

جامعة محمد خيضر - بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# التّسوية الوديّة للمنازعات الإدارية في الجزائر

مذكرة مكّملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون إداري

إشراف الأستاذة:

شراد صوفيا

إعداد الطالبة:

بركة هادية

الموسم الجامعي: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ  
إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ  
النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ  
نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا  
بَصِيرًا

صدق الله العظيم

(سُورَةُ النِّسَاءِ - الْآيَةُ 58)



## الإهداء

إلى كلّ أفراد عائلتي الكريمة  
إلى من مدّ لي يد العون في بحثي هذا  
و إلى كلّ طالب علم سعى و اجتهد لتحقيق  
المعرفة.

هادية

## شكر و عرفان

"ربّ أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت  
عليّ و على  
والديّ و أن أعمل صالحاً ترضاه"

إعترافا بالفضل و الجميل نتوجّه بخالص  
الشكر

و عميق التقدير و الإمتنان إلى الأستاذا  
الكريمة

"صوفيا شراد" التي أشرفت على هذا العمل  
و تفانت في توجيهنا إلى غاية إنهاؤه  
و جزيل الشكر موصول لكل من ساعدنا من  
قريب أو بعيد.

هادية

# مقدمة

تعمل الدولة على تحقيق العدالة بضمان نفاذ القانون وهي إحدى وظائف الدولة الحديثة، ومن أجل حماية نظامها القانوني فإنها تمارس تلك الوظيفة بإنشاء جهات قضائية تمنحها الإستقلالية وسلطة الفصل في المنازعات التي قد تكون فيها الدولة أو إحدى الأجهزة الإدارية التابعة لها طرفاً في النزاع.

ولما كانت الدولة أو إحدى هيئاتها تدخل في معاملات مع الغير دون أن تتنازل عن إمتيازات السلطة العامة التي منحها لها القانون، فإنه في حالة وقوع نزاع ويستوي فيما لو كان هذا النزاع يدور حول عمل منفرد قامت به الإدارة أو بتوافق إرادتها مع إرادة شخص آخر، فالأصل أن يتم الفصل فيه عن طريق القضاء والذي يعتبر أحد ركائز وأسس دولة القانون، وسواء كان الهدف من رفع الدعوى هو إلغاء قرار إداري أضر بمصلحة أحد الأفراد أو حصول المتضرر على تعويض نتيجة عمل الإدارة المشروع أو غير المشروع، لكن نظراً للتطور الحاصل في جميع المجالات وتزايد معاملات الإدارة مع الغير قد يدفع بأطراف النزاع إلى إختيار طريق بديل لتسوية نزاعهم بدل اللجوء إلى القضاء.

وتختلف الطرق البديلة في تسوية النزاعات الإدارية والمتمثلة في الصلح والتحكيم، عن القضاء في دور القائم على الفصل في النزاع وفي إمكانية تدخل أو عدم تدخل إرادة أطراف النزاع في ذلك، إذ تقوم التسوية الودية على قيام شخص ثالث بتقريب الحقوق لأصحابها، كما يحاول الوصول بهم إلى حل النزاع بما يحقق رضاهم في حصولهم على حقوقهم المتنازع فيها، وكل ذلك لابد أن يكون في حدود إحترام قواعد النظام العام والآداب العامة.

## أهمية الموضوع:

تعد الطرق الودية لتسوية المنازعات الإدارية فكرة قديمة عرفتتها الشعوب والمجتمعات منذ القدم، إلا أنها ومع التطور الحاصل في جميع مجالات الحياة تطورت هذه الفكرة وتبينتها كافة الدول لما لها من أهمية من الناحية العملية والنظرية، فمن ناحية هذه الأخيرة فهي تجسد وتكرس مبدأ المشروعية، إضافة إلى تجسيد وإعمال ركائز العدالة اللينة. أما من الناحية العملية فلها أهمية تتجلى في المحافظة على بقاء واستمرار علاقات الإدارة مع غيرها، حيث يتم فض النزاع وتسويته بطرق وفق إجراءات بسيطة، هذه الطرق التي تقوم أساساً على رغبة وموافقة أطراف النزاع واختصار أمد النزاع، إضافة إلى ذلك التخفيف من إكتظاظ المحاكم بالملفات

التي تأخذ وقت طويل لتصفيتها، وتفادي عبء المصاريف القضائية التي ترهق الخزينة العمومية بالنسبة للإدارة والذمة المالية للطرف الآخر، وتيسير حياة المواطنين.

### إشكالية الموضوع:

تبنى المشرع الجزائري مجموعة من الآليات القانونية لفض المنازعات الإدارية ، وأهمها الصلح والتحكيم اللذان يفصلان في النزاع ودياً، لذا كانت إشكاليتنا كالتالي:

**هل وفق المشرع الجزائري في ضبط سبل اللجوء للتسوية الودية للمنازعات الإدارية؟**

ويندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التالية:

- ما المقصود بالصلح كطريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية؟

- ما هي الشروط الواجب توافرها حتى تتجح عملية الصلح؟

- ما المقصود بالتحكيم كطريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية؟

- ما هي الشروط اللازمة من أجل الفصل في النزاع عن طريق التحكيم؟

### أسباب إختيار الموضوع:

وقع إختيارنا لهذا الموضوع، بهدف البحث في مجال الطرق التي تسوى بها المنازعات

الإدارية دون الخوض في مرفق القضاء والإلمام بجوانبه خاصة ماتعلق منها بالجانب

القانوني، وكذا إنارة الطريق أمام أطراف النزاع بتوضيح آليات فض النزاع الإداري دون صدور

حكم قضائي عن الجهات القضائية الإدارية. ورغبة منا إثراء المكتبة بمثل هذه المواضيع

الهامة.

### صعوبات الدراسة:

أثناء دراسة هذا الموضوع واجهتنا مجموعة من الصعوبات منها مايتعلق بنقص المادة

العلمية فيما يخص الصلح القضائي، والتحكيم الداخلي فمعظم المراجع والدراسات السابقة التي

تحصلنا عليها كانت حول التحكيم التجاري الدولي، بالإضافة إلى ذلك عدم لجوء الواقع العملي

لهذه الطرق في تسوية نزاعاتهم، ومع ذلك وفي إطار ما توفر لنا من إمكانيات حاولنا الإجتهد

من أجل الإلمام بمختلف عناصر الموضوع.

### أهداف الموضوع:

تستهدف دراسة هذا الموضوع بتحديد الإطار القانوني للصلح والتحكيم، كما يسمح

لأطراف النزاع التعرف على المجالات التي يجوز فيها إجراء الصلح أو التحكيم وكذا الإجراءات

التي تضمن حقوق المتنازعين.

**المنهج المتبع:**

اتبعنا في دراسة هذا الموضوع المنهج الوصفي في توضيح المفاهيم المتعلقة بكل من الصلح والتحكيم، وعند توضيحنا للشروط والإجراءات المتعلقة بكل منهما إستخدمنا المنهج التحليلي، عندما قمنا بتحليل المواد القانونية الخاصة بتلك الشروط والإجراءات. وللإجابة على الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها، إرتأينا أن يتم تقسيم الموضوع إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول الصلح كطريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية وفيه تطرقنا إلى الإطار المفاهيمي للصلح وكذا الشروط المتعلقة بالصلح. أما الفصل الثاني فخصصناه للتحكيم كطريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية، وفيه عرجنا إلى الإطار المفاهيمي للتحكيم، ثم الشروط المتعلقة بالتحكيم. وذيّلنا بحثنا هذا بخاتمة متضمنة لخلاصة للموضوع والنتائج المتوصل إليها وأخيراً الإقتراحات.

هذا، وبالرغم من أننا اجتهدنا قدر المستطاع بما توقّر لنا من إمكانات، إلا أننا لا نزعّم بأننا وفينا بالمراد ولا أننا أتينا بما لم نُسبق إليه، فإن حالفنا الصّواب فمن الله ومَنّة، وإن كان غيره فحسبنا صدق نيّتنا وخالص جهدنا، والتّوفيق من الله وحده.

## الفصل الأول:

الصّحّ طريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية



## الفصل الأول

### الصلح طريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية

لقد بات من الضروري اللجوء للصلح كطريق لتسوية المنازعات الإدارية، فهو يهدف إلى فض المنازعات بطريقة ودية مع ضمان تحقيق الإدارة لأهدافها في إطار تحقيق المصلحة العامة، وحصول الخصم الآخر على حقوقه، بحيث يكون كلا الطرفين في النزاع راضٍ بما تنازل عنه الطرف الآخر من الحقوق والإدعاءات.

كما يعتبر الصلح وسيلة قانونية تبنها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي فسح المجال لأطراف الخصومة بأن يختاروا هذه الآلية للبت في نزاعاتهم دون إلزام وإنما جعله إختيارياً.

ولما كان للصلح أثر مباشر في حسم النزاع فإنه لا بد أن يكون أطراف الخصومة على دراية بالأحكام الخاصة به، لأن ليست كل دعوى يجوز الفصل فيها عن طريق الصلح وإنما لا بد من العلم بمجالاته وشروطه الإجرائية التي تضمنتها المواد من 970 إلى 974 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما سنعالجه في هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الصلح

المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالصلح

## المبحث الأول

### ماهية الصلح

لا شك أن المشرع الجزائري عندما أراد بالصلح أن يكون أحد الطرق للفصل في القضايا ودياً بعدما كان إجراء إجباري في قانون الإجراءات المدنية القديم، إنما بغية تخفيف المنازعات عن القضاء ولما له من أهمية ودور في علاقات الإدارة مع المتعاملين معها. وعليه سنحاول الإحاطة بمختلف جوانب الصلح من خلال التطرق إلى مفهومه ومقوماته ثم أركانه على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الصلح

المطلب الثاني: مقومات و أركان الصلح

### المطلب الأول

#### مفهوم الصلح

من أجل تحديد مفهوم الصلح كان لا بد من التطرق إلى بعض تعاريفه وتمييزه عن غيره من المصطلحات مع تبيان طبيعته القانونية كمايلي:

### الفرع الأول

#### تعريف الصلح

وردت عدة تعاريف للصلح ومعظمهم كان يركز في تعريف الصلح على أنه عقد، سواء في الشريعة الإسلامية أو الفقه أو القانون وهو ما سنحاول التطرق له كمايلي:

#### أولاً- تعريف الصلح لغة

الصلح من صَلَحَ و صَلَحَ صَلَاحًا و صَلُوحًا وصلاحية ضد فسد زال عنه الفساد، يقال "صلحت حال فلان" أي زال عنه الفساد. ويحال من المجاز (هذا يصلح لك صلاحاً) أي يوافقك و يحسن بك<sup>(1)</sup>.

ويعرف على أنه: إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصلاحاً إذن صالحه و صافاه. ونقول صالحه على شيء أي سلك معه مسلك في الإتفاق، و صلح الشيء إذا زال عنه الفساد<sup>(2)</sup>.

(1) الهناني أبي الحسن علي الحسن، المنجد في اللغة. الطبعة الثانية، عالم الكتب، القاهرة، 1988، ص. 432.

(2) عروي عبد الكريم، "الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية( الصلح و الوساطة القضائية طبقاً لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص. 12.

## ثانياً- تعريف الصلح في الشريعة الإسلامية

يجد الصلح أساسه في القرآن الكريم ومن ذلك نذكر قوله تعالى: " ... أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ " سورة النساء، الآية (128).

و جاء في قوله تعالى: " ... فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ... " سورة الحجرات، الآية (10).  
ومن هنا فإن الله تعالى يدعو عباده إلى الصلح والإصلاح فيما بينهم، ومن أجل نيل رضاه سبحانه و تعالى والفوز بالأجر العظيم كان ينبغي الأخذ بهذه الوسيلة لفض النزاعات. ومنه يعرف الصلح في فقه الشريعة الإسلامية كالاتي<sup>(1)</sup>:

عند الأحناف: الصلح عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة.  
عند المالكية: هو إنتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه.  
عند الحنبلي: هو معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين.  
عند الشافعية: هو عقد يحصل به قطع النزاع.

## ثالثاً- تعريف الصلح في الفقه

الصلح هو إتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن إدعائه مقابل تنازل الآخر عن إدعائه أو مقابل أداء شيء ما<sup>(2)</sup>.

## رابعاً- تعريف الصلح في التشريع الجزائري

تعرض المشرع الجزائري إلى الصلح في المادة 459 من القانون المدني الجزائري<sup>(3)</sup> بنصها على أن: " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه يتم التنازل المتبادل عن كل الحقوق، إلا أن الصلح قد يتم بالتنازل عن جزء فقط من الحقوق وليس كلها، ومنه يمكننا تعريف الصلح على أنه وسيلة لإنهاء نزاع قائم أو محتمل الحدوث بأن يتنازل كل طرف في النزاع وعلى وجه التبادل عن ما يدعيه أو جزء منه.

(1) عجز يسري عبد العليم، الصلح في ضوء الكتاب و السنة. الطبعة الأولى، مؤسسة العلياء للنشر و التوزيع، القاهرة، 2012، ص ص. 32، 33.

(2) صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. دار الهدى، الجزائر، 2008، ص. 542.

(3) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية رقم: 78 لسنة 1975)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في: 13 ماي 2007، (الجريدة الرسمية رقم: 31 لسنة 2007).

## الفرع الثاني

### تمييز الصلح عن غيره من المصطلحات الأخرى

قد يتشابه الصلح في معناه مع بعض المصطلحات ومن أجل تقادي هذا الخلط كان لابد من تمييزه عن تلك المصطلحات.

#### أولاً- تمييز الصلح عن التحكيم

يتفق الصلح مع التحكيم في أن كل منهما يستند إلى الإرادات الخاصة، وكلاهما يؤدي إلى حسم النزاع، ويستندان على عقد يبرمه أطراف النزاع كأساس كل منهما تصرف قانوني فعقد الصلح هو أساس العمل التصالحي وعقد التحكيم هو أساس حكم المحكم، ولذلك فإن كل من العاملين يتأثرا بما يصيب العقد من عيوب فبطلان عقد الصلح يؤدي إلى بطلان العمل التصالحي و بطلان إتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان حكم المحكم و إنعدامه<sup>(1)</sup>.

ومثلما توجد نقاط يتفق فيها الصلح مع التحكيم فإنهما يختلفان في أن الجهة التي تقوم بالصلح هو القاضي الإداري بينما المحكمين في التحكيم ليسوا قضاة بل أشخاص مؤهلين للقيام بالتحكيم<sup>(2)</sup>. كما أن بين القاضي المصالح والمحكم إختلاف جوهري يكمن في طبيعة ولاية كل منهما، فالقاضي لا يستمد ولايته إلا من القانون وحده أما المحكم فيستمدها من إرادة الأطراف في النزاع ولا يرجع بالضرورة إلى القوانين التكميلية و التفسيرية، أما القاضي الإداري يجب عليه وهو بصدد مباشرة عملية الصلح أن لا يخرج عن سلطته الأصلية. فعقد التحكيم إذا عقد نسبي بالنسبة للأشخاص ونسبي بالنسبة لموضوعه بحيث لا يلزم بما ورد فيه أما الحكم الصادر بالصلح فهو مطلق الحجية بما ورد فيه في مواجهة جميع الأطراف<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً- تمييز الصلح القضائي عن الصلح غير القضائي

يعتبر الصلح قضائياً متى صادقت عليه المحكمة وإلا فإنه يعتبر صلحاً غير قضائياً. وإذا كان الصلح القضائي و الصلح غير القضائي يشترط لصحتها توافر أهلية التصرف في الأطراف و خلوها من عيوب البطلان إلا أن الصلح القضائي يتطلب لكي يصبح صلحاً

(1) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 21.

(2) دودو لمياء، "الصلح والوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، مذكرة ماستر، غير منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012-2013، ص. 15.

(3) بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية. الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص. 46.

قضائياً حضور الطرفين أمام المحكمة و إقرارهما بالتصالح و توقيعهما على محضر الصلح بالإضافة إلى تصديق القاضي على ذلك المحضر<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً- تمييز الصلح عن الوساطة

تعرف الوساطة على أنها طريق بديل لحل النزاعات بصفة ودية، تعتمد في جوهرها على وجود طرف ثالث يكون محايد ومستقل ومحل ثقة من طرف الخصوم، يتولى مهمة تلقي وجهات نظرهم وتقريبها من أجل مساعدتهم على التوصل بأنفسهم إلى حل رضائي للنزاع القائم بينهم<sup>(2)</sup>. ويتشابه الصلح مع الوساطة من حيث الهدف وهو إنهاء الخصومة بالطرق الودية، تكون من طرف شخص ثالث لا علاقة له بالنزاع، ويخضع كل من محضر الصلح و المحضر الذي يعده الوسيط إلى مصادقة القاضي بأمر غير قابل للطعن و يعد كل منهما سنداً تنفيذياً طبقاً للمواد 993 و 1004 من القانون رقم: 09/08<sup>(3)</sup>، أما من حيث الحجية فعقد الصلح ينتج عقد رضائي بينما الوساطة تنتهي بتقديم حلول في شكل إقتراحات أو توصيات للأطراف الذين يأخذون بها أو يرفضونها لأن القضية ترجع أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً، كما لا يجوز الكشف عن الوساطة كونها تتم في سرية أما الصلح يتم في الجلسة أمام القاضي، ويختلفان كذلك في كون القاضي ملزم بعرض الوساطة على الخصوم أما الصلح فهو إجراء جوازي يتم بسعي من القاضي و الخصوم<sup>(4)</sup>.

### رابعاً- تمييز الصلح الإداري عن الصلح المدني

في الصلح المدني يجوز للأطراف أن يتصالحا حسماً للنزاع و لكنهما يتفقان على أن يستصدروا حكماً من المحكمة بما تصالحا عليه فيوجهان الدعوى على هذا الأساس، لكن يختلف الشأن عليه في الصلح الإداري إذ لا يملك المتخاصمان توجيه دعواهم بل للقاضي ذلك. وعليه فإن التصالح القائم خارج دائرة القضاء غير منتج للأثر. كما أن الصلح في المواد المدنية ذو طبيعة كاشفة وقد يكون ناقلاً أحياناً (مثلاً يتنازل فرد عن حقه في منزل مقابل

(1) الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي (دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم).

دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص ص. 150، 151.

(2) خلاف فاتح، "الوساطة لحل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، مجلة دورية، جامعة بسكرة، ص. 432.

(3) القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، (الجريدة الرسمية رقم: 21 لسنة 2008).

(4) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص. 23، 24.

أرض، يكون الصلح بالنسبة لصاحب المنزل كاشفاً و بالنسبة لصاحب الأرض ناقلاً) أما الصلح في المادة الإدارية فهو ذو طبيعة معيارية وهو ليس منطوقاً للقرار بقدر ما يعتبر منطوق القرار منشئ لحق لا كاشفاً عنه إذ يحل القاضي محل الإدارة بطريقة غير مباشرة<sup>(1)</sup>.

### خامساً- تمييز الصلح عن التظلم الإداري

التظلم الإداري هو إلتجاء صاحب الشأن إلى الإدارة مدعياً بأن قرارها معيب، مستهدفاً إلتجاؤه أو تعديله أو سحبه خلال المواعيد القانونية المقررة<sup>(2)</sup>.

ومنه فإن الصلح يتشابه مع التظلم الإداري من حيث الهدف فكلاهما يهدف إلى تجنب الدعاوى الإدارية و إجراءاتها و كذلك البت في الخلافات بصفة سريعة سواء من الإدارة المتظلم أمامها أو قاضي الصلح، إلا أنه لا يمكن القول أن التظلم صلحاً فالتظلم إجراء إداري لكنه في نفس الوقت قد يكون شرط لقبول الدعوى، والصلح إجراء يلي الدعوى إلى القضاء<sup>(3)</sup>.

كما يختلفان من حيث الجهة التي تنتظر فيه، فالصلح يتم أمام القاضي و بسعي منه أو من الخصوم أنفسهم بينما التظلم يتم أمام الجهات الإدارية سواء كانت الجهات مصدرة للقرار أو التي تعلوها مباشرة. كذلك من حيث المواعيد فقد حددت المادة 830 من القانون رقم 09/08 آجال التظلم، أما الصلح فهو غير محدد بمواعيد طبقاً للمادة 971 من ذات القانون إذ يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة. أما من حيث الطبيعة فالصلح يجمع بين طرفين من دون علاقة إذعان فهو إبتغاء متبادل لفض النزاع بطريق ودي، بينما التظلم وكما يوحي به اللفظ اللغوي ذاته فهو رجاء من طرف إلى طرف أعلى و أقوى في المركز فهو إذا يفرض علاقة إذعان و يتوقف على إرادة الطرف القوي و هو الإدارة<sup>(4)</sup>.

### سادساً- تمييز الصلح عن ترك الخصومة

يقصد بترك الخصومة نزول المدعي عن الخصومة التي أنشأها و عن كافة إجراءاتها بما في ذلك عريضة الدعوى مع إحتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه فالمدعي بالرغم من أنه هو

(1) بن صاولة شفيقة، مرجع سابق، ص ص. 56، 57.

(2) الخليلي محمد خليفة، "التظلم الإداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية و الإمارات العربية المتحدة"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2009، ص. 24.

(3) عيساني علي، "التظلم و الصلح في المنازعات الإدارية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص ص. 74، 78.

(4) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص. 24، 25.

الذي بدأ الخصومة قد يرى أن من مصلحته تركها و إنهاؤها دون حكم في الموضوع فربما تسرع في دعواه قبل أن تكتمل لديه الأدلة التي تمكنه من كسبها<sup>(1)</sup>.

فمن خلال تعريف الصلح و تعريف ترك الخصومة يتبين الفرق بينهما في أن الصلح

تنازل متبادل بين الطرفين عن جزء من حقوقهما، أما في ترك الخصومة فإن التنازل عن الحقوق والإدعاءات يكون من طرف واحد فقط. كما أنه في ترك الخصومة يمكن لتاركها إعادة الإدعاء و تجديد النزاع أما في الصلح فإنه إذا أنهى النزاع فلا يمكن للمتصالح ذلك.

ومن ناحية سلامة الإرادة ورضا المتنازل، فالصلح عقد تبادلي يتم فيه التنازل برضا

الطرفين، أي أن كل متعاقد يرضى بطلبات خصمه نسبيا مقابل نفس التنازل بينما لا يشترط رضا المدعى عليه في غالب الأحوال العملية في ترك الخصومة من طرف المدعى<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الطبيعة القانونية للصلح

ظهرت عدة إشكالات في تحديد الطبيعة القانونية للصلح، ومن هذه الإشكالات نذكر:

**أولاً- هل يكيف الصلح على أنه إجراء إداري أم أنه إجراء قضائي؟**

ومن أجل معرفة طبيعة الصلح هل أنه إجراء إداري أم إجراء قضائي، فإنه يتم الرجوع

إلى تطبيق المعايير القضائية المعروفة في القانون الإداري كمايلي<sup>(3)</sup>:

**1- الصلح إجراء إداري:** طبقا للمعيار المادي الذي يركز على طبيعة النشاط الإداري

المعتبر يلاحظ أن الصلح هدفه الوحيد هو حل النزاع القائم بين الطرفين المتنازعين والمتعلق بنشاط إداري ما فكيف الصلح على أنه إجراء إداري.

**2- الصلح إجراء قضائي:** فحسب المعيار العضوي الذي يركز على صفة الأشخاص

أو الهيئة المختصة بإجراء الصلح، هذه الهيئة تتجسد في شخص القاضي الذي يتولى إما إصدار قرار الصلح و إما تحرير محضر الصلح و بالتالي فإن العملية الصلحية متضمنة داخل

العملية القضائية عموما. كذلك الحال بالنسبة للمعيار الإجرائي الذي يعتمد على الإجراءات

الواجب إتباعها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(1) الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 172.

(2) برايك الطاهر، "عقد الصلح(دراسة مقارنة بين القانون المدني و الشريعة الإسلامية)"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية

الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، 2001-2002، ص ص. 33، 34.

(3) عيساني علي، مرجع سابق، ص ص. 53، 54.

ثانياً - هل يكيف الصلح على أنه ذو طبيعة كاشفة أم أنه ذو طبيعة مقررة؟

1 - الصلح ذو طبيعة كاشفة: يرى البعض أن الصلح ذو كبيعة كاشفة فهو فقط

يؤكد حق أو واقعة مادية موجودة وقائمة وما دوره إلا المصادقة عليها، ويرتكز هذا الرأي على القاعدة العامة الواردة في القانون المدني المتعلق بالصلح الذي تم خارج ساحة القضاء ثم يلجؤون إلى القاضي من أجل المصادقة عليه. فهذا الرأي تجاهل الدور الإيجابي للقاضي<sup>(1)</sup>. إن هذا الرأي لا يخلو من حقيقة ذلك أن الصلح عموماً إنما هو عقد كسائر العقود يتوافر على محل و رضا وسبب، ومتى توافرت هذه الشروط تحقق. وأنه فوق هذا كله فهو إتفاق كثيراً ما يقع خارج الدائرة القضائية و يقدم لها لاحقاً لكي تقوم بالمصادقة عليه فهو إذا يتم بمعزل عن كل دائرة قضائية إلا تلك التي تقوم بختمه<sup>(2)</sup>.

2 - الصلح ذو طبيعة مقررة: يرى هذا الرأي بأن القرار الصادر بإثبات إتفاق الصلح

أنه ذو طبيعة تقريرية، ذلك أن القاضي المصالح لا يقوم فقط بالمصادقة على إتفاق الطرفين بالصلح و لكنه يساهم أيضاً في بناء مشروع الصلح من خلال إدارته لجلسة الصلح مستعملاً سلطته في الأمر و النهي وفقاً لمبدأ المشروعية و ينتهي بقرار له نفس الآثار القانونية لأي قرار قضائي آخر<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### مقومات وأركان الصلح

في هذا المطلب سنتطرق في فرع أول إلى مقومات أو عناصر الصلح ثم نبين أركانه

#### الفرع الأول

#### مقومات الصلح

من خلال تعريف الصلح و بالإستناد على المادة 459 من القانون المدني

السابق ذكره بنصها على أنه: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه." فإنه يظهر أن للصلح عناصر و مقومات تتمثل في مايلي:

(1) دودو لمياء، مرجع سابق، ص. 29.

(2) بن صاولة شفيقة، مرجع سابق، ص. 178.

(3) دودو لمياء، مرجع سابق، ص. 29.



**أولاً- وجود نزاع قائم أو محتمل**

**1 - النزاع القائم:** لا يشترط القانون ولا الفقه قدرا معيناً أو درجة محددة لهذا

النزاع، بل قد يكون موجوداً فعلاً وحقيقة، وقد يرى الطرفان أو أحدهما وجوده من خلال معطيات تفرز في ذهنهما تحقق التنافر في الرأي و إعتقاد الأحقية لشيء ما. فإذا كان النزاع قائماً فنكون بصدد صلح قضائي لأن النزاع إذا كان قائماً فإنه يكون معروضاً على القضاء ثم يحسمه الطرفان بالصلح يشترط هنا عدم صدور حكم قضائي في ذلك النزاع القائم<sup>(1)</sup>.

**2 - النزاع المحتمل:** لا يشترط أن يكون النزاع قائماً أو مطروحاً أمام القضاء بل

يكفي أن يكون من المحتمل وقوعه مستقبلاً و بالتالي يتوقيان وقوعه. والنزاع المحتمل كما لو كان أحد الطرفين هو المحق دون الآخر و كان حقه واضحاً و لكنه يريد الصلح ليتوقى طول إجراءات التقاضي أو لتفادي عنت الخصوم<sup>(2)</sup>.

و الصلح الذي ينهي النزاع المحتمل هو النزاع غير القضائي، و إذا كان النزاع القائم موجود يراه الطرفان مطروحاً على القضاء فإن الأمر يختلف حول النزاع المحتمل الذي يكون غير قضائي بحيث لا يكون موجوداً وقت إبرام الصلح بل يكفي وقته إجتماع الطرفين على ضرورة توفير حماية مسبقة لشيء يخشيانه و يتوقعان حدوثه فيكون مسبباً لهما ضرراً ما. وقد يقع بعد إبرام الصلح الذي يحتاط الطرفان بواسطته من خوف وقوعه ولا يكون كذلك إلا إذا كان النزاع المحتمل ذا أثر مساوٍ لما يحدثه النزاع القائم<sup>(3)</sup>.

**ثانياً- نية حسم النزاع**

بمعنى أن يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائماً و إما بتوقيه إذا كان محتملاً، أما إذا لم تكن لدى الطرفين نية حسم النزاع فلا يعتبر العقد صلحاً بمفهوم المادة 459 من القانون المدني<sup>(4)</sup>.

**ثالثاً- التنازل المتبادل عن حق** إذا لم ينزل أحد طرفي الخصومة عن شيء مما

يزعمه وترك الطرف الآخر كل ما يدعيه فلا نكون بصدد الصلح بل مجرد نزول عن الإدعاءات ( الترك، التنازل) وبالتالي يجب أن يكون التنازل من كلا الطرفين (التقابل) وينصب

(1) دودو لمياء، مرجع سابق، ص. 24.

(2) الأتصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 63.

(3) برايك الطاهر، مرجع سابق، ص. 25.

(4) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 16.

على جزء من الإدعاءات وليس كلها<sup>(1)</sup>.

وليس من الضروري أن تكون التضحية والتنازل من الجانبين متعادلة فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من إدعائه أو عن كل إدعائه ولا ينزل الآخر إلا عن بعض ما يدعيه<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### أركان الصلح

للصلح ثلاث أركان شأنه في ذلك شأن العقود الأخرى و بالتالي تسري عليه القواعد العامة للعقد وهذه الأركان هي: التراضي، المحل و السبب.

#### أولاً- التراضي

إستنادا إلى المادة 972 من القانون رقم 09/08 بنصها: " يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم".

فالصلح لا يتم إلا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر، أما إذا كان هناك عرض للصلح من جانب أحد الطرفين و لم يكن هناك قبول من الطرف الآخر فلا يوجد صلح في هذه الحالة<sup>(3)</sup>.

يعتبر عقد الصلح قائم ومنعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول من المتصالحين وتطابقهما، ويقصد بتطابق الإيجاب و القبول توافق الإرادتين حول ماهية ونوع النزاع وتعيين الحقوق محل التنازل المتبادل من المتصالحين و كافة بنود و حدود عقد الصلح، والحديث عن تطابق إرادتين لإنعقاد الصلح يفيد بالضرورة عدم قيام الصلح بإرادة منفردة لعدم كفاية ذلك<sup>(4)</sup>. وإذا كان القبول غير مطابق للإيجاب وذلك لأن الإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ فلا يجوز قبوله جزئياً، وإذا عرض أحد الطرفين الصلح عن الآخر فلم يقبله فإن الشخص الذي عرض الصلح مقيدا بإيجابه ويجوز له أن يطالب بحقه كله بعد أن كان عارضا الصلح بتنازله عن جزء من حقه، و القبول بالصلح يمكن أن يكون ضمنيا وذلك باتخاذ الشخص موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على المقصود<sup>(5)</sup>.

(1) دودو لمياء، مرجع سابق، ص. 10.

(2) الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 67.

(3) نفس المرجع ، ص. 76.

(4) برايك الطاهر، مرجع سابق، ص. 57.

(5) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 26.

## ثانياً - المحل

محل الصلح هو الحق المتنازع عليه و نزول كل من الطرفين عن جزء من إدعائه فإذا اختص أحد الطرفين بالحق كله في مقابل مال أو أداء معين يقدمه الطرف الآخر فإن هذا البديل يدخل هو الآخر في محل الصلح. ويتعين أن يتوافر في محل الصلح كافة الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام بصفة عامة فيجب أن يكون هذا المحل موجودا وممكنا و أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين كما يجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام<sup>(1)</sup>.

## ثالثاً - السبب

اختلفت الآراء حول سبب عقد الصلح، فحسب النظرية التقليدية فإن سبب إلتزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من حقه وتبرير ذلك أن ما التزم به المتعاقد هو سبب إلتزام المتعاقد الآخر<sup>(2)</sup>.

أما حسب النظرية الحديثة فمضمونها يقوم على فكرة الباعث والدافع إلى التعاقد بالصلح وهذا الدافع من الثابت أن يكون مختلفاً بين المتعاقدين في أغلب الصور التي يظهر بها الصلح وذلك أن أحد المتعاقدين يخشى أن يخسر الدعوى إن هي إستمرت أمام القضاء و الآخر يرى في التقاضي إطالة للنزاع من حيث إجراءاته والمصاريف القضائية أو الإبقاء على العلاقات مع المتصالح الآخر<sup>(3)</sup>.

وإذا كان السبب في عقد الصلح هو الدافع غير المباشر من إبرام عقد الصلح فإنه يشترط أن يكون هذا الدافع مشروعاً وغير مخالف للنظام العام. والسبب بهذا المفهوم غير كاف لوحده لأنه من باب أولى إكماله وإتمامه بالباعث المباشر لإبرام الصلح، وبعبارة أخرى فالسبب في عقد الصلح يتكون من جملة من الدوافع والبواعث منها ما هو مباشر مشترك ويتعلق بقطع النزاع وإنهائه سواء كان قائم أو محتمل بين الطرفين، ومنها ما هو متعلق بالمتعاقد في حد ذاته على شرط إعلامه لإضفاء مشروعية هذا السبب من أجل قيام عقد الصلح<sup>(4)</sup>.

(1) الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 81.

(2) برايك الطاهر، مرجع سابق، ص. 81.

(3) الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 82.

(4) برايك الطاهر، مرجع سابق، ص. 82، 83.

## المبحث الثاني

### الشروط المتعلقة بالصلح

لقد نظم المشرع الجزائري في قانون بالإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 الشروط المتعلقة بالصلح، سواء ما تعلق منها بالجانب الموضوعي والمتمثل في نطاق الصلح أو تلك المتعلقة بالجانب الإجرائي له، وفي هذا المبحث سنبين مختلف الجوانب المتعلقة بتلك الشروط وذلك كالآتي:

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للصلح

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للصلح

### المطلب الأول

#### الشروط الموضوعية للصلح

إن ما نقصده من الشروط الموضوعية للصلح، هو تحديد مجالاته التي يمكن إجراؤه فيها، وهذه المجالات حددها المشرع الجزائري في المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل." وحسباً فعل المشرع عندما حدد المجالات التي يجوز فيها إجراء الصلح لما نص صراحة على جوازية إجرائه بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالتعويض وجبر الضرر، وما يمكن إستخلاصه من نص المادة 970 أعلاه وبمفهوم المخالفة أن الصلح لا يجوز إجراؤه في دعاوى المشروعية، أي أن الدعاوى المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية محل الخلاف والتي قد تكون مشروعة وقد تكون غير مخالفة للقانون لا يجوز فيها إجراء الصلح.

وعليه فيبدو من الصعب إجراء الصلح في نزاعات المشروعية تحت إشراف القاضي، فالقرار الإداري محل الخلاف قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع و ليس هناك مجال للمعالجة أو حل وسط إلا إذا كانت عملية الصلح تقتصر على سحب القرار الإداري من طرف الإدارة<sup>(1)</sup>. وبالتالي يكون المشرع قد أزال الغموض الذي كان سائداً في القانون السابق رقم: 154/66<sup>(2)</sup> المتضمن قانون الإجراءات المدنية، حيث نصت المادة 169 منه على أن

(1) عيساني علي، مرجع سابق، ص. 134.

(2) الأمر رقم 154/66، المؤرخ في: 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، (الجريدة الرسمية رقم: 47 لسنة 1966).

إجراء الصلح يتم عقب تسجيل القضايا لدى كتابة الضبط للمجالس القضائية دون الإشارة إلى نوع الدعوى الإدارية، وبالتالي يبقى الصلح ضروري في دعاوى الإلغاء و دعاوى القضاء الكامل على حد سواء. وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري أصبح يعتبر الصلح ليس إجراء إجباري القيام به وإنما هو وسيلة يمكن أن يختارها أطراف النزاع للفصل في نزاعهم بطريقة ودية.

إلا أنه وبصفة عامة وبالرجوع للمادة 461 من القانون المدني الجزائري والذي يمثل الشريعة العامة، نجد أن بعض المنازعات لا يجوز فيها إجراء الصلح والتي تخص المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يبقى إجراء الصلح جوازي في المسائل المتعلقة بالمصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية.

وبناءً على ما تقدم يمكن إدراج مجالات الصلح والمقتصرة فقط على دعاوى القضاء الكامل، إلا أننا سنقتصر فقط على أهم أنواعها وهي دعوى التعويض ومادة العقود الإدارية.

## الفرع الأول

### الصلح في دعوى التعويض

تعتبر دعوى التعويض من أهم دعاوى القضاء الكامل يتمتع فيها القاضي بسلطات كبيرة تهدف إلى المطالبة بالتعويض وجبر الأضرار المترتبة عن أعمال ونشاط الإدارة.

#### أولاً- تعريف دعوى التعويض

هي الدعوى التي تشمل مجموعة دعاوى إدارية ترفع من ذوي الصفة والمصلحة أمام القضاء المختص بهدف المطالبة بحقوق (مراكز) شخصية مكتسبة والتقرير أن الإدارة من خلال أعمالها القانونية أو المادية قد مست بهذه الحقوق بصفة غير شرعية ثم تقدير الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن ذلك ثم التقرير بإصلاحها وجبرها إما بإعادة الحالة التي كان عليها المدعون على أساس القانون أو دفع مبلغ مالي مستحق (علاوات) أو التعويض عنها والحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: الأعمال الإدارية التي تكون محلاً للصلح

تلجأ الإدارة العامة لآداء نشاطها الإداري إلى القيام بالعديد من التصرفات والأعمال التي ترد أساساً إلى:

(1) عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية. ددن، الجزائر، 2008-2009، ص. 39.

أ- أعمال مادية: هي أعمال تقوم بها الإدارة إما بصفة إرادية تنفيذاً لعمل تشريعي (قانون) أو عمل إداري (قرار إداري<sup>(1)</sup> أو عقد إداري)، دون أن يكون قصدتها إحداث مركز قانوني جديد، أو بصفة غير إرادية والمتمثلة في الأعمال التي تقع من الإدارة نتيجة خطأ أو إهمال.

ب- أعمال قانونية: تفصح من خلالها الإدارة عن إرادتها ونيتها في ترتيب أثر قانوني فتارة تقوم بها مستندة إلى توافق إرادتين كما هو الحال في العقود الإدارية وتارة أخرى مستندة إلى إرادتها المنفردة (قرارات إدارية) بما لها من إمتيازات السلطة العامة<sup>(2)</sup>.

هذه الأعمال قد تضر بالأفراد مما يدفعهم إلى مطالبة الإدارة بالتعويض فيتقدموا بتظلم أمامها حسب المواعيد الواردة في المادة 829 و 830 من القانون رقم: 09/08 وفي حالة سكوت الإدارة أو ردها بما لا يرضي المتضرر فإنه يلجأ إلى القضاء الإداري وبالتحديد المحكمة الإدارية المختصة طبقاً للمادة 800 و 801 من القانون نفسه رافعاً دعوى تعويض لجبر الضرر الذي لحقه جزاء نشاط قامت به الإدارة، إلا أنه وكما بينا سابقاً أن هناك حالات لا يتطلب فيها رفع دعوى التعويض وجود قرار إداري وهذا في حالة الإعتداء المادي للإدارة على الأفراد سواء كان نشاطها مشروع أو غير مشروع، وفي هذه المرحلة (بعد رفع دعوى تعويض أمام المحكمة الإدارية) يجوز إجراء الصلح إما بسعي من الخصوم أنفسهم، أو بعرضه من رئيس تشكيلة الحكم على الخصوم ويتوقف إجراؤه في هذه الحالة الأخيرة على موافقتهم لأن عدم موافقة أحد الخصوم على الفصل في النزاع عن طريق الصلح يحول دون إجرائه، إذ عادة ما ترفض الإدارة فض النزاع بهذه الطريقة إذا رأت في ذلك مساس بالمصلحة العامة.

## الفرع الثاني

### الصلح في مادة العقود الإدارية

إن ما ينبغي الإشارة إليه أولاً هو أن ليس كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري، ومنه فالإدارة مثلما تبرم عقود إدارية فقد تدخل في علاقات أخرى مثلها مثل الأفراد تبرم من خلالها

(1) يعرف القرار الإداري بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين إبتغاء مصلحة عامة، وقد يكون القرار الإداري إيجابياً بالإستجابة لطلب الفرد أو الرفض، وقد يكون سلبياً بحيث لا ترد الإدارة على طلب الفرد ولا تعلن عن إرادتها إزاءه. أنظر الطباخ أحمد شريف، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية. الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 11.

(2) بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الإدارية. دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 221.

عقود مدنية في إطار القانون الخاص يختص بمنازعاتها القاضي المدني، أما النوع الأول من العقود فتطبق عليه قواعد القانون العام و يختص بمنازعاتها القاضي الإداري وهو النوع الذي يخص دراستنا هذه.

إن فكرة العقود الإدارية لم تظهر إلا عندما ظهر القضاء الإداري كقضاء مختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وكان ذلك في فرنسا حين بدأ مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض لمنازعات عقود الإدارة، و بدهاة أن مجلس الدولة لم يكن أمامه قواعد إدارية تكفي أو تغطي منازعات العقود الإدارية، ذلك أن القانون الإداري كان وليدًا لم تنتسج دائرة أحكامه ولم تستقر مبادئه و أفكاره بعد، فلم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يلجأ إلى القانون المدني إلى جانب ما يجده في قواعد القانون الإداري مما كان ذلك يشكل عبء على مجلس الدولة بالإضافة إلى التطور المستمر الذي يتسم به القانون الإداري<sup>(1)</sup>.

### أولاً- تعريف العقد الإداري

لم يحدد المشرع الجزائري تعريف العقد الإداري، وإنما عرّف العقد بصفة عامة في المادة 54 من القانون المدني على أنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".  
ومنه يمكن تعريف العقد الإداري على أنه توافق إرادتي شخص معنوي عام وشخص آخر قد يكون طبيعي أو معنوي بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، بحيث تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام<sup>(2)</sup>.  
كما عرّف مجلس الدولة المصري العقد الإداري على أنه العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية وشخص عام أو خاص، بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمprivileges لا يتمتع بها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق عام، وتعتمد الدولة في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله وذلك بتضمينه شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في العقد ذاته أو مقررة

(1) الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص. 50.

(2) عبد الكريم لوي، "الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري و أهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها"، مجلة ديالى للبحوث الأساسية، العدد 53، مجلة سنوية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، العراق، 2012، ص. 4.

بمقتضى القوانين واللوائح، وقد تمنح الإدارة للمتعاقد معها حقوقا لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو إستغلاله تحقيقا للنفع العام<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- عناصر العقد الإداري

يمكننا التعرف على عناصر العقد الإداري من خلال تعريفه، والذي يكون أحد أطرافه إدارة عامة وموضوعه متعلق بمرفق عام، يتضمن شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تعبر عن إمتيازات السلطة العامة التي تستهدف بها الإدارة تحقيق المصلحة العامة، وهذه الفكرة الأخيرة منها ما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد وجودها من عدمه فإذا تضمن العقد هذه الشروط عدّ العقد إداريا يختص بمنازعاته القضاء الإداري، و إذا اختلف شرط من هذه الشروط عدّ العقد مدنيا سواء كان إداريا محضا أو تجاريا<sup>(2)</sup>.

#### 1- الإدارة هي أحد أطراف العقد:

تعتبر العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة في الدولة التي أخذت بتقسيم قواعد القانون إلى قانون عام وقانون خاص، لذلك يكون من البديهي أن يشترط إضفاء الصفة الإدارية على العقود على أن تكون الإدارة طرف فيها وذلك على أساس أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية دون نشاط الأفراد الذي يحكمه القانون الخاص. وقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا و مصر إلى اعتبار أن العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عقود إدارية إذا ما أبرمت باسم ولحساب الإدارة و ذلك متى توافرت بقية العناصر<sup>(3)</sup>.

#### 3 - إرتباط العقد بمرفق عام:

يعرف المرفق العام وفقا للمعيار الموضوعي على أنه كل منظمة عامة تنشؤها الدولة و تخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات للجمهور. وبالتركيز على المعيار الموضوعي الوظيفي فيعرف المرفق العام على أنه كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة<sup>(4)</sup>.

(1) وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة بين مصر و فرنسا و الدول العربية). دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص. 9.

(2) نصر الشريف عبد الحميد، "العقود الإدارية في التشريع الجزائري"، مذكرة إجازة المعهد الوطني للقضاء، منشورة، الجزائر، الدفعة 12، 2001-2004، ص. 11.

(3) عليوات ياقوتة، "تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية)"، مذكرة دكتورا، منشورة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008-2009، ص ص. 31، 32.

(4) بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري. الطبعة الثانية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص. 307.



ومنه يعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تباشره منظمة عامة تنشؤها الدولة و تخضع لإدارتها بقصد إشباع حاجات عامة للجمهور.

ويقصد بإرتباط العقد بمرفق عام أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد لا يمكن أن يكون إداريا إلا إذا ارتبط بمرفق عام سواء وجدت معه عناصر أخرى أم لا، و يعني الإرتباط بالمعيار العضوي للمرفق العام الذي يفيد أن الفرد عندما يرتبط بعقد مرفق عام تكون هنا الإدارة طرف في العقد<sup>(1)</sup>.

### 3- إلتباع قواعد إستثنائية :

يقصد بهذا العنصر هو إلتباع أسلوب القانون العام، و منه يجب لإعتبار العقد إداريا لابد أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بهذا الأسلوب حتى و إن لم يتصل العقد بمرفق عام أي أنه إذا تضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فإن ذلك يكشف عن نية الإدارة قد اتجهت إلى إلتباع وسائل القانون العام و بالتالي فإن العقد يصبح إداريا بغض النظر عن صلته بالمرفق العام<sup>(2)</sup>.

### ثالثا- تنفيذ العقد الإداري

تظهر خصوصية العقد الإداري خاصة أثناء تنفيذ بنود العقد، حيث تمارس خلالها الإدارة سلطاتها الأصلية فيترتب عنه حقوق للإدارة فيما يكون كذلك حقوق للمتعاقد معها.

### 1- حقوق الإدارة:

في إطار تنفيذ العقد الإداري وحسن سير عملية التنفيذ في الآجال المحددة يكون للإدارة حقوق ولو لم ترد في بنود العقد، وتتمثل هذه الحقوق في مايلي:

#### أ- حق الرقابة والإشراف:

للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ العقد للتحقق من مطابقة التنفيذ مع الشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية، وإذا كان الأصل للمتعاقد حق إختيار وسائل تنفيذ إلتزاماته فإن للإدارة في بعض العقود وأهمها الأشغال العامة حق توجيه أعمال التنفيذ على النحو الذي تفضله، إلا أن الإدارة ليس لها أن تبالغ تحت ستار حق الرقابة و التوجيه إلى حد تغيير موضوع العقد أو الإعتداء على حقوق المتعاقد الآخر<sup>(3)</sup>.

(1) عبد الكريم لوي، مرجع سابق، ص. 11.

(2) الطماوي سليمان، مرجع سابق، ص. 76.

(3) راغب الحلو ماجد، العقود الإدارية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص. 149.

**ب- الحق في تعديل العقد:**

تقوم العقود على رضا الأطراف المتعاقدة على أي تعديل في العقد، إلا أنه و تبعاً لظروف معينة فإن الإدارة قد تقوم بتعديل العقد بصورة منفردة، مستمدة سلطتها من مقتضيات سير المرفق العمومي والحاجيات العامة، وقد يترتب عن تعديلها للعقد زيادة أو نقصان إلتزامات المتعاقد معها، لكن دون المساس بجوهر العقد الأصلي كأن يكون التعديل في مسائل فرعية<sup>(1)</sup>.

**ج- الحق في فسخ العقد:**

يقصد بفسخ العقد، حل الرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف الآخر بإلتزاماته، ولا تلجأ الإدارة إلى جزاء الفسخ عادة إلا في حالة الخطأ الجسيم أو المتكرر الذي يفقدها الأمل في حسن تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته في المستقبل، وتقوم الإدارة بفسخ العقد دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي وذلك باستثناء عقد إلتزام المرافق العامة الذي يسلمتزم القضاء الإداري الفرنسي لفسخه تدخل القضاء نظراً لظروف هذا العقد و أهمية العناصر المستخدمة في تنفيذه، وذلك إلا إذا نص في عقد الإلتزام على حق الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة<sup>(2)</sup>.

**2- حقوق المتعامل المتعاقد:**

تُمنح للمتعامل المتعاقد مع الإدارة حقوق في مقابل الحقوق الممنوحة لها وتتمثل في:

**أ- حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي:**

إن السبب وراء لجوء الأفراد إلى التعاقد مع الإدارة وتقديم عروض هو حصولهم على مقابل ما يقومون به، فيكون الحق الأول و الأساسي بالنسبة لهم، بحيث ينص العقد المبرم بين الطرفين على تحديد هذا السعر المقرر لتنفيذ العقد فيكون من حقه الحصول عليه شريطة قيامه بكافة الإلتزامات المقررة في العقد، بحيث يحصل المتعاقد مع الإدارة على المقابل المالي إما بالتسديد مرة واحدة بعد إنتهاء إنجاز المتطلبات، أو يكون ضمن حصص، أو يتضمن مبالغ تدفع على وجه التسبيق في حدود نسب معينة، وإما أن يتقاضاه المتعاقد من المنتفعين بالخدمات التي يقدمها بمناسبة عقد الإمتياز<sup>(3)</sup>.

(1) عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري. الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص

ص. 148، 149.

(2) راغب الطو ماجد، مرجع سابق، ص. 161.

(3) عشي علاء الدين، مرجع سابق، ص. 149.

**ب- الحق في إعادة التوازن المالي:**

بالنظر إلى سلطة الإدارة في تعديل العقد وما قد يطرأ من أحداث أثناء التنفيذ تقرر لمصلحة المتعاقد معها الحق في طلب إعادة التوازن المالي للعقد طالما أنه يقوم على أساس فكرة التكافؤ في الأعباء، فلا يجوز تحميله أعباء لم يكن يدركها وقت التعاقد<sup>(1)</sup>.

و أثناء تنفيذ العقد قد تطرأ ظروف تعيق تنفيذه، هذه الظروف نوجزها في مايلي:

- نظرية الظروف الطارئة: يقصد بها، أنه إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة

عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عد التعاقد فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة، فنتلزم هذه الأخيرة بتعويضه جزئيا وبصفة مؤقتة وإما بتعديل شروط العقد للتطيف من أثر هذه الظروف بم يسمح للمتعاقد باستمرار تنفيذ العقد دون إرهاق، فهذه النظرية تقوم على أساس ضمان استمرار سير المرفق العام<sup>(2)</sup>.

- نظرية فعل الأمير: هي إجراء تتخذه السلطة العامة، أي من طرف جهة الإدارة

المتعاقدة و الذي يؤثر في تنفيذ العقد مما يزيد في أعباء المتعاقد معها مما يلزمها التعويض لهذا الأخير إثر هذا الإختلال واستمرار تنفيذ التزاماته. والإجراء الذي تقوم به الإدارة و الذي يؤثر على تنفيذ العقد هو إجراء مشروع لكنه يؤدي إلى إضرار بالمتعاقد معها<sup>(3)</sup>.

- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: أي أنه إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ

إلتزاماته صعوبات مادية غير عادية لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد فجعلت تنفيذ العقد مرهقا كان من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة عن هذه الصعوبات، فأساس هذه النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري و التوافق مع إرادتهما المشتركة على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها تسري فقط على الظروف العادية<sup>(4)</sup>.

**رابعا- النزاعات المتعلقة بالعقد الإداري**

تنقسم الدعاوى التي ترفع بشأن النزاعات المتعلقة بالعقد الإداري إلى دعاوى الإلغاء ودعاوى التعويض، وفي مايلي نبين المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح وكذا المنازعات التي

(1) نفس المرجع، ص. 150.

(2) راغب الحلو ماجد، مرجع سابق، ص. 184.

(3) بوشارب الزهرة، "نظرية فعل الأمير و أثرها في المادة الإدارية"، مذكرة ماستر، منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2013، 2014، ص. 11.

(4) راغب الحلو ماجد، مرجع سابق، ص. 179.

تكون محلاً للصلح.

### 1- المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح:

يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية، وذلك برفع صاحب

المصلحة و المتضرر من عمل الإدارة وتصرفها دعوى تعويض أمام المحكمة الإدارية طبقاً للمادة 801 من القانون رقم: 09/08 و هذا كقاعدة عامة إلا أنه يرد إستثناء على هذه القاعدة بحيث يجوز رفع دعوى إلغاء فيما يتعلق بالحالات الآتية دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بها.

القرارات الإدارية المنفصلة عن عمليات التعاقد

طعون المستفيدين في حالة عقود الإمتياز

#### أ-القرارات الإدارية المنفصلة عن عمليات التعاقد:

إن الإدارة في سبيل إختيارها للمتعاقد معها، تلتزم في معظم الحالات بإتباع طريق معين، وفي إطار ذلك تتخذ الإدارة قرارات إدارية تمهيدية من أجل إبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه وهذه القرارات ليست بغاية في ذاتها ولكنها وسيلة لإتمام أو عدم إتمام عملية التعاقد<sup>(1)</sup>.

و من أمثلة القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية العقدية والسابقة على إبرام العقد، قرارات تسجيل الأشخاص في القائمة السوداء أو إستبعاد بعض الأشخاص من المشاركة في المناقصة أو إرساء المناقصة على شخص معين و إبرام العقد النهائي مع شخص آخر لم يشارك أصلاً في المناقصة أو تسليم كراس الشروط لبعض الأشخاص مجاناً و إلزام البعض الآخر بتسديد رسوم معينة مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المتقدمين للمنافسة<sup>(2)</sup>.

إذاً فالقرارات المنفصلة عن العقد بذاته يمكن الطعن فيها بالإلغاء من قبل الغير لأن سبيل المتعاقد هو قضاء التعويض أمام القاضي، أما المتعاقد فلا يمكنه أن يلجأ إلى القضاء من أجل التعويض ومن ثم فقد فتح له مجلس الدولة الفرنسي باب قضاء الإلغاء<sup>(3)</sup>.

#### ب- طعون المستفيدين في حالة عقود الإمتياز:

يقصد بالإمتياز أن تعهد الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية إلى أحد الأفراد أو أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق إقتصادي و استغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق

(1) طلبه عبد الله، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. منشورات جامعة حلب، سوريا، د س ن، ص. 171.

(2) عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص. 163.

(3) طلبه عبد الله، مرجع سابق، 171.

عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته وفي مقابل ذلك يتقاضى رسوما يدفعها كل من انتفع بخدمات المرفق<sup>(1)</sup>. فعقد الإمتياز يربط بين ثلاثة أطراف متمثلة في الإدارة مانحة الإمتياز و الملتزم و المنتفعون

ونظرا للطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة في عقد الإمتياز و التي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين وبالتالي فإن خروج الإدارة أو الملتزم عن هذه الشروط لا يتضمن مجرد الإخلال بالالتزام شخصي مرجعه إلى العقد بل أنه ينطوي على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة في العقد مما يجعل القرار غير مشروع، فيتقدم المنتفع إلى الجهة الإدارية المختصة طالبا منها أن تتدخل بناء على سلطاتها الإدارية لتجبر الملتزم على إحترام شروط العقد، فإذا رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمنا، حق للمنتفع أن يطعن في هذا القرار أمام قاضي الإلغاء و يكون القرار غير مشروع إذا ثبت فعلا أن الملتزم لم يحترم شروط العقد<sup>(2)</sup>.

## 2- المنازعات التي يجوز فيها الصلح:

تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذا للعقد مثل القرار الصادر بتوقيع جزاءات تعاقدية على المتعاقد معها، أو القرار الصادر بفسخ العقد، لذلك لا ينقيد الطعن فيها بالمواعيد و الإجراءات المتعلقة بدعوى الإلغاء، فالإلتزامات المترتبة عن العقود الإدارية هي إلتزامات شخصية وقرار فسخ العقد يقوم على إخلال المتعاقد بالإلتزاماته التعاقدية، ولا يعتبر من القرارات الإدارية المنفصلة التي يجوز مخاصمتها بدعوى الإلغاء<sup>(3)</sup>. ومنه فالنزاعات التي قد تحدث بين الإدارة و المتعاقد معها أثناء تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه، قد تستهدف دعوى بطلان العقد نظراً لعبه في تكوينه، وقد تستهدف الحصول على مبالغ مالية وذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها المتعاقد الآخر، و إما تتوخى الدعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف إلتزاماتها التعاقدية، كما قد تستهدف الدعوى فسخ العقد كأن يطالب المتعاقد بفسخ العقد في حدود معينة<sup>(4)</sup>.

إن اللجوء إلى القضاء و بالتحديد القضاء الإداري من أجل إستصدار حكم قضائي

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص. 356.

(2) طلبه عبد الله، مرجع سابق، ص ص. 174، 175.

(3) راغب الطو ماجد، مرجع سابق، ص. 230.

(4) طلبه عبد الله، مرجع سابق، ص ص. 167، 168.

يفصل في تلك المنازعات التي تحدث بين الإدارة و المتعاقد معها، ويقضي بتعويض المتضرر من أعمال الإدارة ليس هو السبيل الوحيد الذي من دونه لا يمكن الفصل في النزاع، من أجل الحكم بتعويض المتضرر من تصرفات الإدارة بل إنه يجوز في أية مرحلة تكون عليها الدعوى الوصول إلى حل ودي للنزاع وذلك عن طريق الصلح هذا الأخير الذي يحافظ على استمرار علاقة الإدارة بالمتعاقد معها.

## المطلب الثاني

### الشروط الشكلية للصلح

لم يحدد المشرع الإجراءات التي يتم بموجبها إجراء الصلح وإنما فتح المجال واسعاً للقاضي وفقاً لما يراه مناسباً بشأن الكيفية مادام ذلك سيحقق نتيجة<sup>(1)</sup>. في هذا المطلب سنتطرق إلى الشروط والإجراءات الشكلية التي لا بد من إتباعها عند إختيار أطراف النزاع تسوية نزاعهم القائم بينهم عن طريق ودي والمتمثل في الصلح، مع العلم وكما لاحظنا آنفاً أن إجراء الصلح جوازي وذلك بعدما كان إجبارياً في قانون الإجراءات المدنية السابق بحيث ولا بد من إجراء الصلح عقب تسجيل القضايا لدى كتابة الضبط للمجالس القضائية. بحيث نبرز مراحل هذه العملية ودور القاضي وهو يفصل في النزاع ثم آثار عملية الصلح وكذا إمكانية الطعن في قراره أم لا.

## الفرع الأول

### مراحل الصلح

يمر الصلح بثلاث مراحل هي: المبادرة بالصلح، وإنعقاد عملية الصلح ثم تحرير محضر الصلح.

#### أولاً- المبادرة بالصلح

تنص المادة 972 من القانون رقم 09/08 بنصها: "يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم" من خلال نص هذه المادة، نرى بأن الصلح قد يتم إما بسعي من الخصوم أنفسهم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم، فالمشرع أعطى الأولوية في المبادرة

(1) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الطبعة الثانية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص.

بالصلح للخصوم فيكون بذلك قد منح لهم فرصة فض النزاع القائم بينهم بأنفسهم بطريقة ودية يرضى بها جميع أطراف النزاع.

كما يمكن أن يتم إجراء الصلح بسعي من رئيس تشكيلة الحكم، حيث جعل المشرع القاضي يقوم بدور إيجابي فلم يعد مجرد حَكَم يدير الخصومة المتبادلة بين الأطراف المتنازعة ثم يصدر في نهايتها حكم دون أن يكون له دور إيجابي فيها، بل أصبح دوره فعال سواء في إدارة الخصومة وتسييرها أو في مراقبة صحة الإجراءات التي يتخذها أطراف النزاع، ويعتبر الصلح من أهم أدوار القاضي الإداري عندما يحاول التوفيق والتصالح بينهم وذلك بأن يعرضه عليهم في أية مرحلة تكون عليها الخصومة ويتوقف السير فيه على موافقتهم.

وما يجب الإشارة إليه هنا هو أنه لا يجوز للقاضي أن يفوض غيره في القيام بمحاولة الصلح، كأن يفوض هذه المهمة إلى خبير لأنها من المهام الأساسية للقاضي مثلها في ذلك مثل مهمة الفصل في النزاع التي لا يجوز أن يفوض غيره في القيام بها لأن ذلك يعتبر تنازله عن صلاحياته<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - إنعقاد الصلح

لا يكفي أن يكون هناك عقد صلح صحيح وقائم بين الطرفين ولو كان هذا الصلح مثبتاً في ورقة عرفية، أي أنه تم بسعي من الخصوم وقاما بتحرير ورقة عرفية موقع عليها من الطرفين يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يحضر طرفي النزاع بنفسهما أو يوكل بوكالة خاصة بالصلح أمام المحكمة وأن يقر كل منهما أنه موافق على الصلح ولن يأتي ذلك إلا إذا حضر الطرفان وقاما بالتوقيع عليه، وإذا تدخل الغير في الدعوى فلا يجوز للمحكمة التصدي عن الصلح إلا بعد الفصل في مدى صحة التدخل<sup>(2)</sup>.

ومنه يكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد الوقت والمكان المناسبين لإجراء عملية الصلح، ويختلف ذلك حسب وقائع وظروف كل قضية، فالقاضي يقوم بمحاولة التوفيق ف أول جلسة أو أثناء إتخاذ إجراء التحقيق أو في لحظة الحضور الشخصي، كما يجوز عرض الصلح بعد قفل باب المرافعات وذلك إذا فتح احد الخصوم باب المرافعة من جديد، أما عن مكان إجراء

(1) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 63.

(2) نفس المرجع، ص. 64.

الصلح فيكون إما في مكتب القاضي أو في قاعة الجلسات على أن تتم هذه المحاولة بحضور الخصوم شخصياً<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً- محضر الصلح

تنص المادة 973 من القانون رقم: 09/08 على أنه: "إذا حصل صلح، يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضراً يبين فيه ما تم الإتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف...". كذلك الشأن في حالة عدم توصل الأطراف إلى صلح أين يحرر القاضي محضر عدم الصلح، ويثار هنا التساؤل حول اللحظة التي يعتبر فيها عقد الصلح قائماً وموجوداً، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد الصلح يعتبر موجوداً منذ إتفاق الأطراف شفاهة عليه وليس منذ إثباته في محضر الجلسة لأن عقد الصلح رضائي ولا يحتاج أي شكل خاص لوجوده، أما قيام القاضي بإثبات ما إتفق عليه الأطراف في محضر الجلسة فهو أمر غير لازم لوجود الصلح و إنما لازم ليكتسب الصلح الصفة الرسمية وليكون سنداً تنفيذياً يمكن تنفيذه مباشرة<sup>(2)</sup>. أما عن محضر الصلح فإن المشرع لم يحدد له شكلاً معيناً يفرغ فيه محتوى الإتفاق ومع ذلك لا بد على الأقل من إحترام البيانات الجوهرية و الوقائع.

في التطبيقات القضائية المتعلقة بمسألة الصلح تكون المحاضر مطبوعة متضمنة جميع البيانات المختلفة تتعلق بالأطراف والموضوع والنتيجة المتوصل إليها، وقد يحرر المحضر على وثيقة بيضاء يدون فيها القاضي تاريخ ومكان إجراء الصلح والأطراف الحاضرة والتصريحات، ويتم تسجيل هذا المحضر في سجل خاص بجلسات الصلح ويترك أصل النسخة لدى أمانة الضبط التي يرجع إليها عند الحاجة<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### دور القاضي الإداري في الصلح

لقد منح المشرع للقاضي الإداري المعروض أمامه النزاع أن يعرض على أطرافه الصلح فيما تنازعا فيه، إلا أنه لم ينظم الإجراءات الواجب إتباعها من طرف القاضي أو الخصوم، وقد ترتب عن ذلك أن ظهرت عدة تساؤلات حول مهمة ودور القاضي الذي قام

(1) صكاك عبد المالك، "الصلح في المنازعات الإدارية في القضاء الجزائري"، مذكرة ماستر، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة بسكرة، 2012-2013، ص. 35.

(2) نفس المرجع، ص. 36.

(3) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 66.



بعرض الصلح على الخصوم، كل هذه التساؤلات تدور حول ما إذا كان للقاضي سلطة في قبول الأطراف للصلح، أو التدخل في عملية الصلح ذاتها، وماهي صفة القاضي في عملية الصلح، ومنه نجد هناك رأيين حول دور القاضي الإداري في التوفيق بين الخصوم.

### أولاً- القاضي الإداري بصفته مصالحاً بين الخصوم

إن الصلح لا يخضع لأي قاعدة بل مرده إلى إرادة الأطراف، ولا يخضع لقواعد العدالة والإنصاف وإنما يبدو في حركية إستراتيجية تحكمها المصالح الشخصية أولاً وأخيراً، والمصالح ليس مقيد بالقانون والعدل بأكثر مما هو مقيد بالقسط، ولهذا فالمصالح قد يكون حكماً ولكنه لا يرقى أبداً إلى درجة القاضي، وبالتالي فوثيقة الصلح تختلف كل الإختلاف عن وثيقة القضاء وآثارهما القانونية تختلف كذلك<sup>(1)</sup>.

إذا تم الصلح بسعي من الخصوم خارج دائرة القضاء، فيتقدم أطراف النزاع بطلب من القاضي من أجل القيام بمحاولة الصلح وذلك قبل رفع الدعوى أمام القضاء وقد يتم ذلك شفاهة أو بخطاب عادي ويقوم قلم الكتاب بتبنيه المدعى عليه بالتاريخ المحدد لجلسة التوفيق ويجب على الأطراف الحضور شخصياً<sup>(2)</sup>، وهنا يكون دور القاضي فقط التصديق على محضر الصلح، ولما كان القاضي مقيد بالتأشير أو المصادقة على محضر الصلح إن لم يكن له يد فيه فإنه ينظر في مدى مشروعيته ومدى تطابقه مع القانون ولا يمكن له أن ينطق به إن هو خالف ذلك<sup>(3)</sup>.

### ثانياً- القاضي الإداري بصفته قاضي في الصلح

القاضي هو رجل قانون، ولا يتفق أمامه على مخالفة القانون، فالقاضي يتحمل مسؤولية الصلح وعبء عدم تكافؤ المنازعة الإدارية بين الإدارة وخصمها وتقل رعاية المصلحة العامة وصعوبة مراقبة المشروعية، وكلها مميزات الدعوى الإدارية التي تجعلها تختلف كل الإختلاف عن أي دعوى أخرى<sup>(4)</sup>، وذلك لأنه في الحقيقة أن مهمة القاضي في التوفيق بين الخصوم قبل رفع الدعوى لا تعتبر بديلاً عن سلطته القضائية وإنما هي مرحلة من مراحل تدخله وإذا لم يتمكن القاضي من التوفيق بين الأطراف وفشلت عملية الصلح فليس هناك ما

(1) بن صاولة شفيقة، مرجع سابق، ص. 105.

(2) الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 193.

(3) بن صاولة شفيقة، مرجع سابق، ص. 107.

(4) نفس المرجع، نفس الصفحة.

يمنع من القيام بمحاولة توفيق أخرى أثناء سير الخصومة أمام المحكمة<sup>(1)</sup> وهذا ما أكدته المادة 971 من القانون رقم: 09/08: "يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة".

### الفرع الثالث

#### آثار الصلح

قد يترتب عن الصلح إما حسم موضوع النزاع نهائياً و إما عكس ذلك.

#### أولاً- آثار الصلح في حالة فض النزاع

يترتب على الصلح بصفة عامة عدة آثار والتي تعد بمثابة وظائف له وهي<sup>(2)</sup>:

- تجنب الدعاوى الإدارية وإجراءاتها

- الفصل في الخلافات بصفة جدية بحيث يستطيع القاضي الإداري أن يطلع على

المشكل المطروح بصفة واسعة وعميقة

- الفصل في الخلافات بصفة سريعة.

وبالرجوع إلى النصوص التي أوردها المشرع الجزائري في المواد من 462 إلى 464

من القانون المدني السابق ذكره والتي تبين آثار الصلح وهذه الآثار متمثلة في:

#### 1- إنهاء النزاع بين الطرفين المتنازعين:

فعملاً بنص المادة 459<sup>(3)</sup> من القانون المدني وكذا نص المادة 462 الفقرة 1 منه

فإنه في حالة إتفاق الأطراف عن طريق الصلح فإنه يتم إنهاء النزاع بينهم بطريقة ودية بعيداً

عن الضغائن التي قد يربتها الفصل في النزاع عن طريق القضاء، ولما كان الصلح يتم بموافقة

الخصوم فإن كلا طرفي النزاع يكون راضٍ بما تنازل عنه من إدعاءاته مقابل ما تنازل عنه

الطرف الآخر.

وما يتبين من الفقرة 2 من نفس المادة أن توجه إرادتي المتخاصمين إلى إبرام صلح

بينهما يقود إلى قطع النزاع الذي قام بينهما أو يكون محتمل الوقوع في المستقبل.

وبعبارة أخرى فإن هذا النزاع يصير منعماً، وهذا الإنعدام ينتج عنه سقوط الإدعاءات

والحقوق موضوع الدعوى بحيث يتخلى عنها المتعاقدان نهائياً ولا يجوز الرجوع فيها بعد

(1) الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 194.

(2) خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول الدعوى الإدارية). الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص. 156.

(3) المادة 459 من القانون المدني: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً...".

إبرامهما لعقد الصلح وتصير إرادتهما متوجهة فقط إلى ما وصلا إليه من إتفاق بموجب الصلح، وعلى ذلك وانطلاقاً من أن الصلح ملزم لجانبين فهو شريعة المتصالحين لا يجوز لأحدهما التحلل مما أوجبه عليه الصلح، ومنه فإن الصلح يؤدي قطع النزاع وعدم العودة إليه مجدداً، وهذا ما يجعله متقارباً مع الحكم القضائي<sup>(1)</sup>.

## 2- الأثر الكاشف للحقوق المتنازع عليها:

سبق لنا وأن بينا الطبيعة القانونية للصلح في المبحث الأول من هذا الفصل، فهناك من قال بطبيعته الناقلة وهناك من قال بطبيعته الكاشفة، أما عن موقف المشرع الجزائري فإننا نستشف هذا الأثر من نص المادة 463 من القانون المدني كما ضبط حدود هذا الأثر وجعله مقتصرًا على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها، والتي تنص على أن: "للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها". كما أن المشرع هنا يقرر بصفة ضمنية أن الحقوق الناشئة عن الصلح تكون بأثر ناقل لكن هذا الإستنتاج لا يكون صحيحاً في غياب الصياغة اللفظية الصحيحة، فكان على المشرع ذكرها صراحة لرفع اللبس بصفة نهائية وليتضح موقف المشرع من هذه المسألة وبالتالي تم إقتراح أن يتضمن نص المادة 463 أعلاه بالإضافة إلى نصها السابق "... ويكون ناقلاً لما سواها من الحقوق" أو "... وذا أثر ناقل للحقوق الناشئة عنه"<sup>(2)</sup>.

يقصد بالأثر الكاشف للصلح، أن الحق الذي يخلص للمتصالح بموجب عقد الصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح. ويترتب على الأثر الكاشف للصلح مايلي<sup>(3)</sup>:

- لا يعتبر المتصالح متلقياً للحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر ولا يكون خلفاً له في هذا الحق.

- لا يلتزم المتصالح الآخر بضمان إستحقاق الحق المتنازع عليه الذي خلص

للمتصالح الأول.

- لا يجوز الشفعة في الصلح، ذلك لأن الشفعة في البيع فقط وإذا أراد شخص ان

يتمسك بالشفعة في الصلح وجب عليه أولاً أن يثبت أنه عقد صوري وأنه يخفي بيعاً وهنا يجوز له الأخذ بالشفعة.

(1) برايك الطاهر، مرجع سابق، ص. 94.

(2) نفس المرجع، ص. 108.

(3) الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص. 228، 229.

- لا يغير الصلح من طبيعة الحق المتصالح عليه ولا يؤثر في صفاته، فمثلاً إذا كان قابلاً للتفويض الجبري بقي كذلك بعد الصلح، ولا يتجدد هذا الحق بموجب الصلح بل يبقى الدين بما له من التأمينات التي تضمنه.

### 3- التفسير الضيق لعبارة التنازل التي يتضمنها الصلح:

حسب ما جاءت به المادة 464 من القانون المدني والتي تنص: "يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً أياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح"، فلا بد أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذي تناوله، وهذا ما يعرف بالأثر النسبي للصلح فيما يتعلق بالمحل، أي دون أن يمتد إلى شيء آخر، فالعقد يقتصر أثره على أطرافه وعلى المحل الذي تناوله<sup>(1)</sup>.

### 4- تسوية النزاع وغلق الملف:

من بين آثار الصلح في حالة الوصول إلى إتفاق هو تسوية النزاع وغلق الملف وذلك بأمر من رئيس تشكيلة الحكم، وطبقاً لما جاء في نصوص المادتين 220 و 973 من القانون رقم: 09/08 حيث تنص المادة 220 منه: "تتقضي الخصومة تبعاً لإنقضاء الدعوى بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى".

### 5- عدم القابلية للطعن:

إن القرار الصادر في محضر الصلح مثله مثل كل قرار قضائي عند تنفيذه وفقاً لإجراءات منصوص عليها في القانون إذ أنه يعتبر من السندات التنفيذية طبقاً للمادة 600 الفقرة 8 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم: 09/08.

لا يكون أمر رئيس تشكيلة الحكم الذي يقضي بتسوية النزاع وغلق الملف قابلاً لأي طعن. ولا يمكن بعد إنقضاء الدعوى بالصلح أن يتدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه فليس له إلا أن يرفع دعوى مستقلة بذلك<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- آثار الصلح في حالة عدم فض النزاع

قد تفشل عملية الصلح أمام قاضي الصلح وبالتالي يتم تحرير محضر فشله، وقد يتم التوصل إلى إتفاق وبعد ذلك يبقى النزاع قائم وهذا في الحالات التالية:

(1) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 69.

(2) نفس المرجع، ص. 64.

**1- فسخ الصلح:**

قد يمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ العقد بعد إبرامه، وهذا الإمتناع يكون إما بعد قيام أحدهما بما يلتزم به في الصلح، وإما بتجديد الدعوى التي فصل فيها الصلح وهذه الحالة هي صورة عملية للأولى فعند عدم التنفيذ يكون للمتعاقد الآخر طلب فسخ الصلح<sup>(1)</sup>. وفي حالة فشل الصلح وإنقضائه بالفسخ فيعتبر كأنه لم ينعقد ويزول كل أثر له، وبالتالي يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض لطالب الفسخ طبقاً لنص المادتين 119 و 122 من القانون المدني، وله أن يسترد ما قضى به وبالتالي يعود النزاع الذي أنهاه الصلح إلى الصلح إلى الظهور ويعود الأطراف للحالة التي كانت قبل إبرام العقد، واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس ما دفع دون حق. وكل ذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تقوم عليها نظرية الفسخ<sup>(2)</sup>.

**2- بطلان الصلح:**

بما أن عقد الصلح كسائر العقود في القانون المدني فإنه تطبق عليه الأحكام التي تطبق على تلك العقود إلا أن المشرع خص عقد الصلح بقواعد نص عليها في القانون المدني السابق ذكره.

إذ تنص المادة 465: "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون"، فالمشرع هنا أجاز إمكانية إبطال العقد عند الغلط في القانون متى وافقت شروط قيامه شروط الغلط في الواقع، فقد بين في المادة 83 من نفس القانون بأن العقد يكون قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و 82 منه ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك".

فعبارة "مالم يقضي القانون بخلاف ذلك" هي التي أوجدت لنا الإستثناء بعدم جواز الطعن في الصلح عند إبطاله بسبب غلط في القانون.

وقد ثار جدال متباين في الفقه حول إيجاد أساس قانوني أو عملي لهذا الإستثناء لتبريره، غير أن الأقرب للصواب من الناحية العملية خصوصاً هو توافق هذا الإستثناء مع طبيعة عقد الصلح، لأن تحول المتخاصمين الذين كانوا في أشد الخصام على متصالحين أمر

(1) برايك الطاهر، مرجع سابق، ص. 133.

(2) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 72.

وجب الإبقاء عليه وتجاوز الغلط في القانون من أجل صيانتته وكذا ندرة وقوعه لتدخل رجال القانون وخاصة القضاة في إبرامه بين المتخاصمين<sup>(1)</sup>.

إن القاعدة العامة في العقود تقوم على أساس عدم التجزئة وهو ما نصت عليه المادة 466 من القانون المدني الجزائري ولكن الإستثناء هنا وارد فيما يتعلق بعقد الصلح وذلك متى تبين من عبارات عقد الصلح أن المتعاقدان إنفقاً على أن أجزاءه مستقلة بعضها عن بعض. ومنه يمكننا القول بأن عقد الصلح كسائر العقود وحدة لا تتجزأ تكون في كل بنوده وشروطه بالنسبة لجميع أطرافه فبطلان جزء منه أو لطرف منه يقضي عليه بأكمله وفي كل أجزائه وبالنسبة لجميع أطرافه وإن جمع الصلح عدة متصالحين وكان منهم قاصر إلى جانب البالغين فيكون بطلانه بالنسبة للقاصر ولغير القاصر، وكون أساس الصلح هو تنازل كل طرف عن جزء مما يدعيه من حقوق في مقابل نزول الطرف الآخر عن بعض ما يدعيه<sup>(2)</sup>. وفي الأخير فإن عدم الوصول إلى إتفاق بين الطرفين وإذا كانت السلطة التقديرية للجهة القضائية بأن تبقي على القاضي المصالح آخر للنظر في القضية فكان من الأفضل مواصلة النظر في القضية من طرف القاضي المصالح لأن هذا الأخير له معرفة بموضوع النزاع إكتسبها أثناء جلسة الصلح<sup>(3)</sup>.

(1) برايك الطاهر، مرجع سابق، ص. 137.

(2) عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 75.

(3) خلوفي رشيد، مرجع سابق، ص. 175.

## الفصل الثّاني:

التحكيم طريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية

## الفصل الثاني

### التحكيم طريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية

إلى جانب الصلح فالتحكيم هو الطريق الآخر لفض المنازعات الإدارية، وذلك إستناداً إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالتحكيم ذاتيته الخاصة التي تجعله متميزاً عن غيره من الوسائل الأخرى.

ونظراً لازدهار وتطور العلاقات بين الإدارة وغيرها من الأشخاص معنوية كانت أم طبيعية، وهو ما أدى أطراف النزاع للبحث عن طريقة قانونية من خلالها يتم الفصل في النزاع القائم بينهم، إذ تظهر أهميته في الفصل السريع للقضايا التي تقتضي السرعة، بالإضافة إلى ما يحققه من إنصاف بسبب حياد المحكم أو المحكمين.

وللتعرف أكثر على التحكيم والشروط الخاصة به سنحاول دراسته من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ماهية التحكيم

المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالتحكيم



## المبحث الأول

### ماهية التحكيم

من أجل معرفة مختلف العناصر الملمة بنظام التحكيم، لابد من أن نستهل ذلك أولاً بماهية التحكيم قبل الخوض في شروطه ولدراسة ماهية التحكيم لابد من التطرق إلى مفهومه ثم خصائصه وأنواعه على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

المطلب الثاني: خصائص وأنواع التحكيم

### المطلب الأول

#### مفهوم التحكيم

من أجل تحديد مفهوم التحكيم لابد من أن نبين معناه وتمييزه عن بقية الوسائل الأخرى لفض النزاع، ثم نحدد طبيعته القانونية.

### الفرع الأول

#### تعريف التحكيم

نتناول في مايلي تعريف التحكيم في اللغة وفي الإصطلاح الشرعي وتعريفه لدى الفقه

#### أولاً- تعريف التحكيم لغة

مصدره حكم - حكم في الأمر فوض إليه الحكم فيه، إحتكم الناس إلى الحاكم تحاكموا، وفي الأمر قبل التحكيم<sup>(1)</sup>. فيقال حكمت الرجل أي فوضت الحكم إليه. وحكموه فيما بينهم أمره أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكماً فيما بينهم<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً- تعريف التحكيم في الإصطلاح الشرعي

عرفه ابن عابدين بأنه: "تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما".  
 وذهب بعض الباحثين المعاصرين وعرفوه بأنه: "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاها شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصومتها بدلاً من القاضي"<sup>(3)</sup>.

(1) الهناني أبي الحسن علي الحسن، مرجع سابق، ص. 146.

(2) عرفه محمد السيد، التحكيم و الصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي. مركز الدراسات و البحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص. 11.

(3) عرفه محمد السيد، مرجع سابق، ص. 14، 15.

## ثالثا- تعريف التحكيم فقها

التحكيم هو الإتفاق على طرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به. و الإتفاق على التحكيم في نزاع معين يسمى مشاركة التحكيم أو إتفاق التحكيم أو العقد التحكيمي، بتعبير القانون اللبناني أو وثيقة التحكيم بتعبير القانون المصري<sup>(1)</sup>. عرف سيف الدين البلعاوي التحكيم في معناه العام: " هو أن يلجأ طرفان متنازعان إلى من يحكمانه في حل نزاعهما القائم بينهما مع التعهد عادة بإحترام قرار الحكم وتنفيذه، ويتم إختيار المحكم بمعرفتهما، حيث يتفقان مقدما على قبول حكمهم وارتضاء تنفيذه<sup>(2)</sup>. كما يعرف على أنه أداة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد و الجماعات بدلا من القضاء العام في الدولة الحديثة صاحبة الولاية العامة و الإختصاص بالفصل في جميع منازعاتها و أيا كان موضوعها إلا ما استثني بنص قانوني وضعي خاص<sup>(3)</sup>. ويعرف بأنه وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ عن العلاقات القانونية، وهذه الوسيلة أو الطريقة تجعل النزاع ينظر ويبت فيه من شخص أو أشخاص يختارهم أطراف النزاع يطلق عليهم إسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء<sup>(4)</sup>.

## رابعا- تعريف التحكيم لدى القضاء

عرفت المحكمة الدستورية العليا بمصر التحكيم على أنه: " عرض نزاع معين على محكم من الأختيار يعين باختيارهما المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهة الممالة، مجردا من التحايل و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية<sup>(5)</sup>. من خلال التعاريف السابقة للتحكيم يمكن أن نعرفه على أنه طريق ودي للفصل في المنازعات، حيث يتفق أطراف العلاقة على اللجوء إلى أشخاص معينين وهم المحكمين لفض

(1) أبو الوفا أحمد، التحكيم في القوانين العربية. منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2000، ص. 11.

(2) حيرش نوال، "التحكيم في العقود الإدارية"، مذكرة ماستر، غير منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة،

2012-2013، ص. 11.

(3) عبد المنعم حسونة بديرة، "عقد التحكيم و شروطه و إثباته". مجلة العدل، العدد العشرون، مجلة فصلية محكمة، د ب ن،

2007 ص. 278.

(4) مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري). دار

الهدى الجزائر، 2010، ص. 17.

(5) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 18.

النزاع بينهم وقد يكون الإتفاق سابقا لنشوء النزاع أو لاحقا له.

وفي هذا الصدد نستنتج أن للتحكيم صورتان هما: شرط التحكيم وإتفاق التحكيم، فطبقا للمادة 1007 من القانون رقم: 09/08 فإن شرط التحكيم يعني به الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 من نفس القانون لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

أما المادة 1011 فقد نصت على أنه: "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

وبالتالي يمكن القول أن الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء النزاع شرط لا بد أن يتحقق عند وقوع النزاع فهو شرط سابق لهذا الأخير، أما إتفاق التحكيم فإنه يتم بعد وقوع النزاع فهو لاحق له حيث يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بعد وقوع النزاع. وبالإستناد إلى التعاريف السابقة يتبين أن للتحكيم عناصر وهي<sup>(1)</sup>:

1- إحالة النزاع على طرف ثالث من غير القضاء هو المحكم للفصل فيه بحكم

أو بقرار حاسم وملزم للأطراف.

2- وجود محكمة تحكيم مشكلة لهذا الغرض حسب الإتفاق المبرم بينهم.

3- محل التحكيم هو الفصل في النزاع القائم أو المحتمل بين الخصوم بقرار نهائي

ملزم. فالتحكيم يقوم أساسا على الإرادة الحرة للأطراف التي تحكم كافة جوانب إتفاق التحكيم و بالتالي فهو وسيلة رضائية إختيارية لا ينعقد إلا برضا كافة الأطراف على أسلوبه و إجراءاته وموضوعه والقانون الواجب التطبيق.

## الفرع الثاني

### تمييز التحكيم عن غيره

إن النزاعات التي تقع بين الأطراف المتعاقدة قد يتم عرضها على القضاء وفق إجراءات محددة من أجل إستصدار حكم أو قرار قضائي في الموضوع وقد يستعان بالخبرة في بعض الحالات، وقد يفضل هؤلاء فض نزاعهم بإحدى الطرق الودية الأخرى.

(1) بوضونة خليل، "القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري"، مذكرة دكتورا، منشورة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2007-2008، ص. 16.

ولذلك كان لابد من التمييز بين التحكيم والوسائل الأخرى مع الإشارة إلى أن تمييز التحكيم عن الصلح سبق توضيحه في المبحث السابق.

### أولاً- تمييز التحكيم عن الخبرة القضائية

تعرف الخبرة الفنية القضائية بمعناها القانوني بأنها تدبير تحقيق يهدف إلى الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الخبرة و الإختصاص، من أجل البت في مسائل فنية ذات طبيعة محددة تكون محل نزاع، ولا تلجأ المحكمة إليها إلا عند عدم إدراكها للمسألة المعروضة بنفسها أو عندما تكون الأدلة المعروضة في الدعوى غير كافية لتوضيحها وهي تقتصر من حيث المبدأ على المسائل الفنية دون المسائل القانونية<sup>(1)</sup>.

وقد عرف المشرع الجزائري الخبرة في المادة 125 من القانون رقم: 09/08 على أنها تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي.

ومن أجل التمييز بين التحكيم والخبرة نميز بين المحكم و الخبير، فالخبير هو شخص فني (طبيب، مهندس، خبير حسابات...) يعبر عن الرأي أو وجهة نظر فحسب أما المحكم فهو على العكس من ذلك قاض خاص قراراته ملزمة للمعنيين به ولا يمكن إعتبار الخبير محكما فالخبير لا يمكن أن يعدو أن يكون شخص تقني يقوم بمعاينة الوقائع و إبداء ملاحظاته وما يراه قائما دون البت في النتائج التي تترتب عن هذه المعاينة التي يتضمنها تقرير الخبرة الذي يلحق في الغالب بالملف الأصلي للنزاع ليعرض على المحكمة للبت فيه، بينما المحكم يعاين ويفحص الوقائع أو يناقش الأدلة المقدمة إليه ويستعمل خبرته العلمية والعملية ويقرر في النهاية مثله مثل القاضي تماما بإصدار حكم ملزم للأطراف والجهات القضائية المختلفة ما لم يكن مخالف للنظام العام<sup>(2)</sup>. كما يختلف الخبير مع المحكم في النقاط التالية<sup>(3)</sup>:

- الخبير القضائي يبدي رأيه في الوقائع دون القانون بعكس المحكم الذي يلزم بأداء رأيه في الوقائع وفي القانون، وقد لا يكون بالضرورة شخصا قانونيا فالخبير ملزم بتطبيق قواعد الإثبات أما المحكم ملزم بالقانون الموضوعي والإثبات، كما أن رأي الخبير القضائي إستشاري للمحكمة بعكس رأي المحكم فهو ملزم لأطراف النزاع.

(1) واصل محمد، بن علي الهلالي حسين، الخبرة الفنية أمام القضاء (دراسة مقارنة). المكتب الفني، عمان (مسقط)، 2004، ص. 22.

(2) بوصنوبرة خليل، مرجع سابق، ص ص. 17، 18.

(3) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 68.

- الخبرة تقتضي وجود نزاع بعكس التحكيم الذي قد يقتضي وجود نزاع قائم أو محتمل. أن الإلتزام بعمل الخبير يقتضي حكم من المحكمة أما قرار المحكم فيحوز حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره دون حاجة إلى حكم من القضاء.

- لا يجوز الطعن مباشرة في قرار الخبير بعكس التحكيم الذي يجوز الطعن فيه.

### ثانيا- تمييز التحكيم عن الوساطة

الوساطة هي أسلوب من أساليب التسوية البديلة للمنازعات، تقوم على أساس طلب القاضي من الخصوم محاولة حل النزاع خارج ساحة القضاء من طرف شخص آخر محايد بصفة سرية<sup>(1)</sup>.

إذا في الوساطة يقوم الوسيط بمساعدة الأطراف بغرض الوصول إلى إتفاق في المسألة محل تفاوضهم، وتتفق الوساطة مع التحكيم في وجود طرف ثالث هو الوسيط والمحكم. ولكنهما يختلفان في طبيعة دور وسلطة كل منهما، فالمحكم ينتهي إلى صدور حكم أو قرار ملزم للطرفين على هدى قواعد من القانون، أما الوسيط فإنه يسعى إلى التقريب بين الطرفين ولا يفرض قرار ملزم لهما وإنما يقدم إقتراحا وإذا نجحت الوساطة فإنه يتم توضيح إتفاق من الطرفين<sup>(2)</sup>.

### ثالثا- تمييز التحكيم عن الوكالة

تعرف الوكالة حسب المادة 571 من القانون المدني الجزائري على أنها عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه. ومنه يختلف المحكم عن الوسيط من حيث الإستقلالية في أداء العمل من أطراف النزاع فهو ليس وكيلًا يدافع عن مصالح من إختاره حيث لا يعمل لحسابه ولا يلتزم بتعليماته ولكنه يباشر سلطة العدالة المرنة و الخصوصية، كما أن الوكيل إذا تجاوز سلطته فإنه يسأل لوحده عن ذلك ولا يمثل مصالح متعارضة، لذلك فإن المحكم لابد أن يتمتع بالإستقلال اللازم لمباشرة مهنته فهو يحكم متجردا طبقا لما يمليه عليه ضميره و القانون ويجب عليه التحي إذا شعر بشيء يفقده حياده، كما أن المحكم يتخذ قرارا قانونا أما الوكيل يقوم بتصرف قانوني<sup>(3)</sup>.

(1) مانع سلمى، "الطرق البديلة المستحدثة لحل المنازعات الإدارية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السادس و العشرون، جامعة بسكرة، ص. 33.

(2) حيرش نوال، مرجع سابق، ص. 18.

(3) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 71.

## رابعاً- تمييز التحكيم عن القضاء

يتميز التحكيم عن القضاء من حيث أساس اللجوء إليهما، ففي التحكيم أساس اللجوء إليه هو إرادة الأطراف المتنازعة سواء وردت في شرط أو مشاركة التحكيم، أما اللجوء إلى القضاء فلا يحتاج إلى إتفاق الطرفين فكل من يدعي أن له حق لدى آخر له أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحماية القضائية لحقه و هو ما ينشئ حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء و الذي يعتبر حق عام لا يحتاج إلى موافقة الخصم. و أن إتفاق طرفي النزاع على إحالته للتحكيم يؤدي إلى عدم جواز رفع دعوى بشأنه أمام القضاء لوجود إتفاق على حل النزاع بواسطة التحكيم وبالتالي يقضي بعدم قبول الدعوى<sup>(1)</sup>.

وبخصوص ولاية القاضي تكون عامة فهو مكلف بنظر جميع الخصومات التي تعرض عليه و مؤهل قانونا بالفصل فيها طبقا لقانون التنظيم القضائي ما لم يتم عزله أو نقله و وقف الإجراءات القانونية السارية المفعول في النظام القضائي المطبق، أما المحكم فولايته قاصرة على موضوع النزاع المحال عليه فهو شخص فني يمكن عزله بإتفاق الخصوم وهو غير ملزم بالتقيد بالنصوص الإجرائية ويمكنه القضاء بقواعد العدالة و الإنصاف و الأعراف التجارية التي يراها ملائمة إذا كان مفوضا بالصلح. أما القاضي فهو ملزم بتطبيق قواعد القانون دون مخالفة كلاهما قواعد النظام العام<sup>(2)</sup>.

و الأصل أن الأحكام القضائية لها حجية نسبية باستثناء الدعوى ذات الطبيعة العينية كدعوى الإلغاء فأحكامها لها حجية مطلقة، أما حكم التحكيم له في جميع الأحوال حجية نسبية يقتصر أثره على أطراف النزاع. كذلك الحكم القضائي بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن يكون واجب التنفيذ ما لم يكن قد قضى بوقف تنفيذه أما أحكام التحكيم لا بد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية<sup>(3)</sup> وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1035 من القانون 09/08.

(1) عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية (ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية). دار الكتاب الحديث، القاهرة،

2008، ص ص. 15، 16.

(2) بوضويرة خليل، مرجع سابق، ص. 23.

(3) عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص ص. 17، 18.

## الفرع الثالث

### الطبيعة القانونية للتحكيم

تعددت النظريات حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فالبعض يرى بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية كونه يقوم على إتفاق الأطراف و إرادتهم. وهناك من يرى بأنه ذو طابع قضائي على اعتبار أنه يتشابه مع القضاء، فعمل المحكم يتماثل مع عمل القاضي، أما الرأي الثالث فقد كان يجمع بين النظريتين السابقتين فهو في أوله عقد وفي آخره قضاء لصدور حكم التحكيم ولكل نظرية مبررات وأسانيد وهو ما سنبينه كالاتي:

#### أولاً- التحكيم ذو طابع تعاقدي

يستند أنصار هذه النظرية إلى الدور الجوهرية الذي تلعبه إرادة الأطراف لكونها هي من تولي هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع، فهم من يقومون بتشكيلها وتحمل نفقاتها، وهم من يقومون بتحديد الإجراءات التي يتعين على هذه الأخيرة إتباعها والقانون الذي تلزم به<sup>(1)</sup>. كما يستندون إلى أن التحكيم هو أساس إرادة الأطراف في التصالح، وأن الإتفاق على التحكيم هو إتفاق ضمني عن التنازل عن الدعوى، كما يخول المحكم سلطة مصدرها إرادة الأطراف ولا يمكن أن تكون سلطتهم سلطة قضائية فهم لا يتمتعون بسلطة عامة، كما لا يمنع من القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم إذا تعين على السلطة القضائية فهذه الأخيرة تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في إختيار المحكم. بالإضافة إلى ذلك أن للتحكيم هدف يتمثل في تحقيق مصلحة خاصة للأطراف في حين أن القضاء هدفه تحقيق مصلحة عامة<sup>(2)</sup>. ويرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم يتم قبل بدء الخصومة القضائية لذا فلا يعتبر عنصر من عناصرها، و أن أساس تمتع حكم التحكيم بحجية الشيء المقضي فيه يرجع لوجود إتفاق ضمني بين الأطراف المحكّمة على الإلتزام بالحكم الصادر من المحكم و الإلتزام بعدم إعادة عرض النزاع على القضاء، كما تقتصر آثار الحكم على أطراف النزاع فهو يتمتع بحجية نسبية أما الحكم القضائي يتمتع بحجية مطلقة تسري في مواجهة الجميع وهذا كأصل عام وكاستثناء يتمتع بحجية نسبية إذا قضى برفض الدعوى، أما عن سلطات المحكم فهي أوسع

(1) بولقواس سناء، "الطرق لبديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجاً)". مذكرة ماجستير،

منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010، 2011، ص. 8.

(2) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 36، 37.

من سلطات القاضي فهو لا يتقيد بأحكام القانون إلا ما تعلق بالنظام العام و الآداب العامة بينما القاضي يتقيد بالقانون وهو يفصل في النزاع<sup>(1)</sup>.

يجمع أنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم على وصف ما ينتهي إليه المحكم أو المحكمين من نتائج بأنها تشكل قرار تحكيم و ليس حكم تحكيم لأن قرار التحكيم ذو طبيعة تعاقدية و أن التشابه بينه وبين الحكم القضائي لا يكون إلا من حيث إجراءات التقاضي كما أن القوة الإلزامية لقرار التحكيم ناتجة عن إتفاق الأطراف خصوصا عدم قابليته للطعن بالإستئناف، فالأطراف أحرار في جعل الحكم قابلا للإستئناف من عدمه (المادة 1033 من القانون رقم: 09/08). كما أن مبدأ سلطان الإرادة هو السائد، فتدخل الدولة لا يكون إلا في حالة المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم وكذا في عملية التنفيذ الجبري لهذه الأحكام و القرارات بعد حصولها على الصيغة التنفيذية<sup>(2)</sup>.

### ثانيا - التحكيم ذو طابع قضائي

يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم، ذلك أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى إتفقوا عليه، و أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها و أن عمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة<sup>(3)</sup>. ويسند أنصارها على الدور الجوهرى الذي تلعبه الوظيفة القضائية للمحكم، ووفقا لهذا الإتجاه يتم التركيز على المهمة الممنوحة للمحكم، فهي في نظرهم مهمة قضائية فلا يأخذ في الحساب إن كان القاضي محكم أم لا فالمهمة القضائية تستمد من معيار موضوعي يتمثل في فكرة حسم النزاع وليس من معيار شكلي المتمثل في أننا أمام قاضي وفقا لقانون الدولة، إذ لا يجوز حصر الأعمال القضائية في قضاء الدولة فحسب و الحال أن التحكيم هو الشكل الأساسي لإقامة العدل قبل ظهور تنظيم السلطة القضائية في الدولة الحديثة<sup>(4)</sup>. و يترتب على صدور الحكم التحكيمي حجية الأمر المقضي فيه وهو ذات الأثر الذي يترتب على صدور الحكم القضائي، بمعنى أن حكم التحكيم و الحكم القضائي يخضعان لذات

(1) بولقواس سناء، مرجع سابق، ص. 10.

(2) بوصنوبرة خليل، مرجع سابق، ص. 27.

(3) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 40.

(4) بوصنوبرة خليل، مرجع سابق، ص. 28.



القواعد القانونية التي تتضمن شروط شكلية واجب مراعاتها عند إصدار هذه الأحكام كالكتابة المشتملة على البيانات الشخصية للخصوم و التسبيب و التوقيع وغيرها من البيانات<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - التحكيم ذو طابع مختلط

يرى هذا الإتجاه بعدم تمتع التحكيم بطبيعة واحدة تعاقدية كانت أو قضائية، فالتحكيم يتمتع بطبيعة مزدوجة أو مختلطة وهناك من إصطاح عليها كذلك بالطبيعة الهجينة، وتعتمد أسانيد هذا الإتجاه على الدور الجوهرى الذي تلعبه إرادة الأطراف التي تجسد الطبيعة العقدية، وهو ما يتطلب إحترامه إنطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة و الطبيعة القضائية للتحكيم تجد أساسها في الفصل في هذا النزاع وفقا لإجراءات بناءا عليها يصدر حكم قضائي ومن ثم يتسم هذا التحكيم بالطبيعة المختلطة لما فيه من تأثيرات عقدية و قضائية فهو يعد نظاما قضائيا إتفاقيا يجيز لأطراف النزاع إختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع بإصدار حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه<sup>(2)</sup>. فهم يرون أن التحكيم ليس إتفاقا محضا و ليس قضاء محضا و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة في أولها إتفاق وفي وسطها إجراء وفي آخرها حكم<sup>(3)</sup>. و يثور التساؤل حول وقت إكتساب حكم التحكيم للصفة القضائية؟<sup>(4)</sup>

الإتجاه الأول: وبتزعمه الشراح الإيطاليون وهو عدم إعتبار الصفة القضائية للحكم التحكيمي إلا بصدور الأمر بالتنفيذ وقد تم الأخذ به في إطار القانون الإيطالي رقم 28 لسنة 1983، أما القانون الجديد الصادر في يناير 1994 جاء بإمكانية تصحيح الحكم أو الطعن فيه و أنه يجوز تقديم بطلانه خلال تسعين يوما من تاريخ إعلان الحكم دون حاجة لصدور الأمر بالتنفيذ.

الإتجاه الثاني: تزعمه الشراح الفرنسيون و العرب وهو عدم إشتراط صدور الأمر بالتنفيذ لإصباح الصفة القضائية على حكم التحكيم فهذا الأخير يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1031 من القانون رقم 09/08.

(1) بولقواس سناء، مرجع سابق، ص. 15.

(2) نفس المرجع، ص ص. 19، 20.

(3) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 44.

(4) نفس المرجع، ص ص. 42، 43.

## المطلب الثاني

### خصائص و أنواع التحكيم

في هذا المطلب سنوضح خصائص التحكيم وكذا أنواعه كمايلي:

#### الفرع الأول

#### خصائص التحكيم

يتميز نظام التحكيم بخصائص تختلف عنها في قضاء الدولة، هذه الخصائص تعد كذلك بمثابة مبررات تدفع بالمتخاصمين إلى اللجوء إليه بدل من عرض نزاعهم على القضاء.

#### أولاً- بساطة الإجراءات:

حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات و إدارة الجلسات و تنظيمها. فهي تتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي عادة ما تكون أمام القضاء طويلة ومملة ولا فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات و ذلك على حساب موضوع وجوهر النزاع و النتيجة الطبيعية أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت أقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً- السرية

ذلك أن نظام التحكيم يمكن الأطراف من المحافظة على أسرارهم التي تكون لهم مصلحة كبيرة في عدم إذاعتها و شيوعها، ولما ألزم القانون المحكم بكتمان السر المهني فذلك إشارة تدل دلالة واضحة على أن الإخلال من جانب المحكم بهذا الإلتزام القانوني يعرضه للعقوبة إلا أن تدخل القضاء الوطني من أجل النظر في الطعن ببطلان الحكم التحكيمي أمام محكمة الإستئناف قد يحد نسبيا من السرية التي يتوخاها الطرفان من خلال ما تتميز به إجراءات التقاضي من علنية الجلسات<sup>(2)</sup>.

#### ثالثاً- إختيار أطراف النزاع لمحكمهم

هذه الميزة ينفرد بها التحكيم لأن في حالة اللجوء إلى القضاء لايمكن للأطراف إختيار

(1) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 87.

(2) التراب مصطفى، "موقع نظام التحكيم في التشريع المغربي". ديوان المظالم، مجلة متخصصة نصف سنوية، المملكة المغربية، 2004، ص. 13.

قاضيتهم، وهو ما يولد الثقة في هؤلاء المحكمين الذين وقع عليهم الإختيار ولا سيما إذا كان النزاع متعلق بمسائل فنية يصعب على القاضي الفصل فيها دون إحالتها على خبير في الموضوع الذي قد يستغرق وقتا طويلا، ناهيك عن إجهادهم ماليا في أمر لو تم عرضه على التحكيم لفصل فيه غنى عن ذلك<sup>(1)</sup>.

إذا فالتحكيم يقوم رضاء من أطراف النزاع بقبول حكم المحكمين إبتداء ولا يقبل الطعن منهم إلا إذا صدر حكم التحكيم مخالفا لنص من النصوص القانونية، فكما سبق و أن بينا أن نظام التحكيم يلعب فيه مبدأ سلطان الإرادة دور كبير إلا أنه بالرغم من الطابع الرضائي للتحكيم فإنه يلاحظ في بعض الأحيان من خلال بعض العقود أن الطرف القوي فيها يتحكم في فرض بعض البنود<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### أنواع التحكيم

إن تتعدد ظروف النزاع واختلاف أطرافه وكذا إرادة هؤلاء الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بالإضافة إلى تشعب و تعدد المعاملات، كل هذه الأسباب أدت إلى تعدد أنواع التحكيم وذلك ما سنوضحه في مايلي:

#### أولاً- أنواع التحكيم من حيث حرية إتجاه إرادة الأطراف

تبعاً لهذا المعيار فإنه يتم تقسيم التحكيم إلى تحكيم إجباري و تحكيم إختياري

**1- التحكيم الإختياري:** عرّف التحكيم الإختياري على أنه توافق إرادة ذوي الشأن على عرض النزاع القائم بينهم أو المحتمل على فرد أو أفراد عاديين يختارون للفصل وفقاً للنظام أو وفقاً لقواعد العدالة دون عرضه على قضاة الدولة<sup>(3)</sup>.

كما يقصد به التحكيم الذي يتم بناء على إتفاق طرفي النزاع وبمحض إرادتهما

الحرّة، فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفصل النزاع القائم بينهما و اختيار المحكمين و الإجراءات و القواعد التي تطبق على التحكيم، و حتى لو نظم القانون قواعد للتحكيم ووضع له ضوابط فإنه تبقى إرادة الأطراف حرة في اللجوء إليه<sup>(4)</sup>.

(1) عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص. 22.

(2) التراب مصطفى، مرجع سابق، ص. 13.

(3) بولقواس سناء، مرجع سابق، ص. 24.

(4) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 63.

**2- التحكيم الإجباري:** هو التحكيم الذي يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات نظرا لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات، وفي التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركا للخصوم الحرية في إختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيما كاملا لإجراءات التحكيم، حيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- أنواع التحكيم من حيث الجهة التي تقوم به

يقسم التحكيم حسب الهيئة التي تقوم به على تحكيم حر و تحكيم مؤسستي

#### 1- التحكيم الحر: و يسمى كذلك بالتحكيم الخاص، وفيه تتعد المحكمة لحسم نزاع

معين أي في حالات فردية و تتقضي بعدها مهمة المحكم، و بحسب طبيعته يتولى أطراف النزاع تنظيم عملية التحكيم منذ بدايتها إلى صدور حكم التحكيم<sup>(2)</sup>. حيث يحدد فيه الخصوم المهل والمواعيد بأنفسهم و يعينون المحكمين و يقومون بعزلهم و ردهم و يقومون بعزلهم و ردهم وتحديد إجراءات الدعوى التحكيمية<sup>(3)</sup>.

#### 2- التحكيم المؤسسي: هو تحكيم تتولاه مراكز ومنظمات وغرف التحكيم الدائمة

لتمارس نشاطها التحكيمي على كافة المستويات الوطنية والإقليمية و الدولية هذه المراكز لها لوائها وقواعدها الخاصة بها، فعندما يلجأ إليها الأطراف فإنهم يكونون قد إرتضوا بإرادتهم الخضوع لتلك القواعد وكأنها قد أصبحت جزء من اتفاقهم فالعبرة هنا بوجود مؤسسة التحكيم<sup>(4)</sup>. ويتميز التحكيم المؤسسي بوجود قوائم بأسماء المحكمين المختصين بما يجنب أطراف

النزاع مشقة البحث عن المحكم المناسب، بالإضافة إلى وجود لوائح معدة مسبقا تتناول الإجراءات التي ينبغي أن يتم التحكيم على أساسها وهي في العادة إجراءات سريعة وبسيطة وغير معقدة، كما أنه الوسيلة الأنجع لإدارة المنازعات ذات القيم الكبيرة والمنازعات المعقدة ويكفي المحكمين البحث عن مكان التحكيم لأنه سيجري في مقر هذه المنظمات، وهو أكثر تلبية لتوقعات الأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم تحت رعاية المنظمة<sup>(5)</sup>.

(1) حيرش نوال، مرجع سابق، ص. 13.

(2) بوصنوبرة خليل، مرجع سابق، ص 38.

(3) عرفه محمد السيد، مرجع سابق، ص. 153.

(4) الضراسي عبد الباسط محمد عبد الواسع، الطبعة الأولى، النظام القانوني لإتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة). المكتب

الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 48.

(5) بولقواس سناء، مرجع سابق، ص ص. 29، 30.

## ثالثاً- من حيث القانون الواجب التطبيق

وفقاً لهذا المعيار فقد جرى تقسيم التحكيم إلى تحكيم بالقانون متى ألزم المحكم بتطبيق القانون مثله مثل القاضي، و تحكيم مع تفويض بالصلح أين تكون سلطة المحكم واسعة في تطبيق القواعد بما يحقق التوازن بين أطراف النزاع.

1- التحكيم بالقانون: ويسمى كذلك بالتحكيم البسيط و هو التحكيم الذي يستند

المحكم في إصدار حكمه فيه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد القانونية مكتوبة كانت أم غير مكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف<sup>(1)</sup>.

2- التحكيم مع تفويض بالصلح : الأصل في التحكيم أنه تحكيم عادي (تحكيم

بالقانون) و لا ينصرف إلى التحكيم بالصلح إلا إذا نص على ذلك فلا يصح اعتبار التحكيم بالصلح إلا إذا وضحت إرادة الخصوم وضوحاً تاماً صريحاً و كانت ترمي إلى هذا و يجب أن تفسر إرادتهم بالحيطه والحذر وعدم التوسع رعاية لذات حقوقهم<sup>(2)</sup>.

وفي كل من التحكيم بالقانون والتحكيم مع تفويض بالصلح المحكم لا يلتزم بإتباع إجراءات وشكليات التقاضي المعمول بها أمام المحاكم و إنما يلتزم فقط بإجراءات التقاضي التي يحددها الخصوم أو التي يحددها المشرع في قانون التحكيم كما يلتزم باحترام الضمانات الأساسية لحقوق التقاضي<sup>(3)</sup>.

## رابعاً- أنواع التحكيم من حيث النطاق الجغرافي

يقسم التحكيم من حيث النطاق الجغرافي والاستناد إلى طبيعة النزاع كما يلي:

التحكيم الداخلي: ويسمى كذلك التحكيم الوطني الذي يخضع لتنظيم قانوني مختلف

عن التحكيم التجاري الدولي، مصدره قواعد قانونية موضوعية وإجرائية سنها المشرع الوطني إذ في أغلب التشريعات الوطنية تفرد قواعد خاصة بالتحكيم الداخلي<sup>(4)</sup>.

هذا النوع من التحكيم يتعلق بنزاع ترتبط كافة عناصره بإقليم الدولة، فهو لا يتضمن أي عنصر خارجي أو أجنبي، فأطرافه مواطنون وموضوعه يتعلق بنزاع داخلي بحت، ومكان

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص. 31.

(2) الضراسي عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص. 45.

(3) نفس المرجع السابق، ص. 46.

(4) بوصنيرة خليل، مرجع سابق، ص. 41.

التحكيم يكون في الدولة التي ينتمي إليها الخصوم بجنسيتهم والتي يرتبط بها النزاع برابطة وثيقة<sup>(1)</sup>.

**2- التحكيم الخارجي (الدولي):** يعد التحكيم دوليا إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح القضائية لدولتين على الأقل<sup>(2)</sup>.

وتظهر أهمية التفرقة بين التحكيم الداخلي و التحكيم الخارجي إذ أن هذا الأخير هو الذي يثير مشاكل معروفة في إطار القانون الدولي الخاص المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم ذاته وعلى إجراءاته وكذا موضوع المنازعة. بالإضافة إلى ذلك يختلفان من حيث الرقابة القضائية، فمن ناحية نطاق الرقابة نجد بعض الأنظمة تهتم بالرقابة على أحكام التحكيم ذات العنصر الأجنبي عكس أحكام التحكيم ذات العنصر الوطني، و من ناحية نوع الرقابة حيث تسمح بعض الأنظمة القانونية بإمكانية الرجوع إلى التحكيم الداخلي بأوجه رجوع تختلف عن تلك الخاصة بأحكام التحكيم الدولي وكقاعدة عامة، فإن أحكام التحكيم الوطني لا تستفيد من المعاهدات الدولية المنظمة لمسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية<sup>(3)</sup>.

## المبحث الثاني

### الشروط المتعلقة بالتحكيم

إن الشروط التي يمكن التطرق لها في هذا المبحث هي تلك المتعلقة بالتحكيم الداخلي أو ما يسمى كذلك بالتحكيم الوطني والذي يخص نزاع وطني في جميع عناصره ويكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام المحددين بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني وبالتالي لا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة، كما يتم تنفيذه داخل إقليم الدولة دون الإخلال بقواعد النظام العام في الدولة.

(1) عرفه محمد السيد، مرجع سابق، ص. 153.

(2) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 62.

(3) نورة حليلة، "التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة ماستر، منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عين الدفلى، 2013-2014، ص. 59، 60.

وعليه سنتطرق إلى دراسة هذه الشروط على النحو التالي:

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للتحكيم

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للتحكيم

## المطلب الأول

### الشروط الموضوعية للتحكيم

تتمثل الشروط الموضوعية للتحكيم في المجالات التي يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، وبالرجوع إلى المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيمياً إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية" فالمرجع الجزائري منع اللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات المتعلقة بها والتي يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية، البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، باستثناء مجالين فقط وهما الإتفاقيات الدولية ومادة الصفقات العمومية.

## الفرع الأول

### الإتفاقيات الدولية

في إطار تناولنا للإتفاقيات الدولية التي تعد أحد مجالات التحكيم، سنتطرق إلى تعريف الإتفاقية الدولية، وكذا موقف الجزائر تجاه التحكيم في هذا المجال.

#### أولاً- تعريف الإتفاقية الدولية

هي إتفاق صريح بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي لتنظيم العلاقات بينهم عن طريق إنشاء أو تعديل أو إنهاء حقوق والتزامات متبادلة وفقاً للقانون الدولي<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً- موقف الجزائر تجاه التحكيم

إختلفت مواقف الجزائر تجاه التحكيم بين رفض وتأييد.

#### 1 موقف الجزائر الراض للتحكيم:

إستمرت الجزائر في رفضها للتحكيم مدة طويلة معتبرة أن:

(1) يادكار طالب رشيد، مبادئ القانون الدولي العام. مؤسسة موكرياني للبحوث والنشر، العراق، 2009، ص. 93.

**أ - اللجوء إلى التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة:**

عرفت الجزائر في الفترة الموالية للإستقلال مباشرة فراغاً تشريعياً كبيراً، لذلك إستمرت على العمل بالقوانين الفرنسية لسد هذا الفراغ ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية، وإذا كان القانون الفرنسي يعترف آنذاك بالتحكيم التجاري الدولي فقط دون غيره، فإن الجزائر إعتبرته مخالفاً للسيادة مما جعلها تتخذ موقفاً معادياً للتشريعات الفرنسية وذلك بعدم إعطائه مكانة في النظام القانوني الجزائري، بل إرفضه مع إعطاء الأولوية للقانون والقضاء الوطنيين على حساب قضاء التحكيم، لأن تعطشها آنذاك للإستقلال والسيادة جعلها تتبنى نظاماً مخالفاً للنظام الرأسمالي ذي النزعة الإستعمارية فجعلت السيادة فوق كل إعتبار من خلال النظام الإشتراكي المتبع، فكانت السيادة القانونية والقضائية من أهم مظاهر ذلك النظام المتبع<sup>(1)</sup>.

**ب - اللجوء إلى التحكيم فيه مخالفة لنصوص الدستور:**

نصت المادة 152 من دستور الجزائر 1996: "... يؤسس مجلس دولة هيئة مقومة لأعمال جهات القضاء الإداري" ومنه فإن اللجوء للتحكيم فيه مخالفة لهذه الفقرة من هذه المادة التي بينت بأن مجلس الدولة هو الهيئة المقومة للأعمال الصادرة عن المحاكم الإدارية .

**ج - اللجوء إلى التحكيم فيه إعتداء على إختصاص القضاء الوطني:**

التحكيم هو نظام عدالة خاصة، يخضع النزاع لأشخاص خاصة غالباً ما تكون مختارة من الأطراف أنفسهم أو بمساعدتهم وبالتالي تنشأ علاقة تنازع بين التحكيم والعدالة الرسمية، إذ وبصفة عامة فإن التحكيم غير مرغوب فيه<sup>(2)</sup>.

**د - تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام:**

يقصد بفكرة النظام العام في القانون الإداري، هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ومنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا بنص من القانون يعبر فيه المشرع صراحة على جوازية اللجوء إلى التحكيم، فالقواعد المتعلقة بالإختصاص النوعي للقضاء والضابطة للتوزيع الإختصاص بين جهات القضاء تتعلق بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

(1) كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري. منشورات بغداددي، الجزائر، 2008، ص. 8.

(2) عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 21.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص. 76.



**2 إبقاء الجزائر على التحكيم في بعض العقود:**

الذكر، وموقف المشرع الجزائري من التحكيم الذي ينص في المادة 3/442 من الأمر رقم: 154/66: "لا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم" وفي الوقت نفسه وفي غير العقود المتعلقة بالنزاعات الخاصة بالحماية البترولية، أخذت الجزائر بأولوية القضاء والقانون الوطنيين في بعض العقود، إذ نجد العقد المبرم بين الجزائر وشركة (CEPA) الفرنسية الذي بموجبه تم إنشاء شركة مختلطة (ALREP) قد أسند إختصاص حل النزاعات للقانون والقضاء الجزائريين، وكذلك بعض العقود التي أبرمتها الجزائر مع شركات أجنبية لنقل البترول الخام مثل العقد المبرم (TOTALALGERIE) وكذا (ELFALGERIE) بتاريخ 15 ديسمبر 1971<sup>(1)</sup>.

وقد إعتبرت الجزائر اللجوء إلى التحكيم هو إستثناء الأصل الذي يقضي بالفصل في النزاعات عن طريق القضاء وتطبيق القانون الجزائريين، فالجزائر كانت تفضل التحكيم الإتفاقي بمعنى إدراج شرط التحكيم في كل عقد أو إتفاق وليس إبرام إتفاق خارج عن العقد الأولي يخص إجراءات التحكيم، والسبب في ذلك أن الجزائر لم تنظم في تلك الفترة إلى الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف والخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ومجال التجارة الدولية والإستثمارات، لكونها كانت تتحفظ منها، وترى بأن الإنضمام إليها هو بمثابة مساس بالسيادة الوطنية قانوناً وقضاءً<sup>(2)</sup>.

**3 إفصاح الجزائر عن موقفها في قبول نظام التحكيم:**

بعدما كان موقف الجزائر غير واضح في قبولها لنظام التحكيم أو عدمه، نجدها قد عبرت وأفصحت عن ذلك عندما صادقت على عدة إتفاقيات وعدلت في الأمر 154/66. - إنضمام الجزائر إلى الإتفاقيات الدولية: تناولت العديد من الإتفاقيات الدولية إعتقاد الدول لقرارات التحكيم، وقبل الخوض في بعض الإتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر في هذا الصدد إذ لا بد من الإشارة إلى المادة 132 من دستور الجزائر 1996 بنصها على أن "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون". ومن خلال هذه المادة نستشف أن الإدارة ملزمة بمراعاة أحكام المعاهدات

(1) كولا محمد، مرجع سابق، ص. 25.

(2) نفس المرجع، ص. 26.

في نطاق وظيفتها الإدارية وبإمكان القاضي التحقق من مدى مطابقة عمل الإدارة مع هذه الأحكام بمناسبة نزاع مطروح عليه.

- إتفاقية نيويورك 1958: لقد كان الهدف الأساسي من هذه الإتفاقية، بحث مشكلة

الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وهي تعد ذات صبغة عالمية نظراً لكثرة الدول المنضمة إليها، وقد حرصت على إستبعاد أي قيود تتعلق بطبيعة الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم، واستبعدت ما تورده التشريعات الداخلية على أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة من قيود للإتفاق على التحكيم خارج الدولة أو منع هذه الأشخاص من اللجوء إلى التحكيم أصلاً<sup>(1)</sup>.

ولما صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 233/88<sup>(2)</sup>

تكون قد إتخذت موقفاً صريحاً بقبول نظام التحكيم فيما يتعلق بعلاقتها الدولية .

- إتفاقية واشنطن 1965: لقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم

الرئاسي رقم: 346/95<sup>(3)</sup>، فهي ذات صبغة دولية كونها مفتوحة أمام كل أعضاء البنك الدولي للإنشاء والتعمير الذي يمثل مؤسسة للتطوير تعنى بانتقال الأموال من الدول المتقدمة إلى الدول النامية للإيضام إليها، فقد تنشأ نزاعات بين المستثمرين والحكومات مما أدى إلى تدخل دولة المستثمر لحماية مصالحه، وهو مادفع البنك للتفكير في إيجاد وسيلة فض النزاعات بطريقة ودية عن طريق التحكيم، حيث تهدف هذه الإتفاقية إلى إبعاد الخلافات الناتجة عن الإستثمار عن مجال السياسة والدبلوماسية وإدخالها في مجال القانون وإيجاد توازن بين مصالح المستثمرين الأجانب ومصالح الدول المضيفة لهم<sup>(4)</sup>.

ب- صدور المرسوم التشريعي رقم 93/90 و القانون رقم 09/08: لكي يتطابق

الموقف التشريعي والواقع العملي تدخل المشرع الجزائري وعدل عن صياغة المادة

(1) المواجدة محمد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص. 161.

(2) مرسوم رئاسي رقم 233/88، المؤرخ في: 05 نوفمبر 1988، المتعلق بالمصادقة على إتفاقية نيويورك لسنة 1958، (الجريدة الرسمية رقم: 48 لسنة 1988).

(3) مرسوم رئاسي رقم 346/95، المؤرخ في: 30 أكتوبر 1995، المتعلق بالمصادقة على إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، (الجريدة الرسمية رقم: 66 لسنة 1995).

(4) المواجدة محمد محمود، مرجع سابق، ص. 167، 168.

442 بصدر المرسوم التشريعي رقم: 90/93<sup>(1)</sup>، حيث نصت المادة الأولى منه: " لا يجوز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا في علاقات التجارة الدولية"، وبهذا يكون المشرع قد اعترف بأهلية الأشخاص العامة في الإتفاق على التحكيم بصدد العقود ذات الطابع الدولي<sup>(2)</sup>.

وقد تبنى المشرع الجزائري الأخذ بنظام التحكيم من خلال النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 975 التي تنظم قواعد التحكيم الداخلي وكذا المواد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

## الفرع الثاني

### الصفقات العمومية

الصفقات العمومية هي إحدى أنواع العقود الإدارية، هذه الأخيرة التي تم الإحاطة بمختلف جوانبها العامة في الفصل السابق، وكما بينا فيه أن الإدارة قد تبرم عقود لكن لا تخضع للقانون العام ولا تدخل منازعاتها في إختصاص القضاء الإداري، أما بالنسبة للصفقات العمومية فتصنف ضمن العقود الإدارية التي تخضع لقانون خاص بها<sup>(3)</sup>.

#### أولاً- تعريف الصفقة العمومية

##### 1 التعريف الفقهي للصفقة العمومية:

الصفقة العمومية هي عقد بين طرفين أحدهما شخص عمومي، فلا يعد العقد صفقة بمفهوم التنظيم إلا إذا توافر العنصر العضوي المتمثل في صفة الشخص المتعاقد، وما يميز عقد الصفقة العمومية عن بقية العقود هو إستعمال الإدارة لإمميزات السلطة العامة ومزايا القانون العام<sup>(4)</sup>.

(1) المرسوم التشريعي رقم 90/93، المؤرخ في: 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم: 154/66، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، (الجريدة الرسمية رقم: 27 لسنة 1993).

(2) وائل عز الدين يوسف، مرجع سابق، ص. 79.

(3) مرسوم رئاسي رقم 236/10، المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، (الجريدة الرسمية رقم: 58 لسنة 2010)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03/13، المؤرخ في: 13 جانفي 2013، (الجريدة الرسمية رقم: 02 لسنة 2013).

(4) الأطرش سعاد، "المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية"، مذكرة ماستر، منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013-2014، ص. 34.

**2 - التعريف التشريعي للصفقة العمومية:**

أورد المشرع الجزائري تعريف للصفقة العمومية معتمداً على المعيار العضوي محدداً متى نكون أمام عقد صفقة في المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 حيث تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 03/13 المعدل والمتمم بالمادة 02 من المرسوم أعلاه والتي تنص على أنه: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات التي محل نفقات:

- الإدارات العمومية

- الهيئات الوطنية المستقلة،

- الولايات،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي

والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري".

وبالرجوع إلى المادة 4 من نفس المرسوم الرئاسي التي تنص على أن الصفقة العمومية هي: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، وتبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة". وما يلاحظ على هذا التعريف أنه ركز على المعيار الموضوعي للصفقة.

بالإضافة إلى ذلك فالمشرع خص عقود الصفقات العمومية بسقف مالي محدد (1) عبر كل التعديلات التي مست قانون الصفقات، وإن كان لهذا الإجراء ما يبرره من إنخفاض لقيمة الدينار الجزائري، وكذا خوف المشرع من أن يرهق الإدارة المتعاقدة و يثقل كاهلها بالخضوع للقواعد الإجرائية في قانون الصفقات العمومية عندما تكون محل مصاريف زهيدة خشية أن تتعطل المصلحة العامة لخدمة للإجراءات الروتينية، ولا شك في أن تحديد سقف معين لإعتبار العقد صفقة عمومية هو من قبيل الرقابة المالية(2).

(1) المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10: " كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوب إبرام صفقة في مفهوم هذا القانون..."

(2) شقطي سهام، "النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية في الجزائر"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2010-2011، ص. 12.

**3 - التعريف القضائي للصفقة العمومية:**

لقد ذهب مجلس الدولة الجزائري إلى تعريف الصفقات العمومية على أنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاوله أو إنجاز مشروع أو خدمات<sup>(1)</sup>.

**ثانيا - أشكال الصفقة العمومية**

من بين عمليات العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة في شكل صفقة عمومية والتي جاء ذكرها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 نذكر:

**1 - إنجاز الأشغال:**

هو إتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير -بمقابل- ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا للمنفعة العامة<sup>(2)</sup>، ولإعتبار العقد صفقة أشغال لا بد من توافر أربعة عناصر هي<sup>(3)</sup>:

- أن يتعلق بعقار وليس بمنقول

- أن يتمثل في أعمال البناء أو الصيانة أو الهدم أو الترميم كالإطلاء وتنظيف الشوارع.

- أن تتم الأعمال لحساب الإدارة العامة بغض النظر عن كون هذا العقار مملوكا لها

أو أن يكون مستأجرا، أو يكون ملكا للملتزم الذي يتولى إدارة أحد المرافق العامة أو لإحدى الجمعيات ذات النفع العام.

- يجب أن تتم هذه الأعمال المكونة للعقد بقصد تحقيق النفع العام وليس من أجل

تحقيق مكاسب مالية.

**2- إقتناء اللوازم:**

تسمى كذلك بمصطلح التوريد، وهي العقود التي تبرم بين الإدارة والمتعامل معها بأن

يورد للإدارة منقولات أو مواد معينة مقابل ثمن معين، وما يميزه عن غيره أنه يرد على المنقولات دون العقارات<sup>(4)</sup>.

(1) شقطي سهام، مرجع سابق، ص. 9.

(2) راغب الحلو ماجد، مرجع سابق، ص. 211.

(3) سردوك هيبه، المناقصة العامة كطريق للتعاقد الإداري. الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص.

26.

(4) عشي علاء الدين، مرجع سابق، ص. 142.

**3- إنجاز الدراسات:**

هو إتفاق بين إدارة عامة و شخص آخر معنوي أو طبيعي من ذوي الخبرة والإختصاص، يتم بمقتضاه القيام بدراسات وإستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها<sup>(1)</sup>.

**4- تقديم الخدمات:**

هي إتفاق بين الإدارة وشخص آخر طبيعي أو معنوي قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره، مثل لجوء الجامعة للتعاقد مع مؤسسة في إطار المحافظة و السهر على نظافة القاعات و المحيط<sup>(2)</sup>.

**ثالثا- طرق إبرام الصفقات العمومية**

تبرم الصفقات العمومية بإحدى الكيفيتين وهما المناقصة والتي تشكل القاعدة العامة نظرا لأهميتها في إختيار المتعاقد مع الإدارة و إما وفق إجراء التراضي<sup>(3)</sup>، وبإحداها تكون الإدارة قد إختارت المتعاقد معه.

**1- إبرام الصفقة العمومية عن طريق المناقصة:****أ- تعريف المناقصة:**

تعرف المناقصة إصطلاحا بأنها أساليب القانون المحددة بمجموعة من الإجراءات بمقتضاها يفرض على من هو ملزم بإتباعها إختيار من يتقدم من المناقصين بأفضل الشروط وأنسب الأسعار وأكمل المواصفات لتعقد على سبيل الإلتزام<sup>(4)</sup>.  
كما عرف المشرع المناقصة في المادة 26 من المرسوم الرئاسي أعلاه بأنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.

**ب- أشكال المناقصة:**

يمكن أن تجرى المناقصة بإحدى الأشكال المبينة في المادة 28 من ذات المرسوم الرئاسي وقد تطرق لها كل على حدى في المواد من 29 إلى 30:  
- المناقصة المفتوحة: هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً إذا

(1) بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص. 24.

(2) نفس المرجع، ص ص. 23، 24.

(3) المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 السابق ذكره.

(4) عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص. 88.

هذا الأسلوب يسمح لمن يشاء بالإشتراك وتلتزم الإدارة باختيار من يتقدم بأفضل عرض.

- المناقصة المحدودة: هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمتريشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا.  
تلجأ الإدارة على هذا النوع عندما تريد القيام بمشروعات ضخمة أو ذات أهمية كبيرة كإنشاء ميناء جوي أو بحري أو أجهزة إلكترونية أو عملية دقيقة وغيرها من العمليات التي تحتاج إلى درجة عالية من الكفاءة والخبرة ويقتصر الإشتراك فيها على مقاولين معينين ممن ثبتت كفاءتهم الفنية والمالية علما بأن الإدارة لها حرية في الإختيار بين النوعين من المناقصة<sup>(1)</sup>.

- الإستشارة الإنتقائية: هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عروضهم وهم المدعون خصيصا للقيام بذلك بعد إنتقاء أولي تعد من خلاله المصلحة المتعاقدة قائمة مدرج فيها أسماء المتعاملين الذين تم إنتقاؤهم على أن لا يقل عددهم عن 3 و إلا تباشر الإدارة الدعوة لإجراء إنتقاء أولي من جديد.

- المزايدة: تلجأ الإدارة إلى هذا النوع في حالة كونها بائع، ويتعلق الأمر هنا فقط بالبيع العلني الذي يقع تحت صلاحيات مصالح أملاك الدولة التي يقوم بها المحافظون أو حالات الإيجار التي تقوم بها البلديات مثل كراء واستغلال ملكيات الجماعات المحلية كإيجار المحلات التجارية والمذابح والمسالك البلدية وأماكن التوقف وغيرها والتي تهدف إلى البيع أو الإيجار بأحسن سعر أو الشراء بأقل ثمن، ويخصص هذا الشكل للعمليات البسيطة ذات الطابع الإعتيادي ولذلك فهي لا تخص إلا المتعاملين الوطنيين أو الأجانب المقيمين في الجزائر<sup>(2)</sup>.  
- المسابقة: هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.

### ج- نتائج الأخذ بأسلوب المناقصة:

إن الأخذ بأسلوب المناقصة يكرس مبدأ المساواة بين العارضين، ومبدأ الشفافية في التعاقد وعلانية الإجراءات مما يحد من ظاهرة الفساد المالي ويبعد الإدارات عن المعاملات المشبوهة، كما يحقق مبدأ المنافسة الشريفة بين العارضين ويكفل أمامهم سبل المشاركة فيها إذا

(1) عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص. 93.

(2) الأطرش سعاد، مرجع سابق، ص ص. 48، 49.

توافرت فيهم الشروط المعلن عنها، كما يمكن الرأي العام والسلطة الشعبية من مراقبة معظم مراحلها من خلال ما ينشر في الصحف، ويوفر حماية للآمرين بالصرف ويحفظ حيادهم<sup>(1)</sup>.

## 2- إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي:

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من ذات المرسوم الرئاسي، أما المادة 44 منه حددت حالات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة.

## رابعا- إجراءات إبرام الصفقة العمومية

قبل الشروع في إجراءات إبرام الصفقة، تقوم المصالح المتعاقدة بتحديد الحاجات الواجب تلبيتها المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة مسبقا.

### 1- إعداد مشروع الصفقة: يمر إعداد مشروع الصفقة بالمراحل التالية<sup>(2)</sup>:

- إختيار المشروع وفقا للحاجات الإجتماعية والإقتصادية.
- دراسة الجدوى الفنية للمشروع، ويتم دراسة مدى توافر المواد والإمكانات اللازمة
- دراسة الجدوى الإقتصادية من ناحية التكاليف آثاره على المردود الإقتصادي والأثر البيئي والإجتماعي للمشروع.
- التصميم المبدئي للمشروع، يتم بإعداد تصور عام له (تحديد الوظائف، دراسة المواد المستخدمة، إعداد التكلفة التقديرية...).
- التصميم التفصيلي للمشروع (تفاصيل معمارية وصحية...).
- إعداد التصميم النهائي المتضمن كافة التفاصيل الجزئية لضمان دقة التنفيذ وإعداد المواصفات الفنية العامة والخاصة، والجدول الزمني للتنفيذ وشروط الدعوة للعطاء ومختلف شروط العقد.

(1) الأطرش سعاد، مرجع سابق، ص ص 41، 42.

(2) نسيغة فيصل، "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها"، مجلة الإجتهد القضائي، العدد الخامس، تصدر عن مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، التابع لقسم الحقوق، جامعة بسكرة، ص. 117.



## 2 - إعداد دفتر الشروط : دفتر الشروط هو وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة

بإرادتها المنفردة تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات إختيار المتعاقد معها، وأثناء إعداده تستغل الإدارة خبراتها المؤهلة وتجند كل إدارتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر يحقق الأهداف المسطرة<sup>(1)</sup>.

يشتمل دفتر الشروط، طبق المادة 10 من المرسوم الرئاسي أعلاه الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة متضمنا مايلي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.
- دفاتر التعليمات المشتركة تبين الترتيبات التقنية المطبقة على الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

## 3- الإعلان عن الصفقة : يهدف الإعلان عن الصفقة إلى إضفاء الشفافية على

العمل الإداري حيث يتم إعلام المعنيين (مقاولين، موردين...) ما يفسح المجال للمنافسة بينهم ويضمن إحترام مبدأ المساواة ويسمح للإدارة باختيار أفضل العروض والمرتشحين<sup>(2)</sup>.

يتم الإعلان عن الصفقة باللجوء إلى الإشهار الصحفي الذي يكتسي طبيعة إلزامية لإجرائه، وذلك في حالات إبرام الصفقة عن طريق المناقصة (المادة 45 من المرسوم الرئاسي). يجب أن يحتوي إعلان المناقصة وفق المادة 46 على البيانات التالية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي
- كيفية المناقصة
- شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي
- موضوع العملية
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة
- مدة تحضير وصلاحيية العروض ومكان إيداعها
- إلزامية كفالة التعهد إذا إقتضى الأمر ذلك

(1) الأطرش سعاد، مرجع سابق، ص. 54.

(2) نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص. 118.

- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح"
- ثمن الوثائق عند الإقتضاء.

يحرر إعلان الصفقة باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل، ومع إلزامية نشره

في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني. ويدرج المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكناً مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة<sup>(1)</sup>.

#### 4- تقديم العروض:

بعد الإعلان عن الصفقة يتقدم المتعهدون بطلباتهم وعروضهم إلى الجهة الإدارية المختصة، ويجري أجل إيداع العروض ابتداء من تاريخ أول صدور للإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة كما يدرج في دفتر الشروط<sup>(2)</sup>.  
تحدد الجهة الإدارية المتعاقدة أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعترزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات. يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك وعلى المصلحة أن تخبر المرشحين بكل الوسائل.  
يوافق آخر يوم وآخر ساعة لإيداع العروض ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية آخر يوم من مدة تحضير العروض وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي (المادة 50 أعلاه).  
يأخذ العرض شكل التعهد الذي يتضمن عرض تقني وآخر مالي وكل منهما منفصل وكلاهما يجمعهما ظرف واحد، على أن يتضمن العرض التقني تصريح بالإككتاب، كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العروض فيما يخص صفقات الأشغال واللوامز التي يخضع مبلغها

(1) وطبقا لما جاء في المادة 49 من المرسوم الرئاسي فإنه يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوامز ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي خمسين مليون أو يقل عنها وعشرين مليون أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:  
- نشر الإعلان في يوميتين محليتين أو جهويتين  
- إصاق الإعلان بالمقرات المعنية للولاية وكافة بلديات الولاية وغرفة التجارة والصناعة والحرف والفلاحة للمديرية التقنية المعنية للولاية.

(2) المادة 50 الفقرة 3 و4 من المرسوم رقم 236/10 السابق ذكره.

لإختصاص اللجان الوطنية للصفقات الواجب ذكرها في دفتر الشروط المتعلقة بالمناقصات بالإضافة إلى أي وثيقة أو بيانات تطلبها المصلحة المتعاقدة، أما العرض المالي فلا بد أن يتضمن رسالة تعهد، جدول الأسعار بالوحدة وتفصيل تقديري وكمي.

تحدد نماذج رسالة التعهد والتصريح بالإكتتاب والتصريح بالنزاهة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية (المادة 51 من المرسوم الرئاسي).

**5 - إرساء الصفقة:** وهي المرحلة التي يتم فيها تحديد المتعامل الذي فاز بالصفقة وإسنادها إليه بالنظر إلى العرض الذي قدمه والذي صنف أفضل عرض من بين العروض المتقدمة، وتتوج بمحضر إرساء الصفقة الذي يحال للجهات الإدارية المختصة للمصادقة عليها، وبذلك ينعقد العقد النهائي بين الإدارة والمتعامل معها<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### الشروط الشكلية للتحكيم

قد يلجأ أطراف الخصومة للتحكيم من أجل الفصل في النزاع القائم بينهم والذي يكون فيه أحد أطرافه شخصاً عاماً، إذ يتم التوصل إلى حل للنزاع بعد المرور بجملة من الإجراءات، هذه الأخيرة التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم: 09/08 في الفصل الثاني من الباب الخامس في الكتاب الرابع مع الإشارة إلى أن المشرع أحالنا فيما يتعلق بأحكامه و تنفيذ حكم التحكيم وطعن فيها إلى المواد المتعلقة بالتحكيم في القضاء العادي. ومنه سنتطرق إلى الشروط المتعلقة بإجراء التحكيم كالاتي:

## الفرع الأول

### محكمة التحكيم

تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو مجموعة محكمين، يقومون بالفصل في النزاع المعروف أمامهم وفق شروط معينة، هذه الشروط منها ما يتعلق بالمحكم في حد ذاته ومنها ما يتعلق بالإجراءات التي يقوم بها المحكم عند الفصل في النزاع، وما يمكن التطرق له في هذا الفرع تشكيل محكمة التحكيم وكذا الشروط الواجب توافرها في المحكم أو المحكمين.

### أولاً- تشكيل محكمة التحكيم

لقد إشتراط المشرع الجزائري أن تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد

(1) عشي علاء الدين، مرجع سابق، ص. 145.

فردى، وذلك طبقاً للمادة 1017 من القانون رقم: 09/08، فالغاية من إشتراط المشرع العدد الفردي في تشكيل محكمة التحكيم هي ترجيح الأصوات التي تصدر بالأغلبية<sup>(1)</sup>، فلو كان عدد المحكمين زوجي فإن ذلك يحول دون الحصول على صوت مرجح عند تساوي الأصوات، إضافة إلى ذلك لم يفيد المشرع إرادة أطراف النزاع في تحديد عدد المحكمين في ضوء ظروف و إحتياجات الفصل في النزاع مع تأكيده فقط على أن يكون المحكمين وتراً نظراً للطبيعة القضائية للتحكيم.

و إذا اعترضت صعوبة لتشكيل محكمة التحكيم سواء بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكمين فإن التعيين يتولاه حينئذ رئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وأما في حالة رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر صادر عن نفس رئيس المحكمة، و إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم فإن رئيس المحكمة يعاين ذلك ويقرر بالألّا وجهاً للتعيين<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - الشروط الواجب توافرها في المحكم

المحكم، هو شخص يتمتع بثقة الخصوم الذين أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المقدمة<sup>(3)</sup>.

ولئن كانت المنازعات الإدارية لها سمات معينة فإنها تتطلب مؤهلات في المحكم الذي يفصل في النزاع على أن تتلائم مع طبيعة النزاع حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع، كأن يوكن المحكم خبيراً أو قانونياً أو مهندساً حتى يتمكن من الفصل في النزاع من الناحية الفنية، بإنزال حكم القانون على معطيات الداعي من وقائع ووزن الأدلة القانونية بميزان القانون ليصل في النهاية لحكم التحكيم<sup>(4)</sup>.

أما عن طبيعة الشخص الذي يتولى مهمة التحكيم، قد يكون طبيعياً أو معنوياً إذ يتوجب على هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم، كما إشتراط المشرع

(1) المادة 1026 من القانون رقم 09/08: "تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات".

(2) المواد 1009، 1020 من القانون رقم 09/08 السابق ذكره.

(3) مناني فراح، مرجع سابق، ص. 130.

(4) خلف الله كريمة، "منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة

قسنطينة 1، 2012-2013، ص. 107.

الجزائري أن يكون المحكم متمتعاً بحقوقه المدنية باعتباره شخص مثل حقه في عدم إستعباده، حقه في خضوعه لمحاكمة عادلة، أو محكوماً عليه بجنحة أو جنائية مخلة بالشرف حرمة من حقوقه المدنية... الخ، وأن لا يكون قاصراً أو محجوراً عليه<sup>(1)</sup>.

ولا بد أن يتمتع المحكم بالإستقلالية، ويقصد بها أن لا توجد للمحكمة مصلحة أو إرتباط أو تبعية بأحد الطرفين بل لا بد أن يستقل عن كلاهما، وأن لا يكون المحكم خصماً في النزاع المعروض عليه أو سبق له إبداء رأيه فيه، و تطبيقاً لذلك لا يجوز للمهندس الذي أشرف على عملية ما أو قام بإعدادها للتنفيذ أن يكون محكماً في الخصومة بين الإدارة والمقاول والذي نفذ هذه العملية إذ أن المهندس بهذه المثابة يكون قد أشرف على عمل المقاول<sup>(2)</sup>.  
كما يجب أن لا يكون المحكم قابلاً للرد، وإذا كان كذلك يخبر المحكم الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم<sup>(3)</sup>.

إلا أنه لا يجوز رد المحكم من الطرف الذي عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين، وهذه الحالات التي يجوز فيها رد المحكم:<sup>(4)</sup>

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 يتبين من الظروف شبهة مشروعة في إستقلاليته، لا سيما بسبب وجود

مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

وإذا تبين أحد الأسباب أعلاه تبلغ بذلك محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير

وفي حالة النزاع وكان نظام التحكيم لم يتضمن كليات تسويته أو لم يسع الأطراف تسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهيمه التعجيل، على أن يكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن.

يلزم المحكم أو المحكمون بإتمام مهمتهم التي شرعوا فيها حتى ينتهي أجل 4 أشهر

(1) المادة 1014 من القانون رقم: 09/08 السابق ذكره.

(2) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص. 108.

(3) المادة 2/1015 من القانون رقم: 09/08 السابق ذكره.

(4) المادة 1016 من القانون رقم: 09/08 السابق ذكره.

مع عدم جواز عزلهم خلال هذا الأجل حتى بإتفاق الأطراف<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الخصومة التحكيمية

تتم عملية التحكيم وفق مراحل مختلفة تتمثل في مايلي:

#### أولاً- إنطلاق الخصومة التحكيمية

تتطلق الخصومة التحكيمية بعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من يهمة التعجيل منهم وهو ما ورد في المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولما كان التحكيم يقوم على أساس إتفاق الأطراف المتنازعة فإنه ما لم يتفقا على آجال أو أي إتفاق آخر فإنه تطبق الآجال و الأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية.

#### ثانياً- سير الخصومة التحكيمية

تنجز أعمال التحقيق والمحاضر من قبل جميع المحكمين إلا إذا أجاز إتفاق التحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بها، وقد حددت المادة 1024 من ذات القانون مدة التحكيم وهي 4 أشهر مالم يتفق الأطراف على خلافها فيكون المشرع بذلك قد منح المحكم فترة كافية من أجل التداول، ويبدأ حسابها من تاريخ إنطلاق الخصومة التحكيمية، وخلالها يتقدم كل طرف بدفاعه ومستنداته قبل لإقضاء الأجل بـ 15 يوماً على الأقل و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل.

#### ثالثاً- غلق باب المرافعة

متى تبين للمحكمين أن إجراءات التحكيم إستوفت جميع مراحلها وأن أطراف الخصومة إستوفوا دفاعهم واطمأن المحكمون إلى أن القضية أصبحت جاهزة للفصل فيها، حق لهم أن يقرروا إحالتها للحكم فيها سواء بتحديد تاريخ النطق بالقرار أو الحكم أم لا. إلا أنه قد تفتح محكمة التحكيم باب المرافعة من جديد إذا دعت الضرورة ذلك، لأن قرار غلق باب المرافعة لا يعتبر قراراً باتاً لا رجعة فيه، إذ قد يحدث بعد أن تقرر محكمة التحكيم هذا الغلق أن يتبين أنه ينبغي إثبات بعض النقاط أو إستكمال تقديم بعض المستندات التي يمكن أن تغير إتجاه الرأي فيما لو قدم وساهم في كشف الحقيقة، وهذا ما أكدته محكمة إستئناف باريس حيث قررت إعادة

(1) المادة 1018 من القانون رقم 09/08 السابق ذكره.

فتح باب المرافعة وذلك لعدم تقديم الخصم للمستندات التي علقها عليها المحكمة الفصل في النزاع لأنها لم تتمكن من الفصل في النزاع المحجوز للحكم بدونها<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً- المداولة

المداولة هي النقاش و التشاور وتبادل الآراء بين القضاة الذين اشتركوا في جلسات للتحقيق حول القضية بجميع مسائلها الواقعية و القانونية بغية الوصول لحل لها. وتكون المداولة سرية لضمان الحرية في إبداء الرأي و الإستقلال فيه وهو مبدأ عام في الإجراءات، كما لا يشترط فيها إجماع لرأي القضاة حول الحل المقترح للخصومة فتكفي فيها أغلبية الآراء ولا يجوز التصريح بما دار في الجلسة للخصوم<sup>(2)</sup>.

بعد غلق باب المرافعة، تحال القضية إلى المداولة مما يترتب عنه إنقطاع صلة الخصوم بالقضية وتكون هذه الفترة خاصة بالمحكمن للنظر في الطلبات بغية الوصول إلى حكم منهي للخصومة، وذلك يؤدي إلى سرعة الفصل في القضية و إلزام الأطراف باحترام الآجال الممنوحة لهم لتقديم طلباتهم ودفعهم قبل الإحالة على المداولة، كما أن ذلك سيؤدي إلى غلق باب التلاعب و المماطلة لبعض الأطراف التي لا حجج لها إلا ربح الوقت وتعطيل الفصل في الخصومة<sup>(3)</sup>.

#### خامساً- إنتهاء الخصومة التحكيمية

قد تنتهي الخصومة التحكيمية إما بإصدار حكم التحكيم في الموضوع أو أي سبب آخر، فبالنسبة للحالة الأولى، تنتهي نهاية عادية بانتهاج أجلها وعندما يقرر المحكمن وضع حد للمرافعة ووضع القضية للمداولة و صدور الحكم، وقد تنتهي الخصومة التحكيمية بسبب وفاة أحد أطراف العقد أو وفاة أحد المحكمن أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تحيه أو حصول مانع له، أو إذا اتفق الأطراف على إستبداله من قبل المحكمن الباقيين وفي حالة غياب الإتفاق يقوم بذلك رئيس تشكيلة الحكم، كما قد ينتهي التحكيم لفقد الشيء موضوع النزاع أو إنقضاء الدين المتنازع فيه<sup>(4)</sup>.

(1) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص. 113.

(2) حسن السيد بسبوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية (دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا

والجزائر)، عالم الكتاب للنشر، القاهرة، د س ن، ص ص. 262، 263.

(3) بوضنوبرة خليل، مرجع سابق، ص. 80 وما بعدها.

(4) المادة 1024 من القانون رقم: 09/08 السابق ذكره.

## الفرع الثالث

### ضوابط حكم التحكيم

لقد بين المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بحكم التحكيم وطرق الطعن فيه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي:

#### أولاً- تعريف حكم التحكيم

لقد عرفت المادة الأولى الفقرة الثانية من إتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية والتي صادقت عليها وانضمت إليها الجزائر في 1988 حكم التحكيم على أنه: " يقصد بالقرارات التحكيمية ليست القرارات التي يصدرها حكام يعينون لحالات معينة فحسب بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها الأطراف".

#### ثانياً- القواعد المتعلقة بحكم التحكيم

نظم المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بحكم التحكيم في المواد من 1024 إلى 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وكما بينا سابقا أن حكم التحكيم يصدر بعد مداوات سرية بين المحكمين بأغلبية الأصوات، متضمنا عرض موجز لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم وأسماء المحكمين وألقابهم و بيانات متعلقة بالأطراف المتنازعة بالإضافة إلى أسمائهم و ألقابهم لابد من تحديد موطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي على أن تكون تلك الأحكام مسببة ومؤرخة مع الإشارة إلى مكان إصدارها وموقعة من قبل جميع المحكمين وفي حالة إمتناع الأقلية منهم لابد من الإشارة لذلك إلا أن حكم التحكيم تبقى له نفس آثار الحكم الموقع من جميع المحكمين. يترتب عن صدور حكم التحكيم تخلي المحكم عن النزاع إلا ما تعلق بتفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية أو الإغفالات التي تضمنها، وتطبق في هذه الحالة الإجراءات الواردة في القانون.

إن ما يمكن ملاحظته أن المشرع لما أكد على سرية مداوات المحكمين فإنه في ذات الوقت لم ينص على وجوب التصريح بأحكامهم علانية و لعل ذلك يعود إلى عدم علانية المحاكمة التحكيمية في حد ذاتها فضلا عن عدم إمكانية الإحتجاج بأحكام التحكيم تجاه الغير، و علاوة عن أن التنفيذ الجبري لهذه الأحكام عن طريق إ مهارها بالصيغة التنفيذية مما يجعلها حائزة لقوة الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه وتعتبر



هذه الحجية نسبية طالما أن المشرع أكد صراحة على عدم الإحتجاج بأحكام التحكيم تجاه الغير<sup>(1)</sup>.

### ثالثا- الطعن في أحكام التحكيم

تكون أحكام التحكيم قابلة للطعن فيها بالطرق الآتية:

#### 1- الطرق العادية:

أ- المعارضة: لا تكون أحكام التحكيم قابلة للطعن فيها بالمعارضة طبقا للمادة

1032 من القانون رقم: 09/08.

ب- الإستئناف: تنص المادة 1033 من نفس القانون على إمكانية الطعن في أحكام

التحكيم عن طريق الإستئناف فيها في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها أمام الجهات المختصة ما لم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في إتفاق التحكيم.

#### 2- الطرق غير العادية:

أ- الطعن بالنقض: حسب ما جاءت به المادة 1034 فإنه لا يمكن الطعن بالنقض

في أحكام التحكيم أمام القضاء ولكن يجوز الطعن بالنقض في القرارات الصادرة في إستئناف أحكام التحكيم.

ب- إعتراض الغير الخارج عن الخصومة: من خلال المادة 1032 من القانون رقم:

09/08 فإنه يجوز الطعن في أحكام التحكيم عن طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة.

لم يتطرق المشرع إلى الطرق الأخرى غير العادية للطعن و المتمثلة في دعوى التفسير

و تصحيح الأخطاء المادية ضمن الفصل المتعلق بطرق الطعن في أحكام التحكيم في قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية، إلا أنه أشار إليها في المادة 1030 من القانون رقم: 09/08 وذلك بإمكان تفسير المحكم للحكم أو تصحيح ما يشوبه من أخطاء مادية.

(1) زروني محمد، " التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد"، مجلس قضاء قسنطينة، وزارة العدل، 22-

## الخاتمة

لقد حاولنا في دراسة موضوعنا هذا المتعلق بالتسوية الودية للمنازعات الإدارية الإحاطة بمختلف عناصره، إذ تناولنا في الفصل الأول الصلح كطريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية حيث تطرقنا في المبحث الأول منه إلى الإطار المفاهيمي للصلح هذا الأخير الذي يفصل في نزاع قائم أو يُتوقى به نزاع محتمل بتنازل كلا الطرفين عن جزء من إدعاءاته، وتبين أن للصلح طبيعة قضائية كاشفة للحقوق المتنازع فيها طبقاً للمواد 463 من القانون المدني والمادة 600 من القانون رقم: 09/08، إذ يقوم الصلح بوجود نزاع قائم أو محتمل على أن يتنازل كل طرف عن جزء من إدعاءاته بنية حسم النزاع، ولما كان عقد الصلح مثله مثل العقود الأخرى فهو يتوافر على نفس أركان العقود الأخرى وتسري عليها نفس القواعد والأحكام.

أما المبحث الثاني فقد خصصناه لمجالات تطبيق الصلح التي حددتها المادة 970 من القانون رقم: 09/08 في مادة القضاء الكامل وبمفهوم المخالفة لا يجوز إجراء الصلح في دعاوى الإلغاء، وقد إختارنا من بين دعاوى القضاء الكامل وأشهرها كل من دعوى التعويض والتي من خلالها يعترف القضاء بالحقوق الشخصية لأصحابها، والمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تحدث بصدد تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائها باستثناء منها ما يتعلق بقضاء المشروعية. وبغرض فض النزاع بطريقة ودية عن طريق الصلح فإن القاضي يلعب دور إيجابي من مرحلة المبادرة به الذي يمكن أن يتم بسعي من الخصوم أو بمبادرة من القاضي بعد موافقة الخصوم فهو يحاول التوفيق بين الخصوم على أن يفسر عبارات التنازل تفسير ضيق يقتصر على الحقوق المتنازع فيها ودون الإخلال بقواعد النظام العام إلى غاية تحرير محضر الصلح في حالة الوصول إلى إتفاق، إلا أن إمتناع أحد الخصوم عن تنفيذ ما توصلوا إليه يترتب عنه فسخ الصلح كما قد يبطل الصلح لأحد الأسباب الأخرى وفقاً للقواعد المقررة في إبطال سائر العقود الأخرى، وفي كلا الحالتين يعود الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إجراء عملية الصلح، أو محضر فشل الصلح في حالة عدم الوصول إلى إتفاق، ثم يأمر القاضي بتسوية النزاع وغلق الملف دون أن أمره قابل للطعن فيه أمام القضاء.

أما في الفصل الثاني تطرقنا إلى التحكيم الذي هو الطريق الثاني لحسم النزاع ودياً حيث بينا في المبحث الأول منه المفاهيم المتعلقة بالتحكيم، هذا الأخير الذي يعد جهة مستقلة عن جهات القضاء الإداري يلجأ إليه المتعاقدين قبل نشوء النزاع ويتم الإتفاق بينهما على أنه

في حالة وقوع نزاع يتم حسمه عن طريق التحكيم وهذا يسمى بشرط التحكيم، أو أن يتفق الأطراف بأن يلجؤوا إليه بعد وقوع النزاع وهذا ما يسمى باتفاق التحكيم وفي كلتا الحالتين فإنهم ينفذون البنود الواردة في اتفاق أو شرط التحكيم، وإذا كانت تحديد طبيعة التحكيم محل جدل بين النظريات فإننا نرى بطبيعته المختلطة في التشريع الجزائري، ذلك لأنه يقوم بتوافق إرادتي أطراف النزاع وهنا تظهر طبيعته العقدية في حين تظهر طبيعته القضائية في كون حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه ويرتب نفس آثار الحكم القضائي. فقد يختار الخصوم التحكيم للفصل في نزاعهم نظراً لما يتسم به التحكيم من بساطة في الإجراءات التي لا تسمح بتعطيل المعاملات والسرية إلى غاية صدور حكم التحكيم بالإضافة إلى الدور الذي تلعبه إرادتهم والتي تنقيد في حالة لجوئهم إلى القضاء.

أما في المبحث الأخير كشفنا عن الشروط المتعلقة بالتحكيم، وبيننا الشروط الموضوعية أي نطاق تطبيق التحكيم والذي حدده المشرع في المادة 975 من القانون رقم: 09/08 وهي مجال الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر حيث رفضت الجزائر التحكيم في المسائل الدولية إلا أنها بعد ذلك صادقت على الإتفاقيات المتعلقة بذلك وعبر المشرع عن موقفه بسن قواعد قانونية تجيز ذلك، أما المجال الثاني والمتعلق بالصفقات العمومية التي لها خصوصية تميزها عن باقي العقود الإدارية، وبالتالي خصها المشرع بقواعد خاصة في المرسوم الرئاسي رقم: 263/10 المعدل والمتمم، مبرزاً فيه الشروط والأشكال والسقف المالي الذي يجعلنا أمام صفقة عمومية، بالإضافة إلى ذلك فقد نظم إجراءات وكيفية إبرام عقد الصفقة التي تمر بعدة مراحل وبإحدى الطرق القانونية. أما فيما يخص الشروط الشكلية للتحكيم المتمثلة في الإجراءات التي لا بد من إحترامها للوصول إلى حكم في النزاع يحقق العدالة والإنصاف بين المتخاصمين، بحيث تفصل محكمة التحكيم في النزاع والمشكلة من عدد فردي مع توافر شروط في أعضائها من مؤهلات وإستقلالية عن أطراف النزاع، بأن لا تتجاوز أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين الخصوم للمحكم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، وبعد غلق باب المرافعة لتي يقدم خلالها الخصوم دفاعهم وبعد مداولة سرية بين المحكمين تنتهي الخصومة التحكيمية بصدور حكم التحكيم مسبب ومتضمن عرض موجز لإدعاءات الخصوم وبيانات متعلقة بهم وبالمحكمين بالإضافة إلى نتائج الخصومة التحكيمية، بحيث يكون حكم التحكيم قابلاً للطعن فيه بنفس طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية ماعدا المعارضة، وله نفس آثار الحكم القضائي، وقد تنتهي بأحد الأسباب الأخرى الواردة في المادة 1024 من القانون رقم: 09/08.

## الملاحظات:

بعد دراستنا لهذا الموضوع قمنا بتسجيل الملاحظات التالية:

- 1- إن الصلح الذي يقصده المشرع في مادة القضاء الكامل هو الصلح القضائي لا الصلح الذي يتم خارج دائرة القضاء، وذلك لما نص عليه في المادة 971 من القانون رقم: 09/08: "... في أية مرحلة تكون عليها الخصومة"، وما يلاحظ في الواقع العملي إذ بعد عرض النزاع على القاضي يتقدم أطراف النزاع بالإتفاق الحاصل بينهم خارج دائرة القضاء بمساعدة أهل الخبرة هنا يمكن أن يصدر حكم في الموضوع ويشير فيه إلى إتفاق الصلح، إذ من الصعب أن يصادق القاضي على محضر الإتفاق لأن دعاوى القضاء الكامل ذات طابع تقني تحتاج لأهل الخبرة ولا يمكن أن يتم بتقدير التعويض من طرف الخصوم.
- 2- بعد تنصيب المحاكم الإدارية أصبح القاضي الإداري لا يبادر أصلاً بالصلح وإنما يشير فقط بأنه لم يتم الصلح لعدم حضور الخصوم ذلك لأنه أصبح جوازيماً في القانون الجديد.
- 3- لم يخص المشرع عملية الصلح والتحكيم بإجراءات تفصيلية وواضحة.
- 4- جعل المشرع دور القاضي في عملية الصلح إيجابياً وسلطته واسعة وتقديرية، ولم يحدد دور القاضي والخصوم.
- 5- بالرغم من أن الصلح يحسم النزاع بطريقة ودية تضمن بقاء واستمرار علاقات الإدارة مع المتعاملين معها، إلا أن الإدارة لا تفضل اللجوء إلى هذه الطرق لأنها لا تريد تحمل المسؤولية لأنها تحت رقابة سلطة وصية فقد تُسأل عن سبب إختيارها للصلح أو التحكيم فيما لو كان من ورائه مصالح شخصية أو تواطئ مع المتعامل معها، كما ترى في اللجوء إلى هذه الطرق فيه مساس بإمتيازات السلطة العامة، وبالتالي فهي تختار حسم النزاع قضائياً أفضل.
- 6- يظهر دور إرادة الأطراف بقوة في التحكيم، فهم من يختارون محكميهم ويتفقون على الإجراءات التي بها يتم حسم النزاع القائم بينهم.
- 7- يلاحظ على أن محكمة التحكيم ليست هيئة قائمة بذاتها في الواقع العملي بالرغم من أن كيفية تشكيلها وشروطها نظمها القانون رقم: 09/08.
- 8- نلاحظ أن قائمة الأشخاص الذين تكون عقودهم صفقة عمومية في المادة 975 من القانون رقم: 09/08 تحيلنا للمادة 800 من نفس القانون لتحديد الأشخاص الذين يمكنهم إجراء التحكيم في الصفقات العمومية، ليست متوافقة مع القائمة المدرجة في المادة 2 من

المرسوم الرئاسي رقم: 236/10، فهل يجوز لبقية الأشخاص المذكورين في هذه المادة الأخيرة إجراء التحكيم في مادة الصفقات العمومية أم لا؟

9- فيما يخص الوساطة، فقد ثار جدل حول ما إذا كانت تعد إحدى الطرق الودية في تسوية المنازعات الإدارية، إلا أنه وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، يتبين أن الوساطة لا تعتبر ضمن أحد الطرق الودية وذلك لما أدرج المشرع الجزائري الوساطة ضمن هذا القانون في الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات ولم يدرجها في الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات أمام الجهات القضائية الإدارية إلى جانب الصلح والتحكيم، كذلك عدم وجود إحالة إلى النزاع الإداري بالنسبة لتطبيق المواد المتعلقة بالوساطة في النزاع العادي، وما دفعنا القول بهذا التبرير الأخير، أن هناك بعض المواد المتعلقة بالتحكيم في الكتاب الرابع تحيلنا إلى المواد الخاصة بالتحكيم في النزاعات العادية.

### الإقتراحات:

من خلال الملاحظات المسجلة، يمكننا أن نضع بعض الإقتراحات التي قد يستفيد منها الباحثون في هذا المجال وكل قارئ لهذا الموضوع، وهذه الإقتراحات هي:

- 1- كان على المشرع أن يدرج الصلح غير القضائي إلى جانب الصلح القضائي، وذلك لتيسير المعاملات بين الإدارة والمتعامل معها، وذلك بإحداث توازن في المنظومة التشريعية خاصة بين المادة 459 من القانون المدني التي تشمل تعريف الصلح القضائي وغير القضائي، في حين تقتصر المادة 970 من القانون رقم: 09/08 على الصلح غير القضائي.
- 2- كان من الأفضل لو حدد القانون إجراءات كل من الصلح والتحكيم بداية من المبادرة بأحدهما إلى غاية حسم النزاع.
- 3- وجب على المشرع أن يحدد دور كل من القاضي والخصوم في عملية الصلح ليسهل عمل القاضي ولتفادي الخلافات التي قد تحدث بين أطراف النزاع.
- 4- ضرورة وجود آليات قانونية على مستوى الإدارة ذاتها تتابع وتمارس دور الرقابة على عملية الصلح أو التحكيم من أجل تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.
- 5- ضرورة تفعيل القواعد المتعلقة بتشكيل هيئات التحكيم على الواقع العملي من أجل تفعيل دوره أكثر على الواقع العملي.
- 6- نقترح تعديل المادة 975 من القانون رقم: 09/08 بما يُحدث تناسق مع نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

7- لما أقر المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالصلح والتحكيم في المادة الإدارية، كان عليه أن يكون واضحاً في عنوانته للباب الخامس من نفس القانون بأن يخص تلك الطرق للمنازعات الأخرى.

وفي الختام نرجوا أن يكون بحثنا هذا شمعة أضاءت ما غمض من قضايا في هذا المجال، ومهدت الدرب لمن يريد التعمق أكثر في مثل هذه المواضيع، بحثاً ودراسةً وتحليلاً، وحرّي بنا أن نولي العناية الفائقة لمثل هذه الدراسات لأهميتها في نظامنا القانوني.

تم بحمد الله وتوفيقه

# قائمة المراجع

## أولاً- المصادر

### 1 -القواميس:

الهنائي أبي الحسن علي الحسن، المنجد في اللغة، الطبعة الثانية، عالم الكتب، القاهرة، 1988.

### 2- التشريعات القانونية:

أ -الدستور الجزائري 1996.

ب - القانون رقم 09/08 المؤرخ في: 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، (الجريدة الرسمية رقم: 21 لسنة 2008).

ج-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية رقم: 78 لسنة 1975)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في: 13 ماي 2007، (الجريدة الرسمية رقم: 31 لسنة 2007).

د - الأمر رقم 154/66، المؤرخ في: 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، (الجريدة الرسمية رقم: 47 لسنة 1966).

هـ - المرسوم التشريعي رقم 90/93، المؤرخ في: 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، (الجريدة الرسمية رقم: 27 لسنة 1993).

و - مرسوم رئاسي رقم 233/88، المؤرخ في: 05 نوفمبر 1988، المتعلق بالمصادقة على إتفاقية نيويورك لسنة 1958، (الجريدة الرسمية رقم: 48 لسنة 1988).

ز - مرسوم رئاسي رقم 236/10، المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، (الجريدة الرسمية رقم: 58 لسنة 2010)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في: 13 جانفي 2013، (الجريدة الرسمية رقم: 02 لسنة 2013).

### ثانياً- الكتب:

- 1 - أبو الوفا أحمد، التحكيم في القوانين العربية . منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2000.
- 2 - الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي (دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم) . دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، 2001.
- 3 - الطباخ أحمد شريف ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية. الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 4 - الطماوي محمد سليمان ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) . الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- 5 - المواجدة محمد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010.
- 6 - الضراسي عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة) . الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر (الإسكندرية)، 2008.
- 7 - بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري. الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 8 - بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية . الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 9 - بسيوني حسن السيد، دور القضاء في المنازعة الإدارية (دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر)، عالم الكتاب للنشر، القاهرة، د س ن.
- 10 بجلي محمد الصغير ، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005.
- 11 - ، الوسيط في المنازعات الإدارية. دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 12 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية . الطبعة الثانية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.



- 13 وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا و الدول العربية). دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 14 واصل محمد، بن علي الهلالي حسين، الخبرة الفنية أمام القضاء (دراسة مقارنة). المكتب الفني، عمان (مسقط)، 2004.
- 15 يادكار طالب رشيد، مبادئ القانون الدولي العام. مؤسسة موكرياني للبحوث والنشر، العراق، 2009.
- 16 كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري. منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.
- 17 مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري). دار الهدى الجزائر، 2010.
- 18 سردوك هيبه، المناقصة العامة كطريق للتعاقد الإداري. الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 19 عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية (ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية). دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.
- 20 عجور يسري عبد العليم، الصلح في ضوء الكتاب و السنة. الطبعة الأولى، مؤسسة العليا للنشر و التوزيع، مصر (القاهرة)، 2012.
- 21 عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 22 عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية. ددن، الجزائر، 2008-2009.
- 23 عرفه محمد السيد، التحكيم و الصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي. مركز الدراسات و البحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006.
- 24 عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري. الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 25 صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. دار الهدى، الجزائر، 2008.

- 26 راجب الحلو ماجد، العقود الإدارية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 27 طلبه عبد الله، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. منشورات جامعة حلب، سوريا، د س ن.
- 28 خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول الدعوى الإدارية). الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- ثالثا- المقالات:
- 1 - التراب مصطفى، "موقع نظام التحكيم في التشريع المغربي". ديوان المظالم، مجلة متخصصة نصف سنوية، المملكة المغربية، 2004.
- 2 - زروني محمد، "التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد"، مجلس قضاء قسنطينة، وزارة العدل، 22-06-2009.
- 3 - مانع سلمى، "الطرق البديلة المستحدثة لحل المنازعات الإدارية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السادس و العشرون، جامعة بسكرة.
- 4 - نسيغة فيصل، "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها"، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد الخامس، تصدر عن مخبر أثر الإجتهاد القضائي على حركة التشريع، التابع لقسم الحقوق، جامعة بسكرة.
- 5 - عبد المنعم حسونة بدرية، "عقد التحكيم و شروطه و إثباته". مجلة العدل، العدد العشرون، مجلة فصلية محكمة، د ب ن، 2007.
- 6 - عبد الكريم لؤي، "الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري و أهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها"، مجلة ديالى للبحوث الأساسية، العدد 53، مجلة سنوية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، العراق، 2012.
- 7 - خلاف فاتح، "الوساطة لحل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، مجلة دورية، جامعة بسكرة.
- رابعا- الدراسات الجامعية:
- أ/ الأطروحات:
- بوصنوبرة خليل، "القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري"، مذكرة دكتوراء، منشورة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2007-2008.

ب/ رسائل الماجستير:

- 1 - الخيلي محمد خليفة، "التظلم الإداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية و الإمارات العربية المتحدة"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2009.
- 2 - بولقواس سناء، "الطرق لبديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجاً)". مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010، 2011.
- 3 - بريك الطاهر، "عقد الصلح(دراسة مقارنة بين القانون المدني و الشريعة الإسلامية)"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، 2001-2002.
- 4 - عيساني علي، "التظلم و الصلح في المنازعات الإدارية"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008.
- 5 - عروي عبد الكريم، "الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية( الصلح و الوساطة القضائية طبقاً لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.
- 6 - شقطي سهام، "النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية في الجزائر"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2010-2011.
- 7 - خلف الله كريمة، "منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2012-2013.

ج/ مذكرات الماستر:

- 1 - الأطرش سعاد، "المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية"، مذكرة ماستر، منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013-2014.

- 2 - بوشارب الزهرة، "نظرية فعل الأمير و أثرها في المادة الإدارية"، مذكرة ماستر، منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2013، 2014.
- 3 - دودو لمياء، "الصلح والوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، مذكرة ماستر، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012-2013.
- 4 - حيرش نوال، "التحكيم في العقود الإدارية"، مذكرة ماستر، غير منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012-2013.
- نورة حليلة، "التحكيم التجاري الدولي". مذكرة ماستر، منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عين الدفلى، 2013-2014.
- 5 - عليوات ياقوتة، "تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري ( الصفقات العمومية)"، مذكرة دكتوراه، منشورة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008-2009.
- 6 - صكاك عبد المالك، "الصلح في المنازعات الإدارية في القضاء الجزائري"، مذكرة ماستر، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012-2013.
- د/ نصر الشريف عبد الحميد، "العقود الإدارية في التشريع الجزائري"، مذكرة إجازة المعهد الوطني للقضاء، منشورة، الجزائر، الدفعة 12، 2001-2004.

# الفهرس

الصفحة

|  |      |
|--|------|
| مقدمة.....   | أ-ج  |
| <b>الفصل الأول: الصلح كطريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية</b> .....  | 34-4 |
| المبحث الأول: ماهية الصلح.....   | 06   |
| المطلب الأول: مفهوم الصلح.....   | 06   |
| الفرع الأول: تعريف الصلح.....  | 06   |
| أولاً: تعريف الصلح لغة.....  | 06   |
| ثانياً: تعريف الصلح في الشريعة الإسلامية.....                            | 07   |
| ثالثاً: تعريف الصلح في الفقه.....  | 07   |
| رابعاً: تعريف الصلح في التشريع الجزائري.....                             | 07   |
| الفرع الثاني: تمييز الصلح عن غيره من المصطلحات الأخرى.....               | 08   |
| أولاً: تمييز الصلح عن التحكيم.....                                       | 08   |
| ثانياً: تمييز الصلح القضائي عن الصلح غير القضائي.....                    | 08   |
| ثالثاً: تمييز الصلح عن الوساطة.....                                      | 09   |
| رابعاً: تمييز الصلح الإداري عن الصلح المدني.....                         | 09   |
| خامساً: تمييز الصلح عن التظلم الإداري.....                               | 10   |
| سادساً: تمييز الصلح عن ترك الخصومة.....                                  | 10   |
| الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للصلح.....                               | 11   |
| أولاً: هل يكيف الصلح على أنه إجراء إداري أم أنه إجراء قضائي؟.....        | 11   |
| ثانياً: هل يكيف الصلح على أنه ذو طبيعة كاشفة أم أنه ذو طبيعة مقررة؟..... | 12   |
| <b>المطلب الثاني: مقومات و أركان الصلح</b> .....                         | 12   |
| الفرع الأول: مقومات الصلح.....   | 12   |
| أولاً: وجود نزاع قائم أو محتمل.....                                      | 13   |
| ثانياً: نية حسم النزاع.....  | 13   |
| ثالثاً: التنازل المتبادل عن حق.....                                      | 13   |
| الفرع الثاني: أركان الصلح.....   | 14   |
| أولاً: التراضي.....  | 14   |
| ثانياً: المحل.....   | 15   |
| ثالثاً: السبب.....   | 15   |
| <b>المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالصلح</b> .....                       | 16   |
| المطلب الأول: الشروط الموضوعية للصلح.....                                | 16   |
| الفرع الأول: الصلح في دعوى التعويض.....                                  | 17   |

|    |  |
|----|--|
| 17 | أولاً: تعريف دعوى التعويض .....                      |
| 17 | ثانياً: الأعمال الإدارية التي تكون محلاً للصلح ..... |
| 18 | الفرع الثاني: الصلح في مادة العقود الإدارية .....    |
| 19 | أولاً: تعريف العقد الإداري .....                     |
| 20 | ثانياً: عناصر العقد الإداري .....                    |
| 21 | ثالثاً: تنفيذ العقد الإداري .....                    |
| 23 | رابعاً: النزاعات المتعلقة بالعقد الإداري .....       |
| 26 | المطلب الثاني: الشروط الشكلية للصلح .....            |
| 26 | الفرع الأول: مراحل الصلح .....                       |
| 26 | أولاً: المبادرة بالصلح .....                         |
| 27 | ثانياً: إنعقاد الصلح .....                           |
| 28 | ثالثاً: محضر الصلح .....                             |
| 28 | الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في الصلح .....      |
| 29 | أولاً: القاضي الإداري بصفته مصالحاً بين الخصوم ..... |
| 29 | ثانياً: القاضي الإداري بصفته قاضي في الصلح .....     |
| 30 | الفرع الثالث: آثار الصلح .....                       |
| 30 | أولاً: آثار الصلح في حالة فض النزاع .....            |
| 32 | ثانياً: آثار الصلح في حالة عدم فض النزاع .....       |

## 69-35..... الفصل الثاني: التحكيم كطريق للتسوية الودية للمنازعات الإدارية

|    |  |
|----|--|
| 37 | المبحث الأول: ماهية التحكيم .....              |
| 37 | المطلب الأول: مفهوم التحكيم .....              |
| 37 | الفرع الأول: تعريف التحكيم .....               |
| 37 | أولاً: تعريف التحكيم لغة .....                 |
| 37 | ثانياً: تعريف التحكيم في الإصطلاح الشرعي ..... |
| 38 | ثالثاً: تعريف التحكيم فقهاً .....              |
| 38 | رابعاً: تعريف التحكيم لدى القضاء .....         |
| 39 | الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره .....      |
| 40 | أولاً: تمييز التحكيم عن الخبرة القضائية .....  |
| 41 | ثانياً: تمييز التحكيم عن الوساطة .....         |
| 41 | ثالثاً: تمييز التحكيم عن الوكالة .....         |
| 42 | رابعاً: تمييز التحكيم عن القضاء .....          |
| 43 | الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم .....  |
| 43 | أولاً: التحكيم ذو طابع تعاقدية .....           |
| 44 | ثانياً: التحكيم ذو طابع قضائي .....            |
| 45 | ثالثاً: التحكيم ذو طابع مختلط .....            |

|       |  |
|-------|--|
| 46    | المطلب الثاني: خصائص و أنواع التحكيم                 |
| 46    | الفرع الأول: خصائص التحكيم                           |
| 46    | أولاً: بساطة الإجراءات:                              |
| 46    | ثانياً: السرية                                       |
| 46    | ثالثاً: إختيار أطراف النزاع لمحكمهم                  |
| 47    | الفرع الثاني: أنواع التحكيم                          |
| 47    | أولاً: أنواع التحكيم من حيث حرية إتجاه إرادة الأطراف |
| 48    | ثانياً: أنواع التحكيم من حيث الجهة التي تقوم به      |
| 49    | ثالثاً: من حيث القانون الواجب التطبيق                |
| 49    | رابعاً: أنواع التحكيم من حيث النطاق الجغرافي         |
| 50    | <b>المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالتحكيم</b>       |
| 51    | المطلب الأول: الشروط الموضوعية للتحكيم               |
| 51    | الفرع الأول: الإتفاقيات الدولية                      |
| 51    | أولاً: تعريف الإتفاقية الدولية                       |
| 50    | ثانياً: موقف الجزائر تجاه التحكيم                    |
| 55    | الفرع الثاني: الصفقات العمومية                       |
| 55    | أولاً: تعريف الصفقة العمومية                         |
| 57    | ثانياً: أشكال الصفقة العمومية                        |
| 58    | ثالثاً: طرق إبرام الصفقات العمومية                   |
| 60    | رابعاً: إجراءات إبرام الصفقة العمومية                |
| 63    | <b>المطلب الثاني: الشروط الشكلية للتحكيم</b>         |
| 63    | الفرع الأول: محكمة التحكيم                           |
| 63    | أولاً: تشكيل محكمة التحكيم                           |
| 64    | ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المحكم              |
| 66    | الفرع الثاني: الخصومة التحكيمية                      |
| 66    | أولاً: إنطلاق الخصومة التحكيمية                      |
| 66    | ثانياً: سير الخصومة التحكيمية                        |
| 66    | ثالثاً: غلق باب المرافعة                             |
| 67    | رابعاً: المداولة                                     |
| 68    | خامساً: إنتهاء الخصومة التحكيمية                     |
| 68    | الفرع الثالث: ضوابط حكم التحكيم                      |
| 68    | أولاً: تعريف حكم التحكيم                             |
| 68    | ثانياً: القواعد المتعلقة بحكم التحكيم                |
| 69    | ثالثاً: الطعن في أحكام التحكيم                       |
| 74-70 | <b>الخاتمة</b>                                       |

---

80-75.....قائمة المراجع

84-81.....فهرس



## الملخص:

تبنى المشرع الجزائري آليات قانونية متمثلة في الصلح والتحكيم بواسطتهما يتم تسوية النزاع الإداري ودياً، ونظراً لأهميتها في كونها تؤثر مباشرة في موضوع النزاع فقد ضبطها بقواعد ووضع لها قيود تحدد نطاق كل منهما وإجراءاته الشكلية، كما ضمن لأطراف النزاع إذا لم يتمكنوا من الوصول إلى حل ودي بأن يرفع أحدهم دعوى في الموضوع أمام القضاء الإداري المختص وهذا في حالة إختيارهم للصلح، أما إذا وقع إختيارهم للتحكيم فقد أقرّ الطعن في أحكامه مثله في ذلك مثل الحكم القضائي.

رغم ذلك ومع إتساع دائرة المعاملات الإقتصادية إلا أن الإدارة تمتنع عن اللجوء للصلح أو التحكيم، كونها ترى في ذلك مساس بإمتيازات السلطة العامة بالإضافة إلى الرقابة الوصائية بالنسبة للهيئات الإدارية الإقليمية ولعلّ أهم سبب دفعها إلى العزوف عن ذلك هو وجود ثغرات في القانون حالت دون الإحاطة بجميع جوانب الصلح والتحكيم، فالمشرع إهتم ببعض الجوانب الثانوية ولم يولي نفس الإهتمام بالجوانب الأكثر أهمية.

## Résumé:

Le législateur Algérien a adopté des mécanismes juridiques représentés dans l'arbitrage et la conciliation leur permettra d'être réglé par léamiable administrative et les conflis, compte tenu de son importance directement par affectue sur l'objet des défférentes règles et restrictions à accorder pour mettre ses déffinition à la portée de chacun de ses procédures, en plus dans le cadre des parties au conflit si elles ne parviennent pas à une solution aimable qui soulève le costume, l'un d'eux sur le sujet devant le tribunal administratif compétent aussi si elles choisissent de se réconcilier, soit a signé leur choix de l'arbitrage a approuvé l'ppel dans ses disposition, comme une décision judiciaire.

En fin malgré cela, avec l'élagissement de transactions économiques, mais l'administration n'a pas recouru à la conciliation et l'arbitrage d'être vu dans des préjudice des privilèges de la puissance publique ainsi que le contrôle patriarcal pour les organismes régionaux administratives et peut-être la raison la plus importante a conduite à se abstenir de message et la présence de la cunes dans les mortels empêchait tout de pévoir les aspects de l'arbitrage, des aspects et des catés secondaires de leur donner l'importance, et en même temps il n'a pas donné la même importance aux aspects les plus importance.