متعددة وكاملة بالقياس إلى سلطات القاضي في كل من دعوى التفسير ودعوى فحص مدى شرعية القرارات الإدارية، ولذلك سميت بدعاوى القضاء الكامل"¹.

كما عرفها الأستاذ محمد رفعت عبد الوهاب على أنها: "الدعاوى التي تكون للقاضي فيها سلطة كاملة معنى أنها لا تتوقف على حد إلغاء عمل الإدارة المخالف للقانون، بل تتعدى ذلك لحسم كافة عناصر النزاع بتحديد المركز الذاتي للطاعن بشكل نهائي"².

ويقصد أيضاً بدعاوى القضاء الكامل: "هو تحديد المركز القانوني للطاعن، فهو على عكس قضاء الإلغاء الذي يقف دور القاضي فيه عند حد إلغاء قرار الإدارة غير الشرعي أو مجرد إدانة أعمالها المخالفة للقانون، بل يتعدى دوره إلى إثبات المركز القانوني للطاعن وتبيان الحل السليم في المنازعة المطروحة أمامه"³.

والملاحظ من خلال هذه التعاريف أنها استندت في تعريف دعوى القضاء الكامل إلى سلطات القاضي الكاملة في حسم النزاع.

والجدير بالذكر، أنه لم يأخذ الأستاذ سليمان محمد الطماوي بتسمية "دعاوى القضاء الكامل"، لما اعتبره ما تثيره من فهم خاطئ في الذهن لكونها توحى أن أنواع القضاء الإداري الأخرى

(1) أنظر، عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي، ج2، ط02، د.م.ج، الجزائر، 2003، ص. 299.

(2) أنظر، محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري- قضاء الإلغاء وقضاء التعويض-، ج02، منشورات الحلبي، لبنان، 2008، ص. 15-16.

(3) أنظر، إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص. 295.

ليست كاملة، لكنها في الحقيقة هي كاملة الحدود المسطرة لها قانونا فعلى سبيل المثال: قضاء الإلغاء هو قضاء معد ومنظم لإلغاء القرارات الإدارية فقط، فالفرد يطلب الإلغاء والقاضي يجب لطلبه كاملا متى تحققت أسبابه ودواعيه، لذلك استعمل تسمية "قضاء التعويض"¹.

إن هذا الرأي قد يبدو مقبولا، إلا أن دعوى التعويض ليست سوى صورة من صور القضاء الكامل وليس كله².

نستخلص من التعاريف السابقة أن القاضي الإداري في الدعوى الخاصة لولاية القضاء الكامل يتمتع بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع³، إذا تشتمل سلطاته على ما يلي:

- تعديل القرار الإداري أو إصلاحه أو إحلال آخر محله، فالأمر لا يقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه إذا ثبت عدم مشروعيته - كما هو الشأن في دعوى الإلغاء -.
- تعويض الطاعن عن الأضرار اللاحقة به نتيجة القرار محل الطعن إذا ثبت عدم مشروعيته.
- للقاضي عند النظر في الدعوى أن يتعرض لفحص الوقائع والقانون معا⁴.
- تحديد المركز القانوني للطاعن ومركزه في مواجهة الإدارة.

فلذلك فإن هذه الدعوى تتشابه مع الدعاوى التي ترفع أمام القضاء العادي من حيث سلطات القاضي، ولهذا تحمل تسمية " القضاء الكامل"⁵.

ثانيا: خصائص دعاوى القضاء الكامل

من خلال تعريف دعوى القضاء الكامل نجد أن هناك عدة خصائص تتمتع بها وهي كالتالي:

- (1) أنظر، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، - قضاء الإلغاء -، دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص. 306.
- (2) أنظر، سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهدي- أم البواقي-، الجزائر، 2008-2009، ص. 10.
- (3) أنظر، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص. 329.
- (4) أنظر، نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص. 68-69.
- (5) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 329.

أ- دعاوى القضاء الكامل قضائية:

يقصد بذلك أنها ليست مجرد تظلم إلماري، لكونها ترفع أمام جهات قضائية ووفقا للإجراءات القانونية المقررة لذلك وتنتهي بصدور حكم قضائي فيها.

ب- دعاوى القضاء الكامل شخصية :

ويقصد بذلك أنه يتم رفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة على أساس حجج ومراكز وأوضاع قانونية ذاتية وشخصية للمطالبة بالاعتراف أو تقرير حقوق شخصية مكتسبة وحمايتها قضائيا عن طريق الحكم بالتعويض الكامل لإصلاح الأضرار المادية والمعنوية التي تصيبها بفعل النشاط الإلماري غير المشروع¹.

وعليه فإن دعاوى القضاء الكامل تختلف عن الدعاوى الموضوعية التي تؤسس على مراكز وأوضاع قانونية عامة والتي تستهدف تحقيق حماية قضائية لمراكز وأوضاع قانونية، وكذا حماية شرعية الأعمال والنظام القانوني في الدولة².

ج- دعاوى القضاء الكامل تنتمي لقضاء الحقوق:

ويقصد بذلك أنها ترفع من ذوي الصفة والمصلحة أمام السلطات القضائية المختصة على أسس قانونية ذاتية وشخصية للمطالبة بحمايتها قضائيا، فهي تهدف لحماية الحقوق الشخصية المكتسبة في النظام القانوني والقضائي السائد في الدولة³.

د- الحجية النسبية للأحكام القضائية الصادرة فيها:

باعتبار أن دعاوى القضاء الكامل تنتمي إلى القضاء الشخصي، مما يترتب على ذلك أن الأحكام الصادرة من حيث قوتها القانونية ليست لها حجية مطلقة، وإنما حجية نسبية تقتصر على أطراف الدعوى، وبالتالي لا يمكن أن يتمسك طرف أجنبي لم يكن طرفا في هذه الدعوى بالأحكام الصادرة فيها.

(1) أنظر، جورجى شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإلماري، ط05، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2003، ص. 310.

(2) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإلمارية في النظام القضائي، مرجع سابق، ص. 302.

(3) المرجع السابق، ص. 306.

ثالثا: تطبيقات دعوى القضاء الكامل

تدخل ضمن نطاق دعوى القضاء الكامل عدة منازعات نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر كما يلي :

أ- دعوى التعويض :

يقصد بدعوى التعويض أهما: "الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتضمين ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة"¹.

فهذه الدعوى وما ينتج عنها من تعويض تدخل ضمن القضاء الكامل وذلك لكون أن القاضي الإداري بحكمه بمبلغ التعويض المستحق للمدعي، يقوم بتحديد مركزه الذاتي².

وعليه فهذه الدعوى تدخل ضمن نطاق الصلح، إذ يجوز للأطراف التصالح بشأنها.

وتوجه دعوى التعويض ضد كل أعمال الإدارة سواء كانت قانونية أم مادية بإستثناء أعمال السيادة. فيقصد بالأعمال القانونية: هي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة ، وتقصد في إرادتها ترتيب آثار قانونية بواسطتها، أي تتجه إرادة الجهة الإدارية عند القيام بالأعمال القانونية إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية معينة ، وتنقسم بدورها الى نوعين فالنوع الأول يتمثل بإصدار الإدارة بإرادتها المنفردة للعمل القانوني، وتتجلى صورة ذلك في القرار الإداري³. أما النوع الثاني فيتعلق بالأعمال القانونية الإتفاقية أو الرضائية، وهذا عن طريق إبرام العقود قصد إشباع الحاجيات العامة⁴، أما

(1) أنظر، شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص.05.

الأصل أن تقوم المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ فتقوم بتعويض عن الضرر أو جبره بناء على خطئها، إلا استثناء تقوم مسؤوليته على أساس بدون خطأ نتيجة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، أو يكون نشاط الإدارة ذو مخاطر خصوصية، والذي تنتج عنه أضرار لا يمكن أن تبقى بدون تعويض.

للمزيد راجع ، حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية- المسؤولية على أساس الخطأ-، ج01، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 29 وما بعدها.

(2) أنظر، محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ج02، منشورات الخليلي الحقوقية، لبنان، 2008، ص.16.

وهو ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 08 جوان 1998 والذي أقر بمسؤولية إدارة الجمارك عن ضياع العقود المودعة لديها وجاء في قراره أن: "الأمر يتعلق بمنازعة من منازعات القضاء الكامل لا يشترط تقديم طعن إداري تدريجي".

(3) Cf. Yves JAGAUZE, L'administration contractant en question, Dalloz, France, 2004, p.543.

(4) Cf. Richer LAURENT, La contractualisation de gestion des affaires publics dans l'administration contractant ,A.J.D.A. , 2003,n19,p.42.

الأعمال المادية فهي تلك طائفة من الأعمال التي تقوم بها السلطة الإدارية بصدد القيام بمهام دون أن تقصد ترتيب أي أثر قانوني عليها، أي دون أن تتجه إرادتها إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية معينة¹.

ب- المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية

تخضع الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية² لإختصاص القضاء الكامل³، وبالتالي فبالإمكان اللجوء إلى الصلح لحلها.

وتتعلق هذه الدعاوى بطلب بطلان العقد أو فسخه، أو المطالبة بحقوق مالية تنفيذاً للعقد، أو إبطال القرارات أو التصرفات الصادرة بالاستناد إليه، وأخيراً المطالبة بالتعويض عن الأضرار المتسبب فيها الأطراف المتعاقدة أو لأي سبب آخر⁴.

والجدير بالذكر بإعتبار أن الصفقات العمومية هي نوع من العقود الادارية فبالإمكان اللجوء إلى الصلح في وقوع نزاعات تتعلق بتنفيذها .

ج- المنازعات المتعلقة بترع الملكية للمنفعة العامة :

عرف عبد الحكيم فوده نزع الملكية للمنفعة العامة على أنها : "حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة ، مقابل تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الحرمان"⁵.

- (1) عمار عوايدي، القانون الاداري -النشاط الاداري-، مرجع سابق ، ص.84 .
- (2) يمكن تعريف العقد الإداري على أنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام عن أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، أو تطهر بنية الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص". فمن خلال ما سبق حتى يكون العقد إدارياً لا بد أن يكون أحد أطرافه شخصاً عاماً فهذا العنصر وجوبي، أما موضوعه المتعلق بإدارة مرفق عام أو تسييره وشروطه المتعلقة بالشروط الاستثنائية فهذه العنصرين تناوبيان، إذ يكفي توفر أحدهما حتى تكون بصدد عقد إداري. للمزيد راجع، سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري - دراسة مقارنة -، ج1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص. 281 .
- (3) وهذا ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "فإن المسلم به في فقه القانون الإداري أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معين، وأما القضاء الكامل فيخول للقاضي تصفية النزاع كلية فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يترتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الإيجابية والسلبية، ومن المسلم به ان قضاء العقود الادارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل ، فيكون للمحكمة التصدي للمنازعات الناشئة عن العقد الإداري، ولجميع ما يتفرع عنها..."
- (4) كحدوث اضطرابات اقتصادية أثناء تنفيذ العقد لا دخل للأطراف فيها وتطبيقاً لذلك يتم تعويض جزئي للطرف المتعاقد مع الإدارة، فالخسارة في هذه الحالة توزع بينه وبين الإدارة.
- (5) أنظر ، عبد الحكيم فوده ، نزع الملكية العامة للمنفعة العامة - اجراءاته و التعويض عنه والتقاضي بشأنه - ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 1993، ص. 09.

ويعتبر هذا النزاع ضمن مجال دعوى القضاء الكامل إذ يتمتع القاضي الإداري بسلطات واسعة في تقدير التعويض، وهذا ماذهبت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بقولها أنه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة عدم موافقة صاحب الملكية بالتعويض المحدد عن طريق مصالح أملاك الدولة عند نزع ملكيته للمنفعة العامة يجوز له أن يرفع قضيته إلى المجلس القضائي، وللقاضي السلطة التقديرية لتقييم وتحديد ذلك التعويض بصفة عادلة ومن ثم فإن النعي على القرار القاضي بتعويض المطعون ضدهم عن قطعة أرض نزعت منهم من أجل المنفعة العامة بمخالفة القانون غير سديد"¹.

كما بالإمكان اللجوء إليه إلى الصلح لمحاولة حل النزاع المتعلق بتقدير هذا التعويض.

د- المنازعات المتعلقة بمرتبات الموظفين ومعاشات تقاعدهم:

يختص القضاء الإداري بالنزاعات المتعلقة بالموظفين، وأخص النزاعات المتعلقة بحقوقهم المالية لإختصاص القضاء الكامل، إذ يتمتع القاضي الإداري بسلطة واسعة عند فهذه النزاعات، وبالتالي بالإمكان التصالح بشأنها لكونها بامراكز الذاتية للموظفين .

وقد توسع الفقه في تفسير معنى الراتب الذي تقوم النزاعات بشأنه فجعله يمتد إلى جميع المزايا المالية العائدة للوظيفة، كالتعويضات الاضافية والتعويض العائلي، وتعويض الانتقال لأداء مهمة رسمية خارج مركز الوظيفة، وغير ذلك من الحقوق².

الفرع الثاني:

تحديد الجهات القضائية المختصة بإجراء الصلح

يتم إجراء الصلح في دعاوى القضاء الكامل أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة إقليمياً ونوعياً، وهو ما أكدته المادة 974 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بقولها على أنه: " لا يجوز للجهة القضائية الإدارية أن تباشر الصلح إلا في النزاعات التي تدخل في اختصاصها".

فمن خلال نص هذه المادة ماهي الجهات القضائية الإدارية التي يجوز إجراء الصلح أمامها؟

(1) قرار المحكمة العليا، غ.إ. بتاريخ 01 فبراير 1991. أشارت إليه، المجلة القضائية، الجزائر، 1993، ع 02، ص.135.

(2) أنظر، حسين فريجه، شرح القانون الإداري -دراسة مقارنة -، د.م.ج، الجزائر، 2009، ص.251.

للإجابة على ذلك سنتطرق إلى الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية (أولا)، ثم الاختصاص القضائي لمجلس الدولة (ثانيا).

أولا: الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية

ينقسم الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية إلى نوعين هما: النوعي والإقليمي.

أ- الاختصاص النوعي:

فبالرجوع إلى قواعد الاختصاص النوعي نجد أن المحاكم الإدارية هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية حيث نصت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون للدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

فيستنتج من نص هذه المادة بالإضافة إلى الاختصاص العام المقرر للمحاكم الإدارية في النزاعات الإدارية، تختص أيضا بالنزاعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

وقد أضاف المشرع الجزائري على وجه التفصيل بموجب المادة 801 النزاعات التي تدخل ضمن

اختصاص المحاكم الإدارية، إذ نصت على أنه: "تختص المحاكم الإدارية كذلك في الفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات

الصادرة عن:

أ- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

ب- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى.

ج- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2- دعاوى القضاء الكامل.

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

وبالتالي فإنه يجوز إجراء الصلح في دعاوى القضاء الكامل أمام المحاكم الإدارية لكونها تدخل ضمن اختصاصها النوعي.

ب- الاختصاص الإقليمي:

أما فيما يخص الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، فقد أملت المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد تحديده إلى أحكام المادتين 37 و38 من نفس القانون¹.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 37 من نفس القانون فقد إعتبرت أنه يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك².

أما في حالة تعدد المدعى عليهم فيؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم — وذلك طبقاً للمادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إلا أن الاختصاص الإقليمي المقرر بموجب المادة 803 أعلاه يقبل الاستثناءات بمقتضى المادة 804 من نفس القانون³، إذ خرج المشرع على مبدأ اختصاص موطن المدعى عليه.

(1) إذ نصت المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقاً للمادتين 37 و 38 من هذا القانون".

(2) يرتكز مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه على قرينة "الأصل في الشخص براءة الذمة"، ومنه فعلى من يدعي عكس تلك القرينة أن يطالب بحقه في موطن المدعى عليه وأن يثبت ذلك بالوسائل والأدلة المسوح بها قانوناً.

إضافة إلى ذلك يهدف هذا المبدأ إلى عدم تمكين المدعى سيء النية من رفع دعواه أمام محكمة بعيدة لإرهاق المدعى عليه.

(3) فقد نصت المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "خلافاً للأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوباً أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

- 1- في مادة الضرائب أو الرسوم أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة أو الرسم.
- 2- في مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.
- 3- في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.
- 4- في مادة المنازعات المتعلقة بالموظفين أو أعوان الدولة أو غيرها من الأشخاص العاملين في المؤسسات العمومية والاقتصادية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين.
- 5- في مادة الخدمات الطبية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات.

وتعتبر هذه الاستثناءات من النظام العام لكون المشرع أوجب رفع بعض الدعاوى أمام محكمة بعينها دون سواها أخذاً بمعيار موضوع النزاع أو مكان حصوله لتحديد الاختصاص المحلي وهذا تسهيلاً للإجراءات التحقيقية، وذلك كون أن مكان تواجد الوسائل الثبوتية تابع لاختصاص محكمة معينة¹، وتشمل منازعات الضرائب والرسوم، وتكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة أو الرسم، وهذا تسهيلاً للإجراءات التحقيق، ولكون أن مصلحة الضرائب موجودة في دائرة المكان الذي فرضت فيه الضريبة، وكذا الوثائق الخاصة بالنزاع.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 1/804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تميز بين دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل المتعلقة بمنازعات الضرائب وبالتالي يجوز إجراء الصلح في المنازعات الجبائية التي تدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاص مكان فرض الضريبة أو الرسم.

كما تعتبر مادة الأشغال العمومية من موضوعات العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة²، ولذلك فإن المنازعات التي تنشأ نتيجة إبرام هذا العقد تختص بالنظر فيها المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ العقد، وهذا بهدف تسهيل إجراءات المعاينة والخبرات المختلفة وإيصالها إلى المحكمة في أسرع وقت.

فباعتبار أن عقد الأشغال العمومية عقد إداري يدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل، فإنه يجوز إجراء الصلح بشأنها أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ العقد.

6- في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيماً به.

7- في مادة تعويض الضرر الناجم عن جنابة أو جنحة أو فعل تحضيري أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الفعل الضار.

8- في مادة إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية أمام المحكمة التي صدر عنها الحكم موضوع الإشكال".

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 65.

(2) يمكن تعريف عقد الأشغال العامة بأنه: "عقد إداري بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد هذا الأخير للقيام بمقتضى هذا العقد بعمل من أعمال البناء أو الترميم تابع أو ملك للشخص العام مقابل ثمن محدد في العقد". بوضياف عادل، مرجع سابق، ص. 234. ومن خلال ما سبق نجد أن عقد الأشغال العمومية يتميز بثلاث خصائص أولها يتعلق بالمصلحة العامة وثانيها أن يكون لفائدة شخص المعنوي العام وثالثها أنه متعلق بعقار.

وفي حالة منازعات العقود الادارية سواء تعلق الأمر بالصفقة العمومية أو بعقد إداري آخر، فإن المدعي يختار ما بين المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد والمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذها، بإستثناء الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى التعاقد عن طريق اتفاق شفاهي¹، أو على أساس سند الطلب، أو بناء على أمر بالأشغال²، فهنا باستطاعة المدعي ان يختار في رفع دعواه بين محكمتين وهما المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به.

وباعتبار أن دعاوى العقود الإدارية تدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل، فإنه يجوز إجراء الصلح بشأنها أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، بإستثناء منازعات التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية فإنه يجوز إجراؤه أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به

كما استثنى المشرع منازعات الموظفين وأعوان الدولة، وكذا العاملين في المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري من المبدأ العام لتحديد الإختصاص الإقليمي، فهنا يؤول هذا الأخير للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين، خاصة أن الملف الإداري للموظف أو العون يتواجد بمكان تعيينه، ويطبق هذا الاختصاص على دعوى الإبطال وكذلك على دعوى القضاء الكامل.

وبالتالي يجوز إجراء الصلح في دعاوى القضاء الكامل المتعلقة بمنازعات الوظيف العمومي أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين.

أما فيما يخص المنازعات المتعلقة بالخدمات الطبية، والتي تكون طرفا فيها المؤسسات الاستشفائية العمومية³، فإن الاختصاص يعود للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمة، وذلك تسهيل لإجراءات التحقيق.

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 67.

(2) ويقصد بالأشغال ما يخرج عن دائرة الأشغال العمومية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) إن ما تقدمه المؤسسات الاستشفائية العمومية من خدمات طبية وما ينتج عنه أضرار للغير سواء نتيجة خطأ أو بدون خطأ، فإن للمتضرر الحق في

اللجوء إلى المحاكم الإدارية لطلب التعويض. للمزيد راجع، لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، مرجع سابق، ص. 82-88.

وعليه فيجوز إجراء الصلح في المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المتعلقة بالأخطاء الطبية أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمة.

ثانيا: الاختصاص القضائي لمجلس الدولة

يختص مجلس الدولة ابتداءً ونهائياً بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، وذلك بموجب المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01¹، والمادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذ نصت المادة 09 من القانون العضوي أعلاه على أنه: "يفصل مجلس الدولة ابتداءً ونهائياً في:

1- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات

الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

2- الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعتها من اختصاص مجلس

الدولة.

كما نصت المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يختص مجلس الدولة كدرجة

أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية".

فبإمكان إجراء الصلح أمام مجلس الدولة، وذلك في حالة رفع دعوى إلغاء ضد قرار إداري

مركزي من أجل إبطاله، مع طلب التعويض عن الضرر الحاصل للمعني بذلك القرار، وبالتالي فإنه يجوز التصالح بشأن دعوى التعويض دون دعوى إلغاء².

كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية

وذلك بموجب المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه

(1) القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر لسنة 1998، ع.37.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 618.

وعمله¹، إذ نصت على أنه: "يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتداءً من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".
والمادة 01/902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية"².
وبالتالي ففي حالة استئناف الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية الفاصلة في دعاوى القضاء الكامل، فإنه يجوز إجراء الصلح أمام مجلس الدولة بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم أو بسعي من الخصوم.

وفي الأخير نجد أنه أصبح يجوز إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة، والمتمثلة في المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.
وكخلاصة لهذا المطلب تعتبر دعاوى القضاء الكامل دعاوى إدارية بالمعنى الفني للقانون الإداري، مما يقتضي تحديد الجهات القضائية المختصة بالنظر فيها، والتي يجوز إجراء الصلح أمامها وهو ما يتماشى مع خصائصها القانونية باعتبارها متعلقة بالمراكز القانونية الذاتية للأطراف.
مما يثير التساؤل حول كيفية انعقاد الصلح أمام هذه الجهات القضائية المختصة؟

المطلب الثاني:

كيفية انعقاد الصلح

يتطلب انعقاد الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الإدارية المبادرة بإجرائه، ثم تنظيم سير الجلسات المخصصة لذلك، ويترتب في حالة انعقاده عدة نتائج قانونية ذات أهمية بالغة، وهو ما سيتم

(1) والمؤرخ في 30 ماي 1998، والصادر في ج.ر. لسنة 1998، ع37.

(2) وقد نصت المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي دفاع، أن يرفع استئنافاً ضد الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك".
كما نصت المادة 950 من نفس القانون على أنه: "يجدد أجل استئناف الأحكام بشهرين 02 ويخفض هذا الأجل إلى خمسة عشر 15 يوماً بالنسبة للأوامر الاستعجالية، ما لم توجد نصوص خاصة.

تسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم إلى المعني، وتسري من تاريخ انقضاء المعارضة إذا صدر غيابياً.
تسري هذه الآجال في مواجهة طالب التبليغ".

دراسته في هذا المطلب من خلال التطرق إلى المبادرة بإجراء الصلح (أولا) ثم القواعد المتعلقة بسير الصلح (ثانيا)، وأخير النتائج القانونية المترتبة على عملية الصلح (ثالثا).

الفرع الأول:

المبادرة بإجراء الصلح

باعتبار أن إجراء الصلح - كما تم ذكره سابقا - أصبح ذو طابع اختياري لحل النزاع، فتبعا لذلك لا يكون رئيس تشكيلة الحكم مجبرا على اللجوء إليه، وأيضا الأطراف ليسوا ملزمين بإجرائه أو طلبه من القاضي الإداري.

فيحق للقاضي وللأطراف المبادرة باللجوء إليه متى تبادر إليهم أنه بإمكان حل النزاع عن طريقه في أية مرحلة كانت عليها الخصومة.

وهو ما سيتم تفصيله في هذا الفرع من خلال دراسة الجهة التي لها حق المبادرة بإجراء الصلح (أولا)، ثم المراحل التي يجوز فيها المبادرة بإجراء الصلح (ثانيا).

أولا: الجهة التي لها حق المبادرة بإجراء الصلح

طبقا للمادة 972 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ يتم إجراء الصلح إما بسعي من الخصوم أو المبادرة من رئيس تشكيلة الحكم، وذلك على النحو التالي:

أ- الصلح بسعي من الخصوم:

يجب أن يكون الأطراف متفقون جميعهم على الصلح، فمتى كان أحدهم غير موافقا عليه فيصبح مستحيلا، اذ هو عبارة عن توافق الإرادات في إنهاء النزاع تبعا لاتجاه معين.

فقد يظهر اتفاق الأطراف من خلال تطابق مذكراتهم، أو قبول أحدهم بالعرض المقدم من

خصمه.

(1) إذ نصت المادة 972 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم".

ب- الصلح بمبادرة من القاضي:

تأكيدا للمادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، أجازت المادة 972 منه لرئيس تشكيلة الحكم المبادرة باللجوء إلى الصلح كإجراء منهي للخصومة، فيقوم بعرضه على الأطراف متى تبين له أن الهوة بينهم ليست كبيرة.

ويشترط في هذه الحالة موافقة الخصوم على ذلك، وقد تكون هذه الموافقة صريحة أو ضمنية من خلال عدم معارضتهم لهذه المبادرة، فاشتراط موافقة الخصوم على مبادرة رئيس تشكيلة الحكم بإجراء الصلح هو تماشيا مع اعتباره طريق ودي لحل النزاع الإداري.

ويقوم رئيس تشكيلة الحكم عادة بالمبادرة بإجراء الصلح إذا تبين له تطابق مذكرات الخصوم، أو أن المدعى عليه لا يعترض على طلبات المدعي، أو إذا كان حل النزاع واضحا، كما بإمكانه أن يوضح للإدارة أنه من مصلحتها التصالح مع الطرف الآخر تفاديا لفوائد التأخير الناتجة عن التعويضات².

وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول دور القاضي الإداري في عملية الصلح؟

إذ أن المبدأ العام أن القاضي الإداري يملك دعواه³، ولكن وهو يقوم بإجراء الصلح يلتزم بالتقيد بالمبادئ العامة للقانون، فلذلك إلى أي مدى يمكن أن يكون القاضي المصالح "طرفا" في الصلح دون أن يؤثر ذلك في سير هذه العملية أو يخل بالأصول العامة التي تحكمها؟

تفرض المادة 140 من دستور 1996⁴ على القاضي احترام وتطبيق القانون، وبمقابل ذلك فبالنظر إلى الهدف من عملية الصلح فإنه طالما أنه طرفا فيها فله أن يبدي رأيه، ولكن حدود إبداء هذا الرأي مرتبط بمبدأ حياده، إذ عليه أن لا يتدخل في الخصومة إلا بالقدر الذي يجعله يدرك الحقيقة وبالطريقة التي يرسمها القانون كالتحري والسؤال عن الوقائع وتحليلها.

(1) نصت المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت".

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 620-621.

(3) شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص. 99.

(4) فقد نصت المادة 140 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون".

فمن المسلم به أن عملية الصلح في النزاعات الإدارية محتاجة إلى رضا الطرفين من أجل الانعقاد، إلا أنها تحتاج أيضا إلى توجيه قانوني، مما نخلص إلى أن دور القاضي في عملية الصلح هو إيجابي، مما يسمح له بالاستعانة بجميع الوسائل المتاحة له قانونا¹ وطرح الحلول على الأطراف. وفي الحقيقة أن عدم تفصيل المشرع الجزائري للإجراءات المتبعة أثناء عملية الصلح هو لترك حرية التصرف بين القاضي والخصوم للوصول إلى اتفاق ودي للنزاع، بشرط أن لا يتجاوز هذا الاتفاق حدود القانون أو يمس بالنظام العام.

ثانيا: المراحل التي يجوز فيها المبادرة بإجراء الصلح

يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة²، وذلك طبقا لأحكام المادتين 971 و990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فيستخلص من استعمال مصطلح "في أية مرحلة تكون عليها الخصومة" وفقا لأحكام هاتين المادتين، أنه يجوز إجراء الصلح بعد رفع الدعوى مباشرة أو أثناء التحقيق أو بعد قفله، وحتى في جلسة المرافعة³، وهذا على خلاف ما كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، اين كان يتم عرض إجراء الصلح أثناء مرحلة التحقيق.

ويبدأ سير الخصومة من تاريخ رفع الدعوى أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة بعريضة موقعة من محام ومتضمنة البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلا، إذ نصت على أنه: " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

- (1) فضيل العيش، مرجع سابق، ص. 85 .
- (2) يمكن تعريف الخصومة على أنها: "مجموعة من الإجراءات تبدأ بإيداع عريضة افتتاح الدعوى لدى أمانة ضبط وتنتهي بالحكم". للمزيد راجع، عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص. 162.
- وفي تعريف آخر للخصومة هي: "مجموعة من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم أو ممثليهم والقضاة وأعوامهم وذلك بهدف الحصول على حكم في موضوعها". للمزيد راجع، أحمد مليحي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقا لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص. 5-6.
- (3) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 618.

- 2- اسم ولقب المدعي وموطنه.
 - 3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له.
 - 4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثلة القانوني أو الاتفاقي.
 - 5- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
 - 6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، وتودع نسخ منها بعدد الخصوم، مع احترام الآجال القانونية لرفعها.
- كما أنه يجب أن تتوفر في الخصوم الصفة والمصلحة في التقاضي".
- ويقصد بالصفة هي: "الحق في المطالبة أمام القضاء"¹، ويقع على القاضي التأكد ابتداء من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقا في مدى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق².
- كما أن الدعوى لا تصح إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة، فيشترط توفر عنصر الصفة لدى المدعى عليه وإن تعددوا، إذ يشترط أن ترفع الدعوى ضد:
- من يكون معنيا بالخصومة.
 - ممن يجوز مقاضاتهم.
- أما المصلحة فيقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، فهذه المنفعة تشكل الدافع وقت رفع الدعوى، فلا دعوى من دون مصلحة، وذلك تزيها للقضاء عن الأشغال بدعوى لا فائدة عملية منها كالدعوى غير المنتجة³.

(1) ينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر مشروع، وفي هذه الحالة يسمح لشخص آخر بتمثيله أمام القضاء.

(2) أنظر، عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، مصر، 1977، ص. 9-10.

(3) عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة....، مرجع سابق، ص. 09.

فقد تكون المصلحة قائمة حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني يكون الغرض من الدعوى هو حماية الحق أو المركز من العدوان عليه أو تعويض عما لحق به من ضرر، ويستوفي أن تكون المصلحة مادية أو معنوية¹.

وإن مفهوم المصلحة يتسع في دعوى الإلغاء مقارنة بدعوى القضاء الكامل، إذ أن هذه الأخيرة تتعلق بحقوق شخصية أو ذاتية، بينما دعوى الإلغاء تتعلق بحقوق موضوعية إذ تقوم على خصومة عينية محلها القرار المطعون فيه بقصد تحقيق المشروعية ضمانا لسيادة القانون².

وفي الأخير، ففي حالة اللجوء إلى عملية الصلح فأتداء سير إجراءات المصالحة تعتبر سببا من أسباب وقف الخصومة الإدارية وبالتالي لا يجوز السير فيها أثناء هذه الفترة³.

مما يثار التساؤل حول طريقة سير جلسات الصلح؟ وكيف يتم اختيار الوقت والمكان لإجرائها؟

الفرع الثاني:

القواعد المتعلقة بالجلسة المخصصة للصلح

لم يحدد المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية المدة التي يجوز فيها إجراء الصلح، وهذا على خلاف ما كان عليه بموجب قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، أين حدد مدته بثلاثة أشهر، وذلك بموجب المادة 169 - 3 في فقرتها الثالثة، والتي نصت على أنه: "ويقوم القاضي بإجراء الصلح في مدة أقصاها ثلاثة أشهر".

وقد ثار خلاف حول مسألة انطلاق هذه المدة، إذ نجد أن عمومية نص هذه المادة باللغة العربية لم تقدم إجابة واضحة في هذا الشأن، وهذا عكس نصها باللغة الفرنسية، حيث نصت المادة 169 - 3 في فقرتها الثالثة باللغة الفرنسية على أنه:

(1) كما قد تكون فردية أو جماعية. وبمقابل المصلحة القائمة، فقد تكون المصلحة في الدعوى محتملة ويكون الهدف منها منع وقوع ضرر محتمل، فهي قد تتولد مستقبلا وربما لن تتولد مستقبلا.

(2) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الإجراءات الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص. 126-127.

(3) يعتبر وقف الخصومة من العوارض التي قد تعثر بها، فيؤثر في سير إجراءاتها العادية مما يجعله في حالة ركود.

« Le Magistrat procède à une tentative de conciliation dans un délai qui ne saurait accéder trois mois à compter de la saisine de la cour».

فيستشف من هذا النص أن نقطة انطلاق مدة ثلاثة أشهر تبدأ من وقت إخطار المجلس أو من وقت الاتصال بالمجلس، وأن هذا الميعاد متعلق بالنظام العام.

وقد اعتبر رشيد خلوفي أن نص المادة 169 - 03 في فقرتها الثالثة في صيغتها باللغة الفرنسية أكثر ملائمة وفعالية¹.

في حين، إن عدم تحديد المشرع للمدة التي يجوز خلالها إجراء الصلح بمقتضى قانون الاجراءات المدنية والإدارية يرجع إلى الطبيعة القانونية لهذا الإجراء، إذ أصبح جائزا في جميع مراحل الخصومة ولم يعد مقيدا بمرحلة معينة من مراحل الدعوى الإدارية.

كما أن المشرع لم يفصل بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية سير جلسات الصلح، وعددها، وكذلك النتائج المترتبة على غياب الأطراف، مما يثار التساؤل حول كيفية سير الجلسات المخصصة للصلح؟

أولاً: عقد جلسات الصلح

فطبقا للمادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² تتم محاولة الصلح كقاعدة عامة في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، باستثناء وجود نص خاص يقرر خلاف ذلك، وإن كان الجاري به العمل هو تخصيص صبيحة أو ظهيرة في يوم من أيام الأسبوع يستدعي فيها القاضي الخصوم في مكتبه من أجل إجراء هذه العملية.

ولكن يعتبر هذا من قبيل العرف القضائي لأن بعضهم من يرمج هذه العملية حسب ما لديه من وقت شاغر، ومن ثمة فإن العمل اليومي بشأن ترتيب عملية الصلح غير محدد هو الآخر ويخضع إلى فئة الأعمال الإدارية القضائية³.

(1) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - شروط قبول الدعوى-، مرجع سابق، ص. 161.

(2) فقد نصت المادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة تقرر خلاف ذلك".

(3) علي عيساني، مرجع سابق، ص. 128.

كما أنه لم يحدد المشرع الجزائري عدد الجلسات المخصصة لإجراء عملية الصلح، فبإمكان القاضي المصالح أن يكرر جلسات الصلح إذا تبين له أن الأطراف مستعدون لقبول الحل الودي. وإن جرت العادة لدى القضاة أنهم يكتفون بجلسة واحدة، وقليل منهم من يعاود الكرة بغية الوصول إلى نتيجة إيجابية، كما أنه بإمكان أن يطلب الخصوم جلسة أخرى للصلح إذا باءت الأولى بالفشل¹.

بالإضافة إلى ذلك تخضع علنية أو سرية جلسة الصلح للسلطة التقديرية للقاضي المصالح، فالبعض يجري عملية الصلح في جلسة علنية باعتبارها أكثر نجاعة للجميع وتبين موقف وتصرف للإدارة في معاملتها مع المواطن²، بينما البعض الآخر يجري عملية الصلح في جلسة سرية كونه يتعلق بمسائل خاصة.

ثانيا: حضور الأطراف

إن أهم تطبيق لحقوق الدفاع هو مبدأ الوجاهية بين الخصوم³، بحيث يجب أن تتخذ جميع الإجراءات على علم وحضور الأطراف، لكن هل امتناع أحدهم يفسر على أنه امتناعه عن المصالحة؟ كما أن المبدأ العام هو أن لا وكالة ولا إنابة في الصلح، لكن مع هذا فإن طبيعة الخصومة الإدارية تختلف عن مثيلاتها، فكيف يمكن للقاضي الإداري أن يتعامل مع الوكالة والإنابة؟. إذ أن حضور الأطراف أثناء عملية الصلح هو أمر ضروري لإنجاحها، وفي حالة غياب أحدهم فلا بد من التفرقة بين الغياب العمدي والغياب الغير العمدي، فيمكن اعتبار الغياب العمدي لأحدهم كموقف رافض للصلح، وأن تعمد عدم الحضور كان بقصد عرقلة سير الخصومة أو كسبا للوقت، وفي هذه الحالة تعتبر محاولة الصلح فاشلة، وبالتالي تتم مواصلة إجراءات التقاضي. أما إذا كان الغياب غير عمدي فبالنظر إلى الهدف المنتظر من عملية الصلح، فانه من الملائم استدعاء الطرفين لجلسة أخرى.

(1) مرجع سابق، ص. 128.

(2) خلوفي رشيد، قانون النزاعات الادارية - شروط قبول الدعوى - ، مرجع سابق، ص. 163.

(3) وهذا ما نصت عليه المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بقولها: "يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهة".

ثالثا: الوكالة أو الإنابة في جلسة الصلح

يرى بعض القضاة أن جلسة الصلح لا يمكنها أن تكون إلا مع الأطراف المعنية شخصيا بالتزاع، وبالتالي لا يقبلون أية وكالة أو إنابة فيها¹.

وإذا كان المشرع الجزائري في المادة 571 من القانون المدني وحد بين مفهومي الوكالة والإنابة بحيث عرفها بأن: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

وإن كان هناك فرق بينهما حيث تعتبر الوكالة: "عقد تبادلي يستلزم توافق إرادتي الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل"².

أما الإنابة: "فهي تصرف بإرادة منفردة هي إرادة الأصيل تسمح بمقتضاها إلى النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني يعود آثاره على الأصيل دون النائب"³.

ويتعلق الأمر فيها يخص شخص المعنوي العام بالنيابة أكثر منه بالوكالة، ذلك أن القانون هو الذي يبين من له سلطة التصرف باسمه.

كما أن تمثيل الخصوم بمحام أمام الجهات القضائية الإدارية وجوبي تحت طائلة عدم قبول العريضة بإستثناء الدولة أو البلدية أو الولاية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ولما كان الصلح هو طريق ودي لإيجاد حل للتزاع، فإن توكيل محام لرفع الدعوى ومباشرة الخصومة يتضمن بالضرورة توكيلا للصلح.

وفي الأخير يترتب على عقد جلسات الصلح إلى احتمال توصل الأطراف إلى التصالح من عدمه، مما يولد آثار قانونية تؤثر على مصير التزاع، مما يطرح التساؤل حول ماهي النتائج القانونية المترتبة على عملية الصلح؟

(1) علي عيساني، مرجع سابق، ص.130.

(2) أنظر، جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القضائية، ط03، دار الكتاب العربي، مصر، 1980، ص. 148.

(3) المرجع السابق، ص. 148.

الفرع الثالث:

النتائج القانونية المترتبة على عملية الصلح

في حالة اللجوء إلى الصلح كطريق ودي للنزاع، يترتب على ذلك فرضيتين، فتمثل الأولى في حالة الوصول إلى الصلح. أما الثانية فهي متعلقة بعدم الوصول إليه. مما يطرح إشكال حول النتائج القانونية المترتبة على تحقق إحدى هاتين الفرضيتين؟

وهو ما سيتم الإجابة عليه في هذا الفرع من خلال دراسة النتائج القانونية المترتبة في حالة التوصل إلى الصلح (أولاً)، ثم حالة عدم التوصل إليه (ثانياً).

أولاً: في حالة التوصل إلى الصلح

يترتب على التوصل إلى الصلح في النزاعات الإدارية عدة نتائج قانونية، وتتمثل فيما يلي:

أ- تحرير محضر الصلح:

يقوم رئيس تشكيلة الحكم بتحرير محضر يتضمن ما اتفق عليه الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "إذا حصل الصلح، يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضراً يبين ما اتفق عليه،....".

ففي هذه الحالة، فإن رئيس تشكيلة الحكم لا يفصل في طلبات الخصوم، بل يقتصر عمله على الإشهاد بما تم الاتفاق عليه¹.

كما أن المشرع الجزائري لم يبين البيانات التفصيلية التي يتضمنها محضر الصلح، وإنما ذكر فقط على أنه يتضمن محتوى الاتفاق المتوصل إليه، ولكن الأمر محمول على القواعد العامة بضرورة تضمين البيانات المطلوبة في كل محضر وكل ما من شأنه تجنب مغبة تجهيله وافتقاده سبب تحريره.

وبالتالي فبذكر المشرع الجزائري أنه في حالة التوصل إلى صلح يتم إفراغه في محضر يكون قد حسم الجدل الثائر في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى) حول الطبيعة القانونية للقرار المثبت للصلح، إذا كانت المادة 169 - 3 منه في فقرتها الثالثة تنص على أنه: "في حالته ما إذا تم الصلح،

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 622.

يصدر المجلس قرارا يثبت اتفاق الأطراف ويخضع هذا القرار عند التنفيذ إلى الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون".

ويرجع سبب الاختلاف إلى استعمال عدة معايير لتحديد طبيعته¹، فباستعمال المعيار العضوي الذي يركز على مصدر القرار فنجد أن القرار المتضمن اثبات حالة الصلح له طابع قضائي كونه صادر عن جهة قضائية.

أما باستعمال المعيار المادي فهذا القرار لا يعتبر قرارا قضائيا، وذلك أن القرار القضائي هو الذي يفصل في نزاع ما ويستوفي كل أشكاله الجوهرية وخاصة المداولة.

كما أن استعمال المعيار الشكلي لا يؤدي إلى اعتبار هذا القرار ذو طبيعة قضائية، لأن الأشكال والإجراءات المتعلقة بالأحكام القضائية غير موجودة في القرار المتضمن اثبات اتفاق الصلح. وهكذا فإن طبيعة القرار المنصوص عليه في المادة 169-3 كانت غير واضحة².

وبالتالي في الأخير نجد أن ا فراغ الصلح في محضر يتماشى مع طبيعته القانونية كطريق ودي لحل النزاعات مادام أن الحل المتوصل اليه شارك اطراف النزاع في صياغته.

ب- الأمر بتسوية النزاع وغلق الملف:

في حالة التوصل إلى الصلح يجرر رئيس تشكيلة الحكم محضر الصلح - كما أوردناه سابقا-³، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف.

ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن، إذ يعتبر من الأوامر الولائية وهذا ما ذهب عليه المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "إذا حصل الصلح، يجرر رئيس تشكيلة الحكم محضرا يبين فيه ما اتفق عليه ويأمر بتسوية النزاع، وغلق الملف، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن".

(1) شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الادارية، مرجع سابق، ص.180.

(2) خلوفي رشيد، قانون المنازعات الادارية -شروط قبول الدعوى-، مرجع سابق، ص. 173 .

(3) بما أن الصلح ينهي النزاع، فلا بدّ أن يرد في شكل معين لكي يمكن الاحتجاج به وتجنب المنازعة فيما التوصل إليه، وإذا كان لا يمكن الادعاء بانتهاه النزاع عن طريق إجراء لا يوجد ما يثبتته في إجراءات الدعوى. للمزيد راجع، عادل بوضيف، مرجع سابق، ص. 358-359.

وهذا على خلاف الصلح أمام القضاء العادي الذي ينتهي بمجرد تحرير محضر الصلح، وذلك بموجب المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية". وينتهي الصلح في المادة الادارية التزاع القائم بين الأطراف ولا يجوز التراجع عنه، وهو ما أكدته المادة 220 من ذات القانون بقولها: "تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى".

إذ يستنتج من هذه المادة أنه تنقضي الدعوى الإدارية بالصلح وتبعا لها تنقضي الخصومة، وبالتالي يعتبر الوصول الى الصلح سببا من أسباب إنقضاء الدعوى وبصفة تبعية إنقضاء الخصومة¹.

ج- يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا:

طبقا للمادة 08/600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا²، إذا تم التأشير عليه من طرف رئيس تشكيلة الحكم وإيداعه بأمانة الضبط³. وبالتالي يكتسب القوة التنفيذية بعد تمهيره بالصفة التنفيذية⁴ المتعلقة بالمواد الإدارية، وهذا بمقتضى المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على أنه: "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، مهورا بالصيغة التنفيذية الآتية:

(1) وهذا على خلاف الانقضاء الأصلي للخصومة والتي تنقضي دون أن يمتد ذلك إلى الحق في الدعوى الذي يبقى قائما ما لم تنقضي الدعوى ليس آخر كالتقادم.

وتنقضي الخصومة أصلا في حالتي السقوط أو التنازل عن الخصومة، وهو ما نصت عليه المادة 221 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بقولها: "تنقضي الخصومة أصلا بسبب سقوطها أو التنازل عنها وفي هذه الحالات لا مانع من الاحتصام من جديد، ما لم تكن الدعوى قد انقضت لأسباب أخرى".

(2) نصت المادة 08/600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي: - محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة المدوعة بأمانة الضبط".

(3) ما دام أن رئيس تشكيلة الحكم هو الذي يحرر محضر الصلح، وذلك بموجب المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "إذا حصل صلح، يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضرا يبين فيه ما تم الاتفاق عليه،....". فإنه من المنطقي أنه يقوم بالتأشير عليه.

(4) يمكن تعريف الصيغة التنفيذية بأنه: "العلامة الظاهرة التي يعرف السند التنفيذي بأنه صحيح ويمكن على أساس ذلك تنفيذه، لذلك فهي تعرف على أنها أمر يوجه إلى المكلف بتنفيذ السند التنفيذي، ومن دونهما يتحول السند إلى مجرد وثيقة لا تصلح لتنفيذها".

عادل بوضياف ، مرجع سابق، ص. 23.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وتنتهي بالصيغة الآتية:

أ-

ب- في المواد الإدارية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر الوزير أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكل مسؤول إداري آخر، كل فيما يخصه، وتدعو وتأمّر كل المحضرين المطلوب إليهم ذلك فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة ضد الخصوم الخواص أن يقوموا بتنفيذ هذا الحكم، القرار....¹.

إذ يجب أن تكون هذه العبارة حرفية عند تحريرها كما وردت في النص القانوني دون زيادة أو نقصان، كما تكون في أسفل السند التنفيذي، ويترتب على تحلّف هذه الصيغة بطلان هذا السند².

ثانيا: حالة عدم الوصول إلى الصلح:

لم يبين المشرع الجزائري النتائج القانونية المترتبة على عدم الوصول إلى الصلح في حالة ما إذا تم اللجوء إليه، وهذا قد يكون راجع إلى أن محاولة الصلح لم يعد إجراء جوهريا في الدعوى الإدارية. وهذا على خلاف ما كان معمولا به في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، إذ كان القاضي الإداري ملزم بتحرير محضر عدم الصلح، وذلك كدليل على قيامه بإجراء محاولة الصلح، ولكن فشلت مساعيه في الوصول إلى حل ودي للتراع، وذلك كونه إجراء جوهريا في الدعوى الإدارية ومتعلقا بالنظام العام.

(1) نستخلص من نص هذه المادة أنه لا يكفي لإجراء التنفيذ أن يكون بيد المحكوم له صورة طبق الأصل من الحكم، ولو كانت رسمية، بل يجب أن يكون له صورة من السند التنفيذي عليها الصيغة التنفيذية تسمى النسخة التنفيذية، وهذا ما أكدته المادة 1/602 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "لكل مستفيد من السند التنفيذي الحق في الحصول على نسخة مهورية بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 601 أعلاه، تسمى: "النسخة التنفيذية" ولا تسلم إلا للمستفيد شخصيا أو لوكيل عنه بوكالة خاصة". للمزيد راجع، عبد القادر عدوّ، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار المهومة، الجزائر، 2010، ص. 29.

(2) عادل بوضياف، مرجع سابق، ص. 23.

كما أن المشرع سكت عن تبيان مصير الدعوى الادارية في حالة عدم التوصل إلى الصلح، إلا أنه نرى باعتبار أن اللجوء إلى اجراء الصلح سببا من أسباب وقفها فإنه في حالة فشله يزول سبب الوقف ويتم إعادة السير فيها .

وفي الأخير ما يستنتج من دراستنا في هذا الفرع أنه في حالة تحقق الفرضية الأولى وهي وصول الأطراف إلى الصلح فيؤدي ذلك إنهاء النزاع الإداري ويعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا، أما في حالة تحقق الفرضية الثانية وهي عدم توصل الأطراف إلى الصلح فيؤدي إلى إعادة السير في الدعوى أمام القضاء.

وكنخلاصة لهذا المبحث من خلال دراسة الإجراءات المتعلقة بالصلح أمام القضاء الإداري نجد أن:

أ- إجراءات الصلح أمام القضاء الإداري مأخوذة من التشريع الفرنسي¹.
ب- أن الأحكام المقررة للصلح أمام القضاء الإداري تشبه إلى حد بعيد تلك المقررة أمام القضاء العادي، إذ:

1- يجوز اللجوء إلى الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة.

2- يتم الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من القاضي.

ج- لكن ما يميز بين القضائين العادي والإداري:

1- أن الصلح أمام القضاء الإداري لا يشمل جميع النزاعات الإدارية، بل يقتصر فقط

على مادة القضاء الكامل، وهذا على خلاف الصلح أمام القضاء العادي حيث يشمل جميع النزاعات.

2- أن الصلح في النزاعات العادية ينتهي بمحضر فقط يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين

الضبط، بينما ينتهي الصلح في النزاعات الإدارية بموجب أمر من رئيس تشكيلة الحكم غير قابل لأي طعن.

(1) Article L 211 – 4 du code de justice Administrative dispose que: « Les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation».

المبحث الثاني:

إجراءات الوساطة في النزاعات الإدارية

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى القواعد الإجرائية للوساطة في الكتاب الخامس المتعلق بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ بمقتضى هذا القانون تطبق نفس إجراءات الوساطة في جميع المواد المسموح قانونا باللجوء إليها .

وما يهمننا في دراستنا هو اللجوء إلى الوساطة في المادة الإدارية، إذ بعد قبول الخصوم بإجرائها يقوم القاضي الإداري بتعيين الوسيط القضائي، ويراعي في ذلك مجموعة من الشروط الواجب توافرها فيه للقيام بمهامه، والمنصوص عليها قانونا.

ويقوم الوسيط القضائي بمهامه عبر عدة مراحل بهدف الوصول إلى اتفاق بين الخصوم، إذ يبدأ عمله باتصاله بالخصوم، ثم جمع المعلومات وتحديد موضوع النزاع بين الأطراف، ثم في مرحلة لاحقة التعامل مع النزاع بتحديد الإشكال المطروح من طرفهم من خلال تحديد نقاط الالتقاء والاختلاف، وفي الأخير طرح الخيارات وتقييمها من أجل الوصول للخيار الأحسن والأمثل.

فمن خلال هذه المراحل المختلفة لعمل الوسيط، لا بد أن يقوم الأطراف بدور إيجابي في مسار عملية الوساطة، كما أنه ليس بإمكان الوسيط فرض خياراته عليهم.

وفي هذا الصدد إن اللجوء إلى الوساطة لا يعني بالضرورة تخلي القاضي الإداري عن النزاع، إذ يبقى متمتعا بجميع سلطاته لإتخاذ ما يراه ضروريا لإنجاحها، أو إنهاؤها في حالة استحالة تحقيقها لنتيجة إيجابية.

فمما سبق تتطلب دراسة إجراءات الوساطة القضائية في النزاعات الإدارية في هذا المبحث، التطرق إلى تعيين الوسيط القضائي (المطلب الأول)، ثم سير عملية الوساطة القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تعيين الوسيط القضائي

يأخذ الوسيط القضائي تعريفه من الدلالة اللغوية للمصطلح أي بمعنى "التوسط والاعتدال"، فهو يأخذ معنى "الحياد بين متضادين"¹.

فقد عرفته دليلة جلول على أنه: "شخص طبيعي ومعنوي يتمتع بكفاءة وخبرة مهنية تؤهله لإدارة مفاوضات إجراء الوساطة بين طرفين متنازعين وتوجيهها لصياغة حلها المشترك للنزاع"². وما يمكن ملاحظته من هذا التعريف أنه حصر الوسيط في الشخص المتمتع بالكفاءة المهنية، ولم يشمل باقي الأشخاص الذين سمح لهم القانون الجزائري بعملية الوساطة كالشخص الذي توكل إليه مهمة الوساطة بالنظر إلى مكانته الاجتماعية.

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الوسيط القضائي، وإنما اكتفى بتنظيم الجانب الإجرائي المتعلق به، حيث نصت المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "توكل الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية، عندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء بإسمها ويخطر القاضي بذلك".

فعملا بنص هذه المادة، تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية، ونظرا لكون الجمعية تعتبر شخصا معنويا يقوم رئيسها متى اسندت إليها مهمة الوساطة بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء بإسمها ويخطر القاضي بذلك.

إلا أنه ما يلاحظ من نص هذه المادة أن:

- المشرع لم يحدد طبيعة الجمعية التي يمكن أن تسند إليها مهمة الوساطة، إذ لم يخضعها لأية شروط تتلاءم مع طبيعتها القانونية.

(1) علي بن الحسن الهنائي، مرجع سابق، ص. 1565.

(2) دليلة جلول، مرجع سابق، ص. 66.

- كما أنه لم يذكر وجوب توفر الشروط المقررة بالنسبة للشخص الطبيعي العضو في الجمعية المعين من قبل رئيسها للقيام بمهمة الوساطة.

فمما سبق نجد أن تعيين الوسيط القضائي من أجل حل النزاع وديا يستوجب شروطا شكلية وموضوعية، مما تثار إشكالية حول إجراءات تعيينه؟ وماهي الشروط الموضوعية الواجب توافرها فيه؟ للإجابة على ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: حيث يتناول أولهما كيفية تعيين الوسيط القضائي، أما الثاني فيتعلق بالشروط الواجب توافرها في الوسيط القضائي.

الفرع الأول:

كيفية تعيين الوسيط القضائي

يقع على القاضي المختص بالنظر في النزاع عرض إجراء الوساطة على الأطراف مع ترك الحرية لهم في الأخذ بها من عدمه، وفي هذا الصدد يترتب عن ذلك فرضيتين:

- **الفرضية الأولى:** رفض الأطراف اللجوء إلى الوساطة، وفي هذه الحالة تستكمل الإجراءات القضائية في الدعوى المعروضة أمام القاضي.

- **الفرضية الثانية:** قبول الأطراف إجراء الوساطة، وفي هذه الحالة يتم تعيين وسيط قضائي للسير في عملية الوساطة.

وهذا ما نصت عليه المادة 02/994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بقولها: " إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع".

وستقتصر الدراسة في هذا الفرع على الفرضية الثانية، مما يطرح التساؤل حول كيفية تعيين الوسيط القضائي في النزاعات الإدارية؟

لقد أجاب المشرع الجزائري على هذا التساؤل، فقد اعتبر أنه يتم تعيين الوسيط القضائي بموجب أمر صادر عن القاضي الإداري، ويتم إختياره كقاعدة عامة من قائمة الوسطاء القضائيين، فما هي الإجراءات المتبعة للانتساب لقائمة الوساطة القضائية؟

يتم إعداد قوائم الوسطاء القضائيين على مستوى كل مجلس قضائي ليتم الاعتماد عليها كقاعدة عامة في اختيار الوسيط المراد تعيينه في النزاع، وهذا ما ذهبت إليه المادة 01/04 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100¹ حيث نصت على أنه: "يتم اختيار الوسيط القضائي من القوائم التي يتم إعدادها على مستوى كل مجلس قضائي".

ويتم التسجيل ضمن قائمة الوسطاء القضائيين عن طريق توجيه المترشح طلبا للنائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع بدائرة اختصاصه مقر إقامته²، ويكون مرفوقا بمجموعة من الوثائق ذكرها المشرع على سبيل الحصر وذلك طبقا للمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100³ والمتمثل في:

- مستخرج صحيفة السوابق القضائية (البطاقة رقم 03)) لا يزيد تاريخه عن ثلاثة أشهر.
- شهادة الجنسية.

- (1) المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009، والمتضمن تحديد كفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر لسنة 2009 ع. 16. وهذا ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم أعلاه وذلك بقولها: "توجه طلبات التسجيل في قائمة الوسطاء القضائي إلى النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع بدائرة اختصاصه مقر إقامة المترشح".
- (2) وهذا ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم أعلاه .
- (3) نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009، والمتضمن تحديد تعيين الوسيط القضائي، ج.ر لسنة على أنه: "يجب أن يرفق الطلب بملف يشمل الوثائق الآتية:
 - مستخرج صحيفة السوابق القضائية (البطاقة رقم 03)) لا يزيد تاريخه عن ثلاثة أشهر.
 - شهادة الجنسية.
 - شهادة تثبت مؤهلات المترشح عند الاقتضاء.
 - شهادة الإقامة".

• شهادة تثبت مؤهلات المترشح عند الاقتضاء، ولقد ضمن المشرع هذه الوثيقة بشرط الاقتضاء نظرا لأن هناك الكثير من المجالات التي يتم خلالها إجراء الوساطة تتطلب إثبات الكفاءة والخبرة¹.

• شهادة الإقامة.

وقد منع المشرع التسجيل في أكثر من قائمة للوسطاء القضائيين، وهذا تحت طائلة الشطب، وذلك طبقا للمادة 02/04 من المرسوم التنفيذي رقم 100-09².

بعد تقديم الطلب المرفق بملف التسجيل إلى النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع بدائرة اختصاصه مقر إقامة المترشح، يقوم النائب العام بإجراء تحقيق إداري للملف ويتم تحويل الملف إلى رئيس المجلس القضائي الذي يستدعي لجنة الانتقاء لدراسة الطلبات والفصل فيها.

وتتضمن لجنة الانتقاء المجتمعمة بمقر المجلس القضائي كل من:

- رئيس المجلس القضائي رئيسا.
- رؤساء المحاكم التابعين لدائرة اختصاص المجلس القضائي المعين.
- كما يتولى رئيس أمانة ضبط المجلس القضائي أمانة اللجنة.

فبعد الانتهاء من دراسة لجنة الانتقاء والفصل في طلب الانتساب إلى قائمة الوسطاء القضائيين، تشكل القائمة النهائية، ثم ترسل إلى وزير العدل حافظ الأختام للموافقة عليها بموجب قرار، وهو ما جاء صراحة في نص المادة 09 من المرسوم 100-09 بقولها: "ترسل القوائم إلى وزير العدل، حافظ الأختام للموافقة عليها بموجب قرار".

(1) دليلة جلول، مرجع سابق، ص.68.

(2) كما نصت المادة 02/04 من المرسوم التنفيذي أعلاه على أنه: "لا يجوز لأي كان تحت طائلة الشطب، التسجيل في أكثر من قائمة للوسطاء القضائيين".

وتتم مراجعة قوائم الوسطاء القضائين سنويا في آجل شهرين على الأكثر من تاريخ افتتاح السنة القضائية، وذلك طبقا للمادة 15 من نفس المرسوم¹.

ويقوم الوسيط القضائي بتأدية اليمين القانونية أمام المجلس القضائي المعين في دائرة اختصاصه قبل مباشرته لمهامه².

ولقد وضعت سلطة التنظيم استثنائين على القاعدة العامة المتمثلة في ممارسة الوسيط لمهامه ضمن المجلس المعين به وهما كالتالي:

- يمكن اختياره استثناءا لممارسة مهامه خارج اختصاص المجلس المعين به.
- في حالة الضرورة، بإمكان الجهة القضائية المختصة أن تعين وسيطا غير مسجلا في قوائم الوسطاء القضائين، وفي هذه الحالة يجب عليه أن يؤدي اليمين أما القاضي الذي عينه قبل مباشرة مهامه.

فمما سبق ماهي البيانات التي يتضمنها الأمر القضائي بتعيين الوسيط القضائي ؟

ويتضمن هذا الأمر البيانات العامة التي يتضمنها كل أمر قضائي من بيان الجهة القضائية المختصة وموضوع الأمر وإسم ولقب القاضي المعين وأمين الضبط وتاريخ صدور هذا الأمر والإشارة إلى الأطراف، بالإضافة الى ذلك يجب أن يتضمن هذا الأمر طبقا للمادة 999 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مايلي:

(1) حيث نصت المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009، ج.ر لسنة 2009، ع 16، على أنه: "تتم مراجعة قوائم الوسطاء القضائين المنصوص عليها في المادة 04 أعلاه في آجل شهرين 02 على الأكثر من افتتاح السنة القضائية".

(2) وقد نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي -أعلاه- على أنه: "يؤدي الوسيط القضائي قبل ممارسة مهامه أمام المجلس القضائي المعين في دائرة اختصاصه اليمين الآتية: (أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناية وإخلاص وأن أكتف سرها، وأن أسلك في كل الظروف سلوك الوسيط القضائي التزيه والوفي لمبادئ العدالة والله على ما أقول شهيد)".

أولاً: موافقة الخصوم:

ان اشتراط موافقة الخصوم على اللجوء الى الوساطة هو أمر بديهي مادام أنها تعتبر طريق ودي للتراع ، وإن كان المشرع لم يبين عما إذا كانت الموافقة تشمل القبول بشخص الوسيط كذلك، وإن كان من الجانب العملي فإن موافقة الخصوم تقتصر على قبول عملية الوساطة. وتجدر الإشارة إلى أن موافقة الخصوم لا بد أن تكون صريحة، إذ بالإمكان أن تذكر مواقفهم في العرائض والمذكرات أو خلال جلسات المحاكمة.

ثانياً: تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته

فبالنسبة للآجال الأولى الممنوحة للقيام بمهمته فيجب أن لا تتجاوز مدة 3 أشهر، وهذا طبقاً للمادة 01/996 من قانون الاجراءات المدنية والادارية¹، إلا أنه يمكن تمديدها لنفس المدة مرة واحدة فقط، وذلك بطلب من الوسيط بعد موافقة الخصوم، وهذا طبقاً للمادة 02/996 من نفس القانون².

ف نجد أن المشرع الجزائري حدد الحد الأقصى لمدة الوساطة، إلا أنه ترك الحد الأدنى للقاضي الإداري حسب طبيعة المهمة المسندة للوسيط القضائي وطبيعة التراع وغير ذلك مما يؤخذ في الحسبان عند تحديد مدتها. فهذا التحديد يعطي للقاضي الإداري إمكانية منح الوسيط فترة زمنية قصيرة ، فعلى سبيل المثال: يتم منح الوسيط مدة شهر أو شهر ونصف، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الإداري تمديد هذه الفترة لفترة أخرى دون أن تتجاوز ثلاثة اشهر ولا يشترط أخذ موافقة الخصوم ، إذ أن التجديد الذي يكون معلقاً على إرادة الخصوم اذا تجاوزت مدة الوساطة القضائية ثلاثة أشهر.

(1) على انه لا يمكن ان تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة 3 اشهر. حيث نصت المادة 1/996

(2) في فقرتها الثانية على انه ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم. كما نصت المادة 996

ثالثا: تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة

إذ لا بد أن يتضمن أمر التعيين تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة، وهذا طبقا للمادة 02/999 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونجد أن إشتراط المشرع تعيين تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة في أمر تعيين الوسيط القضائي يكون بهدف ربح الوقت وعدم اطالة أمد النزاع وتفادي تعقيد اجراءات سير الدعوى الادارية.

رابعا: تحديد مهمة الوسيط

إذ بإمكان أن تشمل مهمة الوسيط النزاع بكامله أو جزءا منه، وهذا بموجب المادة 01/995 من نفس القانون والتي نصت على أنه: "تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو إلى جزء منه".

ويكون هذا راجعا إلى طبيعة النزاع وتعقيداته، ومدى قابليته للحل بالحوار والاتفاق، وكذلك فقد تكون مؤهلات الوسيط عاملا في إحالة النزاع بكامله أو جزء منه إلى الوساطة.

إلا أنه من الملاحظ أن المشرع الجزائري سكت عن تنظيم مجال الوساطة في النزاعات الادارية على خلاف كل من الصلح والتحكيم، وبالتالي قد يثور تساؤل حول مدى إنسجام هذا

الاجراء مع مبدأ المشروعية؟ إذ ما هو الدور الذي سيلعبه الوسيط القضائي في دعاوى الإلغاء؟

وهو ما يحتاج لتحديد المشرع لمجالها في النزاعات الادارية خاصة أن لا بد من عرضها على الخصوم من طرف القاضي الاداري، وهذا تراث تكرار الاشكاليات التي كانت متعلقة بالصلح في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

فنجد أن عرض القاضي الاداري الوساطة كتسوية ودية للنزاعات المتعلقة بالقضاء الكامل لا تشير الاشكال، لذلك كان بإمكان المشرع تحديد مجالها في القضاء الكامل بجانب الصلح.

وفي الأخير عند قيام القاضي الاداري بتعيين الوسيط القضائي للقيام بعملية الوساطة إلى جانب مراعاته الجوانب الإجرائية السالف ذكرها، عليه أن يأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الشروط

يجب أن تتوفر في الوسيط القضائي. مما يطرح التساؤل حول ما نوع الشروط الواجب توافرها في الوسيط القضائي؟

الفرع الثاني:

الشروط الواجب توافرها في الوسيط القضائي.

باعتبار الوساطة طريق بديل عن إجراءات التقاضي فلا بد أن توفر نفس الضمانات التي توفرها هذه الأخيرة، حيث لجوء الأطراف إلى الوساطة لا يعد إطلاقاً تنازلاً عن حقهم في الوصول إلى حل منصف توفره جهة محايدة ومستقلة وذات كفاءة، لهذا السبب عمل المشرع على وضع شروط في كل من يرغب ممارسة مهمة الوساطة.

وتتعلق هذه الشروط بشخص الوسيط وكذلك موضوع النزاع المعروض على الوساطة، وذلك وفقاً لأحكام تقنين الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المرسوم التنفيذي رقم 09-100 .

حيث نصت المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، وأن تتوفر فيه الشروط التالية:

1- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف وألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية.

2- أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه.

3- أن يكون محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة.

يحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

ولقد نص المرسوم التنفيذي 09-100 تطبيقاً لهذه المادة على هاته الشروط بموجب المادتين 02 و03 منه، حيث نصت المادة 02 منه على أنه: "يمكن لكل شخص تتوفر فيه الشروط في المادة 998 من

القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن يطلب تسجيله في إحدى قوائم الوسطاء القضائيين وذلك ما لم يكن:

- قد حكم عليه بسبب جنائية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية.
- قد حكم عليه كمسير من أجل جنحة الإفلاس ولم يرد اعتباره.
- ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا شطب اسمه أو موظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي".

كما قد نصت المادة 03 منه على أنه: "يتم اختيار الوسيط القضائي من بين الأشخاص المعترف لهم بالتزاهة والكفاءة والقدرة على حل النزاعات وتسويتها بالنظر إلى مكانتهم الاجتماعية. كما يمكن اختياره من الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية أو دبلوم أو تكوين متخصص أو أي وثيقة تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات".

ما يستنتج من هذه النصوص القانونية هناك عدة شروط يجب أن تتوفر في الوسيط القضائي وهي كما يلي:

أولا: الاعتراف للوسيط بحسن السلوك والاستقامة

إن إقرار القانون لهذا الشرط يعتبر نتيجة حتمية لكون شخصية الوسيط محل اعتبار في الوساطة القضائية، فقد تكون السبب الأساسي لنجاحها من خلال تجاوب الأطراف مع الوسيط، كما قد تكون سببا لفشلها¹.

فثقة الأطراف في شخص الوسيط عامل أساسي لنجاح مهمته، لذلك اشترط المشرع عدم تعرضه إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وأن لا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية، وقد فصلت سلطة التنظيم هذا الشرط من خلال إشتراطها عدم الحكم في جنحة أو جنائية عمدية أو في جنحة الإفلاس ولم يرد اعتباره.

(1) أنظر، أحمد علي محمد الصالح، شروط وإجراءات تعيين الوسيط القضائي وفقا للقانون الجزائري، الملتقى الدول حول "ممارسة الوساطة"، الجزائر يومي 15 و16 جوان 2009، مركز البحوث القانونية والقضائية، وزارة العدل، الجزائر، ص.05، www.crjj.mjustice.dz

كما يمنع على الضابط العمومي أو الموظف العمومي اللذين تم عزلهما أو المحامي الذي شطب ويكون ذلك بموجب إجراء تآديبي نهائي، ولعل ذكر سلطة التنظيم لهذه الفئات الثلاث لكونها الأكثر انضماما لمهنة الوسطاء القضائيين.

وعليه فبمفهوم المخالفة بإمكان الضابط العمومي أو الموظف العمومي أن يقدم ترشحهما للانتساب إلى قائمة الوسطاء القضائيين في حالة إذا ما صدر بحقهم قرار العزل بموجب إجراء تآديبي غير نهائي.

وهو نفس بالنسبة للمحامي بإمكانه الترشح للانتساب إلى قائمة الوسطاء القضائيين إذا تم شطبه بموجب إجراء تآديبي غير نهائي.

ثانيا: أهلية الوسيط للنظر في النزاع

إن هذا الشرط متعلق بدرجة كبيرة بموضوع وطبيعة القضايا، إذ يفترض أن يكون الوسيط المعين من أجل إجراء الوساطة في نزاع معين قادرا على فهم طبيعته وله الدراية والمعرفة الكافية بجوانبه المختلفة، وهذا ما يمكنه من إيجاد الحلول المناسبة له¹.

ولهذا السبب فإن القانون الجزائري لم يقيد الوسطاء القضائيين باختصاص معين، بل فتح المجال أمام جميع الاختصاصات والميادين العلمية والعملية، وذلك مراعاة لاختلاف طبيعة النزاعات، فقد يكون النزاع إداريا أو مدنيا أو عقابيا... إلخ². وهذا ما أكدت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 100-09³ وذلك بقولها على أنه: "كما يمكن اختياره من بين الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية أو دبلوم أو تكوين متخصص أو أي وثيقة أخرى تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات".

ليس هذا فحسب، فبالرجوع إلى نص المادة 01/03 من نفس المرسوم فبالإمكان تعيين شخص ما كوسيط إذا تبينت قدرته على حل النزاع بالنظر إلى مكانته الاجتماعية، خاصة إذا ان هذا

(1) أحمد علي محمد الصالح، مرجع سابق، ص.05.

(2) إذ بإمكان الوسيط أن يجمع بين الوساطة القضائية ومهنة أخرى، فقد يكون أستاذا جامعا، أو تاجرا أو إمام مسجدا، أو حبرا قضائيا، أو محضرا، أو موثقا، للمزيد أنظر: المرجع السابق، ص.04.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 100-09 المؤرخ في 10 مارس 2009، والمتضمن تحديد كفاءات تعيين الوسطاء القضائيين، ج.ر لسنة 2009، ع.16.

الشخص يتمتع بمكانة خاصة في محيطه، مما يجعله محل احترام وثقة لدى الأطراف مما يسهل مهمته كوسيط، وهو ما يجعل التشريع الجزائري يختلف عن التشريعات الأوروبية التي تستوجب نوعا من التخصص والتأهيل.

وقد يبرر هذا الاتجاه، مراعاة سلطة التنظيم الحقيقة الاجتماعية للمجتمع الجزائري الذي ما زالت تسييره قواعد تخضع لبعض التقاليد على أساس أنه خاصة في الأرياف مجتمع محافظ يقوم على مبدأ تدرج العلاقات، وبالتالي مبدأ الاحترام.

ثالثا: أن يكون الوسيط محايدا ومستقلا

إن شرط الحياد¹ يضمن عدم تحيز الوسيط لأي طرف من أطراف النزاع، فالاستقلالية تضمن عدم خضوعه لأية ضغوط أو مؤثرات خارجية²، لذلك عليه الابتعاد عن التحيز أو التعصب أو التحامل من خلال:

- الكشف عن أية علاقة بينه وبين أي من المتنازعين من شأنها أن تؤثر على حيادية تصرفه أو تثير الشكوك في أذهانهم حول بقاءه حياديا، ولهذا السبب نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 100-09 على أنه: "يجب على الوسيط القضائي أو أحد أطراف النزاع الذي يعلم بوجود مانع من الموانع المذكورة أدناه أن يخطر للقاضي فوارق قصد اتخاذ ما يراه مناسب من اجراءات لضمان حياد الوسيط واستقلاليته:

- إذا كانت له مصلحة شخصية في النزاع.
- إذا كانت له قرابة أو مصاهرة بينه أو بين أحد الخصوم.
- إذا كانت له خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم.
- إذا كان أحد أطراف الخصومة في خدمته.
- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم صداقة أو عداوة".

(1) يقصد بالحياد: "أن يكون الشخص بعيد عن التحيز لفريق أو خصم على حساب الطرف الآخر، وإذا كان الحياد أمر مرغوبا فيه فهو يعتبر بهذا المعنى أمرا مثاليا قد يصعب تحقيقه". للمزيد راجع، بوبشير محمد أمقران، مرجع سابق، ص. 104.

(2) أحمد علي محمد الصالح، مرجع سابق، ص. 07.

والملاحظ من أحكام هذه المادة أن هذه الحالات التي تؤثر على حياد الوسيط تتشابه إلى حد كبير مع حالات رد القضاة لتأثيرها على مبدأ حيادهم¹.

- كما على الوسيط القضائي الابتعاد عن السلوك الذي من المحتمل أن يظهره بمظهر المتحيز في مواجهة الأطراف، فعليه أن يتجنب أثناء تأديته عمله أي تحيزا أو تعصب لأي طرف بناء على سمات هذا الطرف الشخصية أو مرجعيته أو مركزه الاجتماعي أو معتقداته.

- وفي الأخير على الوسيط القضائي أن لا يمنح أو يقبل أية هدية أو خدمات أو قرض أو في شيء آخر له قيمة قد يؤدي إلى وضع حياده محل تساؤل².

وما يمكن ملاحظته أن النصوص القانونية المتعلقة بالوساطة القضائية سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في المرسوم التنفيذي رقم 09-100 لم تذكر شرط السن الذي يعتبر من الشروط الأساسية التي تستوجبها العديد من المهن القضائية كالقضاة، المحامون، الموثقون، المحضرون القضائيون، كتاب الضبط... إلخ، مما يترتب على ذلك إن تقدير الأهلية المتعلقة بالسن تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وقبول الأطراف بالوسيط.

كما أنه لم يتم اشتراط توفر الوسيط على مكتب لأداء مهمته ذلك، إذ أنه يجب ألا تتقيد الوساطة بشكليات كثيرة ومعقدة، كون أن الهدف منها هو الوصول إل حل النزاعات في ظروف ترضي الأطراف وتحترم إرادتهم بما في ذلك اختيارهم لمكان إجراءاتها.

بالإضافة إلى ذلك، لم يتطرق المشرع إلى تنظيم البطاقة المهنية للوسطاء القضائيين، وان كانت من المطالب التي يطالب بها الوسطاء باعتبارها تسهل لهم أداء مهامهم، من خلال التعريف بأنفسهم عند تنقلهم إلى الإدارات العمومية أو في تعاملهم مع المواطنين .

(1) وذلك طبقا للمادة 241 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

(2) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص.299.

وفي الأخير إن اشتراط هذه الشروط في الوسيط القضائي كونه محل اعتبار وثقة لدى الخصوم، ولتجنب فشل الوساطة بسبب اختلاف الأطراف أو شكهم حول مدى قدرته على التوسط لايجاد حل للنزاع فيما بينهم.

ف نجد أن هذه الشروط منطقية، اذ لا بد أن تتوفر في أي شخص يتوسط بين الأطراف لإيجاد حل لنزاعهم.

وكخلاصة لهذا المطلب نجد أنه عند قيام القاضي بتعيين الوسيط القضائي بموجب أمر، فلا بد من تبليغ هذا الأمر إلى الوسيط والخصوم عن طريق أمين الضبط¹.

ويقوم الوسيط عند قبوله بمهمة الوساطة بإخطار القاضي بذلك، ويبدأ بمباشرة مهامه مما يطرح تساؤلات حول ماهي مهام المخولة للوسيط؟ وما هي سلطات القاضي أثناء سير الوساطة؟ وما هي النتائج التي من المحتمل أن يتوصل إليها الوسيط؟

المطلب الثاني:

سير عملية الوساطة

تبدأ مهمة الوسيط فور تلقيه نسخة من الأمر القاضي بتعيينه، على أن يقوم بإخطار القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ويكون ذلك محل اعتبار بخصوص مدة الوساطة.

فله أن يتخذ ما يراه مناسباً لتقريب وجهات نظر الخصوم لايجاد حل للنزاع، وفي هذا الصدد بإمكانه أن يخطر القاضي بكل الصعوبات التي قد تعترضه في مهمته.

إذ يبقى القاضي المختص بالنظر في النزاع يتمتع بجميع سلطاته أثناء الوساطة، وهو ما يظهر جلياً في جميع مراحلها.

(1) فقد نصت المادة 1/1000 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "مجر النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط".

وبما أن عملية الوساطة هي طريق ودي بديل عن إجراءات التقاضي ، فللأطراف دور فعال في سيرها ونجاحها.

وفي الأخير يترتب على عملية الوساطة عدة نتائج قانونية، وذلك بالنظر إلى نجاحها أو فشلها. وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال دراسة: مهام والتزامات الوسيط القضائي (الفرع الأول)، ثم سلطات القاضي الإداري ودور الأطراف في عملية الوساطة (الفرع الثاني)، وأخيرا الآثار القانونية لعملية الوساطة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مهام والتزامات الوسيط القضائي

تختلف الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات عن غيرها من الطرق البديلة (الصلح والتحكيم) بعدة مميزات، ومن بينها تعيين الوسيط القضائي الذي يحاول تسوية المسائل محل النزاع القائم بين الخصوم، ولكن دون أن يفرض عليهم تسوية محددة مسبقا. ولنجاح عملية الوساطة فهناك عدة مهام يمكنه القيام بها أثناء سيرها، وبالمقابل يقع على عاتقه عدة التزامات عليه احترامها.

وهذا ما سيتم تفصيله في هذا الفرع من خلال التطرق إلى: مهام الوسيط (أولا) ثم التزامات الوسيط (ثانيا)، وذلك على النحو الآتي:

أولا: مهام الوسيط القضائي

يعتبر الوسيط القضائي حلقة أساسية في عملية الوساطة، إذ يتوسط بين أطراف النزاع ويسعى للتوفيق بينهم.

إذ يبدأ عمله بتمهيد يعرف فيه الوساطة ويبين دوره والصلاحيات المخولة له، ومن المهم أن يسمع الأطراف الأقوال نفسها من الوسيط وذلك لضمان أن يكون كل فريق قد تلقى المعلومات

نفسها مما يخفف من خطر حصول تفسيرات مختلفة لما قاله هذا الأخير¹. كما يبين للأطراف ما يستوجب أن يلتزموا به اتجاهه واتجاه بعضهم البعض وذلك تماشياً مع سرية عملية الوساطة.

ثم في مرحلة لاحقة، يحاول معرفة رغبة الأطراف في استمرارية المعاملات بينهم إلى ما وراء حل النزاع أم لا²، فهذه المعرفة تساعد وضع استراتيجية لتسيير الحوار بينهم.

وأثناء إدارة الحوار بين الأطراف، فعليه أن يتعامل بطريقة ذكية من خلال التدخل الجيد والمناسب في إدارة الحوار، وكذلك تفعيل الجزئيات والمواضيع الفرعية التي تساعد على استجلاء معلومات ذات صلة مباشرة بموضوع النزاع، حيث لا يتوقف دور الوسيط القضائي على طرح الأسئلة والاستفسارات وإنما يقوم بتوجيه الحوار، فيمكنه على سبيل المثال: توجيه الحوار إلى جزء معين من النزاع دون غيره.

كما له اتخاذ ما يراه مناسباً لتقريب وجهات نظر الأطراف بهدف إيجاد حل للنزاع من ذلك:

- سماع كل شخص يقبل بذلك، ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع، وهذا بعد موافقة الخصوم وذلك طبقاً للمادة 1001 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

- طلب من الخصوم تزويده بكل المعلومات والوثائق التي يراها مفيدة لتسوية النزاع⁴، وفي هذا الإطار لم يحدد المشرع الجزائري الإجراءات الشكلية في طريقة التعامل بين الوسيط والخصوم، وهذا خلافاً للمشرع الأردني - على سبيل المقارنة - الذي نص في المادة 04 من القانون رقم 12 لسنة 2006 المتعلق بقانون الوساطة القضائية لتسوية النزاعات المدنية⁵ على ما يلي: "عند إحالة النزاع إلى

(1) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص. 296.

(2) أنظر، عبد السلام ذيب، الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد، مجلة المحكمة العليا، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة، الصلح والتحكيم، ج.02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع. خاص، ص. 547.

(3) حيث نصت المادة 1001 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم السماع كل شخص يقبل ذلك ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع،....".

(4) أنظر، عمر الزاهي، الطرق البلدية لحل النزاعات، مجلة المحكمة العليا، ج.02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع. خاص، ص. 594.

وسيط خاص، يقدم إليه كل طرف من اطراف النزاع خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ الاحالة مذكرة موجزة تتضمن ملخصا لادعاءاته أو دفعه، مرفقا بها المستندات التي يستند إليها، ولا يتم تبادل هذه المذكرات و المستندات بين أطراف النزاع".

- يمكن للوسيط القضائي إخطار القاضي الذي عينه بكل الصعوبات التي تفترضه في مهمته ليتخذ التدابير اللازمة متى كان ذلك ممكنا.

- كما على الوسيط القضائي تحديد مصالح الأطراف، اذ ان هناك نوعين من الإجراءات لتحديد مصالح الأطراف المتنازعة. فيتمثل النوع الأول في الإجراءات غير مباشرة، أما النوع الثاني فيتعلق بالإجراءات المباشرة:

أ- النوع الأول: الإجراءات غير المباشرة

تتمثل هذه الإجراءات في توجيه الأسئلة إلى كل طرف حول مصالحه الكامنة وراء تأييده لموقف معين، وتستخدم هذه الطريقة عندما يحاول الأطراف إخفاء مصالحهم من خلال التمسك بمواقف صارمة¹.

ب - النوع الثاني: الإجراءات المباشرة

فبالنظر إلى كون الوسيط يتمتع بمصداقية جيدة كطرف غير منحاز، مما يسمح للأطراف بأن يكونوا أكثر انفتاحا في تحديد مصالحهم بشكل مباشر ومناقشتها معه بشكل أفضل من أي فريق آخر ينظر إليه على أنه خصم. فبإمكان الوسيط في هذه الحالة أن يطرح أسئلة بشكل مباشر على الأطراف من بينها على سبيل المثال: لماذا يعتبر هذا الموقف مهما له؟ وما هي المصالح التي يمكن تلبيتها من خلال حل معين؟²، كما يمكنه أن ينقل المتنازعين من التحدث حول مصالح عامة إلى تفهم أفضل للمصالح الأكثر أساسية.

(1) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص. 356-357.

(2) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص. 357.

وفي هذا الإطار لابل من التميز إذا ما كان النزاع القائم بين الأطراف متعلق بالمواقف أم بالمصالح ويستشف ذلك من خلال مواقفهم ومقترحاتهم. فعلى الوسيط القيام بمحاولة تقرب وجهات نظرهم من خلال توجيه التفاوض على أساس المواقف أو المصالح بحسب طبيعة الخلاف القائم بينهم، وذلك على النحو الآتي :

أ-التفاوض المرتكز على المواقف:

ففي هذه الحالة يعرض أطراف النزاع خيارات التسوية من خلال مقترحات ومقترحات مواجهة، ويشترط أن يكون هناك مقترحين فقط أو موقفين فقط يتم فحصهما في وقت واحد¹، أي يتم تبني مواقف قائمة على أساس الصحيح أو الخطأ أو على الربح أو الخسارة. ويترتب على هذا الشرط تمسك الأطراف بوجهات نظرهم، حيث ينظرون إلى قبول مقترحات الآخرين على أنه تنازل عن مبادئهم ، وهو ما يؤدي إلى تقليل التفكير الجدي بحلول جديدة للنزاع.

وبالنظر إلى صعوبة تقرب وجهات النظر في هذه الحالة يتم الانتقال إلى استراتيجية التفاوض على أساس المصالح.

ب-التفاوض المرتكز على المصالح:

تعتبر هذه الطريقة الأكثر تشجيعاً على تقرب وجهات النظر والقدرة على اقتراح الحلول، ويشترط في هذه الحالة الشروط الآتية²:

- 1- ينبغي أن يكون هناك درجة كافية من الثقة وروح التعاون.
- 2- يجب أن يكون الأطراف مدركين لإجراءات تطوير الخيارات من خلال رؤيتهم لها كحل منصف ومتكافئة.

ومن ثم في مرحلة لاحقة يتبع الوسيط القضائي مقاربات لتوليد تسوية للنزاع المعروض عليه، ويعتمد ذلك أساساً على نوعية النزاع نفسه ونوعية الحل المطلوب، فبإمكانه في هذا الصدد

(1) كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، مرجع سابق، ص. 380-381.

(2) المرجع السابق، ص. 382.

تجزئة النزاع على عناصر صغيرة يمكن حلها بطريقة أسهل، إذ يتم إيجاد الحل لكل عنصر صغير للنزاع، ومن ثم تجمع هذه الحلول الصغرى لتشكّل حلاً شاملاً للنزاع. وتوجد طريقتان لتجزئة النزاع، وتتمثل الأولى في إقترح الوسيط تضييق حدود المواضيع التي ستناقش، أما الثانية فيقوم الوسيط بالطلب من الأطراف المتنازعة أن يجزؤوا النزاع إلى عناصر صغيرة، وبهذه الطريقة يعزز بالتزامهم بعملية الوساطة.

كما بإمكانه أيضا من أجل الوصول إلى تسوية ودية للنزاع الإداري أن يحدد المبادئ العامة التي ترشده إلى تسويته، إذ يتطلب منه الوصول إلى المستوى العام من الإتفاق، ثم في مرحلة لاحقة المبادرة بتحديد التفاصيل الصغيرة، وهذه الطريقة تصلح في غالب الأحيان عندما تتشابه المبادئ التي يركز عليها أطراف النزاع.

ج- وفي الأخير بإمكان الوسيط اقتراح تسوية للنزاع، فعلى الرغم من تطوير أساليب توليد الحلول فقد يجد أطراف النزاع أنفسهم عاجزين عن وجود تسوية ودية لتراعيهم، وفي هذه الحالة بإمكان الوسيط تجربة أفكاره الخاصة التي تساعد الفرقاء على توسيع حلقة تفكيرهم للحلول الممكنة.

وعلى العموم على الوسيط القضائي الإحجام عن طرح المقترحات في المراحل الأولى لعملية الوساطة حتى لا يظهر أنه بدأ يتخذ موقفا غير حياديا أو أنه يحاول دفع المتنازعين لتبني خياره المفضل الذي قد لا يكون الحل المناسب للنزاع.

ثانيا: التزامات الوسيط القضائي

وبمقابل هذه الصلاحيات التي يتمتع بها الوسيط القضائي، هناك عدة التزامات عليه الالتزام بها، وقد يعرضه الإخلال بها إلى الشطب، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100، وذلك بقولها: "يتعرض الوسيط القضائي الذي يخل بالتزاماته أو يتهاون في تأدية مهامه إلى الشطب"، ومن بين هذه الالتزامات نذكر ما يلي:

أ- الاللزرام بكفظ السر المهني:

نصت المادة 1005 من قانون الإجراءات والإلمارية على هذا الاللزرام وذلك بقولها: " يلتزم الوسيط بكفظ السر إزاء الغير".

فإطلاع الوسيط عل تفاصيل ووثائق تتعلق بالخصوم يترتب عليه الاللزرام بكفظ السر المهني في مواجهة الغير¹، شأنه في ذلك شأن جميع الأشخاص الذين تتطلب مهامهم الاطلاع على أسرار الغير. ويعرضه الإخلال بهذا الاللزرام إلى الشطب من قائمة الوسطاء القضائيين²، بالإضافة إلى ذلك بإمكان متابعتة جزائيا وفقا لأحكام المادة 01/301 من قانون العقوبات³ لقيام مسؤوليته الجزائية بسبب ارتكابه جريمة إفشاء الأسرار بكحكم أنه من الأشخاص المؤتمنين بكحكم مهنتهم على الأسرار التي أدليت له وقام بإفشائها.

إلا أن إعدادة تقارير يبين فيها مدى إلتزام الأطراف بالحضور وفيما إذا توصلوا إلى أية تسوية لا يعد اخلالا باللززامه بكفظ السر المهني.

بالإضافة إلى ذلك فعلى الوسيط أن يبين للأطراف مدى السرية التي ينبغي مراعاتها للمحافظة على المعلومات التي تحصلوا عليها من خلال عملية الوساطة.

ب- الاللزرام بتقاضيه الأتعاب الملمدة له:

يلتزم الوسيط القضائي بعدم تقاضيه أتعاب نظير تأديته مهمته غير تلك التي حددها له القاضي، وبالتالي فلا يجوز له أن يطلب من الأطراف تقديم مبالغ إضافية عن المقدار الذي عينه القاضي مقابل إتمام مهمته، أو أن يحصل عليها بطريقة تدليسية. ويعرضه الإخلال بهذا الاللزرام طبقا

(1) يقصد بالسر انه واقعة او صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدد من الاشخاص. اما الغير فيراد بها أي شخص لا ينتمي الى فئة من الافراد ينحصر فيها العلم بالواقعة او المعلومات التي تعرف بالسر.

(2) وهوما نصت عليه المادة 14 من المرسوم 09-100.

(3) فقد نصت المادة 301 / 01 من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 66-156 المؤرخ في جوان 1966 الصادر بموجب ج.ر لسنة 1966، ع.49 المعدل والمتمم. على أنه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء و الجراحون والصيدالة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بكحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك "

للمادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 100-09¹ إلى الشطب من قائمة الوسطاء القضائيين، بالإضافة إلى ذلك تسترد منه المبالغ المقبوضة الزائدة عن مقابل أتعابه الذي حدده له القاضي الذي قام بتعيينه.

ج- الالتزام بالشفافية عند الإعلان والترويج:

عند الإعلان عن خدماته كوسيط قضائي يجب عليه أن يكون صادقا وغير مضللا خصوصا عند التحدث عن مؤهلاته وخبرته وأتعابه. كما يجب عليه أن لا يعطي وعود مسبقة حول نتيجة الوساطة في مراسلاته وفي بطاقات عمله. وبالإضافة إلى ذلك، لا يجوز للوسيط أن يدعي دون وجه حق بانتمائه لأية جهة حكومية أو مؤسسة خاصة لا ينتمي إليها. وفي الأخير إن قيام الوسيط بمهامه لا يكون بمعزل عن رقابة القاضي الذي قام بتعيينه، إذ يملك هذا الأخير عدة سلطات من أجل ضمان حسن سير عملية الوساطة، فما هي السلطات المخولة للقاضي أثناء عملية الوساطة؟

كما أن تفاعل الأطراف وحسن سلوكهم يؤثر إيجابا على عملية الوساطة، مما يطرح التساؤل حول ما هو دورهم فيها؟

الفرع الثاني:

سلطات القاضي الإداري

ودور الأطراف في عملية الوساطة

إن تعيين الوسيط القضائي ومباشرته لمهامه لا يعني بالضرورة تخلي القاضي المختص بالتزاع عن القضية.

فإذا كان التزاع إداريا فيظل القاضي الإداري يتمتع بعدة سلطات ذات تأثير على عملية الوساطة، فما هي سلطاته في حالة عرض التزاع الإداري للوساطة؟

(1) حيث نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 100-09 على أنه: "يمنع على الوسيط القضائي أن يتحصل أثناء تأدية مهمته على أتعاب غير تلك المنصوص عليها في المادة 12 أعلاه وذلك تحت طائلة الشطب واسترجاع المبالغ المقبوضة بغير وجه حق".

كما أنه بما أن الوساطة القضاية تعتبر إحدى الطرق الودية لحل النزاعات، فإن للخصوم دوراً أساسياً في نجاحها، إذ في حالة ما إذا رفضها أحد الخصوم أو تراجع عنها أو عدم حضوره إلى الجلسات يؤدي ذلك إلى فشلها، لذلك يثار إشكال حول ما دور الأطراف في عملية الوساطة؟ للإجابة عن هذه الإشكاليات تم تقسيم هذا الفرع إلى بندين: يتعلق الأول بسلطات القاضي الإدارية أثناء سير عملية الوساطة، و الثاني بدور الأطراف في عملية الوساطة.

أولاً: سلطات القاضي الإداري أثناء سير عملية الوساطة

في حالة قيام القاضي الإداري بتعيين وسيط قضائي في النزاع الإداري فبإمكانه رقابة عملية الوساطة من خلال عدة سلطات نذكر منها:

أ- اتخاذ التدابير الضرورية أثناء سير الوساطة:

إن تعيين الوسيط القضائي ليس من شأنه استخلاف منصب القاضي، بل يبقى هذا الأخير متمتعاً بجميع سلطاته أثناء سير الوساطة وهذا بموجب المادة 02/995 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على أنه: "لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، ويمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً في أي وقت".

فما يستنتج من نص هذه المادة أن المشرع لم يحدد نوع التدابير التي قد يتخذها القاضي أو توقيتها، وبالتالي ففي النزاعات الإدارية فيتمتع القاضي الإداري بالسلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً، وكذلك اختيار وقت تدخله أثناء سير الوساطة.

ب- تحديد مقابل أتعاب الوسيط القضائي:

إن تحديد مقابل أتعاب الوسيط القضائي يدخل ضمن صلاحيات القاضي الذي عينه، فيعتبر هذا الأخير المرجع في تحديد مقابل أتعاب الوسيط والموافقة عليها، إذ له السلطة التقديرية في تقدير

ملى معقوليتها وتوافقها مع الوضعية الالتماعية للأطراف، وهذا طبقا للمادة 01/12 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100¹.

وكقاعدة عامة يتحمل الأطراف مناصفة مقابل هذه الأتعاب إلا أنه استثناء بإمكان تقرير خلاف ذلك إذا اتفق الخصوم على ذلك، أو قرر القاضي خلاف ذلك وهذا بالنظر إلى الوضعية الالتماعية للأطراف.

ويتم دفع مقابل أتعاب الوسيط القضائي بالتجزئة أو كلياً، وهو ما يستنتج من نص المادة 02/112 من المرسوم أعلاه، والتي نصت على أنه "يمكن للوسيط القضائي أن يطلب تسبيقا لخصم من أتعابه النهائية".

ج- إنهاء إجراء الوساطة

يتمتع القاضي بصلاحيه إنهاء إجراء الوساطة القضائية إما من تلقاء نفسه أو بطلب من الوسيط أو الخصم وهذا بموجب المادة 2/1/1002 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو من الخصوم. يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها".

ما يستنتج من نص هذه المادة أنه بإمكان القاضي الإداري إنهاء الوساطة بسبب عدم إقبال الأطراف أو عدم استجابتهم لتوجيهات الوسيط القضائي، أو نتيجة فشل الوسيط القضائي وعدم قدرته على تسيير الحوار وتقريب آراء الأطراف.

ثانياً: دور الأطراف في عملية الوساطة

يشكل رضا الأطراف جزءاً أساسياً لضمان سير عملية الوساطة القضائية، إذ تعتبر موافقهم فرصة لاستيفاء الحقوق وتحصيلها بصورة إتفاقية لا تترك مجالاً للأحقاد أو الضغائن، وبالتالي المحافظة على استمرارية العلاقات الالتماعية وحتى المعاملات المدنية والإدارية مستقبلاً، وفي هذا الصدد

(1) حيث نصت المادة 01/12 على أنه: "يتقاضى الوسيط القضائي مقابل أتعاب يحدد مقداره القاضي الذي عينه".

اشترط المشرع الجزائري وجوب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط القضائي ذكر الصريح لموافقة الخصوم وذلك طبقا للمادة 01/999 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية .

كما أن على الأطراف الاقتناع بأن طبيعة الحل المتوصل إليه لا يكون من طرف الوسيط، وإنما هو يجسد إرادتهم ورضاهم الصحيح بعيدا عن صور التديس والإكراه والغلط، فكلما كان الحل المتوصل إليه نابعا عن إرادتهم الحرة كلما كان التزامهم بتنفيذه سريعا¹.

وتأكيدا لما سبق لا يجوز للوسيط سماع أي شخص يرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع إلا بعد موافقة الخصوم، فيكون هذا الاجراء معلق على رضا الخصوم لأن في سماعه أحد الأشخاص دون موافقة كل الخصوم يؤدي ذلك إلى نسف عملية الوساطة من اساسها. وفي حالة ما إذا عبر أحد الأطراف عن رفضه سماع شخص ما يرى فيه الوسيط القضائي حجر الزاوية لإيجاد حل للنزاع، فيإمكان هذا الأخير إخطار القاضي لاتخاذ التدابير الضرورية لتسهيل عمله أو إنهاء الوساطة القضائية. وإذا ارتأى للخصوم استحالة الاتفاق بينهم فيإمكانهم أن يطلبوا من القاضي المختص إنهاء الوساطة وذلك طبقا للمادة 01/1002 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية².

وفي الأخير تماشيا مع طابع السرية الذي تتميز به الوساطة لا يمكن للأطراف الاستشهاد أو الاستدلال بأقوال أو قرائن مادية تم تداولها أثناء عملية الوساطة أثناء السير العادي للدعوى القضائية. وتجدر الإشارة، باعتبار أن تمثيل الأطراف بمحام أمام الجهات القضائية الإلمارية وجوي تحت طائلة عدم القبول باستثناء كل من الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإلمارية وذلك طبقا للمواد 826 و 827 و 905 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية³.

(1) دليلة حلول، مرجع سابق، ص. 52-53.

(2) حيث نصت المادة 01/1002 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه "يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو من الخصوم".

(3) حيث نصت المادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه: "تمثيل الخصوم بمحام وجوي أمام المحكمة الإلمارية تحت طائلة عدم قبول العريضة".

كما نصت المادة 01/827 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه: "تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه من التمثيل الوجوي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل".

مما يطرح التساؤل حول دور المحامي في عملية الوساطة؟

اذ يمكن للمحامي من خلال معرفته ودرايته القانونية أن يشيع ثقافة الوساطة القضائية كخيار يمكن اللجوء إليه لحل النزاعات وذلك من خلال¹:

أ- تفسيره لموكله عملية الوساطة وتبينه الدور الذي سيضطلع به كل طرف في النزاع أثناء اجتماعهم مع الوسيط.

ب- تشجيعه على المشاركة في الجلسات التي من شأنها أن تساعد أكثر في إيجاد الحل، وذلك كون عدم حضوره سيؤدي إلى فشل الوساطة خاصة من كان له دور فاعل في حل النزاع.

ج- ترك الدفاع فرصة للموكل لعرض نزاعه وتحديد الأهداف والمصالح التي يرغب في الحصول عليها في الاتفاق.

د- كما أنه بإمكان الدفاع حضور الاجتماعات ما بين الوسيط والخصوم بشرط أن يحافظ على الطابع السري لإجراءات الوساطة².

وتجدر الإشارة إلى أن التداخل الموجود بين دور المحامي والوسيط ما يزال يثير سوء تفاهم بين الطرفين، وذلك لكون أن المحامي مهمته الدفاع عن الأطراف فهو يتعامل بالوقائع والقانون، بينما يعتمد الوسيط على الجانب الأخلاقي من أجل حل النزاع سلميا ولا يكون أحدهما خاسرا فيه³. كما انتقد البعض إحالة القضية أولا على القاضي ثم الوسيط، وبهذا فإن المتقاضى يجبر على

كما نصت المادة 905 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب أن تقدم العرائض والظعون ومذكرات الخصوم تحت طائلة عدم القبول، من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة، باستثناء الأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه".

(1) دليلة جلول، مرجع سابق، ص. 58-60.

(2) أنظر، خيرة عبد الصدوق، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2011، ع.

04، ص. 04 .

(3) عمر الزاهي، مرجع سابق، ص. 598.

دفع أتعاب المحامي ثم تكاليف الوساطة¹، وهو ما يتناقض مع الهدف من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية والمتمثل في تبسيط إجراءات التقاضي من أجل تقريب العدالة إلى المواطن.

الفرع الثالث:

الآثار القانونية لعملية الوساطة

تنتهي عملية الوساطة كقاعدة عامة عند انتهاء الوسيط من مهمته إلا أنه قد تنتهي بتدخل من القاضي بإنهائها بطلب من الوسيط أو الخصوم أو من تلقاء نفسه إذا تبين له استحالة السير الحسن لها. ويرتب عند الانتهاء من عملية الوساطة عدة احتمالات وتتمثل في:

الاحتمال الأول: توصل الأطراف إلى اتفاق كلي.

الاحتمال الثاني: توصل الأطراف إلى اتفاق جزئي.

الاحتمال الثالث: عدم توصل الأطراف إلى اتفاق.

فما هي النتائج القانونية المترتبة على هذه الاحتمالات؟

وهذا ما سيتم الإجابة عليه في هذا الفرع من خلال دراسة النتائج المترتبة على حالة توصل الأطراف إلى اتفاق كلي (أولاً)، ثم حالة توصل الأطراف إلى اتفاق جزئي (ثانياً)، وأخيراً حالة عدم توصل الأطراف إلى إتفاق (ثالثاً).

أولاً: توصل الأطراف إلى اتفاق كلي

يترتب على توصل الأطراف إلى تسوية ودية للنزاع الإلماري تحرير الوسيط القضائي لمحضر أطلق عليه المشرع الجزائري "محضر الاتفاق"، ويتضمن هذا المحضر زيادة على البيانات المطلوبة في كل

(1) إجراءات الوساطة، www.djarairess.comm/alfadjr

مضر الاتفاق الماصل بين المصوم وموضوعه بشكل لا يقبل التفسير أو التأويل لمضمونه ، ويقوم بتوقيعه رفقة المصوم وذلك طبقا للمادة 2/1003 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية¹.

كما ترجع القضية إلى الملسة في التاريخ الممدا لها مسبقا وهذا طبقا للمادة 3/1003 من نفس القانون²، ويقوم القاضي الإلماري عندئذ بالمصادقة على مضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

ويعتبر هذا المضر سندا تنفيذيا وذلك بموجب المادتين 600 و1004 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية.

حيث نصت المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه: "لا يجوز التنفيذ المبري إلا بسند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي:

- ماضر الصلح أو الاتفاق المؤشر من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط".

كما نصت المادة 1004 من نفس القانون على أنه: "يقوم القاضي بالمصادقة على مضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد مضر الاتفاق سندا تنفيذيا".

ما يستنتج من المادة 1004 اعلاه أنه لا بد من صدور أمر من القاضي ينهي المصومة بالتصديق على مضر الاتفاق، وقد يبرر ذلك في أن القاضي في عملية الوساطة لا يشرف بنفسه على الإجراءات³، لذلك فبمصادقته على هذا المضر يعتبر نوع من الرقابة على مدى تطابقه مع قواعد القانون وعدم خرقه لقواعد النظام العام.

ثانيا: توصل الأطراف إلى اتفاق جزئي

وتتعلق هذه الحالة إذا ما:

(1) فقد نصت المادة 02/1003 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه: "في حالة الاتفاق يجرر الوسيط مضرًا بضمينه محتوى الاتفاق، ويقوعه والمصوم".

(2) كما نصت المادة 03/1003 من نفس القانون على أنه: "ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ الممدا لها مسبقا".

(3) عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص. 531.

I- شملت عملية الوساطة جزءا معينا من النزاع وقد يتم تسويته وديا، وفي هذه الحالة يقوم الوسيط القضائي بتحرير محضر الاتفاق يتضمن ما اتفق عليه الخصوم، ويصادق عليه، ويعتبر هذا المحضر سندا تنفيذيا.

أما الجزء الذي لم تشمله عملية الوساطة فيتم الفصل فيه أمام الجهات القضائية المختصة.

II- إذا تم عرض النزاع كليا على الوساطة، واتفق الأطراف حول نقاط معينة، وبقيت نقاط أخرى محل خلاف، ففي هذه الحالة يقوم الوسيط القضائي بتحرير محضر الاتفاق يتضمن ما اتفق عليه الخصوم.

أما النقاط التي لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأنها، فيخبر الوسيط القضائي القاضي المختص بذلك عن طريق التقرير الكتابي الذي يرفقه إليه، فعندئذ يقوم القاضي بالفصل فيها بعد رجوع القضية إلى الجلسة المحددة لها مسبقا¹.

ثالثا: عدم توصل الأطراف إلى اتفاق

وفي حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق يخبر الوسيط القاضي بذلك كتابيا، وذلك طبقا للمادة 01/1003 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

كما ترجع القضية إلى الجلسة المحددة لها مسبقا، ويستدعى الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط. وإن كان المشرع الجزائري لم يقر أي جزاء في حالة عدم توصل أطراف النزاع إلى حل ودي نتيجة إهمالهم متابعة إجراءات الوساطة سواء بعدم الحضور إلى الجلسات أو انعدام الجدوية، وهذا على خلاف المشرع الأردني - على سبيل المقارنة - الذي قرر معاقبة الخصوم الذين يوافقون على اللجوء إلى الوساطة ثم يهملون متابعتها، وهو ما نصت عليه المادة 7/ج/د من القانون رقم 12 لسنة 2006 والمتعلق بقانون الوساطة القضائية لتسوية النزاعات المدنية³ بقولها: "ج- إذا لم يتوصل الوسيط

(1) عمر الزاهي، مرجع سابق، ص. 594.

(2) فقد نصت المادة 01/1003 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "عند انهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه".

(3) www.lawjo.net.

لتسوية النزاع فعليه تقديم تقرير إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح يذكر فيه عدم توصل الاطراف الى تسوية عتي ان يوضح في هذا التقرير مدى التزامهم او وكلائهم بحضور جلسات الوساطة .

- اذا فشلت التسوية بسبب تخلف أحد أطراف النزاع أو وكيله عن حضور جلسات التسوية، فيجوز لقاضي إدارة الدعوى او لقاضي الصلح فرض غرامة على ذلك للطرف او وكيله لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد عن خمسمائة دينار في الدعاوى المصلحية، ولا تقل عن مائتين وخمسين ديناراً ولا تزيد على الف دينار في الدعاوى الجزائية " .

وفي الأخير نجد أنه لضمان نجاح عملية الوساطة، لا بد أن يتسم الوسيط بحسن السيرة والسلوك تدعو إلى الاحترام وأن يكون على دراية بعناصر المنازعة لتوجيه الخصوم للحلول المرضية لمصالحهم، إلا انه عليه ان يفرق بين دوره كوسيط ودوره كخبير، إذ أن دور الوسيط يختلف تماماً عن دوره كخبير في نزاع معين ، علما انه قد يستفيد من خبرته في النزاع المعروض عليه بشرط ان يراعي السلوك الواجب احترامه كوسيط.

أما الخصوم فيطلب منهم الصدق والافتناع بعملية الوساطة وعدم اللجوء إليها لربح الوقت. أما القضاء فعليه ضمان حسن سيرها من خلال اتخاذ التدابير الضرورية لذلك، ومساعدة الوسيط على التغلب على الصعوبات التي قد يوجهها والتي يخطر القضاء بها.

كما انه بإمكان الوسيط -إذا ارتأى ذلك مناسباً- ان يقترح على الاطراف اللجوء الى وسيلة أخرى من الوسائل البديلة لحل النزاعات اذا طبيعة النزاع ذلك ، فعلى سبيل المثال فله ان ينصحهم باللجوء الى التحكيم او الصلح لانسجام اجراءاتهما مع طبيعة النزاع¹ ، مما يثار التساؤل حول ماهي الاجراءات المتبعة في حالة اللجوء الى التحكيم لحل النزاع الاداري ؟

(1) دليّة جلّول ، مرجع سابق ، ص.88

المبحث الثالث:

إجراءات التحكيم في النزاعات الإدارية

لقد نظم المشرع الجزائري الإجراءات الواجب اتباعها عند اللجوء إلى التحكيم بموجب الباب الثاني المتعلق بـ "في التحكيم" من الكتاب الخامس والمتعلق "بالطرق البديلة لحل النزاعات" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد سمح طبقاً للمادة 01/1006 منه للأشخاص باللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها، وأيضاً سمح للأشخاص المعنوية العامة بصفة عامة على وجه الاستثناء باللجوء إلى التحكيم في المجال المحدد لها مسبقاً.

وتأكيداً على ذلك باعتبار أن الاختصاص القضائي للجهات القضائية الإدارية بنوعيه الإقليمي والنوعي من النظام العام، فقد نص المشرع في الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلق بـ "الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية" في الباب الخامس¹، وذلك بمقتضى المواد من 975 إلى 977 منه، فإنه طبقاً للمادة 975 يجوز للدولة والولاية والبلدية وإحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية اللجوء إلى التحكيم على سبيل الاستثناء وفقاً للشروط القانونية المحددة قانوناً، علماً أن الأحكام المتعلقة بالتحكيم الواردة بالكتاب الخامس تطبق أمام الجهات القضائية الإدارية، وذلك طبقاً للمادة 01/976 من نفس القانون .

فمن خلال ما سبق، ما هي الشروط الواجب توافرها للجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية، وما هي قواعد سير خصومة التحكيم؟ وما مدى تطبيق أحكام الكتاب الخامس المتعلق بالتحكيم أمام الجهات القضائية الإدارية؟

وهو ما سيتم الإجابة عليه في المبحث من خلال التطرق إلى شروط اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية (المطلب الأول)، ثم قواعد سير التحكيم في النزاعات الإدارية (المطلب الثاني).

(1) وذلك بمقتضى الفصل الثاني منه المعنون: "في التحكيم" والذي بدوره قسم إلى قسمين، إذ يتعلق القسم الأول منه بـ "في الإجراءات"، أما القسم الثاني فيتعلق بـ "تنفيذ أحكام التحكيم والظعن فيها".

المطلب الأول:

شروط اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية

يتميز التحكيم عن قضاء الدولة بأنه يقدم عدالة تستجيب لرغبة الأطراف المتنازعة، فهذه الاستجابة مبعثها ما يتمتع به التحكيم كقضاء خاص من مزايا أساسية¹ ومن بينها أنه يتميز بالمرونة، إلى أن ذلك لا يفهم أنه يتحرر من القيود والقواعد القانونية الأساسية. إذ لا بد أن يتم التحكيم في النطاق المسموح به قانوناً، وقد حدد المشرع الجزائري على سبيل الحصر المجال الذي يجوز لجميع أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم.

وما يهمننا في دراستنا هو لجوء الدولة أو إحدى هيئاتها والمتمثلة في الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إلى التحكيم، وبالتالي ما هي النزاعات الإدارية التي يمكن حلها بالتحكيم؟

وفي هذا الصدد تترجم إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم من خلال اتفاقية التحكيم التي تعتبر المرجعية التي تحدد كيفية تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات الواجب اتباعها أثناء سير خصومة التحكيم.

فمما سبق نجد أنه كقاعدة عامة لا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها العامة اللجوء إلى التحكيم إلا استثناءً في المجال المحدد لها قانوناً، مما يثار إشكال حول ما هو المجال المستثنى من هذا الحظر؟. كما أن اللجوء إلى التحكيم يتطلب إبرام اتفاقية التحكيم والتي تتضمن كيفية تشكيل محكمة التحكيم، فكيف يتم ذلك؟

للإجابة على هذه الإشكاليات سيتم التطرق في هذا المطلب إلى: مجال التحكيم (الفرع الأول) ثم مرجعية التحكيم (الفرع الثاني) وأخيراً تشكيل محكمة التحكيم (الفرع الثالث).

(1) أنظر ، حفيفة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 29.

الفرع الأول:

مجال التحكيم الإداري

بالنظر للتحوّل الاقتصادي والصناعي الذي واكبه ظهور الاحتكار الرأسمالي الذي يسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الربح بأقل تكلفة، وهو ما أدى إلى تدخل الدولة في جميع الميادين بعد الأزمة العالمية سنة 1929، والذي انعكس إيجابيا على العقود الإدارية¹.

فمع إنشاء المنظمة العالمية للتجارة أصبحت العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى تمثل جزءا أساسيا من الاقتصاد العالمي، الأمر الذي أعطى لها منظورا جديدا²، وذلك من خلال المشاركة المباشرة لأحد هذه الأشخاص في أشكال جديدة من العقود، وهو ما جعلهم في منافسة شديدة مع الأفراد والشركات الكبرى العملاقة³.

ولقد تأكدت في السنوات الأخيرة أهمية الدور الذي يؤديه التحكيم باعتباره وسيلة أساسية لحل النزاعات التي تكون أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، فقد أصبح التحكيم الإداري الوسيلة المثلى للفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية⁴.

بالإضافة إلى ذلك، فنظرا لتوسع دور الدولة أصبحت الأشخاص المعنوية العامة تبرم صفقات عمومية، والتي تعتبر وسيلة قانونية تهدف إلى عقلنة تكاليف التسيير العمومي⁵.

(1) أنظر، حورية بن أحمد، دور القضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-، الجزائر، 2010-2011، ص.02.

(2) أنظر، أحمد صالح علي مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.293.
(3) Cf .George CISTAC, Le renouvellement du rôle de l'état contractant le commerce international, D.P .C.I, France, 1996, p.167.

(4) عبد الوهاب قمر، مرجع سابق، ص. 190.

(5) أنظر، سناء بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم نموذجاً -، مذكرة ماجستير في القانون الادالاي والإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة-، الجزائر، 2010-2011، ص.03.

ويترتب عليها مجموعة من الحقوق والالتزامات إلى جانب السلطات المعهودة للإدارة لممارستها على المتعاقد من أجل تحقيق المصلحة العامة من جهة، وتنفيذ الصفقة العمومية وفقا للنصوص القانونية من جهة أخرى¹.

مما يترتب على ذلك اختلاف المركز القانوني للأطراف، إذ تبقى الإدارة في مركز قانوني أسمى مقارنة بالمركز القانوني للمتعاقد معها، إذ يبقى هذا الأخير متمتعاً بمجموعة من الحقوق والالتزامات والتي تقابلها مجموعة من السلطات غير المألوفة للإدارة².

وقد حرصت بعض التشريعات القانونية على تشجيع العروض المقدمة في الصفقات العمومية من خلال السماح باللجوء إلى التحكيم كأسلوب ودي لحل النزاعات الناشئة عنها³.

ولقد عملت الجزائر من أجل مواكبة هذه التطورات الاقتصادية إلى إحداث تغييرات عميقة في بنيتها الاقتصادية بهدف الانتقال من اقتصاد تقليدي يعتمد بصفة أساسية على قطاع الخدمات والأنشطة الزراعية إلى اقتصاد عصري تتداخل وتتكامل فيه الأنشطة المتميزة بتكثيف المبادلات بين فروع القطاع الواحد أو بين القطاعات الاقتصادية المتعددة، بحيث يؤدي ذلك إلى تنمية اقتصادية تتحقق بتوسيع المناهج الصناعية إلى جميع القطاعات الإنتاجية⁴.

وفي إطار تجدد وتوسع دور الدولة تجددت المشاكل القانونية المتعلقة بمدى جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم لحل نزاعاتها؟

ولقد عمل المشرع الجزائري على إيجاد حل لهذا المشكل القانوني من خلال إيجاد وعاء قانوني ينظم هذه المسألة، وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي حدد من خلاله المجال

(1) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص. 40 .

(2) عمار عوابدي، النشاط الإداري ، ج2، مرجع سابق، ص. 216 .

(3) من بينها التشريع الفرنسي الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية ولكن بصفة محدودة، إذ يتعلق الأمر بالمنازعات المتعلقة بتصفية النفقات في مجال عقدي الأشغال العامة، والتوريد فقط.

Cf . : René DAVID, op.cit,p. 248.

(4) قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 189-190.

الذي يجوز للأشخاص المعنوية العامة - بما فيها الأشخاص المعنوية العامة التي تعتبر النزاعات التي تكون طرفا فيها نزاعات إدارية ويختص القضاء الإداري بالنظر فيها - اللجوء إلى التحكيم.

فطبقا للمادة 975 من قانون الاجراءات المدنية والادارية يجوز لكل من الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية، وهو ما يتفق مع نص المادة 03/1006 من نفس القانون والتي نصت على أنه: "ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

فيستنتج من المادتين أعلاه أن المشرع الجزائري قد حسم الجدل الذي قد يثار حول طبيعة الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في المجال المحدد لها قانونا، هل هي إدارية أم صناعية أم تجارية؟

كما أنه بالنظر إلى أهمية نظرية الاختصاص في المادة الإدارية، فقد حدد المشرع صفة الشخص الذي يبادر إلى التحكيم إذا ما تم اللجوء إليه من أحد الأشخاص المذكورة من المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا طبقا للمادة 02/976 من نفس القانون، إذ يتم اللجوء إليه بمبادرة¹ من:

- الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة.
- الوالي عندما يكون التحكيم متعلقا بالولاية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يكون التحكيم متعلقا بالبلدية.
- الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية المتبوعة لها عندما يكون التحكيم متعلقا بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية.

(1) حيث نصت المادة 02/976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين:

- عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي، بمبادرة الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

- عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من السلطة الوصية التي يتبعها".

وهذا سواء تعلق الأمر بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، أو في مادة الصفقات العمومية¹. ولذلك يقتضي الأمر توضيح مجال التحكيم الإداري دراسة المقصود بكل من الإتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر (أولا) والصفقات العمومية (ثانيا).

أولا: المقصود بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر

فبالرجوع إلى أحكام المادتين 975 و 3/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فنجد أنه من بين الحالات التي يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 من ذات القانون أن تجري تحكيما في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

فما يلاحظ من هاذين النصين أن المادة 975 أعلاه ذكرت عبارة "الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر".

أما في المادة 03/1006 أعلاه فقد ذكرت عبارة "علاقتها الاقتصادية الدولية" عند تحديدها لنطاق لجوء الأشخاص المعنوية إلى التحكيم الدولي.

فبالتركيب بين أحكام هاتين المادتين نجد أن بإمكان الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية اللجوء إلى التحكيم، إذا تعلق الأمر بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في المجال الاقتصادي و المتضمنة اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع تطبيقا لتلك الاتفاقيات.

(1) وفي هذا الصدد نصت المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر لسنة 2010، ع58، المعدل والمتمم، على أنه: "لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية الا اذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير، فيما يخص صفقات الدولة.
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوالي، فيما يخص صفقات الولاية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية.
- المدير العام او المدير، فيما يخص المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري.
-

ويرجع السبب الرئيسي لقبول المشرع الجزائري للتحكيم في النزاعات الناشئة بين الأشخاص الاعتبارية العامة - على وجه الخصوص الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية الإدارية - وأطراف أجنبية، هو إعتبار التحكيم من الضمانات المقدمة من الدولة لتشجيع الاستثمار على التراب الوطني¹.

وهذا راجع إلى لجوء الجزائر إلى التعاقد مع أطراف أجنبية وشركات متعددة الجنسيات التي تتوفر لديها كل الوسائل من أموال (عملة صعبة) وإطارات تقنية وتكنولوجيات وتقنيات للتسيير وغيرها².

ثانيا: المقصود بمادة الصفقات العمومية

بإعتبار أن الصفقات العمومية³ التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة تثير في الواقع العملي عدة منازعات¹، لا سيما في حالة تعسف هذه الأخيرة في استعمال امتيازاتها . فقد تبرم الصفقات

(1) تعرف الاستثمارات الأجنبية بأنها: "امتلاك أحد الأفراد أو المؤسسات في دولة ما لأصول تعمل في دول أخرى وذلك سواء كان بحق أو دون حق في إدارة تلك الأصول، وسواء كان ذلك لفترة قصيرة أو طويلة وغالبا ما تكون طويلة الأجل، وذلك سعيا وراء ربح أوفر أو عمالة أرخص، أو لفتح أسواق جديدة وعادة ما تقتزن هذه الاستثمارات بعائد عليها". أنظر، عصام عمر مندور، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل المتغيرات الاقتصادية الدولية، دار التعليم الجامعي، مصر، 2010، ص. 10.

(2) أنظر، عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتح في اليد بالجزائر، د. م. ج. الجزائر، 1989، ص. 05.

(3) لقد تطرق المشرع الجزائري لتعريف الصفقات العمومية لأول مرة بموجب الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر في ج.ر لسنة 1967، ع52، حيث نصت المادة 01 منه على ما يلي: "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

بعد ذلك صدر مرسوم رقم 82-154 المؤرخ في 13 أبريل 1982 المتضمن صفقات التعامل العمومي الصادر في ج.ر لسنة 1982، ع. 15 . والتي نصت المادة 4 منه على ما يلي: "صفقات التعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود المبرمة وفق الشروط الواردة في المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد وتقديم الخدمات".

ثم بعد ذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 91-393 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية، إذ لم يتعد هذا الأخير عن سابقه إذ عرفها في المادة 03 منه على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة التشريع وفق الشروط في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة". والصادر في ج.ر لسنة 1991، ع. 57.

ليصدر بعد ذلك المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 والمتضمن الصفقات العمومية، و الصادر في ج.ر لسنة 2002، ع52 . إذ نصت المادة 03 منه على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

العمومية بطرلقة سلممة من الناحلة القانونية موافقة لملل اللأراءات القانونية ، إلا أنه أثناء مرللة اللنفلذ الللللها مملوعة من الإشكالللال قد اللؤءل الل قلال نزالع بلن أطرافها ، وفل هذله اللالة نصت المالة 01/115 من المرسوم الرئاسل رقم 10-236² والمعدلة بمولب المرسوم الرئاسل رقم 12-23³ ، بقولها أنه : " لسوى اللزاعال اللل الللرأاً عنء اللنفلذ الصلقله فل إطار اللللكام الللرلقله واللنظلمللة المعمول بها "

فباللقرأاء نص هذله المالة نلء انه بالإمكان الل الللوء إلى اللللكلم للسوىة اللزاعال النالشة عن اللنفلذ الصلقلال العمومية ، وذللك الللقللا لأللكام الماللللن 975 و 03/1006 من قانون اللأراءال المءنللة والإءارللة.

أما فلما بلخص اللزاعال الللقله بكلفللة أبرام الصلقله العمومية فلمكن لللمللهد أن بلللل على الللار اللل قامل به المصللله الللقله عن طرلقل الطعن القضاالل أو عن رفع الطعن أمام للنة الصلقلال المللللة⁴.

من الللال ما سلقل نلء أنه بلمكن أن الللأا الءولة أو إءل هللألها العامة إلى اللللكلم فل اللزاعال الللقله باللنفلذ الصلقلال العمومية أو الللقله بالاللقاللال الءولللة اللل صاءقل عليها اللزائر ، نلرا لما اللللملر به من مزالل عدة من بللنها اللرللة ارالءة اللطراف والللرر من القلوء الللرلقله وبلساطه اللأراءال ، وللرر اللرللس ذلك من الللال الللءلء مرللعلته.

وقء اللم إلاء هذال المرسوم بمولب المرسوم الرئاسل رقم 10-236 المألرل فل 07 أكلوبر 2010 الللقل بالصلقلال العمومية الصالر فل ل.ر.للسنة 2010 ، ع. 58 . الللل نصت المالة 04 منه على أنه : " الصلقلال العمومية عقلوء مكلوبة فل مفهول الللرلقل المعمول به ، اللرر وقل الشرول المنصول عليها فل هذال المرسوم ، قصل انلأال الأشغال و اقلاء اللولزم و الللءام والءراسل للساب المصللله الللقله " .

(1) أنظر ، عبء العالل اللللة ، منازعال الصلقلال العمومية ، للة المنءل القانولل ، للة فصلللة ، لامة بسلرلة ، اللزائر ، 2006 ، ع. 03 ، ص. 40 .

(2) المألرل فل 7 أكلوبر 2010 والللملنن اللنظلم الصلقلال العمومية ، ل.ر.للسنة 2010 ، ع. 58 .

(3) . المألرل فل 18 بلالبر 2012 ، المعدل والملم للمرسوم الرئاسل الللملنن اللنظلم الصلقلال العمومية ، ل.ر.للسنة 2012 ، ع. 04 .

الفرع الثاني:

مرجعية التحكيم

لم يحظ أي اتفاق من الاتفاقات الخاصة في الآونة الأخيرة بمثل ما حظيت به اتفاقية التحكيم من عناية واهتمام¹، ولم يقتصر هذا الاهتمام على التشريعات الوطنية، بل شمل أيضا المعاهدات الدولية.

ويرجع السبب الأساسي لهذا الاهتمام هو اعتبار أن اتفاقية التحكيم هي المحرك الذي يستند إليه لحل النزاعات بطريق التحكيم.

ولكون أن مجال التحكيم الإداري محصور في العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، فيكون لجوء الأشخاص المعنية إليه بمقتضى اتفاقيات التحكيم.

وفي هذا الصدد نبين مرجعية التحكيم في المجال الداخلي والدولي، وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع من خلال دراسة كل من مرجعية التحكيم الداخلي (أولا) ثم مرجعية التحكيم الدولي (ثانيا).

أولا: مرجعية التحكيم الداخلي:

لم يميز قانون الإجراءات المدنية (الملغى) من حيث المرجعية بين التحكيم المبني على شرط التحكيم والتحكيم القائم على الاتفاق²، حيث كانت المادة 443 منه تنص على أنه: "يحصل الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين الذين يختارهم، ويثبت الاتفاق إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي".

(1) حفيفة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في، مرجع سابق، ص. 115.

(2) لقد انتقد "محمد كولا" عدم التمييز بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم إذ اعتبر أنه: "كان من الأولى بالمشروع الجزائري المرور بهذه المرحلة (الكلاسيكية)، فإن كانت الدول الأخرى قد عرفت هذا التمييز وذلك نتيجة لتجذر التحكيم في أنظمتها القانونية تجاوزت هذه التفرقة، فإن الحال ليس كذلك بالجزائر...". للمزيد راجع، محمد كولا، مرجع سابق، ص. 97 - 98.

إلا أنه بموجب قانون الإجراءات المذنية والإلمارية تدارك المشرع الجزائري هذا النقص من خلال تبيان أن مرجعية التحكيم الداخلي قد تكون شرط أو إتفاق التحكيم¹.

ويمكن تعريف شرط التحكيم بأنه: "الإتفاق مقدا في عقد ما على اخضاع المنازعات التي تنشأ عنه في المستقبل للتحكيم ويرد كشرط من شروط هذا العقد أو كاتفاق منفصل"².

كما تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف شرط التحكيم من خلال المادة 1007 من قانون الإجراءات المذنية والإلمارية، إذ عرفه على أنه: "شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

فيستخلص من نص هذه المادة أن شرط التحكيم هو اختياري لا يفرضه المشرع على الأطراف بل اشتراطه مرتبط بإرادتهم، وذلك لتسوية للنزاعات المستقبلية التي تثور حول العقد وتنفيذه في إطار الحقوق المتاحة لهم بموجب المادة 1006 من ذات القانون.

وعليه فيإمكان الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى شرط التحكيم في حالة إبرام الصفقات العمومية الوطنية.

ويشترط في شرط التحكيم تحت طائلة البطلان طبقا للمادة 1008 من قانون الإجراءات المذنية والإلمارية ما يلي³:

(1) وذلك بموجب الفصل الأول المعنون بـ "في اتفاقيات التحكيم" من الباب الثاني المعنون بـ "في التحكيم"، حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة أقسام ويتعلق بالقسم الأول بـ "في شرط التحكيم" والقسم الثاني فيتعلق بـ "في إتفاق التحكيم"، أما القسم الثالث فيتعلق بـ "أحكام مشتركة".

(2) أنظر، حسن المصري، مرجع سابق، ص. 62.

(3) فقد نصت المادة 1008 من قانون الإجراءات المذنية والإلمارية على أنه: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند لها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفية تعيينهم".

أن یرد بالكتابة فی صلب الإتفاقیة الأصلیة أو فی الوثیقة التابعة لهذا العقد ولو كانت منفصلة عنه مادیاً، ولا یؤثر ذلك فی وصفه شرط التحکیم، ما دام الاتفاق علیه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بین الخصوم¹.

- أن یتم اثباته كتابة، وبالتالي تعتبر الكتابة شرط انعقاد وكذلك شرط اثبات.
- أن یتضمن شرط التحکیم تعیین المحکم أو المحکمین، أو تحدید کیفیات تعیینهم.

فالملاحظ أن المشرع لم یشرط أن یتضمن شرط التحکیم موضوع النزاع قبل نشوئه. كما أنه لم یشر إلى إبرام التحکیم عن طریق وكالة من الطرف الأصلي أو المعنی بالعقد، وهو علی خلاف المشرع المصري الذي لم یجز إبرام شرط التحکیم من طرف الوکیل ولو كان محامياً إلا عن طریق وكالة خاصة وذلك طبقاً للمادة 76 من قانون المرافعات المصري².

أما بخصوص اتفاق التحکیم، فقد أعطیت عدة تعریفات بشأنه مفهومه ومن بينها وهو أنه: " تصرف قانونی مستقل یتخذ شكل اتفاق مكتوب و یحدد فیه الأطراف موضوع النزاع وأسماء المحکمین ومكان وإجراءات التحکیم، وقد یحددون كذلك القانون الذي یطبقه المحکمون وعادة ما یكون اتفاق التحکیم لا حقا علی نشوب النزاع"³.

ولقد عرف المشرع الجزائري اتفاق التحکیم بموجب المادة 1011 من قانون الإجراءات المئنیة والإلماریة، وذلك بقولها علی أنه: " اتفاق للتحکیم هو الاتفاق الذي یقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه علی التحکیم".

فنستنتج مما سبق أن اتفاق التحکیم یرم بعد نشوء النزاع وليس قبله وإلا كنا بصدد شرط التحکیم، وهو الأمر الذي انتهجه المشرع فی التمییز بین إتفاق و شرط التحکیم.

(1) أنظر، محمود السید عمر التئیوی، طبیعة شرط التحکیم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعی، مصر، 2003، ص. 37.

(2) أشار إليه، محمود مختار أحمد بریری، التحکیم التجاري الدولي، ط03، دار النهضة العربیة، مصر، 2004، ص. 58.

(3) محمد كولا، مرجع سابق، ص. 93.

كما أنه يجوز للأطراف الإتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية، وذلك طبقا للمادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية¹، وبالتالي لا يوجد توقيت محدد يلزم للأطراف باللجوء إلى التحكيم².

ويشترط في اتفاق التحكيم الشروط الآتية:

« إذ لا بد أن يكون الاتفاق كتابيا³، وهو ما نصت عليه المادة 01/1012 من نفس القانون بقولها: "يصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".

« كما اشترط المشرع في البيانات الواجب توافرها تحت طائلة البطلان، ذكر موضوع النزاع الذي يتم اللجوء إلى التحكيم بشأنه، وإن لم يكن هذا الأمر مطلوباً في شرط التحكيم لاستحالة ذلك نظراً لأن شرط التحكيم يبرم قبل قيام النزاع فلا يمكن معرفة موضوعه، وهو على خلاف اتفاق التحكيم لكونه يبرم بسبب قيام النزاع أين يتم التعرف على موضوعه.

وأيضاً يشترط ذكر أسماء المحكمين وكيفية تعيينهم .

ثانياً: مرجعية التحكيم الدولي:

لقد تطرق المشرع إلى تنظيم اتفاقية التحكيم في المجال الدولي بمقتضى المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية، وذلك بقولها على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن ترم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

(1) فقد نصت المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه: "يجوز للأطراف الإتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية...".

(2) عادل بوضيف، مرجع سابق، ص. 383.

(3) وهو ما نصت عليه المادة 01/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بقولها: "على كل دولة من الدول المتعاقدة أن تعترف بالاتفاقيات الخطية التي يوافق الفرقاء فيها على أن يحيلوا إلى التحكيم أية منازعات تكون قد نشأت أو التي يمكن (أن تنشأ) بينهم ويكون لها مساس بعلاقات قانونية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية وذلك فيما يتعلق بأي نزاع يمكن تسويته بطريق التحكيم".

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".

وعليه ، يقتضي شرح أحكام المادة 1040 أعلاه الحديث عن جملة من المسائل المتعلقة بالجانبين الشكلي والموضوعي لاتفاقية التحكيم، وذلك على النحو الآتي:

أ- فمن الجانب الشكلي :

- نجد أن اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات القائمة والمستقبلية، إذ لم يميز المشرع من الجانب الشكلي بين شرط التحكيم وإتفاق التحكيم، وإنما اكتفى فقط بالنص على "اتفاقية التحكيم" بصفة عامة.

- ترد اتفاقية التحكيم كتابة، إذ تعتبر هذه الأخيرة شرط للانعقاد بدليل أن الجزاء المترتب على تخلفها يتمثل في البطلان، ويشمل هذا البطلان اتفاقية التحكيم وليس العقد الأصلي المنظم للعلاقات التجارية بين الأطراف¹.

(1) ويعتبر عدم ارتباط مصير اتفاقية التحكيم مع العقد الأصلي من الآثار القانونية المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم. والواقع أن نطاق هذه القاعدة قد أثار الكثير من الجدل، إذ يرى جانب من الفقه إلى القول بأن إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، فإنه مع ذلك، وعلى العكس ما تقدم يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه.

للمزيد راجع: Emmanuel Gaillard, Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international , Rev.Arb, 1990, p.759.

غير أن بعض الفقه يميل إلى عدم التسليم بمبدأ استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك على أساس أن المحكم يستمد سلطته للفصل في النزاع من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم . غير أن الرأي الراجح يميل إلى الاعتراف بمبدأ استقلالية إتفاقية التحكيم ، وذلك حرصا على فاعلية التحكيم للمزيد راجع ، بن عليين سهلة ثاني ، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية ، مجلة دراسات قانونية ، مجلة سداسية ، صادرة عن مخر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق ، جامعة أوبوكر بلقايد -تلمسان -، الجزائر، 2007، ع04، ص188.

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذه التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه وضعها القضاء الإنجليزي المعادي لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم بين فكري البطلان والانعدام التفرقة لا داعي لها، إذ كما هو معروف تعد التفرقة بين فكري البطلان والانعدام من الأمور الشائكة، وفي جميع الأحوال فكرة الانعدام ذات تطبيق استثنائي.

للمزيد راجع :

Fauchard GOLDMAN, «Traité de l'arbitrage commercial international », Edit. Litée, France, 1996, p.60.

- كما أنه بإمكان إبرام اتفاقية التحكيم بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات كتابة، وقد تبني المشرع الأسلوب وذلك نظرا للتطور الهائل في مجال الاتصالات ومن بينها شبكة الإنترنت، إذ أصبح إبرام الاتفاقات والعقود يتم الكترونيا، مما أدى إلى ظهور ما يعرف بـ "التحكيم الإلكتروني"¹، الذي يعتبر وسائل الاتصال المشار إليها بنص المادة 1040 أعلاه.

ب- من الجانب الموضوعي:

تنصرف الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم إلى الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون في كل اتفاق من رضا وتوجه هذه الإرادة إلى اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الإدارية. إذ لا بد أن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، فالنظر إلى توفر هذه العيوب من عدمها مرده القانون الذي يحكم اتفاقية التحكيم. فمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لم تحرز في بداية الأمر على اهتمام الفقه والقضاء، إذ أن الكل كان منشغلا بالمسألة الأولية والمتمثلة في مدى صحة اتفاق التحكيم ذاته في العقود الإدارية باعتباره الدفع الأول الذي كان الأطراف يدفع به للتوصل من اتفاق التحكيم. إلا أنه منذ أن أصبحت التشريعات المختلفة تجيز اللجوء إلى التحكيم في إطار العقود الإدارية، فإن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود قد أصبح المشكلة الأساسية التي تحتل مكانة الصدارة، وفي هذا الصدد ظهرت فرضيتين:

الفرضية الأولى: تتمثل في حالة بروز خلاف حول تكييف العقد، هل هو عقد إداري أم لا؟

(1) يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني على أنه: "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وهو يكتسب صفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها، حيث تتم بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين". أنظر، عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 21. وقد عرف عرف هذا النوع من التحكيم انتشارا في مجال عقود التجارة الإلكترونية والتي بأية وسيلة إلكترونية، وإن كانت الوسيلة الأكثر فعالية حاليا هي الإنترنت. للمزيد راجع، مريم خليفي، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، 2011-2012، ص. 16-18.

الفرضية الثانية: تتمثل في حالة اختيار مسبق من قبل الأطراف لنظام قانوني لدولة معينة ليحكم العقد الإداري.

مما يثير التساؤل حول تطبيق قواعد القانون الإداري التي يتضمنها هذا القانون أم القواعد القانونية الخاصة بعقود التجارة الدولية؟

ويعتبر القانون الواجب التطبيق هو ما يرتضي أطراف التحكيم تطبيقه على النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم، وتكون هذه الأخيرة ملزمة بتطبيق أحكام هذا القانون، كما يكون الأطراف ملزموين بذلك¹.

ويتم اختيار القانون الواجب التطبيق بإحدى الطرق التالية:

1- اختيار القانون الوطني لدولة معينة:

قد يلجأ المحكم أو المحكمين إلى تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف التحكيم²، وفي حالة مخالفة ذلك فإن العديد من التشريعات المقارنة تحول لأطراف التحكيم رفع دعوى بطلان ضد حكم التحكيم المتخذ وفقا لأحكام غير أحكام القانون المختار³، في حين يخول المشرع الجزائري طرق الطعن في هذا الحكم الصادر خلافا لقانون المختار للمعنيين بخصوصية التحكيم.

وفي حالة اختيار الأطراف في مجال المنازعات الإدارية للقانون الواجب التطبيق فيجب على المحكم الالتزام بأحكامه، فلا يجوز استبعاده وتطبيق قانون آخر. وعليه فيمكن للأطراف التعبير عن إرادتهم في اختيار قانون الدولة التابع لها أحدهم، أو قانون وطني لدولة أخرى (أي قانون محايد بالنسبة

(1) أنظر، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص. 292.

(2) يرى جانب من الفقه أن اختيار القانون الوطني لدولة معينة يعني اختيار قواعد اسناد هذا القانون المختار لأن اختيار القانون لا يميز بين اختيار القواعد الموضوعية وقواد الإسناد فيه إلا أن الرأي الغالب لدى الفقه يعتبر أن الاختيار مقصور على القواعد الموضوعية، وفي حالة اختيار قواعد الإسناد لابد من الإشارة إلى ذلك بشكل صريح. للمزيد راجع، خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، ط 01، دار الشروق، مصر، 2002، ص. 259-262؛ سناء بولقواس، مرجع سابق، ص. 25.

(3) أنظر، حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للإستثمارات، أطروحه دكتوراه في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة أوبوكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، 2005-2006، ص. 25.

للطرفين). إلا أنه في أغلب الحالات تحرص الدولة لاعتبارات متعلقة بالسيادة أثناء إبرام العقد مع الطرف الآخر على ضرورة أن يتضمن العقد شرطاً يتم وفقاً له تطبيق قانونها الوطني¹.

2- ترك الاختيار لهيئة التحكيم:

قد يترك أطراف التحكيم الاختيار لهيئة التحكيم من أجل اختيار القانون الواجب التطبيق أو النظام القانوني الذي يتعين اتباعه من أجل حل النزاع القائم بينهم. ويرى البعض أن عدم تحديد القانون الواجب التطبيق وإعطاء حرية أكبر للمحكم في تحديد هذه القواعد من شأنه أن يؤدي إلى إهدار الحقوق وعدم تحقيق أكبر قدر من الرقابة على هيئة التحكيم².

3- اختيار القانون المنظم لموضوع النزاع:

إن عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يرجع عادة إلى عدم خبرة الأطراف المتعاقدة أو عدم رغبتهم في إثارة خلاف حول تحديد هذا القانون الذي قد يطيح باتفاق التحكيم ذاته.

ويشكل عدم تحديد القانون الواجب التطبيق مشكلة كبرى، حيث يقع على محكمة التحكيم عبء اختيار هذا القانون الذي لم تحدده الأطراف المتنازعة. فالقاعدة العامة في هذه الحالة أن المحكم يتمتع بحرية وسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دائماً بل مقيدة بتطبيق قانون ملائم ذو صلة قوية بالعقد موضوع النزاع³.

ولقد اختلف الفقه حول القانون الذي يحكم عقد الدولة في حالة انعدام اختيار المتعاقدين لنظام قانوني بحكم هذا العقد، فضلاً عن انعدام لأية إشارة تفيد تطبيق أي نظام قانوني عليه.

(1) أنظر، حسن سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص. 484.

(2) من بين أصحاب هذا الموقف على سبيل المثال: عبد الوهاب قمر، مرجع سابق، ص. 267.

(3) إذ يرى جانب من الفقه أنه في حالة عدم إختيار القانون الواجب التطبيق، تلتزم هيئة التحكيم بإختيار هذا القانون ليس من خلال قواعد التنازع، ولكن من خلال المفاضلة بين القوانين لتحديد الأوثق صلة بالنزاع. للمزيد راجع، أبو زيد رمضان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 1988، ص. 06. أشار إليه، بن علي بن سهلة ثاني، مرجع سابق، 207.

ولقد وضعت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر سنة 1929 قرينة لصالح الدولة المتعاقدة مقتضاه أن: "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون"¹.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نظم مسألة انعدام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، من خلال نصه في المادة 2/1040 أعلاه على أن "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها...أو القانون المنظم لموضوع النزاع...".

فنجد عبارة " القانون المنظم لموضوع النزاع" هي إشارة ضمنية إلى تطبيق قواعد القانون الإداري على العقود الإدارية².

إلا أنه لم ينص بشكل صريح على تطبيق القانون الوطني (الإداري) - في حالة عدم اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق - على العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها العامة³.

وفي الأخير يؤدي مبدأ نسبية اتفاقية التحكيم، بوصفها مجرد عقد مبرم بين أطراف محددة إلى عدم ترتيب آثاره إلا بالنسبة للأشخاص التي قامت بالتوقيع عليه، ولا يستند هذا التفسير المضيق لآثاره على مبدأ نسبية العقد فقط، ولكن يستند أيضا على الطبيعة الخاصة لموضوع الاتفاق.

وقد تلجأ الأشخاص المعنوية العامة التابعة للدولة إلى التحكيم، مما يثار التساؤل حول مدى إلزامية هذا الاتفاق للدولة التي تتبعها هذه الأشخاص. بمعنى هل يجوز مخصصتها أمام هيئة التحكيم بشأن العقود المبرمة من طرف أحد أجهزتها والتي لم تكن طرفا فيها؟

(1) أشار إليه ، عبد الوهاب قمر، مرجع سابق، ص. 267.

(2) وفي هذا الصدد ثار جدل فقهي حول وجود ما أصبح يعرف بالعقد الإداري ذو الطابع الدولي ، فقد ذهب الرأي المعارض لوجوده أن القانون الدولي لا يعرف أساسا العقود الإدارية خاصة وجودها مرتبط بوجود قضاء دولي مستقل .

بينما ذهب الرأي المؤيد لوجودها إلى أن العقود التي تبرمها الدولة هي عقود إدارية حتى لو كانت في شكلها وليس في جوهرها تظهر عقود خاصة .فالعقد الإداري ذو الطابع الدولي موجود وان كانت بعض الشروط غيرت من طبيعته القانونية. للمزيد راجع ، محمد عبد الكريم عدلي ، النظام القانوني

للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - ، الجزائر ، 2010-2011 ، ص. 275-290.

(3) المرجع السابق، ص. 269.

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي الإشارة إلى أن مسألة امتداد اتفاق التحكيم في مواجهة الغير لا محل لإثارها إلا إذا كان هذا الغير متمتعاً بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع العقد، ففي هذه الحالة فقط تنور فكرة الأثر النسبي لإتفاق التحكيم¹.

أما إذا كان الغير الذي لم يوقع على الاتفاق لا يتمتع بأية شخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع الاتفاق فإنه لا معنى للحدث عن الأثر النسبي لاتفاق التحكيم بالنسبة للغير، لكونه بالرغم من أنه لم يوقع على اتفاق التحكيم فإنه لا يعتبر من الغير لعدم تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي أبرم العقد.

مما سبق نستنتج أنه إذا كان أحد الأشخاص المعنوية العامة متمتعاً بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، ففي حالة لجوئه إلى التحكيم فإن اتفاق التحكيم لا يسري أثره بالنسبة للدولة. كما أنه كقاعدة يخضع اختيار محكمة التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة ويتم التعبير عن ذلك من خلال مرجعية التحكيم، فكيف يتم ذلك؟

الفرع الثالث:

تشكيل محكمة التحكيم

تعتبر عملية إختيار هيئة التحكيم من العمليات المهمة التي تسبق البدء بإجراءات التحكيم، وذلك بالنظر للدور المحوري الذي يقوم به المحكم أثناء سير إجراءات الخصومة التحكيمية بين الخصوم.

فيمكن تعريف المحكم بأنه: " الشخص الذي اتفق الخصوم على إحالة النزاع القائم بينهم إليه للفصل فيه دون المحكمة المختصة"².

فكقاعدة عامة إن تشكيل محكمة التحكيم يحكمها مبدئان أساسيان وهما:

(1) cf. : André CHAPELLE, L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales (Groupe de sociétés ; Interventions d'états), Rév. Arb, , 1988, p. 475.

(2) أنظر، أسعد فاضل منديل، أحكام التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة -، منشورات زين الحقوقية، دار نبور، الأردن، 2008، ص. 108.

- مبدأ حرية اختيار محكمة التحكيم:

إذ لا بد أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار هيئة التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين، فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه. فالثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته وحياده من بواعث الاتفاق على التحكيم¹.

- مبدأ المساواة بين أطراف التحكيم في اختيار المحكمين:

ويقصد بهذا المبدأ أن لا يكون لأحدهم أفضلية على البقية، فمثلا لا يجوز أن يسند إلى طرف معين اختيار أعضاء هيئة التحكيم دون الأطراف الأخرى.

وفي حالة لجوء أحد أشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم يقتضي تشكيل محكمة التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي هذا الصدد نميز بين الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي ضمن المواد 1014 إلى 1017 منه، والأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي ضمن المواد من 1041 إلى 1042 من نفس القانون بشأن تشكيل هيئة التحكيم.

وهو ما سيتم دراسته في هذا الفرع من خلال التطرق إلى كيفية تعيين هيئة التحكيم (أولا) ثم الشروط الواجب توافرها في المحكم (ثانيا).

أولا: كيفية تشكيل محكمة التحكيم

باعتبار أن التحكيم طريق ودي لحل النزاعات الإدارية، يتم تشكيل محكمة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف، وفي حالة ظهور صعوبة في التشكيل يتدخل القضاء بتقديم المساعدة في ذلك سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي.

(1) أنظر، عامر فنجي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص. 76.

أ- ففي التحكيم الداخلي:

فبالرجوع إلى أحكام المادتين 02/1008 و 02/1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، نجد أن يتضمن شرط أو اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان تعيين هيئة التحكيم، أو تحديد كفيات تعيينهم.

وإذا اعترضت صعوبة ما في تشكيل محكمة التحكيم، يقوم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو محل تنفيذه بتعيين المحكم أو المحكمين، وذلك طبقاً للمادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

وبالتالي في حالة التحكيم الإداري الداخلي، يوجه طلب تعيين المحكم من الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمة التعجيل وذلك طبقاً للمادة 1010 من نفس القانون³ إلى رئيس المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو محل تنفيذه.

كما أن طلب تعيين المحكم أو محكمين عن طريق القضاء يكون بناء على دعوى قضائية لكونه الطريق الأصلي في اللجوء إلى القضاء، ما دام أن المشرع لم يسمي الطريقة التي يقوم بها الخصوم أو الخصم لرد المحكم.

فاللجوء إلى القضاء يتم بدعوى قضائية وما خرج عن ذلك يكون بناء على أمر على عريضة بموجب نص خاص لكونه ليس من الأعمال الأصلية لقاضي المحكم أو لرئيس المحكمة⁴.

(1) إذ نصت المادة 02/1008 أعلاه من نفس الإجراءات المدنية والإدارية أعلاه على أنه: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفيات تعيينهم".

كما نصت المادة 02/1012 من نفس القانون: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

(2) فقد نصت المادة 1009 من نفس القانون على أنه: "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 باطلاً أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين...".

(3) فقد نصت المادة 1010 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمة التعجيل".

(4) جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص. 124.

كما أنه لم يبين المشرع طبيعة العمل الصادر عن رئيس المحكمة بخصوص تعيين هيئة التحكيم، ومدى قابليته للطعن، مما يجعل البعض يعتبر أن الأمر يحمل على القواعد العامة، وكان من الأفضل أن يتطرق المشرع للأمر بقواعد قانونية تزيل اللبس عن ذلك.

ب- أما فيما يخص التحكيم الدولي:

فقد ترك لسلطان الإرادة تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم، وشروط عزلهم أو استبدالهم، وذلك بموجب المادة 1/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي إعتبرت أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

وفي حالة عدم ذكر كيفية تعيين هيئة التحكيم في اتفاقية التحكيم أو وجدت صعوبة في التعيين، فإن المشرع تدخل بمقتضى المادة 02/1041 من نفس القانون والتي نصت على أنه: "في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله 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 يجري في الخارج واختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

فيفيد نص هذه المادة بأن التحكيم الذي يجري على التراب الوطني فإنه مع ذلك يكون دوليا، فإنه في حالة عدم تعيين هيئة التحكيم أو حصول عراقيل جعلت تعيين المحكم غير ممكن أو تم تعيينه ولكن حدث طارئ أدى إلى التخلي عنه كالوفاة على سبيل المثال.

ففي جميع هذه الحالات، خوّل المشرع لمن يهمله التعجيل من أطراف التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة إقليميا، ومعيار هذا الاختصاص أن يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، ومصطلح

"التحكيم" يحمل أكثر من معنى فهو يشمل أطراف وموضوع النزاع وجهة التحكيم، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 02/1041 المحرر باللغة الفرنسية حيث نص على أنه:

« à défaut d'une telle désignation, et en cas de difficulté pour la désignation, la révocation ou le remplacement des arbitres, la partie la plus diligente peut

1-dans le cas ou l'arbitrage se situe en Algérie, saisir le président du tribunal du lieu de l'arbitrage » .

وبالتالي فعبارة "Saisir le Président du tribunal du lieu de l'arbitrage" تفيد بأن "الاختصاص يعود لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التحكيم".

أما إذا كان التحكيم الدولي يجري خارج الجزائر ويختار أطراف التحكيم القواعد القانونية الإجرائية المعمول بها في الجزائر فيتم رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر للفصل في إشكالية تعيين هيئة التحكيم.

كما نصت المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

فالملاحظ من نص هذه المادة أنها جاءت غامضة في ضوء نص المادة 1041 أعلاه التي فصلت في مسألة الاختصاص، لأن السؤال المطروح هو الغاية من تحديد محكمة أو جهة قضائية مختصة في اتفاقية التحكيم؟ خاصة أن هذه المادة وردت في القسم الثاني المتعلق ب "تعيين المحكمين"، مما يجعلنا نرجح أن دور المحكمة المقصود بنص المادة 1042 هو لتعيين المحكم أو المحكمين.

فبالرجوع إلى أحكام المادة 02/1041 في بندها الأول اعتبرت أن اختصاص المحكمة معقود لها بمكان التحكيم، وبالتالي جعل المشرع مكان التحكيم مرتبطاً إما بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، وبذلك يكون نص المادة 1042 أعلاه منسجم مع نص المادة 1041 أعلاه دون أن يشكل ذلك تعارض بين أحكام المادتين خاصة وأنهما متعلقتين بطريقة تعيين المحكم أو المحكمين¹.

(1) عادل بوضياف، مرجع سابق، ص. 425.

فإذا كان التحكيم الإداري دوليا، يتم اللجوء إلى الجهات القضائية الإدارية فيما يخص اشكاليات تعيين المحكمين وذلك بالتوليف بين نص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و أحكام المادتين 1041 و 1042 من نفس القانون، فإنه يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي:

☞ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التحكيم، سواء تعلق الأمر بمكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

☞ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وفي الأخير فالملاحظ مما سبق، أن هناك تغييرا أساسيا طرأ على موقف المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالمقارنة مع موقفه في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى) والذي كان يلزم القاضي عند مراجعته بتعيين المحكم في التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الطرفين¹. ويبدو أن هذا القيد لم يعد واردا بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ أصبح بإمكان القاضي أن يقوم بتسمية محكم ثالث من جنسية أحد الأطراف.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحكم

قد نصت معظم التشريعات على الشروط الواجب توافرها في المحكم، إلا أنها اختلفت فيما بينها في كيفية تحديد هذه الشروط، وذلك تبعا للغاية والحرص من هذا المشرع أو ذاك لإنجاح التحكيم وتجنب الرجوع إلى القضاء من جديد لطرح النزاعات وهو ما يؤدي إلى هدر للوقت وإرهاق أطراف النزاع.

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد نص على بعض الشروط الواجب توافرها في المحكم، وترك البعض الآخر لسلطان الإرادة لتقرير ذلك.

وهو ما سيتم دراسته في هذا البند من خلال ما يلي:

(1) وهو ما كانت تنص عليه المادة 458 مكرر 4 في فقرتها الأخيرة بقولها: "إذا دعي القاضي إلى تعيين محكم مرشح، وجب أن يكون هذا الأخير من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف".

أ- الطبيعة القانونية للشخص الذي تسند له مهمة التحكيم:

سمح المشرع الجزائري بإسناد مهمة التحكيم إلى شخص طبيعي أو معنوي.

أ- فإذا كان التحكيم داخليا:

فطبقا للمادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية¹، تسند مهمة التحكيم إلى شخص طبيعي متمتعا بجميع حقوقه المدنية². أما إذا تم تعيين شخص معنوي، فيتولى هذا الأخير تعيين عضوا أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

إلا أنه حصر دور الشخص المعنوي بتسمية المحكم أو محكمين من أعضائه دون أن يتولى تحديد إجراءات الخصومة التحكيمية أو إصداره حكم التحكيم، فعلى سبيل المثال: إذا تم تسمية منظمة مهنية فإنها تقوم بتعيين محكمين من أعضائها وبذلك ينتهي دورها، ولا تقوم بتنظيم إجراءات التحكيم. كما ليس بإمكانها أن تعين محكما من غير أعضائها³.

أما إذا كان التحكيم دوليا، فقد ترك قانون الإجراءات المدنية والإلمارية الحرية للأطراف في اختيار شخص طبيعي أو معنوي. وفي حالة تعيين الشخص المعنوي هو الذي يجب أن ينظر في النزاع ويصدر حكم التحكيم.

ب- عدد المحكمين:

قد تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد فهنا لا يوجد أي إشكال أما في حالة تعدد المحكمين فقد تدخل المشرع الجزائري ووضع قيد على هذا العدد في التحكيم الداخلي، وترك ذلك لسلطان الإرادة في حالة التحكيم الدولي.

(1) فقد نصت المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه: "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 بصفته محكم".

(2)

(3) عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص. 75.

I. فإذا كان التحكيم داخليا، ففي حالة لجوء أحد أشخاص القانون العام إليه فيتم تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد من المحكمين بعدد فردي دون أن يضع حد أقصى لهذا العدد وذلك وفقا لأحكام المادة 1017 من قانون الاجراءات المدنية والادارية. كما أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب على الإخلال بهذه المادة - أي في حالة تشكيل محكمة التحكيم بعدد زوجي من المحكمين - وذلك على خلاف التشريعات المقارنة والتي اشترطت أن يكون عدد المحكمين وترا تحت طائلة بطلان التحكيم¹.

فبأخذ المشرع للعدد الوتري للمحكمين يكون في هذه المسألة رجح نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، وذلك بهدف الوصول إلى حسم للتراع².

II. أما إذا كان التحكيم دوليا فقد ترك الأمر لسليطان الإرادة ولم يضع أي قيد على عدد المحكمين.

ج- قبول المحكم لمهمته:

ففي التحكيم الداخلي، لقد تطرق المشرع وفقا لأحكام المادة 01/1015 من قانون الاجراءات المدنية والادارية إلى قبول المحكم لمهمته، واعتبره شرطا لصحة تشكيل محكمة التحكيم، وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الآمرة الواجب الالتزام بها .

إلا أنه وفقا لأحكام المادة 03/1012 من ذات القانون إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من رئيس المحكمة المختصة ، فيترتب على ذلك أنه لا يمكن إجبار أحد على قبول مهمة التحكيم، بمعنى أنه من اختيار عضوا في محكمة التحكيم يكون مخيرا بين قبولها أو الامتناع عن القيام بها³.

(1) وهو ما جاء به المشرع اللبناني بموجب المادة 771 من قانون المرافقات اللبنانية . أشار إليه : مروان كركبي، القضاء والتحكيم - تنافس أو تكامل - مجلة المحامين تصدر عن نقابة المحامين في طرابلس، مجلة فصلية، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ع. 01، ص. 60.
(2) وذلك لأن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات ولا يمكن الحصول على ذلك دون أن يكون العدد فرديا.
(3) محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص. 330.

أما في حالة لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم الدولي، فإن المشرع لم يتطرق إلى هذه المسألة بل ترك الموضوع برمته لسلطان الإرادة¹.

د- يجب أن يكون المحكم محايدا:

يعتبر هذا الشرط من الشروط المهمة الواجب توافرها في المحكم، وذلك لكونه يمارس وظيفة القضاء الخاص أو "الاتفاقي"، فأهم ما يميز القضاء هو صفة الحياد التي يجب أن يمتاز بها لكي يطمئن الأفراد على حقوقهم عند اللجوء إليه²، وإلا فيجوز طلب رد المحكم من قبل الأطراف.

يقصد برد المحكم هو أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المثول أمام محكم معين في قضية معينة لتوفر أحد أسباب رده³.

ويرجع أساس للأخذ بهذا المبدأ كون أن العلاقة بين المحكم والخصم ليس عقد وكالة، فالمحكم ليس وكيلا عن الخصوم وإنما يعمل باستقلال عن إرادة الخصوم، ومن ثم وجب من إيجاد الوسائل التي تكفل استقلاله وحياده، وذلك احتراماً لمبدأ إجرائي أصيل وهو حق الدفاع⁴.

وقد عددت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أسباب الرد، وذلك بقولها: "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 استقلالته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

(1) فراح مناني، مرجع سابق، ص. 131.

(2) إذ يرى أحمد أبو الوفا أن: "القانون رسم للمحكم ما رسمه للقاضي في صدد حمايته لمظهر الحيادة الذي يجب أن يتحلى به، وإن كان كقاعدة عامة يتطلب غير ما تتطلبه في المحكم، لأن الأول يحمي مظهر العدالة في الدولة، بينما الثاني يحمي أساسا الحيادة في نطاق الخصومة القائمة أمامه". للمزيد راجع، أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص. 162.

(3) عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص. 98.

(4) عزمي عطية، مرجع سابق، ص. 216.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

في حالة التراع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كلفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن".

فيسنتج من هذه المادة أن المشرع قد حصر أسباب الرد¹، كما حصرها بالنسبة لرد القاضي فهذه الأسباب تتحقق في صورتين :

فالصورة الأولى: تتمثل في أن يحدث سبب الرد بعد إبرام اتفاق التحكيم أو بعد تعيين المحكم.

أما الصورة الثانية: فتتمثل في أن يكون سبب الرد موجودا من قبل، ولكن لا يعلم بها صاحب المصلحة أو لم يعلم بها إلا بعد الاتفاق على التحكيم وتعيين المحكم.

أما إذا كان سبب الرد موجودا قبل تعيين المحكم وكان الخصم عالما بها، فالقاعدة المستقرة في أغلب التشريعات أنه لا يجوز رد المحكم، وتبرير ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، فطالما أنه تم الاتفاق على شخص المحكوم بالرغم من وجود سبب من أسباب رده².

أما بخصوص الجهة التي يقدم طلب الرد أمامها، فيتم لأول وهلة أمام المحكم أو المحكمين مع تبيان سبب الرد ودلائله وذلك لبيان محكمة التحكيم من أجل الوقوف على صحته، كما يمكن للخصم الآخر من الوقوف على حقيقة سبب الرد وإبداء ما يراه مناسبا من ملاحظات.

(1) عادل بوضيف، مرجع سابق، ص. 386.

(2) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون.....، مرجع سابق، ص. 571؛ ويرى الأستاذ "محمود السيد عمر التحيوي" أنه من الجانب العملي يحدث كثيرا أن يختار أطراف التحكيم هيئة التحكيم من بين الأشخاص الذين قد تكون لهم مصلحة أدبية أو مادية في التراع. للمزيد راجع، محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم، د.م.ج، مصر، 2001، ص. 612-613.

وفى ءالة عدم أقءم مءكمة الأءكم ءلا لطلب الرء المقءم أمامها أو لم ىرد فى نءام الأءكم إءراء الأءوءة؁ فإن الطلب ىقءم إلى المءكمة المءءءة وءلك طبقا للماءة 1009 من قانون الإءراءاء المءنة والإءارة؁ وهى الءى ىقع فى ءائرة اءءصاءها مءل إبرام العءء أو مءل أنفىءه.

وبالأءمن فى نص الماءة 1016 أعلاه لا نءء النص بالألغة العربىة لا ىعبر عن نفس المعنى بالألغة الفرنسىة وإن كان هذا الأءىر ىعء أرمءة للأول فنءء أن الفصل فى طلب الرء المرفوع أمام المءكمة ىكون من اءءصاء القاضى ءون أفضىل لأى قاضى ىقصءه المءرع.

فى ءىن أن النص بالألغة الفرنسىة ىشىر إلى "le juge compétent"¹ وهو الأمر الذى ىءفعنا للءء عن القاضى المءءص؁ فبالرءوع إلى أءكام الماءة 1009 من نفس القانون الءى ءءءت المءكمة المءءة والقاضى المءءص والمءمءل فى رءىس المءكمة.

وبالأءلى ىكون رءىس المءكمة الإءارة مءءصا فى النظر فى طلب الرء وىفصل فىه بمءءب أمر ءىر قابل لأى طعن سواء بقبول الطلب وءء المءكم أو برفض الطلب ومن ثم الإبقاء على المءكم المءلوب رءه.

وقء ءهب البعض إلى أن هذا الأمر الصاءر هو عمل ولائى لا ءاءة لءسببىه².

وفى الأءىر؁ نءء أن أسباب الرء لىسء من النظام العام وبالأءلى ىمكن أءوءىءها من ءلال أوافق الاطراف على القبول بها³.

وكءلاصء لهذا الفرع؁ عند اللءوء إلى الأءكم ىتفق أطراف الأءاع سواء أعلق الأمر بأشءاص القانون العام أو الءاص على أءمىة هىئة الأءكم أو أءءىء طرىقة أءىنءها؁ ولكن قد ىءء أن ىءلكأ أو ىأوانى أءء الاطراف عن المساهمة بعء نشوء الأءاع؁ بءعىن هىئة الأءكم بهءف عرقلة انءلاق عملىة الأءكم؁ وهو ما باء مألوفاً فى الءانب العملى.

(1) Art 1016/04 de code procédure civil et administrative dispose que : « en cas de litige et si les parties ou le règlement d'arbitrage n'ont pas réglé la procédure de récusation , le juge compétent statue par ordonnance à la requête de la partie la plus diligente ».

(2) مءموء مءءار أحمد برىرى؁ مرءع سابق؁ ص.85.

(3) عبء المءمء الأءءب؁ قانون الأءكم الجزائرى الءءىء؁ مرءع سابق؁ ص.77.

لذلك وحرصا على انطلاق عملية التحكيم تدخل المشرع في هذا المجال وأعطى للطرف الراغب في البدء في التحكيم حق اللجوء إلى القضاء للمساعدة في ذلك. وتماشيا مع خصوصية النزاع الإداري يطلب أطراف التحكيم الإداري المساعدة من القضاء الإداري في تعيين هيئة التحكيم سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا.

المطلب الثاني:

قواعد سير خصومة التحكيم

يقصد بالخصومة هي: "مجموعة من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم أو ممثليهم، وذلك بهدف الحصول على حكم في موضوعها."¹

أما خصومة التحكيم فيمكن تعريفها على أنها: "مجموعة من الإجراءات المتتابعة التي يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم، ويساعدهم في ذلك هيئة التحكيم وفقا لنظام يرسمه الأطراف في اتفاق التحكيم، وقانون التحكيم، وقانون المرافعات، وتنتهي بصدور حكم في موضوعها، وقد تنتهي بغير حكم في الموضوع. وخصومة التحكيم أكثر مرونة من الخصومة القضائية، لأن هيئة التحكيم هي التي تنظم هذه الإجراءات أو هديا من اتفاق الخصوم، وهو ما نصت عليه معظم التشريعات، فالحكم غير مقيد بقواعد القانون الإجرائي إلا ما كان متعلقا بالنظام العام"².

وقد أخذ المشرع الجزائري بمصطلح "الخصومة التحكيمية" دون أن يميزها عن الخصومة القضائية لأنه لا طائل من التمييز بين الخصومتين³.

فبمجرد عرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا، أو من الطرف الذي يهمله التعجيل تنشأ خصومة التحكيم وتنتهي بصدور حكم فيها.

(1) أنظر، أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقا لقانون المرافعات وأراء الفقه وأحكام المحاكم، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.05.

(2) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص.576.

(3) عادل بوضياف، مرجع سابق، ص.390.

وما يهمننا في هذه الدراسة في حالة ما إذا كان أحد أطراف النزاع من أشخاص القانون العام، فما هي القواعد التي تحكم سير الخصومة التحكيمية؟ وما دور القضاء الإداري في هذه الحالة؟ للإجابة على ذلك سيتم دراسة قواعد سير خصومة التحكيم في هذا المطلب تنظيم إجراءات خصومة التحكيم (الفرع الأول)، ثم صدور حكم التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تنظيم إجراءات خصومة التحكيم

تقتضي دراسة خصومة التحكيم بعد نشأة النزاع وتام اختيار هيئة التحكيم ضرورة تتبع سير هذه الإجراءات من خلال المبادئ التي تحكم خصومة التحكيم (أولاً)، ثم كيفية إختيار الإجراءات في خصومة التحكيم (ثانياً)، ودور هيئة التحكيم في التحقيق (ثالثاً)، وأخيراً عوارض خصومة التحكيم (رابعاً).

أولاً: المبادئ الأساسية التي تحكم خصومة التحكيم

هناك مجموعة من المبادئ على هيئة التحكيم احترامها أثناء سير خصومة التحكيم، حتى في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح، وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

أ- مبدأ احترام حقوق الدفاع

أصبح هذا المبدأ من المبادئ العامة التي تعترف بها الأنظمة القانونية المختلفة، ويقصد بها "سلطة الخصم في استعمال كافة الوسائل والمكثات الإجرائية التي يقصد بها إثبات ما يدعيه، كما يشمل كيفية استعمال هذه المكثات والوسائل بواسطة المذكرات الكتابية والمرافعة الشفوية"¹. ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الإجرائية التي تميز العمل الإجرائي عن غيره من الأعمال، فهو مقرر للمدعي والمدعى عليه على حد سواء.

(1) أنظر، محمد عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص. 96.

ب- احترام مبدأ الواجهية

يعتبر هذا المبدأ من أهم تطبيقات مبدأ احترام حق الدفاع، ويقصد به أن يكون حكم هيئة التحكيم نتيجة نظر الخصوم، أي "تمكين الخصوم من الإجراءات المطروحة ووسائل اتباعها والحجج التي يقدمها كل خصم"¹.

ولم يذكر المشرع الجزائري مبدأ الواجهية في التحكيم الداخلي، لكنه يظل قاعدة أساسية في الأصول القضائية لا يمكن تجاهلها في إجراءات التحكيم الداخلي².

أما في التحكيم الدولي فقد نص المشرع صراحة على إبطال حكم التحكيم الدولي إذا لم يراع مبدأ الواجهية، وذلك طبقاً للمادة 01/1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³. وبالتالي كرّس هذا المبدأ وأعطاه مكانة أساسية في إجراءات التحكيم الدولي.

ج- مبدأ عدم جواز تدخل القضاء لتوجيه إجراءات التحكيم.

يقصد باستقلالية الإجراءات التحكيمية عدم امتزاجها بالإجراءات القضائية مع ما يقتضيه ذلك من نأي بالإجراءات التحكيمية عن رقابة المحاكم أو إمكانية تدخلها لتوجيه تعليمات أو أوامر إلى المحكمين⁴.

فالأمر يقتصر على مراقبة لاحقة يمكن أن تمارسها الجهة القضائية المختصة على حكم التحكيم لا غير⁵.

(1) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات، مرجع سابق، ص. 579.

(2) عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص. 93.

(3) حيث نصت المادة 01/1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

فقد نصت المادة 04/1056 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: إذا لم يراع مبدأ الواجهية".

(4) أنظر، أحمد الورفلي، الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، مجلة فصلية، أبريل 2010، ص. 06، ص. 182.

(5) وقد رفض جانب من الفقه هذه الرقابة، وقد اعتبرها تتعارض مع علة وجود نظام التحكيم ذاته، كما يعارض هذا الفريق إمكانية الطعن في حكم التحكيم أمام القضاء، ومن أصحاب هذا الرأي:

Perger, The international arbitrator's applications of precedents, journal of int.arbit, 1992, vol.4, p.09.

وفي ما عدا ذلك لا يكون للجهات القضائية علاقة مع محكمة التحكيم عدا ما يستوجهه الأمر من نظر على وجه الاستثناء في النزاعات المتعلقة بتشكيل هذه الاخيرة، ولا يمكن اعتبار أن هذا التدخل يصبح مدخلا في ما بعد للتعامل مع المحكم على أنه مساعد للقضاء، إذ يعتبر التحكيم "عدالة مختلفة" لها كيانها الخاص شأنها شأن القضاء الرسمي، فلا سلطة لأحدهما على الآخر خارج ما قرره القانون من أوجه التعاون بينهما في مادة الإجراءات الوقتية والتحفظية وفي ما يتعلق بقرارات المساعدة التي تمنحها المحاكم للتحكيم للحصول على الأدلة وتحقيق الدعوى. فلا يحق لأية جهة قضائية أن تتخذ أي نوع من الإجراءات التي من شأنها أن توحى بنوع من التبعية التي تريد فرضها على المحكم، من ذلك أنه لا يجوز للقضاء أن يجر نيابة على المحكمين أو أن يستجوبهم.

ثانيا: كيفية إختيار الإجراءات في خصومة التحكيم

إذا كانت الخصومة القضائية تبدأ انطلاقا من قيد الدعوى وإيداع عريضة افتتاحها على مستوى الجهات القضائية المختصة¹، فإن الخصومة التحكيمية تنشأ بإتخاذ أي إجراء سواء بحضور للخصوم أنفسهم أمام المحكم أو بإعلان أيا كانت صورته بحضورهم أو من الطرف الذي يهمله التعجيل وفقا لأحكام المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمله التعجيل".

فهذا الاختلاف يرجع أساسه إلى أن الإجراءات المتبعة أمام المحكمين لا تعتبر من قبيل الإجراءات القضائية، وذلك لكون أن الإجراءات حتى تعتبر قضائية يجب أن تتصل بخصومة قائمة أمام جهة قضائية².

إذ أن سلطان الإرادة هو الذي يحدد "الآجال والأوضاع" في إجراءات خصومة التحكيمية الداخلية، فإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن هذا الخيار، فإن الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات

أشار إليه، ممدوح عبد العزيز العتري، بطلان القرار التحكيمي الدولي -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص.256-257.

(1) يتم إيداع عريضة افتتاح الدعوى كقاعدة عامة من قبل المدعي أو من قبل الخصمين كاستثناء. للمزيد راجع، محمد زروقي، التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، محاضرة بتاريخ 2009/01/22. WWW.mjjustice.dz.

(2) فرح مناني، مرجع سابق، ص. 169.

القضائية هي التي تطبق، وبالتالي تطبق إجراءات المحاكمة القضائية وذلك طبقاً للمادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . وعليه في حالة التحكيم الإداري الداخلي إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات الخصومة التحكيمية فتطبق الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية بشأنها.

أما في حالة التحكيم الدولي فإن سلطان الإرادة هو الذي يحدد الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة أو يحيل على نظام تحكيمي أو قانون إجراءات بلد ما، فإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار فلا تطبق إجراءات المحاكمة القضائية، بل يعود ذلك إلى محكمة التحكيم التي يمكن لها أن تضع بنفسها الإجراءات أو تستند إلى قانون أو نظام تحكيم¹ ، وذلك طبقاً للمادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما أن هيئة التحكيم تستطيع عقد جلساتها في أي يوم ولو كان يوم عطلة رسمية، وفي أية ساعة ولو بعد ساعات العمل الرسمية، والقيء الوحيد المتطلب في هذا الشأن هو احترام مبدأ حق الدفاع، من خلال ضرورة إخطار أطراف التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر الهيئة عقدها قبل موعدها وقت كاف تقدره الهيئة نفسها حسب الظروف².

وكذلك لهيئة التحكيم - عند عدم اتفاق الأطراف - أن تعين مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان للأطراف، ولكن ذلك لا يخل بحق الهيئة في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات سير خصومة التحكيم مثل: سماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على المستندات وما إلى ذلك من الإجراءات.

فلا يؤثر اجتماعها في غير مكان التحكيم على استمرار المكان المتفق عليه أو الذي حددته الهيئة مقراً للتحكيم بما يترتب على ذلك من الآثار القانونية المتعلقة بسريان قانون مكان التحكيم³.

(1) أحمد الورفلي، مرجع سابق، ص. 196.

(2) أنظر، محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 85-86.

(3) المرجع السابق، ص. 86-87.

ثالثا: دور هيئة التحكيم

إذا كان التحكيم الإداري داخليا، فإن إجراءات التحقيق والمحاضر المحررة بمناسبة القيام بعملية التحكيم، قد يقوم بها المحكم الواحد وذلك تبعا لتعيينه ولا إشكال يطرح بهذا الخصوص، ولكن في حالة تعيين محكمين فإن أي إجراء متعلق بالتحقيق أو تحرير محاضر أو توقيعها ينبغي أن يكون من جميع المحكمين لأن ذلك يترتب انفراد محكم دون الآخر بسلطة القيام بإجراء معين مما يؤثر في حكم أحدهما دون الآخر بالإيجاب أو السلب¹، لذلك فمن أجل أن يؤدي كل محكم الهدف الذي من أجله تم تعيينه فلا ينبغي تحييده عن القيام بمهمته.

وعلى هذا الأساس فإن المحكمين مطالبين بالقيام بالتحقيق أو تحرير أو إعداد المحاضر مجتمعين، ولا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك²، وهو ما ذهبت إليه المادة 1020 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بقولها: "تنجز أعمال التحقيق والمحاضر من قبل جميع المحكمين إلا إذا أجاز اتفاق التحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بها".

أما في التحكيم الدولي، فالأمر يعود إلى سلطان الإرادة ولا توجد أية قيود³.

أما فيما يخص التدابير التحفظية فلم يتعرض المشرع إليها في التحكيم الداخلي، وبالتالي فإن اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية يكون من اختصاص القضاء⁴.

(1) عادل بوضياف، مرجع سابق، ص. 391.

(2) إن قاعدة التحقيق الجماعي تعتبر ضمانا ضد التحيز المحتمل الذي يقوم به المحكم للخصم الذي اختاره بتفسير التحقيق لصالحه، وعلى ذلك فهذه القاعدة لا تركز على مبدأ احترام حقوق الدفاع، وإلا لما كان من الجائز الترخيص للأطراف بالخروج عنها في اتفاق التحكيم. للمزيد راجع، نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 206-208.

(3) فقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بموجب المادة 1047 منه على أنه: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

(4) وذلك تطبيقا للمبدأ المتمثل في أن الحماية القضائية يملئها القاضي وهو بمنحها لأطراف الخصومة القضائية، وذلك كونه يستمد سلطته من السلطة العامة التي يمثلها، فولايته عامة كونه ممثلا للدولة.

للمزيد راجع، ممدوح عبد العزيز العتري، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي - دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص. 275-278.

ففى التحكيم الإدارى الداخلى يكون من اختصاص الجهات القضائية الإدارية اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفضية اللازمة.

أما فى التحكيم الدولى، فقد أجاز المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمحكمة التحكيمية أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفضية بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا نص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، وذلك طبقا للمادة 1046 منه .

و يترتب على ذلك عدة نتائج قانونية تتمثل ما يلى¹:

- فى حالة عدم تنفيذ الطرف المعنى هذه التدابير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضى المختص، أى تطلب مساعدة من القضاء لما يملك من سلطة إجبار الأفراد على التنفيذ².
- يطبق فى هذه الحالة قانون بلد القاضى، أى أن المحكمة التحكيمية التى تطبق قانون التحكيم الجزائرى فى تحكيم يجرى خارج الجزائر، يحق لها أن تتخذ قرارات تحفضية مؤقتة تكون الاستعانة بقاضى البلد الذى يجرى فيه التحكيم لتنفيذ هذه القرارات وفقا لقانون بلد هذا القاضى وليس وفقا للقانون الجزائرى.
- كما أنه بإمكان محكمة التحكيم أو القاضى أن يطلب من الطرف الذى طلب تدابير مؤقتة أو تحفضية تقديم الضمانات الملائمة لطلبه.

(1) لقد كانت المادة 458 مكرر 9 من قانون الإجراءات المدنية (المغنى) تنص على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تدابير تحفضية بطلب من أحد الأطراف إلا إذا كانت هناك اتفاقية مخالفة.

وإذا لم يخضع المدنى بالأمر بمحض إرادته لهذه التدابير جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضى المختص، ويطبق هذا الأخير قانونه الخاص... يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضى أن يخضع التدابير المؤقتة أو التدابير التحفضية التى طلب منه إصدار الأمر بها لتقديم الطرف المدعى الضمانات المناسبة".

(2) كما تم ذكره سابقا، إن ممارسة القضاء لسلطته مشروط بعدم مساسه بموضوع النزاع أو بسلطة المحكمين إزاء هذا النزاع. للمزيد راجع ، ممدوح عبد العزيز العترى، مرجع سابق، ص. 277.

رابعاً: عوارض خصومة التحكيم

فقد تصادف خصومة التحكيم عقبات قد تؤدي إلى توقيف مسارها العادي أو تعديله، وقد تؤدي إلى نهايتها، وهو ما يعرف بعوارض خصومة التحكيم. وتمثل هذه العوارض في ترك خصومة التحكيم، أو توقيفها أو انتهائها.

أ- ترك خصومة التحكيم

يقصد بترك الخصومة هو نزول المدعي عنها، وعن جميع إجراءاتها مع احتفاظه بأصل الحق المدعى به، فإذا رغب المدعي في التزول عن خصومته أمام المحكمة كان له ذلك، إلا أن نزوله لا يمنع الخصم الآخر من السير في الإجراءات¹.

ب- توقف خصومة التحكيم:

يقصد بذلك أن ما مضى من مدة قبل حدوث سبب الوقف يحتفظ به، ويتم وقف سير المهلة طالما أن سبب الوقف قائماً، حتى إذا زال سبب الوقف تعود المهلة للسير ويتم استكمالها². ففي ظل قانون التحكيم الداخلي، إذا تم الطعن بالتزوير مدنياً في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي يتوقف سير التحكيم ليستأنف سريان أجله من تاريخ الحكم في مسألة العارضة، وذلك طبقاً للمادة 02/1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

أما قانون التحكيم الدولي فلم يذكر توقف سير التحكيم، وبالتالي فالتحكيم الدولي لا يؤثر فيه العوارض الجنائية والتزوير التي تنظر فيها المحاكم الوطنية.

(1) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 74.

(2) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 215.

(3) فقد نصت المادة 02/1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا طعن بالتزوير مدنياً في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون للأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة". كما يجوز وقف الخصومة إذا تم عزل أو تنحي أو رد المحكم، ويتم استئناف ميعاد سير الخصومة من تاريخ زال هذا المانع. للمزيد راجع، عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص. 96.

وقد استقر اجتهاد أحكام التحكيم الدولي على عدم تطبيق قاعدة "الجزائي يعرقل المدني"، إلا إذا وجدت المحكمة التحكيمية ارتباطا وثيقا بين العارض أو التزوير والنتيجة التي ستتوصل إليها.

ج- إنتهاء خصومة التحكيم

لقد نصت المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالات إنتهاء التحكيم الداخلي وذلك بقولها: "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 تشرط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (04) أشهر.
- 3- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.
- 4- بوفاة أحد أطرف العقد."

فيستخلص من نص هذه المادة أنها جاءت واضحة في فقرتها الأولى فيما يخص بانتهاء التحكيم بوفاة أحد المحكمين أو رفض المحكم القيام بمهمته إلا إذا كان هناك شرط مخالف، إلا أنه يشوبها الغموض في حالة حدوث مانع للمحكم كالمرض مثلا، فهل سينتهي التحكيم بحدوث مانع للمحكم¹؟

كما ذهب النص إلى المزيد من الغموض بالقول أن التحكيم ينتهي إذا "اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه"، فهذا النص يطرح عدة تساؤلات وتمثل فيما يلي²:

- إذا اتفق الأطراف على استبدال المحكم، فلماذا ينتهي التحكيم؟

(1) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 177.

(2) عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص. 100.

- كما أن استبدال المحكم الذي يتفق عليه الأطراف من "المحكم أو المحكمين الباقين" ما المقصود منه؟ هل المقصود موافقة باقي المحكمين على الاستبدال؟
 - وفي الأخير إن المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتعلق بصعوبة تشكيل محكمة التحكم بفعل أحد الأطراف وتدخل القضاء لحل هذا الوضع¹ فلماذا ينتهي التحكيم الذي يعاني من مشكلة استبدال المحكم إذا كان القضاء سينقد الوضع ويعين المحكم الذي كان تعيينه يشكل صعوبة؟ لذلك فهذا النص يحتاج إلى إعادة النظر.
- أما في التحكيم الدولي، فسلطان الإرادة هو الذي يحدد دون سواه حالات انتهاء التحكيم، إذ أن قانون التحكيم الدولي لم يأتي على ذكر الموضوع.
- وكخلاصة لهذا الفرع، فبعد استكمال كل الاجراءات سواء وفقا لما اتفق عليه الأطراف أو وفقا لنظام تحكيمي معين ينتهي النزاع بعد ان تقوم محكمة التحكيم بالمداولة وإصدار حكم التحكيم، وهو ماسيكون موضوع دراستنا في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

صدور حكم التحكيم

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

وفي هذا الصدد فقد عرف E. GAILLARD حكم التحكيم على أنه:

« L'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance».²

(1) إذ نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة 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، يعين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين".

(2) Philippe fauchard , Emmanuel gaillard, Berthold Goldman ,op.cit., p.748.

فنجذ أن هذا التعريف موسع لحكم التحكيم، مما يؤدي إلى اعتبار أن القرارات الصادرة عن مؤسسات التحكيم هي أحكام تحكيمية، كما أن الإجراءات التي يتخذها المحكمون والتي لا تهدف إلى الفصل في المنازعة بصفة كلية أو جزئية و التي لا تفرض على الأطراف إلا بناء على قبولهم الصريح لها فهي لا تعد أحكاما تحكيمية¹.

وبمقابل ذلك، عرف كل من Reymond, Poudret, Laliue حكم التحكيم أنه: "القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة، والتي تفصل في طلب محدد لا تعد أحكاما تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم".

فنجذ أن نظام التحكيم يهدف إلى سرعة الفصل في النزاعات، وإحتراما لهذا الهدف يؤدي بنا إلى تبني تعريف موسع لحكم التحكيم.

فمن خلال ما سبق إن تمتع المحكم بسلطة الفصل في النزاع لا يحول دون مراقبة الحكم الصادر عنه، إذ نجد معظم التشريعات - ومن بينها الجزائري - حددت البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم، وكذا شروط تنفيذه وملاسات إبطاله، غير أنها لم تشر إلى حدود الدور الرقابي الذي يمارسه القضاء، مما يطرح التساؤل حول إمكانية خضوع أحكام التحكيم لنفس طرق المراجعة التي تخضع لها الأحكام القضائية؟ وهل يمارس القضاء الوطني رقابة على أحكام التحكيم بمناسبة الأمر بتنفيذها؟

وبصفة خاصة فما هو دور القضاء الإداري في رقابة أحكام التحكيم في المادة الإدارية؟

وهو ما سيتم دراسته في هذا الفرع من خلال دراسة الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم (أولا)، ثم طرق الطعن في أحكام التحكيم (ثانيا)، وأخيرا تنفيذ أحكام التحكيم (ثالثا).

فعرفه على أنه: (القرار الصادر عن الحكم والذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالإختصاص أو بمسالة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم بإلغاء الخصومة).

(1) cf. : LALIEU, POUDRET, REMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, Payot Lausanne, 1989, pp. 405-406.

أولا: الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب احترامها عند صدور حكم التحكيم الداخلي، وذلك بموجب المواد من 1025 إلى 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا على خلاف التحكيم الدولي الذي ترك الأمر لسلطان الإرادة لتحديد ذلك.

وتتمثل الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم الداخلي في وجوب صدوره بموجب مداولة سرية¹، وذلك طبقا للمادة 1025 من قانون الاجراءات المدنية والادارية. كما لا بد أن يكون مكتوبا فهذا شرط لوجوده لا لإثباته، فبصدوره شفاهة لا يتحقق به وصف حكم التحكيم بما يرتبه من آثار قانونية، وهو ما يمكن استنتاجه من خلال البيانات الواجب توافرها فيه، كما أنه لا يكتسب حجية الشيء المقضى فيه. ولا يكون ممكنا لتنفيذه لإشتراط أغلبية القوانين ضرورة تقديم صورة أصلية معتمدة أو موثقة من الحكم مع طلب التنفيذ، وهو ما لا يتصوره إلا بكتابة الحكم².

إذ نجد أن صياغة الحكم تخضع لقواعد شكلية تقترب من تلك التي تفرض على الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المختصة، إلا أنه بالنظر لعدم خضوعه لسيادة دولة معينة، ومن تم فإنه لا يصدر باسم دولة معينة، فعلى الرغم من ذلك فإن حكم التحكيم بمجرد صدوره يعتبر ورقة رسمية، فلا يجوز الطعن في الثابت من هذه البيانات إلا عن طريق الطعن بالتزوير³. وتتعلق هذه البيانات طبقا للمادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإسم ولقب المحكم أو المحكمين، وتاريخ ومكان صدوره، وكذلك أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي، وفي الأخير أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.

(1) ويقصد بسرية المداولة: "عدم افشاء ما دار فيها من تبادل للرأي لأطراف ذ".

وإن كان رأي الفقيه FOUCHARD أن المحكم الذي يخالف هذا الالتزام يكون عرضة للمسؤولية المدنية، لكن هذه المخالفة لا تبطل الحكم.

للمزيد راجع، FOUCHARD Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, op.cit, pp. 750-751

(2) أنظر، عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص. 573.

(3) منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص. 363.

فلهذه البيانات أهمية قانونية بالغة، إذ أن تضمين أسماء المحكمين يسهل إمكانية إجراء مطابقة مع الأسماء الواردة في شرط أو اتفاق التحكيم . كما أن ذكر تاريخ صدور الحكم مهم لمعرفة إذا ما انتهى التحكيم بانقضاء مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية، كما يلعب هذا الأخير دور في احتساب مواعيد الطعن، وأخيرا إن ذكر مكان إصداره له أهمية بالغة أثناء تنفيذه لإمكانية تعارض ما جاء فيه مع قانون بلد الصادر فيه ، كما يجب أن يشتمل اسم البلد الذي صدر فيه¹.

كما أنه لا بد ان يتضمن حكم التحكيم الداخلي على ملخص لأقوال الخصوم وطلباتهم ومستنداتهم²، وهو ما نصت عليه المادة 01/1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بقولها: "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم".

بالإضافة إلى ذلك، فقد أشار المشرع الجزائري طبقا للمادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى ضرورة توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية يشير بقية المحكمين إلى ذلك. ويرتب هذا الحكم أثره موقعا من جميع المحكمين.

وفي الأخير ،لقد أوجب المشرع الجزائري أن يكون حكم التحكيم الداخلي مسببا، وهو ما نصت عليه المادة 1027 من نفس القانون بقولها: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

أما فيما يخص التحكيم الدولي، فقد ترك المشرع الجزائري حرية للأطراف في تحديد كيفية صدوره أو مشتملاته من خلال عدم تطرقه إلى هذه الأمور.

وبالرغم من ذلك فإنه لا يتصور صدور حكم تحكيم دولي لا يتضمن اسم المحكم أو المحكمين وذلك لمراقبة استقلالهم وحيادهم أو تاريخ ومكان صدوره وإلا كيف سيعرف إن صدر ضمن مهلة التحكيم والمحكمة المختصة بمراجعته؟

فهذه البيانات إلزامية يقوم عليها حكم التحكيم، وأيا كان الخيار الذي مارسه سلطان الإرادة فلا يمكنه أن ينفك عن هذه البيانات إلزامية كون غيابها يفقد الحكم فاعليته.

(1) بوضياف عادل، مرجع سابق، ص. 396.

(2) أي بذكر وقائع القضية مع تبيان طلبات الخصوم. للمزيد راجع ، محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص. 146-147.

إلا أن المشرع الجزائري اعتبر عدم تسبب حكم التحكيم سببا من أسباب للطعن بالبطلان في حكم التحكيم وذلك طبقا للمادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي يعتبر تسبب حكم التحكيم الدولي وجوي، وهو ما سيتم التطرق إليه عند دراسة طرق الطعن في حكم التحكيم في البند الموالي.

ثانيا: طرق الطعن في حكم التحكيم

لقد نصت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تطبق مقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

فيستنتج من أحكام هذه المادة أنه تطبق على طرق الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية مقتضيات المواد من 1032 إلى 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا كان التحكيم داخليا، والمواد من 1055 إلى 1081 من نفس القانون إذا كان التحكيم دوليا، وهو ما سيتم دراسته في هذا البند على النحو الآتي:

أ- طرق الطعن في أحكام التحكيم في المجال الداخلي

تشمل طرق الطعن في الحكم التحكيم في المجال الداخلي بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية كل من الطعن بالاستئناف واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، والطعن بالنقص. مع استبعاد طريق الطعن بالمعارضة بموجب المادة 1032 من نفس القانون، والتي نصت على أنه: "أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة"¹.

(1) وهو على خلاف ما كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، والتي نصت المادة 2/488 منه على أنه: "ويجوز للخصوم في جميع الأحوال المعارضة في أمر التنفيذ أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم وطلبه لحكم ببطلان الورقة الموصوفة بأنها حكم المحكمين". فيستنتج من نص هذه المادة بأنه بالإمكان المعارضة في الأمر القاضي بالتنفيذ أمام نفس الجهة التي أصدرته.

I- الطعن بالاستئناف:

يقبل حكم التحكيم الداخلي الاستئناف أمام القضاء إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (01)، من تاريخ النطق به أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم".

فما يستشف من أحكام هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يضع أسباب استئناف أحكام التحكيم، وهو ما يتماشى مع المنطق طالما أن قرار الاستئناف قابلا للطعن بالنقض¹.

كما أنه أصبح الطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي فقط، وهو على خلاف ما كان عليه معمولا به سابقا بموجب قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، إذ كانت المادة 455 منه تنص على أنه: "يرفع الاستئناف عن أحكام التحكيم إما على المحكمة أو إلى المجلس القضائي".

إلا أن هذا النص ينطبق على أحكام التحكيم التي فصلت في المواد المدنية أو التجارية، أما بخصوص تلك الفاصلة في المواد الإدارية (في مادة الصفقات العمومية)، فإن القضاء الإداري الجزائري لا يعرف مجلس الاستئناف، بل أن مجلس الدولة هو فقط الجهة الناطرة في استئناف الأحكام القضائية الإدارية.

وبالرجوع إلى المادة 10 من القانون العضوي رقم 01-98²، نجد أنها تنص على أنه: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية. ويختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة بموجب نصوص خاصة".

كما نصت المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

(1) عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص. 66.

(2) القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج. ر لسة 1998، ع. 37.

وما يلاحظ من هاذين النصين أنه تم تحديد اختصاص مجلس الدولة كجهة استئناف في حالتين:

– الحالة الأولى: استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهة القضائية الإدارية.

– الحالة الثانية: استئناف القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.

فبخصوص أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية، فإنه لا يوجد نص خاص يجعل مجلس الدولة مختصا باستئنافها، فالمادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عند إحالتها إلى تطبيق قواعد الإجراءات المدنية في التحكيم الإداري لم تنتبه إلى استحالة التطبيق بخصوص المادة 1033 منه والمتعلقة بالاستئناف.

وبالتالي تبقى أحكام التحكيم في المادة الإدارية غير قابلة للاستئناف في الوضعية الحالية للإجراءات، ما لم يتدخل المشرع بنص خاص يسند فيه استئناف تلك الأحكام لاختصاص مجلس الدولة¹.

كما أنه بإمكان الخصوم استئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الداخلي في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض أمام مجلس القضائي، وذلك طبقا للمادة 03/1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

فبمقابل ذلك نجد أن الأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية التي ترفض وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم قابلة لمخاصمتها بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة، بالرغم من عدم ذكر المادة 03/1035 لذلك، وذلك لكونه أننا بصدد استئناف أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة، وأن تلك الأوامر تقبل الطعن فيها بالاستئناف وذلك طبقا للمادة 902 من نفس القانون، والتي تسمح باستئناف الأوامر والأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة.

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 638.

(2) حيث نصت المادة 03/1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي".

II- الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يجوز الطعن في أحكام التحكيم الداخلية عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة¹، وذلك بموجب المادة 02/1032 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية، والتي نصت على أنه: "يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع عن التحكيم".

فيستخلص من نص هذه المادة عند اللجوء إلى الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لا بد من رفع الطعن أمام المحكمة المختصة بالفصل في النزاع، وبالتالي يجوز الطعن أمام المحكمة الإلمارية المختصة بالفصل في النزاع إلماري أو أمام مجلس الدولة إذا كان مختصا بالنظر في النزاع، ويتم تقديمه من طرف كل شخص متضرر من حكم التحكيم وله مصلحة فيه أن يتقدم بالطعن فيه عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ولقبول هذا الطعن لا بد أن لا يكون الطاعن خصما في الخصومة التحكيمية²، و يكون ذلك قبل عرض النزاع على التحكيم.

III- الطعن بالنقض:

لقد أجاز قانون الإجراءات المدنية والإلمارية الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في الاستئناف والمتعلقة بأحكام التحكيم الداخلية، وذلك بموجب المادة 1034 منه والتي نصت على أنه: "تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في القانون".

فما يستنتج من أحكام هذه المادة أن الأحكام القضائية الفاصلة في الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة غير قابلة للطعن بالنقض.

1) وهو على خلاف ما كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية (الملغى) الذي لم يكن ينص على اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بل نص على الطعن بالتماس إعادة النظر وفقا للشروط المتعلقة بالأحكام القضائية، وهو ما ذهبت إليه المادة 456 منه بقولها: "يطبق في شأن التماس إعادة النظر في أحكام التحكيم القواعد المنصوص عنها في المواد من 194 إلى 200".

2) عادل بوضيف، مرجع سابق، ص. 399.

كما أنه يتم الطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون، وتجر الإشارة أنه لا يمكن تطبيق المادة 1034 في المواد الإدارية لعدم وجود نص خاص يخول الاختصاص لمجلس الدولة للنظر في استئناف أحكام التحكيم، كما أنه حتى لو وجد نص خاص بذلك، فإن الطعن بالنقض لا يجوز ضد قراره لعدم وجود جهة قضائية تعلقه¹.

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2012/02/23 في قضية ب.م ضد والي ولاية تلمسان حيث جاءت في حيثيات قراره أنه: "حيث أن الطاعن ب.م بواسطة دفاعه الأستاذ... التمس نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2011/03/31.

حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 نجد أنها تمنح لمجلس الدولة النظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة للجهات القضائية الإدارية ويختص كذلك بالطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة.

وحيث أن الثابت من وقائع الدعوى الحال أن الطعن بالنقض منصب على قرار صادر عن مجلس الدولة ذاته وليس بقرار صادر في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية لذا فإن مجلس الدولة لا يسوغ له النظر في مدى قانونية قراره. وعليه لا يتسنى لمجلس الدولة الفصل في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة عنه مما يتعين القضاء بعدم قبول الطعن بالنقض لعدم جوازه بقوة القانون. لهذه الأسباب قرر مجلس الدولة فصل في الطعون بالنقض عدم قبول الطعن بالنقض².

ب- طرق الطعن في أحكام التحكيم في المجال الدولي

طبقاً لنصوص تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بالتحكيم الدولي يمكن تمييز بين نوعين من الطعون:

النوع الأول: الطعن ضد حكم التحكيم في حد ذاته.

النوع الثاني: الطعن ضد الأمر القاضي بالاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه أو برفض الاعتراف أو تنفيذه.

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص. 638.

(2) قرار مجلس الدولة الصادر في 2012/02/23، ملف رقم 76022، قرار غير منشور (ملحق رقم: 02).

أما عن طرق الطعن المتاحة لتقديم هذه الطعون، وبخلاف القواعد العامة في المرافعات¹، نجد أن المشرع الجزائري حصر طرق الطعن في مجال التحكيم الدولي في ثلاث: الطعن بالاستئناف، الطعن بالبطلان، والطعن بالنقض.

I- الطعن بالاستئناف:

يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، وهو ما نصت عليه المادتين 1055 و 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث نصت المادة 1055 منه على أنه: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف".

كما نصت المادة 1057 منه على أنه: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (01) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة".

وقد حصر المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ طبقا للمادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ست حالات وهي كالتالي :

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

2- إذا كان تعيين محكمة التحكيم أو تعيين محكم وحيد مخالفا للقانون.

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

(1) بن عصمان جمال، تنفيذ أحكام التحكيم الدولية في الجزائر بين واقع الإصلاحات التشريعية ومستلزمات العولمة، مجلة الحجة، مجلة دورية، منظمة المحامين لناحية تلمسان، الجزائر، جويلية 2007، ع.01، ص. 48.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي¹.

II- الطعن بالبطلان:

يتميز الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، بأنه لا يوجد طريق للطعن ضد أحكام القضاء يمكن رد هذا الطعن إليه بشكل كامل، وذلك نظرا للطبيعة المختلطة لهذا الطعن². فعلى الرغم من معرفة جميع الأنظمة القانونية المعاصرة للطعن بالبطلان إلا أنها اختلفت فيما بينها من حيث نطاقه³ ومدى اتباعه للقواعد الإجرائية الواجبة اتباع أمام المحاكم، بما في ذلك القواعد المتعلقة بقواعد الاختصاص.

- (1) الملاحظ من أحكام هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتمد على فكرة النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي كأساس للطعن في الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ سواء كان الحكم التحكيمي صادرا في الجزائر أو خارجها. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن حصر فكرة النظام العام في تعريف معين ولا يمكن حصر قاعدة ثابتة تحدد الغرض منه بصفة مطلقة يمكن أن تتفق مع كل زمان ومكان، فالمصلحة هي أساس فكرة النظام العام. إذ أن هناك تقارب كبير بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي. للمزيد، راجع، إهام عزام وحيد الحراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع - دراسة مقارنة - ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية- نابلس-، فلسطين، 2008-2009، ص. 82.
- (2) حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص. 90. إذ اعتبر البعض أن دعوى البطلان لها ذاتية خاصة تمنع من إدراجها في نطاق طرق الطعن العادية كانت أم غير عادية بدليل القاعدة المتفق عليها أن لا دعاوى بطلان ضد الأحكام. ومن أصحاب هذا الرأي: فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط3، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص. 08. وهو ما يجعل دعوى البطلان طريقا خاصا للمساس بأحكام المحكمين بطريقة تتسجم والنشأة الاتفاقية للتحكيم، وبالتالي تعتبر دعوى البطلان طريق طعن أصلي أقر بها التشريعات لمواجهة ما اعتاده الأطراف من تنازل عن حق الاستئناف. للمزيد راجع، محمد علي عويضة، مرجع سابق، ص. 516-518.
- (3) لقد اختلفت الأنظمة القانونية بشأن تحديد حكم التحكيم الخاضع للبطلان ويمكن التفرقة في هذا الصدد بين اتجاهين: الاتجاه الأول: لقد انقسم هذا الاتجاه إلى طائفتين: فوفقا للطائفة الأولى: يخضع أي حكم تحكيمي دولي للبطلان بغض النظر عن مكان صدوره سواء صدر في إقليم الدولة المرفوع أمام قضاها الطعن بالبطلان أو قد صدر في الخارج بالتطبيق لقانونها، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الموقف. أما الطائفة الثانية: ذهبت إلى عدم الاختصاص بنظر دعوى البطلان إلا تلك المقامة ضد أحكام التحكيم الصادرة في إقليم الدولة التي التمس من قضاها إلى الحكم بالبطلان، وهو موقف المشرع الجزائري بموجب المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما الاتجاه الثاني، فهو يرى أن نطاق دعوى البطلان لا يشمل إلا في حالات معينة التي تمس بالنظام الوطني وبالتالي لا يختص القضاء بنظر دعاوى البطلان الأخرى حتى ولو كانت صادرة في إقليم الدولة. للمزيد راجع، حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص. 92-94.

فلقد اعترف المشرع الجزائري بالظعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم الدولية بمقتضى المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية وذلك بقولها: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر فى الجزائر موضوع ظعن بالبطلان فى الحالات المنصوص عليها فى المادة 1056 أعلاه.

لا يقبل الأمر الذى يقضى بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أى ظعن، غير أن الظعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الظعن فى أمر التنفيذ أو تخلى المحكمة عن الفصل فى طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

فبالرجوع إلى أحكام المادة 1056 من نفس القانون نجد أنها نصت على الحالات التى يجوز استئناف الأمر القاضى بالاعتراف أو التنفيذ، وذلك على سبيل الحصر.

فالملاحظ أن أسباب الإبطال الستة لاستئناف الأمر القاضى بإعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمى الدولي الصادر خارج الجزائر هى على سبيل الحصر وذلك بقولها: "لا يجوز استئناف الأمر القاضى بالاعتراف أو التنفيذ إلا فى الحالات الآتية: "، بينما المادة 1058 تنص على أنه: "يمكن" أى أنه يمكن الاستناد إلى الأسباب الستة للأبطال، كما يمكن الاستناد إلى غيرها بالنسبة للظعن فى الحكم التحكيمى الصادر فى الجزائر.

كما أن إعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمى الصادر فى الجزائر يعتبر محصنا من أية رقابة قضائية باستثناء الظعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمى الدولي ذاته والتى تؤدى إلى شل أثر الصيغة التنفيذية لحين بت القضاء فى الظعن بالبطلان.

وفى الأخير يتم رفع الظعن بالبطلان فى حكم التحكيم أمام المجلس القضائى وذلك طبقا للمادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية، إلا أنه يصعب تطبيق أحكام هذه المادة على أحكام التحكيم الصادرة فى المادة الإلمارية لعدم وجود نص خاص يخول لمجلس الدولة النظر فى الظعن فى هذه الأحكام.

III- الطعن بالنقض:

لقد نص المشرع الجزائري على الطعن بالنقض في التحكيم الدولي في كل من أحكام الاستئناف الفاصلة في الأوامر القاضية برفض الاعتراف أو رفض التنفيذ أو بالاعتراف أو بالتنفيذ قابلة للطعن بالنقض، كما أن الأحكام الصادرة بالطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض ، وذلك طبقا للمادة 1061 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

وتجدر الإشارة إلى أن لا يمكن تطبيق أحكام المادة 1061 في المواد الإدارية لعدم وجود نص خاص يخول مجلس الدولة النظر في الطعن بالاستئناف وبالبطلان في قرارات التحكيم ، كما أنه حتى لو وجد نص خاص بذلك، فإن الطعن بالنقض لا يجوز ضد قرارته.

ثالثا: تنفيذ أحكام التحكيم

إذا كانت إرادة الخصوم هي الأساس الذي تركز عليه أحكام التحكيم، إلا أنها لا تستطيع مع ذلك أن تزود تلك الأحكام بالقوة التنفيذية التي تتيح التنفيذ الجبري للالتزامات الواردة بها. وذلك لتحقيق رقابة على حكم التحكيم من قبل السلطة القضائية في الدولة المراد تنفيذه فيها عن طريق الأمر بالتنفيذ قبل تنفيذه¹.

وتهدف هذه الرقابة إلى تثبيت القضاء العام في الدولة من خلو حكم التحكيم من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه، وانتفاء ما يمنع من تنفيذه، ولا يعني ذلك أن القضاء يباشر رقابة على موضوع التحكيم².

(1) أنظر ، محمود عمر السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999، ص. 214.

(2) المرجع السابق، ص. 218.

ولقد نص قانون الإجراءات المدنية والإلمارية من المواد 1035 إلى 1038 منه على أحكام تنفيذ أحكام التحكيم الءاخلية، كما أءالت المادة 1054 منه إلى هذه المواد فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الءولي¹.

ويكون التحكيم الءاخللي الءهائي أو الجزئي أو الءحضيري الصاءر في المادة الإلمارية قابلا للءنفيذ بأمر من رئيس المحكمة الصاءر في دائرة اختصاصها، أما حكم التحكيم الءولي الءهائي أو الجزئي أو الءحضير الصاءر في المادة الإلمارية قابل للءنفيذ بأمر من رئيس المحكمة الصاءر في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل الءنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا آارج الإقليم الوطني وذلك طبقا للمادة 02/1051 من نفس القانون².

وفي جميع الءالات يوءع أصل الءكم في أمانة الضبط المحكمة من الءرف الءي يهمله الءعجيل. ويسلم رئيس أمانة الضبط نسخة رسمية مهورة بالصيغة الءنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأءراف، وذلك طبقا للمادة 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية، وهو ما يءماشى مع أحكام المادة 09/600 من نفس القانون³. كما أءالت المادة 1037 من نفس القانون تطبيق القواعد الءعلقة بالءفاء المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالءفاء المعجل.

بالإضافة إلى ذلك، لا الءمع أحكام التحكيم بآجية مطلقة، إذ لا يجوز الءءجاج بها آجاه الغير، وهو ما ذهب إلىه المادة 1038 من نفس القانون بقولها: "لا يءءج بأحكام التحكيم آجاه الغير".

والملاحظ أنه قد أءال المشرع الءزائري قانون التحكيم الءولي على قانون التحكيم الءاخللي فيما يءلق بءنفيذ الأحكام الءحكيمية الأآنبية إلا أن هذا الموضوع يبقى عائءا إلى اءفاقية نيويورك

(1) فقد نصت المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإلمارية على أنه: "تطبق أحكام المواد 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يءلق بءنفيذ التحكيم الءولي".

(2) آيآ نصت المادة 02/1051 من نفس القانون على أنه: "وآءبر قابلة للءنفيذ وبنفس الءروط بأمر صاءر عن رئيس المحكمة الءي صءرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل الءنفيذ إذا كان مقر محكمة الءنفيذ موجودا آارج الإقليم الوطني".

ولقد أءبر البعض من الفقه أن وضع الصيغة الءنفيذية على السند الءزائري هو واجب وظيفي، وبالتالي فإنه لا يءءاج إلى أمر قضائي به، ومن ثم فليس الأمر بءنفيذ حكم التحكيم أمرا بوضع الصيغة الءنفيذية على هذا الءكم. للمزيد راجع، أحمد محمد آشيش، القوة الءنفيذية لءكم التحكيم، ءار الءب القانونية، مصر، 2008، ص. 112-113.

(3) إذ نصت المادة 9/600 من ذات القانون على أنه: "أحكام التحكيم المأمور بءنفيذها من قبل رؤساء الءهات القضائية والموءعة بأمانة الضبط".

المتعلقة بتنفيذ للأحكام التحكيمية الأجنبية¹، وذلك تطبيقاً لمبدأ "تدرج القواعد القانونية"، فما الذي جاءت به هذه الاتفاقية فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي؟

فالرجوع إلى أحكام المادة 23 منها، نجد أنها نصت على أنه: "على كل دولة من الدولة المتعاقدة أن تعترف بصحة قرارات التحكيم وتنفيذها، وذلك بمقتضى أصول المحاكمات المرعية الاجراء في البلد الذي يراد الاستناد إليها فيه، وبمقتضى الشروط المبينة في المواد التالية ويجب أن تفرض على تنفيذ قرارات التحكيم التي ينطبق عليها هذا الميثاق أية شروط تكون أكثر قسوة (أو رسوم تكون أعلى) من الشروط والرسوم المترتبة على تنفيذ قرارات التحكيم المحلية".

كما نصت المادة 04 من هذه الاتفاقية على أنه: "من أجل الحصول على الاعتراف والتنفيذ المبحوث عنهما في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب م ثل ذلك الاعتراف والتنفيذ أن يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب:

أ- قرار التحكيم الأصلي المصدق، أو صورة مصدقة عنه.

ب- الاتفاقية الأصلية المبحوث عنها في المادة الثانية أو صورة مصدقة عنها.

1- إذا لم يكن قرار التحكيم أو الاتفاقية منظمين باللغة الرسمية للبلد المراد الاستناد إليها فيه، فيتوجب على الفريق الذي يطالب بالاعتراف بذلك القرار وتنفيذه أن يبرز ترجمات من قبل مترجم محلف أو من قبل موظف دبلوماسي أو قنصلي".

(1) وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جوان 1988 المتضمن الانضمام إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر لسنة 1988، ع. 28. وتتميز اتفاقية نيويورك بالخصائص الأساسية الآتية:

فبالرغم من أن عنوان الاتفاقية هو الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية إلا أن المواضيع التي عالجتها كانت أكبر بكثير من هذا العنوان. تعتبر اتفاقية نيويورك أول اتفاقية دولية تعترف بمراكز التحكيم الدولية. فرقت هذه الاتفاقية بين الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع، واعتبرتهما شكلين مشروعين للعقد التحكيمي. للمزيد راجع، عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص. 120-121.

وفي الأخير نجد أن الرقابة التي تمارسها الجهات القضائية المختصة في مكان تنفيذ الحكم الأجنبي تعتبر خارجية أو شكلية، وتقتصر على التحقيق من وجود أحد الأسباب التي تمنع تنفيذه، وهي أسباب محددة على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها¹.

كما أنه يعتبر حكم التحكيم أجنبيا لكون القانون الذي يتحكم بصحته، أو ذلك المطبق في مجال الإجراءات هو قانون أجنبي، أما في حالة انعدام أية إشارة صريحة، فإن الصفة الأجنبية لحكم التحكيم تنجم عن طبيعة المكان الذي صدر منه².

غير أن القانون الاتفاقي لا يشترط خلافا للأعمال العامة، أن تكون أحكام التحكيم متمتعة مسبقا بالقوة التنفيذية، إذ لا بد من الحصول على اعتراف بها.

ويخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر إلى مجموعة من الشروط وهي:

1/ إذا ثبت من تمسك بها بأنه موجودة كأن يقدم الأصل مرفق باتفاقية التحكيم، أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها.

2/ يتم ايداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل.

3/ يجب أن يكون هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

كما تطبق في هذا المجال اتفاقية نيويورك لعام 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، باعتبار أن الجزائر صادقت عليها³.

(1) عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص. 250.

(2) موحد إسعاد، مرجع سابق، ص. 63.

(3) القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جوان 1988 المتضمن الانضمام إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر لسنة 1988، ع. 28.

فقد نصت المادة 01 في فقرتها الأولى والثانية على أنه: "ينطبق هذا الميثاق على الأمور التي تتناول الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في الدول غير الدولة التي يراد تنفيذ تلك القرارات لديها، والناشئة عن المنازعات القائمة بين الأفراد، طبيعة كانت أم قانونية كما وينطبق أيضا على قرارات التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية لدى الدولة المراد تنفيذ تلك القرارات لديها.

إن عبارة (قرارات التحكيم) لا تشمل فقط القرارات التي يصدرها المحكمون المعينون للبت في القضايا الفردية بل تشمل أيضا القرارات التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمة التي يخضع لها الفرقاء".

وكخلاصة لهذا الفصل فمن خلال دراستنا للإجراءات المتبعة في حالة اللجوء إلى الطرق البدلة لحل النزاعات الادارية، نجد ان المشرع الجزائري حرص على تبسيطها، وإن كان في بعض الحالات لابد من تفصيل منه لتجنب الغموض، والذي قد يؤدي إلى الإبتعاد عنها.

الخاتمة

نستنتج من خلال دراستنا لهذا الموضوع، أن أخذ المشرع الجزائري بالطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية جاء لفسح المجال أمام خيارات وبدائل أكثر تيسيرا، وذلك بهدف عصرنة استيفاء الحق بما يضمن عدم تعطل المصالح واختصار الوقت والجهد للأطراف، خصوصا أن من بين الانتقادات الموجهة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية تمثلت في كثرة الإجراءات الشكلية أثناء التقاضي والتي يترتب على عدم احترامها البطلان وعدم القبول، وهو ما قد يحول دون استعادة الحق أو منع الاعتداء عليه.

كما أنه وتماشيا مع خصوصية النزاعات الإدارية، فقد حدد مجال الصلح في القضاء الكامل وذلك اعتباره قضاء شخصي متعلق بالمراكز الذاتية للأطراف، كما حدد مجال التحكيم في إطار الصفقات العمومية والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والتي تقوم على مبدأ اتفاق الإرادات في إبرامها، إلا أنه لم يتم بتحديد مجال الوساطة في المادة الإدارية، ونجد أنه كان عليه تبيان ذلك، وهذا لتجنب اصطدام هذا الاجراء مع مبدأ المشروعية.

بالإضافة إلى ذلك، فمن خلال دراستنا توصلنا إلى أن القاضي الإداري دور إيجابي في تفعيل اللجوء إلى الصلح والوساطة في حالة نظره للنزاع المطروح أمامه وهذا من خلال قيامه بعرضهما على الأطراف. أما بالنسبة للتحكيم إذ يتم اللجوء إليه بعيدا عن القاضي الإداري المختص أصلا بالنزاع - وإن كان في حالة الاتفاق عليه يمتنع هذا الأخير في النظر فيه - وأن تدخل القضاء الإداري في باقي إجراءات التحكيم مرهون بما يتضمنه اتفاق التحكيم من جهة، ورغبة الأطراف في اللجوء إليه بشأن بعض المسائل التي قد تستدعي تدخله والمحددة قانونا وهذا من جهة أخرى. وبالتالي يقف القضاء موقف المساعد والمساند للتحكيم إذ يمكن أن تتم عملية التحكيم بجميع إجراءاتها دون الحاجة إلى تدخل القضاء، ومن ثم يتضح جليا أن التحكيم يكاد أن يكون نظاما قائما بذاته موازيا لقضاء الدولة وهو على عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للصلح والوساطة إذ لا يمكن اللجوء إليهما دون رفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة.

أما بخصوص معرفة مدى لجوء الأطراف إليها ومدى نجاحتها في التوصل إلى تسوية ودية للتزاعات الإدارية فلا توجد إحصائية دقيقة منشورة عن وزارة العدل تبين ذلك خاصة فيما يتعلق بكل من الصلح والوساطة لكونهما يتمان تحت اشراف القضاء المختص بالتزاع. إلا أنه قد يصطدم الأخذ بهذه الطرق من الناحية العملية أن الأعوان الذين يمثلون الإرادة أثناء لجوئها إلى الطرق الودية لا يملكون إلا في حالات نادرة سلطة إلزام هذه الأخيرة بما تم الاتفاق عليه وديًا هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد أن الرقابة الإدارية اللاحقة قد تلغى أو تعدل التوافق الحاصل بين الطرفين. لذلك نجد أنه لا بد على الإدارة المبادرة باللجوء الى هذه الطرق وضمن تنفيذ ما تم التوصل اليه لكون محاضر الصلح والاتفاق وكذا احكام التحكيم تعتبر سندات تنفيذية مكتسبة حجية الشيء المقضي به.

ويستنتج أيضا من خلال هذه الدراسة أن بعض المواد المنصوص عليها في الكتاب الخامس المعنون بـ: "الطرق البديلة لحل النزاعات" ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير قابلة للتطبيق في المجال الإداري، وهو ما يحتاج إلى تدخل المشرع بتعديلها، وكذلك هناك بعض المواد يشوبها الغموض وعدم الدقة لذلك لا بد من إضافة بعض المواد التفصيلية غير قابلة لعدة تأويلات، وذلك وفقا مع ما ينسجم مع طبيعة النزاعات الإدارية.

وفي الأخير، نظرا لحدثة هذه الطرق قد يؤدي عدم معرفة الاطراف بها الى صرف نظرهم عنها اذ لا بد على الدولة من تشجيع البحث الاكاديمي بشأنها من خلال اقامة الملتقيات والندوات العلمية ونشر المقالات العلمية المتعلقة بها، وذلك من أجل الوصول الى ارساء ثقافة تسوية النزاعات بطرق ودية في المجتمع.

الملاحق

- 1- توصيات ورشة الطرق البديلة لمعالجة النزاعات وطرق الطعن.
- 2- القرار القضائي
- 3- قائمة الوسطاء القضائيين لدى مجلس قضاء تلمسان.
- 4- قائمة مراكز التحكيم.
- 5- مقالات صحفية.
- 6- احصائيات صادرة عن وزارة العدل.

قائمة المراجع

- القرآن الكريم.

أولاً: المراجع العامة

I. باللغة العربية

1. ابتسام قرّام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 1998.
2. إبراهيم سيد أحمد، عقد الوكالة فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
3. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، مصر، 2006 .
4. ابراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلال، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، لبنان، 1983.
5. ابن منظور، معجم لسان العرب، ج02، دار المعارف، لبنان، ب.س.ن.
6. احسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، ط02، دار هومة، الجزائر، 2008.
7. أحمد مليحي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقا لقانون المرافقات وآراء الفقه وأحكام المحاكم، ط02، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
8. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري وتنازع القوانين، ج01، ط10، دار الهومة، الجزائر.
9. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القضائية، ط03، دار الكتاب العربي، مصر، 1980.
10. جورج سعد، القانون الإداري والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي، لبنان، 2008.
11. جورج قوديل دينار، دلوقية، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري، ج02، ط01، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
12. جورجي شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، ط05، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

13. جيرار كرونو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، ط01، المؤسسة الجديدة للنشر والتوزيع، لبنان، 1999.
14. حسن السيد البسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، عالم الكتب، مصر، 1988.
15. حسين فريجة، شرح القانون الإداري - دراسة مقارنة-، د.م.ج، الجزائر، 2009.
16. حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
17. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري - دراسة مقارنة -، ج01، ط01، دار الميسرة، الأردن، ب.س.ن.
18. رمضان بوعبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
19. رشيد خلوفي، محاضرات في المنازعات الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 1994.
20. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - تنظيم واختصاص القضاء الإداري -، ط03، د.م.ج، الجزائر، 2005.
21. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - شروط قبول الدعوى -، ط03، د.م.ج، الجزائر، 2005.
22. سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري - دراسة مقارنة -، ج01، دار الثقافة، الأردن، 2007.
23. سليمان أحمية، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ط03، د.م.ج، الجزائر، 2005.
24. سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني أبو داوود، سنن أبي داوود، ضبطه شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قربللي، ج03، ط01، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009.
25. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء - دار الفكر الجامعي، مصر، 1976.
26. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط05، دار الفكر العربي، مصر، 1991.
27. سلميان محمد الطماوي، راجعه ونقحه محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

28. شادية إبراهيم المحروقي، الإجراءات في الدعوى الإدارية - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
29. شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري، ط01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
30. شفيقة بن صاولة، اشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية - دراسة مقارنة - ، دار هومة، الجزائر، 2010.
31. صالح. ص - خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ن.م، ج، ب.س.ن.
32. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
33. طارق المجذوب، الإدارة العامة، منشورات الحلبي، لبنان، 2008.
34. عادل السعيد محمد، أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطويجي، مصر، 1993.
35. عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج02، ط01، إكليل للنشر، الجزائر، 2012.
36. عبد الحكيم فوده، الدفع بانتقاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف مصر، 1977.
37. عبد الحكيم فوده، نزع الملكية العامة للمنفعة العامة - إجراءاته والتعويض عنه والتقاضى بشأنه، دار الكتب القانونية، مصر، 1993.
38. عبد الرؤوف عبد المتولي، لجان توفيق وفقا لأحكام قانون رقم 7 لسنة 2000 في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية، منشأة المعارف، مصر، 2002.
39. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
40. عبد الرحمان بن خلدون، تحقيق محمد محمد تامر، مقدمة ابن خلدون، ط01، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، 2005.
41. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية، ج05، دار احياء التراث العربي، لبنان، 2005.
42. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

43. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الدفع في الدعاوى الإدارية والتأديبية والمستعجلة ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
44. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، ط02، دار الهومة الجزائر، 2006.
45. عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة العامة، دار الهومة، الجزائر، 2010.
46. عصام عمر مندور، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل المتغيرات الاقتصادية الدولية، دار التعليم الجامعي، مصر، 2010.
47. علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج01، ط04، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.
48. علي بن الحسين الهنائي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط02، دار المشرق، لبنان، 2001.
49. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط02، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
50. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1995.
51. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج02، ط02، د.م.ج، الجزائر، 2003.
52. عمار عوابدي، القانون الإداري - النشاط الإداري - ، ج02، ط04، د.م.ج، الجزائر، 2007.
53. عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1989.
54. عمار معاشو، عزاوي عبد الرحمان، تعدد مصادر القاعدة الإجرائية في المنازعة الإدارية في النظام الجزائري، ط02، دار الأمل، الجزائر.
55. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافقات، ط03، منشأة المعارف، مصر، 1977.
56. فوزت فرحات، الغرامة الإكراهية في القانون الإداري الفرنسي واللبناني، ب.د.ن. لبنان، 2004.
57. حسين بن شيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج01، دار هومة، الجزائر، 2005.
58. حسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية - المسؤولية على أساس الخطأ - ، الكتاب الأول، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

59. حسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية -، ط04، دار هومة، الجزائر، 2009.
60. حسين بن شيخ آت ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
61. محمد إبراهيم الخيري الوكيل، التظلم الإداري ومسلك الإدارة الإيجابي - في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء -، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
62. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
63. محمود علي محمد عوض الهزايمة، المدخل إلى المفاوضات، ط1، دار الحامد، الأردن، 2006.
64. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية - الهيئات والإجراءات أمامها -، ج02، د.م.ج، الجزائر، 1995.
65. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط02، مخبر الدراسات السلوكية والدراسات القانونية، الجزائر، 2007.
66. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
67. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الإجراءات الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

II. باللغة الفرنسية

• Les ouvrages généraux :

- 1) Catherine BERGEL, le contentieux des marchés publics, Imprimerie, G.I.N , France, 2004.
- 2) George CISTAC, Le renouvellement du rôle de l'état contractant, le commerce international, D.P.C.I, France, 1996.
- 3) Charles DEBBACH, Jean Claude RICCI Contentieux administratif, 7^{ème} édit, DALLOZ, France, 2001.
- 4) André DELAUBADERY, Yves GAUDEMET, Droit administratif général, T1, édit 16, L.G.D.J, France, 2001.
- 5) Emmanuel GAILLARD, les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial.
- 6) Yves JAGAUZE, L'administration contractante en question, DALLOZ, France, 2004.
- 7) Richer LAURENT, La contractualisation de gestion des affaires publiques. « L'administration contractante » A.J.D.A., France 2003.

- 8) Paul LEWALLE Lue DONNAY, Contentieux administratif, 3^{ème} édit., Laurier, France, 2008.
- 9) Roger PERROT, Elément du droit des marchés publics, 2^{ème} edit., L.G.D.J, France, 2001.
- 10) Alain PLANTY, La preuve devant le juge administratif, Economica, France, 2003.
- 11) Patrick ESHSCHUTZ, Eléments du Droit des Marchés publics, 2^{ème} éd, L.E.D.J, France, 2001.

ثانيا: المراجع الخاصة:

I. باللغة العربية

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط04، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
2. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ط05، منشأة المعارف، مصر، 1988.
3. أحمد صالح عل مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية مصر، 2001.
4. أحمد قسمت الجداوي، التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1982.
5. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
6. أسعد فاضل منديل، أحكام التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة -، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور، الأردن، 2008.
7. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.
8. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ب.س.ن.
9. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010.
10. حسن المصري، التحكيم الدولي - دراسة مقارنة -، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
11. حسن النيداني، الصلح القضائي - دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2009.
12. حسين سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
13. حسين محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

14. حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997.
15. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
16. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، ط01، دار الشروق، مصر، 2002.
17. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
18. ديلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
19. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط01، منشأة المعارف، مصر، 1984.
20. شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الإدارية، ط02، دار الهومة، الجزائر، 2008.
21. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
22. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - ، دار الثقافة، الأردن، 2008.
23. عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانون لاتفاق التحكيم - دراسة تحليلية مقارنة -، ط02، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008.
24. عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه ومصادره، ج01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1990.
25. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والمصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط02، منشأة المعارف، مصر، ب.س.ن.
26. عبد الرحمان بن عبد الله بن صالح الدباسي، أحكام الصلح في الشريعة الإسلامية، ط01، ب.ن.س، 2004.
27. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
28. عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة-، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

29. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.
30. عصمت عبد الله شيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
31. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
32. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط01، منشأة المعارف، مصر، 2007.
33. فرح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010.
34. فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادية، الجزائر، ب.د.ن.
35. كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، عملية الوساطة - استراتيجيات عملية لحل النزاعات - ط01، دار الأهلية للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
36. كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط03، د.م.ج، الجزائر، 2005.
37. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
38. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
39. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2009.
40. محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
41. محمد عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2008.
42. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008.
43. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001.
44. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2003.
45. محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.

46. محمود مختار أحمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، ط03، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
47. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي -دراسة مقارنة - ،دار الثقافة ، الأردن ، 2010.
48. ممدوح عبد العزيز العتزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي - دراسة مقارنة - ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
49. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مصر، 2000.
50. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط01، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
51. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
52. نزيه حماد، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - ، ط01، دار القلم، سوريا، 1996.

II. باللغة الفرنسية

• Les ouvrages spéciaux :

- 1) Naima ALIOUCH KERBOUA-MEZIANI, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P. U, Algérie, 2010.
- 2) René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, France, 1982.
- 3) Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Bertholet GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international -, Litec, France, 1996.
- 4) Fouchard GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial, Litec, France, 1996.
- 5) LALIEU, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot, Lausanne, 1989.
- 6) Gérard MARION, Arnold NOURY, Les alternatives au règlement par la juridiction étatique des litiges intéressant l'administration, Ronéo, France ,2001.
- 7) Jean ROBERT, L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé, DALLOZ, France, 1993.
- 8) Noureddine TERKI, L'arbitrage commercial international, O.P.U. Algérie, 1999.

I. باللغة العربية:

1. ابراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، 1998، ع. 37.
2. أحمد الورفلي، الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، مجلة فصلية، أبريل 2010، ع. 06.
3. بن علي بن سهلة ثاني، الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم و أثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة فصلية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، 2007، ع. 04.
4. جلال الأحذب، الوساطة والتحكيم - دراسة مقارنة بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون الفرنسي - مجلة المحكمة العليا، ج. 02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع. خاص.
5. جمال بن عصمان، تنفيذ قرارات التحكيم الدولية في الجزائر بين واقع الإصلاحات التشريعية ومستلزمات العولمة، مجلة فصلية، منظمة المحامين لناحية تلمسان، الجزائر، 2007، ع. 01.
6. خيرة عبد الصدوق، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، جامعة ابن خلدون - تيارت -، الجزائر، 2011، ع. 04.
7. سلام محمد الشوابكة، جعفر محمود المغربي، عقد الصلح وتطبيقاته في التشريعات الجمركية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، 2007، ع. 01.
8. سيف الدين البلعاوي، التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية، مجلة فصلية، الجزائر، 1989، ع. 02.
9. عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، مجلة فصلية، أبريل 2009، ع. 06.

10. عبد الرحمان المصباحي ، قانون التحكيم المغربي الجديد ،مجلة التحكيم ،مجلة فصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2009، ع.03.
11. عبد السلام ذيب، الوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، مجلة المحكمة العليا، ج 02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع. خاص.
12. عبد السلام صبحي حامد، الوضع الشرعي لأثر التحكيم، المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون حول: التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان، 2000، ع. 01.
13. عبد العالي حاجه ،منازعات الصفقات العمومية ،مجلة المندى القانوني ، مجلة فصلية ، جامعة بسكرة ، 2006، ع 03 .
14. عمر الزاهي، الطرق البديلة لحل النزاعات، مجلة المحكمة العليا، ج 02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع. خاص.
15. كمال فنيش، الوساطة القضائية، مجلة المحكمة العليا، ج 02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع. خاص.
16. مروان كركبي، القضاء والتحكيم - تنافس أو تكامل - مجلة المحامين تصدر عن نقابة المحامين في طرابلس، مجلة فصلية، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ع.01.
17. مصطفى كراجي، عرض عن هيئة وسيط الجمهورية - قراءات أولية -، مجلة الإدارية، مجلة دورية، الجزائر، 1996، ع. 02.

II. باللغة الفرنسية:

- 1) Farid BENBALKACEM, La médiation en Algérie, passé, présent et avenir, Revue de la cour suprême, Algérie, 2009, numéro spécial.
- 1) André CHAPPELLE, L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales (Groupe de sociétés ; Interventions d'état, Revu. Arb, France, 1988.
- 2) Dominique FOUSSARD, L'arbitrage en matière administrative, Rev. Des justices, avril 2010, France, N° 02.
- 3) Emmanuel GAILLARD, Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, Rev arb, France, 1990.
- 4) Charles JARROSSON, La notion de l'arbitrage, Rev. Arb. France, 1984.
- 5) Ahmed MAHIOU, L'arbitrage en Algérie, R.A.S.J.E.P, 1989, N° 04.
- 6) Ali MEBROUKINE, Le règlement d'arbitrage Algéro-Français du 27/03/1983, Rev. Arb, France, 1986, N° 01.
- 7) Mostefa TRARI-TANI, Clauses d'arbitrages et restructuration du secteur public en Algérie, R A.S.J.E.P, Algérie, 1999, N° 04.

رابعاً : الرسائل والمذكرات:

1. الطاهر برايك، عقد الصلح - دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية - مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001-2002.
2. إلهام عزام، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج النزاع - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية- نابلس، فلسطين، 2008-2009.
3. أنيس فيصل قاضي، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة-، الجزائر، 2009-2010.

4. بهية عفيف، مصدر القاعدة الإجرائية للمنازعة الإدارية في النظام الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - ، 2005-2006.
5. حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - ، الجزائر، 2005-2006.
6. حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - ، الجزائر، 2010-2011.
7. سميرة أزقاع، النظام القانوني للصلح في المادة الإدارية وبعض تطبيقاته في النصوص الخاصة، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 17 ، الجزائر، 2008-2009.
8. سناء بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم نموذجاً-، مذكرة ماجستير في القانون الإداري والإدارة العامة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-،الجزائر،2010-2011.
9. سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - ، الجزائر، 2008-2009.
10. علي عيساني، التظلم والصلح في المنازعات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2007-2008.
11. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2010-2011.
12. محمد عبد الكريم عدلي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر، 2010-2011.

13. مريم خليفي، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2011-2012.
14. نوال دايم، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، أكتوبر 2010.
15. نور الدين بوكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة في ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996.
16. وردية العربي، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2009-2010.

خامسا: المصادر

- 1- دستور الجزائر لسنة 1996.
- 2- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، والمتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله الصادر في ج.ر لسنة 1998، ع.37.
- 3- القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، والمتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 31 ديسمبر 1965، ما عدا ما يخالف سيادة الوطنية، الصادر في ج.ر لسنة 1963، ع.02.
- 4- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر في ج.ر لسنة 1966، ع.47.
- 5- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، والمتضمن قانون العقوبات، الصادر في ج.ر لسنة 1966، ع.49.
- 6- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، والمتضمن قانون الصفقات العمومية، الصادر في ج.ر لسنة 1967، ع.62.

7- الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الصادر في ج.ر لسنة 1972، ع. 02.

8- الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 جوان 1975، والمتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، الصادر في ج.ر لسنة 1975، ع. 53.

9- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 4 جويلية 1975، والمتضمن القانون المدني الصادر في ج.ر لسنة 1975، ع. 78.

10- القانون رقم 88-18 المؤرخ في 16 جوان 1988، والمتضمن الانضمام إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، الصادر في ج.ر لسنة 1988، ع. 28.

11- القانون رقم 90-09 المؤرخ في 06 فبراير 1990، والمتضمن الوقاية من التزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، الصادر في ج.ر لسنة 1990، ع. 06.

12- القانون رقم 90-23 المؤرخ في 8 أوت، والمعدل والمتمم للأمر رقم 66-184 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الصادر في ج.ر لسنة 1990، ع. 36.

13- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الصادر في ج.ر لسنة 1993، ع. 27.

14- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، والمتضمن ترقية الاستثمار، الصادر في ج.ر لسنة 1993، ع. 64.

15- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الصادر في ج.ر لسنة 2008، ع. 21.

- 16- المرسوم الرئاسي رقم 63-384 المؤرخ في 14 سبتمبر 1963 والمتضمن الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم وملخص خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 26 جوان 1956، الصادر في ج.ر لسنة 1963، ع. 67 مكرر.
- 17- المرسوم الرئاسي رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن صفقات التعامل العمومي الصادر في ج.ر لسنة 1982، ع. 15.
- 18- المرسوم الرئاسي رقم 82-59 المؤرخ في 07 أوت 1982، المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية، الصادر في ج.ر لسنة 1982، ع. 32.
- 19- المرسوم الرئاسي رقم 88-131 المؤرخ في 04 جويلية 1988، والمتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن، الصادر في ج.ر لسنة 1988، ع. 27.
- 20- المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، والمتضمن الانضمام بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، الصادر في ج.ر لسنة 1988، ع. 98.
- 21- المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، والمتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23 جوان 1990، الصادر في ج.ر لسنة 1992، ع. 6.
- 22- المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المؤرخ في 23 مارس 1996، والمتضمن تأسيس مؤسسة وسيط الجمهورية، الصادر في ج.ر لسنة 1996، ع. 20.
- 23- المرسوم الرئاسي رقم 99-170 المؤرخ في 02 أوت 1999، والمتضمن إلغاء مؤسسة وسيط الجمهورية، الصادر في ج.ر لسنة 1999، ع. 52.
- 24- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن الصفقات العمومية، الصادر في ج.ر لسنة 2002، ع. 52.

- 25- المرسوم الرئاسي رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009، والمتضمن تحديد كفاءات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر لسنة 2009، ع. 16.
- 26- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر لسنة 2010، ع. 58.
- 27- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 13 يناير 2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الصادر في ج.ر لسنة 2012، ع. 04.
- 28- المرسوم التنفيذي رقم 91-393 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، والمتضمن تنظيم الصفقة العمومية، الصادر في ج.ر لسنة 1991، ع. 57.

القوانين الأجنبية:

1. القانون المغربي رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، ج.ر لسنة 2007، ع. 5584.

2. القانون الأردني رقم 12 لسنة 2006 المتعلق بقانون الوساطة القضائية لتسوية المنازعات المدنية
www.lawjo.net.

1 - Code civil français.

1- La loi n°82-1153 du 30/12/1982 d'orientation diverses des transports intérieur.

2- La loi n°86-972 du 19/08/1986 d'euro Disneyland.

خامسا: مواقع الأنترنت:

I. باللغة العربية:

1 - أحمد علي محمد الصالح، شروط وإجراءات تعيين الوسيط القضائي وفقا للقانون الجزائري، الملتقى الوطني حول ممارسة الوساطة، الجزائر يومي 15 و 16 جوان 2009، مركز البحوث القانونية والقضائية، وزارة العدل الجزائري.

WWW.C5jj.mjjustice.dz

2 - محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن. www.carjj.org

3- محمد زروقي، التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، محاضرة بتاريخ 2009/01/22.

www.Mjjustice.dz

4- توصيات ورشة الطرق البديلة وطرق الطعن ضمن الندوة الوطنية حول إصلاح العدالة، يومي 28 و 29 مارس 2005، الجزائر.

www.Mjjustice.dz/html/conférence

5- إجراءات الوساطة.

www.adjaraiiss.com/Alfadjr

II. باللغة الفرنسية:

6 - Rapport des modes alternatifs de règlement des différends. www.FormulInternet.org.

7 - WWW.LAROUSSE.FR

III. باللغة الانجليزية:

8 - Michel ROBERT, judges as mediators in criminal Matters, international conference, 2-6 Juliet 2006, Canada.
www.ISCL.ORG.

الفهرس

الموضوع

الصفحة

1	مقدمة
10	الفصل الأول: أنواع الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية
12	المبحث الأول: ماهية الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الادارية وطبيعته القانونية
13	المطلب الأول: مفهوم الصلح في النزاعات الادارية
13	الفرع الأول: تعريف الصلح
14	أولاً- تعريف الصلح لغة:
14	ثانياً- تعريف الصلح فقها:
15	ثالثاً- تعريف الصلح تشريعاً:
16	رابعاً - تعريف الصلح قضاءً:
17	الفرع الثاني: التطور التاريخي للصلح
22	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للصلح في النزاعات الإدارية
22	الفرع الأول: تمييز الصلح الاداري عن النظم المشابهة له
22	أولاً: تمييز الصلح الإداري عن عقد الصلح
30	ثانياً: تمييز الصلح الاداري عن التظلم الاداري
34	الفرع الثاني: تكييف الصلح الاداري
34	أولاً- تبيان طبيعة هذا الإجراء
36	ثانياً: تحديد مدى إلزاميته
41	المبحث الثاني: ماهية الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات الإدارية وطبيعتها القانونية
43	المطلب الأول: مفهوم الوساطة في النزاعات الإدارية
44	الفرع الأول: تعريف الوساطة
44	أولاً: تعريف الوساطة لغة:

45	ثانيا: تعريف الوساطة اصطلاحا وفقها
47	ثالثا: تعريف الوساطة تشريعا
49	الفرع الثاني: التطور التاريخي للوساطة
61	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوساطة في النزاعات الإدارية
62	الفرع الأول: تمييز الوساطة عن النظم المشابهة لها
62	أولا: تمييز الوساطة عن التقاضي
64	ثانيا: تمييز الوساطة عن المفاوضات
67	ثالثا: تمييز الوساطة القضائية عن التوفيق
69	الفرع الثاني: تحديد مدى إلزامية عرض إجراء الوساطة
74	المبحث الثالث: ماهية التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الإدارية وطبيعته القانونية
75	المطلب الأول: مفهوم التحكيم في النزاعات الإدارية
76	الفرع الأول: تعريف التحكيم وخصائصه
76	أولا: تعريف التحكيم
82	ثانيا: خصائص التحكيم
83	الفرع الثاني: التطور التاريخي للتحكيم
84	أولا: في القانون الفرنسي
86	ثانيا: في القانون الجزائري
96	الفرع الثالث: تمييز التحكيم عما يشابهه
97	أولا: التمييز بين التحكيم والقضاء
98	ثانيا: التمييز بين التحكيم والخبرة
99	ثالثا: التمييز بين التحكيم والوكالة
101	الفرع الرابع: أنواع التحكيم
102	أولا: التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري
102	ثانيا: التحكيم بالقانون و التحكيم المطلق
103	ثالثا: التحكيم الحر و التحكيم النظامي
104	رابعا: التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي

106	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم في النزاعات الإدارية.
107	الفرع الأول: النظريات التي قيلت حول طبيعة التحكيم.
107	أولاً: النظرية العقدية.
111	ثانياً: النظرية القضائية.
114	ثالثاً: النظرية المختلطة.
115	رابعاً: النظرية المستقلة.
117	الفرع الثاني: مدى جواز اللجوء الى التحكيم في النزاعات الإدارية.
118	أولاً: موقف الفقه.
121	ثانياً: موقف القضاء.
132	الفصل الثاني: الإجراءات المتبعة لحل النزاعات الإدارية بالطرق البديلة.
134	المبحث الأول: إجراءات الصلح في النزاعات الإدارية.
135	المطلب الأول: مجال الصلح الإداري.
136	الفرع الأول: مفهوم دعاوى القضاء الكامل.
136	أولاً: تعريف دعاوى القضاء الكامل.
138	ثانياً: خصائص دعاوى القضاء الكامل.
140	ثالثاً: تطبيقات دعاوى القضاء الكامل.
142	الفرع الثاني: تحديد الجهات القضائية المختصة بإجراء الصلح.
143	أولاً: الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية.
147	ثانياً: الاختصاص القضائي لمجلس الدولة.
148	المطلب الثاني: كيفية انعقاد الصلح.
149	الفرع الأول: المبادرة بإجراء الصلح.
149	أولاً: الجهة التي لها حق المبادرة بإجراء الصلح.
151	ثانياً: المراحل التي يجوز فيها المبادرة بإجراء الصلح.
153	الفرع الثاني: القواعد المتعلقة بالجلسة المخصصة للصلح.
154	أولاً: عقد جلسات الصلح.
155	ثانياً: حضور الأطراف.
156	ثالثاً: الوكالة أو الإنابة في جلسة الصلح.

157	الفرع الثالث: النتائج القانونية المترتبة على عملية الصلح
162	المبحث الثاني: إجراءات الوساطة في النزاعات الإدارية
163	المطلب الأول: تعيين الوسيط القضائي
164	الفرع الأول: كيفية تعيين الوسيط القضائي
168	أولاً: موافقة الخصوم:
168	ثانياً: تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته
169	ثالثاً: تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة
169	رابعاً: تحديد مهمة الوسيط
170	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الوسيط القضائي
171	أولاً: الاعتراف للوسيط بحسن السلوك والاستقامة
172	ثانياً: أهلية الوسيط للنظر في النزاع
173	ثالثاً: أن يكون الوسيط محايداً ومستقلاً
175	المطلب الثاني: سير عملية الوساطة
176	الفرع الأول: مهام والتزامات الوسيط القضائي
176	أولاً: مهام الوسيط القضائي
180	ثانياً: التزامات الوسيط القضائي
182	الفرع الثاني: سلطات القاضي الإداري ودور الأطراف في عملية الوساطة
183	أولاً: سلطات القاضي الإداري أثناء سير عملية الوساطة
184	ثانياً: دور الأطراف في عملية الوساطة
187	الفرع الثالث: الآثار القانونية لعملية الوساطة
187	أولاً: توصل الأطراف إلى اتفاق كلي
188	ثانياً: توصل الأطراف إلى اتفاق جزئي
189	ثالثاً: عدم توصل الأطراف إلى اتفاق
191	المبحث الثالث: إجراءات التحكيم في النزاعات الإدارية
192	المطلب الأول: شروط اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية
193	الفرع الأول: مجال التحكيم الإداري
196	أولاً: المقصود بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر

197 ثانيا: المقصود بمادة الصفقات العمومية
199 الفرع الثاني: مرجعية التحكيم
199 أولا: مرجعية التحكيم الداخلي:
202 ثانيا: مرجعية التحكيم الدولي:
208 الفرع الثالث: تشكيل محكمة التحكيم
209 أولا: كيفية تشكيل محكمة التحكيم
213 ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحكم
219 المطلب الثاني: قواعد سير خصومة التحكيم
220 الفرع الأول: تنظيم إجراءات خصومة التحكيم
220 أولا: المبادئ الأساسية التي تحكم خصومة التحكيم
222 ثانيا: كيفية إختيار الإجراءات في خصومة التحكيم
224 ثالثا: دور هيئة التحكيم
226 رابعا: عوارض خصومة التحكيم
228 الفرع الثاني: صدور حكم التحكيم
230 أولا: الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم
232 ثانيا: طرق الطعن في حكم التحكيم
240 ثالثا: تنفيذ أحكام التحكيم
245 الخاتمة
248 الملاحق
270 قائمة المراجع
288 الفهرس

ملخص:

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الطرق البديلة لحل النزاعات بموجب تقنين الاجراءات المدنية والإدارية ،ولقد سمح هذا الأخير لأطراف النزاع الاداري باللجوء الى هذه الطرق متى كان بإمكانهم تسويته ودياً، ويمكن ادراج ذلك في اطار "تحسين علاقة الادارة بالمواطن " . فالأخذ بهذه الطرق هو أكثر من تطوير في الأسلوب ، اذ ينقلنا هذا التغيير من تطبيق القانون المفروض الى القانون القابل للمفاوضة ، وبهذه الطريقة نكون انتقلنا من عدالة صارمة الى عدالة أكثر ليونة.

الكلمات المفتاحية : الصلح ،الوساطة ،التحكيم ، النزاع الاداري.

Résumé :

Le législateur algérien a adopté le système des moyens de substitution pour la résolution des litiges par le biais du code de procédure civile et administrative, lequel qui a permis aux parties du litige administratif de recourir à ces moyens tant qu'ils peuvent le résoudre à l'amiable. Ceci peut être compris dans le cadre de l'amélioration de la relation entre l'administration et le citoyen.

Les procédés sont des mécanismes modernes, ils remplacent le recours aux tribunaux qui se caractérise par ses lourdeurs. Il s'agit l'a de procédés souples et efficaces.

Mots –clés : conciliation, médiation, arbitrage, litige administratif.

Abstract :

The Algerian legislator adopted the system of substitution ways so to resolve a conflict by the codification of civil and administrative procedure which allowed the parties to have recourse to these ways as they can settle the different out of court. This can be set within the framework of relation between administration and citizen.

The adoption of these ways is more than a methods development because it replaces application of an imposed law by a negotiable one and constitutes a movement from a firmed justice to amore flexible one.

Kely- words : conciliation , mediation , arbitration, administrative conflict.