

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع ...

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## التحكيم بديل لحل النزاعات في العقود

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون القضائي

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الدكتور :

من إعداد الطالب :

- بافضل محمد بلخير

- جبور جيلالي

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور ..... بن بكرة عفيف .....رئيسا

الدكتور ..... بافضل محمد بلخير ..... مشرفا مقرا

الدكتور ..... جواد عبد اللاوي .....مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم: 2021/07/11

# الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما  
الله سبحانه وتعالى :  
" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرّة  
عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

"أمي "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيّتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي  
ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي "

أطال الله في عمره

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى أستاذي " بافضل محمد بلخير " و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء  
وغيرهم ممن تجاوزهم قلبي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

# شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذي الفاضل

" بافضل محمد بلخير "

الذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل علي بنصائحه الموجهة لخدمتي

فكان لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

مقدمة

إن النزاع بين الأشخاص حقيقة ملازمة للإنسان منذ الأزل، وحالة طبيعية تحدث بين الأفراد أساسها التمسك بالحق والمصالح الشخصية المتناقضة، ومن النادر جدا أن تجد فردا أو شخصا يفصل في نزاع فيما بينه وبين غيره بإنصاف وعدل ولذا قيل ليس من المنطق أن يكون الشخص طرفا وقاضيا في نفس الوقت.

وعلى هذا الأساس، ومنذ القدم تدخل شخص ثالث ذو صفات مميزة ليست كبقية الأفراد العاديين، وإنما يملك من القوة والمعرفة والحكمة ما لم يملكه غيره، متكفلا بالنزاع المطروح لإعطاء لكل ذي حق حقه.

وقد يقوم بمهمته هذه إما بناء على مركز اجتماعي أساسه القبيلة وهو ما يسمى بشيخ القبيلة" كما كان في العصور الغابرة، أو انطلاقا من إرادة الطرفين المتنازعين في صورة محكم أو بتعيين من السلطة الحاكمة بعد نشوء الدولة بصفته "قاضيا"<sup>1</sup>.

ومهما اختلفت التسمية فالهدف واحد ألا هو فاك النزاع بين الأطراف وتمكين الحقوق لأصحابها، وتكفلت الدولة منذ نشوءها بالنزاعات المطروحة بين الأشخاص، وخصصت جهاز "القضاء واعتبرته من أعمال السيادة، لكن التطور المستمر للمجتمعات والتفاعل فيما بينها والتطور العلمي والتكنولوجي، جعل من الدولة تتطور هي الأخرى، ولم تعد وحدها الأمر والناهي بل هناك عوامل جديدة خارج الحدود الوطنية تفرض نفسها، وذلك خدمة لأفرادها.

إضافة إلى العولمة والحركة التجارية الدؤوية فرضت على الدول أن تعيد النظر في كيفية التعامل مع مواطنيها بل حتى مع الدول الأخرى، في مجالات العلاقات التجارية وكيفية حل النزاعات الناشئة عنها.

<sup>1</sup> - بشير سليم ، الحكم التحكيم والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة - الجزائر، 2012، ص 8

لذا اتجهت معظم الدول إلى سن قوانين جديدة تتعلق بالقضاء البديل من خلال فتح الباب أمام أشخاص طبيعيين أم اعتباريين والسماح لهم بإختيار قاضيهم المفضل والإستغناء عن قضاء الدولة، إلا فيما يخالف النظام العام<sup>1</sup>.

فلم يعد القضاء الرسمي قادرا على حل كل المشاكل المطروحة عليه نظرا لتنوعها واتصافها بالدقة والتعقيد مما أدى إلى نشوء الحاجة إلى آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في الجهات القضائية، إضافة إلى التطورات التي أملتتها ظروف التجارة والإستثمار الدولي، ظهرت الحاجة لوجود ضمانات قانونية من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الإستثمارات الأجنبية.

وفي هذا الصدد ظهر مصطلح " الطرق البديلة لحل النزاعات " و يقابله باللغة الفرنسية مصطلح " Des modes alternatives de reglement des litiges " والتي يمكن تعريفها أنها: الطرق غير القضائية لحل النزاع، والتي يتم بموجبها الفصل في النزاع خارج المحكمة وهي متعددة منها: الصلح والوساطة والتحكيم والمفاوضات والتوفيق.....<sup>2</sup> وستقتصر دراستنا على التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات والذي يمكن تعريفه بأنه: الإتفاق الذي بموجبه تعتزم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم، وعبارة التقاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود.....<sup>3</sup>

فالتحكيم يعد الوسيلة الأكثر ملائمة لحل منازعات العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، لأن المحاكم لم تعد قادرة على التصدي لهذه المنازعات بشكل منفرد، ولم يعد التحكيم طريقا بديلا لحل منازعات التجارة الدولية والإستثمار فقط بل وأصبح

<sup>1</sup> - يشير سليم، المرجع نفسه، ص9.

<sup>2</sup> - سهام صديق، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، 2012-2013، ص 2.

<sup>3</sup> - عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، مصر، 2008، ص

ضرورة حتمية بالنسبة لنوع آخر من العقود والتي كانت في وقت قريب في منأى عنه، وهي العقود الإدارية والتي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بوصفه السلطة العامة وعلى الرغم من معارضة بعض الفقه فكرة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة والعقود الإدارية الدولية بصفة خاصة، إلا أن ما طرأ من تطورات إقتصادية واجتماعية جعل من التحكيم ضرورة العصر<sup>1</sup>.

والجزائر دولة مثلها مثل بقية الدول لا تستطيع العيش بمفردها، ولجأت هي الأخرى إلى التحكيم فأعلنت صراحة أنها تواكب الركب، حيث أدرج المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بالتحكيم في الكتاب الخامس في الباب الثاني وعنونها با في التحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>2</sup>

ولذا بدأت تبرز أهمية التحكيم بشكل جلي لاسيما مع زيادة التعاقدات التي تبرمها الإدارة مع الأشخاص الأجانب لتسيير المرافق العامة لاسيما عقود الإمتياز مع الشركات الأجنبية، وإلى جانب هذه العقود ظهرت عقود أخرى على غرار عقود البوت والذي تشارك فيه الدولة والقطاع الخاص مهمة القيام بأعباء التنمية.<sup>3</sup>

تثور بصدد العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاضعين لقانونها العديد من المنازعات غير أن هذه الإشكاليات تتضاعف إذ كان العقد مبرما بين الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام في حين أن المتعاقد معها أحد (الأشخاص الأجنبية) ليس كذلك كأصل عام بسبب التفاوت في المراكز القانونية لأطراف الرابطة العقدية، وهذا التفاوت في المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية الدولية يضي عليها طابعا خاصا، يؤدي التميزها عن غيرها

<sup>1</sup> - سناء يولتراس ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم نموذجاً . ، مذكرة ماجستير في القانون والإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - ياننتة - الجزائر، 2010-2011، ص 1.  
<sup>2</sup> - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية لسنة 2008، عند 21.

<sup>3</sup> - جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحيت لعقد الإلتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 55.

من العقود الأخرى التي تبرم في إطار العلاقات التجارية الدولية، وهو ما دفع بالفقه للقول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي إخضاعها لنظام مختلف عن الذي تخضع له العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية.<sup>1</sup>

إذن دراسة التحكيم في العقود الإدارية الدولية تستمد أهميتها من الدور الفعال الذي تؤديه في إقتصاديات الدول النامية والمتطورة على حد سواء، وتعد هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطة الإقتصادية للدول الآخذة في النمو.

### - أهمية البحث :

1. يؤدي الأخذ بهذه الطرق إلى خلق بيئة استثمارية جاذبة، إذ أصبح المستثمر الأجنبي يشترط لإبرامه عقود استثمار في دولة ما الإعتماد على الطرق الودية لحل النزاع الذي ينشأ عن تنفيذ هذا العقد قبل اللجوء إلى القضاء الوطني، وذلك خشية افترقاد هذا الأخير لحياده، أو تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام قضائها.<sup>2</sup>

2. الإتجاه نحو مفهوم جديد للعقود الإدارية الدولية ينظر لها من الجانب الدولي ويوازن بين مصلحة الدولة من ناحية وعلاقتها بالدول الأخرى من ناحية أخرى.

3. يعتبر موضوع البحث من الموضوعات المستحدثة والتي بدأت تظهر أهميته على صعيد من القوانين وعلى المستوى الفقهي والقضاء الإداري، لذلك كان من الواجب معرفة القواعد المنظمة للتحكيم في التشريع الجزائري وهذا على ضوء أحدث التعديلات القانونية، إضافة إلى أن موضوع التحكيم في العقود الإدارية لا يزال من المجالات الخصبة للبحوث العلمية.

### - أسباب إختيار موضوع البحث :

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 6.

<sup>2</sup> - سهام صديق، المرجع السابق، ص 6.



- 1- الوقوف على الكيفية التي من خلالها يمكن المحافظة على سمات أو خصائص العقد الإداري في ظل اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تثور بشأن العقود الإدارية الدولية.
- 2- حادثة الموضوع محل البحث ونص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
3. دراسة مدى فعالية التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا في النزاع، وما يثيره التحكيم في مثل هذه العقود وأثر ذلك على حصانة الدولة القضائية.

#### - إشكالية موضوع البحث :

نظرا لكون أن القانون الإداري من خصائصه أنه ذو طابع قضائي<sup>1</sup>، فالإعتماد على هذه الطرق في المجال الإداري يتميز بصعوبة خاصة، إلا أن هذه الخصوصية إصطدمت بالتحكيم كآلية لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الأمر الذي أدى إلى ظهور تباين في وجهات النظر الفقهية والقضائية ما بين مؤيد ومعارض للتحكيم في علاقات القانون العام. فمن خلال ما سبق يمكن حصر إشكالية الموضوع محل البحث في التساؤل عن:

- ما مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم كأسلوب بديل عن القضاء، قصد فض منازعات العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو مؤسساتها، باعتبارها ذات سيادة؟.
- وما هي الإجراءات المتبعة في ذلك؟.

#### - أهداف موضوع البحث :

- 1- تحديد مفهوم العقد الإداري الدولي كون أن القانون الإداري الدولي في حد ذاته نظام جديد.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 2، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص ص 93-94

2- محاولة تسليط الضوء على مشروعية نظام التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وذلك من خلال التطرق الموقف التشريعي الجزائري والمقارن قصد الوصول إلى الأسباب والدوافع التي أدت إلى تغيير الموقف الرفض التحكيم في نطاق القانون العام. 3. الموازنة بين خصوصية العقود الإدارية والطبيعة القانونية التحكيم بإعتبار أن هذا الأخير مصدره الإتفاق، وبالتالي فإن عدم إحاطة التحكيم في العقود الإدارية بنظام قانوني يحفظ للعقد الإداري خصوصيته قد يؤدي إلى التأثير سلبا على مستقبل القانون الإداري.

### - أدبيات البحث :

مما لا شك فيه أن آفاق المعرفة لا تحد، فضلا عن كون المعرفة ذاتها لا تنتهي أو تخلص بكثرة المعالجات، بل تزداد وتثري، ويصدق ذلك على موضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية فكثيرة هي المراجع التي تناولت موضوع التحكيم الدولي ، ولكن جل هذه المراجع هي مراجع عامة غير متخصصة في موضوع "التحكيم في العقود الإدارية الدولية"، أما بالنسبة للدراسات حول هذا الموضوع في المكتبة القانونية الجزائرية فهي تكاد تكون منعدمة فيما عدا دراسة ل : قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية

في القانون الجزائري - دراسة مقارنة<sup>1</sup> ، بولقراس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . التحكيم نموذجا<sup>2</sup> ، مذكرة ماجستير، و محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن - الصفقات العمومية نموذجا - ، مذكرة ماجستير<sup>3</sup>.

### - صعوبات البحث :

<sup>1</sup> - عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة ، دار المعرفة، الجزائر، 2009 .

<sup>2</sup> - سناء بولنواس ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم نموذجا . ، مذكرة ماجستير في القانون والإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، 2010-2011 .

<sup>3</sup> - محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن - الصفقات العمومية نموذجا - ، مذكرة ماجستير في القانون الإدارية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2015 .

1. نقص المؤلفات الفقهية التي تناولت التحكيم في النظام القانوني الجزائري، حيث إن أغلب المؤلفات صدرت في فترة سابقة على صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، الأمر الذي جعلنا نستند إلى بعض الرسائل والأطروحات الجامعية لمعالجة موقف النظام الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية بالرغم من أن أغلبها تناولت هذا الموضوع في نطاق القانون الخاص.

2. حداثة نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية الأمر الذي صعب مهمة البحث خاصة مع صعوبة الحصول على التطبيقات القضائية في هذا المجال.

3. صعوبة حصر هذا الموضوع في نطاق القانون العام بإعتبار أن التحكيم يمثل أحد أساليب القانون الخاص، مما خلق مشكلة تتعلق بوجود حصر هذا الموضوع في إطار القانون العام.

#### - منهجية البحث :

تم الإعتماد لإنجاز هذه المذكرة على المنهج التحليلي من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية المؤيدة والمعارضة للتحكيم، إضافة إلى ذلك تم الأخذ بالمنهج المقارن من خلال التركيز على موقف التشريع الوطني والتشريعات المقارنة بخصوص التحكيم في العقود الإدارية لإبراز بعض النقاط القانونية كالتشريع الفرنسي والمصري، وتم الأخذ بالمنهج التاريخي لإبراز تطور الفكر القانوني الحاصل في النصوص التشريعية والفقهية.

#### - خطة البحث :

بناء على الإشكالية المطروحة والأهداف المسطرة المرجو تحقيقها، ارتأينا تقسيم موضوع الدراسة إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: النظام القانوني لإنفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

الفصل الثاني: الدعوى التحكيمية في العقود الإدارية.

# الفصل الأول

النظام القانوني لإنفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

تثير العقود الادارية ذات الطابع الدولي تثير صعوبات كثيرة، بالنظر إلى التفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة ، لكون هذه العقود مبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها و بين شخص أجنبى، فالأولى بما أنها شخص من أشخاص القانون العام فهي تتمتع بامتيازات سيادية و استثنائية لا يتمتع بها المتعاقد معها والذي هو شخص من أشخاص القانون الخاص .

و هذا التفاوت الموجود يضيف عليها نوعية خاصة مما يميزها عن العقود الأخرى التي تبرم في اطار العلاقات التجارية الأخرى ، و هو ما دفع الى القول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي اخضاعها الى نظام مختلف عن النظام الذي تخضع له العقود المبرمة في اطار العلاقات التجارية الدولية<sup>1</sup>.

و في مثل هذه العقود لا يقف الأمر عند مسألة التفاوت في المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية ، رغم أن الدولة تتمتع بالسيادة إلا أنه أحيانا توجد في مركز اقتصادي أضعف من المركز الذي تتمتع به الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، و خشية من الدول أن تكون لقمة أمام التفوق الاقتصادي لهذه الأخيرة ،فهي تتمسك بإخضاع العقود التي تنشأ بينهما لقضائها و قانونها الداخلي، بينما الطرف الأجنبي يعمل على ابعاد هذا العقد من القانون العامة<sup>2</sup>.

أن التغيرات و التطورات الاقتصادية و الاجتماعية جعل اللجوء الى التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع حتمية رغم الاعتراضات التي واجهت هذه الفكرة، من أجل تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية وذلك بتحقيق أوجه الضمان ضد المخاطر السياسية و الاقتصادية.

سنتناول في هذا الفصل ماهية العقد الاداري ذو الطابع الدولي، و امكانية اللجوء الى التحكيم في هذه العقود، على النحو التالي : المبحث الأول : ماهية العقد الاداري ذو الطابع الدولي . المبحث الثاني : امكانية اللجوء الى التحكيم في العقود الادارية .

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 42 .

<sup>2</sup> - محمد بن عمر، المرجع السابق، ص 19.

**المبحث الأول : ماهية العقد الاداري الدولي**

تكمن الأهمية البالغة للتحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي هي ما تتضمنه من شروط استثنائية غير موجودة في القانون الخاص ، اذا ان ادراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود يكسبها طابعا خاصا، لهذا اختلف الفقهاء في ادراج هذا الشرط في مثل هذه العقود نظرا لما يترتب على ذلك من اثار قانونية.

سنقوم بإبراز كل من مفهوم العقد الاداري ذو الطابع الدولي ، أساليب ابرامه و الاثار المترتبة عليه على النحو التالي :

**المطلب الأول: مفهوم العقد الاداري الدولي**

يقصد بالعقد الاداري هو الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام لإدارة أو تسيير مرفق عام باستخدام وسائل القانون العام ويتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، و يخضع لقانون الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي العام المتعاقد.<sup>1</sup>

و بناء على ذلك ستدرس كل من الشروط لاكتساب العقد الصفة الإدارية، ومحددات اكتسابه الطابع الدولي ، ولماذج لعقود ادارية ذات طابع دولي ، وفق مايلي :

**الفرع الأول: تعريف العقد الاداري الدولي**

عرفها د. عبد الحكيم مصطفى بأنها : عقود تيرم بين دولة أو أحد أشخاصها و مشروع خاص أجنبي وتكون لأجل طويل ، اما باقامة منشأة صناعية أو استغلال ثروة طبيعية.<sup>2</sup>

عرفها د. عصام الدين القصي بأنها : عقود تيزمها الدولة أو أحد أجهزتها القانونية مع أحد أشخاص القانون الخاص الأجنبي المتعلقة بالأنشطة التي تدخل التنمية الاقتصادية للبلاد، عرفها د. محمد عبد العزيز بكر بأنها : " عقد يبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها مع شخص أجنبي ، من أجل انشاء التزامات تعاقدية ، والدولة قد تستخدم سلطتها أو لا تستخدمها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 43 .

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 42 .

<sup>3</sup> - علاء محي الدين مصطفى ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية (دراسة مقارنة)، د ط دار الجامعة الجديدة

مصر، 2008، ص ص 61-63 .

**أولاً : الشروط الواجبة لاكتساب العقد الصفة الادارية**

و تقسم هذه الشروط الى قسمين : شروط شكلية و شروط موضوعية ، و هي :

**1. الشروط الشكلية الواجب توافرها لاكتساب العقد الصفة الادارية**

و المقصود بها أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام ، سواء كان هذا الشخص العام الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، أو أشخاص مرفقية كالمؤسسات العامة ذات الطابع الاداري ،وأشخاص عامة مهنية المعترف لها بالشخصية المعنوية.<sup>1</sup>

سنقوم بتوضيح هل الدولة تقتصر على العقود التي تبرمها بواسطة من يمثلها أم تشمل أيضا الأجهزة التابعة لها كطرف في العقد الاداري ذو الطابع الدولي ؟.

**أ - الدولة كطرف في العقود الادارية ذات الطابع الدولي .**

لا يوجد أية صعوبة اذا أبرمت الدولة العقد بنفسها بواسطة من يمثلها كطرف في العقود المبرمة ، بما أن الدولة أحد أشخاص القانون الدولي العام فهي لا تحتاج لتوضيح ، لكن الصعوبة اذا كان الطرف الأجنبي ليس دولة بل جهاز تابع لها ، و هذا السؤال المطروح هو هل عقود الدولة يتسع ليشمل هذا النوع من العقود ؟ وستتم الإجابة عن هذا السؤال على النحو<sup>2</sup>

:

**• الاتجاه المضيق لعقود الدولة**

هذا الاتجاه يرى بأن عقود الدولة هي العقود التي تقوم الدولة بابرامها بنفسها أو بواسطة من يمثلها ،وأیضا أن عقود الدولة هي العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي ، أما التي

<sup>1</sup> – Nadine Poulet-Gibot Leclere , Droit Administratif Sources, moyens, controles), 3ernie edition, Breal, Paris,2007, p130.

<sup>2</sup> – Ibrahim REFAAT Mohamed El-Béhéry, (Théorie Des Contrat Administratifs et Marché Publics Internationaux), Thèse pour le doctorat en Droit , Institut du droit, de La Paix et Developpement (IDPD), Univeriste de Nice Sophia-Antipolis, Nice, Mars 2004, p28.

تبرمها من قبل الأجهزة التابعة لها فهي من العقود التجارية الدولية و ليست عقود ادارية ذات طابع دولي<sup>1</sup>.

### • الاتجاه الموسع لعقود الدولة

يرى هذا الاتجاه بأن عقود الدولة هي التي تبرمها الدولة بنفسها أو التي تبرمها الأجهزة التابعة لها ، من أجل تأييد هذا الاتجاه استند جانب من الفقه الى المادة 35 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار و التي تنص: " يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة بتحديدته أمام المركز ... الخ ، فالمركز لا ينظر فقط في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها فقط ، بل تنتظر في المنازعات التي تكون فيها الهيئة العامة أحد أطرافها ، أو جهاز تابع للدولة تقوم بتحديدته أمام المركز<sup>2</sup>.

نرى أن الاتجاه الموسع لفكرة عقود الدولة هو الاتجاه الراجح ، لأن قصر عقود الدولة على تلك العقود التي تبرمها بنفسها يؤدي لاغفال العديد من العقود و ان كانت هذه العقود غير مبرمة من قبل الدولة، الا أنها مبرمة بعد أن أعطت لها الدولة القيام بهذه الوظيفة نيابة عنها و لتحقيق أهدافها ، و هذه الأخيرة المتمثلة في : الادارات العمومية ، الهيئات الوطنية المستقلة ، الولايات ، البلديات ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري و مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية<sup>3</sup>.

### ب- الأجهزة التابعة للدولة في العقود الادارية ذات الطابع الاداري

<sup>1</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها)، د طه دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 37.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 37.

<sup>3</sup> - حدد المشرع الجزائري المؤسسات العمومية الخصوصية فيما يلي: " المؤسسات العلمية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي المؤسسات ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني، المؤسسات العمومية | ذات الطابع الصناعي و التجاري، المؤسسات الاقتصادية عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة "



لتحديد المقصود بالأجهزة التابعة للدولة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مسألة هامة، وقد تعددت المعايير التي استند إليها للقول بتبعية الجهاز المتعاقد الدولة بين معايير تقليدية و أخرى حديثة هي على النحو التالي :

### 1- المعايير التقليدية

تعددت المعايير لتحديد مدى تمتع المشروعات العامة بالحصانة القضائية ، فقال بعض الفقهاء أن المشروع الذي لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة يعد مندمجا في شخص الدولة و من ثم يتمتع بالحصانة القضائية<sup>1</sup>، و قال البعض الاخر بما أن كون المشروع مرفقا من مرافق الدولة فهو يتمتع بالحصانة بما أنه مشروع عام تابع للدولة ، و قال اتجاه آخر أن المشروع لا يتمتع بالحصانة القضائية إلا إذا كان يخدم المصالح الأساسية للدولة، و استند البعض للصفة التي يتعامل بها المشروع، و ظهر هذا الاتجاه في قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 3 نوفمبر 1952 في قضية الزوجين ضد البنك الاسباني.<sup>2</sup>

وقد وجهت العديد من الانتقادات للمعايير التقليدية نذكر منها:

\* عدم إثبات هذه المعايير بحل مقبول، مثل الأخذ بمعيار تمتع المشروع بالشخصية القانونية المستقلة مما يؤدي إلى إعتبار أحد العقود المبرمة بواسطة جهاز تابع للدولة لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة من العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> - قضية الجنرال فرانكو في 12-11-1936، و تتمثل وقائع القضية في إصدار الجنرال فرانكو قرار يقضي بمصادرة النقود الاسبانية القادمة من الخارج لاسيما فرنسا و مبادلتها مقابل صكوك جديدة قابلة للتعامل بها في إسبانيا، و اثر هذا القرار قام الزوجان مارتن بايداع الأوراق المالية الاسبانية في مكتب الجمارك الاسباني و طالبا البنك الإسباني باعطائهما الأوراق الجديدة القابلة للتعامل، و لجأ على المحاكم الفرنسية لمخاصمة البنك لعدم قيامه بمنحهما الأوراق النقدية، و الذي فيه بالرغم من تمتع البنك بالشخصية القانونية المستقلة مما لا يمكنه من التمسك بالحصانة القضائية فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن هذا الأخير عند قيامه بعملية استبدال الأوراق المالية وفقا لشروط صارمة مقروضة من قبل الدولة الاسبانية فإن البنك هنا ما هو إلا ممثل للدولة الاسبانية ينفذ عمل من أعمال السلطة العامة. راجع في هذا الصدد: سناء بولقواس، المرجع السابق، ص ص 47-48 .

\* طبيعة النشاط المعتمد عليها لدى البعض غير كاف، لأنه يجب إضفاء صفة الأجهزة التابعة للدولة على كل مشروع، من أجل تكييفه على أنه جهاز تابع لها<sup>1</sup>.

## 2- المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة الدولية

ظهرت المعايير الحديثة بعد عجز المعايير التقليدية، و هذه المعايير تعتمد على المزج بين أكثر من معيار، وهو ما أخذ به في حكمين صادرين عن القضاء الفرنسي و هما حكم محكمة استئناف الصادر في 13 نوفمبر 1984، و حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 يوليو 1987<sup>2</sup>، و يعتمد على معيارين التحقق من فكرة تبعية الجهاز، و سنتناول هذين المعيارين على النحو التالي:

### أ- المعيار العضوي

في هذا المعيار يمكن القول بتبعية الجهاز المتعاقد الدولة، من خلال توافر مجموعة من العناصر المتكاملة، و يأتي في بداية هذه العناصر ملكية رأس مال الجهاز ، كيفية إدارته و الأنظمة الحاكمة لتصرفاته وهذه العناصر موجودة في القانون الذي أنشأ الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي، النظام السياسي أو القرار<sup>3</sup>.

### ب- معيار طبيعة النشاط

هذا المعيار يشترط أن يكون الجهاز التابع للدولة أن يتصرف بتوجيهات منها و لحسابها ، لكن إذا كان هذا الجهاز لم يتصرف باسم الدولة في هذه الحالة مسألة التبعية تنتفي<sup>4</sup>.

## 2- الشروط الموضوعية الواجب توافرها في العقد لاكتسابه الصفة الادارية.

تتمثل هذه الشروط في تعلق العقد بتسيير مرفق عام متضمنا شروط، يعطي القضاء الاداري الفرنسي الصفة الادارية للعقد رغم عدم تضمنه لدفتر الشروط، كما لا يعتبر خضوع

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 48 .

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 185.

<sup>3</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 48.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 67.

عقد لقانون الصفقات العمومية بمثابة عقد إداري و هو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها 5 جويلية 1999.<sup>1</sup>

#### أ- تعلق العقد بتسيير مرفق عام

وجود الإدارة طرفا في العقد لا يكفي القول بالطبيعة الادارية للعقد، بل يجب أن يتصل العقد بمرفق عام، والمتمثل وفقا للتعريف العضوي في منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة، و تكون خاضعة لها في إدارتها و هدفها إشباع حاجات عامة. و كان التعريف الموضوعي للمرفق العام على أنه: " كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تنظمه أو تشرف عليه بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام.<sup>2</sup>

#### ب - تضمين العقد شروطا غير مألوفة

لنكون بصدد عقد إداري يجب توافر هذا الشرط، و ليس بالضرورة أن يحتوي على أكثر من شرط واحد لكي يصبح عقدا إداريا، فيكفي توافر شرط إستثنائي واحد، و يرى البعض أن الشروط الاستثنائية لا تمنح إمتيازات للإدارة بل تضعها في قيود إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.<sup>3</sup>

و يقصد بالشروط الغير مألوفة في القانون الخاص هي الشروط التي تمنح المتعاقد حقوقا أو تفرض عليه إلتزامات خارج عن الشروط التعاقدية ، كما تمكن هذه الشروط الادارة المتعاقدة من الدفاع عن المصلحة العامة.<sup>4</sup>

#### ثانيا: محددات اكتساب العقد الاداري الطابع الدولي

اختلف الفقه و القضاء في المعايير التي يكتسب بها العقد الصفة الدولية، فقد تبني البعض المعيار القانوني و البعض الآخر المعيار الاقتصادي، و سنرى ذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> -- ناصر لبد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، مطابع حسناوي، الجزائر، 2007، ص 272

<sup>2</sup> -- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق، ص ص 66 ، 67.

<sup>3</sup> -- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دطه منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 33.

<sup>4</sup> -- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسور النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 61.

**1. المعيار القانوني لدولية العقد**

في هذا المعيار يعد العقد دوليا إذا كان متضمنا عنصرا أجنبيا واحدا على الأقل سواء كان شخصا أم وموضوعيا أي يكون متصلا بأكثر من نظام قانوني واحد، مال الفقه التقليدي للرابطة العقدية للتسوية بين العناصر القانونية حيث تتوفر الصفة الأجنبية لأي منها مما يكسب العقد الطابع الدولي، و يعطي المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يخضع له العقد.<sup>1</sup>

بالرغم من وضوح هذا المعيار، إلا أنه تعرض للانتقاد لكونه غير كاف لوحده لإقرار السمة الدولية للعقد و أنه يتسم بالجمود لمجرد توافر الرابطة العقدية على عنصر أجنبي يؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، و لتفادي كل هذه الانتقادات أشار الفقه الحديث إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد ليست عنصرا مؤثرا في العقد، و يرون أن مكان إبرام العقد ليس بالمعيار الكافي لإعطاء العقد الطابع الدولي، و يرون بأن محل تنفيذ العقد يعد من العناصر التي تكسب العقد الطابع الدولي.<sup>2</sup>

**2. المعيار الاقتصادي لدولية العقد**

و يعد العقد دوليا بتطبيق هذا المعيار في الحالات التالية:

أ. **الحالة الأولى:** في حالة ما إذا إتبع العقد عملية مدو جزر لرؤوس الأموال و الخدمات بين الدول.

ب. **الحالة الثانية:** يعد العقد دوليا إذا كان متصلا بمصالح التجارة الدولية.

ج. **الحالة الثالثة :** يعد العقد دوليا إذا خرجت العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي.<sup>3</sup>

أو من خلال ما رأينا تبين أنه لا يوجد تعارض بين المعيارين القانوني و الاقتصادي، فالعقد الذي يترتب عليه انتقال الأموال من دولة لأخرى و تتعلق بمصالح التجارة الدولية ، هو

<sup>1</sup> - محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، دل ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 22.

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق، ص ص 73، 74.

<sup>3</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق ، ص 81.

عقد يتصل بأكثر من نظام قانوني و هو ما يقضي بتوافر المعيار القانوني، و العكس غير صحيح فقد يكتسب العقد الطابع الدولي وفقا للمعيار القانوني دون توافر المعيار الاقتصادي.

### ثالثا: تمييز العقود الادارية الدولية عن عقود العلاقات التجارية الدولية

رغم وجود التشابه بين العقود الادارية الدولية و العقود التجارية الدولية إلا أن هناك فروقات بينهما تظهر فيما يلي:

- تتميز العقود الادارية الدولية عن العقود التجارية الدولية، بعدم التساوي في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، لأنها عقود تبرم بإسم الدولة و التي تتمتع بسلطات واسعة، في حين إذا كان الطرف الأجنبي المتعاقد معها متمتعاً بالقوة الاقتصادية و المالية فهو لا يتمتع بأية سيادة و لا يعد من أشخاص القانون الدولي العام.

- تتميز هذه العقود بخصوصية الأسباب التي أبرمت لأجلها، و هو تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للدولة المتعاقدة، مقابل تحقيق أرباح للشخص الأجنبي المتعاقد معها.

- تنسم هذه العقود بطول مدتها، و تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية خلال تلك الفترة، مع إقامة منشآت دائمة تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد<sup>1</sup>.

\* تتميز أيضا هذه العقود باحتوائها على شروط غير متوفرة في العقود التجارية الدولية، إن أسباب تواجد هذه الشروط في العقود الدولية ذات الطابع الاداري غير الأسباب التي تدعوا تواجدها في العقود الدولية بصفة عامة، كشرط التحكيم في هذه العقود و الهدف منه السرعة في الفصل، إلا أن الدافع لإدراج هذا الشرط في هذه العقود له أسباب أخرى منها: أن الدولة المتعاقدة طرف غير عادي بالنظر لما تتمتع به من مزايا سيادية.

و هناك سبب اخر لوجود شرط التحكيم في العقود الادارية الدولية و هو أن الدولة تتمتع بحصانة قضائية ومن ثم اذا قام الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة برفع الدعوى أمام القضاء فسوف يواجه إهدار الحقوق الخاصة له احتراما لحصانة الدولة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 171.

<sup>2</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 53.

\* و تستمد هذه العقود ذاتها من خلال النصوص المحددة لاختصاصها التشريعي و هو ما يجعل الدولة مقيدة بشرط الثبات و عدم المساس بالعقد و لا يمكنها تغيير العقد بإرادتها المنفردة، و عدم سريان أية تعديلات تجريها الدولة على قانونها الداخلي، و الهدف من هذين الشرطين في هذه العقود هو تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية و كطرف في العقد في نفس الوقت ، و التعهد بعد إصدار تشريعات تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها يؤدي للإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد و الإضرار بالطرف الأجنبي.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: نماذج لعقود ادارية ذات طابع دولي

كانت العقود الادارية ذات الطابع الدولي حقيقة موجودة و مكرسة في الواقع العملي سنقوم بدراسة نموذجين عنها على سبيل المثال ، و هما عقود الأشغال العامة الدولية، و عقود البوت و ذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: عقود الأشغال العامة الدولية

إن عقود الأشغال العامة هي أحد أهم العقود الإدارية، و إذا لم تنطبق الصفة الأجنبية في هذه العقود فستكون عقوداً داخلية، و بالنظر للتغيرات الاقتصادية الحديثة أخذت هذه العقود الطابع الدولي، تيرم لهدف التنمية و تحقيق الصالح العام. و يترتب على العقد أو الصفة الدولية اثار من حيث ما يضمنه العقد من شروط للطرفان، و ذلك لحسم منازعات هذه العقود بعيدا عن قضاء الدولة، و لذلك نفي بعض الفقهاء الصفة الإدارية عن هذه العقود غير أن البعض أعطاها الصفة الادارية ، و سنتعرض لذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 320.

## أ. تعريف عقد الأشغال العامة

عرف عقد الأشغال العامة بأنه: "عقد يبرم بين دولة و شخص أجنبي، و ذلك بتنفيذ مشروع ما، كالبناء أو تشييدات صناعية أخرى من طرف الأجنبي لحساب الدولة الطرف مقابل أجر تتعهد به هذه الدولة وذلك حسب الأسس الموضحة في العقد<sup>1</sup>."

ويلاحظ أن هذا التعريف لم يذكر أعمال أخرى تتم بموجب عقد الأشغال العامة و هي عمليات التأهيل والهدم الكلي أو الجزئي للمنشأة، و من خلال التعريف الذي تطرقنا إليه استنتجنا الشروط الواجبة التوافر لتكون بصدد عقد أشغال عامة دولية و هي: الصفة الدولية، أن يكون العقد منصب على عقار، أن يتم العمل لحساب الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة، أن يكون هدف العقد تحقيق المصلحة العامة.<sup>2</sup>

## ب. الطبيعة القانونية لعقود الأشغال العامة الدولية

بعض الفقه أنكر الصفة الإدارية لهذا العقد لما يتضمنه من شروط: كشرط الثبات التشريعي<sup>3</sup>، و هذا الشرط يؤدي إلى تقليص السلطات الاستثنائية الممنوحة للإدارة في عقودها الإدارية، و غياب هذه الشروط يؤدي إلى استخدام الدولة الامتيازات عامة، و هذا يخضع العقد للمتغيرات التشريعية في الدولة التي يتم فيها تنفيذ الأعمال و خضوعه للشروط الاستثنائية الأخرى، و هناك شرط التحكيم إلى جانب هذه الشروط و هذا ما يسعى إليه المستثمر الأجنبي منذ البداية.<sup>4</sup>

بعد الذي تطرقنا له حول مضمون الاختلاف حول الطبيعة القانونية لهذه العقود نتوصل إلى أنها عقود إدارية متى توافرت الشروط التي ذكرناها، و تكتسب الطابع الدولي باعتبار أنها

<sup>1</sup> - عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص 145.

<sup>2</sup> - عمار بوضيافة الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص ص 77-78.

<sup>3</sup> - تعريف شرط الثبات، " هو شرط يتم إدراجه في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، و من خلاله يتمسك به المتعاقد الأجنبي لنفاذي التعديلات في القانون الواجب التطبيق في العلاقة التعاقدية التي تقوم بها الدول تحقيقاً لأهدافها الاقتصادية، حيث يكون المتعاقد الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي ستبقى تنظم علاقته مع الدولة "

<sup>4</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، ص 56.

تتطلب انتقال مواد و أموال و خدمات من دولة لأخرى، بما أنها تتسم بذائية خاصة تميزها عن بقية العقود فلا يمكن تصنيفها ضمن عقود القانون الخاص، كما أن هذا النوع من العقود يحمل شروط جديدة كشرط التحكيم يحي النزاع الذي ينشأ أو نشأ<sup>1</sup>.

إن الأشخاص الأجنبية التي تمارس نشاط البقاء يفضلون التسوية الداخلية لفض منازعاتهم للتوصل لحل توفيقى بين المصالح المتنازعة يكفل استمرار المشروع محل التعاقد ، و يستعين الأطراف بشروط تصدر عن هيئات مختصة في هذا المجال على غرار الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين بالإشتراك مع الاتحاد الدولي للمقاولين الأوروبيين للمباني و الأشغال العامة الذي كان يسمى في السابق بالاتحاد الدولي للمباني والأشغال العامة ، و قد تلقت شروطهم المسماة بشروط فيديك قبولا دوليا في معظم دول العالم.

وإن استدعى الأمر بطرح النزاع على أجهزة التحكيم فإن نجاحه يعتمد على مراعاة النظام الذي يجري من خلاله التحكيم لخصائص البناء و التشييد، و وضعت نماذج عقود الفيدك " التحكيم الخطوة الأخيرة لتسوية منازعاتها، و حتى الدولة المتعاقدة تتلقى ما يمكن أن ينجر على تطبيق التحكيم لا سيما إذا لم تصغ الاتفاقية بشكل دقيق مما يجعل الدولة الأجنبية تلجأ إلى تطبيق قانونها و الذي قد لا يتناسب مع طبيعة هذا النوع من العقود يتعين أن:

\* دراسة جدوى المشروع قبل التعاقد و مراعاة الدقة في الدراسات الاقتصادية و الفنية و المالية.

\* جعل صياغة العقد واضحة بعيدة عن الغموض الذي قد يؤثر على بنود العقد .

\* يجب على الجهة الادارية المتعاقدة التحقق من عدم توافر الاعتماد المالي اللازم للإنفاق قبل الاعلان عن المناقصة<sup>2</sup>.

## ثانيا : عقود البوت ( B.O.T )

<sup>1</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، ص 56

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص ، 56، 57.



تبرم الدول عقود لاستغلال و تسيير المرافق العامة أو الاستثمار الأموال العامة فيها و هذه العقود سميت بعقود الامتياز، و بالرغم من أنه لا يوجد أي شك حول الطبيعة الادارية لعقود الامتياز ، إلا أنه و بسبب اللجوء الى النظم القانونية الحديثة ، و أولها ما يسمى بعقود البوت و التي هي الية لتطوير المشاريع باستخدام مبادرة القطاع الخاص و تمويله ، و اختلف فقهاء القانون العام و فقهاء القانون الخاص حول طبيعتها القانونية ، فهل هي عقود ادارية أم لا ؟ و سنتعرض لتعريف هذه العقود و الصور التي تأخذها و الى الطبيعة القانونية لهذه العقود على النحو التالي :

### أ. تعريف عقود البوت B.O.T

عقود البوت B.O.T هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية : البناء Build و التشغيل Operate ونقل الملكية Transfer<sup>1</sup>.

و عرفت لها لجنة الأمم المتحدة بأنها : شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين و يطلق عليهم الاتحاد المالي امتيازاً لتنفيذ مشروع و عندها تقوم الشركة ببناء و تشغيل و إدارة المشروع لفترة ما من الزمن و استرداد التكاليف مع تحقيق الربح ، و عند نهاية المدة المتفق عليها في العقد تنتقل الملكية الى الحكومة.<sup>2</sup>

### 2. الطبيعة القانونية لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T

أن العديد من الفقهاء قالوا أن هذا النوع من العقود ليس حديثاً ، و إنما معروف و مطبق من منتصف القرن التاسع عشر ، مما أدى بالبعض إلى التشكيك في طبيعة هذه العقود و سنتناول هذه الآراء على النحو التالي :

إعتبر الرأي الأول أن عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية هي تنظيم بمعنى أن هذا العقد هو تنظيم اقتصادي يجب لتنفيذه إبرام عدة اتفاقات بين اطراف مختلفة، ان هذا الرأي

<sup>1</sup> - جابر جاد رمسار، عقود البوت . B.O.T و التطور الحديث لعقد الالتزام - دراسة تقنية النظرية التقليدية لعقد الالتزام- ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، مصر، 2002، ص 39.

<sup>2</sup> - جابر جاد رمسار، عقود البوت B.O.T و التطور الحديث لعقد الالتزام - دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام- ، المرجع السابق، ص40.

ينكر الطبيعة الاتفاقية ، و يخرج عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية لهذه العقود من أجل أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها .  
و هذا غير صحيح لأن الاتفاقات الفرعية ترتبط بالعقد الرئيسي بين الإدارة والشركة. أما العقود الأخرى التي تبرم من أجل تنفيذ هذا العقد لا تؤثر في طبيعته .<sup>1</sup>

**بينما نادى الرأي الثاني بالطبيعة الخاصة لعقود البوت** قال البعض أن هذه العقود هي عقود الإدارة العادية تخضع منازعاتها للقانون الخاص ، لأنها مثل عقود الاستثمار لا تقبل أن يتضمنها شروطا استثنائية فالتجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنازل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين ، وأن هذا النوع من العقود تبرمه الإدارة بأسلوب القانون الخاص ، و لا تستطيع الدولة أن تضع شروطا استثنائية في هذا العقد .

وإذا كانت الدولة تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل أساليب القانون العام الفي تميز الإدارة في مواجهة المتعاقد معها فهذا لا يمكن تطبيقه إذا كان الطرف أجنبي .

وقال البعض أن هذه العقود يمكن أن تكون عقود التزام إدارية في فرنسا ، أما في مصر فيعتبر هذا العقد عقدا مدنيا ، لأنه يشترط في القضاء الإداري في مصر توافر معايير و هي : أن تكون الإدارة طرفا فيه ، أن يتصل بنشاط مرفق عام ، و أن يتضمن شروطا استثنائية . و بما أن هذه العقود لا تتضمن شروطا استثنائية فان هذا العقد مدنيا في مصر ، أما في فرنسا بمجرد توافر أحد العناصر و هي أن الإدارة طرفا فيه فان هذا العقد اداريا، وفي الحقيقة نرى أن هذا الرأي خاطئ ، فليس صحيحا ارتباط الشروط الاستثنائية بمبدأ سيادة الدولة فان هذه الشروط تربط العقد بنشاط مرفق عام ، و لا تتضمن في كل الأحوال تمييزا للإدارة في مواجهة المتعاقد و إنما تضمن للأخير حقوقا أكثر مما يتضمنها العقد العادي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - جابر جاد رخسار، عقود البوت B.O.T و التطور الحديث لعقد الالتزام - دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام- ، المرجع السابق، ص ص 50 ، 51.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 51، 52.

أما الرأي الثالث قال أن عقود البوت هي عقود التزام مرافق عامة: هذا الرأي يعتبر عقود البوت هي عقود التزام مرافق عامة ، أي اداريا إذا كانت الادارة طرفا فيه ، و ذهب فقه القانون الاداري الى أن هذه العقود عبارة عن صيغة مخففة عن أسلوب الإمتياز التقليدي ، إذ أن إدارة المرافق العامة كانت في السابق تتم من قبل الدولة ثم أصبحت إدارتها تدريجيا بواسطة المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري ، و في الحاضر أصبح ممكنا أن يشمل البوت تمويل إنشاء المرافق العامة الادارية و يتم تشغيلها و إدارتها من قبل المستثمرين ، و أن تعويض المتعاقد في عقد البوت يكون من خلال فرض رسوم على مستخدمي المشروع.<sup>1</sup>

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادات و هي<sup>2</sup>:

- تكون ملكية المشروع في تلك الفترة القطاع الخاص ، الذي يمول المشروع مع تحمل كافة المخاطر الناجمة عن ذلك .

- اختلاف المناخ القانوني لعقود البوت لا يقر بوجود عقود ادارية .

#### المطلب الثاني: أساليب العقود الادارية الدولية و انارها

سنتطرق من خلال هذا المطلب لمختلف القواعد التي تحكم ابرام العقود الادارية الدولية كونها تتمتع بذائية خاصة المتمثلة في الزام المشرع لجهة الادارة باتباع اجراءات معينة عند تعاقدها وتقييد حريتها في اختيار المتعاقد معها.

وعليه كيف يتم التعاقد مع الإدارة، و ما هي الاثار المترتبة على ابرامها، و هل العقد

الاداري الدولي كغيره من العقود يرتب حقوق و يوجب التزامات في ذمة طرفي العقد؟

للإجابة على هذه الاشكالية، سنتطرق لأساليب ابرام العقد الاداري الدولي (الفرع الأول)،

ثم إلى الاثار المترتبة على ابرام هذه العقود (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 54

<sup>2</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 59.

## الفرع الأول: أساليب إبرام العقود الإدارية الدولية

حدد المشرع في قانون الصفقات العمومية حالات التي يتم اللجوء إليها لإبرام العقود الإدارية الدولية وذلك بطريقتين إذ تمثل إحداها القاعدة العامة في حين تعد الثانية استثناء، ألا و هما طريقتي المناقصة والتراضي البسيط.

## أولاً: طريقة المناقصة

وقد عرفت المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين منافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء .

ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض الموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات"<sup>1</sup>، و إذا أرادت الإدارة أن تتعاقد مع أجنبي فذلك يكون عن طريق المناقصة العامة أو المحدودة، و تمر بعدة مراحل سنتطرق إليها على النحو التالي :

<sup>1</sup> - المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247 / 15 ، قانون الصفقات العمومية، المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 236/10.

## أ- الإعلان عن المناقصة:

بالرجوع إلى المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15<sup>1</sup>، نجد المشرع أنه ألزم الإدارة بالإعلان الصحفي عن المناقصة المفتوحة أو المحدودة، و هذا من أجل العلنية في الصفقة و من أجل تحقيق مبدأ المنافسة، كما حدد المشرع الجزائري بيانات إلزامية في نص المادة 62<sup>2</sup>. وقد نص المشرع على أن يكون الإعلان محررا باللغة العربية و لغة أجنبية واحدة على الأقل و يتم نشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و في جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعين على المستوى الوطني.<sup>3</sup>

## ب- مرحلة إيداع العروض :

و عرفت بأنها العروض التي يقدمها الأشخاص في الصفقة و التي يتبين منها الوصف الفني الذي يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطلوبة في الصفقة، و تحديد السعر و هو الذي يبرم العقد على أساسه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 61 تنص على: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية . : طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، - التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء "

<sup>2</sup> - المادة 62 تنص على: " يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها ورقم تعريفها الجبائي.

- آيفية طلب العروض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولى،

- موضوع العملية.

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة. - مدة تحضير العروض و مكان إيداع العروض، - مدة صلاحية العروض، - إلزامية أقالة التعهد، إذا اقتضى الأمر، - تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأطراف و تقييم العروض و مراجع طلب العروض، تمن الوثائق، عند الاقتضاء "

<sup>3</sup> - المادة 1/65 تنص على: " يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة، على الأقل. أما ينشر، إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) و على الأقل، في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعين على المستوى الوطني "

<sup>4</sup> - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 117.

يجب تقديم العروض خلال الفترة التي حددتها المصلحة المتعاقدة، من أول يوم الإعلان عن المناقصة<sup>1</sup>، وأعطيت السلطة التقديرية للإدارة تحديد الأجل، غير أنها مقيدة بعناصر معينة مذكورة في المادة 66 من المرسوم الرئاسي 247/15<sup>2</sup>.

و حدد الوثائق التي يتضمنها كل عرض بالتفصيل و هذا في المادة 67 من المرسوم الرئاسي 247/15

### ج- مرحلة فحص العطاءات

و هي مراعاة الأحكام المتعلقة برقابة الصفقات العمومية، و ما يهمننا هنا مرحلة الرقابة الداخلية و الذي تحدته المصلحة المتعاقدة و هذا ما جاءت به المادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15<sup>3</sup>، و تقوم لجنة تقييم العروض بتحليل هذه الأخيرة ، و إبراز الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية، كما تقوم بإلغاء العروض الغير الموافقة لموضوع الصفقة و هذا حسب المادة 161 من المرسوم الرئاسي 247/15<sup>4</sup>.

### د- مرحلة إرساء الصفقة

ألزم المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية الإعلان عنه في نفس الجرائد التي نشرت إعلان الصفقة مع تحديد كل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة و هذا ما

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 117، يرى أنه لتقادي أية خروقات يجب أن يحدد النص القانوني أجد أدني ينبغي مراعاته.

<sup>2</sup> - المادة 66 تنص على: " يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحها و المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض و إبصالها يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض، إذا اقتضت الظروف ذلك ".

<sup>3</sup> - المادة 160 تنص: " تحدد المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأطراف وتحليل العروض والبدائل والأسعار الأخبارية، عند الاقتضاء، تدعي في صلب النص "لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض". وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون الكفاءتهم يمكن المصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض".

<sup>4</sup> - المادة 161 تنص: " تقوم لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة. وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا ".

أنت به المادة 02/65 من المرسوم الرئاسي 247/15،<sup>1</sup> و يمكن أيضا إعلان مناقصات الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو خدمات يساوي مبلغها ،خمسین مليون دج، أو يقل عنها و عشرين مليون دج، أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي.<sup>2</sup>

#### هـ - مرحلة اعتماد الصفقة

و هي المرحلة الأخيرة لمباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع الرسمي و النهائي للصفقة، فالمنح المؤقت يظل كما وصفه المرسوم الرئاسي، و أن الصفقات العمومية لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة.<sup>3</sup>

#### ثانيا : طريقة التراضي

عرف المشرع التراضي بأنه: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة المتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة. ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة .

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة و 49 من هذا المرسوم

#### الفرع الثاني: الآثار المترتبة على العقود الإدارية الدولية

كون العقود الإدارية الدولية مرتبطة بالمرافق العامة فهي تتميز عن العقود الأخرى ، و تسمو فيها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، لذا من حق الإدارة الإشراف و التوجيه على تنفيذ العقد وتعديله بما يتفق مع مصالح المرفق العام و الذي أبرم من أجله العقد الإداري ، وتتميز هذه العقود عن التي تبرم مع متعاقد وطني في كون هذا الأخير له الحق في اشتراط

<sup>1</sup> - المادة 02/65 تنص: " يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي تشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وال عناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية ."

<sup>2</sup> - المادة 4/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 .

<sup>3</sup> - السلطة المختصة هي: الوزير، رئيس الهيئة الوطنية المستقلة، الوالي، ر. م. س. ب. .... الخ

الثبات التشريعي للعقد ، و في المقابل يقع عليه جملة إلتزامات و آثار العقد ما هو إلا جملة من الحقوق و الإلتزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين نتعرض لها على النحو التالي :

### - أولاً : حقوق و الإلتزامات جهة الإدارة

يترتب على إبرام هذه العقود مجموعة من الحقوق و الإلتزامات على الإدارة ، و من هذه الحقوق حق الرقابة ، حق التعديل بالإرادة المنفردة ، حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، ويقع عليها مجموعة من الإلتزامات و منها ازالة الاعاقات التي تعترض المشروع الأجنبي ، و سنقوم بتبيان هذه الحقوق و الإلتزامات على نحو التالي :

#### 1- حقوق جهة الادارة في مواجهة المتعاقد معها:

و سوف نتطرق إلى مجموعة من هذه الحقوق كالآتي:

#### أ- حق الرقابة :

الرقابة في مفهومها الضيق يقتصر على صلاحية الإشراف" أما في مفهومها الواسع فهو يقتصر على صلاحية التوجيه، بحيث لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عنها لأن هذه الصلاحية تعتبر حقا ثابتا لجهة الإدارة حتى و لو لم يتضمنها العقد الإداري بنص صريح كون مدة صلاحية متعلقة بالنظام العام، و تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية كاشفة عن هذه الصلاحية و ليست منشئة لها<sup>1</sup> ، أما القيود الواردة على هذا الحق تتمثل في ما يلي:

#### - القيد الأول :

صدور القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية فالقرار الذي لا يستهدف تسيير المرفق العام بانتظام و اطراد يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة.

#### - القيد الثاني :

عدم ممارسة الرقابة بالتعديل الجوهري في طبيعة الإلتزامات المستثمر الأجنبي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 66.

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق، ص 142.



**ب - حق التعديل :**

العقود الادارية التي تبرم مع المستثمرين تتسم بطول مدتها نسيا، و يمكن خلالها أن تطرأ تغيرات سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية، إذ أن الادارة تشتت ضرورة التفاوض و المراجعة كل فترة زمنية أو تنص على حقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة حتى يتسنى لها مواكبة التطورات و الحفاظ على سير المرافق

العامّة بانتظام<sup>1</sup> ، و يبقى التساؤل مطروح في حالة ما إذا لم يوجد هذا الشرط فهل الإدارة لها الحق في التعديل ؟ وللاجابة عن هذا السؤال انقسم الفقه الاتجاهين :

**- الاتجاه الأول يرى عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة**

يرى هذا الجانب من الفقه أن تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة فكرة زائفة، و لم يؤيدها القضاء، و أنها لا تستطيع تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلا إذا كان نص في العقد يتيح ذلك، و انتقد هذا الاتجاه على أنه ينكر طبيعة العقد الاداري، و أيضا متناقض مع نفسه بحيث يعطي للإدارة الحق في التعديل بالإرادة المنفردة إذا نص عليها في العقد ومن الطبيعي أن في العقود الإدارية الإدارة لها سلطة التعديل بالإرادة المنفردة دون حاجة النص عليها في العدة<sup>2</sup>.

**- الاتجاه الثاني يرى بأنه يجوز التعديل بالإرادة المنفردة**

و هو الاتجاه الراجح لأن الادارة لها صلاحية التعديل بالارادة المنفردة، و يرون بأنه يمكنها التعديل متى كانت أسبابها تتعلق بالمصلحة العامة، و قد أكدها مجلس الدولة الفرنسي دون اشتراط نص على هذا الحق في العقد، و سلطة التعديل للإدارة تمارس في ظل ضوابط دقيقة<sup>3</sup>، و هذه السلطة جاء أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247 .

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 143.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 144 - 145.

<sup>3</sup> - الضوابط هي: - أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد، أن يستند التعديل لأسباب موضوعية، أن يصدر القرار في حدود قواعد المشروعية.

**ج- سلطة توقيع الجزاء**

إن هذه الجزاءات تعد أحد إمتيازات الإدارة لضمان سير المرفق العام بانتظام و اطراد، و متى تثبت لها إهمال أو تقصير من قبل المتعاقد معها تقوم بممارسة هذه السلطة، و تتمثل هذه الجزاءات في:

**• الجزاءات المالية**

و لها صورتين: صورة الغرامات أو مصادرة مبالغ الضمان، إن الادارة تفرض عقوبات مالية على المتعاقد معها في إطار التشريع المعمول به إذا أخل بتنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق، و قد تصل العقوبات إلى 20 بالمئة من مبلغ الصفقة<sup>1</sup> ، أما بالنسبة لمصادرة مبلغ الضمان: يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم، حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة . بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحقاتها، يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة. وتكون صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء. يمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة ( 3 ) أشهر . ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية . يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد . ويجب أن تتم هذه الكفالة بنفس الشروط في حالة وجود ملحقا<sup>2</sup>.

**د - سلطة إنهاء العقد :**

قد يتم النص على إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في القوانين أو اللوائح و قد يتضمنها العقد، و ألزم المشرع الجزائري توجيه إعدار المتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال فترة

<sup>1</sup> - المادة 147 من المرسوم التنفيذي 15/247 سالف الذكر .

<sup>2</sup> - المادة 130 من المرسوم التنفيذي 15/247 سالف الذكر .

معينة، و تستطيع الإدارة فسخ العقد من جانب واحد في حالة عدم تدارك المتعاقد لتقصيره خلال الأجل المحدد، و لا يمكن الاعتراض على هذا القرار عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان الإصلاح الضرر الذي ألحقه بها المتعاقد معها بسبب سوء التصرف.<sup>1</sup>

لكي يكون إنهاء العقد مشروعاً لا بد من توافر جملة من الشروط و هي:

**الشرط الأول:** أن يكون إنهاء العقد لأجل تحقيق المصلحة العامة.

**الشرط الثاني:** يجب على الإدارة مراعاة الإجراءات المنصوص عليها و عدم الانحراف في استعمال السلطة التقديرية، مثل أن تستهدف الإدارة مصلحة مالية فقط.<sup>2</sup>

## 2. التزامات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

يقع على عاتقها العديد من الالتزامات و هي:

**أ - الالتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي و إزالة المعوقات التي تعترضه:**

يجب على الإدارة أن تقدم كافة التسهيلات للمتعاقد الأجنبي لمساعدته في إتمام عمله.

**ب - التزام الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي:**

تلتزم الإدارة بالحماية الكافية للمستثمر الأجنبي من خلال اتفاق الطرفين في العقد

المبرم بينهما أو قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الإستثمار.

**ج - التزام الإدارة بمبدأ حسن النية :** على الإدارة الالتزام بمبدأ حسن النية، لأنه إذا لجأ

الطرف الآخر للتحكيم تتعرض الإدارة لفقدان حقوقها و أبرز مثال على ذلك هو قضية

AMCO ضد حكومة أندونيسيا و تتلخص وقائع القضية في حصول شركة AMCO و

شركتان أخريين بالحق في الاستثمار في هذه الأخيرة و ذلك بإقامة فندق و إدارته لمدة 30 سنة

و ذلك في سنة 1968، و هو ما تم بالفعل غير أنه و في سنة 1980 قامت حكومة أندونيسيا

<sup>1</sup> - المادة 149 من المرسوم التنفيذي 15/247 سالف الذكر .

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق، ص 153-154.

بالاستيلاء على الفندق عن طريق إجراء عسكري مسلح و سحبت الاستثمار من الشركات الثلاث، و هو ما دفع بشركة AMCO اللجوء للتحكيم و المطالبة بالتعويض و هنا أرجعت الحكومة الاندونسية سبب السحب لعدم قيام هذه الشركات بالحد الأدنى من الاستثمار، و انتهت محكمة التحكيم إلى أن الظروف المحيطة باتخاذ القرار من قبل السلطات الاندونسية تجعل التصرف غير مشروع، و أن القرار كان مشوبا بسوء النية و لم تتعرض المحكمة المشكلة عدم كفاية الاستثمار<sup>1</sup>.

### - ثانيا: حقوق و التزامات المتعاقد الأجنبي

ينشأ عن العقود الادارية الدولية حقوق و التزامات المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقد معها ومنها الحق في الحصول على المقابل النقدي، و الحق في التوازن المالي، و في المقابل مجموعة من الالتزامات التي يربتها العقد وفقا للشروط المتفق عليها، وسنتناولها على النحو التالي:

#### 1- حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الادارة المتعاقدة

بما أن العقد الاداري الدولي مرتبط بالمرفق العام، فالإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي معها، و في المقابل يتمتع المستثمر الأجنبي بجملة من الحقوق في مواجهة الادارة و هي:

#### أ- الحق في الحصول على المقابل النقدي

إن هدف المستثمر الأجنبي في العقود الادارية الدولية هو تحقيق الربح مقابل الأعمال التي يقوم بها ويأخذ المقابل النقدي صورا متعددة منها : شكل الأمن في العقود الإدارية، و صورة رسم في عقود الامتياز يفرضه الملتزم على المنتفعين ، وفق ما اتفق عليه في العقد المبرم.

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق، ص ص 154، 159.

**الثن:** يتم تحديده في العقود الادارية الدولية بشكل واضح و دقيق، غير أن أمر وجود لبس في هذا الأخير وارد، و أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما التزم به ، و قد تقوم الادارة بدفع جزءا مقدما أو أثناء التنفيذ من هذا المقابل، لا سيما إذا كان التنفيذ يستحق كثيرا من النفقات لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته<sup>1</sup>.

• **الرسم:** هو المقابل الذي يقوم بتحصيله المتعاقد مع الادارة في عقود الامتياز من المنتفعين، و تستطيع الادارة تعديله بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام<sup>2</sup>.

## ب - الحق في التوازن المالي للعقد

التوازن المالي من المبادئ الأساسية في العقد الاداري، تقيم تناسبا بين حقوق المتعاقد و التزاماته، وتحقيق العدالة و كفالة سير المرافق العامة بانتظام و اطراد، و أثناء التنفيذ قد تتجم أحداث تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معها و من ثم يؤثر على مركزه المالي، و قد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في فرنسا في 1910/03/11 في قضية العربات الكهربائية<sup>3</sup>.

## 2- التزامات المتعاقد في مواجهة الادارة

إن المتعاقد مع الادارة ينفذ جميع التزاماته و فقا للشروط المحددة في العقد، و ستقوم ببيان الالتزامات الملقاة على عاتق هو ذلك على النحو التالي:

### أ- التزام المتعاقد مع الادارة بالتنفيذ الشخصي

إن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة من حيث الكفاءة و القدرة على التنفيذ فيمن يتعاقد معها، لذلك يجب على هذا الأخير أن يقوم بالتنفيذ الشخصي للعقد ، لكن يجوز التنازل عن العقد للغير و ذلك بشروط مثل: موافقة الادارة على ذلك ، أن يكون المتعاقد قد أوفى بكل التزاماته ، ..... الخ ، و يجوز له أيضا التعاقد من الباطن كأن يبرم العديد من العقود لتنفيذ مشروع واحد و يظل المتعاقد الأصلي هو المسؤول الوحيد عن تنفيذ الالتزامات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 163.

<sup>2</sup> - جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، د ط دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 234.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 166.

<sup>4</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق، ص ص 179 - 180.

**ب- الالتزام بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليه**

يقع على عائق المتعاقد الأجنبي التزام بتنفيذ العقد خلال الاجال المحددة، لكون الصفقة العمومية صلة بحسن سير المرفق العام، و يترتب حق الادارة في التعويض إذا تأخر المتعاقد بتنفيذ العقد، وقد أكد قضاء التحكيم ذلك و أعطى للإدارة الحق في الفسخ.<sup>1</sup>

**ج- الالتزام بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها**

ينبغي على المتعاقد تنفيذ العقد بدقة و المواصفات المتفق عليها، و أيضا باتفاق الطرفان على تنفيذه الأفضل المعايير الدولية.<sup>2</sup>

**د - التزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للإستثمار**

أوجب المشرع الجزائري على الشركات الأجنبية إلزامية الإستثمار في نفس النشاط موضوع الصفقة وفي حالة عدم إلتزامه بذلك يحق للإدارة سحب الترخيص الذي منحتة إياه دون أن يرتب مسؤولية عليها، وقد نص المشرع الجزائري على قيام الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار على التأكد من احترام الإلتزامات التي تعهد بها المستثمرون خلال مدة الإعفاءات<sup>3</sup>، كما نص على أن تكون الوكالة باتصال مع الادارات المكلفة بالسهر على احترام الإلتزامات التي تترتب على الاستفاداة من المزايا الممنوحة أثناء المتابعات التي تقوم بها ،كما تقوم بمتابعة لما بعد إنجاز الإستثمار باتجاه المستثمرين غير المقيمين المستقرين<sup>4</sup>.

**هـ - التزام المتعاقد الأجنبي باطلاع جهة الادارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد**

ألزم المشرع الجزائري المستثمرين بابرار مدى تنفيذ الإلتزامات التي اكتبها بمناسبة الابداع السنوي للحصيلة لدى مصالح الضرائب وفقا للإجراءات المقررة بالاشتراك بين الوزارة

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 176.

<sup>2</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 75.

<sup>3</sup> - المادة 21 من الأمر رقم 03/01 ، و المادة 03 من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 24-09-2001، المتضمن

صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار و تنظيمها و سيرها، ج.ر عدد 55

<sup>4</sup> - المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المؤرخ في 09-10-2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية

لتطوير الإستثمار و تنظيمها و سميها، ج.ر عدد 64.

المكلفة بالاستثمار و وزارة المالية، وعلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار جمع المعلومات حول تقدم المشاريع و التدفقات الاقتصادية المترتبة عنها<sup>1</sup>.

#### و- التزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية

هو شرط تتضمنه أغلبية العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجانب، و قد نص المشرع الجزائري على شرط استعمال اليد العاملة المحلية، و أبرز مثال على ذلك هو عقود البوت ، و ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الالتزام هو بتحقيق نتيجة بذل العناية المطلوبة من المتعاقد الأجنبي، و قال جانب آخر من الفقه الى التمييز بين التزام المتعاقد الأجنبي بإدماج العمالة المحلية و الذي يعد التزاما بتحقيق نتيجة، و بين تدريب وتكوين العمالة المحلية و الذي يعد التزاما ببذل عناية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 3/3-7 من المرسوم التنفيذي 356/06 .

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 176 - 198.

## المبحث الثاني: إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية

لم يعد القضاء الرسمي قادرا على حل كل المشاكل المطروحة عليه خاصة بعد تنوعها والصفاهها بالدقة والتعقيد.

الأمر الذي دفع بالدول إلى التفكير في البحث عن وسيلة ناجحة لسد هذا العجز فسنت قوانين وطنية متعلقة بالتحكيم، وهي القوانين التي أدرجت في القواعد الإجرائية المدنية، فهناك من الدول من أدرجها ضمن قانون الإجراءات المدنية وعلونها ب التحكيم أو التحكيم التجاري الدولي كما هو الشأن بالنسبة للجزائر وفرنسا<sup>1</sup>، وهناك من أفرد لها قانونا خاصا وسمى ب "قانون التحكيم كما هو الشأن بالنسبة لمصر وتونس<sup>2</sup>، والهدف من هذه القوانين هو إيجاد حلول ملائمة للنزاعات الناشئة بين الأشخاص سواء كان على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي. أما بخصوص التحكيم في العقود الإدارية الدولية فقد أثار جدلا فقها واسعا، فأجاز جانب منهم اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات هذه العقود، وذهب اتجاه آخر لحظر اللجوء التحكيم في هذه العقود<sup>3</sup>.

ولما كانت هناك العديد من التشريعات التي تجيز تضمين شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية، على غرار التشريع الجزائري وغيره، سنقوم ببيان مختلف الشروط الشكلية والموضوعية الواجبة التوافر في اتفاق التحكيم ليكون منتجا لآثاره بإعتباره عقدا.

من خلال ما سبق، لنا أن نتساءل ما موقف الفقه والقضاء والتشريعات الوطنية من

التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وكيف يكون إتفاق التحكيم منتجا لآثاره؟.

<sup>1</sup> - القانون 09 / 08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21 الصادر في 03 أبريل 2008 .

- قانون المرافعات الفرنسي الصادر بمقتضى مرسوم 1980/05/14 المتعلق بالتحكيم الداخلي و مرسوم 1981/05/12 المتعلق بالتحكيم الدولي، أشار إليه يشير سليم، المرجع السابق، ص 9.

<sup>2</sup> -- قانون التحكيم المصري رقم 29 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد التجارية والمدنية .

- القانون رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26/03/1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم .

<sup>3</sup> - يشير سليم، المرجع السابق، ص 2.



للإجابة على هذه الإشكالية سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سنتعرض في المطلب الأول الموقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية ثم في المطلب الثاني لشروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

### المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء من التحكيم

تعددت الآراء الفقهية والأحكام القضائية ما بين مؤيد ومعارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية الدولية إذ نجد أن هناك جانبا يرى عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية؛ لكونه يسلب اختصاص القضاء بالفصل في مثل هذه المنازعات ، وموقفه كان محل أخذ لدى بعض التشريعات.

ومنهم من يؤيد هذا النظام في العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، كون التحكيم هو أنسب طريقة لحل الخلاف الذي قد يطرأ بمناسبة إبرام أو تنفيذ هذه العقود، واستند أنصار هذا الاتجاه لتبرير موقفهم لجملة من الأسانيد، كما أن عددا من التشريعات نصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود، كما أن هناك جملة من الأحكام القضائية جسد منطوقها إمكانية التحكيم في هذه العقود.

وعليه سنقوم بدراسة الإتجاهات المختلفة بشأن إمكانية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مبرزين مختلف الأسانيد التي اعتمد عليها كل اتجاه وكذا موقف التشريعات من ذلك ، وكذلك سنقوم بتبيان موقف القضاء حول مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

سنقوم في دراسة الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية، بإبراز مختلف الأسانيد الفقهية التي اعتمد عليها أنصار هذا الإتجاه التبرير<sup>1</sup> رفضهم لأن يكون التحكيم طريقا بديلا لفض منازعات هذه العقود كما تبين موقف بعض التشريعات (أولا)، ومن خلال ذلك

<sup>1</sup> - من أنصار هذا الإتجاه نذكر على سبيل المثال: جازيز جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 2005، ص. 258.

سنقوم بتبيان بعض الأحكام القضائية الصادرة المؤيدة لهذا الإتجاه ( ثانيا ) أولا: الأسانيد المؤيدة لهذا الإتجاه

#### أ- مساس التحكيم بسيادة الدولة:

استند أنصار هذا الاتجاه الرافض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية إلى أن هذا النظام يمس بسيادة الدولة نتيجة لسلب اختصاص القضاء باعتبار أن القضاء الوطني يمثل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، فإسناد حل النزاع الناشئ عن إبرام أو تنفيذ عقد إداري إلى محكم يتفق عليه الخصوم من شأنه المساس بسيادة الدولة.<sup>1</sup>

من خلال استبعاد القضاء الوطني بالنظر في المنازعات التي تثور بشأنها، اضافة لذلك فان أعمال هذا النظام في العقود الإدارية وخاصة الدولية يؤدي إلى استبعاد القانون الوطني وتطبيق قانون أجنبي.<sup>2</sup>

وبالتالي إذا كان التحكيم مقبولا بالنسبة لعلاقة تعاقدية تخضع للقانون الخاص فهو غير مقبول بالنسبة للعلاقة تعاقدية يحكمها القانون العام.

ولقد انتقد هذا الرأي الكون أنه :

- لا يمكن الإحتجاج بفكرة السيادة كمبرر لرفض التحكيم، فلا يؤثر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية على اختصاص قضاء الدولة باعتبار أن اللجوء لهذا الخيار من شأنه التخفيف على مرفق القضاء من جهة ومن جهة أخرى التحكيم يقوم على مبدأ إرادة أطراف التعاقد الحرة والتراضي التام، فالدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى هي التي تختار بمحض إرادتها التحكيم كوسيلة لتسوية هذه المنازعات، فهو لا يفرض عليها، كذلك فإن المشرع الوطني

<sup>1</sup> - بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 52.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 71.

هو الذي يسمح بالتحكيم وينظم إجراءاته، فتمنح تلك النصوص التشريعية المنظمة للتحكيم القضاء سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو الرقابة أو الإشراف.<sup>1</sup>

- استبعاد القانون الوطني وتطبيق قانون أجنبي في علاقة تعاقدية يحكمها القانون العام من خلال التحكيم في المنازعات التي تثور بشأنها أمر في غير محله، وهذا باعتبار أن أشخاص القانون العام وهي بصدد إبرام عقد إداري وإدراج شرط التحكيم كيند يستند إليه في حالة نشوب نزاع بين الإدارة والمتعامل المتعاقد معها لها الحق في أن تشترط تطبيق القانون الوطني من جهة، ومن جهة أخرى حتى وإن رضيت بتطبيق قانون أجنبي فإن ذلك يتم بناء على إرادتها.<sup>2</sup>

ب. اعتبار التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الإداري.

يرى أصحاب هذا الرأي أن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية استنادا إلى مبدأ توزيع الاختصاص، لكون البث في المنازعات الإدارية من اختصاص القاضي الإداري، في الدول التي تأخذ بازدواجية القضاء والقانون، ويطبق عليها أحكام القانون الإداري، فهي تخضع لنظام قانوني متميز بأحكامه ومن ثم اتفاق التحكيم سيؤدي لسلب اختصاص القضاء الإداري بالنظر في هذه المنازعات، والتي يعد الفصل فيها في الأصل من اختصاصه، وهو ما يشكل مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، والسؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يمكن للدولة التي ترفض نظر القاضي العادي في المنازعات الإدارية وأن تسمح للمحكمين بذلك؟<sup>3</sup>.

ت- تعارض التحكيم مع الأسس والمبادئ العامة التي يقوم عليها العقد الإداري

برر هذا الجانب من الفقه موقفه من التحكيم في العقود الإدارية من خلال نظرية العقد الإداري، ذلك أن العقد الإداري يقوم على معايير تميزه عن سائر العقود الأخرى باعتبار أن العقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص ص 144، 145.

<sup>2</sup> - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 236.

<sup>3</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص. 80

<sup>4</sup> - يشار جميل عبد الهادي، المرجع السابق، ص 53.

كما أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وإن كانت كانت تسري على اتفاق التحكيم، فإنه لا يمكن الاستناد لها في نطاق العقود الإدارية، ذلك أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها بتحقيق المصلحة العامة | تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنفقد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأن تتمكن من تعديل عقودها من أجل تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها".<sup>1</sup>

انتقد هذا الرأي باعتبار أن العقد الإداري شأنه شأن جميع العقود يقوم على أركان لا يصح إلا بها، ومن بين هذه الأركان ركن الرضا من خلال تبادل الإيجاب والقبول بين الإدارة والمتعامل المتعاقد وبالتالي يمكن للإدارة أن تعبر في إيجابها عن شرط التحكيم في حالة وقوع نزاع يتعلق بالعقد، كذلك فإنه لا يمكن إضفاء قدسية على العقد الإداري، حيث إن الإدارة تستطيع أن تلجأ للتحكيم في مسائل أخطر من العقد الإداري كرسم الحدود الجغرافية مثلا.<sup>2</sup>

#### ثانياً: موقف التشريعات الوطنية المؤيدة لهذا الإتجاه :

واستند أنصار هذا الإتجاه كذلك لوجود العديد من التشريعات التي أيدت حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، لتبرير رأيهم على غرار التشريع الفرنسي، والمصري :

#### أ. التشريع الفرنسي

أقر القانون الفرنسي في بداية الأمر موقفا معارضا ورافضا لأي شكل من أشكال التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام التابعة لها، حيث نص على هذا من خلال المادتين ( 83 و 1004)<sup>3</sup> من قانون الإجراءات المدنية

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 54.

<sup>2</sup> - محمد بن عمر، المرجع السابق، ص 32.

<sup>3</sup> - فقد نصت المادة 1004 من قانون الإجراءات الفرنسي على عدم جواز إبرام اتفاقيات تحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة، وحضورها في الدعوى فقد نصت على أنه

« Il est interdit de compromettre dans les affaires sujettes à communication au ministère public »

أما المادة 83 من القانون نفسه فقد حددت النزاعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها فقد نصت على أنه

« Les causes concernant letat, le domaine, les communes, les établissements publics »

الفرنسي القديم، والمادة<sup>1</sup> 2060 من القانون المدني الحديث، حيث نصت على عدم جوازية إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة وحضورها في الدعوى، وحددت المادة 83 القضايا التي يشترط فيها إخطار النيابة العامة بالمنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة.<sup>2</sup>

إلا أن المشرع الفرنسي عاد وعدل تحت ضغط الظروف الإقتصادية من توجهه وأضاف فقرة ثانية للمادة 2060 من القانون المدني، والتي أجازت للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية اللجوء إلى التحكيم بعد الحصول على ترخيص بذلك بموجب مرسوم<sup>3</sup>، وهكذا بقي الحظر هو المبدأ وجواز التحكيم هو الإستثناء<sup>4</sup>

ومما سبق نرى أن حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية جاء في أحكام وقواعد القانون الخاص القانون المدني).

- أشار إليهما : عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص ص. 98/79 .

<sup>1</sup>-- حيث نصت المادة 2060 أعلاه على أنه :

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

- أشارت إليها: سهام صديق، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup>-- سناء يولقواس، المرجع السابق، ص 80.

<sup>3</sup>-- حيث نصت المادة 2060 على أنه :

« Toutes fois des catégories d'établissement publiques à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». De la nouvelle redaction de l'article 2060 du code civil par loi 72\_626 du 5 juillet 1972. Cf. Alain PLANTEY, François\_Charles BERNARD, La preuve devant le juge administratif, Economica, France 2003, P.329.

قد اختلف الفقه حول هذا النص، فقد ذهب الفقيه Level إلى أن النص الجديد ما هو إلا تكرار للنص القديم، فبالرغم من مرور فترة زمنية طويلة بين النصين إلا أنه لم يأت بجديد بينما ذهب الأستاذ Rivera على عكس ذلك حيث اعتبر أن النص الجديد أحدث تطوراً ملموساً، وذلك لكونه أعطى للحظر أساساً أكثر عمقاً، وذلك بتحديدته للأشخاص التي تخضع للعطر بصورة أكثر دقة . للمزيد راجع، علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، مرجع سابق، ص.209

<sup>4</sup>-- سهام صديق، المرجع السابق، ص.85.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد إذ كان الحظر أي المنع المتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية، ورد في نصوص القانون المدني فهل يلتزم القاضي الإداري بما ورد في هذا القانون إذا عرض عليه نزاع يتعلق بهذه المسألة ؟

وهنا ظهر اتجاهين الأول يقضي بالالتزام القاضي الإداري بتطبيق هذا الحظر، والاتجاه الثاني والذي يمثل غالبية الفقه قضي بعدم الإعراف للقانون المدني في المجال الإداري إلا بقيمة ثانوية وجاءت لتنظيم مسألة اجرائية ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعة الإدارية الخاضعة لولاية القضاء الإداري<sup>1</sup>.

### ب. التشريع المصري :

صدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 سنة 1994 ونص مادته الأولى على ما يلي: "مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص 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 واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون." وقد اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن هذا النص دليل على عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية واستندوا في ذلك للحجج التالية:

- عدم ورود لفظ العقود الإدارية صراحة في نص المادة السابقة، كما أنه بالرجوع لأحكام المادة الثانية نجدها عدت العقود التي تخضع للتحكيم وقالوا بأن الهدف من ذلك هو تجنب النص صراحة على التحكيم في العقود الإدارية.

- واستندوا كذلك لعنوان القانون ذاته، حيث إنه يختص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية.

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 81.

غير أن الحجة الثائية التي أتى بها أنصار هذا الاتجاه غير صحيحة وقد نفاها الحكم الصادر عن محكمة استئناف القاهرة والذي أكد على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية الإدارية.<sup>1</sup>

### ت. التشريع الجزائري

بعد استرجاع السيادة الوطنية شهدت الجزائر فراغا تشريعيا كبيرا، لذلك استمرت في العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية، وقد انعكس ذلك على موقف المشرع من التحكيم في عقود الدولة.

وحتى تؤكد الدولة الجزائرية على موقفها الراض للتحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، فإنها كرست أرضية قائمة على منظومة قانونية رافضة أي شكل من أشكال استبعاد القضاء الوطني بالنظر في ما يثور من منازعات بشأن هذه الطائفة من العقود وقد تجسد ذلك من خلال القانون الإجرائي وبعض القوانين الموضوعية:

#### 1. حظر التحكيم في ظل القانون الإجرائي

صدر قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر 66-154<sup>2</sup> كتكملة للإصلاحات التي إنتهجها المشرع الجزائري بموجب الأمر 65-278<sup>3</sup> ، وبهذا يكون النظام الجزائري قد خرج من نطاق التبعية للنظام القانوني والقضائي الفرنسي.

وبالرجوع لما تضمنه هذا القانون نجد أن المشرع الجزائري قد خصص لنظام التحكيم الباب الخامس تحت عنوان " التحكيم، إلا أن الملفت للنظر أن نظام التحكيم هذا اقتصر على التحكيم الداخلي هذا من جهة، ومن جهة أخرى حسم المشرع الجزائري الجدل القائم حول طلب

<sup>1</sup> - للإطلاع على الحكم يمكن الرجوع إلى: حفيظة السيد الحدادة الإنفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص ص 39- 41 .

<sup>2</sup> - الأمر 154/66 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و المنشور في الجريدة الرسمية عند 47 الصادرة بتاريخ 09 - 06 - 1966.

<sup>3</sup> - الأمر 278/65 المؤرخ في 16 - 11 - 1965 المتضمن التنظيم القضائي والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 96 الصادرة بتاريخ 23 - 11 - 1965.

أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في علاقاتهم التعاقدية مع أطراف أجنبية، وبالتالي تعرض نزاعاتهم على القضاء الوطني<sup>1</sup>، حيث نص في المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية على أنه:

ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين طلب التحكيم . إذن نلاحظ أن نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية (الملغي) أقرت قاعدة آمرة لا يمكن الإتفاق على مخالفتها، وهذا ما أكده المشرع الجزائري صراحة في منع أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل نطاق الحظر الذي أقرته المادة 3/442 يشمل جميع الأشخاص المعنوية العامة أم يقتصر على أشخاص القانون العام التقليدية ؟  
اختلف الفقه في هذا الحظر من خلال تفسير المادة 3/442 فبعضهم فسرها تفسيراً ضيقاً والآخر واسعاً:

**1- التفسير الواسع:** بمعنى أن حظر اللجوء إلى التحكيم لا يقتصر على الدولة أو أحد أشخاص القانون العام التقليدية الأخرى، بل يمتد ليشمل جميع المؤسسات بغض النظر عن كونها ذات طبيعة إدارية أو ذات طابع صناعي وتجاري.<sup>2</sup>

**في التفسير الضيق:** ضيق هذا التفسير من نطاق المادة 3/442، بحيث يقتصر تطبيقها على الأشخاص المعنوية العامة الدولة والجماعات المحلية)، ويستثني من هذا الحظر المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري نظراً لكونها تخضع لقواعد القانون الخاص.<sup>3</sup>  
إذن فمن خلال هاذين التفسيرين نلاحظ أن الحظر الذي أقره المشرع الجزائري بموجب المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية يقتصر على الأشخاص المعنوية العامة التقليدية.

<sup>1</sup> - محمد بن عمر، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 53.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص 37.



## 2- حظر التحكيم على مستوى نصوص قانونية أخرى

بالإضافة إلى الحظر الذي أقره المشرع الجزائري بشأن التحكيم في الروابط التعاقدية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها بموجب قانون الإجراءات المدنية، مدد هذا الحظر ليشمل قوانين أخرى، وأهمها قانون الصفقات العمومية باعتبار أن هذا الأخير ينظم الروابط التعاقدية التي تستعمل فيها المصلحة المتعاقدة امتيازات السلطة العامة، كما أن المنازعات التي تنثور بشأنها ينعقد فيها الإختصاص للقضاء الإداري الوطني<sup>1</sup> ، إضافة لذلك تجسد هذا الحظر على مستوى القوانين المتعلقة بالمحروقات.

- في ظل قانون الصفقات العمومية بالرجوع لقانون الصفقات العمومية وخاصة المرسوم 154/82 المتعلق بالصفقات المتعامل العمومي<sup>2</sup> نجد أن هذا المرسوم نص في المادة الخامسة منه على:

" يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي:

- جميع الإدارات العمومية
  - جميع المؤسسات والهيئات العمومية
  - جميع المؤسسات الإشتراكية
  - أي وحدة تابعة لمؤسسة إشتراكية، يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات...
- كما نص في المادة 55 منه على:

" يجب أن ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم"

كما نص أيضا في المادة 104 منه على:

<sup>1</sup> - نصت المادة 07 في فقرتها الثالثة من الأمر 154/66 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية " على أن المجالس القضائية تختص بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى العمالات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العامة | ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، ويكون حكمها قابل للطعن أمام مجلس الدولة .

<sup>2</sup> - مرسوم رقم 145/82 مؤرخ 10 - 04 - 1982 يتضمن الصفقات التي بيجزمها المتعامل العمومي والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 13-04-1991.

" تسوي الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل يجب على المتعامل العمومي على أية حال، ودون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن يبحث عن حل ودي الخلافات التي تطرأ إبان تطبيق صفقاته..."

باستقراءنا لهذه النصوص نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز ضمناً للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم، وذلك من خلال عدة مؤشرات كعبارة ' البحث عن حل ودي ' ، القانون الواجب التطبيق... إلخ ولكن بمقارنة هذه المواد مع المادة 3/422 من قانون الإجراءات المدنية يتبين لنا العكس، حيث أن المشرع خول الإختصاص للقضاء الوطني للفصل في المنازعات التي تثار بصدد الروابط التعاقدية التي تبرمها الأشخاص المنصوص عنهم في المادة 05 من المرسوم 145/82 .

ومبرر ذلك يكمن في نص المادة 01/104 والتي أقرت بأن الخلافات تسوي في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها ومن بين هذه الأحكام نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية<sup>1</sup> هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن حظر التحكيم في العقود الإدارية مقرر بموجب قانون بينما تنظيم صفقات المتعامل العمومي ما هو إلا مرسوم<sup>2</sup>، بالإضافة إلى ذلك فسكوت المشرع الجزائري بالنسبة للتحكيم وإحالتها إلى التشريع المعمول به دلالة على تأكيد موقفه من منع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم.

- في ظل القانون المتعلق بالمحروقات نصت المادة 07 من الأمر 24/71<sup>3</sup> على مايلي :

" إن المقطع الثاني من المادة 71 من الأمر رقم 1111/58 المؤرخ في 22-11-1958 يعدل كما يلي: " إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة تكون من إختصاص المجلس

<sup>1</sup> - أشار إلى هذا الحكم عبد الوهاب قمره المرجع السابق، ص.188.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 123.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12 أبريل 1971، المتضمن تعديل الأمر رقم 58-111 المؤرخ في 22 نوفمبر، سنة 1958، والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية، العدد 30 الموافق ال 13 افريل 1971.

الأعلى الجزائري إبتدائيا ونهائيا غير أنه يمكن أن ترفع هذه الخلافات مسبقا أمام لجنة توفيق ضمن الكيفيات المحددة...<sup>1</sup>

إذا يمكن القول مبدئيا أن هذا القانون منع اللجوء للتحكيم بحيث لم يشر لا صراحة ولا ضمنيا اللجوء التحكيم في العقود الإدارية وخاصة عقود الإمتياز.

### ثالثا: أحكام القضاء المؤيدة لهذا الإتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت هي الأخرى منع اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية الدولية، وبسبب قلة الأحكام القضائية في النظام القضائي الجزائري نستند التبيان بعض هذه الأحكام في كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري، ذلك على النحو التالي:

#### أ- القضاء الفرنسي:

اختلف موقف القضاء الفرنسي العادي والإداري من مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على النحو الآتي:

**1- القضاء العادي :** بالرغم من المنع الوارد على التحكيم في العقود الإدارية نص المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية، إلا أن القضاء العادي لم يسلم من هذا الحظر، لأن المؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية، وإن كان القضاء العادي يتفق مع مجلس الدولة في عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا بناء على نص صريح يسمح بذلك أو بناء على اتفاق دولي معمول به في فرنسا، إلا أن القضاء العادي يختلف مع مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصفة الدولية التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها فهو يجيز اللجوء للتحكيم فيها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المادة 07 من الأمر 24/71 المؤرخ في 12-04-1971 المتضمن تعديل الأمر رقم 1111/58 المؤرخ في 22-11-1958 و المتعلق بالبحث عن الوقود وإستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجنائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية عدد 30 الصادرة في 13-04-1971.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد حداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 18-19.

ومثال ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 10-04-1975 في قضية " Myrtoon Steamship " إلى القول بأن الحظر الوارد على التحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية ينصرف في مجال أعماله في العقود الداخلية دون العقود الدولية.<sup>1</sup>

كما أكدت على محكمة النقض الفرنسية على هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 02-05-1966 قضية وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك سفينة يوناني، حيث قضت بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد وأن الحظر الوارد في نصوص القانون الفرنسي قاصر على العقود الداخلية.<sup>2</sup>

إذا ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول إن القضاء العادي الفرنسي كيف الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية بأنه يتعلق بالنظام العام الداخلي وليس بالنظام العام الدولي<sup>3</sup> مستندا في ذلك لعدة أسانيد من بينها:

انضمام فرنسا لعدة اتفاقيات دولية والتي نصت على أهلية الدولة وأشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم في العلاقات التعاقدية التي تبرمها، ومراعاة القضاء العادي لهذه الإتفاقيات طبقا للمادة 55 من الدستور الفرنسي.

## 2- مجلس الدولة الفرنسي

اتخذ موقفا متشددا من التحكيم في العقود الإدارية بغض النظر عن كونها داخلية أو دولية، فالقاعدة العامة عنده هي عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، حيث استقر قضاؤه منذ القرن التاسع عشر على بطلان لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في علاقاتهم التعاقدية، ومن بين هذه الأحكام:

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص. 269.

<sup>2</sup> - محمد بن حمزة المرجع السابق، ص 11.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد حداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص. 27 .

- حكم حديث نسيبا لسنة 1989 حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء حكم هيئة التحكيم التي استندت في اختصاصها على شرط التحكيم الوارد في عقد الأشغال العامة، حيث قرر المجلس بأن شرط التحكيم باطل إلا إذا نص التشريع على غير ذلك، وباعتبار أنه لا يوجد نص تشريعي يجيز إدراج هذا الشرط في عقود الأشغال العامة فإن هذا الشرط يعد باطلا.<sup>1</sup>

إن هذا الموقف المعادي للتحكيم من طرف مجلس الدولة من خلال الأحكام المذكورة أعلاه يجعلنا نتساءل عن الدوافع والأسباب التي استند إليها مجلس الدولة لتبرير موقفه ؟ لقد استند مجلس الدولة إلى عدة مبررات، ولعل أهمها :

- منع اللجوء إلى التحكيم من خلال الحظر الذي ورد في المواد 1004/82 من قانون الإجراءات المدنية.

- إعتبار الحظر الوارد مبدأ قانونيا عاما: حيث ذهب قضاء مجلس الدولة إلى إعتبار الحظر الوارد على أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم مبدأ من المبادئ العامة للقانون الفرنسي والتي يجب على القاضي تطبيقها بإعتبارها مصدرا من مصادر المشروعية والتي يتعين على الإدارة إحترامها | والإلتزام بها.<sup>2</sup>

### ب. موقف مجلس الدولة المصري

اتخذ هذا المجلس عدة قرارات نذكر من ذلك على سبيل المثال :

تعاقد المجلس الأعلى للآثار مع الشركة الإنجليزية الإنجاز عملية تنسيق الموقع الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان، وتضمن العقد شرط التحكيم وعرض العقد على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بهدف استطلاع رأيهما، ولما عرض عليهما العقد كان رأيهما عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي استنادا لطبيعة هذه العقود التي تتنافى مع هذا الاتفاق، على خلاف العقود المدنية فإرادة الأطراف حرة وهو الأصل في هذه العقود،

<sup>1</sup>- محمد بن عمر، المرجع السابق، ص 12

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 13.

غير أن 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.

وقد صدرت عدة أحكام تحكيمية أيدت هذا الإتجاه، مثال ذلك قضية شركة Liamco ضد الحكومة الليبية، وتتخلص وقائع القضية في أن الحكومة الليبية رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم بحجة أن التحكيم يتعارض مع سيادتها، غير أن محكمة التحكيم رفضت هذه الحجة التي استندت إليها الحكومة الليبية وأكدت على أن الدولة يمكنها أن تتنازل عن حقوقه السيادية وتوقع اتفاق التحكيم وتظل ملتزمة به.<sup>1</sup>

### ج. القضاء الجزائري:

إن الإجتهد القضائي المتعلق بالتحكيم عموما وبأهلية الدولة والمؤسسات العمومية لطلب التحكيم في الجزائر نادرا لعدة أسباب من بينها:

- حداثة وفتوة النظام التحكيمي في الجزائر .
  - السرية التي يتميز بها النظام التحكيمي.
  - قلة المعالجات الفقهية المتعلقة بالأحكام القضائية المتعلقة بموضوع التحكيم الإداري.
- وعليه لقد تباين موقف القضاء الجزائري من لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الدولي بين مؤيد ومعارض فقد أيد ذلك مجلس قضاء الجزائر في قراره الصادر بتاريخ 04 جويلية 1973 في النزاع الذي ثار بين شركة يوغسلافية ومؤسسة عمومية، بعد عرض النزاع عليه كجهة استئناف، وقد أصدر قرارا يقضي فيه بإلغاء حكم محكمة " بئر رايس" مقررا عدم الإختصاص بالموضوع ومعتزفا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف، الذي من أثره نزع الإختصاص من محاكم القضاء الجزائرية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سناء بولقوات، المرجع السابق، ص.85

<sup>2</sup> - قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 1973/07/04 رقم 119 في النزاع الواقع بين Societe dialim imports و Rundnp export . أشار إلى هذه القضية، عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص.248 .

في حين رفضت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 07 جويلية 1992، وذلك في النزاع الناشئ بين شركة أجنبية ومؤسستين وطنيتين، وتعود وقائع هذه القضية إلى أن الشركة الجزائرية لتأمينات النقل طعنت بالنقض بتاريخ 24 أكتوبر 1988 القاضي " بعدم الإختصاص لكون النزاعات بين المؤسسات الوطنية تحال على التحكيم اللزومي. وقد قضت المحكمة العليا بما يلي: " من المقرر قانونا أن إجراءات التحكيم لا تطبق إلا إذا كان النزاع قائما بين مؤسسات عمومية وطنية، ومن ثم القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون..

ولما كان ثابتا أن النزاع الحالي يخص شركة أجنبية وشركتين وطنيتين فإن ذلك يؤدي إلى عدم تطبيق إجراءات التحكيم، وبما أن القرار المطعون فيه قضى بخلاف ذلك فقد خرق القانون ويستحق النقض".<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الإتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

ذهب أغلب الفقه إلى تأكيد الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية باعتبار أنه ليس هناك ما يمنع إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود، لاسيما أن الإتفاقيات الدولية تجيز التحكيم، ولتبيان ذلك ستم دراسة الأسانيد التي اعتمد عليها هذا الإتجاه لتبرير موقفه ثم دراسة التشريعات الوطنية (أولا)، ودراسة أحكام القضاء المؤيدة لهذا الإتجاه (ثانيا). أولا: الأسانيد المؤيدة لهذا الإتجاه.

استند أنصار الإتجاه المؤيد للتحكيم<sup>2</sup> في العقود الإدارية الدولية، لجملة من الأسانيد لتبرير موقفهم من التحكيم، لاسيما مع سياسة الإصلاحات الإقتصادية وتشجيع الإستثمار الذي تتبناه الدولة في هذا الوقت لجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتهيئة مناخ إقتصادي جيد من أجل

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا غ.ت.ب، الملف رقم 96228، الصادر بتاريخ 1992/07/07، أشارت إلى هذه القضية، سهام صديق، المرجع السابق، ص 130.

<sup>2</sup> - من أنصار هذا الإتجاه نذكر على سبيل المثال : سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 192.

إنجاز مشروعات البنية التحتية، والذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال الإلتزام بقبول التحكيم فيما ينشأ من منازعات عن هذه الأخيرة، ومن هذه جملة هذه الأسانيد ما يلي:

1- عدم وجود نص تشريعي يمنع التحكيم في العقود الإدارية، ومن ثم فإن التحكيم في العقود الإدارية جائز.

2- إجازة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية من خلال الإتفاقيات الدولية التي تعتبر جزء من النظام العام، ومثال ذلك إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

3- أحكام قانون مجلس الدولة لم يتضمن في طياته نصا يقضي بحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وما تضمنته المواد القانونية من تحديد الإختصاص محاكم القضاء الإداري قد قصد بها بيان الحد الفاصل بين اختصاص القضاء الإداري من القضاء العادي، ومن ثم فالمشرع لم ينكر حق الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء في إنهاء منازعاتهم بأي أسلوب يختارونه بما في ذلك التحكيم.<sup>1</sup>

أيدت العديد من التشريعات إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، لتبرير رأيهم على غرار التشريع الفرنسي، المصري:

#### ثانيا: التشريعات الوطنية المؤيد للتحكيم

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن التشريعات الوطنية قد أجازت التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية في كل من مصر وفرنسا، غير أنه تختلف طريقة معالجة المشرع لهذا الموضوع في كل منهما، ويرجع الإختلاف في تطور التشريع الفرنسي من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي، أي الأصل هو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ما لم يوجد نص صريح يجيز ذلك، في حين أن التشريع المصري تطور من التشريع الضمني أي عدم وجود نص تشريعي صريح يجيز التحكيم إلى السماح الكامل بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سناء يولقواس، المرجع السابق، ص. ص 85-86.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 86.



**1- التشريع الفرنسي**

تطرقنا فيما سبق إلى أن مجلس الدولة وضع قاعدة عامة لايحوز الخروج عنها، وهي بطلان التحكيم في العقود الإدارية، وأمام هذا الوضع تدخل المشرع الفرنسي للحد من هذه القاعدة التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي، وذلك من خلال قانون 17 أبريل 1906 وقانون 19 أوت 1986.

**• إجازة التحكيم في بعض العقود الإدارية بموجب قانون 17 أبريل 1906**

نص هذا القانون في المادة 69 منه على جواز التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن تصفية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريد.<sup>1</sup>

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خطا خطوة لإجازة هذا النظام في العقود الإدارية، لكن وبالمقابل قيد أعمال هذا النظام في العقدين السالف ذكرهما بمجموعة من الشروط كما حدد نطاق تطبيقه على الوجه التالي:

- تعلق النزاع بتصفية نفقات الأشغال العامة والتوريدات، ولايمتد هذا القانون إلى أي عقد إداري آخر.

<sup>1</sup> - نصت المادة 69 من قانون 17 أبريل 1906 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي على مايلي:

"Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fourniture, l'Etat, les département et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du arde de procédures civiles. En ce qui encorne l'Etat il ne pourra être procédé à l'arbitrage qu'en vertu d'un décret rendu en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et le ministre de l'économie et des financiers En ce qui concerne les départements, le recours à 1 arbitrage devra faire"

كما أكدت على ذلك المادة 128 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي الحالي

"Conformement al'article 69 de la loi du 17 Avril 1906 portant fixation du budget general des recettes de l'exercice 1906. L'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures recourir à l'arbitrage tel qu'il Estréglé par le livre IV du de procédures civiles.

Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du Ministre compétent et du mministre chargé de l'économie ".

- أشار إليه: محمد بن عمران، المرجع السابق، ص14.

- أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشاركة التحكيم ( أي يتم اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع ).

- موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال، وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ووافق عليه الوزير المختص<sup>1</sup>.

### • إجازة التحكيم في العقود الدولية بموجب قانون 19 أوت 1986

أجاز قانون 19 أوت 1986 للدولة والمقاطعات والمؤسسات العمومية الإتفاق على التحكيم في علاقاتها التعاقدية مع شركات أجنبية كاستثناء عن القاعدة العامة المنصوص عنها في المادة 2060 من القانون المدني<sup>2</sup>، حيث نصت المادة التاسعة من هذا القانون على مايلي:

" مخالفة لأحكام المادة 2060 من القانون المدني يسمح للدولة والهيئات المحلية، والمؤسسات العامة بالنسبة للعقود التي تبرمها، بالإشتراك مع شركات أجنبية، لتحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة الوطنية بالتوقيع على شروط تحكيمية لتسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق وتفسير هذا العقد"

وبالتالي يمكن القول، إن النظرة العدائية التي كان ينظرها القانون الفرنسي للتحكيم في سبيلها للإنحدار ، ومبررنا في ذلك التطورات التي طرأت على الحياة القانونية هناك.

وقد تمثلت هذه التطورات في إصدار المشرع العديد من القوانين التي أجاز بموجبها للأشخاص المعنوية العامة الخروج عن قاعدة حظر اللجوء إلى التحكيم، أهمها وتحديدًا في 27 مارس 2007 صدور تقرير مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص المشروع التمهيدي للقانون الخاص بالتحكيم في المجال الإداري و وضع التصور النهائي له. فقد انتهت هذه الأخيرة إلى ضرورة

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص. 87.

<sup>2</sup> - حفيفة السيد حداد، الإنفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق،

المرجع السابق، ص. 23.

إفساح مجال التحكيم أمام كافة الأخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقاتهم التعاقدية، حتى لو كانت مثارة فيما بينهم، سواء كان ذلك عبر شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم<sup>1</sup>.

## 2- التشريع المصري

إستجابة للمعطيات الحديثة، ونتيجة لنمو العلاقات الإقتصادية الداخلية والدولية ومواكبة للحركة التجارية الدولية واعتمادها على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات، أصدر المشرع المصري القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، كما نص في المادة الأولى منه على :

مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان التحكيم تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون<sup>2</sup>.  
إلا أن الفقه اختلف في تفسير النص فقال البعض بأنها لا تشمل العقود الإدارية وهناك من قال بأنها تشملها وهذا من خلال عبارة "أشخاص القانون العام" و " أيا كانت العلاقة القانونية " وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن مجيء القانون رقم 9 لسنة 1994 المتضمن تعديل الأحكام القانون رقم 27 لسنة 1994 نص صراحة على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، وبذلك وضع المشرع حدا للخلاف الناشئ بين الفقهاء.

## 3. المشرع الجزائري

نتيجة للأزمة الإقتصادية التي عرفتها الجزائر في بداية الثمانينات ولجئها للاقتراض وعدم كفاية إيراداتها من النفط لتلبية الحاجيات العامة بسبب إنخفاض أسعاره، شرعت الجزائر

<sup>1</sup> - محمد بن عمر، المرجع السابق، ص. 18.

<sup>2</sup> - المادة 02 من القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية - عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص. 237.

في إصلاحات إقتصادية مست على سبيل الخصوص تغيير النمط الإقتصادي من نظام إشتراكى إلى نظام رأس مالي غايتها في ذلك جلب الإستثمار وخاصة الأجنبي.

وحتى تجسد هذه السياسة على أرض الواقع والتخفيف من تردد المستثمر الأجنبي لجأت الجزائر إلى إعادة النظر في موقفها من حظر التحكيم باعتبار أن هذا الأخير أصبح ضرورة حتمية في ظل الأزمة الاقتصادية التي عرفتها الجزائر.<sup>1</sup>

فحسم المشرع الجزائري بمقتضى القانون 09/08 موقفه من مدى جواز اللجوء إلى التحكيم، وأكد ذلك في المادة 1006 الفقرة الثانية حيث نصت على مايلي:

"لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

وبالتالي أصبح بإمكان الدولة وأشخاص القانون العام التقليدية الأخرى اللجوء للتحكيم الدولي في إطار العلاقات الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

وفي الأخير لا يجوز تحميل النصوص القانونية مالا تطبق من خلال تأويلها بتفسيرات موسعة، فقبول الدولة وبقية أشخاص القانون العام الإلتجاء إلى التحكيم لا يفترض، بل يبنى على إرادة صريحة من المشرع عن طريق نصوص قانونية واضحة.<sup>2</sup>

### \* ثالثا: أحكام القضاء المؤيدة لهذا الإتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية الدولية، تبين بعضها في كل من القضاء الفرنسي والقضاء المصري والقضاء الجزائري، على النحو التالي:

## (1) موقف القضاء الفرنسي

<sup>1</sup> - محمد بن عمر، المرجع السابق، ص. 56.

<sup>2</sup> - سهام صديق، المرجع السابق، ص. 96.

لقد تجسد موقف مجلس الدولة الفرنسي بعد صدور قانون 19 أوت 1986 من خلال التقرير الذي قدمه للحكومة سنة 1993 بشأن الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لحسم المنازعات الإدارية، وأهمها ( التوفيق، الصلح، والتحكيم) وقد اقترح مجلس الدولة بعض المسيل لتوسيع مجال اللجوء للتحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية ومن بينها:

- تعميم التحكيم في مجال العقود الإدارية<sup>1</sup> المسماة، أهمها عقود الأشغال العامة، وعقود التوريد وعقود النقل.
- الاعتراف للحكومة بسلطة التصريح بمرسوم لأي مؤسسة عامة باللجوء إلى التحكيم.

## (2) موقف القضاء المصري

سنوضح الأحكام المؤيدة لهذا الإتجاه من خلال حكم القضية المتمثلة في "قضية الشركة الإنجليزية ضد المجلس الأعلى للآثار"، تلخص وقائع هذه القضية أن المجلس الأعلى للآثار أبرم عقدا مع شركة سيلجستر نايت الإنجليزية، وقد اتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لتسوية ما ينشأ بينهما من منازعات، فثار نزاع بين الطرفين فقررت الشركة الإنجليزية اللجوء للتحكيم، وقضت محكمة التحكيم لصالح هذه الأخيرة، فتم الطعن في هذا الحكم من قبل المجلس الأعلى للآثار أمام محكمة استئناف القاهرة، وتمسك هذا الأخير ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل النزاع هو عقد إداري، وجاء الحكم الصادر عنها على النحو التالي: ".... حيث أنه على السبب الثاني وهو الإدعاء ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل النزاع هو عقد إداري مما لا يجوز التحكيم فيه، فإنه غير سديد".

إلا أن المحكمة انتهت إلى صحة إنفاق التحكيم مؤسسة حكمها على مايلي:

- أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تقضي صراحة بجو التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأيا كانت العلاقة القانونية محل النزاع.
- وأن " ما ورد للمذكرة الإيضاحية القانون نفس المعنى بقولها: ....وتحديد نطاق تطبيق أحكام المشروع، الذي عينته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الإتفاقيات المعمول بها في مصر

<sup>1</sup> - عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص. 236

بسرّيان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجري في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

يعتبر اتفاق التحكيم في العقود الإدارية منتجا لآثاره بإعتباره عقداً، يجب توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية، لأن هذا الأخير سيؤدي لسلب الإختصاص من قضاء الدولة وجعل قضاء التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد الذي يكون أساسه الإرادة الصريحة الواضحة المبنية على إتفاق مكتوب " تحت طائلة البطلان <sup>2</sup> مفاده عرض النزاع على هيئة التحكيم، إلى جانب هذا الشرط توجد جملة أخرى من الشروط المتعلقة بكل من المحل و الأهلية.

وعليه من خلال هذا المطلب سنقوم بتبيان مختلف الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم

على النحو التالي:

### الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم

لم يحظ أي إتفاق من الإتفاقات الخاصة في الآونة الأخيرة بمثل ما حظيت به اتفاقية التحكيم من عناية واهتمام، ولم يقتصر هذا الإهتمام على التشريعات الوطنية، بل شمل أيضاً المعاهدات الدولية.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحدادة الإنفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 40-42.

<sup>2</sup> - Kost De Sévres NICOLETTE , Le Consentement à la Convention d'arbitrage Commercial International, évolution et développement récents en droit québécois et en droit international, Mémoire présenté à la faculté des études supérieur en vue de l'obtention du grade de LL.M en droit, Option droit des affaires, Université de Montréal, Faculté des études supérieur, Québec, Decembre 2005, p.20.

ويرجع السبب الأساسي لهذا الإهتمام هو إعتبار أن اتفاقية التحكيم في المحرك الذي يستند إليه لحل النزاعات عن طريق التحكيم.<sup>1</sup>

ونظرا لكون التحكيم يسلب اختصاص القضاء الوطني، وانطلاقا من هذه الخطورة تركت الإتفاقيات الدولية الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها ضرورية للتأكد من وجود هذا الأخير، وبالتالي صار تنظيم مسائل التحكيم في الإتفاقيات الدولية ضرورة حتمية.

ومن خلال ما سبق سنتعرض لموقف المعاهدات الدولية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم (أولا)، ثم موقف التشريعات الوطنية من شرط الكتابة في إنفاق التحكيم (ثانيا).

### أولا: موقف المعاهدات الدولية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

الكتابة هي الشكل العام لجميع الأعمال الإجرائية والحكم التحكيمي واحد منها، لذا أوجبت المعاهدات الدولية شرط الكتابة في إنفاق التحكيم على النحو التالي:

#### أ- موقف اتفاقية نيويورك لسنة 1958<sup>2</sup>

نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على مايلي: "تعترف كل دولة متعاقدة بالإنفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم... إلخ" ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على المقصود باتفاق التحكيم بقولها: "يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو إنفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - سهام صديق، المرجع السابق، ص. 199.

<sup>2</sup> - إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتضمنة الإعراف وتقيد القرارات التحكيمية الأجنبية، المنظمة إليها الجزائر بموجب المرسوم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، ج.ر. عند 28. وتتميز الاتفاقية نيويورك بالخصائص الأساسية الآتية :  
فبالرغم من أن عنوان الإتفاقية هو الإعراف بأحكام التحكيم الأجنبية إلا أن المواضيع التي عالجتها كانت أكبر بكثير من هذا العنوان.

- تعتبر اتفاقية نيويورك أول اتفاقية دولية تعترف بمراكز التحكيم الدولية .

- فرقت هذه الإتفاقية بين الشرط التحكيمي والإنفاق التحكيمي التحق للنزاع، واعتبرتهما شكلين مشروعين للعقد التحكيمي للمزيد راجع، سهام صديق، المرجع السابق، ص 85.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الكتاب الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص.151.

ويظهر لنا من خلال هذا النص، أن الكتابة شرط لإنعقاد الإنفاق فهي شرط صحة وليس مجرد وسيلة إثبات.

وعليه فإن الدول المنظمة لإتفاقية نيويورك سنة 1958 ينبغي أن تلتزم بالكتابة إذا ما أبرمت عقدا مع طرف آخر لا توجب قوانينه الوطنية شرط الكتابة في اتفاق التحكيم ومن هنا لايعتد باتفاق التحكيم الشفوي لأن هذه القاعدة الموحدة في معاهدة نيويورك لا تتغير طبقا لقوانين الدول الموقعة على المعاهدة وهي تمثل حدا أقصى أنه لا يجوز الإستناد إلى قانون داخلي أكثر شدة وهي تمثل حد أدنى بمعنى أنه لا يجوز الإعتداد باتفاق التحكيم الشفوي إستنادا لنص المادة 07 من إتفاقية نيويورك 1958 التي نصت على ما يلي:

لا تخل أحكام هذه الإتفاقية بصحة الإنقاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الإعتراف لأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الإستفادة بحكم المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع او معاهدات البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ.<sup>1</sup>

### ب- الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لسنة 1961

نصت المادة الأولى في فقرتها الثانية من الإتفاقية على ما يلي: " إتفاقية التحكيم الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد، وتلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو إتفاق تحكيمي موقع من الفراء، أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو إبراق بواسطة التلكس، وفي العلاقات ما بين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر إتفاقية تحكيم أية إتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين ".<sup>1</sup>

من خلال هذه المادة نلاحظ أن الإتفاقية اشترطت أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، ولم تستلزم أن يأخذ إتفاق التحكيم شكلا معيناً، ونصت هذه المادة على إستثناء يخص العلاقات بين الدول التي لا تفر الشكل الكتابي، وهنا اعتبرت الإتفاقية أن إتفاقية التحكيم هي التي تكون معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص ص 152-153.



**ج- إتفاقية القانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة 1985**

" نصت المادة السابعة في فقرتها الثانية على أنه: " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الإتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلکسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال الملكي واللاسلكي 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 هذا الشرط جزءا من العقد.<sup>1</sup>

وعليه فإن القانون النموذجي للتحكيم الدولي لم يرتب جزاء البطلان على تخلف شرط الكتابة، فإن الإنفاق الشفهي في مفهوم هذا القانون يعتبر صحيحا.

**ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من شرط الكتابة في إتفاق التحكيم**

كتابة الحكم التحكيمي لم يقتصر وجوبها في المعاهدات الدولية فقط، وإنما فرضتها القوانين الوضعية الوطنية أيضا، وسنتطرق لها على النحو الآتي:

**أ- موقف القانون الفرنسي**

" نص المشرع في نص المادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي لسنة 1980 على وجوبية كتابة شرط التحكيم في العقد أو في المسند الذي يحيل إليه وإلا كان التحكيم بأطلا، أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فهو لم يشترط هذا الشرط، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهو ما يجعب من الكتابة ليست الضرورية لصحة اتفاق التحكيم.<sup>2</sup>

لكن هذا الرأي تعرض للانتقاد كون أن انضمام فرنسا لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تتضمن شرط الكتابة ومن ثم فإنفاق التحكيم يتعين أن يكون مكتوبة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 152

<sup>2</sup> - سناء يولقواس، المرجع السابق، ص. 94

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 94

**ب- موقف القانون المصري:**

اشترط قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الصحة إتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً أي أن الكتابة في إتفاق التحكيم هي شرط صحة وليس للإثبات فقط، حيث رتب القانون على تخلف الكتابة بطلان إتفاق التحكيم وذلك طبقاً لنص المادة الثانية عشر من القانون والتي تنص: " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً...".

ويظهر من خلال هذا النص أن الكتابة شرط لإنعقاد الإنفاق، والملاحظ أن المشرع المصري لم يشترط شكلية معينة، ولذلك إكتفى بوجود رسائل متبادلة أو برقيات مكتوبة تظهر بوضوح رغبة الأطراف اللجوء لقضاء التحكيم<sup>1</sup>.

**ج. موقف القانون الجزائري نصت المادة 1040 من القانون 09/08 :**

تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة...".

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري نص صراحة على إلزامية أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً، وترك المشرع الباب مفتوحاً أمام الفاكس وأمام البريد الإلكتروني وغيرهم من المراسلات، وفي كل الأحوال فإن عبارة " ... أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة... " تحمل معنى واسع جداً للإثبات الكتابي.<sup>2</sup>

**الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم**

إن الإتفاق بين طرفي التعاقد على تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم ما هو إلا عقد يلقي التزاماً على عائق طرفيه بعدم الإلتجاء إلى القضاء بتسوية هذا النزاع وهذا يتطلب أن

<sup>1</sup> - المادة 12، الفقرة 02، من القانون 27 لسنة 1994 تنص: " ... إذا تضمنه محرر أو غيره من وسائل الإتصال المكتوبة "

<sup>2</sup> - سهيلة بن عمران، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة برج باجي مختار بيانة، الجزائر، 2011، ص 77.

تتوافر في هذا الإتفاق الشروط الواجبة التوافر لصحة الإلتزامات بصفة عامة، وهي شروط متعلقة بالرضا والأهلية والمحل.

### أولاً: الرضا

تلعب إرادة طرفي التعاقد دورا بارزا في مجال التحكيم، حيث يتفق على الإلتجاء إليه في التعاقد ذاته، أو يبرم اتفاقا خاصا ينطوي على قبول طرفي التعاقد بتسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم.

وضرورة الرضا باللجوء إلى التحكيم كبديل للجوء للقضاء في تسوية منازعات العقود الإدارية أساسه أن التحكيم نظام ورد على سبيل الإستثناء من الأصل العام الذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات ومن ثم فلا يجوز فرض تسوية المنازعات<sup>1</sup> التي يكون الأفراد طرفا فيها عن طريق التحكيم لما في ذلك من مصادرة لحق الأفراد في التقاضي أمام قاضيه الطبيعي وهو حق مكفول دستوريا .

والمقصود بهذا النص التقاضي أمام القضاء العام عاديا كان أم إداريا ولا يشمل ذلك التحكيم الذي يعد نظاما استثنائيا لفض المنازعات.

وفي هذا الحكم تأكيد للرضا كركن لازم لقيام التحكيم في المنازعات التي يكون الأفراد أطرافا فيها، وعدم دستورية إجبارهم على تسوية منازعاته بواسطته حيث ينطوي ذلك على الحيلولة بينهم وبين المثل أمام قاضيه الطبيعي.<sup>2</sup>

### ثانيا: الأهلية

تنص المادة 1006 من ق.ج.م.إ. على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "، وعليه فلا يصح إتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفية، فإنه يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص.35.

<sup>2</sup> - سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص.80.

كما أخذت معاهدتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقع العقد متعا بالأهلية و الا كان الحكم التحكيمي قابلا للإبطال.

فالقانون السابق كان لا يجيز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم أما قانون الإجراءات المدني والإدارية أجاز للدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والولاية والبلدية أن تبرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد صفقة عمومية أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر هذا ما تؤكدته نص المادة 975 ق.إ.ج.م. إد. والتي جاء فيها :

"لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيميا إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية أيضا نص المادة 1006 في فقرتها الثالثة من ق. إ.ج.م.إد. بالقول: " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الإقتصادية الدولية او إطار الصفقات العمومية ".

ويوقع العقد

✓ الوزير والوزراء المعنيين إذا كانت الدولة طرفا .

✓ الوالي إذا كانت الولاية طرفا.

✓ رئيس المجلس الشعبي البلدي إذا كانت البلدية طرفا.

ويوقع الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي تتبعها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وهذا جاء في نص المادة 976 من ق.إ.ج.م. إد. أما المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية فهي خاضعة لنظام التحكيم الإلزامي.<sup>1</sup>

**ثالثا: المحل**

محل إتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، يشترط القانون في محل العقد ان يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا وقع اتفاق التحكيم باطلا، والحكمة من عدم

<sup>1</sup> - سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص. 83.

جواز الإنفاق على التحكيم باطلا، والحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنىها أن تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل.

وهناك عدة صيغ وضعتها مؤسسات تعنى بشؤون التحكيم، وتعنى هذه الشروط بالشروط النموذجية مثال ذلك الشرط النموذجي الذي وضعته الغرفة التجارية الدولية C.C.I و هو كما يلي:

" إن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً، وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم من قبل محكم واحد أو أكثر يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام".

وكذلك وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة UNCTRAL في قواعدها الخاصة بالتحكيم شرطاً نموذجياً كما يأتي: " كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً".<sup>1</sup>

وباعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، و لهذا يأخذ قضاء التحكيم النظام العام الدولي، فالمحكمون مكلفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي، ومتى كان اتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي فقد قضت بعض أحكام التحكيم ببطلان اتفاق التحكيم ومن ثم عدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع، في حين أن بعض أحكام التحكيم قررت اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع وكمثال عن الاتجاهين السابقين نورد المثالين التاليين:

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 38.

**- قضية الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية**

وتتلخص وقائع القضية في إعلان الحكومة الأرجنتينية عن مناقصة دولية من أجل إقامة محطة كهربائية بها، ومن بين من تقدموا لتلك المناقصة شركة بريطانية تعاقدت مع وسيط أرجنتيني لسعي لدى حكومته لإرساء الصفقة عليه في مقابل حصوله على قيمة 10% من قيمة العقد، غير أن المجهودات بذلها هذا الوسيط لم تفلح فقد تم إرسال الصفقة لصالح شركة ألمانية، غير أنه وإثر سقوط النظام السياسي في الأرجنتين قامت الحكومة الجديدة بالإعلان عن مناقصة أخرى واستطاعت الشركة الألمانية الحصول عليها، وطالب الوسيط الشركة البريطانية العمولة التي سبق الاتفاق عليها على أساس أن تعاقدتها كان نتيجة لمجهوداتها السابقة، غير أن الشركة البريطانية رفضت ذلك، وتم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، وبعد اطلاع المحكم على المستندات تبين للمحكم أن العقد الطرفين المتنازعين كان بقصد دفع رشاوي للموظفين من أجل رسو المناقصة على الشركة البريطانية، وبالرغم من الجهود التي قام بها الوسيط إلا أنه لا يمكن التغاضي عن كون العمولة المتفق عليها رشوة، وأنه بوجود مبدأ قانوني عام معترف به من قبل الأمم المتحدة هو أن العقود التي تنتهك بشدة النظام العام الدولي عقود غير صحيحة، وتتطوي على انتهاك شديد لنظام العام الدولي، لا يمكن أن يكون محل للتحكيم ومن ثم فقد فقدوا كل حق في اللجوء إلى العدالة وانتهت محكمة التحكيم لعدم اختصاصها.<sup>1</sup>

**✓ قضية الحكومة الإيرانية ضد مشروع فرنسي**

وتتلخص 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، وهذا تنكر المشروع الأجنبي للوسيط ولم يدفع له الجزء المتبقي من العمولة، وباعتبار أن العقد تضمن عرض النزاع

<sup>1</sup> - يولقواس سناء، المرجع السابق، ص 100.

على غرفة التجارة الدولية بباريس وهو ما تم بالفعل، وفي الحكم التحكيمي انتهى المحكم أنه على الرغم من أن المدعي وهو الوسيط رفض الكشف عن طبيعة مهمته لدى الحكومة الإيرانية إلا أنه استخلص من خلال وقائع القضية موضوع النزاع كان من كبار الموظفين العموميين، وكان له تأثير كبير على صانعي القرار وهو ما أدى لنجاح تعاقد المشروع الفرنسي دون غيره من الشركات... الخ، وباعتبار أنه صدرت عدة تشريعات متعاقبة لمكافحة الرشوة واستغلال النفوذ في بلد الوسيط، ولما كان العقد محل النزاع يخالف النظام العام الدولي، فإن محكمة التحكيم قضت ببطالانه ورفضت طلب المدعي.<sup>1</sup>

ونرى بأن الاتجاه الثاني (الاتجاه القاضي باختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع) هو الاتجاه الصحيح فعلى المحكم نظر النزاع المطروح عليه و إن كان يحمل في طياته مخالفة للنظام العام الدولي وأن يقضي ببطلان حكم التحكيم، لاسيما وأن المشرع الجزائري نص صراحة على أن المحكم يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه.<sup>2</sup>

#### رابعاً: السبب

يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله يلتزم المتعاقد وال موليب يعتبره البعض ركنا في العقد بينما يعتبره آخرون ركنا في الإلتزام، كما يبين الأستاذ السنهوري أنه عنصر في الإلتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق بالإتصال بالإرادة فهو ليس عنصر من عناصرها.<sup>3</sup>

فسبب إبرام اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة لما فيها من مميزات وتقادي قضاء الدولة لما فيها من تعقيدات إجرائية ووقتيّة ولما يحققه من سرية مطلوبة وبديره متخصصون مع فرض حسن النية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 101.

<sup>2</sup> - المادة 1030 من القانون رقم 09/08 نصت على ما يلي : " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.. إلخ"

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، - العقود التي تقع على الملكية، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، لبنان، 2005، ص 414 .

<sup>4</sup> - سهيلة بن عمران، المرجع السابق ، ص 82.

## خاتمة الفصل

وفي الأخير نجد أن للتحكيم أهمية بالغة ومرد هذه الأهمية يرجع إلى الإنتشار الواسع للتحكيم بصفة عامة، وأمام هذه الأهمية واعتبار التحكيم إحدى الوسائل البديلة لحل المنازعات اتجهت مختلف الأنظمة القانونية سواء في فرنسا أو الجزائر أو مصر إلى تبني فكرة التحكيم في العقود الإدارية بعد أن ساد ولفترة طويلة جدل فقهي وقضائي ما بين مؤيد ومعارض لهذا النظام في العقود الإدارية، كون هذه الأخيرة ذات طبيعة خاصة، إضافة إلى ذلك ونتيجة لأهمية التحكيم في العقود الإدارية بصفة خاصة تحرك المجتمع الدولي إلى اعتماد هذا النظام، وكان من جوده العديد من الإتفاقيات من بينها إتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة سنة 1958، وسارت مختلف التشريعات على هذا النهج من خلال إجازتها للأشخاص المعنوية بقبول فكرة التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها بعد أن كان هناك حظر.



## الفصل الثاني

# الدعوى التحكيمية في العقود الإدارية

كانت الخصومة التحكيمية تبدأ عندما يريد أحد أطراف العقد تحريك إجراءات التحكيم ضد الطرف الاخر وذلك عندما كان التحكيم قضاء خاص .

و تبدأ مهمة هيئة التحكيم بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع ، بالنظر للنزاع القائم بين الأطراف، لأن العقود الادارية الدولية تتصل بأكثر من نظام قانوني، و هذا ما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق، لأنها قد تدخل في مشاكل تنازع القوانين عن القانون الواجب التطبيق بشأنها ،وأهمية هذا الاختيار تبرز في الاثار الناجمة عن العقد.

و أن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق له اثار أخرى منها ما يتعلق بمدى امكانية تعديل شروط العقد نتيجة تغير الظروف، و كيفية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كما أن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق تمتد للقواعد الواجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للطرف المتضرر، فهل التعويض سيقصر على ما الحقه من أضرار ؟ أم سيشمل ما فاتته من كسب؟

و بعد تحديد القانون الواجب التطبيق تستمر إجراءات التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي البات في النزاع، و سنقوم في هذا الفصل ببيان كيفية إصدار القرار، و كيفية الطعن فيه باعتباره قد يكون مشوبا بعيب مبرزين الأوجه المختلفة للطعن بالبطلان و كيفية تنظيم القوانين لدعوي البطلان، و ذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية.

المبحث الثاني: حكم التحكيم و فعاليته الدولية

**المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية.**

إن أهم المسائل التي تثيرها العقود الإدارية الدولية، و هي تحديد القانون الواجب التطبيق، و أن هذه الأهمية تكمن فيما سيرته هذا الاختيار من نتائج تتعلق بالاثار القانونية المترتبة على العقد، و فيما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر في فسخ العقد، و كذلك في مدى إمكانية تعديل العقد بالإرادة المنفردة من عدمه.

تقوم الأطراف المتعاقدة بالنص صراحة على القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ هذا العقد عند إبرامه، و قد يأخذ هذا الاختيار صورة الاختيار الصريح أو الاختيار الضمني، إلا أن الأطراف المتعاقدة قد تغفل تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الادارية الدولية، و هنا نجد بأن الآراء الفقهية قد اختلفت في تحديد القانون الواجب التطبيق.

**المطلب الأول : في حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق**

إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق نجده بالرجوع للقوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام التحكيم، استنادا لمبدأ الإرادة، و قد كان لهذا المبدأ تأثير في الية القانون الدولي الخاص الذي اعتبر توافق الارادات كافيا ليكون مصدرا للإلتزام.<sup>1</sup>

و كانت بعض العقود الادارية الدولية تتضمن تحديدا للقواعد الواجبة التطبيق بأن تشير إلى الوسيلة التي من خلالها يمكن تحديد هذه القواعد، و سنرى ذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول : موقف المعاهدات الدولية و التشريعات الوطنية من اختيار القانون الواجب التطبيق.**

القسم الفقه إلى اتجاهين، يرى الأول أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم دون أي عقود، و كل ما يتطلب توافره في الاختيار يكون قائما على حسن النية، و ذهب الآخر الى أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق مقيدة بكون هذا القانون مرتبطا بالعقد ارتباطا

<sup>1</sup> - يولقواس سناء، المرجع السابق، ص 104.

حقيقيا ويجب على المحكم إهمال و طرح القانون المختار متى كان بعيد الصلة عن العقد و اختيار قانون اخر يكون أكثر صلة بالعقد من الناحية الواقعية.

حاول بعض الفقه التوفيق بين هذين الاتفاقين فذهبوا إلى أن إرادة المتعاقدين ليست بالمطلقة في الاختيار كما أنها ليست مقيدة واشتروطوا لصحة الاختيار أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد.<sup>1</sup>

من خلال هذا الفرع سنقوم ببيان موقف المعاهدات الدولية و التشريعات الوطنية من اختيار القانون الواجب التطبيق على النحو الآتي:

### أولاً: موقف المعاهدات الدولية من اختيار القانون الواجب التطبيق

إن أحكام الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة بجنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 أقرت مبدأ استقلالية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصها: إن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه يصدد أساس النزاع... الخ<sup>2</sup> وكرست اتفاقية البنك الدولي مبدأ استقلالية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و هو ما نستنتجه من أحكام المادة 42 منها.<sup>3</sup>

و كما نص القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 على: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، و أي اختيار القانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة و ليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك ."<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - بولقواس سناء، المرجع السابق، ص ص 104 - 105.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 105.

<sup>3</sup> - تنص المادة 42 على مايلي: " تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، .... الخ"

<sup>4</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 345.

مما سبق نرى بأن المعاهدات الدولية قد كرست صراحة مبدأ إستقلالية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و هنا يمكن للأطراف اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة أخرى، و الصعوبة التي تنشأ أنه إذا إختار الطوفان قانون دولة بعينها، فإن التساؤل المطروح هو هل المقصود بهذا القانون هو القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار؟ أم في الوقت الذي يكون عليه هذا العقد وقت انعقاد العملية التحكيمية؟<sup>1</sup>

و الاجابة عن هذا التساؤل متوقفة على ما إذا كان قد ضمن انتقاق الأطراف شرطا يقضي بتجميد علاقتهم هو التثبيت التشريعي، أم خليو قد انقسم الفقه إلى إتجاهين، بحيث ذهب الأول إلى بطلان شرط الثبات التشريعي على أساس أنه ينقص من سيادة الدولة في سن التشريعات الداخلية ، و يحد من حريتها في مواجهة ظروف الاستثمار المختلفة في المتغيرات الاقتصادية الدولية أنصار هذا الاتجاه استندوا في رفضهم لصحة هذا الشرط، لأنه يؤدي لتجميد القانون الوطني، لأن القواعد التي تحكم العقود الادارية الدولية تتغير تبعا للظروف التي تحيط بها.<sup>2</sup>

و الاتجاه الثاني يرى بأن هذا الشرط صحيح إذا ارتضت الدولة به بمحض إرادتها، و من ثم إن القانون الواجب التطبيق هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار، كما استند أنصار هذا الاتجاه على أن شرط الثبات التشريعي يتمتع باستقلالية مستمدة من قاعدة قانونية.<sup>3</sup>

### ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من اختيار القانون الواجب التطبيق

نصت القوانين الوضعية المتعلقة بالتحكيم على حق الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية و أخذت بمبدأ استقلالية الإرادة، و نص القانون الجزائري

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 106 .

<sup>2</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق ، ص 358.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 345.

على محكمة التحكيم أن تفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف،<sup>1</sup> وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 496 من قانون التحكيم الفرنسي.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : صور الاتفاق على القانون الواجب التطبيق في العقود الإدارية الدولية

يسمح للأطراف المتعاقدة باختيار القانون الواجب التطبيق في العمليات التعاقدية الدولية، وفق طبيعة العلاقة التعاقدية، فيقوم المحكم بتطبيق الاتفاق الصريح للقانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا اعتبر العقد داخليا، غير أن الصعوبة تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق وفقا للإنفاق الضمني، ومن هنا فإن صور الاتفاق على القانون الواجب التطبيق العقود الادارية الدولية ، إما الإنفاق الصريح أو الإنفاق الضمني و هذا ما سنتناوله في هذا الفرع :

#### أولاً: الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق

إن مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق قد أقرت به القوانين الوطنية و المعاهدات الدولية، و أن المحكم ملزم بالفصل في النزاع وفقا لأحكام القانون المختار من قبل الأطراف، و قد ظهرت نظريتين بصدد هذه الحرية و هما النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية، فبالنسبة لأنصار الأولى و على رأسها أنصار المذهب الفرعي و القانون الطبيعي فقد نادوا بمبدأ سلطان الإرادة و هو أن يتمتع الأطراف بحق تضمين ما شاءوا من شروط في عقودهم، و بالنسبة للعقود الدولية فيحق لهم حتى اختيار القانون الذي يحكم العقد، وإن ما يترتب على الأخذ بهذه النظرية هو جواز الأطراف، استبعاد نصوص القانون المختار التي تبطل العقد و أيضا عدم تطبيق التعديلات تقوم بها دولة القانون المختار على العقد.<sup>3</sup>

و يرى أنصار النظرية الموضوعية أن العقد الدولي ليس خارج عن أي قانون إذا لم يخضع لنظام قانوني معين، و إنما يخضع لأكثر من نظام، و إن معظم اثار العقد الدولي تتحقق في وسط إجتماعي معين لما كان يرتبط بمحيط إجتماعي، و يذهب أنصار هذه النظرية

<sup>1</sup> - المادة 1050 من القانون رقم 09/08 .

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو محمد ، المرجع السابق، ص 344.

<sup>3</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، ص 108.

إلى أن إرادة الأطراف في اختيار قانون يحكم عقد دولي مقيدة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بهذا العقد<sup>1</sup>.

يقوم المحكم بتطبيق ما جاء في العقد متى كانت عباراته واضحة وصريحة، غير أن أحكام التحكيم قد خالفت ذلك في العديد من الأحكام الصادرة عنها، و ستعرض لذلك كمثال على النحو الآتي:

### • قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine Oil

" تتلخص وقائع القضية في كون العقد المبرم بين الطرفين يتضمن اتفاقاً على كون القانون القطري هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع يثور بين الطرفين، إلا أن المحكم Sir Alfred Backnill لم يقم بتطبيق هذا القانون و استند في ذلك لقناعته التامة بكون القانون الإسلامي لا يتضمن مبادئ قانونية تصلح التفسير هذه النوعية من العقود و طبق قواعد العدالة و الإنصاف على العقد<sup>2</sup>.

مما سبق نرى أن محكمة التحكيم تستبدل بما تجده مناسباً لحكم العلاقة العقدية كلما صادفت بعض الثغرات الذي اختاره الأطراف، و تنص الدولة صراحة في نصوصها القانونية التي نظمت التحكيم على أنه في حالة وجود نقص في أحكام القانون الواجب التطبيق تتفادى إلزامها من طرف هيئة التحكيم بأحكام قواعد تختارها هذه الأخيرة لحكم العلاقة التعاقدية و يتم تطبيق المصادر الاحتياطية في ذات القانون وتلجأ هيئة التحكيم إلى قواعد القانون و الأعراف التي تراها مناسبة في حالة عدم إيفاء المصادر الاحتياطية بالغرض، و هناك من أضاف حالات أخرى يمكن للمحكمة بموجبها استبعاد اتفاق الأطراف وهي:

- 1- إذا كان الاتفاق مخالفاً للنظام العام أو المصالح الوطنية لدولة القاضي.
- 2- إذا كان عيب من عيوب الرضا حسب ما نص عليه القانون المدني.
- 3- إذا تعذر تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 110.

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 348، 349.

4- في حالة غياب اتفاق صريح للأفراد حول هوية القانون الواجب التطبيق و عدم تمكن القاضي من تحديد هذا القانون.<sup>1</sup>

### ثانيا: الاتفاق الضمني على القانون الواجب التطبيق على العقود الادارية الدولية

قد يأخذ اتفاق الأطراف صورة الاتفاق الضمني على اختيار القانون الواجب التطبيق، وهنا نجد صعوبة استخلاص إرادة الأطراف الضمنية، و لهذا الغرض يتم اللجوء إلى عدة عوامل:

- إتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى بنود عقد نموذجي وضع وفقا لقانون دولة ما.
- قد يحيل الأطراف حكم بعض المسائل فقط في العقد إلى قانون ما.
- من خلال طريقة إبرام العقد أو من خلال تصرفات الأطراف اللاحقة لإبرامه تستخلص إرادتهم الضمنية.

و البعض قال أنه لا يمكن إلزام الأطراف باختيار قانون العقد منذ وقت إبرامه و يحق لهم تعديل اتفاقهم في أي وقت ، و هو ما نص عليه القانون السويسري حين سمح عندما سمح للمتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق يعد إبرام العقد<sup>2</sup> و قد انقسم الفقه لقسمين بصدد الاجتياز الضمني:

**وفق الاتجاه المعارض لمسألة الاختيار الضمني:** أن البحث عن الإرادة الضمنية مجرد خيال، وأن إعطاء الحرية للمحكم مبحث عن إرادة الأطراف سيؤدي إلى إخلاله بتوقعات الأطراف المتعاقدة واستندوا في ذلك السببين:

**الأول:** ندرة إغفال الأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق في ظل العقود الحديثة.

**الثاني:** أنه لا يمكن القول بوجود إرادة ضمنية في اختيار القانون بسبب أن الأطراف قد تعمدوا عدم إثارة القانون الواجب التطبيق لكي لا يؤدي الإختلاف لعدم التعاقد، لأن تصدي المحكم

<sup>1</sup> - سناء يولقواس، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 352، 353.



للبحث عن إرادة الطرفين يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف كما أنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.

**ووفق الإتجاه المؤيد للإختيار الضمني:** لا بد من التسوية بين الإرادة الضمنية و الإرادة الصريحة في اختيار قانون العقد، شريطة أن يتأكد المحكم من وجود الإرادة الضمنية عن طريق قرائن لها أن تكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين<sup>1</sup>.

و قد طرح التساؤل حول مدى حرية الأطراف المتعاقدة في اختيارهم للقانون الحاكم للعقد؟

مما لا شك فيه أن الأطراف المتعاقدة تعمل على اختيار القانون الذي يكون له صلة بالعقد، لأن من مصلحتهم الإشارة إلى قانون يعرفونه و هذا بحكم جنسيتهم أو بحكم مكان الإبرام و إما باعتباره مكان التنفيذ و هو ما تتطلبه طبيعة التعاقد على المستوى الدولي فمثلا التشريع الفرنسي يقبل إنفاق الأطراف على تطبيق قانون حيادي " أجنبي " بالنسبة لهم أو قانون استلزمته صفاته التقنية فحسب، كالقانون الإنجليزي الخاص بالتجارة البحرية والسفن، وإن ما يفسر إختيار الأطراف في العقود الدولية للقانون الإنجليزي في حالات تكون أغلبها لا علاقة لها بهذا القانون وهو التطور المشهود به لإنجلترا بهذا الصدد<sup>2</sup>.

ومن ثم إن دور مبدأ سلطان الإرادة<sup>3</sup> لا يستهدف إلا تأكيد وضمان إحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين وهذا المبدأ لم يقف عند إعطاء الحرية للأطراف المتعاقدين في إختيار قانون ما ليكون هو القانون الواجب التطبيق وأعطاهم الحق في تغيير طبيعة القانون المختار من نصوص تشريعية تكتسب قوتها من صدورها عن مشرع وطني أو دولي معين، بحيث ذهب

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 354.

<sup>2</sup> - سناء يولتراس، المرجع السابق، ص 112

<sup>3</sup> - محمد بن عمر، المرجع السابق، ص ص 98، 99.

البعض بأن يجوز للمتعاقدين الإتفاق على تجزأة النظام القانوني الواجب التطبيق في ظل علاقتهم ليطبق منه بعض نصوصه مع إستبعاد البعض<sup>1</sup> ويرى جانب من الفقه أنه لايجوز ترك الحرية للأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لأنه من المنطقي أن يكون القانون هو المختص بحكم هذه العلاقة، فحسب رأيهم سيأتي ذلك إلى نوع من الغش و التحايل على القانون لأن أطراف العلاقة التعاقدية قد يقومون بإختيار قانون ليس هو القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع عند أعمال وتطبيق قواعد الإسناد في قوانين الدول<sup>2</sup> .

وبالرجوع لأحكام المادة 1050 من ق... م ...، نجد بأن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ سلطان الإرادة ونص صراحة على تطبيق قواعد القانون الذي اختاره<sup>3</sup> الأطراف وهنا وتري أن أحد أهم الآثار المترتبة على إستقلالية إنفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو إمكانية خضوع هذا الإتفاق القانون آخر غير الذي يخضع له القانون الأصلي بلومستقل عن كل القوانين الوطنية وقد أيد قضاء التحكيم هذا في العديد من الأحكام الصادرة عنه، واعتبرت صحة إتفاق التحكيم من النظام العام الدولي، وهو ما تم تأكيده في قرار Dalico الذي جاء فيه: " ماعدا القواعد الآمرة للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي إن وجود فعالية شرط التحكيم يتم تقديره حسب الإرادة المشتركة للأطراف دون ما حاجة إلى الرجوع لقانون وطني " ، وبالنسبة للقواعد الإجرائية أن عدم أهلية الدولة والهيئات العامة لإبرام إتفاقيات للتحكيم على المستوى

<sup>1</sup> - وقد عرف هذا المبدأ بأنه " السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لوحد أو أكثر من شخص بإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياه هذه السلطة ما كان لتلك المراكز من وجود "

. أشار إليه محمد بن عمر، المرجع السابق، ص 93

<sup>2</sup> - سناء بولتراس، المرجع نفسه، ص 112

<sup>3</sup> - نصت المادة 1050 من فيلم على : "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عمه بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة " .

الداخلي لم يعد يعتبر من النظام العام الدولي، وهي المسألة التي أثارت الجدل في الجزائر، أما بالنسبة للقواعد الإجرائية فيستوي فيها ما يحكم منها أصول المحاكمات عموماً<sup>1</sup> وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فيما يتعلق بالاجراءات الواجب اتباعها لإصدار الحكم التحكيمي نجد أنه نص صراحة على أن اتفاقية التحكيم يمكن أن تضبط مباشرة، أو استناداً لنظام تحكيمي، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، و في حالة عدم نص اتفاقية التحكيم على الإجراءات الواجبة الاتباع في الخصومة، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم، و هو ما يفيد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وكذا عن القوانين الوطنية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني : عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق

إن الأطراف ليست دائماً تفكر في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ولا توجد قرائن لمعرفة القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لتطبيقه، قد يرغب طرفي العقد في عدم ذكر القانون الواجب التطبيق لتفادي فشل العملية التعاقدية، وقد اختلفت الآراء الفقهية بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد، فذهب البعض إلى أن العقد بمثابة نظام قانوني مستقل، و ذهب البعض الآخر لضرورة تطبيق قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، و بينما ذهب البعض الآخر لإعطاء المحكم سلطة الاختيار المباشر في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد و سنتعرض لكل هذا على النحو التالي:

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص ص 113، 114.

<sup>2</sup> - المادة 1034 من القانون رقم 09 / 08 ، إذ نصت على مايلي: " تكون القرارات الفاصلة في الإستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ."

**الفرع الأول :خضوع العقود الإدارية الدولية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة**

باعتبار القانون الواجب التطبيق هو القانون المختار بارادة الأطراف المتعاقدة، من خلال تضمين هذه العقود شروطا تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، أو إصدار تشريعات قد تؤدي إلى تغيير في مضمون العقد دون الاتفاق مع المتعاقد الأجنبي معها<sup>1</sup>. وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه، فهناك من استند لوجود قرينة قانونية لصالح إعمال قواعد هذا القانون تستفاد من مجرد وجود الدولة كطرف في العقد، و هناك من استند لكونها عقودا إدارية، و هناك من استند لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، و هناك من استند لنصوص المعاهدات الدولية لإعمال قانون الدول المتعاقدة، و ستقوم ببيان أسانيد كل اتجاه على النحو التالي:

**أولاً: استنادا لكل من القرينة المفترضة و الاعتبار السياسية و القانونية**

سنتعرض للأسانيد التي استند إليها كل من أنصار القرينة المفترضة لصالح الدولة المتعاقدة، وأنصار الاعتبار السياسية و القانونية على النحو الآتي

**1. استنادا لوجود قرينة مفترضة لصالح الدولة المتعاقدة**

أخذ جانب من الفقه بضرورة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة<sup>2</sup>. في العقود الإدارية الدولية إذا كان العقد خاليا من الإشارة للقانون الواجب التطبيق على العقد، و استند أنصار هذا الاتجاه إلى ما ذهب إليه محكمة التحكيم في قضية Aramco إلى أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز البترولي، إذ أنه من المفترض أن العقود المبرمة من قبل الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها الوطني حتى<sup>3</sup>. يتم

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 115

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 365.

<sup>3</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 418

إثبات العكس، و أخذت أحكام المادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى بهذا الاتجاه<sup>1</sup>.

و قد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد و فق ما يلي:

انتقد هذا المعيار لأنه يتسم بعدم الواقعية، لأنه يجب أن يكون إعمال هذا الأخير متماشيا مع فكرة سيادة الدولة حتى لا تجبر على التصرف بشكل مخالف للقانون، حيث هذا القانون لا يجب أن يقلل من الطابع السياسي للدولة، و من الأفضل أن تحدد الدولة إذا كانت قد تعاقدت كشخص من أشخاص القانون العام أولا فهذه المسائل لا يتم الفصل فيها في تاريخ لاحق من خلال القضاء<sup>2</sup>.

## 2. استنادا لاعتبارات سياسية و قانونية

استند أنصار هذا الاتجاه بالقول أن العقد يخضع لقانون الدولة المتعاقدة، و الأسباب التي استند إليها هي ذات طابع سياسي تم صبغها بطابع قانوني كفكرة الاحتكار المطلق في المجال القانوني، و رفض معاملة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة، و قد برز هذا الاتجاه في دول أمريكا اللاتينية، و في المقابل برز إتجاه ثاني مثله الدول المنتجة للبتروول يمتزج فيه اعتبارات قانونية و سياسية و يستند لمجموعة من المواثيق الدولية و هذا ما سترززه على النحو التالي:

### أ) خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة تأسيسا على اعتبارات يغلب عليها الطابع السياسي

إن مصدر هذه النظريات دول أمريكا اللاتينية و التي رفضت خضوع المتعاقدين الأجانب معها للقانون الدولي، و هذا الرفض يرجع إلى<sup>3</sup> إرادة هذه الدول الحد من استغلال هذه الشركات تحت مظلة الحماية الدبلوماسية، و استندوا لمبدأ المساواة في المعاملة بين الوطنيين و الأجانب، و يترتب عليه خضوع الأجانب للقانون الوطني للدولة مع عدم تمتعهم بالحقوق دون

<sup>1</sup> - نصت المادة 42 على ما يلي: "تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، و في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ... الخ".

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 427، 433.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص ص 436، 439.

تحمل الالتزامات، و لقد تلتق نجاحا على الصعيد القانوني بتبنيها نصوص دستورية لا تقصر إسناد العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية للقانون الوطني، و حظر على الدول الأعضاء منح المستثمر الأجنبي معاملة أفضل من التي يتمتع بها الوطنيون ونص على عدم إدراج أي شرط من أجل قبول خضوع حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار بالطريق الدولي ومن كل ما سبق إن دول أمريكا اللاتينية و ما يتعلق بعلاقتها مع الأجانب قامت بإعمال شرط كالفو والذي بموجبه يتنازل الشخص الأجنبي عن كل طرق الادعاء الدولية كانت عامة أو خاصة.<sup>4</sup>

#### ب) خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة تأسيسا على المواثيق الدولية

ظهر أنصار هذا الاتجاه مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، ثم صدر قرار اخر يحمل رقم 3281 و نص على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة وهو ما نصت عليه أحكام المادة الثانية منه و التي جاء فيها ما يلي: " كل دولة لها الحق في أن تؤم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها و لكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طبقا للقوانين و اللوائح النافذة فيها، و في جميع الأحوال التي تثار فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن هذه المنازعة يفصل فيها وفقا للقانون الداخلي للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم و بواسطة محاكم هذه الدولة إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول و طبقا لمبدأ حرية اختيار الوسائل<sup>1</sup>.

غير أن هذا الاتجاه انتقاد و فق مايلي:

- ذهب جنب من الفقه إلى أن القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة مجرد توصيات لأنها لا تتمتع بأي قوة ملزمة بالنسبة للدول و غير مقترنة بأي جزاء، غير أن هذا الرأي انتقد من قبل المنظمات الدولية و الدول الصناعية المتقدمة تقول بأن القرارات

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 368، 369

الصادرة من الأمم المتحدة تستطيع اكتساب صفة العرف الدولية متى توافرت شروط تكوين الاخير<sup>1</sup>.

• وانتقد البعض الأجر أنصار الرأي السابق لكون القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة تتضمن التزامات لها طابع قانوني، فالتغيرات السياسية و الاقتصادية التي لحقت بالجماعات الدولية بلغت درجة أصبح معها من الضروري الأخذ بهذه القرارات، لأنه لا يمكن إنكار دور القواعد الناجمة عن الرضا الذي تحقق من القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي كرست مبادئ قانونية عامة و التي تشكل نوع جديد من الالتزامات<sup>2</sup>.

### ثانيا: استنادا على تكييفها كعقود إدارية

استند أنصار هذا الاتجاه للحلول التي استخلصها القضاء الفرنسي بصدد العقود الادارية إلى العقود المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي، لتوافرها نفس خصائص العقد الإداري، فالإعمال بنظرية العقد الاداري على هذه العقود يجعلها تخضع لذات النظام القانوني الذي يخضع له العقد الاداري، و من أبرز أحكام التحكيم التي تناولت هذه الفكرة قضية Aramco و سنقوم ببيان ذلك على النحو التالي:

### قضية Aramco

تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام المملكة العربية السعودية عام 1933 مع شركة Standard Oil Of California اتفاقا باستغلال البترول يخولها امتيازاً مدته 60 سنة في المنطقة الشرقية من المملكة، وتم إنشاء California Arabian Oil Company بموجب المادة 32 من العقد، و التي تنازلت لها الشركة الموقعة عن كافة الحقوق و الالتزامات الناجمة

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 446

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 369.

عن عقد الامتياز، و قد غيرت هذه الشركة تسميتها إلى Aramco عام 1944، و تجد الإشارة إلى أن العقد تم تعديله أكثر من مرة بإرادة الطرفين.

وفي 1954 قامت الحكومة السعودية بإبرام عقد مع المليونير أوناسيس لمنحه حق تأسيس شركة خاصة Satco تقوم بنقل بترول المملكة و منتجاته من موانئ السعودية في الخليج العربي لأي من موانئها على البحر الأحمر، و تضمن العقد المبرم نصا يقضي بحق أفضلية هذه الأخيرة في شحن البترول ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية، و هذا طالبت شركة Aramco الحكومة السعودية باحترام التزاماته لأن ما قامت به يتعارض مع ما جاء في عقد الامتياز و الذي يخول لها الحق في اختيار وسائل النقل الضرورية بما في ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية، ولحل هذا النزاع تم عرض النزاع على التحكيم باقتراح من الحكومة السعودية، و قد تم إبرام اتفاق التحكيم في 1955 و الذي نصت المادة الرابعة منه على تولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع طبقا للقانون الساري في المملكة العربية السعودية، فيما يتعلق بالمسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، و طبقا للقانون الذي تري محكمة التحكيم تطبيقه بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في إطار اختصاص المملكة العربية السعودية.

ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة القانونية محل المنازعة، و هذا لجأت محكمة التحكيم للقانون السعودي من أجل تحديد الطبيعة القانونية الامتياز البترول الممنوح من الحكومة السعودية، و أعمال هذا الأخير وفقا لأحكام المادة الرابعة من اتفاق التحكيم تطبيق أحكام القانون الاسلامي وفقا لتفسير مدرسة الإمام أحمد بن حنبل، و انتهت محكمة التحكيم بعد نظر النزاع إلى أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الاداري كما هو سائد في القانون الفرنسي، و أن فقه الإمام بن حنبل لا يتضمن أي قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن، كما استخلصت المحكمة أن امتياز Aramco يعد عقدا غير مسمى، على أساس أن القانون السعودي الواجب التطبيق على عملية التكيف و الواجب التطبيق على العقد لا يعرف ما



يسمى بالعقود الادارية ،ومن ثم رفضت ما ذهب إليه الحكومة السعودية على أساس أن الفقيه بن تيمية لا يفرق بين المعاهدات المبرمة بين الدول و عقود القانون العام و العقود المدنية و التجارية، و كلها تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين<sup>1</sup>.

### ثالثا: خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة استنادا لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص

استند أنصار هذا الاتجاه إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في نظام قانوني معين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الادارية الدولية ، غير أنهم اختلفوا في تحديد هوية هذا النظام وفق مايلي:

أ- منهم من قال أنه يجب أن يرجع المحكم إلى نظام تنازع القوانين في قانونه الوطني أو في قانون موطنه لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق المتعاقدين بشأن هذا القانون، على أساس معرفة المحكم به أكثر من غيره، وهناك من يفضل الأخذ بالقانون الوطني للخصوم، و أنصار هذا الاتجاه ينادون في حالة اختلاف المتعاقدين في الجنسية بالرجوع لنظم تنازع القوانين في القانون الوطني المشترك بينهما أو قانون موطنهما المشترك، على أساس أنها أكثر ارتباطا من غيرها بشخص المتعاقدين وبالنزاع المعروض على التحكيم<sup>2</sup>.

ب - منهم من قال بتطبيق نظام تنازع القوانين في قانون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. ج . منهم من يرى نظام تنازع القوانين في قانون بلد تنفيذ حكم المحكمين انطلاقا من ضرورة وجوب اهتمام المحكم الدولي بتوافر قدر ممكن من الفعالية لقراره على الصعيد الدولي. د. و منهم من قال أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المتفق عليه من قبل الأطراف تأسيسا للطبيعة التعاقدية للتحكيم.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق،

المرجع السابق، ص ص 48، 52.

<sup>2</sup> - سناء بولقراء المرجع السابق، ص 124.

**الفرع الثاني : خضوع العقود الادارية الدولية للقانون الدولي العام**

يبري أنصار هذا الاتجاه أن القانون الدولي العام غني بقواعد كفيلة بالتصدي لكافة المنازعات القانونية التي تثيرها العقود الادارية الدولية، فالقانون الدولي العام كفيل بحل النزاع فإعماله يضمن الحماية الفعالة للطرف المتعاقد الخاص، و يترتب له حقوق في مواجهة الدولة المتعاقدة<sup>1</sup>.

واختلف أنصار هذا الاتجاه على ما استندوا عليه، فهناك من استند للمسؤولية الدولية للدولة عند إخلالها بالالتزامات العقدية، و استند البعض الآخر للإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف بأخضاعها لأحكام هذا القانون، و في حين استند البعض الآخر لمسألة تمركزها في النظام الدولي، و هناك من استند للمعاهدات الدولية.

انقسم أنصار هذا الاتجاه إلى ثلاث اتجاهات و سنرى ذلك فيما يلي:

**1- كل مساس من الدولة بالعقد يعد مخالفا للقانون الدولي**

برز هذا الاتجاه في الخمسينيات و الستينيات، ووقفه يفرض القانون الدولي الاحترام المطلق للعقود، و من ثم تتعدد المسؤولية الدولية للدولة عند تنفيذ أي التزام مصدره عقد يشكل في حد ذاته إخلالا بالتزام دولي، لأن هذا الوضع يضر بمصالح الدول التي هي بحاجة للاستثمارات الأجنبية ، لهذا فالعقود شأنها شأن<sup>2</sup> المعاهدات الدولية، و لعل المادة الخامسة من المشروع المجمع القانون الدولي أكثر تعبيراً عن هذا الاتجاه. وقد وجه لهذا الاتجاه العديد من الانتقادات يمكن جمعها فيما يلي:

✓ أنصار هذا الاتجاه نادي بالحصانة المطلقة و هي لا تتماشى مع القانون الدولي الوضعي، و أن القضاء الدولي لم يتين هذا الاتجاه.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 559.

<sup>2</sup> - تنص المادة الخامسة على أنه يجب أن يحترم التأميم بوصفه تصرف بالإرادة المنفردة نابع عن السيادة، الالتزامات القائمة على التعهدات الصحيحة الصادرة عن الدولة سواء كان مصدرها المعاهدة أو العقد.

✓ إن جميع المنازعات التي جاء بها أنصار هذا الاتجاه لتأييد وجهة نظره المتعلقة بعدم المساواة علم تقرر فيها المحاكم الدولية<sup>1</sup>.

✓ بالغوا أنصار هذا الاتجاه في قدسية العقد، وأنه في حالة وقوع إعتداء على الحقوق المكتسبة للأجانب فإنه يلزم تعويض الطرف المتضرر، و يتعين أن لا تكون محلا لأي إجراءات تعسفية.

✓ هذا الاتجاه يشبه العقود بالمعاهدات الدولية، و هما يختلفان من حيث كون العقد لا يخضع

للقانون الدولي، و أيضا لا يشكل معاهدة دولة

## 2.2. مساس الدولة بالعقد لا يعد سببا لانعقاد مسؤوليتها

يرى هذا الاتجاه أن عدم التزام الدولة بتنفيذ العقد ليست سببا لقيام المسؤولية الدولية، و سلم أبرز أنصار هذا الاتجاه بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني إلا أن هناك مبررات اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، ففي الغالب الدولة ترفض الخضوع لقانون أجنبي كما أن الأشخاص الخاصة المتعاقدة معها ترفض الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة<sup>2</sup>.

ووفق هذا الاتجاه لا تتحقق المسؤولية الدولية للدولة بسبب عدم تنفيذ العقد إلا إذا توفر عمل دولي غير مشروع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 568

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 361

<sup>3</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 571

### 3. مساس الدولة بالعقد يعد مخالفة للقانون الدولي متى ارتبط ذلك بمضمون قواعد القانون الدولي

المنظمة للعقود يرى الأستاذ Prosper Weil أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه، أن الاتجاه الأول ليس بالصحيح على أساس ان تضمن قواعد تتعلق باحترام العقود و من ثم عدم تنفيذها يؤدي لتحريك المسؤولية الدولية، مسألة مختلفة

عن القول بان القانون الدولي لا يتيح مطلقا اتخاذ أي إجراءات تؤدي للمساس بالعقد، إذ يتعين عدم الخلط بين مبدأ احترام العقد و مبدأ عدم المساس به، فإذا كان القانون الدولي يحرم بعض التصرفات الماسة بالعقد في ظروف معينة، فإنه يتيح للدولة القيام بتصرفات أخرى في ظروف أخرى، كما انتقد الاتجاه الثاني على أساس أن فكرة العمل غير المشروع و الذي يؤدي وجوده لتحقيق المسؤولية الدولية يعد منهاجا غير واقعي يؤدي غلى نتائج غير مقبولة وتحليل غير حقيقي، و بالنهاية إن القانون الدولي يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود المبرمة بين الدولة و الاطراف الأجنبية رغم أن هذه العقود تخضع للقانون الداخلي ، فلا تتمتع الدولة بأي سلطة تقديرية في مواجهة القانون الدولي، يمكن أن تحرك المسؤولية الدولية للدولة إذا لم تحترم التزاماتها التعاقدية، غير أن هذا لا يفهم من ذلك أن عدم تنفيذ أي عقد من قبل الدولة يشكل مخالفة في مفهوم القانون الدولي، و كذلك قواعد القانون الدولي التي تتعلق بالعقود ليست هي نفس القواعد التي تنظم مباحث أخرى تقليدية في هذا القانون و لا سيما المعاهدات الدولية.<sup>1</sup>

أما الاتجاه القائل بإخضاع العقود الادارية الدولية للقانون الدولي قد تعرض للنقد و سنرى ذلك على مايلي:

- عدم تمتع الطرف المتعاقد مع الدولة بصفة الشخص في القانون الدولي العام، و من المنفق عليه أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاص، فالعقود التي تبرمها الدولة مع طرف خاص في العقد لا تعد اتفاقا دوليا.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 2

- انتقد هذا الاتجاه لأنه قام بتشبيه العقد بالمعاهدات الدولية، لأن العقد لا يشكل معاهدة دولية بين الدولة المتعاقدة و الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث خضوع العقود الادارية الدولية للمبادئ العامة للقانون

عرفت المبادئ العامة للقانون على أنه: "مجموعة القواعد و الأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة التشريع و العرف ، في حين أنها في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية و عدم التعسف، و بعضها يستخلص من النظام القانوني الدولي مثل مبادئ المساواة و حق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية<sup>2</sup>.

بالرجوع لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الادارية نرى بأنه نص صراحة على أنه في حالة غياب إرادة الأطراف يقوم المحكم بالفصل بحسب قواعد القانون و الأعراف التي يراها ملائمة،<sup>3</sup> استخلص الأستاذ Philippe Kahn في مدلول فكرة المبادئ العامة للقانون ثلاث مدلولات لها من أحكام التحكيم: ذهب البعض منها للقول بأن ذكر المبادئ العامة في العقد بواسطة أطرافه يعد مؤشرا لانصراف ارادتهم لاستبعاد علاقتهم التعاقدية عن نطاق القانون الوطني، في حين أن مجموعة من الأحكام التحكيمية تنظر للمبادئ العامة للقانون على أنها تمثل نظاما عاما عابرا للدول و لا يمكن المساس به من قبل الأطراف، و مجموعة أخرى من الأحكام التحكيمية تنظر للمبادئ العامة للقانون على أنها تتضمن العوامل الخالقة لنظام جديد عابر للدول، إلا أن هذه المبادئ العامة يمكنها أن تترك المجال لمجرد أعمال القواعد الوطنية الخالصة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 363، 365.

<sup>2</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق ، ص 372.

<sup>3</sup> - المادة 1050 من القانون 08-09

<sup>4</sup> - در حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 372.

وأيد قضاء التحكيم إخضاع العقود الادارية الدولية للمبادئ العامة للقانون في العديد من القضايا منها قضية حكومة قطر ضد شركة International Marine Oil Company والتي انتهت فيها المحكم لتطبيق ما أسماه بمبادئ العدالة و الإنصاف<sup>1</sup>.

و قد تعرض هذا الاتجاه الانتقادات منها:

- المبادئ العامة للقانون لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا و قائما بذاته يتميز عن الأنظمة القانونية الداخلية و الدولية، فهي أحد مصادر القانون الوطني و الدولي.
- تؤدي المبادئ العامة للقانون لعدم إخضاع العقد لأي قانون و هو ما يؤدي للخضوع للسلطة التقديرية الكاملة للمحكمن، و هذ ما يفسح المجال أمامهم للتعسف و إرضاء للمصالح الرأسمالية.
- لا تعدو المبادئ العامة لقانون كونها سوى مبادئ قائمة في بعض قوانين الدول الغربية.
- الأحكام التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه تعرضت للانتقاد لأن المحكم كانت له نية في تنحية القانون الاسلامي و تطبيق القانون الانجليزي على أساس أنه يمثل المبادئ العامة للأمم المتمدنة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 373، 374.

<sup>2</sup> - السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 783.

**المبحث الثاني: حكم التحكيم وفعالته الدولية**

بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وسير هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية، تصل إجراءات التحكيم في النهاية للغاية المرجوة والتي تكون الأطراف المتنازعة بانتظارها وهي صدور الحكم التحكيمي خلال الفترة المحددة ومستوفيا لكافة الشروط القانونية المتطلبية لصدوره، ولا يبقى هذا الأخير في منأى عن رقابة قضاء الدولة في النظر للطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها قضاء التحكيم والمستند في أساسه لإرادة الأطراف يضي على طرق الطعن في الحكم التحكيمي ذاتية خاصة.

ولما كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أحد أهم المبادئ الأساسية المستقر عليها في القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية، لأن مسألة العلاقة بين انتقال الحكيم والعقد الأصلي تثار في حالتين أولهما بمناسبة التمسك ببطلان العقد الأصلي أو انقضائه لأحد أسباب الإنقضاء، وثانيهما هي الحالة | العكسية حيث يكون العقد صحيحا في حين أن هناك عارض قانوني أصاب اتفاق التحكيم، وسنقوم ببيان هذا المبدأ والآثار المترتبة عليه مادام هذا الأخير وثيق الصلة ببطلان حكم التحكيم<sup>1</sup>.

**المطلب الأول: صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه**

بعد اكتمال التحقيقات وإقفال باب المرافعات يصل المحكمون إلى المرحلة الأخيرة من مراحل الإجراءات التحكيمية وهي مرحلة إعداد الحكم التحكيمي تمهيدا لإصداره محققين بذلك الغاية من العملية التحكيمية وهي الفصل في موضوع النزاع، فالهدف الرئيسي للحكم هو جعل هذا الأخير نهائيا وملزما بشأن القضية موضوع النزاع، ومتى كانت محكمة التحكيم مشكلة من محكم فرد كان أمر إصدار الحكم التحكيمي هينا حيث لا يتداول ولا يناقش مع نفسه، في حين لو كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم فإن الأمر سيكون أكثر تعقيدا، لأن هذ التشكيلة المتعددة تحتم اللجوء إلى المناقشات والمداولات بينهم، وصولا إلى إصدار حكم

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 150.

تحكمي بإجماع أو أغلبية الآراء، وتكون هذه المداولات سرية، كما أوجب المشرع الجزائري تضمينها عرضا موجزا لإدعاءات الاطراف وأوجه دفاعهم، وتكون هذه الأحكام مسببة<sup>1</sup>.

وعليه كيف يتم صدور الحكم التحكيمي؟ ، وما هي المراحل التي يمر عليها هذا الأخير؟ وهل تخضع احكام التحكيم لنفس طرق المراجعة التي تخضع لها الأحكام القضائية؟ وهو ما سيتم دراسته في هذا المطب من خلال دراسة كيفية صدور حكم التحكيم (الفرع الأول)، ثم الطعن في أحكام التحكيم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: صدور حكم التحكيم

حكم التحكيم شأنه شأن الحكم القضائي، يحسم النزاع بين الخصوم بمجرد الفصل فيه بشكل قانوني، فهو ثمرة انفاق الخصوم على اللجوء للتحكيم وسلوك إجراءاته، وحتى يكون حكم التحكيم صحيحا منتجا لآثاره لا بد أن تتوافر فيه جملة من الشروط، منها ما هو متعلق بميعاد إصداره (أولا)، ومنها ما هو متعلق بالشكل الذي تأخذه أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية (ثانيا)، وأخيرا ما هو متعلق بتسليمه (ثالثا).

### أولا: ميعاد إصدار حكم التحكيم

أطراف النزاع لهم الصلاحيات الكاملة لتحديد ميعاد الحكم التحكيمي، فكيف يتم ذلك؟، هل يجوز تحديد ميعاد الحكم التحكيمي مباشرة في إتفاق التحكيم؟، هل يمكن لأطراف التحكيم الإعتماد على تعيين قانون إجراءات معينة لتحديد ميعاد الحكم التحكيمي؟ أو تحديد ميعاد الحكم التحكيمي عن طريق الإشارة لنظام لائحة مركز تحكيم دائم معين؟، وأخيرا هل يجوز للأطراف أن يفوضوا هيئة التحكيم لتحديد ميعاد الحكم التحكيمي<sup>2</sup>.

هذه التساؤلات متعلقة بتحديد ميعاد الحكم التحكيمي وتأتي معالجة هذا الموضوع كما يلي:

### أ. تحديد ميعاد الحكم التحكيمي مباشرة في اتفاق التحكيم

<sup>1</sup> - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 2006، ص ص 2 -

<sup>2</sup> - أبو العلا على أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، الطبعة الأولى، المجلة الكبرى، مصر، 2002، ص 15.



يحق للأطراف مباشرة في اتفاق التحكيم تحديد ميعاد التحكيم عن طريق تخصيص لكل مرحلة من التحكيم لها مدة معينة، كأن تعطي لهيئة التحكيم 15 يوما لإجتماعها وقبولها التحكيم مثلا و وثلاثة أشهر تكون الدعوى جاهزة لفصل و 15 يوما للمداولة تبدأ من قفل باب المرافعة... إلخ.

فالأطراف سادة الخصومة، يملكون تشكيل هيئة التحكيم وتحديد القانون الإجرائي الذي يشير عليه والقانون الموضوعي الواجب التطبيق، ومكان التحكيم، ولغته، وسريته أو علانيته ويحددون لهيئة التحكيم ميعادا لايجوز تجاوزه، لأن مصالحه المالية والتجارية لا تحتل الأمد الطويل المشرع الجزائري نص على المبدأ المتعلق بحق الأطراف في تحديد الميعاد من خلال المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها:

" يكون إتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد اجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر<sup>1</sup>.

والملاحظ من خلال هذه المادة أن هناك إحياء بأن المشرع الجزائري أراد أن يعطي زمنا أطول لهيئة التحكيم، لكن ترجمة هذا الإحياء في مدة أربعة أشهر يظهر وأنه غير كاف، ولتعرف أكثر نعرض على بعض القوانين الوطنية الأجنبية، كالقانون الفرنسي مثلا، بقصه في المادة 1456 من ق. ج.م. على مايلي: " يتعين على المحكمين في حالة عدم إنفاق الأطراف على تحديد ميعاد معين، أن ينهوا عملهم خلال ستة أشهر ... إذن من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الفرنسي أعطى مدة أكبر من التي جاء بها المشرع الجزائري وهي ستة أشهر وهي مدة معتبرة ومقبولة.

إذا كان المشرع الجزائري حددها في أربعة أشهر والمشرع الفرنسي في ستة اشهر فالمشرع المصري حددها في المادة 1/45 من قانون التحكيم رقم 94/27

<sup>1</sup> - بشير سليم، المرجع السابق، ص 90

/ 27 إذ نصت على مايلي: " على أن تلتزم هيئة التحكيم بإصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال التي عشر شهرا ". وعليه فالمشعر المصري بالغ في المدة برفعها إلى اثني عشر شهرا. من خلال المقارنة البسيطة، حبذا لو أن المشعر الجزائري حدد المدة في ستة أشهر لأنها مدة معقولة وكافية لفك الخصومة، والمهم أن الأطراف لهم كامل الحرية في تحديد ميعاد الحكم التحكيمي في اتفاق التحكيم.

أما إذا سكت الأطراف ولم يحددوا الميعاد في القاق التحكيم مباشرة، فإنه بإمكانهم اختيار الطريق الغير مباشر كالإتفاق على تطبيق قانون إجراءات معينة<sup>1</sup>.

#### ب. تحديد ميعاد التحكيم عن طريق تعيين قانون إجراءات معينة

نضرا للصعوبات التي تكتنف تحديد مدة التحكيم فإن الأطراف، غالبا ما يلجأون إلى تعيين قانون إجراءات دولة ما الذي لا يخلو من تحديد هذه المدة، قد يختار الأطراف قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فمن السهل على هيئة التحكيم اللجوء إلى هذا القانون وبالضبط المادة 1456<sup>2</sup> التي تحدد ميعاد الحكم التحكيمي بستة أشهر مثلا، وقد يختار الأطراف، قانون التحكيم المصري 94/27 ومباشرة يتوجه محكم التحكيم إلى المادة 1 / 45 التي تحدد ميعاد التحكيم ب 12 شهرا<sup>3</sup>.

وقد يختار الخصوم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد وفي هذه الحالة تطبق المادة 1018 والتي حددت المدة بأربعة أشهر.

وهذا رغم أن الأطراف سكتوا عن المدة ولكن عوض و ذلك بالإشارة إلى وجوب تطبيق قانون إجراءات معينة وهي طريقة ناجعة للغاية وعملية بالنسبة لهيئة التحكيم

<sup>1</sup> - بشير سليم، المرجع السابق، ص 92

<sup>2</sup> - Philippe FOLCHARD, Emmanuel GAILARD, Berthold GOLDMAN, Traite de L'arbitrage commercial international Edition Lites, France, 1996,P :767.

<sup>3</sup> - شير سليم، المرجع السابق، ص 92

ويعتمد الأطراف في تعيين قانون إجراءات معين على نص المادة 1043 من ق...م...م... التي أكدت على أنه يحق لأطراف الدعوى إما أن يحددوا إجراءات التحكيم مباشرة في اتفاق التحكيم إما الإستعانة بنظام تحكيم معين أو الإستناد إلى قانون إجراءات معينة<sup>1</sup>. والسؤال المطروح هنا، هل يوجد طريقة أخرى بديلة في حالة إذا لم يعين الأطراف قانون إجراءات معينة؟

### ت. تحديد ميعاد الحكم التحكيمي عن طريق لائحة مركز تحكيم دائم

يمكن للأطراف تحديد ميعاد الحكم التحكيمي وذلك باللجوء إلى اللائحة التنظيمية لأحد مراكز التحكيم الدائمة، لكن شرط أن تلتزم هيئة التحكيم بما ورد بهذه اللائحة وكأنها قانونا. وعلى فرض اختيار الأطراف في اتفاق التحكيم<sup>2</sup>. لائحة تنظيم التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية الدولية C . G . ، والتي حددت ميعاد التحكيم بستة أشهر في المادة 24 منها<sup>3</sup>. وفي حالة اختيار نظام التحكيم التابع لمركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم فإن المادة 27 منه هي الأخرى تحدد الميعاد بستة أشهر<sup>4</sup>. وأيضا بالنسبة لنظام الوساطة والمصالحة والتحكيم لمركز تونس للمصالحة والتحكيم والذي نصت في مادته 15 على : " يجب أن يصدر حكم التحكيم في أجل ستة أشهر .... والأساس القانوني المعتمد عليه التعيين نظام لائحي لمركز تحكيم دائم هو نفس المادة 1043 من ق...م...م... التي نصت على : "...وإما الإستناد على نظام تحكيم معين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 1043 ق.م. الجزائري " يمكن أن تضيق في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحرره الأطراف في إتفاقية التحكيم".

<sup>2</sup> - نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية الساري المفعول ابتداء من 01 جانفي 1998

<sup>3</sup> - المادة 24 من نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية :

<sup>4</sup> - " Le tribunal arbitral rend sa sentence finale dans un delai de six mois ... "

<sup>5</sup> - المادة 27 من نظام التحكيم، نظام التوفيق والوساطة، النظام الأساسي لمركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم، رقم الدولي و-08-51169-677، إذ نصت على " تصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستة أشهر نظام الوساطة والمصالحة والتحكيم المركز تونس للمصالحة والتحكيم CCAT. بشير سليم، المرجع السابق، ص 94

ث. تحديد ميعاد التحكيم عن طريق تفويض هيئة التحكيم قد يرى الأطراف من الأحسن لهم عدم الدخول في متاهات الإجراءات واللوائح التنظيمية، ويفوضون مباشرة الهيئة لتحديد ميعاد التحكيم، وهي طريقة ناجعة بالنسبة للأطراف الذين غالبا ما يجهلون الخبرة القانونية، ويتركون الأمر لهيئة التحكيم لتتصرف كما تشاء في جميع المواعيد ابتداء من أول إجراء إلى غاية صدور الحكم نهائيا، على أن تكون هذه المدة معقولة ومتناسبة وظروف الدعوى وملاساتها<sup>1</sup>.

### ثانيا: شكل حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية

يصدر حكم التحكيم غالبا في شكل مكتوب، وقد نصت المادة الثانية من لائحة اليونسترال لسنة 1976 على وجوبية أن يتم إصدار حكم التحكيم كتابة ، كما أن الثقافة البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى نصت في المادة 48 على وجوبية أن يكون حكم التحكيم مكتوبا كما ألزم أعضاء المحكمة الذين صوتوا لمصالحه ، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري لا نجد نصا صريحا على وجوبية صدور حكم التحكيم كتابة، لكن يستشف من مجموعة شروط أن الحكم لا بد أن يكون مكتوبا حيث:

✓ نص المشرع على وجوب تضمين أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، كما أوجب أن تكون هذه الأخيرة مسببة.

✓ تضمين حكم التحكيم جملة من البيانات الإلزامية.

✓ توقيع أحكام التحكيم من قبيل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك

✓ إيداع أصل الحكم في تنفيذ أحكام التحكيم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> - المواد 1035 / 1029 / 1028 / 1027 من القانون رقم 09/08 إذ نصت المادة 1027 على " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم. يجب أن تكون أحكام التحكيم منسبية". أما المادة 1028 نصت على : " يتضمن حكم التحكيم البيانات الاتية

تقف القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم بالمرصاد لأحكام التحكيم الشفوية عند طلب تنفيذها أمام المحاكم الوطنية، حيث تتطلب تقديم أصل الحكم التحكيمي والذي يكون مكتوباً، فقد نصت المادة الرابعة من اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بنيويورك لسنة 1958 على أنه يتعين على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما أن يقدم مع الطلب: أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة الرسمية السند... إلخ<sup>1</sup>.

### ثالثاً: تسليم حكم التحكيم

يعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف، ولا يعد حكم التحكيم حكماً بالمعنى الفني الدقيق إلا من التاريخ الذي يخرج فيه الحكم عن ولاية الهيئة التحكيمية، وقبل هذا التاريخ يعد بمثابة مشروع حكم تتدخل فيه هيئة التحكيم بالحذف أو التعديل أو الإضافة، وقد اختلفت التشريعات في مسألة إيداع حكم التحكيم، فقانونيين الفرنسي والإنجليزي يلاحظ أنه 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، مما

✓ إسم ولقب المحكم أو المحكمين،

✓ تاريخ صدور الحكم،

✓ مكان إصداره

✓ سماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنية ومقرها الإجتماعية

. أسماء و القاب المحامين أو مثل أو ساعد الأطراف، عند الإقتضاء أما المادة 1029 نصت على: " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، إلخ" أما المادة 1035 نصت على: " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ظبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل..... إلخ"

<sup>1</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، ص.139

يعني أن إيداع حكم التحكيم في كتابة ضبط إحدى المحاكم القضائية أمر اختياري في القانونين الفرنسي والإنجليزي<sup>1</sup>.

أما بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه سكت نهائياً عن عملية تسليم الحكم التحكيمي، ولم يذكر ما إذا كان للأطراف حق استلام نسخة من الحكم التحكيمي أو إلزام المحكمين بالقيام بعملية التسليم، واكتفى في المادة 1033 من ق. م. ، بجوازية رفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في اختصاصه حكم التحكيم<sup>2</sup>.

ولاندري لماذا سكت المشرع الجزائري عن عملية تسليم الحكم التحكيمي، رغم أهميتها البالغة في حلقات حكيم، وهي الإجراء الأخير الذي ينهي به المحكم عمله ويخرج الحكم من اختصاص محكمة التحكيم وبحوز حجية الشيء المقضي فيه<sup>3</sup>.

ولذا كان على المشرع الجزائري النص على نظام التسليم وتعيين الملزم بذلك وتحديد المدة الضرورية حتى لا تترك الحال هكذا، مما يؤثر على عملية التحكيم برمتها وخاصة الهدف الأساسي من ذلك ألا وهو السرعة<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: الطعن في أحكام التحكيم

قد يصدر الحكم وهو مشوب بالخطأ، وقد يتعلق الخطأ بالإجراءات التي أسس عليها الحكم أو بالحكم ذاته إذ يقع الخطأ في تطبيق القانون على ما قدم من وقائع ويتعلق الخطأ في تقدير الوقائع واستخلاص النتائج منها.

<sup>1</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، ، ص 138

<sup>2</sup> - القانون رقم 09 / 08 المؤرخ في 25 أبريل 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية - سليم بشير، المرجع السابق، ص 171.

<sup>3</sup> - يشير سليم، المرجع السابق، ص ص 171-172

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 285

إذ من الممكن جدا أن ترتكب أخطاء من المحكم لأنه هو الآخر بشر كالقاضي فيلحق الطرف صاحب الحق الأذى فيحرم منه، مما يمس مباشرة بمبدئي العدالة والمساواة أمام القانون بالنسبة للقاضي، ولهذا فتح المشرع نافذة وسمح بالطعن في أحكام التحكيم، وهي على منوال طرق الطعن في الأحكام القضائية، يلجأ من خلالها الأطراف إلى القضاء لتصحيح الأخطاء الواردة في حكم التحكيم.

وعليه سنقوم بدراسة موقف النصوص القانونية من الطعن في أحكام التحكيم (أولاً)، ثم سنتعرض لطرق الطعن في أحكام التحكيم (ثانياً).

أولاً: موقف النصوص القانونية من الطعن في أحكام التحكيم اختلفت الأنظمة التشريعية بشأن طرق الطعن في أحكام التحكيم، منها من اختار طريقاً مبسطاً واكتفي بطعن وحيد يتمثل في دعوى البطلان، ومنها من سمح بالطعن في حكم التحكيم، وعليه سنتطرق لموقف بعض التشريعات على النحو التالي:

### 1. الطعن في حكم التحكيم الدولي في القانون الفرنسي

نص المشرع الفرنسي في المادة 1502 من ق. م. ف. ج على الأوامر الموافقة على الإقرار وتنفيذ حكم التحكيم الدولي على أن الإستئناف في هذا النوع غير جائز، إلا يتوافر خمس أسباب.

وبهذا يمكن القول حسب الإتجاه الفقهي الغالب أن محكمة الإستئناف، ملزمة عند نظر الطعن إتباع الطريقة القضائية بحيث يجب عليها البحث ومواجهة الأطراف للتأكد من عدم مخالفة الحكم الشروط الخمسة الممنوع مخالفتها والمتعلقة بالطعن بالبطلان.

عليه فلا مناص من الأخذ بالأسباب الخمس المنصوص عليها في المادة 1502 من ق. م. ف. وهي نفسها المتعلقة بدعوى البطلان<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - ينير سليم، المرجع السابق، ص 311

غير أن المشرع الفرنسي فرق بين حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا وحكم التحكيم الدولي الصادر خارج فرنسا، حيث نصت المادة 1504 من ق.م. على "عدم جوازية استئناف الأمر الصادر بالموافقة على طلب الإعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا، في نفس المادة يتضح أن هذا الحكم يكون قابلاً للطعن بالبطلان فقط

أما الأمر الصادر بالموافقة على الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج فرنسا فهو منصوص عليه في المادة 1502 من ق.إ.م. والطعن فيه غير جائز أصلاً إلا بتوفر أسباب خمسة وهي حسب نفس المادة :

- ✓ صدور حكم التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو اتفاقية باطلة أو انتهى أجلها .
- ✓ ، إذا كانت تشكيلة محكمة التحكيم غير قانونية، أو تعيين الحكم غير قانوني.
- ✓ خروج المحكمة عن المهمة المسندة لها<sup>1</sup>.
- ✓ عدم إحترام مبدأ الوجاهية.

إذا كان الإعتراف أو التنفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي. والطعن بالإستئناف بنوعيه يرفع أمام محكمة الإستئناف، الواقعة في دائرة اختصاص قاضي التنفيذ الأمر بالإعتراف أو التنفيذ الراض للإعتراف أو التنفيذ وأجال الإستئناف هي ثلاثون يوماً ابتداءً من يوم تبليغ أمر القاضي<sup>2</sup>.

**2. الطعن في حكم التحكيم الدولي في القانون المصري** نصت المادة 52 من قانون التحكيم المصري رقم 94/27 على: " أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لهذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ويجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم "

<sup>1</sup> - محمد بن عمر، المرجع السابق، ص 123.

<sup>2</sup> - بشير سليم، المرجع السابق، ص ص 311-312.



وعليه نلاحظ أن المشرع المصري اختار الطريق السهل والبسيط في كيفية مراقبة حكم التحكيم واستغنى عن كافة الطرق المقررة بالنسبة للأحكام القضائية والإكتفاء بطريق وحيد يتمثل في دعوى البطلان دون ذلك. وللتوضيح أكثر فالمشرع المصري يرى أن الطعن الوحيد هو الطعن الموجه مباشرة ضد حكم التحكيم ولا يفرق بين حكم التحكيم الداخلي أو حكم التحكيم الدولي، واعتبر أحكام التحكيم الصادرة بالخارج مثلها مثل الأحكام القضائية الأجنبية<sup>1</sup>.  
وعليه يمكن القول أن المشرع المصري اعتمد طريق وحيد للطعن في أحكام التحكيم، وهي دعوى البطلان<sup>2</sup>.

**3. الطعن في حكم التحكيم الدولي في القانون الجزائري** قرر المشرع الجزائري طريقا واحدا للطعن في أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية وهو رفع دعوى بطلان أصلية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال استقراء أحكام المادتين 1055 و 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص على إمكانية الطعن في أحكام التحكيم الدولي بطرق الإستئناف وحدد هذه الحالات على سبيل الحصر، ونصت المادة 1058 على إمكانية أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في نفس الحالات التي تكون أحكام التحكيم الدولي فيها قابلة للإستئناف

### ثانيا: طرق الطعن في أحكام التحكيم

لقد حصن المشرع الجزائري الأحكام التحكيمية بغلق كافة طرق الطعن المقررة في قانون الإجراءات المدنية، فجعلها أحكام نهائية لا تقبل المعارضة والإستئناف ولا حتى الطعن بالنقض، وذلك تماشيا مع الفلسفة المتوخاة من التحكيم، وتبسيطا لإجراءات التحكيم

<sup>1</sup> - يشير سليم، المرجع السابق، ص 313

<sup>2</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 139.

وشدد على أن تكون دعوي البطلان هي الطريق الوحيد لإمكانية الرقابة على أحكام التحكيم وذلك ضمن حالات محددة وردت في ق.م.. وحسب هذا الأخير فإننا نميز بين نوعين من الطعون:

**النوع الأول:** الطعن ضد حكم التحكيم في حد ذاته. النوع الثاني: الطعن ضد الأمر القاضي بالإعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه أو برفض الإعتراف أو تنفيذه.

أما عن طرق الطعن المتاحة لتقديم هذه الطعون ، نجد أن المشرع الجزائري حصر طرق الطعن في مجال التحكيم الدولي في ثلاث: الطعن بالإستئناف، الطعن بالبطلان، والطعن بالنقض.

#### 1. الطعن بالإستئناف

نصت المادة 1055 من ق.م.م ... الجزائري على : " يكون الأمر القاضي برفض الإعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للإستئناف ، بمعنى أن المشرع الجزائري أخذ أصلا بمبدأ الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، ولذا جاءت هذه المادة صريحة ومنحت لطالب الإعتراف والتنفيذ الحق في مباشرة الطعن في الأمر القضائي الراض لطلبه.

أما الجهة التي يتم الإستئناف أمامها هي الجهة القضائية العادية العليا للمحكمة الأمرة بالرفض، حيث تنص المادة 1057 من ق.م.م. : " يرفع الإستئناف أمام المجلس القضائي خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة"<sup>1</sup>.

وقد حصر المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ طبقا المادة 1056 من ق.م.م... في ست حالات وهي كالآتي :

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

2. إذا كان تعيين محكمة التحكيم أو تعيين محكم وحيد مخالفا للقانون.

<sup>1</sup> - سهام صديق، المرجع السابق، ص 237.

3. إذا فصلت محكمة التحكيم ما يخالف المهمة المسندة إليها.

4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

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

يفهم من النص أن المشرع الجزائري اتخذ موقفا واضحا ضد الإستئناف في مثل هذه الأوامر، ورغم اتجاهه هذا إلا أنه يؤمن بضرورة الرقابة القضائية على أحكام التحكيم مهما كانت صفتها وطبيعتها، فانتهج سبيلا من شأنه الحفاظ على التوازن بين مفارقة استقلالية التحكيم وضرورة الرقابة القضائية عليه.

ولهذا عدد المشرع الجزائري ست أسباب على سبيل الحصر والتحديد ولايجوز للمستأنف أن يعتمد على غيرها من الأسباب والا رفض استئنافه.

## II. الطعن بالبطلان

نصت المادة 1058 من ق.م. على : " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه. لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلى المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لا يتم الفصل فيه".

وبالرجوع إلى أحكام المادة 1056 من نفس القانون نجد أنها نصت على ست حالات يجوز فيها استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ، وذلك على سبيل الحصر، " بقولها: " لايجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية: ، بينما المادة 1058 تنص على أنه: يمكن " أي أنه يمكن الإستناد إلى الأسباب الستة للإبطال، كما يمكن الاستناد إلى غيرها بالنسبة للطعن في الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سهام صديق، المرجع السابق، ص 239.

وفي الأخير، حسب نص المادة 1059 من ق.م.م... فإن الجهة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يكون للمجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه<sup>1</sup>.

أي أن المشرع الجزائري عامل حكم التحكيم الدولي كالحكم القضائي واعتبر محكمة التحكيم كدرجة أولى ولكن المجلس القضائي عند نظره لدعوى البطلان لا ينظرها كقاضي استئناف يستطيع الإلغاء والتعديل... إلخ وإنما يعالجها كقاضي بطلان، إما يقبلها ويقضي ببطلان حكم التحكيم وإما يرفضها ويثبت الحكم.

" إلا أنه يصعب تطبيق أحكام هذه المادة على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية لعدم وجود نص خاص يخول لمجلس الدولة النظر في الطعن في هذه الأحكام<sup>2</sup>.

### الا الطعن بالنقض

لقد نص المشرع الجزائري على الطعن بالنقض في التحكيم الدولي من خلال المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ جاء فيها " تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض."

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام المادة 1061 في المواد الإدارية لعدم وجود نص خاص يخول لمجلس الدولة النظر في الطعن بالاستئناف وبالبطلان في قرارات التحكيم، كما أنه حتى لو وجد نص خاص بذلك، فإن الطعن بالنقض لا يجوز ضد قرارته<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني : الفعالية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية

واكب نجاح أسلوب التحكيم واستخدامه لفض المنازعات ظهور نهضة تشريعية في العديد من دول العالم تعنى بتنظيم هذا الأخير، إضافة إلى إنشاء العديد من مراكز التحكيم

<sup>1</sup> - المادة 1059 من ق.م.م. : " يرفع الطعن بالطعن في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه... " 1058 أمام المجلس

<sup>2</sup> - سهام صديق، المرجع السابق، ص 239.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 240.

المؤسسي الكائنة حاليا في العديد من الدول، ولما كان نظام التحكيم لا قيمة له إلا بإعطاء الفعالية للأحكام التي تصدر عن هيئات التحكيم غير أن وجود نظام للرقابة القضائية الوطنية في كل دولة يمكن أن يحد من هذه الفعالية، بحيث يمكن أن يصبح الحكم قابلا للتنفيذ في دولة ما، دون أن يكون قابلا للتنفيذ في دولة أخرى، وهذا يتعين التفرقة بين رفض التنفيذ والقضاء ببطلان حكم التحكيم فمتى كان رفض التنفيذ لا يعوق فعالية حكم التحكيم إلا في الدولة التي صدر فيها قرار القاضي برفض التنفيذ، فإن الأمر على خلاف ذلك فبالنسبة للقضاء ببطلان حكم التحكيم من القضاء المختص وفقا للمعايير الدولية لإبطال أحكام التحكيم، لأن الأصل الحكم بالبطلان يفترض فيه أن يعدم أي أثر للحكم التحكيمي بحيث لا يكون هناك حكم تحكيمي، ومن ثم يتعين على أطراف النزاع الرجوع مجددا لهيئة التحكيم لتفصل في النزاع بحكم تحكيمي جديد يجتنب فيه الأخطاء التي شابت الحكم الأول.

ورغم أن هذا هو الأصل المستقر عليه، إلا أن هناك من جانب ذلك وهو ما أثار جدلا

في الفقه يستوجب أن تعرض له بالدراسة وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول : المعايير الدولية لفعالية أحكام التحكيم**

ينبني على مشروعية التحكيم مشروعية كل عمل أو إجراء يؤدي إلى تحقيق ماتضمنه حكم التحكيم بما في ذلك الوصول أو الرقي بذلك الحكم إلى درجة من القوة والإلزام الأحكام القضاء، والتي تكفل عدم التأثير على قوته التنفيذية ونفاذه خصوصا عند الإختلاف، فحكم المحكمين يحوز حجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره، ويكون واجب النفاذ وليس في حد ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا، فالقوة التنفيذية لاتلحق حكم التحكيمين إلا بصدور أمر خاص من قضاء الدولة المختص وفق شروط معينة "وبعبارة أخرى يمكن القول أن القوة التنفيذية يستمدها الحكم التحكيمي من القضاء الرسمي الذي يستمد هو الآخر قوته من السلطة العامة، مع العلم أن الحكم سواء كان قضائيا أو تحكيميا ليس له القوة التنفيذية مالم يكن يقضي بإلزام المحكوم عليه بشيء يمكن تنفيذه جبرا<sup>1</sup>.

غير أن الإشكال ماثم في حال ما إذا ارتبط التنفيذ بأكثر من نظام قانوني واحد، ولتجاوز إختلاف الأنظمة القانونية التي تحول دون الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، تم إبرام العديد من الإتفاقيات الدولية والتي كانت ثمرة للتعاون الدولي، وسنتعرض لها على النحو التالي :

أولا: اتفاقية نيويورك لسنة 1958

تعد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 نموذج فريد من نوعه، من أهم الإتفاقيات الدولية التي عنيت بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية سواء من ناحية عدد الدول التي انضمت إليها أو من ناحية نطاق تطبيق قواعدها والتي تستهدف تحقيق الطابع العالمي لها وإرساء مجموعة من الحلول التي تتفق والغاية من التحكيم وحاجة العالم المعاصر لآلية بديلة عن القضاء الرسمي للتخفيف عن هذا الأخير<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - بشير سليم، المرجع السابق، ص 266

<sup>2</sup> - سناء بولقراء المرجع السابق، ص 174.

وقد حددت هذه الإتفاقية الأسباب التي تجيز للقضاء الوطني رفض الإعتراف بحكم التحكيم أو طلب تنفيذه، حيث فرقت بين الأسباب التي يتمسك الاطراف بها وبين الأسباب التي يملك قضاء الدولة المختص من تلقاء نفسه رفض التنفيذ بناءا عليه، وهذا في نص المادة 05 جاء فيها مايلي:

✓ " لايجوز رفض الإعتراف وتنفيذ الحكم بناءا على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ الدليل على:

أ. أن أطراف الإنفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الإتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب . أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه بسبب آخر أن يقدم دفاعه. ج. أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الإعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د. أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق.

هو أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم<sup>1</sup>.

أما الفقرة الثانية من هذه المادة أشارت إلى أسباب رفض التنفيذ من قبل السلطة المختصة من تلقاء نفسها ونصت على مايلي

<sup>1</sup> - سهيلة بن عمران، المرجع السابق، ص 181.

2. " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أو ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد<sup>1</sup>. وتتوجه الأسباب التي أوردتها الإتفاقية إلى الأنظمة الوطنية المصادقة عليها، إذ لايجوز في هذه الأخيرة للمشرع أو للقضاء مخالفة أحكامها؛ مما يعنى ممارسة القضاء الوطني لرقابة فعالة تضمن تحقيق الأهداف الأساسية لعملية التحكيم والإكتفاء ثانيا: الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 نصت المادة التاسعة من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على: " أن إلغاء حكم تحكيمي خاضع لهذه الاتفاقية في بلد ما متعاقد لا يشكل سببا لرفض الاعتراف أو لرفض التنفيذ في بلد

آخر متعاقد إلا إذا كان هذا الإلغاء قد تم في البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أو وفقا للقانون الذي صدر الحكم التحكيمي في نطاقه لأحد الأسباب التالية:

. إذا كان فرقاء الاتفاقية التحكيمية وفقا لأحكام القانون المطبق عليهم عديمي الأهلية، أو إذا كانت الاتفاقية المذكورة غير صحيحة بموجب القانون الذي أخضعها الفرقاء عليه، أو في حال إغفال الإشارة إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر فيه. . إذا كان الفريق الذي طلب الإبطال لم يجر تبليغه بتعيين المحكم أو بالأصول الإجرائية التحكيمية أو إذا كان قد تعرض عليه لأي سبب آخر أن يبدي أدلته. : إذا كان الحكم التحكيمي متعلقا بنزاع لم يشر إليه في الاتفاق التحكيمي أو لم يجر إدخاله في أحكام الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على قرارات تتجاوز أحكام الاتفاق التحكيمي أو الشرط التحكيمي، وعلى كل إذا كانت أحكام الحكم التحكيمي المتعلقة بالقضايا الخاضعة للتحكيم يمكن فصلها عن القضايا غير الخاضعة له فإن بالإمكان الإحجام عن إلغاء الأحكام الأولى.

<sup>1</sup> - المادة 05 من اتفاقية نيويورك، أشار إليها: عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص ص 171. 172.



إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو الأصول الإجرائية للتحكيم لم تكن متطابقة مع اتفاق التحكيم أو في حال عدم حصول اتفاق على أحكام المادة 4 من هذه الاتفاقية. في العلاقات بين الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقية والتي تعد في نفس الوقت أطرافاً في اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فإن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لها أثر مقيد لأسباب البطلان التي تنص عليها المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك "

وعليه نلاحظ أن هذه الإتفاقية قيدت الدول الأطراف فيها والمرتبطين في نفس الوقت بإتفاقية نيويورك بأربعة أسباب كضوابط للبطلان<sup>1</sup>.

**ثالثاً: اتفاقية واشنطن التسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965**

نصت المادة 54 من هذه الإتفاقية على ضرورة اعتراف كل دولة بأحكام التحكيم والزامية تنفيذها كما لو كانت أحكاماً وطنية نهائية صادرة من محاكمها الداخلية، واستثناء من ذلك فقد نصت المادة 52 من الإتفاقية على الأسباب التي تعطي الحق لكل طرف من الأطراف أن يطلب كتابة من الأمين العام لمركز التحكيم إبطال الحكم التحكيمي أو وقف تنفيذه وفقاً لأحد الأسباب التالية:

- عيب في تشكيل هيئة التحكيم.
- تجاوز هيئة التحكيم سلطاتها بشكل ظاهر.
- أن تأثيراً غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة. أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات.
- أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 152.

وإذ أبطل الحكم يعرض النزاع بناء على طلب أي من الطرفين على محكمة جديدة، ويلاحظ أن الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن الداخلية في الدول في الدول الأطراف في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ومن ثم لا يمكن إبطاله إلا بناء على سبب من الأسباب المذكورة سالفا<sup>1</sup>.

#### رابعاً: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 90/08 وبالضبط في باب التحكيم، فالمشرع الجزائري أورد فرعاً خاصاً بالإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي. ولإحاطة بالموضوع لابد من إستقراء المواد 1/1051، 1052، 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أ- ثبوت وجود القرار التحكيمي الدولي

نصت المادة 1051 من ق. م. على أن يتم الإعتراف بالحكم لأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، ويفهم من المادة أن طلب الأمر بالإعتراف يقتضي تقديم الحكم التحكيمي أمام الجهة المختصة ولا يعقل أن يصدر الأمر بالإعتراف دون وجود الحكم التحكيمي ولذا نصت المادة 1052 من ق.م. على الكيفية التي من خلالها يتم إثبات وجود الحكم التحكيمي الدولي، وأكدت على أن يثبت ذلك عن طريق تقديم أصل الحكم التحكيمي الدولي مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها<sup>2</sup>.

وقد استوحى المشرع الجزائري روح هذه المادة 1052 من المشرع الفرنسي وبالضبط المادة 1499 من قانون الإجراءات المدنية التي أوجبت تقديم أصل الحكم التحكيمي الدولي وإتفاق التحكيم مضيئة شرط ثالث ألا وهو ترجمة هذه الوثائق إلى اللغة الفرنسية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 153

<sup>2</sup> - بشير سليم، المرجع السابق، ص 250.

<sup>3</sup> - Article : 1499/2 si les pieces ne sont pas rediges en lange francaise, la partie en produit une traduction certifies pour un traducteur inseret sur la liste des experts.

وقد نقل المشرع الجزائري هذه المادة حرفيا لكن عند وقوفه أمام الفقرة الأخيرة الخاصة بالترجمة غص النظر ولم يتقلها واكتفى بالوثائق الأولى مع التصديق عليها في حالة عدم وجود الأصول.

من الممكن جدا يتساءل البعض لماذا المشرع لم يتطرق للترجمة إلى اللغة العربية رغم أنه نقل المادة حرفيا عن المادة 1499 من قانون المرافعات المدنية الجديد الفرنسي، الجواب عن ذلك له عدة احتمالات إذ يمكن القول أنه ترك الأمر إلى السلطة التقديرية القاضي الذي بإمكانه فرضها وذلك تطبيقا لإتفاقية نيويورك سنة 1958 والمصادقة عليها من قبل الجزائر والتي تعد أعلى من القانون دستوريا<sup>1</sup>..

وعليه فللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في ذلك فله أن يعتمد إما على المادة 8<sup>2</sup> من ق.م. والتي كان بإمكان المشرع الجزائري أن يضيف فكرة الترجمة في باب التحكيم بحكم أنه نظام خاص حتى لا يقع أي اليس، وإما الإعتماد على المادة 4 من إتفاقية نيويورك سنة 1958

**ب- عدم مخالفة النظام العام الدولي**

نص المشرع الجزائري في المادة 1051 من ق.م.إ. على عدم مخالفة الإعتراف للنظام العام الدولي وليس النظام العام الوطني ويفهم من هذا النص أن المشرع ضيق من مفهوم النظام العام واكتفى بعدم مخالفة الإعتراف للقواعد العامة المتفق عليها دوليا ولم يتوسع إلى

<sup>1</sup> - نص المادة 4 الفقرة الثانية من إتفاقية نيويورك 1958، " و على طالب الإعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم والإتفاقية المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي" . . أشار إليها: يشير سليم، المرجع السابق، ص252

<sup>2</sup> - نص المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 الفقرة الثانية: " يجب أن يقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول "

قواعد النظام العام الوطني أي بعبارة أخرى قد يمس الاعتراف ببعض القواعد الآمرة الداخلية، وهذا لا يمنع القاضي من الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي مادام لم يمس النظام العام الدولي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني الفعالية الدولية للقضاء ببطلان أحكام التحكيم

بالنظر للاختلاف الموجود بين القضاء المختص بنظر دعوى البطلان الموجهة ضد حكم التحكيم عن القضاء المختص بنظر إصدار الأمر بالتنفيذ الحكم التحكيمي، مما يؤدي لخلق نوع من ازدواجية الرقابة على حكم التحكيم مما يثير مشكلة مدى إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة عن قضاء دولة غير تلك الدولة المطلوب فيها إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم

وهنا يثار تساؤل في حالة ما إذا تم القضاء ببطلان حكم التحكيم من قبل قضاء دولة مقر التحكيم فهل يمكن الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه في دولة مقر التنفيذ؟ في محاولة الفقه الإجابة عن هذا التساؤل ثار جدل فقهي وكذا قضائي كبير، وذهب البعض منهم للقول بأن الحكم الذي قضى ببطلانه في دولة معينة لا يمنع من أن يصدر القضاء الوطني لدولة أخرى الأمر بتنفيذه، في حين ذهب اتجاه آخر إلى عدم جوازية تنفيذ أحكام التحكيم التي قضى ببطلانها، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: الإتجاه الرافض للفعالية الدولية لأحكام البطلان

لتجاوز حالة عدم الإنسجام على الساحة الدولية التي مرجعها وجود حكم تحكيمي واحد صدر أمر تنفيذه على إقليم دولة معينة متزامناً مع صدور حكم قضائي ببطلان الحكم التحكيمي من قضاء دولة أخرى، وذلك إعمالاً لمبدأ الإزدواجية في الرقابة الذي تقرره الإتفاقيات الدولية وكذا القوانين الوطنية المنظمة لأحكام التحكيم، فما هي الأسانيد التي اعتمد عليها الفقه المؤيد لهذا الإتجاه ؟ ، وما موقف القضاء من ذلك ؟.

<sup>1</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، ص 154.

**1. الأسانيد الفقهية للإتجاه المعارض لتنفيذ الأحكام التحكيمية الباطلة:**

- استند أنصار هذا الإتجاه لجملة من الأسانيد لتبرير موقفهم هي: . قال أنصار هذا الإتجاه بأن تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة من شأنه تثبيط همة الدول وعدم تشجيعها اللجوء إلى التحكيم الدولي من جديد، لاسيما بالنظر للجهود الحثيصة التي بذلت من أجل إجازة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية بعد المعارضة الشديدة لذلك.
  - استند أنصار هذا الإتجاه إلى معاهدة نيويورك لسنة 1958 والتي نصت المادة الخامسة منها على أن الإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه لايجوز رفضه إلا إذا كان حكم التحكيم قد أبطل في قانون دولة المقر فالنص الفرنسي يضع على عاتق الدولة الإلتزام برفض تنفيذ مثل هذه النوعية من الأحكام وأضاف أنصار هذا الإتجاه أن المادة 5/هـ من ذات الإتفاقية قامت بالتوزيع الضمني للإختصاص بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بقضاء الدولة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ مع إلزام هذه الأخيرة بالإنصياح للأحكام الصادرة في الدولة الأولى.
  - حكم التحكيم لا يندرج في النظام القانوني لدولة مقر التحكيم كما أن هذا الأخير ليس له جنسية ومن ثم يحق لأي دولة أن تقرر منحه القوة التنفيذية من عدم ذلك، فعد تركيز حكم التحكيم يصاحبه إعادة تركيز تنفيذه في الدولة المطلوب التنفيذ فيها.
- ويترتب على إنكار الفعالية الدولية لأحكام التحكيم الباطلة، أن هذه الأخيرة تكون قابلة للإعتراف والتنفيذ في دولة أخرى، وهناك نتيجة أخرى تترتب على هذا الإنكار على نحو غير مباشر وهي أن الدولة التي اعترفت بالحكم التحكيمي الباطل يتمتع عليها الإعتراف بالحكم التحكيمي الجديد الذي قد يصدر في موضوع الحكم السابق بطلانه .

**2. تجسيد القضاء الفرنسي لرفض الإعتداد بأحكام البطلان**

يميل القضاء الفرنسي لرفض الاعتراف بفعالية الحكم الأجنبي الصادر برفض البطلان، وهو ما يمكن الوصول إليه من خلال حكم هام لمحكمة استئناف باريس، وترجع وقائع القضية موضوع النزاع ل 25 فبراير 1988 حين اتفق الزوجين Gesouin على بيع أسهمهما في

مجموعة شركات SAGesouin الشركة الإيطالية SBA International BV ونص فيه على أن المنازعات الناشئة عنه يفصل بواسطة التحكيم يتم في سويسرا ويكون القانون السويسري هو الواجب التطبيق، وقد نشأ خلاف والعجز في الوصول لتسوية ودية لجأ الزوجين لتحريك إجراءات التحكيم في 27 ديسمبر 1990 و صدر حكم المحكمة التحكيمية قاضيا بإلزام الجانب الإيطالي بدفع مبالغ متعددة، وقدم طعن بالبطلان من قبل الشركات الإيطالية والذي قوبل بالرفض من قبل المحكمة الفيدرالية السويسرية في 1 جويلية 1991، وفي هذه الأثناء كانت محكمة باريس في 19 فيفري 1992 قد أصدرت أمرها بتنفيذ حكم التحكيم، وهنا قامت الشركات الإيطالية بإستئنافه استنادا لكون المحكم لم يحترم حدود مهمته ولم يحترم مبدأ الوجاهية ومخالفته النظام العام الفرنسي، وهنا تمسك الزوجين بعدم إمكانية إعادة النظر مرة أخرى في صحة التحكيم بسبب تصدي المحكمة الفدرالية السويسرية لذلك بإعتبار أنها القاضي الطبيعي المختص بالفصل في صحة الحكم التحكيمي وهنا صدر الحكم التالي: " بتطبيق شروط هذه الإتفاقية ( إتفاقية نيويورك ) فإن الحكم الصادر في سويسرا وفقا للقانون الدولي الخاص السويسري يرفض الطعن باليطلان على حكم التحكيم المقام في جانب الشركة الإيطالية، لا يترتب عليه من ولا تقييد رقابة القاضي الفرنسي على الفعالية الدولية الحكم التحكيم وهو بصدد السماح بإدخاله في النظام القانوني الفرنسي، وتجري هذه الرقابة إما وفقا لمعاهدة نيويورك أو القانون الفرنسي بإعتباره الأصل العام، وتبعا لذلك يكون استئناف الأمر الصادر بالتنفيذ من جانب الشركة الإيطالية حريا بالقبول وفقا للمادة 7 من معاهدة نيويورك، إذا كانت شروط الإعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم في القانون الفرنسي بحسبه القواعد العامة أقل صرامة من تلك التي تضمنتها الإتفاقية فإن القواعد العامة الفرنسية يجب تطبيقها بوصفها القانون الأفضل<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، ص155.

والى جانب هذا الحكم توجد العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي الراضة للفعالية الدولية الأحكام البطلان.

### ثانيا: الإتجاه المؤيد للفعالية الدولية لأحكام البطلان

يرى الإتجاه الراض للفعالية الدولية لأحكام البطلان أن صدور أحكام بالبطلان من قضاء دولة مقر التحكيم أو الدولة التي تم تطبيق قانونها على النزاع لا يعد بالمبرر الكافي لرفض تنفيذ أحكام التحكيم ومقابل هذا الإتجاه ظهر اتجاه ثان مناقض أكد على الفعالية الدولية لأحكام بطلان أحكام التحكيم، واستند لحملة من الأسانيد منها ما يستند للإتفاقيات الدولية، ومنها ما استند لمبررات شرعية نوردها على النحو التالي:

#### 1. المبررات المستندة للإتفاقيات الدولية

يرى الإتجاه الفقهي المناهض للإتجاه السابق أنه وبالرجوع للمادة التاسعة من اتفاقية جنيف لسنة 1961 حددت أسبابا يتعين توافرها على سبيل الحصر ليكون البطلان مقبولا، بما يفيد أن أطراف هذه الإتفاقية يرغبون في الحد من الفعالية الدولية للأسباب الأخرى للبطلان الخير الواردة في هذه الأخيرة، لاسيما تلك الواردة في المادة 1 / 5، 2 من اتفاقية نيويورك، مما يعني أن اتفاقية جنيف تقر بالفعالية الدولية لأحكام البطلان حال استنفاد هذه الأخيرة لأحد الأسباب الأربعة التي أقرتها والتي تقترب لحد كبير من ذات الأسباب الأربع التي ذكرتها المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958<sup>1</sup>.

#### 2. المبررات المستندة لحجج المشروعية

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عدم الإعتداد بحكم البطلان فيه إهدار لحجية الحكم القضائي بالنظر لإرادة الأطراف التي اختارت الخضوع لقانون معين وقضاء مقر التحكيم، فمن غير المقبول الإعتراف وتنفيذ أحكام تحكيمية مشوية بعيب لذا كان لا بد من السماح بتقرير الطعن فيها أمام قضاء مختص محدد ومعروف سلفا وفقا لمعايير الإختصاص الدولية مع ضرورة إعطائه الفعالية الدولية، ومما لاشك فيه أن ما تشتمل عليه القوانين الوطنية المنظمة

<sup>1</sup> - سناء بولتراس، المرجع السابق، 160ص

لأحكام التحكيم تشكل مبادئ عامة للبلان كما أن الإتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية نيويورك وجنيف تشتمل على معايير للبطالن معترف بها دوليا كان لها الأثر البالغ عند صدور القوانين الوطنية وهو ما يعكسه اشتغالها على نفس المعايير تقريبا كأسباب للبطالن، وهنا يظهر جليا بأن خضوع أحكام التحكيم لرقبة دولة المقر أمر ضروري للتثبيت من قيام المحكم بالمهمة الموكولة إليه من قبل الأطراف المتنازعة وفقا للشروط المتطلبة واحترام كافة الإجراءات لغاية صدور الحكم، لاسيما استثناء كافة الشروط التي يتضمنها قانون الدولة المطلوب تنفيذه فيها

### ثالثا: موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 1058 /1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطالن في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056. فنجد أن هناك نتيجتين الأولى إيجابية والأخرى سلبية تترتب على هذه الصياغة، والنتيجة الأولى الإيجابية تفيد أن مجرد صدور حكم التحكيم في الجزائر يكفي في حد ذاته لإنعقاد الإختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر دعوى الطعن بالبطالن المرفوعة ضد هذا الحكم، وذلك حتى إذا كان الحكم قد صدر في منازعة دولية لاتصل بالنظام القانوني الجزائري بأي عامل من العوامل.

إذا ينطلق هذا الرأي من مبدأ توزيع الإختصاص بين الدول المختلفة المعنية بالحكم التحكيمي وهو مبدأ متبع في الأنظمة القانونية للعديد من الدول، بل ويسيطر على المعاهدات الدولية الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، ووفقا له تختص دولة مقر التحكيم اختصاصا قاصرا عليها بنظر دعاوي البطلان المقامة ضد الحكم التحكيمي، وبالتالي لا تملك الدول الأخرى المطلوب تنفيذ الحكم التحكيمي فيها أو الإعتراف به على إقليمها إلا قبول أو رفض ترتيب هذا الحكم لآثاره في نظامها القانوني<sup>1</sup>.

والمعيار الذي تبنته المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعطي أهمية قصوى للمكان الذي تم إصدار حكم التحكيم فيه.

<sup>1</sup> - محمد بن حمزة المرجع السابق، 147



ومع ذلك فإن الطابع البسيط والواضح الذي يميز هذا المعيار لا يعني أن المشاكل التي قد تصادف تحديده في ظروف معينة قد تم إنجازها.

فإذا حدث الإعتبارات مشابهة أن الحكم التحكيمي تم التوقيع عليه في مكان آخر غير ذلك المختار كمتز التحكيم من قبل الأطراف أو لهيئة التحكيم أو المحكمين أنفسهم، فإن تحديد المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي وفقا لنص المادة 1058 يمكن أن يثير بعض المشاكل. فمثلا إذا تم توقيع الحكم التحكيمي في الجزائر بينما كان مقر التحكيم قد تم تحديده في دولة أخرى، فإنه يمكن لأحد الأطراف أن يتمسك بأن الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر ويستند على ذلك من أجل الدفاع عن اختصاص المحاكم الجزائرية بنظر دعوى البطلان ضد هذا الحكم والتفرقة بين الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر في المجال الدولي والأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، أراد المشرع الجزائري من خلالها عدم اتخاذ معيار عرضي يتوقف

على الإختيار سواء بطريق مباشر أو من خلال تفويض هذه السلطة في الإختيار إلى منظمة تحكيمية أو المحكمين أنفسهم للمكان الذي تجري فيه إجراءات التحكيم<sup>1</sup>.

وفي الأخير نجد أن أحكام التحكيم تختلف عن أحكام القضاء، فلها طابع خاص، لا علاقة لها بالقضاء الرسمي وأن معظمها ينفذ اختياريا بغض النظر عن الأخطاء التي تشوبها، فهي مبنية أساسا على إرادة الخصوم إبتداء من اتفاق التحكيم إلى غاية التنفيذ الإداري.

كما أنه تبدأ المهمة المسندة لهيئة التحكيم بنظر النزاع القائم بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، لتقادي مشاكل تنازع القوانين في نطاق القانون الدولي الخاص. وإصدار الحكم التحكيمي له إجراءات وشكليات وآثار، وبالنسبة لميعاد التحكيم فقد نظمه المشرع الجزائري في المادة 1018 من ق.إ.م. وحددت بأربعة أشهر بدلا من ثلاثة أشهر في قانون الإجراءات المدنية القديم.

<sup>1</sup> - محمد بن حمزة المرجع السابق، ص 148.

وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق، تستمر إجراءات التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي سليما ويكون هذا الأخير مشوبا بعيب ما يعطي الطرف المتضرر حق اللجوء للطعن وفق الطرق المقررة قانونا أو عن طريق إقامة دعوى البطلان التي لها مميزات خاصة. وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري نظم التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد واجتهد كثيرا لمواكبة التشريعات الأجنبية وخاصة الغربية، ونجد أن المشرع الجزائري حرص على تبسيط إجراءات اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع التحكيم كطريق بديل لحل نزاعات العقود الإدارية الدولية؛ يتبين جليا ما مدى أهميته؛ حيث انتقل من نظام استثنائي منتقد لمنافسته للعدالة، إلى نظام مكمل لهذه العدالة، وهذا كواقع فرضته ظروف العولمة حتى شمل بنطاقه عقود الدولة الإدارية. وبالمقابل أصبح التحكيم الآن مطلبا من متطلبات التنمية، خاصة في الدول الآخذة في النمو والدول التي يعجز فيها رأسمالها الوطني عن تلبية حاجاتها، كما يعد مطلبا ضروريا للشركات الأجنبية لما يتسم من سرية وساطة إجراءاته.

لقد شهد العالم العربي تقدما كبيرا في هذا المجال وتحولت هذه الدول كغيرها من دول العالم الثالث من مرحلة الشك والإرتياب من عمليات التحكيم إلى الإقرار بها، ويظهر ذلك في التطور الذي شهدته قوانين أغلب الدول العربية وأفراد بعضها قانون مستقل التحكيم، فضلا عن إنضمام غالبيتها لإتفاقيات التحكيم الدولية.

أما في الجزائر، أقر المشرع الجزائري في بداية الأمر موقفا معارضا ورافضا لأي شكل من أشكال التحكيم في العقود الإدارية، حيث رفض الخضوع إلى التحكيم خلال الثلاثين سنة الماضية، لكن الواقع التعاقدى للجزائر وتحت الضغط المزدوج الذي فرض عليها، المتمثل في الأزمة الاقتصادية من جهة، والضغط الأجنبي من جهة أخرى، انتهى إلى خضوعها لأمر الواقع، وبعد تردد كبير، تدخل المشرع وأجاز التحكيم، خاصة في العقود الإدارية الدولية.

وبناء على هذا البحث نستنتج ما يلي :

إن اختصاص القضاء الإداري يظل الإختصاص الأصيل للنظر في المنازعة الإدارية واللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لا يعد إعتداء على القضاء الإداري، إضافة إلى أنه ليس هناك مانع دستوري يحول دون لجوء الإدارة إلى التحكيم لاسيما مع نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يعتبر التحكيم قضاءا خاصا بموجبه يتم عرض النزاع على محكم يعين بإختيار الأطراف، أو بتفويض منهم أو على ضوء شروط يحددها الأطراف فتسلب المنازعة من جهة القضاء الوطني.

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

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

إذا كانت إجازة التحكيم سواء في التشريع الجزائري أو المقارن مردها المكانة التي أصبح يحتلها التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في العقود الإدارية ولاسيما الدولية منها، وتمسك المتعاقد الأجنبي بهذا الإجراء في العقود التي يبرمها مع الدولة، وذلك إما لعدم ثقته في جهات القضاء الوطني، أو في قوانين الدولة التي تحكم هذا النوع من العلاقات أو لغيرها من الأسباب. إلا أن هذه الإجازة وإن كانت لها آثار إيجابية فقد تكون لها آثار سلبية، فنظام التحكيم كما هو معروف نظام قانوني أساسه إتفاق الأطراف بمحض إرادتهم على إحالة النزاع على هيئة تحكيمية قد لا تراعي خصوصية العقود الإدارية من خلال تطبيق قانون لا يفرق بين ما هو من روابط القانون العام وبين ما يندرج ضمن روابط القانون الخاص، الأمر الذي يؤدي إلى وقوف الإدارة على قدم المساواة مع الطرف الآخر من جهة، ومن جهة أخرى تفقد هذه الأخيرة إمتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والمستمدة من الرابطة التعاقدية محل المنازعة التحكيمية.

كما أن خصومة التحكيم ليست في منأى عن ولاية القضاء فإن ثمة علاقة بينهما لتحقيق الفاعلية وتبرز هذه العلاقة بعد صدور حكم التحكيم من خلال دعوى بطلان الحكم إذا توافرت الشروط المحددة حصرا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تظهر أيضا هذه

الرقابة من خلال إتاحة المشرع للقضاء المختص من سلطة مراجعة حكم التحكيم قبل استصدار أمر التنفيذ للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام وعدم وجود أي مانع يحول دون إصدار الأمر بالتنفيذ.

وأخيرا نلاحظ نرى أن عدم الإعتداد بحكم البطلان فيه إهدار لحجية الحكم القضائي بالنظر لإدارة الأطراف التي اختارت الخضوع لقانون معين وقضاء مقر التحكيم، فمن غير المقبول الإعتراض، وتنفيذ أحكام تحكيمية مشوية بعيدا لئلا كان لابد من السماح بتقرير الطعن فيها أمام قضاء مختص محدد ومعروف سلفا وفقا لمعايير الإختصاص الدولية مع ضرورة إعطائه الفعالية الدولية، ومما لا شك فيه أن ما تشتمل عليه القوانين الوطنية المنظمة لأحكام التحكيم تشكل مبادئ عامة للبطلان كما أن الإتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية نيويورك وجنيف تشتمل على معايير للبطلان معترف بها دوليا كان لها الأثر البالغ عند صدور القوانين الوطنية وهو ما يعكسه اشتغالها على نفس المعايير تقريبا كأسباب للبطلان، وهنا يظهر جليا بأن خضوع أحكام التحكيم الرقابة دولة المقر أمر ضروري للتبني من قيام المحكم بالمهمة الموكولة إليه من قبل الأطراف المتنازعة وفقا للشروط المتطلبة واحترام كافة الإجراءات لغاية صدور الحكم.

أما بالنسبة للإقتراحات يمكننا إقتراح مايلي:

إعادة النظر في النصوص المنظمة للتحكيم، وذلك بإصدار قانون مستقل للتحكيم، بحيث يكون شاملا لكل أنواع التحكيم ومنها على سبيل الخصوص التحكيم في العقود الإدارية بصفة خاصة ، وبشكل موسع و دقيق بحيث يصبح هذا القانون يمثل القواعد العامة في التحكيم.

كما يجب أن تستعين الإدارة بذوي الخبرات القانونية والفنية العالية عند إبرام اتفاق التحكيم، بحيث لا تغفل خصائص العقد الإداري أو تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وذلك حتى يتمكن المحكم من تطبيق القانون الذي له علاقة بالنزاع.

بالإضافة إلى ذلك لابد من سحب ولاية المحاكم الإدارية على أحكام التحكيم الدولية وإخضاعها الإختصاص مجلس الدولة أسوة بالمشرع الفرنسي، مع إضفاء دور جديد للقاضي الإداري في الرقابة القضائية على دعوى بطلان الأحكام التحكيمية.

فضلا عن ذلك، فمن الضروري على الجهة المخولة قانونا بالموافقة المسبقة على التحكيم في علاقات القانون العام، أن تعمل عند إدراجها الشرط التحكيم في العلاقة التعاقدية على الحفاظ على المبادئ الأساسية للعقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، وأن تعمل على الحفاظ على سمو مركز الإدارة على المتعامل المتعاقد وأن تحرص على اشتراط تطبيق القانون الوطني على موضوع النزاع.

ونجد أن المشرع الجزائري أغفل حالة نرى أنها من أكثر الحالات أهمية في ترتيب البطلان وهي حالة استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي تم اختياره بناء على انقلاق الأطراف، لأن القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية ذو أهمية بالغة، من حيث تكييف العقود وكذا الآثار المترتبة على هذا التكييف .... إلخ، ومن ثم فترتيب البطلان على استبعاد القانون المختار يعد نتيجة حتمية لأن أحكام التحكيم كرسست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وحماية له كان من المستحسن لو أن المشرع نص على حالة استبعاد القانون المختار من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، كما أن المشرع لم ينص على حالة وجود التأثير غير مشروع الذي قد يقع على أحد أعضاء المحكمة كسبب للطعن في الحكم التحكيمي، مع أن الأمر وارد لاسيما في العقود الإدارية الدولية.

بالإضافة إلى ذلك لابد من الإهتمام بدراسة الثغرات التي تعيب نظام التحكيم في العقود الإدارية وتقديم المقترحات الكفيلة بتطوير هذا النظام ومشاركة الجهات الحكومية ممثلة بالمؤسسات الحكومية والتعليمية في عقد الندوات والمؤتمرات إضافة لتبادل الخبرات على المستويات المحلية والإقليمية والدولية، والعمل على إقرار مادة التحكيم كمقرر لطلبة الليسانس في كليات الحقوق.

والخلاصة أن كل ما طرحه البحث من إشكاليات وتوصل إليه من مناقشات واقتراحات سواء على مستوى مشروعية اللجوء إلى التحكيم أو الرقابة القضائية عليه فهو من الوسائل المساعدة والمساهمة، من أجل تحكيم ناجع فعال مستقبلا أساسه إرادة الأطراف دون التخوف من الرقابة القضائية التي هي أمر ضروري تقتضيه طبيعة التحكيم الخاصة.

فلا يتصور وجود تحكيم بدون مساعدة ومساهمة القضاء، فعلاقة التحكيم بهذا الأخير علاقة تكامل وليست تنافر.



# قائمة المراجع

أ/ المصادر

1. الدساتير

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 2016، الصادر بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14، المؤرخة في 7 مارس 2016.

2. المعاهدات الدولية

- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من أجل الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المنظم إليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، الجريدة الرسمية عدد 48.

- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965، الموافق عليها بموجب الأمر رقم 95/04 المؤرخ في 05/11/1995، الجريدة الرسمية عند 66.

النصوص التشريعية

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية لسنة 2008، عند 21

- الأمر 154/66 المؤرخ في 08 06 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة بتاريخ 09.06-1966

- الأمر 278/65 المؤرخ في 16، 11. 1965 المتضمن التنظيم القضائي والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 96 الصادرة بتاريخ 23 11. 1965

- الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12 أبريل 1971، المتضمن تعديل الأمر رقم 58-111 المؤرخ في 22 نوفمبر، سنة 1958، والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية، العدد 30 الموافق ل 13 افريل 1971.

- الأمر رقم 01/03 المؤرخ في 20/08/2001 ، المتعلق بتطوير الإستثمار والمنشور في  
الجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة بتاريخ 22/08/2001

#### 4. النصوص التنظيمية

- المرسوم الرئاسي رقم 147/15 مؤرخ 10-04-1982 يتضمن الصفقات التي يبرمها  
المتعامل العمومي والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 13-04-1991.  
- المرسوم الرئاسي 15/247 ، قانون الصفقات العمومية، المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي  
10/236 .

#### • القوانين الأجنبية:

- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.  
- قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968  
- قانون المرافعات المصري رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية  
والتجارية والذي نشر في الجريدة الرسمية العدد 16 بتاريخ 21/04/1994 المعدل والمتمم  
بالقانون رقم 9 لسنة 1997.

#### پ/ المراجع

##### 1. الكتب

#### - الكتب العامة

- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.  
- جابر جاد نصار، عقود البوت . B.O.T و التطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية  
التقليدية العقد الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، مصر، 2002  
- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الادارية، دط، دار النهضة العربية، مصر، 2000  
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ( تحديد ماهيتها والنظام  
القانوني الحاكم لها )، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، مصر، 2008.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دط، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 2، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسور النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،
- العقود التي تقع على الملكية، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، لبنان، 2005.
- ناصر الباد، الوجيز في القانون الاداري، الطبعة الثانية، مطابع حسناوي، الجزائر، 2007.
- محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

-Les ouvrages généraux:

-Alain PLANTEY, François Charles BERNARD, La preuve devant le juge administratif, Economica, France, 2003. - Nadine Poulet-Gibot Leclerc , Droit Administratif( Sources, moyens,controles) 3eme edition, Bréal, Paris, 2007.

- الكتب المتخصصة

- أبو العلا علي أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، الطبعة الأولى، المجلة الكبرى، مصر، 2002.
- بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.
- حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 2006.
- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم \_ الكتاب الثاني ، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - دراسة مقارنة .، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة ،، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

-Les ouvrages spéciaux:

Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILARD, Berthold GOLDMAN, Traité de L'arbitrage commercial international, Edition Litec, France, 1996.

## 2. الأبحاث الأكاديمية

- بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر- باتنة .. الجزائر، 2012
- سناء بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . التحكيم نموذجاً .، مذكرة ماجستير في القانون والإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر . باتنة ،، الجزائر، 2010-2011.
- سهيلة بن عمران، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة برج باجي مختار بباتنة، الجزائر، 2011
- د سهام صديق، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد . تلمسان ، الجزائر 2012 - 2013.
- محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن - الصفقات العمومية نموذجاً - ، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2015.

-Les Thésés:

- Kost De Sévres NICOLETTE, Le Consentement à la Convention d'arbitrage Commercial International, évolution et développement récents en droit québécois et en droit international, Mémoire présenté à la faculté des études supérieur en vue de l'obtention du grade de LL.M en droit, Option droit des affaires, Université de Montréal, Faculté des études supérieur, Québec, Canada Décembre 2005
- Ibrahim REFAAT Mohamed El-Béhéry, (Théorie Des Contrat Administratifs et Marché Publics Internationaux ), Thèse pour le doctorat en Droit, Institut du droit, de La Paix et Développement (I.D.P.D), Univeristé de Nice SophiaAntipolis, Nice, Mars 2004.

الفهرس

إهداء

الشكر

مقدمة ..... **Erreur ! Signet non défini.**

الفصل الأول: النظام القانوني لإتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية. **Erreur ! Signet non défini.**

المبحث الأول: ماهية العقد الاداري الدولي ..... 05

المطلب الأول: مفهوم العقد الاداري الدولي ..... 10

الفرع الأول: تعريف العقد الاداري الدولي التشريع ..... 12

الفرع الثاني: نماذج لعقود ادارية ذات طابع دولي ..... 15

المطلب الثاني: أساليب العقود الادارية الدولية و اثارها ..... 17

الفرع الأول: أساليب ابرام العقود الادارية الدولية ..... 14

الفرع الثاني: الاثار المترتبة على العقود الإدارية الدولية ... **Erreur ! Signet non défini.**

المبحث الثاني: إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية الدولية ..... 28

المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء من التحكيم ..... 34

الفرع الأول: الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية ..... 40

الفرع الثاني: الإتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية ..... 45

المطلب الثاني: شروط صحة إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية ..... 46

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم ..... 50 **Erreur ! Signet non défini.**

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم ..... 53

الفصل الثاني: الدعوى التحكيمية في العقود الإدارية الدولية ..... 56



المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية..	Erreur ! Signet non défini.
المطلب الأول: في حالة انتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق	63 .....
الفرع الأول: موقف المعاهدات الدولية و التشريعات الوطنية	65 .....
الفرع الثاني: صور الاتفاق على القانون الواجب التطبيق في العقود الإدارية الدولية	67 .....
المطلب الثاني: علم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق	75 .....
الفرع الأول: خضوع العقود الإدارية الدولية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.	Erreur ! Signet non défini.
الفرع الثاني: خضوع العقود الادارية الدولية للقانون الدولي العام	80. ....
الفرع الثالث: خضوع العقود الادارية الدولية للمبادئ العامة للقانون	81 .....
المبحث الثاني: حكم التحكيم وفعاليتة الدولية	86 .....
المطلب الأول: صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه	90 .....
الفرع الأول: صدور حكم التحكيم	91 .....
الفرع الثاني: الطعن في أحكام التحكيم	95 .....
الخاتمة	121 .....
قائمة المراجع	127 .....

## ملخص مذكرة الماستر

عرف التحكيم منذ القدم، إلا أنه أصبح الآن ضرورة العصر، بالنظر لأهميته الكبيرة لاسيما في المعاملات التجارية نتيجة تطور الظروف الإقتصادية وخاصة الدولية، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات والحاجة إلى السرعة، وكذلك تجنب علانية الجلسات المدرسة من قبل القضاء وكذا الإقتصاد في الجهد والنفقات وفي ظل الإفتتاح الإقتصادي انتشر التحكيم، وأخذت به غالبية الأنظمة القانونية، وامتد نطاق تطبيقه المجالات كانت في وقت قريب في منأى عنه، وهي العقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، واقترن ازدهار التحكيم واتساع أفاقه في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بنمو العلاقات الإقتصادية الدولية بين الأشخاص الأجانب والدولة إذ تعد هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطة الإقتصادية للدول الآخذة في النمو.

### الكلمات المفتاحية :

- 1- العقد الإداري الدولي، 2- التحكيم الدولي 3- حكم التحكيم، 4- إجراءات التحكيم الدولي 5- آثار التحكيم الدولي.

### **Abstract of The master thesis**

Arbitration has been known since ancient times, but it has now become a necessity of the times, given its great importance, especially in commercial transactions as a result of the development of economic conditions, especially international, and the resulting complexity in transactions and the need for speed, as well as avoiding public sessions schooled by the judiciary as well as economy in effort. and expenses

In light of the economic openness, arbitration spread, and the majority of legal systems embraced it, and the scope of its application extended to areas that were soon away from it, and they are administrative contracts in which one of the parties is the state or a person of public law, and the prosperity of arbitration and the expansion of its horizons are associated with administrative contracts of an international nature. With the growth of international economic relations between foreign persons and the state, as these contracts are a vital and key factor in achieving the economic plan of the developing countries.

key words:

- 1-International Administrative Contract 2- International Arbitration 3- Arbitration Ruling 4- International Arbitration Procedures 5- Effects of International Arbitration.