جـــامعة خـــميس مـــليـــانة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

التحكيم في العقود الإدارية الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : إدارة أعمال

إعداد الطالب:

منير عباسي

أمام لجنة المناقشة

د ـ جـــبـــار جـــمـيـــلة (رئيسا)

د ـ بن جيلالي عبد الرحمان (مشرفا ومقررا)

د ـ آيت عـبد المالك نادية (عضوامناقشا)

السنة الجامعية : 2013-2014

إهـــداء

أهدي ثمرة عملي المتواضع

إلى والدي الكريمين ..

إلى زوجتي وأبنائي ..

إلى كل زملائي في الدفعة ..

كما أهدي هذا العمل إلى كافة أساتذتي ....

و إلى موظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة خميس مليانة

شكر و عرفان

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل :

الدكتور: بن جيلالي عبد الرحمن

على كافة مجهوداته وتوجيهاته القيمة طيلة مدة إنجاز هذا العمل

كما أتقدم بالشكر الخالص لأعضاء اللجنة الموقرة .

مقدمـــة

يعرف التحكيم بأنه إقامة نظام قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في المنازعاتوالأطراف هم الذين يقيمونه ويحددون اختصاصه .

وقد اعتبر التحكيم من أنجع الوسائل لحل النزاعات بالطرق السلمية منذ أقدم العصور، فقد أخذ به رجال الحكم في الصين القديمة ، وقبل أن تفرض الدولة اللجوء إلى القضاء بسن القوانين ، اتخذه اليونان منذ عهودهم الأولى وسيلة لتسوية سياسية وقضائية، كما لجأت إليه الأقليات الدينية والعرقية في أوربا التي لم تكن تعترف بسلطة الكنيسة أو سلطة الملك ، وفي القانون الأوربي القديم أعتبر أمر " مولان " الصادر سنة 1566 التحكيم ضروريا ليس فقط في القضايا التجارية، وإنما في جميع التسويات الأخرى ، ومن جهتها اعتبرت المادة 01 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في 16-20 أوت 1790 أن التحكيم هو الوسيلة الأكثر عقلانية لإنهاء نزاعات الأفراد .

وقد عرف العرب التحكيم قبل مجيء الإسلام داخل القبيلة الواحدة حيث يحتكم أفرادها لشيخ القبيلة، وكذا بين القبائل المتعددة حينما تثور النزاعات بينها، وكرّس الإسلام هذا الأمر مثلما ورد في الآية35 من سورة النساء " **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما** ".

ويتميز نظام التحكيم ببعض الخصائص كالسرعة في الإجراءات والمرونة والسرية بالإضافة إلى الحرية الكبيرة التي يتمتع بها أطراف التحكيم في الإتفاق على القواعد القانونية التي تحكمهم ، إستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة .

وتنقسم عقود الدولة من الناحية الفنية وتبعا للأهداف التي تسعى هذه العقود إدراكها إلى عقود دولية تهدف إلى تحقيق المصالح الإقتصادية والسياسية للدولة ، مع صعوبة تكييفها بأنها عقود إدارية نظرا لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود ، إلى جانب هذه الطائفة من العقود ، هناك طائفة أخرى تتوافر على جميع المعايير المتطلبة من أجل إلحاق هذا الوصف بها ، على نحو يمكن أن يطلق عليها عقود ذات الطبيعة الإدارية ، ذلك أنّ الفقه والقضاء يكاد يجمع على إسباغالصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرفا فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

تزايدت أهمية العقود الإدارية باعتبارها وسيلة من وسائل الإدارة في ممارسة نشاطها واقتداء حاجاتها خاصة في ظل توجه الدولة نحو سياسة الإقتصاد الحر ، والإتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام في حالات ضيــقة ومحدودة ، ولقد أسفر الواقع العملي عن تطور مستمر في العلاقات الإقتصادية بين الدول عبر الحدود ، علاوة على التقدم المذهل لوسائل النقل ، وحجم المبادلات بين الدول ، ونزول الدولة إلى ميدان التجارة ، بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية ، و إشباع الحاجات العامة وجذب فرص الإستثمار ، الشيء الذي ترتب عليه ظهور علاقات بين الدول و أشخاص القانون الخاص وطنية أو أجنبية .

إضافة إلى أنّ دراسة التحكيم في العقود الإدارية الدولية تستمد أهميتها من الدور الذي تؤديه في إقتصاديات الدول النامية والمتطورة على حد سواء ، وذلك لإرتباط الدول في كثير من الأحيان بإتفاقيات ثنائية أو جماعية تهدف لحماية تنظيمها من خلال إبرام العقود بين الدولة ، أو أحد رعايا الدولة الأخرى ، وتعد هذه العقود ذات أهمية قصوى بالنسبة للدول الآخذة في النمو ، لأنها تعد في الكثير من الأحيان الركيزة التي من خلالها يتم بناء هياكلها الإقتصادية وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة ، على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق خطتها الإقتصادية.

وفي ظل اعتقاد سائد لدى المستثمر الأجنبي بأن الأجهزة القضائية في الدولة لا تتمتع بالاستقلال كامل في مواجهة السلطة السياسية فيها ، فضلا عن جهله بقواعد القانون المطبق بمعرفة هذه الأجهزة ، بالإضافة إلى بطء إجراءات التقاضي وعدم تجاوب الأنظمة القانونية الداخلية مع متطلبات التجارة الدولية ، ومن هنا أصبح التحكيم في المنازعات الإدارية ضرورة ملحة، إذ يشترط المستثمر الأجنبي إدراجه ضمن بنود العقد ،حتى يحقق له الطمأنينة في حالة نشوب نزاع مع الدولة المتعاقدة ، وذلك لصعوبة مثول الدولة أمام قضاء أجنبي أو قبول تطبيق قانون أجنبي عليها ، هذا بالإضافة إلى أن التحكيم تشارك فيه الدولة في اختيار المحكمين ، واختيار القانون الواجب التطبيق وعليه فهو الوسيلة المثلى كما يرى البعض لحسم ما يثور من نزاع مع الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى .

إنّ المشرع الجزائري وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نص صراحة في المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 154/66

المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، على عدم إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية ، غير أنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أبدى مرونة أكبر، بالنظر لما تحتله الطرق البديلة لحل المنازعات بصفة عامة والتحكيم بصفة خاصة من مكـــــانة بارزة في الفكر القانوني والإقتصادي على المستوى العالمي ، وما شهده العالم من حركية فقهية وتشريعية لتنظيم التحكيم بالنظر للدور الذي يلعبه على صعيد التقاضي ، أدّى بالدول للعمل جاهدة على إيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الطرق تقنينها ومن ثم تطبيقها لتكون أداة فعالة لتحقيق وتكريس العدالة .

فعلا ،تظهر أهمية العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، بالنظر لما يتضمنه من الشروط الجديدة ، كالتحكيم وشرط الثبات التشريعي وغيرها من الشروط غير المألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية ، مما يؤدي للتساؤل فيما إذا كانت الدولة ما زالت تحتفظ بسلطتها تجاه المتعاقد معها ، بأن يتضمن هذا النوع من العقود شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص وارتباطه بفروع كثيرة ومتنوعة من القوانين كالقانون الدولي العام والخاص والقانون التجاري والمدني وغيره من الفروع ، الشييء الذي ترتب عليه ظهور مفهوم جديد للعقود الإدارية الدولية ، ينظر إليها من الجانب الدولي وتوازن مصلحة الدولة من ناحية ، وعلاقتها بالدول الأخرى من ناحية أخرى ، ما جعل تشريعات العديد من الدول تعمل على تطوير أساليب تسوية المنازعات في العقود الإدارية الدولية على غرار المشرع الجزائري من خلال القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إنّ الإشكال الذي يثور بالنسبة لتشريعات الدول التي تأخذ بفكرة إزدواجية القـــــضاء والـــــقانون وتأخذ بفكرة العقد الإداري ، قد تخلت عن الحظر الوارد على قبول الدولة والأشخاص المعنوية العامة شرط التحكيم في العقود الإدارية ، فهل هذا يعني خضوعها لنظام قانوني متميز خاص بها في القانون الداخلي على الرغم من وجود شرط التحكيم ؟

أم أنّ إدراج هذا الشرط في هذه العقود من شـــــأنه افـــتراض التنـــــــازل الضمـــــــني مـــــن قـــبل الـــدولـــــــــــة أو أشخاص القانون العام ،عن إعمال القواعد القانونية الخاصة التي توجد في القانون الإداري والمتعلقة بالعقود الإدارية ؟

ويتفـــــــــرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية :

ـــــ متى نكون بصدد عقد إداري ذو طابع دولي ؟ وكيف يتم إدراج شرط التحكيم في هذه العقود ؟

ـــــ لما كان كان العقد الإداري الدولي يجتذبه أكثر من نظام قانوني لدولة واحدة ، فماهو القانون الواجب التطبيق عليه ؟ وما مدى تأثير غياب الإتفاق الصريح أو الصياغة الغير دقيقة لشرط أو إتفاقية التحكيم ؟

ـــــ لما كانت الأحكام التحكيمية في بعض الفقه ليست أحكام قضائية بالمعنى الفني الدقيق ، وذلك لإفـــــتقادها قوة الإجبار على التنفيذ ، بالإضافة أنّ مهـــــمة المـــحكمين تـــنتهي بمـجرد صدور حـــكم التحـــــكيم ، فماهو مصير حكم التحكيم في حالة إمتناع أحد أطراف النزاع عن تنفيذه أو إنكاره ؟ وهل يمكن الطعن فيه طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ؟

ـــــ بما أن غالبية الـــدول قـــد انضمت إلى الإتـــفاقيات الدولـــية المنظمة للإعـــتراف أو تـــــنفيذ أحكـــــــــــام التحكيم ، فما مدى إنعكاس ذلك على قوانينها الداخلية خصوصا فيما يتعلق بإتفاق التحكيم أو حكم التحكيم بمناسبة الخصومة التحكيمية ؟.

للإجابة على الإشكالية إرتأينا تقسيم دراستنا لفصلين ، نتناول في الفصل الأول النظام القانوني لإتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية مبرزين مفهوم العقد الإداري والطابع الدولي والطرق التي يتم بها إبرامه ، ولما كان إعمال شرط التحكيم المدرج في العقد أو الإتـــفاقية التي يستند إليها مرتبطا وجودا أو عدما بإخلال أحد الطرفين المتعاقدين بإلتزاماته التعاقدية ، أو مساسه بحق من الحقوق المقررة له بموجب العقد أو القانون لذا سنقوم بإبراز حقوق وإلتزامات كل طرف ، وكذلك سنعرج على مختلف الإتجاهات الفقهية المؤيدة والرافضة للجوء للإتفاق على التحكيم في هذه الطائفة من العقود ، ونبين الشروط الواجبة التوافر لصحة إتفاق التحكيم ، أمّا الفصل الثاني نتعرض للخصومة التحكيمية في العقود الإدارية الدولية عل ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبرزين سير الخصومة التحكيمية وكيفية انعقادها وكذاطرق تشكيل الهيئة التحكيمية ، والقانون الواجب التطبيق عليها ، ثم نتناول صدور الحكم التحكيمي والطرق المقررة للطعن فيه مبرزين تمييز المشرع الجزائري للأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر والتي صدرت خارج الجزائر .

نستخدم في دراستنا ، المنهج الوصفي في كل فصول الدراسة ، وكذلك تحليل المضمون ونحن بصدد تحليل النصوص القانونية في التشريعات الوطنية والإتفاقات الدولية ، والمنهج المقارن عند مقارنة ماأخذت به التشريعات والإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية ونتتبع التطور التاريخي الحاصل في النصوص والتوجهات التشريعية والفقهية بهدف الإلمام بالمشاكل القانونية ، وتحديدها وعرضها من خلال الإجتهادات الفقهية والأحكام القضائية والتحكيمية.

تنقسم الأسباب التي دعتنا لإختيار موضوع البحث ، إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فالأسباب الذاتية ، تتمثل في ندرة البحوث التي تناولت موضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية بالدراسة والتحليل المستفيض الذي يتناسب والدور الذي تضطلع به هذه الأخيرة ، على عكس موضوع التحكيم التجاري الدولي ، أمّا الأسباب الموضوعية فتتمثل في نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء للتحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا دراسة مدى فعالية التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإعتبارية بصفتها طرفا في النزاع ، وما يثور حول أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها على الإتفاق للجوء إليه ، وأثر ذلك على حصانة الدولة القضائية ، وكذا مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، مما يؤدي لتدويله وخضوعه لأكثر من نظام قانوني ، الشيء الذي قد يترتب عليه غياب التحديد الدقيق للقانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على التحكيم أثر سلبي على طبيعة العقد الإداري عندإخضاعه لقانون أو قواعد لا تتناسب مع طبيعته .

من بين الصعوبات التي واجهتنا خلال هذا البحث ، حداثة التجربة الجزائرية في مجال التحكيم حيث لمسنا قلة الدراسات القانونية والفقهية في موضوع التحكيم عموما ، وخاصة في العقود الإدارية الدولية بالإضافة لإرتباط موضوع البحث بفروع كثيرة ومتنوعة من القوانين كالقانون الدولي بقسميه الخاص والعام ، والقانون الإداري والقانون المدني والقانون التجاري وغيره من الفروع ، ومن أهم الصعوبات تتمثل في إعمال نظرية العقد الإداري في المجال الدولي .

الفـــــــصـــل الأوّل

النظام القانوني لإتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

تثير العقود الإدارية ذات الطابع الدولي العديد من الصعوبات بالنّظر إلى التفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة ، لكونها مبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين شخص أجنبي ، فالأولى هي شخص من أشخاص القانون العام ومن ثمّ فهي تتمتع بإمتيازات إستثنائية وسيادية لا يتمتع بها المتعاقد معها والذي يعد من أشخاص القانون الخاص .

إنّ التفاوت الموجود في المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية الدولية يضفي عليها نوعية خاصة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى التي تبرم في إطار العلاقات التجارية الدولية الأمر الذي جعل الفقه يذهب إلى القول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي إخضاعها إلى نظام مختلف، وأيضا لعلاقة هذا النوع من العقود بالقانون الدولي الخاص، وكذا القانون الدولي العام .

إنّ الأمر في مثل هذه العقود لا يقف عند مسألة التفاوت في المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية ، بل يتعداه للتفاوت في المراكز بالنسبة لهذه الأطراف من النّاحية الإقتصادية ، وهو مالا يجعلها تقف على قدم المساواة ، فالدّولة بالرّغم مما تتمتع به من سيادة غير أنها في أغلب الأحيان توجد في مركز إقتصادي أضعف من المركز الذي تتمتع به الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، الشيئ الذي يدفع بهذه الدول للتشبث بإخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين هذه الأخيرة لقضائها وقانونها الداخلي خشية منها لأن تكون لقمة صائغة أمام التفوق الإقتصادي لهذه الأخيرة ، بينما يعمل الطرف الأجنبي على إبعاد هذا العقد من القانون العام ، ليتمكن من الوقوف على قدم المساواة مع جهة الإدارة.

وبالرغم من الإعتراضات التي واجهت التحكيم في العقود الإدارية ، إلاّ أن التغيرات و التطورات الإقتصادية و الإجتماعية جعل اللجوء للتحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي حتمية لفض مثل هذه المنازعات ، لأجل ما تستلزمه خططها التنموية كسياسة من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية ، بإتاحة وتهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والإقتصادية ،وسنتناول هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول :ماهية العقد الإداري الدولي .

المبحث الثاني :إمكانية اللجوء لإتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

المبحث الأول : ماهية العقد الإداري الدولي

لموضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية أهمية بالغة نظرا لما تتضمنه هذه الأخيرة من شروط غير مألوفة في القانون الخاص وبالنظر لهذه الخصوصية فإن إدراج شرط التحكيم سيكسبها طابعا خاصا ، وهو ما أدى لإختلاف الفقه في إجازة إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود بالنظر لما سيترتب عليه من أثار.

وعليه سنقوم في هذا المبحث بإبراز مفهوم العقد الاداري الدولي ، طرق إبرامه وكذا الأثار المترتبة عليه.

المطلب الأول : مفهوم العقد الإداري الدولي

تعد العقود الإدارية الدولية من الظواهر القانونية المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات التعاقدية الدولية ، وبالرغم من حداثة مشكلة العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجانب تاريخيا إلاّ أن الفقه قد إهتم بها إهتماما كبيرا ، وخاصة الفقه الغربي، على عكس دول العالم الثالث بصفة عامة .

وبما أنّ هذا النوع من العقود له خصوصية تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى فإن الأمر يتطلب الإلمام بماهيته وطرق إبرامه ، وعليه سنتناوله النحو التالي :

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي

عرفه الأستاذ "Mc Nair " بأنه : "عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب أخر ، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الداخلية مثل شرط الإعفاء الضريبي ، شرط الإعفاء الجمركي ، ويخضع هذا في بعض جوانبه للقانون العام ، وفي بعض جوانبه للقانون الخاص "[1].

[1] ــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة، مصر، 2008 ، ص 64

كما عرفه الفقيه "PiéreRégli " بأنه "عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو إعتباري من جهة أخرى ، وتتعلق هذه العقود بإستثمارات ضخمة ، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة ."[1]

كم عرفها الدكتور عبد الحكيم مصطفى بأنها "عقود تبرم بين دولة من ناحية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص أجنبي ، يكون موضوعها إمّا إستغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل."[2]

وعرفها الدكتور محمد عبد العزيز بكر بأنها " العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي ، بغرض إنشاء إلتزامات تعاقدية ، قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها ." [3]

بعد استعراضنا للتعريفات السابقة نتعرض لإبراز الشروط الواجبة التوافر في العقد ليكتسب الصفة الإدارية والدولية وذلك على النحو التالي :

أولا :الشروط الواجبة التوافر لإكتساب العقد الصفة الإدارية :

يمكننا تقسيم هذه الشروط إلى شروط شكلية وشروط موضوعية ، على النحو التالي :

أ –الشروط الشكلية الواجبة التوافر لإكتساب العقد الصفة الإدارية :

والمقصود بها أن يكون أحد أطراف العقد الدولة[4]، ولقد ثار مفهوم الدولة جدلا فقهيا كبيرا وانقسم الفقه حول مفهوم الدولة في العقد الإداري ، فمنهم من رأى أنها تقتصر على العقود المبرمة من طرف الدولة عن طريق ممثليه فقط ، في حين ذهب إتجاه آخر أنها تشمل العقود المبرمة من طرف الأجهزة التابعة لها .

ـــــ الدولة كطرف في العقود الإدارية الدولية :

لا يثير تحديد الدولة كطرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية أية صعوبة إذا أبرمت العقد بواسطة من يمثلها (رئيس الدولة ،رئيس الوزراء، أحد الوزراء) لكن الصعوبة تظهر

---

[1] ــ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، مرجع سابق، ص 65

[2] ــ المرجع نفسه ، ص 65

[3] ــ المرجع نفسه ، ص65

[4]–Nadine Poulet– GibotLeclerc , Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal, Paris, 3 éme édition, 2007 ,P130

إذا كان الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ليس هو الدولة وإنما جهاز تابع لها ،وهنا يثار التساؤل هل إصطلاح عقود الدولة يتسع ليشمل هذا النوع من العقود أم لا ؟ وللإجابة على هذا التساؤل ظهر إتجاهين :إتجاه مضيّق لنطاق عقود الدولة وإتجاه آخر موسع له ، نتناولهما كما يلي :

ــ الإتجاه المضيّق لعقود الدولة:

وفق هذا الإتجاه فإن مصطلح عقود الدولة ، يقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها،ووفق هذا الإتجاه عقود الدولة هي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف أجنبي ، أمّا العقودا التي يتم إبرامها من قبل الأجهزة التابعة لها فهي من قبيل عقود التجارة الدولية ومن ثم فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.[1]

ــ الإتجاه الموسع لعقود الدولة:

وفق هذا الإتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها ، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها[2] ،من أجل تأييد وجهة النظر الموسعة لعقود الدولة ، إستند جانب من الفقه إلى نص المادة35 من إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الإستثماروالتي تنص على "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة بتحديده أمام المركز...." ، فالمركز لايختص فقط بنظر المنازعات التي تكون الدولة أحد أطرافها فقط ، بل يتعداها لنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة ، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز .

ويرى الغالب من الفقه[3] أن الإتجاه الموسع لفكرة عقود الدولة هو الإتجاه الراجح لأن قصر عقود الدولة على تلك العقود التي تبرمها هذه الأخيرة بنفسها يؤدي لإغفال العديد من العقود وإن كانت هذه الأخيرة غير مبرمة من قبل الدولة إلاّ أنها مبرمة بعد أن عهدت لها الدولة القيام بهذه الوظيفة نيابة عنها ولتحقيق أهدافها ، وهذه الأخيرة محددة في أحكام تنظيم الصفقات العمومية

[1] ــ حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، ص37

[2] ــ المرجع نفسه ، ص38

[3] ــ بولقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة،2011 ، ص 49

المتمثلة في الإدارات ، الهيئات الوطنية المستـــقلة الولايات ،البـلديات ، المؤسسات العـــمومـــية ذات الطـــابع الإداري ، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية .

ب-الشروط الموضوعية الواجبة التوافر في العقد لإكتساب الصفة الإدارية

تتمثل الشروط الموضوعية الواجبة التوافر لإكتساب العقد الصفة الإدارية في تعلق العقد بتسيير مرفق عام ، وتضمن العقد شروطا غير مألوفة ،والقضاء الإداري الفرنسي يتجه لعدم إعتبارإحتواء العقد الإشارة لدفتر الشروط كافيا للقول بالصفة الإدارية للعقد، كما لا يعتبر خضوع عقد لقانون الصفقات العمومية بمثابة عقد إداري ، وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 1999/07/05.[1]

1- تعلق العقد بتسيير مرفق عام:

لا يكفي وجود الإدارة طرفا في العقد للقول بالطبيعة الإدارية للعقد ، بل يتعين أن يكون العقد متصلا بمرفق عام ، والمتمثل وفقا للتعريف العضوي في :"منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لها وتتولى جزءا من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات ، أو إشباع حاجات عامة ."وركز التعريف الموضوعي للمرفق العام على النشاط وعرف المرفق العام على أنه "كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام."[2]

2- تضمين العقد شروطا غير مألوفة:

وهو الشرط الواجب توافره لنكون أمام عقد إداري ، وليس ضروريا إحتواء العقد على أكثر من شرط إستثنائي بل يكفي توافر شرط إستثنائي واحد لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، كما يرى بعض الفقهاء أن الشروط الإستثنائية ليست بالضرورة منح إمتيازات للإدارة ، فقد تنطوي على وضع قيود على عاتقها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.[3]

---

[1] ــ ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، مطابع حسناوي ، الجزائر ، ط2 ، 2007 ، ص272

[2]-Patrick Janin ,Méthodologie du droit administratif , Ellipses édition Marketing SA ,Paris ,2007, p114

[3] ـــ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 33

ويقصد بالشروط غير المألوفة في القانون الخاص تلك الشروط التي تمنح المتعاقد حقوقا أو تفرض عليه إلتزامات تخرج بطبيعتها عن نطاق الشروط التعاقدية في عقود القانون الخاص سواء كانت مدنية أو تجارية ،كما قد تكون هذه الشروطمضمنتا في العقد أو مقررة بموجب القانون أو اللوائح.

ثانيا : إكتساب العقد الإداري الطابع الدولي :

إختلف الفقه والقضاء في المعايير التي يكتسب به العقد الصفة الدولية ، فمنهم من قال بالمعيار القانوني ، فيما قال جانب منهم بالمعيار الإقتصادي ،ونستعرض للمعيارين تباعا كالآتي :

أ ــ المعيار القانوني لدولية العقد :

وفقا لهذا المعيار ، يعتبر العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد ، أي إذا تضمن عنصرا أجنبيا واحدا على الأقل ،سواءا كان هذا العنصر شخصيا كجنسية الأطراف المتعاقدة أو كان موضوعيا كمحل الإقامة ، أومكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه [1] ،غير أن أنصار هذا المعيار إختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية و أثر كل منها على إتسام هذه الأخيرة ، بالطابع الدولي .

مال الفقه التقليدي للتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية حيث أنه تطرق الصفة الأجنبة لأي منها يؤدي لإكتساب العقد الطابع الدولي ،و من ثم فهذا يخول المتعاقدين حق إختيار القانون الذي يخضع له العقد.[2]

وعلى رغم وضوح هذا المعيار وسهولته العملية ،إلاّ أنه تعرض للإنتقاد من حيث أنه يتسم بالجمود ، ويؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص بمجرد توافر الرابطة العقدية على عنصر أجنبي بغض النظر عن أهميته ، وكذلك لكونه غير كاف لوحده لإقرار السمة الدولية للعقد لأن وجود العنصر الأجنبي قد يكون مجرّد أمر عرضي ، ولتفادي الإنتقادات السالفة الذكر يشير الفقه الحديث إلى أنّ الصفة الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في العقد بصفة عامة ، ويرون أن محل إبرام العقد ليس بالمعيار الكافي لإضفاء الطابع الدولي للعقد ، وإن

[1] ــ محمودي مسعود ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 ،ص22

[2] ــ هشام علي صادق ، عقود التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 72

كان معيارا مؤثرا عند إسناد العقود من حيث الشكل ، لأنه في الغالب ما يكون معيارا محايدا ، ويرى الفقه بأن محل تنفيذ العقد وإختلاف موطن المتعاقدين ولو إتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة في العقد ، والمكسبة للطابع الدولي لأي عقد [1].

ب-المعيار الإقتصادي لدولية العقد:

يعد العقد دوليا طبقا لهذا المعيار في الحلات التالية:

1-الحالة الأولى:في حالة ما إذا استتبع عملية دخول وخروج لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول ، ينتج عنها روابط تبادل بينهم.

2-الحالة الثانية: يعد العقد دوليا متى إتصل بمصالح التجارة الدولية إتصالا وثيقا.

3-الحالة الثالثة: يعد العقد دوليا إذا تعدى بأثاره وتبعاته خارج حدود الدولة ، فخروج العناصر الإقتصادية للعقد من مجال الإقتصاد الوطني إلى مجال الإقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ بعين الإعتبار عند تحديد دولية العقد [2].

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي وخصائصها

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى معرفة الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية من جهة وذلك من خلال إستعراضالإتجاهات الفقهية المختلفة ، ومن جهة أخرى إستنتاج أهم الخصائص المميزة لهذه الطائفة من العقود.

أولا :الطبيعة القانونية لل عقود الإدارية الدولية

لقد إختلف الرأي حول الطبيعة القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي فهناك إتجاه يرى بأن هذا العقد هو عقد إداري ، فيما ذهب أتجاه أخر إلى القول أنه ذو طبيعة خاصة .

أ ــ **الإتجاه الأول:** يرى بأن العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة هو عقدا إداريا وذلك بسبب توافر العناصر المميزة للعقد الإداري فيه، حيث أن أحد أطراف العقد تكون

[1] ــ هشام خالد ، ماهية العقد الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 ،ص99

[2] ـــ خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر، ط1 ، 2008 ، ص85

الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، ويتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام ،ويتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[1]

ب ــ الإتجاه الثاني: يرى بأن هذا العقد ليس بعقد إداري ، وإنما هو عقد دولي ذو طبيعة خاصة جديدة ، حيث أنه وإن كان أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه ، وإتصاله بنشاط مرفق عام إلاّ أنه يتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية ، مثل شرط الثبات التشريعي ،وشرط ثبات العقد ،شرط التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام العقد وكذا القانون الواجب التطبيق كما أنه يكون للأطراف عند إبرام هذا النوع من العقود حرية أكبر في التعاقد ، حيث يتجلى مبدأ سلطان الإرادة على العكس تماما من العقود الإدارية الداخلية [2].

ثانيا:خصائص العقود الإدارية الدولية

ذهب جانب من الفقه لحصر الخصائص التي تميز هذه العقود من أجل التأكيد على ذاتيتها وإعتبارها من عقود الدولة التي تخرج من طائفة عقود التجارة الدولية المألوفة وذلك على النحو التالي

أ- تبرم هذه العقود باسم الدولة ، إمّا عن طريق رئيس الدولة ، أو رئيس الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناءا على قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص .

ب - أن هناك طرفا من أشخاص القانون الخاص الأجنبية ، يساهم في خطط التنمية الإقتصادية و الإجتماعية في الدولة المضيفة .

ج - أن تتعلق هذه العقود بإستغلال الثروات الطبيعية للدولة ،أوتتعلق بالملكية العامة ،أوبإدارة المرافق العامة ، أو إنشاء المرافق العامة للدولة ومشروعات البنية الأساسية .

د - تتميز هذه العقود عادة بطول مدتها وذلك بحكم طبيعتها ، لأنها تتعلق بإستغلال الموارد الطبيعية في خلال فترة زمنية طويلة ، على نحو يتم معه إقامة منشأة وتجهيزات دائمة ، تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد.

[1] ــ حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق، ص45

[2] ــ عمر حلمي ، معيار تميز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993 ، ص 64

ه – تخضع هذه العقود لبعض قواعد القانون الخاص ، وقواعد غير مألوفة في القانون الخاص كمفهوم السلطة التنفيذية ، مراعاة التوازن المالي للعقد ، القوة القاهرة ، مراجعة الأسعار ..إلخ.

و– يتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بمزايا مختلفة مثل الإعفاء الضريبي تخفيض الجمارك أو تثبيت الضرائب الداخلية والجمركية ، وبالمقابل فإن هناك مخاطر يتعرض لها الطرف الأجنبي في علاقته بالدولة المتعاقدة معه ، نتيجة تمتع هذه الأخيرة من سيادة وسلطات واسعة إتجاهه .[1]

ي – تثير هذه العقود سواءا من ناحية إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة .

الـــفرع الثالـــث:أنـــواع العـــــقود الإدارية الـــــدولـــية

تتميز عقود الدولة عن بقية العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية ، من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود ، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم ، إلاّ أنه يكاد يكون سبب التعاقد من طرف الدولة هو تحقيق التنمية الإقتصادية ، والإجتماعية للدولة أمّا سبب تعاقد الطرف الاجنبي هو تحقيق الهيمنة وأكبر قدر ممكن من الربح وقد يكون الهدف هو المشاركة والمساهمة في تحقيق الأهداف الإقتصادية للدولة ، والحصول على الأرباح من خلال من خلال تلك المساهمة أو المشاركة.[2]

ويمكن تقسيم أنواع عقود الدولة وفقا لبعض وجهات نظر الفقهاء من حيث موضوعها كما يلي:

---

[1] ــ قمر عبد الوهاب ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2009 ، ص197

[2] ــ حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 173

أولا: العقود البترولية:

إن استغلال طاقة البترول والغاز يتطلب الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية ، وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى ، وفي غالب الأحيان أن يكون الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة ، التي تمتلك الخبرة والتكنولوجية ، ما يمكنها من دخول هذا الميدان المعروف بمخاطره العالية.

وتتنوع عقود البترول ، فقد كانت في شكل عقود إمتياز في بادئ الأمر ، ثم ظهرت أشكال أخرى في التعاقد يمكن حصرها كالأتي :

أ- عقود الإمتياز:

يمكن تعريف عقود الإمتياز بأنها "ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه ، و إستغلال هذه الموارد والتصرف فيها ، خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة".[1]

ب- عقد المشاركة البترولي :

تتخذ عقود المشاركة عددا من الخصائص الرئيسية تتمثل في تعاقد الدولة أو أحد شركاتها مع الشركة الأجنبية ، وذلك من خلال تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو أحد شركاتها بحصة من رأس مالها ، الشيئ الذي يخول الدولة الحق في الدخول العمليات النفطية من إكتشافو إنتاج ،وتكرير

وتسويق وحصول كل من الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد .

ج-عقود المقاولة البترولية :

يعتبر من أحدث الأشكال التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية ويعرف هذاالنوع من العقود على أنه "عقد يتم بمقتضاه الإتفاق بين شركة وطنية و أخرى أجنبية للقيام

[1] ــ قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 204

بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإستخراجه لحساب الشركة الوطنية ،إمّا بمقابل مادي ، أو بمقابل حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه ، وليس له في الملكية ولا يتحمل أي مخاطر[1].

د ــ عقود إقتسام الارباح :

في هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي كافة مصاريف البحث والتنقيب عن البترول وتطويره ، وإنتاجه مع النص في العقد على حد أدنى لقيمة المصروفات التي يتعهد بإنفاقها الطرف الأجنبي ،مع توزيع إنفاقها في فترات متعاقبة ، وفي حالة عدم إكتشاف البترول بكميات تجارية فإن الطرف الأجنبي يتحمل وحده كافة مصاريف النفقات دون أن يكون له الحق في الحصول على أي تعويض ، أما في حالة إكتشاف البترول ، بكميات تصلح للإستغلال التجاري يكون من حق الطرف الأجنبي إسترداد هذه المصروفات ، وذلك في شكل نسبة معينة من البترول المنتج ، يتم الإتفاق عليها في العقد.[2]

ثانيا :عقود التعاون الصناعي :

تضم عقود التعاون الصناعي طائفة من العقود المتجانسة من أجل تحقيق التقدم التكنولوجي والصناعي منها :

أ-/ عقد الهندسة :

يعد عقد الهندسة أحد العقود الهامة في طائفة عقود التعاون الصناعي ، إذ أنه يمثل تنفيذ المرحلة الأولى من مراحل أي مشروع صناعي أو غيره مع ملاحظة تطور هذا النوع من العقود على ما كان عليه في الماضي حيث كان يقتصر موضوعه غالبا على تنفيذ الأعمال التي يغلب عليها الطابع العقلي ليتطور دوره في الوقت الراهن ويشمل أعمال التصميم ، إعداد الدراسات ، القيام بتوريد المتطلبات الصناعية ، عمليات التشييد عمليات الرقابة على كافة مراحل التشييد[3].

ب/- عقد نقل التكنولوجيا:

يعرف هذا النوع من العقود "أنه التطبيق العملي للأبحاث العلمية والوسيلة للحصول على أفضل التطبيقات لهذه الأبحاث"، ويعرفه بعض القانونيين ، على أنه مال منقول معنوي له قيمة

[1] ــ حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص188

[2] ــ عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000 ، ص 123

[3] ــ حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار ، دار هومة ، الجزائر ، 2010 ، ص48

إقتصادية وغير مشمول بحماية قانونية خاصة ، والتكنولوجيا يتم نقلها في الغالب عن طريق العقود التي تبرم من أجل هذا الغرض ، ويكون ذلك إمّا عن طريق إبرام عقد مستقل ، موضوعه نقل التكنولوجيا أو عن طريق إحدى الخدمات التي تلتزم الشركة الأجنبية بتقديمها إلى جانب الخدمات الأخرى.

ج/- عقد المساعدة الفنية :

هو إتفاق بمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي يتزويد الدولة بالفنيين اللاّزميين لتدريب الأفراد المعنية على تشغيل الأجهزة والمعدات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها ، أو تدريبهم على إدارة المشروع بأساليب فنية ، فهو تقديم للخدمات اللاّزمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ[1]

ثـــــالثـــا:عـــــقـــــودالإســـــتـــــثـــــمار:

يعرفه بعض الفقه بأنه "العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الإقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم إقتصاديةلإستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد".

ووفقا لعقود الإستثمار ، يلتزم المستثمر الأجنبي بتقديم رأس المال اللاّزم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدماتية ، أو بتقديم الخبرات الفنية اللاّزمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة ، ويقتصر الإستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات .

رابـــــــعا :عـــــقود الأشـــــــغال العـــامة الـــــدولية:

ويعرف هذا النوع من العقود "العقود التي تبرم بين طرف وطني ،الممثلة في الدولة أو أحد أجهزتها ، وطرف خاص أجنبي ، يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما ، كأعمال البناء أو الأشغال الهندسية المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني ، وقد يتمثل في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه وخسائره.[2]

[1] ــ حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص191

[2] ـــــ أحمد حسان الغندور ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1998 ، ص70

تبرم الدولة هذا النوع من العقود لإنشاء المشاريع الكبيرة على أراضيها في كافة المجالات ، والتي تحتاج إلى رأسمال أجنبي، والتي لا تستطيع الدولة تنفيذها بشركاتها الوطنية نتيجة نقص الإمكانيات المادية و الخبراتية.

المطلب الثاني :أساليب إبرام العقد الإداري الدولي و أثاره

سنقوم بتبيان الأساليب المختلفة لإبرام عقود الإدارة الدولية، مع تبيان القواعد التي تحكمها والتي تتمتع بذاتية خاصة ، ترجع هذه الخصوصية لإلزام المشرع الإدارة بإتباع إجراءات معينة عند مرحلة التعاقد، وتقييد حريتها في إختيار المتعاقد معها ، ويأخذ التعاقد هنا شكلين أساسيين ، وهما أسلوب المناقصة ، وأسلوب التراضي البسيط ، ثم نتعرض لدراسة مختلف الأثار المترتبة على إبرامها ، فالعقد الإداري الدولي كغيره من العقود يرتب جملة من الحقوق والإلتزامات في ذمة طرفي العقد ،فالإخلال بأحد هذه الحقوق يؤدي لإعمال شرط التحكيم للفصل في المنازعة ، وهذا ما سنفصله على النحو التالي :

الفرع الاول :أساليب إبرام العقد الإداري الدولي

يتم إبرام العقود الإدارية الدولية بطريقتين ، إحداهما تمثل القاعدة العامة في حين تعد الثانية إستثناء، يتم اللجوء إليها في حالات حددها المشرع في قانون الصفقات العمومية وهما على الترتيب طريقة المناقصة ، وطريقة التراضي البسيط ، وسنتعرض إليهما تباعا كالآتي :

أولا : طريقة المناقصة :

خصص المشرع الجزائري لهذا الأسلوب العديد من المواد في كل قوانين الصفقات العمومية لكون أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية ،وقد عرفت أحكام المرسوم الرئاسي 236/10[1]، بقولها :" المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض" [2]، وإذا أرادت جهة الإدارة التعاقد مع المشروع الأجنبي فإن ذلك سيكون بطريقتي المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة وتمر بعدد من المراحل إبتداءا بمرحلة الإعلان ، وصولا لمرحلة الإعتماد.

[1] ــ المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،ج رعدد 58 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 98/11 ، المؤرخ في 01 مارس 2011 ، المتضمن الصفقات العمومية ، ج رعدد 14 ــ

[2] ــ المادة 26 من المرسوم نفسه

أـــ الإعلان عن المناقصة :

طبقا لأحكام المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 ، نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم جهة الإدارة إلى الإعلان في الصحف كلما تعلق الأمر بتعاقدها بطريقة المناقصة المفتوحة أو المحدودة وهذا من أجل تجسيد مبدأ المنافسة وكذا العلنية في الصفقة ، كما حدّد المشرع الجزائري البيانات الواجبة التوافر في هذا الإعلان وهي بيانات إلزامية طبقا لنص المادة 46 من المرسوم 236/10 .

وقد نص المشرع على أن الإعلان يكون محررا باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما يتم نشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني .

ب ـــ مرحلة إيداع العروض :

وعرفت العطاءات بأنها :"العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة ، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة."[1] ينبغي أن يتم تقديم العروض خلال المدة المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة ، من أول يوم صدور الإعلان عن المناقصة في اليوميات الوطنية ، و أعطى المشرع السلطة التقديرية للإدارة في إختيار الأجل ، غير أنه قيدها بعناصر معينة في تحديدها مثل تعقيد موضوع الصفقة وكذا المدة التقديرية اللاَزمة لتحضير العروض و إيصال التعهدات [2]، وتشتمل التعهدات على عرضين عرض تقني وعرض مالي ، يوضع كل منهما في ظرف مستقل ومغلق ومختوم يبين في كل منهما مرجع المناقصة وموضوعها ويتضمنان كلـمة "تقني "أو "مالي "، ويوضعان في ظرف واحد يحـــــمل عبارة "لا يفتح مناقصة رقم...."وحدد الوثائق التي يتضمنها كل عرض بالتفصيل .[3]

ج ـــ مرحلة فحص العطاءات :

تختص المصلحة المتعاقدة بإختيار المتعاقد مع مراعاة الأحكام المتعلقة برقابة الصفقات العمومية ، وما يهمنا في هذا الصدد هو مرحلة الرقابة الداخلية والتي تحدث في إطارها لجنة دائمة

[1] ـــ عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط1 ،2007 ، ص 117

[2] ـــ المادة 50 من المرسوم 236/10 ، المؤرخ في 2010/10/07، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 58

[3] ـــ المادة51 من المرسوم نفسه

لفتح الأظرفة ، تضطلع بجملة من المهام حددها قانون الصفقات العمومية ، وتقوم اللجنة الثانية (لجنة تقييم العروض) بتحليل العروض ، وبدائل العروض عند الإقتضاء من أجل إبـــراز الإقتراح أو الإقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية ، كما تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.

د ـــــ مرحلة إرساء الصفقة:

تم إعتماد المنح المؤقت لأول مرة ، بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 250/02[1] ، في نص المادة المادة 43 منه ، و أوجب المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية الجديد الإعلان عنه في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان الصفقة متى كان ذلك ممكنا مع تحديد السعر ،أجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بإختيار صاحب الصفقة ، كما يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي ، خمسين مليون دينار جزائري ، أو يقل عنها وعشرين مليون دينار جزائري أو يقل عنها ان تكون محل إشهار محلي.[2]

ه ـــــ مرحلة إعتماد الصفقة :

وهي المرحلة الأخيرة لأنه لا بد من إعتماد المناقصة ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة ، فالمنح المؤقت على الرغم من فوائده إلاَ أنه يظل كما وصفه المرسوم الرئاسي منح مؤقت ، ونصت المادة 08 على الصفقات العمومية لا تكون نهائية إلاَ إذا وافقت عليها السلطة المختصة .

ثانيا : طريقة التراضي

عرَف المشرع الجزائري التراضي بأنه :"إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ."[3]، ويأخذ هذا الأخـــــير صورتين وما يهمنا في هذا الــصدد هو التراضي البسيط

[1] ــ المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 338/08المؤرخ في 2008/10/26 ، ج ر عدد 52

[2] ــ المادة 49 من المرسوم 236/10 ، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 58

[3] ــ المادة 22 من المرسوم نفسه

والذي نص على أنه قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتمادها إلاَ في الحالات التي يحددها هذا المرسوم .[1]

ونص المشرع الجزائري صراحة على أن الصفقات المبرمة ، وفق إجراء التراضي البسيط لا تخضع لأحكام المادة 24 من المرسوم الرئاسي 98/11[2]المؤرخ في 01 مارس 2011، والتي تناولت ما يجب أن تتضمنه دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب من الإلتزامبالإستثمار وذلك في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز الأغلبية في رأسمالها الإجتماعي جزائريون مقيمون ، في حين أنه في الصفقات المبرمة وفق إجراء التراضي بعد الإستشارة بإستثناء الصفقات الخاصة بالمؤسسات الوطنية السيادية أخضعها لأحكام المادة 24 السالفة الذكر .

وما يهمنا في دراستنا العقود التي تبرم بإحدى الطريقتين السالفتي الذكر مع المتعاملين الأجانب والتي عرفها أحكام هذا المرسوم بأنها المؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي وكذا ضمانات حسن التنفيذ .

الفرع الثاني : الأثار المترتبة على العقود الإدارية الدولية

تتميز العقود الإدارية الدولية عن غيرها من العقود الأخرى كونها مرتبطة بالمرافق العامة وتسموا فيها المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة ، لذا فمن حق جهة الإدارة أن تقوم بالإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وتقوم بتعديل بما يتفق مع مصالح المرفق العام والذي أبرم من أجله العقد الإداري ، وتتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن تلك التي يتم إبرامها مع متعاقد وطني في كون المتعاقد الدولي له الحق في إشتراط الثبات التشريعي للعقد ، وفي مقابل ذلك يقع على عاتقه جملة من الإلتزامات منها تنفيذ العقد وفقا للمعايير الدولية ، وتدريب العمالة المحلية و أثار العقد ماهو إلاَ جملة من الحقوق و الإلتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين ، نتعرض لها على النحو التالي :

أولا : حقوق وإلتزامات جهة الإدارة

---

[1] ــ المادة 43 من المرسوم نفسه

[2] ــ المرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011 ، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج رعدد 14

يترتب على إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مجموعة من الحقوق والإلتزامات تقع على جهة الإدارة ، ومن هذه الحقوق حق الإشراف والتوجيه وحق التعديل بالإرادة المنفردة ، وحق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، ويقع على عاتقها جملة من الإلتزامات ومنها إزالة المعوقات التي تعترض المشروع الأجنبي ، وسنقوم ببيان هذه الحقوق والإلتزامات على النحو التالي :

أ ـــ حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

1 ــ حق الرقـــابـــة:

يقتصر مفهوم الرقابة في المفهوم الضيّق على صلاحية الإشراف في حين أنه في المفهوم الواسع يشمل أيضا صلاحية التوجيه ، وتعد هذه الصلاحية حقا ثابتا لجهة الإدارة ولو لم يتضمنه العقد الإداري بنص صريح لكونها صلاحية متعلقة بالنظام العام لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عنها ومن ثم تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية كاشفة عن هذه الصلاحية وليست بالمنشئة لها.[1] وهناك قيود ترد على هذا الحق تتمثل فيمايلي:

وهو أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية ومن ثم فإن القرار الذي لا يستهدف تسيير المرفق العام بانتظام و إطراد يكون مشوبا بعيب الإنحراف بالسلطة

ويتمثل في أنه يتعين أن لا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة إلتزامات المستثمر الأجنبي .[2]

2 حق التعديل :

تتسم العقود الإدارية المبرمة مع المستثمرين الأجانب بطول المدة نسبيا ، والتي يمكن أن تطرأ خلالها تغييرات سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية ، وحتى يتسنى لجهة الإدارة مواكبة هذه التطورات والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فإنها تشترط ضرورة التفاوض والمراجعة كل فترة زمنية أو تنص صراحة على حقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، وفي هذا الصدد أُثير تساؤل في حالة ما إذا لم يوجد هذا الشرط فهل لجهة الإدارة الحق في التعديل ؟

وإجابة عن هذا التساؤل إنقسم الفقه الفرنسي لإتجاهين :

الإتجاه الأوَل :عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة

---

[1] ـــ شطناوي علي خطار ،الوجيز في القانون الإداري ، دار وائل للنشر ،الأردن ، ط1 ،2003 ، ص 714

[2] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص142

وفق هذا الإتجاه فإن فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفردة من جانب الإدارة فكرة زائفة من إبتداع الفقهاء ، ولم تتأيد بقضاء من مجلس الدولة الفرنسي [1]، و أ نّ جهة الإدارة لا تستطيع تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلاَ إذا كان هناك نص في العقد يتيح ذلك وإنتقد هذا الإتجاه ، على أنه إتجاه ينكر طبيعة العقد الإداري ، ويقع في تناقض مع نفسه حيث يقر لجهة الإدارة بسلطة التعديل متى نص عليها العقد، ومن المسلم به بأن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية هي التي تعطي للإدارة سلطة التعديل بالإرادة المنفردة ، دون الحاجة للنص عليها صراحة.[2]

الإتجاه الثاني : جواز التعديل بالإرادة المنفردة

وهو الإتجاه الراجح فقها وقضاءا لأن الإدارة تملك صلاحية التعديل بالإرادة المنفردة ، ويرون أن كل عملية إدارية هي عملية إحتمالية بمعنى يمكن تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، وقد أكد هذه السلطة مجلس الدولة الفرنسي دون أن يشترط النص صراحة في العقد .[3]

وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس في ظل ضوابط دقيقة ، وتجد سلطة التعديل أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

3 سلطة توقيع الجزاء :

وتعد هذه الأخيرة أحد امتيازات الإدارة من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام إطراد ، وتقوم بممارسة هذه السلطة متى ثبت لها إهمال أوتقصير في تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها ، وتأخذ صورتين ، صورة الغرامات أو مصادرة مبلغ الضمان ،بالنسبة للغرامات فالرجوع لأحكام المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10السالف الذكر، نجدها بأنها تنص على أنه يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها بشكل غير مطابق ، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به وقد تصل هذه الأخيرة إلى حد 20 % من مبلغ الصفقة .[4]

---

[1] ـــ شطناوي علي خطار ، مرجع سابق ، ص716

[2] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، مرجع سابق ، ص 144

[3] ـــ شطناوي علي خطار ، مرجع سابق، ص716

[4] ـــ المادة 24 فقرة 4 من المرسوم236/10 ،المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد58

أمّا بالنسبة لمصادرة مبلغ الضمان فيمكننا القول بأن قانون الصفقات العمومية أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية ككفالة حسن التنفيذ وتتراوح بين 5%و10 %من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها ، وبالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود إختصاص اللجان الوطنية للصفقات يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ 1%و5% من مبلغ الصفقة[1].

4 ــ سلطة إنهاء العقد :

قد يتضمن العقد أو يتم النّص في القوانين أو اللوائح على حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، وقد أوجب المشرع الجزائري توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد معها بهدف الوفاء بإلتزاماته خلال مدة معينة ، وفي حالة عدم تدارك المتعاقد لتقصيره ، خلال الأجل المحدد في الإعذار يمكن لجهة الإدارة أن تفسخ العقد من جانب واحد ، ولا يمكن الإعتراض على هذا القرار عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان و الملاحقات الرامية لإصلاح الضرر التي لحقها بسبب سوء التصرف من المتعاقد معها[2]، ولكي يكون الإنهاء مشروعا لا بد أن تتوافر جملة من الشروط[3]، وهي على النحو التالي :

– الشرط الأول : أن يكون الإنهاء بغية تحقيق مصلحة المرفق العام أو المصلحة العامة .

– الشرط الثاني : عدم إنحراف جهة الإدارة بالسلطة التقديرية ، لأنه يتعين أن تراعي الإجراءات المنصوص عليها ، و أن لا تنحرف في إستعمال تلك السلطة ، ومن أمثلة الإنحرافإستهداف جهة الإدارة تحقيق مصلحة مالية فقط.

ب إلتزامات جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

يقع على عاتق الإدارة العديد من الإلتزامات نوردها على النحو التالي :

1 الإلتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه :

ينبغي على جهة الإدارة المتعاقدة تقديم كافة التسهيلات للمتعاقد الأجنبي و التي من شأنها مساعدته في إتمام عمله .

---

[1] ـــــ المادة 100 من المرسوم نفسه

[2] ـــــ المادة 112 من المرسوم236/10 ،المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد58

[3] ـــــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص153

2 إلتزام جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي

تلتزم جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي ، ومصدر هذا الإلتزام هو إتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهما ، أو قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الإستثمار .

3 إلتزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية

على جهة الإدارة أن تلتزم بمبدأ حسن النية ، وإلاَ تعرضت لفقدان حقوقها إذا ما لجأ الطرف الآخر للتحكيم ، ولعل أبرز مثال على ذلك هو قضية AMCO ضد الحكومة الأندونيسية ، وتتلخص وقائع القضية في حصول شركة AMCO وشركتان أخريتان بالحق في الإستثمار في هذه الأخيرة وذلك بإقامة فندق و إدارته لمدة 30 سنة وكان ذلك في سنة 1968 وهو ماتم بالفعل ، غير أنه في سنة 1980 قامت حكومة أندونسيابالإستيلاء على الفندق عن طريق إجراء عسكري مسلح وسحبت الإستثمار من الشركات الثلاثة ، وهو ما دفع بشركة AMCOللجوء للتحكيم والمطالبة بالتعويض وهـــنا أرجعت االحكومةالأندونسية سبــب الســب لــعدم قـــيام الشركات بالحد الأدنـــى مـــن الإســتثمار ، وإنتهت محكمة التحكيم إلى أن الظروف المحيطة بإتخاذ القرار من قبل السلطات الأندونيسية تجعل التصرف غير مشروع وأن القرار كان مشوبا بسوء النية ولم تتعرض المحكمة لمشكلة عدم كفاية الإستثمار.[1]

ثـــانـــيا : حـــقـــوق وإلـــتـــزامات الـــمتـــعاقد الأجـــنـــبي

ينشأ عن العقود الإدارية الدولية مجموعة من الحقوق والإلتزامات للمتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة ، ومنها على الخصوص الحق في الحصول على المقابل المالي ، والحق في التوازن المالي للعقد ، ويقع على عاتقه جملة من الإلتزامات تتمثل أساسا في قيامه بتنفيذ الإلتزامات التي يرتبها العقد شخصيا وفي المواعيد المحددة وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ، وأن يقوم بالتنفيذ وفقا لأفضل المعايير السائدة ، و سنتناولها على النحو التالي :

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص159

أ حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة

بإعتبار العقد الإداري الدولي له إرتباط أو إتصال بالمرفق العام ، فكان لذلك الأثر البالغ في تمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها ، في مقابل هذه السلطات يتمتع المستثمر الأجنبي في مواجهة الإدارة بجملة من الحقوق وهي :

1ـــ الحق في الحصول على المقابل المالي :

إن الهدف الذي يتوخاه المستثمر الأجنبي في العقود الإدارية الدولية هو تحقيق الربح نظير الأعمال التي يقوم بها لجهة الإدارة ، ويأخذ المقابل المادي صورا متعددة منها :

– الثمن : الأصل في العقود الإدارية الدولية أن يتم تحديد الثمن بشكل واضح ودقيق ، بعيدا عن أي غموض أو لبس والقاعدة أنه يستحق المقـــابل بعد تنفيذه لما إلتزم به ، غير أن الإدارة قـــد تقـــوم بدفع جـــــــزء من هذا المـقابل مقـــــدما وأثناء التنفيذ ، لا سيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات و متسعا من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء إلتزاماته[1].

– الرسم : وهو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الإمتياز ويقوم بتحصيله من المنتفعين ، وهو من الشروط اللاَئحية التي تستطيع الإدارة أن تعدلها بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام.[2]

2 ـــــ الحق في التوازن المالي :

وهو من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري ، تقيم إرتباطا وتناسبا بين حـــــــــقوق المـــــتعاقد و إلتزاماته ، وترد في العقود الإدارية لإعتبارين أساسيين هما ، العدالة وكفالة سير المرافق العامة بانتظام و إطراد ، وقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها أن تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها ، ومن ثم التأثير على مركزه المالي ، وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في فرنسا في سنة 1910 في قضية العربات الكهربائية [3] ، والإعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إمّا في نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة ونتناولهما على النحو التالي :

– نظرية فعل الأمير : ويقصد بهذه النظرية "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد ، أو في الإلتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه

[1] ــ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزاريطة ، مصر، 2004 ، ص133

[2] ــ جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ص234

[3] ــ عمار بو ضياف ، مرجع سابق ، ص166

بصفة المخاطر الإدارية ."[1] ، وما يمكننا ملاحظته عن هذا التعريف إغفاله كون هذه الزيادة تكون دون خطأ من جهة الإدارة ، كما أن التعريف أغـــفـــل النّص على إلتزام جهة الإدارة المتعاقدةبتعويض المتعاقد المتضرر عن ما لحقه من أضرار بما يعيد التوازن المالي للعقد، وتجد نظرية فعل الأمير أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام نص المادة 115 من تشريع الصفقات العمومية .

– نظرية الظروف الطارئة : هي نظرية قضائية كان لمجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو ، والمقصود بهذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه قلبت إقتصادياته وجعل تنفيذ العقد أثقل عبئا ، وليس مستحيلا وهو ما يجعل من المتعاقد يتحمل كلفة أكثر، ما يحمله خسارة تتجاوز المألوف ، وهذا ما يمنح المتعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض عن خسارته وهنا تعوضه الإدارة جزئيا .

ويرتب تطبيق هذه النظرية أثرين ، أولهما إلتزام المتعاقد بالإستمرار في تنفيذ العقد لأن الظروف الطارئة لا تعفيه من إلتزامه و إن كانت تجعل التنفيذ مرهقا غير أنه ليس بالمستحيل ويتمثل الأثر الثاني في تعويض المتعاقد ، فنظرية الظروف الطارئة تعطي المتعاقد الحق في الحصول على مساعدة الإدارة من أجل المواصلة في تنفيذ العقد من أجل الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام ولهذا يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد معها وهذا التعويض جزئي ، لأنّ نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس جوهري وهو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على هذا الظرف الطارئ بين المتعاقدين وهنا مكمن الإختلاف بين هذه النظرية وسابقتها التي يكون التعويض كليا .[2]

ـــــ نظرية الظروف المادية غير المتوقعة : ونعتبر هذه النظرية من التطبيقات القضائية التي أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي [3]، وتبدوا أهمية هذه النظرية في عقود الأشغال العامة ، ومفاد هذه الاخيرة أن المتعاقد وعند تنفيذه للعقد قد تصادفه صعوبات مادية إستثنائية لم تكن في حساب المتعاقدين وتقديرهما عند إبرام العقد ، فيجعل ذلك العقد أكثر وطأة على المتعاقد ، ولذلك من باب العدالة أن يتم تعويض هذا الأخير وهنا يكون التعويض كاملا ، ويترتب على توافر

[1] ـــــ محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1،2007، ص 291

[2] ـــــ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص 106

[3] ـــــ ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق، ص141

الشروط السالفة الذكر حق المتعاقد مع إلتزامه في الإستمرار في التنفيذ ، في التعويض الكامل عن تحمله نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات [1].

ب ـــــ إلتزامات المتعاقد في مواجهة الإدارة

يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ جميع إلتزماته التعاقدية وفقا للشروط التي تم إيرادها في العقد ، و أن يقوم بتنفيذها شخصيا فلا يتنازل عن العقد للغير إلاَ وفقا لشروط محددة ، و أن يتم التنفيذ في المواعيد المتفق عليها ، وأن يلتزم أثناء التنفيذ بمبدأ حسن النية ، وسنقوم ببيان الإلتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد وذلك على النحو التالي :

1 ـــــ إلتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتنفيذ الشخصي:

لما كان العقد الإداري ذاصلة بالمرفق العام ، فإن الإدارة تراعي إعتبارات خاصة مع المتعاقد معها ، من حيث الكفاءة والقدرة على التنفيذ ، لذلك يتعين على هذا الأخير أن يقوم بالتنفيذ الشخصي للعقد كقاعدة عامة ، لكن يجوز التنازل عن العقد للغير وذلك بشروط معينة ، ويجوز له التعاقد من الباطن .

ـ التنازل عن العقد : يقصد به هو تنازل المتعاقد عن كل الإلتزامات والحقوق لشخص آخر ويحل محله في التنفيذ بشكل كلي ولكي يكون هذا التنازل صحيحا يتعين توافر جملة من الشروط وهي :

ـــــ موافقة جهة الإدارة على التنازل كتابة .

ـــــ أن يكون المتعاقد مع جهة الإدارة قد أوفى بكل إلتزاماته الناجمة عن العقد لغاية تقديم طلب التنازل .

ـــــ أن تقدم الشركة المتنازل إليها دليلا لجهة الإدارة يعكس قدراتها المالية والفنية .

ـــــ أن تشتمل وثيقة التنازل نصوصا تقر صراحة إلتزام المتعاقد المتنازل إليه بكافة الشروط الواردة في العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل .

[1] ـــــ حمدي ياسين عكاشة ،موسوعة العقود الإدارية والدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ص 339

وفي حالة موافقة الإدارة على هذا التنازل يحل المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ الإلتزامات ، وتعد هذه الموافقة بمثابة عقد جديد بين الإدارة والمتنازل إليه ، ويصبح هو المسؤول الوحيد أمامها ما لم ينص على غير ذلك .[1]

ـــــــــ التعاقد من الباطن : يقصد به أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره في تنفيذ بعض أجزاء العقد وهنا يكمن الإختلاف بينه وبين التنازل الذي يحل فيه المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كليا ، ويلاحظ أن هناك العديد من الظروف التي تدعوا جهة الإدارة للموافقة على الأخذ بهذا الأسلوب ، بالنظر للتقدم العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى المجالات ، لذلك أصبح تنفيذ أحد المشروعات العامة يتطلب التعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه وفي التعاقد من الباطن يظل المتعاقد الأصلي هو المسؤول وحده عن تنفيذ كافة الإلتزامات التي ينص عليها العقد الأصلي ، لأن المتعاقد من الباطن لا يحل محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ كما أنه لا يصبح طرفا في العقد ، ومن ثم فإن الأثر الوحيد الذي يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن هو جعل هذا الأخير مشروعا [2]، وفي حالة ما تم التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة فذلك التعاقد لا يكون نافذا في مواجهة الإدارة ، ويظل المتعاقد الأصلي وحده المسؤول عن التنفيذ بالإضافة إلى مايترتب عن ذلك من مسؤولية عقدية في حق المتعاقد مع الإدارة تلزمه بالتعويض عما يسببه ذلك التصرف من أضرار .

2 ـــ الإلتزام بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها

يقع على عاتق المتعاقد الأجنبي إلتزام بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه من شروط ، وفي الآجال المحددة وذلك لكون الصفقة العمومية لها صلة بالخدمة العامة وكـذا بحـــــسن سير المرفق العام [3]، ففي حالة ما إذا كان تأخر المتعاقد الأجنبي بسبب فعله فإنه يترتب على ذلك حق جهة الإدارة في التعويض ، كما يعطي للإدارة الحق في الفسخ وقد يكون تأخر المتعاقد الأجنبي في التنفيذ بسبب فعل الإدارة فإن هذا التأخر يكون مبرّرا ، كعدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل ، وهو ما أكده قضاء التحكيم.[4]

---

[1] ـــ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص277

[2] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص180

[3] ـــ عمار بوضياف ، مرجع سابق ،ص176

[4] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد ، المرجع نفسه ، ص ص 182 ،185

3 ـــــ الإلتزام بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها :

يتعين على المتعاقد الأجنبي تنفيذ العقد وفقا للشروط التي تم الإتفاق عليها في العقد والتي تتمثل في إحدى الصورتين التاليتين :

-الصورة الأولى : تحدد فيها طريقة التنفيذ بدقة ، هنا يجب على المتعاقد الإلتزام بالشروط والمواصفات المتفق عليها ، وإلاَ ترتبت مسؤوليته .

– الصورة الثانية : الإتفاق على تنفيذ العقد وفقا لأفضل المعايير الدولية ، وهو ما يثير العديد من المشاكل لعدم إمكانية تحديد هذه الأخيرة بدقة.

4 ـــــ إلتزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للإستثمار

تفرض الإدارة المتعاقدة على المتعاقد الأجنبي ضرورة قيامه باستثمارات محددة خلال فترة معينة لتحقيق الفعالية ، و أوجب المشرع الجزائري على الشركات الأجنبية إلزامية الإستثمار في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة في إطار شراكة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها الإجتماعي جزائريون مقيمون [1]، وفي حالة عدم إلتزامه بذلك فإنه يحق لجهة الإدارة سحب الترخيص الذي منحته للمتعاقد الاجنبي لمزاولة نشاطه دون أن يرتـــــب ذلك مســـؤولية عليـــــــها وقد نص المشرع الجزائري على قيام الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار على التأكد من إحترام الإلتزامات التي تعهد بها المستثمرون خلال مدة الإعفاءات [2]، كما نص على أن المتابعات التي تقوم بها الوكالة تكون بالإتصال مع الإدارات والهيآت المكلفة بالسهر على إحترامالإلتزامات التي تترتب على الإستفادة من المزايا الممنوحة ، كما تقوم بالتأكد من إحترامهم لإلتزاماتهم فيما يتعلق بالإتفاقات ومتابعة لما بعد إنجاز الإستثمارات بإتجاه المستثمرين غير المقيمين المستقريين .

[1] ــ تحدد هذه المشاريع بموجب مقرر من قبل سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها أو بالنسبة لمشاريع المؤسسات أو الهيآت التابعة لها ،ويحدد الوزير المعني هذه المشاريع وطبيعة = =الإستثمار بموجب مقرر بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية الإقتصادية الممولة جزئيا او كليا بمساهمات مؤقتة او نهائية من الدولة

[2] ــالمادة 21 من الامر 03/01 و المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 2001/09/24، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها ، ج رعدد55

5 ـــ إلتزام المتعاقد الأجنبي بإطلاع جهة الإدارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد

قد ينص العقد صراحتا على حق الإدارة في فسخ العقد ، في حالة عدم قيام المتعاقد معها بإلتزام الإعلام والإخبار، ويتجه بعض الفقه إلى أنه لجهة الإدارة التمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصا صريحا فيه ، وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية ، وقد ألزم المشرع الجزائري المستثمرين بمناسبة الإيداع السنوي للحصيلة لدى مصالح الضرائب أن يقدموا وضعية تبرز هذه الأخيرة مدى الإلتزامات التي اكتتبها ، تعد وفقا للأشكال والإجراءات المقررة بالإشتراك بين الوزارة المكلفة بالإستثمارات ووزارة المالية ، ويتعين على الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار جمع المعلومات حول تقدم المشاريع وكذا التدفقات الإقتصادية المترتبة عنها .[1]

6 ـــ إلتزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية

وهو شرط تتضمنه غالبية العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب تمهيدا لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية ، وقد نص المشرع الجزائري في أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 وهو بصدد بيانات الصفقات على شرط استعمال اليد العاملة المحلية [2]، وكمثال عن ذلك عقود البوت BOT والذي يتطلب قيام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية التى يتسنى لها إدارة المشروع بعد إنتهاء مدة الإمتياز ، وذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الإلتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة حتى لا يستطيع المتعاقد الأجنبي التنصل من مسؤوليته بإثبات بذل العناية المطلوبة وذهب إتجاه آخر من الفقه إلى أنه يتعين التمييز بين إلتزام المتعاقد الأجنبي بإدماج العمالة المحلية ، والذي يعد إلتزاما بتحقيق نتيجة وبين تدريب وتكوين العمالة المحلية والذي يعد إلتزاما ببذل عناية [3].

---

[1] ـــ المادة 7/3 من المرسوم التنفيذي 356/06 ، المتضمن صلاحية الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها ،ج ر عدد 64

[2] ـــ المادة 62 من المرسوم236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 58

[3] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ،ص198

المبحث الثاني :إمكانية الإتفاق على التحكيم فيعقود الإدارة الدولية

باعتبار أن إتفاق التحكيم هو طريق لإخراج النزاع من ولاية القضاء ، وإسناده لقضاء التحكيم فقد أثار الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية جدلا فقهيا كبيرا فقد ذهب جانب منهم إلى القول بعدم جواز اللجوء إليه لحل منازعات هذه الطائفة من العقود وذهب إتجاه آخر للقول بجواز الإتفاق على التحكيم في هذه العقود على غرار العقود المدنية والتجارية ، وعليه سنقوم بعرض آراء مختلف الإتجاهات الفقهية في إمكانية فض منازعات العقود الإدارية الدولية بواسطة التحكيم ، مبرزين الأسانيد الفقهية المؤيدة لكل إتجاه ، مشفوعة بالأحكام القضائية المؤيدة لكل منهما ،وسنقوم بدراسة مختلف الشروط الواجبة التوافر لصحة إتفاق التحكيم والأثار المترتبة على ذلك ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : الإتجاهات المختلفة للتحكيم في عقود الإدارية الدولية

لقد ثار إختلاف حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة الدولية فظهر إتجاهان أحدهما إعترض على ذلك وقد كان مستندا على جملة من الأسانيد ، كما أن موقفه كان محل أخذ ورد لدى بعض التشريعات ، وجسدته بعض الأحكام القضائية في منطوقها ، أمّا الإتجاه الثاني فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وإستند أنصار هذا الإتجاه كذلك من أجل تبرير موقفهم لجملة من الأسانيد ، كما أنّ عدد من التشريعات نصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود كما أن هناك جملة من الأحكام القضائية التي جسد منطوقها إمكانية التحكيم في هذه العقود.

سنقوم بتبيان الإتجاهات المختلفة بشأن إمكانية التحكيم في هذا النوع من العقود مبرزين مختلف الأسانيد التي قال بها كل إتجاه ، وموقف التشريعات من ذلك ، وكذا الأحكام القضائية التي وافقت كل إتجاه على النحو التالي :

الفرع الاوّل :الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

سنقوم بدراسة الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية ، بإبراز مختلف الأسانيد الفقهية التي قال بها أنصار هذا الإتجاه لتبرير رفضهم لأن يكون التحكيم طريقا بديلا لفض منازعات هذه الطائفة من العقود ، لأنهم يرون أنه لا يضمن خضوع هذه العقود لنظام متميز عن

النظام الذي تخضع له باقي العقود ،لأن التحكيم لا يعتد بالتمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية ، ولأن اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود يؤدي للإصطدام بمبدأ سيادة الدولة على أراضيها ، و بالإضافة لهذه الاسانيد نبين بعض التشريعات المؤيدة لهذا الإتجاه :

أولا :التشريعات المؤيدة لهذا الإتجاه

أ: التشريع الفرنسي :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن التشريع الفرنسي خلا من أي نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وأن النصوص التشريعية وضعت قاعدة عامة تتلخص في عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام الإتفاق على اللجوء للتحكيم لحل منازعاتهم[1] .

وتتمثل هذه النصوص التشريعية في المواد 83،1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم ،والمادة 2060 من القانون المدني الجديد ، فالمادة 1004 تنص على عدم جواز إبرام إتفاقيات التحكيم في منازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة ، وحضورها في الدعوى والمادة 83 تحدد القضايا التي يشترط فيها إخطار النيابة العامة ، وهي المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة .

ثم حدث تعديل للقانون الفرنسي في عام 1972، و أصبحت المادة 1004 هي المادة 2060 والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه "لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن الحالة أو الأهلية أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق ، والإنفصال الجسدي أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات والمؤسسات العامة ، وعموما في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام.

وفي تعليقه على النص الجديد يرى الأستاذ " level"، أن النص الجديد ما هو إلاّ تكرار للنص القديم ، وأن المشرع الفرنسي لم يأت بجديد على الرغم من مرور فترة زمنية طويلة بين النّصين بينما ذهب الأستاذ " rivero" ، إلى عكس ذلك حيث يرى أن النص الجديد أحدث تطورا ملموسا وذلك لأنه أعطى للحظر أساسا أكثر عمقا وحدد الأشخاص التي تخضع للحظر بصورة أكثر دقة[2].

مما سبق يتبين لنا أن النصوص التي تحظر الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية هي نصوص القانون المدني ، ومن المعروف أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن

[1] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص207

[2] ـ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص209

روابط القانون العام ، وأن القاضي الإداري غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الخاص ، فله أن يطرحها جانبا إذا كانت غير متلائمة مع طبيعة العقود الإدارية ولذلك فقد ثار تساؤل هل يلتزم القاضي الإداري بالنصوص المدنية التي تحظر إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟.

يرى البعض أن على القاضي الإداري تطبيق نصوص القانون المدني والتي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في منازعاتها[1].

بينما يذهب الغالبية من الفقه ، إلى عدم الإعتراف لنصوص القانون المدني في المجال الإداري إلاّ بقيمة ثانوية ، وأن المادة 1004من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادة 2060 من القانون المدني الحديث لم تنظم إلاّ مسالة إجرائية ، ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعات الإدارية التابعة للقضاء الإداري .

ب: التشريع المصري

صدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994ونصت مادته الأولى على مايلي "مع عدم الإخلال بالإتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أوالخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا أو دوليا يجري في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ."[2]

وقد اعتبر أنصار هذا الإتجاه أن هذا النص دليل على عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وإستندوا في ذلك للحجج التالية :

1 ـــــ عدم ذكر مصطلح العقود الإدارية صراحتا في نص المادة السابقة ، كما أنه بالرجوع لأحكام لمادة الثانية نجدها قد قامت بتعداد أمثلة للعقود الخاضعة للتحكيم ، وأن الهدف من هذا التعداد هو تجنب النص صراحتا على التحكيم في العقود الإدارية [3].

2 ـــــ وإستندوا كذلك لعنوان القانون ذاته ، حيث أنه يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهذا ، ما يعني إستبعاد العقود الإدارية، كما استندوا أيضا إلى نص المادة 172 من

---

[1] ـــــ المرجع نفسه ، ص210

[2] ـــــ المرجع نفسه ، ص211

[3] ـــوليد محمد عباس ، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2010 ،ص 196

الدستور ، والتي تقضي بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى ، وعليه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية ، بالإضافة إلى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري التي نصت صراحة على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام ، أو الأشغال العامة ، أو التوريد أو أي عقد آخر .

وقد كان تفسير الفقه لعبارة "دون غيرها " التي وردت في النص هو ان يمتنع كل قضاء بخلاف القضاء الإداري على نظر تلك العقود سواء كان قضاءا عاديا أو قضاء التحكيم.

ج: التشريع الجزائري

تبنت الجزائر موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا للتحكيم بشكل عام ، متأثرة بذلك بجملة من العوامل التاريخية ، وقد انعكس ذلك على موقف المشرع من التحكيم في عقود الدولة ، ولمعرفة فلسفة المشرع الجزائري وموقفه نستعرض التطورات التاريخية للنصوص القانونية كالآتي :

1 ــ مرحلة ماقبل صدور قانون الإجراءات المدنية :

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الجزائري سنة 1966[1]، المتضمن الأحكام التي ترعى التحكيم الإختياري ، كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو المطبق في الجزائر بالأحكام التي كان يتضمنها القانون الفرنسي والتي كان ترعى التحكيم في فرنسا ولم يتضمن فصل "التحكيم "في قانون الإجراءات المدنية الذي صدر سنة 1966 أي جديد ، بل تبنى النصوص والأحكام التي تنظم التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت ، هكذا تبنى المشرع الجزائري القاعدة التي تحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم .

2 ــ صدور قانون الإجراءات المدنية :

طبقا لنص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص في فقرتها الثالثة على مايلي:

" لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " ،وعليه فهذه المادة قطعت الشك باليقين في عدم إمكانية لجوء الدولة والأشخاص الإعتبارية العمومية للتحكيم لفض منازعاتها ، وبالرجوع المرسوم التشريعي رقم 03/93 [2]، نجد بأنه نص صراحة على عدم

[1] ــ صدر قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 03 يونيو 1966، ج ر عدد 47

[2] ــ المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27

إمكانية قيام الأشخاص المعنويين التابعيين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلاّ في علاقاتهم التجارية الدولية[1].

وهذا ما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية وقصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام إلى التحكيم على علاقاتهم التجارية الدولية، وكذا وجوب كون أحد الاطراف على الأقل موطنه أو مقره بالخارج ، سواءا أكان شخصا طبيعيا أو معنويا .

ثانيا :الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الإتجاه

أستند الفقه المؤيد لهذا الإتجاه إلى مجموعة من الحجج والأسانيد نوضحها كالآتي :

أ : مبدأ توزيع الإختصاص :

يرتكز أنصار هذه الحجة على وجوب وجود قاضي إداري ينظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها ، ويطبق قواعد القانون الإداري ، وأن السماح بالتحكيم في هذا النوع من العقود يكون له أثر سالب لإختصاص القضاء الإداري بنـــــظر هذه المنازعات وهذا ما يعد مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الإختصاص بين السلطات الإدارية والقـــــضائية ، والذي يمنع القضاء العادي من نظر المنازعات الإدارية أو التدخل فيها [2]، فكيف يتصور أنّ الدولة ترفض منح القضاء العادي سلطة النظر في المنازعات الإدارية ، وتمنح ذلك للمحكميين ، و ما يترتب على ذلك من نتائج مشكوك فيها بالنسبة لقراراتهم .

وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي ذلك ، حيث قضى بأن كل نزاع يتعلق بشخص من أشخاص القانون العام يبقى خارج مجال التحكيم، وذلك استنادا للمبادئ العامة للقانون العام[3].

ب: مبدأ الحصانة القضائية للدولة :

يقوم هذا المبدأ على فكرة السيادة والمساواة بين الدول وعلى ذلك لا يجوز لدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني ، لأن هذا يمس سيادة الدولة الأخيرة ، فكـــــل دولة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى تحرص على أن لا تخضع لغير سلطان القضاء فيها ،وهكذا بإمكان أي دولة بما لها من سيادة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصامها أمام قضاء دولة أجنبية ،

---

[1] ـــــ المادة 442 من المرسوم نفسه

[2] ـــ وليد محمد عباس ، مرجع سابق ، ص111

[3] ـــــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 213

وقياسا على ذلك ذهب البعض من الفقهاء إلى القول أن التحكيم يتعارض مع الحصانة القضائية للدولة ، وذلك لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد بمثابة منظمة أجنبية ، فهو يجري خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية ، كما أن المحكميين المنوط بهم الفصل في النزاع هم أشخاص مختلفة .

ج : مبدأ سيادة الدولة :

ذهب جانب فقهي إلى أنّ إجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية يعتبر مساسا بسيادة الدولة ذلك لأن التحكيم هو سلب الإختصاص للقضاء الوطني ، الذي هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة وإذا كان التحكيم مقبولا في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم البعض فإنه غير مقبول في العقود الإدارية ، سواء كانت وطنية أو دولية .[1]

ثالثا : الأسانيد القضائية المؤيدة لهذا الإتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي سنقوم ببيان بعض هذه الأحكام :

أ : موقف القضاء الفرنسي :

استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ القرن الماضي على فكرة عم جواز الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية حيث لا يجوز سلب إختصاص القضاء الإداري في شأن تلك المنازعات استنادا إلى مبررات النظام العام من ناحية ، ومن ناحية أخرى طبقا لنص المادتين 1004،83 من قانون الإجراءات المدنية ، ولقد إتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفا أكثر تشددا عندما ذهب إلى حظر التحكيم على أشخاص القانون العام بإعتباره مبدأ قانوني وقضائي مستقر ، وسنعرض بعض من هذه الأحكام .

1ـــ قضية الشركة الوطنية S.N.V.S ضد شركة TANGER

تتلخص وقائع القضية في أن الشركة الوطنية لبيع المخلفاتS.N.V.S قد باعت في عام 1947 كمية من الأنابيب لشركة مقرها TANGER في الولايات المتحدة الأمريكية ، وطبقا لنص المادة العاشرة من المرسوم الصادر في 1946/10/15 فإنه يحق لرئيس مجلس إدارة

[1] ـــ جابر جاد نصار ، مرجع سابق ،ص59

شركةS.N.V.Sعندما يتعاقد مع إحدى الشركات الخاصة أن يتفق معها على اللجوء للتحكيم ، وبناءا على ذلك أورد الطرفان شرط التحكيم في العقد المبرم بينهما [1].

ولما ثار خلاف بينهما تم اللجوء لقضاء التحكيم وصدر حكم لصالح الشركة الأمريكية فطعنت شركة S.N.V.S على هذا الحكم ، وتمسكت بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية طبقا لنص المادة 83،1004 من القانون المدني الفرنسي ، في البداية قرر المجلس أن الشركة المذكورة هي شركة عامة تخضع للقانون العام ، وانتهى المجلس إلى إلغاء المادة العاشرة من المرسوم الصادرفي 15أكتوبر 1946 ، والتي تسمح لرئيس شركة S.N.V.S باللجوء إلى التحكيم ، و أخذ مجلس الدولة الفرنسي برأي المفوّض GAZIER ، والذي أوضح أن أساس حظر التحكيم على أشخاص القانون العام لا يكمن في النصوص التشريعية في قانون الإجراءات المدنية فحسب ، بل إنه مبدأ قانوني وقضائي ثابت و مستقر في القانون العام الفرنسي.

2ـــ قضية مجلس الدولة الفرنسي في العقد المبرم بين فرنسا وشركة waltdiseney

في سنة 1986 أرادت فرنسا أن تنشئ مدينة ملاهي أوروبية euro diseney–land ومن أجل تحقيق ذلك أقدمت الدولة بمشاركة أكثر من شخص معنوي عام على التعاقد مع شركة waltdiseney وتم الإتفاق بين الطرفين على أن تتولى الشركة الأمريكية إنشاءالمدينة بأحد المدن الفرنسية الجديدة و أصرت الشركة الأمريكية على أن يتضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين . [2]

وقد طلب وزير التخطيط الفرنسي الفتوى على مدى صحة تضمين هذا العقد لشرط التحكيم وقد قام مجلس الدولة الفرنسي بتحليل هذا العقد ، ودعّم رأيه بعدة مبادئ وهي :

ـــــ إن الإتفاق على التحكيم في علاقات القانون الوطني يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام ، مالم تكن ثمة نصوص تشريعية صريحة أو إتفاقات دولية اندرجت تحت مظلة القانون الداخلي تسمح بمثل هذا التحكيم .

[1] ـــ حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص130

[2] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص216

ـــــ أنّ إتفاقية واشنطن لعام 1965[1]، التي تتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لا تمنح أشخاص القانون العام في فرنسا اللجوء إلى التحكيم ، استنادا إلى أن هذه الإتفاقية معنية ببيان وسائل تسوية المنازعات التي يقرّر الأطراف إخضاعها للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

وعليه يتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسي حريص على عدم سلب إختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، ويسعى في سبيل ذلك دائما لإبطال شرط التحكيم ، ملم يكن له سند تشريعي .

ب : موقف مجلس الدولة المصري :

سنوضح رأي مجلس الدولة المصري من خلال فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في 22 فبراير 1997 ، بشأن العقد المبرم بين الشركة الإنجليزية والمجلس الأعلى للأثار للقيام بأعمال تكميلية خاصة بإعداد الموقع الخارجي لمتحف أثار النوبة ، مع تضمين هذا العقد شرط التحكيم ، وقد تم عرض العقد على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بهدف إستطلاع رأيها .

فكان رأيها عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وذلك إستنادا لكون طبيعة هذه الطائفة من العقود تتنافى مع هذا الإتفاق ، على خلاف العقود المدنية التي تكون فيها إرادة الأطراف حرة وهو الأصل في هذه العقود ، غير أنّ هذه الإرادة مقيدة في مجال القانون العام ، وهذا هو الأصل فيها وحتى تستكمل الإرادة شروط صلاحيتها ينبغي أن يكون هناك تفويض وفقا لمسوغ تشريعي يجيز لها مثل هذه التصرفات ،و أوضحت الجمعية العمومية أن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الإستعمال الطبيعي لحق التقاضي ، أمّا اللجوء للتحكيم فيعني الإستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام ، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها ، وكل ذلك لا تملك تقريره جهة عامة إلاّ بإجازة تشريعية صريحة[2].

---

[1] ــ إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى لسنة 1965 ،المنظمة إليها الجزائر بموجب الأمر 04/95 المؤرخ في 21 يناير 1995 ، ج ر عدد 7

[2] ــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص217

ج ــ موقف القضاء الجزائري :

ذهب القضاء الجزائري ممثلا في مجلس قضاء الجزائر إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ، وعدم أهلية الدولة وهيآتها العامة لطلب التحكيم في بعض أحكامه منها :

ــ قرار المجلس القضائي الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 1986 ـــــ

في نزاع بين شركة "ك ــ ل" ضد المؤسسة العمومية للبناء[1] ، حيث أبرم العقد بينهما في 20 مايو 1983 يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية بغرض توسعة مصنع ، والذي ينص على شرط يتفق الطرفين بموجبه أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائيا وفق نظام الغرفة التجارية الدولية إلاّ أن هذا القرار التحكيمي، الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 20 ديسمبر1985 ، قد ألغي وتصدى القضاء للفصل في هذه المنازعة بإعتبار أن الشرط التحكيمي الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا ، فلم يعترف القضاء بالدفع المقدم من الأطراف بوجود شرط التحكيم في العقد لعدم جواز الإتفاق على ذلك .

الفرع الثاني :الإتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

يقر هذا الإتجاه بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، بإعتبار أنه ليس هناك مانع من إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود ، لاسيما أنّ الإتفاقيات الدولية تجيز ذلك و إستند أنصاره للعديد من الأسانيد لتبرير موقفهم، وقد تم تأييد هذا الإتجاه في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، كما صدرت الكثير من الأحكام القضائية المؤيدة لإمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية وسنقوم من تبيان هذه الأسانيد ، وكذا التشريعات و أحكام القضاء المؤيدة لهذا الإتجاه.

أولا : التشريعات الوطنية المؤيدة لهذا الإتجاه

سنحاول أن نسلط الضوء على بعض التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية في كل من فرنسا ، مصر والجزائر ، و طريقة معالجة كلا منهم لهذا الموضوع .

[1] ــ قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق، ص 186

أ :التشريع الفرنسي :

وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة مفادها عدم جواز التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام وقد أورد إستثناءا من هذه القاعدة وهو حالة وجود نص صريح يبيح لها ذلك [1] ، وسوف نعرض بعض النصوص التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم .

1 ــ قانون 17 افريل 1906

نص هذا القانون على جواز اللجوء للتحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ولكنه وضع مجموعة من القيود ، حيث اشترط :

ـــــ أن يتعلق النزاع بتصفية نفقات عقود الاشغال العامة ، والتوريدات ، مع عدم إمكانية إمتداد هذا القانون إلى أي عقد إداري آخر.

ـــــ أن يتم اللجوء للتحكيم بعد نشوء النزاع (مشارطة التحكيم).

ـــــ موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة ، أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص .

ثم توالت بعد ذلك القوانين التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم [2] ، ففي سنة 1946 صدر قانون أجاز لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في حالة تأميم الدولة لشركات الغاز والكهرباء ، ثم صدر قانون 15 فبراير 1986 حيث نص على السماح للمؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم في حالة النزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الأبحاث مع الهيئات الأجنبية ، وفي 30 ديسمبر 1986 صدر قانون بشأن إجازة شرط التحكيم في هيئة السكك الحديدية الوطنية الفرنسية.

2 ـــ قانون 19 أوت 1986

وبمناسبة قضية euro diseney–land والتي إنتهى فيها مجلس الدولة إلى أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلاّ إذا كان هناك نص في القانون الداخلي أو معاهدة دولية انضمت إليها فرنسا تسمح بذلك ، وحيث أنه لا يوجد لمثل هذا القانون وجود ، فبالنتيجة شرط التحكيم يعتبر باطلا، وعلى إثر ذلك اضطرتالحكومة الفرنسية لإصدار قانون 19أوت 1986 ،

[1] ــ حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ،ص174

[2] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص231

والذي قررت المادة 09 منه السماح للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية ، والمؤسسات العامة في عقودها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية اللجوء للتحكيم في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها وأن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أن يكون العقد دوليا ، ومنه لا ينطبق هذا الإستثناء على العقود الإدارية الوطنية[1].

ب: التـــــشريع الـــــمـــــصـــــري :

1ـــ في إطار القانون رقم 27 لسنة 1994

بعد صدور قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 حدث خلاف فقهي واسع النطاق في تفسير نص المادة الاولى ، فقد ذهب البعض إلى أن نص المادة الأولى من هذا القانون تدل بوضوح على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وعلى العكس من ذلك فقد ذهب البعض الآخر بأن هذا النص يدل على جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية واستندوا في ذلك إلى الحجج الآتية :

- الحجة الأولى :

بما أن العام يظل على إطلاقه ما لم يخصص ، وأنه لا إجتهاد مع وضوح النص وبما أنّ المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد الخاص بتحديد نطاق تطبيق قانون التحكيم تنص على سريان القانون على التحكيم بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع فإن هذا النص يجيز التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

- الحجة الثانية :

لا مناص من قبول التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وإلاّ فإن مجهودات الدولة فيما يخص سياسة الإصلاح الإقتصادي و جذب أموال المستثمرين تكون بلا طائل فلا يكفي تهيئة مناخ الإستثمار أو التشريعات الإقتصادية المشجعة وحدهما .

2ـــ في إطار قانون رقم 9 لسنة 1997

[1]– «par dérogation a l'article 2060 du code civil , l'état , les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés , dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères , pour la réalisation d'opérations d'intérèt national , à souscrire des clauses compromissoire en vue du règlement , le cas échéant définitif ,de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats. »

سارعت الحكومة المصرية بتقديم مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، وذلك نتيجة الخلاف الفقهي الواسع النطاق الذي أثارته المادة السابقة الذكر ، ونتيجة لذلك صدر القانون رقم 09 لسنة 1997وجاءت المادة الأولى منه كالأتي :

"تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون 27 لسنة 1994فقرة ثانية يكون نصها كالآتي:

وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وبذلك يكون القانون المصري قد أجاز صراحة التحكيم في العقود الإدارية بتوافر الشروط التالية [1]:

ـــــ أن ينص العقد صراحة على حل المنازعات التي تنشأ بين الطرفين عن طريق التحكيم .

ـــــ موافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم .

ـــــ لا يجوز للوزير المختص بتفويض إختصاصه بالموافقة على اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

ج : التشريع الجزائري :

إنّ موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية كان أكثر مرونة مقارنة بالتحكيم الداخلي [2] ، وقد مر بمراحل نوجزها كمايلي :

1 ـــــ المرحلة الإنتقالية من سنة1962إلى سنة 1969

وخلال هذه الفترة عرفت الجزائر عددا من النصوص القانونية التي تناولت التحكيم وتطبيقه في المنازعات التي ثارت بين الحكومة الجزائرية وبعض الشركات الأجنبية أهمها :

[1] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ،مرجع سابق ، ص235

[2] ـــ قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق، ص 239

ـــ إتفاقية إفيان لسنة 1962 ، حيث نص الباب التاسع من هذه الإتفاقية تحت عنوان – إعلان يعالج موضوع التحكيم –، وذلك بالنص على أن "جميع التنظيمات المخالفة والدعاوى والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المنصوص عليها في الباب الاول يتعين عرضها على محكمة دولية ....".

كما أنّالإتفاق الخاص بتسوية المنازعات قد تطرق إلى هذه التسوية عن طريق المصالحة أو التحكيم ،وذلك في حالة عدم وجود إتفاق لرفع الدعاوى أمام القضاء ، وتستطيع كل من الدولتين الإلتجاء إلى محكمة العدل الدولية .

ـــ أمّا مرسوم 14 ديسمبر 1963 الصادر تحت رقم 63/364 الذي جاء تطبيقا لإتفاقيةإفيان والذي تعلق بإتفاق جزائري فرنسي يخص موضوع التحكيم ، وبالنسبة لإتفاق 29 جويلية 1965 المتعلق بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية فقد اشتمل على نظام التوفيق ونظام التحكيم [1].

ـــ إتفاقية "سوناطراك" و" جيتي" الأمريكية الموقع عليها في 19 أكتوبر 1968، حيث تضمنت الإتفاقية عدة أحكام لكيفية تسوية المنازعات بين الطرفين ، حيث أشارت إلى عدة طرق من بينها التوفيق والتحكيم .

2 ـــ المرحلة الإشتراكية 1969إلى 1988

إذا رجعنا إلى قانون الصفقات العمومية ، والذي يعتبر المنظم لصفقات المؤسسات العمومية نلاحظ تغييرات كبيرة عرفها ، وكل تغيير يتماشى والظروف المستجدة فبموجب الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية فقد تم التعرض إلى حل المنازعات بالطرق الودية أو اللجوء أمام المحاكم .

أما الأمر 09/74 المؤرخ في 06/30 /1974المتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 ، فنصت على إمكانية اللجوء للتحكيم في حالة الضرورة.

ـــ وبصدور المذكرة الوزارية لسنة 1982الصادرة عن الوزير الأول ، حيث بموجب هذه المذكرة حسمت أهلية المصالح الحكومية للإحتكام الدولي ، حيث تجيز للأشخاص الإعتبارية التابعة

[1] ـ قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 241

للدولة التوجه للخارج لإبرام العقود وخضوعها لنفس النظام الذي يحكم تصرفات الشركات الخاصة ، وهذا ما حصل بالفعل في العديد من العقود الإقتصادية التي أبرمت مع شركات أجنبية .

ـــــ أما المرسوم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 ، المتضمن المتعامل العمومي [1]، فأشار إلى ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق ، كما تعرض إلى تسوية الخلافات التي تثار بمناسبة تنفيذ العقد ،وبهذا تم فتح مجال التحكيم ، بعد تشدّد الجزائر في عدم فتح المجال إلاّ في الحالات الإستثنائية.

ـــــ كما أبرمت الجزائرعدة إتفاقيات قصد الإعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية[2]، أبرزها الإتفاق الجزائري الفرنسي في 1983/03/27 ، تندرج هذه الأخيرة تنظيم فرنسا والجزائر لعلاقتهما الإقتصادية ولتعاونهما ، ولقد جعلت الإتفاقية من التحكيم مرجعا لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود تجارية بين البلدين ، وحددت نظاما تحكيميا متكاملا من أجل ذلك ، حيث تضمنت إتفاق الطرفين وتوجههما إلى تكريس المبادئ القانونية للتحكيم التي أنشات بصفة خاصة من هيئات تحكيم دولية دائمة مثل الغرفة التجارية الدولية .

3 ـــــ مرحلة الإصلاحات ما بعد 1988

– إن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية رقم 01/88 [3]، الذي بموجبه تم منح الإستقلالية للمؤسسات الإقتصادية ، قد تضمن عدّة أحكام تسمح بإدراج شرط التحكيم في علاقتها ولاسيما المادة 20 فقرة 04 ،التي تؤكد حرية لجوء المؤسسات الإقتصادية للتحكيم.

وبالرجوع للقانون 09/08 [4]المؤرخ ،25فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص المادة 3/1006 منه "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "، وعليه فالمشرع الجزائري طبقا لهذه المادة أكد على جواز التحكيم في الصفقات العمومية ، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنّ أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تورد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام هذه

[1] ـأنظر المواد 104،55 من المرسوم 145/82المؤرخ في 1982/04/10 ، المتضمن المتعامل العمومي ، ج ر عدد 15.

[2] ـــ أنظرعلى سبيل المثال الإتفاقية المبرمة مع المغرب في 1963/03/15 ، الجريدة الرسمية لسنة 1963

[3] ـ القانون 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 ، المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، ج ر عدد02

[4] ـ قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

المادة في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية بالنظر للطابع الخاص لهذه العقود [1] ،على خلاف القانون المصري والذي قام بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 في مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 التي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم فيها حيث تنص على "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك ."[2] ، وبالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية نجد بأن الصفقات لا تصح ولا تكون نهائية إلاّ إذا وافقت عليها السلطات المختصة ، وحدد المشرع الجزائري هذه الأخيرة في نص المادة 8 فقرة 2، وما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد أنه نص على إمكانية قيام أي سلطة من السلطات المذكورسابقا بتفويض صلاحياتها في مجال الموافقة النهائية على الصفقة إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها .

ثانيا : الأحكام القضائية المؤيدة لهذا الإتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، والتي سنوضحها كمايلي:

أ : موقف القضاء الفرنسي

القضاء العادي في فرنسا لم يسلّم بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه ، لأنّ المؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية ، وسوف نوضح ذلك من خلال الأحكام التالية :

1 - قضية شركة Société des frères ضد وزارة المرافق التونسية

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة التونسية أبرمت عقد مع شركة" Société des frères " من أجل نقل التكنولوجيا ، وضمنوا العقد على شرط التحكيم في حالة النزاع ،ولمّا ثار النزاع بين الطرفين ، دفعت الحكومة التونسية ببطلان شرط التحكيم لأنه غير جائز في العقود الإدارية و أنّ هذا المبدأ إستقرت عليه أحكام مجلس الدولة التونسي والفرنسي على حد سواء .

[1] ــ بولقواس سناء ، مرجع سابق ، ص88

[2] ــ المرجع نفسه ، ص 88

أصدرت محكمة التحكيم حكمها ، وقضت بجواز التحكيم في العقود الإدارية ، الشيء الذي دفع بوزير المرافق التونسي بالطعن بالإستئناف أمام محكمة إستئناف باريس ، والتي قضت بصحة الإستئناف ، و أوضحت أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي يتعلق بالنظام العام الداخلي الذي يقتصر إعماله على العقود الداخلية فقط ، دون أن يمتد إلى العقود الدولية ، وأن التحكيم في هذه الأخيرة صحيح ومنتج لأثاره.[1]

2 – قضية مالك السفينة Galakis ضد وزارة النقل البحري الفرنسي

تتلخص وقائع هذه القضية أنه تم إبرام عقد سفينة بين وزارة النقل البحري الفرنسية و مالك السفينة Galakis في سنة 1940، وقد تضمن العقد نص على أن يتم تسوية أي نزاع ينشأ عن هذا العقد في محكمة التحكيم بلندن ،وقد حدث خلاف بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد ، مما جعل مالك السفينة يلجأ إلى محكمة التحكيم في لندن ، والتي أصدرت حكمها لصالح مالك السفينة ،و في محاولة مالك السفينة بتنفيذ الحكم بالحصول على أمر التنفيذ من محكمة السين ، دفعت وزارة النقل البحري ببطلان شرط التحكيم ، وذلك لأن التحكيم غير جائز في العقود الإدارية وفقا للقانون الفرنسي وقد إستجابت المحكمة لهذا الدفع ، مما جعل صاحب السفينة يطعن أمام محكمة النقض التي انتهت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، و أوضحت أن الحظر المنصوص عليه في العقود الداخلية لا ينطبق على العقود الإدارية الدولية.

ب: موقف القضاء المصري

سنوضح الأحكام المؤيدة لهذا الإتجاه من خلال الأحكام القضائية التالية :

1 ـــ قضية الشركة الإنجليزية ضد المجلس الأعلى للأثار

تتلخص وقائع هذه القضية أن المجلس الأعلى للأثار أبرم عقدا مع شركة مقاولات إنجليزية للقيام ببعض الأعمال و الإنشاءات وقد إتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لتسوية ما ينشأ بينهما من منازعات ، وقد ثار خلاف بين الطرفين فقررت الشركة الإنجليزية اللجوء للتحكيم ، فقضت محكمة التحكيم لصالح الشركة الإنجليزية ، على إثر ذلك قام المجلس الأعلى للأثار بالطعن على

[1] ــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 239

هذا الحكم أمام محكمة إستئناف القاهرة مستندا إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون المصري ، إلاّ أن المحكمة انتهت إلى صحة إتفاق التحكيم مؤسسة حكمها كالآتي [1]:

– أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تقضي صراحتا بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع .

ـــــ و أن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ومذكرة اللجنة المشتركة للشؤون الدستورية و التشريعية يقطع في الدلالة على قصد المشرع على جواز إشتراط التحكيم في العقود الإدارية وأن ذلك يتفق مع حكمة التشريع وهي مواكبة الجهود الكبيرة التي تبذلها من أجل تهيئة مناخ صالح للإستثماروجذب رؤوس الأموال المستثمرة و إعادة الثقة إلى رجال الأعمال و المستثمرين العرب و الأجانب عن طريق تنظيم قواعد التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها .

ـــــ و أن المادة 85 من قانون مجلس الدولة تعترف ضمنا بشرط التحكيم والصلح في العقود الإدارية وأنه لا يجوز الإستناد لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة للقول بغير ذلك لأن هذه المادة لم تقض بحظر شرط التحكيم في العقود الإدارية و إنما المقصود منها هو بيان الحد الفاصل بين الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء الإداري .

ـــــ بالإضافة إلى أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الإتفاق عليه في أحد العقود الإدارية يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الإلتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود إدارية أو مدنية ، كما يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدولة أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استنادا إلى قيود تشريعية حتى لو كانت حقيقية .

ـــــ و أخيرا فإن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الإتفاق عليه في العقد المبرم مع طرف أجنبي بدعوى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ، من شأنه أن يهز ثـــقة المتعاملين مع الأشخاص العامة في مصداقيتها ويرتب أضرارا بالغة الخطورة بفرص الإستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية الإقتصادية.

[1] ــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص ص 240 ،241

2 ـــ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة في 17ماي 1989

أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، أن ّ المادة 3/58 من قانون مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحتا بجواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك لأنه لو كان التحكيم أمرا محظورا على الإدارة ما كان المشرع ألزمها بضرورة عرض هذا الإتفاق على مجلس الدولة للمراجعة .

و أضافت أنه لا وجه للقول بأن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية دون غيرها طبقا لنص المادة 10 من قانون مجلس الدولة فالمقصود من هذه المادة هو بيان الحد الفاصل بين الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي ولا يجوز أن نتجاوز في تفسير هذا النص قصد المشرع وانتهت الجمعية العامة إلى جواز الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية. [1]

ج: موقف القضاء الجزائري:

لقد ساير القضاء الجزائري موقف المشرع المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها ، ومن الأمثلة على ذلك النزاع الذي قام بين مؤسسة جزائرية وشركة يوغسلافية ، فعرض النزاع على المحاكم الجزائرية ، فأصدر مجلس قضاء الجزائر قرارا يقضي فيه بإلغاء حكم محكمة بئر مراد رايس الذي فصل في النزاع مستندا إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية مقررا عدم الإختصاص بالموضوع ومعترفا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف .[2]

المطلب الثاني: شروط صحة إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

إنَ إتفاق التحكيم ماهو إلاَ عقد يرتب على عاتق طرفيه إلتزامات متبادلة ، و بالتالي وجب أن تتوافر فيه الشروط الشكلية ، والشروط الموضوعية اللاَزمة لصحته ،لأنّ إتفاق التحكيم سيؤدي لسلب الإختصاص من قضاء الدولة ، وجعل القضاء الخاص المتمثل في التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ وتكون متعلقة بهذا العقد ، سنتطرق لهذه الشروط تباعا كمايلي :

---

[1] ـــ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمناسبة عقد أبرم بين وزارة التعمير المصرية ومجموعة العمارة والتخطيط.

[2] ـ قرار المجلس القضائي ، محكمة إستئناف الجزائر ، صادر بتاريخ 04 /1973/07 رقم 119

الفرع الأول : الشروط الشكلية (شرط الكتابة)

إنّإتفاق التحكيم يترتب عليه أثر خطير ، و المتمثل في سلب اختصاص نظر المنازعة من القضاء الوطني للدولة ، ومنح سلطة البت في المنازعة التي تنشأ في هذا النوع من العقود ، المشروط باللجوء للتحكيم لقضاء التحكيم ، و انطلاق من هذه الخطورة فقد اتجه الرأي في ظل برتوكول جنيف 1923 ،1927 إلى ترك الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها للتأكد من وجود شرط التحكيم

غير أنّ الواقع العملي كشف عن تباين في مواقف الدول ، ما أدى إلى إحداث إضطراب في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية ، فمثلا أرادت الدول اللَاتينية إحاطة إتفاق التحكيم بضمانات تجعله يخرج من دائرة التصرفات الرضائية ، وجعله تصرفا شكليا يدور وجودا وعدما مع الكتابة[1] وعلى العكس من ذلك ،فإن التشريعات الأنجلوسكسونيةاعتبرت الكتابة شرطا للإثبات فقط ، وعليه يجوز الإتفاق على التحكيم شفويا أو ضمنيا .

أولا: مـــوقــف المـــعاهــدات الــدولـــيـــة

أ – موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958[2]

طبقا لنص المادة 02 من إتفاقية نيويورك أن : "تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم ..." ، وعرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المقصود بإتفاق التحكيم بقولها :"ويقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات "[3] ، ولقد إختلف الفقه في تفسير المادة السالفة ، فرأى البعض بأن الكتابة ركن لصحة إتفاق التحكيم وليست بالعنصر الخارجي المتطلب للإثبات فقط ، في حين رأى البعض الآخر بأن الكتابة وفقا لهذه الإتفاقية تعد شرط صحة وليست شرط إثبات .

وأرجع شرط الكتابة المنصوص عليه في إتفاقية نيويورك لتسهيل الإعتراف بقرارات التحكيم خارج بلد المنشأ ، وبإعتبار أن هناك دولا كانت قوانينها الوطنية أكثر تحررا من هذه الإتفاقية

---

[1] ـــــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 262

[2] ــ إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتضمنة الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية ، المنظمة إليها الجزائر بموجب المرسوم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 ، ج ر عدد 48

[3] ـــــ عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم (الكتاب الثاني) منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت،2008 ،ص151

بإجازتها أن يكون إتفاق التحكيم شفويا ، وهنا ذهب جانب من الفقه للقول بأن المادة السالفة الذكر هي الحد الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه متى كان القانون الوطني يتضمن نصوصا أكثر شدة من ما جاء في الإتفاقية كما أنّ الإتفاقية تمثل الحد الأدنى في ذات الوقت ، والذي يتعين أن لا يقبل ما هو أقل مما ورد فيها في حين ذهب البعض الآخر من الفقه ، إلى أن الدول لها الإبقاء على قوانينها الوطنية إن كانت أكثر تحررا ، واستندوا في ذلك لنص المادة 7 من الإتفاقية ، والتي تنص : "لاتخل أحكام هذه الإتفاقية بصحة الإتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الإعتراف لأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الإستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ".

ب ـــ الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري لسنة 1961

نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الإتفاقية على أن " إتفاقية التحكيم الناتجة على شرط تحكيمي مدرج في عقد ، وتلك الناتجة عن إتفاق تحكيمي بموجب عقد أو إتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء ، أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو إبراق بواسطة التلكس ، وفي العلاقات مابين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر إتفاقية التحكيم أية إتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين " ، من خلال هذه المادة نستنتج أنّ الإتفاقية من حيث المبدأ تطلبت أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا ، غيرأنها لم تستلزم أن يأخذ إتفاق التحكيم شكلا معينا ، غير أنها وضعت إستثناءا متعلقا بالعلاقات بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي ، وهنا إعتبرتالإتفاقية أن إتفاقية التحكيم هي التي تكون معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين.

ج ـــ إتفاقية القانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة 1985

نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه :"يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا ، ويعتبر الإتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال السلكي و اللاّسلكي تكون بمثابة سجل إتفاق ، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود إتفاق ولا ينكره الطرف الآخر ، وتعتبر

الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة إتفاق تحكيم ، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزاء من العقد."[1]

وعليه فإن القانون النموذجي للتحكيم الدولي لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب وبالنتيجة، فإن الإتفاق الشفهي في مفهوم هذا القانون يعتبر صحيحا.

ثانيا: مـــوقـف الـتشـريـعات الـــوطـــنية

أ موقف القانون الفرنسي :

نص المشرع في نص المادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي لسنة 1980 على وجوب كتابة شرط التحكيم في العقد أو في أي مستند يحيل إلى ذلك وإلاَ كان التحكيم باطلا ، ومن هنا نطرح السؤال عما إذا كانت هذه القاعدة تنطبق على إتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي ؟.

لقدأجابت عن هذا التساؤل المادة 1495 من المرسوم الداخلي للتحكيم لسنة 1980 ، والتي تنص على أنه عندما يكون التحكيم دوليا خاضعا للقانون الفرنسي لا تنطبق نصوص الباب الأول والثاني والثالث من هذا الكتاب إلاَ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ، بمعنى أن شرط الكتابة المنصوص عليه في هذه المادة لصحة إتفاق التحكيم الداخلي لا يسري على التحكيم الدولي[2] ، إلاَ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ، مما جعل بعض الفقه يذهب إلى القول أن القانون الفرنسي لم يأتي بأي قاعدة تتعلق بالشكل في التحكيم الدولي .

الشيء الذي يترتب عليه أن الكتابة ليست شرط لصحة إتفاق التحكيم ، مايجعلإتفاق التحكيم قد يكون شفاهة وقد ينشأ ضمنيا ، غير أنّ هذا الـــــــــــــــــرأي قـــــد تعرض للإنتقاد من ناحيتين ، الأولى هو نص المادة 1449 على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم تقديم النسخة الأصلية للحكم بالإضافة لإتفاق التحكيم ، أمّا الناحية الثانية فتتمثل في انضمام فرنسا لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تتضمن شرط الكتابة ، ومن ثمَ فإتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا.

ب ـــ موقف القانون المصري :

اشترط قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 لصحة إتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا أي أن الكتابة في إتفاق التحكيم هي شرط لانعقاداتفاق التحكيم وليس للإثبات فقط ، حيث رتب

[1] ـ عبد الحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص152

[2] ـــ خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص293

القانون على تخلف الكتابة بطلان إتفاق التحكيم وذلك طبقا لنص المادة الثانية عشر من القانون والتي تنص: " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلاَ كان باطلا ..."

وعلى ذلك يكون المشرع المصري قد أخرج إتفاق التحكيم من التصرفات الرضائية و اعتبره تصرفا شكليا يستوجب الكتابة ، غير أن الملاحظ أن ّالمشرع المصري أضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة فلم يشترط صيغة معينة أو شكلا معينا ، ولذلك اكتفى بوجود رسائل متبادلة أو برقيات مكتوبة تظهر بوضوح رغبة الأطراف اللجوء لقضاء التحكيم [1].

ج ـــ موقف القانون الإنجليزي :

اشترط التشريع الإنجليزي والتشريعات التي سارت على نهجه الكتابة كشرط لإثبات إتفاق التحكيم وليست كشرط لصحته ، وقد نصت المادة 07 من قانون التحكيم الإنجليزي على أنّ إتفاق التحكيم "إتفاق مكتوب ويشمل الإتفاقات الضمنية عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لإخضاع المنازعات التي نشأت بين الطرفين أو ستنشأ مستقبلا للتحكيم . "[2].

د ـــ موقف القانون الجزائري :

طبقا لأحكام القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، نجد أنّ المشرع الجزائري نص صراحة على أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا ، سواء في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها [3].

وحتى في ظل المرسوم الرئاسي 09/93 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية ولا سيما المادة 458 مكرر1 ، كانت تشترط وجوب الكتابة .

الـــــفرع الـــــثاني : الشـــروط المـــــــوضوعية

إلى جانب الشروط الشكلية يتعين لصحة إتفاق التحكيم توافر جملة من الشروط الأخرى ، وهي الشروط الموضوعية المعروفة في كل العقود الأخرى ، وهي تلك المتعلقة بالرضا ، والمحل ، والأهلية

---

[1] ـــ المادة 12، الفقرة2 ، من القانون 27 لسنة 1994 تنص: "..إذا تضمنه محررأو غيره من وسائل الإتصال المكتوبة..."

[2] ـــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص265

[3] ـــ المواد :1008، 1012 ، 1040 من القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

أولا : الر ضـــا

لا ينعقد إتفاق التحكيم إلاَ بتوافر رضا الطرفين ، وذلك لكون إتفاق التحكيم عقد رضائي ويستلزم الرضا في إتفاق التحكيم أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر وتبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية ، لكونه إستثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات .

وإذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود بإعتبار أنّ الطرفان سينتهيان لوضع إتفاقية مكتوبة سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه ، لكن الصعوبة تثار في حالة ما إذا إقتصرإتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة ، والبرقيات ..إلخ .

وحتى يقع الإيجاب صحيحا لا بد أن يشير صراحة إلى كون الهدف من وراء إتفاق التحكيم هو تنحية النزاع من ولاية القضاء ، وأن يتم تحديد النزاع بدقة.

والأصل أنّ صاحب الرسالة ليس ملزم بالبقاء على إيجابه بل يمكنه الرجوع عنه مادام الموجه إليه لم يقبله [1]، لكن الوضع مختلف في حالة تحديد مدة معينة فإنه يتعين عليه البقاء على إيجابه ، ولا يستطيع العدول عنه طوال المدة المتفق عليها ، أمّا القبول الذي ينعقد به إتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب و يشترط في القبول أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كل ماتناوله من مسائل سواءا كانت جوهرية أو ثانوية ، وأن يتم القبول في الميعاد المحدد لذلك [2].

وقد ذهب بعض الفقه إلى التوسع في مفهوم الرضا ، وذلك إنطلاقا من أن التحكيم ليس بالضرورة أن ينشأ من عقد خاص بين الطرفين ، وإنما يمكن أن ينشأ عن طريق وجود إتفاقية دولية بين طرفين أو متعددة الأطراف تتعلق بحماية الإستثمار ، وفيها بند ينص على إحالة خلافات الإستثمار إلى التحكيم فالإستثمار بمثابة إيجاب من الدولة يتضمن موافقتها في أي نزاع متعلق بالإستثمار ، فإذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى التحكيم وفقا لهذه الإتفاقية فهنا يكون تلاق بين الإيجاب والقبول ، وقد إستند هذا الإتجاه في العديد من القضايا ومنها :

---

[1] ـــ علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر ، 2008

[2] ــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، 272

ـــــ قضية شركة AAPL ضد حكومة سريلانكا ـــــ

تتلخص وقائع هذه القضية في إتفاق شركة AAPL وهي من هونغ كونغ مع حكومة سريلانكا بمقتضاه تقوم هذه الشركة بتطوير وسائل حفظ المأكولات البحرية ، ولم يتضمن هذا العقد شرط بعرض النزاع على التحكيم ، إلاَ أن القوات المسلحة السريلانكية هدمت الشركة ، مع العلم أن كل من هونغ كونغ وسريلانكا قد إنضمتالإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار ، والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمارICSID فقامت شركةAAPL برفع دعوى قضائية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، وهنا دفعت حكومة سريلانكا بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع إستنادا لعدم وجود إتفاق التحكيم ، غير أن محكمة التحكيم أعلنت اختصاصها بنظر النزاع إستنادالإتفاقيةالإستثمار ، وهو ما إشتهر في فترة التسعينات بين مراكز التحكيم الأوربية و الأمريكية ، وقد أوضح مركز "ICSID " أن إختصاص المركز يصبح آليا دون حاجة لعقد تحكيمي لأنه يبني إختصاصه على إتفاقية حماية الإستثمار ، والتي تحيل إلى حل المنازعـــــــــة بواسطة التحكيم مركز ICSID.

غير أن جانب من الفقه يرى أن إتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون معدوما ، لأنه إذا كانت الدولة قد قبلت في إتفاقية حماية الإستثمار بالتحكيم ، فإن هذا التحكيم لا يوضع موضع التنفيذ إلاَ بالإتفاق عليه ، ويبقى التحكيم معطلا في غياب العقد التحكيمي ، وهذا ما تؤيده أيضا مقدمة إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965، والتي تتضمن قواعد تؤكد الحاجة إلى وجود عقد تحكيمي ، حيث تشير مقدمة الإتفاقية :"تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الإقتصادية ولأهمية الدور الذي تؤديه الإستثمارات الدولية في هذا المجال ونظرا إلى أنه من الممكن أن تنشب منازعات متعلقة بهذه الإستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الاخرى المتعاقدة ، مع التسليم بأن هذه المنازعات يمكن حلها بالطرق القانونية الوطنية إلاّ أنه من الأفضل أن يتم تسويتها عن طريق أداة دولية خاصة لهذا الغرض ومن هذه الأداة التحكيم ، وتستطيع الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى أن يطرحوا ما نشب بينهم من منازعات على قضاء التحكيم إذا ما أرادوا ذلك ولا بد من توافر رضا الطرفين المشترك على عرض هذه المنازعات على قضاء التحكيم مع ملاحظة أن الدول الموقعة

على هذه الإتفاقية لا تعتبر بمجرد التصديق عليها أو إقرارها أو قبولها ملزمة بعرض أي نزاع على التحكيم ".

ثانيا : المـــــحـــــل

محل إتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ، ويشترط القانون في محل العقد أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام و الأداب العامة ، وإلاَ وقع إتـــفاق التحـــكـــيم بـــــاطـــــلا ، والحكمة من عدم جواز الإتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة الـــــــــــــــــعامة وإشرافها التي يعنيها أن تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل [1] .

وباعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الأجنبية تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها ، ولهذا يأخذ قضاء التحكيم بفكرة النظام العام الدولي ، فالمحكمون مكلفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي ، ومتى كان إتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي فقد رأت بعض أحكام التحكيم ببطلان إتفاق التحكيم ومن ثم عدم إختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع ، في حين أن بعض أحكام التحكيم قررت إختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع ، وكمثال عن الإتجاهين نورد الحكمين التاليين :

ـــــ قضية الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية ـــــ

وتتلخص وقائع القضية في إعلان الحكومة الأرجنتينية عن مناقصة دولية من أجل إقامة محطة كهربائية بها ، ومن بين اللذين تقدموا لتلك المناقصة شركة بريطانية تعاقدت مع وسيط أرجنتيني للسعي لدى حكومته لإرساء الصفقة عليه مقابل حصوله على قيمة عشرة بالمائة (10) %من قيمة العقد ، غير أنّ المجهودات التي بذلها هذا الوسيط لم تفلح فقد تم إرساء الصفقة لصالح شركة ألمانية غير أنه وإثر سقوط النظام السياسي في الأرجنتين قامت الحكومة الجديدة بالإعلان عن مناقصة أخرى و إستطاعت الشركة البريطانية الحصول عليها ، وطلب الوسيط الشركة البريطانية العمولة

---

[1] ـــــ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دار الفكر الجامعي،2007 ، ص 38

التي سبق الإتفاق عليها على أساس أنّ تعاقدها كان نتيجة لمجهوداته السابقة ، غير أنّ الشركة البريطانية رفضت ذلك ، وتم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بباريس ، وبعد إطلاع للمحكم على المستندات تبين له أن العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين كان بقصد دفع رشاوى للموظفين من أجل رسو المناقصة على الشركة البريطانية ، وبالرغم من الجهود التي قام بها الوسيط إلاَ أنه لايمكن التغاضي عن كون العمولة المتفق عليها رشوة ، وأنه بوجود مبدأ قانوني عام معترف به من قبل الأمم المتحضرة هو أن العقود التي تنتهك بشدة النظـــــام العام الدولي عقـــــود غير صحيـــحة ، وتنطوي على انتـــــهاك شـــديد لـلنظام العام الدولي لا يمكن أن يكون محـــل للـــتحـــكيم ومـــن ثـــم فـــقد فـــقدوا كـــل حـــق في اللـــجـــوء إلـــى الـــعدالة ، و انتهت محكمة التحكيم لعدم اختصاصها .

ـــ قضية الحكومة الإيرانية و المشروع الفرنسي

تتلخص وقائع هذه القضية في تعاقد إحدى المشروعات الفرنسية مع وسيط إيراني كي يستخدم نفوذه لدى حكومته لتمكينها من القيام بتنفيذ عقد الأشغال العامة ، وهنا اتفق الطرفان على عمولة يتم دفع نصفها عند التعاقد على أن يتم دفع النصف الآخر عند إتمام الصفقة ، وقد نجحت مساعي الوسيط وتعاقد المشروع الفرنسي مع الحكومة الإيرانية وهنا تنكر المشروع الفرنسي للوسيط ولم يدفع له الجزءالمتبقي من العمولة ، وباعتبار أن العقد تضمن عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية بباريس وهو ما تم بالفعل ، وفي الحكم التحكيمي انتهى المحكم إلى أنه على الرغم من أن المدعي وهو الوسيط رفض الكشف عن طبيعة مهمته لدى الحكومة الإيرانية ، إلاَ أنه استخلص من خلال وقائع القضية موضوع النزاع أنه كان من كبار الموظفيين العموميين ، وكان له تأثير كبير على صانعي القرار وهو ما أدى لنجاح تعاقد المشروع الفرنسي دون غيره من المشروعات ، وباعتبار أنه صدرت عدة تشريعات متعاقبة لمكافحة و إستغلال النفوذ في بلد الوسيط ، ولما كان العقد محل النزاع يخالف النظام العام الدولي ، فإن محكمة التحكيم قضت ببطلانه ، ورفضت طلب المدعي [1].

[1] ـــ علاء الدين محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص298

وقد إستحسن جانب من الفقه هذا الإتجاه ، فعلى المحكم نظر النزاع المطروح عليه وإن كان يحمل في طياته مخالفة النظام العام الدولي ، و أن يقضي ببطلان حكم التحكيم ، لا سيما و أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن المحكم يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه .[1]

ثـــــالثا: الأهـــــليـــة :

لا يصح إتفاق التحكيم إلاَ إذا كان تعبيرا عن إرادة حرة لطرفيه ، فإنه يتعين أن يكون أطرفه سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم [2] ، وقد نصت المادة 1006فقرة 1، من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، والتي جاءت كما يلي : "يمكن لكل شخص اللجوء للتحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها". وقد أخذت معاهدتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقّع العقد متمتعا بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي ، و إلاَ كان الحكم التحكيمي قابلا للإبطال .

ومن أهم المشاكل التي أثارها إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية هو أهلية الدولة وقدرتها على إبرام إتفاق التحكيم ، وإن كان المشرع الجزائري قد نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود ، إلاّ أن بعض التشريعات لم تنص صراحة على ذلك ، ولذلك ذهب بعض الفقه للقول بأن الدولة تتمتع بالأهلية لإبرام إتفاق التحكيم وأرجعوا ذلك لقيام الدولة بإدارة مشروعات إقتصادية عملاقة ومؤسسات كبيرة ذات نفع عام فإذا كانت تفتقر إلى الأهلية لما كانت لها القدرة على إدارتها ، فالواقع يثبت تمتع الدولة بالأهلية الكاملة في إدارتها لأموالها العامة والخاصة ، وهو مايعطيها الحرية التعاقدية في إبـــرام إتـــفـــاقـــات الـــتحـــكيم المتعلقة بتلك الأموال وتـــكون هـــذه الأخيرة صحيحة ، و استندوا في ذلك لكونه تصرف قانوني غير مخالف للنظام العام الدولي ، وهو المرجع الذي ينبغي الإستناد إليه للحكم بصحة أو بطلان إتفاق التحكيم.

بالنسبة للمشرعين الكويتي والجزائري فقد حددا الأهلية اللاّزمة لإبرام إتفاق التحكيم بأنها أهلية التصرف وذلك من خلال المادة 3/173 من قانون المرافعات الكويتي والتي تنص على : "ولا يصح التحكيم إلاَ ممن له أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه.." ونص المادة 1006من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له

---

[1] ـــ المادة 1030من القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

[2] ـ خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 291

مطلق التصرف فيها " ويرجع لزوم أهلية التصرف لكون إتفاق التحكيم يعني التنازل عن الحق في اللجوء إلى قضاء الدولة بما يوفره هذا الأخير من ضمانات تقليدية للتقاضي ، إلى جانب أنه قد يترتب عليه فقدان الحق المتنازع عليه إذا قضى المحكمون لغير صالحه .

لقد نصت المادة 2/177 من القانون السويسري على أنه :"إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها طرفا في إتفاق التحكيم فإنها لاتستطيع أن تستند إلى قانونها الوطني لتثبت عدم أهليتها على الإتفاق على التحكيم " ، وهو ما أيدته محكمة إستئناف باريس في أكثر من حكم.

كما أن بعض التشريعات نصت على أنّ اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية يتوجب أولا الحصول على الترخيص بذلك ومثال ذلك نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري رقم 09 لسنة 1994 على أنه بالنسبة للعقود الإدارية يكون إتفاق التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك .

ونص المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 المتضمن نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على :"لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلاَ بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم. "

وفيما يتعلق بموقف القضاء من حكم إتفاق التحكيم في حالة ما إذا لم يتضمن هذه الموافقة ، فهل الإتفاق يلحقه البطلان أم يظل صحيحا منتجا لجميع أثاره ؟

إنقسم الفقه إلى قسمين ، فذهب قسم منهم إلى أن إقدام الشخص المعنوي على إبرام إتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الجهة المختصة يعد من قبيل الخطأ المرفقي ويرتب مسؤولية هذا الأخير قبل المتعاقد الآخر ، ويكون إتفاق التحكيم في هذه الحالة عديم الأثر ، في حين ذهب البعض الآخر للقول متى لجأ الشخص المعنوي العام إلى إبرام إتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص فإنه يصبح ملزما به [1]، وبالرجوع إلى أحكام إتفاقية نيويورك بشان الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لا نجد نصا يحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية ، ومن ثم فواضعوا الإتفاقية تركوا تقدير أهلية أطراف التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ ، ونرى أن السبب الكامن وراء ذلك هو تخوف واضعي الإتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف ، ونظرا كذلك لإختلاف قواعد الإسناد وتعذر وضع نصوص موحدة .

[1] ــ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ،ص303

وبالرجوع للأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الخصوص نجد بأنها تقضي بصحة إتفاق التحكيم على الرغم من عدم الحصول على الترخيص الذي يشترطه القانون الوطني للدولة ، وهو ما يمكننا إستنتاجه من مختلف الأحكام الصادرة والتي لم تحصل فيها الدولة على الترخيص وهناك العديد من الأمثلة على ذلك : كقضية المشروع العام السوري مع الشركة الألمانية ، قضية الهيئة العامة التونسية ضد شركة جزر الأنتيل الهولندية [1]، وقد رأى جانب من الفقه بأن إتجاه أحكام التحكيم منطقي وصحيح لأن تمسك الشخص المعنوي العام بالقيود المفروضة عليه في تشريعه الداخلي لا يعد بالحجة المقنعة فمن الناحية القانونية فالإستناد لهذه القيود يعد مخالفة لمبدأ حسن النية ، أمّا من الناحية العملية فإعمال هذه القيود سيؤدي إلى اهتزاز الثقة وهوما سيلحق الأضرار البالغة في مثل هذه التعاملات، كما يرى

جانبمنالفقهإلىأنالجزاءالمترتبعلىعدمحصولالإدارةالمتعاقدةعلىالموافقةجزاءتأديبييبينظمهالقانونالذييحكم العلاقةبينالإدارةوالوزيرالمختص.

[1]ــ حيث قضت محكمة استئناف باريس "أن الهيئة العامة التونسية التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية معنوية مستقلة وبنظام مالي مستقل يؤهلها للدخول في جميع الأنشطة التجارية الدولية والتحمل بالإلتزامات الناتجة عنها " .

الفـــصـــل الثـــــانـي

الخصومة التحكيمية في عقود الإدارة الدولية

(على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

إذا كان التحكيم فضاء إجرائي من نوع خاص يستند إلى إرادة الأطراف المتنازعة فإن الخصومة التحكيمية تبدأ بمجرد أن يعلن أحد أطراف العقد في تحريك إجراءات التحكيم ضد الطرف أو الأطراف الآخرين وفق إتفاقية أو مشارطة التحكيم .

ولمّا كانت الخصومة التحكيمية تعني الإستعاضة عن القضاء الوطني وتطبيق قضاء من نوع خاص يختاره الأطراف المتعاقدة طبقا للعقد المبرم بينهما ،مما يعني مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصم أو المحكم [1] .

يتعين على ذلك تشكيل الأطراف المتنازعة في هذا النوع من الخصومة الهيئة التحكيمية التي تنظر في هذا النزاع ، هذه الأخيرة يتوجب أن تتوفر فيها الشروط المحددة طبقا للقانون والإتفاقيات الدولية ، كما يتعين عليها أن تفصل في النزاع طبقا للقانون المختار من قبل أطراف الخصومة التحكيمية متى نص إتفاق التحكيم على ذلك ، وذلك تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة ، أو إختيار أي قانون آخر يكون له صلة مع العقد المبرم أو مع أطراف المتنازعة .

تصل الخصومة التحكيمية إلى نهايتها ، وذلك بعد صدور حكم التحكيم ، والذي يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط استوجبها قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وسنقوم في هذا الفصل ببيان كيفية إصدار هذا الأخير ، وكذا كيفية الإعتراف و تنفيذه وإمكانية الطعن فيه باعتبارأنّ هذا الحكم قد يكون مشوبا بعيب ، مايعطي للطرف المتضررمنه الحق في الطعن فيه بالبطلان ، مبرزين الاوجه المختلفة للبطلان وكيفية تنظيم قانون الإجراءات المدنية والإدارية لذلك.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي :

المبحث الاول : سير الخصومة التحكيمية في العقود الإدارية الدولية

المبحث الثاني : صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه

[1] ــ عمر زودة ،الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء،أنسيكلوبيديا للنشر ، الجزائر ، ص287

المبحث الأول : سير الخصومة التحكيمية

قد يثور نزاع بين الأطراف المتعاقدة في إطار عقود الإدارة الدولية ، مما يجعل الأطراف تعرضه على محكمة التحكيم وذلك وفقا لإتفاق أو مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المتنازعة .

إن أول إجراء يقوم به الأطراف هو تشكيل الهيئة التحكيمية بأي طريقة ارتضوها في إتفاق التحكيم إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة أو عن طريق القضاء ،قد يحصل أن لا تتوفر في المحكم الشروط القانونية الواجبة مما يثير مسالة رده ، ما أن يتم تشكيل هذه الهيئة لنظر النزاع ، يبدأ عمل المحكمون في إختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة فقد يكون القانون المطبق هو القانون المختار من قبل الأطراف وفي هذه الحالة لا يثار أي إشكال ، ولكن قد يحدث وأن لا يشير الأطراف المتنازعة في إتفاقية التحكيم إلى تطبيق قانون معين على النزاع الذي قـــد ينشأ بينهم ، مما يستوجب على المحكم البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه.

سنتناول هذا المبحث كالآتي :

المطلب الأول : تشكيل محكمة التحكيم

من المبادئ العامة المتفق عليها في التحكيم ، حرية أطراف النزاع في تعيين هيئة التحكيم ، سواءا مباشرة بإختيار أسمائهم من الأطراف ، أو بطريقة غير مباشرة بإحالة الأمر إلى جهة ثالثة تتولى جهة التحكيم مثل الإتفاق على أحد مراكز التحكيم ، أو عن طريق القضاء ، وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى هذه النقاط كالآتي :

الفرع الأول : كيفية تعيين المحكمين

حددت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] كيفية تعيين المحكميين حيث جاء فيها "يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكميين أو تحديد شروط تعيينهم أو إستبدالهم .

في غياب التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكميين أو عزلهم أو إستبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما ياتي :

[1] ــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر بتاريخ2004/04/23،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

1 ـــــــــ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم ،إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2 ـــــــــ رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر ."

يتبين من خلال هذا النص أنه هناك ثلاث طرق يتم بموجبها تعيين المحكميين ، قد يكون عن طريق التعيين المباشر للأطراف أو بطريقة غير مباشرة ، وذلك بالرجوع إلى نظام مركز تحكيمي أو من قبل رئيس المحكمة في حالة غياب هذا التعيين أو صعوبته .

أولا : التعيين المباشر للمحكميين من قبل الأطراف

يمكن للأطراف مباشرة كما تؤكده المادة 1041أعلاه ، تعيين المحكم أو المحكميين وتحديد شروط تعيينهم ، سواء كان ذلك التعيين مدرجا في شرط التحكيم ، أو كان إتفاق تحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ، وتختلف الإجراءات الخاصة بإختيار أو تعيين المحكميين طبقا لنوعية التحكيم الذي يختاره الطرفان ، فإذا كان التحكيم خاصا ـــــــ Ad hoc ـــــ أي دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية ، فيتولى الطرفان إختيار محكم واحد أو عدة محكميين ، وفي أغلب الأحيان يتولى كل طرف في النزاع إختيارأو تعيين محكم واحد ، ومن ثمّ يتولى المحكمان الإثنان تعيين محكم ثالث ، يسمى بالمحكم الرئيس

أو المرجح [1].

يتمتع الأطراف في هذه الحالة بحرية مطلقة في تشكيل المحكمة التحكيمية الدولية كم يشاؤون وبالعدد الذي يرتؤونه والمواصفات التي يحددونها والطريقة التي يرغبون فيها .

ثانيا : التعيين بالإشارة إلى نظام مركزتحكيمي دائم

تسمح المادة 1041 أعلاه للأطراف إختيار التحكيم المنظم أو المؤسسي لتسوية المنازعات التي قد تطرأ أو طرأت بينهم ، وفي هذه الحالة يتم التحكيم وفقا للقواعد التي تتبعها المؤسسة التحكيمية ، وهذه القواعد هي التي تحدد كيفية إختيارالمحكميين ، وفي الغالب تعد المؤسسة قائمة تشتمل على أسماء أشخاص متخصصين ، لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات والقوانين ، وللأطراف أن تختار ما تشاء من تلك الأسماءولها أيضا أن تختار من خارج القائمة الخاصة بتلك المؤسسة ، والأمر متروك لحرية

[1] ـــ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 136

الطرفين المتنازعين [1] مع ملاحظة أن مهمة المؤسسة التحكيمية تنظيم التحكيم فقط ، فليس لها صلاحية الفصل في النـــــــــزاع ، وإنما يتولاه المحكمون المختارون ، ومن الواضح أن الأطراف اللذين قبلوا بنظام مؤسسة تحكيمية يخضعون بذلك إلى نظام تعيين وعزل وإستبدال المحكميين المنصوص عليها في المؤسسة وعليهم التقيد به .

ثالثا : تعيين المحكميين عن طريق القاضي الوطني :

إنّ تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكميين يكون عادة عندما يختار الأطراف التحكيم الخاص وإستثناءا عندما يختارون التحكيم النظامي أو المؤسسي ، إذا ثار نزاع بين أحد طرفي التحكيم وبين مركز التحكيم الذي إتفق الطرفان على إدارته للتحكيم حول بعض الإجراءات التي إتخذها المركز أو التي كان يتعين عليه إتخاذها أو بسبب وجود نقص في لوائحه ، في هذه الحالة سوف يجد القضاء نفسه مدعوا إلى التدخل لحسم النزاع القائم بين الطرفين أو لمواجهة النقص في لوائح المركز [2].

كثيرا ما يرفض أحد الأطراف تنفيذ إلتزامه النّابع من إتفاقية التحكيم ويمتنع عند نشوب النزاع عن تعيين محكم ، هذه الوضعية من شأنها أن تؤدي إلى شل التحكيم ، وهو ما أدى بمعظم الدول السماح في قوانينها الداخلية بتدخل القاضي لمد يد المساعدة لضمان استمرارية التحكيم وذلك بتعيين محكم للطرف المتقاعس أو المحكم الثالث في حالة عدم توصل الأطراف إلى إتفاق بشأنه في التحكيم الخاص ، أمّا في حالة التحكيم المنظم ، فالهيئة أو المركز هو الذي يقوم بتعيين المحكميين في حالة رفض الأطراف كما سبق ذكره .

فالقاضي الجزائري من خلال نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يتدخل في تشكيل هيئة التحكيم إلاّ إستثناءا تاركا الحرية الكاملة للطرفين في إختيار محكمهم ، أو إختيار نظام تحكيم يتولى المهمة ، فهو لا يتدخل إلاّ في حالة غياب التعيين أو في حالة صعوبة تعيين المحكميين .

فالقاعدة التي أقام عليها القانون الجزائري تسمية المحكمين هي الحرية التامة لسلطان الإرادة والمحكمة لا تتدخل إلاّ لوضع إرادة الأطراف الواردة في إتفاق التحكيم موضع التنفيذ ، إذا لم يتمكن الأطراف

---

[1] ـــــ المرجع نفسه ، ص135.

[2] ــ مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ،التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، لبنان الطبعة الاولى ، 1998 ، ص190.

والمحكمون من تنفيذها ، فإذا لم يتفق طرفا التحكيم على إختيار المحكمين أو على الطريقة التي يتم بها الإختيار ، فإن القضاء يحق له ذلك بناءا على طلب أحد الطرفين بشروط ، وهي كالآتي [1] :

- أن يكون هناك إتفاق على التحكيم ، يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة .

-يجب أن لا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم أو تعيين محكم التحكيم الخاص.

- يجب أن يقدم أحد طرفي التحكيم إلى المحكمة طلبا لتعيين المحكميين .

فإذا توفرت هذه الشروط حق للجهة القضائية المختصة المساعدة على تشكيل المحكمة ،مع ملاحظة أن تدخل القاضي الوطني ليس تدخلا في شؤون التحكيم ، بل هو مساعدة للتحكيم حتى يستطيع أن يسير في إجراءاته ، فالمحاكم القضائية لا تنظر هنا في النزاع بل تساعد المحكمة التحكيمية على النهوض للنظر بالنزاع[2] .

الفرع الثاني : المحكمة المختصة بالمنازعات الناتجة عن تشكيل محكمة التحكيم

في مختلف التشريعات الوطنية المعمول بها في مجال التحكيم الدولي تقوم الدولة بتحديد القاضي الذي يتدخل في حال وجود أي عائق يعرقل السير الحسن لإجراءات التحكيم ، والتشريع الجزائري على غرار التشريعات الوطنية الأخرى ، فلقد أعطى المشرع الجزائري قاضي الدولة اختصاصات تستهدف إقرار التكامل بين عمل القاضي والمحكم ، بحيث يكون الدور المتمم للقاضي في عملية التحكيم سواء في تشكيل محكمة التحكيم أو تذليل الصعوبات أثناء نظر النزاع ، وقد أعطى هذه المهمة إلى رئيس المحكمة غير أنه فرّق بين ما إذا كان التحكيم يجري بالجزائر أو بالخارج ، بحيث تنص المادة 1041 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "...

في غياب التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكميين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

1 ـــــ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ،

2 ـــــ رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول في الجزائر .

---

[1] ـــــ المرجع نفسه ، ص188

[2] ـــ حدادن طاهر ، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2012 ، ص 35

وعليه فإن تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى هذه المادة مرتبط بمكان إجراء التحكيم.

أولا ـــ التحكيم يجري في الجزائر:

عند عدم تعيين المحكميين أو في حالة صعوبة تعيينهم ، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم ، فالعبرة إذن في مكان إجراء التحكيم ، وهو الذي تم الإتفاق عليه في إتفاقية التحكيم .

لكن في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الإتفاقية ، فإن الإختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان الإبرام أو مكان التنفيذ ، وذلك ما نصت عليه المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص كمايلي : "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في إتفاقية التحكيم ، يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ ".

ثانيا ـــ التحكيم يجري في الخارج :

عندما يجري التحكيم في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فلا يطرح أي إشكال ، فعندما يتعذر تعيين المحكميين أو استكمال هيئة التحكيم فإنه على الطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر .

الفـرع الثـالـث : إسـتبدال ورد الـمحـتكمـين

يمارس المحكم دورا مشابها للقاضي ، لذا يجب عليه أن يتحلى بما يتحلى به القاضي من أخلاق وسلوكيات ، و أدبيات و إلتزامات قانونية ، فالمحكم عندما يتولى التحكيم فهذا يعني أنه حاز ثقة الأطراف وهي ثقة مستمرة منذ بدء التحكيم وحتى نهايته ، وهي مرتبة أدبية عالية المستوى تفرض مجموعة من السلوكيات و الأدبيات وكل إخلال من المحكم بهذه السلوكيات يعرضه لإجراءات الرد وعليه نتطرق أسباب الرد ، و إجراءاته .

أولا : أسبـاب الـرد :

يقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المثول أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون وطبقا للشروط التي يحددها [1].

[1] ـ البطاينة عامر فتحي ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، دالر الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، عمان ، 1998 ، ص98

لم تحدد بعض التشريعات أسباب الرد ، تاركة المجال للأطراف في تحديد الأسباب التي تراها جدية [1] ومن التشريعات من سوّت بين المحكم والقاضي فيما يخص أسباس الرد [2]، أما القانون الجزائري ، فقد حددت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أسباب الرد والتي تتمحور أساسا حول مبدأ سلطان إرادة الأطراف وتوفر الشبهة المشروعة في إستقلالية المحكم ، فتنص :"يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

1 ـــ عندما لاتتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف ،

2 ـــ عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف ،

3 ـــ عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه ،أو شارك في تعيينه ، إلاّ لسبب علم به بعد التعيين .

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.."

ثانيا : إجراءات رد المحكمين

على خلاف التشريعات العربية التي اعتمدت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 ، لم يحدد المشرع الجزائري في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بوضوح إجراءات رد المحكمين مكتفيا بالقول "...في حالة النزاع ، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد ، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل هذا الأمر غير قابل لأي طعن ."

وللوقوف على إجراءات رد المحكم ، يتعين التطرق إلى طلب الرد ، ثم المحكمة المختصة للنظر في الطلب وفي الأخير الأثار المترتبة على قرار القاضي .

أ ــ طـــــلب الـــــــرد :

المبدأ المكرس في مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري هو حرية الطرفين في الإتفاق على إجراءات رد المحكم ، لكن في حالة غياب أي إتفاق في هذا الشأن يتعين على الطرف الذي يعتزم رد

[1] ــ من هذه التشريعات قانون تحكيم سلطنة عمان ، قانون التحكيم المصري ، إتفاقية عمان العربية للتحكيم

[2] ــ أنظر المادة 749 من القانون الليبي ، المادة 516 القانون السويسري ، المادة 770 من القانون اللبناني

المحكم أن يقدم طلبه كتابة إلى المحكم الذي يعتزم رده على أن يقوم بتبليغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد طبقا لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

إذا تم قبول طلب الرد الذي تقدم به أحد الأطراف ، سواءا من الطرف الآخر أو المحكم ذاته فلا إشكال في ذلك ، وإلاّ أحيل النزاع سواء من طرف مقدم الطلب أو من هيئة التحكيم إلى رئيس المحكمة المختصة الذي يصدر أمره في ذلك .

ب ـــــ المحكمة المختصة :

طبقا لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] والتي تنص :"يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكميين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم .

في غياب التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكميين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

1 ـــ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ،

2 ـــ رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

فإذا لم يتضمن نظام التحكيم المتفق عليه إجراءات رد المحكمين ، أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد ، ينبغي على الطرف الذي يهمه التعجيل أن يقدم طلبه :

ـــ إذا كان التحكيم يجري في الجزائر : إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم إذا كان ذلك محددا في إتفاقية التحكيم ، أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الإتفاقية فإن الإختصاص يؤول للمحكمة التي في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ طبقا للمادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

---

[1] ـ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر في 2008/04/23 ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21 ـ

[2] ـــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر في 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

ـــــ **إذا كان التحكيم يجري في الخارج :** إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإن طلب الرد يقدم إلى رئيس محكمة الجزائر.

ويتعين أن يقدم طلب الرد كتابة إلى المحكمة المختصة ، بعد دفع الرسم القضائي ، يبين طالب الرد الأسباب التي يستند عليها ، وعليه إثبات توفر سبب الرد .

إن المشرع لم يحدد مدة لتقديم طلب الرد ، فيمكن لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب رد أو عزل المحكم منذ تعيينه وقبل إقفال باب المرافعة أو صدور الحكم [1].

المطلب الثاني : القـــانون الـــواجـــب التـــــطبيق

يتمتع أطراف النزاع بحرية كاملة في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم ، بينهم [2] سواء فيما يخص القانون الإجرائي أو القانون المطبق على موضوع النزاع وقد يعود الإختصاص في تحديد هذا القانون إلى الهيئة التحكيمية .

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية

طبقا للمادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص : "يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم ، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم ، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم .

إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات ، عند الحاجة ، مباشرة أو استنادا إلى قانون أونظام التحكيم ."

وعليه فقد عددت هذه المادة حالات لإختيار القانون الإجرائي ، بحيث كرست مبدأ سلطان الإرادة لمّا منحت الأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات في إتفاق التـــــحكيم مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي و أخذت المادة نفسها في الحسبان عدم إتفاق الأطراف على تحديد القانون الإجرائي ، فهنا تتولى محكمة التحكيم تحديده مباشرة ، أو بالإستناد إلى قانون معين أو بالإستناد إلى نظام تحكيمي.

يتبين من هذه المادة أنها تعطي للأطراف ثلاثة خيارات لإختيار القانون الإجرائي وهي :

أ – **الخيار الاول** :أن يضبط الأطراف الإجراءات اللّازمة الإتباع بصفة مباشرة في إتفاق التحكيم ، وهذا المأخوذ به في أغلب القوانين المقارنة ومنها القانون الفرنسي في المادة1494.

---

[1] ـــــ فوزي محمد سامي ،مرجع سابق ، ص290

[2] ـــــ فوزي محمد سامي ،مرجع سابق ، ص166

ب – الخيار الثاني : مفاده أن يحدد للأطراف في إتفاق التحكيم قواعد الإجراءات المعمول بها في نظام تحكيمي معين ، بمعنى أن للأطراف حرية الأخذ بنظام مركز معين أو هيئة تحكيمية في إتفاق التحكيم وإن كان هذا يؤدي إلى توسيع مجال حرية الإرادة في قانون التحكيم و ما ينجر عنه من أثار إيجابية تجعل التحكيم أكثر مرونة إلاّ أن هذا الخيار قد ينجر عنه مساوئ وعراقيل كما هو المجال في إغفال إجراء جوهري أو إدراج إجراء مخالف للنظام العام ولحقوق الدفاع في نظام معين .

ج – الخيار الثالث : يمكن الأطراف من تحديد قانون الإجراءات وفقا لقانون وطني معين ، قد يكون قانون الطرف الجزائري أو الأجنبي ونلاحظ بوضوح إستبعاد تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق ، كما استبعد الإحالة المباشرة إلى قواعد إجرائية لقانون مكان التحكيم .

إلاّ أننا نشير إلى بعض الأحكام المنظمة لهذه المسألة في المادة 1046فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص : "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ، مالم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك ." فهذه المادة تعطي لمحكمة التحكيم اختصاص البت في التدابير الوقتية والتحفظية.

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] والتي تنص : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الإختيارت فصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ."

وعليه وطبقا لهذه المادة هناك حالتين يستطيع المحكم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وهما :

أولا : القانون المتفق عليه من الأطراف

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف قد تكون القانون الجزائري وقد يكون أي قانون آخر ، فالمادة 1050 المذكورة أعلاه تؤكد حرية الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة فقد خوّل ، الأطراف إنشاء قواعد قانونية مختلفة لكي تنظم وتطبق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم ، ومثال على ذلك أن يتفق الأطراف في عقد نموذجي أو قواعد محددة وضعتها منظمة متخصصة كمنظمة التجارة الدولية ، أو مزيجا من القواعد كأن يختار الأطراف

[1] ــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر في 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

القانون المدني الجزائري لكي يحكم ضمان العيوب ، ويختاروا لمسألة التأخير نصوص القانون الفرنسي ...إلخ ، وعليه فهيئة التحكيم تطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون المختار دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف صراحة على ذلك .

ويرى بعض الفقه ضرورة تقييد هذه الحرية وعدم تركها على إطلاقها على أنه في جميع الأحوال يجب أن يراعي الأطراف في إختيارهم القانون المطبق على موضوع النزاع القواعد المتعلقة بالنظام العام فإذا كان التحكيم يجري في الجزائر فإنه يجب مراعاة المصالح العليا للمجتمع إقتصادية كانت أو إجتماعية أو سياسية ، فعلى سبيل المثال ، المنازعات المتعلقة بالعقار، لا تقبل التسوية بطريق التحكيم ولا يجوز للمحكمين الفصل فيها وفقا للقانون الأجنبي إذ تعتبر العقارات جزء من إقليم الدولة فلا يصح أن تخضع التصرفات الواردة عليها إلاّ للقانون الجزائري .

وقد تتجه إرادة الأطراف إلى إختيار قانون دولة معينة ليكون المطبق في النزاع أو لقانون أحد الأطراف ، ومثال الأحكام الصادرة في هذا الشان الحكم الصادر عام 1993 لصالح الطرف الجزائري مجهز السفينة ، وشركة الملاحة الفرنسية بحيث قضت محكمة التحكيم بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري ، إذ كان الطرف الجزائري قد دفع بالمادة 25 من العقد الذي يربطه بالجانب الفرنسي والتي مفادها أن يخضع النزاع للقانون المختار من طرف المحكمين [1].

ثانيا : عدم تحديد القانون المطبق

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ."، يتضح من النص أنّ المحكم في ظل القانون الجزائري يتمتع بسلطة واسعة ، فهو يختار القانون الذي يرى أنه أكثر إرتباطا و إتصالا بالنزاع ، وأمام مرونة النّص الجزائري قد يجد المحكم أن القانون الأكثر إتصالا بموضوع النزاع ، هو قانون إبرام العقد ، أو مكان تنفيذه ، أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم ، المهم أنّ المشرع لم يقيد إرادة الأطراف وبالتالي قد يختار المحكم أي قانون ، لكن الواقع العملي أثبت على صعيد التحكيم الإداري الدولي أن التحكيم يميل أكثر إلى قانون محل إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ تأسيسا على الإرادة الضمنية للأطراف .

[1] ـــــ قرار رقم 34776 صادر بتاريخ 1985/03/23 ، المجلة القضائية عدد04 ، سنة 1989 ، ص 129

المبحث الثـــاني : صدور حكم التحكيم وإمـــــكانية الـــــطـــعن فـــــيه

يتقرر الإختصاص بعد أن تتشكل محكمة التحكيم ويتحدد أعضاءها المكونون لها وبعد أن تبت في مسألة إختصاصها بصفة إيجابية ، مع ما يتبع ذلك من تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الإجرائي والموضوعي ، تبدأ المحكمة في تفحص نقاط النزاع الموضوعية ، وتنهي عملها الموكول إليها بإصدار حكم قطعي في المنازعة المعروضة عليها ، يضع حدا نهائيا لها ، وهذا هو الهدف الأوّل المسطر من طرف الأطراف والمحكمة ذاتها .

وبعد صدور الحكم التحكيمي الذي يتمتع بالصفة و الأثر القضائيين ، فإنه يوضع موضع التنفيذ على أنه يحفظ للأطراف حق الطعن في الحكم عن طريق الطعن فيه .

المطلب الأول : شروط إصدار الحكم التحكيمي وأثاره

بمجرد إنتهاء هيئة التحكيم من نظر النزاع فإنها تبت في موضوع النزاع بحكم تحكيمي ، قائم على الطلبات المقدمة له أثناء التحكيم ، وقد حدد المشرع الجزائري جملة من الشروط الواجبة التوافر فيه حتى يكون هذا الأخير صحيحا ومنتجا لأثاره .

الفرع الأول: شروط إصدار حكم التحكيم في العقودالإدارية الدولية

ترتبط بحكم التحكيم مجموعة من الشروط التي تعد جوهرية ولا يمكن مخالفتها ، كرسها المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فمن بين هذه الشروط ماهو مرتبط بشكلية حكم التحكيم أو بميعاد صدوره ، أو مرتبط بتسليمه.

أولا : الشروط المرتبطة بالشكل

أ- **الكتابة** : طبقا للمادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما تستوفي شروط صحتها ." وكذا أحكام المادة 1053 من نفس القانون والتي تنص :" تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 ، أعلاه بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل " ، وكذا المادة 1029 والتي تنص " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين " ، الملاحظ من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه لم ينص صراحتا على أن يكون حكم التحكيم مكتوبا غير أنه يستشف من المواد المذكورة ، على عكس المادة

458 مكرر13 من المرسوم التشريعي 09/93[1]، والتي كانت تنص بصريح العبارة على أن يكون حكم التحكيم مكتوبا ، كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى اللغة التي يجب أن يحرر بها حكم التحكيم ، بل ترك الحرية للأطراف لإختيار اللغة التي يرونها مناسبة كما أنه لم يشير إلى شرط ذكر أسماء المحكمين إذ ينص فقط على التوقيع ، وهي حالات لا تدخل في الطعن بالبطلان .

مع الإشارة إلى أنه من بين الشروط الموضوعية التي حددتها إتفاقية نيويورك طبقا للمادة 33 هي أن يكون القرار مرفوقا بترجمة إلى لغة البلد الذي يراد الإعتراف والتنفيذ فيه إن لم يكن القرار قد جاء بهذه اللغة .

ب – التسبيب : يقوم الحكم على أسباب واقعية وقانونية وبذلك يعد التسبيب بيانا للحجج والأدلة التي اعتمد عليها المحكم في إصدار القرار، وهي ضمانة الأطراف النزاع من تعسف المحكميين ، و أغلب التشريعات اشترطت تسبيب الأحكام التحكيمية وعلى نحوها سار المشرع الجزائري الذي اشترط تسبيب الأحكام في نص المادة 1027 الفقرة 2 [2]والتي تنص " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة " ، وعدم التسبيب يمكن أن يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم ويتبين ذلك من خلال المادة 1056[3] المتعلقة بمجالات الطعن بالإستئناف التي تنص على الإستئناف إذا لم يتم تسبيب الحكم ، أو تضارب الأسباب فالمشرع لم يمنح الحرية للأطراف في تسبيب القرار أو عدم تسبيبه أي إهمال مبدأ سلطان الإرادة ، فالمشرع الجزائري اعتبر التسبيب في التحكيم موضوع يتعلق بالنظام العام .

ج – التوقيع : اشترط المشرع الجزائري التوقيع على الحكم التحكيمي من خلال المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين .

وفي حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين ."

---

[1] ــ المرسوم التشريعي 09/93 ، المؤرخ في 25 أفريل 1993 ، المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27

[2] ــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ،الصادر في 2008/04/23، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر،عدد21

[3] ــ القانون نفسه .

يتضح من النص أعلاه أن التوقيع إجباري غير أن إمتناع أحد المحكمين عن التوقيع لا يعيب الحكم التحكيمي ، ولا ينقص من آثاره شريطة أن ينوه المحكمون الآخرون عن هذا الرفض في الحكم.

د – التاريخ : وهو مانصت عليه المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،و المقصود به تاريخ النطق بالحكم من إصداره في الميعاد الممنوح للمحكمين ، غير أن إغفاله لا يؤدي إلى بطلان الحكم إذا ثبت إيداعه خلال الميعاد المحدد لذلك .

ه – مكان صدور القرار التحكيمي : وهو مانصت عليه المادة 03/1028 وهو تحديد محل مقر محكمة التحكيم وهو ما يسمح بتحديد القضاء المختص بتلقي الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي .

ثانيا : الشروط المتعلقة بميعاد إصدار حكم التحكيم

يتعين على هيئة التحكيم إصدار الحكم التحكيمي المنهي للنزاع خلال المدة المحددة لإصداره ونادرا ماتحدد العقود الإدارية الدولية مدة معينة ، تقوم خلالها المحكمة التحكيمية بإصدار حكم تحكيمي [1]وقد يقوم الأطراف بتحديد هذا الميعاد مباشرة في إتفاق التحكيم أو بطريقة غير مباشرة كالإحالة إلى مركز التحكيم .

ينتهي الأمر بإصدار المحكمين للحكم التحكيمي خلال المدة المتفق عليها ، غير أن محكمة التحكيم قد لاتتمكن من الفصل في النزاع المعروض عليها خلال هذه المدة ، في مثل هذه الحالة يجوز للأطراف الإتفاق على تمديد ميعاد إصدار الحكم التحكيمي ، وهنا يتفق الأطراف على تحديد مدة معينة في التمديد بانقضائها يتعين أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع بحكم بات ، لكن السؤال يثور في حالة عدم إتفاق الأطراف على التمديد ؟.

نص المشرع صراحة على هذه المسألة على أنه في حالة عدم إتفاق الأطراف على تمديد الأجل فإن الأجل يتم تمديده وفقا لنظام التحكيم ، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة [2] ولم يقم المشرع الجزائري بتحديد أجل معين للتمديد ، وإن كانت في الحالة الأولى والتي يتم فيها التمديد وفقا لنظام التحكيم يمكن أن تكون محددة في هذا الأخير .

---

[1] ــ أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار (دراسة مقارنة) ، مؤسسة شباب الجامعة ،الإسكندرية ، مصر، ص90

[2] ــ المادة 2/1018 من القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر في 2008/04/23، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

إنّ المشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في أحكام التحكيم من خلال جعل هذه المدة أربعة أشهر وهو ما أغفله المرسوم التشريعي 09/93[1]، غير أنّ هذا النّص قد لا يضمن السرعة في الفصل في حالة إتفاق الأطراف سواءا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على أجل لإتمام المحكمين للمهمة التحكيمية والتي قد يزيد عن أربعة (04) أشهر ، ويرجع عدم تحديد هذه المدة ابتداءا وتحديدها في حالة عدم إتفاق الأطراف تكريسا لمبدأ حرية الأطراف وكذلك لندرة وجود إتفاق تحكيم يحوي على ميعاد لإصدار حكم التحكيم ، بالإضافة إلى أن الأطراف المتنازعة يتعذر عليها عند إبرام إتفاق التحكيم بالوقت الذي سيستغرقه حل نزاعاتهم لجهلهم بهذا النزاع وبطبيعته وكذا درجة تعقيده .

لم يقم المشرع الجزائري بتحديد المدة التي يجب بعد إنقضائها على المحكم الفصل في النزاع في حالة التمديد ، ونص على صحة إتفاق التحكيم وإن لم يحدد أجل لإنهائه ، وفي هذه الحالة ألزم المحكمين بإتمام مهمتهم في ظرف 04 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم[2]، ولقد جعل المشرع الجزائري مد أجل التحكيم مرتبط بموافقة الأطراف بعد أن أقر بإمكانية قيام الأطراف بتحديد هذا الأجل وهو مايستنتج بمفهوم المخالفة لأحكام المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ثالثا : الشروط المتعلقة بتسليم حكم التحكيم

يعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف ، لا يعد حكم التحكيم حكما بالمعنى الفني الدقيق إلاّ من التاريخ الذي الذي يخرج فيه عن ولاية الهيئة التحكيمية ، وقبل هذا التاريخ يعد بمثابة مشروع حكم تتدخل فيه هيئة التحكيم بالحذف أو التعديل أو بالإضافة .

وقد اختلفت التشريعات في مسألة إيداع حكم التحكيم ،فطبقا للقانون الفرنسيو الإنجليزي يتم إيداع حكم التحكيم في مركز التحكيم المؤسسي أو الحر الذي انعقد فيه التحكيم ، أو في قلم كتاب إحدى المحاكم القضائية في الدولة التي صدر على إقليمها .

وبالنسبة للقانون المصري أوجب إيداع حكم التحكيم في كتابة ضبط إحدى المحاكم القضائية المصرية ، حيث نصت المادة 47 من قانون التحكيم لسنة 1994 على أنه يجب على من صدر الحكم

[1] ــ المرسوم التشريعي 09/93 ، المؤرخ في 25 أفريل 1993 ، المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27

[2] ــ المشرع المصري جعل مدة إصدار حكم التحكيم خاضعة لإتفاق الطرفين ، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديد هذه المدة أوجب أن يصدر الحكم خلال 12 شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم .

لصالحه أن يودع أصله أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها أو ترجمة لها باللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة في كتابة ضبط محكمة إستئناف القاهرة أو في قلم كتابة أي محكمة إستئناف أخرى يتفق عليها الطرفان ويحررکاتب المحكمة ، محضرا بهذا الإيداع ويكون لكل طرفي التحكيم الحصول على هذا المحضر .

لا نجد نصا مماثلا للنص السابق في القانون الجزائري ، بل اكتفى المشرع بإلزام الطرف الذي صدر الحكم لصالحه بإيداعه بأمانة المحكمة في حالتين :

الحالة الأولى في تنفيذ أحكام المحكمين وهنا يقوم الطرف الذي يهمه التعجيل بإيداع حكم التحكيم سواء النهائي أو الجزئي أو التحضيري بأمانة ضبط المحكمة[1] ، أما الحالة الثانية وهي في حالة الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر ، وذلك طبقا للمادتين 1051 ، 1052 من القانون 09/08.

الفرع الثاني : الأثار المترتبة عن صدور حكم التحكيم في عقود الإدارة الدولية

يترتب على صدور القرار التحكيمي أثري هامين وهما :

أولا : إكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيئ المقضي فيه

نصت على ذلك المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيئ المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه ." ، فقد أحسن المشرع الجزائري بالنص صراحة على حجية أحكام التحكيم ، معتبرا هذه الحجية أثرا من أثار الأحكام التحكيمية [2] مسايرا الفقه الحديث القائل بأن حجية الشيئ المحكوم فيه ، هي مركز قانوني إجرائي ينشأ عن العمل القضائي يترتب عنه إلتزام أطراف الخصومة بمنطوق الحكم ، كما يلتزم القاضي في إجراءات لاحقة باحترام هذه الحجية إذ يمتنع عن الفصل في النزاع من جديد ، وحجية الشيء المقضي فيه ، لا تثبت إلاّ للأحكام القطعية والأصل أنها لا تثبت إلاّ لمنطوق الحكم وما اشتمل عليه من أسباب والنقاط التي تم الفصل فيها بالحكم صراحة أو ضمنا ، وتمت المواجهة في شأنها بين الخصوم وملزمة للمحكمين وللقضاء الوطني ، مع عدم الإحتجاج بها على الغير .

[1] ــ المادة 1035 من قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر في 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

[2] ــ محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير في التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996، ص164

والعلّة أو الأساس القانوني لإقرار الحجية لقرارات التحكيم هي الإتفاق القائم بين الخصوم على عرض نزاعهم على التحكيم للفصل فيه ، وعليه فإلتزام الأطراف بالحكم مبني على رضائهم المسبق .

ثانيا : إنهاء مهمة هيئة التحكيم

نصت على هـــذا الأثـــر الـــمـــادة 1030 الفقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه ."، وعليه فبمجرد صدور الحكم التحكيمي وحسمه للنزاع فإنه يضع حدا لمهمة الهيئة التحكيمية ، ويكون بمثابة إذن بنهاية إجراء التحكيم .

ونتيجة لذلك لايحق لهيئة التحكيم أن تتناول الحكم الذي أصدرته بأي تعديل أو تغيير ، إلاّ إذا كان ذلك لتصحيح أخطاء مادية أو حسابية ، والقاعدة في ذلك هو أن المحكمة التي أصدرت الحكم في الحقيقة أقدر على تصحيحه أو تفسيره من غيرها ومعنى ذلك أن سلطة الهيئة التحكيمية في التصحيح تقتصر على منطوق الحكم الصادر منها ، وعلى الأخطاء المادية فقط ، وإذا كانت التشريعات تعطي الحق لهيئة التحكيم في تصحيح أحكامها كما سبق توضيحه فإنها تعطي للهيئة التحكيمية في تفسير قراراتها وهذا ما نصت عليه المادة 1030 الفقرة02:"غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه ، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون ." ، والحكم الصادر بتفسير الحكم أو تصحيحه ، يعتبرحكما موضوعيا مكمّلا للحكم الأصلي ، ويسري عليه مايسري على هذا الحكم من قواعد متعلقة بطرق الطعن.[1]

المطلب الثاني : طرق الطعن في أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية

إن مبدأ عدم المساس بالأحكام التحكيمية بعد صدورها ضرورة ملحة لإستقرار الحقوق والمراكز القانونية ، وهذا الإستقرار لا يتحقق إلاّ إذا اكتسب الحكم المعني حصانة تحول دون المساس به سواء بتعديله أو بإلغائه ، غير أنه من ناحية أخرى نجد هذه الأحكام تصدر عن بشر ليسوا معصومين من الخطأ ، سواءا كان متعمدا أو غير متعمد [2].

[1] ــ أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، 1988، ص718

[2] ــ مناني فرح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2010 ،ص178

وباعتبار أنّ المحكم لايستمد ولايته من المشرع ، وإنما من إتفاق التحكيم ، فإذا كان الإتفاق باطلا أو منعدما ، انعدم الأساس الذي يستمد منه المحكم ولايته ، فيصير القرار الصادر منه في حكم العدم [1].

على هذا الأساس أقرّت التشريعات و المعاهدات الدولية طرقا مختلفة للطعن ضد قرارات التحكيم في عقود الإدارة الدولية ، وذلك لكي لا يصدر المحكمين قراراتهم باستخفاف وخارج مبادئ الإنصاف وبطريقة غير شرعية .

وعليه سنحاول الإجابة في هذا المطلب على التساؤلات التالية :

ماهي طرق الطعن المقررة في أحكام التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية ؟ وماهي الأسباب التي يمكن الإستناد عليها في الطعن على هذا النوع من الأحكام ؟ وماهي الأجال القانونية لذلك ؟

ميّز المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الوطنية الأخرى ، بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج ، والأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالجزائر والتي سنتطرق إليهما كالآتي :

الفرع الأول : الطعن ضد الأحكام التحكيمية في العقود الإدارية الدولية الصادرة في الخارج

تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه ".

بمفهوم المخالفة يفهم أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لا يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان في الجزائر ، وهوالحل المعتمد في القانون الفرنسي في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد ، ويرى بعض الفقه[2] ، أن الإتجاهالمنتهج يستحق التأييد لأنه يشجع على التوزيع الدولي للإختصاص القضائي بين الدول تجاه أحكام التحكيم الدولي ، بحيث يعترف للقاضي الفرنسي حق إبطال أحكام التحكيم الصادرة في إقليمه لكن يمنع عليه القيام بذلك في الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج .

[1] ــ البطاينة عامر فتحي ، مرجع سابق ،ص147

[2] ــــTerkiNoureddine , L'arbitrage commércialinternational en Algérie, OPU, Alger ,1999 ,p131

ذلك هو الشأن بالنسبة للقاضي الجزائري ، لأن أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية الصادرة في الخارج غير قابلة للطعن مباشرة ، فلن يكون ذلك إلاّ بطريقة غير مباشرة من خلال الطعن بالإستئناف سواء ضد أمر رئيس المحكمة القاضي بالإعتراف والتنفيذ أو ضد الأمر القاضي برفض الإعتراف والتنفيذ وطبقا لنص المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القرارات الصادرة تطبيقا لمادتين 1055 و1056 قابلة للطعن بالنقض .

أولا – الإستئناف :طبقا لأحكام المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الأمر القاضي برفضالإعتراف أو برفض التنفيذ يكون قابلا للإستئناف ، غير أن المشرع الجزائري قيد الإستئناف ضد الأمر القاضي بالإعتراف والتنفيذ ، واستلزم فيه الشروط ذكرت على سبيل الحصر .

فعندما يعرض طلب للإعتراف وتنفيذ حكم تحكيمي أجنبي على رئيس المحكمة فإننا نكون أمام فرضين ، فقد يستجيب رئيس المحكمة للطلب فيقوم صاحبه بتبليغه إلى المعني بالتنفيذ ويحق لهذا الأخير إستئناف هذا الأمر ، وقد يرفض رئيس المحكمة الإستجابة للطلب فيحق لمقدم الطلب إستئناف الأمر .

وعليه فما المقصود بالإعتراف والتنفيذ ؟

أ- المقصود بالإعتراف والتنفيذ للأحكام التحكيم الدولية

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالإعتراف في حين نجد أنّ الفقه قدم بعض التعريفات فالبعض يرى أن " الإعتراف يعني أن الحكم صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف"[1]، فيما يعرفه آخر "أن طلب الإعتراف بالحكم التحكيمي ، إجراء دفاعي يلجأ إليه حين تتم مراجعة المحكمة بطلب يتعلق بنزاع سبق أن عرض على التحكيم ، فيثير الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه قوة القضية المقضية ولإثبات ذلك فإنه يبلغ الحكم إلى المحكمة التي يطرح النزاع أمامها من جديد ويطلب منها الإعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي في النقاط التي حسمها [2] ، فهو يتميزعن التنفيذ ، ففي الإعتراف يتذرع الطرف المحكوم لصالحه بما قضى به الحكم التحكيميوبطلب الإقرار له أنه صدر بشكل صحيح .

أمّا الأمر بالتنفيذ فيعرف بأنه الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا وبأمر بمقتضاه يتمتع حكم التحكيم وطنيا كان أو أجنبيا بالقوة التنفيذية ، فهو نقطة الإلتجاء بين القانون الخاص

[1] ــ أحمد هندي ،تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر، 2001 ، ص24

[2] ـــــ عبد الحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص 502

والقانون العام[1] ، وعلى عكس الإعتراف الذي يقال عنه أنه إجراء دفاعي فإن التنفيذ إجراء هجومي ، فلا يطلب من القاضي الإعتراف بوجود الحكم التحكيمي ، بل يطلب منه إعطاء الحكم التحكيمي الدولي القوة المعطاة للحكم القاضي في تنفيذ الأحكام ، والتنفيذ يذهب أبعد من الإعتراف[2] ، ولا ينفذ حكم التحكيم إلاّ إذا أمرت دولة التنفيذ بتنفيذه ، طبقا للقواعد المتبعة لديها ، وقد ألزم القانون استصدار الأمر لأن حكم التحكيم هو عمل صادر من قضاء خاص ، ولأن المحكمين ليست لهم سلطة الأمر التي يتمتع بها قضاة الدولة ، لذلك لا بد من تدخل قاضي الدولة ليعطي قوة تنفيذية لقرار المحكمين عن طريق ما يسمى بالأمر بالتنفيذ ، لكن ذلك يجب أن يكون وفق شروط وتبعا لإجراءات لا بد من إحترامها وإلاّ رفض الإعتراف والتنفيذ ، والتي سنتطرق لها كمايلي :

1-شروط الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ."، وتنص المادة 1052 من نفس القانون "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا بإتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما ، تستوفي شروط صحتها ." ، وتنص المادة 1053 من القانون أعلاه " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل ."

وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يلزم القاضي قبل منح الإعتراف والتنفيذ التأكد من توفر الشروط القانونية للإعتراف والتنفيذ ، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يميز بين الإعتراف والتنفيذ بشكل واضح ، فرقابة القاضي على طلبات الإعتراف أو التنفيذ هي نفسها وتستوجب نفس الشروط ، على ضوء ماسبق يتبين أن الإعتراف والتنفيذ لا يتم إلاّ إذا تم إثبات وجود الحكم التحكيمي ، وأن لا يكون هذا الحكم مخالف للنظام العام الدولي.

2 – الجهة القضائية المختصة بإستصدار أمر الإعترافأوالتنفيذ:

تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي .

---

[1]–FouchardPhillippe,Gaillard Emmanuel ,Et Goldman Berthold, Traité de L'arbitrageCommércialIntèrnational , edlitec Paris et delta Liban ,1996,P 904

[2] ـــــ عبد الحميد الاحدب ، المرجع نفسه ، ص503

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا في خارج الإقليم الوطني ."

لم تنص هذه المادة بخصوص الإعتراف في حين نصت في فقرتها الثانية على المحكمة المختصة بالاستصدارالأمر بالتنفيذ وهو مرتبط بمقر التحكيم على النحو التالي :

ـــــ إذا كان مقر التحكيم موجودا في الجزائر ، فإن المحكمة المختصة هي التي صدر في دائرة اختصاصها الحكمالتحكيمي.

ـــــ إذا كان مقر التحكيم موجودا في خارج الجزائر، فإن رئيس محكمةمحل التنفيذ هو المختص .

أما بخصوص أمر الإعتراف بالحكم التحكيمي ، فإذا كان طلب الإعتراف فرعيا أي مرتبط بالطلب بالتنفيذ فإنه يخضع لنفس القواعد المذكورة ، أما إذا كان طلب الإعتراف أصليا ، فيتم الإعتراف من طرف المحكمة التي ينفذ الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصها[1].

وذلك بعد أن يقوم الطرف المعني بالتعجيل ، وهو غالبا الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه بتقديم عريضة كتابية أمام رئيس المحكمة المختصة يطلب فيها الإعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم وذلك مع مراعاة أحكام المواد 1052،1051 ،1053 ، والمواد من 1035 إلى 1038 التي تحيل إليها المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ب – إستئناف الأمر القاضي برفض الإعتراف وبرفض تنفيذ الحكم التحكيميالصادر في الخارج وإجراءاته :

تنص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يكون الأمر القاضي برفض الإعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للإستئناف ." ، لم يحدد المشرع الجزائري الحالات التي يمكن فيها رفع الإستئناف ضد الأمر القاضي برفض الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي بل ترك المجال مفتوحا ، فكل الأوجه جائز توجيهها ضد الأمر كما أن الأوامر الصادرة عن الجهة القضائية المختصة برفض الإعتراف أو التنفيذ تكون محل إستئناف أمام الجهة القضائية التي تعلوا المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الإعتراف أو التنفيذ [2]، بحيث تنص الـــــمـــــادة 1035 الفقرة 3 ، من

[1] ــ عليوشقربوعكمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3 ، 2005 ، الجزائر ، ص64

[2] ــ بو صنبورة خليل ، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ،2006 ، ص139

قـانـــون الإجـــراءات الـمدنـــية والإدارية " يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي .".

يسجل الإستئناف بموجب عريضة مكتوبة ، ومعللة ، يبرز فيها أســـباب الإستـئناف وبالأحرى أوجهالطعن المستند إليها ، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية وتكون مرفقة بالأمر محل الإستئناف ، وكذا الحكمالتحكيميوإتفاقية التحكيم ، على أن تحترم جهة الإستئناف مبدأ الوجاهية .

ج – إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي وإجراءاته

عند فصله في الطلب المقدم إليه ، فعادة ما يستجيب رئيس المحكمة لطلب الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بعد مراقبته للملف المقدم إليه طبقا للمادة 1051 و 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتأكد من عدم وجود مايمنعالإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر ، في هذه الحالة فإن المشرع منع مبدئيا إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ ، وأجاز ذلكإستثناءا على سبيل الحصر في نص المادة 1056 ، والتي تنص "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلاّ في الحالات التالية :

1 ـــ إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية ،

2 ـــ إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون ،

3 ـــ إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ،

4 ـــ إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ،

5 ـــ إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب ،

6 ـــ إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي ." .

يسجل الإستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة ، غير أنه على خلاف الإستئناف المرفوع ضد الأمر برفض الإعتراف و التنفيذ الذي لم يحدد له المشرع أسبابا معينة فإن استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ لن يقبل إلاّ إذا استند على إحدى الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 1056 المذكورة أعلاه .

وخلافا كذلك للإستئناف ضد الأمر الذي يرفض الإعتراف أو التنفيذ الذي يكون خلال خمسة عشر (15) يوما ، فإن الإستئناف ضد الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ يرفع أمام المجلس القضائي خلال شهر (01) واحد ابتداءا من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة طبقا للمادة 1057 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية[1] ، والقرارات الصادرة عن المجلس القضائي في كلتا الحالتين تكون قابلة للطعن بالنقض .

ثانيا :الــطعــن بالــنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن ، وقد نصت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و1056و1058 أعلاه ، قابلة للطعن بالنقض .".

وبالتالي فإن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الإستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة القاضي برفض الإعتراف أو التنفيذ أو القاضي بالإعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض .

أ/ – حالات الطعن بالنقض :

بما أن المشرع الجزائري لم يحدد الحالات التي يجوز فيها الطعن بالنقض خاصة بالتحكيم الدولي ، فما هي الأوجه التي تؤسس عليها عريضة الطعن بالنقض في العقود الإدارية الدولية ؟

بما أنه لم يحدد المشرع هذه الحالات أو في غياب نص خاص ، فإنه يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2]، ولا سيما المادة 358 والتي حددت 18 وجها للطعن بالنقض، والتي تنص "لا يبنى الطعن بالنقض إلاّ على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

1 ـــــ مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات ،

2 ـــــ إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات ،

3 ـــــ عدم الإختصاص ،

4 ـــــ تجاوز السلطة ،

5 ـــــ مخالفة القانون الداخلي،

6 ـــــ مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ،

7 ـــــ مخالفة الإتفاقيات الدولية ،

[1] ــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر بتاريخ 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

[2] ــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر بتاريخ 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

8 ـــــ إنعدام الأساس القانوني ،

9 ـــــ إنعدامالتسبيب ،

10 ـــــ قصور التسبيب ،

11 ـــــ تناقض التسبيب مع المنطوق ،

12 ـــــ تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار،

13 ـــــ تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة ، عندما تكون حجية الشيئ المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى ، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ ،و إذا تأكد هذا التناقض ، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول

14 ـــــ تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي ، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه ، ويجب توجيهه ضد الحكميين ، و إذا تأكد التناقض ، تقضي المحكمة العليا أحد الحكمين أو الحكمين معا ،

15 ـــــ وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار ،

16 ـــــ الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب ،

17 ـــــ السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية ،

18 ـــــ إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

ويجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض طبقا لنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

ب/ – إجراءات الطعن بالنقض :

يرفع الطلب بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المختصة بنظر الطعون بالنقض في القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية ، وبالتالي ضد القرارات الصادرة إثر الإستئناف المسجل ضد أوامر رئيس المحكمة التي ترفض الإعتراف وتنفيذ الحكمالتحكيمي الأجنبي أو تلك التي تسمح بذلك وذلك بعريضة موقعة من محامي معتمد لدى المحكمة العليا ، ويرفع الطعن بالنقض طبقا للمادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أجل (02) شهرين، يبدأ من تاريخ التبليغ

[1] ـــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر بتاريخ 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ، ويمدد أجل الطعن إلى (03) ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار ، ولايترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم في مجال التحكيم الإداري الدولي طبقا للمادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الفرع الثاني : الطعن في أحكام التحكيم الإداري الدولي الصادرة بالجزائر

تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]على " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه" ، فالتمييز إذن بين القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الإداري الدولي ، هو أن هذا الأخير يخضع للطعن بالبطلان ،وعليه سنتطرق إلى حالات الطعن بالبطلان ، ثم نعرج على إجراءاته .

أولا : حالات الطعن بالبطلان

أقر المشرع الجزائري بحق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلاّ في الحالات الآتية :

1 ـــ إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية ،

2 ـــ إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون ،

3 ـــ إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ،

4 ـــ إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ،

5 ـــ إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، او إذا وجد تناقض في الأسباب ،

6 ـــ إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي ."

تقرر هذه المادة ما تجري عليه أغلب التشريعات ، نظرا لعدم جواز إستئناف أحكام التحكيم الدولي من تقرير الحق لمن يصدر ضده حكم التحكيم في طلب إبطال ذلك الحكم للأسباب المحددة في المادة 1056 أعلاه ، وهذه ضمانة أساسية لمن يصدر ضده الحكم وفيما يلي نفصل في هذه الحالات :

أ – / الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم :

يعتبر إتفاق التحكيم بمثابة الدستور الذي تستمد منه عملية التحكيم شرعيتها وبالتالي أي عيب يؤثر على وجوده أو صحته ينال من حكم التحكيم و يجيز الطعن فيه بالبطلان .

ويتحقق ذلك إذا فصلت هيئة التحكيم دون إتفاقية تحكيم أو بناءا على إتفاقية باطلة أو بعد إنقضاء مدة التحكيم [1].

1 – فصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع دون إتفاقية تحكيم :

يعتبر إتفاق التحكيم في هذه الحالة الأساس الذي يستند إليه الخصوم في طلب بطلان حكم الحكيم الدولي في العقود الإدارية ، فإذا دفع أحد الأطراف أمام القضاء بعدم وجود إتفاق التحكيم ، أو أنه لم يقع أي إتفاق بهذا الخصوص ، فما على القضاء إلا التأكد من حقيقة وجود هذا الإتفاق .

فإذا تبين له وجود إتفاق تحكيم مستوف للشروط التي تطلبها القانون ، قضى برفض دعوى البطلان وإذا تبين له عدم وجود مثل هذا الإتفاق قضى ببطلان حكم التحكيم الدولي ، وعدم وجود إتفاق على التحكيم يمكن أن يستخلص من انعدام الرضا في اللجوء إلى التحكيم من جانب الطرف الذي رفع دعوى البطلان ، أو أنّ الغير المسمى في إتفاق التحكيم ليس له صفة المحكم ولكنه خبير أو وسيط .

كما يمكن أن تثور مسالة عدم وجود إتفاق التحكيم إذا وجد هذا الإتفاق في عقد ضمن مجموعة عقود متتابعة ونشأ خلاف حول إذا كان هذا الإتـــفاق يسري على غير العقد الذي تضمنه ، أو إذا كان العقد قد تم تنفيذه بواسطة شخص غير الذي وقعه وثار النزاع حول سريان إتفاق التحكيم عليه ، أو أن يثور الخلاف حول طبيعة هذا الإتفاق من حيث أنه إتفاق تحكيم أو وساطة أو إتفاق على اللجوء إلى خبرة فنية .[2]

[1] ــ المادة 1056 فقرة 1 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر بتاريخ 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

[2] ــ فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، ط1 ،2007 ، ص574

ويمكن أن تثور المسألة كذلك في حالة امتدادإتفاق التحكيم لمن لم يكن طرفا أصليا فيه كالوارث الذي أبرم مورثه عقد تضمن شرط التحكيم بحجة أنه لم يشارك مشاركة فعلية في إبرامه أو أنه لم يقم بالتوقيع عليه ، أو في حالة التنازل عن العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم للغير الذي أصبح طرفا في هذا العقد رغم عدم مشاركته في إبرامه ،أو في حالة إبرام أحد الشركاء أو المدينيين المتضامنين عقدا يتضمن شرط التحكيم فإنه يسري على البقية [1].

ويجب الدفع بعدم وجود إتفاق التحكيم والتمسك به قبل صدور حكم التحكيم ، لأنّ حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم دون أي تحفظ والسير في إجراءات الخصومة يفسر على أنه رضا ضمني بالتحكيم كما أنّ الإنتظار لحين صدور حكم التحكيم يعد رضا باللجوء إلى التحكيم .

وبالتالي عدم وجود إتفاق التحكيم لا يصلح سببا للبطلان، إلاّ إذا لم يكن أحد الأطراف يحضر أمام هيئة التحكيم أو أنه كان يحضر ويدفع بعدم وجود إتفاق التحكيم .[2]

2- فصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع بناء على إتفاقية تحكيم باطلة

إنّ عقد التحكيم عقد تسري عليه القواعد العامة في العقود ، فيجب أن يتوافر على كافة الأركان اللاّزمة لإنعقاد العقود من رضا ، ومحل ، وسبب ، وشكلية .

حيث تنص المادة 1040 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان ، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة ، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

وتنص المادة 1040 فقرة 3 " تكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع ، إذا استجابت للشروط التي يضعها إمّا القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما .".

وبالتالي حتى يكون إتفاق التحكيم صحيحا يجب تلاقي إرادة الأطراف وخلو هذه الإرادة من عيوب الرضا ويجب أن يكون النزاع المراد تسويته يصلح لأن يكون محلا للتحكيم و أن يكون سبب التحكيم مشروعا (رغبة الأطراف في تسوية نزاعهم بالتحكيم) وهو في غالب الأحيان كذلك ، كما يجب أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان .

---

[1] ــ حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2007، ص 127.

[2] ــ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 574.

ولمعرفة مضمون هذه الاركان ومدى توافر شروطها يتم الرجوع إلى القانون الذي إتفق الأطراف على اختياره ليحكم إجراءات التحكيم ، وفي حالة غياب هذا الإتفاق تطبق هيئة التحكيم القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما ، ويرى البعض أن قانون الدولة التي تنظر محكمتها دعوى البطلان هو الواجب التطبيق إذا لم يتفق أطراف النزاع على قانون آخر [1] .

وهذا ما أخذ به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 2/34 منه والتي نصت على "لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة (6) أن تلغي أي قرار تحكيم إلاّ إذا :

ـــــــــ قدم الطرف طالب الإلغاء دليلا يثبت :

أ ـــــــــأن الإتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الإتفاق له أو بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود مايدل على أنهما فعلا ذلك .".

ومن الأسباب التي يمكن أن يلجأ إليها أحد الأطراف للـــزعـــم ببطلان إتفاق التحكيم إنعدام الرضا أو أن الرضا كان معيب ، أو أن التحكيم غير مكتوب ، أو أن موضوع النزاع غير معين .

3- فصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع بناء على إتفاقية تحكيم انقضت مدتها

يتحقق هذا الفرض في حالة سقوط إتفاق التحكيم لإنقضاء أجله بعد أن نشأ صحيحا ويشمل ذلك فرضين :[2]

- الفرض الأول : أن يحدّد الإتفاق مدة لبدء التحكيم إذا رغب أحد الطرفين اللجوء إليه و إذا انقضت هذه المدة دون اللجوء إليه ، سقط إتفاق التحكيم و استرد كل طرف من الطرفين حقه في اللجوء إلى قضاء الدولة ، مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان في عقد الإمتياز البترولي اللجوء إلى التحكيم خلال مدة معينة من الإنتاج الفعلي للبترول ، فإذا انقضت هذه المدة دون تقديم طلب التحكيم سقط إتفاق التحكيم لإنقضاء أجله .

- الفرض الثاني :أن يحدّد إتفاق التحكيم أجلا لصدور حكم التحكيم وينقضي هذا الأجل دون صدور حكم التحكيم ، ويلحق بهذا الفرض الحالة التي يتم فيها تحديد أجل التحكيم بنص قانوني إذا لم يتم تحديده اتفاقا .

---

[1] ــ حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، مرجع سابق ، ص 241

ـــــ حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، ج 1، لبنان ، بيروت ،2007 ، ص434[2]

ويشترط لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بناء على إنقضاء مدة التحكيم أن لا يكون المدعي قد تنازل عن مدة التحكيم صراحة ، أو ضمنا أثناء إجراءات التحكيم ولم يدفع بذلك أمام هيئة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم الدولي ، كأن يقوم بإرسال مذكرة بدفاعه لهيئة التحكيم بغير تحفظ بعد إنقضاء مدة التحكيم وقبل صدور حكم التحكيم الدولي .

وبعد التطرق لحالات بطلان حكم التحكيم الدولي المتعلقة بإتفاق التحكيم ، سيتم التطرق فيما يلي لحالات بطلان حكم التحكيم الدولي ذاته.

ب- حالات البطلان المتعلقة بحكم التحكيم :

يمكن أن تتعلق هذه الحالات بحكم التحكيم الدولي كنشاط ، مثال ذلك صدور هذا الحكم عن هيئة تحكيم مشكلة تشكيلا مخالف للقانون أو أن يصدر فاصلا في موضوع لم يشمله إتفاق التحكيم [1] .

كما يمكن أن تتعلق بحكم التحكيم كوثيقة مكتوبة ، مثال ذلك عدم توقيع المحكمين على حكم التحكيم أو إنعدام التسبيب أو تناقض الأسباب .

كما يمكن أن تتعلق أيضا بإجراءات التحكيم مثال ذلك عدم إحترام مبدأ الوجاهية ، حقوق الدفاع وفيمايلي يتم التفصيل في هذه الأسباب وذلك بالتركيز على الحالات التي وردت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

1- تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون

ترجع هذه الحالة إلى عدم مراعاة الشروط القانونية التي يجب توافرها في المحكمين والقواعد التي تحكم عددهم ، حيث تفرض المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عدم إسناد مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلاّ إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية ، وتشترط المادة 1015 من نفس القانون قبول المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم حتى يعتبر تشكيل هيئة التحكيم صحيحا ، كما أنها تلزم المحكم إذا علم أنه قابل للرد بإخبار الأطراف بذلك ، وعدم قبوله بهذه المهمة إلاّ بعد موافقتهم وإذا أخبرهم ولم يطلب أي منهم رده أو تنحيته سقط حقهم في الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي بناء على هذا السبب .

كما تشترط المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو محكمين بعدد فردي ، وعليه في حالة مخالفة الشروط المنصوص عليها في هذه المواد جاز

[1] ــ أمال يدر ، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي،منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ،بيروت ،لبنان، 2012، ص135

للطرف الذي يهمه الأمر الطعن في حكم التحكيم الدولي بناءا على أنه صدر على هيئة تحكيم تشكيلها مخالف للقانون ، ويلاحظ أن المشرع الجزائري نص على تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بما يخالف القانون فقط في حين أن المشرع الأردني نص على تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بما يخالف القانون أو إتفاق الأطراف .

فإذا اتفق الطرفان على أن يكون المحكم من جنس معين ، أو من جنسية معينة أو حاملا لمؤهل علمي معين ، أو صاحب خبرة معينة وتم تعيين محكم لاتتوافر هذه الشروط فيه ، جاز للطرف الذي يهمه الأمر الطعن في حكم التحكيم الدولي ، ولكن رغم أن المشرع الجزائري لم ينص على تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بما يخالف إتفاق الأطراف كحالة من حالات الطعن في حكم التحكيم الدولي إلاّ أنه يمكن الأخذ بها لأن المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجازت رد المحكم إذا لم تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف ، كما أن المادة 1041 من نفس القانون أجازت للأطراف تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم في إتفاق التحكيم .[2]

وعليه فإن تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بما يخالف إتفاق الأطراف جاز الطعن في حكم التحكيم الدولي على أساس أنه لم يحترم مضمون المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

2- فصل هيئة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها :

تعتبر إرادة الأطراف أساس عملية التحكيم وبالتالي يجب أن تلتزم هيئة التحكيم بنطاق النزاع الذي حدده الأطراف في إتفاق التحكيم ، وأن لا تفصل في أمر لم يتفق الأطراف على عرضه على هيئة التحكيم وإلاّ كان حكم التحكيم الإداري الدولي عرضة للطعن فيه وإذا عرض عليها مسالة فرعية يكون فيها الفصل لازما للبت في موضوع النزاع وجب عليها وقف إجراءات التحكيم لحين عرض هذه المسألة على المحكمة المختصة وصدور حكم نهائي فيها [3] .

لذلك وحتى يتم احترام إرادة الأطراف والنـــــأي بحكم التحكيم الدولي عن الطعن فيه يجب تحديد موضوع النزاع بدقة ، ويرجع اشتراط تعيين موضوع النزاع المعروض على التحكيم إلى أنّ

---

[1] ــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ،الصادر في 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

[2] ــ أمال يدر ،مرجع سابق ، ص 136

[3] ــ أمال يدر ، مرجع سابق ، ص137

التحكيم طريق إستثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وماتكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة الأطراف المتنازعة إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ومن هذا المنطلق يمكن رقابة مدى إلتزام المحكمين بحدود ولايتهم في النزاع المطروح عليهم .

وفصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها يمكن أن يتعلق بالشكل أو بالموضوع .[1]

فأما من حيث الشكل فيقصد بذلك إجراءات التحكيم المتفق عليها بين الاطراف كالقانون الواجب التطبيق على النزاع مثلا ، فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون معين بشأن النزاع الذي ثار بينهم وجب على هيئة التحكيم الفصل في هذا النزاع وفقا لهذا القانون وذلك تطبيقا لمبدا سلطان الإرادة ، وإلاّ كان حكم التحكيم الدولي الصادر في هذا النزاع عرضة للطعن فيه

وأما من حيث الموضوع فهنلك فرضين :

- الفرض الأول : فصل هيئة التحكيم في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم

لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسائل لم يتفق الأطراف على طرحها عليها ، كما لايجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسائل طرحها عليها ،حتى لو كانت مرتبطة بموضوع النزاع المطروح عليها ، لأن المحكم ليس قاضيا وبالتالي لا تنطبق قاعدة أن " قاضي الأصل هو قاضي الفرع " ، إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة فرعية ورأت هيئة التحكيم أن الفصل فيها لازم للفصل في موضوع النزاع وجب عليها وقف إجراءات التحكيم لحين عرض هذه المسألة على المحكمة المختصة وصدور حكم نهائي فيها [2].

- الفرض الثاني : تجاوز هيئة التحكيم لحدود إتفاق التحكيم

يستوي في هذا الفرض أن يكون التجاوز نقصا بإغفال طلب أو أكثر من طلبات الخصوم أو زيادة بإعطاء الخصوم أكثر مما طلبوه ، هذا وقد قضت محكمة التمييز الأردنية سنة 1997 في القرار رقم 95/461 بأنه " إذا فسخت محكمة الإستئناف قرار محكمة البداية القاضي بتصديق حكم المحكمين لإغفال المحكمين معالجة فقرة من إتفاقية التحكيم فيتوجب عليها أن تعيد الأوراق إلى محكمة البداية لتعيد قرار التحكيم إلى المحكمين لإعادة النظر فيه لا أن تقرر رد الدعوى."[3]

---

[1] ـــ حمزة أحمد حداد ، مرجع سابق ، ص440

[2] ـ أمال يدر ،مرجع سابق، ص 139

[3] ـــالمرجع نفسه ، ص140

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ، ماذا لو صدر حكم التحكيم في مسائل يشملها إتفاق التحكيم و مسائل أخرى لم يشملها هذا الإتفاق ؟

لم يجب المشرع الجزائري ، ولا الفرنسي عن هذا السؤال ، في حين نجد أن المادة 06/49 من قانون التحكيم الاردني تنص على أن : " إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الإتفاق ، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلاّعلى الأجزاء الأخيرة وحدها ."[1]

وعليه إذا صدر حكم تحكيم دولي في مسائل يشملها إتفاق التحكيم ومسائل أخرى لم يشملها هذا الإتفاق ، فإن البطلان لا يلحق إلاّ المسائل الخارجة عن نطاق هذا الإتفاق إذا كان يمكن الفصل بين المسائل التي شملها إتفاق التحكيم والمسائل التي لم يشملها ، أم إذا كان هذا الفصل غير ممكن فإن البطلان يلحق الحكم في كل أجزائه سواء تعلق الأمر بالمسائل التي يشملها إتفاق التحكيم أو المسائل التي لا يشملها إتفاق التحكيم ، وتخضع مسالة جواز الفصل بين المسائل التي يشملها إتفاق التحكيم والمسائل التي لا يشملها للمحكمة المختصة بنظر الدعوى.

ج ـ عـــــــدم مـــــراعـــــاة الـــــوجـــــاهـــية

يقتضي مبدأ الوجاهية تمكين الأطراف من تقديم دفاعهم بالكامل ودعوتهم لكل جلسة تعقدها هيئة التحكيم ، وإتخاذ الإجراءات في مواجهتهم ، وكذا تخويلهم الفرصة الكافية للإطلاع والرّد على كل ما يقدم في القضية من مذكرات أو مستندات [2]، ويرى جانب من الفقه أن الإخلال بمبدأ المواجهة يغطي كل مخالفات حقوق الدفاع التي يمكن أن يستند إليها الخصوم في طلب بطلان حكم التحكيم الدولي .

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان حكم تحكيم في قضية صدر في قضية كلفت فيها هيئة التحكيم أحد الخبراء بتقديم تقرير محاسبي عن حالة الشركة الخصم دون إخطار هذه الأخيرة بمهمة الخبير أو بالتقرير الذي قدمه حتى تتمكن من الرد عليه وتقديم دفاعه بشأنه .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بناء على عدم إحترام مبدأ الوجاهية إذا كانت هيئة التـــحكيم قـــــد أتاحت للخصم الدفـــــــاع عـــــن نـــــــفـــــسه ، لـــكنه لم يقم بذلك من تلقاء نفسه ، كـــــأن يـــمـــتنع عـــن حـــضور الجـــلسات دون مـــبرر بهدف عرقلة الإجراءات متى كان تبليغه صحيحا .

---

[1] ـــالمرجع نفسه ، ص141

[2]– ReneDavid ,L’arbitrage dans le commerce international , edEconomica , Paris,1982,P 541

د – إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب

تنقسم التشريعات الوطنية بشأن تسبيب حكم التحكيم الدولي إلى قسمين :

قسم لا يلزم هيئة التحكيم بتسبيب حكم التحكيم كالتشريع الإنجليزي ، والأمريكي والنمساوي والسويدي ، وقسم يلزم هيئة التحكيم بتسبيب حكم التحكيم كالتشريع الجزائري ، والمصري والفرنسي و الأردني والكويتي . [1]

ويقصد بالتسبيب مناقشة الوقائع والنقاط القانونية التي أثارها الأطراف وتوضيح كيف أنها أدت إلى ما استخلص منها .[2]

وتظهر أهميته في إعطاء التحكيم فرصة للتفكير والتروي وتوخي الدقة في إصدار حكم التحكيم الدولي وتكوين صورة عن مدى إحترامها لحقوق الدفاع ، وكذا إقناع الأطراف بعدالة هذا الحكم مما يدفعهم إلى احترامه ، كما أنه يمكن من رقابة حكم التحكيم قبل الأمر بتنفيذه .

ولقد أوجب المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تسبيب أحكام التحكيم في المادة 2/1027 منه ، والتي تنص "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة ."

وعيوب التحكيم التي يمكن أن تبطل حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر عديدة منها : قصور التسبيب ، غموض الأسباب أو ورودها بشكل عام أو إفتراضي يقوم على مجرد التخمين الذي لا يتطابق والواقع أو تناقض الأسباب مع بعضها ، ويقصد بغياب التسبيب عدم استناد هيئة التحكيم إلى أي أسباب تسوّغ ما انتهت إليه أو استنادها إلى أسباب خاطئة أو غير مجدية مما يجعل الحكم الصادر عنها غير متضمن للعناصر الواقعية الضرورية لتبرير القواعد القانونية المطبقة ، كأن تصدر هيئة التحكيم حكما بإلزام الشركة المحكوم ضدها بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض للدولة المحكوم لصالحها دون بيان أسباب توافر أركان المسؤولية الموجبة للتعويض .

أمّا تناقض الأسباب فمثاله استناد هيئة التحكيم إلى استخلاص من الوقائع يختلف عن استخلاص آخر انتهت إليه في موضع آخر من الحكم كأحد أسبابه مما يؤدي إلى نسخ ما سبق وتوصلت إليه ويجعلها تبدوا مناقضة لنفسها [3].

---

[1] ــ أمال يدر ،مرجع سابق ، ص 143.

[2] ــ عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الأجراءات المدنية والإدارية ، دار بغدادي ،ط1 ،الجزائر ،2009 ، ص204

[3] ــ أمال يدر ،مرجع سابق ، ص145

وبناء على ما سبق ذكره إذا لم يكن حكم التحكيم مسببا أو وجد تناقض في تسبيبه جاز الطعن فيه بالبطلان ، لأن التسبيب يتعلق بإحدى ضمانات التقاضي المتمثلة في حق أطراف النزاع في الدفاع عن حقوقهم مما يتطلب معرفتهم بأسباب الحكم التي شكلت قاعدة له ومن ثم فهو يتعلق بالنظام العام ،غير أنّ المشرع الفرنسي لم ينص على انعدام التسبيب كحالة من حالات الطعن في حكم التحكيم الدولي وتفسير ذلك الطبيعة التعاقدية للتحكيم التي تسمح بإمكانية تصور التنازل عن التسبيب ، لكن السؤال المطروح ، هل تستطيع المحكمة الإعتراف بحكم تحكيم أجنبي غير مسبب صادر طبقا للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع ؟

لقد اعترضت الشركة Veuve Henri Brautchoux والشركة El MASSIAN على أمر تنفيذ حكم تحكيم أجنبي غير مسبب صادر طبقا للقانون الإنجليزي الواجب التطبيق على موضوع النزاع فأيدت محكمة باريس التنفيذ ، لكن الدفاع طعن بالنقض في حكمها بحجة منح الأمر بالتنفيذ لحكم تحكيم أجنبي غير مسبب في حين أن تسبيب الأحكام مبدأ من مبادئ النظام العام في القانون الفرنسي ، لكن محكمة النقض رفضت ذلك الطعن في 1960/06/14 معلنة أن عدم تسبيب الحكم المتنازع فيه لم يكن في حد ذاته مخالفا للنظام العام الدولي ، وذلك بالتفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي وأن حكم التحكيم كان خاضعا للقانون الإنجليزي، الذي لا يشترط التسبيب وهـــو ما لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص الفرنسي ، وأن الحكم المتنازع فيه قد صدر طبقا لولاية القانون الواجب التطبيق على النزاع والذي يجيز عدم تسبيب حكم التحكيم .

هذا فيما يتعلق بالتسبيب لكن ماذا عن الشروط الأخرى التي يتطلب القانون توافرها في حكم التحكيم في عقود الإدارة الدولية ؟

لقد بين المشرع الجزائري أثر إهمال تسبيب حكم التحكيم الدولي أو وجود تناقض في ذكر أسبابه لكنه لم يبين أثر إهمال أحد الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون في هذا الحكم في حين ، نجد المشرع الأردني كان أكثر توفيقا،[1]بنصه في المادة 7/49 من قانون التحكيم على جواز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في حالة عدم مراعاة هيئة التحكيم للشروط الواجب توافرها فيه على نحو أثّر في مضمونه أو إستناده على إجراءات تحكيم باطلة أثّرت فيه ، وبذلك يتسع هذا النص ليشمل كل الفروض التي يمكن فيها مخالفة أي شرط من الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم بما فيها التسبيب صدور حكم دون كتابة ، أو دون مداولة ، عدم إشتماله على عرض موجز لإدعاءات الأطراف أو أوجه

[1] ــ أمال يدر ، مرجع سابق، ص 147

دفاعهم ، أو عدم تضمنه للبيانات التي يتطلبها القانون فيه ،كإسم ولقب المحكمين والأطراف وممثيليهم عند الإقتضاء وتاريخ صدور الحكم ومكان صدوره أو عدم توقيعه ، إلاّ أنه يجب التفرقة بين هذه الشروط على أساس مدى تعلقها بمصلحة الأطراف في الدعوى أو أنها وضعت من أجل تسهيل عمل هيئة المحكمين أو تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره ، حيث يجوز في الحالة الأولى الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الذي تخلّف فيه شرط يتعلق بمصلحة أحد الأطراف في الدعوى ، أما في الحالة الثانية فلا يجوز ذلك ويقتصر الأمر على إستيفاء الشرط الناقص متى كان ذلك ممكنا .[1]

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية سنة 1994 في القرار رقم 92/245 بأن "خلو قرار المحكم من تاريخ صدوره لا يبطله ولا يمنع من تصديقه طالما أنه أبرز لمحكمة الإستئناف قبل انقضاء مدة التحكيم مما يفيد أنه صدر خلال مدة التحكيم المحددة خلو قرار المحكم من إسمي فريقي النزاع لا يعيبه طالما أشار إلى رقم القضية الإستئنافية التي أحيل بموجبها النزاع للتحكيم كما أشار إلى الوكلاء الذين حضروا عن أطراف الدعوى

طالما أن الوكيلين الذين حضرا لدى المحكم هما نفس موكلي الطرفين مما يشكل دلالة كافية على أنهما الفريقين الذين اختصما أمام المحكم و أنّ القرار الصادر عن المحكم هو بخصوص النزاع القائم بين المميز والمميز ضده."

ه – مخـــالـفـــة الـــنظام الـــــــــــــــعام

يعتبر النظام العام أحد الضوابط الأساسية في كافة التصرفات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية ،بحيث تؤدي مخالفته إلى بطلان التصرف أو الطعن فيه وفق الوسيلة المتاحة قانونا ، وعليه إذا وجدت حالة تتطلب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي ولكنها لاتندرج ضمن الحالات التي سبق الإشارة إليها ، يمكن اللجوء إلى فكرة النظام العام لإبطال ذلك الحكم.

وفكرة النظام العام فكرة نسبية لم تحض بتعريف محدد ، وقد اجتهد بعض من الفقهاء وعرفه كمايلي[2] : "وضع من قوة الإلزام القانوني تفرضه غاية تحقيق مصلحة جماعية عامة موضوعية أو تنظيمية داخل نظام الدولة ، أو مصلحة جماعية دولية عابرة داخل نظام مابين الدول بإزاحة أثر عمل الإرادة الشخصية للأفراد ، وإحلال الإرادة العامة للدولة التي تعبّر عنها قوانينها الآمرة محلّها ، أو إزاحة الإرادة العامة للدولة التي تعبر عنها قوانينها أو تصرفاتها السيادية إحلال إرادة المجتمع الدولي التي

[1] ــ المرجع نفسه ، ص 148

[2] ــ أمال يدر ، مرجع سابق ، ص149

تعبر عنها قواعده الآمرة محلها ." ، يلاحظ من هذا التعريف أنه يجمع بين كل أصناف النظام العام (الداخلي والدولي) للدولة أو المجتمع الدولي في مفهوم القانون الخاص والعام ، وكأصل عام يمكن القول أن النظام العام مرتبط بالأسس الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية أو الخلقية في كل دولة من الدول ، مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع .

وعليه فإن حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام في الدولة التي طعن فيه بالبطلان أمام محاكمها قد يكون صحيحا في دولة أخرى نظرا لعدم مخالفته للنظام العام فيها .

وبما أن فكرة النظام العام تختلف باختلاف النظم القانونية أو حتى باختلاف الدول المنتمية لنظام قانوني واحد فإنه يستحيل على أطراف التحكيم وهيئة التحكيم معرفة مختلف الانظمة القانونية لتحديد ماهو مخالف للنظام العام وماهو ليس كذلك في كل منها.

وهذا ما أدى إلى ظهور إتجاه يدعوا للتفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي للتقليل من حالات بطلان حكم التحكيم ، بحيث لا يجوز للقاضي الوطني في دولة من الدول القضاء ببطلان حكم التحكيم الدولي ، لمجرد مخالفته للنظام العام في دولته ، بل يجب أن يكون مخالفا للنظام العام الدولي وعلى العكس من ذلك يمكنه القضاء ببطلان حكم التحكيم الدولي لمخالفته النظام العام الدولي حتى ولو لم يكن مخالفا للنظام العام الداخلي[1].

يبدوا أنّ المشرع الجزائري قد تأثر بهذا الإتجاه، حيث ينص على عدم مخالفة حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر للنظام العام الدولي ، ومن الأمثلة التقليدية على مخالفة النظام العام الدولي ، العقود المتعلقة بالفساد ، والإحتيال ، والرشوة والتمييز العنصري وغسل الأموال و الإتجاربالمخدرات، والرقيق والإتجار غير المشروع بالأسلحة فكل هذا مخالف للنظام العام الدولي .

ثانيا : إجراءات الطعن بالبطلان

تنص المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على :"يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه ، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصه ، ويقبل الطعن ابتداءا من تاريخ النطق بحكم التحكيم .

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهرواحد(01) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.".

[1] ــ حمزة أحمد حداد ، مرجع سابق ، ص10

طبقا لهذه المادة ، فإنّالإختصاص بالنظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الصادر بالجزائر في مجال عقود الإدارة الدولية يكون من اختصاص المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم ، ولا يهم إذا كان الحكم التحكيمي صدر بموجب القانون الإجرائي الجزائري أو طبقا لقانون إجرائي أجنبي اختاره الطرفان أو تم إختياره من طرف المحكم أو هيئة التحكيم .

ترفع دعوى بطلان القرار التحكيمي خلال أجل شهر واحد (01) يبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ ، على أنّ عدم مراعاة احترام هذه الأجال يؤدي إلى رفض الطعن بالبطلان ، كما ترفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة ومستوفية لجميع الإجراءات القانونية ، وتكون معللة وفقا للحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]، وعليه فإن الطرف الذي طعن ببطلان القرار التحكيمي يجب عليه أن يبلغ أولا الطرف المطعون ضده وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وذلك حتى يتمكن من مناقشة أوجه الطعن وتقديم دفوعه ، وكل إخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى رفض الطعن .

ترفق العريضة بالحكم التحكيمي المطعون فيه وكذا إتفاقية التحكيم ، وذلك حتى يتمكن القاضي من تفحصها ومراقبة إذا كان القرار التحكيمي صادرا حقيقة بناءا على إتفاقية تحكيم صحيحة ، وأنّ المحكمين تم تعيينهم وفقا للقانون ، وأن محكمة التحكيم فصلت وفقا للمهمة المسندة إليها ووفقا لمبدأ الوجاهية ،وأنّ الحكم التحكيمي مسبب وغير مناقض للنظام العام الدولي .

وبعد صدور قرار المجلس نكون أمام حالتين ، إما أن يقبل الطعن بالبطلان أو يرفض :

أ ــ حالة قبول الطعن بالبطلان :في حالة قبول الطعن بالبطلان فإنه يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه ، دون النظر في صلب الموضوع أو الفصل في القضية من جديد ، بل تقتصر جهة الرقابة على إلغاء الحكم فحسب ، يترتب عن ذلك إبطال الحكم التحكيمي وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراءات التحكيم وفي ذلك إحترام المشرع الجزائري إرادة الأطراف ، إذ يحق لهم من جديد تشكيل محكمة تحكيم من جديدة للفصل في المنازعة، أو صرف النظر عن التحكيم واللجوء للقاضي الوطني [2].

---

[1] ـــــ القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ،الصادر في 2008/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد21

[2] ــ بوصنوبـــــــرقخليل ، مرجع سابق ،ص 144

التساؤل المطروح هنا يتعلق بالحجية الدولية بإبطال حكم التحكيم الدولي أي هل يمكن تنفيذ القرار التحكيمي رغم إلغائه ؟

إذا كان حكم قضاء دولة مكان التحكيم ببطلان حكم التحكيم ، كان لهذا البطلان حجية دولية عامة فلا يجوز تنفيذ ذلك الحكم في دولة أخرى موقعة على إتفاقية نيويورك كما أن قيام دعوى لإبطال الحـــــكم في بلد صدوره ، يوقف أية مطالبة في دول أخرى بتنفيذ ذلك الحكم إلى أن يفصل في دعوى البطلان بحكم نهائي ، هذا هو حكم إتفاقية نيويورك في المادة 05 منها، لكن قضاء بعض الدول وبوجه خاص فرنسا يذهب إلى غير ذلك ، حيث يجيز تنفيذ أحكام التحكيم التي يقضى ببطلانها في دولة صدورها كذلك الشأن بالنسبة لبلجيكا[1].

ب – حالة رفض الطعن بالبطلان : يترتب على رفض الطعن بالبطلان آثار معاكسة لقبول الطعن بالبطلان بحيث في حالة كون المحكمة قد تخلت عن طلب التنفيذ بعد الطعن بالبطلان ، فإن قرارالمجلس يرفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي .

أمّا إذا كان أمر التنفيذ قد صدر قبل الطعن بالبطلان ، فإن رفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى رفع حالة وقف التنفيذ وبالتالي مباشرة التنفيذ ، خاصة وأن الطعن بالنقض الذي رفض الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي .

إن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر لا يقبل أي طعن مباشر ضده ولايطعن ضده إلاّ عن طريق غير مباشر، باعتبار أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه وذلك ما نصت عليه المادة 1058 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص :" لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن ، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ ، إذا لم يتم الفصل فيه .

ثالثا : الطعن بالنقض و إجراءاته

[1] ــ أصدر قضائها حكما في 1988/12/26 من محكمة بروكسل يقضي بنفاذ القرار التحكيمي الصادر في الجزائر في 1986/12/29 الذي أبطل وألغي بقرار مجلس الجزائر في 1986/12/20وقد أيدت محكمة إستئناف بروكسل أمر التنفيذ بتاريخ 1990/01/09

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن ، وقد نصت المادة 1061من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص :"تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و1056و1058 أعلاه ، قابلة للطعن بالنقض .".

وبالتالي فإن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض ، ويؤسس الطعن على الأوجه الواردة في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمذكورة آنفا .

يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل (02) شهرين ، يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا ، ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة(03) أشهر إذا تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار ، ولا يترتب عن الطعن بالنقض وقف تنفيذ القرار الصادر عن المجلس .

مع الإشارة أن إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، لا تسمح بأي طعن أمام الجهات القضائية الوطنية طبقا لنص المادة 52 منها والتي تنص أنه يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلبا كتابيا إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب التالية :

أ ـــــ خطأ في تشكيل المحكمة

ب ـــــ إستعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصاتها

ج ـــــ عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة

د ـــــــ إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحاكمة

ه ـــــــ فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها.

الخـــاتـــمة

لقد أصبح التحكيم يعيش الآن أزهى وأرقى عصوره ، حيث انتشر كوسيلة لفض المنازعات أكثر من أي وقت مضى ، وبدا كواقع فرضته ظروف العولمة ، والإتجاهات العالمية الحديثة حتى شمل بنطاقه عقود الدولة الإدارية ، ترافق ذلك من تحول الدولة من دولة حارسة إلى دولة تاجرة ، حيث دخلت في ميدان التجارة على الصعيدين الداخلي والخارجي ، وترتب عن ذلك أن نزلت الدولة عن جزء من سيادتها وهيبتها لصالح ذلك وأصبحت تتعامل مع أشخاص طبيعيين ومعنويين على قدم المساواة وأبرمت معهم عقودا من أجل تلبية إحتياجات افرادها المختلفة .

وكانت العلاقة بين الدولة وبين الأشخاص الخاصة الأجنبية في تلك العقود ينظر إليها من ناحية الدول النامية على أنها علاقة خضوع وسيطرة على ثروتها ومقدراتها من قبل هذه الأشخاص ، وينظر إليها من قبل الدول المتقدمة على أنها علاقة تميل لصالح الدول النامية ، وذلك لما تملكه من سيادة وامتيازات السلطة العامة تجعلها في مركز أقوى من هذه الأشخاص .

لقد حاولت الدول المتقدمة التي يتبعها الأشخاص الخاصة الأجنبية القيام بفرض التوازن العقدي عن طريق استخدام أدوات وأساليب مختلفة من ضمنها التحكيم ، مع أنه نظام خاص لا يمت بصلة للعقود الإدارية ، إن خضوع العقد الإداري للتحكيم ، ومن ثم لنظام قانوني وقضائي لا يعرف التمايز بين العقد الإداري والعقد المدني يستتبع أن تتجرد الدولة من امتيازاتها التي تكون لها في مواجهة المتعاقد الآخر ، والتي يقرها لها القضاء الإداري ، ولكن بالمقابل أصبح التحكيم الآن مطلبا من متطلبات التنمية ، خاصة في الدول التي يعجز فيها رأسمالها الوطني عن تلبية حاجاتها ، حيث يعد مطلبا ضروريا للشركات الأجنبية لما يتسم به من سرية وبساطة إجراءاته .

لقد شهد العالم العربي تقدما كبيرا في هذا المجال وتحولت هذه الدول كغيرها من دول العالم الثالث من مرحلة الشك والإرتياب في عمليات التحكيم إلى الإقرار بها ، ويظهر ذلك في التطور الذي شهدته قوانين أغلب الدول العربية وإفراد بعضها قانون مستقل للتحكيم ، فضلا عن إنضمام غالبيتها لإتفاقيات التحكيم الدولية ، وتدخل المشرع بعد تردد كبير في غالبية بلاد العالم ، و أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي .

وبناءا على هذا البحث سجلنا بعض النتائج نعرضهاكمايلي :

إن القضاء العادي الفرنسي وكذلك هيآت التحكيم قد جريا على التفرقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي لإقرار مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطابع الدولي ، فإن هذا الإتجاه يصعب تصور اتباعه من جانب القضاء الإداري نظرا لرفض هذا الأخير الأخذ بهذه التفرقة وتفضيله عنها التفرقة ، بين القانون العام والقانون الخاص .

ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية لا في نص قانوني أو دستوري لا سيما مع نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية اللجوء إليه ، ولا يعد اللجوء إليه إعتداء على إختصاص القضاء الإداري ، الذي يظل الإختصاص الأصيل لحل المنازعات الإدارية .

يقوم نظام التحكيم على الإرادة الذاتية لأطراف العلاقة العقدية ، لأن هذه الاخيرة تلعب دورا هاما في الفصل في منازعات التحكيم .

ليس هناك تعارض بين المعيارين الإقتصادي والمعيار القانوني في تدويل العلاقة العقدية فالرابطة التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى ، والتي بموجبها يتحقق المعيار الإقتصادي لدولية العقد على الرابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد وهو مايعني توافر المعيار القانوني كذلك .

إن من أهم المشكلات التي كانت تكتنف إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية هو مشكلة القانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم في العقود الإدارية الدولية منذ ظهور نظام التحكيم كطريق بديل لفض المنازعات ، حيث ظلت هذه المسألة لفترة طويلة بسبب حظر إتفاق التحكيم في العقود الإدارية في العديد من الدول في فترة سابقة كالجزائر ومصر .

إن العقود الإدارية الدولية تجمع في طياتها شروطا حديثة لم يسبق لها وجود في العقود الإدارية على غرار التحكيم وشرطي التشريعي وثبات العقد ، كما أنها تثير مشكلة القانون الواجب التطبيق على النزاع على خلاف العقود الوطنية وهو ما يتنافى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري .

أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ترد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 منه ، في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية بالنظر

للطابع الخاص لهذه العقود ، على خلاف القانون المصري والذي قام بوجب القانون رقم09 لسنة 1997 وفي مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 ، التي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم .

ــ من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، رأينا الدور الذي يلعبه القاضي الوطني من خلال إجراءات الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية ، وهنا أيضا فإن المشرع الجزائري لم يحدد شروطا صارمة لمنح الإعتراف وإصدار الأمر بالتنفيذ ، فالقاضي يكتفي بمراقبة سطحية يتأكد خلالها من وجود الحكم التحكيمي .

حسنا فعل المشرع الجزائري من خلال فتح المجال للطعن في الأحكام التحكيمية غير أنه فرّق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر ، والصادرة خارج الإقليم الجزائري ، وبين طرق الطعن لكلا منهما حسب مكان صدور حكم التحكيم .

إن عقد الإختصاص بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الإدارية لجهة القضاء العادي ، يستند إلى حجة رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لإتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص.

وفيما يخص التوصيات المقترحة من خلال بحثنا نسجل مايلي :

يجب موافقة مجلس الوزراء مجتمعا على لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات عقودها الإدارية الدولية ، والإكتفاء بموافقة الوزير المتخصص إذا كان التحكيم داخلي .

ضرورة وضع قائمة يتم من خلالها تحديد عقود الدولة التي يجوز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم بشأنها ، مع إستبعاد العقود ذات الأثر المباشر ، على الأمن القومي للدولة والتي تمس بالمصلحة العليا بها .

يجب أن تتمسك الدولة بأن يكون التحكيم داخليا في منازعات العقود الإدارية المتعلقة بالثروات الطبيعية ، إعمالا لمبدأ سيادة الدولة ، ولضمان تطبيق القانون الداخلي الذي يحكم هذه العقود ، حيث أن قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص غالبا ماتقضي بذلك .

يجب التروي وبذل العناية القصوى عند صياغة شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية ،ذلك أن وجود بعض الثغرات في مضمونه أو صياغته قد ينحرف بالتحكيم عن مساره الطبيعي .

ضرورة بيان نوع التحكيم إن كان تحكيم حر أو مؤسسي ، فإذا اختار الأطراف التحكيم المؤسسي فيجب عليهم الإلمام الكافي بقواعد التحكيم المعمول بها لدى المركز أو هيئة التحكيم التي يتم الإتفاق على نظرها بالمنازعات .

يجب على الأطراف بذل العناية القصوى عند إختيار المحكمين ، مع مراعاة أن يتمتع المحكم بالخبرة والتخصص و الإستقلالية والحيدة ، ويجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة إستعمال كافة الحقوق المكفولة لها في تحديد تشكيل هيئة التحكيم ، و أن تضع الشروط والضمانات التي تراها مناسبة .

يجب تحديد مكان التحكيم نظرا لأهمية ذلك ، من حيث أن قانونه قد يكون هو المطبق على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة على إختياره مع ملاحظة تدخل المحاكم الوطنية في بعض المسائل لمساعدة التحكيم ، وكذلك النظر في دعاوى بطلان قرارات التحكيم بعد صدورها .

أن يتفق الاطراف صراحتا على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات ، ويفضل أن يكون قانون الدولة المتعاقدة ، يعمل على مراعاة مصالحها ويحفظ حقوقها

يتعين على جهة الإدارة أن تحترم تعهداتها وأن تقوم بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن الهيآت التحكيمية طواعية و أن لا تحاول عرقلة تنفيذها و أن لا تتمسك بحصانتها القضائية أو حصانتها ضد التنفيذ لأن من شأن ذلك إفقاد الدولة مصداقيتها في تعاملاتها مع الشركات الأجنبية المستثمرة والذي سيشكل سببا مباشرا في عزوفالشركات الأجنبية الأخرى من التعاقد معها مما سيؤثر بشكل سلبي على إقتصاديات الدول .

تمت بحمد الله.

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية

أولا : الكتب باللغة العربية

أ/- الكتب العامة

1- أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ،منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ،1988

2- البطاينة عامر فتحي ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان ،1998 .

3- جابر جاد نصار ،الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر .

4- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ، مصر ، 2008 .

5- شطناوي علي خطار،الوجيز في القانون الإداري ، دار وائل للنشر ،الأردن ،الطبعة الأولى،2003.

6- عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الأجراءات المدنية والإدارية ، دار بغدادي ،ط1 ،الجزائر،2009.

7- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ،مصر، 2004.

8- علي فيلالي ، الإلتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر ، 2008 .

9- عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ،الطبعة الأولى،2007 .

10- عمر حلمي ، معيار تميز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1993 .

11- عمر زودة،الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء،أنسيكلوبيديا للنشر،الجزائر ، ص287.

12- محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير في التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996.

13- محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، ط1 ، القاهرة ، مصر ،2007 .

14- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 .

15- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مطابع حسناوي، الطبعة الثانية، الجزائر،2007.

16- هشام علي صادق ،عقود التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2007.

17- هشام خالد ،ماهية العقد الدولي ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، 2007 .

ب/- الكتب المتخصصة

1- أحمد حسان الغندور ،التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، مصر، 1998

2- أحمد هندي،تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 2001 .

3- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة ،الإسكندرية ، مصر، دس

4- أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي،منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،2012 .

6- حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة ، الجزائر ، 2010 .

7- حفيظة السيد الحداد ،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، مصر ،2007.

8- حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،مصر،دس

9- حمدي ياسين عكاشة ،موسوعة العقود الإدارية والدولية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، دس.

10- حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ،بيروت ، لبنان ،2007 .

11- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم (الكتاب الثاني) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2008 .

12- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دار الفكر الجامعي ، مصر،2007 .

13- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر ، 2000 .

14- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة ، مصر ، 2008 .

15- عليوشقربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الثالثة ، الجزائر، 2005 .

16- قمر عبد الوهاب ،التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دار المعرفة، الجزائر، 2009 .

17 - ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزاريطة ، مصر، 2004 .

18- مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ،التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى ،بيروت، لبنان، 1998 .

19- مناني فرح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2010 .

20- وليد محمد عباس ، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر ، 2010 .

ثانيا- الرسائل و البحوث العلمية

1- بولقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2011.

2- حدادن الطاهر ، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2012

3- بوصنبورة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2006.

ثالثا : النصوص القانونية

أ/- الدساتير

1- دستور 1996 المعدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002 ، ج ر عدد25 ، والقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008

ب/- الإتفاقيات الدولية

1- إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتضمنة الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية ، المنظمة إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 ، ج ر عدد 48

2- إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى لسنة 1965، الموافق عليها بموجب الأمر 04/95 المؤرخ في 21 يناير 1995 ، ج ر عدد 07

ج/- القـــــــــــوانين

1- القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

2- القانون 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 ، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، ج ر عدد02

د/- الأوامـــــــــــــــــر

1- الأمر رقم154/66المؤرخ في 08 يونيو 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 47

2- الأمر 90/67 المؤرخ في 17 يونيو 1967 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 52

3- الأمر 09/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 ، المتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية ،ج رعدد 13

4- الأمر رقم 44/75 المؤرخ 17 يونيو 1975 ، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيآت ، ج ر عدد53

5- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، ج ر عدد 31

6- الأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 ، المتعلق بتطوير الإستثمار ، ج ر عدد 43

7- الأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 ، المعدل والمتمم للأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ،المتضمن تطوير الإستثمار ، ج ر عدد 47 ، الموافق عليه بمقتضى القانون رقم 17/06 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 ،ج ر عدد 72

ه/- المراسيم

1- المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 يوليـــو 2002 ، المتضـــمن تنظـــيم الصـــفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتـــوبر 2008 ،ج ر عدد 52

2- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 7 أكتـــوبر 2010 ، المتضـــمن تنظـــيم الصـــفقات العمومية،ج ر عدد14

3- المرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، المتضمن الصفقات العمومية ،ج ر عدد 14

4- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ،المعـــدل والمـــتمم للأمـــر رقـــم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27

5- المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 ، المتضمن صـــلاحيات الوكالـــة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها ، ج ر عدد 55

6- المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المؤرخ في 09 اكتوبر 2006 ، المتضمن صـــلاحيات الوكالـــة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها ، ج ر عدد 64

II. المراجع بالغة الفرنسية:

1. Nadine Poulet- GibotLeclerc , Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal,Paris, 3 éme édition, 2007.

2. Patrick Janin, Méthodologie du droit administratif, Ellipses édition Marketing S.A,Paris, 2007.

3. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman,Traité de L'arbitragecommecia-lintérnational, Edition Litec, Paris, 1996.

4.Terki Noureddine , L'arbitrage commercial internatioal en Algerie, OPU, Alger ,1999

الفهـــــرس

إهداء
كلمة شكر
مقــدمــة 01

الفصل الأول :النظام القانوني لإتفاق التحكيم في عقود الإدارية الدولية

المبحث الأول : ماهية العقد الإداري الدولي 08
المطلب الأول : مفهوم العقد الإداري الدولي 08
الفرع الأول :تعريف العقد الإداري الدولي.....08
أولا : الشروط الواجبة التوافر لإكتساب العقد الصفةالإدارية.....09
ثانيا : إكتساب العقد الإداري الطابع الدولي.....12
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وخصائصها 13
أولا : الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية 13
ثانيا : خصائص العقود الإدارية الدولية.....14
الفرع الثالث : أنواع عقود الإدارة الدولية.....15
أولا : العقودالبترولية.....15
ثانيا :عقود التعاون الصناعي.....17
ثالثا: عقود الإستثمار 18
رابعا :عقود الأشغال العامة الدولية 18
المطلب الثاني: أساليب إبرام العقد الإداري الدولي وأثاره 18
الفرع الأول : أساليب إبرام العقد الإداري الدولي 19
أولا :طريقة المناقصة 19
ثانيا :طريقة التراضي 21
الفرع الثاني : الأثار المترتبة على إبرام العقود الإداريةالدولية.....22
أولا : حقوق وإلتزامات جهة الإدارة 22

ثانيا : حقوق وإلتزامات المتعاقد الأجنبي 26
المبحث الثاني : مشروعية الإتفاق على التحكيم في عقود الإدارة الدولية 32
المطلب الأول : الإتجاهات الفقهية المختلفة لمشروعية التحكيم في عقود الإدارةالدولية.....33
الفرع الأول : الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية 33
أولا : التشريعات المؤيدة لهذا الإتجاه 33
ثانيا :الأسانيد الفهية المؤيدة لهذا الإتجاه.....36
الفرع الثاني : الإتجاهالمؤيد للتحكيم في عقود الإدارة الدولية.....40
أولا : التشريعات المؤيدة لهذا الإتجاه 41
ثانيا : الأحكام القضائية المؤيدة لهذا الإتجاه 46
المطلب الثاني : شروط صحة إتفاق التحكيم في عقود الإدارة الدولية 49
الفرع الأول : الشروط الشكلية 50
أولا : موقف المعاهدات الدولية.....50
ثانيا : موقف التشريعات الوطنية 52
الفرع الثاني : الشروط الموضوعية.....53
أولا : الرضا 53
ثانيا : المحل 55
ثالثا :الأهلية.....57

الفصل الثاني :الخصومة التحكيمية في العقودالإدارية الدولية

(على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

المبحث الأول : سير الخصومة التحكيمية 63
المطلب الأول : تشكيل محكمة التحكيم 63
الفرع الأول :كيفية تعيين المحكميين 63
أولا :التعيين المبشر من قبل الاطراف.....64

ثانيا : التعيين بالإشارة إلى نظام مركزتحكيمي.....64
ثالثا: التعيين عن طريق القاضي الوطني.....65
الفرع الثاني : المحكمة المختصة بالمنازعات الناتجة عن تشكيل محكمةالتحكيم.....65
الفرع الثالث : إستبدال ورد المحكمين.....67
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق.....70
الفرع الأول : القانون الواجب التطبيف على المسائلالإجرائية.....70
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....71
أولا : القانون المتفق عليه.....71
ثانيا : عدم تحديد القانون المطبق.....72
المبحث الثاني : صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه.....72
المطلب الأول : شروط إصدار حكم التحكيم و أثاره 73
الفرع الأول : شروط إصدار حكم التحكيم 73
اولا : الشروط المتعلقة بالشكل 73
ثانيا : الشروط المتعلقة بميعاد إصدار حكم التحكيم.....75
ثالثا : الشروط المتعلقة بتسليم حكم التحكيم 76
الفرع الثاني : الأثار المترتبة على صدور حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية.....77
أولا : إكتساب الحكم حجية الشيئ المقضي فيه.....77
ثانيا :إنهاء مهمة هيئة التحكيم 77
المطلب الثاني : طرق الطعن في أحكام التحكيم 78
الفرع الأول : الطعن ضد الأحكام التحكيمية في العقود الإدارية الدولية الصادرة في الخارج.....79
أولا : الإستئناف 79
ثانيا : الطعن بالنقض 83
الفرع الثاني : الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر.....85
أولا : حالات الطعن بالبطلان 85
ثانيا : إجراءات الطعن بالبطلان 97

ثالثا : الطعن بالنقض وإجراءاته.....99
خـــــــــــــاتـــــــــمـــــة.....
.....100
الفهرس 105
قائمة المراجع 109