

المقدمة

إن تطور وظيفة الدولة الحديثة ساهم في تدخلها على مستوى جميع الميادين، وبرزت حاجاتها إلى أن تلجأ إلى أحد أساليب التسيير للنشاط الإداري و لاسيما أسلوب التراضي أو الاتفاق مع غيرها و ذلك بأن تبرم عقود إدارية و التي قد تنقسم من الناحية

الفنية و تبعا للأهداف التي تسعى لإدراكها إلى عقود دولية و تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية و السياسية للدولة، بالإضافة إلى وظائف العقود ذات الطبيعة الإدارية لتوفرها جميع المعايير المتطلبة من أجل إلحاق هذا الوصف، إلا أنه قد نشور بشأن هذه العقود منازعات سواء أثناء مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ و التي يختص القضاء الإداري بالفصل فيها كأصل عام، إلا أنه و نظرا للكم الهائل من القضايا المعروضة على هذا الأخير كان من الضروري البحث عن طريق بديلة لحل النزاعات و لاسيما تلك التي يثار بشأن العقود الإدارية، و يكون الفصل فيها خارج ساحة القضاء، و بين تلك طرق التحكيم و الحقيقة التاريخية أن نظام التحكيم ظهر قبل ظهور القضاء ذلك لأن هذا الأخير ارتبط بظهور المجتمعات المنظمة أو شبه المنظمة بشكلها الحديث أي شكل الدولة، و يعد نظام التحكيم شأنه شأن كافة القواعد و الأنظمة القانونية، و قد ظهر أولا في المسائل الجنائية و بدأ اختيارها و معتمدا على القوة و الطرفة و المهمة و كانت الجماعة تستطيع رفضه إن كانت واثقة من قوتها، أو عادات الثأر متأصلة في نفسها، ليصبح بعدها التحكيم وسيلة هامة لفض النزاعات و استطاع أن يحل محل القضاء في فترات متتالية.

كما عرف العرب بدورهم قبل الإسلام نظامين للفصل في الخصومات نظام القضاء و نظام التحكيم، حيث وجد التحكيم في المجتمعات القبلية و كذا المجتمعات المدنية التي لا يوجد بها سلطة مركزية قوية، و في ظل نظام التحكيم لم يكن المحكم موظفا و إنما فردا عاديا يستمد سلطته في الحكم من اختيار الخصمين له و حكمه لا ينفذ قهرا و إنما برضاء المحكوم عليه.

و قد يرى البعض من الفقه أن التحكيم في التشريع الحديث أثر من آثار القضاء الخاص في المجتمعات البدائية، كما يرى البعض الآخر من الفقهاء أنه كان يجري الفصل في المنازعات منذ القدم و في جل المجتمعات بواسطة حكيم يجلس إلى جوار القضاء الرسمي المنصب من السلطان على أن يكون إسناد النزاع إلى محكمين متحررين من قيود قوانين السلطان فيما يتبع أمامهم من إجراءات و ما يصدرونه من أحكام، و قد عرف هذا النظام في مجال التجارة الدولية، و إثر النتائج المذهلة للثورة الصناعية في القرن التاسع عشر، و التي

أسهمت إلى ظهور شركات الأموال الكبرى، هيأت الظروف لعودة التحكيم لفض النزاع بين التجار على المستوى الدولي، و ذاع في العمل مع بداية القرن العشرين حتى اتسعت التجارة الدولية و أصبحت العقود النموذجية (Les contrats types) لبيع البضائع و تسليمها و كذا سندات الشحن، و تأجير السفن و وثائق التأمين و عقود تراخيص الإنتاج و استغلال براءات الاختراع و مقاولات الإنشاء و المصانع في البلاد الأخرى مقاولات الأشغال الكبرى و غيرها إذ أنها لا تخلو من شرط التحكيم في أغلب الأحوال.

كما يعود الفضل لبلورة التحكيم و قبل تقنينه في التشريعات الوضعية إلى الشريعة الإسلامية لقوله تعالى في كتابه الكريم، بسم الله الرحمن الرحيم "و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً"¹، و هو ما يدل على جواز التحكيم لحل ما ينشأ بين الزوجين و في جميع النزاعات و الدعاوى.

و لقد لقي التحكيم شيئا فشيئا اهتماما من طرف الفقه و القضاء خاصة في تعريفه و ضبط قواعده كنظام قضائي يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، حيث أعطيت له عدة تعاريف اعتمادا على معايير معينة بهدف تمييزه عن باقي النظم الأخرى، و كذا تبيين المنازعات التي يختص بها من جهة أخرى فعرف بأنه: نظام قضائي عادي يحل النظر في النزاعات بين الأطراف إلى أشخاص عاديين بدلا من إعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية للدولة و هذا بالاختيار الإرادي للأطراف المتنازعة.

كما عرف الفقه التحكيم على أن وسيلة فض نزاع قائم أو مستقل و يتمثل في العزوف عن الالتجاء للقضاء المختص بشأنه و طرحه أمام فرد أو أفراد وهم المحكمون أنيطت لهم مهمة نظرة و الفصل فيه، بناء على اتفاق بين المتنازعين على ذلك.

كما عرف أنه وسيلة للفصل في المنازعات حيث يتفق الخصوم على عرض تلك المنازعات على أشخاص يختارونهم و يحددون لهم مهمة التحكيم متضمنة القواعد القانونية و الإجراءات التي تتبع.

¹ الآية 35 من سورة النساء.

و قد زادت أهمية التحكيم في الآونة الأخيرة و ذلك نظرا لتشعب العلاقات الاقتصادية الدولية و بما يتسم به من سرعة الإجراءات و بساطتها، بحيث يختار أطراف الخصومة قضائهم فور إبرام التعاقد و قبل نشوء أي نزاع و ذلك بإدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي، أو بالنص عليه في وثيقة مستقلة ملحقة بالعقد، و يكنى بصده التحكم بالنزاع المتفق على تسويته به، فقد يكون تجاريا حينما يقصد به تسوية نزاع تجاري، أو قد يكون إداريا حينما يهدف الاتفاق عليه إلى الفصل في نزاع إداري عقديا كان أم غير عقدي.

و قد أثار التحكيم في منازعات العقود الإدارية جدلا فقهيًا واسعًا و ترددًا قضائيًا بينا حول مدى جوازها، إذ أنه و من المعروف أن القانون الإداري يتمتع بخصائص ذاتية تميزه عن غيره من القوانين، و يعهد القضاء الإداري بالنظر في النزاعات الخاصة به، و بالتالي فإنه من شأن إجازة التحكيم بصدد هذه النزاعات أن يؤثر بالسلب على خصائصها الذاتية، و خاصة إذا استبعدت أحكام القانون الإداري، و طبقت بشأها أحكام القانون الخاصة و قد وصف الفقهاء الفرنسيون الذين عالجوا إشكالية التحكيم في العقود الإدارية العلاقة القائمة بين التحكيم و القانون الإداري، بأنها علاقة في صراع دائم و يوجد استحالة التعايش بينهما، كما جسدت هذه العلاقة في القانون الوضعي و احتل التحكيم فيه مكانة ثانوية و يتضح من خلال نصوص القانون التي حظرت كقاعدة عامة على الأشخاص المعنوية العامة بصدد حل منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، كما أن القضاء و خاصة الإداري قد وفق موقفا صلبا إزاء لجوء هؤلاء إلى التحكيم، هذا إلى أن فرضت المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاعات الإدارية، فقد درجت الدول التي عجز الادخار الوطني فيها و عائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاظمة لرؤوس الأموال التي تستلزمها خططها على انتهاج سياسات من شأنها العمل على حفز و تشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية، و ذلك بإتاحة و تهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية و الاقتصادية، فكان لابد من إدراج التحكيم لتسوية النزاعات التي تثور بمناسبة تنفيذ أو تفسير العقود الإدارية سواء منها الداخلية أو الدولية، بالإضافة إلى اعتباره كضمان يشترطه المستثمر ضمن بنود العقد حتى يحقق له الطمأنينة

في حال نشوب نزاع مع الدولة المتعاقدة، و ذلك نظرا لصعوبة قبول ممثل الدولة أمام قضاء أجنبي لاعتبارات متعلقة بالسيادة.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في كونه يعالج مسألة و لطالما أثير الجدل بشأنها و هي مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، لاسيما و أنه تجسد هذه الأخيرة مظهرا من مظاهر سيادة الدولة و تخضع في نطاقها للقانون العام، و من شأن التحكيم تطبيق القانون الأجنبي و استبعاد القانون الوطني و الذي هو في الأصل يطبق على النزاعات التي تنشأ في ظلّه. كما يعالج هذا الموضوع أهمية التحكيم كأسلوب لفض النزاعات التي تثار بشأن العقود الإدارية و ذلك في حالة تعاقد الدولة مع دول أجنبية و شركات كبرى أجنبية لتجسيد المشاريع التنموية و الاستثمارات الوطنية و الأجنبية بحيث أن إدراج شرط التحكيم في العقود يبعث الطمأنينة للمستثمر الأجنبي في حالة نشوب نزاع ما.

أهداف الموضوع:

- تحديد دوافع و أسباب أخذ المشرع الجزائري بصفة خاصة و بقية الأنظمة القانونية بصفة عامة بنظام التحكيم في العقود الإدارية.
- محاولة معرفة مستقبل القانون الإداري في ظل النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية، لاسيما و أن لهذه الأخيرة مميزات و خصائص تنفرد بها عن باقي العقود و أثر اتفاق التحكيم على خصوصيتها.
- مع تبيان دور القضاء الوطني الإداري في رقابة حكم الهيئة التحكيمية لاسيما من خلال دعوى البطلان.

الصعوبة التي واجهتها في إعداد المشروع:

- قلة الدراسات القانونية و الجزائرية في موضوع التحكيم لاسيما و أمام حداثة هذا النظام في القانون الجزائري.
- صعوبة الحصول على التطبيقات القضائية في القضاء الإداري الجزائري مقارنة بما استقر عليه القضاء الفرنسي و المصري.
- صعوبة البحث في الموضوع ذاته، لاسيما و أمام تباين الآراء و اختلافها بين مختلف الأنظمة القانونية بين مؤيد و معارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية خاصة.

إشكالية الدراسة:

إذا كان الأصل العام و في العقود الإدارية هو اختيار الإدارة بسلطات اتجاه المتعاقد معها ألا و هي امتيازات السلطات العامة، بالإضافة إلى خضوع جميع النزاعات التي قد تثار بشأن العقد الإداري سواء أثناء مرحلة الإبرام أو التنفيذ إلى القضاء الإداري، فإن هذا الامتياز قد اصطدم و التحكيم و أصبح هذا الأخير وسيلة مهمة لحل النزاعات في جو يسوده اليسر و المرونة و يبعث به الاطمئنان إلا أن ذلك لا يلقى رواجاً من طرف الفقه و

القضاء بحيث تباينت الآراء الفقهية و القضائية بين معارض و مؤيد للتحكيم في العلاقات التي تدخل في نطاق القانون العام.

و هو ما يدفع إلى التساؤل إلى التعريف بالتحكيم كنظام قانوني و مدى الاعتراف و أخذ الأنظمة القانونية به من عدمه؟ و تكريسا له في طائفة العقود الإدارية بصفة عامة؟ و ما هو أثر التحكيم على مستقبل القانون الإداري و العقد الإداري بصفة خاصة؟ و هل للقضاء دور في الحفاظ على خصوصية العقد الإداري المتضمن شرط التحكيم؟

المنهج المعتمد:

للإجابة على الإشكالية المطروحة و مختلف جوانب الموضوع اعتمدت في الدراسة المنهج التحليلي و الوصفي مقارنة بالقوانين و المواقف الفقهية و القضائية، و سوف أبدأ بتحديد واقع التحكيم في التشريع و الفقه و القضاء بتبيان التطور التاريخي لنظام التحكيم في العقود الإدارية في مختلف الأنظمة القانونية و لاسيما في الجزائر و مصر و فرنسا، مع التعريف بالتحكيم و أنواعه و تمييزه عن باقي الأنظمة مع دراسة مدى تأثير التحكيم على خصوصية العقد الإداري و دور القضاء في حماية هذه الخصوصية و فعالية إجراءات التحكيم و بناءا عليه فقد اتبعت الخطة التالية:

الخطة

الفصل التمهيدي: واقع التحكيم في التشريع و الفقه و القضاء.

المبحث الأول: ماهية التحكيم و تمييزه عن الأنظمة المشابهة به.

المطلب الأول: تعريف التحكيم.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للتحكيم.

أولاً: التحكيم لغة.

ثانياً: التحكيم اصطلاحاً.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

الفرع الأول: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

الفرع الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.

الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم و تمييزه عما يشابهه.

الفرع الأول: أنواع التحكيم.

أولاً: التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري.

ثانياً: التحكيم الحر و التحكيم المؤسساتي.

ثالثاً: التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح.

رابعاً: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عما يشابهه من الأنظمة.

أولاً: تمييز التحكيم عن الصلح.

- ثانيا: تمييز التحكيم عن الوكالة.
ثالثا: تمييز التحكيم عن الخبرة.
رابعا: تمييز التحكيم عن القضاء.

المبحث الثاني: موقف الأنظمة القانونية من التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الأول: موقف النظام الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية

و موقف الفقه و القضاء منه.

الفرع الثاني: إجازة التحكيم في بعض العقود الإدارية.

المطلب الثاني: موقف النظام المصري من التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: مرحلة الإجازة الضمنية للتحكيم في العقود الإدارية
و موقف الفقه و القضاء منها.

الفرع الثاني: مرحلة تنظيم التحكيم بموجب قانون

مستقل.

الفرع الثالث: مرحلة الإقرار الصريح بجواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم.

المطلب الثالث: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود

الإدارية.

الفرع الأول: مرحلة إنكار النظام الجزائري لفكرة التحكيم.

الفرع الثاني: التحكيم ضرورة حتمية في ظل الإصلاحات الاقتصادية.

الفصل الأول: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية
الداخلية و الدولية.

المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية
الداخلية.

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية الداخلية.

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإداري عما يشابهه من
التصرفات القانونية.

المطلب الثاني: عناصر العقد الإداري.

المطلب الثالث: اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و
شروط صحته.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق

التحكيم.

المبحث الثاني: النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود
الإدارية ذات

الطابع الدولي.

المطلب الأول: ماهية العقد الإداري ذو الطابع الدولي.

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي.

أولاً: تعريف العقد الإداري ذو الطابع الدولي.

ثانياً: نماذج عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

الفرع الثاني: أساليب إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي و آثارها.

أولاً: أساليب إبرام العقود الإدارية ذات الطابع

الدولي.

أ. طريقة المناقصة.

ب. طريقة التراضي البسيط.

ثانياً: الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية ذات

الطابع الدولي.

المطلب الثاني: إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات

الطابع الدولي.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود

الإدارية ذات

الطابع الدولي.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

ذات

الطابع الدولي.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

المطلب الثالث: اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية و شروط

صحته.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق

التحكيم.

الفصل الثاني: أثر الطبيعة القانونية للتحكيم على

خصوصية

العقود الإدارية و دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم.

المبحث الأول: أثر اتفاق التحكيم على خصوصية العقود
الإدارية.

المطلب الأول: القانون الرئيسي الواجب التطبيق.

المطلب الثاني: القانون الاحتياطي الواجب التطبيق.

المطلب الثالث: كيفية الحفاظ على خصوصية العقود الإدارية المتفق
بشأنها التحكيم.

المبحث الثاني: دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم.

المطلب الأول: الرقابة القضائية السابقة على حكم التحكيم.

أولاً: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم.

ثانياً: دور القضاء في رد المحكم و عزله.

ثالثاً: تدخل القضاء في المنازعة الإدارية في حالة

فوات الميعاد على

صدور الحكم التحكيمي.

رابعاً: تدخل القاضي في سير الخصومة التحكيمية.

خامساً: دور القضاء في استدعاء الشهود و البحث عن الأدلة.

المطلب الثاني: دور القاضي في صدور حكم التحكيم.

الفرع الأول: أحكام التحكيم المنهية للخصومة و شروط

صحتها.

الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم.

الفرع الثالث: الدعاوى القضائية الناجمة عن حكم التحكيم.

أولاً: دعوى البطلان كأداة للرقابة القضائية.

ثانيا: دعوى التعويض عند إبطال حكم التحكيم.

المطلب الثالث: دور القاضي في تنفيذ حكم التحكيم الدولي و

الاعتراف بها.

الفرع الأول: دور القاضي في تنفيذ أحكام التحكيم

الداخلية.

الفرع الثاني: دور القاضي في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية و الاعتراف

بها.

خاتمة.

قائمة المراجع.

الفهرس.

الفصل التمهيدي:

واقع التحكيم في الشريعة و الفقه و

القضاء

يعد نظام التحكيم من الأنظمة القديمة الهامة و الحيوية التي بدأت تأخذ مجالا واسعا على الصعيد الدولي و الوطني، فهو نظام تعرضت له أغلب القوانين الوطنية بالتنظيم، و بدأت دول كثيرة بإصدار قوانين خاصة بنظام التحكيم، و أخذت المؤسسات و مراكز التحكيم

حيزا كبيرا من الوجود، هذا بالإضافة إلى المنظمات و الهيئات الدولية التي تطرقت لموضوع التحكيم، و أنشأت الكثير من هيئات التكميم المحلية و الإقليمية و الدولية¹. و لتوضيح نظام التحكيم فإنه يتطلب تحديد مفهوم التحكيم و مقارنته بالأنظمة المشابهة وهو ما سوف يتم التطرق إليه في المبحث الأول، بالإضافة إلى تحديد موقف الأنظمة القانونية منه في العقود الإدارية و لاسيما منها الفرنسي و المصري و الجزائري في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية التحكيم و تمييزه عن الأنظمة المشابهة له.

للتحكيم و بصفة عامة مبررات دعت إلى وجوده كوسيلة سريعة لفض منازعات تقتضي طبيعتها الخاصة سرعة الفصل فيها، و للتحكيم ذاتية خاصة التي يتفرد بها عما سواه من وسائل تسوية المنازعات، كما أنه له صورتين يتم إفراغه في أي منها، و العديد من أنواع التي تختلف بحسب دور الإرادة في قيامه أو بحسب نطاقه الجغرافي أو بحسب الأساس الذي يستند إليه المحكمون في إصدار قرارهم².

¹ الأستاذ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، ص 13.

² الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2006، ص 11.

و إذا كان التحكيم في العقود الإدارية هو موضوع بحثنا فإن الأمر يقتضي بيان مفهوم التحكيم و تمييزه عما يشبهه، مع عرض ولو بصفة موجزة لموقف الأنظمة القانونية منه و التي تعد كمقدمة لما وصل إليه التحكيم اليوم و لاسيما في منازعات العقود الإدارية¹.

المطلب الأول: تعريف التحكيم.

يقتضي بيان مفهوم التحكيم تحديد تعريفه لغة و اصطلاحا مع بيان تعريفه لدى فقهاء القانون الوضعي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للتحكيم.

أولاً: التحكيم لغة:

التحكيم لغة معناه التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم (و أحكمه)، أي صار (محكما) و تحكيما إذا جعل اليد الحكم فيه (فاحتكم) عليه في ذلك.
التحكيم مصدر (حكم)، بتشديد الكاف من الفتح، و الحكم بفتح الحين عن أسماء الله الحسنى.

و قال: حكمت فلانا في مالي تحكيما إذا فوضت إليه الحكم فيه، و يحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه.

و عن ابن منظور: حكموه بينهم، أمره أن يحكم بينهم، يقال حكمتنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا.

و في كتاب الله عز و جل نجد قوله سبحانه و تعالى: "فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما"، أي جعلوك حكما لما وقع بينهم من خلاف.

و قوله سبحانه و تعالى: "و إن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا".

و قوله سبحانه: "يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت و قد أمروا أن يحقروا به".
و يفيد التحكيم في المعنى اللغوي إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير، يقال حكم زيد عمرا في ماله إذا أطلق يده فيه، و حكم الخصمان فلانا، إذا جعل له النظر في منازعتهم، و المفوض إليه النظر في الخصومة يسمى حكما أو محكما أو محتكما إليه¹.

ثانيا: التحكيم اصطلاحا:

هو تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي شأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه، دون أن يكون للحكم ولاية القضاء بينهما، و قد عرفته مجلة الأحكام الدولية في المادة 1790 بقولها: "اتخاذ المتخاصمين شخصا آخر برضاها لفصل خصومتها و دعواهما".

و لم تتعرض أغلب الأنظمة القانونية لتعريف التحكيم و منها قانون الإجراءات المدنية الجزائري، و قانون التحكيم المصري و اكتفى بالإشارة إلى عناصره، في حين اختلف الفقه في تعريفه و سوف يتم التعرض إلى البعض منها لاستنتاج أوجه الشبه و الاختلاف فيما بينهما.

التحكيم في الفقه الفرنسي.

¹ الأستاذ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، ص 15 - 16.

و قد عرف التحكيم في بدايته كنوع من العدالة العامة أنفع و أجدى للصلح العام، و في هذا يقول الفقيه "جوس" (Jousse) في إحدى كتاباته يرجع تاريخها إلى القرن 18. و إن طريقة التحكيم هي بدون شك الأجدر للصلح العام، و يمكن أن تكون الوحيدة المقصورة من قبل الأشخاص المسؤولة، ففي عهد الثورة الفرنسية صرحت الجمعية التأسيسية الفرنسية علانية بأن التحكيم هو الوسيلة الأكثر نفعاً في حل الخلافات بين المواطنين و يتعدى ذلك ليصبح قانوناً طبيعياً يسمح للمواطن باختيار قاضيه و هذا حماية للقانون من أي مساس من قبل المشروع.

أما الفقيه "جون روبرت" فإنه يعرف التحكيم بأنه نوع من العدالة الخاصة التي من فضلها نزع الخلافات من القضاء العادي الوضعي لتحل من قبل أشخاص خصوا بهذه المهمة¹.

و يقول "ألفرد جرنار" (A. Bernard) و "موريس هويس" (M. Houis) بأن التحكيم نوع من الحل للنزاعات يلغي أساسه في الاتفاقيات الخاصة و يصيب إلى حكم حائز لحجية الشيء المقضي فيه.

أما الأستاذ "فليب فوشار" (P. Fouchard) فيعرفه بأنه وسية تعبر في ظاهرها على حل الخلافات الناجمة بين الأشخاص العاديين من قبل شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع و هو الوسيلة الممكنة لتنظيم العلاقات التجارية الدولية². كما عرفه الأستاذ (Robert) بأنه نظام للقضاء الخاص نقض فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي و يعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها.

أما في الفقه الجزائري فقد ذهب إلى أن المراد بالتحكيم هو إقامة قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في المنازعات، و ذلك خروجاً عن الأصل الخاص، حيث يقدر ملائمة لأداء العدالة، مجتزئاً ولايته من ولاية المحاكم القضائية و الأشخاص و الأطراف في المنازعة، و هم الذين يقيمونه و يحددون اختصاصه.

¹ Jean Robert, "L'arbitrage", droit interne, droit international privé, Dalloz, Paris, 1993, p 03.

² الدكتور محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 230.

في حين عرف البعض الآخر على أنه إرساء عدالة خاصة بينهما تقوم بإحالة النزاع من قضاء القانون العام للفصل فيها من قبل أفراد، و يرى البعض الآخر أنه تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين، المحكم أو المحكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص و يحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة¹.

و قد انتهى بعض الفقه إلى أن التحكيم يتمثل في متواليه من الأعمال تبدأ بعمل من المتنازعين يتمثل في اختيار شخص أو هيئة محايدة يوكلان له مهمة الفصل في نزاعهما و تراضيها مقدما على النزول عن ما يراه هذا الطرف حلا قانونيا أو عادلا لنزاعهما، و يتوصل بقبول هذا الحكم بالمهمة التي انتدب لها و تحريره لواقع النزاع و لقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه، و ينتهي بحكم منه يجسد القانون أو العدالة بشأنه مثله في ذلك مثل الحكم القضائي.

و يقول الدكتور "فتحي عبد الرحيم عبد الله" احتكام أطراف النزاع إلى شخص ثالث يستمع إليهما يعرض حلا للنزاع القائم و يلتزم الحل منهما باحترامه حتى و إن لم يرضه هذا الحل.

و يعرفه الدكتور "محمد منطلشطا" بأنه: "يتجسد دائما في شكل هيئة تتيح للأطراف حل النزاع الثائم بينهما دون اللجوء إلى القضاء، و هو تقنية قانونية و وسيلة حيوية يمكن استخدامها في أي مجال من المجالات الحياتية دون التقيد بالأسلوب السياسي أو الاقتصادي للدولة"².

كما عرف المشرع الفرنسي شرط أو مشاركة التحكيم ، إذ نص المادة 1142 من تقنين المرافعات المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 مايو 1980 بأنه الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل النزاعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، في حين عرف مشاركة التحكيم بأنه عقد بمقتضاه يتفق أطراف النزاع نشأ بالفصل في إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين.

¹ الأستاذ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، ص 20.

² الدكتور محمودي مسعود، نفس المرجع السابق، ص 234.

أما في مصر فقد عرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و تشريع التحكيم بأنه الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة بذلك، و ذلك بحكم ملزم الخصوم، في حين عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم بأنه عرض نزاع مقيد بين طرفين على محكم من الأغيار، يعين باختيارهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا الحكم بقرار يكون مجردا من التحليل، قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية¹.

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد عرفت التحكيم بأنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.

أما عن تعريف المشرع المصري فقد نظم القانون رقم 27 لسنة 1994 لنظام التحكيم في المواد المدنية و التجارية في المادة الأولى منه و التي أجازت التحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع².

و قد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم الاتفاقي بأنه طريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية، و ما تكفله من ضمانات و هو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحكّمين على عرضه على هيئة التحكيم³. و يلاحظ من خلال التعريفات الفقهية للتحكيم ما يلي:

1. طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية و ما تكفله من ضمانات، إذ أنه طريق خصوصي للفصل في نزاع بواسطة الغير بمساعدة قضاء الدولة و تحت رقابته.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 06 يناير 2001، قضية رقم 65 لسنة 18 قضائية، الجريدة الرسمية، العدد 03، الصادر بتاريخ 18 يناير 2001.

² الدكتور حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، سنة 2004، ص 39.

³ الدكتور حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 33.

2. قد يرد بالتحكيم إما بالنص عليه في العقد و يسمى شرط التحكيم، حيث يتفق طرفا العقد على أنه ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو تنفيذه يحل عن طريق التحكيم، كما أنه قد يرد بعد قيام النزاع حيث يبرم طرفا العقد اتفاقا خاصا لعرض النزاع على الحكم المعين أو مجموع المحكمين و يسمى هذا الاتفاق مشاركة التحكيم.

3. يحل الحكم التحكيمي محل الحكم القضائي في تحقيق حماية للحق المتنازع عليه، إلا أن عنصر الإلزام لا يستمد مباشرة من من حكم التحكيم، و إنما يتم طواعية من قبل الأطراف، أو بعد الحصول على أمر بالتنفيذ من الجهة القضائية المختصة.

4. في حالة عدم اختيار الأطراف للمحكمين فقد يعهد إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة القيام به، كما قد يقوم المركز بتعيين المحكمين، فضلا عن قيام قضاء الدولة بتعيينهم حال عدم قيام الأطراف بذلك طواعية، كما أنه هناك نزاعات يلزم فيها المشرع الأطراف باللجوء إلى التحكيم قبل اللجوء إلى قضاء الدولة و هو ما يعرف بالتحكيم الإجباري.

و قد عرف الفقه المصري التحكيم بعدة تعريفات مختلفة حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التحكيم وسيلة فض نزاع قائم أو مستقل يتضمن العزوف عن الالتجاء للقضاء المختص بشأنه و طرحه أمام فرد أو أفراد و في المحكمون الذين يناط بهم مهمة الفصل فيه بناء على اتفاق بين المتنازعين¹.

في حين عرفه جانب آخر من الفقه و من بينهم الدكتور "مختار بربري" بأنه اتفاق أطراف علاقة معينة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، و يتولى الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم لتتولى عملية التحكيم وفقا للقواعد و اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

¹ كمال إبراهيم حتمية، التحكيم في قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1991، ص 72.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

اختلف الفقه في بيان الطبيعة القانونية للتحكيم، فمنهم من أخذ بالنظرية العقدية و اتجه رأي آخر إلى النظرية القضائية، في حين اتجه الرأي الثالث إلى الأخذ بالنظرية المختلطة، و تظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق المطروح على المحكم في العلاقات الدولية، و كذا في تحديد أحكام البطلان الذي يمكن أن يشوب إجراءات التحكيم و حكم التحكيم من جهة أخرى.

إذ أن القول بالطبيعة التعاقدية يؤدي إلى الأخذ بقانون الإرادة، و يؤدي باعتماد أحكام بطلان التصرفات القانونية في القانون المدني، و يؤدي إلى الاستغناء على أحكام بطلان الإجراءات في قانون الإجراءات، بينما القول بالطبيعة القضائية يؤدي إلى الأخذ بالقانون محل التحكيم.

هذا و بالإضافة إلى أن الأخذ بالطبيعة العقدية للتحكيم يجعل من مجرد تطبيق لأحكام عقد التحكيم يلزم طرفاه به بمجرد صدوره، في حين القول بالطبيعة القضائية للتحكيم يؤدي إلى اعتباره حكما بالمعنى الدقيق و يطبق عليه ما يطبق على الأحكام القضائية.

الفرع الأول: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

بدأت هذه النظرية في الانتشار بعد حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير سنة 1812 بصدد اتفاق التحكيم، حيث اعتبر النائب العام آنذاك المدعو (Merlin) في قضية (Le couloux de cartelou) و الذي أكد أن أسباب وجود حكم التحكيم و ما يشمل عليه من حكم، باتفاق التحكيم هو الأساس الذي يعتمد عليه المحكم ملزم، يرجع به للاتفاق المبرم بين الأطراف إلى التحكيم، و بالتالي فإنه يصطبغ الحكم بالصبغة الاتفاقية، كما اعتبر البعض من الفقه أن التحكيم عقد رضائي ملزم بحائنين من عقود المعاوضة، و لأن حكم التحكيم هو مدمج في اتفاق التحكيم سواء تم داخل الدولة أو في دولة أجنبية¹.

و يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن تشريعات التحكيم التي تسنها الدول أو الاتفاقيات الدولية لا تضع أحكاما أمرية إلا في صيغة الحدود و لخدمة و تحقيق إرادة الأطراف في الالتجاء إلى التحكيم، و أن عملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدته الاتفاق و قمته الحكم، و يعد حكم التحكيم مجرد عنصر تبعي في هذه العملية لأنه مجرد تحديد لمحتوى العقد.

و من ناحية الغاية أو الهدف فإن التحكيم يختلف عن القضاء في أن هذا الأخير يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فهو يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم².

و قد أجمل أنصار هذه النظرية على الأسانيد التالية:

1. التحكيم جوهرية التقاء إرادة المحكمين بقرار المحكم و بالتالي فإن حكم التحكيم لا يمكن أن ينفصل عن إرادة الأطراف.

¹ الأستاذ عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 67.

² الدكتور حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 47.

2. اتفاق التحكيم يستمد سلطته من الإرادة الذاتية للأطراف.

3. المحكم ليس قضايا، و عليه ليس عملا قضائيا، حيث لا تطبق قواعد إنكار العدالة عليه و لاسيما حال عدم قيامه بمهمة التحكيم، كما أنه لا يملك سلطة توقيع الجزاءات على الأطراف أو الشهود، فضلا عن حاجة حكمه لإصدار أمر بتنفيذه، حيث أجازت بعض القوانين أن يكون المحكم أجنبيا¹.

4. خطأ المحكم لا يخضعه لقواعد المخاصمة، كما أنه يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم بعكس الحكم القضائي.

و يضيف مؤيدي هذا الرأي حجتين هامتين:

أولهما نص المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم (72 - 626) الصادر في 05 يوليو سنة 1972 و التي تنص على أنه: "يستطيع الأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون التصرف فيها بإرادتهم، ثم تولت المادة 2060 من القانون ذاته تحديد المنازعات التي يجوز التحكيم فيها، و ثانيهما حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة 18/12/1994 بعدم دستورية نص المادة 18 من القانون الصادر بإنشاء بنك فيصل الإسلامي رقم 48 لسنة 1977 و التي فرضت التحكيم جبرا على من يتعاملون مع هذا البنك، كما جاء في حيثيات حكمها أن الأصل في التحكيم هو الاتفاق، و لا يتصور الالتجاء إلى التحكيم في غيبة رضاء الأطراف سواء كان التحكيم يتعلق بنزاع سابق أو لاحق، إضافة إلى أن قصر التحكيم بنص تشريعي كوسيلة لحل النزاع يعد بمثابة حرمان الأطراف من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي².

تقدير هذا الاتجاه:

لم يسلم أنصار هذا الاتجاه من النقد حيث هدم البعض كل معظم أسانيد هذه النظرية، و كذلك بأنه إن كان التحكيم وليد إرادة الخصوم، إلا أنه يفرض على أطرافه متى انصبت هذه الإرادة في الشكل الذي يرسمه القانون، و ذهب نقاد هذه الاتجاه إلى:

¹ الأستاذ أحمد عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 69.

² الدكتور حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 48 - 49.

1. أن الأطراف في التحكيم يطلبون من المحكم الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية و ليس عن إرادتهم لحل النزاع.
2. لا يجوز رد المحكم إلا في الحالات التي يرسمها القانون، و قد يتم تعيين المحكم بواسطة المحكمة أو بواسطة مراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف، إذ لا يعين دائما بواسطة الأطراف.
3. إنه لا يوجد عقد إجرائي أو أن الإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتطبيق القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية، كما أن الإدارة الذاتية لا ترتب آثار إجرائية لحكم المحكم.
4. ليس لحكم التحكيم طبيعة تعاقدية، و يحد اتفاق بين اتفاق التحكيم و التحكيم في حد ذاته، فالعقد لا يحل النزاع و لا يعد جوهر التحكيم، لدليل عدم وجوده في التحكيم الإجباري.
5. طرق الطعن لأحكام المحكمين لا تكون إلا للأعمال القضائية.

الفرع الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.

اعتنق الكثير من النزاع هذه النظرية و بدأت في الانتشار بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في 17 مارس 1893 في قضية "سلك حديد الشمال" بحيث اعتبر الحكم الصادر فيه عملا قضائيا.

"Le minisitre ne peut remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse parce qu'ils ne peuvent se dérober aux juridictions établies"¹.

و يرى أنصار هذا الاتجاه إلى المحكم في تعريف طبيعة التحكيم تغليب المعايير الموضوعية أو المادية و ليس معايير شكلية، أي بتغليب المهمة التي توكل للمحكم، فهو يفصل في نزاعه شأنه شأن القاضي، فإذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة و هي حسم النزاع و حله و تحقيق العدالة بين الأفراد فإنه يتكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية².

¹ Conseil d'état 17/03/1893, série 1894, p 03 - 109.

² أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981، ص 24.

و يرى اتجاه هذا الرأي السائد في الفقه الفرنسي و الفقه العربي و معظم التشريعات الحديثة إلى أن:

1. وظيفة المحكم كوظيفة القاضي يطبق القانون الوظيفي، و يسعى لتحقيق العدالة و ما يصدر عنه يكون حكماً كحكم القاضي و إنه حكمه يكون وفقاً للإجراءات المحددة في الأنظمة القانونية، كما أنه يجوز حجبة الأمر المقضي فيه كما أنه تطبق الأنظمة على المحكمين كتلك المطبقة على القضاء كالود.

2. إن المشرع هو الذي منح للأطراف الحق في حلق التحكيم، كما أنه هو الذي يعترف بالأحكام الصادرة عن اتفاق التحكيم و يوضح ما على المحكمة مراعاته، و إن التحكيم ما هو إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي و الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه.

3. يرى البعض أن حكم المحكمين يعتبر قضاء أياً كان المعيار المتبع في تحديد العمل القضائي ما عدا الهيئة الصادرة له.

و يحلل البعض هذا الرأي إلى أن التحكيم قضاء مادام جوهره القضاء هو تطبيق إرادة القانون في الحالة المعنية بواسطة شخص غير موجهة له القاعدة القانونية، و أن الأشخاص عندما يتفقون على اللجوء إلى التحكيم ينزلون عن الالتجاء إلى القضاء التي تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر يختارون منه قضائهم و تعترف به الدولة، و هو الرأي الذي يأخذ بأن للتحكيم جهة أخرى للقضاء و نوع منه.

في حين يرى البعض من نفس الاتجاه بأن التحكيم هو تفويض تمنحه الدولة لبعض الأفراد الحق في مباشرة وظيفة الفصل في المنازعات بين أعضاء المجتمع بصفة مؤقتة¹. و قد اعتبر اتجاه من الفقه أن التحكيم التجاري الدولي له الصفة القضائية، حيث يعتبر التحكيم قضاء أصيلاً للتجارة الدولية، كما أن هيئات التحكيم الدائمة أصبحت قضاء حقيقي لها².

¹ الدكتور حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 50 - 51. الأستاذ أحمد عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 71 - 72.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط 4، سنة 2005، ص 42.

نقد هذه النظرية:

رغم تأييد العديد من الفقه لهذا الرأي، إلا أنه لقي هو الآخر عدة انتقادات و هي:

1. الصفة الوقتية للمحكم عند القيام بعمله كقاضي، أي أن المحكم يقوم بمهمة القاضي بصفة وقتية جين النظر في النزاع و فقط، و هو ما جعل البعض يطلق على التحكيم وصف القضاء الاستثنائي، فوظيفة القاضي هي عامة و لهذا الأخير سلطة الأمر و الإجبار و يعد منكرا للعدالة متى توفرت إحدى حالاتها، في حين أن ذلك لا يتوافر للمحكم مما لا يمكن إضفاء صفة القضاء عليه.

2. إن اعتراف القانون بعقد التحكيم لا ينفي كون العقد هو المصدر المباشر لسلطة التحكيم و أن القانون مصدر غير مباشر لهذه السلطة، كما هو الحال بالنسبة لآثار العقود و التصرفات القانونية.

3. إن أحكام القضاء لا يجوز رفع دعوى ببطلانها، بل يتم تعديلها أو إلغاؤها بطرق الطعن المقررة قانونا، أما أحكام التحكيم فإنه يجوز رفع دعوى أصلية ببطلانها للأسباب التي ذكرها القانون باعتبار حكم التحكيم عمل في أعمال الأفراد لذا فإن حجيته لا تحول دون اللجوء إلى القضاء لطلب الحماية منه، أي أن القنون لا يعترف بها إلا بعد صدور أمر عن قضاء التنفيذ.

4. إن القوة الإلزامية لحكم التحكيم تستند إلى اتفاق التحكيم أكثر من طبيعة عمل المحكم، إذ يجوز لأطراف التحكيم بعد صدور الحكم الاتفاق على إعادة حكم التحكيم أمام ذات المحكم أو أمام محكم آخر نفذ اتفاقها.

و هذا دليل على أن الطبيعة الاتفاقية الخاصة بحكم المحكمين تجعل حجيته غير معلقة بالنظام العام عكس حجية أحكام القضاة.

الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم.

يقال أنه بدأت هذه النظرية تتبلور من خلال التقدير الذي قدمه الأستاذ "جورج سوزاهال" في الجلسة الرابعة و الأربعون لمعهد القانون الدولي في أبريل 1952، و الذي طرح في الأسس الرئيسية لهذه النظرية.

و يرى أنصار هذه النظرية إلى أنه إذا كان التحكيم هو نتيجة لتوفر المستمرين و مقتضيات احترام سلطات الإرادة و مقتضيات الانصياع لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع، فإنه يبدو و كأنه نوع من الحلول الني تقيم التوازن بين هذين التقاضين، ذلك لأن في هذا النظام يتمثل من ناحية فكرة العقد التي هي تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة و من ناحية أخرى يتمثل في فكرة القضاء أي كون القضاء الحق في حالة نشوب النزاع عن طريق الانصياع لحكم القانون العدالة¹.

و يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة مركبة فالصفة التعاقدية مردها في التحكيم إلى تعاقد الأطراف على فض النزاع بواسطة محكمين، و الصفة القضائية مردها حسم النزاع بواسطة المحكمين بحكم قضائي بدلا من حسمه بواسطة المحكمة المختصة. فالتحكيم هو ليس اتفاقا محضا، و لا قضاء محضا و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس في حل منها لباسا خاصا و يتخذ طابعا مختلفا، فهو في أوله اتفاق و في وسطه إجراء و في آخره حكم².

و إذا كان مناصروا هذه النظرية يتفقون على الحد الزمني الذي يتغير التحكيم فيه من طليعة تعاقدية إلى قضائية، إلا أنهم انقسموا حيث ذهب البعض منهم إلى القول بأن التحكيم يبدأ تعاقديا أي باتفاق الأطراف و يصبح قضائيا بعد أن يجوز حجية الأمر المقضي فيه و يصدر الأمر القضائي بتنفيذه، في حين رأى غالبية أنصار هذا الاتجاه بأن للتحكيم طابع مختلط مفذ بدايته تكون من عنصر اتفاقي في أصله و آخر قضائي في وظيفته³.

نقد هذه النظرية:

¹ أبو زيد رضوان، نفس المرجع السابق، ص 27.

² بغدت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة عين شمس، سنة 1996، ص 65.

³ الأستاذ قمر عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 77 - 78.

نقد الفقه المعارض الرأي القائل بأن التحكيم طبيعة مختلطة و قالو بأن هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز و هروب من مواجهة حقيقية بأبعادها المتعددة، و رأوا أن القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم لا معنى له و يجب تحديد هذه الطبيعة.

و حسب رأينا الخاص فإن التحكيم الاتفاقي مرتكز على إرادة الأطراف من ناحية و كذا إقرار المشرع بهذه الإرادة من ناحية أخرى، كما يمكن اعتباره عمل إرادي كالصلح و لا يعتبر عمل قضائي بحث إذ أن عمل المحكم هو قرار يصدر عن فرد و ليس له سلطة القضاء، كما أن المحكم ليس مفوض عن الدولة بإقامة العدالة، فضلا عن ذلك فإن وظيفة القضاء لا يجب التفويض فيها لاستنادها على سيادة الدولة التي لا يجوز التفريط فيها و خاصة فيما يتعلق بمسائل النظام العام، كما أن حكم التحكيم يحتاج لأمر القاضي المختص لأجل تنفيذه، و عليه فإن أول أذرع العلاقة هو رضا الطرفين و ذراعها الثاني هو تحويل المشرع المحكم الفصل في النزاع وفقا للنصوص القانونية و أجاز الطعن في هذا القرار سواء بالبطلان أو الاستئناف، و من جماع ما تقدم بين أن التحكيم هو مزيج بين الاتفاق و القضاء و لذا اعتبر قضاء خاص بنوعه¹.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم و تمييزه عما يشابهه.

إذا كان نظام التحكيم يقوم على أساس فكرة أساسية و هي ترك الحرية لأطراف العقود في اختيار وسيلة تسوية منازعاتها سواء فيما يتعلق بالجهاز المكلف بذلك أو فيما يتعلق بنظام عمل هذا الجهاز، فإنه ينقسم بدوره إلى تحكيم اختياري و تحكيم إجباري و كذا حر و مؤسساتي و تحكيم بالقانون و بالصلح و تحكيم وطني و آخر دولي، و يشابه بنظم قانونية أخرى ظهرت حديثا لحل النزاع بعيدا عن قضاء الدولة أو يختلط معها.

¹ الدكتور حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 54 - 55. الأستاذ أحمد عبد الوهاب، نفس المرجع السابق،

و عليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى أهم أنواع التحكيم و من ثمة تمييزه عما يشابهه من نظم أخرى قانونية.

الفرع الأول: أنواع التحكيم.

يكون تحكيم حر أو مؤسستي و تحكيما بالقانون أو بالصلح و أخيرا تحكيما و طنيا أو دوليا.

أولاً: التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري:

أ. التحكيم الاختياري: الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا في حل أنواع النزاعات و منها المنازعات الإدارية فتتفق جهة الإدارة مع المتعاقد معها على التحكيم في العقد الإداري، ليكون لكل منهما الاختيار بين الالتحاء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم، و يكون أحد الطرفين مسبقًا للآخر، و يرتكز هذا النوع من التحكيم على أساسين و هما إرادة الخصوم من ناحية، و إقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى¹. و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، نجد بأن المشرع الجزائري أخذ بنظام التحكيم الاختياري و ذلك من خلال نص المواد 1006 و 1007 و 1011.

ب. التحكيم الإجباري: يخضع القانون لاعتبارات معينة الأطراف اللجوء للتحكيم في النزاعات الإدارية، و بناء على هذا القانون الملزم بالتحكيم، فلا يجوز لطرفي العقد اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات الناشئة عنه². و يأخذ اتفاق التحكيم الإجباري صورتين:

* الصورة الأولى: و يقوم المشرع بتحديد حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى القضاء و ذلك بصفة مطلقة، و يلزم فيها اللجوء إلى التحكيم و قد تكون هذه الحالات نادرة لأنها

¹ ماجد راغب الحلو، العقد الإداري و التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004، ص 163.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، نفس المرجع السابق، ص 07.

تخالف معظم دساتير الدول و كذا الإعلانات على حقوق الإنسان حيث أن لكل شخص الحق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي¹.

*** الصورة الثانية:** و فيها يشترط المشرع ضرورة طرح الدعوى أمام هيئة التحكيم قبل طرحها أمام القضاء و ألا يقضي بعدم قبول الدعوى لتخلفه شرط من شروط قبولها. و لقد أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 44/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المتضمن التحكيم الإلزامي لبعض الهيئات و نص فيه على إنشاء لجننتين إحداها وطنية و يكون مقرها بمدينة الجزائر و أخرى ولائية للتحكيم على مستوى الولاية، و حدد مجال اختصاص كل منهما، كما حدد نوعية المنازعات التي تنظر فيها هذه الأخيرة. و قد نصت المادة الأولى من الأمر على أنه "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف و الأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات و التي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية و الوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي و تعاونيات قدماء المجاهدين و تعاونيات الثورة الزراعية و كذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم"².

ثانيا: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي:

و يركز هذا النوع على أساس طبيعة القائم على إجراءات التحكيم.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية و الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008، ص 50.

² الأمر رقم 44/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المتضمن التحكيم الإلزامي لبعض الهيئات، الجريدة الرسمية، عدد

أ. التحكيم الحر: و هو أن تقوم الجهة المتعاقدة بتحديد جميع الإجراءات اللازم إتباعها للفصل في الدعوى التحكيمية في ظل قانون التحكيم، كالمهل و المواعيد و تعيين المحكمين و عزلهم و ردهم¹.

ب. التحكيم المؤسساتي: و تنشأ في ظل جهة خاصة مهمتها الفصل في الدعوى التحكيمية و يخضع الطرفين المتعاقين لنظامهما بحيث يفصل في النزاع إما مؤسسة أو هيئة منظمة أو جمعية (وطنية أو دولية كانت)، و تحدد هذه الجهة جميع إجراءات التحكيم².

ثالثاً: التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح:

أ. التحكيم بالقانون: و يعتبر هذا النوع من التحكيم هو الأصل ما لم يعبر الأطراف عن العدول عنه

صراحة، و تتلزم و في إطاره هيئة التحكيم بالتعامل مع القضية و كأنها محكمة رسمية إذ تطبق قانون معين و كل عدول فيه يعرض حكمها للطعن أمام القضاء³.

ب. التحكيم بالصلح: و تفصل و بموجبه هيئة التحكيم في المنازعة على أساس ما تحقق به العدالة، و يجب النص على وثيقة التحكيم بالصلح في عقد التحكيم حتى لا يكون هناك توسع في تفسير نوع التحكيم الذي يتم اللجوء إليه، كما أنه لا يجوز للأطراف المتعاقدة الطعن في حكم هيئة التحكيم بالصلح و لو خالف قانوناً معيناً، إلا في حالة مخالفة النظام العام⁴.

¹ عبد الحميد الشورابي، التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء و التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 24.

² عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم و التصالح في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 31.

³ حمزة أحمد حداد، التحكيم في القانون بالصلح في قوانين الدول العربية، ملتقى التحكيم السعودي من منظور إسلامي و دولي، سنة 2005.

⁴ فاطمة محمد العوا، عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية و القانون، بيروت، طبعة أولى، 1423 هـ، ص 292.

و لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 451 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل و المتمم للأمر رقم 66 - 151 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، إمكانية أن يفصل المحكم في النزاع المطروح عليه عن طريق التحكيم بالصلح كاستثناء عن القاعدة العامة، و هي أن يتم الفصل في النزاع من قبل المحكمين كمفوضين في الصلح، غير أنه قد عدل موقفه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ونص صراحة في المادة 1023 على أن التحكيم يكون وفقا لقواعد القنون¹.

رابعاً: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي:

أ. التحكيم الوطني (National): و يكون التحكيم وطنياً متى تعلق بنزاع واحد و مكان واحد، و تكون جنسية المحكمين و الخصوم واحدة، و القانون الواجب التطبيق و مكان صدور الحكم هو مكان تنفيذه².

ب. التحكيم الدولي: و يكون التحكيم أجنبياً متى كان مكان تنفيذ الحكم التحكيمي في دولة غير الدولة المراد التنفيذ فيها.

و لقد اختلف الفقه في تحديد مفهوم التحكيم الدولي، و إن كان أن التساؤل لا يطرح متى كان التحكيم وفقاً لاتفاقية دولية تبين معنى الدولية في نطاقها، و كذا في حالة ما إذا ينص التحكيم الإداري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية القانون صراحة بتبينه حيث يعتبر القانون السويدي التحكيم الذي يجري خارج السويد أجنبياً، و يعتبر بعض الفقه أن أساس دولية التحكيم هو اختلاف جنسية الخصوم، و المحكم، في حين يأخذ البعض الآخر بمركز الجهة النازرة في موضع النزاع و تتحقق حسب رأيهم الدولية في التحكيم متى كان يجري في دولة غير الدولة التي بها مركز المنظمة، و منهم من يأخذ بمعيار القانون الواجب

¹ مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الطالبة بورزوق زينب، بعنوان التحكيم الإداري، الدفعة 21، السنة 2012/2013.

² الأستاذ قمر عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 60.

التطبيق على إجراءات التحكيم فيكون دوليا إذا كان القانون المطبق قانونا أجنبيا أو قواعد وضعتها منظمة دولية للتحكيم، و مهم من يأخذ بمعيار طبيعة النزاع و موضوعه إذ يطون دوليا متى تعلق كانت المعاملات دولية، و منهم من يأخذ بمعيار البنيات القانونية للحكم التحكيمي أي يكون التحكيم أجنبيا من ثم الابتعاد عن القانون الوطني¹.

و يرى البعض الآخر أنه يجب التفريق بين تقسيم التحكيم و تقسيم أحكامه، و باعتبار التقسيم الأول يهدف إلى تبيان النظام القانوني التحكيم فإنه يكون في إطاره التحكيم دوليا متى كان يعالج المنازعات المالية ذات الطابع الدولي.

أما التقسيم الثاني فإنه يهدف معاملة حكم التحكيم بعد صدوره و يتعين و في إطاره وصف حكم التحكيم دوليا أو وطنيا، و كذا تحديد انتمائه لدولة معينة و ذلك لأجل تنفيذه و هي تلك الدولة التي يصدر فيها.

موقف المشرع المصري و الجزائري:

1. موقف المشرع المصري:

لقد أخذ المشرع المصري بمعيار الطبيعة الاقتصادية لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم و ذلك في المادة 03 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 بحيث نصت هذه الأخيرة "بأنه يكون التحكيم دوليا إذا كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية"، كما أضاف أنه يجب توافر معايير أخرى و هي جغرافية و قانونية.

2. موقف المشرع الجزائري:

لقد أخذ المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بمعيارين لتحديد دولية التحكيم و هما المعيار القانوني و الاقتصادي و ذلك يتجسد من خلال المادة 4588 مكرر الملغاة التي تنص بأنه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص

¹ محسن شفيق، التحكيم الإلزامي الدولي، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص 22 - 23.

أبو زيد رضوان، نفس المرجع السابق، ص .

المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

و قد اشترط المشرع الجزائري آنذاك المعيار القانوني أي أن يكون أحد أطراف التحكيم عنصرا أجنبيا إما بحكم المقر أو الموطن.

أما في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد فقد عرفت المادة 1039 التحكيم الدولي بأنه التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل. و يرى الأستاذ بن عبد الرحمان دحمان أنه قد أحسن المشرع الجزائري سابقا عندما أخذ بالمعيارين الاقتصادي و القانوني مبررا ذلك بأن الأخذ بالمعيار القانوني لا يلم بكل الإجراءات التجارية و الدولية خاصة و في الوقت الحالي الذي يتطلب المعاملات التجارية، كما أنه أخذ بالمعيار الاقتصادي لوحده يؤدي إلى التوسيع غير عقلا في تفسير مفهوم دولية التحكيم¹.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عما يشابهه.

إذا كان نظام التحكيم يعد نظاما خاصا مميزا بقواعده عن الوسائل الأخرى المعروفة لتسوية النزاعات، إلا أنه لا يعد الوحيد الهادف لحسم النزاعات، بل هناك أنظمة قانونية أخرى تتشابه معه كالخبرة و الوكالة و القضاء، إلا أنه هناك نقاط اختلاف بينهم و بين التحكيم و عليه فإنه لتمييز التحكيم عن القضاء و الخبرة و الوكالة².

أولا: تمييز التحكيم عن الصلح:

عرفت المادة 459 من القانون المدني الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.

¹ Ben Abderrahman, Dahman, Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage international, incahiers juridiques ey fiscaux l'expectation, 1993, N° 05, p 1010.

² مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، من إعداد الطالبة صديق سهام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 96 - 97.

و يعد الصلح عقد من عقود التراضي الملزم لجانين يتنازل بمقتضاه كل طرف عن جزء من إدعاءاته مقابل التوصل إلى حل يرضي جميع أطراف النزاع.

و يتشابه التحكيم مع الصلح في:

1. كون النظامين وسيلتين لتسوية المنازعات.

2. صادران برغبة من الأطراف المتعاقدة بإرادتهما الحرة لفض النزاع بعيدا عن

القضاء.

3. الهدف من الاتفاق بين الأطراف هو حل النزاع القائم أو المحتمل.

4. كل من النظامين يتفق الأطراف فيهما على عدم جواز إنهاء النزاعات المتعلقة

بالمسائل و لاسيما تلك المتعلقة بالنظام العام (مثل إلغاء قرار إداري)¹.

في حين يختلف التحكيم عن الصلح في:

1. دور المحكم و القائم بالصلح حيث يقوم المحكم في التحكيم بتطبيق القواعد القانونية

على النزاع المعروض أمامه، في حين يقوم القائم بالصلح بتقريب وجهات النظر بين

الأطراف.

2. يقتضي الصلح و في طبيعته التنازل المتبادل من قبل كلا الطرفين عن جزء من

حقه، في حين تحسم في التحكيم النتيجة لأحد الطرفين دون الآخر.

3. يقبل حكم التحكيم طرق الطعن القانونية، في حين يعد قرار الصلح غير قابل لأي

طريق من طرق الطعن.

4. مجال الصلح و التحكيم: يعد مجال الصلح أوسع نطاقا من التحكيم، حيث لا يطبق

هذا الأخير إلا في العقود، في حين يطبق الصلح في جميع النزاعات إلا ما استثني بنص

خاص.

5. يحتاج عقد الصلح لحوزته حجية صدور حكم من القضاء لتقريره، في حين أن

قرار التحكيم يحوز حجية الشيب المقضي فيه بمجرد صدوره.

ثانيا: تمييز التحكيم عن الوكالة:

¹ عصمت عبد الله شيخ، نفس المرجع السابق، ص 25.

لقد عرف الدكتور عبد الززاق السنهوري الوكالة بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة هذا التصرف إلى الأصيل، في حين عرفتها المنادة 571 من القانون المدني بأنها عقد بمقتضاه يفرض شخص شخصاً آخر لقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه.

و تختلف الوكالة عن التحكيم فيما يلي:

1. يجب أن تتوفر في الوكالة الشكل المجدد قانوناً، كما يلتزم الوكيل بتنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة لها دون أن يتجاوزها، في حين يقوم المحكم بمهمة أخرى و هي الفصل في النزاع، و ينتهي عمله بصدور حكم و لا يجوز للأطراف مساءلته.
2. يلتزم الموكل بتبليغ الموكل بما وصل إليه في تنفيذ الوكالة و يقدم له النتائج المتوصل إليها، في حين لا يعد المحكم ملزماً بتقديم عرض حال للأطراف عن نتائج أعماله¹.

ثالثاً: تمييز التحكيم عن الخبرة:

الخبرة هي المعرفة بمواطن الأمور، و قد تكون الخبرة نوعان انفاقية أو قضائية.

و يتشابه التحكيم مع الخبرة في الأوجه التالية:

1. يشترط في كل من التحكيم و الخبرة الحياد و النزاهة و الاستقلال أثناء مباشرة كلا العمليتين.

2. يعهد كل من نظام التحكيم و الخبرة يقومان على أساس الاتفاق للأطراف، و لا يلجأ إليهما إلى حل نزاع معين.

و يختلف التحكيم عن الخبرة في:

1. دور المحكم و الخبير، يقوم المحكم بالنظر فيما قدم إليه الخصوم من مستندات، في حين يبادر الخبير للوصول إلى كافة المعلومات اللازمة لإعداد تقريره.
2. قوام الخبرة هو إبداء الرأي، في حين قوام التحكيم هو الفصل في الخصومة و النزاع.

¹ محمودي مسعود، نفس المرجع السابق، ص 237.

3. تقوم مهمة الخبير بالفحص المادي للمسائل الواقعية ذات الشخص الفني، في حين مهمة المحكم هي دراسة إدعاء قانوني و الفصل فيه وفقا لقواعد إحرائية محددة.
4. يؤدي الخبير اليمين القانونية قبل أداء مهمته، في حين أن ثقة الخصوم في المحكم هي التي تؤدي إلى اختياره.
5. تعد الخبرة دليلا من أدلة الإثبات ليس لها القوة الملزمة لحكم المحكم، و تتوقف حجيتها على التقرير الحاصل في النزاع.

رابعاً: تمييز التحكيم عن القضاء:

1. يشترط لصحة حكم المحكم رضاء المحكمين، أما حكم القاضي فإنه ينفذ و يرضى به الخصوم.
2. يجوز للقضاء في جميع المسائل ولو تعلق بالنظام العام و الحالة الشخصية، في حين لا يجوز التحكيم في هذه الأخيرة.
3. حكم المحكم لا يتعدى في إلزامه أطراف الخصومة أصلا على الرضا و لا ينفذ إلا بموافقة المتقاضين، في حين قد يمس حكم القاضي العام و يعد نافذا بذاته.
4. يبطل حكم المحكم من طرف القاضي متى كان باطلا في حين لا يلغي حكم القاضي إلا من طرف قاضي أعلى درجة¹.

¹ الدكتور زكي النجار، الوسائل غير القضائية لحسم النزاعات الإدارية، ار النهضة العربية، سنة 1993، ص 50.

المبحث الثاني: موقف الأنظمة القانونية من التحكيم في العقود الإدارية.

اختلفت الآراء الفقهية و الأحكام القضائية في مدى جوازية التحكيم في العقود الإدارية بين مؤيدين لهذا النظام و رافضين له، و أمام هذا الاختلاف دخل المشرع لحسمه، و ذلك بإجازته تطبيق نظام التحكيم في العقود الإدارية، بعدما كان موقفه متذبذبا و يرجع سبب ذلك إلى المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية التي فرضت حتمية اللجوء إلى نظام التحكيم لحل المنازعات في العقود المختلفة، بالإضافة إلى اعتبار التحكيم ضمانا للمتعاقد و خاصة المتعامل الأجنبي.

و سيتم من خلال هذا المبحث معرفة موقف الأنظمة القانونية من التحكيم في العقود الإدارية، و لاسيما منها النظامين الفرنسي و المصري و ذلك مقارنة مع النظام الجزائري.

المطلب الأول: موقف النظام الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية.

تباينت الآراء في الفقه و القضائين الفرنسيين حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية و حظره و كان لكل منهما موقفا خاصا به.

الفرع الأول: الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية و موقف الفقه و القضاء

منه:

لم يجرز قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم للدولة و الأشخاص المعنوية الحق في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها، بل اعتبر استدراج شرط التحكيم فيها باطلا بطلانا مطلقا، و قد سار مجلس الدولة الفرنسي على هذا النهج معتمدا على النصوص القانونية، في حين رفض القضاء العادي هذا الموقف و كان للفقه هو الآخر موقفا متباينا بين التأييد و الرفض.

أولاً: الأساس التشريعي لحظر التحكيم في العقود الإدارية:

لقد نصت المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية القديم على أنه يحظر اللجوء إلى أي شكل من أشكال التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام التابعة لها و اعتبرت القاعدة من النظام العام. و امتد هذا المنع ليشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري على الرغم من أن نشاطها يخضع لقواعد القانون الخاص. و يمكن القول أن هذا الحظر أساسه هو أنه من شأنه استبعاد حضور النيابة العامة و التي هي أدرى بحماية المال العام، و يؤدي إلى عدم استثارة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى من هذا الإجراء¹.

و اختلف الفقه من خلال تعليقه على نص المادة 2060 من القانون المدني، حيث اعتبر البعض منهم أن النص الجديد ما هو إلا تكرار النص القديم، في حين اعتبر البعض الآخر أنه تطور ملموس كونه حدد الأشخاص التي تخضع للحظر بصورة أكثر دقة، كما اعتبر البعض أن القاضي الإداري ملزم بتطبيق القانون المدني و بخصوص منع أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم، في حين رأى البعض الآخر أنه لا يمكن الاعتراف لنصوص القانون المدني في مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة و العقود الإدارية بصفة خاصة إلا

ملاحظة: أجازت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1975 على أنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العمومية الصناعية و التجارية بموجب مرسوم أن تلجأ للتحكيم.

¹ محمود السيد عمر النحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 3، ص 375.

بقيمة ثانوية، و أن المواد 83، 1004 و 2060 من القانون المدني لا يمكن أن يكون هدفها الفصل في منازعات العقود الإدارية أمام القضاء الإداري¹.

ثانياً: موقف القضاء الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية:

أ. القضاء العادي:

ابتدع القضاء العادي قاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية التي تجريها للأشخاص العامة، و استقلال هذا الاتفاق عن حكم أي اتفاق داخلي.

قد أكدت و في هذا السياق محكمة النقض الفرنسية على هذ المبدأ في قرارها الصادر في 1964/04/14 في قضية "Son carlo" حيث أكدت على أن الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية لا يثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 3/3 من القانون المدني، بقدر ما يتعلق بقانون العقد و ليس بالقانون الشخصي للأطراف، لذا نطبق أحكام القانون الأجنبي و التي تجيز التحكيم و ليس أحكام القانون الفرنسي باعتباره القانون الخاص للطرف الفرنسي و الذي يمنع اللجوء للتحكيم².

كما قرر في حكم آخر صادر بتاريخ 1966/05/02 في قضية وزارة النقل البحري الفرنسي و مالك سفينة يوناني، حيث قضته بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد و أن الحظر الوارد في نصوص القانون الفرنسي قاصر على العقود الداخلية³.

و يستنتج مما سبق أن القضاء العادي الفرنسي أخذ بالحظر في قانون الإجراءات المدنية للتحكيم فيما يتعلق بالنظام العام الداخلي و ليس الدولي⁴، و قد انضمت فرنسا لعدة اتفاقيات دولية نصت على أهلية الدولة و أشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم في العلاقات التعاقدية التي تبرهما، مع وجوب على القضاء العادي مراعاة هذه الاتفاقيات و هو ما أكدته المادة 55 من الدستور الفرنسي.

¹ علاء الدين محي الدين مصطفى و محمد إبراهيم طبري الوكيل، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مطبعة القانون و الاقتصاد، الرياض، طبعة 2014، ص 65.

² الدكتور حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق، ص 97 - 98.

³ Casse civ - 1. 02 mai 1996.

⁴ حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2001، ص 27.

ب. موقف القضاء الإداري:

استقر موقف الدولة الفرنسي منذ القرن التاسع عشر على بطلان لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في علاقاتهم التعاقدية، و قد ذهب في هذا الصدد مفوض الحكومة الفرنسية روميور (Ramiour) سنة 1893 إلى القول بأن التحكيم سيكون علامة ريبة إزاء قضاء الدولة المقررة لحماية حريات الأفراد و أنه نوع من التسامح إن لم يكن نوعاً من الضعف قبول المشرع لجوء الأفراد إلى التحكيم و ترتيباً على ذلك فالمؤسسات العامة و الأشخاص المعنوية عموماً لا يجوز تنكرها للقضاء الرسمي.

و لقد استند مجلس الدولة لتبرير موقفه إلى عدة مبررات و لعل أهمها:

- نص المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية و التي منعت أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية.

- اعتبار الحظر الوارد مبدأ قانون عام، حيث ذهب قضاء مجلس الدولة إلى اعتبار الحظر الوارد على أهلية الدولة و الأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم مبدأ من المبادئ العامة للقانون الفرنسي و التي يجب على القاضي تطبيقها باعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية التي تعين على الإدارة احترامها و الالتزام بها¹.
و عليه فقد رتب مجلس الدولة البطلان المطلق لكل عقد إداري يرد عليه شرط التحكيم.

ج. موقف الفقه الفرنسي:

اختلف موقف الفقه حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث أيد البعض منهم موقف

مجلس الدولة من خلال رفضه للتحكيم في العقود الإدارية، من خلال تبنيه لرأي الفقيه "لافيرير" (Laferiere) الذي قال إلى أنه كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في

¹ من بين القرارات التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي، القرار الصادر سنة 1989 قضى فيه بإلغاء حكم هيئة التحكيم التي استندت في اختصاصها على شرط التحكيم الوارد في عقد الأشغال العامة، حيث قرر المجلس بأن شرط التحكيم باطل إلا ما نص التشريع على غير ذلك، و باعتبار أنه لا يجوز نص تشريعي يجبر إدراج هذا الشرط في عقود الأشغال العامة بأن هذا الشرط يعد باطل.

المنازعات التي لم توافق على منحها للقضاة العاديين، و استندوا في رأيهم إلى عدة اعتبارات لتأييد مجلس الدولة في تشدده تجاه التحكيم منها:

- اصطدام نظام التحكيم بمبدأ سيادة الدولة.
- إخلال اللجوء للتحكيم لمبدأ الفصل بين السلطات.
- الاعتداء على اختصاص القضاء الإداري¹.

في حين ذهب البعض من الفقهاء إلى القول أن ما استند عليه مجلس الدولة الفرنسي من حجج المستمدة من النصوص القديمة قد زادت و قلت قيمتها و لم يعد ما يبررها لاسيما مع تطور أحكام القانون الإداري، و كذا عدم ثبوت حضور النباية العامة في الدعوى لحماية المصلحة العامة.

الفرع الثاني: إجازة التحكيم في بعض العقود الإدارية.

أمام تناقض موقف مجلس الدولة الفرنسي و محكمة النقض الفرنسية، تدخل المشرع الفرنسي للحد من القاعدة التي أرساها مجلس الدولة من خلال بعض القوانين.

أولاً: إجازة بعض العقود الإدارية بموجب قانون 17 أفريل 1906 المتعلق بقانون

المناقصات

و المزايدات:

نصت المادة 69 من هذا القانون على جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة و التوريد، إلا أنه قد هذا النظام بشروط صارمة، كما حدد نطاقه تطبيقه و ذلك كالتالي:

- لا يتعدى التحكيم في عقود الأشغال العامة و التوريد المنازعات التي تتصل بتصفيّة النفقات عنها.

¹ قريقر فتيحة، القابلية للتحكيم، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (بن يوسف خدة)، 2007/2008، ص 38.

- حدد المشرع الفرنسي في هذا القانون وقت صدوره صفة الشخص المعنوي الذي يجوز له اللجوء إلى التحكيم على سبيل الحصر، حين استبعد نطاق تطبيقه على عقود الأشغال العامة و التوريد الذي تبرمها المرافق العامة، و لا يوسع نطاق تطبيقه إلا بموجب المرسوم رقم 25 الصادر سنة 1960 حيث أجاز للنقابات المختلطة و المناطق الحرة و المؤسسات العامة التابعة للمحافظات أو المقاطعات اللجوء إلى التحكيم.

- و قد اشترط هذا القانون الموافقة المسبقة للأشخاص المعنوية حتى يمكن لها اللجوء على التحكيم، كل حسب الحالة، بحيث اشترط موافقة مجلس الوزراء المسبقة بقرار من وزير المالية و الوزير المختص بالنسبة لعقود الأشغال العامة و التوريدات التي تبرمها الدولة، و موافقة المجلس البلدي بالاعتماد على محافظ المقاطعة إذا كان للعقدين المبرمين من طرف الوحدات المحلية، هذا و بالإضافة إلى أن اللجوء إلى التحكيم في هذين العقدين يتم عن طريق مشاركة التحكيم، و هذا الشرط يتماشى مع تقييد المشرع نطاق تطبيق هذا القانون بنوع من المنازعات، و التي تتصل بتصفية نفقات العقدين السالف ذكرهما، فمشاركة التحكيم لا يكون إلا بعد وقوع النزاع و معرفة جوانبه و أبعاده¹.

ثانياً: إجازة التحكيم للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري بموجب

قانون

596 سنة 1975:

رخصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية بعد تعديلها بموجب القانون (1975 - 596) للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري اللجوء للتحكيم و ذلك بموجب مرسوم، حيث رخص لكل من الشركة الوطنية للسكك الحديدية بموجب المادة 28 من القانون الصادر في 20 ديسمبر 1982 و هيئة البريد و الاتصالات بموجب القانون الصادر في 02 يوليو 1990.

¹ محمود عبد الله المؤيد، جواز التحكيم في العقود الإدارية عبر الحدود، مفهوم العالمية و العولمة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية و الاقتصادية، مصر، عدد 10، سنة 2004، ص 286.

و يكمن سبب تحقيق هذا المنع الوارد على هذا النوع من المؤسسات هو بذل الفقه الفرنسي و في سنة 1950 جهدا كبيرا يصل هذا النوع من المؤسسات إلى إبرام تفاق التحكيم بحيث ذهب إلى القول أن الحظر الذي جاء في المادتين 83 و 1004 بنطبق على هذا النوع من المؤسسات لكونها تمارس نشاطا يخضع في مجمله لقواعد القانون الخاص¹.

ثالثا: إجازة التحكيم في العقود الدولية بموجب قانون 19 أوت 1986:

صدر قانون 19 أوت 1986 على خلفية إصرار الشركة الأمريكية تضمين العقد المبرم بينها و بين الحكومة الفرنسية شرط التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنسأ عن تنفيذ العقد و الذي كان محله تعهد الشركة الأمريكية إقامة مدينة ألعاب على شكل (والت ديزني) الأمريكية.

وقد نصت المادة 09 من هذا القانون على أنه: و مخالفة لأحكام المادة 2060 من القانون المدني يسمح للدولة و الهيئات المحلية و المؤسسات العامة بالنسبة للعقود التي تبرمها بالاشتراك مع شركات أجنبية لتحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة الوطنية على شروط تحكيمية لتسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق و تفسير هذا العقد.

إلا أنه قيد المشرع الفرنسي هذا الاستثناء بشروط و هي:

- أن يكون العقد مبرم مع شركة أجنبية و أن يكون بخصوص مشروع ذو نفع قومي.
- صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم².
- و انطلاقا من هذا القانون صدرت العديد من القوانين التي أجاز بموجبها المشرع الفرنسي للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم منها: المرسوم رقم (2004 - 559) الصادر بتاريخ 17 جوان 2004 الخاص بعقد الشركة و تمت المصادقة عليها بواسطة المادة 78 من القانون رقم 1343/2004 الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 2004 و في هذا القانون اشترط المشرع الفرنسي ضرورة تضمين العقد شرط التحكيم. كما صدر في 27 مارس 2007 تقرير

¹ محمد الصغر بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، ص 238.

² وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا و مصر و دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2008، ص 82.

مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص المشروع التمهيدي للقانون الخاص بالتحكيم في المجال الإداري، و انتهت إلى السماح لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناتجة عن علاقاتها التعاقدية غير شرط التحكيم و مشاركة التحكيم.

موقف مجلس الدولة الفرنسي:

بعد صدور قانون 19 أوت 1986 و الاقتراح الذي قدمه مجلس الدولة الفرنسي للحكومة سنة 1993 بشأن الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لحسم المنازعات الإدارية أهمها (الصلح و التحكيم و التوفيق)، تجسد موقفه بشأن التحكيم و اقترح تعميم التحكيم في مجال العقود الإدارية و منها عقود الأشغال العامة و عقود التوريد و عقود النقل.

- الاعتراف للحكومة بسلطة التصريح بمرسوم لأي مؤسسة عامة باللجوء إلى التحكيم.

المطلب الثاني: موقف النظام المصري من التحكيم في العقود الإدارية.

جاء أول نظام تشريعي للتحكيم في مصر في أواخر القرن 19 و ذلك بموجب القانون الصادر سنة 1989 و الذي قضى فيه المشرع المصري فصلا تحت عنوان أحكام التحكيم، ليأتي بعدها قانون 77 لسنة 1949 و الذء جاء بمواد نصت على التحكيم و نظمته.

غير أن المتتبع لحركة التشريع في مصر يؤكد أن القانون رقم 13 لسنة 1968 هو الذي كان نقطة إرساء دعائم مشروعية التحكيم في العقود الإدارية من خلال الجدل الفقهي و القضائي الذي ساد تلك المرحلة حول أعمال هذا النظام في نطاق العقود الإدارية.

فيتدخل المشرع المصري و يقر بالتحكيم بموجب القانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 والذي ألغى المواد من 501 إلى 513 من قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم 13 سنة 1968.

الفرع الأول: مرحلة الإجازة الضمنية للتحكيم في العقود الإدارية و موقف الفقه و

القضاء منها.

لم يتضمن القانون رقم 13 لسنة 1968 المتعلق بقانون المرافعات نصا تشريعا صريحا يجيز صراحة التحكيم في العقود الإدارية، و ساد في هذه الفترة اختلاف بين الفقه و القضاء و سوف يتم تناول هذا الاختلاف و موقف كل من المشرع و الفقه و القضاء.

أولاً: موقف المشرع المصري من التحكيم في العقود الإدارية من خلال القانون

الذي تضمن نظام

التحكيم و النصوص القانونية المعاصرة لهذه المرحلة:

لقد نصت المادة 501 من قانن المرافعات المدنية و التجاري رقم 13 لسنة 1968 على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين¹. و باستقراء عبارة "كما يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، تعني أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في أي علاقة تعاقدية بغض النظر عن أطرافها و نوع القانون الذي يخضعه إليه. و لقد وجد في الواقع العملي أن الإدارة ممثلة بالدولة أو أحد أشخاص القانون العام كانت تقبل بشرط التحكيم في عقود الأشغال العامة و عقود الاستغلال خاصة و بمجرد أن

¹ جابر جابر نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، ص 234.

يظراً نزاع بينها و بين المتعامل المتعاقد تلجأ للقضاء متحجبة بأنه هو من يختص في الفصل في هذه المنازعات كونها تتعلق بعقود ذات طبيعة خاصة¹.

ثانياً: موقف الفقه و القضاء من سكوت المشرع بخصوص التحكيم في العقود

الإدارية:

اختلف الفقه و القضاء حول مدى حواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث ذهب البعض إلى القول بجواز هذا الأخير في العقود الإدارية مستخدماً نص المادة 501 من قانون المرافعات، المدنية و التجارية، بينما نص البعض الآخر على أن مجلس الدولة هو المختص في الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية طبقاً لنص المادة 10 من قانون مجلس الدولة².

أ. موقف الفقه:

كان موقف معظم الفقه و أثناء هذه الفترة رافضاً لفكرة التحكيم في العقود الإدارية، إلا أنه لاقى و بدوره نقداً لحججه و براهينه.

أ/ التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة:

استند أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم قد يمس بسيادة الدولة نتيجة لسلب اختصاص القضاء باعتبار أن القضاء الوطني يمثل مظهراً من مظاهر السيادة للدولة، و إسناد حل النزاع الناشئ عن إبرام أو تنفيذ عقد إداري إلى محكم يتفق عليه الخصوم من شأنه المساس بسيادة الدولة باستبعاد القضاء الوطني و إمكانية تطبيق قانون أجنبي، و بالتالي إذا كان

¹ المادة 501 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 و الملغاة بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بقانون التحكيم.

² نصت المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر.

التحكيم مقبول بالنسبة لعلاقة تعاقدية تخضع للقانون الخاص فهو غير مقبول بالنسبة لعلاقة تعاقدية يحكمها القانون العام.

نقد: لاقت هذه الحجة عدة انتقادات واسعة من طرف الفقه المؤيد لإعمال التحكيم في العقود الإدارية، و استندوا للمبررات التالية:

- لا يمكن إجازة التحكيم في العلاقات التعاقدية التي تستعمل فيها الإدارة امتيازات السلطة العامة إلا إذا أقره المشرع، و هذا لكون أهلية الإدارة محددة ينظمها و يقرها القانون، فإذا ما قرر لها الدخول في علاقة تعاقدية يحكمها التحكيم في حل المنازعات التي تنشأ عنها كان لها ذلك و إن كان العكس ظلت مقيدة بحدود أهليتها التي نظمها القانون¹.

- إن اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية من شأنه التخفيف على موقف القضاء، كما أن لهذا الأخير دوره الموازي سواء بالإشراف و الرقابة فالمشرع عند تنظيمه للتحكيم يحرص على إعطاء القضاء سلطة التدخل في أعمال المحكمين و ذلك في حالة اختلاف أطراف إنفاق التحكيم في هيئة التحكيم، فالقضاء هو الذي يقوم بتعيينها و كذا القرار التي تصدره هذه الأخيرة هو قابل للطعن فيه أمام القضاء.

- إن أشخاص القانون و عند إبرام لعقد إداري و إدراج شرط التحكيم كبند يتم اللجوء إليه في حلقة وجود نزاع بين الإدارة و المتعاقد المتعامل معها لها الحق في اشتراط القانون الوطني و قبول تطبيق القانون الأجنبي و ذلك بناء على إرادتها و بالتالي فإن القول باستبعاد القانون الوطني و تطبيق الأجنبي في علاقة تعاقدية يحكمها القانون العام من خلال التحكيم في المنازعات التي تقوم بشأنها في غير محله.

ب/ التحكيم تعدي على اختصاص القضاء الإداري و مخالفة للدستور:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية هو انتهاك و تعدي للاختصاص النوعي للقضاء الإداري مؤيدين رأيهم على نص المادة 172 من الدستور من

¹ عبد العزيز محمد علي بن زيد، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص 45.

المادة 10 فقرة 11 من قانون مجلس الدولة و التي خولت سلطة البث في المنازعات الإدارية و من ضمنها العقود الإدارية للقضاء الإداري¹.

نقد: لم يسلم أنصار هذا الرأي من النقد و ذهب رأي من الفقه إلى القول أن المشرع و لما أقر باختصاص مجلس الدولة للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بنص القانون، يهتم بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقد إداري وأنه لا يوجد نص صريح في قانون مجلس الدولة منع اللجوء للتحكيم.

- إن نص المادة 58 من قانون مجلس الدولة المصري لم تبين و في صياغتها إن كانت العقود هي العقود الإدارية هي عقود إدارية تتجرد فيها الإدارة من امتيازات السلطة العامة، كما ألزمت الإدارة باستشارة لجنة الإفتاء بمجلس الدولة في أي اتفاق تزيد قيمته عن خمسة آلاف جنيه، و هذا إجازة ضمنية من طرف المشرع لجواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية.

- عدم نص المادة 172 من الدستور على أي حظر سواء مطلق أو أجنبي للتحكيم في العقود الإدارية، حيث أن هذه الأخيرة نصت على أنه يعد مجلس الولة هيئة قضائية إدارية مستقلة عن القضاء العادي لا غير.

ج/ التحكيم يتعارض مع المبادئ و الأسس التي يقوم عليها العقد الإداري:

استند هذا الفقه في تبرير رأيه إلى نظرية العقد الإداري، حيث يرون أن العقد الإداري يقوم على معايير تميزه عن باقي العقود الأخرى، كما أن الهدف من إبرامه هو تحقيق المصلحة العامة، و إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن تطبيقها في العقود الإدارية

¹ نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري و أثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007، ص 227.

تنص المادة 58 من قانون مجلس الدولة و التي تنص على أنه لا يجوز لأي وزارة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيهه بغير استثناء الإدارة المختصة.

كون تعلق العقود الإدارية بالمصلحة العامة يقتضي الموازنة بين الإدارة و المتعاقد معها، و البتالي فإنه لت يمكن أن يسري على العقود الإدارية اتفاق التحكيم¹.

نقد: لاقى هذا الجانب من الفقه نقدا من طرف اتجاه آخر و رأى هذا الأخير أن العقد الإداري شأنه شأن باقي العقود في أركانه و حرية الأطراف المتعاقدة في التعبير عن إرادتها، و يجوز للإدارة أن تشترط اتفاق التحكيم لحل النزاعات القائمة في العقود الإدارية، بل و أن الإدارة تلجأ للتحكيم في مسائل أخطر من العقود الإدارية لرسم الحدود الجغرافية².

د/ التحكيم من شأنه إبطال مبدأ الفصل بين السلطات:

و يرى هذا الجانب من الفقه إلى أن إجازة التحكيم في العقود الإدارية من شأنه الإخلال بمبدأ الفصل

بين السلطات، كون الدستور قد خول للسلطات العامة اختصاصات معينة و يناط للسلطات القضائية البث في أي نزاع بغض المظر عن طبيعة المنازعة و لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في العقود الإدارية، تخضع في أساسها للقانون العام من شأنه الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات لكون الفصل في النزاعات من الاختصاص الأصيل للقضاء الإداري.

نقد: رأى البعض من الفقه أن الأخذ بهذا المعيار غير مبرر و كافي لمنع التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، كونه يجوز الطعن في أحكام المحكمين أمام القضاء الإداري، كما أنه تعد هيئة التحكيم بمثابة الهيئة القضائية رفضها في موضوع النزاع.

ب. موقف القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية:

اختلف القضاء الإداري المصري بين قسميه الإقتائي و القضائي حول مدى إجازة التحكيم في نطاق العقود الإدارية.

تذبذب موقف القسم الإقتائي بمجلس الدولة بين إجازة التحكيم في العقود الإدارية و حظره، حيث قررت الجمعية العامة لقسم الفتوى و التشريع و في إحدى الفتاوى بعدم جوازية

¹ بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار وائل للنشر، الأردن، ط 1، سنة 2005، ص 53.

² الدكتور حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 105 - 107.

التحكيم في العقود الإدارية¹ بصفة ضمنية غير صريحة، و انتهت إلى القول أن نظام التحكيم لا يحتمل بمجرد إعمال إرادة الخصوم، بل يجب أن يكون هناك رخصة من المشرع لإضفاء الشرعية على اتفاقهم، حيث يمكن القول بأنه لولا إجازة المشرع الإلتحاء للتحكيم و نصه على تنفيذ أحكام المحكمين ماكانت إرادة الخصوم كافية لخلقه².

و في فتوى أخرى أقرت الجمعية العامة بجواز التحكيم و مشروعيته، و ذلك بموجب قرارها المؤرخ في 1989/05/15 في عقد أبرم بين إدارة التعمير و المجتمعات العمرانية و مجموعة العمارة و التخطيط الذي تضمن بندا يقضي باللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد أو تفسيره، و عللت رأيها بالاعتماد على المادة 501 من قانون المرافعات و المواد 10 و 58 من قانون مجلس الدولة، و اعتبرت نطاق نص المادة 501 نطاق عام لم يحدد المشرع إعمال هذا الخيار بنوع محدد من العقود، كما أن نية المشرع و من خلال نص المادة 10 فقرة 11 من قانون مجلس الولة اتجهت نحو توزيع الاختصاص بين القضاء العادي و الإداري و ليس منع أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم³.

كما أن نص المادة 58 من قانون مجلس الدولة أوردت شرطا يتعلق باستفتاء لجنة الإفتاء بمجلس الدولة من طرف الإدارة بأن العقود التي تبرمها و هذا يدل على جواز التحكيم و مشروعيته.

و أما بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا فقد أقرت و في قراراتها بعدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية، حيث صدر و في هذا الشأن قرارها المؤرخ في 1990/02/20 و الذي قضى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية و تعود وقائع القضية إلى نشوب نزاع يتعلق بعقد امتياز أبرم بين الشركة المصرية للمساهمة و التعمير و الإنشاءات السياحية و وزارة الإسكان و المرافق، حيث نص العقد في أحد بنوده على أنه يفصل بالتحكيم في أي خلاف ناشئ عن تفسير أو تنفيذ الاتفاقات و شروط المتنازل، كما حدد الاتفاق تشكيلة هيئة التحكيم، و نص على أن أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن أمام المحاكم المصرية طبقا للتشريع المعمول به.

¹ فتوى الجمعية العامة لقسم الفتوى و التشريع بمجلس الدولة في الملف رقم 163/06/86، مجلة 1970/01/15.

² الأستاذ قمر عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 146.

³ نصر الدين بشير، نفس المرجع السابق، ص 228.

و نتيجة نشوب خلاف بين الطرفين طالبت الشركة إحالة الخلاف على هيئة التحكيم طبقا لما هو متفق عاياه، و لكن الوزارة امتنعت، فرفعت الشركة ضد هذه الأخيرة دعوى أمام المحكمة الإدارية لإلزام باحترام بنود العقد و استجابت المحكمة لطلبها و بعد الطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، قررت هذه الأخيرة بقبول الطعن، و إلغاء حكم محكمة القضاء الإداري و عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية.

و مما جاء في حيثيات القرار أن (القاعدة أن المشرع الوضعي المصري أقر باختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الإدارية و من بينها العقود الإدارية، و بالتالي ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق بما لا يهدم خصائص العقد الإداري و بما لا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المازعات المتعلقة بهذا العقد، و الحكم القضائي قد ذهب إلى غير ذلك من خلال الإشهاد على شرط صحة التحكيم و إلزام وزير السكن بتعيين محكما عنه، و من ثم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون)¹.

و قد أرسى هذا القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا قاعدة أمام القسم القضائي لمجلس الدولة مضمونها بطلان التحكيم في العقود الإدارية، و تبعتها محكمة القضاء الإداري في عدة أحكام تنص على عدم مشروعية التحكيم في العقود الإدارية.

و يستخلص مما سبق أن هذا التعارض الذي كان قائما بين جهتي القضاء الإداري المصري ناتج أو يرجح أنه و عند عرض المنازعة المتعلقة بعقد إداري يتضمن شرط التحكيم على القسم القضائي، فإن هذا الأخير يجد نفسه أمام خصومة و جب انتهائها بحكم، بينما أمام القسم الإفتائي فإنه يكون عند إبرام عقد إداري يستلزم رأي الجمعية العامة لقسم الفتوى و التشريع بمجلس الدولة.

و إن القسم القضائي يرفض و باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في النزاعات الناشئة عن العقد الإداري اللجوء إلى التحكيم، و الفصل في النزاع من طرف هيئة تحكيمية لأن ذلك يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 3049 لسنة 32 قضائية، جلسة 1990/02/20.

الفرع الثاني: مرحلة تنظيم التحكيم بموجب قانون مستقل.

اضطر المشرع المصري و أمام اختلاف وجهات النظر حول مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية إلى إصدار قانون مستقل بذاته ينظم التحكيم، و لكن رغم صدور هذا القانون إلا أنه بقي جانب من الفقه متمسكا بموقفه المعاصر لفكرة التحكيم في نطاق العقود الإدارية، في حين أيد جانب آخر بوجود هذا النظام في العقود الإدارية.

أولاً: موقف المشرع المصري من التحكيم في العقود الإدارية من خلال القانون رقم 27 لسنة

1994:

أصدر المشرع المصري القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية و كان ذلك نتيجة لنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية و الدولية و مواكبة الحركة التجارية الدولية، و ألغيت المواد من 501 إلى 513 من القانون رقم 13 لسنة 1968 بموجب المادة 03 من قانون رقم 27 لسنة 1994، و ألغى كل حكم مخالف لهذا القانون. و نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يلي: (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان التحكيم تجارياً دولياً يجري في الخارج، و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

و على الرغم من إجازة هذا القانون للتحكيم في العقود الإدارية بعبارة "أشخاص القانون العام" و "أيا كانت العلاقة القانونية"¹، إلا أنه لم يبين نوع هذه العقود هل تلك التي تستعمل فيها إدارة امتيازات السلطة العامة أو التي تنزل فيها منزلة الأفراد.

¹ أحمد خالد حسن، بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري و الإنجليزي و قواعد الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2010، ص 285.

ثانياً: نظر الفقه و القضاء حول التحكيم في العقود الإدارية من خلال القانون رقم 27 لسنة

1994:

تجدد الخلاف الفقهي و القضائي حول مدى جواز أعمال نظام التحكيم في العقود الإدارية لاسيما و أمام عدم نص المادة الأولى من قانون 27 لسنة 1994 صراحة على ذلك و رأى جانب من الفقه المعارض بأنه و أمام عدم تطرق القانون رقم 27 لسنة 1994 للتحكيم في نطاق العقود الإدارية فإنها تعد من اختصاص القضاء الإداري، و أن العبارتين الواردتين في نص المادة الأولى و المتمثلين "أشخاص القانون العام" "أيا كانت العلاقة التعاقدية"، تتعلقان بالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة متجردة من امتيازات السلطة العامة، و قد برر هذا الرأي موقفه من خلال رفض مجلس الشعب اقتراح إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى تشمل العقود الإدارية.

أما على مستوى القضاء، فقد اختلفت و تباينت الآراء بين الجمعية العمومية لقسم الفتوى و التشريع بمجلس الدولة، و القسم القضائي بمجلس الدولة، حيث تراجعت الجمعية العمومية لقسم الفتوى و التشريع بمجلس الدولة عن موقفها و الذي أقر التحكيم و كان ذلك في جلستها المنعقدة بتاريخ 1996/12/18، و ذلك بمناسبة إبدائها لرأيها في مشروع عقدين مزعع إبراهيم بين المجلس الأعلى للآثار و إحدى الشركات البريطانية للقيام بأعمال ترميمية على متحف آثار النوبة بأسوان، حيث تتضمن العقدين بندا يقضي بإحالة أي خلاف قد ينشأ بين الطرفين إلى مركز القاهرة للتحكيم التجاري¹.

و قد توصلت الجمعية العمومية إلى مبررت عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية من خلال استعراضها لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1997، و استخلاصها بأن قانون التحكيم

¹ مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي هو مؤسسة تحكيمية أنشئ بناء على قرار صادر عن اللجنة القانونية الاستثمارية لدول آسيا و إفريقيا بدورها التي انعقدت في جانفي 1978 و ذلك كجزء من النظام المتكامل لتسوية المنازعات في المجال الاقتصادي و التجاري و من بين مهامه: إتاحة التحكيم تحت إشراف المركز، النهوض بالتحكيم التجاري الدولي في المنطقة، تنسيق و مساعدة أنشطة و مؤسسات التحكيم القائمة، و خاصة ما بين المؤسسات الموجودة داخل المنظمة، تقديم المساعدات في إجراء التحكيم الخاصة و خاصة التحكيم التي تجرى وفقا لقواعد اليونسترال للتحكيم، المساعدة في تنفيذ لأحكام التحكيم .. إلخ.

جاء لينظم مسائل مدنية و تجارية داخلية و دولية و القول بأن العقود الإدارية تدخل في نطاق هذا القانون هو قول خاطئ لعدم ورود نص يقرر ذلك¹.

في حين اتجه القسم القضائي بمجلس الدولة إلى إقرار مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، و تعود وقائع القضية في حكمها الصادر بتاريخ 28 جانفي 1996، إلى أنه قد قام وزير الأشغال العامة برفع دعوى ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوربية المنفذة لمشروع قناطر إسنا الجديدة نتيجة عقد إداري أبرم بينهما، و قد تضمن هذا العقد بند ين بأنه يحل أي نزاع ينشأ عن هذا العقد عن طريق التحكيم و يحال أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الإلزامي الدولي، و أثناء تنفيذ هذا العقد ثار نزاع بين الطرفين و كان مركز القاهرة قد قضى لصالح الشركات الأوربية، فقام وزير الأشغال العامة برفع دعوية أمام محكمة القضاء الإداري لإبطال حكم التحكيم، و التي انتهت بالرفض².

الفرع الثالث: مرحلة الإقرار الصريح بجواز لجوء أشخاص القانون العام إلى

التحكيم.

نتيجة و لعدم نص القانون رقم 27 لسنة 1994 صراحة على مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية و وجود اختلاف فقهي و قضائي بين مؤيد و معارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية تدخل المشرع المصري و عدل من هذا القانون بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 و ذلك بتحديد صراحة نطاق تطبيق التحكيم في العقود الإدارية و ضوابط تطبيقه.

أولاً: نطاق تطبيق القانون رقم 09 لسنة 1997:

نصت المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون رقم 09 لسنة 1997 على (و بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأخرى و لا يجوز التفويض في ذلك).

¹ يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص

131.

² حكم محكمة القضاء الإداري قضية رقم 4188 جلسة 1996/01/18.

أما المادة الثانية من نفس القانون فنصت على أنه ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية و يعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.
إلا أن هذه المادة لم تبين نوع العقود الإدارية التي يمكن الاتفاق بشأنها على التحكيم و مدى أثر قانون رقم 09 لسنة 1997 على العقود الإدارية التي أبرمت قبل صدوره.

أ. النطاق الموضوعي للقانون رقم 09 لسنة 1997:

لقد جاءت المادة الأولى في فقرتها الثانية بصيغة التعميم بنصها "بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية، و عليه فإنها لم تميز بين العقود الإدارية الداخلية أو الدولية بطبيعتها أو بتحديد القانون، سواء نتجت هذه المنازعة عند مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما ترتب عليه من آثار.

كما نصت المادة 43 من قانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات و المزايدات على أنه يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم.

ب. النطاق الزماني لسريان القانون رقم 09 لسنة 1997:

طبقاً لنص المادة الثانية من قانون رقم 09 لسنة 1997 و التي نصت على أن ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية و يعمل به من اليوم الموالي لنشره فإنه ليس لهذا القانون أثر رجعي بل أثر فوري.

ثانياً: ضوابط اكتمال أهلية الدولة و أشخاص القانون العام التابعة لها باللجوء

للتحكيم

في العقود الإدارية:

فيد المشرع المصري اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بضوابط جوهرية يترتب على مخالفتها أو الإغفال عنها قابلية إبطال اتفاق التحكيم و هذه الضوابط تم النص على

بعضها في القانون رقم 09 لسنة 1997 و البعض الآخر في قوانين خاصة و تتمثل هذه الضوابط في:

أ. موافقة السلطة المختصة:

و تصت على هذا القيد المادة الأولى من القانون المتعلقب التحكيم في المواد المدنية والتجارية و جعلت من وجوبية الموافقة المسبقة من طرف السلطة المختصة سواء الوزير المختص أو من يتولى اختصامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأخرى قبل اللجوء إلى التحكيم¹.

ب. عدم التفويض في الاختصاص:

قيدت المادة الأولى في فقرتها الثانية الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه عدم تفويض صلاحية الموافقة المسبقة قبل اللجوء إلى التحكيم لجهة أخرى، و عليه فتمتى أجز التحكيم من جهة غير مخول لهما قونا كان مصيره البطلان.

ج. أخذ رأي الجمعية العمومية لقسم الفتوى و التشريع لمجلس الدولة:

أناط المشرع المصري و بموجب الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة و الخمسون من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، مهمة المراجعة المسبقة لاتفاقيات التحكيم التي تيرمها الجهات الإدارية بنصه (و لا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن نبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة).

¹ يسري محمد العطار، نفس المرجع السابق، ص 494.

و عليه فإنه يتعين على أي جهة إدارية ترغب في اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها العقدية أن تأخذ برأي جهة قضائية رفيعة المستوى و إلا كان اتفاق التحكيم عرضة للإبطال¹.

المطلب الثالث: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية.

اختلف موقف النظام الجزائري اتجاه التحكيم من معارض و منكر لفكرة التحكيم في جميع العقود لاسيما منها الإدارية إلى مؤيد، بسبب ما فرضته عليه الظروف الاقتصادية و ضرورة الالتحاق و مواكبة التطور الاقتصادي بصفة عامة و تطور وظيفة الدولة بصفة خاصة، و عليه سوف نتناول مرحلة إنكار النظام القانوني الجزائري للتحكيم ثم التحكيم كضرورة حتمية في ظل الإصلاحات الاقتصادية.

الفرع الأول: مرحلة إنكار النظام القانوني الجزائري للتحكيم.

لقد كان موقف الجزائر غير ثابت من الناحية العملية فتارة يفصل القانون الوطني و تارة ينص على التحكيم.

لقد برز موقف النظام الجزائري المنكر للتحكيم في النصوص التي نظمت العمل الاقتصادي و كذا التصرفات القانونية التي قامت بها مختلف الدول الرأسمالية، فبدأ منذ اتفاقيات إيفيان لسنة 1962 بين الجزائر و فرنسا و كذا الاتفاقيات الأخرى التي حددت مجال العلاقات الجزائرية الفرنسية لاحقا خاصة اتفاق 1963 و 1965، و قد كرست هذه النصوص التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفص النزاعات الناجمة عن الاستثمار هذا على حساب السيادة الوطنية.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع السابق، ص 107.

و لعل سبب رفض الجزائر التحكيم هو شعورها بأن هذا الأخير يؤثر على سيادتها، و قد لجأت إلى عملية تأمين ثرواتها الطبيعية و هذا سنة 1971 و التعبير صراحة عن رفضها التحكيم في النزاعات الناجمة عن الضريبة البترولية¹.

فكرة التحكيم بعد الاستقلال:

عرفت الجزائر بعد الاستقلال فراغا تشريعيا كبيرا و قد استمر العمل بالقوانين الفرنسية لسد هذا الفراغ، ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، و قد اعتبرت الجزائر نظام التحكيم مخالفة للسيادة، و اتخذت موقفا معاديا له بعدم إعطائه مكانة في النظام القانوني، مع إعطاء الأولوية للقانون و القضاء الوطنيين على حسابه، و ذلك راجع إلى تعطشها آنذاك للاستقلال و تبنيها النظام الاتشترافي حيث كانت السيادة القانونية و القضائية من أهم مظاهر النظام المتبع، قد احتدت مرحلة إنكار نظام التحكيم من الاستقلال إلى غاية التأميمات، و هي مرحلة مؤقتة بالنسبة إلى موقف الجزائر من التحكيم، إذ يظهر في النظام الاتفاقي تبني التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناجمة عن العلاقات الاقتصادية بين فرنسا و الجزائر كاتفاقية إيفيان، و الاتفاقيات التي تلتها في إطار التعاون الجزائري الفرنسي خاصة لاتفاق 1963 و 1965 الذين كان لهما تأثير سلبي في السيادة الوطنية، حتى جاء اتفاق جني لسنة 1968 الذي خفف عن التأثير السلبي الذي مارسته فرنسا على السيادة الوطنية، و تم تقليص دور التحكيم عن طريق لجوء للجزائر إلى التأمين، و اتخذت موقفا رافضا للتحكيم في النزاعات الناجمة عن الضريبة البترولية و إبقائه في المجالات الأخرى².

و لقد استمرت مرحلة التحفظ عن التحكيم حتى فترة بداية الثمانينات، حيث يتخذ له موقفا واضحا في القوانين الداخلية و هو ما أدى إلى القول بقبول التحكيم الدولي، بالإضافة إلى تكريس اتفاقيا بموجب الاتفاق الإطار بين الجزائر و فرنسا سنة 1982 و الذي أبرم لأول مرة نظام التحكيم سنة 1983.

(1) التحكيم في إطار النصوص القانونية:

¹ محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، 2008، ص 11.

² محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 08.

إن أبرز النصوص القانونية التي صدرت بعد الاستقلال و التي نصت على التحكيم في شقها القانوني هي اتفاقية إيفيان لسنة 1962، حيث جعلت فرنسا من هذا النظام أداة قانونية لتدعيم مصالحها الاقتصادية و وسيلة حل النزاعات بين الجزائر و فرنسا و هذا كله من أجل التحكيم في قطاع المحروقات و ضمان الحقوق المكتسبة و استمراريتها بعد الاستقلال ليدعم بعدها التحكيم من خلال العقود و الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر و فرنسا خاصة اتفاق 26 جوان 1963، و 29 جويلية 1965 و أخيرا برتوكول اتفاقية 19 أكتوبر 1968 بين الجزائر و شركة جني الأمريكية.

أ. تأثير اتفاقية إيفيان في السيادة الوطنية:

إن أهم إطار قانوني كان يميز العلاقات الجزائرية الاستعمارية قبل سنة 1962 هو القانون البترولي الصحراوي، و الذي نظم العلاقة الجزائرية الفرنسية في مجال البترول إذ تنص المادة 41 منه على أن النزاعات بين الامتياز و مانح الامتياز و المتعلقة بتطبيق الاتفاقية يرجع ابتداء و انتهاء لمجلس الدولة "أي لمجلس الدولة الفرنسي، حيث أن هذا الاختصاص يؤكد من جهة على الطابع الداخلي لعقود الامتياز و وكيف هذه العقود بأنها عقود إدارية.

و لقد جاء في الفصل الخامس من اتفاقية إيفيان على أن النظر في المنازعات البترولية يكون من اختصاص محكمة تحكيمية دولية، يكون تنظيمها باختيار كل طرف في النزاع محكما، على أن يقوم المحكمان باختيار محكم ثالث، و في حالة الخلاف يقوم رئيس محكمة العدل الدولية باعتباره، و قد اعتبرت الحكم التحكيمي نافذا بين الطرفين دون حاجة إلى إصدار أمر التنفيذ، كما استبعد كل إجراء من شأنه الطعن في الحكم.

كما نصت المادة الرابعة من الاتفاقية على أن فرنسا و الجزائر تحلان النزاعات الناجمة عن علاقاتها عن طريق أدوات التسوية الودية حيث تلجأ سواء إلى المصالحة أو إلى التحكيم في حالة عدم الاتفاق على هذه الإجراءات لحل واحدة من الدولتين يمكن أن تخطر

محكمة العدل الدولية¹، و على هذا الأساس و بإعلان مبدأ التحكيم الدولي لم تعد العقود المبرمة عقودا إدارية بل دولية

ب. التحكيم في إطار التعاون الجزائري الفرنسي:

1. إلزامية التحكيم في اتفاق 26 جوان 1963:

لقد جاء هذا الاتفاق لتتوجها لاتفاقية إيفيان و الإعلان البترولي المؤرخ في 19/03/1962 و المتعلق بالتعاون الجزائري الفرنسي، و قد أكد على موضوع التحكيم الدولي المعلن في اتفاقية إيفيان و هو ما كرسته المادة الأولى من الملحق، كما جعل سكرتارية المحكمة في الجزائر، كما نصت المادة الثالثة على أن النظر في النزاعات الناشئة بين الدولتين من اختصاص محكمة التحكيم الدولية، و اعتبرت المادة الثالثة للحكم التحكيمي نافذا دون حاجة للإجراءات التنفيذية و هذا في الإقليم الجزائري و الفرنسي و هذا بعد ثلاثة أيام من صدوره، كما ألح المرسوم رقم 384/63 المؤرخ في 14/09/1963 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم على مبدأ اللجوء الانفرادي إلى محكمة التحكيم مع قبول اختصاصها في كل النزاعات المنصوص عليها في المادة الثانية من الاتفاق سواء في حالة الطلب أو في حالة الدفاع (المادة الخامسة)².

كما نصت المادة الثالثة من الملحق على أن تشكيل المحكمة التحكيمية يكون بتعيين كل طرف محكما على أن يقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث، و في حال الخلاف يتم إخطار رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بهذا التعيين بشرط أن لا يكون المحكم الثالث من جنسية إحدى الدولتين إلا إذا وقع تراضي بينهما، كما أكد الملف على اعتماد المحكمة التحكيمية الدولية في جلستها على ما جاء في الإعلان خاصة القانون البترولي الصحراوي و كذا

¹ محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 12 - 13.

الهدف من قبول الجزائر التحكيم بدل مجلس الدولة هو التخلص من النظام القانوني الفرنسي.

² الملحق الخاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 26/06/1963 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية للسنة الثالثة العدد 67 مكرر بتاريخ 17/09/1963.

إعلان 19 مارس 1962، و في حالة السكوت أو النزاع في هذا الملحق أو القوانين المذكورة، يمكن الرجوع للمبادئ العامة للقانون (أي القانون الدولي)¹.
و قد نشر اتفاقية التحكيم المؤرخة في 1963/06/26 و الملحق في مرسوم 14 سبتمبر 1963.

2. التحكيم في الاتفاق المبرم مع الولايات المتحدة الأمريكية:

و هو اتفاق خاص بالبحث عن الوقود و استغلاله في الجزائر، و قد أبرم بين شركة سوناطراك و شركة جني بترول يوم كومباني الأمريكية و كذا بروتوكول اتفاق يتعلق بنشاطات الأبحاث و البحث عن الوقود و إنتاجه في الجزائر من قبل هذه الشركة، و لقد نصت المواد من 56 إلى 70 من هذا الاتفاق على كيفية إجراء التحكيم، و لقد نصت المادة 58 من الاتفاق على أنه و في حالة فشل المصالحة يمكن لكل واحد من الطرفين أن يلتجئ للتحكيم، و تقدم رسالة من أحد الطرفين تتضمن تحديد المشكل، و يقوم كل طرف بتعيين محكمة يمثله حيث يشعر كل طرف الطرف الآخر بهذا الاختيار، و الذي يشتمل على اسم و صفات و عنوان المحكم المختار، بعد ذلك يختار المحكم محكما ثالثا، حيث يعرف كل طرف المعلومات الخاصة بالمحكم الرئيسي.

كما نص اتفاق 1968 على أنه يحق لرئيس المحكمة العليا بتعيين المحكم الثالث في حالة الخلاف أو المحكم المتوفي أو المتخلف، كذلك في حالة الخلف، كما يمتد كذلك هذا الاختصاص إلى نائب رئيس المحكمة العليا و اعتبر اتفاق 1968 الجزائر مقرا لإجراء التحكيم، إذ نص المادة 63 منه على أنه تجرى إجراءات التحكيم بالجزائر إلا إذا قرر الطرفان خلاف ذلك².

و تطبق اللجنة الأحكام القانونية النظامية أو الاتفاقية الجاري العمل بها، كما يجوز أن تلجأ على سبيل الاحتياط إلى المبادئ العامة للقانون، و تصدر المحكمة أحكاما معللة و يكون

¹ تم تطبيق المبادئ العامة للقانون في النزاع بين الجزائر و شركة (TRAPAL) الفرنسية بتاريخ 09 أفريل 1964 حيث تتعلق بإنجاز أنبوب الغاز الطبيعي الرابط بين حاسي مسعود و أرزيو و رفضت الجزائر التحكيم و نظرا لعدم الوصول إلى اتفاق ودي تم إخضاع النزاع للاتفاق 1963.

² محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 20.

الحكم التحكيمي ملزما للطرفين دون اللجوء إلى أي طعن، حيث تحدد المحكمة أجلا لتنفيذه أو تأخذ أي إجراء لضمان تنفيذه، و قد نص البروتوكول المتعلق بهذا الاتفاق على نفس الإجراءات المتبعة سواء في المصالحة أو التحكيم.

و ما يمكن قوله هو أن التحكيم لم يكن يخدم مصالح الدولة الجزائرية بقدر ما كان يخدم مصالح الشركات الأجنبية خاصة الفرنسية، إذ كانت إجراءاته تشكل عقبة حقيقية في سبيل تحقيق أهداف التنمية الوطنية إلى جانب إفلات الشركات الأجنبية عن الرقابة عليها، و لذلك وضعت الجزائر و بموجب المادة 3/428 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أنه يمنع على الدولة و مؤسساتنا العمومية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بالإضافة إلى المادة 07 من نفس القانون التي تحدد الأشخاص الاعتباريين، إذ تعتبر العقود التي تبرمها عقودا إدارية تخضع للقانون و القضاء الداخلي، في حين أنه حسم المشرع الجزائري الموقف بالنسبة للتحكيم الداخلي ما بين المؤسسات الوطنية و اعتبره إجباري وفقا للقانون الإجراءات المدنية و كذلك الأمر رقم 44/75 المؤرخ في 17/06/1975 و المتعلق بالتحكيم الإجباري¹.

و لكن الواقع العملي بين تذبذب النظام القانوني الجزائري إذ تارة أخذ بالتحكيم و تارة أهمله و أخذ بالقانون و القضاء الوطنيين.

ج. التحكيم في إطار مرحلة التأميمات:

بتاريخ 1971/02/24 صدر أمر من قبل السلطات الجزائرية تم بموجبه تأميم الشركات الأجنبية التي كانت تستثمر في مجال المحروقات و قد نشب على إثرها نزاع بشأن الإجراءات المفروضة من قبل الجزائر على الشركات الفرنسية، خاصة شركة البحث و استغلال البترول في الصحراء (Creps).

و قد طلبت هه الأخيرة المحافظة على حقل المحروقات المسمى زارزاتين، و طرح النزاع على لجنة تحكيمية في روما، و التي أصدرت حكما تحكيميا بتاريخ 1971/02/28، و

¹ محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 20 - 21.

قد عارضت الحكومة الجزائرية الحكم بشدة معلنة أن إجراءات التأميم عمل سيادي لا يمكن أن يخضع للتحكيم.

تأميم المحروقات و التحكيم الدولي:

كرست الجزائر مبدأ العداة للتحكيم بعد لجوئها لعملية التأميم و ذلك بإصدار الأمر 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المعدل للقانون البترولي الصحراوي لسنة 1958 لاسيما المادة 58 منه، و أمت قطاع المحروقات بنسبة 51 %، و أمام رفض الجزائر للحكم التحكيمي الصادر بروما تم إخضاع المنازعات للقانون الوطني¹.

و قد نصت المادة 07 من الأمر 24/71 على إخضاع المنازعات المتعلقة بالجباية البترولية لاختصاص المحكمة العليا أولا و أخيرا و بذلك استبعد التحكيم، إلا أنه و استنادا لنص المادة 07 الفقرة الثانية فإنه تم الأخذ بنظام التوفيق باعتباره أقل تأثيرا على السيادة حيث نصت على ما يلي: " غير أنه يمكن أن ترفع هذه الخلافات مسبقا أمام لجنة التوفيق ضمن الكيفيات المحددة فيما يلي ... "

و قد تدعم هذا الموقف في قانون المالية لسنة 1972 حيث نصت المادة 120 الفقرة الأولى على أن المتازعات المتعلقة بتلك الضرائب تكون تابعة في الدرجة الأولى و الأخيرة للمجلس الأعلى الجزائري.

مصير التحكيم الدولي في العقود الأخرى:

من بين العقود التي نصت على شرط التحكيم لفض النزاعات أو أعمال قوانين مختلفة في الإجراءات:

العقد المبرم بين شركة رقينة و شركة سمباك (- SN – SEMPAC ET COOPERATIVA) (REVANA)، حيث جاء في العقد على أنه يسري على العقد القانون الجزائري و في حالة

¹ الأمر 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المتضمن تعديل الأمر 11/58 المؤرخ في 01 نوفمبر 1958 المتعلق بالبحث عن الوقود و استغلاله و نقله بواسطة قنوات و بالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية بتاريخ 13/04/1971، العدد 30، السنة الثامنة.

الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان إلى التحكيم، عن طريق الغرف التجارية الدولية بباريس، و يتم اختيار المحكمين حسب هذا النظام و يفضل أن يكون محل التحكيم بالجزائر.

كما نص الاتفاق الجزائري المغربي حول النقل الجوي على شرط التحكيم في حالة النزاع، و كذلك الاتفاق الجزائري مع غينيا بيسا و المتعلق بالنقل الجوي و الموقع عليه بولاية الجزائر بتاريخ 1975/02/05 المتضمن شرط التحكيم كوسيلة لحل النزاع.

كما جاء في الشروط العامة للشركة الوطنية للحديد و الصلب للحجار أنه "القانون الجزائري هو الذي يسري على العقد و في حالة عجز هذا الأخير، يرجع الأطراف إلى الغرفة التجارية الدولية بستوكهولم التي تفصل في النزاع.

كما نصت المادة 19 من العقد النموذجي لبيع النفط الخام، فقد كرست التحكيم في حل خلاف ناتج عن هذا العقد بشكل نهائي، كما يكون مركز التحكيم بمدينة جنيف السويسرية و يرجع الفقهاء إلى كون المشتري في مثل هذه العقود ليست له أية مصلحة في إقليم تلك الدولة و لا يرتبط بها إلا بناء على عقد شراء النفط، ففي هذه الحالة لا يمكن للدولة أن تلزم هذا المشتري بالخضوع لقوانينها و الولاء لمحاكمها الداخلية لذلك نجد طرفي العقد نتيجة إرادتها إلى إجراء التحكيم الدولي لفض ما قد يثور من نزاع بمناسبة تفسير العقد أو تنفيذه.

و رغم هذا القانون إلا أن أغلب العقود المبرمة تأخذ بأولوية القانون و القضاء الوطنيين على حساب التحكيم مما يجعل القول بأن الرجوع إلى التحكيم حسب القوانين الجزائرية هو استثناء من الأصل.

و لقد كانت الجزائر تفضل التحكيم الاتفاقي أي إدراج شرط التحكيم في كل عقد أو اتفاق وليس إبرام الاتفاق خارج عن العقد الأصلي يخص إجراءات التحكيم و السبب هو أن الجزائر لم تنضم في تلك الفترة إلى الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف و الخاصة بالتحكيم، كما أنها و لأنها أرادت فرض رقابة سابقة و لاحقة على الشركات الأجنبية المتعاقدة معها و تكريس سيادتها تم تعديل قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 بموجب الأمر رقم 90/74 و المتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية، حيث أصبحت المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي تخضع للقانون الإداري، إذ نصت المادة الثانية من الأمر 09/74 على

أنه "يسري التنظيم المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية على عقود التجهيز المتعلقة بالمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي مع مراعاة أحكام هذا الأمر".

كما تخضع العقود المتعلقة بالأشغال و التزويدات و أداء خدمات التي تقوم بها المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي من أجل إنجاز عمليات التجهيز لقانون الصفقات العمومية لسنة 1967 و كذا أحكام الأمر 09/74 و تم إسناد الاختصاص للقضاء الجزائري و قد تدعم هذا الموقف أكثر بصدور الأمر 58/75 و المتعلق بالقانون المدني الجزائري الذي نص على قواعد تنازع القوانين من حيث المكان التي تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري على العقود التي تبرمها الجزائر مع الشركات الأجنبية مثل معيار مكان إبرام العقد (المادة 1/18)، معيار موقع العقار (المادة 2/18) و معيار مكان التنفيذ (المادة 4/60)، بالإضافة إلى معيار النظام العام (المادة 24)، إذ يؤدي إلى استبعاد التحكيم الدولي لكونه مخالف للنظام العام و مسايرته مع المادة 3/44 من قانون الإجراءات المدنية التي تمنع صراحة اللجوء إلى التحكيم.

و إذا كان كذلك، فالمادة المذكورة بالإضافة إلى المادة 1/104 غير قانونية لأن هذه المواد وجدت بمرسوم، بينما المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وجدت بموجب أمر، و بالتالي فهي أسمى من المرسوم في التدرج التشريعي هو التنظيمات التي يقصدها¹، و حتى الاتفاقيات الدولية التي نصت على التحكيم الدولي تعتبر أسمى من القوانين الداخلية بين المصادقة عليها و هذا كله من أجل تفادي التأويلات المتناقضة لأن الطرف الأجنبي الذي يتعاقد مع أحد أشخاص القانون العام يمكن أن يتمسك بهذه العقود على أساس أنها تدخل ضمن التشريع و التنظيم المعمول بهما.

و يتضح مما سبق أن هذه القوانين قد أظهرت مدى انغلاقها على التحكيم.

و قد أثير التساؤل حول مدى اعتبار عقود الدولة و الأشخاص التابعين لها عندما

تكون محل أحكام تحكيمية عقودا من القانون العام أم من القانون الخاص؟

¹ Ahmed Mahiou, L'arbitrage en Algérie, Op, cit, p 709.

و يرى البعض من الفقهاء بأن صفة الخصومة في هذه العقود هي واضحة من خلال الاتجاه الذي تنتهجه الأحكام التحكيمية مستدلاً بقضية نكساكوكلسياتيك التي لم تعتبر عقود الامتياز حسب الأستاذ (DUPRY) عقوداً إدارية استناداً للأدلة التالية:

1. إدراج شرط الثبات التشريعي و شرط التحكيم في مثل هذه العقود كضمان يستبعد اعتبارها إدارية مادام أطراف العقد اتفقت على تسوية النزاع على عدم المساواة (لأن الأصل هو عدم المساواة).

2. عدم اعتراف الأنظمة القانونية و القانون الدولي بنظرية العقود الإدارية و بالتالي لا علاقة بها بأي مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام.

- في حين كان على المشرع حسم و تجنب هذه الإشكالات و جعل القانون و القضاء الوطنيين هما المعمول بهما، و إن بقي التحكيم فيكون في حالات استثنائية فقط حتى لا يتناقض الواقع التطبيقي مع الإدعاء التي تتمسك به الخطابات السياسية آنذاك و هي أولوية مبدأ السيادة الوطنية¹.

ملاحظة مهمة:

أمام التأثير السلبي في السيادة الوطنية بموجب اتفاق 1963، جاء اتفاق 29 جويلية 1965 و الخاص باستغلال الوقود و الثروات الهيدروجينية بإدراج نظام التوفيق في حالة النزاعات إلى جانب التحكيم.

تعيين موقف رئيس لجنة التوفيق و في حالة عدم التعيين فإن هذا الأخير يكون من صلاحيات المحكمة العليا الجزائرية (الرئيس أو النائب).
في حالة عدم تنفيذ اتفاق التوفيق خلال مهلة شهر يعتبر ملغى.

الفرع الثاني: التحكيم ضرورة حتمية في ظل الإصلاحات الاقتصادية.

أثر تطور الأحداث السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية بالداخل و المعطيات الجديدة بالخارج على موقف الجزائر اتجاه تأثير التحكيم، و نبين هذا من خلال قانون الصفقات

¹ محمد كولا، نفس المرجع السابق، نفس المرجع السابق، ص 32 - 33.

العمومية و قانون الاستثمار لسنة 1982 و كذا الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1982، ثم بعد ذلك قانون المحروقات لسنة 1986 و القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية لسنة 1988 و اللذان يعتبران الفصل بيم النظام القديم و مرحلة بداية الإصلاحات الاقتصادية، بالإضافة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و كذا المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

أولاً: موقف قانون الصفقات العمومية و الاستثمار لسنة 1982.

أ. موقف قانون الصفقات العمومية لسنة 1982 من التحكيم الدولي:

صدر هذا القانون في مرحلة حاسمة بالنسبة للعلاقات الجزائرية الأجنبية في مجال التعاون الجزائري الفرنسي، و على وجه الخصوص و كذلك بداية التحول نحو التحكيم الدولي، إذ بعد التعديل الذي عرفه قانون الصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 09/74 استمرت التعديلات لهذا القانون، بصدور المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 و المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث بموجبه أصبحت كل المؤسسات العمومية تابعة للقانون الإداري و قد وجد المشرع التسمية و ذلك من أجل إدراج الرقابة على هذه المؤسسات.

و لقد نصت المادة 104 من المرسوم رقم 145/82 على أنه: "مستوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل". و يتبين من خلال هذه القراءة الأولية لهذه المادة أن المشرع الجزائري لم يحسم موقفه من التحكيم الدولي في مجال النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بأشخاص المادتين 05 و 22 من المرسوم 145/82 (أي المؤسسات العمومية و جميع المؤسسات الاشتراكية و الإدارات العمومية)، و كذا المتعامل الأجنبي.

كما زادت المادة 55 من المرسوم رقم 145/82 تعقيدا عندما نصت على أنه يجب أن ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به و على هذا المرسوم، كما يجب أن تتضمن البيانات التالية: "القانون المطبق و شروط تسوية النزاعات¹.

و حسب هذه المادة فإن التشريع يشمل المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و كذلك قانون 1978 الخاص باحتكار الدولة للتجارة الخارجية و كذلك مجموع القوانين التي تتعلق بالمؤسسات العامة، و بالتالي فإن هذه الصياغة تؤدي إلى القول بإمكانية الترخيص للأشخاص المذكورين في المادة 05 بالخروج عن أحكام المادة 03/442 من قانون الإجراءات المدنية و التي تمنع اللجوء إلى التحكيم الدولي.

و إن اعتبار عقود الأشخاص التابعة للقانون العام عقودا خاصة يؤدي بدولة الاستثمار إلى تقليص فكرة العقد الإداري و استبعادها و هذا يؤدي إلى نتيجتين:

1. جعل العقد الإداري عقدا عاديا و اعتبار الدولة متعاقدًا خاصًا.

2. تصرف الدولة كشخص عادي لا يعترف له بتلك السلطة الاستثنائية كتعديل العقد أو فسخه بالإرادة الانفرادية بدعوى تحقيق الصالح العام.

و يؤدي إلى القول بإمكان الدولة و أشخاصها اللجوء إلى التحكيم، و هو ما يتم اعتباره تصرف خطير خاصة في دولة ذات سيادة و يبقى مبدأ سلطات الإرادة هو السيد في اتخاذ أي موقف اتجاه التحكيم.

و قد استعملت الجزائر سلطاتها الاستثنائية في عقد بين شركة سوناطراك و شركة أنغولية لتسليم و بيع مواد بترولية سنة 1980، حيث استندت القضية خاصة للطرف الأجنبي إلى نظرية القوة القاهرة و فعل الأمير للتملص من الالتزامات التعاقدية، لكن بعد صدور الحكم التحكيمي في الغرفة التجارية الدولية بباريس، تم تغريم الشركة الأجنبية التي امتنعت عن دفع المستحقات بالعملة الصعبة فتم تعويض الشركة الجزائرية.

ب. موقف المشرع الجزائري من التحكيم من خلال قانون الاستثمار الاقتصادي

الوطني:

¹ حددت المادة 22 من المرسوم 145/82 مفهوم المتعامل الأجنبي و هو حل مؤسسة أجنبية تقدم ضمانات من دولها أو التي تضمن لنفسها بنفسها.

بتاريخ 1982/08/21 صدر القانون المنظم للاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية من حيث المجال و الحدود و الشروط¹. و يتضح من خلال مادته الأولى أنه لا يطبق على الاستثمارات الأجنبية و بالتالي يستعبد التحكيم الدولي في النزاعات الناشئة عنه. و لم تشر أحكام هذا القانون إلى كيفية حل النزاعات ما عدا المادة 20 منه التي جاءت عامة و نصت على أن الاستثمارات المستمدة طبقا لهذا القانون، و تحظى بالضمانات التي يوفرها الدستور و القوانين الجاري بها العمل. و يرى الأستاذ محمد كولا بأنه و إن كانت الآراء متباينة حول تفسير المادة 10 من قانون الاستثمارات لسنة 1966 فإنه قد وجد تحكيم دولي لأن القوانين الممتدة في مادة الاستثمارات في تلك الفترة كانت العقود أو الاتفاقات المبرمة بين الجزائر و الشركات الأجنبية خاصة الفرنسية منها و في مجال المحروقات على وجه الخصوص.

ثانيا: مرحلة تكريس التحكيم الدولي.

في بداية سنة 1980 بدأت العلاقات الجزائرية الفرنسية تأخذ منحرجا خاصا خاصة في مجال التعاون الاقتصادي حيث وصفت هذه المرحلة بمرحلة إعادة بعث العلاقات، و قد أبرم في هذا الإطار اتفاق التعاون بين الجزائر و فرنسا سنة 1982 و الذي تدعم بإبرام أول نظام للتحكيم الدولي بين الجزائر و فرنسا سنة 1983.

¹ القانون رقم 11/82 المؤرخ في 1982/08/21 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الوطني الخاص، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 34 السنة التاسعة عشر بتاريخ 1982/08/24، ص 1692 و ما بعدها. قانون 277/63 المؤرخ في 1963/07/26 المتضمن قرار الاستثمار لم ينص على التحكيم رغم أن نص المادة الأولى نصت على أهدافه خاصة الضمانات التي قدمها هذا القانون، لكن نصت المادة 22 من هذا القانون و بمناسبة منح الاعتماد للمؤسسات الأجنبية على أنه: "تسوية النزاعات المحتملة من جراء تطبيق أو تفسير الاتفاقية المرفقة (الملحقة) بقرار الاعتماد تكون موضع شرط التحكيم في هذه الاتفاقية المرفقة بقرار الاعتماد، حيث أن الاعتماد لا يكون إلا في حالة عدم تنفيذ قرار التحكيم الصادر عن تطبيق هذا الشرط في انتظار القرار التحكيمي. توقيف الاعتماد لا يتم من طرف الوزارة الوصية إلا بعد أخذ رأي استشاري من رئيس اللجنة الوطنية للاستثمار، أي أن أعمال شرط التحكيم في النزاعات المتعلقة بمنح الاعتماد، في حين يرى الأستاذ محمد أسعد أنه لم يتطرق لقانون 1963 إلى التحكيم الدولي حيث قال أنه:

Le code des investissements du 16/09/1966 ne mentionne même pas à l'arbitrage pas plus que le précédent du 16/07/1963.

أ. مضمون اتفاق 21 جوان 1982.

عرفت العلاقات الجزائرية الفرنسية عدة تبادلات للوسائل توصل على إثرها الطرفان إلى إبرام اتفاق تعاون بتاريخ 1982/06/21 و صدر على إثرها مرسوم رقم 259/82 المؤرخ في 1982/08/07 و المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الحكومتين الجزائرية و الفرنسية و قد وضع على إثر تبادل للوسائل نظام للتحكيم الدولي سنة 1983.

و قد تضمن هذا الاتفاق مجالات للتعاون بين الجزائر و فرنسا و قد شملت عدة اختصاصات أظهرت من خلالها سياسة التعاون الفرنسية التي تحاول ربط اقتصاد الجزائر بنظامها و شمل مجالات حساسة كالطاقات الجديدة، الطاقة النووية و الصيد ... و قد جاء في النقطة 4/6 من الاتفاق على أن تسوى الخلافات التي قد تحدث عند إبرام أو تنفيذ العقود الموجودة بين الطرفين بطرق ودية، في حالة إذا لم يمكن تسوية الخلافات بطرق ودية، يتم حلها آنذاك طبقا لترتيبات العقود التي قد تنص على اللجوء إلى إجراء مناسب لحل هذه الخلافات، أن يوافق الطرفان على نص التسوية المناسبة لهذه الخلافات و الذي يمكن أن ترجع إليه أحكام العقود التجارية المبرمة بين المستعملين الجزائريين و الفرنسيين.

و يلاحظ و كما سبق ما يلي:

و قد وردت هذه النقطة في إطار المبادئ العامة، كما أنها لم تشر بدقة إلى وسيلة تسوية النزاعات ما عدا الإشارة إلى الطرق الودية، كما أنه لم يحدد الإجراء المناسب لحل هذه الخلافات، و يشترط الاتفاق موافقة الطرفين على هذا الاختيار بمعنى الرجوع إلى شروط العقود التجارية التي أبرمت تنفيذا لهذا الاتفاق، و هنا نستنتج ما يلي:

1. أن هذا الاتفاق هو اتفاق اقتصادي محض، إذ لم يبين صراحة وسيلة التسوية لأن نظام التحكيم الوارد سنة 1983 لم يرفق به.

2. هناك إحالة ضمنية لنظام التحكيم الذي يبدو و كأنه مهياً خاصة عندما جاءت الصياغة في اتفاق 1982 "يتم حلها آنذاك طبقاً لترتيبات العقود التي قد تنص على اللجوء إلى إجراء مناسب لحل هذه الخلافات"¹، و هنا جاءت التعليلة الوزارية كرد على هذه الإحالة.

ب. تدعيم اتفاق 1982 بتعليلة وزارية:

صدرت هذه التعليلة الوزارية بتاريخ 1982/11/18 تحت رقم 609 الديوان (و. أ) متضمنة الخطوط العريضة لسياسة الحكومة تجاه شرط التحكيم تحت عنوان "شرط التحكيم في العقود التي تبرم مع المؤسسات الأجنبية".

و قد حسمت التعليلة الموقف و الإشكال الوارد آنذاك في نص المادة 3/442 حول الأشخاص الاعتباريين التابعين للقانون العام عندما قررت بأن المؤسسات العمومية ليست أشخاص القانون العام بمفهوم المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية التي منع من أجلها اللجوء إلى التحكيم.

كما رخصت التعليلة للولاية اللجوء إلى التحكيم الدولي ليس باعتبارهم أشخاص من القانون العام ممثلين للدولة و الجماعات المحلية، و إنما يمكن لهم ذلك عند التصرف باعتبارهم أوصياء مباشرين على المؤسسات العمومية المحلية التي تتمتع بالاستقلال المالي. و تعتبر هذه التعليلة اعتداء صارخ على المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية و هي نص تشريعي لا يمكن مخالفته و إن كانت تقصد إعادة صياغة هذه الأخيرة، و لكن هناك تناقضا بين القوانين و التنظيمات.

و هنا يقال أن عدم الأخذ أو الأخذ بنظام التحكيم الدولي، يرجع للمناسبات التي أبرمت فيها العقود و كذا نوايا و اتجاهات الممثلين الجزائريين فيها.

ثالثاً: أحكام نظام التحكيم الجزائري - الفرنسي لسنة 1983.

¹ Mouhouhi Salah, la politique de la coopération Algéro – Française, Biolan et perspectives publisud. Coédition OPU, Alger publisud, paris, 1986, p 153 et 157.

يعد الاتفاق المؤرخ في 1982/03/27 الجزائري الفرنسي منعرجا حاسما في موقف الجزائر من التحكيم الدولي و إن كان لم ينشر بسبب عدم المصادقة عليه ذلك كونه جاء نتيجة لتبادل الوسائل و مخالفا للنظام العام رغم اعتباره عقد دولي بين الطرفين.

كما اعتبر نظام تحكيمي اختياري و كانت له أهمية نظرية و تطبيقية إذا اعتبر وعاء للمبادئ قانون للتحكيم الموجودة لدى المؤسسات التحكيمية المتخصصة قانون الدائمة خاصة قواعد الغرفة التجارية الدولية من حيث الإجراءات لاسيما التحفظية منها، الحكم التحكيمي صدوره و مدى الإعلان عنه و الطعن فيه، و أما صدمات نظام التحكيم وفق لنظام التحكيم (CNUDCI) فتظهر في رد المحكمين، استبدالهم سلطات رئيس الهيئة التحكيمية.

فرنسا، فالتحكيم الدولي نظام جديد في نظامها القانوني مما يجعل أمر اللجوء إليه هو "عادي" لكونها انضمت إلى أغلب المؤسسات التحكيمية المتخصصة، و بالتالي تجذر النظام التحكيمي في النظام القانوني الفرنسي و لم يظهر من خلال القانون رقم 626/72 المؤرخ في 1972/07/05 حيث تحدد المادة 2060 المجالات التي تخرج عن إجراء التحكيم عليها.

قانون رقم 596/75 المؤرخ في 1975/07/09 المعدل للمادة 2/2060 من القانون المدني و التي تسمح للمؤسسات العمومية الصناعية و التجارية باللجوء إلى التحكيم عن طريق مرسوم.

- تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسية بإدخال باب خاص بالتحكيم الدولي من المادة 1442 إلى 1507.

- الانضمام إلى اتفاقية جنيف من أجل تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية المؤرخة في 1926/09/26 و التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1929/07/25 حيث صادقت عليها فرنسا بتحفظ بتاريخ 1931/05/13 بموجب مرسوم مؤرخ في 1931/07/25.

- قانون رقم 626/82 المؤرخ في 1982/07/05 المتضمن اتفاق التحكيم وفقا للباب الثالث عشر من القنون المدني الفرنسي (المادة 2059).

رابعاً: موقف قانون المحروقات لسنة 1986 و القانون التوجيهي للمؤسسات

العمومية الاقتصادية.

أ. موقف قانون المحروقات لسنة 1986.

جاء قانون المحروقات تحت رقم 86/14 المؤرخ في 19 أوت 1986 و المتضمن أنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب (المعدل و المتمم بموجب القانون المؤرخ في 1991/12/04 الخاص باستغلال المحروقات)، تدعيما و تأكيدا لما حققته الإرادة السياسية لسنة 1971 (التأميمات) و تتجلى أهداف هذا القانون و مجالاته في ميدان المحروقات، إلا أن المادة 63 منه نصت على كيفية تسوية النزاعات حيث جاءت بنظام اختياري للطرفين و ذلك إما باللجوء للجنة التوفيق أو للجهات القضائية الوطنية و بذلك فإن المشرع الجزائري اتبع نظام التحكيم في مجال المحروقات.

ب. القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية و التحكيم الدولي.

صدر القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/22 المتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية حيث أدخل أحكام جديدة على المؤسسة كإخضاعها للقانون التجاري و إعطائها الاستقلالية المالية و الإدارية و كذا حق التقاضي و لكن ما مدى أخذ هذا القانون بنظام التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات في مجال الاستثمار و التجارة الدولية؟ لم تفوت بعض الاجتهادات لإظهار آرائها حول مضمون المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنيةية (سابقا) و علاقتها بالمادة 4/20 من قانون 01/88، حيث ذهب البعض إلى القول بأن المادة 20 من قانون 01/88 فتحت المجال لإعمال التحكيم الدولي في النزاعات الناشئة في مجال الاستثمارات عندما أحالت إلى نظام المصالحة المنصوص عليه في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنيةية التي نصت أنه "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها" (الصحيح هو التحكيم ليس المصالحة).

لقد جاءت المادة 1/442 من قانون الإجراءات المدنيةية عامة و لم تبين من هم الأشخاص، لذلك يحتمل أن يكون الشخص طبيعيا أو معنويا أو عاما أو خاصا. في حين نصت المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنيةية أنه لا يجوز للدولة و الأشخاص العموميين الاعتباريين أن يطلبوا التحكيم، كما أن هذه المادة لا تخلو هي الأخرى من الغموض لأنها تطرح إشكالية معرفة الأشخاص الاعتباريين أتقصد الأشخاص

المنصوص عليهم في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية و تلك المنصوص عليهم في المادة 49 من القانون المدني الجزائري أم هما معا؟
 فإذا كانت تقصد المادة 49 و تدخل المؤسسة العمومية الاقتصادية حسب القانون رقم 01/88 في مضمون هذه الأخيرة، فإنه لا يجوز للمؤسسة العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم حتى ولو في ظل قانون 01/88، لأنها تخضع لمضمون المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و تبقى خاضعة لنظام التحكيم الإجباري، أما إذا كانت تقصد الأشخاص الاعتباريين المنصوص عليهم في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية هنا يجوز للمؤسسة العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى نص المادة 1/442 و كذلك المادة 20 من قانون 01/88 التي تنص على أنه تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها أو التصرف فيها و حجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ...".

و إذا كان هذا التفسير صحيحا فهو ما ينبغي اللجوء إليه.

و في نهاية الثمانينات قامت الجزائر بالمصادقة على اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، و انضمت إليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05.

و في بداية التسعينات أبرمت الجزائر مجموعة من الاتفاقيات من أجل حماية الاستثمار و تشجيعه مع بعض الدول الأجنبية، منها المتعددة الأطراف التي تكرر نظام التحكيم الدولي خاصة اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات بين الدول و رعايا الدول الأخرى و كذا الاتفاقية المبرمة بين دول المغرب العربي.
 و قد عالجت هذه الاتفاقيات نوعين من النزاعات، تلك المتعلقة بتسيير أو تطبيق الاتفاقية بين الدولتين المتعاقبتين، و نزاعات بين المستثمر الأجنبي و الدولة أو بين المستثمرين خاصة بعقود الاستثمار.

خامسا: التحكيم كنظام لتسوية النزاعات.

لقد جعلت كل الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر منذ بداية التسعينات الطرق الودية لحل تسوية النزاعات حيث تعتبر هذه وسيلة كلاسيكية جاء بها القانون الدولي العام ويقصد بها تلك المساعي الدبلوماسية التي تبذلها الأطراف لإيجاد تسوية ودية للنزاعات و في حالة فشل الطرق الودية اتفقت أحكام هذه الاتفاقيات على إحالة النزاع إلى نظام التحكيم لتسويته، و قد استمدت كل الاتفاقيات على التشكيل الثلاثي لهيئة التحكيم حيث يقوم كل طرف باختيار محكمة مع إشعار الطرف الآخر بذلك، ثم تعيين المحكم الثالث رئيسا باتفاق المحكمات، إلا أنه تختلف هذه الاتفاقيات في المواعيد المحددة لذلك.

و في حال عدم الاتفاق على تعيين المحكم الثالث فقد اختلفت الاتفاقيات حول الجهة التي تقوم بالتعيينات فبعض منها تحيل إلى الأمين العام للأمم المتحدة أو مساعده الأكثر أقدمية للقيام بهذه التعيينات و أخرى إلى رئيس محكمة العدل الدولية أو نائبه الأكثر أقدمية، كما تحيل البعض منها إلى الأمين العام لجامعة الدول العربية¹.

كما أكدت أغلب الاتفاقيات على أن نظام التحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطات الإرادة، و على القانون الواجب التطبيق من حيث الموضوع فبعض من الاتفاقيات لم تشر إلى هذه النقطة، و البعض الآخر أحال إلى بعض المصادر.

و فيما يخص تنفيذ الأحكام التحكيمية فقد اعتبرتها بعض الاتفاقيات ملامة على الدولتين بعد أن تصدر بأغلبية الأصوات، في حين اعتبرتها البعض نافذة بقوة القانون، و البعض الآخر نافذة من طرف الدولة المتعاقدة حسب قانونها الوطني و الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها، و عليه فإنه يظهر تكريس نظام التحكيم الدولي في النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بين المتعاقدين و استبعاد كلي لدور القانون و القضاء الوطنيين.

أ. نظام التحكيم لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات في إطار الاتفاقية الدولية:

¹ الأستاذ محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 79، 80، 81، 82.

لقد كان للاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات دور كبير في وضع نظام تحكيم يحتوي على كل الإجراءات من إبرام الاتفاق على التحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، إذ أحالت كل الاتفاقيات الدولية الثنائية إلى التحكيم لأجل تسوية نزاعات الاستثمار حيث سمحت في البداية باسعمال كل الطرق الودية و الدبلوماسية، كما أدرجت شرط التحكيم في بنودها. أما عن كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية فبعض الاتفاقيات تحيل إلى تسوية النزاع وفقا للنظام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى (CIRDI)، كما تحيل كذلك إلى القضاء الوطني لدولة الاستثمار أو القضاء الوطني للطرف المعني بالنزاع، أما الاتفاقيات الأخرى فتعطي الخيار للمستثمر اللجوء إلى عدة جهات حسب ما يراه أصلح له، كما أحالت الاتفاقية الجزائرية السورية إلى نظام التوفيق أو التحكيم أو محكمة الاستثمار العربية، مع الإحالة إلى الإجراءات المتبعة في الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية و ملحقتها أو اللجوء إلى القضاء المحلي في حالات معينة.

كما صادقت الجزائر على الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية من أجل التعاون الاقتصادي العربي المشترك، حيث حددت نظام التوفيق و التحكيم في إطار محكمة الاستثمار العربي في انتظار إنشاء محكمة العدل العربية، و استكمالاً لنظام التحكيم الدولي انضمت الجزائر لأهم نظام تحكيمي، و هو اتفاقية واشنطن المؤرخة في 18/03/1965 و المتضمنة المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، و يعتبر هذا المركز الهيئة الوحيدة المتخصصة في النزاعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة و المستثمرين الأجانب الأفراد أو الشركات، رغم أن للأطراف حرية إبرام شرط التحكيم يحيل إلى نظام تحكيمي آخر كالغرفة التجارية الدولية و القانون النموذجي للتحكيم الدولي أو غيرها.

و تتمثل إجراءات التحكيم أمام المركز في تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز الذي يخضع للشروط الواردة في المادة 25 من الاتفاقية، حيث يحتوي الطلب على كل المعلومات الخاصة بالنزاع و أطرافه.

و قد أقرت الاتفاقية بجرية الأطراف في اختيار محكمين حيث تكون بمبادجة أطراف النزاع خلال مدة 90 يوما من تاريخ تسجيل الطلب مع الاختصاص لرئيس المجلس الإداري لإجراء التعيينات الناقصة.

كما أعطت الاتفاقية للأطراف الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق و هذا طبقا للمادة 1/42 من الاتفاقية، و في حالة غياب هذا التحديد فإن للمحكم أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع، بما فيها قواعد تنازع القوانين و قواعد القانون الدولي. و يأخذ نظام المركز عند صدور الحكم التحكيمي بمبدأ إلزامية الحكم على الأطراف (المادة 53)، خاصة بالنسبة لخاسر الدعوى، كما يعتبر حكما نهائيا و نافذا في إقليم الدولة، دون حاجة لإجراءات التنفيذ و هذ بمجرد إبراز نسخة من الحكم المصادق عليها من طرف السكرتير العام للمركز¹.

ب. تكريس التحكيم في المرسوم التشريعي رقم 03/93:

نتيجة للفراغ القانوني الذي كان يعطل عجلة الاقتصاد و يحجب المتعامل الأجنبي على الاستثمار في الجزائر، و لكون الاتفاقيات الدولية حددت فقط الخطوط العريضة لنظام التحكيم كان لابد من وضع قانون إحرائي خاص بالتحكيم و يحوي كل الإجراءات التي توضح مراحل بدء من إبرام اتفاق التحكيم مرورا بمختلف الإجراءات إلى غاية صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه أو الطعن فيه، و قد حصل ذلك بموجب المرسوم التشريعي 09/93 الذي كرس التحكيم الدولي باستكمال قواعده و يعتبر هذا المرسوم بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم الدولي في الجزائر.

¹ جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، دار الجمعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 17 و 20 إلى 34، 35.

ج. تكريس التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا المرسوم الرئاسي

المنظم

للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام:

نص المشرع الجزائري على إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة، و هي الدولة و الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية في مادة الصفقات العمومية و في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر و ذلك طبقا لنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و يتم اللجوء إلى التحكيم في حالة جوازه من طرف ممثل الإدارة و يكون بمبادرة من:

1- الوزير المعني أو الوزراء المعنيين إذا كان التحكيم متعلقا بالدولة.

2- الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي 'إذا كان التحكيم متعلقا بالولاية أو البلدية.

3- الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التابع لها، إذا كان التحكيم متعلقا بمؤسسة

عمومية ذات صبغة إدارية¹.

و الغرض من اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات في مادة الصفقات العمومية هو الحصول على تسوية نهائية في أسرع وقت و بأقل تكلفة و قد نصت المادة من المرسوم الرئاسي 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام - على أنه تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها".

و يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها ... و يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات هذا قبل أي مقاضاة أمام العدالة ...".

و لقد حظي التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام في الجزائر باهتمام المشرع الجزائري من خلال إجازته الصريحة بالمادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا في نص المادة 1006 فقرة 3 على إجازة احتكام أشخاص القانون العام في علاقاتها الإقتصادية الدولية و كذا في مادة الصفقات العمومية.

¹ أ. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء الثاني، طبعة 2012، ص 374.

كما عرف نظام الصفقات العمومية عدة تغييرات في القانون الجزائري ابتداء من الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المعدل لعدة مرات، إلى أن أجاز المشرع الجزائري صراحة التحكيم في مادة الصفقات العمومية و قد نصت في هذا الإطار المواد 95، 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على وجوب اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات و لا سيما من يتعلق منها بالتحكيم قبل اللجوء إلى القضاء.

و يلاحظ أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يراعي قاعدة الخاص يقيد القانون العام و ذلك بإحالاته في المادة 975 منه بشأن التحكيم في الصفقات العمومية للأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بدلا المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية مقلصا بذلك من مفهوم المعيار العضوي للصفقة العمومية و حصرها فقط في الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية كما أنه يوجد تعارض من حيث المضمون بين المادة 975 و المادة 1006 فقرة 3 ذلك أن المادة الأولى تجيز لم تجيز التحكيم إلا في مجال الإتفاقيات الدولية المصادق عليها و مجال الصفقات العمومية في حين أن المادة الثانية لم تجز التحكيم إلا في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية و الصفقات العمومية.

الفصل الأول:

النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية

المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

تختلف النظم القانونية في معالجتها لمسألة التحكيم في العقود الإدارية من نظام لآخر، فمنها من أجاز التحكيم في العقود الإدارية، و منها من منع التحكيم في تلك العقود و البعض على جوازه على شرط معين¹.

و عليه سنحاول الإشارة من خلال هذا المبحث إلى مفهوم العقود الإدارية و تمييزها عما سواها من التصرفات القانونية و هذا في المطلب الأول، ثم نشير إلى عناصر العقد الإداري في المطلب الثاني، على أن نتطرق في المطلب الثالث إلى اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و شروط صحته.

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية الداخلية.

تلجأ الدولة بصدد قيامها بالتزاماتها إلى العديد من الأساليب، فهي تلجأ إلى إصدار قرارات إدارية بغرض إحداث أثر قانوني مشروع استنادا لما تملكه من سلطة إصدار هذه القرارات، بمقتضى القوانين و اللوائح².

و يعد القرار الإداري أهم الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة لممارسة نشاطها و ذلك لسهولة و بساطة إجراءاته، و سرعته في تحقيق رغبات الإدارة، على أن ذلك لا ينف أهمية العقد الإداري الذي يمثل إلى جانب القرار الإداري أسلوبا لممارسة الإدارة لنشاطها، لأن الإدارة لا تستطيع أن تتصرف في أموال الأفراد أو أن تستعين بخدماتهم رغما عنهم و بصورة مطلقة³.

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري.

إذا كانت العقود الإدارية تحضى باهتمام في مجال دراسات و أبحاث القانون الإداري فإن ثمة ملاحظة أساسية تفرض نفسها دائما، و تعد المدخل الطبيعي لدراسة النظم التي تحكم

¹ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 81.

² د. نجلاء حسن أحمد الخليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، 2002، ص 34.

³ قمر عبد الوهاب، مرجع سبق ذكره، ص 84.

عقود الإدارة و بالذات الدول ذات النظام اللاتيني، تلك هي التمييز بين نوعين من العقود تتولى جهة الإدارة إبرامها.

النوع الأول يسمى عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون الخاص، و النوع الثاني عقود الإدارة التي تخضع لأحكام مبادئ القانون الإداري¹.

إن فعقود الدولة تنقسم من الناحية الفنية و تبعاً للأهداف التي تسعى هذه العقود لإدراكها إلى عقود دولة تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية و السياسية للدولة مع صعوبة تكييفها بأنها من العقود الإدارية نظراً لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود.

إلى جانب هذا النوع من العقود الدولة، فإن هناك طائفة أخرى منها تتوافر بشأنها جميع المعايير المتطلبة من أجل إلحاق هذا الوصف لها على نحو يمكن معه أن يطلق عليها عقد الدولة ذات الطبيعة الإدارية أو العقود الإدارية الدولية.

و يقرر الفقه و القضاء بصدد التمييز بين نوعي العقود السالفة الذكر نتائج أساسية هامة، فكلاهما يخضع لنظام قانوني و قضائي مختلف، فالعقود المدنية التي تبرمها الإدارة تخضع للقضاء الإداري و تطبق عليها أحكام القانون المدني، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الإداري و تطبق عليها أحكام القانون الإداري².

و لما كان من المستقر عليه فقها و قضاء أن العقد الإداري هو اتفاق يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أو تسيير أحد المرافق العامة، و تظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام، و ذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد.

و يستمد العقد الإداري قواعده إما من نصوص تشريعية تنظم جانباً أو أكثر من جانبه و إما من أحكام القضاء الإداري، و التي يمارس القاضي من خلالها دوراً بارزاً في خلق و استخلاص المبادئ القانونية التي تحكم هذا العقد دون التقيد في ذلك بأحكام القانون المدني³.

¹ د. محمد سعيد حسين أحمد، التحكيم في العقود الإدارية للدولة، دار الثقافة الجامعية، 1999، ص 03.

² قمر عبد الوهاب، مرجع سبق ذكره، ص 86، 87.

³ د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1991، ص 12.

و ينشأ العقد الإداري إثر توافق إرادتي الإدارة و المتعاقد معها، حيث يصدر إيجاب من المتعاقد مع الإدارة إذا صادفه قبول منها انعقد العقد.

و في تحديد الإيجاب و القبول في العقود الإدارية ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايمة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بإعطاء بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد، و أن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات و الاشتراطات المعلن عنها، هو الإيجاب الذي ينبغي أن يتلقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد.

و لصحة هذا الانعقاد يجب أن تكون إرادة المتعاقد مع الإدارة معتبرة قانونا، كما يجب أن تنتج تلك الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المرغوب فيه و هو إبرام العقد¹.

لأجل ذلك أقرت المحكمة الإدارية العليا أعمال أحكام الغلط على النحو الوارد بالقانون المدني بالنسبة للعقود الإدارية، لعدم تعارضها مع الأسس العامة التي تقوم عليها هذه العقود.

و لكي ينتج القبول أثره المتمثل في انعقاد العقد، لا بد أن يعلم الموجب بقبول إيجابه، باعتبار أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني و لا ينتج آثاره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

و العلم الذي يعتد به في هذا الشأن هو الذي يتم طبقاً لقانون أو لاتفاق الطرفين و في العقود الإدارية يتم إبلاغ هذا القبول كتابة إلى صاحب العطاء متضمناً اعتماد عطائه و تكليفه بالتنفيذ طبقاً للمادة 14 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، الخاص بالمناقصات و المزايادات.

و بطبيعة الحال يتعين إبلاغ القبول خلال المدة التي يكون الانسحاب فيها جائزاً، حسب ما تحدده شروط المناقصة بداءة، أو طبقاً لما يدخل عليها من تعديلات ارتضاها الطرفان².

الفرع الثاني: تمييز العقد الإداري عما يشابهه من التصرفات القانونية.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، 2006، ص 49.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 49، 50.

مناطق العقد الإداري، أن تكون الإدارة أحد أطرافه، و أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه و تسييره بغية خدمة أغراضه و تحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة و ما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، و أن يتخذ العقد بأسلوب القانون العام، و ما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررمة بمقتضى القوانين و اللوائح¹.

و لذلك فإن العقد الإداري يتميز عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة الأخرى و نذكر منها:

- العقد الإداري و العقد المدني:

يتفق العقد الإداري مع العقد المدني من حيث أساس قيام كل منهما، و الذي يعتمد على توافق إرادتي المتعاقدين على التعاقد بالإيجاب يصادفه قبول صحيحين بغرض إنشاء التزامات تعاقدية متبادلة².

إلا أن جوهر الخلاف بينهما يتمثل في أن العقد المدني يقوم على مبدأ توازن الالتزامات المتبادلة بين أطرافه، و على العكس من ذلك من ذلك فالعقود الإدارية حيث يندم هذا التوازن بصورة تجعل كفتي المتعاقدين غير متكافئة، حيث يمثل لصالح الإدارة، و التي تتعاقد بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق و امتيازات في مواجهة التعاقد معها لا تملكها الإدارة في عقودها المدنية و أساس ذلك هو الرغبة في تحقيق المصلحة العامة³.

بل إن للإدارة حق توزيع جزاءات على المتعاقد معها، و حق فسخ العقد بإرادتها المنفردة و دون حاجة للجوء إلى القضاء.

و من هنا يتضح أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن إعمالها بشكل كامل بالنسبة للعقود الإدارية على النحو المعمول به في العقود المدنية.

- العقد الإداري و القرار الإداري:

¹ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 87.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 51.

³ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 88.

على الرغم من أن العقد و القرار الإداري كليهما وسيلة لتمكين الإدارة من تسيير النشاط الإداري بغية تحقيق المصلحة العامة، إلا أن ثمة اختلاف جوهري بينهما، مرجعه أن القرار الإداري تصرف قانوني من جانب واحد تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة، و يحدث بذاته أثر قانونيا معيناً، متى كان هذا الأثر ممكناً و جائزاً من الناحيتين القانونية و الواقعية و يخضع فحص مشروعية هذا القرار لاختصاص قاضي الإلغاء.

و على العكس من ذلك، فإن العقد الإداري ينشأ إثر توافق إرادتي طرفيه بإيجاب يصادف قبول و تخضع المنازعات التي تثور حوله - كأصل عام - لاختصاص قضائي في العقد بحسب قيمته¹.

فجوهر التفرقة بين العقد الإداري و القرار الإداري أن هذا الأخير تصرف قانوني غير تعاقدي تصدره إحدى سلطات الإدارة بإرادتها المنفردة في نشاط إداري، حيث يحدث بذاته أثراً قانونياً يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني فردي عام، ما دام هذا الأثر ممكناً من الناحية الواقعية و جائزاً من الناحية القانونية، بينما العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني يقوم على توافق إرادتي عاقديه و الذي يتعين أن يكون أحدهما شخص معنوي عام لإنشاء التزامات تعاقدية².

- العقد الإداري و الكتابة:

الكتابة ليست من مقومات العقد الإداري التي لا تقوم بتخلفها، فهي و إن كانت وسيلة لإثبات هذا العقد، إلا أن هذا لا يعد شرطاً لوجوده.

و قد ذهبت المحكمة الإدارية في هذا الشأن إلى أن "العقد غير المكتوب و لئن كان غير مألوف في المجال الإداري، إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكماً لبعض أنواع العقود، فقد تركز إليه الإدارة مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد الأصلي من النواحي التي انصب عليها.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 52.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 88.

و هذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على طبيعة هذا العقد إذا أعوزته بعض الخصائص التي يتسم بها العقد الإداري كعنصر الشروط الاستثنائية مثلا¹.

- العقد و العمل الشرطي:

العقد الإداري يستلزم توافق إرادتين، تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين و من ثم فإن العمل الشرطي - الذي يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم - لا يعتبر عقدا، و إنما هو عمل صادر بالإرادة المنفردة للإدارة².

المطلب الثاني: عناصر العقد الإداري.

يكاد الفقه و القضاء الإداري يجمع على إصباح الصفة الإدارية على العقد، إذا كانت الإدارة طرفا فيه و اتصل بنشاط مرفق عام و تضمن شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص³.

لا يكتسب العقد الصفة الإدارية إلا إذا انطوى على ثلاثة عناصر تكاملية فيما بينها بحيث لو تخلف أحدهما انحسرت عن العقد الصفة الإدارية، و أصبح عقدا مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني⁴.

نخلص من استعراض قضاء مجلس الدولة الجزائري و القضاء المقارن المصري و الفرنسي و القوانين المنظمة للعقود الإدارية التي تميز بين العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة و العقد المدني أو التجاري، أن الأمر أصبح معقدا يتعين الرجوع فيه لعدة عناصر⁵.

لقد استقرت أحكام القضاء الإداري منذ بواكير أحكامها على تحديد عناصر العقد الإداري، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 02 جوان 1957 إلى أن: " العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، و أن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام و أحكامه، و ذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص".

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 53.

² د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003، ص 05.

³ د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مارس 1959، ص 129.

⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 54.

⁵ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 89.

و لما كان المعيار المميز للعقد الإداري كما يتصوره الفقه الجزائري و الفقه المقارن الفرنسي و المصري - استخلاصا من أحكام القضاء - يركز على شروط ثلاثة و هي وجود الإدارة طرفا في العقد، اتصال العقد بالمرفق العام و كذا إتباع أساليب القانون العام في العقد الإداري¹.

1. وجود الإدارة طرفا في العقد.

من المتعين حتى يكتسب عقدا الصفة الإدارية أن تكون الإدارة أحد عاقيه، باعتبار أن العقد الإداري وسيلة لتسيير النشاط الإداري².

يشترط في العقد الإداري مراعاة المعيار العضوي، أي أن يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام إما الدولة أو الهيئات العمومية الوطنية المستقلة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العامة³.

و لقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار العضوي في تحديد العقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض الحالات أو بموجب نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. و من ثم فالعقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد إداريا، و ضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد أمر يبرره أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة⁴.

و يكون تمثيل الإدارة طرف في العقد من خلال أحد الأشخاص المعنوية الإقليمية مثل المحافظة أو المدينة أو القرية أو من خلال أحد الأشخاص المعنوية المرفقية كالهيئات العامة. و تتمتع النقابات المهنية بالشخصية المعنوية العامة، و من ثم تكتسب العقود التي تبرمها صفة العقود الإدارية متى توافرت فيها باقي عناصر قيام تلك العقود.

1 قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ص 89، 90.

2 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 85.

3 د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص ص 10، 11.

4 د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997، ص ص 10، 11.

إضافة إلى ذلك فقد اعترف القضاء الإداري بالشخصية المعنوية العامة لبعض المؤسسات الدينية، الأمر الذي يؤدي إلى إسباغ الوصف الإداري على العقود التي تبرمها تلك المؤسسات في حالة توافر باقي عناصر تلك العقود فيها¹.

و من ثم فالعقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد إدارياً، و ضرورة أن تكون الإدارة طرفاً في العقد مر يبرره أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة².

و على الرغم من وضوح هذا الشرط فإن الأمر يستدعي توضيح بعض المسائل التي تتعلق به كما يلي:

- إن مفهوم الإدارة التي تستلزم أن تكون طرفاً في العقد الإداري يشمل الأشخاص المعنوية العامة و هي إما أشخاص إقليمية، أي تحدد على أساس إقليمي كالدولة و المحافظات و المراكز و المدن و الأحياء، أما الأشخاص المرفقية تحدد على أساس نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة أو الأشخاص المهنية كالنقابات و التي اعترف لها القضاء الإداري بالشخصية المعنوية.

- يجب ان تتعاقد جهة الإدارة بهذه الصفة، فإن تعاقدت باعتبارها ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنياً.

- أن تحول الجهة الإدارية من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يؤدي إلى فقدان العقد لإحدى العناصر التي تسبغ عليه الصفة الإدارية، و يتحول إلى عقد مدني يخضع لقواعد القانون المدني و يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء العادي.

- لا يكف أن تكون الإدارة طرفاً في العقد حتى يكون إدارياً، فلا يكون العقد إدارياً إلا إذا أبرمته بوصفها سلطة عامة، أما إذا أبرمت الإدارة عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية تخضع لسلطات القانون المدني، و يختص القضاء العادي بالنظر المنازعات التي تنفرع عنها.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 86.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 91.

- يكون العقد إداريا إذا أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص معنوي عام، ففي مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكيلًا عن الإدارة و يتصرف لحسابها و يعمل نيابة عنها في إبرام العقد، و قد تكون هذه الوكالة ظاهرة جلية تنص عليها نصوص العقد، و قد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد و ظروف تنفيذه¹.

- و لا يعتبر من العقود الإدارية العقود التي يبرمها الأشخاص الخاصة حتى ولو كان موضوعها يتعلق بتنفيذ أشغال عامة أو مرفق عام طالما أن صاحب العمل قد تصرف لحسابه الخاص.

- المبدأ العام أن وجود الإدارة طرفا في العقد هو الذي يضيف في ذلك و بمفهوم المخالفة فإن العقود المبرمة بين الأفراد و الهيئات الخاصة لا يعتبر ذاتها عقودا إدارية و يظل العقد المبرم بين الأشخاص عقدا خاصا حتى لو تدخلت الإدارة بعد ذلك للتوسط أو التوفيق بين أطراف العقد، فتدخل الإدارة يحوله إلى عقد من عقود القانون العام حتى ولو استهدفت من إجراء تدخلها تحقيق المصلحة العامة².

2. الاتصال بنشاط مرفق عام.

ليست كل ما تبرمه الإدارة من عقود يكتسب الصفة الإدارية، فالإدارة إلى جانب إبرامها تلك العقود، تبرم أيضا عقدا مدنيا إذا رأت أن مصلحتها تقتضي ذلك. فلا يجوز إن إسباغ الصفة الإدارية على التعاقد لمجرد أن الإدارة أحد طرفيه، و إنما لابد لإسباغ هذا الوصف على التعاقد أن يتصل بنشاط مرفق عام، و هو كل مشروع تنشئه أو تشرف الدولة على إدارته، و يعمل بانتظام و استمرار و تستعين في إنشائه و تسيره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجيات اللازمة، و يشترط ألا يهدف هذا المشروع إلى تحقيق ربح ممكن وراء تزويده للمتعاملين معه بالحاجيات العامة، بل يقصد المساهمة في حماية النظام العام، و خدمة المصالح العامة في الدولة.

¹ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 33 و ما يليها.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 92.

فمناطق قيام العقد الإداري إلى جانب أن تكون الإدارة أحد أطرافه إذن فهو أن يتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام، من حيث تنظيمه و تسييره بغية خدمة أطرافه، و تحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة و تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة¹. و من ثم فإذا انقطعت الصلة ما بين العقد و المرفق العام فقد صبغته الإدارية و أصبح عقدا من عقود القانون الخاص، حتى ولو كان أحد أطرافه شخصا عاما². و يأخذ المرفق العام مفهومين هما المفهومين العضوي (الشكلي) و المفهوم الموضوعي:

* **المفهوم العضوي:** و يتمثل في الأجهزة و الهيئات و التنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية مثل الجامعة، المستشفى، إدارة الشرطة .. إلخ.

* **المفهوم الموضوعي:** و يتمثل في الخدمات العامة ذاتها المقدمة تلبية للحاجات العامة للجمهور و المواطنين مثل التعليم، الصحة، الأمن ... إلخ.

إن فكرة المرفق العام مازالت تلعب دورا في تحديد العديد من مصطلحات القانون الإداري و منها العقد الإداري كما هو واضح - خاصة - في موقف الفقه و القضاء الإداري في كل من مصر، فرنسا و الجزائر.

فالعقد يعد إداريا إذا تم الاتفاق مع شخص آخر (طبيعي أو معنوي) على تسيير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة أو إذا اشترك الأفراد في إدارته و تسيير المرفق و صلة العقد بنشاط المرفق العام و إن كانت ضرورية لتوفر الصفة الإدارية له إلا أنها غير كافية، و هو ما استقر عليه القضاء الإداري في مصر منذ بواكير أحكامه³.

صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام:

يأخذ اتصال العقد الإداري بالمرفق العام صوراً عدة، و إن كانت كلها تدور حول إنشاء هذا المرفق و تسيير نشاطه.

فقد يكون الهدف من إبرام العقد الإداري إنشاء مرفق عام، على النحو المتمثل في عقود الأشغال العامة، و قد يأخذ اتصال هذا العقد بالمفهوم العام صورة أخرى، تتمثل في

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 59.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 60.

³ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 93.

المساهمة في إدارته، كما في حالة عقود امتياز الأشغال العامة، و التي يشترك فيها المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق.

و أخيرا قد يتعلق العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد بتسيير المرفق العام كما في حالة عقود التوريد، و التي يتعهد بموجبها المتعاقد بتوريد أصناف معينة تحتاجها الإدارة في تسيير نشاط المرفق العام¹.

3. إتباع أساليب القانون العام في العقد الإداري.

- فكرة الشروط الاستثنائية:

لا يكون لإضفاء الصفة الإدارية على عقد ما، أن تكون الإدارة طرفا فيه، و أن يتصل بمرفق عام - على نحو ما سبق - بل يتعين إضافة لما تقدم إتباع الإدارة لأساليب القانون العام حال إبرامها العقد، و ذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، و التي تقوم على أعمال مبدأ المساواة و التوازن بين طرفيها².

الشروط الاستثنائية أو الشروط الخارقة التشريعية العامة هي تلك التي تمنح امتيازات لا وجود لها في القانون الخاص للإدارة، مثل حق الإدارة في اللجوء إلى إصدار قرارات إدارية نافذة في العقد، و حق الإدارة في فرض شروط بإرادتها المنفردة على التعاقد معها و حق الإدارة في فرض إجراءات قرارات فردية في حالة تخلف المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته، و حق الإدارة في فسخ العقد أو سحبه أو إعادة شرائه، و أخيرا حق الإدارة في تعديل العقد اثناء تنفيذه بإرادتها المنفردة.

و لا يعتبر العقد إداريا رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام و اتصاله بمرفق عام إلا إذا تضمن شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، و لا تعالي في القول إن أكدنا أهمية هذا العنصر باعتباره العنصر الحاسم في تبيان طبيعة العقد³.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 60.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 61.

³ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 94.

و لقد حاول بعض الفقه تأصيل الشروط الاستثنائية بالقول أنا "لو وجدت في عقد مدني لاعتبرت باطلة، و أنها شروط مستحيلة أو لا يفكر فيها المتعاقدان في إطار القانون المدني، و أنها شروط غير معتادة في العقود المدنية"¹.

فتلك إذن هي العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري، و يعتمد القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر أو الجزائر على الجمع بين الضوابط الثلاثة التقليدية و بوصفها مناطا لتمييز العقد الإداري، و هي وجود شخص معنوي عام، و اتصال العقد بالمرفق العام و احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص².

- و صور الشروط الاستثنائية:

لا تقع الشروط الاستثنائية تحت حصر، و إن كان من الممكن ردها إلى قسمين رئيسيين أولهما يتعلق بالشروط الاستثنائية المرتبطة بامتيازات السلطة العامة، و ثانيهما تلك التي تحمل طابع القانون العام.

أولاً: الشروط الاستثنائية المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

هي شرط إما أن تنطوي على منح الإدارة سلطات في مواجهة المتعاقد معها و إما أن تتضمن منح هذا المتعاقد سلطات في مواجهة الغير.

1. الشروط التي تتضمن امتيازات الإدارة قبل التعاقد معها:

من أمثلة هذه الشروط إعطاء الإدارة لنفسها حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو سلطاتها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها، في حالة إخلاله له بالتزاماته التعاقدية دون حاجة للجوء للقضاء.

¹ د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 41.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 94.

و من هذه الشروط أيضا إخضاع الإدارة للمتعاقد معها لسلطتها الإشرافية و الرقابية أثناء تنفيذه للتعاقد، أو منح الإدارة لنفسها سلطة التدخل في علاقته بمستخدميه أو عماله، و تحديد ساعات العمل و الأجور الخاصة بهم¹.

و تظهر الشروط الاستثنائية هنا في أبرز صورها حينما تنطوي على منح الإدارة سلطة إنهاء العقد قبل الموعد المحدد دون حاجة إلى إعدار أو تنبيه المتعاقد معها².

2. الشروط التي تنطوي على تعزيز سلطات المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير:

على خلاف الغرض السابق، و الذي كانت فيه الإدارة تستعمل مكينات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها، فإنها في هذا الغرض تعطي لهذا المتعاقد حق استعمال تلك المكينات في مواجهة الغير، و الذي لم يكن طرفا في التعاقد.

و من أمثلة ذلك في عقد الامتياز يمنح الملتزم الحق في تحصيل الرسوم من المنتفعين وله في سبيل ذلك استعمال سلطات البوليس و نزع الملكية للانتفاع بحق الارتفاق على النحو المرسوم بعقد الامتياز.

و من أمثلة تلك الشروط في عقد الأشغال العام نجد المقاول حق شغل عقارات مملوكة للآخرين - بصفة مؤقتة - رغما عن إرادتهم، إذا اقتضى ذلك تنفيذ العقد³.

ثانيا: الشروط التي تحمل طابع القانون العام:

و هي شروط ينطوي عليها العقد الإداري، و لا يمكن تفسيرها إلا في ضوء نظريات القانون العام المستوحاة منه، و من ثم فهي تخرج عن نطاق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الواجبة الاحترام في العقود المدنية التي تعقدها الإدارة، و من أمثلة تلك الشروط إعطاء الإدارة لنفسها حق تعديل الشروط التنظيمية لعقد الامتياز.

و إذا كانت العقود الإدارية الوطنية بما تتضمنه من شروط استثنائية تمثيل كفة التوازن فيها لصالح الإدارة على حساب المتعاقد معها، انطلاقا من مبدأ تغليب الصالح العام

¹ د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 151.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 63.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 64.

الذي يتحققه تلك الشروط على الصالح الفردي الذي يفرضه مبدأ التوازن بين مصالح أفراد التعاقد في إطار العقود الإدارية إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للعقود الوطنية فإن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي انفرط بإمكانية تضمينها شرطا أو شروطا يكون للتعاقد الأجنبي بمقتضاها امتياز أو أكثر في مواجهة الإدارة نفسها صاحبة السلطة العامة كحقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه في حالة عدم قيام الإدارة بسداد مستحقاته، لديها، دون أن تخرج هذه الشروط العقد من¹ دائرة القانون العام مادامت الامتيازات التي قررها العقد لجهة الإدارة تفوق تلك المقررة للمتعاقد الأجنبي معها.

و قد تجدر الإشارة نفسها مضطرة لقول مثل تلك الشروط تحت إلحاح الحاجة إلى إبرام العقد مع الطرف الأجنبي حين يكون موضوع التعاقد متصلا بأمور التنمية الاقتصادية التي تحتاج لانفاق باهض لا تحتمله خزانة الدولة، أو حين يكون تنفيذ التعاقد يحتاج لتكنولوجيا متقدمة غير متوافرة محليا².

المطلب الثالث: اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و شروط صحته.

إن الإتفاق على التحكيم قد يكون تبعا لعقد معين، يذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم و يسمى في هذه الحالة المشاركة التحكيمية، و لصحة إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية شروط شكلية و أخرى موضوعية و هي:

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم:

نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على كافة الإجراءات و القواعد التي تطبق سواء على الشرط التحكيمي الذي يعد بندا في العقد و يكون مدرج في العقد قبل نشوب النزاع، كما يطبق أيضا على المشاركة التحكيمية و التي تبرم بعد نشوء النزاع.

¹ د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 2000، ص 147.

² د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 147.

و تجدر الملاحظة أنه قد يكون شكل اتفاق التحكيم إلكترونياً، إلا أنه اختلفت الدول حول شكل هذا الاتفاق، فمنهم من يشترط شرط الكتابة لصحة الاتفاق و منهم يشترط الكتابة كشرط لإثباته¹.

1. الكتابة:

و تعد شرطاً لصحة التحكيم و ليس لإثباته و قد نصت عليها المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها " أما بالنسبة للمشاركة التحكيمية فقد نصت المادة 1012 من نفس القانون أنه "يحصل الإتفاق على التحكيم كتابياً".

2. الموافقة الأولية:

و يقصد به ترخيص جهة إدارية معينة باللجوء إلى التحكيم و يكون ذلك عن طريق إصدارها لقرار إداري يتضمن موافقة صريحة لحل نزاع إداري و تسويته عن طريق التحكيم و قد نص قانون الصفقات العمومية على ضرورة موافقة السلطة الإدارية المختصة على التحكيم في مجال الصفقات العمومية 'كما نصت المادة 02/976 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه و عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين ...".

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم.

1. الرضا:

يعد اتفاق التحكيم عقد رضائي و لا ينعقد التحكيم في العقود الإدارية الداخلية إلا برضا الطرفين، و يستلزم الرضا في التحكيم أن يكون إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول الطرف الآخر، و تكمن أهمية الرضا عند اللجوء إلى التحكيم كونه طريق بديل

¹ د. إلياس ناصيف، العقود الدولية و التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2012، ص 57.

لحل النزاعات في العقود الإدارية و استثناء عن الأصل العام و الذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة النزاعات¹.

2. الأهلية:

بالإضافة إلى شرط الرضا يجب أن تتوفر في أطراف العقد سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين الأهلية أي حق التصرف في الحقوق و هو ما أكدته نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

3. المحل:

و محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع و يشترط القانون في محل العقد أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و إلا وقع اتفاق التحكيم باطلاً و الحكمة من عدم جواز اتفاق التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة و إشرافها و التي يعنيه أن تسري عليها قواعد محددة و هو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء إلى التحكيم بصدده هذه المسائل².

¹ د. عبد العزيز عند المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، المرجع السابق، ص 35، 38.

² د. عبد العزيز عند المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 35، 38.

المبحث الثاني: النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذاتالطابع الدولي.

تعد العقود الإدارية من الظواهر القانونية المستحدثة نسبيًا في العلاقات التعاقدية الدولية، و بالرغم من حداثة مشكلة العقد التي تيرمها الدول مع الأشخاص الأجانب تاريخيا إلا أن الفقه اهتم بها اهتماما كبيرا، و خاصة الفقه العربي، على عكس دول العالم الثالث بصفة عامة، و العالم العربي بصفة خاصة.

المطلب الأول: ماهية العقد الإداري ذو الطابع الدولي.

بما أن هذا النوع من العقود له خصوصية تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى، باعتبارها لم تدخل بؤرة الاهتمام القانوني إلا في أواخر القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين، و ارتبط ظهورها كمشكلة قانونية بحركة تأميم الدول للشركات البترولية الأجنبية و بانتهاء عقودها¹.

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي.1. تعريف العقد الإداري ذو الطابع الدولي:

العقد الإداري الدولي، هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى و قد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك².

فالعقد الإداري الدولي هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، و يتعلق بمرفق عام، و تظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام من خلال انطواء العقد على شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة

¹ قمر عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص ص 192، 193.

² د. حفيفة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، 1996، ص 37.

للعقود المدنية، و بين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة¹.

ويترتب على تلك العقود انتقال الأموال و الخدمات عبر الحدود باعتبارها تتصل بمصالح التجارة الدولية.

و من صور العقد الإداري الدولي تعاقد الإدارة مع شخص أو شركة أجنبية للقيام على نفقته و تحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقا للشروط الموضوعية له مقابل استغلال المشروع لمدة معينة من الزمن و استيلائه على الأرباح و كذا تعاقد الإدارة مع أحد الأشخاص أو إحدى الشركات - وطنية أو أجنبية - للقيام بأعمال الترميم أو الصيانة في إحدى السفارات الموجودة بالخارج، أو للقيام بإمداد الجيش المرابط خارج حدود الدولة بمستلزماته التموينية ما دام العقد قد تضمن شروطا غير مألوفة في عقود الأفراد².

2. المعيار المميز للعقد الإداري الدولي:

يتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياران أولهما قانوني و الثاني اقتصادي.

أ. المعيار القانوني:

وفقا لهذا المعيار يعقد العقد الإداري دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، أي أنه ارتبط بقواعد قانونية صادرة من عدة دول³.

و المقصود بالعناصر القانونية التي يعول عليها في تحديد صفة العقد، جنسية الأطراف و مكان إقامتهم، و مكان إبرام و تنفيذ العقد، هذا إلى جانب لغة التعاقد و العملة المستخدمة في الوفاء المقابل لأداء الالتزام التعاقدية.

¹ د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الولي، دار النهضة العربية، 2000، ص 108.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 130.

³ د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 108.

و تحدد دولية العقد وفقا لهذا المعيار بناء على مجموعة الظروف و العناصر الإيجابية الملازمة له، و ليس واحدا منها فقط، على أن تنطبق الدولية إلى أحد العناصر المؤثرة في العقد¹.

و من ثم فإن العقد يكتسب الصفة الدولية، متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر في العلاقة التعاقدية و العكس صحيح².

ب. المعيار الاقتصادي:

مفاده أن العقد يعد دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية، بمعنى انطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة فيترتب عليه انتقال حركة الأموال و الخدمات بين الدول³.

و يرى بعض الفقه - بحق - أن المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد، لا يتعارض مع المعيار القانوني، الذي يعتبر العقد بمقتضاه دوليا متى اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني، ذلك لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، و التي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني⁴.

و قد ذهب البعض إلى أفضلية استعمال المعيارين بالتناوب بمعنى استعمال المعيار المتوفر في ظروف القضية قانونيا كان أم اقتصاديا، حتى يؤدي إلى مفهوم واسع لدولية العقد⁵.

3. خصائص العقود الإدارية ذات الطابع الدولي:

ذهب جانب من الفقه لحصر الخصائص التي تميز هذه العقود من أجل التأكيد على ذاتيتها و اعتبارها من عقود الدولة التي تخرج من زمرة عقود التجارة الدولية المألوفة على النحو التالي:

¹ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 194.

² د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 68.

³ د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 69.

⁴ د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 106.

⁵ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 195.

* تبرم هذه العقود باسم الدولة، إما عن طريق رئيس الدولة و رئيس الحكومة - من جانب - و بين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص.

* أن هناك طرفا من أشخاص القانون الخاص الأجنبية، يسهم في تحقيق خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المضيفة، مع احتفاظ الدولة لنفسها بسلطة تعديل الشروط اللائحية والتنظيمية¹.

* أن تتعلق هذه العقود باستغلال الثورات الطبيعية للدولة، أو تتعلق بالملكية العامة و بإدارة المرافق العامة و إنشاء المرافق العامة للدولة و مشروعات البنية الأساسية كمترو الأنفاق، سدود، قناطر ... إلخ.

* تنسم هذه العقود - عادة - بطول مدتها، فهي لا تصب على عملية واحدة كعملية شراء قطعة أرض أو بناء سفينة معا و إنما تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية في خلال فترة زمنية، على نحو يتم مع إقامة منشأة و تجهيزات دائمة تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد.

* تخضع هذه العقود لبعض قواعد القانون الخاص و قواعد غير مألوفة في القانون الخاص، مثل السلطة التنفيذية و مراعاة التوازن المالي للعقد، و القوة القاهرة، و شرط مراجعة الأسعار لكي تلاءم مع التطور التكنولوجي المحتمل لسيما عقود البترول².

* يتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بمزايا مختلفة مثل الإعفاء من الضرائب، تخفيض الجمارك أو تثبيت الضرائب الداخلية و الجمركية، و بالمقابل فإن هناك مخاطر يتعرض لها الطرف الأجنبي في علاقته بالدولة المتعاقدة، تنتج بسبب ما تتمتع به الدولة من سيادة و سلطات واسعة تجاهه.

* تثير هذه العقود سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية و التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة³.

¹ عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص 25.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 196.

³ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 197.

3. نماذج لعقود إدارية ذات طابع دولي:

تتميز عقود الدولة عن بقية العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية الأخرى من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود، حيث تنوع بتنوع العقد المبرم، أي أنه يكاد يكون سبب التعاقد من جانب الدولة واحداً، و هو تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في إطار السياسة العامة للدولة.

و قد تعددت وجهات نظر الفقهاء عند تقسيم هذه العقود من حيث الموضوع، إلا أن الآراء تكاد تجمع على تصنيفها إلى عقود البترول، عقود الاستثمار، عقود التعاون الصناعي، عقود الإنشاءات الدولية و سوف نلقي الضوء على هذه العقود¹.

1. العقود البترولية:

يتطلب استغلال طاقة البترول و الغاز الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية و أحد هيئاتها أو شركاتها من ناحية، و بين طرف يقوم بالتنقيب و الإنتاج و التسويق من ناحية أخرى، و الغالب أن يكون هذا الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من لدول الصناعية مستهلكة الطاقة، و التي تملك من الأموال و الخبرة التكنولوجية ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان ذي المخاطر العالية التي لا تتسنى مواجهتها إلا لشركات تعمل على مستوى العالم أو في أكثر من دولة، بحيث توازن أرباحها من استغلال بعض المناطق خسائرها من العمل في مناطق أخرى قد تنفق على التنقيب فيها ملايين دون طائل، أما الطرف صاحب مصدر الطاقة فهو دولة تحرص على ثروتها القومية التي كثيراً ما تكون عماد اقتصادها، و تسعى إلى استغلالها على أفضل وجه، دون إفراط أو تفريط حرصاً على حاضر مواطنيها و مستقبلهم، فضلاً عن الأجيال القادمة².

2. عقود التعاون الصناعي:

¹ د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 55.
² يحي التوني، التحكيم في منازعات البترول و الغاز، ورقة عمل مقدمة للدورة التمهيدية الأولى لإعداد المحكمين الدوليين المنعقدة في الفترة من 19 إلى 21 فيفري 2007، القاهرة، مصر، ص 03.

تضم عقود التعاون الصناعي طاقة متجانسة من العقود، تحقق هدف التقدم التكنولوجي و الصناعي منها:

أ. عقد الهندسة:

يعد عقد الهندسة أحد العقود الهامة في طائفة عقود التعاون الصناعي، إذ أنه يمثل تنفيذ المرحلة الأولى من مراحل أي مشروع صناعي أو غيره و يلاحظ أن العقد في صورته في الماضي القريب كان يقتصر موضوعه - في الغالب - على تنفيذ الأعمال التي يغلب عليها الطابع الذهني أو العقلي بينما نجده الآن في ثوب جديد ثلاثة وظائف تشمل: أعمال التصميم و إعداد الدراسات، القيام بتزويد المتطلبات الصناعية و تنفيذ عمليات التشييد، القيام بأعمال الرقابة على مراحل تنفيذ المشروع¹.

ب. عقد نقل التكنولوجيا:

تعددت تعريفات عقود نقل التكنولوجيا، و لا يسعنا المجال لحصرها و نكتفي بإيراد بعضها، حيث عرفت بأنها "التطبيق العملي للأبحاث العلمية و الوسيلة للحصول على أفضل التطبيقات لهذه الأبحاث".

و في التعريف القانوني فهي مال منقول معنوي له قيمة اقتصادية و غير مشمول بحماية قانونية خاصة، و هو بذلك مرادف لما يعرف بحق المعرفة Know - How، و التكنولوجيا يتم نقلها في الغالب عن طريق العقد التي تبرم من أجل هذا الغرض، و يكون نقل التكنولوجيا هو موضوعها الرئيسي، أو يأتي هذا النقل كإحدى الخدمات التي تلتزم الشركات الأجنبية بتقديمها بجانب الخدمات الأخرى.

ج. عقد المساعدة الفنية:

عقد المساعدة الفنية، هو اتفاق بمقتضاه يلتزم المورد (الطرف الأجنبي) بتزويد المتلقي (الدولة) بالفنيين الالتزاميين لتدريب الأفراد المعينة على تشغيل الأجهزة و الآلات

¹ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 207.

المستخدمة في عمية الإنتاج و إصلاحها و صيانتها، أو تدريبهم على إدارة المشروع بأساليب فنية، فهو تقديم للخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ¹.

3. عقود الاستثمار:

تعد عقود الاستثمار أكثر صور عقود الدولة التي نالت قسطا كبيرا من اهتمام فقه القانون الدولي بفرعيه العام و الخاص، و بالرغم من هذا الاهتمام فإنه الفقه لم يتفق على تعريف قانوني واحد للاستثمار، و جاءت معظم التعريفات أقرب للتعريف الاقتصادي منه للتعريف القانوني.

و يعرف بعض الفقه بأنه "العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم اقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أراضيها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد".

و وفقا لعقد الاستثمار يلتزم المستثمر الأجنبي بتقييم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدمية، أو تقديم الخبرات الفنية اللازمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة، و يقتصر الاستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات، و قد درجت العديد من الدول على إصدار تشريعات لتشجيع الاستثمار داخل البلاد².

4. عقود الأشغال العامة الدولية:

تعرف بأنها "العقود التي تبرم - في الغالب - بين طرفي وطني أي الدولة و أحد الأشخاص المعنوية العامة، و طرف خاص أجنبي، يتعهد بمقتضاه الطرف الأجنبي بتشديد مشروع ما، كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى و ما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع و توريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد له الطرف الوطني، و قد يتمثل الأجر في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه و توزع بينهم أرباحه و خسائره".

¹ د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 191.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 208.

تبرم الدولة هذا النوع من العقود لإنشاء المشاريع الكبيرة على أراضيها في كافة المجالات و التي قد تحتاج إلى رأس مال أجنبي و التي لا تستطيع الدولة تنفيذها بشركاتها الوطنية نتيجة نقص الإمكانيات المادية أو الخبراتية¹.

الفرع الثاني: أساليب إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي و آثاره.

يخضع العقد الإداري الدولي عموماً لنفس النظام القانوني للعقود الإدارية الوطنية، و طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة في هذا العقد هي ذاتها طرق اختياره في العقود الإدارية الوطنية، و إن وردت بعض

الاختلافات في التفاصيل².

حيث لا تكون للإدارة في الحالتين كاملة في اختيار المتعاقد معها فإن كان من حق الإدارة إبداء رغبتها في التعاقد، إلا أن اختيار من تتعاقد معه سواء كان وطنياً أو أجنبياً يخضع لضوابط فرضها المشرع بغرض التأكد من أن العقد مع الإدارة هو صاحب أفضل العروض من الناحيتين الفنية و المالية و ذلك حفاظاً على المصلحة العامة في تأمين سير المرفق العام محل التعاقد و الأموال العامة و التي تقتضي بلوغ هذا الهدف بأقل إنفاق ممكن إضافة إلى العمل في المواعيد التي تتحقق بها مصلحة الإدارة المتعاقدة³.

و يخضع اختيار الإدارة لمن تتعاقد معه لطرق ثلاث حددها المشرع على سبيل الحصر تتمثل في المناقصة و المزايدة و الممارسة و أخيراً طريقة الإتفاق المباشر⁴.

أولاً: طريقة المناقصة أو المزايدة:

المناقصة وسيلة تختار بها الإدارة من يتعاقد معها لأداء أعمال تتعلق بتسيير مرفق عام بحيث يكون أفضل مقدمي العروض من الناحية الفنية و أن يكون الأقل من الناحية المالية مع التزامه بالمدة المقررة لإنهاء الأعمال.

1 د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، طبعة 1998، ص 70.

2 قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 199.

3 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 132.

4 قمر عبد الوهاب، نفس المرجع، نفس الصفحة.

و المناقصة تختلف في ذلك عن المزايدة و التي يكون موضوعها التصرف في بعض مملكتات الدولة حيث يتم ترسيتهها على صاحب أعلى عرض شراء.

و على الرغم من الاختلاف بين المناقصة و المزايدة في المضمون إلا أنهما يشتركان في الهدف و هو تحقيق المصلحة العامة، و هذا يؤدي إلى سريان أحكام واحدة عليهما و المناقصة قد تكون عامة أو مفتوحة و فيها تختار الإدارة صاحب أفضل العروض فنيا و ماليا بغض النظر عن شخصه، و هذه المناقصة إما أن يعلن عنها داخليا و تسمى بالمناقصة الداخلية، و إما أن يعلن عنها بالخارج و تسمى بالمناقصة الخارجية و التي تتحقق بها حرية المنافسة¹.

كما أن المناقصة قد تكون محدودة إذا تطلب التعاقد موضوع المناقصة كفاءة فنية خاصة في الأداء، و فيها تمنح الإدارة سلطات واسعة في التوصل إلى من يتوافر لديهم تلك الكفاءة، حيث ينحصر الحق في التقدم للمناقصة في أشخاص معينين تضع الإدارة قائمة بأسمائهم مقدما.

و أخيرا قد تكون المناقصة محلية، حيث يقتصر الحق في التقدم لها على الموردين و المقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها بتنفيذ التعاقد². و نود الإشارة بعد استعراضنا لصور المناقصة العامة إلى أن اختيار المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لا يتم إلا عن طريق المناقصة المحدودة دون المناقصة المحلية التي يشترط فيها أن يكون مقدم العطاء وطنيا، كما لا يتصور اختيار المتعاقد مع الإدارة بطريق المزايدة المحلية، حيث تتصف بطابع إقليمي شأنها في ذلك شأن المناقصة المحلية.

ثانيا: الممارسة:

¹ د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1988، ص 102 و ما بعدها.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 200.

تكون للإدارة حين تتعاقد بأسلوب الممارسة حرية أوسع نطاقاً في اختيار المتعاقد معها بالمقارنة بأسلوب المناقصة، و التي تكون فيها الإدارة ملزمة بإبرام العقد من حددته لجنة البث¹.

و الممارسة كأسلوب للتعاقد قد تكون عامة يعلن عنها وفقاً لذات إجراءات الإعلان عن المناقصة، كما قد تكون الممارسة محدودة حيث تقدم العروض إليها بناء على خطاب ترسله الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد إلى أكبر عدد من المنشغلين بالنشاط موضوع الممارسة من بين المقيدین بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم، و توجه الدعوة إليها بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، منطويًا على كافة البيانات الواجبة ذكرها عن الإعلان عن المناقصة.

كما قد تكون الممارسة داخلية، حيث يكتفي بالإعلان عنها في الداخل و قد تكون أيضاً خارجية يعلن عنها في الخارج.

و بالطبع فإن الأسلوب الأمثل لاختيار المتعاقد مع الإدارة إذا اختارت الممارسة أسلوباً للتعاقد الدولي هو الممارسة الخارجية و التي يتحقق بها علم التعاقد الأجنبي بموضوع التعاقد، الأمر الذي لن يتحقق له في حالة إتباع الإدارة الراغبة في التعاقد أسلوب الممارسة الداخلية².

ثالثاً: الاتفاق المباشر:

بوسع الإدارة إبرام تعاقد مع الغير أسلوب الاتفاق المباشر، متحررة في ذلك من كافة القيود التي تفرض عليها في حالة التعاقد بأي من أسلوبي المناقصة أو الممارسة. و تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن حرية الإدارة في التعاقد بطريق الاتفاق المباشر ليست طليقة من كل قيد، الأمر الذي يمكن أن يؤدي مع التعاقد بهذا الأسلوب إلى الإضرار بالخزينة العامة، و هو أثر يتناقض مع الهدف من إبرام العقود الإدارية³.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 134.

² قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 201.

³ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ص 201، 202.

لذلك فقد أخضع المشرع التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر - باعتباره استثناء من الأصل العام في التعاقد - لقيود تهدف في محملها إلى الحفاظ على صالح الخزينة العامة، تتمثل في ضرورة صدور ترخيص بذلك من السلطة المختصة، إضافة إلى ما يكون لهذه السلطة من حق في اعتماد نتيجة التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر.

إضافة إلى اشتراطه أن تكون هناك صورة تستدعي في التعاقد بهذا الأسلوب، تتمثل في حالة اسعجال لا تحتل إجراءات المناقصة أو الممارسة، تدفعه الإدارة للتعاقد بهذا الأسلوب الاستثنائي، مع وضع حد أقصى لكل سلطة مختصة لا يجاوز لها أن تتجاوزه في تعاقدتها في ذات السنة المالية، بالنسبة لذات موضوع التعاقد، إلا في الحالات التي يجاوز فيها مجموع قيمة ما يتم تكراره من تعاقدات عن ذات العملية الحد الأقصى المقرر قانوناً¹.

و إذا كان من الممكن إبرام العقود الإدارية الوطنية بأسلوب الاتفاق المباشر، فإنني لا أرى مانعاً من أن يتم ذلك أيضاً بالنسبة للعقود الإدارية الدولية و إن كان الأمر يقتضي أن يحاط ذلك بضمانات أكثر منعا للإضرار بمصالح الخزينة العامة فكأن تنحصر السلطة المختصة بإصدار قرار التعاقد بهذا الأسلوب في رئيس الوزراء.

ثانياً: الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي:

تتميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى كونها مرتبطة بالمرافق العامة و تسموا فيها المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، لذا فمن حق جهة الإدارة أن تقوم بالإشراف و التوجيه على تنفيذ العقد و تقوم بتعديل بما يتفق مع مصالح المرفق العام و الذي أبرم من أجله العقد الإداري، و تتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن تلك التي يتم إبرامها مع متعاقد وطني في كون المتعاقد الدولي له الحق في اشتراك الثبات التشريعي للعقد، و في مقابل ذلك يقع على عاتقه جملة من الالتزامات منها تنفيذ العقد وفقاً للمعايير الدولية، و تدريب العمالة المحلية و آثار العقد ما هو إلا جملة من الحقوق و الالتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين، نتعرض لها على النحو التالي:

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 136.

أ. حقوق و التزامات جهة الإدارة:

يترتب على إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مجموعة من الحقوق و الالتزامات تقع على جهة الإدارة، و من هذه الحقوق حق الإشراف و التوجيه و حق التعديل بالإرادة المنفردة، و حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، و يقع على عاتقها جملة من الالتزامات و منها إزالة المعوقات التي تعترض المشروع الأجنبي، و سنقوم ببيان هذه الحقوق و الالتزامات على النحو التالي:

أ.1. حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها:* حق الرقابة:

يقتصر مفهوم الرقابة في المفهوم الضيق على صلاحية الإشراف، في حين أن في المفهوم الواسع يشمل أيضا صلاحية التوجيه، و تعد هذه الصلاحية حقا ثابتا لجهة الإدارة ولو لم يتضمنه العقد الإداري بنص صريح لكونها صلاحية متعلقة بالنظام العام لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عنها و من ثم تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية كاشفة عن هذه الصلاحية و ليست بالمنشئة لها¹، و هناك قيود ترد على هذا الحق تتمثل فيما يلي:

و هو أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية و من ثم فإن القرار الذي لا يستهدف تسيير المرفق الا بانتظام و إطراد يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة.

و يتمثل في أن يتعين أن لا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة التزامات المستثمر الأجنبي².

* حق التعديل:

تسم العقود الإدارية بالمرمة مع المستثمرين الأجانب بطول المدة نسبيا، و التي يمكن أن تطرأ خلالها تغييرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، و حتى يتسنى لجهة الإدارة

¹ شطناوي علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، ط 1، 2003، ص 714.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر،

2008، ص 142.

مواكبة هذه التطورات و الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام و إطراد فإنها تشترط ضرورة التفاوض و المراجعة كل فترة زمنية أو تنص صراحة على حقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، و في هذا الصدر أثير تساؤل في حالة ما إذا لم يوجد هذا الشرط فهل لجهة الإدارة الحق في التعديل؟

و للإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه الفرنسي لاتجاهين:

الاتجاه الأول: عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة:

وفق هذا الاتجاه فإن فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفردة من جانب الإدارة فكرة زائفة من ابتداع

الفقهاء، و لا تتأيد بقضاء من مجلس الدولة الفرنسي¹، و لأن جهة الإدارة لا تستطيع تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلا إذا كان هناك نص في العقد يتيح ذلك. و انتقد هذا الاتجاه على أنه تجاه ينظر طبيعة العقود الإدارية، و يقع في تناقض مع نفسه حيث يقر لجهة الإدارة بسلطة التعديل متى نص عليها العقد، و من المسلم به بأن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية هي التي تعطي للإدارة سلطة التعديل بالإرادة المنفردة، دون الحاجة للنص عليها صراحة².

الاتجاه الثاني: جواز التعديل بالإرادة المنفردة:

و هو الاتجاه الراجح فقها و قضاء لأن للإدارة تلك صلاحية التعديل بالإرادة المنفردة، و يرون أن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية بمعنى يمكن تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، و قد أكد هذه السلطة مجلس الدولة الفرنسي دون أن يشترك النص صراحة في العقد³.

و سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة، بل تمارس في ظل ضوابط دقيقة، و تجد سلطة التعديل أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15.

¹ شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص 716.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 144.

³ شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص 716.

*** سلطة توقيع الجزاء:**

و تعد هذه الأخيرة أحد امتيازات الإدارة من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام و إطراد، و تقوم بممارسة هذه السلطة متى ثبت لها إكمال أو تقصير في تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معاً، و تأخذ صورتين، صورة الغرامات أو مصادر مبلغ الضمان بالنسبة للغرامات، فالرجوع لأحكام المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر، نجدها بأنها تنص على أنه يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها بشكل غير مطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به¹.

أما بالنسبة لمصدر مبلغ الضمان فيمكننا القول بأن قانون الصفات العمومية أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي ضمن وجودها في وضعية مالية ككفالة حسن التنفيذ تتراوح بين 5 % و 10 % من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها، و بالنسبة للصفقات التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات من 01 إلى 04 من المادة 184 من هذا المرسوم².

*** سلطة إنهاء العقد:**

قد يتضمن العقد أو يتم النص في القوانين أو اللوائح على حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، و قد أوجب المشرع الجزائري توجيه إعدار للمتعاقد معها بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة، و في حالة عدم تدارك المتعاقد لتقصيره، خلال الأجل المحدد في الإعدار يمكن لجهة الإرادة أن تفسخ العقد من جانب واحد، و لا يمكن الاعتراض على هذا القرار عند تطبيقها لنبود التعاقدية في الضمان و الملاحقات الرامية لإصلاح الضرر لذي لحقها بسبب سوء التصرف من المتعاقد معها³، و لكي يكون الإنهاء مشروعاً لا بد أن

¹ المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 58.

² المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15.

³ المادة 149 و ما يليها من المرسوم الرئاسي 247/15.

تتوافر جملة من الشروط¹ و هي على النحو التالي:

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

- الشرط الثاني: عدم انحراف جهة الإدارة بالسلطة التقديرية، لأن يتعين أن تراعي الإجراءات المنصوص عليها، و أن تنحرف في استعمال تلك السلطة، و من أمثلة الانحراف استهداف جهة الإدارة تحقيق مصلحة مالية فقط.

أ. 2. التزامات جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها:

يقع على عاتق الإدارة العديد من الالتزامات نوردتها على النحو التالي:

* الالتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي و إزالة المعوقات التي تعترضه:

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

* التزام جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي:

تلتزم جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، و مصدر هذا الالتزام هو اتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهما، و قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الاستثمار.

* التزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية:

على جهة الإدارة أن تلتزم بمبدأ حسن النية، و إلا تعرضت لفقدان حقوقها إذا ما لجأ الطرف الآخر للتحكيم، و لعل أبرز مثال على ذلك هو قضية AMCO ضد الحكومة الأندونيسية، و تتلخص وقائع القضية في حصول شركة AMCO و شركتان أخريتان بالحق في الاستثمار في هذه الأخيرة و ذلك بإقامة فندق و إدارته لمدة 30 سنة و كان ذلك في سنة 1968 و هو ماتم بالفعل، غير أنه في سنة 1980 قامت حكومة أندونيسيا بالاستيلاء على

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 153.

الفندق عن طريق إجراء عسكري مسلح و سحبت الاستثمار من الشركات الثلاثة، و هو ما دفع بشركة AMICO للجوء للتحكيم و المطالبة بالتعويض و هنا رجعت الحكومة الأندونيسية سبب السحب لعدم قيام الشركات بالحد الأدنى من الاستثمار، و انتهت محكمة التحكيم إلى أن الظروف المحيطة باتخاذ القرار من قبل السلطات الأندونيسية تجعل التصرف غير مشروع و أن القرار كان مشوباً بسوء النية و لم تعرض المحكمة لمشكلة عدم كفاية الاستثمار¹.

ب. حقوق و التزامات المتعاقد الأجنبي:

ينشأ عن العقود الإدارية الدولية مجموعه من الحقوق و الالتزامات للمتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة، و منها على الخصوص الحق في الحصول على المقابل المالي، و الحق في التوازن المالي، و يقع على عاتقه جملة من الالتزامات تتمثل أساساً في قيامه بتنفيذ الالتزامات التي يترتبها العقد شخصياً و في المواعيد المحددة وفقاً للشروط و المواصفات المتفق عليها، و أن يقوم بالتنفيذ وفقاً لأفضل المعايير السائدة، و سنتناولها على النحو التالي:

ب.1. حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المنفردة:

باعتبار العقد الإداري الدولي له ارتباط أو اتصال بالمرفق العام، فكان لذلك الأثر البالغ في تمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، في مقابل هذه السلطات يتمتع المستثمر الأجنبي في مواجهة الإدارة بجملة من الحقوق و هي:

* الحق في الحصول على المقابل المالي:

إن الهدف الذي يتوخاه المستثمر الأجنبي في العقود الإدارية الدولية هو تحقيق الربح نظير الأعمال التي تقوم بها جهة الإدارة، و يأخذ المقابل المادي صوراً متعددة منها:

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 159.

- الثمن: الأصل في العقود الإدارية الدولية أن يتم تحديد الثمن بشكل واضح و دقيق، بعيدا عن أي غموض ليس و القاعدة أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما التزم به، غير أن الإرادة قد تقوم بدفع جزء من هذا المقابل مقدما و أثناء التنفيذ، ولاسيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات و متسعا من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته¹.

الرسم: و هو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الامتياز و يقوم بتحصيله من المنتفعين، و هو من الشروط اللائحية التي تستطيع الإدارة أن تعدلها بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام².

* الحق في التوازن المالي:

و هو من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، تقيم ارتباطا و تناسباً بين حقوق المتعاقد و التزاماته، و ترد في العقود الإدارية لاعتبارين أساسيين هما العدالة و كفالة و سير المرافق العامة بانتظام و إطراد، و قد يحدث أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها ان تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معاً، و من ثم التأثير على مركزه المالي، و قد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في فرنسا في سنة 1910 في قضية العربات الكهربائية³، و الاعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما في نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة و نتناولهما على النحو التالي:

- نظرية فعل الأمير: و يقصد بهذه النظرية كل إجراء تتخذه السلطات العامة و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة المخاطر الإدارية⁴، و ما يمكننا ملاحظته فإن هذا التعريف إغفاله كون هذه الزيادة تكون دون خطأ من جهة الإدارة، كما أن التعريف أغفل النص على التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن ما لحقه من أضرار بما يعيد التوازن المالي

1 ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، مصر، 2004، ص 133.

2 جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، ص 234.

3 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 1، 2007، ص 166.

4 محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، 2007، ص 291.

للعقد، و تجد نظرية الأمير أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام نص المادة 115 من تشريع الصفقات العمومية.

- **نظرية الظروف الطارئة:** هي نظرية قضائية كان لمجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو، و المقصود بهذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه قلبت اقتصادياته و جعل تنفيذ العقد أثقل عبءا، و ليس مستحيلا و هو ما يجعل من المتعاقد يتحمل كلفة أكثر ما يحمله خسارة تتجاوز المألوف، و هو ما يمنح المتعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض عن خسائره و هنا تعوضه الإدارة جزئيا.

و يترتب تطبيق هذه النظرية أثرين، أولهما التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد لأن الظروف الطارئة لا تعفيه من التزاماته و إن كانت تجعل التنفيذ مرهقا غير أنه ليس بالمستحيل، و يتمثل الأثر الثاني في تعويض المتعاقد، فنظرية الظروف الطارئة تعطي المتعاقد الحق في الحصول على مساعدة الإدارة من أجل المواصلة في تنفيذ العقد من أجل الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام و لهذا يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد معها و هذا التعويض جزئي، لأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس جوهري و هو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على هذا الطرف الطارئ بين المتعاقدين و هنا ممكن الاختلاف بين هذه النظرية و سابقتها التي يكون التعويض كليا¹.

- **نظرية الظروف المادية غير المتوقعة:** و تعتبر هذه النظرية من التطبيقات القضائية التي أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي²، و تبدو أهمية هذه النظرية في عقد الأشغال العامة، و مفاد هذه الأخيرة أن المتعاقد و عند تنفيذه للعقد قد تصادفه صعوبات مادية استثنائية لم تكن في حساب المتعاقدين و تقديرهما عند إبرام العقد، فيجعل ذلك العقد أكثر وطأة على المتعاقد، و لذلك من باب العدالة أن يتم تعويض هذا الأخير و هنا يكون التعويض كاملا، و يترتب على توافر الشروط السالفة الذكر حق المتعاقد مع التزامه في

¹ محمود عاطف البنا، نفس المرجع، ص 106.

² ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 141.

الاستمرار في التنفيذ، في التعويض الكامل عن تحملته نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات¹.

ب.2. التزامات المتعاقد في مواجهة الإدارة:

يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ جميع التزاماته التعاقدية وفقا للشروط التي تم إبرادها في العقد، و أن يقوم بتنفيذها شخصيا فلا يتنازل عن العقد للغير إلا وفقا لشروط محددة، و أن يتم التنفيذ في المواعيد المتفق عليها، و أن يلتزم أثناء التنفيذ بمبدأ حسن الينة، و سنقوم ببيان الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد و ذلك على النحو التالي:

* التزام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتنفيذ الشخصي:

لما كان العقد الإداري ذا صلة بالمرفق العام، فإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة مع المتعاقد معها، من حيث الكفاءة و القدرة على التنفيذ، لذلك يتعين على هذا الأخير أن يقوم بالتنفيذ الشخصي للعقد كقاعدة عادة، لكن يحوز التنازل عن العقد للغير و ذلك بشروط معينة، و يجوز له التعاقد من الباطن.

- التنازل عن العقد: يقصد به تنازل التعاقد عن كل الالتزامات و الحقوق لشخص آخر و يحل محله في التنفيذ بشكل كلي و لكي يكون هذا التنازل صحيحا يتعين توافر جملة من الشروط و هي:

√ موافقة جهة الإدارة على التنازل كتابة.

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

√ أن تقدم الشركة المتنازل إليها دليلا لجهة الإدارة يعطي قدراتها المالية و الفنية.

¹ حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية و الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 339.

√ أن تشتمل وثيقة التنازل نصوصا تقر صراحة التزام المتعاقد المتنازل إليه بكافة الشروط الواردة في العقد و ما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل.

و في حالة موافقة الإدارة على هذا التنازل يحل المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ الالتزامات، و تعد هذه الموافقة بمثابة عقد جديد بين الإدارة و المتنازل إليه، و يصبح هو المسؤول الوحيد أمامها ما لم ينص على غير ذلك¹.

- **التعاقد من الباطن:** يقصد به أن يحل التعاقد مع الإدارة غيره في تنفيذ بعض أجزاء العقد و هنا يكمن الاختلاف بينه و بين التنازل الذي يحل فيه المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كليا، و يلاحظ أن هناك العديد من الظروف التي تدعو جهة الإدارة للموافقة على الأخذ بهذا الأسلوب، بالنظر للتقدم العلمي و الفني و التخصص الدقيق في شتى المجالات، لذلك أصبح تنفيذ أحد المشروعات العامة يتطلب التعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه و في التعاقد من الباطن يظل المتعاقد الأصلي هو المسؤول وحده عن تنفيذ كافة الالتزامات التي ينص عليها العقد الأصلي، لأن التعاقد من الباطن لا يحل محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ، كما أنه لا يصبح طرفا في العقد، و من ثم فإن الأثر الوحيد الذي يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن هو جعل هذا الأخير مشروعا²، في حالة ما تم التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة فذلك التعاقد لا يكون نافذا في مواجهة الإدارة، و يظل المتعاقد الأصلي وحده المسؤول عن التنفيذ بالإضافة إلى ما يترتب عن ذلك من مسؤولية عقدية في حق المتعاقد مع الإدارة تلزمه بالتعويض عما يسببه ذلك التصرف من أضرار.

* الالتزام بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها:

يقع على عاتق المتعاقد الأجنبي التزام بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه من شروط، و في الآجال المحددة و ذلك لكون الصفقة العمومية لها صلة بالخدمة العامة و كذا بحسن سير

¹ محمود عاطف البناء، نفس المرجع، ص 227.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 180.

المرفق العام¹، ففي حالة ما إذا كان تأخر المتعاقد الأجنبي بسبب فعله فإنه يترتب على ذلك حق جهة الإدارة في التعويض، كما يعطي للإدارة الحق في الفسخ و قد يكون تأخر المتعاقد الأجنبي في التنفيذ بسبب فعل الإدارة فإن هذا التأخر يكون مبررا، كعدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل و هو ما أكده قضاء التحكيم².

* الالتزام بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها:

يعني على المتعاقد الأجنبي تنفيذ العقد وفقا للشروط التي تم التوافق عليها في العقد و التي تتمثل في إحدى الصورتين التاليتين:

- **الصورة الأولى:** تحدد فيها طريقة التنفيذ بدقة، هنا يجب على المتعاقد الالتزام بالشروط و المواصفات المتفق عليها، و إلا ترتبت مسؤوليته.
- **الصورة الثانية:** الاتفاق على تنفيذ العقد وفقا لأفضل المعايير الدولية، و هو ما يثير العديد من المشاكل لعدم إمكانية تحديد هذه الأخيرة بدقة.

* التزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للاستثمار:

تفرض الإدارة المتعاقدة على المتعاقد الأجنبي ضرورة قيامه باستثمارات محددة خلال فترة معينة لتحقيق الفعالية، و أوجب المشرع الجزائري على الشركات الأجنبية إلزامية الاستثمار في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة في إطار شراكة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها الاجتماعي جزائريون مقيمون³، و في حالة عدم التزامه بذلك فإنه يحق لجهة الإدارة سحب الترخيص الذي منحته للمتعاقد الأجنبي لمزاولة نشاطه دون أن يترتب تلك مسؤولية إليها، و قد نص المشرع الجزائري على قيام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار على التأكد من احترام الالتزامات التي تعهد بها

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 176.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 182، 183.

³ تحدد هذه المشاريع بموجب مقرر من قبل سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها أو بالنسبة لمشاريع المؤسسات أو الهيئات التابعة لها، و يحدد الوزير المعني هذه المشاريع و طبيعة الاستثمار بموجب مقرر بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية الممولة جزئيا أو كلياً بمساهمات مؤقتة أو نهائية من الدولة.

المستثمرون خلال مدة الإعفاءات¹، كما نص على أن المتابعات التي تقوم بها الوكالة تكون بالاتصال مع الإدارات و الهيئات المكلفة بالسهر على احترام الالتزامات التي تترتب على الاستفادة من المزايا الممنوحة، كما تقوم بالتأكد من احترامهم لالتزاماتهم فيما يتعلق بالإنفاقات و متابعة ما بعد إنجاز الاستثمارات باتجاه المستثمرين غير المقيمين المستقرين.

* التزام المتعاقد الأجنبي بإطلاع جهة الإدارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل

التعاقد:

قد ينص العقد صراحة على حق الإدارة في فسخ العقد، في حالة عدم قيام المتعاقد معها بالتزام الإعلام و الإخبار، و يتجه بعض الفقه إل أن لجهة الإدارة التمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصا صريحا فيه، و ذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية، و قد ألزم المشرع الجزائري للمستثمرين بمناسبة الإيداع السنوي للحصيلة لدى مصالح الضرائب أن يقدموا وضعية تبرز هذه الأخيرة مدى الالتزامات التي اكتبها، تعد وفقا للأشكال و الإجراءات المقررة بالاشتراك بين الوزارة المكلفة بالاستثمارات و وزارة المالية، و يتعين على الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار جمع المعلومات حول تقدم المشاريع و كذا التدفقات الاقتصادية المترتبة عنها².

* التزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية:

و هو شرط تتضمنه غالبية العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجانب تمهيدا لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية، و قد نص المشرع الجزائري في أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 وهو بصدد بيان الصفقات على شرط استعمال اليد العاملة المحلية³، و كمثال على ذلك عقود أل بوت BOT والذي يتطلب قيام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية التي يتسنى لها إدارة المشروع بعد انتهاء مدة الامتياز، و ذهب جانب من

¹ المادة 21 من الأمر 03/01 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 2001/09/24، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و تنظيمها و سيرها، الجريدة الرسمية، عدد 55.

² المادة 7/3 من المرسوم التنفيذي 356/06، المتضمن صلاحية الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و تنظيمها و سيرها، الجريدة الرسمية، عدد 64.

³ المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 236/01 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 58.

الفقه إلى أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة حتى لا يستطيع المتعاقد الأجنبي التنصل من مسؤوليته بإثبات بذل العناية المطلوبة، و ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أنه يتعين التمييز بين التزام المتعاقد الأجنبي بإدماج العمالة المحلية، والذي يعد التزاماً بتحقيق نتيجة و بين تدريب و تكوين العمالة المحلية و الذي يعد التزاماً ببذل عناية¹.

المطلب الثاني: إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

تنازع الفقه في مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي حيث اعترض على ذلك البعض مستندا في ذلك لجملة من الأسانيد، في حين أجاز الإتجاه الثاني التحكيم في العقود الإدارية الدولية و برر أنصار هذا الإتجاه موقفهم لجملة من الأسانيد كما أن عددا من التشريعات نصت على إمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإداري ذات الطابع الدولي.

الفرع الأول: الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

يستند الفقه المعارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية الدولية و ذلك نظرا لخصوصية هذه العقود، و تميزها عن العقود المدنية و التجارية و ارتباطها بسيادة الدولة، كما يستندون إلى نظرية المبادئ العامة للقانون و فكرة النظام العام، و القول بمبدأ الحظر في اللجوء إلى التحكيم من قبل الأشخاص العامة في العقود الإدارية من المبادئ العامة للقانون و التي يطبقها القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها مصدرا من مصادر المشروعية و التي يتعين على جهة الإدارة الإلتزام بها²، و بالنتيجة استخلاص فكرة النظام العام و التي يقصد منها القانون الإداري تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة و هذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية و من ثمة فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية باعتبار أن اللجوء إلى محكم خارجي بعيدا عن القضاء المتخصص في فض النزاعات الإدارية يعني خروج

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 198.

² دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية و عقود البوت، ص 268.
<http://sicconf.uaeu.ac.qelpapres/ni/doib%20husin.pdf>.

عن مقتضيات النظام العام، قد تبني مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ إلى حين أن تدخل
المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز
التحكيم في العقود الإدارية و لعل أهم تدخل تشريعي هو القانون الصادر في 19 أوت 1986 و
الذي أجاز للدولة و المقاطعات و المؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة
مع الشركات الأجنبية، و قد صدر القانون السابق بسبب تمسك الشراكة الأمريكية و الت
ديزني على ضرورة تضمين العقد المبرم بينهما و بين مقاطعة فال مارن و المؤسسة
المدنية الجديدة مارن لافالي على شرط التحكيم و خاصة بعد أن رفض مجلس الدولة
الفرنسي إدراج شرط التحكيم في هذا العقد على اعتبار أنه يتعلق بالنظام العام القانوني
الداخلي الفرنسي و بذلك يعد مخالف للنظام العام في فرنسا بالإضافة إلى أن شروط تطبيق
نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي غير محققة في واقعة الحال حيث أنها لا تسمح
إلا بعقد مشاركة التحكيم لتصفية عقود الأشغال العامة و التوريد بعد نشأة النزاع.

الفرع الثاني: الإتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

و يرى أنصار هذا الإتجاه إلى أنه يجوز التحكيم في العقود الإدارية و ليس هناك ما
يمنع ذلك مستندين في رأيهم إلى التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية و كذلك الأحكام
القضائية التي تؤكد على إمكانيات إدراج اتفاق التحكيم في العقود الإدارية بالإضافة إلى أن
سياسة الإصلاح الإقتصادي و تشجيع الإستثمار الذي تتبناه الدولة في الوقت الحاضر و
لجلب رؤوس الأموال الأجنبية و تهيئة مناخ اقتصادي جيد من أجل إنجاز مشروعات البنية
التحتية و نقل التكنولوجيا و الذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال الإلتزام بقبول التحكيم فيما
قد ينشأ من نزاعات إدارية.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

و قد أجاز المشرع الجزائري و من خلال نص المادة 975 من قانون الإجراءات
المدنية و الإدارية على إمكانية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم في مادة

الصفقات العمومية و في الحالات الواردة في الإتفاقيات المصادقة عليها من طرف الجزائر و التي تتعلق بعقود التنمية الإقتصادية، مما يجعل التحكيم هو الوسيلة الملائمة لحل النزاعات التي قد تنشأ أثناء مرحلة تنفيذ هذه العقود، بحيث أن الدولة أو أشخاص القانون العام يصعب خضوعهم لقضاء دولة أجنبية و في التحكيم تشارك فيه عند اختيار المحكمين و اختيار القانون الواجب التطبيق¹.

المطلب الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

إن اتفاق التحكيم ما هو إلا عقد يترتب على عاتق طرفيه التزامات متبادلة، و بالتالي و جب أن تتوافر فيه الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية اللازمة لصحته، لأن اتفاق التحكيم سيؤدي لسبب الاختصاص من قضاء الدولة، و جعل القضاء الخاص المتمثل في التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ و تكون متعلقة بهذا العقد، و سنتطرق لهذه الشروط تباعا كما يلي:

الفرع الأول: الشروط الشكلية (شرط الكتابة):

إن اتفاق التحكيم يترتب عليه أثر خطير، و المتمثل في سلب اختصاص نظر المنازعة من القضاء الوطني للدولة، و منح سلطة البث في المنازعة التي تنشأ في هذا النوع من العقود، المشروط باللجوء للتحكيم لقضاء التحكيم، و انطلاقا من هذه الخطوة فقد اتجه الرأي في ظل برتوكول جنيف 1923، 1927 إلى ترك الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها للتأكد من وجود شرط التحكيم.

غير أن الواقع العملي يكشف عن تباين في مواقف الدول، مما أدى إلى إحداث اضطراب في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية، فمثلا أرادت الدول اللاتينية إحاطة اتفاق

¹ ملاحظة: بالإضافة إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالإعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية و اتفاقية واشنطن الصادرة سنة 1965 و التي أسست المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات أبرمت الجزائر اتفاقية ثنائية تتلق بتطوير الإستثمارات تتضمن أحكام تحكيم بين دولتين و أحكام تسري على النزاعات القائمة أو التي تنشأ بين المستثمرين الأجانب و الدولة الجزائرية.

التحكيم بضمانات تجعله يخرج من دائرة التصرفات الرضائية، و جعله تصرفا شكليا يدور وجودا و عدما مع الكتابة¹، و على العكس من ذلك، فإن التشريعات الأنجلوساكسونية اعتبرت الكتابة شرطا للإثبات فقط، و عليه يجوز الاتفاق على التحكيم شفويا أو ضمنيا.

أولاً: موقف المعاهدات الدولية:

أ. موقف اتفاقية نيويورك لسنة 1958²:

طبقا لنص المادة 02 من اتفاقية نيويورك أن "تعترف كل دول متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم..."، و عرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المقصودة باتفاق التحكيم بقوله: "و يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"³، و لقد اختلف الفقه في تفسير المادة السالفة، فرأى البعض بأن الكتابة ركن لصحة اتفاق التحكيم و ليست بالعنصر الخارجي المتطلب للإثبات فقط، في حين رأى البعض الآخر بأن الكتابة و قلا لهذه الاتفاقية تعد شرط صحة و ليست شرط إثبات.

و ارجع شرط الكتابة المنصوص عليه في اتفاقية نيويورك لتسهيل الاعتراف بقرارات التحكيم خارج البلد المنشأ، و باعتبار أن هناك دولا كانت قوانينها الوطنية أكثر تحررا من هذه الاتفاقية بإجازتها أن يكون اتفاق التحكيم شفويا، و هنا ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن المادة السالفة الذكر هي الحد الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه متى كان القانون الوطني يتضمن نصوصا أكثر شدة من ما جاء في الاتفاقية كما أن الاتفاقية تمثل الحد الأدنى في ذات الوقت، و الذي يتعين أن لا يقبل ما و أقل مما ورد، في حين ذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن الدول لها الإبقاء على قوانينها الوطنية إن كانت أكثر تحررا، و استندوا في ذلك

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 262.

² اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتضمنة الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المنظمين إليها الجزائر بموجب المرسوم 233/80 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، الجريدة الرسمية، عدد 48.

³ عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم (الكتاب الثاني)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2008، ص

لنص المادة السابعة من الاتفاقية، و التي تنص: "لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية و الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف لحكام المحكمين و تنفيذها و لا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب فيها الاعتراف و التنفيذ".

ب. الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لسنة 1961:

نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية على أن "اتفاقية التحكيم الناتجة على شرط تحكيمي مدرج في عقد، و تلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء، أو بموجب رسائل متبادلة و برقيان أو إبراق بواسطة التلكس، و في العلاقات ما بين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر اتفاقية التحكيم أية اتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين"، من خلال هذه المادة نستنتج أن الاتفاقية من حيث المبدأ تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، غير أنها لم تستلزم أن يأخذ اتفاق التحكيم شكلا معيناً، غير أنها وضعت استثناء متعلقاً بالعلاقات بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي، و هنا اعتبرت الاتفاقية أن اتفاقية التحكيم هي التي تكون معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين.

ج. اتفاقية القانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة 1985:

نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، و يعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي و اللاسلكي تكون بمثابة سجل اتفاق، أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق و لا ينكره الطرف الآخر، و تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا أو إشارة قد وردت بحيث جعل ذلك الشرط جزاء من العقد"¹.

¹ عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 1، ط 1، 2007، ص 152.

و عليه فإن القانون النموذجي للتحكيم الدولي لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب و بالنتيجة، فإن الاتفاق الشفهي في مفهوم هذا القانون يعتبر صحيحا.

ثانياً: موقف التشريعات الوطنية الدولية:

أ. موقف القانون الفرنسي:

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

لقد أجابت عن هذا السؤال المادة 1495 من المرسوم الداخلي للتحكيم لسنة 1980، و التي تنص على أنه عندما يكون التحكيم دولياً خاضع للقانون الفرنسي لا تنطبق نصوص الباب الأول و الثاني و الثالث من هذا الكتاب إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، بمعنى أن شرط الكتابة المنصوص عليه في هذه المادة لصحة اتفاق التحكيم الداخلي لا يسري على التحكيم الدولي¹، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، مما جعل بعض الفقه يذهب إلى القول أن القانون الفرنسي لم يأتي بأي قاعدة تتعلق بالشكل في التحكيم الدولي.

الشيء الذي يترتب عليه أن الكتابة ليس شرط اتفاق التحكيم، مما يجعل اتفاق التحكيم قد يكون شفاهة و قد ينشأ ضمناً، غير أن هذا الرأي قد تعرض للانتقاد من ناحيتين، الأولى هو نص المادة 1449 على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم تقديم النسخة الأصلية للحكم بالإضافة لاتفاق التحكيم، أما الناحية الثانية فتتمثل في انضمام فرنسا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 و التي تتضمن شرط الكتابة، و من ثم فاتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً.

ب. موقف القانون المصري:

¹ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 1، 2008، ص 293.

اشترط قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 لصحة اتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً، أي الكتابة في اتفاق التحكيم هي شرط لانعقاد اتفاق التحكيم و ليس لإثبات فقط، حيث رتب القانون على تخلف الكتابة بطلان اتفاق التحكيم و ذلك طبقاً لنص المادة الثانية عشر من القانون و التي تنص: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً و إلا كان باطلاً...". و على ذلك يكون المشرع المصري قد أخرج اتفاق التحكيم من التصرفات الرضائية و اعتبره تصرفاً شكلياً يستوجب الكتابة، غير أن الملاحظ أن المشرع المصري أضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة فلم يشترط صيغة معينة أو شكلاً معيناً، و لذلك اكتفى بوجود رسائل متبادلة أو برقيات مكتوبة تظهر بوضوح رغبة الأطراف اللجوء لقضاء التحكيم¹.

ج. موقف القانون الإنجليزي:

اشترط التشريع الإنجليزي و التشريعات التي سارت على نهجه الكتابة كشرط لإثبات اتفاق التحكيم و ليست كشرط لصحته، و قد نصت المادة السابعة من قانون التحكيم الإنجليزي على أن اتفاق التحكيم "اتفاق مكتوب و يشمل الاتفاقات الضمنية عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لإخضاع المنازعات التي نشأت بين الطرفين أو ستنشأ مستقبلاً للتحكيم"².

د. موقف القانون الجزائري:

طبقاً لأحكام القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نجد أن المشرع الجزائري ينص صراحة على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، سواء في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها³. و حتى في ظل المرسوم الرئاسي 09/93 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية و لاسيما المادة 458 مكرر 1، كانت تشترط وجوب الكتابة.

¹ المادة 12، الفقرة 02، من القانون 27 لسنة 1994 تنص: "إذا تضمنه محرر أو غيره من وسائل الاتصال المكتوبة...".

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 265.

³ المواد 1008، 1012، 1040 من القانون 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

إلى جانب الشروط الشكلية يتعين لصحة اتفاق التحكيم توافر جملة من الشروط الأخرى، و هي الشروط الموضوعية المعروفة في كل العقود الأخرى، و هي تلك المتعلقة بالرضا، و المحل، و الأهلية.

أولاً: الرضا:

لا ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر رضا الطرفين، و ذلك لكون اتفاق التحكيم عقد رضائي و يستلزم الرضا في اتفاق التحكيم أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر، و تبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية، لكونه استثناء من الأصل العام و الذي يجعل من القضاء سبيلاً لتسوية كافة المنازعات.

و إذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود باعتبار أن الطرفين سينتهيان لوضع اتفاقية مكتوبة سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه، لكن الصعوبة تثار في حالة ما إذا اقتصر اتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة، و البرقيات... إلخ.

و حتى يقع الإيجاب صحيحاً لا بد أن يشير صراحة إلى كون الهدف من وراء اتفاق التحكيم هو تنحية النزاع من ولاية القضاء، و أن يتم تحديد النزاع بدقة.

و الأصل أن صاحب الرسالة ليس ملزم بالبقاء على إيجابه، بل يمكنه الرجوع عنه مادام الموجه إليه لم يقبله¹، لكن الوضع مختلف في حالة تحديد مدة معينة فإنه يتعين عليه البقاء على إيجابه، و لا يستطيع العدول عنه طوال المدة المتفق عليها، أما القبول الذي ينعقد به اتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب و يشترط في القبول أن يكون مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة في كل ما تناوله من مسائل سواء كانت جوهرية أو ثانوية، و أن يتم القبول في الميعاد المحدد لذلك².

¹ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 272.

و قد ذهب بعض الفقه إلى التوسع في مفهوم الرضا، و ذلك انطلاقاً من أن التحكيم ليس بالضرورة أن ينشأ من عقد خاص بين الطرفين، و إنما يمكن أن ينشأ عن طريق وجود اتفاقية دولية بين طرفين أو متعددة الأطراف تتعلق بحماية الاستثمار، و فيها بند ينص على إحالة خلافات الاستثمار إلى التحكيم، فالاستثمار بمثابة إيجاب من الدولة و يتضمن موافقتها في أي نزاع متعلق بالاستثمار، فإذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى التحكيم وفقاً لهذه الاتفاقية، فهنا يكون تلاق بين الإيجاب و القبول، و قد استند هذا الاتجاه في العديد من القضايا و منها:

- قضية شركة AAPL ضد حكومة سريلانكا:

تتلخص وقائع هذه القضية في اتفاق شركة AAPL و هي من هونغ كونغ مع حكومة سريلانكا بمقتضاه تقوم هذه الشركة بتطوير وسائل حفظ المأكولات البحرية، و لم يتضمن هذا العقد شرط بعرض النزاع على التحكيم، إلا أن القوات المسلحة السريلانكية هدمت الشركة، مع العلم أن كل من هونغ كونغ و سريلانكا قد انضمتا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، و التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICISID، فقامت شركة AAPL بردفع دعوى قضائية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، و هنا دفعت حكومة سريلانكا بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع استناداً لعدم وجود اتفاق التحكيم، غير أن محكمة التحكيم أعلنت اختصاصها بنظر النزاع استناداً لاتفاقية الاستثمار، و هو ما اشتهر في فترة التسعينات بين مراكز التحكيم الأوروبية و الأمريكية، و قد أوضح مركز "ICISID" أن اختصاص المركز يصبح ألياً دون حاجة لعقد تحكيمي لأنه يبني اختصاصه على اتفاقية حماية الاستثمار، و التي تحيل إلى حل المنازعة بواسطة التحكيم مركز ICISID. غير أن جانب من الفقه يرى أن اتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون معدوماً، لأنه إذا كانت الدولة فقد قبلت في اتفاقية حماية الاستثمار بالتحكيم، فإن هذا التحكيم لا يوضع موضع التنفيذ إلا بالاتفاق عليه، و يبقى التحكيم معطلاً في غياب العقد التحكيمي، و هذا ما تؤيده أيضاً مقدمة اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965، و التي تتضمن قواعد تؤكد الحاجة إلى وجود عقد تحكيمي، حيث تشير مقدمة الاتفاقية: "تقديرًا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية و لأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية في هذا المجال و نظراً إلى أن

من الممكن أن تنشئ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة و مواطني الدول الأخرى المتعاقدة، مع التسليم بأن هذه المنازعات يمكن حلها بالطرق القانونية الوطنية إلا أنه من الأفضل أن يتم تسويتها عن طريق أداة دولية خاصة لهذا الغرض و من هذه الأداة التحكيم، و تستطيع الدول المتعاقدة و مواطني الدول الأخرى أن يطرحوا ما نشب بينهم من منازعات على قضاء التحكيم إذا ما أرادوا ذلك و لابد من توافر رضا الطرفين المشترك على عرض هذه المنازعات على قضاء التحكيم مع ملاحظة أن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية لا تعبر بمجرد التصديق عليها أو إقرارها أو قبولها ملزمة بعرض أي نزاع على التحكيم".

ثانياً: المحل:

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، و يشترط القانون في محل العقد أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، و إلا وقع اتفاق التحكيم باطلاً، و الحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة و إشرافها التي يعينها أن تسري عليها قواعد محددة و هو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل¹.

و باعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، و لهذا يأخذ قضاء التحكيم فكرة النظام العام الدولي، فالمحكومون مكلفون بحماية المصلحة العليا في المجتمع الدولي، و متى كان اتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي فقد رأت بعض أحكام التحكيم ببطلان اتفاق التحكيم و من ثم عدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع، في حين أن بعض أحكام التحكيم قررت اختصاص محكمة تحكيم بنظر النزاع، و كمثال عن الاتجاهين نورد الحكمين التاليين:

- قضية الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية:

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 38.

و تتلخص وقائع القضية في إعلان الحكومة الأرجنتينية عن مناقصة دولية من أجل إقامة محطة كهربائية بها، و من بين الذين تقدموا لتلك المناقصة شركة بريطانية تعاقدت مع وسيط أرجنتيني للسعي لدى حكومته لإرساء الصفقة عليه مقابل حصوله على قيمة عشرة بالمائة (10 %) من قيمة العقد، غير أن المجهودات التي بذلها هذا الوسيط لم تفلح فقد تم إرساء الصفقة لصالح شركة ألمانية غير أنه و إثر سقوط النظام السياسي في الأرجنتين قامت الحكومة بالإعلان عن مناقصة أخرى و استطاعت الشركة البريطانية الحصول عليها، و طلب الوسيط الشركة البريطانية العمولة التي سبق الاتفاق عليها على أساس أن تعاقدتها كان نتيجة لمجهوداته السابقة، غير أن الشركة البريطانية رفضت ذلك، و تم اللجوء إلى غرفة التجارة بباريس، و بعد إطلاع المحكم على المستندات تبين له أن العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين كانت بقصد دفع رشاوي للموظفين من أجل رسو المناقصة على الشركة البريطانية، و بالرغم من الجهود التي قام بها الوسيط إلا أنه لا يمكن التغاضي عن كون العمولة المتفق عليها رشوة، و أنه بوجود مبدأ قانوني عام معترف به من قبل الأمم المتحدة هو أن العقود التي تنتهك بشدة النظام العام الدولي عقود غير صحيحة، و تنطوي على انتهاك شديد للنظام العام الدولي لا يمكن أن يكون محل التحكيم و من ثم فقد فقدوا كل حق في اللجوء إلى العدالة، و انتهت محكمة التحكيم العام لعدم اختصاصها.

- قضية الحكومة الإيرانية و المشروع الفرنسي:

تتلخص وقائع هذه القضية في تعاقد إحدى المشروعات الفرنسية مع وسيط إيراني كي يستخدم نفوذه لدى حكومته لتمكينها من القيام بتنفيذ عقد الأشغال العامة، و هنا اتفق الطرفان على عمولة يتم دفع نصفها عند التعاقد على أن يتم دفع النصف الآخر عن إتمام الصفقة، و قد نجحت مساعي الوسيط و تعاقد المشروع الفرنسي مع الحكومة الإيرانية و هنا تنكر المشروع الفرنسي للوسيط و لم يدفع له الجزء المتبقي من العمولة، و باعتبار أن العقد تضمن عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية بباريس و هو ما تم بالفعل، و في الحكم التحكيمي انتهى المحكم إلى أنه على الرغم من أن المدعي و هو الوسيط رفض الكشف عن طبيعة مهمته لدى الحكومة الإيرانية، إلا أنه استخلص من خلال وقائع القضية موضوع

النزاع أنه كان من كبار الموظفين العموميين، و كان له تأثير كبير على صانعي القرار وهو ما أدى لنجاح تعاقد المشروع الفرنسي دون غيره من المشروعات، و باعتبار أنه صدرت عدة تشريعات متعاقبة لمكافحة و استغلال النفوذ في بلد الوسيط، و لما كان العقد محل النزاع يخالف النظام العام الدولي، فإن محكمة التحكيم قضت ببطلانه، و رفضت طلب المدعي¹.

و قد استحسن جانب من الفقه هذا الاتجاه، فعلى المحكم نظر النزاع المطروح عليه و إن كان يجعل في طياته مخالفة للنظام العام الدولي، و أن يقضي ببطلان حكم التحكيم، لاسيما و أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن المحكم يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه².

ثالثا: الأهلية:

لا يصبح اتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفيه، فلإنه يتعين أن يكون أطرافه سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ممن يمثلون حق التصرف في حقوقهم³، و قد نصت المادة 1006 فقرة 01، من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، و التي جاءت كما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء للتحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، و قد أخذت معاهدتي نيويورك و القانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكن موقع العقد متمتعاً بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي، و إلا كان الحكم التحكيمي قابلاً للإبطال.

و من أهم المشاكل التي أثارها اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية هو أهلية الدولة و قدرتها على إبرام اتفاق التحكيم، و إن كان المشرع الجزائري قد نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود، إلا أن بعض التشريعات لم تنص صراحة على ذلك، و لذلك ذهب بعض الفقه للقول بأن الدولة تتمتع بأهلية إبرام اتفاق التحكيم و أرجعوا ذلك لقيام

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 298.

² المادة 1030 من القانون 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21.

³ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 291.

الدولة بإدارة مشروعات اقتصادية عملاقة و مؤسسات كبيرة ذات نفع عام، فإذا كانت تفتقر إلى الأهلية لما كانت لها القدرة على إدارتها، فالواقع يثبت تمتع الدولة بالأهلية الكاملة في إدارتها لأموالها العامة و الخاصة، و هو ما يعطيها الحرية التعاقدية افي إبرام اتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك الأموال و تكون هذه الأخيرة صحيحة، و استندوا في ذلك لكونه تصرف قانوني غير مخالف للنظام العام الدولي، و هو المرجع الذي ينبغي الاستناد إليه للحكم بصفة أو بطلان اتفاق التحكيم.

بالنسبة للمشرعين الكويتي و الجزائري فقد حددا الأهلية الازمة لإبرام اتفاق التحكيم بأنها أهلية تصرف و ذلك من خلال المادة 3/173 من قانون المرافعات الكويتي و التي تنص على: "و لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه..."، و نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، و يرجع لوزم أهلية التصرف لكون اتفاق التحكيم يعني التنازل عن الحق في اللجوء إلى قضاء الدولة بما يوفره هذا الأخير من ضمانات تقليدية للتقاضي، إلى جانب أنه قد يترتب عليه فقدان الحق المتنازع عليه إذا قضى المحكمون لغير صالحه.

لقد نصت المادة 2/177 من القانون السويسري على أنه: "إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها طرفا في اتفاق التحكيم فإنها لا تستطيع أن تستند إلى قانونه الوطني لتثبت عدم أهليتها على الاتفاق على التحكيم"، و هو ما أيدته محكمة استئناف باريس في أكثر من حكم.

كما أن بعض التشريعات نصت على أن اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية يستوجب أولاً الحصول على ترخيص بذلك و مثال ذلك نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري رقم 09 لسنة 1994 على أنه بالنسبة للعقود الإدارية يكون اتفاق التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة و لا يجوز التفويض في ذلك.

و نص المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 المضمن قيام نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على: "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها

مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم".

و فيما يتعلق بموقف القضاء من حكم اتفاق التحكيم في حالة ما إذا لم يتضمن هذه الموافقة، فهل الاتفاق يلحقه البطلان أم يظل صحيحاً منتجا لجميع آثاره؟
انقسم الفقه إلى قسمين، فذهب قسم منهم إلى أن إقدام الشخص المعنوي على إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الجهة المختصة يعد من قبيل الخطأ المرفقي و يرتب مسؤولية هذا الأخير قبل المتعاقد الآخر، و يكون اتفاق التحكيم في هذه الحالة عديم الأثر، في حين ذهب البعض الآخر للقول متى لجأ الشخص المعنوي العام إلى إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص فإنه يصبح ملزماً به¹، و بالرجوع إلى أحكام اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين لا نجد نصاً يحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، و من ثم فواضعوا الاتفاقية تركوا تقدير أهلية أطراف التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ، و نرى أن السبب الكامن وراء ذلك هو تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف، و نظراً كذلك لاختلاف قواعد الإسناد و تعذر وضع نصوص موحدة.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 303.

الفصل الثاني:

أثر الطبيعة القانونية للتحكيم على خصوصية العقود الإدارية و دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم

بعد أن تم التطرق في ما سبق أن التحكيم أصبح أمر مسلما به في ظل القوانين
الوضعية بعد أن كانت هذه الأخيرة تنتظر إليه نظرة عدائية معتبرة أن هذا الإجراء دخيل لا
يمكن اعتماده في نطاق علاقات القانون العام.

غير أن هذه الإجازة وإن كانت تتجاوب مع متطلبات العصر و المزايا التي يمكن تحقيقها من التحكيم إلا أنها في الوقت نفسه قد تكون لها آثار سلبية باعتبار أن التحكيم كوسيلة لحل المنازعات قد لا يضمن خضوع العقود الإدارية لنظام مغاير للنظام الذي تخضع له العقود المدنية، خاصة إذا كان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قانوناً يخضع كل العقود لنظام قانوني واحد كما هو الشأن في الدول الأنجلوسكسونية، لكن هذا الأثر يمكن تداركه من خلال دور القضاء و مساعدته لهيئة التحكيم قبل صدور الحكم التحكيمي و ذلك كله من شأنه المحافظة على مستقبل القانون الإداري في منازعات العقود الإدارية المتضمنة الاتفاق على التحكيم بالإضافة إلى أعمال الرقابة القضائية على أحكام المحكم عن طريق دعوى البطلان باعتبار أن هذه الأخيرة تساهم في عدم تنفيذ الحكم التحكيمي المخالف للقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ومن بينها قواعد القانون الإداري و كذا عند تنفيذ أحكام التحكيم بنوعيه الداخلي و الدولي.

و عليه فإنه سوف يتم تقسيم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أثر اتفاق التحكيم على خصوصية العقود الإدارية.

المبحث الثاني: دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم.

المبحث الأول: أثر اتفاق التحكيم على خصوصية العقود الإدارية.

إذا كان التحكيم الداخلي لا يطرح أي إشكال من حيث القانون الواجب التطبيق الذي تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع الناشئ بصدد عقد إداري، كون هذا الأخير يبقى محتفظاً بنفس المبادئ والقواعد التي تميزه عن سائر العقود الأخرى، لكن الإشكال يثور عندما نكون بصدد تحكيم دولي حيث أن هيئة التحكيم قد تلجأ لتطبيق قانون لا يميز بين ما هو عقد إداري وما هو عقد مدني.

و لذلك فإن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له أهمية بالغة في العقود الإدارية الدولية حيث يتم التأكد من مدى صحة بنود العقد و الإستناد إلى القانون الموضوعي في حالة غموضها أو عدم كفايتها 'كما أن القانون الواجب التطبيق هو الأساس في إصدار حكم التحكيم و حسم النزاع الفصل فيه، وإذا كان التشريع الجزائري والمقارن قد كرس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه الإرادة قد تتجه إلى عدم تطبيق قواعد القانون الإداري فقد يعتمد الطرف الأجنبي قصد التخلص من هيمنة الإدارة وما تتمتع به من سلطات في هذه الطائفة من العقود إلى اختيار قانون يجعل المركز القانوني للإدارة مماثلاً للأفراد هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى ولو انعدم هذا الاتفاق أو أن أطراف التحكيم لم يتفقا على هذه المسألة ففي هذه الحالة يقع اختيار القانون الواجب التطبيق على عاتق المحكم، غير أن هذا الأخير قد لا يكون على اطلاع أو معرفة بطبيعة وأساس نظريات القانون الإداري، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية الحفاظ عن خصوصية العقود الإدارية المتفق بشأنها على التحكيم.

و هذا ما سوف يتم تناوله في المطالب التالية:

المطلب الأول: القانون الرئيسي الواجب التطبيق.

المطلب الثاني: القانون الإحتياطي الواجب التطبيق.

المطلب الثالث: كيفية الحفاظ على خصوصية العقود الإدارية المتفق بشأنها على

التحكيم.

المطلب الأول: القانون الرئيسي الواجب التطبيق.

تتفق جل الإتفاقيات الدولية و التشريعات المقارنة على أن إرادة الأطراف هي التي تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروف على هيئة التحكيم عند وجود علاقة تعاقدية أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، ولذلك يتعين على هذا الأخير أثناء إبرام العقد الإداري الدولي مع الطرف الآخر المتفق بشأنه التحكيم إخضاعه للقانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة على اختياره أما إذا انعدمت هذه الإرادة نتيجة لسكوت الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يتعين البحث عن ما انصرفت إليه إرادتهم الضمنية، كما أنه قد يعقد الإختصاص للهيئة التحكيمية، و في سبيل وضع إرادة

الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق موضع التطبيق أقر المشرع الجزائري نظاماً قانونياً تركز على مستوى القانون الإجرائي والموضوعي و عليه فإنه هل للإرادة حرية الاختيار باعتبار أن قاعدة قانون الإرادة تقررت بموجب القانون المدني، و هو ما سوف يتم توضيحه كالآتي:

أولاً: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة.

إن الأصل في التحكيم هو حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجب تطبيقها على موضوع النزاع، كون لهم سلطان إرادة في تحديد حقوقهم و واجباتهم و التصرف فيها، و إن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ المعترف بها في مختلف الأنظمة القانونية.

1. تعريف مبدأ سلطان الإرادة:

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أو قانون الإرادة هو القانون المختار من طرف الأطراف ليحكم علاقتهم التعاقدية و يكون هذا القانون مصدراً للقواعد التي تحكم العقد، كما 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 إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز من وجود، فالواقع أن السلطة المعترف بها للأشخاص في ظل نظام قانوني معين بإنشاء مراكز قانونية معترف بها داخل هذا النظام هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساس حرية التعاقد¹. وفي هذا المعنى كتب الفقيه (Peter Nigh) بأنه يعطي للأطراف سلطات واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، و المحكمة المختصة لحل النزاعات، و يختار هذا القانون عادة عند إبرام العقد، و يمكن أن يتم بعد إبرامه و بمناسبة النزاع عند تنفيذه، كما يجوز تعديل الاختيار².

¹ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011/2010، ص 212.

² زياد محمد فالح، دور إرادة التعاقد في إختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية، مجلة جامعة القدس، حزيران، سنة 2013، ص 358.

ثانياً: التأسيس الفقهي و التشريعي للقاعدة:

1. التأسيس الفقهي للقاعدة:

قد أخضع الفقه الإيطالي هذا النوع من العقود لقانون بلد الإبرام وخاصة من حيث الشكل، وقد أرجع ذلك إلى أنه القانون الذي يعرفه الأطراف.

كما فسر الفقيه الإيطالي (Rochu Surtivs) خضوع العقد لقانون الدولة التي أبرم فيها على اعتبار أن إرادة الأطراف توجهت ضمناً إلى إختيار هذا القانون¹، كما اتجه فقهاء القرن 16 إلى تأكيد مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ لاختيار القانون الواجب التطبيق، حيث ذهب الفقيه الفرنسي (Dumoulin) إلى القول (إن العقود من حيث توافر أركانها و شروطها الأساسية خاضعة للقانون الذي اختاره الأطراف المتعاقدين صراحة أو ضمناً، و أما من حيث شكلها فتخضع لقانون بلد التحرير، كما أقرت محاكم الاستئناف النيوزلندية سنة 1989 إلى أنه و من المعروف و منذ ما يزيد عن قرن من الزمان، أن هناك اتجاهها قويا في دول القانون العام نحو اطلاق مزيد من العنان لحرية الأطراف، إلى حد ما يضاهاي غيرها من النظم القانونية وخاصة في مجال التحكيم الدولي².

2. التأسيس التشريعي للقاعدة:

تعترف التشريعات المقارنة بأولوية إرادة الأطراف المشتركة في اختيار القانون الذي يروونه مناسباً لحكم موضوع عقدهم طالما أنه لا يتضمن مساساً بالقواعد الأمرة أو المتعلقة بالنظام العام و قد نص المشرع الفرنسي على هذا المبدأ في المادة 1/1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و يتعين على المحكم تطبيق القانون المتفق عليه على موضوع النزاع و يمكن للأطراف ان يخضعوا للنزاع لقانون معين سواء كان قانون دولة أحد الأطراف المتعاقدة أو قانوناً أجنبياً آخر، ما لم تكن مخالفة لقواعد النظام العام 'أما المشرع المصري فقد نص على هذا القانون في المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 و

¹ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية،

سنة 2007، ص 334.

² زياد محمد فالح، نفس المرجع السابق، ص 361.

عند اختيار قانون موضوعي معين يتعين استبعاد قواعد التنازع و هذا حسب إرادة الأطراف كما أنه يعتبر مبدأ سلطان الإرادة و في ظل المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو القاعدة الأساسية في تطبيق القانون المختار من قبل أطراف العقد الإداري الدولي على المنازعات التي قد تثور بصدد هذا النوع من العقود أمام هيئات التحكيم. و قد يكون الإتفاق بين الأطراف المتعاقدة صريحا كما قد يكون ضمنيا و يقصد بالإتفاق الصريح هو اتفاق الأطراف المتعاقدة على قانون واجب التطبيق من طرف هيئة التحكيم في حالة نشوء أي نزاع، أما في حالة سكوت الأطراف فإنه يعتد بما انصرفت إليه إرادتهم الضمنية.

و قد أن ينص صراحة و في العقد و بموجب نص صريح على القانون الواجب التطبيق، و يلتزم المحكم بتنفيذ إرادة الأطراف إضافة كونها هي التي اختارت القانون الواجب التطبيق الذي يلتزم به المحكم.

و يرى البعض من الفقه إلى أنه يكمن هدف اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق إلى كون المتعاقدين و بتضمين عقدهم شرطا أو سندا يحدد الاختصاص التشريعي فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل و ما يكتنفه من أخطار محتملة، و عليه فيمكن للأطراف التعبير عن إرادتهم في اختيار قانون الدولة التابع لها أحدهم ويكون في أغلب الحالات في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، حيث تسعى الدولة إلى تطبيق قانونها الوطني، و قد يختار الأطراف قانونا وطنيا لدولة أخرى، أي قانون محايد بالنسبة للطرفين، أو يتم اختيار القانون الوطني للشخص الخاص لكن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل يملك الأطراف الحرية المطلقة في تحديد القانون الذي يحكم النزاع؟ و هل لهم الحق في اختيار أي قانون و لو تكن له أي صلة بالعقد أو المتعاقدين؟ و هل يمكنهم تجزئة هذا العقد بإخضاع جزء منه إلى قانون معين يختلف عن القانون المختار للجزء الآخر؟

اختلف الفقه حول شرط صلة العقد بالقانون المختار، و ظهر في هذا الصدد عدة

اتجاهات:

* النظرية الموضوعية:

و أخذ بهذه النظرية فقهاء القانون الدولي من بينهم الفقيه "بتيبول"، "أرمينيو نيبويات" و يرى أصحاب هذه النظرية أنه يجب ربط العقد الدولي بقانون وطني له علاقة حقيقية به و هذا القانون هو الذي يمنح للإتفاق القوة الإلزامية، و يرى هذا الإتجاه أن جوهر إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد هو عبارة عن توطين العقد تبعاً لإرادتهم و من ثم يجب أي يكون هذا الإختيار إشارة إلى رابطة التوطين هذه مثل اختيار الأطراف لقانون دولة تنفيذ العقد أو قانون بلد إبرام العقد، أو قانون جنسية أحد الأطراف لأنه إذا انعدمت هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الأجنبي، و يستند أنصار هذه النظرية إلى الرضا لوحده غير كافي ليكون محلاً للإلتزام بل لابد من قانون يضيف عليه طابع القوة الملزمة و من ثم يجب أن تكون الإتفاقات مبرمة بطريقة قانونية و في هذا الصدد يقوم الفقيه بتيبول عن الكيفية التي يعطي بها القاضي القوة الملزمة للعقد في غياب قانون يعطيه الأمر و أن مبدأ سلطان الإرادة المطلق هو مبدأ للفوضى القانونية، و قد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الموضوعية التي تقيد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد و هو ما نصت عليه المادة 1/18 من القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، بنصها يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد".

* النظرية الشخصية:

و يرى أصحاب هذه النظرية أنه يجب الإعمال بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمة على منازعاتهم بغض النظر عن أية صلة بينه و بين العقد موضوع النزاع طالما أنه لم تكن هناك سوء نية، و إن أطراف العقد حرة في اختيار القانون، و هذا الإختيار ينصب على إدماج النصوص القانونية للقانون المختار في العقد لينزل منزلة الشروط التعاقدية بحيث يمكن أن تكون محلاً للتعديل و الإشتراط بحيث تفقد

طابع القانون بمعناه الدقيق¹، كما أنه يجوز للأطراف إبرام عقد مستقل عن كل قانون وطني أي عقد له الكفاية الذاتية يجد المحكم في شروطه كل ما يحتاجه من أحكام للفصل في النزاع المعروض عليه، و يستند أنصار هذه النظرية في رأيهم إلى أن مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر قاعدة إسناد أكثر ملائمة و ما يحققه هذا المبدأ من توازن بين الأطراف، و قد حكمت في هذا الصدد هيئة التحكيم بتاريخ 15 مارس 1963 في نزاع نشب بين إيران و إحدى الشركات البترولية الأجنبية بالنسبة لمخاطر الإستثمار كونها تتطلب الأمان التشريعي و يجب حمايتها ضد أي تعديلات تشريعية من جانب الدولة حتى يمكن تجنب المساس بضرورة ثبات العلاقة التعاقدية، كما أخذت محكمة النفض الفرنسية بنفس المبدأ في حكم لها صدر بتاريخ 15/01/1935.

و أما بالنسبة للمسألة الثانية و المتعلقة بحرية المتعاقدين في تجزئة العقد فإنه يرى جانب من الفقه بأنه يتعين على المتعاقدين إختيار قانون واحد يسري على العقد بأكمله و ليس تجزئة العقد تفاديا لتشتيت العقد بين عدة قوانين، كما يؤسسون رأيهم بأن خضوع العقد إلى أنظمة قانونية مختلفة من شأنه المساس بفكرة تركيز العقد لأن العقد يصبح خاضعا لدولة أخرى غير الدولة التي ركز فيها لأن العقد هو عملية قانونية واحدة و يجب إخضاع تكوينه و آثاره و إبطاله لقانون واحد، في حين يرى جانب آخر أنه يجوز و تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة إخضاع العقد لأكثر من قانون واحد بحيث يمكن إخضاع كل جزء من العقد لقانون معين يحكمه، و ذلك في الحالات التي تكون الإلتزامات المتولدة عن العقد واجبة التنفيذ في أكثر من دولة، و يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمكن للأطراف المتعاقدة إختيار قانون وطني و كذا المبادئ العامة للقانون و العادات و الأعراف الدولية، أو دعوى المحكمين للفصل كمفوضين للصلح.

ثالثا: مدى تمتع الدولة بحق الاختيار.

إن و من المسلم به أن قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على العقود المدنية المبرمة بين الخواص، كما يرى غالبية الفقه أن الدولة و أشخاص القانون العام لهم الحرية

¹ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف، 2000، ص ص 203، 204.

في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية على ما تبرمه مع أطراف أجنبية، باعتبار أن صفة الأطراف المتعاقدة لا يوجد أي تأثير لها في هذا الإطار، و لا يوجد أي سبب يبرر عدم الأخذ بقاعدة استقلالية الإرادة في مجال عقود الدولة¹.

و يرى الأستاذ (P.lalive) أنه من حق الدولة اختيار القانون الواجب التطبيق كما أنه لا يجوز حرمان أحد الأطراف في العقد الدولي بسبب كونه شخصا عاما في مكنة معترف بها عموما للأطراف الأخرى المتعاقدة و عليه فإنه يمكن القول أن الدولة الطرف في العلاقة الدولية يجب أن يكون لها بالضرورة سلطة الإتفاق على القانون الواجب التطبيق، وإلا فإنها ستكون محرومة من الاستفادة من بعض العقود التي تقدر أنها مفيدة أو ضرورية للتنمية الاقتصادية².

وباعتبار أن عقود الدولة المبرمة مع أطراف أجنبية أغلبها عقود إدارية مما يترتب عنها نفس الآثار المترتبة عن العقود الأخرى، ومن بينها القانون الواجب التطبيق، لذلك فإن إعمال قانون الإرادة على هذه الطائفة من العقود يعتبر أمرا منطقيا، حيث أن أطراف هذه العقود يملكون الحرية أيضا في إخضاع عقودهم للقانون التي تتجه إليه إرادتهم المشتركة.

المطلب الثاني: القانون الإحتياطي الواجب التطبيق.

قد يغفل أطراف العقد الإداري الدولي و سهوا على ذكر القانون الواجب التطبيق و خوفا من أن يكون هذا سببا في فشل عملية إبرام العقد، خاصة وأن مهمة إبرام مثل هذه العقود قد يعهد لها إلى فنيين أكثر منهم رجال قانون، فقد يجد المحكم نفسه ملزما بالفصل في موضوع النزاع معتمدا في ذلك على مؤشرات أو قرائن مأخوذة من داخل العقد، أو من خارجه كمضمون العقد، أو نوع العملة المتعامل بها، أو الاختصاص القضائي أو مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه.

¹ عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 220، 221.

² عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 220، 221.

و يرى الفقه الغالب أن للمحكم دور مهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالإضافة إلى دوره الفعال في استظهار الإرادة الضمنية للأطراف كما أن له دور مستقل منحته إياه النصوص التشريعية و الدولية عند غياب إرادة الأطراف.

وبالرجوع للأصول التاريخية لمبدأ الإرادة الضمنية فقد استقر في بريطانيا سنة 1865 حيث صرح اللورد و في إحدى القضايا بأن نية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون يتم تأكيدها عن طريق التعبير الصريح عن ذلك فإذا لم تكن النية واضحة ومصرحا بها فإنه يتم استخلاصها بتركيز العلاقة من خلال تسكين العقد اعتمادا على عناصر مادية كنصوص التعاقد والظروف المحيطة ذات الصلة.

لكن السؤالين اللذين قد يطرحا هما ما هو المعيار الذي قد يعتمد عليه المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب إرادة الأطراف؟
و هل للمحكم أثناء نظره النزاع وفي غياب إرادة الأطراف حول القانون الواجب التطبيق يستطيع أن يكيف طبيعة العلاقة التعاقدية من كونها إدارية أو غير ذلك؟
للإجابة على هذا السؤالين سنحاول التطرق لهذه المسألة من خلال موقف الفقه و هيئات التحكيم بشأن ذلك.

يتفق الفقه و في إطار استخدام المحكم للسلطة التقديرية عند اختياره للقانون الواجب التطبيق أنه و متى كانت العلاقة المعروضة على هيئة التحكيم هي علاقة وطنية في كافة عناصرها فإنه لا يكون ثمة محل لتطبيق قانون أجنبي عليها و إنما تلتزم هيئة التحكيم بالقانون الوطني دون غيره، لأن مثل هذه العلاقة لا تثير تنازعا بين القوانين، و قد نصت و في هذا الإطار المادة 2/1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه يحق للمحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب اختيار الأطراف و هذا طبقا لقواعد القانون التي تراها مناسبة و ملائمة لحل النزاع، و يتعين على المحكم البحث عن القانون الذي تكون له علاقة أو رابطة مع النزاع.

و أما المشرع المصري فقد أكد هو الآخر على أحقية الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال نص المادة 3/39 من قانون 09 لسنة 1997 و التي نصت على أنه و إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع

طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالموضوع، و أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه "و في غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها مناسبة"، و عليه فإنه لم يضع المشرع الجزائري و على عكس المصري ضابطاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

و بالرغم من أنه يمكن أن تصلح القرائن لتحديد ما اتجهت إليه الإرادة الضمنية للمتعاقدين، إلا أن هناك بعض المعايير لا تصلح لأن تكون ضابطاً للفصل في تحديد القانون الواجب التطبيق كالعملة مثلاً التي يحدد على أساسها السعر في العقد وخاصة الدولار الأمريكي الذي يجري تداوله على مستوى عالمي، مما يصعب تحديد القانون المختار بناء على نوع العملية¹.

كما تجدر الإشارة إلى أنه قد أكدت الإتفاقيات الدولية على دور المحكم في اختيار و تحديد القانون الواجب التطبيق إما اعتماداً على قواعد تنازع القوانين لقانون الدولة المتعاقدة، و منها ما يعتمد على المبادئ العامة للقانون الدولي و كذا العدل و الإنصاف، في حين نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 1/5 على أنه "طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم" و لم يتبين ما هو قانون البلد الذي صدر فيه الحكم، هل هو القانون الموضوعي أم قواعد تنازع القوانين.

انضمت الجزائر لإتفاقية نيويورك و صادقت عليها بموجب مرسوم 233-88 في

.1988/11/05

1. بعض التطبيقات العملية لقانون الإرادة الضمنية:

و من بين التطبيقات التحكيمية التي أخذت بالإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق النزاع التحكيمي قضية أرامكو، حيث تعتبر هذه القضية من القضايا المشهورة في قضاء التحكيم الدولي، و تتلخص وقائعها في حصول الشركة الأمريكية أرامكو على عقد امتياز من طرف المملكة العربية السعودية سنة 1933 لنقل البترول، لكن المملكة السعودية

¹ زياد محمد فالج، المرجع السابق، ص 369.

لجأت إلى إبرام عقد آخر مع شركة (la saoudi arabian maritime) تعطي الأولوية لهذه الشركة لنقل البترول لمدة 30 سنة منذ سنة 1954، و بالتالي وقع خلاف مع شركة أرامكو، و لما طرح النزاع على الهيئة التحكيمية في جنيف سويسرا حيث تعرضت الهيئة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع و توصلت في البداية أنه و مادام النزاع قام بين دولة و شركة أمريكية خاصة، فلا تعتقد الهيئة التحكيمية بأن قانون مكان إجراء التحكيم هو الواجب التطبيق و استبعدت الهيئة القانون السويسري، و استطرقت قائلة أنه و نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدول الأجنبية المعترف بها دوليا و المستمد من مبدأ السيادة فإن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه احتراماً لسيادة الدولة الطرف و عليه فإنه لا يمكن إخضاع هذا التحكيم سوى لمبادئ القانون الدولي، و عليه توصلت الهيئة التحكيمية في حكمها الصادر في 1958/08/03 استبعاد القانون الوطني و إخضاع النزاع جزئياً و موضوعياً للقانون الدولي، و في قضية أبو ظبي كذلك ثار نزاع سنة 1949 بين شيخ أبو ظبي و شركة (petroleum developpement) حول عقد امتياز بترولي أبرم سنة 1939 و توصل المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون مستبعداً القانون الوطني لشيخ أبو ظبي و كان ذلك بتاريخ 1951/08/28، و كذا النزاع الذي قام بين الشركة الجزائرية لتنفيذ الخط الحديدي و إنشاء الأرصفة و شركة أمريكية، ففي عام 1977 تم إبرام عقد بين الشركتين وكان المشروع يحتاج لإعداد خرائط طبوغرافية للمناطق التي سيجري العمل فيها، و قد كلفت الشركة الجزائرية المكتب الوطني للخرائط بالجزائر بإعداد هذه الخرائط وتسليمها للشركة الأمريكية، و عهدت لهذه الشركة بالإشراف على إعدادها، و قد تضمن الاتفاق تحديد مدة إنجاز المشروع و هي 25 شهراً من تاريخ تسليم الخرائط.

و قد حاولت الشركة الأمريكية الحصول على الخرائط من المكتب الوطني دون جدوى فعرضت على الشركة الجزائرية أن تقوم بإعدادها، إلا أن الشركة رفضت ذلك لأنه سيزيد عليها زيادة في التكلفة، و نظراً لامتداد التأخر و عدم الوصول إلى حل تقدمت الشركة الأمريكية للتحكيم و طالبت دفع مستحققاتها والتعويض عن عدم التنفيذ.

فدفعت الشركة الجزائرية بأن عدم التنفيذ راجع إلى سبب لا يد لها فيه، وعند نظر محكمة التحكيم للدعوى تم تطبيق القانون الجزائري على إجراءات التحكيم، لأن التحكيم تم

على أرض الجزائر، وقد طبق المحكم القانون الجزائري بالرغم من عدم وجود بند في العقد يقر ذلك، مستندا في ذلك لإرادة الأطراف الضمنية أنها اتجهت إلى تطبيق القانون الجزائري، كون هذه الأخيرة أبرم ونفذ فيها العقد¹.

و أما بالنسبة للإجابة على السؤال الثاني فقد اختلف الفقه في شأن حرية المحكم في تكييف العلاقة التعاقدية من كونها إدارية أو غير ذلك؟

1. الاتجاه المؤيد:

يذهب جانب من الفقه أن عقود الدولة ذات الطابع الدولي هي عقود إدارية وبالتالي يجب أن يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الدولة المتعاقدة، فالطبيعة الإدارية تلازم هذه العقود كون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام و هي تهدف إلى تسيير مرفق عام بالرغم من أن ظاهرها يوحي أنها تحقق أرباحا للطرف الأجنبي، ولعل مبرر إضفاء الصفة الإدارية على هذه الطائفة من العقود نابع من ضرورة توحيد القواعد القانونية التي تحكم المنازعات التي تنشأ بسبب تنفيذ العقد وتؤثر على مشروعيته، وخصوصا إذا تعلق الأمر بالسلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وعلى هذا الأساس فإن عدم الإعتداد بالطبيعة الإدارية للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي من شأنه تجزئة العقد وتطبيق قوانين تنتمي إلى فروع مختلفة إذا ما أثرت بعض المسائل التي تدخل في إختصاص القضاء الإداري وهذا ما يمكن تفاديه إذا إعتبرت الطبيعة القانونية لهذه العقود طبيعة إدارية، كما يضيف أيضا هذا الجانب من الفقه أن تحديد الطبيعة القانونية لهذه الطائفة من العقود يعود لمعيار تصرف الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى².

وفي هذا السياق ذهبت الغرفة التجارية الدولية ICC في حكم تحكيمي صادر سنة 1990 تحت رقم 5769 إلى القول إن الصفة الإدارية للعقد الذي نحن بصده قد تم تأكيدها حسب الأصول، حيث أن هذا العقد أبرمته جهة حكومية عامة في ما يتعلق بتنفيذ مشاريع في القطاع الزراعي العام للمصلحة العامة (تقديم دراسات الإستصلاح و تطوير منطقة ليبيا) و تضمن

¹ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 266.

² مراد محمود حماد المواجهة، التحكيم في عقود الدولة (دراسة مقارنة)، معهد البحوث و الدراسات، القاهرة، طبعة 2002، ص 204 - 207.

شروطاً استثنائية مختلفة عن شروط العقود المدنية، و على سبيل المثال حق الجهة المتعاقدة في إلغاء العقد المذكور في أي وقت حسب خيارها ووفقاً لمتطلبات المصلحة العامة، وحقها أيضاً في ادخال تعديلات أو تغييرات في أي وقت على المشروع وفقاً للعقد مع مراعاة هدفه و نطاق عمله...¹.

و تأسيساً على ذلك فإن المحكم وفي غياب إرادة (صريحة أو ضمنية) يعتد بها بين الطرفين حول القانون الواجب التطبيق يلجأ إلى تكييف العقد من كونه عقد إداري ذو طابع دولي أو غير ذلك لتطبيق قانون الدولة على موضوع النزاع.

و قد أكدت محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية البرازيلية، أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون' كما أكدت نفس المحكمة على أنه و لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها².

2. الاتجاه المعارض:

و يرى هذا الرأي أن القانون الدولي لا يعرف أصلاً ما يطلق عليه بنظرية العقد الإداري، خاصة وأن وجود مثل ذلك العقد على النطاق الدولي يحتاج إلى وجود قضاء إداري له استقلالية وهو ما لم يتحقق حتى الآن هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهناك بعض العقود حتى وإن كانت الدولة طرفاً فيها، إلا أنها تبرمها وهي متجردة من امتيازات السلطة العامة. وإذا كان العقد الإداري الداخلي يحتفظ بنفس الخصائص والمميزات التي تميزه عن سائر العقود الأخرى، إلا أن عقود الدولة تفتقر لهذه الأفضلية أو على الأقل يظهر التخفيف منها، حيث أن مثل هذه العقود تتضمن شروطاً من شأنها تحقيق المساواة بين الدولة والطرف

¹ مقتبس من رسالة ماجستير، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن للطالب محمد بن عمر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2014/2015، ص 102-103.

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص

الأخر، ولعل من بين هذه الشروط" شرط التحكيم وماله من أثر في استبعاد القضاء الوطني بصفة عامة والقضاء الإداري بصفة خاصة، وشرط الثبات التشريعي والذي قد يعتبر تنازلاً ضمنياً عن امتيازات السلطة العامة بما في ذلك تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وكذلك شرط القانون الواجب التطبيق والذي قد يحيل المحكم لتطبيق قواعد قانونية ليست لها أي صلة بقانون الدولة المتعاقدة"، وبالتالي فإن وجود الدولة في هذه العلاقة التعاقدية لا يعني أن يكون المحكم ملزم بتطبيق قواعد القانون الإداري كون الإدارة طرفاً في العقد أو أن طبيعة هذه العقد توصف بالإدارية.

و يضيف أصحاب هذا الرأي أن الصفة الإدارية للعقود الدولية عدة أسانيد أهمها:

- أن الاعتبارات العملية التي تفرضها متطلبات التجارة الدولية تستلزم عدم التمسك بأساليب القانون العام في التعاقد لأن تمسك الدولة بسلطتها وسيادتها يؤدي إلى هدم العلاقة التعاقدية مع الطرف الأجنبي مما قد يترتب عنه مشاكل سياسية بين الدولة الطرف ودولة المتعاقد الأجنبي إذا ما لجأ الطرف الأجنبي إلى الحماية الدبلوماسية.

- إن تكييف عقود الدولة ذات الطابع الدولي بصورة عامة يخالف المبادئ العامة المستقرة في مجال تحديد الطبيعة القانونية لها، حيث أن عقود الدولة تختلف من صورة إلى أخرى باعتبار أن الدولة تبرم نوعين من العقود بعضها يخضع لقواعد القانون العام والبعض الآخر يخضع لقواعد القانون الخاص.

وبالتالي فإن تحديد الصفة القانونية لها بصورة عامة مسبقاً دون تحليل عناصر العقد والتيقن من توافر خصائص معينة للقطع في مسألة تكييفية يعتبر طريقاً خاطئاً فوجود شرط الثبات التشريعي في العقد بإرادة الدولة يعني إضفاء الطابع الخاص لها¹.

وقد كان لهيئات التحكيم موقفاً مسانداً للرأي السابق، حيث لم تعترف بالطابع الإداري لبعض العقود التي كانت تنصف في ظاهرها بالإدارية و أشهر قضية على ذلك هي قضية (Texaco)، حيث أكد المحكم (Dupuy) أن القانون الليبي يعرف طائفة العقود الإدارية ويجب لاعتبار عقد الامتياز من عقود القانون العام توفر المعايير المميزة لهذه الطائفة من العقود، لكن وبالرغم من هذه المعايير التي تقر الطبيعة الإدارية لهذا النوع من العقود، إلا أن إدراج

¹ مراد محمود حماد المواجدة، المرجع السابق، ص 208.

شرط الثبات التشريعي في العقد محل المنازعة يخرج هذه العلاقة التعاقدية من نطاق القانون العام لنطاق القانون الخاص كون هذا الشرط ذو طبيعة سلبية، فالدولة أو السلطات الإدارية تتعهد بعدم ممارسة السلطات التي هي أصلا سلطات قاصرة عليها، إلا بعد موافقة الطرف المتعاقد معها، وبذلك فإن هذا الشرط يترجم رغبة الدولة في التعامل مع المتعاقد معها على قدم المساواة¹.

و بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نصت المادة 95 من المرسوم الرئاسي من المرسوم الرئاسي المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام:

(يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بها وإلى هذا المرسوم.

و يجب أن تحتوي الصفقة فضلا عن ذلك، على البيانات التكميلية الآتية:

- القانون المطبق وشروط تسوية الخلافات².

وبذلك فهناك اختيار قانون آخر واجب التطبيق وتوضيحا لذلك جاء القسم الحادي عشر من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تحت عنوان التسوية الودية للنزاعات، ولاسيما المواد 153 و 154 منه حيث أن هاتين المادتين أجازتا امكانية اللجوء إلى لجنة للتسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته و التي تبث في النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات و المطروحة أمامها، كما نصت نفس المادة على أنه يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبين إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة ، و بالتالي أصبح اللجوء لهذا النظام في إطار الصفقات العمومية ممكنا بعد أن أقره المشرع الجزائري بموجب المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولذلك فإن اللجوء لهذا الاختيار عندما تكون العلاقة التعاقدية تشمل عنصرا أجنبيا تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق وهذا ما نصت عنه المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال الاتفاق على هذا القانون في صلب الصفقة.

¹ نفس المذكرة السابقة للطالب بن عمر محمد، ص 103، 104.

² المادة 95 و مايليها من قانون الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 247/15.

المطلب الثالث: كيفية الحفاظ على خصوصية العقود الإدارية المتفق بشأنها

التحكيم.

نظرا لعجلة التنمية الاقتصادية و تحقيقا لأهدافها تزايد تدخل الأشخاص الاعتبارية العامة في العلاقات القانونية و الاقتصادية و أدى إلى تزايد إبرم العقود الإدارية، و هو ما أدى بالأنظمة القانونية إلى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية في حدود معينة، و قد أعطت مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون التمييز بين العقود المدنية و الإدارية، و هو ما قد يؤثر على خصوصية العقد الإداري بصفة خاصة و امتيازات الإدارة كسلطة عامة بصفة عامة. و عليه فالسؤال المطروح في هذا الصدد هو كيف يتم المحافظة على التحكيم في العقود الإدارية التي اتفق بشأنها التحكيم و عليه فسوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: أولاً: تطبيق القانون الإداري على العقود الإدارية أمام هيئات التحكيم. ثانياً: تضمين العقد الإداري الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية.

أولاً: تطبيق القانون الإداري على العقود الإدارية أمام هيئات التحكيم.

تستلزم نظرية العقود الإدارية تطبيق القانون الإداري على هذه العقود و ذلك حفاظاً على امتيازات السلطة العامة و حتى يتميز العقد الإداري على باقي العقود الأخرى، و لقد نصت في هذا الصدد المادة 39 من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994 أن أطراف العقد حرة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري المتفق بشأنه التحكيم و تلتزم هيئة التحكيم بتطبيقه، أما في حالة عدم اختيار القانون من جانب الأطراف فإنه تطبق هيئة التحكيم القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع¹.

و تجدر الملاحظة إلى أن المشرع المصري قد أجاز التحكيم في كافة العقود الإدارية على عكس النظام القانوني الفرنسي و الجزائري.

¹ قمر عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 271.

و قد نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: "يتولى المحكم حل النزاع وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في حالة تخلف اتفاق التحكيم عن تحديد هذا القانون على المحكم أن يفصل فيه وفقا للقواعد القانونية الموضوعية التي يراها ملائمة". كما نصت المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على "أنه لا يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة و استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم".

و إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم.

و يستنتج و مما سبق أنه يمكن اختيار قانون لا يميز بين العقود المدنية و خصوصية العقود الإدارية، و عليه فإنه يتعين و في هذا الصدد بما نصت عليه الاتفاقية الموقعة سنة 1965 و هي اتفاقية واشنطن و التي انضمت إليها الجزائر و مصر و فرنسا، و التي حددت القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق أطراف التحكيم عليه و ذلك من شأنه المحافظة على أساس نظرية العقود الإدارية و فعالية التحكيم، و كذا ضمان تنفيذ أحكام المحكمين.

و إنه كون القضاء الوطني هو المختص في النزاع و بتطبيق قواعد القانون الإداري من شأنه بسط الرقابة على هيئة التحكيم و إبطال حكم التحكيم في حالة مخالفة النظام العام. و إن الاتفاقيات الدولية و إن كانت قد أجازت التحكيم في العقود الإدارية بالنسبة للدولة و أشخاص القانون العام فإنها لازالت تحفظ للعقود الإدارية خصوصيتها بنصها بعدم الاعتراف بحكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام.

و في هذا الصدد نصت المادة 05 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف و تنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف و التنفيذ إذا تبين لها أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في البلد.

كما نصت المادة 54 في فقرتها الثالثة من اتفاقية واشنطن على خضوع تنفيذ الحكم للقوانين المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية، و السارية في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها¹. ويرى و في هذا الصدد الأستاذ قمر عبد الوهاب أنه يجب على المشرع و عند وضعه للتشريعات و القوانين المنظمة للتحكيم أن يحرص على تطبيق القانون الإداري الوطني على العقود الإدارية و ذلك حفاظا على خصوصية هذه الأخيرة و ما تضمنه من مميزات للإدارة، و كذا حتى لا تصطدم أحكام هيئة التحكيم الفاصلة بشأن هذه العقود مع النظام العام الداخلي لبلد التنفيذ.

ثانياً: تضمين العقد الإداري الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية.

و يقصد بذلك أنه يجب على الدولة و سائر أشخاص القانون العام تضمين العقد الإداري المتفق بشأنه التحكيم الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية، كحق الدولة في الإشراف على تنفيذ العقد و الرقابة و حقها في إدخال تعديلات من جانب واحد متى اقتضت المصلحة العامة، و كذا حقها في توقيع الجزاءات و فسخ العقد بإرادتها المنفردة في حالة إخلال المتعاقد معها بأحد التزاماته².

إن تضمين العقد الإداري هذه الأسس من شأنه المحافظة على خصوصية العقود الإدارية بصفة خاصة و على مستقبل القانون الإداري بصفة عامة، حيث يجد المحكم نفسه ملزماً ببند العقد و بالتالي هذه المبادئ و الأسس المتفق عليها.

كما أنه و فضلا عن ذلك، و إن كانت التشريعات قد فتحت الباب للمحكم و منحته سلطة للفصل في النزاع و الابتعاد عن القضاء للنظر في الدعوى فإنه يتعين أن تختار محكما في هيئة التحكيم ما بين المتخصصين في مجال القانون العام بحكم معرفته لطبيعة العقد الإداري، و كذا يجب أن تتوفر في تحكيمها المؤهلات اللازمة و التي تتفق مع خصوصية موضوع المنازعة و كذا استبعاد أي نص أو شرط يتعارض مع الخصائص الذاتية للعقد الإداري.

¹ مقتبس من رسالة ماجستير، أثر التحكيم على عقود الإدارة في التشريع الجزائري و المقارن، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، للطالب بن عمر محمد (المرجع السابق)، ص 106 - 107.

² قمر عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 275.

و كذا يجب إشراك رأي مجلس الدولة عند تحرير هذه العقود و صياغتها حفاظا على المصلحة العامة و الإدارية و يتعين على الطرف الوطني المنعقد تقدير هذا الرأي و احترامه و أخذه بعين الاعتبار¹.

المبحث الثاني: دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم.

تحتاج عملية التحكيم و لكي تستكمل أسباب فاعليتها و لنفاذ قراراتها و أحكامها إلى تدخل قضاء الدولة، و لهذا فإن للسلطة القضائية دور موازي لنظام التحكيم حيث أن لهذه الأخيرة حق الرقابة و الإشراف و الذي يتجلى من خلال تقديم المساعدة بمختلف أنواعها لهيئة التحكيم و كذا الرقابة خلال سير عملية التحكيم و بعد صدور الحكم التحكيمي.

المطلب الأول: الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم.

تتعدد صور تدخل القضاء في مساعدة الهيئة التحكيمية، حيث يتدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم و كذا رد المحكم و كذا بالاختصاص و النظر في المنازعة الإدارية متى لم تفصل الهيئة التحكيمية خلال الميعاد المقرر لها، كما يتدخل القضاء حتى في سير الخصومة التحكيمية.

أولاً: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم.

- تشكيل هيئة التحكيم.

¹ قمر عبد الوهاب، نفس المرجع السابق، ص 276.

يصدر تشكيل هيئة التحكيم كل نزاع على حدى قرارا من وزير العدل، حيث تشكل برئاسة أحد مستشاري المحاكم القضائية أو مجلس الدولة، أو عضوية عدد من المحكمين بقدر عدد الخصوم الأصليين في النزاع محل التحكيم.

و يتم اختيار المحكمين بمعرفة الخصوم بناء على تكليف مكتب التحكيم له باختيار محكم عن كل طرف خلال أسبوعين من تاريخ الإخطار و يقوم وزير العدل بعد انقضاء تلك المدة دون إبلاغ إحدى الجهات المتنازعة لوزارة العدل باختيار محكم لها، باختيار أحد رجال القضاء كمحكم عن تلك الجهة¹.

و يضاف إلى ميعاد الخمسة عشر يوما المحدد للجهة المتنازعة لاختيار محم عنا ميعاد مسافة بين مقر الشركة التي تم إخطارها بطلب التحكيم على يد محضر أو بخطاب موصى عليه و مقر وزارة العدل، حيث لا يكف لاحترام الميعاد المتقدم مجرد اختيار المحكم في خلاله، و إنما يتعين إبلاغ الوزارة باسمه في هذا الميعاد.

و إذا اختار وزير العدل أحد رجال القضاء محكما بعد انقضاء الميعاد المتقدم و بعدئذ وصل الوزارة إبلاغ من الجهة المعنية، باختيار محكم عنها، فمن الواجب عدم الاعتداد بهذا الإبلاغ متى تم بعد الميعاد المتقدم مكملًا بميعاد المسافة، و إذا توفى المحكم بعد اختياره من جانب الشركة قبل بداية جلسات التحكيم أو بعد الجلسة الأولى منها و جب من الشركة ذات الأجل المتقدم لاختبار محكم جديد عنها، و يجب إعادة نظر النزاع أمام الهيئة الجديدة، مع الاعتداد بالأحكام الموضوعية القطعية السابق صدورها عن الهيئة السابقة².

و قرارر وزير العدل بتشكيل هيئة التحكيم أو بتعيين محكم، لا يعدو أن يكون قرارا إداريا، و من ثم يخضع للطعن عليه بالإلغاء وفقا لقواعد و شروط قبول دعوى إلغاء القرار الإداري المقررة في قانون مجلس الدولة³.

و الطعن على قرار تشكيل هيئة التحكيم لا يؤدي تلقائيا إلا وفق سير خصومة التحكيم حيث يتعين أن يصدر حكم بهذا الوقف، و إن كان من الأجدر أن يصدر حكم بهذا الوقت متى ثبت جدية الطعن تجنبًا لإبطال حكم هيئة التحكيم في حالة القضاء ببطلان تشكيلها.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ص 148، 149.

² د. عزيزة الشريف، التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية، 1993، ص 92 و ما بعدها.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ص 109، 110.

و قد واجه تشكيل هيئة التكميم على النحو السابق انتقادا فقهيها أساسه أنه من الأفضل عدم تحويل الخصوم الأصليين في النزاع حق اختيار محكميهم، تأثير ذلك الاختيار على حيرة المحكم الذي سيسعى بالطبع للدفاع عن مصلحة من إفتاره الأمر الذي يستوجب أي يتم اختيار المحكمين من أعضاء محايدين ذوي تخصصات فنية تنصب بموضوع النزاع. و في إطار هذا النقد طالب البعض بوجود أن ينظم القانون هيئات تحكيم دائمة حتى يتوافر لهذا النظام الاستقرار و التخصص¹.

- اختصاص هيئات التحكيم.

وفقا لنص المادة 56 من قانون هيئات القطاع العام و شركاته المصري، فإن هيئات التحكيم المنصوص عليها بهذا القانون يختص دون غيرها بنظر المنازعات الآتية:
- المنازعات بين شركات القطاع العام.
- المنازعات التي تقع بين إحدى شركات القطاع العام و بين جهة حكومية أو هيئة عامة.

و وفقا لهذا النص فإن المنازعات السابقة تخرج عن الاختصاص الولائي للمحكم و هذا أمر يتعلق بالنظام العام، حيث يقتصر الاختصاص بنظرها على هيئات التحكيم المنصوص عليها بالقانون دون غيرها.

و لذلك فقد قضى في هذا الشأن بأنه لما كانت هيئة التحكيم الإجباري التي أصدرت الحكم قد خصها المشرع دون غيرها بالفصل في المنازعات التي حددها القانون بنصوص أمرة، تختلف عن النصوص المتعلقة بالتحكيم الواردة بقانون المرافعات فإن اختصاص هذه الهيئات بالفصل في المنازعات المنصوص عليها في القانون رقم 97 لسنة 1973 يكون قد سلب جهة القضاء العادي أي اختصاص بالنسبة لهذه المنازعات، و من ثم فلا يجوز رفع دعوى مبتدأة أمام القضاء بطلب بطلان حكم هيئات التحكيم الإجباري².

1 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 110.

2 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 112.

و لانعقاد الاختصاص بنظر النزاع التحكيمي لهيئة التحكيم، فإنه من المتعين أن يكون جميع الخصوم يدخلون في اختصاص هيئة التحكيم الإجباري، فإذا تعددوا و كان أحدهم شخصا طبيعيا أو اعتباريا، فلا نكون أمام حالة تحكيم إجباري و لذلك فقد قضي بأنه إذا كانت المدعية و هي إحدى شركات القطاع العام، فقد اقتصت أيضا بصفقتها و كيلة عن باخرة أجنبية فإن الاختصاص بنظر النزاع ينعقد للمحاكم و ليس لهيئة التحكيم.

و لا تختص هيئة التحكيم إلا بما منحها القانون الاختصاص بنظره من منازعات بحيث يكون خارج هذا النطاق معدوما لا يجوز لأية حجية، و من الجائز إقامة دعوى أصلية بطلب انعدامه و ذلك أمام إحدى المحاكم العاية دون التقيد بأي ميعاد، و المحكمة المختصة بنظر النزاع في هذه الحالة أن تنزره و كأنه لم يسبق عرضه على القضاء.

و يقتصر اختصاص هيئة التحكيم الإجباري على الفصل في النزاع الذي حدده المدعي و المبين في قرار تشكيلها، و إلا كان القرار الصادر فيها خارج هذا النطاق معدوما. إضافة إلى ما تقدم به، فإنه من المتعين تفسير النصوص التي تمنح هيئات التحكيم ولاية القضاء تفسيرا ضيقا لا يقاس عليه، لأن هذه الولاية منحت لهيئة التحكيم على سبيل الاستثناء الذي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه.

و إذا اقتضت هيئة التحكيم بعدم اختصاصها بنظر نزاع فلا تملك إحالة نظره إلى إحدى المحاكم العادية، حيث أن الإحالة لا تكون إلى من محكمة تتبع جهة قضائية بمقتضى قضاء صادر من هيئة استثنائية لا تنص إلا بما خصها المشرع به من منازعات، حيث تتبع أمامها إجراءات خاصة تخالف الإجراءات العادية المقررة أمام القضاء¹.

و في الجزائر، ف إن الأصل هو أنه يتم تشكيل هيئة التحكيم من طرف الأطراف و وفقا لإرادتهم و قد نصت و في هذا الإطار المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه يتفق الأطراف على العدد الذي تتشكل منه الهيئة التحكيمية شرط أن يكون العدد و ترا، و لكن فقد تطرأ على عملية تشكيل هيئة التحكيم مشاكل يصعب فيها إتمام عملية التحكيم.

و هنا يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب تدخل المحكمة المختصة.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 114.

و يتميز نظام تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة متعلقة بعقد إداري عدة تستؤلات من حيث شروطه و ضوابطه و المحكمة المختصة¹.

1. شروط تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم:

يشترط لتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم شرطان و هما: وجود نزاع و وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم.

أ. وجود نزاع:

و نصت على هذا الشرط المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة. و يفهم من نص هذه المادة أنه يشترط و لكي يتدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن يكون هناك نزاع قائم بين الأطراف، و يعد هذا الشرط تطبيقاً للقاعدة العامة و التي تنص أنه و متى انعدمت المصلحة فلا وجود للدعوى، و عليه و متى لجأ الأطراف إلى القضاء لأجل تعيين محكمين دون نشوب أي نزاع فإن حكم القضاء سوف يكون بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة².

ب. وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم:

و يقصد بهذا الشرط هو أن تطراً عقبات تعترض عملية تشكيل هيئة التحكيم و يستحيل معها القيام بالمهام المحددة في اتفاق التحكيم و سير الدعوى التحكيمية و قد تتمثل هذه العراقيل في عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم أو المحكمين، أو على وقت و كيفية هذا الاختيار، أو على تعيين و اختيار المحكم الفيصل، أو إذا كان أحد أطراف التحكيم سيء النية امتنع عمداً عن تعيين محكم من جهته.

¹ رسالة ماجستير، بعنوان الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، للطالب بن عمران سهيلة، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010/2011.

² رسالة ماجستير، ص 119.

و متى رفض أحد المحكمين القيام بمهامه فإنه و بناء على أمر من طرف رئيس المحكمة المختصة يستبدل بمحكم آخر.

و قد أقرت و في هذا الإطار معظم التشريعات بما فيها التشريع الجزائري على جواز الطرف الذي له مصلحة اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة لاتخاذ ما تراه مناسبا بخصوص تعيين المحكمين، و قد نصت و في هذا الصدد المادة 09 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 09 لسنة 1997 أنه يجوز للقضاء أن يتدخل كمساعد في تشكيل هيئة التحكيم و نصت المادة 17 أنه لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين و على الكيفية و وقت اختيارهم فإذا لم يتفق اتبع ما يلي:

1. إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم و أحد و كان قد تقدم لها أحد طرفي النزاع بطلب تعيين هذا المحكم.

2. و إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين، و لم يبين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر في النزاع.

3. إذا كان كل طرف قفد اختار محكم و لم يتفق المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لاختيار آخرهما و يشترط أن يقدم أحد طرفي النزاع طلبا بذلك للمحكمة.

و أما المشرع الجزائري فقد فرق بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي، حيث اعتبر و في التحكيم الداخلي أن تعيين المحكمين أو المحكم في اتفاق التحكيم أو في شرط التحكيم أمر إجباري تحت طائلة البطلان، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1/1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تبين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم، كما نصت نفس المادة 2/1041 من نفس القانون "في غياب التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي:

1. رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا التحكيم يجري في الجزائر.

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

2. تحديد المحكمة المختصة باختيار المحكمين:

لم يحدد المشرع الجزائري الجهة القضائية المختصة في اختيار المحكمين هل الجهة القضائية العادية أو الإدارية، بل نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه يتم تعيين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه و بالتالي فإن المشرع اهتم بالاختصاص الإقليمي و ليس النوعي، كما نصت نفس المادة على أنه ينعقد الاختصاص إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

كما تضيف المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يعقد في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه. و عليه فإنه يستنتج أن نية المشرع قد اتجهت و في عقد الاختصاص إلى جهة القضاء العادي و ليس الإداري بصفة مطلقة¹.

3. ضوابط تدخل المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم:

و تتمثل الضوابط و الإجراءات الواجب إتباعها من طرف المحكمة المختصة عند تشكيل هيئة التحكيم في:

1. التأكد على أن المحكم الذي سوف يتم تعيينه تتوافر فيه الشروط التي بتطلبها القانون و تلك التي اتفق عليها من طرف الأطراف.
2. عدم قابلية القرار المعين للمحكم للطعن بالطريق العادي أو غير العادي.

¹ مقتبس من رسالة ماجستير، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 123.

3. أن يكون في شكل طلب من طرف من يهيمه التعجيل.

إن المشرع الجزائري على ذلك صراحة بنص المادة 2/1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه في حالة نزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسوية أو لم يسع الأطراف لتسوية الإجراءات يفصل القاضي في ذلك بناء أمر بطلب لمن يهيمه التعجيل. كما نصت المادة 1009 من نفس القانون على أنه و إذا كان شرط التحكيم باطلا و غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعين رئيس المحكمة ذلك و يصرح القاضي بعدم قبول طلب التعيين بناء على ظاهر اتفاق التحكيم و لكن لا يبطل هذا الأخير أو يقضي بسقوطه. و بالرغم من ذلك فإنه يجوز لطرفي العقد طلب تعيين المحكم من قبل القضاء إذا لم يوجد اتفاق بينهما بحل النزاع طريق التحكيم حتى ولو كان موضوع دعوى مقامة أمامه¹، طبقا لنص المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها: "يجوز لأطراف الاتفاق على التحكيم أثناء سير الخصومة أمام الجهة القضائية".

ثانيا: دور القضاء في رد المحكم و عزله:

إن الأصل هو أنه يستطيع المحكم و بمحض إرادته و قبل البدء في إجراءات التحكيم متى أبدى أسباب جدية تمتعه من القيام بمهمة أن يطلب العدول، و لاسيما إذا تأكد بأنه يوجد ما يبرر عدم حيده و استقلاليته و يقوم بإخبار الأطراف و لا يجوز له القيام بالمهمة المنوطة به إلا بعد موافقتهم².

كما يجوز لأحد الأطراف أن يطلب رد المحكم، و يقصد برد المحكم هو أن يعبر أحد أطراف النزاع عن إرادته و طبقا لإجراءات معينة في عدم الامتثال أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون، و يكون ذلك بناء على طلب أمام الجهة المختصة بذكر أحد أسباب الرد التي حددها القانون³.

و قد تم تقرير قاعدة رد المحكم بموجب المادة الثالثة من قواعد السلوك المهني للمحكم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أنه: "يجب على

¹ رسالة ماجستير، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 127.

² مقتبس من رسالة ماجستير، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 130.

³ مقتبس من رسالة ماجستير، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 130.

من يرشح ليكون محكما أن يصرح لمن يتصل به في أمر هذا الترشيح بكل الظروف التي من شأنها احتمال إثارة شكوك حول حياده و استقلاله، و على المحكم بمجرد تعيينه أو اختياره التصريح بهذه الظروف لأطراف النزاع إلا إذا كان سبق إحاطتهم بذلك.

و قد أجاز المشرع المصري رد المحكم بموجب نص المادة الثامنة من قانون التحكيم مستندا إلى أي سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في قانون المرافعات المصري أو لأي سبب آخر.

كما لا يترتب أي أثر على تقديم طلب الرد أن على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه وفق إجراءات التحكيم و إذا حكم ببرد المحكم سواء من طرف هيئة التحكيم أو من المحكمة عند نظر الطعن ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم بما في ذلك تحكيم المحكمين كأن لم يكن¹.

كما يعترف المشرع الجزائري و بموجب المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بحق رد المحكم بناء على أسباب أوردها على سبيل الحصر و هي:

- عدم توفر المؤهلات العلمية.
- وجود سبب رد منصوص عنه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- عندما يتعين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.
- و لا يجوز طلب رد المحكم إذا تبين أن سببه قد ظهر بعد التعيين.
- و لم يبين المشرع الجزائري و على عكس نقيضه المصري الأثر المترتب على تقديم طلب الرد فيما يخص إجراءات التحكيم.

- و في هذا الإطار ذهب الفقه إلى القول على أنه لا يجوز للمحكم الذي طلب رده أن يستمر في عمله لأن ذلك يخل بحق الدفاع، و حتى قضت المحكمة المختصة ببرد المحكم فإنه تعتبر الإجراءات التي بدأت كأن لم تكن، و يتم إعادة تشكيل هيئة جديدة بالطريقة التي كان

¹ المادة 19 من قانون التحكيم المصري.

معينا بموجبها المحكم الأول، أو بطلان اتفاق التحكيم متى كان معينا باسمه، أما إذا رفضت المحكمة طلب المحكم فإنه يتم العمل بنفس هيئة التحكيم المعنية سابقا¹.

و في هذا الصدد ثارت مسألة عبء الإثبات قي رد المحكم في فرنسا، و قد ناقش مؤتمر علمي عقد في فرنسا و اقترح لحل هذه المسألة أن يجنب الأطراف عبء الإثبات و ألقاه على عاتق المحكم الذي يتعين عليه أن يخبر أطراف التحكيم بالظروف التي من شأنها أن تؤثر على استقلاله في أداء عمله و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه الفكرة في نص المادة 2/1015 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت أنه:

- إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يجبر الأطراف بذلك و لا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم².

ثالثا: تدخل القضاء بالفصل في المنازعة الإدارية في حالة فوات ميعاد على صدور

الحكم التحكيمي.

و قد نصت و في هذا الإطار المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيين أو تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف و في حالة عدم الموافقة عليه، يتم تمديد وفقا لنظام التحكيم و في غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة.

و قد ترك المشرع الجزائري للأطراف حرية تحديد مدة التحكيم، و في حالة عدم تحديدهم لها فإنها تحدد لمدة أربعة أشهر.

كما يجوز التمديد بناء على اتفاق الأطراف و في حالة ما إذا انقضت المدة فإنه يجوز اللجوء إلى القضاء المختص.

¹ ملاحظة: لم يعتبر المشرع الجزائري أسباب الرد من النظام العام بل ترك حرية مناقشتها بقبولها للأطراف المتعاقدة.

² مقتبس من رسالة ماجستير، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 134.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1/1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "أنه يجوز استئناف قرار إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمي دولي". و في هذا الصدد فإنه و متى نصت الاتفاقية الدولية على مهلة التحكيم أو أحالت على نظام تحكيمي أو مركز تحكيمي الذي يحدد المهلة و انقضت المهلة المحددة في سلطات الإرادة في التحكيم الدولي فإن الأمر بإعطاء صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي الدولي الصادر عن هذا التحكيم يكون معرضا للفسخ، أما في حالة مدة تحديد المهلة فإنه لا يكون التحكيم أو صيغة التنفيذ المعطاة قابلة للإلغاء لأنه لا توجد مهلة للتحكيم أصلا¹.

رابعاً: تدخل القاضى فى سير الخصومة التحكيمية.

يتدخل القضاء و أثناء سير الخصومة التحكيمية باتخاذ ما يعرف بالمسائل الوقتية أو التحفظية و هي نوع من القضاء المسعجل و هي لا تمس بأصل الحق، و قد اختلفت التشريعات حول مدى جواز القضاء التمتع بهذه الصلاحية.

1- المقصود بالإجراءات التحفظية و الوقتية:

إن الإجراء المؤقت هو ذلك الإجراء الذي لا يرمى إلى الفصل في موضوع النزاع و لكن يرمى إلى الحصول على نتيجة قانونية كحفظ أموال أو تقديم كفالة². أما التدبير التحفظي فهو يهدف إلى المحافظة على حق أو عين ريثما يفصل في الموضوع، كما يسمح هذا التدبير للطرف الذي يطلبه ضمان فاعلية القرار التحكيمي الذي سيصدر مستقبلاً أو على الأقل سينجب الآثار المرغوب فيها لهذا القرار، فهذه التدابير المؤقتة أو التحفظية تكون دائماً استعجالية تبعية و مؤقتة مصيرها متوقف على مضمون قرار التحكيم النهائي.

و قد تناول المشرع الجزائري مسألة تدخل القضاء في الإجراءات الوقتية و التحفظية فقط بالنسبة للتحكيم الدولي دون الداخلي.

¹ مقتبس من رسالة ماجستير، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 135.

² د. عليوش كمال قربوع، نفس المرجع السابق، ص 51.

و قد اختلف الفقه حول من له سلطة اتخاذ التدابير الوقئية و التحفظية بشأن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية المتضمنة الاتفاق على التحكيم.

حيث ذهب البعض منهم إلى القول بأن اتخاذ مثل هذه التدابير منوط للقضاء الإداري، في حين رأى البعض الآخر أن هيئة التحكيم هي الأولى و الأدرى بهذه التدابير، و تبنى الرأي الآخر الطابع المشترك بين الرأيين و من بينهم الفقيه "Mendez"، حيث اعتبر أن يمكن للمحكمة التحكيمية أن تطلب مساعدة القضاء الوطني لإصدار أمر اتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية.

و لم يبين قانون التحكيم التجاري الدولي في فرنسا من هو المختص باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، في حي نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه تتخذ هذه الإجراءات من طرف قاضي الأمور المستعجلة دون أن يتعارض مع اتفاق التحكيم، بحيث يكون الرجوع إلى هذا القضاء من المحكمين أو من الأطراف مباشرة بشرط توفر حالة الاستعجال، و كذا شرط عدم اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ الإجراء الوقتي أو التحفظي، و ذلك طبقاً للمادة 1/8091 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فالقاضي الاستعجالي ولو خلال التحكيم، له أن يأمر في مسائل استرداد البضاعة أو إلغاء إعلان كاذب، أو ضبط الأشياء المزورة أو رفع الحجز باتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي بشأنها¹.

و أما في القانون المصري فقد نصت المادة 145 من قانون التحكيم التجاري الجديد لسنة 1994 المعدل سنة 1997 أنه يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أو طرفي التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، و أعطت لمحكمة استئناف القاهرة اختصاص النظر في بعض المسائل إلا إذا اتفق الأطراف على اختصاص محكمة أخرى في مصر.

في حين كرس المشرع الجزائري مبدأ التعاون بين القضاء الوطني و هيئة التحكيم من خلال نص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير وقئية أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص

1 أ. محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 233.

اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، و إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذها إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص و يطلق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

و أما على الصعيد الدولي فإنه لم تنص اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على مسألة الإجراءات الوقائية و التحفظية، في حين نصت المادة 09 من القانون النموذجي للتحكيم أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أن تأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي بشأن النزاع سواء قبل إجراءات التحكيم أو أثناء سريانها و أن لا يتعارض مع التحكيم، كما نصت المادة 5/8 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس أنه يجوز للأطراف قبل تسليم المحكم ملف الدعوى أو بصفة استثنائية أثناء خصومة التحكيم أن يطلب إلى أية سلطة قضائية اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية دون أن يشكل هذا الطلب مخالفة لاتفاق التحكيم.

خامساً: دور القاضي في استدعاء الشهود و البحث عن الأدلة:

أجاز القانون لهيئة الحكيم أن تلجأ إلى القضاء لاتخاذ إجراءات الإثبات و تزويد هيئة التحكيم بالأدلة التي من شأنها تسهيل مهمة المحكمين و استعمال كل وسائل التعاون القضائي للحصول على وثائق أو سماع شهود أو إنبات قضائية دولية ، و قد نصت و في هذا الصدد المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، و إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم.

كما نصت المادة 2/1021 من نفس القانون أنه و من طعن بالتزوير مدنياً في ورقة أو حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة.

و قد أجازت المادة 1048 من نفس القانون إمكانية تدخل القضاء بالمساعدة في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات وهذا بطلب من:

- هيئة التحكيم.

- الأطراف بالاتفاق مع هيئة التحكيم.

المطلب الثاني: دور القاضي في صدور حكم التحكيم.

تخضع إجراءات التحكيم من القضاء التحكيمي و تشكيل محكمة التحكيم و اختصاصها و إجراءات المرافعات التي تتبعها إلى حين إصدار الحكم و كيفية الطعن فيه و تنفيذه للقانون الواجب التطبيق يمثل مرجع الأطراف و المحكمين في نفس الوقت لتبيان القواعد الواجبة التطبيق لحسم الخصومة و الإجراءات.

و كذا لصدور حكم تحكيم صحيح يمكن للخصوم من الطعن فيه و تنفيذه عن طريق القضاء و عليه سوف نتناول في هذا المطلب ما يلي:

الفرع الأول: أحكام التحكيم المنتهية للخصومة.

نصت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه تطبق المقضييات الواردة في هذا القانون المختلفة بتنفيذ أحكام التحكيم و طرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية.

و تلتزم هيئة التحكيم عند إصدارها لحكم بميعاد زمني معين، كما يعتبر هذا الحكم و المنهي للخصومة و يصدر وفقا لشروطا معينة حتى يعتبر صحيحا و يرتب آثاره.

1. ميعاد إصدار التحكيم الإداري:

نص المشرع الجزائري في المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مدة التحكيم، و جعل من مدة انتهاء حكم التحكيم بأربعة (04) أشهر إذا لم تكن هناك مدة مشروطة، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، و في حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، و في غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة، في حين لم يقيد المشرع الجزائري التحكيم الدولي بمدة معينة، و تكمن العبرة من تحديد المشرع لميعاد التحكيم في اعتبار هذا الأخير من المسائل الإجرائية الجوهرية في العملية التحكيمية و

هو ما يميز نظام التحكيم في غيره من الأنظمة و لاسيما في سرعة الفصل في الخصومة، و هو ما أدى إلى تطور نظام التحكيم في العصر الحالي.

2. أطراف التحكيم المنتهية الخصومة:

يقصد بالحكم هو القرار الصار عن هيئة التحكيم و قد يكون منهيًا للخصومة كلها أو جزئياً، طبقاً لما نصت المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. و في مثل هذه الحالة لا ينهي الحكم التحكيمي الخصومة، كما أنه يجب أن يأخذ بعين الاعتبار أنه و في حالة صدور حكم منهي للخصومة فإنه لابد إنهاء المرافعات، و يجب توفير الوقت اللازم لهيئة التحكيم حتى يكون الوقت الكافي للمداولة لإصدار هذا الحكم. و قد كرس المشرع الجزائري و بموجب نص المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مبدأ سرية المداولات بالنسبة للمحكمن، و تعد هذه المسألة من المبادئ الأساسية للتقاضي و التي تتعلق بدورها بالنظام العام. كما نصت المادة 1026 من نفس القانون على أنه تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات.

و لكن المشرع لم يتخذ أي موقف حول مصير التحكيم إن لم تتفق أغلبية الأصوات و هذا ما قد يؤدي إلى هدم عملية التحكيم.

3. شروط صحة أحكام التحكيم:

تتطلب أحكام التحكيم مجموعة من الشروط و هي:

1- أن يكون الحكم مسبباً:

و هو ما نصت عليه المادة 1056 فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "أنه يجب أن يكون الحكم التحكيمي الداخلي مسبباً كالأحكام القضائية"، و هو مبدأ دستوري نصت عليه المادة 144 من دستور 1996 المعدل و المتمم بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 و الذي نص: "أن تعطل الأحكام القضائية و ينطق بها في جلسات علانية"، كما نصت المادة 1027 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "يتعين أن

تكون أحكام التحكيم مسببة"، كما رتب المشرع الجزائري البطلان في حالة عدم تسبب حكم التحكيم الدولي.

2- البيانات الإلزامية في الحكم:

ألزمت المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يتضمن حكم التحكيم الداخلي البيانات التالية:

- اسم و لقب المحكمين.
- تاريخ صدور الحكم.
- مكان إصداره.
- أسماء و ألقاب الأطراف و مواطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي.

- أسماء و ألقاب المحامين أو من ممثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.
- عرض موجز لاجتماعات الأطراف و أوجه دفاعهم.
- كما توقع أحكام المحكمين من قبل جميعهم و إذا رفض أحد المحكمين التوقيع، يشار إلى ذلك و مع ذلك يرتب الحكم أثره بتوقيع الأغلبية و يصبح كما أنه صادر عن الجميع، و هو ما نصت عليه المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم الإداري و تنفيذه.

أولاً: طرق الطعن في أحكام التحكيم:

سنقوم بدراسة طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي ثم الدولي.

1. طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي:

نصت عليها المواد من 1032 إلى غاية 1034 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. نصت المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، فإذا صدر حكم تحكيمي غيابي يعتبر حضوري لأن التحكيم جاء نتيجة اتفاق الأطراف أي يغلب عليه الطابع التعاقدية.

أ. اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

نصت الفقرة الثانية من المادة 1032 على جواز الطعن في أحكام التحكيم، عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.

و هنا نرجع للقواعد العامة فيما يتعلق باعتراض الغير الخارج عن الخصومة المنصوص عليها في المواد 380 إلى 389 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ب. الاستئناف:

أجازت المادة 1033 استئناف أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

و يلاحظ على المادة 1033 أعلاه بأن أحكام التحكيم قابلة للاستئناف أمام المجلس القضائي، و هذا النص ينطبق على أحكام التحكيم التي فصلت في المواد المدنية و التجارية، أما بخصوص تلك الفاصلة في المواد الإدارية (الصفقات العمومية) فإن القضاء الإداري الجزائري لم يعرف مجلس الاستئناف، بل إن مجلس الدولة هو فقط الناظر في استئناف الأحكام القضائية، مع الإشارة بأن مسائل الاختصاص النوعي أو المحلي من النظام العام و الاختصاص في المواد الإدارية ذو طابع حصري¹.

و بالرجوع إلى المادة العاشرة من القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998، و المتضمن اختصاص مجلس الدولة و تنظيمه و عمله و نجدها تنص على ما يلي:
"يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية.

و يختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة ...".

¹ لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص 636.

كما نصت المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".
و هكذا يلاحظ بأن القوانين أعلاه حددا اختصاص مجلس الدولة كجهة استئناف في حالتين:

1- استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية.

2- استئناف القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.

و بخصوص أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية، فإنه لا يوجد نص خاص يجعل مجلس الدولة مختصا باستئنافها، و يلاحظ بأن المادة 977 عندما أحالت إلى تطبيق قواعد الإجراءات المدنية في التحكيم لم تنتبه إلى استحالة التطبيق بشأن المادة 1033 المتعلقة بالاستئناف.

و على ذلك تبقى أحكام التحكيم في المواد الإدارية غير قابلة للاستئناف في الوضعية الحالية للإجراءات ما لم يتدخل المشرع بنص خاص يسند فيه استئناف تلك الأحكام لاختصاص مجلس الدولة.

ج. الطعن بالنقض:

لقد حصرته المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في القرارات الفاصلة في الاستئناف لوحدها، و تجدر الإشارة أيضا إلى كونه لا محل لتطبيق المادة 1034 أعلاه في المواد الإدارية، لعدم وجود نص خاص.
يعطي الاختصاص لمجلس الدولة النظر في استئناف أحكام التحكيم كما ذكرنا أعلاه، و حتى ولو وجد نص بذلك فإن الطعن بالنقض لا يجوز ضد قرارات مجلس الدولة بعدم وجود جهة قضائية تعلوه¹.

¹ لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 638.

2. طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي.

نصت عليها المواد من 1055 إل غاية 1060 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي من خلالها نفرق بين أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر و تلك الصادرة في الخارج.

أ. أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر:

1- الطعن بالبطلان:

فحسب المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع الطعن بالبطلان في الحالات الآتية:

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

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

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

4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

و لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم كما سبق بيانه يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه.

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي¹ الذي صدر التحكيم في دائرة اختصاصه في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

و يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القضائي بالتنفيذ.

¹ تطبيقا لنظام ازدواجية القضاء كان على المشرع أفراد نصوص خاصة للتحكيم في نزاعات الصفقات العمومية الدولية، و جعل الطعن في قرار التحكيم بالاستئناف أو البطلان أمام مجلس الدولة و ليس المجلس القضائي.

2- الطعن بالنقض:

تكون القرارات الصادر تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه (أي القرارات محل طعن بالاستئناف) قبلة للطعن بالنقض¹.
و ما يلاحظ في هذا الصدد أن نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نقلت حرفيا عن المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ب. أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الخارج:

1- الطعن بالاستئناف:

القاعدة العامة، أن الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ، لا يكون قابل للاستئناف²، لكن استثناء يجوز استئنافه في الحالات الواردة في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي سبق لنا ذكرها لدى تطرقنا لعنصر الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، و في هذه الحالة يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

2- الطعن بالنقض:

يكون قرار الاستئناف الصادر بشأن الاعتراف أو التنفيذ في الحالات المحددة في المادة 1056 أعلاه قابلة للطعن بالنقض تطبيقا لمقتضيات المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر.

الفرع الثالث: الدعاوى القضائية الناجمة عن حكم التحكيم.

أولا: دعوى البطلان كأداة للرقابة القضائية.

¹ المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
² بمفهوم المخالفة حسب المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف.

يجب على حكم التحكيم الصادر في العقود الإدارية أن يكون خاليا من العيوب وفقا للإجراءات القانونية التي يتطلبها القانون و إلا كانت عرضة للبطلان من قبل المحكمة المختصة، و عليه سوف يتم التطرق في هذا الفرع إلى موقف الأنظمة القانونية من دعوى البطلان، و ميعاد رفع دعوى البطلان، و حالات بطلان التحكيم أو المصلحة المختصة بالنظر في دعوى البطلان.

1. موقف الأنظمة القانونية من دعوى البطلان:

تتفق جل التشريعات و أنظمة التحكيم المنظمة و المعاهدات الدولية على جواز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، كما أن هناك تشريعات لم تحدد أسباب البطلان و منحت للقضاء سلطة تقديرية واسعة¹. كالقانون الإنجليزي، و متى توافر شرط من شروط البطلان المنصوص عليها في التشريعات على سبيل الحصر و كان الأطراف قد تنازلوا عن حقهم في استئناف حكم المحكم فإن ذلك لا يعتبر تنازلا عن البطلان، و لكن لا يجوز اللجوء إلى البطلان إذا كان حكم المحكم جائز استئنافه لأنه من الممكن في هذه الحالة أن تنظر محكمة الاستئناف و تعدل في الحكم.

و قد أجاز المشرع الجزائري للطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي دون الداخلية بنص المادة 1/1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الي نصت على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع الطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056، آخذا بمعيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. و أما بالنسبة للمشرع الفرنسي قد أجاز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم من خلال المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي²، في حين خول المشرع المصري للقضاء سلطة نظر دعوى بطلان حكم التحكيم بشرط أن يكون التحكيم قد جرى في مصر أو كان جرى في الخارج، و كان القانون المصري هو المطبق على إجراءات التحكيم.

¹ حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 146.

² ملاحظة: أخذ المشرع الفرنسي بمعيارين: معيار قانون المقر و القانون الواجب التطبيق.

2. حالات دعوى بطلان حكم التحكيم:

أقر المشرع الجزائري على أنه لا يجوز رفع دعوى البطلان إلا عند توافر حالة من الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر، و هي إما تتعلق بحكم التحكيم أو اتفاق التحكيم.

1- الأسباب المتعلقة باتفاق التحكيم:

أ. عدم وجود اتفاق التحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال: فقد يصدر حكم المحكم دون اتفاق التحكيم، و قد يكون اتفاق التحكيم منعما لتخلف عنصر الرضا كأن يتم إحالة الخصوم لعقد نموذجي دون أن يعلم المدعي أن هذا العقد ينطوي على شرط تحكيمي أو أن يدعي الخصم أن الاتفاق المبرم مع خصمه ليس اتفاق تحكيم لأن المهمة الموكلة لشخص ثالث تعتبر صلحا أو وساطة¹.

ب. سقوط اتفاق التحكيم لانتهاء مدته: و قد يشترط الميعاد في اتفاق التحكيم و في حالة عدم تعيينه في الاتفاق فإنه يكون طبقا لنص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأربعة أشهر تبدأ من تاريخ بدء إجراءات التحكيم و يجوز لهيئة التحكيم تمديد هذا الأجل بعد إجازة الأطراف و لا يعتبر ميعاد صدور الحكم التحكيمي الدولي من النظام العام بل ترك المشرع الجزائري للأطراف الحرية في هذا الأجل أو إنقاصه. و يعتبر الحكم الصادر بعد انقضاء المدة المحددة باطلا متى تمسك بهذا البطلان الأطراف، و في حالة سكوتها فإنه يعتبر تنازل عن التمسك بالبطلان و يسقط بالتالي كل أثر لتجاوز الميعاد.

2- الأسباب المتعلقة بحكم التحكيم الدولي:

¹ حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 147.

1. إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراء التحكيم أو لأي سبب خارج عن إرادته (عدم مراعاة مبدأ الوجاهية).

2. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

3. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم و تعيين المحكمين على وحه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

4. إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق.

5. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام.

و تجدر الملاحظة إلى أنه قد أقرت معظم التشريعات أن مخالفة حكم التحكيم للنظام العام يترتب عليه بطلان حكم التحكيم بما فيها التشريع الجزائي و ذلك في حالة مخالفة حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر (مكان التحكيم أو تطبيق القانون الإجرائي الجزائي) للنظام العام ، إلا أنه جعل من إرادة الأطراف هي التي تحدد الجهة القضائية المختصة للنظر في دعوى البطلان.

و ما يمكن قوله أنه يشكل النظام العام الأساس السياسي و الاجتماعي و الخلقي الذي يقوم على كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، أو بعبارة أخرى هي مجموع القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أثرت مما تهم الأفراد سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية¹.

3. شروط دعوى البطلان:

إضافة إلى الشروط العامة او اجب توفرها في أي دعوى قضائية من صفة و مصلحة، فإنه تؤخذ شروط خاصة يجب توافرها في دعوى بطلان حكم التحكيم و أهم هذه الشروط هي الميعاد، و قد نصت و في هذا الصدد المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية و

¹ حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص ص 150، 151.

الإدارية أنه يرفع الطعن بالطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه و يقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم و لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القضائي بالتنفيذ.

و يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد انقضاء ثلاثين يوما من اليوم الموالي بتبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه¹.

4. الأثر المترتب عن دعوى بطلان حكم التحكيم:

يترتب على دعوى البطلان لحكم التحكيم آثار تتعلق بوقف تنفيذ حكم المحكمين و منها ما يتعلق بتأييد الدعوى و رفضها.

1- الأثر المترتب على رفع دعوى البطلان:

إن من بين الآثار السلبية المترتبة على رفع دعوى البطلان هو عدم جواز التنفيذ لحكم التحكيم إلا بعد انتهاء ميعاد الدعوى، و في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 1/1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه".

كما نصت المادة 1060 من نفس القانون على أنه يوقف تقديم الطعون و أجل ممارستها و أحالت لنص المادة 1055 و 1056 و 1058 بحيث يعلق تنفيذ حكم التحكيم و الطعن المرفوع خلال هذا الأجل يوقف تنفيذه أيضا.

و يجب و في هذه الحالة:

¹ منير عبد المجيد، نفس المرجع السابق، ص ص 438، 439. تعتبر الكتابة كأصل عام شرط جوهرى لانعقاد اتفاق التحكيم بغض النظر عن طبيعة المنازعة، و قد جعل المشرع الجزائري و في قانون الصفقات العمومية وجوب إدراج هذا الشرط كبند في صلب الصفقة المتفق بشأنها التحكيم، و تعتبر شرط لصحة شرط التحكيم.

- إشعار الجهة القضائية المختصة بالآثار السلبية لتنفيذ حكم التحكيم، و إبداء رأيها بناء على عريضة افتتاحية.
- تقديم طلب وقف التنفيذ خلال مدة رفع دعوى البطلان المحددة حسب المواعيد التي أقرتها النظم القانونية.
- تبرير وقف التنفيذ من خلال الاستناد لأسباب جدية، تبرر بطلان حكم التحكيم.
- و متى توفرت هذه الشروط تفصل المحكمة أو الجهة القضائية المختصة بطلب وقف التنفيذ.

2- الأثر المترتب عن الفصل في دعوى بطلان حكم التحكيم:

- بعد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم و انعقاد اختصاص الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدعوى، فإنه يفصل إما بتأييد الحكم أو بطلانه، لم ينظم المشرع الجزائري مسألة الأثر المترتب عن الفصل في دعوى البطلان إلا بتقرير حق الطعن بالنقض في حكم الجهة القضائية المتخصصة.
- و قياسا على الأحكام القضائية فإنه و من حكم بطلان حكم التحكيم زال أثر هذا الأخير و يزول كل ما ترتب عليه من آثار و بذلك تستنفذ الجهة القضائية ولايتها و لا يحق لها النظر من جديد في موضوع النزاع لكون هذه الدعوى ليست استئنافية¹.

5. أثر الصلح على دعوى البطلان:

- يترتب على الصلح أو التنازل على دعوى بطلان حكم التحكيم قبل صدور حكم التحكيم أحقية مدعي البطلان في رفع هذه الدعوى باعتبار أن هذا الحق مقرر بعد صدور الحكم و من له الحق في التمسك بالبطلان النزول عنه صراحة أو ضمنا، و لم يبين المشرع الجزائري و في هذا الصدد موقفه على غرار نظيره المصري بحيث نصت المادة 1/54 من قانون التحكيم على "و لا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم".

¹ فتحي دالي، نفس المرجع السابق، ص ص 624، 625.

6. الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى البطلان:

اختلفت الآراء في الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي، و بالرجوع إلى التشريعات التي أجازت التحكيم في نطاق العقود الإدارية و خاصة الدولية فقد اتفقت على قاعدة مفادها أن الجهة القضائية المختصة بالنظر في بطلان حكم التحكيم الدولي بخصوص علاقة تعاقدية دولية هي القضاء العادي.

و قد نص و في هذا الصدد المشرع الجزائري في نص المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "أنه يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه".

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية على أن الطعن بالبطلان المشار إليه في المادة 1504 يكون أمام محكمة الاستئناف التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها.

و نص المشرع المصري في المادة 54 من قانون التحكيم بأنه تختص بدجوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون، و نصت هذه الأخيرة بأنه إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج فإن الاختصاص ينعقد بمحكمة الاستئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى.

و عليه فلقد طبقت جل الشريعات و من بينها الفرنسي و الجزائري و المصري لاختصاص القضاء العادي في دعوى بطلان حكم التحكيم.

ثانيا: دعوى التعويض عند إبطال حكم التحكيم.

تطبيقا للفكرة التي تقول أنه: "بدون التوسع و التعمق في نظرية الدعوى بصفة عامة و دعوى التعويض بصفة خاصة، لا يمكن أن يتجسد مبدأ دولة القانون ومبدأ الشرعية، ولهذا فقد تبنت الجزائر هذه الدعوى، وكان هذا مظهر من مظاهر إرساء دولة القانون، من أجل حماية الحقوق والحريات العامة من أي تعسف من طرف هيئات وأجهزة الدولة، وذلك نظرا

لمعانة الشعب من ويلات الاستبداد والظلم، وعدم المساواة أثناء الحقبة الاستعمارية، مما وُلد طموح في إزالة مظاهر عدم العدل التي كانت سائدة، وهذا بإنشاء دولة القانون التي تحمي مبدأ الشرعية والمساواة وهذا عن طريق التوسع في تطبيق دعوى التعويض.

و تقوم المسؤولية عند الحكم ببطلان اتفاق التحكيم و متى توفرت أحد حالات البطلان المنصوص عليها قانونا على ثلاث أركان الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، و لا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض إلا بناء على طلب أحد الأطراف المتعاقدة و المدعي بالبطلان و بالنسبة للحكم التحكيمي في بعض الأحيان ممكن ألا يخص النزاع ككل بل يفصل في جزء من النزاع هذا الحكم يعد جزئياً، و كذلك بمناسبة الفصل في نزاع واحد قد يصدر في الحكم جزئين الأول يقرر البطلان لإتفاق التحكيم و الثاني يقرر بمسؤولية المدعى عليه في دعوى البطلان مع تحديد مبلغ التعويض متى تمت المطالبة به ' و للقاضي السلطة التقديرية في تحديد مبلغ التعويض.

المطلب الثالث: دور القاضي في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية و الاعتراف بها:

يصدر حكم التحكيم كفاصل منه للنزاع، و ذلك بحكم تحكيمي نهائي لتنفيذه لصالح من صدر بحقه هذا الحكم، و ذلك ليرفع دعواه ضد من خسر الدعوى لاسترداد حقوقه، إلا أن هذا القرار التحكيمي قد يصدر باطلا، حيث تختلف نظرة الدولة إلى الشروط التي يجب مراعاتها في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إذ أنه في الأصل خضوع مسائل الإجراءات لقانون القاضي، فهو الذي يقرر مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ، أي أن القاضي هنا يقوم بمسألة التكيف¹. و لتسليط الضوء على ذلك سنتناول ما يلي:

تنفيذ أحكام التحكيم الإداري الداخلي و تنفيذ أحكام التحكيم الدولي و الاعتراف بها.

الفرع الأول: دور القاضي في تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية:

و نقصد بها أحكام التحكيم الصادرة بخصوص الصفقات العمومية.

¹ أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات و البحوث اليمني، صنعاء، ص 200.

نصت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن المقتضيات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الواردة فيه تطبيق أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية. كما نصت المادة 1035 منه على أن أحكام التحكيم النهائية أو الجزئية أو التحضيرية تكون قابلة لتنفيذ الأمر من رئيس المحكمة (المحكمة الإدارية) الذي صدر في دائرة اختصاصها، و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل، يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.

نجد أن الأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية التي ترفض وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم قابلة لمخاصمتها بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة، بالرغم من عدم ذكر المادة 1034 لذلك (بحكم كونها خاصة بأحكام التحكيم الصادرة في غير المواد الإدارية).

الفرع الثاني: دور القاضي في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية و الاعتراف بها.

إن المرجع القانوني في تنفيذ أحكام التحكيم الإداري في المجال الدولي هو اتفاقية نيويورك لعام 1958 و المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية¹، و كذلك المواد من 1051 إلى غاية 1054 و كذلك المواد من 1035 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

فبالنسبة للاعتراف بهذه الأحكام، نصت المادة 1051 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا ثبت من تمسك بها وجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي". يتضح لنا من خلال هذه المادة أن الاعتراف بأحكام التحكيم تخضع لشرتين:

1. إثبات المتمسك وجودها (اتفاقية التحكيم).
2. أن لا يكون الاعتراف مخالف للنظام العام.

¹ د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، طبعة دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 51.

أما بالنسبة لتنفيذ هذه الأحكام:

فقد أحالت المادة 1054 و الي حاءت تحت عنوان "في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي" على المواد من (1035 إلى 1038) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الدولي و هنا نفرق بين أمرين:

أ. صدور حكم التحكيم الإداري في الجزائر:

فيكون قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم على النحو الذي سبق بيانه، عندما تعرضنا إلى تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي.

ب. صدور حكم التحكيم الإداري في الخارج و أريد تنفيذه في الجزائر:

فالحل أنت به الفقرة الثانية من المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فتكون المحكمة المختصة هي محكمة محل تنفيذ الحكم التحكيمي.

الخاتمة

التحكيم، تلك الكلمة التي قد يظن كثيرا من العامة والخاصة أنها مصطلح جديد لنظام جديد لهذا العصر الحديث، إنما هي كلمة و مصطلح و نظام قد عرفه الإسلام قبل 1400 سنة،

فقد ذكره القرآن الكريم وعرفه العرب قبل الإسلام كما مارس المسلمون الأولون التحكيم على نطاق واسع باعتباره وسيلة ناجحة لحل المنازعات في جميع الأمور.

هذا ولقد أدرك العالم اليوم ومعظم الدول ما لهذا النظام من أهمية خاصة لنوعية من النزاعات التي يتميز بها هذا العصر فقد ارتبط نمو المعاملات الدولية والمحلية في القرن الحالي بتزايد اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات، لا سيما و بعدما كانت العلاقة بين الدولة و الأشخاص الخاصة الأجنبية في تلك العقود ينظر إليها من طرف الدول النامية على أنها علاقة سيطرة على ثرواتها و مقدراتها من قبل هذه الأشخاص و ينظر إليها من قبل الدول المتقدمة على أنها علاقة تميل لصالح الدول النامية و ذلك لما تملكه من سيادة و امتيازات السلطة العامة تجعلها في مركز أقوى من هذه الأشخاص، حيث سعت الدول المتقدمة إلى فرض أساليب تضمن التوازن العقدي و التي من بينها التحكيم، مع أنه نظام خاص لا يمت بصلة العقود الإدارية و إن خضوع العقد الإداري للتحكيم و من ثم لنظام قانوني و قضائي لا يعرف التمايز بين العقد الإداري و العقد المدني يستتبع أن تتجرد الدولة من امتيازاتها التي تكون لها في مواجهة المتعاقد الآخر و التي يقرها القضاء الإداري و لكن بالمقابل أصبح التحكيم ضرورة حتمية في المعاملات المحلية والدولية و قد ساعد على انتشار التحكيم رغبة المتعاملين في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي تفرضها النظم القانونية للتقاضي بالقدر الذي يحقق لهم سرعة الفصل في المنازعات الناجمة عن العقود الإدارية.

و لقد عرف العالم العربي بما فيه الجزائر تقدما كبيرا في مجال التحكيم و تحولت الدول من مرحلة الإنكار و الإرتياب إلى مرحلة الإقرار بعمليات التحكيم، حيث انضمت الدول العربية لإتفاقيات التحكيم الدولية، كما أفردت البعض من الدول العربية قانونا مستقلا بالتحكيم و تدخل المشرع الجزائري و أقر بإجازة التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الداخلي و الدولي.

و إن ما يمكن قوله حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية لا سيما منها الدولية هو مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في العقود الإدارية الدولية منذ ظهور نظام التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، و هو ما أدى إلى منع نظام

التحكيم على مثل هذه العقود في معظم الدول عامة و الجزائر خاصة كونها تتنافى مع النظرية الموضوعية للعقود الإدارية.

نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 على الدور الذي يلعبه القاضي الوطني في إجراءات الإعراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، كما فتح المجال للطعن في الأحكام التحكيمية و فرق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الإقليم الجزائري، و الصادرة خارج الخارج و بين طرق الطعن لكل منهما حسب مكان صدور حكم التحكيم. و فيما يخص التوصيات المقترحة:

- يجب على أطراف التحكيم بذل العناية عند اختيار المحكمين مع مراعاة أن يتمتع المحكم بالخبرة و التخصص و الإستقلالية و الحيادة كما يجب لهم التدخل في تشكيل هيئة التحكيم و وضع الشروط الضمانات المناسبة لكل واحد منهما و بيان نوع التحكيم فمتى كان تحكيم مؤسساتي فيجب الإلمام الكافي بقواعد التحكيم المعمول بها لدى المركز أو هيئة التحكيم التي يتم الإتفاق على نظرها بالمنازعات.

- ضرورة تدخل الدولة و منعها اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تؤثر مباشرة على الأمن القومي للدولة و التي تمس بالمصلحة العليا لها.

- لا بد و أن ينص المشرع الجزائري على اختصاص القاضي الإداري بتعيين المحكمين في النزاعات الناشئة عن العقد الإداري و المتفق بشأنها التحكيم و ليس القاضي العادي لكون القاضي الإداري هو الأكثر

دراية و فهم لميزات العقد الإداري و هو المختص بالنزاعات الإدارية كأصل عام.

- لا بد من توحيد المصطلحات و المفاهيم المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لا سيما تلك المتعلقة بفكرة النظام العام حتى لا يتوه القاضي عند تنفيذه لنصوص المواد 605 و 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بحيث جاءت المادة 605 بفكرة النظام العام و الآداب العامة و جاءت المادة 1051 بفكرة النظام العام الدولي و اتفاقية نيويورك التي صادقت عليها الجزائر جاءت بفكرة النظام العام الداخلي فلا بد من استعمال مصطلح النظام العام.

-
- يجب أن يكون هناك قانون مستقل بالتحكيم شاملا لكل أنواع التحكيم و لا سيما التحكيم في العقود الإدارية و يبين و بشكل دقيق القواعد العامة للتحكيم.
- إخضاع أحكام التحكيم الدولية لإختصاص مجلس الدولة و ليس المحاكم الإدارية على غرار المشرع الفرنسي.
- يجب أن يكون توحيد في الأحكام القضائية و على جميع المستويات للأخذ بنظام التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات في العقود الإدارية الداخلية و الدولية.

تمت بعون الله.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم.

2. القوانين و الأوامر:

1. الأمر رقم 44-75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المتضمن التحكيم الإجباري لبعض

الهيئات، ج ر عدد 53.

2. المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25/03/1993 المعدل و المتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
3. أمر رقم 01-03 المعدل و المتمم المتضمن تطوير الإستثمار.
4. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

3. الكتب و المؤلفات:

أ. باللغة العربية:

1. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة 4، سنة 2005.
2. الدكتور أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1988.
3. أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات و البحوث اليمني، صنعاء.
4. الدكتور إلياس ناصيف، العقود الدولية و التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، سنة 2012، توزيع منشورات الحلبيّة الحقوقية، بيروت، لبنان.
5. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981.
6. أحمد خالد حسن، بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة) بين قانون التحكيم المصري و الإنجليزي قواعد الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر طبعة 2010.
7. بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى 2005.
8. أ. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزء الثاني، بعة أولى، سنة 2012 كليك للنشر.
9. جلال وفاء المحمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية سنة 1999.

10. دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية و عقود البوت.
<http://siconf.uaeu.ac.qelpapres/ni/doib%20husin.pdf>.
11. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
12. حفيظة السيد حداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2001.
13. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القانون بالصلح في قوانين الدول العربية ملتقى التحكيم السعودي من منظور اسلامي دولي سنة 2005.
14. زياد محمد فالح، دور إرادة التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية الدولية، مجلة جامعة القدس، حزيران سنة 2013.
15. الكتور عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة عين شمس، سنة 1996.
16. الدكتور زكي النجار، الوسائل الغير قضائية لحسم النزاعات الإدارية، دار النهضة العربية، سنة 1993.
17. عبد الحميد الشواربي، التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء و التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1997.
18. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2000.
19. الدكتور عمر سعدالله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، طبعة دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2007.
20. عبد العزيز علي بن زيد، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2006.
21. الدكتور عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر طبعة 2006.

22. علاء الدين محي الدين مصطفى و محمد ابراهيم خيرى الوكيل، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مطبعة القانون و الإقتصاد الرياض طبعة 2014.
23. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية.
24. فاطمة محمد العواء، عقد التحكيم في الشريعة و القانون، بيروت، الطبعة الأولى 1423 هجري.
25. قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة ، الجزائر.
26. محمود عبد الله المؤيد، جواز التحكيم في العقود الإدارية عبر الحدود بين مفهوم العالمية و العولمة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية الاقتصادية، مصر، عدد 10، 2004.
27. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر.
28. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية (بدون دار نشر)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2001.
29. محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة 2003.
30. مراد محمود حمادة المواجدة، التحكيم في عقود الدولة (دراسة مقارنة)، معهد البحوث والدراسات، القاهرة طبعة 2002.
31. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، سنة 2008.
32. الدكتور محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية ديوان المطبوعات الجامعية.
33. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية سنة 1997.
34. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف 2000.

35. ماجد راغب الحلو، العقد الإداري و التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004.
36. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري و أثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر طبعة 2007.
37. يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 2001.
37. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر.
38. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر.
39. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، 1998.
40. يحي التوني، التحكيم في منازعات البترول و الغاز، ورقة عمل مقدمة للدورة التمهيدية الأولى لإصدار المحكمين الدوليين المنعقدة في الفترة من 19 فيفري إلى 21 فيفري 2007.
41. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993.
42. هشام علي الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.
43. نجلاء حسن حسين سيد أحمد الخليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، 2002.
44. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1991.
45. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003.
46. عزيزة الشريف، التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية، 1993.
47. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2008.
48. محمد عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 2007.
49. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية و الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

50. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1988.
51. شطناوي علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، 2003.
52. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
53. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
54. بغدت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة عين شمس، سنة 1996.
55. علاء محي الدين أبو حمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية و الدولية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008.
56. أحمد خالد حسن، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري و الإنجليزي و قواعد الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2010.
57. محمد سعيد حسين أحمد، التحكيم في العقود الإدارية للدولة، دار الثقافة الجامعية، 1999.

ب. باللغة الفرنسية:

1. Mouhouhi Salah, la politique de la coopération Algéro – Française, Biolan et perspectives publisud. Coédition OPU, Alger publisud, Paris, 1986.
2. Ahmed Abderrahmen Dahmen, Le nouveau droit algérien de l'arbitrage international, In cahier juridique et fiscau de l'expectation, 1993, N° 05.
3. Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international, Dalloz, Paris 1993.

4. الأطروحات:

1. قريقر فتيحة، القابلية للتحكيم، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف خدة، 2008/2007.

2. الطالبة صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2013/2012.
3. الطالبة بوزرق زينب، التحكيم الإداري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2014/2013.
4. الطالب محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015/2014.
5. الطالبة بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011/2010.
6. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و علوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011/2010.
7. ولد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا - مصر - و دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2008.

5. الملتقيات:

1. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القانون بالصلح في قوانين الدول العربية، ملتقى التحكيم السعودي من منظور إسلامي و دولي سنة 2005.
2. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مارس 1959.



الفهرس

01	مقدمة
10	الخطة

- 17 الفصل التمهيدي: واقع التحكيم في التشريع و الفقه و القضاء
- 19 المبحث الأول: ماهية التحكيم و تمييزه عن الأنظمة المشابهة به
-
- 20 المطلب الأول: تعريف التحكيم
- 20 الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للتحكيم
-
- 20 أولا: التحكيم لغة
- 21 ثانيا: التحكيم اصطلاحا
- 27 المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم
-
- 27 الفرع الأول: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم
-
- 30 الفرع الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم
-
- 33 الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم
-
- 35 المطلب الثالث: أنواع التحكيم و تمييزه عما يشابهه
-
- 35 الفرع الأول: أنواع التحكيم
- 35 أولا: التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري
-
- 37 ثانيا: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي
-
- 37 ثالثا: التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح
-
- 38 رابعا: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي
-
- 41 الفرع الثاني: تمييز التحكيم عما يشابهه من الأنظمة
-

- أولاً: تمييز التحكيم عن الصلح 41
-
- ثانياً: تمييز التحكيم عن الوكالة 43
-
- ثالثاً: تمييز التحكيم عن الخبرة 43
-
- رابعاً: تمييز التحكيم عن القضاء 44
-
- المبحث الثاني: موقف الأنظمة القانونية من التحكيم في العقود الإدارية 46
-
- المطلب الأول: موقف النظام الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية 46
-
- الفرع الأول: الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية و موقف الفقه و القضاء منه... 46
-
- الفرع الثاني: إجازة التحكيم في بعض العقود الإدارية 50
-
- المطلب الثاني: موقف النظام المصري من التحكيم في العقود الإدارية 54
-
- الفرع الأول: مرحلة الإجازة الضمنية للتحكيم في العقود الإدارية و موقف الفقه 54
-
- و القضاء منها 54
-
- الفرع الثاني: مرحلة تنظيم التحكيم بموجب قانون مستقل 62
-
- الفرع الثالث: مرحلة الإقرار الصريح بجواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم 65
-
- المطلب الثالث: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية 68
-
- الفرع الأول: مرحلة إنكار النظام الجزائري لفكرة التحكيم 68
-

- 78 الفرع الثاني: التحكيم ضرورة حتمية في ظل الإصلاحات الاقتصادية
.....
- 94 الفصل الأول: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية
95 المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية
.....
- 95 المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية الداخلية
.....
- 96 الفرع الأول: تعريف العقد الإداري
.....
- 98 الفرع الثاني: تمييز العقد الإداري عما يشابهه من التصرفات القانونية
.....
- 101 المطلب الثاني: عناصر العقد الإداري
.....
- 110 المطلب الثالث: اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و شروط صحته
.....
- 110 الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم
.....
- 111 الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم
.....
- 113 المبحث الثاني: النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع
الدولي
.....
- 113 المطلب الأول: ماهية العقد الإداري ذو الطابع الدولي
.....
- 113 الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي
.....
- 113 أولاً: تعريف العقد الإداري ذو الطابع الدولي
.....
- 114 ثانياً: نماذج عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي
.....
- 120 الفرع الثاني: أساليب إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي و آثارها

- 121 أولاً: أساليب إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي
.....
- 121 أ. طريقة المناقصة
.....
- 122 ب. طريقة التراضي البسيط
.....
- 124 ثانياً: الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي
.....
- 137 المطلب الثاني: إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع
الدولي
.....
- 137 الفرع الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع
الدولي
.....
- 139 الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي
.....
- 139 الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري
.....
- 140 المطلب الثالث: اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية و شروط صحته
.....
- 140 الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم
.....
- 145 الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم
.....
- 153 الفصل الثاني: أثر الطبيعة القانونية للتحكيم على خصوصية العقود الإدارية و
دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم
- 155 المبحث الأول: أثر اتفاق التحكيم على خصوصية العقود الإدارية
.....
- 156 المطلب الأول: القانون الرئيسي الواجب التطبيق
.....
- 162 المطلب الثاني: القانون الاحتياطي الواجب التطبيق
.....
- 171 المطلب الثالث: كيفية الحفاظ على خصوصية العقود الإدارية المتفق بشأنها

-
- 175 المبحث الثاني: دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم
-
- 175 المطلب الأول: الرقابة القضائية السابقة على حكم التحكيم
-
- 175 أولاً: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم
-
- 183 ثانياً: دور القضاء في رد المحكم و عزلـه
-
- ثالثاً: تدخل القضاء في المنازعة الإدارية في حالة فوات الميعاد على
- 185 صدور الحكم
-
- التحكيمي
-
- 186 رابعاً: تدخل القاضي في سير الخصومة التحكيمية
-
- 188 خامساً: دور القضاء في استدعاء الشهود و البحث عن الأدلة
-
- 189 المطلب الثاني: دور القاضي في صدور حكم التحكيم
-
- 190 الفرع الأول: أحكام التحكيم المنهية للخصومة و شروط صحتها
-
- 192 الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم
-
- 197 الفرع الثالث: الدعاوى القضائية الناجمة عن حكم التحكيم
-
- 197 أولاً: دعوى البطلان كأداة للرقابة القضائية
-
- 204 ثانياً: دعوى التعويض عند إبطال حكم التحكيم
-
- 205 المطلب الثالث: دور القاضي في تنفيذ حكم التحكيم الدولية و الاعتراف بها
-

205	الفرع الأول: دور القاضي في تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية
206	الفرع الثاني: دور القاضي في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية و الاعتراف بها
208	خاتمة
	ملحق
	قائمة المراجع
	الفهرس
	ملخص

المخلص

في سبيل معالجة موضوع التحكيم في العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن تم تقسيم هذا الموضوع إلى فصل تمهيدي تم التطرق فيه إلى واقع التحكيم في التشريع و الفقه و القضاء مع التعريف بالتحكيم و مقارنته بالأنظمة المشابهة له، و فصل أول

تم دراسة فيه النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية، كما تم تناول و في الفصل الثاني أثر نظام التحكيم على خصوصية العقود الإدارية و كيفية التوفيق بينهما، مع تبيان دور القضاء في تفعيل إجراءات التحكيم، فأما الفصل التمهيدي فقد تم معالجة فيه ماهية التحكيم بالتعريف به لغة و اصطلاحا و تحديد طبيعته و ما تم استنتاجه هو أن التحكيم نظام يرتكز على إرادة الأطراف من ناحية و كذا إقرار المشرع بهذه الإرادة من ناحية أخرى، و هو لا يعتبر عمل قضائي بحث لكون عمل المحكم هو قرار يصدر عن فرد و ليس عن سلطة قضاء، و أن التحكيم مزيج بين الإتفاق و القضاء و لذا يعتبره بعض من الفقه قضاء من نوع خاص.

و أما فيما يخص التطور الذي حصل بشأن هذا النظام فقد كان التحكيم محظورا في التشريع الفرنسي و لم يجز هذا الأخير للدولة و الأشخاص المعنوية العامة الأخرى اللجوء إليه، إلى أن تحول هذا المنع إلى الإجازة من خلال قوانين و نصوص خاصة، كما أيد القضاء الفرنسي و لا سيما مجلس الدولة فكرة جواز التحكيم في العقود الإدارية، و أما في التشريع المصري فإنه اختلفت الآراء الفقهية و الإجتهدات القضائية حول إجازة التحكيم في العقود الإدارية لا سيما و أمام سكوت المشرع المصري آنذاك حول مدى إجازته من عدمه، إلى أن أصبح التحكيم جائزا في منازعات العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة و لا يجوز التفويض في ذلك، و أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلقد كان موقف المشرع الجزائري و بعد فترة الإستقلال معاديا لفكرة التحكيم في العقود بمجملها لا سيما منها الإدارية و اعتبر أن اعتماد مثل هذا النظام من شأنه المساس بسيادة الدولة إلى أن فرضت الإصلاحات الإقتصادية ضرورة الإعتراف بهذا النظام لتسوية النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية و أجاز المشرع الجزائري صراحة الحق في اللجوء إلى التحكيم و اعتماده في العقود الإدارية نظرا لما يمتاز به من مرونة و كذا بسرعة الفصل في النزاعات الناشئة عن هذه العقود و كذا تلك المتعلقة بالصفقات العمومية.

كما تم التعريف و في الفصل الأول بالعقود الإدارية الداخلية و الدولية و تحديد عناصرها و أساليب إبرامها و شروط صحة اتفاق التحكيم في كل منها، مع ذكر بعض التطبيقات و القضايا الدولية حول شروط صحة اتفاق التحكيم في هذه العقود.

و أما الفصل الثاني فقد تم تبيان فيه أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري لا سيما و أن هذا الأخير يختلف عن باقي العقود المدنية و أن نظام التحكيم يعتمد على إرادة الأطراف المتعاقدة و حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق و الذي قد لا يكون إداريا مع تبيان كيفية الحفاظ على خصوصية هذه العقود المتفق بشأنها التحكيم و على مستقبل القانون الإداري عامة، و تحديد دور القضاء و رقابته الفعالة في تفعيل إجراءات التحكيم سواء تلك السابقة لحكم التحكيم أو في صدوره أو أثناء مرحلة تنفيذه و ذلك كله لضمان حكم تحكيمي غير مخالف للنظام العام و قواعد القانون الإداري.