

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية



# التحكيم في العقود الإدارية الدولية

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام

تخصص: قانون عام

إشراف:

أ.د. بن طيفور نصر الدين

إعداد الطالب:

عقون مصطفى

لجنة المناقشة :

رئيسا	أستاذ محاضر "أ" جامعة تلمسان	- د. بمرزوق عبد القادر
مشرفا ومقررا	أستاذ جامعة تلمسان	- أ.د. بن طيفور نصر الدين
مناقشا	أستاذ جامعة سيدي بلعباس	- أ.د. النعيمي فوزي
مناقشا	أستاذ جامعة سعيدة	- أ.د. بن أحمد الحاج
مناقشا	أستاذ محاضر "أ" المركز الجامعي النعامة	- د. سمغوني زكريا
مناقشا	أستاذة محاضرة "أ" جامعة تلمسان	- د. زروال معروزة

الموسم الجامعي: 2018-2019

## شكر و تقدير

الحمد لله الذي وفقنا ومنحنا القدرة والعزيمة لإتمام هذا العمل الذي أرجوا أن يكون خالصا لوجهه الكريم، أتقدم بجزيل شكري وعظيم امتناني لأستاذي المشرف الاستاذ الدكتور بن طيفور نصر الدين الذي حرص غاية الحرص لإنجاز هذا البحث بكافة مقوماته ورافقي بتوجيهات ونصحه طلية المدة التي استغرقتها لإتمام هذا البحث، نفعه الله بعلمه وجزاه عنا خير الجزاء .

كما أتقدم بالشكر والعرفان للعائلة الكريمة، و أسرتي الصغيرة على تحمل عناء انجاز هذا العمل .

عقون مصطفى



قائمة المختصرات لأهم مراكز التحكيم الدولي والعقود الدولية باللغة الأجنبية:

- المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط. CIMAR
- المنظمة العالمية للملكية الفكرية. WIPO
- وغرفة التجارة الدولية والهيئة الدولية لتحكيم. ICC
- جمعية التحكيم الفرنسية في باريس. AFA
- مركز سنغافورة للتحكيم الدولي SIAC
- عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. B.O.T
- عقد التأجير والتجديد والتشغيل ونقل الملكية. L.R.O.T
- عقود البناء والتأجير والتحويل. B.L.T
- عقود البناء والتملك والتشغيل. B.O.O
- المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار. ICSID
- نظام الغرفة أو الهيئة الأمريكية. L.C.I.A
- نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي، C.C.I.
- نظام مركز القاهرة المركز الإقليمي التجاري الدولي A.A.A

# المقدمة

## مقدمة :

إن اتجاه الدول إلى نهج سياسة الخصخصة والتحرر من قيود التجارة الدولية، أدى في السنوات الأخيرة إلى ارتفاع معدلات التبادل التجاري بين الدول مما قد يؤدي إلى نشوء نزاعات بين أطراف العلاقة القانونية، كان لابد من وجود وسيلة أكثر قبولا لدى أطراف العلاقة التعاقدية الدولية لفض تلك النزاعات، مما يتعين عليه إيجاد فكرة بديلة غير القضاء الوطني المختص لحل هذا النوع من النزاعات .

وهذا ما دفع المجتمع الدولي في إيجاد آلية جديدة للتقاضي و المتمثلة في التحكيم حيث أن فلسفة سن قوانين خاصة بالتحكيم فرضتها ظروف موضوعية نابعة من الواقع الدولي، فلم يعد القضاء الوطني قادراً على حل جميع القضايا المطروحة عليه خاصة بعد ظهور المبادلات التجارية الدولية ، حيث أن الدول تسلم بقيمة التحكيم بصفته وسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في سياق العلاقات الدولية، وبأن التحكيم يستخدم على نطاق واسع ومتنوع في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول حيث جسدهته الأمم المتحدة من خلال اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لسنة 2014.<sup>(1)</sup>

وتأكيداً من الدولة الجزائرية على تجديدها العزم بالأخذ بهذا النظام بعدما عرف التحكيم في الجزائر عدة تدرجات ابتداءً من اتفاقية إفيان لسنة 1963، في اتفاق ثنائي بين الجزائر وفرنسا لسنة 1963<sup>(2)</sup>، المتعلق بالتعاون في مجال المحروقات التي تم نص فيها على اختصاص

(1) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لسنة 2014، بناء على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 116/69 في 10 كانون الأول / ديسمبر 2014، بناء على تقرري اللجنة السادسة (A/69/ 496).

(2) وقعت الحكومتان الجزائرية والفرنسية اتفاق تحكيم على أساس وتطبيق إعلان المبادئ بشأن التعاون من أجل تنمية الثروة جنوب الصحراء الكبرى ينتمي النص إلى السلسلة الطويلة من المستندات التي تم التفاوض عليها سميت فيما بعد بالإعلان، وسميت "اتفاقات إفيان" من ناحية اتفاق وقف إطلاق النار، بتاريخ 19 مارس 1962 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 20 مارس 1962. ص 3019 نقلا عن :

محاكم تحكيم دولية لفض النزاعات المترتبة على إثر هذا التعاون<sup>(1)</sup>، و هو ما تؤكد مرة أخرى في اتفاق الجزائر لسنة 1965.<sup>(2)</sup> إلا أنه و بصدر أول قانون للإجراءات المدنية في الجزائر رقم 154/66 منع المشرع الجزائري بموجبه اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة<sup>(3)</sup>، وبهذا يكون قد انتهى العمل بالتحكيم الدولي في الجزائر خاصة بعد صدور الأمر رقم 22/71<sup>(4)</sup>، و الأمر رقم 24/71 الخاص بتأميم المحروقات، الذي تقرر فيه اسناد الاختصاص للمحاكم الجزائرية وعدم اللجوء إلى التحكيم.<sup>(5)</sup>

= Christian Vigner : l'accord franco-algerien du 26 juin 1963 en matière d'arbitrage pétrolier pour le respect des droits acquis au Sahara. Annuaire français de droit international, volume 10, 1964. pp. 383-395.

[www.persee.fr](http://www.persee.fr).

<sup>(1)</sup> **Article 1:** le présente règlement a pour objet de définir , conformément aux principes posés au Titre IV de la Déclaration, les règles d'organisation et de fonctionnement du tribunal international prévu audit titre, ci-après dénommé le tribunal. **Voire décret n 63-364 du 14 septembre 1963 portant publication d'un accord algéro-français relatif à l'arbitrage et d'un annexe signés à paris le 26 juin 1963 . journal officiel de la république algérienne 17 septembre 1963 . p966.**

<sup>(2)</sup> الأمر رقم 65 / 287 الخاص بالفصل في المشاكل المتعلقة بالمحروقات، والتنمية الصناعية في الجزائر الجريدة الرسمية عدد 67 مكرر، بتاريخ 19/11/1965. ص 966.

<sup>(3)</sup> وفقا لنص المادة 3/442 من القانون رقم 154/66 المتعلق بالإجراءات المدنية في الجزائر، المؤرخ في 08 يونيو 1966، الجريدة الرسمية العدد 47، بتاريخ 3 يونيو لسنة 1966. التي نصت على أنه : " أنه لا يجوز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم. "

<sup>(4)</sup> الأمر رقم 22/71 المؤرخ 12 أبريل 1971 يتضمن تحديد الاطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان العقود السائل واستغلاله، الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1971.

<sup>(5)</sup> الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12 أبريل الخاص بتأميم المحروقات يعدل ويتمم الأمر رقم 111 / 58 الجريدة الرسمية عدد 30 الصادرة بتاريخ 30/04/1971 .

فعلى سبيل المثال ما جاء في المادة 11 من البروتوكول الذي أبرم بي شركة سوناطراك وشركة أجنبية، التي قضت بأن تخضع كل المنازعات أو الخلافات التي تثور بين الدولة الجزائرية من جهة، وبين الشركة الأجنبية من جهة أخرى بخصوص تفسير أو تطبيق أو تنفيذ أحكام هذا البروتوكول وبنود الاتفاق المشار إليه لاختصاص المحاكم الجزائرية وحدها<sup>(1)</sup>، و هو ما تضمنه القانون رقم 14/86<sup>(2)</sup>، المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها، ونقل الأنايب، في نص المادة 63 التي نصت على أنه " تخضع المخالفات والمنازعات الناتجة عن تطبيق هذا القانون، النصوص المتخذة من أجل تطبيقه إلى المحاكم الجزائرية المختصة وفقا للتشريع المعمول به، غير أنه يمكن للخلافات والمنازعات المتعلقة بالشركة في ميدان المحروقات أن تخضع مسبقا للجنة المصالحة وفقا للتشريع الساري المفعول." إلى غاية أن عدل هذا القانون بصدور القانون رقم 21/91 والذي جاء في نص المادة 63 منه على أنه تعدل وتمم المادة 63 من القانون رقم 14/86 كالآتي : " تخضع المنازعات التي تنشأ بين الدولة وأحد الأطراف، عقد الاشتراك للجهات القضائية الجزائرية المختصة. أما المنازعات الناجمة عن تفسير أو تطبيق عقد الاشتراك بين المؤسسة الوطنية وشريكها الأجنبي فتكون محل مصالحة، مقدما حسب الشروط المتفق عليها بين الأطراف في عقد الاشتراك. وفي حالة فشل عملية المصالحة يمكن لأطراف العقد عرض النزاع على التحكيم الدولي، ويطبق القانون الجزائري لاسيما هذا القانون، والنصوص المتخذة لتطبيقه لحل النزاعات."<sup>(3)</sup>

(1) سليم بشير - الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية - أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية،

تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 2012، ص 42.

(2) القانون رقم 86-14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق 19 أوت 1986 والمتعلق بأعمال التنقيب

والبحث في المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنايب، الجريدة الرسمية العدد 35، الصادرة في 27 أوت 1986.

(3) القانون رقم 91/21 المؤرخ في 04/12/1991 المعدل والمتمم للقانون رقم 86/14، المؤرخ في

19/08/1986 المتعلق بأنشطة التنقيب، والبحث عن المحروقات واستغلالها، ونقلها بالأسباب، الجريدة الرسمية

العدد 13 لسنة 1991.

من هنا بدأت الدولة الجزائرية العمل بنظام التحكيم الدولي، معززتاً ذلك بإصدارها للمرسوم التشريعي رقم 93-09 الذي يسمح بموجبه للأشخاص المعنوية العامة التابعة للقانون العام، أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية.<sup>(1)</sup>

وبعد فتح الدولة الجزائرية مجال الاستثمار الخارجي في شتى المجالات، خاصة في قطاع المحروقات، وهو المجال الخصب لإبرام العقود الادارية الدولية، وذلك من خلال الشراكة مع الشركات الأجنبية، التي تتعاقد مع الطرف الممثل للدولة، وهي شركة "سوناطراك" باعتبارها مؤسسة وطنية منتجة للثروة، أو الوكالات الوطنية، مثل الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات، والوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات "النفط" التي منحها القانون صفة مالكة حقوق الاستغلال، حيث كان لابد من التطرق إلى آلية حل النزاعات الناشئة عن هذه الشراكة، فيتدخل المشرع الجزائري مرة أخرى في تعديله لقانون المحروقات بموجب القانون رقم 07-05 لسنة 2007، لينص ويؤكد على التحكيم كآلية لفض النزاعات أو الخلافات التي تنشأ بين الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات "النفط" و المتعاقد معها، بشأن تفسير أو تنفيذ العقد عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، أما في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد، أما إذا كانت "سوناطراك"، شركة ذات أسهم هي المتعاقد الوحيد، فإن النزاع يسوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات، ويطبق القانون الجزائري، ولاسيما قانون المحروقات والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات.<sup>(2)</sup>

(1) نصت المادة الأولى من هذا المرسوم على أنه : تلغى المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية، وتستبدل بالأحكام التالية : يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق مطلق التصرف فيها ... ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية . المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 3 ذو القعدة 1413، الموافق 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون الاجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 27 الصادرة في 27 أبريل 1993 .

(2) نص المادة 58 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426هـ الموافق 28 أبريل سنة 2005 المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية العدد 50 سنة 2005. معدل ومتمم بالأمر رقم 01/06، مؤرخ في 28 أبريل

ليأتي بعد ذلك تخصيص باب كامل باباً كاملاً للتحكيم، وبين إجراءاته سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي، وذلك من خلال صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09<sup>(1)</sup>.

فالمستثمر الأجنبي في الوقت الراهن، وقبل إقدامه على القيام بالاستثمار في أي دولة معينة، يقوم بدراسة قوانين تلك الدولة، ويحت مدى ملاءمتها لحقوقه، وضماناتها<sup>(2)</sup>، ومدى خضوعه لقوانينها الداخلية، ودراسة مدى سرعة أو بطء إجراءات التقاضي على المستوى الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار، في حالة ما إذا ثار نزاع بينه وبين الدولة المستثمرة هذه المعطيات قد تدفع بالمستثمر الأجنبي إلى اللجوء لاختيار طريق بديل للتقاضي لفض النزاع بدلا من القضاء. و الوسيلة الأفضل له في مثل هذه الظروف هو اللجوء إلى التحكيم باعتباره وسيلة أضمن للطرف الأجنبي لفض الخلافات و المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الطرف الآخر المتمثل في الدولة المضيفة للاستثمار.

فقد ارتبط التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية ويجذب الاستثمارات الأجنبية، وقد اتسع نطاق الأخذ بنظام التحكيم، حيث تعدى العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية B.O.T. المعروفة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، و هي من العقود الإدارية ذات الطابع الدولي التي تبرم بين الدولة أو من يعمل لحسابها أو باسمها، ومشروع

2006 ، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة في 30 جويلية 2006، معدل و متمم بالقانون رقم 01-13، مؤرخ في 20 فيفري 2013، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية عدد 11 الصادرة في 24 فيفري 2013. (1) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008 . في الباب الثاني الخاص بالتحكيم، الفصل السادس المعنون بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي .

(2) وهو ما تم في التعديل الدستوري الجزائري الجديد لسنة 2016 . كضمانات خاصة للتحكيم الدولي . حيث نصت المادة 43 منه على أن حرية الاستثمار و التجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016. الجريدة الرسمية العدد 14 ل 07 مارس 2016.

خاص أجنبي يكون موضوعه استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل، ومن أشهر هذه العقود عقد التشييد، و عقد التنمية .

فالمستثمر الأجنبي أصبح يلعب دورا أساسيا في تنمية الدول الجالبة للاستثمار فبواسطة رؤوس الأموال الأجنبية يمكن للدول - خاصة النامية- استغلال مواردها الطبيعية وإنجاز المشاريع الكبرى المتعلقة ببنيتها التحتية كالطرق والمطارات، وإقامة مشاريع تحتاج إلى الخبرات الفنية بالإضافة إلى كلفتها العالية كوسائل الاتصال التكنولوجية أو التكنولوجية المتعلقة بمختلف مجالات الصناعة والخدمات كإبرام العقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا وعقود بناء المصانع وعقود امتياز المرافق العامة... فالاستثمار الأجنبي يساهم بشكل كبير في تمويل عمليات التنمية، وتكوين الخبرات الوطنية التابعة للدول المضيفة للاستثمارات.

إلا أن هذه المجالات التنموية لا تتم الا بواسطة عقد بين الدولة والمستثمر الأجنبي الذي يملك الرأسمال الذي تتطلبه إحدى خطط التنمية للدولة،، وأهم ما يلاحظ في هذه العلاقة أن طرفي هذه العقود ينتميان إلى نظامين قانونيين مختلفين، الدولة من ناحية، والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى، حيث يسعى كل طرف إلى حماية مصالحه، فالدولة تسعى إلى تحقيق خططها الاقتصادية والتنموية، والمستثمر الأجنبي يسعى إلى تنمية رأسماله، وتضارب هذه المصالح تؤدي حتما إلى وقوع منازعات قد تنشأ في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد

وكان الطابع الغالب على هذه المنازعات أنها كانت تحال على محاكم الدول المضيفة للاستثمار، وهذا يحدث نوعا من عدم الرضى لدى الطرفين، فالمستثمر لا يثق في القضاء الوطني للدولة التي يستثمر على أرضها رؤوس أموال طائلة، ويرى أن محاكمها قد تنحاز لعوامل مختلفة إلى الدولة التي تحكم باسمها وتعمل تحت سيادتها، كما أن الدولة المضيفة للاستثمار لا تستطيع بسهولة وتحت ضغط السيادة، أن تتنازل عن حصانتها، وتلجأ إلى الهيئات والمراكز الدولية مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، التي ينعقد الاختصاص إليها بموجب المعاهدات الدولية الخاصة بالاستثمار

مثل اتفاقية نيويورك المتعلقة بحل النزاعات الخاصة بالاستثمار بين الدولة و رعايا الدول الأخرى لسنة 1958.<sup>(1)</sup>

ففي مجال التجارة الدولية، كلا الطرفين في حاجة إلى الآخر ولا بد من استمرار هذه المعاملات الدولية الخاصة، والتي أحد طرفيها هو الدولة وخير سبيل لهذه الاستمرارية هو التوفيق بين هذه المصالح، وخلق نوع من التوازن بينهما، وإيجاد سبل للتسوية تكون فعالة ومقبولة للطرفين وذلك لتشجيع الاستثمار الذي لا غنى عنه للنهوض بالتنمية الاقتصادية وخاصة في البلدان النامية. ولعل أبرز صورة لهذه العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عقود B.O.T بحيث نجد أن هذه العقود تثير العديد من المنازعات، لأسباب تتعلق بتعارض مصالح أطرافها في كثير من الأحيان، والتي تعود في المقام الأول الى أن العلاقة العقدية بين الدولة صاحبة السلطة والسيادة والطرف الأجنبي الذي يملئ شروطه في العقد مما قد ينقص من سلطة وسيادة الدولة المتعاقدة، خاصة في مجال القضاء المختص لحل النزاع الذي يثور بين أطراف العلاقة العقدية لدى يرى الطرف الأجنبي أن العقد هو الوسيلة الوحيدة التي تضمن حقوقه، من خلال إدراج شرط الثبات التشريعي<sup>(2)</sup>، و التمسك بأن المنازعات التي تثار بخصوص العقد يتم فضها بطريق التحكيم.<sup>(3)</sup>

(1) اتفاقية نيويورك 1958 انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05/11/1988 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 48 لسنة 1988.

(2) وهو ما تقضي به نص المادة 22 من القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار . على أنه : "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة." الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46. لسنة 2016 .

(3) المادة 09 من الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية التشيكية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة ببراغ 22 سبتمبر سنة 2000. المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أفريل سنة 2002 . الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002.

حيث أنه من الخصائص الأساسية لهذا النوع من العقود أنه يشترك القطاع الخاص في خدمات القطاع العام، ويؤمن للدولة الأساليب التي تحقق لها التوازن المالي من دون أن تلجأ إلى فرض المزيد من الضرائب على المواطنين، وذلك عن طريق منح شركات القطاع الخاص المتخصصة امتيازات وفقاً لأصول ينص عليها القانون، من أجل تنفيذ بعض الأعمال والمشاريع التي هي أساساً من وظائف القطاع العام، كإنشاء المطارات ومحطات توليد الكهرباء والمناطق الحرة وسواها، على أن تمول الشركات الخاصة هذه المشاريع بأموالها الخاصة، من دون إرهاب الميزانية العامة للدولة وتكليف الإدارة العامة بأية نفقات، وعلى أن تؤمن الشركات الخاصة نفقاتها وتحقيق أرباحها من خدمات المشروع.

ولا شك أن مشكلة التحكيم ومدى جوازه في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، قد أثار عدة تساؤلات بين مؤيد لفكرة جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وبين معارض لهذه الفكرة لاعتبارات كثيرة، فجميع الدول تسعى لتحقيق التنمية الداخلية عن طريق إقامة مشاريع لتشجيع المستثمرين الأجانب لاستقدام رؤوس الأموال دون تخوف المستثمرين من القضاء الوطني للدولة الجالبة للاستثمار، وهو الدور المهم الذي أصبح يلعبه التحكيم في الفصل في المنازعات التي يمكن أن تثار في العقود الإدارية الدولية، على مختلف صورها فالدولة المضيفة للاستثمار ترى عدم اللجوء إلى قضائها الوطني في منازعات الاستثمار، لأن ذلك يؤدي غالباً إلى صدور حكم لصالحها، وذلك يتعارض مع مصالح المستثمر الأجنبي وقد اتخذت مبادرات عديدة على المستويين الوطني والدولي، حيث تم إبرام عدة اتفاقيات دولية وإنشاء عدة مراكز دولية وإقليمية خاصة بالتحكيم الدولي لدعم كفاءة التحكيم والترغيب فيه كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، وأنه أصبح القاضي الطبيعي لهذا المجال، مما جعل المتعاملين في إطار العلاقات الدولية، يفضلون التحكيم على قضاء الدولة وذلك لسرعة الإجراءات وسرية المعاملات، ولما كان انتقال رؤوس الأموال من قطر إلى آخر، فأضحى التحكيم سمة العصر الحديث. على عكس من يرى أن اللجوء للتحكيم يعتبر انتهاكاً لسيادة الدولة حيث لا يمكن تطبيق قانونها الداخلي، ولا ينعقد الاختصاص لقضائها الداخلي لحل

النزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار وبين الطرف الأجنبي المستثمر، إذا تضمن العقد شرط التحكيم.

إذ أن حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الإدارية الدولية، ليست طليقة من أي قيد أو سلطة، فهي مضبوطة بقواعد قانونية دولية، ووطنية أقرتها مختلف التشريعات، فعلى الصعيد الدولي فقد أبرمت عدة اتفاقيات دولية تطرقت إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بين أشخاص القانون الدولي خاصة في مجال الاستثمار ومن بين هذه الاتفاقيات الدولية نذكر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، و الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولية المعقودة في جنيف 1961<sup>(1)</sup>، حيث تطبق هذه الاتفاقية على اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاديين أو معنويين على أن يكون لهم عند إنشاء الاتفاقية محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقدياً بهذه الاتفاقية. وكذلك اتفاقية واشنطن 1965 لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى<sup>(2)</sup> حيث تم إبرام هذه الاتفاقية في 18 مارس 1965 بواشنطن، برعاية ومبادرة البنك الدولي للإنشاء والتعمير ويتضح من اسمها إنها اتفاقية تهتم بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول، ومواطني الدول الأخرى، بواسطة المركز الدولي الذي أنشئ بموجبها (المادة 1/1) والذي أطلق عليه اسم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد أصبحت هذه الاتفاقية نافذة منذ 14/10/1966، والدول المنظمة إلى هذه الاتفاقية تنتمي إلى مختلف القارات، ومن بين الدول العربية، التي صادقت عليها نجد

(1) الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961 وضعت موضع التنفيذ في 1/7/1964 وفقاً لأحكام المادة (10) الفقرة (8) وباستثناء الفقرات (3) حتى (7) من المادة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 18/10/1965 بموجب أحكام الفقرة (4) من ملحق الاتفاقية.

(2) صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30/10/1995. الجريدة الرسمية العدد 66 بتاريخ 15/11/1995 .

الأردن، مصر، سوريا، موريتانيا، الصومال السودان، المملكة العربية السعودية، الإمارات العربية المتحدة، تونس، والمغرب، الجزائر.<sup>(1)</sup>

أما على الصعيد العربي فقد تم إبرام عدة اتفاقيات ثنائية وجماعية بخصوص التحكيم التجاري الدولي كآلية لفض النزاعات التجارية بين الدول الأطراف و الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها. و من بين الاتفاقات كذلك اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987<sup>(2)</sup>، التي جاءت بعد اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974<sup>(3)</sup>، و ذلك عند حصول أزمة النفط في عام 1973 وارتفاع أسعاره، حيث خطرت للدول العربية المستثمرة فكرة إنشاء اتفاقية بينية لفض النزاعات ما بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني البلاد العربية الأخرى. وقد، حيث تقضي الاتفاقية بأن التحكيم يجب أن يكون بين فريقين عربيين أي بين دولة عربية ومواطن من مواطني دولة عربية فقط حيث ترمي هذه الاتفاقية إلى حل أي نزاع قانوني ناشئ في مجال الاستثمار، على أن يكون هذا النزاع حاصلًا بين الدولة

(1) وافقت الجزائر على انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب الأمر 04/95 المؤرخ في 1995/01/21. الجريدة الرسمية العدد 07 لسنة 1995. وكرس في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع باقي الدول في مجال الاستثمار من بينها المرسوم الرئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر 1418 هـ الموافق ل 23 يونيو سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 هـ الموافق 24 أكتوبر سنة 1996، الجريدة الرسمية العدد 43 لسنة 1997. في المادة 07 من الاتفاقية .

(2) اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي وافق مجلس وزراء العدل العرب على الاتفاقية بقراره رقم 80 المؤرخ في 14-7-1987 في دور انعقاده العادي الخامس، الموقع عليها من طرف الجزائر بتاريخ 14-7-1987 جري تعديل بعض أحكام هذه الاتفاقية من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثامنة بموجب القرار رقم 162-8-8-1994/4/22، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 27-6-1992 .

(3) اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974 تم توقيع عليها من طرف بعض الدول العربية في 10/6/1974، وقد صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية عليها في ديسمبر 1974، ودخلت حيز التنفيذ في 20/8/1976.

العربية و الدولة المضيفة لهذا الاستثمار أو إحدى هيئاتها العامة وبين أحد مواطني دولة عربية أخرى، سواء أكان بصدد شخص طبيعي أو معنوي. وذلك بهدف خلق مناخ ملائم يساعد على تشجيع الاستثمارات العربية في البلاد العربية وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من الاتفاقية إلا أنها لم تشر إلى شكل معين لاتفاق التحكيم، ولكنها تشترط أن يكون العقد التحكيمي مكتوباً، ثم تلتها بعد ذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000.<sup>1)</sup>

### - أهمية الدراسة :

تكمن أهمية دراسة موضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية من خلال الجوانب التالية:

- لجوء كثير من الأطراف المتعاقدة خاصة في مجال الصفقات والاستثمارات في الآونة الأخيرة لنظام التحكيم لحل المنازعات الناشئة في مثل هذه العقود، وذلك بإجازة المشرع مثل ما فعل المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية الجديد.<sup>(2)</sup>

- ضرورة إبراز أهمية إمكانية لجوء الدول إلى إبرام العقود الإدارية الدولية من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تملئها متطلبات الأفراد داخل الدولة، واقامة الاستثمارات، انطلاقاً من الجماعات المحلية مثل البلدية والولاية. وهو ما نص عليه قانون البلدية الجزائري رقم 10-11 في المادة الثالثة التي نصت على بأنه على البلدية أن تساهم مع الدولة بصفة خاصة في إدارة وتهيئة الاقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية والأمن وكذا الحفاظ

(1) وافق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بقراره رقم 1138 د/72 بتاريخ 2000/12/6 . الاتفاقية نافذة

بالرغم من أن الدول المصادقة عليها هي أربع دول : الأردن، العراق، ليبيا، مصر . منشورة على موقع :

[/http://www.arablegalnet.org](http://www.arablegalnet.org)

(2) من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015

يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريد الرسمية العدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر

. 2015

على الاطار المعيشي للمواطنين وتحسينه وكذلك نص المادة 109 من نفس القانون الخاصة بإقامة المشاريع الاستثمارية داخل اقليم البلدية.

أما في قانون الولاية رقم 07/12، تبرز أهمية فكرة إبرام عقود إدارية ذات طابع دولي من خلال نص المادة الثامنة التي تقضي بأنه تستطيع الولاية في حدود صلاحياتها إقامة علاقات مع جماعات إقليمية أجنبية قصد إرساء علاقات تبادل وتعاون طبقا لأحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما في ظل احترام القيم والثوابت الوطنية، حيث يتم المصادقة على مثل هذه الاتفاقيات المتعلقة بعلاقات الولاية الدولية بموجب مداولة يوافق عليها الوزير المكلف بالداخلية بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالشؤون الخارجية .

كما تبرز أهمية الموضوع في أن المشرع الجزائري لم يغفل عن إمكانية نشوء نزاع بخصوص العلاقات الخارجية التي قد تبرمها الجماعات المحلية في صدد تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تملئها متطلبات الأفراد داخل الدولة، واقامة الاستثمارات، فقد أجاز المشرع إمكانية اللجوء الى التحكيم لفض الخلاف الذي قد ينجر عن هذه العلاقات الخارجية وهو ما قضت به نص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 98-09 أنه يمكن للدولة والجماعات المحلية اللجوء الى التحكيم لفض الخلاف، حيث يتم اللجوء الى هذا الاجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، و يتم اللجوء إلى هذا الاجراء بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي وعندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية.

- الفصل في موضوع جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية من عدمه، حيث يوجد بعض الآراء من فقهاء القانون لا تجيز اللجوء الى التحكيم في مثل هذه العقود، خاصة وأن الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا في العقد المبرم مع شخص أجنبي .

- لفت الانتباه إلى أن أحكام التحكيم التي تصدر بخصوص المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الدولية، لها نفس القوة والإلزامية، والحجية في التنفيذ، شأنها في ذلك شأن الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية .

- إعطاء صورة واضحة عن مفهوم الشكوك التي تعتري المستثمر الأجنبي نحو القضاء الوطني للدولة المستضيفة للاستثمار، ولجوئه لنظام التحكيم لفض المنازعات التي قد تثور بينه وبين هذه الأخيرة .

- كما تكمن أهمية الدراسة في التطرق وفهم أكثر للنصوص القانونية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، التي أوردها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 وذلك من خلال تخصيص باب كامل للتحكيم .

- إشكالية الدراسة :

من خلال إعطاء نظرة عن أهمية العقود الإدارية الدولية ومدى مساهمتها في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للأفراد داخل الدولة عن طريق جلب الاستثمارات والتعاقد مع الطرف الأجنبي لتحقيق هذا التعاون، و بروز التحكيم كآلية لفض النزاعات والخلافات بين الطرفين في هذا المجال، تتمحور الإشكالية الرئيسية لموضوع دراستنا حول مدى اعمال التحكيم الدولي كآلية فعالة لفض النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها . ؟

**- المنهج المتبع :**

و قد اعتمدنا في أطروحتنا هذه على المنهج الوصفي و التحليلي في دراسة الموضوع و ذلك من خلال تحليل النصوص وأحكام الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع بالإضافة الى المنهج المقارن وذلك من خلال الاستعانة بمختلف النصوص والتشريعات المختلفة الخاصة بالتحكيم في مجال العقود الادارية الدولية، وذلك من أجل الاستشهاد بمختلف النصوص. كما اعتمدنا كذلك على المنهج التاريخي وذلك من خلال التطرق إلى الأصل التاريخي لحل النزاعات والخلافات بين الأطراف خاصة في المجتمع الدولي، حيث كان يعتمد على نظام التحكيم في هذا الشأن .

**- خطة البحث :**

تقسم الدراسة إلى بابين على النحو التالي :

**الباب الأول :** نتناول في الباب الأول النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

**الباب الثاني :** اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

وفي الأخير نتوصل بعد البحث والتحليل إلى خاتمة للدراسة، نجيب فيها على الإشكالية المطروحة، مع التوصل إلى أهم النتائج، مع اقتراح جملة من التوصيات .

# الباب الأول

النظام القانوني للتحكيم في

العقود الإدارية الدولية

## تمهيد و تقسيم :

يعد التحكيم أحد وسائل الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف المعنية بواسطة شخص من الغير بعيداً عن قضاء الدولة. فقد عرفته البشرية قبل أن تعرف القضاء العام واعترفت به كافة الأنظمة الأساسية التي كانت سائدة آنذاك، كالحضارات اليونانية والرومانية والإسلامية وغيرها. وهو الآن محل اعتراف أيضاً من كافة الأنظمة التشريعية الوطنية والدولية ويعتبر التحكيم في هذا العصر مساراً للفصل في المنازعات الى جانب مسار القضاء الرسمي و هو يعيش الآن تطوراً ملحوظاً خصوصاً على صعيد التجارة الدولية.

فقد أدت التطورات الاقتصادية المعاصرة إلى تزايد الاتجاه نحو تشجيع الاستثمارات الأجنبية ولم يقتصر الأمر على الدول النامية فقط، بل امتد إلى غيرها من الدول المتقدمة، وارتبط حل المنازعات فيها بين المستثمر الأجنبي والدولة بنظام التحكيم، إلى حد اعتباره أكثر الوسائل ديمومة لحل منازعات الاستثمار .

كما شهد العالم في النصف الأخير من القرن العشرين اتجاه معظم الشركات إلى عبور حدود الدول لممارسة أنشطة دولية في العقار وتنمية البنية التحتية... الخ، كما أدى تطور الدراسات في مجال علم تنازع القوانين إلى هروب أطراف العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي من القضاء الوطني في العديد من الدول وتحييد فكرة التحكيم لحل ما يثور بشأن علاقاتهم من منازعات، حيث وجد أن أفضل حل لمشكلات المعاملات الدولية هو ذلك الذي يحقق العدالة ويطبق في ذات الوقت القواعد التي يتوقع الأطراف أن تحكم علاقاتهم وهو التحكيم وهو في الأصل اختياري إلا أن المشرع قد يوجب في بعض الأحوال الإلتجاء إليه وهو التحكيم الإجباري. كل هذه العوامل وغيرها ساعدت على تطور التحكيم في هذه الحالة بدلا من القضاء حيث قوبل التحكيم بالاهتمام البالغ على المستويين الداخلي والدولي، فتصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيمه ووضع القواعد له وتسيير تنظيم أحكامه. كما

أبرمت العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية، و أنشئت عدة مراكز دائمة للتحكيم التجاري الدولي حيث نتيجة لما حضي به التحكيم كآلية لفض النزاعات بين مختلف الأطراف المتعاقدة الخاصة منها والعامه، باهتمام كبير من مختلف الدارسين في مجال العقود والمعاملات لاسيما في مجال التجارة الدولية، أين تكون الدولة طرف في هذه المعاملات التي يتوجب عليها إبرام عقود ذات طابع دولي لسد الحاجيات مثل عقود التوريد الدولية، وعقود الاشغال العامة الدولية، وعقود الالتزام، دون أن تتخلى عن طابع السيادة في هذا المجال خاصة مع المستثمرين، إلا أن التطورات والمتغيرات التي فرضتها الساحة الدولية على جميع الأصعدة خلقت نوع من التعاملات كثرت فيها النزاعات فكان لابد من إيجاد حل بديل عن القضاء الوطني لحل هذه الخلافات خاصة في مجال التجارة الدولية التي أصبحت عصب وشريان أي دولية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للأفراد داخل الدولة. إلا أن التحكيم أصبح شرطاً واقفاً على الدولة لأبرام مثل هذه العقود التي تتسم بالطابع الدولي لذا حاولنا في هذا الباب أن نبين مفهوم التحكيم للتعرف على أساسه و طبيعته القانونية ثم نتطرق الى الجاني المهم في الدراسة وهو العقود التي تبرمها الدولة والتي تتضمن شرط التحكيم وهي العقود الادارية الدولية، محاولين التعريف بهذا النوع من العقود ومن هم أطرافها وماهي إجراءات وأساليب إبرامها، منتهين إلى الآثار التي ترتبها إبرام هذا النوع من العقود خاصة وأنها متعلقة بالصالح العام. وذلك من خلال الفصول التالية :

### الفصل الأول : ماهية التحكيم.

### الفصل الثاني : ماهية العقود الإدارية الدولية.

### الفصل الثالث: أطراف العقود الإدارية الدولية .

### الفصل الرابع : إجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية الدولية .

### الفصل الخامس: آثار إبرام العقود الإدارية الدولية.

## الفصل الأول : ماهية التحكيم.

## تمهيد و تقسيم :

يجسد القانون الدولي العام النظام العام الرضائي الذي يحكم العلاقات بين الدول وهذه الطبيعة الرضائية في قواعد القانون الدولي العام لازمتها منذ نشأته ومرورا بتطوراته المتلاحقة وهذه الطبيعة الرضائية مستمدة من كون الاتفاقيات الدولية هي المصدر الرئيسي للقانون الدولي ، كان لابد من وجود نظام قضائي رضائي يفصل بين الاطراف المتنازعة، مما أدى بعد ذلك الى ظهور مصطلح التحكيم الدولي في سماء القانون الدولي العام ليؤكد ويجسد هذه الطبيعة الرضائية، ذلك أنه ينهض في معناه ومبناه على مبدأ سلطان الإرادة .وأصبح التحكيم نظاماً قضائياً عالمياً كأحد آليات الوسائل القضائية مع محكمة العدل الدولية لتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية بموجب مواثيق دولية، من بينها ميثاق الأمم المتحدة الذي ألزم تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، حيث وجب على كل أطراف نزاع، أن يلتمسوا في حل نزاعاتهم في بادئ الأمر بطريق المفاوضات والتحقيق والتحكيم والتسوية القضائية أو أن يلجئوا إلى الوكالات والمنظمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارهم. وكان طبيعياً أن يواكب نظام التحكيم الدولي التطورات المتلاحقة للقانون الدولي العام ويستجيب لانسياق القواعد القانونية التي تتولد عنه كقواعد القانون الدولي الاقتصادي، وقانون التجارة الدولية، ذلك أن هذه القواعد الجديدة باتت تلعب دوراً مهماً وفعالاً في النظام العالمي الاقتصادي الجديد الذي يحمل في طياته تغيرات جذرية وجديّة تؤدي إلى ظهور أوضاع جديدة على درجة من الاستقرار ولو كان استقراراً نسبياً، و نظراً للأهمية التي صارت للتحكيم في الوقت الراهن فلا بد من تعريف وبيان طبيعته القانونية وهذا من خلال المبحث الأول الذي نتطرق فيه لتعريف التحكيم و تمييزه عن الأنظمة المشابهة له وأنواعه، و المبحث الثاني الذي نتطرق فيه للطبيعة القانونية للتحكيم .

## المبحث الأول: تعريف التحكيم و تمييزه عن الأنظمة المشابهة له و أنواعه

أصبح التحكيم في الوقت الراهن الوسيلة الطبيعية لحل المنازعات الناشئة عن علاقات التجارة الدولية، أو أي عقد تبرمه الدولة ممثلته في مختلف جهاتها الإدارية مع الطرف الأجنبي حيث أن موضوع التحكيم يعد من أهم الموضوعات المطروحة على مستوى الدول أو الأطراف الراغبة في الاستثمار والنهوض بالتنمية في جميع المجالات، حيث أصبح التحكيم يعد أداة فعالة لتحقيق العدالة في النظم القانونية المعاصرة، وقد اهتم الفقه الدولي بدراسة هذا النوع من الآليات سواء على الصعيد العربي أو الغربي محاولين إعطاء تعرف جامع لهذا النظام، مع تمييزه عن بقية الآليات المشابهة له مثل الوساطة والتوفيق والقضاء، ووضع معايير لتمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي اللذين يعتبران نوعين أساسيين للتحكيم اهتمت التشريعات الداخلية بسن قواعد قانونية للفرقة بينهما. لذا سنحاول في هذا المبحث إعطاء نظرة أكثر عن مفهوم نظام التحكيم، وذلك من خلال المطالب المطلب الأول الذي نتناول فيه تعريف التحكيم، وفي المطلب الثاني تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له، أما في المطلب الثالث نتطرق إلى أنواع التحكيم .

## المطلب الأول: تعريف التحكيم

أصبح نظام التحكيم وسيلة من بين الوسائل الجدد مهمة في حل النزاعات الدولية خاصة التعاقدية لذا سنحاول في هذا المطلب إلى التطرق معنى تعريف التحكيم في اللغة، ثم بعد ذلك نحول أن نبين تعريف التحكيم الاصطلاح القانوني مادام أنه يتعلق ومرتبطة بعلاقة تعاقدية في مجال القانون. خاصة بعدما انتشر على نطاق واسع في العلاقات الدولية مما يحتم علينا التطرق لتعريف التحكيم في القانون الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية، و التشريعات الوطنية لتعريفه، آخذين بعين الاعتبار مفهوم التحكيم عند فقهاء القانون الدولي.

## الفرع الأول : تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح القانوني

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التحكيم من الجانب اللغوي والجانب الاصطلاحي من خلال ما يلي :

## أولاً: تعريف التحكيم في اللغة

عرف التحكيم في المعجم بأنه مصدر حكم محكم وهو الذي يختاره الخصوم لتسوية نزاع قائم بينهم على شيء<sup>(1)</sup> ويعني إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير، والتحكيم مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح، ويقال حكمت فلانا في مالي أي فوضت إليه الحكم فيه.<sup>(2)</sup> ويعود الأصل اللغوي لكلمة التحكيم إلى المنع أو الرد لأن الغرض الأساسي للتحكيم هو فض النزاع أي منع الظلم ووضع حد للباطل أو الخطأ لذا يلجأ الأطراف المتخاصمين إلى فض النزاع عن طريق التحكيم وهذا الغرض يتفق مع الأصل اللغوي للتحكيم.<sup>(3)</sup>

## ثانياً: تعريف التحكيم اصطلاحاً:

يعرف نظام التحكيم في الاصطلاح القانوني أنه اتفاق أطراف علاقة قانونية سواء كانت عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي تثار بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين.<sup>(4)</sup>

(1) حارث سليمان الفاروقي - المعجم القانوني - مكتبة لبنان للنشر والتوزيع، الطبعة 5 بيروت، 2008 ص 50 .

(2) لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، ص 952.

(3) د. خالد كمال عكاشة - دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار - دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2014، عمان، ص 16 .

(4) د. محمد مختار بريري- التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 3، 2007، ص 5.

## الفرع الثاني: تعريف التحكيم في القانون الدولي والتشريعات الوطنية

حضي موضوع التحكيم كآلية لحل النزاعات الدولية باهتمام كبير لدى المجتمع الدولي حيث عقدت عدة اتفاقيات دولية في هذا المجال لإرساء مبادئه و أحكامه، إلا أنه لم يحض بالاهتمام الكامل في مجال تعريفه في الاتفاقيات الدولية، إلا في بعض المناسبات القليلة وهو نفس الأمر بالنسبة للتشريعات الداخلية، حيث اهتم المشرع بوضع الأسس العامة للتحكيم مع تبيان نضامه القانوني وأحكامه دون التطرق صراحة لتعريفه.

## أولاً- تعريف التحكيم في الاتفاقيات الدولية:

نظام التحكيم الدولي، نظام قديم عرف منذ أن تميزت الجماعات السياسية عن بعضها البعض، ولكن الجذور التاريخية للتحكيم الدولي ترجع إلى المعاهدة التي أبرمت بين الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة في عام 1794 وهي معاهدة Jay والتي كانت تنص على تكوين محكمة تحكيم، عن طريق عضو لكل طرف، ويختار العضوان الطرف الثالث.<sup>(1)</sup> لذا ورد تعريف التحكيم الدولي في الاتفاقيات الدولية، بأنه وسيلة من وسائل التسوية السلمية للمنازعات التي تنشأ بين الدول، وذلك من خلال اتفاقية لاهاي رقم 1 لسنة 1907 الخاص بالحل السلمي للمنازعات الدواية حيث عرفت التحكيم الدولي " بأنه نظام لتسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يختارونهم على أساس احترام القانون ينطوي اللجوء إلى التحكيم التعهد بالخضوع بحسن نية إلى قرار التحكيم."<sup>(2)</sup>

(1) د. صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام - دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2007 ص 962.

(2) المادة 37 من اتفاقية لاهاي رقم 1 الخاص بالحل السلمي للمنازعات لسنة 1907 المنبثقة عن مؤتمر لاهاي الثاني للسلام في عام 1907 الذي أسفر عن وضع عدد من الاتفاقيات الدولية من بينها مشروع اتفاقية خاصة بإنشاء محكمة للتحكيم القضائي في ذلك الوقت. نص المادة من النسخة الفرنسية :

كما تعرضت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي للتحكيم بأنه وسيلة لتسوية النزاعات ليس فقط بواسطة حكام معينين بل وكذلك بواسطة مؤسسات تحكيمية دائمة<sup>(1)</sup>.

أما على المستوى العربي فلم تتطرق اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي إلى تعريف التحكيم صراحة وإنما اكتفت بذكر اتفاق التحكيم على أنه الوسيلة الكتابية التي يتضمنها العقد لحل النزاعات التجارية التي تطرأ بين الطرفين.<sup>(2)</sup>

وقد عرف التحكيم في المقرر الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ملحوظات الأونسيتال عن تنظيم إجراءات التحكيم 2016، على أنه عملية مرنة ترمي إلى تسوية المنازعات.<sup>(3)</sup>

Art 37 : l'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit Le recours a l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi a la sentence.

<sup>(1)</sup> المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، من النسخة الفرنسية :

Art" 1 Arbitrage " le règlement de litiges non seulement par des arbitres nommes pour des cas détermines ( arbitrage ad hoc ) , mais également par des institutions d'arbitrage permanentes. **Voir ; Convention européenne sue l'arbitrage commercial international Genève ,21 avril1961.**

<sup>(2)</sup> المادة الأولى من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1992. وافق مجلس وزراء العدل العرب على الاتفاقية بقراره رقم 80 المؤرخ في 14-7-1987 في دور انعقاده العادي الخامس، الموقع عليها من طرف الجزائر بتاريخ 1987/7/14 ولم تصادق عليها، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1992/6/27. منشورة على موقع :

[www.arablegalnet.org](http://www.arablegalnet.org)

<sup>(3)</sup> عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ملحوظات الأونسيتال عن تنظيم إجراءات التحكيم 2016. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 17(A71/17) الفقرات 132 / 158.

## ثانيا- تعريف التحكيم في التشريعات الداخلية :

إن تعريف التحكيم من الناحية القانونية فيه شيء من الصعوبة، ذلك لأن هذا النظام - التحكيم - يصعب وصفه بتعريف قانوني شامل ومانع لكي يسهل تمييزه عن بقية الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له مثل النظام القانوني للصالح أو الوكالة، لهذا نجد في بعض التشريعات مثل التشريع الجزائري على سبيل المثال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، قد امتنع عن تعريف نظام التحكيم وإنما اكتفى بالنص على ما يفيد هذا المعنى، وذلك بذكر اتفاق التحكيم أو النص على شرط التحكيم إذ يستخلص من نص المادة 1007 أن شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة لكن مع مراعات أحكام المادة 1006، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.<sup>(1)</sup>

كما تطرق المشرع المصري لتعريف التحكيم في القانون رقم 27 لسنة 1994 في نص المادة 10 منه على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.<sup>(2)</sup> وقد تطرق المشرع المغربي لتعريف التحكيم وفقا للمركز الدولي

<sup>(1)</sup> نص المادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري . كما نضت المادة 1006 على أنه:

- يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .
- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم .
- ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية.

<sup>(2)</sup> نص المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الذي صدر برئاسة الجمهورية في 07 ذي القعدة سنة 1414 هـ الموافق 18/04/1994، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادرة بتاريخ 2 أبريل 1994. على أن: اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية .

- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع .

للساطة والتحكيم في الرباط المعتمد وفقا للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال على أن التحكيم هو وسيلة لفض النزاع بقرار نهائي صادر عن هيئة التحكيم، ينهي النزاع عن طريق عرض أطراف النزاع ادعاءاتهم وطلباتهم ودفعاتهم وفقا لمقتضيات هذا النظام.<sup>(1)</sup>

ونحن في رأينا نرى أن السبب في عدم وجود تعريفات لنظام التحكيم في التشريعات الداخلية، هو كون أن واجب المشرع عندما يضع قانونا، عليه أن يختص على تحديد المبادئ والأحكام العامة التي يجب أن يتناولها القانون، أما المسائل الجزئية منها مثل التعريفات أو بيان الخصائص فهي من واجب الشراح والفقهاء ورجال القانون وليس من واجب المشرع.

### الفرع الثالث : تعريف التحكيم فقها :

اهتم الفقه بتعريف التحكيم لما له من أهمية على الساحة الدولية والداخلية، لذا تعددت التعريفات الفقهية سواء من جانب الفقه الغربي أو العربي نورد أهم ما جاء فيها على النحو التالي:

**أولا: الفقه الغربي :** لقد وردت عدة تعريفات للتحكيم الدولي عند الفقه الغربي من بينهم الفقيه " Henri Moutusky " على أن التحكيم هو الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق.<sup>(2)</sup> أو كما عرفه

- ويعتبر التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

<sup>(1)</sup> نص المادة الأولى من نظام التحكيم المعتمد لدى المركز الدولي للوساطة والتحكيم في الرباط لسنة 1999.

<sup>(2)</sup> **Henri Motulsky** Ecrits études et notes sure l'arbitrage

le jugement d'une contestation par des particuliers choisis . En l'arbitrage principe par d'autres particuliers au moyen d'une convention . **Dalloz**.

[www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr).

الفقيه " René David " على أنه تقنية مصممة لإعطاء الحل لمسألة ما تشغل اهتمام أطراف العلاقة بين شخصين أو أكثر.<sup>(1)</sup> كما عرفه الفقيه " Jean- robert " على أنه نوع من العدالة الخاصة يلجأ إليها الأطراف إلى أشخاص مؤهلين لحل النزاعات، دون اللجوء إلى القضاء العادي.<sup>(2)</sup> كما عرف الفقيه " chareles jarersson " بأنه نظام بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف.<sup>(3)</sup> وهناك من الفقه من يرى أنه لا يوجد تعريف رسمي للتحكيم ولكن ينبغي العثور على الميزات التالية<sup>(4)</sup> :

<sup>(1)</sup> La notion d'arbitrage est définie comme suit, " L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'Etat. " **voir: René DAVID** " L'arbitrage dans le commerce international ", Économisa, 1982, p.9.

<sup>(2)</sup> l'institution d'une justice privée grâce a la quelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun . pour terce résolu par des individus revêtus pour la circonstance . de la misson de les juger . **voir – Jean- robert** – l'arbitrage- droit interne – droit international prive -6 ed 1993 – p3.

<sup>(3)</sup> **chareles jarrsson**: la nation L'arbitrage . l.G.d.j.paris,1987, p 408

<sup>(4)</sup> L'arbitrage désigne une justice privée et payante, chargée de trancher les litiges commerciaux au niveau international qui lui sont soumis par les parties dans le respect des principes du droit. S'il n'existe pas de définition

- أن التحكيم هو آلية لتسوية النزاعات .
- التحكيم هو قضاء قائم على التراضي (على سبيل المثال، المحكم المعين من وقبل الأطراف .
- التحكيم هم من بين الإجراءات الخاصة لتسوية النزاعات.
- ثانيا: **الفقه العربي** : عرف الفقه العربي التحكيم عدة تعريفات لم تختلف في مضمونها، حيث عرفه الفقيه "صلاح الدين عامر" بأنه النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع.<sup>(1)</sup> كما عرفه الدكتور "محمد منطلشطا" بأن التحكيم يتجسد دائما في شكل هيئة تتيح للأطراف حل النزاع القائم بينهما دون اللجوء إلى القضاء وهو تقنية قانونية يمكن استخدامها في أي مجال من المجالات دون التقيد بالأسلوب السياسي أو الاقتصادي للدولة.<sup>(2)</sup> كما عرفه الدكتور "ماجد راغب الحلو" على أنه اتفاق أطراف النزاع القائم على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه وقبول

officielle de l'arbitrage on peut cependant lui trouver les caractéristiques suivantes :

- l'arbitrage est un mécanisme de règlement des différends ;
- l'arbitrage est consensuel (par exemple, l'arbitre est désigné et accepté par les 2 parties)
- l'arbitrage est une procédure privée. **Voire: Le dico du commerce international: [www.glossaire-international.com](http://www.glossaire-international.com)**

<sup>(1)</sup> د. صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 962.

<sup>(2)</sup> د. محمد منطلشطا - التحكيم التجاري في القانون الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة 2، 1986، ص 15.

القرار بشأنه.<sup>(1)</sup> ومن الفقهاء من يرى بأن التحكيم حسب رأي الدكتور "أبو العلا على أبو العلا النمر" أنه نوع من العدالة تستمد سلطتها من إرادة الأطراف.<sup>(2)</sup>

وذهب الأستاذ "عمارة بلغيث" إلى تعريف التحكيم بأنه طريقة لفض النزاع من طرف خواص يعينهم الأطراف.<sup>(3)</sup> بينما عرفه الدكتور "جابر جاد نصار" على أنه أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافه، وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا للفصل فيما يثور بينهم من نزاع.<sup>(4)</sup> وهناك تعريفات عديدة أوردها الكتاب منها أن التحكيم عبارة عن طريقة تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف، ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة.<sup>(5)</sup>

و مما تقدم يمكن استخلاص من التعريفات المطروحة للتحكيم أنها لا تخرج في معناها على أن التحكيم هو اتفاق الأطراف على طرح النزاع على طرف ثالث غير جهة القضاء، وقد يكون هذا الطرف شخص أو هيئة معينة مثل المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي الذي أنشأ بموجب اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، أو إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح جهة معينة عندما تكون الدولة طرفا في النزاع بموجب عقد اداري دولي. وهو ما أقره المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 153 منه الخاص بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية على أنه يحال النزاع إلى هيئة تحكيم دولية بناء

(1) د. ماجد راغب الحلو - القانون الاداري - دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2006، ص 504.

(2) د. أبو العلا على أبو العلا النمر- مقدمة في قانون الاجراءات المدنية الدولية- الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 200.

(3) د. عمارة بلغيث - الوجيز في الاجراءات المدنية - دار العلوم، عنابة، 2002، ص 150 .

(4) د. جابر جاد نصار - العقود الادارية - دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2004، ص 219 .

(5) د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الإصدار الثالث 2008، عمان، ص 13 .

على اقتراح الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة، في الصفقات التي يكون فيها المتعامل طرف أجنبي، وذلك لفض النزاع وفق اجراءات وقوانين يتفق عليها الأطراف.<sup>(1)</sup>

كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن لأطراف النزاع عرض قضيتهم على شخص معين بالذات من رجال القانون البارزين المشهود لهم بالكفاءة والنزاهة وحسن السمعة، ومن أمثلة ذلك تحكيم جزيرة بالماس بين الولايات المتحدة الأمريكية و هولندا في عام 1928 والذي اتفق فيه الطرفان على اختيار السويسري- ماكس هوير- كمحكم فرد. وقد أتهم رئيس الأرجنتين بعدم الحياد بمناسبة التحكيم الذي أجراه بين بوليفيا وبيرو في عام 1909، وهو ما أدى إلى قطع العلاقات السياسية بين بوليفيا و الأرجنتين فترة من الزمن.<sup>(2)</sup>

يتضح من خلال التعريفات المتعددة التي أوردناها بخصوص التحكيم، أن هذا الأخير ينهض في مضمونه على ركنين أساسيين وهما مبدأ الرضائية، ومبدأ إلزامية الحكم، الأمر الذي يلزمنا ضرورة إلقاء الضوء على هاذين الركنيتين :

### 1- مبدأ الرضائية :

إن اللجوء إلى التحكيم الدولي يقوم على أساس رضا وتلاقي إرادة الأطراف المتنازعة وذلك بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين في اللجوء الى التحكيم. وعرض النزاع الذي يثور بينها، يتم بإرادة الأطراف في صورة اتفاق إنما يكون عند نشوء النزاع وبمناسبته ومن ثم يكون مقصورا على النزاع موضوع الاتفاق فلا يمتد أثره إلى خلافات أخرى

<sup>(1)</sup> المرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم

الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام . الجريدة الرسمية العدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

<sup>(2)</sup> د. صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام - دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2007

ص 963 .

وقد يكون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل وقوع أي خلافات ومن ثم يكون شاملا للمنازعات كافة أو لنوع معين منها.<sup>(1)</sup>

ويدخل في اعتقادنا أن عنصر الإرادة أو بعبارة أخرى عنصر الرضائية في تحديد وصف شكل التحكيم، حيث كان هناك التحكيم بواسطة ملوك أو رؤساء الدول أو بواسطة قاضي فرد أو بواسطة هيئة مختلطة، يختارون من قبل الأطراف دون إرغام، ولأطراف النزاع كامل السلطة والإرادة في إعطاء المحكم سلطات واسعة أو الحد منها وفي الغالب ما تحرص الدول على استبعاد أية مسائل تتعلق بالسيادة والاستقلال والمصالح الحيوية من نظام التحكيم الدولي.

## 2- مبدأ إلزامية حكم التحكيم :

إن القرار الصادر في التحكيم الدولي بخصوص نزاع معين يصدر في شكل حكم قضائي فهو ينطوي على الحيثيات والمنطوق ويصدر بالأغلبية<sup>(2)</sup>، وعلى ذلك فهو قرار ملزم لأطراف النزاع طالما أن القرار لم يتجاوز أو يخالف نصوص الاتفاق الذي يعطي ولاية الفصل.<sup>(3)</sup> وهذا الإلزام لا يتطلب قبولاً من أطراف النزاع.<sup>(4)</sup> فضلا عن أن الحكم الصادر في التحكيم الدولي لا يتمتع إلا بحجية نسبية فالآثار المترتبة عنه لا تتعدى أطراف النزاع أو تجاوز

<sup>(1)</sup> المادة 59 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري، التي تقضي بأنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية الجريدة الرسمية العدد 31 لسنة 2001.

<sup>(2)</sup> حيث نصت المادة 1026 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري على أنه: تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات . كما نصت المادة 1027 على أنه: يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة .

<sup>(3)</sup> دربال عبد الرزاق - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 05

<sup>(4)</sup> فالتصرفات القانونية هي التي ترتب التزاما يكون مصدره هو إرادة الأفراد، فإذا اقترنت هذه الإرادة بإرادة أخرى سمي المصدر عقدا . نقلا عن، علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة 2006، ص 07 .

حدود موضوع النزاع، غير أن هذا الحكم الصادر عن هيئة التحكيم يكون قابلاً للطعن فيه من قبل أطراف النزاع في حالة الغموض الذي يشوب منطوق الحكم أو في حالة تجاوز هيئة التحكيم للحدود والسلطات الممنوحة لها بإرادة الأطراف أو بموجب الاتفاق الذي تم بينهما.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

عرفنا التحكيم على أنه وسيلة من وسائل فض المنازعات الناشئة عن التعاقد بالطرق الودية دون اللجوء إلى القضاء، هذا ما يؤدي إلى تشابه التحكيم مع بعض الأنظمة المشابهة له في تسوية المنازعات مثل الصلح و الوساطة والتوفيق والخبرة والوكالة وغيرها من الأنظمة، إلا أنه يوجد فرق بين التحكيم و الأنظمة المشابهة له، وهذا ما سنحاول أن نبينه من خلال ما يلي :

### الفرع الأول : التحكيم و الصلح

عرفت الممارسة الدولية نظام الصلح كألية لفظ المنازعات، فقد عرف الفقيه " John Pierre Cot" الصلح الدولي بأنه ذلك التدخل، لتسوية خلاف دولي، عن طريق جهاز مشكل مسبقاً بواسطة اتفاقية، ويحظى بثقة أطراف النزاع، ويكلف الجهاز بدراسة كل

<sup>(1)</sup> نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الفصل الخاص في طرق الطعن في أحكام

التحكيم الدولي. و نص المادة 1520 من المرسوم رقم 48 لسنة 2011 المعدل لبعض أحكام

قانون التحكيم الفرنسي، Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme

de l'arbitrage. JORF n°0011 du 14 janvier 2011 , Texte n°9

على أنه لا يجوز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي إلا في الحالات التالية:

- إذا قضت المحكمة التحكيمية على سبيل الخطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها.
- إذا كان هناك عيب في تشكيل المحكمة التحكيمية أو في حالة تجاوز المحكمين للسلطات أو الاختصاصات المحددة لهم بمقتضى اتفاق التحكيم أو إذا لم يحترم الحكم التحكيمي مبدأ الوجاهية .
- إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه متعارضاً مع النظام العام الدولي .

العوامل المحيطة بهذا النزاع مع اقتراح حل غير ملزم للأطراف. وبعد الحرب العالمية الثانية، ومع إنشاء منظمة الأمم المتحدة، ظهر جليا اللجوء إلى إجراءات المصالحة كوسيلة لحل الخلافات والنزاعات الدولية.<sup>(1)</sup> حيث يعد الوجود القانوني للصلح الإداري قديما في فرنسا حيث اعترف به من قبل مجلس الدولة الفرنسي، على امكانية أن تلجأ الأشخاص الاعتبارية العامة إلى الصلح منذ نهاية القرن التاسع عشر وذلك في قضية *chemins de fer du Nord de l'est*.<sup>(2)</sup>

وبهذا نلاحظ أن كلا من النظامين يشتركان في الفكرة، لأن كلاهما له دور انهاء النزاع بالطرق الودية بين الطرفين، لأنه يمكن الاستعانة بطرف ثالث لإنهاء النزاع وذلك عن طريق المصالحة بين الطرفين، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تعريف الصلح في المادة 459 من القانون المدني بأنه: "عقد ينهي الأطراف به نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". وعليه فان الصلح يقترب من التحكيم لأن كليهما يهدف إلى فض النزاع بدون إصدار حكم قضائي. وكذلك ففي النظامين نوعا من التشابه من حيث التقسيمات الفرعية فالصلح يقسم إلى قضائي وغير قضائي، فالصلح القضائي يتم بين الخصوم في دعوى مرفوعة أمام القضاء<sup>(3)</sup>، فإن تم ذلك الصلح صادقت عليه المحكمة المختصة.<sup>(4)</sup> أما الصلح غير القضائي فهو ذلك الصلح الذي يتم بين الخصوم خارج

(1) بسكاك مختار - حل النزاعات الدولية على ضوء القانون الدولي - مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2012 ص 93/92.

(2) مهند مختار نوح - الصلح كوسيلة لحل المنازعات الادارية - المجلة الدواية للقانون، الصادرة بتاريخ 2017/03/16 عن دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر 2017 ص 38.

(3) حيث نصت المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة.

(4) حيث نصت المادة 992 من نفس القانون على أنه :

" يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية. "

المحكمة المختصة، ونفس هذا التقسيم يمكن أن ينطبق على التحكيم بقسميه التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح.

إلا أنه بالرغم من كل هذا التشابه بين النظامين إلا أنه توجد بعض الفروقات الجوهرية بين الصلح والتحكيم والتي منها هي أنه من مقومات وأركان عقد الصلح هو تنازل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعاءه. في حين بموجب عقد التحكيم يتولى المحكم مهمة القاضي ويصدر حكما يفصل في النزاع إن كان التحكيم قضائيا وليس صلحيا ومن جهة أخرى أنه يمكن الطعن في الحكم الصادر عن هيئة المحكمين وإلغاؤه لعيب في الشكل أو الموضوع فلا يمكن الطعن بسبب الغلط في القانون، كما إن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي يتنازل عنها أحد الأطراف نهائيا.<sup>(1)</sup> إلا أن الحال ليس كذلك بالنسبة للتحكيم كما سيتضح لنا ذلك فيما بعد، وذلك حسب تعريف المشرع الجزائري للصلح وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته. و هو نفس التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 2044 من القانون المدني بأنه: "عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتقيان به نزاعا محتملا."<sup>(2)</sup>

أما عن وجه الاختلاف بينهما فيكمن في عدة نواح :

(1) د. أسعد فاضل منديل - المرجع السابق - ص 45

(2) la transaction est un contrat par lequel les parties par des concessions réciproques terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ce contrat doit être rédigé par écrit, **VOIR ; code civil-Dernière modification le 01-01-2017-document génère le 05-01-2017 Copyright c 2007 -2017.www Legifrance.fr .**

- في التحكيم يكون محل العقد هو الالتزام بعدم طرح النزاع على القضاء واختيار محكم خاص للفصل فيه، أما في الصلح فيكون محل العقد تسوية مباشرة للنزاع فحواها تنازل كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه نزولا يكفي به الآخرون.

- التحكيم لا ينتهي به النزاع بمجرد إبرام عقد الاتفاق على التحكيم وإنما ينتهي بممارسة المحكم المختار لمهمته وإصداره حكما فيه، وهذا الحكم يكون قابلا للتنفيذ الجبري وفقا للإجراءات المقررة في القواعد العامة بمجرد الحصول على أمر تنفيذه، أما في الصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المرضي لكل المتنازعين، ولا يتم تنفيذ عقد الصلح إلا إذا تم أمام المحكمة.<sup>(1)</sup>

ومن ناحية أخرى، حكم المحكم قد يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة بحسب القواعد العامة، بينما عقد الصلح يلزم أطرافه وهو غير قابل للطعن بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام، وإن كان قابلا للإبطال أو الفسخ بحسب قواعد القانون المدني.<sup>(2)</sup>

يقتضى فارق هام بين التحكيم من جهة والصلح من جهة أخرى إذ ينتهي التحكيم بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية دون أن تمتد سلطة قاضي التنفيذ في الموضوع، أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء الذي يجعله صالحا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية، والتحكيم أشد خطورة من الصلح لان التجاوز عن الحق في الصلح معلوم قبل تمامه، بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما يمكن أن يحكم به المحكم .

بالإضافة إلى أن تمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه هو المعيار الحاسم في التمييز بين التحكيم والصلح فضلا عن أن جوهر الصلح هو

<sup>(1)</sup> وذلك وفقا لنص المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أنه: "يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية ."

<sup>(2)</sup> أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم وإجراءاته - دار المطبوعات الجمعية، الاسكندرية، 2007، ص 32 .

التنازل المتبادل من جانب أطرافه عن جزء من الحق الموضوعي بهدف حسم النزاع و هو ما لا يوجد في التحكيم حيث لا يتنازل فيه الأطراف المتنازعة عن جزء من الحق المتنازع فيه .

### الفرع الثاني : التحكيم و الخبرة

يقصد بالخبرة الرأي التقني المقدم من طرف الخبير المتخصص في المسألة التقنية المطلوب لها<sup>(1)</sup>. وقد أنشأ لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس مركز دولي للخبرة<sup>(2)</sup>، حيث إن هذا المركز الدولي للخبرة هو مركز خدمة تابع للغرفة التجارية الدولية ICC، يقدم خدمات في مجال الخبرة في أعمال وطنية أو حتى دولية. بحيث يجوز للقاضي أو المحكم الذي قرر تعيين خبير أن يطلب من المركز تقديم اقتراح خبير بطلب من أحد الأطراف.<sup>(3)</sup> ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمته إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية به دون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من الملحق الثاني من قواعد المركز الدولي للخبرة لغرفة التجارة الدولية 2003<sup>(4)</sup>، بحيث تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية أو علمية محضة للقاضي.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> نص المادة الأولى من نظام التحكيم المعتمد لدى المركز الدولي للوساطة والتحكيم في الرباط 1999، وفقاً للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال 2011.

<sup>(2)</sup> Règlement d'expertise de la Chambre de commerce internationale 2003.

<sup>(3)</sup> **Article 1:** Une partie à un arbitrage peut souhaiter obtenir le nom d'un éventuel expert-témoin. Un juge ou un arbitre qui a décidé de nommer un expert peut demander au Centre de lui faire une proposition.

<sup>(4)</sup> **APPENDICE II COUTS DE L'EXPERTISE , Article3: Le rapport de l'expert :** **sauf accord exprès des parties**, le rapport de l'expert n'a pas d'effet obligatoire.

فمن المعروف أنه قد يتفق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر لإبداء الرأي وتقديم تقاريرهم عن الموضوعات التي تثار بشأنها نزاع أو خلاف، وغالبا ما تكون مسائل ذات طابع فني تحتاج لخبرة تختلف حسب نوع النزاع وبالتالي فالخبير لا يصدر قرارات، وإنما هو يبدي رأيا فنيا يظل للأطراف كما سبق القول حق قبوله أو المنازعة فيه. أما في التحكيم فالحكم يصدر قرارات ويلزم الأطراف ويجوز حجية الشيء المقضي به فلا يملك الأطراف العودة لطرح النزاع على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية بشأنه، وحتى في حالة اتفاق الأطراف على إضفاء الطابع الجبري على رأي الخبير، فيظل لازما الالتجاء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع وفقا لرأي الخبير، أما قرار المحكم، فكما سبق أن أشرنا، يقبل التنفيذ مجرد وضع الصيغة التنفيذية عليه، دون حاجة لحكم قضائي يفصل في الموضوع الذي حسمه قرار التحكيم.<sup>(2)</sup>

كما تجدر الملاحظة إلى أنه في بعض الحالات يجب أن لا يعتد بالتسمية التي يطلقها الخصوم على الشخص الذي يعهدون إليه بمهمة التحكيم أو الخبرة، وذلك لأن الخصوم قد يعهدون بمهمة تحكيمية إلى شخص ويطلقون عليه اسم الخبير والعكس أيضا بأن يعهدوا بمهمة الخبرة إلى شخص ولكن يسمونه محكما، ومن ثم يجب عدم الاعتداد بهذه التسمية المطلقة، وإنما العبرة دائما بطبيعة المهمة التي تناط بهذا الشخص والتي يمكن الكشف عنها من خلال الواقع وظروف القضية .

هناك كذلك فارق بين الخبير والمحكم بكيفية أداء كل منهما للمهمة المنوطة به فالحكم يصدر قراره بناء على ما يقدمه له الأطراف من مستندات ومرافعات، أما الخبير فهو يعتمد على معلوماته و مؤهلاته. ولكن ثم صورة للخبرة يسبغ عليها وصف التحكيم أحيانا

(1) وهو ما نصت عليه المادة 125، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في التشريع الجزائري .

(2) حيث نصت المادة 1035 من الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري على أنه : " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل . "

وهي حالات تعرف بتحكيم الجودة أو النوعية أو المطابقة. أين يتم الاحتكام إلى خبير يتم تزويده باتفاقات الأطراف وعينة من السلعة أو الآلة لكي يحدد تطابقها أو عدم تطابقها ولاشك أنه يقف عند دور الخبير إذا أبدى رأيه فحسب، أما إذا حوله الأطراف ترتيب النتائج التي ترتبط برأيه الفني فهنا يكون قد قام بدور المحكم، إذا كان رأيه ملزما وفقا لاتفاق الأطراف.<sup>(1)</sup>

وعليه يمكن استنتاج أن عملية الخبرة ليس هدفها حسم نزاع معين، وإنما هدفها إعطاء رأي متخصص بصدد مشكلة ما، في حين أن الهدف من العملية التحكيمية هو حسم النزاع برأي ملزم للخصمين .

### الفرع الثالث : التحكيم و الوكالة

الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه<sup>(2)</sup>، ويجب أن يتوفر فيها الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة.<sup>(3)</sup> والوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود الموكلة إليه ولا يقوم الوكيل كقاعدة عامة إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، وبالمقابل نجد أن اتفاق التحكيم يختلف عن اتفاق الوكالة، فالمحكم مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم، فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح للمحكم صفة القاضي ولا يمكن للخصوم التدخل في حكمه بل إن حكمه مفروض وملزم للخصوم.<sup>(4)</sup>

يمكن القول بأنه إذا كان المحكم حسب البعض هو وكيل عن الخصوم أو هو بمثابة وكيل عن الخصم الذي اختاره عضوا في هيئة التحكيم، إلا أنه في الواقع فإن هذا المفهوم يفرغ نظام

(1) د. محمود مختار أحمد بريري - المرجع السالف الذكر - ص 22 .

(2) حسب ما قضت به نص المادة 571 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

(3) و هو ما قضت به نص المادة 572 من نفس القانون.

(4) د. خالد كمال عكاشة - المرجع السالف الذكر - ص 67 .

التحكيم من مضمونه، فالمحكم ليس وكيلًا يدافع عن مصالح من اختاره، فهو لا يلتزم بتعليمات من اختاره ولكنه على العكس من ذلك يباشر سلطة القضاء، ومن ثم فالمحكم قاض وليس وكيلًا عن الخصوم أو عن الخصم الذي اختاره.

#### الفرع الرابع : التحكيم و التوفيق أو الوساطة :

يتخذ التوفيق أشكالاً مختلفة اعتماداً على ما إذا كان جزءاً من إطار ثنائي أم يتم تنفيذه بواسطة المنظمات الدولية. غالباً ما يكون مرتبطاً بطرق أخرى لحل النزاع - التحقيق والوساطة والتحكيم - إن نظام التوفيق أو الوساطة لم يعد إجراءً معزولاً أو مفهوماً بشكل واضح للتسوية القضائية أو التحكيمية، ولكنه جزء من التسوية الشاملة للنزاع من قبل المنظمة الدولية. التوفيق مقابل الوساطة، وكلاهما يسعى إلى تسوية النزاعات الدولية من خلال تدخل طرف ثالث لإنهاء النزاع.<sup>(1)</sup> فالوساطة هي الآلية التي يتم بموجبها السعي لفض النزاع دون أي سلطة للوسيط أو فرض رأيه أو قراره في النزاع.<sup>(2)</sup>

أو يقصد بعبارة اتفاق الوساطة اتفاق الطرفين على إخضاع كل أو بعض النزاعات التي نشأت أو تنشأ بينهما للوساطة، سواء كان اتفاق الوساطة في شكل بند مدرج بالعقد أو في شكل عقد خاص منفصل، كما يقصد بكلمة الوسيط وسيطاً واحداً أو أكثر.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> **Jean-Pierre Cot.** La conciliation internationale [compte-rendu] Politique étrangère / Année 1969 / 34-5-6 / pp. 670-672. Publié au [www.persee.fr](http://www.persee.fr).

<sup>(2)</sup> تعريف الوساطة وفق نص المادة الأولى من دليل المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط **CIMAR**. أنشئ هذا المركز بالرباط في 28 أبريل 1999، بمبادرة من غرفة التجارة والصناعة والخدمات للرباط، وبدعم وتنسيق مع وزارة العدل، وذلك طبقاً لقواعد اليونسترال في مجال تسوية المنازعات .

<sup>(3)</sup> نص المادة الأولى من الفصل الخاص بالوساطة من قانون مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم بالقاهرة . يعد منظمة عربية دولية غير حكومية تأسست عام 1944، بهدف تسوية النزاعات ذات الطابع الدولي والإقليمي والمحلي كما له

إن نظام التوفيق أو الوساطة لم يعد إجراءً معزولاً أو مفهوماً بشكل واضح للتسوية القضائية أو التحكيمية، ولكنه جزء من التسوية الشاملة للنزاع من قبل المنظمة الدولية.

فالطرفان في حالة نشوء خلاف بينهما في تنفيذ عقد دولي قد يفضل أحدهما أن يلجأ إلى محاولة للتوفيق بدلا من الدخول في نزاع قد تتأثر به علاقتهما مستقبلا، مع إبقاء حق طرح النزاع على القضاء إذا باءت هذه المحاولة بالفشل. فالتوفيق هو قبول الأطراف تكليف الوسيط لحل النزاع، أو قبول عرضها من قبل القاضي.<sup>(1)</sup>

ويتولى الوسيط تحديد حل وسط يقبله الطرفان المتنازعان، ويتولى الموفق تحديد مواضيع النزاع ويقدم مقترحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف أو العكس، فهو لا يصدر قرارات، وإنما يقدم مقترحات يظل أمرها معلقا على قبول الأطراف، ولا يخفى الفارق الجوهرى بين التحكيم والتوفيق الذي يتضمن على سبيل الحتم، تنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط، بينما في التحكيم يصدر حكم قد لا يتماشى ومصالح أحد الأطراف. فالمحكم لا يبحث عن حل وسط أو توفيقى أما الموفق فلا يملك إلا إنهاء الإجراءات وتعود للأطراف حريتهم في الالتجاء إلى القضاء.<sup>(2)</sup>

والتوفيق أسلوب من أساليب تسوية الخلافات التجارية الدولية بطريقة ودية. وتوجد أنظمة للتوفيق تقضي بأن أي نزاع ذي صفة دولية يمكن تسويته بترتيبات ودية بواسطة التوفيق

=علاقات مع أهم المنظمات العالمية المعنية بالقانون مثل المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، وغرفة التجارة الدولية والهيئة الدولية لتحكيم ICC.

<sup>(1)</sup> تقضي المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري على أنه " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية و كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام. إذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع."

<sup>(2)</sup> راجع في هذا الشأن، مختار بيري - المرجع السالف الذكر - ص 20.

بغرفة التجارة الدولية، وفي أثناء عملية التوفيق وإجراءاته لا يجوز أن يلجأ أي من الطرفين إلى التحكيم أو إلى محكمة عادية لأنه مرتبط بضرورة استكمال التوفيق وهي محددة ب 45 يوما، إلى أن ينجح حتما أو تفشل إجراءاته، ولكن لا يوجد ما يمنع أي من الطرفين اتخاذ إجراءات وقائية للمحافظة على حقوقه.<sup>(1)</sup> إلا أنه يجمع بين التحكيم والوساطة بعض الإجراءات فيها تشابه إلى حد كبير من بينها الشروط المتعلقة بشخص المحكم أو الوسيط. فقد يشترط توفر بعض الشروط في صفة الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة بأن يكون من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، و ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية، وهو نفس الشرط في القانون الجزائري الخاصة بالشخص المكلف بعملية الوساطة.<sup>(2)</sup>

و أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه، وأن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة.<sup>(3)</sup> كما أنه عند إنهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه. وإذا توصل الأطراف إلى اتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق، ويوقعه والخصوم. ثم ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا.<sup>(4)</sup> يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا.<sup>(5)</sup> وهو نفس الأمر بالنسبة لحكم التحكيم إذ يتطلب المصادقة عليه من طرف القاضي ليكتسي طابع الحكم القضائي في قوة التنفيذ .

(1) البند - د - الخاص باعتماد قواعد الوساطة الخاصة بقواعد الغرفة التجارية الدولية ICC. النافذ اعتبارا من

جانفي 2013، الاصدار الخاص عن الغرفة التجارية الدولية باريس العدد -865(OARA)-865 )

طبعت بفرنسا، في ديسمبر 2013، من طرف مطبعة، بور رويال، تراباس 78 .

(2) وهو ما قضت به كم من المادة 988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري.

(3) المادة 998 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري.

(4) المادة 1003 من القانون السالف الذكر .

(5) المادة 1004 من القانون السالف الذكر .

## الفرع الخامس: التحكيم و القضاء

الأصل العام لحل النزاعات هو القضاء، لكن بالرجوع إلى الأصل التاريخي لحل النزاعات، فقد وجد التحكيم قبل القضاء. فالمحكم كان يقوم بدور القاضي، و حكمه ملزم للطرفين. فالتحكيم لا يختلف عن القضاء من حيث الغاية التي وجد من أجلها، فهما يلتقيان بكونهما آليتين لحل النزاعات. إلا أن هذا التقارب لا يخلو من بعض أوجه الاختلاف. ويتمثل ذلك في النقاط التالية :

- يتطلب اللجوء إلى التحكيم وجود اتفاق بين الخصمين أو نص خاص في القانون.<sup>(1)</sup> بينما اللجوء إلى القضاء فهو حق عام لا يحتاج إلى اتفاق بين طرفي النزاع .
- في التحكيم يختار الخصوم المحكم أو هيئة التحكيم الذين سيفصلون في النزاع، أما في القضاء فإن القاضي معين بشكل رسمي ومباشر من الدولة، كما أن طبيعة عمل المحكم تتسم بالطابع المؤقت تنتهي بانتهاء النزاع، أما طبيعة وظيفة القاضي تتسم بالدوام.<sup>(2)</sup>
- ونتيجة لهذه الفروق بين التحكيم والقضاء، يمكن القول أن المحكم شخص خاص يقوم بإصدار حكمه بناء على الاتفاق المبرم بين الأطراف في الخصومة وهذا الاتفاق مصدر سلطاته ولا يتلقى أي سلطة من الدولة وبذلك لا يعتبر التحكيم جزءا من الجهاز القضائي في الدولة. إلا أنه في الأخير يبقى القضاء من بين أكثر الأنظمة القانونية المتشابهة مع التحكيم .

<sup>(1)</sup> وهذا حسب المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري التي تقضي "بأن تفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". و تقضي المادة 1012 من نفس القانون على أنه " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا."

<sup>(2)</sup> يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته. حسب المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري السالف الذكر.

## المطلب الثالث: أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم بإرادة الأطراف هي جوهر التحكيم، لأن هذه الإرادة هي التي تحدد مساره وتهيمن عليه منذ البداية بالاتفاق عليه حتى صدور حكم فيه منهي للنزاع وملزم للطرفين، ولا يتخذ التحكيم صورة واحدة فإذا كلن الأصل هو إرادة الأطراف على اللجوء للتحكيم، إلا أنه قد يحدث أحيانا أن يفرض المشرع على الطرفين اللجوء إليه وبهذا ينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، وقد يختار الأطراف شخصا ثالثا ليفصل بينهم بحكم ملزم مثل منظمة أو مركز دائم للتحكيم هذا ما يؤدي إلى تقسيم التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، ومن حيث مكانه ينقسم إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي .

## الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

إن فكرة اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات القائمة بين الطرفين تقوم على الرضائية بهذه الآلية قبل ابرام العقد بل و حتى أثناء التنفيذ، وهو ما يطلق عليه بالتحكيم الاختياري وله عدة صور. وقد يكون اللجوء للتحكيم لتسوية النزاع خارج عن إرادة الأطراف تفرضه مقتضيات معينة ويطلق عليه التحكيم الإجباري، وستبين ذلك من خلال ما يلي :

**أولاً- التحكيم الاختياري :** إن المبدأ العام في التحكيم أنه يعتبر اختياريا، وهو الغالب في منازعات التجارة الدولية وذلك لأنه يكفل تحقيق الثقة للأطراف وهو عصب هذه التجارة.<sup>(1)</sup> وعليه فإن للأطراف الخيار بين اعتماد التحكيم طريقا لفض النزاع أو طرح النزاع القضاء المختص وهذا ما يسمى بالتحكيم الاختياري، ومصدره سلطان الإرادة والذي يتفرع إلى فرعين تحكيم بالقضاء وتحكيم بالصلح:

(1) د . مراد محمود المواجدة - المرجع السابق - ص 32 .

أ - التحكيم القضائي : يكون المحكم كالقاضي في ممارسة عمله بمقتضى اتفاق التحكيم ويجب عليه أن يلتزم بتطبيق أحكام القانون.

ب- التحكيم بالصلح : فان المحكم يعفى فيه من التقيد بأحكام القانون، ويحكم بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف ومع ذلك فانه يجب أن يلتزم المحكم بالقواعد المتعلقة بالنظام العام.<sup>(1)</sup> حيث يستند التحكيم الاختياري إلى اتفاق خاص، ويستمد وجوده من هذا الاتفاق والذي يخضع للقواعد العامة في النظرية العامة للعقد بصفة عامة.<sup>(2)</sup> ورغم أن أساس التحكيم الاختياري يتم بإرادة أطراف النزاع وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن الواقع العملي يشهد أحيانا تحكما اختياريا يضطر أحد الطرفين فيه إلى قبوله بسبب القوة الاقتصادية للطرف الآخر، أو حاجته إلى إبرام العقد الأصلي معه لما يقدمه من تمويل، وقد يقبل أحد الأطراف كذلك شروطا غير ملائمة له كإجراء التحكيم في بلد أجنبي ورغم ذلك يعد تحكما اختياريا.<sup>(3)</sup>

ثانيا: التحكيم الإجباري : وهو التحكيم الذي يفرض على الأطراف، حيث لا يكون لإرادة الأطراف أي تدخل في اللجوء إليه، وذلك لطابع الإلزامية فيه بحيث إذا لم يلجئ الطرفان للتحكيم يعتبر تصرفهما مخالفا للقانون ويمكن الطعن به وفقا للقانون.<sup>(4)</sup>

ويكون التحكيم إجباريا عندما يكون أطراف العقود الدولية طرفا في معاهدة دولية - جماعية كانت أم ثنائية - حيث تشترط هذه المعاهدات على أطرافها اللجوء للتحكيم في الفصل في منازعاتهم والمتعلقة بموضوع المعاهدة، ولا يعني ذلك انعدام الإرادة للدول بل يظل

(1) د . أسعد فاضل منديل - المرجع السابق - ص 95.

(2) د . محمود السيد التحيوي- التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية- دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1999، ص 38 .

(3) د . خالد كمال عكاشة - المرجع السابق - ص 53 .

(4) د . جورجى شفيق ساري - التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية - دار النهضة العربية، القاهرة، ص 29 .

الدور الإرادي قائما في الانضمام أو عدمه إلى هذه المعاهدة، والدول أبرمت العديد من المعاهدات الثنائية والتي تتعلق بتشجيع وحماية الاستثمارات. فقد عرف المجتمع الدولي بعض المجالات التي استهدفت جعل التحكيم إلزاميا أو إجباريا بهدف تسوية المنازعات الدولية، والقضاء على الخلافات الدولية التي يمكن أن تتطور إلى نزاعات بالقوة المسلحة وقد طرحت مثل هذه الأفكار على مؤتمر لاهاي للسلام في دورته عامي 1899 و 1907 إلا أن فكرة السيادة لعبت دورا بارزا في الحيلولة دون تحديد حالات التحكيم الإلزامي. حيث اقتنعت الدول المشاركة في مؤتمر لاهاي بصياغة القواعد المتعلقة بإجراءات التحكيم وإنشاء محكمة التحكيم الدائمة.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

بعد اتفاق الطرفين على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنور بينهما مستقبلا أثناء تنفيذ العقد قد لا يذكر في العقد الجهة التي تتولى العملية التحكيمية ويبقى فيه الطرفين أحرار في تحديد الجهة، لكن إذا حدد الطرفين في العقد بندا بين نوع الجهة المختصة فهم مقيدون بها ويسمى التحكيم المؤسسي، وهذا على النحو التالي :

**أولا- التحكيم الحر:** وهو ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم اقامته بمناسبة نزاع معين، يختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين كما يتولى الخصوم في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه هو التحكيم الذي يعني المحكمون بموجبه من تطبيق أحكام القانون وأصول المحاكمات العادية، ويحكمون بمقتضى الانصاف في الأمور التي لا تخالف النظام العام والمبادئ الأساسية خاصة فيما يتعلق بحق الدفاع وتبليغ الحكم.<sup>(2)</sup>

(1) د . صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام- المرجع السابق، ص 964.

(2) نص المادة الأولى من نظام التحكيم المعتمد لدى المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط .

ثانيا- التحكيم المؤسسي : هو التحكيم الذي تتولاه منظمات دولية أو وطنية قائمة، ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا من قبل اتفاقيات دولية أو القرارات المنشئة لها ولوائح هذه الهيئات تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف هذه الهيئة للفصل في النزاع.<sup>(1)</sup>

فقد أنشأت عدة مراكز للتحكيم على الصعيدين الوطني والدولي ومن بين أهمها :

- محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بباريس.<sup>(2)</sup>

- جمعية التحكيم الفرنسية في باريس AFA.<sup>(3)</sup>

- اللجنة الفرنسية للتحكيم.<sup>(4)</sup>

- المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات<sup>(5)</sup>: مقره بالبنك العالمي للإنشاء والتعمير. بموجب اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات 1965 .

(1) د . مراد محمود المواجدة - المرجع السابق - ص34.

(2) Cour Internationale d'Arbitrage de la Chamber de Commerce

<http://jurisguide.univ-paris1.fr>

(3) **Association Française d'Arbitrage (AFA)** : institution arbitral sans but lucratif, composée de 300 membres de 12 nationalités différentes.

<http://jurisguide.univ-paris1.fr>

(4) **Comité français de l'arbitrage** : société savante créée en 1953, avec pour but l'étude, le développement et le perfectionnement de l'arbitrage. Il publie depuis 1955 la Revue de l'arbitrage. <http://jurisguide.univ-paris1.fr>.

(5) **Comité français de l'arbitrage** : société savante créée en 1953, avec pour but l'étude, le développement et le perfectionnement de l'arbitrage. Il publie depuis 1955 la Revue de l'arbitrage. <http://jurisguide.univ-paris1.fr>

- مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي : أنشئ في 1979 تحت مظلة المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا، حيث يقع المركز الرئيسي لهذه المنظمة في نيودلهي بالهند، تستند قواعد تحكيم هذا المركز بالقاهرة الى قواعد تحكيم الأونسيترال للأمم المتحدة في صيغتها المعدلة لعام 2010<sup>(1)</sup>

- مركز التحكيم الدولي في فيينا أنشئت في 1975، هو هيئة التحكيم الأكثر بروزا في النمسا.

- مركز التحكيم الدولي هونغ كونغ تأسست في 1985، هو مؤسسة التحكيم الرائدة، وواحدة من أبرز مؤسسات التحكيم في آسيا.

- المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي : أنشأ بموجب اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي.<sup>(2)</sup>

- مركز دبي للتحكيم الدولي : هو الهيئة التحكيمية الرائدة في دبي، يختص بإجراءات التحكيم المتعلقة بالشرق الأوسط تأسس في 1994.

- المؤسسة الألمانية للتحكيم: تأسست في 1992 بعد الانصهار للجنة التحكيم الألمانية ومعهد التحكيم الألماني، هي هيئة التحكيم الأكثر بروزا في ألمانيا.

- مركز سنغافورة للتحكيم الدولي تأسست في 1991 SIAC هو المؤسسة الرئيسية لإدارة إجراءات التحكيم في سنغافورة.

- مركز التحكيم في بانكوك بتايلاند : أنشأ ته عام 1962 اللجنة الاقتصادية لدول آسيا والشرق الأقصى التابعة للأمم المتحدة، كما توجد في الهند مؤسسة للتحكيم التجاري الدولي.

<sup>(1)</sup> المادة 2 الثانية من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات .

<sup>(2)</sup> المادة الرابعة 04 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1987.

وهذه المؤسسة هي مجلس التحكيم الهندي ومقره نيودلهي. وفي الصين توجد لجنة التحكيم للتجارة الخارجية ولجنة التحكيم البحري اللتان تم انشاؤهما عام 1954 في نطاق الجيش الصيني لترويج التجارة الدولية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

من بين مميزات التحكيم أن له صبغتين من حيث تكوين عناصره المكونة له متعلقة إما بالأطراف وهو عامل جنسية الأطراف أو عنصر يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، أو تعدي العلاقة القانونية وحل العقد خارج إقليم الدولة، وهو ما يحدد ما إذا كان التحكيم وطنياً أم دولياً .

**أولاً- التحكيم الوطني :** يتميز التحكيم الوطني عن التحكيم الدولي في كون الأول هو الذي تكون كل عناصره وطنية، فعندئذ يتولاه محكمون وطنيون ويصدرون أحكامهم داخل الدولة ووفقاً للقواعد الإجرائية المعمول بها داخل الدولة. ولذلك فإن التحكيم الوطني لا يثير صعوبات أو إشكاليات معتبرة كونه يخضع للقانون الوطني ولا يجد تنفيذه خارج حدود الدولة، ثم إن القاضي الوطني لا يتصدى لموضوع النزاع لأن دوره سيقصر فقط على بحث مدى توافر شروط التنفيذ ولا سيما موائمة مقتضيات التنفيذ مع النظام العام في الدولة.<sup>(2)</sup>

حيث يعتبر إقليم الدولة هو المعيار المميز بين هذين النوعين من التحكيم، فالمرجع الفرنسي أخذ بهذه التفرقة وذلك عندما أصدر القانون الفرنسي في عام 1980، والخاص

<sup>(1)</sup> منشور على موقع : [www.international-arbitration-attorney.com](http://www.international-arbitration-attorney.com)

<sup>(2)</sup> زارة لخضر -التحكيم التجاري الدولي كمحرك للتجارة العالمية ومدى تدخل القضاء الجزائري فيه-

المجلة الافريقية للعلوم السياسية . منشور على موقع [www.maspolitiques.com](http://www.maspolitiques.com)

بالتحكيم الداخلي، ثم عاد مرة أخرى عام 1981، حيث أصدر قانونا خاصا بالتحكيم الدولي.<sup>(1)</sup>

ثانيا - التحكيم الدولي: أما التحكيم الدولي، فهو ذلك الذي يتصدى للفصل في نزاع ينتمي بعناصره لأكثر من دولة، ولما كان بهذه الطبيعة فهو يثير صعوبات جمة على أكثر من صعيد تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوعه، تحديد مكان التحكيم، تعيين المحكمين بجنسياتهم المختلفة. وغير ذلك من المسائل التي لا يصادفها التحكيم الوطني.<sup>(2)</sup>

عندما تتعدى بعض العناصر الخاصة بالمتعاقدين حدود الدولة يصبح التحكيم هنا غير وطني أو بمعنى آخر يعتبر تحكيم أجنبي أو دولي، مثلما إذا كان أطراف النزاع ينتمون بجنسيتهم لدولة واحدة، وكان نزاعهم يتعلق بمشروعات أو أموال موجودة في دولة أخرى.<sup>(3)</sup> أو المتعلق بمصالح اقتصادية لدولتين.<sup>(4)</sup>

(1) نقلا عن د . أسعد فاضل منديل - المرجع السابق - ص 98.

(2) زارة لخضر - التحكيم التجاري الدولي كمحرك للتجارة العالمية ومدى تدخل القضاء الجزائري فيه -

المجلة الافريقية للعلوم السياسية . منشور على موقع [www.maspolitiques.com](http://www.maspolitiques.com)

(3) د . فؤاد محمد أبو طالب - المرجع السابق - ص 60 .

(4) حيث تقضي المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل."

## المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

تعد دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم من الأمور الضرورية لمعرفة نظام التحكيم، حيث إن تحديد هذه الطبيعة يترتب عليها معرفة نوع المعاملة التي سيتلقاها الحكم الصادر عن هيئة المحكمين من حيث مدى الاعتراف به أو تنفيذه سواء في الدولة التي صدر فيها الحكم أو خارج هذه الدولة. لذا ثار جدل فقهي حول الطبيعة القانونية لحكم التحكيم بوصفه عملية متكاملة منذ بدايتها باتفاق الأطراف وحتى نهايتها بصدر حكم فاصل في النزاع، حيث يرى جانب من الدارسين أن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة بينما يرى اتجاه آخر أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، باعتبار أن المحكم يتولى مهمة الفصل في النزاع. إلا أن هناك اتجاه ثالث يجمع بين الاتجاهين تعاقدية وقضائية. وهكذا يترتب على تحديد طبيعة التحكيم نتائج بالغة الأهمية. لذا سنحاول من خلال هذا المبحث أن نبين الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال دراسة كل عنصر لوحده وذلك من خلال المطالب التالية : المطالب الأول التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، المطالب الثاني التحكيم ذو طبيعة قضائية. و المطالب الثالث التحكيم ذو طبيعة مختلطة .

## المطلب الأول : التحكيم ذو طبيعة تعاقدية

إن أساس التحكيم هو تلاقي إرادة الأطراف على اللجوء اليه، ولا يؤخذ به إلا إذا نص عليه صراحة الطرفان في العقد، مما يضيفي على التحكيم أنه ذو طبيعة تعاقدية، حيث إن اللجوء إلى التحكيم الدولي يقوم على أساس رضا وتلاقي إرادة الأطراف المتنازعة وذلك بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين في اللجوء الى التحكيم في صورة اتفاق يصب في شكل عقد مكتوب يكون حجة وملزم للطرفين وإلا كان تحت طائلة البطلان، وهو ما أقرته معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وحتى الرأي الفقهي بوجوب أن يمون اتفاق التحكيم مكتوباً لإضفاء الجانب التعاقدى للتحكيم، مبيّن ذلك من خلال ما يلي :

## الفرع الأول : الطبيعة التعاقدية للتحكيم قانوناً

إذا أردنا تحديد الطبيعة التعاقدية للتحكيم من حيث التشريع، فإنه بالرجوع إلى جميع التشريعات الخاصة بالتحكيم سواء الوطنية أو الدولية، نجد أنها تشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا صار تحت طائلة البطلان، لكي يكون حجة على الطرفين لعدم اللجوء إلى القضاء لحسم النزاع، وهو ما يعرف بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، وبالتالي يعتبر التحكيم عقداً رضائياً ملزماً لجانبين من عقود المعاوضة، على أن الأساس في التحكيم هو الاتفاق وهو بذلك يكتسي طابعاً تعاقدياً. وهو نفس الشيء الذي تبنته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في مادتها الثانية 1/2 وهو الاعتراف بالاتفاق المكتوب الذي يكتسي طابعاً تعاقدياً يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم

كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.<sup>(1)</sup>

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية فقد استلزمت الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا وهو ما جاءت به المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري، وهو أن يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.<sup>(2)</sup> و قد نص قانون التحكيم الفرنسي رقم 48-2011، على أن "اتفاق التحكيم يكون مكتوباً و إلا كان اتفاق التحكيم باطلا." <sup>(3)</sup> أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على أنه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بقرات أو غيرها من وسائل الإيصال المكتوبة." وقد أرسى هذا المبدأ منذ القدم لدى محكمة النقض الفرنسية حيث أيدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم وانسحاب هذه الطبيعة إلى كل من اتفاق التحكيم وحكم التحكيم وذلك في حكمها الصادر في 27 يوليو سنة 1937 والذي

(1) بحيث تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم حسب نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية . التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 18/88 في 1958/11/05 . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم 48 لسنة 1988 .

(2) وفقا لنص المادة 1012 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري التي تقض بأنه: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. " السالف الذكر .

(3) **Art. 1443.** –A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut resulted d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.voir Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. **Voir [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)**

جاء فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: الطبيعة التعاقدية للتحكيم فقها

إن النظرية التعاقدية تعتبر امتدادا للمذهب الفردي الذي يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من أهم سماته، فكل تعامل مبني على إرادة الإنسان فهو المصدر المنشئ للإلتزامات، ومن وجهة أصحاب هذا الرأي أن القانون والعقد من طبيعة واحدة، لأن القانون نفسه هو نتيجة عقد كبير بين أفراد المجتمع الذي أنشئوا بمقتضاه السلطة التي تضع القانون والسلطات التي تنفذه، فلا يجوز للقاضي المساس بالعقود القائمة، وكذلك بالنسبة للمشرع الذي لا يملك سلطة التعديل في العقود لان التعديل هو من اختصاص الأطراف<sup>(2)</sup> وهو مبدأ عام في القانون .

إذا استخلص أن التحكيم هو اتفاق وبالتالي فهو عقد رضائي ملزم لجانبين من عقود المعاوضة، والمحكمون ليسوا قضاة بل أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ هذا الاتفاق، فطالما أن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف فان له طابع تعاقدية فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة وعادات المعاملات الدولية التجارية من إتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم. كما لا يمكن تحرير المبادلات الدولية إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي.<sup>(3)</sup> وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فإن أطراف هذا الاتفاق يمتلكون حرية اختيار نوع التحكيم الذي يحيلون إليه النزاع واختيار هيئة التحكيم التي ستولى الفصل

(1) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق للنشر، الطبعة الثانية، القاهرة 2002، ص 111 .

(2) د. سليم بشير، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 61 .

(3) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص 37 .

في النزاع وغيرها من إجراءات التحكيم. وحكم التحكيم يتمتع بحجية ملزمة ويستمد آثاره من إرادة أطراف النزاع لكونه تنفيذا للعقد الذي بموجبه اتفق هؤلاء الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع القائم بينهم من هذا الحكم مرتبط بوجوده وصحته بوجود وصحة اتفاق التحكيم. فالطبيعة التعاقدية للتحكيم توفر عدة مزايا للأطراف من بينها<sup>(1)</sup> :

- أن سلطة المحكم مستمدة من إرادة الأطراف، بينما سلطة القاضي مستمدة من الدولة هيئة التحكيم أو المحكمون يمكن أن يكونوا وطنيين أو أجنب، على عكس القضاء لا يمكن أن يكون إلا وطني. وهذه الميزة مستمدة من الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم بشأن هيئة التحكيم الفاصلة في النزاع بحيث يختارها الأطراف المتنازعة .
- نظام التحكيم وفق الطبيعة التعاقدية، يخضع للنظرية العامة للعقد، والتي تؤدي حتما إلى سيادة قواعدها، فلا مجال للقواعد المقررة للحكم القضائي، سواء من حيث الحجية، أو من حيث امكانية الطعن فيه .

(1) د. سليم بشير، المرجع السابق، ص 62 .

## المطلب الثاني: التحكيم ذو طبيعة قضائية

بالرجوع إلى عمل المحكم يتبين لنا أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، وأنه بهذه الصفة يحل محل قضاء الدولة، وأن عمل المحكم وإن قام وتأسس على اتفاق التحكيم، فإن هذا الاتفاق ليس هو الأساس الوحيد لعمل المحكم، فعمل المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة، فمهمة المحكم هي مهمة قضائية وحكمه يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضائي، وأنه إذا كان التحكيم يتدئ في مرحلته الأولى بعمل إرادي وهو شرط أو اتفاق التحكيم، فإن هذا العمل في رأي أنصار الطبيعة القضائية لا يعدو أن يكون مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التي تهيمن عليها طبيعتها القضائية ويتحرك بذاتيته الخاصة، وشأن هذا العمل الإرادي للخصوم في الالتجاء إلى التحكيم لفض منازعاتهم، يطابق شأن ذلك العمل الإرادي للخصوم في الالتجاء إلى قضاء الدولة. مبيّن ذلك من خلال ما يلي :

## الفرع الأول : الطبيعة القضائية للتحكيم قانونا

وذلك انطلاقا من القانون الفرنسي الذي يتجه إلى تغليب الاتجاه القضائي ويتجلى ذلك في الزاميته للمداولة المنصوص عليها في المادة 1476 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي تقضي " بأن حكم التحكيم بمجرد صدوره يجوز حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للموضوع الذي فصل فيه."<sup>(1)</sup> وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري في قانون التحكيم رقم

<sup>(1)</sup> **Art. 1476.** –Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré prononcé.

– Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral. **Voir ; Code de procédure civil – dernier modification le 01-**

27 لسنة 1994، حيث وظف عبارات دلت على أنه "يعتبر التحكيم بصفة عامة والحكم التحكيمي بصفة خاصة عملاً قضائياً مثله مثل القضاء."<sup>(1)</sup>

و بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري نجد أن المادة 1019 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تقضي بأن تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والاوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك. كما قضت المادة 1023 على أنه "يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون. وبذلك يكون المشرع الجزائري أضفى على اتفاق التحكيم صبغة قضائية."

أما بالنسبة للمواثيق الدولية نجد أن اتفاقية لاهاي رقم 1 لسنة 1907 الخاصة بالحل السلمي للمنازعات الدولية عرفت التحكيم الدولي على أنه "تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يختارونهم على أساس احترام القانون."<sup>(2)</sup> فنلاحظ هنا أن الاتفاقية استعمل فيها لفظ القضاة لإضفاء الصبغة القضائية على عملية التحكيم.

### الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم فقها

بالرجوع إلى التعريفات الفقهية للتحكيم الدولي من بينها تعريف الدكتور "أبو العلا على أبو العلا النمر" على أن التحكيم نوع من العدالة تستمد سلطتها من إرادة الأطراف.<sup>(3)</sup> كما عرفه الفقيه "Jean- rober" التحكيم أنه نوع من العدالة الخاصة يلجأ إليها

01-2017- document génère le 06-01-2017 copyright (c) 2007-2017

legifrance .

<sup>(1)</sup> نص المادة 42 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. التي تقضي بأنه: "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً مؤقتة، أو في جزء من الطلبات وذلك قبل اصدار الحكم المنهني للخصومة كلها. "

<sup>(2)</sup> نص المادة 37 من اتفاقية لاهاي رقم 1 لسنة 1907 الخاص بالحل السلمي للمنازعات الدولية السالفة الذكر .

<sup>(3)</sup> د. أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الاجراءات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص200.

الأطراف إلى أشخاص مؤهلين لحل النزاعات، دون اللجوء إلى القضاء العادي<sup>(1)</sup> أو كما عرفه الفقيه " chareles jarersson " بأنه نظام بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف.<sup>(2)</sup> نلاحظ من خلال هاذين التعريفين الفقهيين استعمال لفض العدالة و القضاء وهي إشارة واضحة إلى الطبيعة القضائية للعملية التي يقوم بها المحكم وهي الفصل في النزاع بين الطرفين بحكم تحكيم مهور بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة المنعقد في دائرة اختصاصها عملية التحكيم كما هو معروف .

- ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية :

- إن التحكيم قضاء استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نظمها القانون، وإذا حدث ورفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص، لأن المحكمة تنظر دعوى هي من اختصاص هيئة المحكمين، وذلك قياساً على الأثر الذي يترتب على رفع نزاع معين أمام محكمة معينه غير مختصة أصلاً ولكن يجوز ذلك استثناءً كما في الاختصاص المحلي.

- وجديراً بالذكر أن الدفع بوجود شرط التحكيم قد أثار خلافاً بين الشراح فقال البعض أنه دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام يتعين أن يبدى قبل التكلم في الموضوع، وقال البعض الآخر أنه يتعين أن يبدى قبل أي دفع شكلي ولا يجوز

<sup>(1)</sup> l'institution d'une justice privée grâce a la quelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun . pour terce résolu par des individus revêtus pour la circonstance . de la misson de les juger . **voir - Jean- robert** - l'arbitrage- droit interne - droit international prive -6 ed 1993 - p3.

<sup>(2)</sup> د. أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الاجراءات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص200.

للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها، إلا أن اعتبار هذا الدفع من قبيل الدفع بعدم الاختصاص أمر بالغ الصعوبة، لأن شرط التحكيم لا ينزع اختصاص المحكمة وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى طالما الشرط قائماً، وهو ما يعرف بالأثر المانع لاتفاق التحكيم.<sup>(1)</sup>

- حكم المحكم يجوز حجية الشيء المقضي به<sup>(2)</sup> وينفذ تنفيذاً جبرياً بعد صدور الأمر بهذا التنفيذ، شأنه شأن الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ونصت على ذلك معظم القوانين من بينها نص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري التي نصت على أنه "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه."

ومما يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم ما درجت عليه القوانين المختلفة من إطلاق اصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين والأحكام القضائية، وهو ما ذهب إليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث خصصت لأحكام التحكيم عدة فصول من بينها الفصل

<sup>(1)</sup> نصت المادة 13 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه : يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طاب أو دفاع في الدعوى . ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم . كما ينظر عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، في القانون الجديد رقم 27 لسنة 1993- مكتبة مدبولي، القاهرة، 1995، ص 109 .

<sup>(2)</sup> يقوم في بعض الأحيان الالتباس بين مفهوم حجية الشيء المقضي فيه و قوة الشيء المحكوم فيه مما يقتضي التمييز بينهما على النحو التالي : حجية الشيء المقضي فيه تتعلق بالحكم القضائي بمجرد ما يصدره القاضي ولا تزول إلا بزواله . أما قوة الشيء المحكوم فيه، فهي القوة التي تثبت للحكم، متى كان أثره الملزم نهائياً، أي لا يجوز التخلص منه بالطعن بأي طريقة من طرق الطعن العادية وهو يكون كذلك، إذا كان غير قابل للمعارضة أو الاستئناف منذ صدوره، أو كان قابلاً لأي منهما وانقضت مواعيد الطعن، أو تنازل المحكوم عليه عن الطعن أو قدم طعناً قضى برفضه، ويترتب على = ثبوت قوة الشيء المقضي فيه للحكم القضائي نتائج هامة أهمها صلاحية التنفيذ . نقلاً عن حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2004، ص115.

الخامس من الباب الثاني تحت عنوان تنفيذ أحكام التحكيم و إطلاق لفظ محكمة التحكيم على المحكم أو المحكمين، بالإضافة إلى القواعد التفصيلية التي أوردتها القوانين لتنظيم الخصومة في التحكيم وإجراءات تسييرها وذلك بشكل يتطابق مع القواعد الموضوعية أصلاً للخصومة القضائية، ويترتب على القول بالطبيعة القضائية للتحكيم، أنه يثور التساؤل حول وقت اكتساب حكم التحكيم للصفة القضائية، فهل يكتسب ذلك الحكم الصفة القضائية بمجرد صدوره، أم بعد الأمر بتنفيذه؟

يكنم الجواب على هذا السؤال في أن حكم التحكيم يتمتع بالحجية وقوة الأمر المقضي منذ صدوره، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> حيث تقضي المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري السالف الذكر على أنه: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه، بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه". السالف الذكر.

## المطلب الثالث : التحكيم ذو طبيعة مختلطة

من خلال محاولة دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم يتبين أن هناك انقسام بين من يرى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية على أساس أن المبدأ العام في التحكيم هو تلاقي إرادة الأطراف على الاتفاق للجوء إلى التحكيم بموجب بند في العقد ينص على ذلك وبالتالي يمنع ولاية القضاء من النضر في موضوع النزاع استناداً إلى القاعدة العامة وهي العقد شريعة المتعاقدين.

لكن بعد أن يياشر المحكمون التحكيم تبدأ الصبغة القضائية على العملية التحكيمية مما أدى إلى ظهور فكرة أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، وبالتالي تجتمع طبيعتين في صبغة واحدة وهي أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة.

## الفرع الأول : التحكيم ذو طبيعة مركبة

يري بعض الشراح أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة مركبة، لأن الأخذ بطبيعة واحدة سواء الطبيعة العقدية أو الطبيعة القضائية قد يثير العديد من المشاكل والصعاب في التطبيق فالتحكيم ذو طبيعة عقدية وقضائية معاً، فالعنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف، ثم يبدأ هذا العنصر في الأفول تدريجياً تاركاً الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي، ويعقب أنصار هذه النظرية على النظرية العقدية و القضائية أن كلا منهما أرادت أن تصنف نظام التحكيم في مجموعته وصفا واحدا بينما هو في الحقيقة نظام يجمع بين الأمرين، حيث يبدأ باتفاق ثم بإجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم.<sup>(1)</sup>

(1) د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث للنشر، الطبعة الثانية، صنعاء، 2008، ص 25 .

## الفرع الثاني : تعدد مراحل عملية التحكيم

فالتحكيم من هذا المنظور ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، ويتخذ طابعاً مختلفاً فهو من أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم ويترتب على الأخذ بهذه الطبيعة نتائج هامة خاصة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، وكذلك فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام. فمثلاً القانون الواجب التطبيق يتم تحديده طبقاً للمرحلة التي يمر بها التحكيم، ففي المرحلة الأولى يتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على الاتفاقيات والعقود، وفي المرحلة التالية مرحلة التداعي يتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على المسائل ذات الطابع القضائي، أما فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام، فإن هذه الأحكام من قبيل العقود قبل صدور الأمر بالتنفيذ وتصير بمنزلة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بالتنفيذ. إلا أن هذا الرأي لا يخلو من النقد، حيث وجه إليه الانتقاد التالي<sup>(1)</sup> :

- إنه رغم قيام هذه الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم وهو أمر جداً مهم، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، فالواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردّها إلى عناصرها المميزة ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهرة في كل مرحلة من المراحل المختلفة .

- إن القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي إلى خلط بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية، فحجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي أمر آخر غير القوة التنفيذية التي لا يجوزها حكم التحكيم إلا بصدر أمر قضائي بتنفيذه .

<sup>(1)</sup> د. بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة 2007 ص 33.

وفي الأخير بالنسبة لاتجاه الذي يرى أنه لا يمكن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم أهو تعاقدى أم قضائى، فنحن نرى أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة ينطلق فى البداية من إرادة الأطراف فى اللجوء إلى التحكيم والتقيد بأحكامه، فى شكل وثيقة عقدية بينهما لكي يكون حجة على الطرفين، ومن جهة ثانية فالتحكيم هو ذو طبيعة قضائية، فالمحكم يباشر مهامه كقاضى لكي يفصل فى النزاع، وأن الحكم الذى يصدره المحكم هو حكم قضائى بالمعنى الفنى للكلمة، ويترتب عليه ما يترتب على الأحكام من آثار.

## الفصل الثاني: ماهية العقود الإدارية الدولية

## تمهيد و تقسيم :

اهتم الفقه بدراسة هذا النوع من العقود في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، وذلك لتعاقد الدولة مع الأشخاص الأجانب من أجل الاستثمارات والتنمية المحلية إذ أن للعقد الإداري الدولي خصائص معينة تجعل من الصعوبة تحديد طبيعته القانونية على هدي من الأفكار الأصولية للعقد الإداري في الأنظمة القانونية الداخلية، ولقد نتجت هذه الصعوبة من طبيعة هذا العقد وما يتضمنه من شروط تجعل من الصعوبة بمكان إدراجه ضمن العقود الإدارية كما ترسمها النظرة التقليدية للعقد الإداري لأن الأمر جد مختلف في العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية، وذلك إذا وجد شرط التحكيم في العقد، ذلك أن للأطراف حرية تعاقدية أكبر من العقد الداخلي ويتجلى ذلك في مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف في العلاقة القانونية بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية. حيث يقصد بالعقد بصفة عامة اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وقد يتمثل هذا الأثر القانوني في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وللعقد في مجال القانون الدولي للأفراد أهمية خاصة حيث يعد الأداة المثلي لتبادل السلع والخدمات عبر الحدود. وهو ما يطلق عليه إسم العقد التجاري الدولي ومن أهم العقود التجارية الدولية عقد البيع الدولي وعقد نقل التكنولوجيا وعقد الإنشاء والتشغيل. ويحكم العقد الدولي بصفة عامة والعقد التجاري الدولي بصفة خاصة مبدأ هام وهو مبدأ سلطان الإرادة. ويختلف مفهوم هذا المبدأ في العقود الداخلية عنه في العقود الدولية. فبينما يقصد به في نطاق القانون الداخلي أن إرادة الأطراف حرة في تحديد مضمون العقد وآثاره بشرط ألا تتنافى مع المصلحة العامة، فإن الأمر على خلاف ذلك في نطاق القانون الدولي للأفراد حيث

لا يقتصر سلطان الإرادة على تحديد مضمون العقد وآثاره بل يتعداها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عنه.

فالعقود الدولية من بين أهم الوسائل التي تسير بها التجارة الدولية كما أصبحت أداة للمبادلات الاقتصادية والخدمية والمعلوماتية عبر الحدود، وهذه العقود عديدة ومتنوعة لا حصر لها كونها تسير المعاملات التجارية الدولية التي هي في تطور مستمر. ولعل أبرز ما يميز هذه العقود اختلافها عن العقود الأخرى في أنها في أنها لا يوجد قانون خاص بها تخضع له بل تخضع في أغلب الأحيان لقواعد القانون الدولي وبالأخص قواعد التجارة الدولية، أما الثانية فيتم تنظيمها بموجب القوانين الوطنية. وتتخذ عقود التجارة الدولية أسماء وأشكال مختلفة طبقاً لاتفاق الأطراف وطبيعة عملهم. لذا سنعالج هذا الفصل في مبحثين على النحو التالي: نتطرق في المبحث الأول لمفهوم العقود الإدارية الدولية، وفي المبحث الثاني إلى صور العقود الإدارية الدولية .

### المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية الدولية

تعددت الآراء والأفكار حول تعريف ماهية العقود الإدارية الدولية باعتبار وجود طرف أجنبي في العلاقة القانونية، وكذلك لتعدد مبررات لجوء الدولة إلى هذا النوع من العقود وبالرغم من حداثة العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجانب، إلا أن الفقه قد اهتم بها اهتماماً كبيراً، وخاصة الفقه الغربي، على عكس الدول النامية، التي اهتمت بالعمل بها من أجل النهوض بالتنمية دون دراستها. وبما أن هذا النوع من العقود له خصوصية تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى فإن الأمر يتطلب الإلمام بماهيته، وتحديد معايير تمييزه، وعليه سنتطرق إليه في مطلبين: نتطرق في المطلب الأول إلى تعريف العقد الإداري الدولي و في المطلب الثاني إلى معايير تمييز العقد الإداري الدولي .

## المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الدولي

يمتاز القانون الإداري بأنه غير مقنن. وهذه الأخيرة تصعب من إيجاد تعريف للعقد الإداري سواء الداخلي أو الدولي، لذي ترك أمر وضع تعاريف للعقود الإدارية بصفة عامة لاجتهادات الفقه، لذي سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريفات التي وردت بخصوص هذا النوع من العقود، في كل من الفقه و في الاتفاقيات الدولية.

## الفرع الأول : التعريف الفقهي للعقد الإداري الدولي

منذ القرن التاسع عشر، أثبتت الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي على وجود العقود التي أبرمتها الإدارة والتي لها طابع دولي الخاصة بالمشتريات العامة من اللوازم أو الخدمات في الخارج، ليست سوى إلا عدد قليل من الأشكال التي تشكلها العقود الإدارية الدولية. فقد كرس في نفس الوقت تقرير القانون المطبق وفحص الاختصاص الدولي وتأثير الأحكام الأجنبية فيما يتعلق بالعقود المبرمة من قبل الإدارة في القانون الفرنسي والأشخاص العاملين الأجانب. مما أدى إلى معالجة جميع الصعوبات التي تثيرها العقود الإدارية الدولية. وتنبع هذه الصعوبات بصفة خاصة من اختيار مجلس الدولة الفرنسي عام 1999 لمواءمة نظامها إلى حد كبير مع نظام العقود الذي يحكمه القانون الخاص. وتخضع العقود الإدارية لقواعد تنازع القوانين التي تم وضعها لتنظيم عقود القانون الخاص، ولا سيما اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> Article premier Champ d'application: Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles, voir ; **Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. www.eur-lex.europa.eu**

وذلك من خلال تحليل نقدي للقانون الوضعي وفقا لمتطلبات القانون الإداري والقانون الدولي الخاص.<sup>(1)</sup> بالرغم من ذلك، حاول البعض إعطاء تعريف للعقد الإداري الدولي لوقوف على هذه النقاط:

## أولا- الفقه الغربي:

فقد اعتمد الفقيه "p. Mayar" في تعريفه للعقود الادارية الدولية، على أنها العقود الحكومية التي تبرم بين الأشخاص الأجانب والدولة ذات السيادة الخاضعة للقانون الدولي التي تعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، التي تتمتع بأهلية إبرام التصرفات القانونية و أن تتضمن هذه العقود شروط استثنائية، معتبرا أن العقود الدولية تشكل فئة جديدة من الأفعال القانونية الدولية.<sup>(2)</sup>

وهو ما ذهب إليه الفقيه "Piere Regli" إلى أن المقصود بالعقود الإدارية الدولية هي عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> **Malik Laazouzi**, Les contrats administratifs à caractère international thèse de doctorat ,droit privé paris 1 , 2007. Publié au [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)

<sup>(2)</sup> **p.Mayar** , "La neutralisation de du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat, JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL, Paris . " 1986. p. 5-7. 8voir, [www.worldcat.org](http://www.worldcat.org)

<sup>(3)</sup> **Jean- Pierre Regli** :« contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées »Genève,1983p8 voir : [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

كما أشارت الفقيهة "christina Voigt"<sup>(1)</sup> إلى أن المبادئ العامة في القانون الدولي تلعب دوراً هاماً في تحديد تعريف العقود الدولية، في وتعتمد عليه في سياق تفسير المعاهدة.

### ثانياً: الفقه العربي

تعرض بعض الفقهاء العرب لتعريف مثل هذه العقود ومن بينهم الدكتور " عبد الحكيم مصطفى " حيث عرف العقود الإدارية الدولية على أنها عقود تبرم بين دولة نامية من ناحية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص أجنبي يكون موضوعها إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل.<sup>(2)</sup>

فالعقود الادارية الدولية من المنظور الفقهي العربي هي العقود التي تلحق أطرافها أو موضوعها عنصر أجنبي ومن ذلك أن لا يكون محل إقامة أو مقر الشخص المعنوي الطرف في العقد داخل الدولة أو يكون تنفيذ موضوع العقد في دولة أخرى أو يتعلق موضوعه بمصالح التجارة الدولية.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> general principles play an important rol in international law they are referred to in international jurisprudence and relied upon in the course of treaty intpretation yet their provenance and rol remain obfuscated.

The role of General principles in international Law and their relationship to treaty law .christina Voigt , dr, juris- researcher, university of oslo, department of public and international law .2008, p3. [www. Retfaer .org](http://www.Retfaer.org)

<sup>(2)</sup> د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر القاهرة 1991، ص 22.

<sup>(3)</sup> دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الادارية وعقود البوت B.O.T، بحث مقدم في المؤتمر السنوي السادس عشرة في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية المتحدة، ص 287 .

بينما عرفها الدكتور " عصام الدين القصبي " بأنها عقود تبرمها الدولة أو الأجهزة القانونية التابعة لها مع أشخاص القانون الخاص الأجنبي والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد. وعرف الدكتور " محمد عبد العزيز بكر " العقد الإداري الدولي بأنه العقد الذي يبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها مع شخص أجنبي بغرض إنشاء التزامات تعاقدية، قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها. <sup>(1)</sup> بينما أرجع الدكتور محمود سمير الشرفاوي في محاولته لتعريف العقد الدولي إلى أن طبيعة العلاقة التي يحكمها العقد والشروط العامة التي يحتويها أو أن يدرج في شكل عقد نموذجي هي من تحدد تعريف العقد الدولي. <sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري الدولي في القانون الدولي

لم يتطرق القانون الدولي إلى وضع تعريف محدد للعقد الدولي أو العقود التي تبرمها الدولة، وإنما اكتفى بالإشارة إليه في عدة محافل من خلال إبرام اتفاقيات دولية، ويتجلى ذلك من خلال اتفاقية فيينا لسنة 1980<sup>(3)</sup>، الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، التي تكون الدولة طرف في هذه العملية، حيث أن الاتفاقية أشارت إشارة واضحة إلى مبادئ العقد الإداري، وإضافتها على عقد البيع الدولي للبضائع، حيث أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، تعتبر

<sup>(1)</sup> د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السالف الذكر، ص 63.

<sup>(2)</sup> د. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية،

القاهرة، 1992، ص 17.

<sup>(3)</sup> في غضون أكثر من ثلاثين سنة، أصبحت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي لعام 1980، أداة هامة للتجارة الدولية، فهي توفر إطارا موحد لعقود بيع البضائع المبرمة بين أطراف توجد أماكن عملهما في دول مختلفة ومن خلال تحديد حقوق والتزامات الأطراف على نحو يتسم بالشفافية وبسهولة الفهم. تحقق الاتفاقية المزيد من امكانية التنبؤ في القانون التجاري الدولي. مقللة بذلك من تكاليف المعاملات. مقدمة نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 إصدار

أن تنمية التجارة الدولية على أساس المساواة والمنفعة المتبادلة عنصر هام في تعزيز العلاقات الودية بين الدول، وإذ ترى أن اعتماد قواعد موحدة تنظم عقود البيع الدولي للبضائع وتأخذ في الاعتبار مختلف النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، من شأنه أن يسهم في إزالة الحواجز القانونية في مجال التجارة الدولية وأن يعزز تنمية هذه التجارة الدولية.<sup>(1)</sup>

بحيث لم تتطرق هذه الاتفاقية إلى تعريف مباشر وصريح لعقد البيع الدولي للبضائع، وإنما اكتفت بالإشارة إلى دولية العقد وهو الذي يعقد بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.<sup>(2)</sup>

و على هذا عرف الدكتور "محمود سمير الشرقاوي" العقد الدولي حسب هذه الاتفاقية، بأنه "العقد الذي يبرم بين مختلفي الجنسية أو متحديها إذا كان مكان إبرامه، أو عمال تنفيذه، أو مكان وجود محله يهم أكثر من نظام قانوني؛ بحيث أن العقد لن يعتبر دولياً إلا إذا كان يتعلق بمعاملة دولية تقتضي تبادل بضائع أو أموال أو خدمات بين دول مختلفة."<sup>(3)</sup>

كما اكتفت الاتفاقية بتحديد الالتزامات الرئيسية لطرفيه، فنصت على أن البائع يجب عليه أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه

(1) دياجة اتفاقية فيينا لسنة 1980، بخصوص عقد البيع الدولي للبضائع. حررت الاتفاقية في فيينا، في الحادي عشر من نيسان / أبريل 1980 من أصل واحد، تتساوى نصوصه الإسبانية والانكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية في الحجية. الوثيقة A/CONF. 97/18.

(2) المادة الأولى من اتفاقية فيينا لسنة 1980، التي نصت على أنه: "تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة. أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة." السالفة الذكر.

(3) د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السالف الذكر، ص 39.

العقد وهذه الاتفاقية.<sup>(1)</sup> كما أنه يجب على المشتري أن يدفع ثمن البضائع وأن يتسلمها.<sup>(2)</sup> كما تعرضت الاتفاقية لنوعين من البيوع لما قد يثار من شك حول تكييفها الأول هو عقد البيع الذي يقترن به عملية مادية هي صنع السلعة وفقا للمواصفات المطلوبة، فنصت على أن تعتبر بيوعا عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع أو إنتاجها إلا إذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو إنتاجها.<sup>(3)</sup> والنوع الثاني من البيوع الذي تعرضت له الاتفاقية هو الذي يتضمن بالإضافة إلى توريد البائع للبضاعة إلزامه بتقديم خدمات للمشتري كالمساعدة في تجميع الأجهزة وتشغيلها وتدريب عمال المشتري ومساعدتهم في اكتساب المهارة الفنية. وقد عرفت التجارة الدولية هذه العقود منذ زمن بعيد والغالب أن يسمى البائع فيها بالمقاول، ومن أمثلتها عقد تسليم المفتاح والذي يلتزم فيه المقاول بإتمام عمليات إقامة الأبنية وتوريد الآلات والأجهزة وتركيبها وتجربتها وتجهيزها وإعدادها، ويطلق على العقد عندئذ اسم - عقد تسليم إنتاج - وقد نصت الاتفاقية على أنها لا تطبق على هذه العقود إذا كان الجزء الأساسي فيها يتضمن التزام الطرف الذي يقوم بتوريد البضائع تقديم اليد العاملة أو غير ذلك من الخدمات.<sup>(4)</sup>

(1) المادة 30 من نفس الاتفاقية التي نصت على أنه: "يجب على البائع أن يُسَلِّمَ البضائع، والمستندات المتعلقة

بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية."

(2) المادة 35 من نفس الاتفاقية التي نصت على أنه: "على البائع أن يُسَلِّمَ بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد. وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلا إذا كانت: صالحة للاستعمال في الأغراض التي تُستعمل من أجلها عادةً بضائع من نفس النوع..." إلخ.

(3) المادة 3 من نفس الاتفاقية التي نصت على أنه: "تعتبر بيوعا عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع أو إنتاجها الا اذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو إنتاجها."

(4) د. خالد أحمد عبد الحميد - فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980 - الطبعة الأولى

2002، الإسكندرية، ص 21 .

وأشارت الاتفاقية إشارة واضحة إلى مبادئ العقد الإداري، وإضافتها على عقد البيع الدولي للبضائع، وذلك مثل حق التعديل من خلال السماح للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12 مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره.<sup>(1)</sup>

إلا أنه ينبغي علينا التطرق إلى التعريف بالمشروعات الدولية المشتركة بما أن هذا المصطلح قد تكرر وأستعمل في العديد من محاولات التعريف بالعقود الإدارية الدولية.

المشروع بمعناه العام عبارة عن عملية ربط وتنظيم بين النشاط البشري والأموال عن طريق التنظيم والإدارة الفنية من أجل تحقيق أهداف اقتصادية محددة، والمشروع المشترك ظاهرة اقتصادية قانونية لها مصدر تاريخي، وقد قام بنيانه على أساس فكرة التعاون بين المشروعات التي لها نشاط خارجي أو داخلي متكامل أحيانا ومتشابه أحيانا أخرى، وتنشأ المشروعات المشتركة لتحقيق مصالح بين دولتين أو أكثر، أو أطراف ينتمون إلى أكثر من دولة تتمثل في استغلال اقتصادي أو إدارة مرفق مشترك يعود بالنفع على الأطراف في المشروع على دولهم. وهذه المشروعات المشتركة أسلوب متقدم للتعاون الدولي وصيغة متطورة للاستثمارات الأجنبية، وأحيانا تفرض وجودها كأحد الحلول الضرورية لبعض المشاكل الناشئة عن استغلال المرافق العامة المشتركة بين دولتين أو أكثر. ويذهب البعض أنه قد شاع في دوائر الأعمال وفي الفكر القانوني الدولي استعمال اصطلاح -المشروع الدولي المشترك - للتعبير عن ظاهرتين مستقلتين:

(1) المادة 06 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 1980 التي نصت على أنه: "يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره." السالفة الذكر .

## أ - الظاهرة الأولى:

تمثلها المشروعات التي تساهم في إنشائها أكثر من دولة، بغرض القيام بنشاط استثماري تعود فوائده على الشركاء، ويتطلب في العادة استثمارا طويلا الأجل، على تنظيم مستمر يتعدى مجرد رسم سياسة عامة أو التنسيق بين سياسات متباينة إلى الممارسة الفعلية والتشغيلية للنشاط من جانب هيئة لها كيان مستقل عن الدول الأطراف .

## ب - الظاهرة الثانية:

تضم المشروعات التي تتكون نتيجة لاتفاق طرف محلي أو أكثر عام أو خاص وطرف أجنبي أو أكثر، يكون في العادة شخصا خاصا يشترط بمقتضاه الطرفان في تأسيس مشروع معين في إقليم الطرف الأول أو تكون الملكية للطرف الأول ويتولى الطرف الثاني خدمات الإدارة والتوزيع وما إليها .والغالب أن تكون الحكومات طرفا في المشروع المشترك لأنه أنسب الصيغ للنهوض بالمشروعات التي لا يتصور قيامها إلا بتعاون بين حكومتين أو أكثر كاستثمار مياه نهر مشترك بينهما أو إنشاء خط حديدي يخترق أقاليمها ولأن هذه الصيغة أقدر من غيرها على تحقيق التكامل الاقتصادي الدولي وهي أيضا أقدر الصيغ على تمكين الدول - النامية - من الحصول على رؤوس الأموال الأجنبية أو التكنولوجيا اللازمة لتنفيذ المشروعات بها.<sup>(1)</sup>

و نحن من جانبنا نورد تعريفا للعقد الإداري الدولي تستخلصه من مجموعة التعريفات الفقهية السابقة " على أنه عقد يبرمه الدولة أو جهة الإدارة من ناحية ممثلتا للحكومة أو إحدى الهيئات التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أو معنوي منتهجة في ذلك أسلوب السلطة العامة، بهدف إقامة مشروعات لإقامة منشآت لها طابع الدوام أو استثمارات ضخمة من

(1) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السالف الذكر، ص 33/ 41 .

أجل التنمية، وأن تتضمن هذه العقود شروطا خاصة استثنائية غير مألوفة وغير منصوص عليها في القانون الخاص، لأن هذا النوع من العقود يتعلق بالصالح العام".

### المطلب الثاني : معايير تمييز العقود الإدارية الدولية

إن من المبادئ العامة للعقود الإدارية، أو عقود القانون العام أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة يعد عقدا إداريا يخضع للقانون العام. لكن في مجال العقود الإدارية الدولية هل ينطبق نفس المبدأ ، و ما هو المعيار المحدد للعقود الإدارية الدولية عن باقي عقود الأفراد وعقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص . لذلك سوف نحاول أن نتعرض في النقاط التالية للمعايير التي تتميز بها العقود الإدارية الدولية وذلك في الفرعين التاليين : الفرع الأول اكتساب العقد الصفة الإدارية، الفرع الثاني اكتساب العقد الصفة الدولية .

#### الفرع الأول: اكتساب العقد الصفة الإدارية

أجمع الفقه والقضاء على أنه لكي يكتسب العقد الإداري الدولي، أو العقود الدولية التي تبرمها الدولة صفة العقد الإداري، لابد من الرجوع إلى المبادئ العامة للعقد الإداري أي أن تكون الإدارة طرفا في العقد، وأن يتصل بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص. وامتيازات السلطة العامة .

**أولا- الإدارة طرف في العقد :** لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية ينبغي أن تكون الإدارة طرفا فيه أي أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام، كالدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري...الخ. فالأصل أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص أفرادا كانوا أم شركات، لا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا، يخضع لأحكام القانون العام.<sup>(1)</sup>

(1) د . عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 86 .

فقد قضت محكمة التنازع الفرنسية<sup>(1)</sup> في حكم لها بتاريخ 30 أكتوبر 2000 بخصوص شركة Electricité de France، التي تعمل على تقديم الخدمة العامة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية، بأنه يعتبر عقدا إداريا العقد الذي أبرم بين هذه الشركة المختلطة صاحبة امتياز وبين المقاول، متعلقا بمسائل تعد من الأشغال العامة، إذ أن شركة الاقتصاد المختلطة هي شخص معنوي خاص، وذلك على اعتبار أن هذه الشركة تعمل لحساب الإدارة، نيابة عن الكيانات العامة بغرض المصلحة العامة.

وعلى حسب رأي الدكتور "راغب ماجد الحلو" أن محكمة التنازع قد نظرت إلى شركة الاقتصاد المختلطة في القضية المذكورة كما لو كانت وكالة عن الإدارة في إبرام العقد وذلك نظرا لأهمية العمل المعهود به إليها، وقد فسر القضاء الإداري والعادي في فرنسا هذا الاتجاه تفسيراً ضيقاً، وقرر أن العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط مع الأشخاص الخاصة تعتبر من عقود القانون الخاص، لكنه اعترف بالصفة الإدارية لبعض العقود الإدارية التي ليس من أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وذلك في الحالات التالية<sup>(2)</sup> :

### 1 - أشغال بطبيعتها تخص الدولة :

اعتبرت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية العقود التي تبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص من العقود الإدارية و ذلك نظرا إلى موضوعه المتعلق بأشغال هي بطبيعتها تخص الدولة، في حالة إبرام عقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، يتصرف أحدهما لحساب شخص معنوي وليس لحسابه الخاص، فهو في هذه الحالة يعتبر بمثابة وكيل عن الشخص العام. وذلك بمناسبة إقامة الأنفاق التي تعتبر من الأشغال العامة الكبيرة المتعلقة

<sup>(1)</sup> حكم محكمة التنازع الفرنسية، رقم 3195، بتاريخ 23 تشرين الأول / أكتوبر 2000. منشور على

موقع: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>(2)</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 32.

بشق الطرق إلا أن هذا الاستثناء لا يمتد إلى كل نوع من أنواع الأشغال العامة يتصل من قريب أو بعيد بأشغال هي بطبيعتها تخص الدولة فقد رفضت محكمة النزاع الاختصاص الاعتراف بالصفة الإدارية لبعض العقود المتصلة بمثل هذه الأشغال. (1)

## 2- التفويض الصريح أو الضمني :

تعتبر الإدارة طرفا في العقد سواء أتعاقدت بنفسها أو أنابت عنها جهة إدارية أخرى وهذا تطبيقا للمبادئ العامة في القانون المدني، فالإنابة بالتعاقد هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في عقد من العقود مع انصراف آثار ذلك العقد إلى شخص الأصيل وكأنه هو الذي تعاقد بنفسه. وكذلك تجوز الوكالة في العقود الإدارية مثلما هو الحال بالنسبة للإنابة حيث تستطيع إدارة ما أن توكل غيرها من الإدارات في القيام بالتعاقد وقت ما تسمح به القوانين والأنظمة. ومن مبررات اللجوء إلى النيابة أو الوكالة أن لا تجد السلطة المركزية متسعا من الوقت للتعاقد، أو أن مكان العقد أو موقع تنفيذ العمل يكون بعيدا عن السلطة المركزية في العاصمة، مما يتوجب عليها إيجاد ادارت نائبة أو وكالة عنها في إبرام أو تنفيذ العقود على حسب الأحوال، ومثلما تجوز الإنابة و الوكالة في العقد الإداري يجوز الحلول في العقد بين إدارات الدولة أيضا وذلك بأن تحل إدارة ما محل إدارة أخرى (2)، فتنقل حقوق وواجبات الدائرة المتعاقدة إلى الدائرة التي حلت محلها بموجب القانون. (3)

(1) د. ماجد راغب الحلو، التحكيم والعقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004 ص 12 .

(2) وهم ما نصت عليه المادة 140 من قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري رقم 247/15 على أنه " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم . " السالف الذكر.

(3) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص 38.

## ثانيا: اتصال العقد بالمرفق العام

تعد فكرة المرفق العام من الأفكار الأساسية في القانون الإداري، بل إن جوهر نشاط الحكومة في أي دولة من الدول يتجسد في تشغيل المرافق العامة من أجل التنمية. و يعتبر هذا العنصر الشرط الثاني من معايير تمييز العقد الإداري، فان أول من استخدم فكرة المرفق العام معيارا للقانون الإداري الفقيه "**Teissier**" في كتابه المشهور عن مسؤولية السلطة العامة.<sup>(1)</sup> حيث لم ينتبه الفقه إلى فكرة المرفق العام وإمكان استخدامها معيارا لتحديد مجالات القانون الإداري. وبيان الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للقضاء المدني أو الإداري، لما قرره الأستاذ **René chapus** في مؤلفه عن المسؤولية العامة والمسؤولية الخاصة.<sup>(2)</sup> وسوف نتطرق إلى تعريف المرفق العام، وصور اتصال العقد بالمرفق العام، ومدى كفاية فكرة المرفق العام.

**1- تعريف المرفق العام:** ذهب جانب من الفقه في تعريف المرفق العام بأنه مشروع يعمل باضطراد وانتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظم قانوني معين. كما عرفه فقه آخر بأنه كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> **Georges Teissier**. La responsabilité de la puissance publique paris paul dupont.1906.[www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr)

<sup>(2)</sup> **René chapus** , responsabilité publique et responsabilité privée ,paris 1954,voir revue international de droit comparé année 1954 pp. 384- 386 .  
[www.persee.fr](http://www.persee.fr) .

<sup>(3)</sup> د. مال الله عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، الطبعة الثانية 2010، ص 32.

والمرفق العام له معنيان : عضوي وموضوعي .

#### أ- التعريف العضوي للمرفق العام :

يعرف المرفق العام أنه منظمة عامة تنشئها الدولة، يخضع لإدارتها وتتولى جزءاً من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات أو إشباع حاجة عامة. <sup>(1)</sup> فالوزارات المختلفة والمحافظات والبلديات وغيرها من الهيئات العامة التي تنشئها الدولة، تباشر نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام. ورغم اعتماد القضاء لفترة وجيزة على المعيار العضوي في الاستدلال على المرفق العام، إلا أنه تخلى عنه بسبب ظهور مرافق عامة ترتبط بالإدارة عضويًا، ولكنها تقوم بنشاط لا يستهدف تحقيق الصالح العام وإنما مصلحة مالية أو تجارية بحتة، وفي ذات الوقت اعترف القضاء الإداري بإمكانية تولي أشخاص القانون الخاص إدارة مرافق عامة وأن النشاط الذي تقوم به يستهدف تحقيق الصالح العام. ومهما يكن فإن من الفقه ما تبني المعيار العضوي في تحديد المرفق العام فينظر إلى الجهة أو الجهاز القائم على النشاط فإذا كان إدارة عامة يعد مرفقًا عامًا دونما بحث واستقصاء عن طبيعة العمل. <sup>(2)</sup>

#### ب- التعريف الموضوعي للمرفق العام :

هو كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام. <sup>(3)</sup> وهو ما ركز عليه الفقيه "Patrick- janin" في تعريفه للمرفق العام من الناحية الموضوعية، بحيث حصره في النشاط الذي تباشره السلطة عامة متولية

<sup>(4)</sup> د.عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط2 2007 ص307.

<sup>(1)</sup> د. محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الاداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 140.

<sup>(2)</sup> د.أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر

1992 ص 430.

تنظيمه و الاشراف عليه لا شباع الحاجيات العامة ذات النفع العام.<sup>(1)</sup> ومن ثم تخرج عن نطاق هذا التعريف سائر النشاطات الخاصة كالمؤسسة الخاصة والمشروعات التي تستهدف فقط تحقيق الربح.<sup>(2)</sup>

ويذهب الاتجاه الراجح في كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري إلى تبني المعيار الموضوعي للمرفق العام القائم على الغاية من إنشاء المرفق العام هي تلبية حاجيات الأفراد والقيام على مصالحهم، بصرف النظر عن الأساليب المستخدمة في ممارسة النشاط، ودون اعتبار لوصف أو تركيب الجهاز القائم على ذلك النشاط.<sup>(3)</sup>

وبهذا أمكن الاعتراف بوجود عام، حتي في حالة ما إذا كانت الإدارة التي تقوم بالنشاط هيئة خاصة. فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن التأمينات الاجتماعية مرفق عام، وإن كانت إدارتها في يد هيئة خاصة. فخدمة التأمين الاجتماعي التي تشكل خدمة عامة على الرغم من أن الإدارة تُعهد إليها على وجه الخصوص الاتحادات الائتمانية الأساسية، والتي تشكل هيئات خاصة.<sup>(4)</sup> وقد اشترط الفقه ضرورة أن يتصل العقد بالمرفق العام لدرجة المتانة تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، فإذا انقضت صلة العقد بالمرفق العام انتفى عنه الوصف القانوني للعقد الإداري. ومن ذلك ما تبرمه الأشخاص المعنوية العامة من عقود تتصل باستغلال أموالها الخاصة والتصرف فيها. فعلى سبيل المثال استغلال الدولة للدومين المملوك لها ملكا خاصا تتصرف فيه على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون في أموالهم تصرف السيد في

<sup>(1)</sup> **Patrick- janin** , méthodologie du droit administratif , Ellipses édition marketing sa , paris , 2007 , p 114. [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)

<sup>(4)</sup> د.عمار بوضياف، المرجع السالف الذكر، ص 307.

<sup>(1)</sup> د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 197 .

<sup>(4)</sup> Arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, du 13 mai 1938, 57302, publié au recueil Lebon . [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

ماله . كما أن تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة إلى أحد الأفراد لإقامة مصنع عليها لا يعتبر عقدا إداريا وإنما من عقود القانون الخاص.<sup>(1)</sup>

ولذلك ظهرت ثلاث نظريات حول صياغة اتصال العقد بالمرفق العام :

### النظرية الأولى: الهدف المباشر

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يكون إداريا إذا كان موضوعه تحقيق هدف من أهداف المرفق العام بطريقة مباشرة، بينما تكون عقودا مدنية أو تجارية تلك العقود التي لا تحقق مثل هذا الهدف مباشرة ولو كانت الإدارة ترمي بإبرامها إلى تحقيق ذلك الهدف بطريق غير مباشرة.

وقد تبنى مؤسس هذه النظرية فكرته على حكمين :

**1 -** كان بصدد عقد تعهد بمقتضاه صاحب سفينة بنقل الجنود والعتاد تحت إدارته فحكمت محكمة التنازع بأن العقد إداري، لأن نشاط المتعاقد في هذه الحالة يحقق مباشرة هدف المرفق العام، ألا وهو نقل الجنود والمؤن .

**2 -** كان بصدد عقد تعهد بمقتضاه المتعاقد على وضع سفينتين تحت تصرف الدولة لاستعمالها في تنفيذ هدف مرفق عام فقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن العقد من عقود القانون الخاص لأنه لا يكلف المتعاقد القيام باستخدام هذه السفن. فالمتعاقد لا يساعد بذاته حالا ومباشرا في تحقيق غرض مرفق عام. إلا أنه تعرضت هذه النظرية للنقد لأنها لم تفرق بين الهدف المباشر والهدف غير المباشر، فمعيار تحقيق هدف المعيار العام، معيار غير محدد وغامض، وبالتالي تكون هذه النظرية عاجزة عن وضع معيار صحيح للعقود الإدارية بالإضافة

<sup>(3)</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر،

إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بها في كثير من الأحيان، فرفض المجلس الاعتراف بالطبيعة الإدارية لعقود كانت تهدف لتسيير المرفق العام بصورة مباشرة وحالة<sup>(1)</sup>.

### النظرية الثانية: اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام

مفاد هذه النظرية أن العقود التي تتضمن مشاركة عارضة أو مؤقتة من قبل المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام تعتبر عقوداً مدنية، وعلى العكس من ذلك فالعقود التي تتضمن مشاركة دائمة من قبل المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام مثل عقد التزام المرافق العامة حيث يقوم الملتزم بأداء الخدمة العامة بدلا من السلطة الإدارية تعتبر عقوداً إدارية حتى ولو لم تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في عقود العمل وإيجار الخدمات والأشخاص وعلى موظفي المرافق التجارية والصناعية وعلى عقود التأمين البحري في وقت الحرب، ويرى البعض أن هذه النظرية تصلح لتبرير الصفة الإدارية لعقود امتياز المرافق العامة، حيث يفترض في المتعاقد مع الإدارة أنه متعاون دائم لها، وعلى الرغم من أن هذه النظرية قد لاقت قبولا في البداية لدى بعض الفقهاء وأيدتها بعض أحكام القضاء، إلا أنها فكرة غير واضحة ولا يصح اعتبارها أساسا يقوم عليه العقد الإداري وذلك لأن كل عقد إداري يشارك فيه المتعاقد بصورة أو أخرى وبدرجات متفاوتة في تسيير المرفق العام أو تقديم خدمات من جانب المرفق العام، فلا يمكن تصور عقد تبرمه الإدارة ولا يتضمن مشاركة من نوع ما من جانب المتعاقد معها.

### النظرية الثالثة: الأوضاع الخاصة للتسيير

ومؤدى هذه النظرية أن هناك بعض المرافق العامة ينظمها القانون بطريقة تستتبع إضفاء الصفة الإدارية على عقودها ومن بين هذه العقود على سبيل المثال عقود التطوع في الجيش،

(1) د. ثروت بدوى، القانون الإداري، المرجع السالف الذكر، ص 507.

فالقانون نضم قواعد عقود الجيش ووضع لها قواعد استثنائية ومن ثم يكون عقد التطوع إداريا ولو لم يتضمن في ذاته شروطا استثنائية غير مألوفة، وقد لاقت هذه النظرية قبولا في البداية، إلا أنها ما لبثت أن تعرضت بدورها إلى النقد. فقد رفض غالبية الفقه اعتبار فكرة الأوضاع الخاصة فكرة قائمة بذاتها، إنما هي في الحقيقة إحدى الشروط الاستثنائية فتكون العقود الإدارية هنا نظرا لتوافر شرط المرفق العام "مرفق الجيش مثلا"، وتوافر الشروط الاستثنائية غير المألوفة وهي تنظيم المرفق وفقا لأوضاع خارجة عن القانون الخاص.<sup>(1)</sup>

ومما تقدم نرى بأن معيار اتصال العقد بنشاط مرفق عام لا يمكن أن يكفي وحده للدلالة على الطبيعة الإدارية للعقد، على أية صورة كانت هذه الصلة، سواء كان العقد يحقق هدف المرفق مباشرة، أو كان يشترك المتعاقد في تسيير المرفق، و إنما كانت طبيعة المرفق العام الذي يساهم المتعاقد في تسييره، فجميع المرافق العامة تستطيع أن تلجأ إلى وسائل القانون العام كما يمكنها أن تستعين بوسائل القانون الخاص، أي أنها تبرم عقودا إدارية وعقودا مدنية بحسب الأحوال.

ثالثا - أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص: بالرجوع إلى القواعد العامة، أن العقد لا يعتبر إداريا رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، إلا إذا تضمن شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

(1) د. ثروت بدوي، المرجع السالف الذكر، ص 510.

**1- تعريف الشروط الاستثنائية غير المألوفة:** ويقصد بالشرط الاستثنائي غير المألوف، هو إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي الطرفين أو يفرض عليهم التزامات مختلفة عن تلك الواردة في إطار القوانين المدنية والتجارية.<sup>(1)</sup>

و على الرغم من أن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري قد حاولت وضع تعريف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص إلا أن هذه المحاولات كانت قليلة جدا وجاءت ناقصة يعوزها الدقة والتحديد، حيث اكتفت الأحكام التي تصدت لمحاولة تعريف الشروط الاستثنائية على اختلافها عن الشروط التي يمكن أن يحتويها أي عقد من عقود القانون الخاص.<sup>(2)</sup>

وبالرجوع إلى التعريف الفقهي للشروط الاستثنائية، يرى الأستاذ " **rêne chapus** " أن الشرط الاستثنائي هو ذلك الشرط الذي يعتبر غير مشروع في عقود القانون الخاص بحيث لا يجوز للأفراد إدراجه في عقودهم، ولو كانون في مركز يسمح لهم بذلك، فهو يكشف عن مباشرة الإدارة لسلطات استثنائية لا تتيسر ولا تنتمي إلا إليها وحدها. هي تلك الشروط التي لا نجد عادة في عقود القانون الخاص أي عقود الأفراد لأنها مخالفة للنظام العام، لأنها تدرج في العقد من قبل السلطة الإدارية لاعتبارات الصالح العام التي هي غريبة عن الأشخاص الخاصة عند إبرام عقودها، بينما ذهب الفقيه " **vedel** " إلى أن الشروط الاستثنائية هي

<sup>(1)</sup> **Ibrahim Elbeherry**. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. P131 . Sciences , de l'Homme et Société. Université Nice Sophia Antipolis, 2004. Français. [www.tel.archives-ouvertes.fr](http://www.tel.archives-ouvertes.fr).

<sup>(2)</sup> د.محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1995، ص 140.

المعيار الوحيد للتعرف على العقد الإداري<sup>(1)</sup>، ومرجع ذلك إلى أن الشرط الاستثنائي هو الدليل الذي يبين أن المتعاقدين قد اتبعوا أسلوب القانون العام.<sup>(2)</sup>

بحيث لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد المدنية و التجارية ليس بسبب مخالفتها للنظام العام، أو استحالتها ولكن لأنها تتسم بطابع السلطة العامة بالنسبة لما اعتاده الأفراد في عقود القانون الخاص. أما بالنسبة لمحاولات بعض الفقه العربي لتعريف الشروط الاستثنائية غير المألوفة منها تعريف الدكتور مصطفى أبو زيد والذي عرفه " بأنها شروط لو وضعت في عقد مدني لقضي القانون ببطلانه ولكنها لا يجب أن تكون دائما كذلك بل يمكن أن تتمثل في شروط لا يعتاد الأفراد أن يراها في عقد القانون الخاص.<sup>(3)</sup> "ومن بين الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود الإدارية الدولية :

أ- الشروط التي تتضمن امتيازات الإدارة : وهي التي لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر وهذه الامتيازات في مجال شروط العقد، هي أبرز ما يميز العقود الإدارية الدولية، إذ بمقتضاها تحتفظ الإدارة بامتيازات استثنائية تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد<sup>(4)</sup>، وتحمل المتعاقد

<sup>(1)</sup> Tirant la conséquence de l'existence d'une clause exorbitante, le Tribunal des conflits constate la présence d'un contrat administratif afin d'attribuer compétence à l'ordre de juridiction administrative. **Voire** :G.Vedel ,la notion de clause exorbitante Mèlanges Mestre, p547. Sirey, 1956 .

[www.actu.dalloz-etudiant.fr](http://www.actu.dalloz-etudiant.fr) .

<sup>(2)</sup> **Vedel**, Droit administratif, T.L ,p61. [www.actu.dalloz-etudiant.fr](http://www.actu.dalloz-etudiant.fr)

<sup>(3)</sup> د.محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السالف الذكر، ص 47.

<sup>(4)</sup> قانون التجارة الدولية غالبا ما يتجاهل أثر الامتيازات الممنوحة لجهة الإدارة، والتي يمكن أن تمارسها في غلاقتها مع أحد الأشخاص الخاصة، راجع، محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، المرجع السابق، ص 53 .

معها بالتزامات تجعل موقف المتعاقدين في العقود الإدارية الدولية غير متكافئ، وهذه السلطات المخولة لجهة الإدارة لا توجد في نطاق القانون الخاص، ومن أمثلت الشروط التي تعطي الإدارة الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، وكذلك الشروط التي تنص على حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية واتخاذ الإجراءات الضرورية لحسن تنفيذ المرافق العامة مثل الوضع تحت الرقابة.<sup>(1)</sup>

أما بالنسبة لمبدأ المساواة في التشريع الجزائري نجد بأن أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى فيها الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم.<sup>(2)</sup>

لكن ليست كل هذه الشروط في صالح جهة الإدارة فمنها ما يقرر لها امتيازات في مواجهة المتعاقد معها مثل التنفيذ المباشر، ومنها ما يرتب التزامات على عاتق الإدارة نفسها لمصلحة المتعاقد معها مثل تخويل الملتزم سلطة نزع الملكية لإقامة منشآت المرافق العامة أو منحه سلطات بوليسية تجاه المنتفعين بخدمات المرفق.<sup>(3)</sup>

(1) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 50.

(2) وهو ما قضت به نص المادة الثالثة من الاتفاقية الثنائية الموقعة بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية اليونانية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-205 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2001 حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقعة بالجزائر يوم 20 فبراير سنة 2000. الجريدة الرسمية العدد 14 بتاريخ 29 يوليو 2001. على انه "يمنح كل طرف متعاقد للاستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، معاملة. لا تقل امتيازاً عن تلك التي يمنحها لمستثمريه أو لمستثمري أي دولة أخرى، ويؤخذ بالمعاملة الأكثر امتيازاً."

(3) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع سابق، ص 46.

## ب- شروط الثبات التشريعي التي يتضمنها العقد الإداري الدولي:

يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لصالحها من الوضع القانوني للبلاد بحيث من الممكن أن يؤثر على النصوص التي تكفل المساواة بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد مثل تغيير النصوص التشريعية.<sup>(1)</sup> بحيث يطلب المستثمرون الأجانب بموجب هذا الشرط، تجميد القانون المحلي في وقت تنفيذ عملياتهم.<sup>(2)</sup> وهو ما أقره المشرع الجزائري بالنسبة لشرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار رقم 16-09 بأن لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة.<sup>(3)</sup> وهو ما أقرته اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية على أن تتمتع المشروعات الاستثمارية العربية للدول المتعاقدة بالحماية القانونية في الدولة المضيفة.<sup>(4)</sup>

<sup>(1)</sup> لكن قد تلجأ الدولة إلى التغيير في منظومتها القانونية مثل التعديل في قانون الصفقات العمومية الخاص بها في حالات تعديل سعر العقد وذلك من أجل ضمان التوازن المالي للعقد بين الإدارة والمتعاقد معها خاصة في العقود الإدارية الدولية، مثل عقد الإنشاءات الدولية، راجع، محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2010، ص 63

<sup>(2)</sup> Ibrahim El beherry. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. P.114 , voire : [www.tel.archives-ouvertes.fr](http://www.tel.archives-ouvertes.fr)

<sup>(3)</sup> نص المادة 22 من القانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار لسنة 2016، السالف الذكر.

<sup>(4)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 4 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية وافق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية على هذه الاتفاقية بقراره رقم 1125 / د71 بتاريخ 2000/6/7. تتمتع المشروعات الاستثمارية العربية للدول المتعاقدة بالحماية القانونية في الدولة المضيفة إلى جانب الضمانات التالية : عدم جواز تأميم المشروعات أو مصادرتها . كما لا يجوز على أموالها أو الاستيلاء عليها أو تجميدها أو مصادرتها أو التحفظ أو فرض الحراسة عليها عن غير طريق القضاء . عدم جواز نزع ملكية المشروعات الاستثمارية كلها أو بعضها إلا للمنفعة العامة وطبقاً للقانون ودونما تمييز مقابل تعويض عادل .

فقد يؤدي تغيير القانون أو إلغائه إلى زيادة الضرائب أثناء تنفيذ العقد الأشغال الدولي، لاسيما وأن هذا العقد من العقود طويلة المدة فتأتي شروط الثبات لتعفي المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة.<sup>(1)</sup>

### ج- الشروط المتعلقة بالقانون العام:

وهي الشروط التي تخرج عن نطاق القانون الخاص، لأنها تتضمن إحدى القواعد الخاصة بالنظرية العامة للعقود الإدارية أو لأنها مستنتجة من أهداف واعتبارات خاصة بالصالح العام ومن أمثلتها الشروط التي تحيل إلى النظرية العامة للعقود الإدارية. وكذلك الإحالة إلى دفاتر الشروط، وهي دفاتر تتضمن شروطا موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية تعد سلفا وتعتبر جزء من العقد الإداري بعد إبرامه بجواز الشروط الخاصة التي يتفق عليها الطرفان إذا لم يتضمن العقد شروطا غير مألوفة وأحال إلى دفاتر الشروط.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني : اكتساب العقد الصفة الدولية

اختلف الفقه والقضاء بشأن المعايير التي يكتسب بها العقد الصفة الدولية، فذهب جانب إلى تبني المعيار القانوني، بينما يذهب جانب آخر إلى تبني معيار آخر وهو المعيار الاقتصادي، إلا أنه ظهر اتجاه ثالث ينادي بالمعيار المختلط، وسوف نتعرض لهذه المعايير المختلفة بشيء من الإيجاز .

<sup>(1)</sup> وتعد شروط الثبات التي يتضمنها العقد الإداري الدولي من أهم الشروط التعاقدية التي تضفي على هذا العقد الخاصية المركبة والتي تؤكد أن طبيعة هذا العقد قد غيرت من كونه عقدا إداريا إلى عقد إداري ذو طبيعة مختلطة ينظر، محمد عبد المجيد إسماعيل - دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة - المرجع سابق، ص 59.

<sup>(2)</sup> د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 52.

## أولاً - المعيار القانوني لدولية العقد:

تعتبر العلاقة دولية وفقاً لهذا المعيار، متى كان من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التي أعدت خصيصاً لحكم العلاقات الدولية، بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي وترتبط بأنظمة قانونية أخرى.<sup>(1)</sup> أو بمعنى آخر العقد الدولي هو الذي تنطوي فيه الرابطة العقدية على عنصر أجنبي واحد أو أكثر، سواء كان هذا العنصر هو أطراف العلاقة أو المال بموقعه، أو التصرف بمحل إبرامه أو تنفيذه.<sup>(2)</sup> وذلك من خلال :

## 1- وجود مركز أعمال المتعاقدين في أكثر من دولة :

العقد المبرم بين شخصين يكون مركز أعمال كل واحد منهما في دولة مختلفة عن الأخرى يكون بهذا الوصف يتسم بالصفة الدولية، حتى ولو تم إبرام هذا العقد أو تنفيذه في دولة واحدة ولا يلزم أن يكون مركز الأعمال المعنى هنا، مركز الأعمال الرئيسي للمتعاقد المعنى، بل يكفي أن يكون هذا المركز على صلة بالعقد محل الاعتبار، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا بخصوص عقد البيع الدولي للبضائع 1980.<sup>(3)</sup> فلا تنطبق الاتفاقية على كل أنواع عقود البيع الدولي للبضائع، بل مجالها محدود بعقود البيع الدولي التي تفي بمتطلبات محددة بشأن الصفة الدولية، ويكون عقد البيع البضائع دولياً عندما توجد أماكن العمل ذات الصلة للطرفين لحظة إبرام العقد في دول مختلفة، ولمفهوم مكان العمل أهمية حاسمة في تحديد الصفة

(1) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء

التحكيم، بدون ذكر دار النشر، 2005، ص 21.

(2) د. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، المرجع السابق، ص 79.

(3) المادة الأولى من الاتفاقية اتفاقية فيينا لسنة 1980، السالفة الذكر التي نصت على أنه: تُطبَّق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة . أو عندما تؤدّي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

الدولية للعقد.<sup>(1)</sup> وهو ما جاء به مجموعة مبادئ لاهاي في مؤتمر ل للقانون الدولي 2015 على أنه يعتبر العقد دولياً بشرط ألا تقع في دولة واحدة مؤسسات أطراف العقد.<sup>(2)</sup>

## 2- اختلاف جنسية أطراف العقد :

إن اختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة ليس له قيمة إلا ضئيلة في اكتساب العقد الصفة الدولية، وإذا اعتمدنا على المعيار القائم على هذا الأساس واعتمدنا عليه في إسباغ الصفة الدولية على عقد معين، فسوف يقودنا ذلك إلى نتائج غير موفقة، و مثال ذلك : إذا قام أحد الأشخاص بشراء أغراض من السوق من بائع ألماني وجنسية المشتري فرنسي ومكان السوق دولة أجنبية أخرى، فالعقد المتقدم سوف يكون دولياً إذا أخذنا في الاعتبار معيار الجنسية السالف الذكر، باعتبار أن البائع ألماني والمشتري فرنسي، وهو نفس المبدأ تبناه الفقه العربي حيث يذهب الأستاذ الدكتور محمد وليد المصري، إلى أنه لا يكفي المعيار القانوني لإسباغ الصفة الدولية على العقد، فلا يكفي حسب رأيه مثلاً اختلاف جنسية المتعاقدين فحسب للاعتراف بهذه الصفة، وإخضاع العقد لقانون أجنبي مثال : لا يعتبر دولياً عقد البيع المبرم في الأردن بين تاجر سوري مقيم في الأردن، و تاجر أردني آخر بشأن بضاعة أردنية بهدف تسويقها في الأردن فهل يعقل اعتبار العقد دولياً هنا بالاستناد إلى الجنسية السورية للمتعاقد فحسب.؟

<sup>(1)</sup> نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 2012. ص 4.

<sup>(2)</sup> حيث أصدر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص مجموعة مبادئ غير ملزمة تسترشد بها الدول، لأجل تعزيز مبدأ إرادة الأطراف في اختيار القانون أي يحكم عقود التجارة الدولية . نقلاً عن، زياد خليف العنزري، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13 العدد 2 ديسمبر 2016. التقييم الدولي المعياري للدوريات 2320-1996 .

كما يؤكد الفقه الدولي أن صحة المعيار القانوني لإسباغ الصفة الدولية على العقد محل الدراسة ولكن شريطة قدرة هذا المعيار على نزع الصفة الوطنية عن العقد، أو بعبارة أخرى صحيح أن المعيار القانوني أي اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني يكفي لإثارة مشكلة تنازع القوانين، إلا أنه يتوجب على القاضي مسبقا بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص التأكد مما إذا كانت ضوابط الإسناد في العقد " كالجنسية ومحل إبرام العقد... الخ " كافية لتنزع عن العقد الصفة الوطنية، ويمكن القول في هذا السياق أن اختلاف موطن أو محل الإقامة للمتعاقدين، ليس له تأثير على طبيعة العقد محل الدراسة، شأنه في ذلك شأن الجنسية.<sup>(1)</sup>

### 3- تنفيذ العقد خارج الدولة الإقليمية :

إن تنفيذ العقد خارج الدولة الإقليمية، هو أمر له أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فالعقد المبرم بين جزائريين والذي سوف يتم تنفيذه في فرنسا يعتبر عقدا دوليا. وذلك إذا اتصل العقد بمصالح تجارة دولية. إن وجود المال محل التعاقد في خارج الدولة الإقليمية من شأنه أن يثير تنازعا بين القوانين وخاصة في الفرض الذي يكون فيه هذا المال عقارا، بحيث يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه، كذا الحال بالنسبة للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة والتي تحتاج إلى إجراءات تسجيل، ولكن إشكال معيار تمييز العقد الدولي يفقد أهميته إذا كانت المنقولات المعنية من النوع العادي.

وقد تعرض المعيار القانوني لدولية العقد لانتقادات شديدة لأنه يتسم بالجمود ويعتبر العقد دوليا مجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي بغض النظر عن ثقل هذا العنصر أو أهميته داخل الرابطة العقدية، لذلك حاول الفقه الحديث من مؤدى هذا المعيار تحاشي هذا النقد عن طريق التفرقة بين العناصر المؤثرة في العقود والتي تكسبها الصفة الدولية، وبين العناصر غير المؤثرة في مثل هذه العقود، وقد اعتبر الفقه الحديث أن عنصر محل التنفيذ،

(1) د . هشام خالد، ماهية العقد الدولي، المرجع السابق، ص 57 / 63 .

وعنصر اختلاف موطن المتعاقدين تعد من العناصر المؤثرة والحاسمة في اكتساب العقد الصفة الدولية، ونخلص مما سبق أن المعيار القانوني هو اتصال الرابطة العقدية بنظام قانوني أجنبي من خلال عنصر مؤثر في هذه الرابطة.<sup>(1)</sup>

### ثانيا- المعيار الاقتصادي لدولية العقد :

يعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار إذا استتبع العقد عملية مد وجزر لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول، ينتج عنها روابط تبادلية بين الأطراف، مثل العقود التي تتضمن استيرادا للمواد الخام وتصديرا لرؤوس الأموال، يعد العقد دوليا وفقا لأنصار هذا الاتجاه، إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية اتصالا وثيقا، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشيرا إلى المعيار الاقتصادي وذلك حينما نص على أن: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".<sup>(2)</sup> وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في نص المادة 1504 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي وفقا للمرسوم رقم 48 لسنة 2011 المعدل لأحكام قانون التحكيم الفرنسي.<sup>(3)</sup> هو العقد الذي ينطوي على التحكيم الدولي على مصالح التجارة الدولية. كما ويعد فيها العقد دوليا إذا تعدى آثاره وتبعاته إلى خارج حدود الدولة، وبالتالي

<sup>(1)</sup> نقلا عن، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السالف الذكر، ص 80.

<sup>(2)</sup> نص المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، السالف الذكر .

<sup>(3)</sup> **Art. 1504.** Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international . **VOIR:** Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. JORF n°0011 du 14 janvier 2011 , Texte n°9.

فخروج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ في الاعتبار عند تحديد دولية هذا العقد.<sup>(1)</sup>

### ثالثا - المعيار المختلط لدولية العقد:

يجمع هذا المعيار بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، في معيار واحد، إذ يستلزم توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية مع تعلقها في نفس الوقت بمصالح التجارة الدولية، وقد أيد القضاء الفرنسي الحديث هذا الاتجاه خاصة في عقود الوكالة الدولية التي تتم بين شركة أجنبية ووكيل لتوزيع منتجاتها في بلد أجنبي، وعلى أساس ما تقدم يري الفقه العربي، ومن بينهم الأستاذ "محمد وليد المصري" وجوب إجماع المعيارين مع القانوني والاقتصادي، قد يحققان الطريقة الأفضل لإسباغ الصفة الدولية للعقد.<sup>(2)</sup> فالمشروع الجزائري أخذ في بدايات تعامله مع التحكيم الدولي بمعيار مختلط، وقد تجسد ذلك في المادة 458 مكرر، بنصها على أن: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج."<sup>(3)</sup> فواضح من هذا النص أن الجزائر كانت تأخذ بالمعيار الاقتصادي وبالمعيار القانوني في ذات الوقت بنصها على أن: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج." غير أن المشروع الجزائري تراجع فيما بعد وأخذ في المادة 1039 من قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالمعيار الاقتصادي فقط تأثرا

<sup>(1)</sup> د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية الطبعة الأولى، 2008، ص 85 .

<sup>(2)</sup> ينظر، د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، المرجع السالف الذكر، ص 11 .

<sup>(3)</sup> نص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993. المتضمن قانون الإجراءات

بالمشروع الفرنسي حينما نص في المادة 1504 السالفة الذكر على أن: " التحكيم الدولي ينطوي على مصالح التجارة الدولية."<sup>(1)</sup> وقد تبني المشروع المصري في نص المادة الثانية من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، المعيار المختلط لدولية العقد حينما نصت المادة على أنه، يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع بين حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدي كانت أو غير عقدي.<sup>(2)</sup>

---

<sup>(1)</sup> **VOIR:** Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. JORF n°0011 du 14 janvier 2011 , Texte n°9.

<sup>(2)</sup> نص المادة 2 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. السالف الذكر .

## المبحث الثاني : صور العقود الإدارية الدولية

من نتائج التطورات المتلاحقة التي طرأت على العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية فيما بعد نهاية الحرب العالمية الثانية - لاسيما فترة أواخر الستينيات وما بعدها - أن نشأت قواعد قانونية جديدة لتتلاءم مع النمو الاقتصادي والتكنولوجي، والتي تعرف بالقانون الدولي الاقتصادي أو القانون الدولي للعقود. وقد كان من أهم الموضوعات التي ارتبطت بهذا الفرع الجديد، موضوع العقود الاقتصادية الدولية أو عقود التنمية الاقتصادية، وقد أعتد في ظهور هذا النوع من العقود على تطور العلاقات الاقتصادية والتجارية ذاتها ولاسيما في ظل سيطرة المبدأ الذي يعرف في القانون الدولي بمبدأ سلطان الإرادة على العلاقات التعاقدية. وأطلق كذلك على هذا النوع من العقود تسمية اتفاق التنمية. ومن بين هذه العقود ذات الطابع الدولي برزت طائفة لاعتبارات تتعلق بالطبيعة القانونية لأحد الأطراف، فمن بين أطراف العلاقة القانونية في هذه العقود أطراف من القانون الخاص ممن ينتمون بجنسيتهم لدولة ما أو بتوطنهم أو تركز مراكز أعمالهم داخل الدولة، ويكون الطرف الثاني أحد أشخاص القانون العام سواء الدولة نفسها أو أحد المشروعات العامة فيها، والتي تتمتع بامتيازات السلطة العامة. وهذه الطائفة من العقود هي ما يطلق عليها الآن بالعقود الإدارية الدولية، ولها صور متعددة تتمثل في عقد الامتياز وعقد البوت وعقود الاستثمار وعقود الأشغال العامة والتي سنتناولها في المطلبين التاليين: عقد الامتياز و عقود البوت في المطلب الأول. و عقود الاستثمار و عقود الأشغال العامة الدولية في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: عقود البوت و عقود الامتياز

تتنوع صور عقود الدولة، من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم، إلا أنه يكاد يكون سبب التعاقد من جانب الدولة واحداً، وهو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في اطار السياسة العامة للدولة. أما الهدف من التعاقد للطرف الأجنبي مع الدولة هو تحقيق أكبر قدر من الربح ومن أبرز هذه العقود :

## الفرع الأول: عقود البوت B.O.T

هو اختصار للكلمة الانجليزية، البناء، التشغيل، نقل الملكية، ويقابلها بالفرنسية المصطلح البناء، الاستثمار، نقل الملكية. وهو نوع من العقود الذي يستهدف القيام بمشاريع ضخمة، تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية للقيام بإنشاء مرافق عامة وتشغيلها لحسابها الخاص لمدة من الزمن، على أن تلزم بنقل ملكيتها إلى الدولة، أو إدارتها العامة، أو المؤسسات العامة التابعة للدولة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها واصطلاح البوت<sup>(1)</sup>، وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي<sup>(2)</sup> عقد البوت بأنه " شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية، ويدعى شركة المشروع، امتياز لتنفيذ مشروع معين وبالمقابل تقوم هذه الأخيرة ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد

(1) د. الياس ناصيف، العقود الدولية، عقود البوت، في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية،

الطبعة الثانية، بيروت لبنان، 2011 ص/ص 82/81 .

(2) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي : هي الهيئة القانونية الرئيسية لمنظومة الأمم المتحدة في مجال

القانون التجاري الدولي أنشأت عام 1966 ويتنخب أعضاء اللجنة لفترة ولاية مدتها ستة سنوات، وتنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء كل ثلاثة سنوات، ويجتمع الأعضاء مرة واحدة سنوياً، في نيويورك وفيينا بالتعاقب، وتعد اللجنة نصوصاً قانونية في عدد من المجالات، مثل مجال تسوية المنازعات التجارية الدولية، وممارسات العقود الدولية منشور

على موقع : [www. Sit.eastlaws.com](http://www.Sit.eastlaws.com)

من السنوات، لتسترد تكاليف البناء، وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستثماره تجاريا وفي نهاية عقد الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة.<sup>(1)</sup>

وقد تنوعت في الفترة الأخيرة صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم هذه المشروعات وخاصة مشروعات البنية الأساسية مثل الكهرباء والطاقة والمرافق والطرق والأنفاق والمحروقات، النقل النهري والبحري والجوي. وتتفاوت أشكال هذه المشروعات في كثير من عقودها وفقا للصورة التي يتم بها إنشاء المشروع، فمنها مشروعات تتضمن تحويل ملكية الأصول و الإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وما يرتبط بذلك من نقل للمخاطر المالية والفنية والتجارية من على عاتق القطاع العام إلى القطاع الخاص ومن المشروعات ما يبقى على ملكية الدولة مع نقل إدارته وتشغيله ومخاطره لمدة معينة إلى القطاع الخاص.

وإن كان هذا النظام يفرز العديد من الصور وينقسم إلى تقسيمات من بينها :

### أولا- عقود ملكية مشروعات للدولة:

هذا النوع من العقود مهما تنوعت صورته وأنواعه والغاية التي أبرم من أجلها، تبقى دائما ملكية المشروع فيها للدولة، فهو عبارة عن خدمة يقدمها القطاع الخاص للقطاع العام،  
و أهمها<sup>(2)</sup>

**1- عقود تقديم الخدمات :** وفيها يتولى القطاع الخاص تقديم خدمة للقطاع العام أو الحكومة مقابل ثمن محدد وتظل الحكومة أو جهة القطاع العام مسئولة عن المشروع و مخاطره

<sup>(1)</sup> د. سعد بن سعيد الزيادي، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري الدولي بدول مجلس التعاون الخليجي بتعاون مع غرفة تجارة وصناعة عمان، بدون ذكر دار النشر، 2014، ص 07.

<sup>(2)</sup> صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2013/2012 ص 23 .

التجارية كإقامة محطة كهرباء أو مياه. وذلك بتزويد الدولة بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد المعنية على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الانتاج واصلاحها وصيانتها فهو نوع من العقود يعمل على تقديم الخدمات الضرورية لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ.<sup>(1)</sup>

**2- عقد إيجار المرافق العامة الاقتصادية :** وهو يعرف بعقد التأجير والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.R.O.T وفيها تؤجر جهة القطاع العام أو جهة الحكومة إلى القطاع الخاص أصول مرفق معين، كمرفق المياه أو الصرف الصحي، لمدة محددة في مقابل أجر محدد وذلك لرفع كفاءة تشغيله.<sup>(2)</sup>

### 3- عقود التزام المرافق العامة :

وهي عقود التزام لكن في مضمونها تتقارب مع عقود البيوت، حيث تتعهد فيها إحدى الشركات بأداء خدمة للجمهور لمدة محددة وذلك بمنحها ترخيصا بذلك وباستغلال المشروع وفي مقابل حصوله على تعريفه محددة يتقاضاها من الجمهور في مقابل قيامه بأداء خدمة على أن يتحمل الملتزم المخاطر التجارية الناشئة عن تشغيل المرفق.<sup>(3)</sup> وهذه الطريقة في إدارة المرافق

(1) ويمكن أن يكون في صورة عقود متعلقة بتقديم خدمات خاصة، وهو ما قضت به نص المادة 1/24 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، على أنه "يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإجراءات المكيفة عندما يتعلق الأمر بالخدمات المتعلقة بالنقل والفندقة والإطعام والخدمات القانونية مهما كانت مبالغها".

(2) سعد بن سعيد الديايب، **التحكيم في عقود الانشاءات الدولية**، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشرة لمركز

التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي بالتعاون مع غرفة التجارة والصناعة بعمان، 2014، ص 10.

(3) ثروت بدوي، **القانون الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 449.

العامة يكون مجال استعمالها في المرافق العامة الاقتصادية مثل مرفق الكهرباء، أو مرفق المياه، أو الغاز أو السكة الحديدية... إلخ<sup>(1)</sup>

**4- عقود البناء والتحويل والتشغيل B.T.O:** وتتولى فيها شركة القطاع العام تمويل وتشيد المرفق لجهة حكومية تملكه من البداية ويقتصر دور شركة القطاع الخاص بعد التمويل والتشيد على تشغيله على أساس تجاري لفترة معينة ويحصل في مقابل ذلك على عائد يتفق عليه ثم تحول أصوله إلى الجهة الحكومية المالكة.<sup>(2)</sup>

**5- عقود البناء والتأجير والتحويل B.L.T:** وتتولى فيه شركة القطاع الخاص بناء المشروع ليكون من البداية للدولة واستجاره وتشغيله على أساس تجاري لفترة معينة وتحصيل عائد منه ثم تحول أصوله للجهة الإدارية المسؤولة عنه.<sup>(3)</sup>

**ثانيا- عقود المشروعات التي يمتلكها القطاع الخاص :** في هذا النوع من العقود تكون الملكية للقطاع الخاص بالرغم من أن الجهة المانحة هي القطاع العام مثل : عقود البناء والتملك والتشغيل **B.O.O** وهنا تمنح الدولة ترخيصا لإحدى شركات القطاع الخاص لبناء مرفق جديد وتملكه وصيانته وتشغيله وتحمل جميع مخاطره وتكون ملكية شركة القطاع الخاص نهائية ويمثل هذا النوع من العقود خصخصة نشاط معين.<sup>(4)</sup>

### الفرع الثاني : عقود الامتياز

(1) وهو ما قضت به نص المادة 1/25 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري التي نصت على أنه " ترم الصفقات العمومية المتعلقة بتكاليف الماء والكهرباء والغاز والهاتف والأنترانت طبقا لأحكام المادة 35 من هذا المرسوم."

(2) سعد بن سعيد الذيابي، التحكيم في عقود الانشاءات الدولية، السالف الذكر، ص 7.

(3) حصام سميرة، عقود البوت **B.O.T** اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل

درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 20

(4) د. خالد محمد القاشي، المرجع السالف الذكر، ص 42

عرف عقد الامتياز في التشريع الجزائري من خلال قانون المحروقات رقم 05-07 على أنه وثيقة يرخص بموجبها الوزير المحلف بالمحروقات لصاحب الامتياز بإنجاز واستغلال منشآت النقل بواسطة الأنابيب، لمدة محدودة، مع مراعات تنفيذ الالتزامات المكلف بها بموجب هذه الوثيقة<sup>(1)</sup>

كما عرف القضاء الإداري المصري عقد الامتياز بأنه " عقد إداري يتعهد بموجبه أحد الأطراف أو الشركات بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح.<sup>(2)</sup> فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية. " ولهذا العقد عدة صور نورد منها.<sup>(3)</sup>

#### أولا- عقد امتياز استغلال الثروات:

أو ما يسمى بالامتياز النفطي وهو أكثر شيوعا في الدول النفطية، عن طريق وثيقة يرخص بموجبها وزير الطاقة والمناجم لصاحب الامتياز بإنجاز واستغلال منشآت النقل بواسطة الأنابيب، لمدة محدودة، مع مراعات تنفيذ الالتزامات المكلف بها بموجب هذه الوثيقة. وعقد امتياز استغلال الثروات هو من عقود الشراكة الدولية يسمح بإنجاز نشاطات البحث أو استغلال المحروقات بين شركة وطنية ذات أسهم ممثلة للدولة مثل سوناطراك و شريك أو شركاء أجنب، بموجب ترخيص تسلمه الوكالة الوطنية لتتمين موارد المحروقات في الجزائر<sup>(4)</sup>، تحدد

<sup>(1)</sup> نص المادة 5 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> تعريف محكمة القضاء الإداري المصري، في حكمها بتاريخ 25 مارس 1956، نقلا عن د. جابر جاد نصار،

العقود الإدارية، المرجع السالف الذكر، ص 72 .

<sup>(3)</sup> د. ماجد راغب الحلو، المرجع السالف الذكر، ص 38 .

<sup>(4)</sup> نص المادة 5 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات.

المدة القصوى لعقد امتياز البحث والاستغلال ب32 سنة.<sup>(1)</sup> وفي السياق ذاته تم سنة 2017، التوقيع على عقد امتياز بين مجمع "سوناطراك"، والوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط"، والمجمع الفرنسي "توتال"، وكذا الشركة الطاقوية الإسبانية "سييسا"، حول المشروع الغازي بمنطقة تيميمون السالف الذكر بهدف تطوير المشروع الذي سيتم استغلاله بشكل مشترك من طرف "سوناطراك" و"توتال".<sup>(2)</sup>

### ثانيا- عقود امتياز نقل المحروقات عن طريق الأنابيب:

وهو من العقود الدولية في مجال المحروقات، تمتد مدته 50 سنة<sup>(3)</sup>، في المشروعات المتعلقة بالأنابيب الدولية القادمة من خارج التراب الوطني لتعبئه، أو الأنابيب الدولية التي يكون منطلقها من التراب الوطني، و يمنح الوزير المكلف بالمحروقات امتياز النقل، بعد أخذ رأي سلطة ضبط المحروقات.<sup>(4)</sup> عند انقضاء مدة عقد البحث أو استغلال المحروقات، يتم تحويل ملكية كل المنشآت التي تسمح بمواصلة النشاطات لصالح الدولة، وتبلغ الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط" للمتعاقد قائمة الهياكل والمنشآت التي لا ترغب الدولة في تحويل ملكيتها خلال مدة ثلاثة سنوات على الأقل قبل نهاية مدة عقد البحث أو الاستغلال. يتم التحويل دون أي تكاليف تتحملها الدولة.<sup>(5)</sup>

<sup>(1)</sup> نص المادة 35 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> حيث كانت تسعى شركة "توتال"، إلى جرّ مجمع "سوناطراك" والحكومة الجزائرية على وجه العموم، نحو

تغيير بنود عقد الشراكة الذي يربط الطرفين في مشروع حقل الغاز بتيميمون، من خلال تعديل القانون رقم 01/13، المعدل والمتمم للقانون رقم 07/05، المتعلق بالمحروقات، والضابط تحديدا لعقود البحث والاستغلال على أرض الوطن، بشكل يمكنها من الظفر "استثنائيا" بامتيازات غير مسبوقه. منشورة يوم 17 / 04 / 2018 على موقع :

www.djazair.com

<sup>(3)</sup> نص المادة 71 من القانون رقم 05-07 الخاص بالمحروقات، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

<sup>(4)</sup> نص المادة 73 من القانون رقم 05-07 الخاص بالمحروقات، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

<sup>(5)</sup> نص المادة 80 من القانون رقم 05-07 الخاص بالمحروقات، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

ولكن ثار خلاف حول تكييفه ما إذا كان هذا العقد هو عقد امتياز مرافق عامة أم عقد امتياز أشغال عامة، ويعود هذا النوع من العقود إلى زمن بعيد نسبا في مجال استغلال الثروات الطبيعية، لاسيما البترول، وقد ازدادت أهمية هذا النوع من العقود، بعد الحرب العالمية الثانية لسببين رئيسيين يرجع أولهما، إلى ظهور عدد كبير من الدول الحديثة الاستقلال عن الدول الاستعمارية والتي خططت لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، أما السبب الثاني فيرده الفقه الدولي إلى أن انفتاح دول أوروبا الشرقية على دول الغرب الصناعي فقد أدى ذلك إلى نشأة الكثير من العلاقات التعاقدية التي كانت الدولة طرفا فيها باعتبارها المحتكرة لقطاع التجارة الدولية. وإذا كانت الدولة لا تتدخل باستمرار بنفس الدرجة في النواحي الاقتصادية إلا أن درجة هذا التدخل تختلف باختلاف النظام السياسي المعمول به. ومع ذلك فأيا كان هذا النظام وفيما عدا الدول التي تضيف الصبغة العامة على كامل اقتصادها كالصين الشعبية فإن تدخل الدولة يبرز في بعض المجالات التي يظهر فيها تعلقها بالسلطة المطلقة أو السياسية للسلطات العامة و مثال ذلك: استغلال واستخراج وتصنيع الثروات الطبيعية والتي كانت تقتضي في الغالب وجود شريك أجنبي فيما عرف بعقود الامتياز التي قد تطورت لتأخذ صور أخرى كعقود المشاركة أو المشروعات المشتركة.

فعقود الامتياز في فترة سابقة كانت الخطوة الأولى إلى الرجوع للاستعمار من جديد، ولكن بعد حصول الدول المنتجة على حق تأمين ثرواتها، أعادت مراجعة عقود الامتياز المبرمة مع الشركات الاستعمارية والدخول معها في مفاوضات لتغيير طبيعة هذه العقود والدخول في المشاركة في العائدات البترولية وتأمينها مثل ما فعلت الدولة الجزائرية حينما قامت بتأمين المحروقات واسترجاع كامل السيادة عليها.

## المطلب الثاني: عقود الاستثمار و عقد الأشغال العامة الدولي

في اطار التنمية والنهوض بالبنية التحتية لأي دولة خاصة النامية منها تحتاج، تكون محتاجة إلى آلية فعالة للتطور والتقدم وتحسين مستوى عيش المواطن عن طريق انشاء المرافق العامة التي تقدم مختلف الخدمات بالإضافة إلى توفير فرص العمل بتكلفة أقل، حيث تلجأ الدولة إلى استغلال فرص الاستثمار في جميع مواردها للمستثمرين الأجانب، عن طريق إبرام عقود أشغال عامة ذات طابع دولي، المنبثقة من عقود الاستثمار، و هذا ما سنحاول أن نبينه من خلال مايلي :

## الفرع الأول: عقود الاستثمار

تعرف عقود الاستثمار في الفقه بأنها " اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية بهدف المساهمة في انجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد الذي يضيف الاستثمار الذي يلتزم بدوره تقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية." (1)

كما يعرفه الدكتور خالد كمال عكاشة بأنه " العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم اقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد." أو هي تلك العقود التي بمقتضاها يتم إيصال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر في المقام الأول تسيير مرفق عام، وذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة إما بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني. (2)

(1) د. علي إبراهيم، العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 317 .

(2) د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 91

تعد عقود الاستثمار أكثر صور عقود الدولة التي نالت القسط الأكبر من اهتمام فقهاء القانون الدولي، وذلك لارتباطه بالجانب الاقتصادي للدولة، لدى عرفه الفقه بأنه العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم اقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد والمنتفع منه مواطنو الدولة المضيفة للاستثمار، ووفقا لعقود الاستثمار يلزم المستثمر الأجنبي بتقديم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الانتاجية أو بتقديم الخبرات الفنية اللازمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة، ويقتصر الاستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات<sup>(1)</sup>، وقد عرف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية التي عقدتها الجزائر مع باقي الدول، مثل الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و مصر، في مجال الاستثمار، على أن الاستثمار كلمة تعني الأموال والحقوق باختلاف أنواعها ويشمل ذلك كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه وكل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت أم عينية أم خدمات مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع اقتصادي.<sup>(2)</sup> كما أدرج تعريف الاستثمار في القانون الجزائري على أنه اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل. أو المساهمة في رأس مال شركة.<sup>(3)</sup>

إلا أن عقود الاستثمار في البلاد العربية يثار بشأنها بعض الاشكالات بخصوص المنازعات بين الدول المضيفة والشركات الاجنبية، وذلك في صعوبة التمييز بين المنازعات القانونية والسياسية، فقد عرضت على محاكم التحكيم العديد من المنازعات المتعلقة بالعقود

(1) قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 208

(2) نص المادة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليها في القاهرة في 20 ذي القعدة عام 1417 هـ الموافق 29 مارس 1997، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 الموافق 11 أكتوبر سنة 1998 الجريدة الرسمية العدد 76 لسنة 1998.

(3) نص المادة الأولى من قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار 2016، السالف الذكر.

الاستثمارية التي اختلطت فيها العناصر السياسية مع العناصر القانونية، في ما اذا كان النزاع قانوني بحث أم لا ؟، ومن هذه المنازعات النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة Sapphire Int .petr. ltd حول التعويضات الناجمة عن الغاء الجزائر امتيازات هذه الشركة. بالإضافة الى أن التحكيم في المنازعات الاستثمارية ينظم عدة قواعد موضوعية واخرى اجرائية ولقد كانت هذه الاخيرة في ضل العقود الدولية القديمة تلقى اهتماما ضئيلا غير أن هذه الأهمية بدأت تحقق بعض التقدم في نصوص العقود الدولية التي تضمنت تنظيم هذه القواعد<sup>(1)</sup>، وقد أسهمت مجموعة هذه النصوص في بناء نضام حديث لإجراءات التحكيم في المنازعات الاستثمارية، مثال ذلك القواعد التي تضمنها الاتفاق الجزائري الفرنسي الموقع في 1963/06/26 الخاص بالتحكيم في منازعات الشركات العامة في الصحاري.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني : عقد الأشغال العامة الدولي

يعرف هذا النوع من العقود بأنها العقود المبرمة بين الدولة من طرف أو أحد أجهزتها، وبين طرف خاص أجنبي، يتعهد بمقتضاه هذا الطرف الأجنبي بتشديد مشروع ما، كأعمال البناء،

<sup>(1)</sup> منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2014، ص 65/56 .

<sup>(2)</sup> **Article 1:** le présente règlement a pour objet de définir , conformément aux principes posés au Titre IV DE LA Déclaration, les règles d'organisation et de fonctionnement du tribunal international prévu audit titre, ci-après dénommé le tribunal. Voire décret n 63-364 du 14 septembre 1963 portant publication d'un accord algéro-français relatif à l'arbitrage et d'un annexe signés à paris le 26 juin 1963 . **journal officiel de la république algérienne 17 septembre 1963 . p966.**

أو التشييدات الصناعية، في مقابل مالي يتعهد به الطرف الوطني المتمثل في الدولة، وتبرم الدولة هذا النوع من العقود لإنشاء المشاريع الكبيرة على أرضها في جميع المجالات، والتي تحتاج إلى رأس مال أجنبي، والتي لا تستطيع الدولة تنفيذها عن طريق شركاتها الوطنية نتيجة لنقص في إمكانياتها المالية والمادية.<sup>(1)</sup>

وقد يتضمن هذا العقد بعض الشروط التي تغير من طبيعته القانونية وفقا للنظرية التقليدية للعقد الإداري وتحد من مظاهر الجاه والسلطان التي تتمتع بها جهة الإدارة المتعاقدة ومنها شروط الثبات التشريعي التي يتضمنها عقد الأشغال الدولي للدولة المتعاقد معها وذلك لضمان التوازن المالي للعقد هو أحد الصور الجديدة للعقود الإدارية الدولية.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 70.

<sup>(2)</sup> د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي، والعقد الإداري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2010، ص 321 .

## الفصل الثالث: أطراف العقود الإدارية الدولية

## تمهيد و تقسيم :

عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية، وضعت الدول المنتصرة حجر الأساس لنظام اقتصادي عالمي جديد، وأرست قواعده من خلال إنشاء مؤسسات دولية فاعلة في هذا المجال، يتقدمها صندوق النقد الدولي، والبنك الدولي، وأخذ هذا الأخير على عاتقه مسؤولية التنمية الاقتصادية لجميع دول العالم، وخصوصا النامية منها، بالبحث عن السبل الكفيلة لتحقيق تدفق رؤوس الأموال من الدول المتطورة إلى الدول النامية والذي لا يتأتى إلا من خلال الاستثمار الأجنبي الخاص باعتباره أحد المفاتيح الرئيسية، لدفع عجلة التنمية الاقتصادية للدول المضيفة للاستثمار إلى أعلى المستويات.

لكن خلق بيئة ملائمة للاستثمار الأجنبي، وتكوين مناخ من الثقة المتبادلة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة يتطلب إيجاد آلية فعالة ومحايدة لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بينهما، تراعي من جهة خصوصية العلاقة بين الطرفين، والتي مردها وجود الدولة ذات السيادة، أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرف في هذه المنازعات، التي تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له الشخص الأجنبي الخاص، وتراعي من جهة أخرى كون الاستثمارات بطبيعتها ذات آجال طويلة، وأنها ذات صلة وثيقة بكيان الدولة المضيفة سواء بطريق مباشر، من خلال استغلال الثروات الطبيعية، أو بطريق غير مباشر، من خلال التأثير في خطط التنمية الاقتصادية.

وأما هذه الخصوصية لا يمكن اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة لحسم هذا النوع من المنازعات، لما قد يشهده من ريبة وشك لدى المستثمر خوفا من التحيز لمصلحة الدولة، فعلى مستوى العلاقات الدولية لا توجد هيئة قضائية متخصصة تعنى بتسوية مثل هذه المنازعات إذ لا يمكن اللجوء إلى محكمة العدل الدولية بسبب عدم قدرة المستثمر على الوقوف كطرف

أصيل أمامها. وبفضل جهود المجتمع الدولي تم إبرام اتفاقية متعددة الأطراف بتاريخ 18 مارس 1965 بواشنطن، أطلق عليها اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى، بهدف التعاون الدولي في أسلوب التعاقد لتعجيل وتيرة التنمية العلمية والفنية للدول النامية لاسيما في مجال التصنيع، وقد يتم هذا التعاون باتفاقيات بين الحكومات، أو بعقود بين أشخاص القانون الخاص أو بين هيئة و مشروع حكومي أو مرفق عام ومشروع حكومي خاص، مثل عقود التجارة الدولية، وعقود الاستثمارات، والتأمين الدولي، وعقود امتياز استغلال الأشغال العامة. ومساهمة الحكومات في هذه الأنشطة قد تتم بصورة مباشرة أو غير مباشرة. إلا أن للخصائص المميزة لعقود الدولة ولطبيعة الأطراف المتعاقدة أثرها الحتمي على تحديد طبيعة هذه العقود فهل تتأثر هذه العقود بوجود الدولة طرفا متعاقدا أم لا يكون لذلك من أثر.؟ فالمرقب لحركة النشاط التجاري الدولي يمكن أن يرصد اتجاهها متزايدا منذ عام 1973، من جانب الدول النامية نحو طلب عروض من مشروعات الدول الصناعية المتقدمة، بغية تحقيق الأهداف في إنشاء البنية الصناعية، سواء باستغلال مصادرها الطبيعية، أو لتحويل تلك المصادر إلى منتجات صناعية من خلال الصناعات البتر وكيماوية. والواقع يثبت أن تدخل الدولة هو أمر معقد وذلك بوجود المشروعات العامة إلى جانب الحكومات، التي تتعاقد مع المشروعات الصناعية الخاصة الأجنبية، عملا على وضع الخطة الاقتصادية والتكنولوجية للدولة موضع التنفيذ. لدى سنعالج في هذا الفصل إلى أطراف العقود الإدارية الدولية في مبحثين: المبحث الأول نتطرق فيه لجهة الإدارة كطرف في العقد الإداري الدولي. أما المبحث الثاني إلى الطرف الأجنبي المتعاقد مع جهة الإدارة.

## المبحث الأول : جهة الإدارة كطرف في العقد الإداري الدولي

من الضروري تحديد في هذه الدراسة مفهوم الإدارة الطرف في العقود الإدارية الدولية ويقصد بها الأشخاص المعنوية العامة، وهي الدولة والولاية والبلدية، حيث إن مفهوم الدولة الطرف في العقد الدولي هو مفهوم متغير وقد يضيق ويتسع، ولذلك فمن الملائم التمييز بين دور الدولة كسلطة عامة، لتتوافر معايير تمييز العقد الإداري الدولي، ودورها كمتعاقد يدخل طرفاً في عقود تستهدف التنمية التكنولوجية والاقتصادية في الدولة. حيث إن نجاح وفاعلية إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، يتوقف ابتداءً على تحديد صفة أطراف الخصومة الذين يجوز لهم اللجوء إلى تحكيم المركز، وفقاً لنص المادة 1/25 من اتفاقية المركز، فإن اختصاص هذا الأخير يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة متعاقدة أو إحدى المؤسسات المكونة لها، أو إحدى وكالاتها التي تعينها تلك الدولة للمركز، وبين أحد مواطني دولة متعاقدة أخرى.

لذا سنحاول من خلال هذا المبحث أن نبين صفة جهة الإدارة كطرف في العقد الإداري الدولي وذلك من خلال المطلب الأول الذي نتناول فيه الدولة كسلطة عامة في إبرام العقد الإداري الدولي أما. المطلب الثاني الدولة كطرف في العقد.

## المطلب الأول : الدولة كسلطة عامة في إبرام العقد الإداري الدولي

في العقود التي ترمها الدولة، كطرف أصيل في التعاقد، لا بد أن تنتهج أسلوب السلطة العامة، وذلك راجع إلى طبيعة العقد الإداري الدولي المراد إبرامه، وذلك لتعلق هذا العقد بمصلحة الدولة المالية والاقتصادية، لأنه ينصب موضوعه ومحلّه في غالب الأحيان على ثروات البلاد بهدف النهوض بالتنمية، خاصة بعد خروج بعض الدول من المرحلة الاستعمارية، بعد ان ظلت الشركات البترولية الدولية الكبرى مهيمنة عليها مقابل ثمن زهيد، مما دفع بالدولة بالتدخل في الشؤون الاقتصادية والتجارية، عن طريق التعاقد من جديد مع هذه الشركات عن طريق التأمين.

## الفرع الأول: سلطة الدولة في إبرام العقود الدولية عقب تأمين الشركات:

في أعقاب قوانين التأمين<sup>(1)</sup>، تغيرت أساليب التعاقد بين الدول الحديثة الاستقلال مثل الجزائر، التي عرفت سلسلة من تأمينات في نهاية الستينيات، وبداية السبعينيات<sup>(2)</sup>، و بين

<sup>(1)</sup> فالتأمين هو نقل ملكية المشروع المؤمّم إلى الدولة صاحبة السيادة على ثرواتها، فبناء على قرارها الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 523 (د-6) المؤرخ في 12 كانون الثاني/يناير 1952، وقرارها 626 (د-7) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1952، وإذ تذكر قرارها 1314 (د-13) المؤرخ في 12 كانون الأول/ديسمبر 1958، الذي قررت به إنشاء لجنة السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، وطلبت إليها إجراء دراسة تامة عن وضع السيادة الدائمة على الثروات والموارد الطبيعية كركن أساسي من أركان حق تقرير المصير، وإذ تذكر قرارها 1515 (د-15) المؤرخ في 15 كانون الأول/ديسمبر 1960، الذي أوصت فيه باحترام الحق المطلق لكل دولة في التصرف في ثرواتها ومواردها الطبيعية . ديباجة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 (د-17) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1962 .

<sup>(2)</sup> من خلال الأمر رقم 71-24 المؤرخ في 12 أبريل الخاص بتأمين المحروقات في الجزائر يعدل ويتمم الأمر رقم 58-111 الجريدة الرسمية عدد 30 الصادرة بتاريخ 30-04-1971 . و الأمر رقم 71-22 المؤرخ 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل 1971، يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في الجزائر في ميدان العقود السائل واستغلاله. الجريدة الرسمية رقم 30 المؤرخة في 13 أبريل 1971 . و القانون رقم

الطرف الثاني، المتمثل في الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها في ميدان المحروقات خاصة العقود السائل واستغلاله، فقطاع المحروقات هو من القطاعات الاستراتيجية في أي دولة، لذا كان على الدول المتعاقدة في هذا المجال مع الشركات الأجنبية، أن تبرز كسلطة عامة في التعاقد عن طريق إدراج كيفية تدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها،<sup>(1)</sup> وشروط منح الرخص المنحمة للتنقيب عن المحروقات والبحث عنها واستغلالها وشروط التخلي عنها وسحبها،<sup>(2)</sup> و بكيفيات تعريف الشركات الأجنبية التي تترشح للاشتراك في التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها وبكيفيات مراقبتها،<sup>(3)</sup> وكيفيات الترخيص للشريك الأجنبي بتحويل مبلغ استهلاكاته وأرباحه الصافية،<sup>(4)</sup> و كيفية استغلال ونقل المحروقات بالأنابيب، هذه القواعد تسمح للدولة كطرف في عقودها الدولية،

86-14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق ل 19 أوت 1986 والمتعلق بأعمال التنقيب والبحث في المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، عدل وتم بموجب القانون رقم 91-21 المؤرخ في 04/12/1991. المرسوم التنفيذي رقم 96-118 المؤرخ في 18 ذي القعدة عام 1416 الموافق 16 أفريل 1996، يعدل ويتم المرسوم رقم 87-159 المؤرخ في 21 يوليو سنة 1987 والمتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها، الجريدة الرسمية العدد 22 لسنة 1996.

<sup>(1)</sup> عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 87-159 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 جويلية سنة 1987 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها. الجريدة الرسمية العدد 30 الصادرة في 22 جويلية 1987. معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 96-118، مؤرخ في 06 أفريل 1996، الجريدة الرسمية العدد 22 الصادرة في 10 افريل 1996 .

<sup>(2)</sup> عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 88-34 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1408 الموافق 16 فبراير سنة 1988 يتعلق بشروط منح الرخص المنحمة للتنقيب عن المحروقات والبحث عنها واستغلالها وشروط التخلي عنها وسحبها.

<sup>(3)</sup> عن طريق مرسوم التنفيذي رقم 87-158 مؤرخ قفي 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987 يتعلق بكيفيات تعريف الشركات الأجنبية التي تترشح للاشتراك في التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها وبكيفيات مراقبتها. الجريدة الرسمية العدد 30، في 22 جويلية 1987، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-436، مؤرخ في 12 ديسمبر 1994، الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة بتاريخ 21 ديسمبر 1994 .

<sup>(4)</sup> عن طريق مرسوم التنفيذي رقم 95-93 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس سنة 1995، والمتضمن كيفية الترخيص للشريك الأجنبي بتحويل مبلغ استهلاكاته وأرباحه الصافية.

كسلطة عامة، بممارسة الرقابة على عمليات الاستغلال وتحديد مستويات الانتاج، بالإضافة إلى تحديد مركز الشركات، وتحديد الأسعار، و أنشطة الاستكشاف والاستغلال، لتفادي أي أزمات أو مشاكل في قطاع سوق المحروقات الدولي.

وهو ما انتهجه النظام الليبي من تأميم للشركات النفطية<sup>(1)</sup>، حيث أصبحت السلطة الليبية كطرف أصيل في إبرام عقودها الدولية الخاصة بالنفط، باعتبارها أحد أطراف العقود الادارية الدولية التي تبرمها كسلطة عامة. مما أدى إلى نشوب نزاع بين الحكومة الليبية والشركات المؤممة، حيث صدر قرار تحكيم هام في مجال النفط في 19 كانون الثاني / يناير 1977 من قبل المحكم الوحيد الذي عينه رئيس محكمة العدل الدولية في نزاع بين حكومة جمهورية ليبيا العربية من جهة، و شركة California Asiatic Oil Company وشركة Texaco Overseas Petroleum Company من ناحية أخرى .

حيث طعنت الشركتان الأمريكيتان في شرعية إجراءات التأميم التي فرضت عليها في عامي 1973 و 1974. واعتمدا في هذا الصدد على الضمانات الواردة في عقود امتيازهم لعام 1955، التي أكدت عليها الحكومة الحالية والتي استنسخت شروطها العقود المبرمة مع قانون

(1) بدأ النظام الليبي أيضاً في عملية تأميم قطاعي النفط والغاز في أوائل السبعينيات وكان البداية مع المطالبة بزيادة أعلى للبتروول وحصص أكبر في العائدات وسيطرة أكثر على تنمية هذه الصناعة. أدى هذا الأمر إلى إجبار شركات النفط الأجنبية على الموافقة على زيادة الأسعار ومضاعفتها لأكثر من ثلاثة أضعاف السعر السابق (من تسعين سنتاً للبرميل إلى ثلاثة دولارات وخمسة وأربعين سنتاً للبرميل) وكان ذلك في أوائل العام 1971. وفي مارس من عام 1970 حلت الشركة الليبية للنفط والتي كانت وظيفتها إلى ذلك الوقت تشمل المفاوضات ومراقبة تعاقدات منح الإمتيازات. وقد تم إستبدالها بالمؤسسة الوطنية للنفط. وعلاوة على ذلك، في شهر يوليو، قام النظام بتأميم شبكات توزيع المنتجات النفطية المملوكة للشركات الأجنبية ومنذ ذلك الوقت أصبحت المؤسسة الوطنية للنفط هي المؤسسة الوحيدة التي لها الحق في توزيع مثل هذه المنتجات في طول البلاد وعرضها. وفي وقت لاحق من عام 1971 قامت ليبيا بتأميم ممتلكات شركة النفط البريطانية British Petroleum . منشور على موقع :

النفط الليبي لعام 1955. واعتمدوا بشكل خاص على شروط عدم الاستقرار والاستقرار في المادة 16 من الامتيازات.<sup>(1)</sup>

لكن هل بقيت الشركات المؤممة متمتعة بالشخصية المعنوية الخاصة أم أنها اكتسبت الشخصية المعنوية العامة؟ باعتبار أن التأميم هو نقل ملكية المشروعات المؤممة إلى الدولة ثم يتم تعيين طريقة لإدارة هذه المشروعات .

هنا يتدخل المشرع لاختيار طريقة إدارة الشركات المؤممة بما يحقق الصالح العام، فإذا أراد أن يخضعها للقانون العام تعين عليه أن يخرجها في صورة الهيئة العامة، أما إذا أراد أن يبقيها في إطار القانون الخاص فعلى المشرع أن يختار الأساليب المعروفة في ظل القانون الخاص المتمثلة في الشركات.<sup>(2)</sup>

وبما أن التأميم يعد من أخطر الأساليب القانونية التي تغير موازين التعاقد الإداري في المجال الدولي خاصة في الاستثمارات، أضفت الاتفاقيات الدولية نوعاً من الحماية للمستثمر الأجنبي بخصوص التأميم مثل الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وجمهورية بلغاريا 1998<sup>(3)</sup>، على أنه يمنع في كلتا الدولتين المتعاقدين في مجال الاستثمار، من أن تكون استثمارات مستثمري طرف متعاقد على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، موضوع نزاع ملكية أو التأميم أو أي تدابير أخرى ذات أثر مماثل للتأميم أو نزع الملكية، إلا لأغراض المنفعة

<sup>(1)</sup> Gérard COHEN JONATHAN ; L'ARBITRAGE TEXACO-CALASIATIC CONTRE GOUVERNEMENT LIBYE (Sentence au fond du 19 janvier 1977) Année 1977 / pp. 452-479 . [www.persee.fr](http://www.persee.fr)

<sup>(2)</sup> د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السالف الذكر، ص 87 .

<sup>(3)</sup> نص المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994. الجريدة الرسمية العدد 01 لسنة 199 .

العامّة، مقابل تعويض وبشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقاً للإجراءات القانونية وألا تكون تمييزية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص :

من المعروف أن القاعدة العامة هي أن وجود الإدارة طرفاً في العقد هو الذي يضيف على العقود الصفة الإدارية إذا توافرت الشروط المعروفة الأخرى، وبمفهوم المخالفة فإن العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص لا تعتبر عقوداً إدارية. وقد ظل القضاء الإداري الفرنسي والمصري محتفظاً بهذه القاعدة، واستبعدت العقود التي تتم بين أشخاص القانون الخاص من طائفة العقود الإدارية، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد خرج صراحة على المبدأ العام الذي يحكم عقود الإدارة، وقضى بإثبات الصفة الإدارية في حالتين :

**الحالة الأولى:** تتعلق بالعقود التي تبرمها الشركات الاقتصادية المختلطة في مجال بناء طرق السيارات والطرق الوطنية العمومية إذ تعتبر استثناء عن المبدأ الذي يقرر أن العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص هي عقود مدنية، وليست عقوداً إدارية، ومثال ذلك حكم محكمة النزاع الفرنسية لسنة 2015، بشأن عقد أبرمته شركة ASF إحدى الشركات الخاصة بالطرقات، حيث تعاقدت مع طرف ثاني خاص، لتخصيص جزء من كمية أعمال بناء الطريق السريع للقيام بأعمال فنية، على أساس أن العقد المبرم بين شخصين خاصين، وأن شركة ASF لم تعمل كوكيل للدولة، حيث أقرت محكمة النزاع الفرنسية، أن العقود التي

<sup>(1)</sup> نص المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية بلغاريا حول الترقية والحماية المتبادلتين الموقعين بالجزائر

في 25 أكتوبر سنة 1998، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123 مؤرخ في 24 محرم

عام 1423 الموافق 7 أبريل 2002. الجريدة الرسمية العدد 25، في 14 أبريل 2002 .

يرمها صاحب امتياز على الطريق السريع لبناء أعمال الطرق السريعة وملحقاتها هي من مسؤولية القاضي الإداري.<sup>(1)</sup>

### الحالة الثانية:

فتتعلق بالأشخاص الخاصة التي تتعاقد باسم وحساب الشخص العام في عقود الأشغال العامة، فقد اعترف القضاء الفرنسي بالطبيعة الإدارية لبعض العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط وموضوعها الأشغال العامة، إذا كان الملتزم يتعاقد باسم وحساب الشخص العام، حيث قضت محكمة النزاع الفرنسية بهذا الحل في قضية commune d'Agde والتي تتلخص وقائعها في أن شركة اقتصاد مختلط قد أبرمت عقدا باسم وحساب قرية d'Agde، وموضوع هذا العقد هو إنشاء شبكتين للمياه في هذه القرية، وقضت محكمة النزاع بأن هذا العقد هو عقد إداري، وذلك لأن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف لحسابها وإنما لحساب قرية d'Agde.<sup>(2)</sup> و يتم هذا التصرف عن طريق التوكيل.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> voir ; le jugement de Tribunal des conflits, civile, 9 mars 2015, 15-03.984, Publié au bulletin. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>(2)</sup> **Il existe des exceptions :**

un contrat passé entre deux personnes privées peut être administratif lorsque l'une d'elles agit pour le compte d'une personne publique en vertu d'un mandat, au sens des articles 1984 et suivants du Code civil, soit express soit implicite (CE 30 mai 1975, Soc d'équipement de la région montpelliéraine ; TC 7 juillet 1975 commune d'Agde). Voir:

[www.lagazettedescommunes.com](http://www.lagazettedescommunes.com).

<sup>(3)</sup> **Art 1984 du Code civil français** :le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque

ولهذا حتى يكتسي هذا النوع من العقود الصفة الإدارية يجب توافر العناصر التالية<sup>(1)</sup> :

- أن يكون موضوع العقد متعلقا بالأشغال العامة .
  - أن يتصرف الشخص الخاص باسم وحساب الشخص العام .
  - أن تعود ملكية هذه الأشغال الى السلطات العامة بعد فترة معينة .
  - وجوب مساهمة السلطات العامة في نفقات هذه الأعمال .
  - مسؤولية الشخص العام عن كل تصرف تقوم به شركة الاقتصاد المختلط.
- إذ لا يمثل تعريف الدولة مشكلة عندما يتعلق الأمر بتعريفها في حد ذاتها، باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، إلا أن الصعوبة تظهر في تحديد الأجهزة التي تتصرف في العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث أن لكل دولة أن تحدد الجهات التي تمثلها وتتعقد اتفاقاتها وتكسبها الحقوق وتحملها بالالتزامات في إطار من النظام القانوني الدولي.

إن الهدف الرئيسي من هذا التعيين هو خلق آلية لتمكين المستثمر الأجنبي من التعرف على المؤسسات والوكالات التابعة للدولة التي قد تصبح أطرافاً في نزاعات قانونية مع جهة معينة، والتأكد أنه يتعامل مع كيان معتمد من قبل الدولة من ناحية<sup>(2)</sup> فحين تتدخل الدولة في المجالات الاقتصادية، فهي إما أن تترك زمام المبادرة للقوى الاقتصادية الخاصة على أن تتخذ

chose pour le mandant et en son nom .

- le contrat ne se forme que par l' acceptation du mandataire.

(1) د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 91.

(2) د. مصلح أحمد الطراونة و فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدولة

المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، الجزء الأول، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات

الاستثمار، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى 2013، ص 34.

من التدابير والأساليب ما يكفل توجيهها إلى الوجهة التي تتفق مع سياستها، فعلى سبيل المثال تترك التعاقد على استخدام التكنولوجيا الأجنبية لمشروعات القطاع الخاص ووفقا للقواعد المعروفة في علم الاقتصاد بقواعد السوق على أن تكتفي الدولة بإصدار القوانين و اللوائح - استخداما منها لسلطتها العامة - التي تنظم هذه العملية لتحقيق السياسة التكنولوجية الوطنية، كأن تلزم الأطراف باستصدار ترخيص معين من جهة تتولى فحص التكنولوجيا محل التعاقد أو تضع قيودا على التعاقد على بعض صور التكنولوجيا تاركة ماعدا ذلك لحرية الاختيار للشركات الوطنية الخاصة المتلقية للتكنولوجيا، أما لو كان تدخل الدولة بالأسلوب الثاني أي بالتدخل بنفسها للقيام بالنشاط الاقتصادي، فإنها تمارس هذا النشاط كشخص عام، أو من خلال استخدام المشروعات العامة أو الخاصة التي تكون للدولة فيها سلطات واسعة نتيجة روابط تمويلية أو رقابة معينة إذا فالدولة تقوم بدورين في علاقاتها الاقتصادية الدولية، فهي بجوار ممارستها لأعمالها السيادية، تمارس دورها كشريك متعاقد يتصرف في إطار من المساواة القانونية التي يقرها وينظمها القانون الخاص. ولاشك أن لتلك التفرقة انعكاسها على تحديد طبيعة الاتفاق الذي تبرمه الدولة مع المشروع الخاص الأجنبي، فضلا عن أهميتها فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، ذلك فان تعامل الدولة كمتاجر في السوق الدولي للتكنولوجيا، يضعها في موضع يقترب من وضع الأشخاص المعنوية الخاصة وهو ما يثير الخلافات في الرأي حول القانون الذي يجب أن يسري على العلاقة التعاقدية لاسيما وأن القاعدة هي حرية إرادة المتعاقدين، ومن ثم تخضع الشروط التعاقدية للتفاوض الذي يتأثر دون شك بالقوى الاقتصادية لكلا الطرفين، وأن كان للشخصية العامة للدولة أثرها الحتمي على التفاوض أيا كان قدر هذا الأثر، وللشخصية مزدوجة أثر على تكييف العقد وتحديد القانون الذي يسري عليه، والأثر البالغ الأهمية الذي يثير التساؤل عما إذا كان لذلك الازدواج أثر في تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات عقود التنمية الاقتصادية يمكن التمييز بين صورتين للتحكيم الذي تكون الدولة فيه طرفا، ومشروع

أجنبي هو الطرف الآخر، إذ يختلف الحكم الذي يتضمنه شرط التحكيم بين الدولة كسلطة ذات سيادة ومتعاقد أجنبي عن الحكم الذي يتضمنه الشرط بشأن علاقة بين الدولة كشريك خاص متعاقد وشريكها المشروع الخاص الأجنبي لاسيما في عقود إنشاء المشروعات المشتركة.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني : الدولة طرف في العقد الإداري الدولي

تتمتع الدولة بالأهلية القانونية الدولية، بكونها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، و في سبيل تحقيق تنميتها الاقتصادية، تقوم بإبرام عقود ذات طابع دولي، إما بطريقة مباشرة، بواسطة قيام من يمثلها من بينهم - رئيس الدولة، رئيس الوزراء- أو تتمثل بإحدى مؤسساتها أو أجهزتها العامة التابعة لها، مثل الدولة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات بصفتها مالكة حقوق الاستغلال، وشركة سوناطراك ممثلا للقطاع العام، كما كان في قانون رقم 86-14 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث في المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنايب، للقيام بإبرام عقود إدارية ذات طابع دولي، في مجال المشاريع والاستثمارات النفطية مع الشركاء الأجانب، وما يثور معها من منازعات في هذا الاطار، باعتبارها ممثلة للدولة.

(1) من ذلك نظام التحكيم الذي تضمنه شرط التحكيم في العقد المبرم بين مصر وشركة ENI سنة 1963، حيث خضعت بمقتضاه المنازعات بين الطرفين للاختصاص القضائي المصري إعمالا للمادة 45 من القانون 66 لسنة 1953، والتي تضمنها العقد ذاته بالنص عليها في البند رقم 57 من بنوده . وهو ذات الأسلوب الذي طبق في التعاقد مع شركة Phillips، بشأن مشروع مشترك مع الشركة المصرية للبترو، وان زاد على ذلك أن تضمن البند رقم 47 من العقد اتفاق الأطراف على أن يكون التحكيم وفقا لقواعد قانون المرافعات المصري، راجع في هذا الشأن، د. صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السالف الذكر، ص 177 .

## الفرع الأول: صفة الجهة الإدارية المتعاقدة في العقود الدولية

من الضروري أن تكون الإدارة ممثلة للدولة طرفاً في العقد، وهو أمر تبرره أن قواعد القانون الإداري وجدت لتحكم النشاط الإداري، وبمفهوم المخالفة فإن العقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد عقداً إدارياً طبقاً للقواعد العامة في القانون الإداري .

وعلى الرغم من وضوح هذا الشرط فإن الأمر يستدعي توضيح بعض المسائل، من بينها أن مفهوم الإدارة التي تمثل الدول في مجال إبرام العقود الإدارية الدولية، يشمل الأشخاص المعنوية العامة، خاصة وأن الدولة قد تنسحب من بعض الأنشطة الاقتصادية، تاركة المجال لأشخاص إقليمية تحدد على أساس إقليمي مثل الجماعات المحلية في الجزائر المتمثلة في الولاية<sup>(1)</sup> والبلدية، التي يمكن لها تمثيل الدولة في إبرام العقود ذات الطابع الدولي في مجالات التنمية الاقتصادية التي يسمح بها القانون.<sup>(2)</sup> أو عن طريق الشركات الوطنية مثل شركة "سوناطراك"<sup>(3)</sup> باعتبارها

(1) نص المادة الثامنة من قانون الولاية رقم 07/12، التي تبرز فيها أهمية فكرة إبرام عقود إدارية ذات طابع

دولي التي تقضي بأنه تستطيع الولاية في حدود صلاحياتها إقامة علاقات مع جماعات إقليمية أجنبية قصد إرساء علاقات تبادل وتعاون طبقاً لأحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما في ظل احترام القيم والثوابت الوطنية، حيث يتم المصادقة على مثل هذه الاتفاقيات المتعلقة بعلاقات الولاية الدولية بموجب مداولة يوافق عليها الوزير المكلف بالداخلية بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالشؤون الخارجية ..

(2) فقد نصت المادة 38 من قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري رقم 247/15 أنه "يمكن للمصلحة المتعاقدة

من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو المؤسسات الأجنبية طبقاً لأحكام هذا المرسوم."

(3) أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 63-491 بتاريخ 31-12-1963، يتضمن الموافقة على تأسيس الشركة الوطنية للنقل وتسويق الوقود السائل الهيدروكربونات والمصادقة على قوانينها الأساسية، الجريدة الرسمية العدد 04 الصادرة في 10 جانفي 1964. لنقل المحروقات و تسويقها، و هي شركة ذات أسهم تملكها الدولة تقوم مباشرة النشاط الاقتصادي. ثم صدر المرسوم رقم 66-292 بتاريخ 22-11-1966 ليعدل من نظامها الأساسي و يحول دورها من مجرد النقل وبيع المنتجات إلى دور المسؤولية الكاملة في مباشرة النشاط البترولي بالإقليم الجزائري و أصبحت تدعى "الشركة الوطنية للتنقيب عن المحروقات و إنتاجها و نقلها و تحويلها و تسويقها".

مؤسسة وطنية منتجة للثروة<sup>(1)</sup>، أو الوكالات الوطنية، مثل الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات وتدعى في صلب النص بسلطة ضبط المحروقات، والوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط" بصفتها مالكة حقوق الاستغلال<sup>(2)</sup>، باعتبار هاتين المؤسستين نائبتين عن الدولة في مجال المحروقات، حيث يدعى المتعاقد و الوكالة لثمين موارد المحروقات "النفط" بالأطراف المتعاقدة<sup>(3)</sup>، تتمتعان بالاستقلالية، بالرغم من تعيينهم بموجب مراسيم تنفيذية. بالإضافة إلى ذلك، فإن التبرم بين التي تبرم بين الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط" بصفتها مالكة حقوق الاستغلال والشركات النفطية الأجنبية، من خلال طرح مناقصات في بيئة تنافسية وتتسم بالشفافية<sup>(4)</sup> فيما يخص إبرام عقود البحث و/أو الاستغلال.

### الفرع الثاني: منازعات الأطراف الممثلة للدولة

إن فتح مجال الاستثمار الخارجي في شتى المجالات، خاصة في قطاع المحروقات منها حيث يوجد المجال الخصب لإبرام العقود الإدارية الدولية، وذلك من خلال الشراكة مع الشركات الأجنبية، التي تتعاقد مع الطرف الممثل للدولة، وهي شركة "سوناطراك" باعتبارها مؤسسة وطنية منتجة للثروة، أو الوكالات الوطنية، مثل الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات، والوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط" التي منحها القانون صفة مالكة حقوق الاستغلال، فلا بد من التطرق إلى آليات حل النزاعات الناشئة عن هذه الشراكة. ففي حالة نشوب نزاع أو خلاف بين الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط"

<sup>(1)</sup> حيث جاء القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426هـ الموافق 28 أبريل سنة 2005

المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية العدد 50 سنة 2005 . بمبدأ قائم على أساس الفصل بين مهام سوناطراك كمؤسسة وطنية منتجة للثروة، في نص المادة الثانية منه، ودور الدولة المالك للثروات الباطنية، طبقاً للمادة الثالثة منه.

<sup>(2)</sup> أنشأت بموجب المادة 12 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

<sup>(3)</sup> حسب الفقرة 4 من نص المادة 30 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . المعدل والمتمم السالف الذكر.

<sup>(4)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 32 من نفس القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . المعدل والمتمم السالف الذكر.

و المتعاقد معها، بشأن تفسير أو تنفيذ العقد عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، أما في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.<sup>(1)</sup>

أما إذا كانت "سوناطراك"، شركة ذات أسهم، هي المتعاقد الوحيد، فإن النزاع يسوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات.<sup>(2)</sup> ويطبق القانون الجزائري، ولاسيما قانون المحروقات والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات.<sup>(3)</sup>

وبالرجوع إلى القانون رقم 86-14 والمتعلق بأعمال التنقيب والبحث في المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، نجده قد صدر في ظروف خاصة، وهي ظروف الأزمة الاقتصادية لسنة 1986، وتراجع مداخيل المبادلات الخارجية بنسبة 34%، ولذلك جاء هذا القانون من أجل فتح مجال الاستثمار الخارجي في قطاع المحروقات من خلال الشراكة مع "سوناطراك"، وحتى التعديلات التي مسّت القانون سنة 1991 جاءت من أجل تحسين وتعزيز هذا القانون من خلال توسيعه ليشمل مجال الغاز الطبيعي، وكذا تحسين نظام الضرائب لجعله أكثر جاذبية للاستثمار الخارجي، من خلال التخفيف من الشرط المالية والضرائب على الدخل، والتخفيف من الإتاوات، وبالرغم من ذلك فقد لاقى هذا القانون بعض المعارضة داخل البرلمان من أجل إدراج تعديلات تنص على عدم تجاوز نسبة الشركات الأجنبية في الشراكة 49%، والأولوية كانت تعطى للاستكشاف الجديد وليس العمل في الحقول الموجودة، وقد أثر ذلك سلباً على مدى تجاوب الشركات الأجنبية مع قانون 1986، الأمر الذي دفع الحكومة الجزائرية إلى إدخال تعديلات جديدة على القانون وشملت 14 تعديلاً على قانون ثم المصادقة عليها سنة 1991 وإلحاقها بقانون 1986 وسمحت هذه التعديلات

(1) نص الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . المعدل والمتمم السالف الذكر.

(2) نص الفقرة الثانية من المادة 58 المتعلق بالمحروقات . المعدل والمتمم السالف الذكر.

(3) نص الفقرة الثالثة من المادة 58 المتعلق بالمحروقات. المعدل والمتمم السالف الذكر.

الجديدة للشركات الأجنبية حق الحصول على أرباح منصفة، ومنح حق اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالات الخلاف والتنازع.<sup>(1)</sup>

وهو ما حدث مع شركة سوناطراك في معركتها القضائية ضد مجموعة من الشركات الأجنبية العاملة بالجزائر، كانت رفعت قضايا الرسم على الأرباح الاستثنائية أما محكمة التحكيم الدولية 2013، ضد سوناطراك للمطالبة بدفع مبالغ مالية مختلفة بشأن عقد تقاسم الأرباح وقع سنة 1990، بخصوص تطبيق الرسم على الفوائد الاستثنائية الذي قرره الجزائر عام 2006 بموجب قانون المحروقات رقم 05-07 والذي فرض رسوما استثنائية على الأرباح التي تحققها الشركات كلما تجاوز سعر النفط 30 دولارا، فيما كانت هذه الشركات ترى أنه على سوناطراك دفعه من حصتها في الأرباح المقررة ب 15%، على أساس النظام نظام العقود المعمول به منذ 1991، وقالت سوناطراك إن محكمة التحكيم أصدرت حكمها يوم 19 أكتوبر 2016، وأعطت الحق لسوناطراك حول جميع النقاط المتنازع عليها. وأضافت سوناطراك أن المحكمة وافقت على المبررات التي قيمتها بخصوص تقاسم الانتاج ورفضت جملة وتفصيلا طلب الشركات بشأن الرسم على الفوائد الاستثنائية.<sup>(2)</sup> و قضية سوناطراك ضد مجمع غاز ناتورال الإسباني وذلك بخصوص أسعار الغاز الجزائري المسوق في إسبانيا وخرجت سوناطراك منتصرة في هذه القضية لما أحيلت إلى التحكيم الدولي رغم أن هذه القضية عمرت لقرابة أربع سنوات وذلك من سنة 2007 إلى نهاية سنة 2010 تقريبا، حيث قضت غرفة التحكيم الدولي بباريس بأن يدفع الطرف الإسباني ما قيمته 1.5 مليار أورو لسوناطراك.<sup>(3)</sup>

(1) د بوحنية قوي، أ. خميسي محمد، قراءة في تطور الأطر القانونية والمؤسسية لقطاع المحروقات

في الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون، تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة. العدد9، جوان 2013. ص148

(2) وقائع القضية منشورة على موقع : [www.aljazairalyoum.com](http://www.aljazairalyoum.com)

(3) وقائع القضية منشورة على موقع : [www.djazair.com](http://www.djazair.com)

قضية شركة سوناتراك مع شركة "إيديسون" الإيطالية وقد خسرها الطرف الجزائري، وكانت تتعلق بأسعار الغاز الطبيعي، حيث قضى التحكيم الدولي لصالح الطرف الإيطالي الذي استفاد من عائدات مالية قدرها ثلاث مائة "300" مليون أورو دون احتساب الضرائب لعام 2013.<sup>(1)</sup>

فأهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا في هذه المنازعة، مما يضيف على هذا التحكيم طابعا خاصا، هذا الطابع الخاص مستمد أساسه في بعض الحالات من واقع عدم توافر القدرة لدى الشخص الاعتباري العام على الدخول طرفا في اتفاق تحكيمي، أو نظرا إلى اعتبارات السيادة التي تحيط ببعض التصرفات التي يجريها هذا الشخص الاعتباري وتقدر الإشارة إلى أنه يجب أن تتوفر الأهلية اللازمة في الاتفاق على التحكيم، ومن المعروف أن القوانين الوطنية لا تتخذ موقفا موحدًا تجاه مسألة أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم، وعلى ذلك قد يحدث أن الدولة يحظر عليها قانونها الداخلي اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي تتمسك بهذا الحظر من أجل التخلص من اتفاق التحكيم الذي سبق وأن أبرمته. هذا كما أن بإمكان الدولة تعديل قانونها الداخلي في هذا الشأن، وبالتالي فإن من شأن تطبيق قانونها الداخلي أن يمكن الدولة من التنازل بإرادتها المنفردة عن التزامها باللجوء إلى التحكيم.<sup>(2)</sup>

ومن أحكام التحكيم التي تعرضت إلى هذه المشكلة، حكم التحكيم الصادر في كوبنهاجن في 14 يناير 1982 بواسطة المحكم الوحيد gomard في النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية eif-aquaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترول ففي هذه القضية تمسكت الشركة الإيرانية ببطلان شرط التحكيم مستندة في ذلك على أن القانون الإيراني يحظر عليها

(1) وقائع القضية منشورة على موقع: [www.echoroukonline.com](http://www.echoroukonline.com)

(2) وهو ما كان ينص عليه قانون الإجراءات المدنية وذلك في نص المادة 3/442 من الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي تنص على أنه: "لا يجوز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم."

اللجوء إلى التحكيم، ولكن المحكم رفض هذا الدفع وأكد على أن هناك مبدأ عاما في القانون الدولي يلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى الشركات العامة التابعة لها، ويحظر عليها إلغاؤه في وقت لاحق بإرادتها المنفردة، ثم أضاف أن هذا المبدأ معترف به من جانب اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المبرمة في واشنطن عام 1965، كما طبقته العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية.<sup>(1)</sup> وتنقسم الأجهزة التابعة للدولة إلى الأشخاص العامة الإقليمية مثل الولايات، والبلديات، و الأشخاص العامة المصلحية أو المرفقية، ويقصد بها مجموعة المصالح والإدارات التي يمنحها المشرع الشخصية المعنوية العامة.<sup>(2)</sup> فاللدولة الطرف في العقود الإدارية الدولية مثل عقد الاستثمار، ممثلة بمن ينوب عنها كما سبق ذكره، عندما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية، أو قد تدخل في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة الأجنبية، وإذا كانت منازعات الاستثمار بصفة عامة تتميز بالتعقيد فإن منازعات الاستثمار التي تكون الدولة طرفا فيها تصبح أكثر تعقيدا ويكون حلها أكثر صعوبة نظرا لأن وجود الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية يضيف عليها نوعا من الحساسية لما يثيره ظهور الدولة من اعتبارات متعلقة بالسيادة . وقد لا يكون الالتجاء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار جهة الاختصاص المثلى لفض المنازعات، ذلك أن المستثمر الأجنبي ينظر إلى القضاء الوطني لدولة الاستثمار بحساسية باعتبارها طرفا في المنازعة، بالإضافة إلى ذلك أن الدولة المضيفة للاستثمار نفسها قد تجد أنه ليس من الأوفق تقديم منازعات الاستثمار إلى قضائها الوطني، تفاديا لصدور أحكام لصالحها

(1) د. أحمد عبد الإله المرابطي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث،

الطبعة الأولى، القاهرة، 1014، ص 74 .

(2) عرف الفقه الشخص المعنوي على أنه مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتحد من أجل تحقيق غرض معين ومعترف لها بالشخصية القانونية ويمكن لهذا الشخص المعنوي أن يبرم العقود وله ذمة مالية خاصة به كما يتمتع بأهلية التقاضي . راجع في هذا الشأن، د. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص

في مثل هذه المنازعات مما قد يترتب عليه عدم إقدام المستثمرين على إبرام مثل هذه العقود، وقد أدى غياب نظام قضائي متخصص لفض مثل هذه المنازعات إلى تدعيم وتأكيده الدور المتزايد للتحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية هذه المنازعات.<sup>(1)</sup>

لذلك أنشأت اتفاقية واشنطن الموقعة في عام 1965، والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث نصت على امتداد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة، أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز، وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة ويشترط أن يوافق طرف النزاع كتابة على تقديمه إلى المركز، وعند إعطاء الطرفين موافقتهم لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الأخرى.<sup>(2)</sup>

ويعد المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمارية الهيئة المتخصصة في المنازعات التي تثور بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب الأفراد أو الشركات الخاصة ومقره الرئيسي واشنطن.<sup>(3)</sup> وهو يقوم فقط بإدارة العملية التحكيمية، فإجراءات التحكيم يتم إدارتها بمعرفة المحكمين الذين يتم تعيينهم لهذا الغرض طبقاً لنصوص الاتفاقية، وبالرغم من أن المركز هو الهيئة الوحيدة والمتخصصة في تحكيم عقود الدولة مع المستثمرين الأجانب مثل الشركات والأفراد الخاصة، فإن ذلك لا يمنع من أن يقوم الأطراف في منازعات الاستثمار بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة أحد المراكز التحكيمية الأخرى.<sup>(4)</sup>

(1) د. جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديد للنشر

الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 09 .

(2) نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن 1965، السالفة الذكر .

(3) نص المادة الأولى من اتفاقية واشنطن 1965 .

(4) المادة 25 من نفس الاتفاقية .

ويلاحظ في كثير من عقود التجارة الدولية التي تبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب أنها تتضمن شرطا يقضي بالتحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس، وأن معظم تلك القضايا التي عرضت للتحكيم على غرفة التجارة الدولية هي من عقود الدولة، كذلك قد يتفق الأطراف في عقود الدولة باللجوء إلى التحكيم الحر الذي لا يخضع لمركز معين. وعليه نستنتج في هذا الإطار أن الدولة كطرف في عقود الاستثمار هي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام، وهي قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي إما بشكل مباشر بواسطة حكومتها، أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة إحدى الشركات أو الوكالات، أو الأجهزة التابعة لها مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد إليها، طالما أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة دون أن يؤثر في ذلك تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية المستقلة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، نخلص أن المقصود بجهة الإدارة التي تتعاقد مع الشخص الأجنبي في العقود الإدارية الدولية في حالتين:

**- الحالة الأولى:** أحد الأجهزة التابعة للدولة و المتمثلة في الجماعات المحلية مثل الولاية والبلدية، أو الشركات أو الوكالات مثل شركة سوناطراك في الجزائر، أو باعتبارها مؤسسة وطنية منتجة للثروة، أو الوكالات الوطنية، مثل الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات وتدعى بسلطة ضبط المحروقات، والوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات "النفط" بصفتها مالكة حقوق الاستغلال، باعتبار هاتين المؤسستين نائبتين عن الدولة في مجال المحروقات، تتمتعان بالاستقلالية، بالرغم من تعيينهم بموجب مراسيم تنفيذية.

**- الحالة الثانية:** فتتعلق بالأشخاص الخاصة التي تتعاقد باسم ولحساب الشخص العام في عقود الأشغال العامة، فقد رأينا اعتراف القضاء الفرنسي بالطبيعة الإدارية لهذه العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط وموضوعها الأشغال العامة، إذا كان الملتزم يتعاقد باسم ولحساب الشخص العام .

## المبحث الثاني : الطرف الأجنبي المتعاقد مع جهة الإدارة

لا يثير تحديد الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة صعوبات لتحديده كطرف في هذه العقود إذ أن الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط أن يكون شخصا تابعا لدولة أخرى، وقد يكون هذا الشخص شخصا طبيعيا أو اعتباريا، كما قد يكون أحادي الجنسية أو متعدد الجنسية أو منعدم الجنسية. والأجنبي بالنسبة للدولة هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقا لقانون الجنسية. ومن ثم فإن الصفة الأجنبية تمثل الوضع العكسي لصفة الوطنية، بمعنى أن الأجنبي هو كل شخص لا يعد وطنيا. حيث إن الهدف الرئيس لإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو مواجهة الطبيعة الخاصة والمختلطة لأطراف النزاع، أي دولة وشخص من أشخاص القانون الخاص، فالهدف من اشتراط أن يكون الطرف الآخر مواطنا لدولة أخرى متعاقدة أخرى هو لضمان فاعلية اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الأخرى والمنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. لذا سنتناول في هذا المبحث التطرق إلى الأشخاص اللذين تتعاقد معهم الدولة في مجال العقود الإدارية الدولية. يتناول المطلب الأول تعاقد جهة الإدارة مع شخص اعتباري أجنبي. وفي المطلب الثاني تعاقد جهة الإدارة مع شخص طبيعي أجنبي.

## المطلب الأول : تعاقد جهة الإدارة مع شخص اعتباري أجنبي .

في مجال العقود الدولية يكن في الغالب الطرف المتعاقد معها شخص اعتباري أجنبي و هو كل مجموعة من الأشخاص الطبيعية التي تستهدف تحقيق غرض مشترك، وكل مجموعة من الأموال ترصد من أجل تحقيق غرض معين، ويعترف القانون لها بالشخصية القانونية التي تجعلها أهلا لاكتساب الحقوق، وتحمل الواجبات والالتزامات، وتجعل لها ذمة مالية مستقلة وذلك من أجل تمكنها من مزاولة نشاطها بصفة مستقلة عن شخصيات و أموال الأشخاص الطبيعيين المكونين لها، خاصة اذا كنا في مجال ابرام العقود الادارية الدولية في الاستثمار .

## الفرع الأول: أهمية الشخص المعنوي في القانون العام للخضوع للتحكيم:

إن الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار الدولية هو الشخص التابع لدولة أخرى، وهو ما اشترطته اتفاقية واشنطن لعام 1965 فلكي ينعقد الاختصاص للمركز الدولي لمنازعات الاستثمار، يتعين أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمراً أجنبياً منتمياً لدولة أجنبية أخرى طرفاً في الاتفاقية.<sup>(1)</sup>

يقصد بالاستثمار بأنه تكوين رأس المال أو استخدامه بهدف تحقيق الربح، وهو إسهامي غير وطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أعمل أو خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقاً للقانون.<sup>(2)</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن اختصاص لجنة التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ينعقد إذا كان المستثمر الأجنبي شركة خاصة، منتمياً لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية، ويشترط أن يكون المستثمر الأجنبي من غير مواطني الدولة الطرف في النزاع، ويستثنى من ذلك الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق على معاملته معاملة المستثمر الأجنبي وذلك لوجود مصلحة أجنبية كتملك أسهمه من مستثمرين أجنبياً، فقد يعتبر الشخص الاعتباري كمواطن أجنبي إذا كانت الدولة المضيفة للاستثمار تعرف سيطرة أجنبية على نطاق واسع وذلك وفقاً للسياسة الاقتصادية للدولة.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> نصت المادة 25/2-ب من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على أنه: " يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي: " كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع. "

<sup>(2)</sup> خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار، المرجع السالف الذكر، ص 85.

<sup>(3)</sup> فقد كان الحكم الصادر عن لجنة التحكيم في قضية بين الحكومة الإندونيسية والشركة الأمريكية amco في اتفاق

استثمار بينهما حول استثمار فندقية على أن اختصاص المركز يمتد ليشمل كل المنازعات التي يكون لها تأثير على الاستثمار، وقائع القضية :

و مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف، والذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الذي عرف المستثمر بأنه " ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة، ولكنه أيضا من المقيمين بصفة قانونية دائمة على أراضي دولة موقعة على الاتفاقية، وهو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى و إن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح." وعليه فإن الطرف الأجنبي في العقود الدولية للاستثمار هو المستثمر الأجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا اعتباريا.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: الشخص الاعتباري الأجنبي في التشريع الداخلي

الأشخاص الاعتبارية الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة أو من يمثلها هي كل مجموعة من الأشخاص، أو أموال تمنح بموجب القانون شخصية قانونية<sup>(2)</sup> كالشركات و المؤسسات الأجنبية<sup>(3)</sup> في إطار عقد الشراكة مع الأشخاص الاعتبارية الأجنبية في مجال المحروقات لاكتساب الحقوق و التحمل بالواجبات و الالتزامات و تجعل لها ذمة مالية مستقلة حتى

C'est donc ajuste titre que le tribunal affirme que le problème doit être résolu dans le seul cadre du C.L.R.D.I. S'il ne peut s'appuyer sur aucun précédent, il trouvera dans l'analyse des textes régissant le Centre un support suffisant pour étayer sa position. Il va d'abord déterminer l'effet de la chose jugée sur sa compétence avant de fixer sa position sur la recevabilité des demandes nouvelles présentées devant lui. **voire**, Patrick rambaud , la compétence, du tribunal cxi.d .l,saisi après une décision d'annulations annuaire français de droit international xxxiv 1988- Editions du CNRS, Paris pp.

209-215..www.persee.fr

<sup>(1)</sup> د. خالد عكاشة، المرجع السالف الذكر، ص 101 .

<sup>(2)</sup> نص المادة 49 من القانون المدني الجزائري، السالف ذكره .

<sup>(3)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 38 من قانون الصفقات العمومية وتفويض المرافق العام رقم 15-247 السالف

الذكر .

يمكنها من مزاولة نشاطها بصفة مستقلة عن شخصيات و أموال الأشخاص الطبيعيين المكونتين لها<sup>(1)</sup>. وقبل إبرام الدولة أو من يمثلها أي صفقة عمومية ودخولها حيز التنفيذ، لا بد من التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة، و هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة و صفتهم.<sup>(2)</sup> و الوضع الغالب هو أن تتعاقد جهة الإدارة مع الأشخاص الاعتبارية الأجنبية الخاصة أيا كان نوعها فقد تكون مجموعة شركات فيما بينها في إطار التضامن، أو في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة<sup>(3)</sup>

مثل مجموعة الشركات التي اشتركت في تنفيذ مشروع الاتفاق، و قد تكون مجموعة شركات متعددة الجنسيات، أو تكون شركة واحدة مملوكة لشخص واحد.<sup>(4)</sup>

لكن ثار تساؤل عن الضابط الموضوعي الذي يستعان به في إضفاء الصفة المهنية على هذه الشركات. ؟

<sup>(1)</sup> فعقد الشراكة هو من عقود الدولة الخاص بالبحث أو استغلال المحروقات المبرم بين شركة سوناطراك ممثل الدولة الجزائرية وبين شخص اعتباري أجنبي، في مجال المحروقات، حسب ما قضت به نص المادة 5 من القانون رقم 05-07 الخاص بالمحروقات، السالف ذكره .

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 95 من نفس القانون . الخاص بالمحروقات السالف ذكره.

<sup>(3)</sup> وهو ما جاء في أحكام المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 : "يمكن المترشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة. يمكن المرشحين والمتعهدين في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات أن يتقدموا في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة....وتعد الكفالات باسم الوكيل . وإذا كان التجمع مختلطا يتكون من شركات خاضعة للقانون الجزائري وشركات أجنبية فإنه يمكن استثناء دون المساس بطبيعة التجمع أن تعد الكفالات باسم كل عضو."

<sup>(4)</sup> وهو ما جاء في المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في نص المادة 37 يمكن التعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات . ونص المادة 38 لكل مصلحة متعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو المؤسسات الأجنبية.

يلاحظ أن المعيار السائد فقها و قضاء هو معيار الجنسية، فالجنسية هي المعيار الواجب الإلتباع في تحديد تمتع هذه الشركات بالصفة الوطنية أو الأجنبية و بالتطبيق على ذلك يمكن القول بأن الصفة الأجنبية تلحق بكل شركة لا تمتع بجنسية الدولة المتعاقد معها .

و لا يثير تحديد المقصود بالشخص الأجنبي أي صعوبة تذكر، و لكن قد يحدث أحيانا أن تتعاقد جهة الإدارة مع طرف اعتباري أجنبي، و يتفق في العقد على إنشاء شركة في دولة جهة الإدارة المتعاقدة لتساهم في وفاء الطرف الاعتراري بالتزامه، و يملك الطرف الأجنبي كل رأس مالها أو يساهم مع جهة الإدارة فيه، و يتم إنشاء الشركة وفق القانون الدولة التابعة لها جهة الإدارة فهل تعتبر هذه الشركات طرفا و وطنيا أم أجنبيا؟ .

حيث تعرضت اتفاقية واشنطن لهذا الفرض، فقد نصت في المادة 25 منها على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بنظر المنازعات التي تثور بين دولة متعاقدة و بين شخص تابع لدولة أخرى و تتعلق بعقد من عقود الاستثمار. و الأصل أن تعبير الشخص التابع لدولة أخرى، ينصرف إلى كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة غير دولة جهة الإدارة الطرف في المنازعات.<sup>(1)</sup>

و لإعمال الفقرة الثانية من نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن، اشترط قضاء التحكيم ضرورة الاتفاق الصريح بين الطرفين، ومثال ذلك ثار نزاع بين الحكومة المغربية والشركة الغربية للبترول o.p.c الأمريكية، حيث أرادت الحكومة المغربية تطوير الصناعة الفندقية داخل المملكة، ولذلك طلبت من الشركة الاتصال بمجموعة متخصصة في انشاء الفنادق لتطوير نظام الفندقية لإنشاء عدة فنادق سياحية في مدن متفرقة واستجابة لهذه الرغبة قامت شركة o.p.c بالاتصال بمجموعة h.i. وفي تاريخ 28 سبتمبر 1966 تم توقيع خطاب النوايا

(1) د . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 93-95.

بين الأطراف في السفارة المغربية في واشنطن في 15 ديسمبر 1966 تم توقيع العقد النهائي والذي أطلق عليه الاتفاق الأساسي.

ووفقا لهذا الاتفاق اتفقت الأطراف على اقامة مشروع مشترك لإنشاء أربعة فنادق h.i في المغرب في مدينة الرباط فاس، طنجة، مراكش. إلا أنه تدهورت العلاقة بين الطرفين وفشلت كافة المحاولات لتقريب وجهات النظر بين الطرفين، ولذلك كان لابد من اللجوء الى التحكيم لفظ النزاع وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. إلا أن المغرب دفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم المنعقدة تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار باستنادها الى أن الشركات المتخصصة المستعان بها، لم تكن موجودة وقت التوقيع على العقد الأساسي، ولم توقع عليه وبالتالي لا يمكن الاستفادة من شرط التحكيم المدرج في العقد. وأن الحكومة المغربية لم يصدر عنها أي تصرف يعبر عن رغبتها في معاملة هذه الشركات، كأشخاص تابعة لدولة أخرى، وهي الموافقة التي تتطلبها المادة 2/25 من اتفاقية واشنطن لجلب اختصاص المركز، ولذلك فإن الحكومة المغربية تمسكت بأن موافقة الدولة لا يمكن أن تفترض بل لابد من وجود رضا صريح وواضح لوضع الاتفاقية قيد التنفيذ. وقد ردت شركة h.i. بأن اتفاقية واشنطن لم تتطلب شكلا خاصا بالنسبة لموافقة الدولة، كما أن انشاء أشخاص معنوية محلية على اعتبار أنها فروع للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة هي مسألة حيوية وهامة من أجل تنفيذ العقد بالإضافة الى أن الحكومة المغربية كانت تعامل الشركات الأربعة على أنها خاضعة للسيطرة الأجنبية وليس على اعتبار أنها شركات وطنية متمتعة بالجنسية المغربية، بالإضافة الى أن تمسك الحكومة المغربية بأن تكون موافقتها على اعتبار هذه الأشخاص أشخاصا تابعة لدولة أخرى اتفاقا مكتوبا يجعلها مفتقدة لحسن النية.<sup>(1)</sup>

(1) نقلا عن د . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 92-93.

حيث أوضحت محكمة التحكيم أن الاتفاق حول اعتبار الأشخاص الخاضعة للسيطرة الأجنبية أشخاصا تابعة لدولة أخرى متعاقدة، هو استثناء على قاعدة عامة ومستقرة في معاهدة واشنطن، ولذلك ينبغي أن يكون هذا الاتفاق واضحا وصريحا على اعتبار أن الأمر يتعلق بمخالفة مبدأ عام مستقر، ولذا فإن هذا الاتفاق كقاعدة عامة ينبغي أن يكون صريحا، أما الاتفاق الضمني فلا يمكن الاعتداد به إلا إذا توافرت ظروف محددة تستبعد أي تفسير آخر لنية الأطراف، وهو ما لم يكن متحققا في هذه الواقعة، فبالنسبة للأشخاص الاعتباريين لكي يخضع لاختصاص محكمة المركز فإنه يجب أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة أخرى غير تلك الدولة الطرف الأول في النزاع. و يجب أن يتوافق شرط الجنسية بالنسبة للشخص الاعتباري في التاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف التقديم للتحكيم لدى محكمة المركز و لا يؤثر في انعقاد الاختصاص حدوث أي تفسير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري، بإحداث تعديلات غير جدية في الجنسية لهدف خارج اختصاص محكمة المركز.

أو على العكس باستبعاد اختصاصها شأن نزاع معين. و يلاحظ أن أحد معايير جنسية الأشخاص الاعتباريين الغالبية في القانون التجاري الدولي هو مكان التأسيس، و عليه فإن شركة ما تم تأسيسها في ظل قوانين الدولة المضيفة للاستثمار يمكن أن تتمتع بجنسية هذه الدولة و نتيجة لذلك فإن الشرط الخاص بضرورة أن يكون الشخص الاعتباري متمتعاً بجنسية دولة أخرى غير تلك الدولة الطرف في النزاع يكون متخلفاً في الأحوال التي تتطلب فيها الدولة مضيفة للاستثمار أن تكون المشروعات المشتركة مع المشتركين الأجانب مؤسسة تحت ظل قوانينها الوطنية و على ذلك أن الدول المضيفة للاستثمار و بصفة خاصة الدول النامية، تميل إلى الإشراف على الشركة الأجنبية المستثمرة بإخضاعها لقوانينها و لوائحها الإدارية، و يترتب على ذلك أن كثير من الاستثمارات التي تأخذ شكل المشروعات المشتركة و التي تأسست داخل الدولة المضيفة للاستثمار يمكن أن يفلت من اختصاص المركز إلا إذا وجد معيار آخر للجنسية أو استثناء على القاعدة المتقدمة

و هكذا فإنه لما كانت الاتفاقية لم تعين معيار جنسية الشركات، فإن محكمة المركز تكون غير ملتزمة بتطبيق معيار معين دون آخر و بصفة خاصة يمكن لمحكمة المركز أن تحيد عن تطبيق معيار مكان التأسيس لتحديد جنسية الشركات، فيجوز لمحكمة المركز لكي تعقد لنفسها الاختصاص على نزاع أحد أطرافه شركة ما أن تطبق معايير أخرى مثل فكرة الرقابة أو معيار رأس المال، و الواقع أنه من الأفضل للأطراف، إزالة لكل لبس، أن يحدد صراحة جنسية الشخص الاعتباري في عقد الاستثمار نفسه أو في اتفاق التحكيم.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: الشخص الطبيعي الأجنبي

هذا الوضع نادر الحدوث وهو تعاقد الدولة مع شخص طبيعي أجنبي في مجال العقود الادارية الدولية، فالدولة تتعاقد مع الشركات والمؤسسات الدولية وليس مع الأفراد. ولكن يحدث أحيانا أن تقوم جهة الادارة بإبرام عقد مع شخص طبيعي أجنبي، مع توفر العقد لأهم عناصره وهي تسيير المرفق العام، وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، لإضفاء على العقد الصبغة الادارية .

### الفرع الأول : حالات التعاقد

مثال هذه الحالة في عقود التوريد، فعقود التوريد تبرم وفقا لدفاتر شروط موضوعة سلفا بواسطة الادارة وحدها وأنه ليس للمتعاقد مع الادارة أن يناقش هذه الشروط وانما عليه أن يقبلها جملة أو أن يرفضها جملة، ومن ثم تكون هذه الشروط الاستثنائية المنصوص عليه في عقد التوريد هي شروط ذات طبيعة لائحية أو مشرعة وتولد بالتالي مراكز موضوعية مجردة، لا

(1) فالمادة 2/25 -ب- من الاتفاقية تقضي بأن أي شخص اعتباري له جنسية الدولة المتعاقدة الطرف التحكيمي تاريخ نشأة النزاع رغم ذلك أن يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة على أساس فكرة الرقابة الأجنبية د جلال وفاء محمد، السالف الذكر، ص 31-34.

مراكز خاصة محددة. <sup>(1)</sup> ومن أمثلة هذه العقود، العقد الذي أبرم بين الجيش الفرنسي مع شخص طبيعي في لبنان هو السيد حبيب بشارة في 1944 لتوريد أكياس بريدية للجيش الفرنسي. <sup>(2)</sup> وفي هذه الحالة نكون بصدد نوع من العقود الإدارية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي وهو عقد التوريد. <sup>(3)</sup> يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية الدولة الطرف في العقد، أن يطلب التحكيم مع الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز، و لكن لا بد أن يتوافر شرط الجنسية في تاريخين معاً. <sup>(4)</sup>

1- التاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف لتقديم النزاع إلى تحكيم المركز.

2- معرفة السكرتير العام للمركز بالتاريخ الذي يسجل فيه الطلب، و يجب أن تتوافر للشخص الطبيعي جنسية إحدى الدول المتعاقدة في تاريخ التقدم إلى تحكيم المركز و تاريخ تسجيل الطلب .

(1) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، السالف الذكر، ص 549 .

(2) ويقصد بالشخص الطبيعي أي شخص طبيعي يحمل جنسية أي من الأطراف المتعاقدة وفقاً لقوانين كل منها . وهو التعريف الذي أورد في البند الثاني من المادة الأولى من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية التي وافق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية على هذه الاتفاقية بقراره رقم 1125 / د71 بتاريخ 2000/6/7.

(3) و يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفراد أو الشركات على توريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين. وهو المعنى الذي أوردته محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ 2 ديسمبر 1952 حيث ذهبت إلى أن عقد التوريد هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين . نقلاً عن، جابر جاد نصار، العقود الإدارية، السالف الذكر، ص 119 .

(4) د. جلال وفاء محمد، السالف الذكر، ص 30.

وتجدر الملاحظة أن توافر احد الشرطين فقط ليس كافيا لاختصاص محكمة المركز لينظر في منازعة الاستثمار و علاوة على ذلك، يتعين على المستثمر الأجنبي إذا كان شخصا طبيعيا أن يذكر صراحة عند تقدمه بطلب التحكيم أمام المركز أنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع، و الواقع أن عدم الانصياع مع القواعد السابقة من شأنه أن يدفع السكرتير العام للمركز لرفض تسجيل طلب التحكيم فشرط الجنسية يستهدف تجنب أي تحايلات يمكن من خلالها للشخص الطبيعي التوصل إلى اختصاص المركز كأن يقوم على سبيل المثال، بتغيير جنسيته لكي يكون النزاع داخلاً في اختصاص المركز.

ولكن يثور التساؤل بالنسبة للشخص الطبيعي الذي تتوافر له أكثر من جنسيات دولة متعاقدة ؟.

### الفرع الثاني : الاشكالات القانونية للشخص الطبيعي

لا تثار مشكلة إذا كانت الدولتان اللتان يتمتع المستثمر بجنسيتيهما دولتين متعاقدين في الاتفاقية<sup>(1)</sup>، إذ لا يثار الشك في حق المستثمر في التقدم بطلب التحكيم أمام المركز في هذا الفرض. و لكن تثار الصعوبة بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة، و في نفس الوقت يتمتع بجنسية دولة أخرى غير متعاقدة. تكمن الإجابة على هذا التساؤل في الأعمال التحضيرية للاتفاقية الخاصة بفض منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة وبين

(1) تم إبرام هذه الاتفاقية في 18 مارس 1965 بواشنطن، وبرعاية ومبادرة البنك الدولي للإنشاء والتعمير، ويتضح من اسمها إنها اتفاقية تهتم بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول، ومواطني الدول الأخرى، بواسطة المركز الدولي الذي أنشئ بموجبها (المادة 1/1) والذي أطلق عليه اسم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد أصبحت هذه الاتفاقية نافذة منذ 14-10-1966 وذلك بعد مرور 30 يوما على اكتمال وثائق تصديق 20 دولة طبقا للمادة 2/28 منها. وتنتمي هذه الدول إلى مختلف القارات، ومن الدول العربية، التي صادقت عليها نجد، الجزائر، الأردن، مصر، سوريا، موريتانيا، الصومال، السودان، المملكة العربية السعودية، الإمارات العربية المتحدة، تونس، والمغرب.

مواطني إحدى الدول المتعاقدة وكذلك صياغة نص المادة 2/25 على أنه يكفي لانعقاد اختصاص محكمة المركز أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة حتى ولو ثبت له جنسية دولة أخرى غير متعاقدة.

أما بالنسبة للأشخاص الطبيعيين عديمي الجنسية *statless*، فلا يجوز لهم الاشتراك في إجراءات التحكيم أمام المركز لعدم تمتعهم بجنسية أية دولة متعاقدة. و إذا كان المستثمر يتمتع بجنسية دولتين متعاقدين إحداها هي جنسية الدولة المضيضة للاستعمال، فلا يجوز التقديم للتحكيم أمام محكمة المركز بالنظر لوحدة الجنسية مع الدولة المضيضة للاستثمار الخصم في النزاع. وفي ظل قواعد القانون الدولي، فإن قانون دولة الجنسية المدعى لها هو الذي يحدد ما إذا كان الطالب يتمتع بجنسية هذه الدولة أم لا، و لا يكون للمحاكم سلطة الفصل في موضوع جنسية في الحالات التي سيكتب فيها القانون الوطني عن ذلك و غالبا ما تأخذ المحاكم في هذا الخصوص بما استقرت عليه محكمة العدل الدولية في قضية *Nottebohm* بتاريخ 6 أبريل 1955، من أن الجنسية هي مثل شرط للقيام بنشاط محمي دبلوماسيا في الحركة القانونية التي يقوم بها الأفراد خارج الدولة.<sup>(1)</sup>

(1) **voir** ; la affaire Nottebohm (deuxième Phase), Arrêt du 6 avril 1955 ; cour internationale du justice . recueil 1955, p4. [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

## الفصل الرابع : إجراءات و أساليب إبرام العقود الإدارية الدولية

## تمهيد و تقسيم :

من المسلم أن العقد سواء أكان مدنيا أم إداريا يتكون بتوافق إرادتين بقصد أحداث أثر قانوني معين. على أنه إذا كانت أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه، فإن الأمر يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الإداري الداخلي أو ذو الطبيعة الدولية، عن عقود القانون الخاص باعتبار أن الإدارة طرفا فيه تبرمه باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام مستخدمة في ذلك أساليب السلطة العامة، وتهدف من ورائه إدارة مرفق عام أو تسييره. خاصة في طريقة التعبير والإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية، فلا تتم عملية تعبير الإدارة هذه إلا بعد قطع مراحل متعددة ومختلفة في الإجراءات.

ومن ثم فإن المشرع حدد نظاما معيناً للعقد الإداري يحكمه في مراحلها المختلفة حفاظاً على المصلحة العامة و المال العام. لهذا فإن عملية تكوين العقد الإداري في القوانين داخل الدول تبدأ بالإجراءات التمهيدية اللازمة قبل التعاقد، مثل الإذن المالي أو الموافقات السابقة أو غيرها، مروراً بأساليب التعاقد الإداري كالمناقصة والمزايدة بأنواعها المختلفة والمزايدة بأنواعها المختلفة والممارسة والاتفاق المباشر وغير ذلك من النظم التي قد ينص عليها القانون. وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي : المبحث الأول الإجراءات السابقة على التعاقد. أما المبحث الثاني أساليب إبرام العقود الإدارية الدولية.

## المبحث الأول: الإجراءات السابقة على التعاقد

تتلور هذه المرحلة في الإجراءات التي يتعين على الإدارة أن تمر بها قبل أن تستطيع إبرام العقد الإداري الدولي، حيث يتعلق بعملية إبرام هذه العقود عدة مسائل من حيث الآثار والانعكاسات التي يمكن تنتج عنها سواء بالنسبة لتنفيذ العقود الدولية أو بالنسبة للنزاعات التي يمكن أن تتولد من جراء تنفيذها، ومن ثم فإن هذه المرحلة تعتبر بمثابة حجر الأساس في البناء التعاقد الدولي إذ تقوم هذه المرحلة وتمحور عناصرها الأساسية حول النقاط المتعلقة أصلا بالإجراءات الخاصة. و سنتناول أهم هذه الإجراءات فيما يلي : المطلب الأول توافر الاعتماد المالي. أما في المطلب الثاني الاستشارات السابقة على التعاقد أما في المطلب الثالث نتطرق إلى الإذن بالتعاقد.

## المطلب الأول : توافر الاعتماد المالي

لا يستطيع جهة الإدارة أن تتعاقد مع المتعهد، وأن تلتزم بمبالغ معينة إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء المختلفة، وهذه القاعدة ليست مقصورة على نشاط الإدارة المتعلق بالعقود الإدارية، ولكنها تشمل كل نشاط إداري تقوم به الإدارة. وهو ما تضمنته بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع الجزائري ونضيره المصري .

## الفرع الأول : شرط توافر الاعتماد المالي

لم يغفل المشرع الجزائري على إدراج هذا الشرط ضمن القوانين الداخلية، إذ اشترط في قانون البلدية على أنه يجب على الجماعات المحلية في اطار التنمية المحلية أو التفكير في استثمارات للنهوض بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية، أن تراعي توافر الاعتماد المالي لها بحيث يجب على البلدية أن تتأكد من توافر الموارد المالية الضرورية للتكفل بالأعباء والمهام المحولة لها قانونا في

كل ميدان يرافق كل مهمة جديدة يعهد بها إلى البلدية أو تحول لها من قبل الدولة، التوفير المتلائم للموارد المالية الضرورية للتكفل بهذه المهمة بصفة دائمة.<sup>(1)</sup>

وهو الأمر الذي نص عليه التشريع المصري في نص المادة السادسة من قانون الموازنة العامة للدولة للسنة المالية 2019/2018 على أنه "تلتزم الوزارات والمصالح والهيئات والمؤسسات وأية وحدات أخرى بأخذ رأى وزارة المالية في المسائل التي من شأنها ترتيب أعباء مالية على الخزانة العامة للدولة سواء بزيادة المصروفات أو بتخفيض الموارد، ومع عدم الإخلال بقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 يكون طلب الرأي من الجهات المختصة بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ومصحوبا برأي وزارة المالية ووجهة نظرها في المسائل المالية المطلوب ابداء الرأي بشأنها." <sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني : أثر تخلف الاعتماد المالي

إن توافر الاعتماد المالي يعتبر كإجراء تمهيدي لعملية التعاقد، وبالتالي فإن تخلفه لا يؤثر على صحة إبرام الإدارة لعقودها. إلا أنه يترتب أثرا هاما وهو عدم قدرة الإدارة على دفع ما يترتب عليها من التزامات مالية قد تنتج عن العقد.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> نص المادة الرابعة من قانون البلدية رقم 11-10 في التشريع الجزائري . السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> القانون رقم 100 لسنة 2018 بربط الموازنة العامة للدولة للسنة المالية 2018-2019. الجريدة الرسمية العدد 25 مكرر "ز" الصادر بتاريخ 27 يونيو 2018.

<sup>(3)</sup> فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية 1956/2/11 ذلك بقواها : فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد الأشغال العامة أو التوريد، يتعقد صحيحا وينتج آثاره حتى لو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال... ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة، ولتعطل سير المرافق العامة . نقلا عن، د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق ص 131 .

وإذا كان القانون المالي وثيق الصلة بالقانون الإداري فان المسلم به - وفقا للنظرية الفرنسية - أن القانون الإداري مستقل عن القانون المالي، ويترتب علي ذلك نتيجة بالغة الأهمية، وهي أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور علي نطاق القانون المالي، ويترتب القضاء الفرنسي على الفصل بين مجالي كل من القانونين المالي والإداري نتيجتين هامتين :

**النتيجة الأولى :** أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان التصرف الإداري. ولكن عدم وجود الاعتماد المالي يترتب عليه أثر عملي هام في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، ذلك أنه لا يستطيع إجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية إلا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المشروعة المقررة، فقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا في مصر أن تأخذ بالقواعد السابقة، في حكمها الصادر في 11 فبراير 1956 : "... فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد، ينعقد صحيحا، وينتج أثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب الإدارة لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية. وعلة ذلك ظاهرة وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة ويجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض، فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل حتى الحريص، التعرف عليها، ولو جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف

أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة.<sup>(1)</sup> ويجب أن يضاف إلى ما تقدم أن الإدارة المتعاقدة ترتب خطأ حين تتعاقد مع عدم احترام القواعد المتعلقة بالمالية العامة وأنها مسئولة عن هذا الخطأ .

**النتيجة الثانية :** بالرغم من صدور الاعتماد، فان جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقد إذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك. ففتح الاعتماد ليس إلا مجرد إذن غير ملزم بالتصرف. ومن ثم فان وجود الاعتماد المالي لا يترتب بذاته التزاما في جانب الإدارة وإنما يوجد هذا الالتزام حين تتدخل الإدارة، وتعبّر عن إرادتها، باستخدام الاعتماد في تحقيق الغرض الذي رصد الاعتماد من أجله.<sup>(2)</sup> ويترتب على توفر هذا العنصر الالتزام بدفع المال، وإبرام الإدارة لهذا النوع من العقود محل الدراسة يخضع بطبيعة الحال لهذه القاعدة.

### المطلب الثاني: الاستشارات السابقة على التعاقد

كثيرا ما يفرض المشرع على جهة الإدارة المتعاقدة أن تستشير جهة معينة قبل إبرام العقد فقد يكون ذلك لاعتبارات قانونية تستدعي ضرورة اللجوء إلى جهة متخصصة قادرة على الصياغة القانونية للعقد .

### الفرع الأول: التشريع الجزائري

قبل الدخول في أي عملية تعاقدية من جهة الادرة مع المتعهدين، ألزم المشرع على على الادارة إجراء استشارة حول مجال العقد، حيث تطرق قانون الصفقات العمومية رقم 15-

<sup>(1)</sup> وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 من قانون الاستثمار رقم 16-09 السالف الذكر على أن " الدولة تتكفل كليا أو جزئيا، بنفقات الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار، وذلك بعد تقييمها من طرف الوكالة . في مناطق الجنوب والهضاب العليا ."

<sup>(2)</sup> د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، لقاهرة 2011

247، إلى تنظيم المصلحة المتعاقدة إلى إجراء الاستشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الاقتصاديين الذين بإمكانهم الاستجابة لها وذلك لاعتبارات فنية تستلزم اللجوء إلى جهة متخصصة في موضوع العقد.<sup>(1)</sup> وهو ما أشار إليه كذلك في المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 القديم، المتعلق بالصفقات العمومية، بأنه في حالة خدمات الأشغال يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستشير الحرفيين، إلا في حالة الخدمات التي لا يمكن تنفيذها إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة،

أو لاعتبارات ثقافية أو فنية.<sup>(2)</sup> وقد نص قانون المحروقات على هذا الاجراء، حيث ألزم المشرع على أن تنشأ لدى كل وكالة محروقات هيئة استشارية تدعى "المجلس الاستشاري"<sup>(3)</sup> حيث يبدي هذا الأخير آراء حول نشاطات اللجنة المديرية التي تدير الوكالة الوطنية للمحروقات، خاصة وأن مجال إبرام العقود الإدارية الدولية ينصب حول مهام هذه الوكالة الخاصة بقطاع المحروقات في الجزائر.

### الفرع الثاني : التشريع المصري

وتعد هذه الاستشارة السابقة على التعاقد في القانون المصري، قد تشمل جميع الجهات الإدارية في الدولة وعليه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم

<sup>(1)</sup> وهو ما تضمنته المادة 14 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر . بنصها على أنه يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية . وتنظم المصلحة المتعاقدة إجراء الاستشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الاقتصاديين الذين بإمكانهم الاستجابة لها، مع مراعاة أحكام المادة 5 من هذا المرسوم كما و يعلن عن عدم جدوى الاستشارة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 7 من المادة 52 من هذا المرسوم.

<sup>(2)</sup> المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236، المتعلق بالصفقات العمومية القلم .

<sup>(3)</sup> المادة 12 من القانون رقم 05 - 07، المتعلق بالمحروقات . السالف الذكر .

أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استشارة الإدارة المختصة بمجلس الدولة حسب قانون مجلس الدولة المصري. (1) فقد عرفت مصر فكرة وضع الضوابط التي تنظم إجراءات إبرام العقود الإدارية منذ زمن طويل، بدافع الحفاظ على أموال الدولة، وتحقيق العلانية والشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص أمام جميع المواطنين الراغبين في التعاقد مع الدولة. (2)

و عليه فإنه في حالة فعدم عرض الاستشارة على مجلس الدولة قبل التعاقد، وإن كان يمثل مخالفة للقانون إلا أن مجلس الدولة انتهى إلى أن إبرام العقد في هذه الحالة يعتبر أمراً واقعاً والعقد صحيح، وهذا ما قرره فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري، إلى أن العقد الذي أبرمته وزارة الصناعة بالإقليم السوري مع الهيئة الاتحادية للاستيراد والتصدير بموسكو في 08 يوليو 1960، قد وقع مخالفاً للقانون لعدم عرضه على مجلس الدولة قبل إبرامه لا

(1) وهو ما نصت عليه المادة 58 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، التي تقضي بأنه "

يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة، ويرأس كل إدارة منها مستشار أو مستشار مساعد، ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس. وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة في الفقرة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية. ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة 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 جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة. منشور على موقع : [www.egypt.gov.eg](http://www.egypt.gov.eg).

(2) ومن المنطقي أن يكون مجرد وجود الإدارة طرفاً في العقد، سواء كان العقد إدارياً أو مدنياً، يؤدي حتماً إلى قدر كبير من المغايرة في وسأشمل وأساليب التعاقد، مقارنة بأساليب إبرام العقود المدنية التي تكون بين أفراد عاديين. = ذلك أن الحرية التعاقدية للإدارة تخضع للعديد من التنظيمات والقيود، مقارنة بحرية الأفراد في التعاقد وتقييد حرية الإدارة في التعاقد يشمل عقود الإدارة الإدارية وعقودها المدنية كذلك ذلك إن نوعى العقود التي تبرمها الإدارة ترتبط بالمصلحة العامة التي تفرض على الإدارة إتباع الأساليب التي تحافظ على مصالحها المالية، وتحقيق استخدام أفضل الأساليب الفنية في توفير ما تحتاجه الإدارة من سلع أو خدمات. نقلاً عن، د. ثروت بدوي، القانون الإداري، السالف الذكر، ص 576.

بواسطة هيئاته المختصة، ولا باشتراك ممثل مجلس الدولة في الوقت الذي أبرم هذا العقد، ولكن لا يسع مجلس الدولة وقد أصبح إبرام العقد أمرا واقعا إلا أن يراجعه من الناحية القانونية لإبداء ما يوجد فيه من ملاحظات والوزارة بعد ذلك وشأنها في تدارك ذلك إن أمكن مع الطرف الآخر في العقد.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث : الإذن بالتعاقد

يشترط لكي تبرم سلطة من السلطات العامة عقدا من العقود، ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد، و يكون هذا الإذن من سلطة عليا كالبرلمان أو رئيس الجمهورية أو من جهة الإدارة العليا كالوزارة، خاصة ونحن بصدد إبرام عقود إدارية دولية، حيث يختلف الإذن بالتعاقد عن شرط الاعتماد المالي، فقد ذكرنا فيما سبق أن وجود الاعتماد المالي ليس شرطا لسلامة العقد، لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى شرط الحصول على إذن بالتعاقد، بمعنى أن تعاقد الإدارة دون الحصول على هذا الإذن، يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

### الفرع الأول : تطلب موافقة هيئة عليا لإبرام العقود الإدارية الدولية

نظرا الأهمية العقود التي تبرمها الدولة، التي قد تصل إلى حد المساس بالمصلحة العليا للبلاد، أو تمس بالأمن القومي، أو يترتب عليها التزامات تستمر مدة طويلة من الزمن فإن المشرع تطلب لإبرام مثل هذه العقود موافقة جهة عليا في الدولة .

يتولى وزير الطاقة والمناجم في الجزائر، عرض طلبات الموافقة على عقود البحث أو استغلال المحروقات التي يتم إبرامها مع الطرف الأجنبي، لتتيم الموافقة عليها بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء.<sup>(2)</sup> فعندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج، في هذه

(1) د.علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، السالف الذكر، ص 122 .

(2) وهذا ما تقضي به نص المادة 11 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات .السالف الذكر .

الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.<sup>(1)</sup>

كما نص الدستور الجزائري على أن البرلمان له الحق في المصادقة على قانون المالية<sup>(2)</sup>، كما يحق له التشريع في الميادين التي خصصها له الدستور من بينها النظام العام للمناجم والمحروقات<sup>(3)</sup>، فقطاع المحروقات هو المجال الخصب لإبرام الدولة لعقودها الإدارية الدولية مع الشركات والمؤسسات الأجنبية في قطاع المحروقات كما يمكن للبرلمان أن يفتح مناقشة حول السياسة الخارجية بناء على طلب رئيس الجمهورية أو رئيس إحدى الغرفتين<sup>(4)</sup>، و يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة<sup>(5)</sup> خاصة أزمة أسعار البترول التي تعرفها البلاد، في مجال المحروقات، أو أحد أعضاء الحكومة.<sup>(6)</sup>

و هو ما جاء كذلك في المادة 121 من الدستور المصري لسنة 2014 أنه " لا يجوز لسلطة التنفيذية عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب ". والمادة 123 منه التي نصت على أنه " يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة كما يبين أحوال التصرف بالبحان في العقارات المملوكة للدولة والقواعد والإجراءات

(1) وهو ما تضمنته المادة 49 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر .

(2) وفقا لنص المادة 138 من الدستور الجزائري .السالف الذكر .

(3) وفقا لنص المادة 140 ف 23 من الدستور الجزائري . السالف الذكر .

(4) وفقا لنص المادة 148 من الدستور الجزائري . السالف الذكر .

(5) وفقا لنص المادة 151 من الدستور الجزائري . السالف الذكر .

(6) وفقا لنص المادة 152 من الدستور الجزائري . السالف الذكر .

المنظمة لذلك. " (1) و على ذلك فانه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تقدم على إبرام مثل هذه العقود إلا إذا توافرت الموافقة من البرلمان، وذلك تحقيقا للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في تسيير الأموال العمومية. (2) وذلك لكي لا تتعارض هذه الأعمال الإدارية مع مبدأ المشروعية. إذا أن السمة البارزة للدولة الحديثة أنها دولة قانونية تسعى إلى فرض حكم القانون على هيئات الدولة المركزية والمحلية والمرفقية، ومن هنا تبرز العلاقة بين مفهوم الدولة القانونية ومبدأ الشرعية. (3)

### الفرع الثاني : موافقة جهة إدارية لإبرام العقود الإدارية الدولية

في هذه الصورة يتطلب المشرع ضرورة موافقة جهة إدارية معينة أعلى قبل إبرام العقد، وهي تهدف إلى تحقيق رقابة ذاتية لجهة الإدارة مثل ما رأينا في إبرام الصفقات المتعلقة بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج، التي يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء. (4) و من خلال نصوص الدستور الجزائري، التي تتعلق بتدخل البرلمان و مراقبته لعمل الحكومة، وفقا لشروط محددة في الدستور. (5)

(1) نص المادة 121، والمادة 123 من الدستور المصري لسنة 2014.

(2) ينظر في هذا الشأن د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 132 .

(3) ويقصد بمبدأ المشروعية الخضوع التام سواء من جانب الأفراد أو من جانب الدولة، وهو ما يعبر عنه

بخضوع الحاكمين والمحكومين لسيادة القانون. راجع في هذا الشأن، نقلا عن د. عمار بوضياف، المرجع في

المنازعات الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013، الجزائر، ص 11 .

(4) وهو ما تضمنته المادة 49 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر .

(5) وفقا لنص المادة 113 من الدستور المعدل بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن

التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2016. التي تقضي بانه "يراقب البرلمان عمل الحكومة وفقا

للشروط المحددة في المواد 94 و98 و151 و152 من الدستور ."

كما يجب أخذ موافق الوزير المكلف بالمحروقات على عقود البحث أو استغلال المحروقات المقدمة لكل مناقصة في عقود الدولة بموجب مقرر.<sup>(1)</sup>

يخضع كل مشروع عقد البحث أو الاستغلال والمساحات والمكان المعروض للمنافسة وكذا المعيار أو المعايير الذي تم انتقاؤه / انتقاؤها لاختيار العروض، لموافقة الوزير المكلف بالمحروقات.<sup>(2)</sup>

ولعل أهم تطبيقات هذه الصورة تتبدى في علاقة الإدارة المركزية بالهيئات الإدارية التي تخضع لرقابتها الوصائية سواء أكانت هذه الهيئات إقليمية أم مرفقيه، وهو ما حدده المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية حيث أقر أنه لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة على النحو التالي<sup>(3)</sup> :

- فيما يخص صفقات الدولة، السلطة المختصة هو الوزير .
- بالنسبة للهيئة الوطنية المستقلة. يؤول الاختصاص للمسئول المكلف .
- فيما يخص صفقات الولاية، السلطة المختصة هو الوالي .
- فيما يخص صفقات البلدية، السلطة المختصة هو رئيس المجلس الشعبي البلدي .

<sup>(1)</sup> وهو ما قضت به الفقرة 3 من نص المادة 32 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به الفقرة 2 من المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 07-184، مؤرخ في 09 جوان 2007 يحدد إجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 40، الصادرة بتاريخ 17 جوان 2007، معدل ومتمم بموجب المادة 6 من المرسوم التنفيذي 13-245 = المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد اجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 65، الصادرة في 22 ديسمبر 2013 .

<sup>(3)</sup> نص الماد 04 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

- فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، السلطة المختصة هو المدير العام أو المدير.

- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

خاصة وأن مجال الصفقات العمومية لا ينحصر في المجال الوطني بل يمكن أن تونون الصفقة دولية مع متعهدين أجنب. (1) لهذا سبق وأن أشرنا إلى أن مخالفة الإدارة للقواعد التي تنظم ضرورة وجود اعتماد مالي قبل التعاقد أو القواعد التي تحدد إجراءات صرفه لا تؤثر على صحة العقد الإداري، وأن العقد يظل صحيحاً منتجا لأثاره القانونية سواء في مواجهة الإدارة أو في مواجهة المتعاقد معها، إلا أن الأمر مختلف تماماً في حال إبرام الإدارة للعقد دون الحصول على إذن بالتعاقد، فوجود الإذن ضروري لقيام الرابطة العقدية، وإلا اعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. (2)

(1) وفقاً لما قضت به نص المادة 40 و42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر .

(2) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 134 .

## المبحث الثاني : أساليب إبرام العقود الإدارية الدولية

في الغالب ليس للإدارة المتعاقدة أن تختار المتعاقد الذي تريده، وإنما عليها أن تتبع خطوات محددة ومراحل وإجراءات خاصة تنص عليها القوانين، وهذا من أجل أن تضمن إبرامها للعقد مع المتعامل الذي يقدم أفضل العروض سواء من الناحية المالية أو التقنية. خاصة مع التطور السريع للتجارة الدولية عن طريق الرغبة في التنمية والتطور من خلال الدخول في علاقات تعاقدية مع عدة أطراف أجنبية، لتحقيق أكبر قدر من التعاون الاقتصادي الدولي خاصة بعد انفتاح وتشجيع الدول على ترقية الاستثمار، من خلال التعاقد مع الهيئات والمؤسسات الدولية الأجنبية المتخصصة في مختلف المجالات، بما يحفظ المصالح المشتركة لكل من المتعاقدين، لدى تعدد الوسائل التي تلجئ إليها الإدارة لإبرام العقود الإدارية الدولية، إلا أنه أثبتت الدراسات، أن الطرق والآليات التي تعتمد عليهم الدولة في مجال إبرام عقودها الإدارية الدولية تتمثل في طريقتين أساسيتين وهما إما التعاقد بطريق المناقصة أو التعاقد بطريقة التراضي من خلال: المطلب الأول التعاقد بطريق المناقصة في العقود الإدارية الدولية. المطلب الثاني التعاقد بطريقة التراضي في العقود الإدارية الدولية.

## المطلب الأول : التعاقد بطريق المناقصة في العقود الإدارية الدولية

يمكن القول مبدئياً أنه ليس ثمة اجماع بين مختلف الأنظمة القانونية على طريقة معينة للإعلان عن عملية التعاقد الدولية، حيث يلجأ إلى القوانين الداخلية للبلد الذي ينتمي إليه الطرف الذي يعلن الرغبة في التعاقد. حيث توجد دول ليس بها إجراءات محددة للتعاقد مثل بريطانيا، على أن تتولى رقابته إدارة الهيئة التي يتبع إليها المشروع، وطائفة من الدول تجعل اللجوء إلى الطريق المنظم إجبارياً عن طريق اتباع قوانين محددة مثل فرنسا و مصر والجزائر والآلية المتفق عليها هي التعاقد بطريق المناقصة.

## الفرع الأول: تعريف المناقصة

تتعدد تعريفات المناقصة باعتبارها أسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية بين الفقه والتشريع نورد من بينها :

## أولاً- التعريف التشريعي للمناقصة :

المناقصة في التشريع الجزائري هي إجراء يستهدف الحصول على طلب عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض<sup>(1)</sup>، مع إمكانية أن تكون المناقصة دولية، ويمكن أن تتم حسب أحد الأشكال التالية: طلب العروض المفتوحة، و طلب العروض المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، و طلب العروض المحدود، و المسابقة.<sup>(2)</sup>

وفي مجال العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الجزائر، تقوم شركة "سوناطراك" بطرح المناقصات لاختيار الشركاء من شركات النفط والغاز وفق آلية عقود تقاسم الإنتاج، وغالبا ما تطلب الشركات دخول سوناطراك معها في شركات عقود تقاسم الإنتاج ليس بوصفها مالكة الحقوق بل بوصفها مستثمر خاص، كما أصبحت الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط" تمنح رخص التنقيب من خلال طرح مناقصات في ظل التنافس الحر والظروف الشفافة والعادلة،<sup>(3)</sup> من أجل إبرام عقودها الإدارية الدولية، المتمثلة في عقود البحث أو

(1) المادة 40 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

(2) المادة 42 من نفس المرسوم رقم 15-247 . كما تنص المادة 38 من نفس المرسوم على أنه يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و /أو المؤسسات الأجنبية طبقا لأحكام هذا المرسوم. السالف الذكر.

(3) وهو ما نصت عليه المادة 15 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات. السالف الذكر .

الاستغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، طبقاً للإجراءات المحددة عن طريق التنظيم.<sup>(1)</sup>

### ثانياً- التعريف الفقهي للمناقصة :

يقوم نظام المناقصة على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة، يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات و تختار الإدارة أفضلها سعراً وشروطاً.

فالدعوة للمنافسة إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاملين مع تخصيص العقد للعارض الذي يقدم عرضاً أفضل ويمكن أن تكون الدعوة للمنافسة داخلية أو دولية.<sup>(2)</sup> حيث عرفها الدكتور " ثروت بدوي" على أنها مجموعة من الإجراءات التي تتسم بالعلانية والشفافية والمنافسة الحرة بين الراغبين في التعاقد، بقصد إرساء المشروع على أفضل العطاءات من النواحي المالية والفنية. وعرفها الدكتور حسين عثمان بأنها " هي طريقة بمقتضاها تلتزم السلطة العامة باختيار أفضل من يتقدم للمتعاقد معها شروطاً من الناحية المالية أو من الناحية الفنية.<sup>(3)</sup> وهي الطريقة المعتادة التي تلجأ إليها الإدارة في إبرام عقودها الإدارية ذات النمط الاعتيادي والبسيط، مثل توريد الاحتياجات الاعتيادية والمتكررة، أو عقد نقل إداري لنقل أجهزة معينة تابعة للإدارة. أساس هذه الطريق إنما هو للاعتبار المالي الاقتصادي، حيث تلجأ الإدارة إلى أسلوب المناقصة لاختيار المتقدم بأقل عطاء، وذلك في حالة لجوء وطلب الإدارة لخدمات، قد يكون الطرف الثاني المتعاقد معها أجنبي مثلما في العقود الإدارية الدولية ويكون ذلك خاصة بالنسبة للصفقات ذات الأهمية المعتبرة أو التي تفتقد إلى متعهدين داخل الوطن.

<sup>(1)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 32 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات. السالف الذكر.

<sup>(2)</sup> محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005،

ص 89.

<sup>(3)</sup> د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 577.

لسد احتياجاتها في مجال معين، مثل الشركات الأجنبية أو المتعددة الجنسيات. وبالمقابل فإذا ما أرادت الإدارة أن تتنازل أو تؤجر بعض أملاكها، فإن المصلحة العامة تقتضي أن تختار الإدارة المتقدم بأعلى عطاء مستعملة في ذلك أسلوب المزايدة .

وفي كلتي الحالتين، تلجأ الإدارة إلى الإشهار وفتح باب المنافسة أمام جميع المتعهدين.

### الفرع الثاني: المبادئ التي تقوم عليها المناقصة

وتقوم طريقة المناقصة العامة في اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة على ثلاثة مبادئ رئيسية هي: الاعلان عن المناقصة، حرية المنافسة، المساواة بين المتنافسين.

#### أولا - الاعلان عن المناقصة:

إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد، تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها. ومعنى ذلك يجب أن لا يكون إبرام العقد الإداري سريا.

ونقصد بالعلنية معرفة ذوي المصلحة والصفة بأن الدولة، قد أفصت عن نيتها في التعاقد والغاية من ذلك لكي لا تبرم العقود الإدارية في أجواء تشوبها الريبة ويجوم حولها الشك، لأن سرية التعاقد سوف لن تتيح الفرصة لمن يرغب في التعاقد كي يتنافس مع غيره كما أنه سوف تحال مشاريع حكومية بمبالغ خيالية لا تتناسب مع كلفتها الحقيقية. (1)

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في العقود الادارية الدولية التي تبرمها الدولة في مجال المحروقات، بأن تحدد الوكالة الوطنية للمحروقات لكل مساحة من المساحات، موضوع الاعلان عن المنافسة، قصد إبرام عقد البحث والاستغلال(2)، ويجب على اللجنة المكلفة

(1) د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 62.

(2) وهو ما نصت عليه المادة 33 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . السالف الذكر.

بالمناقصة في مجال العقود الدولية التي تبرمها الدولة الجزائرية في مجال المحروقات أن تتأكد أن المناقصة للمنافسة<sup>(1)</sup>، قد تم نشرها على نطاق واسع في اليوميات الوطنية وفي الدوريات العالمية المتخصصة إذا اقتضى الأمر، لضمان جذب ومشاركة أكبر عدد ممكن من الأشخاص في هذه العروض.<sup>(2)</sup>

وقد ورد هذا المبدأ في المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المتضمن الصفقات العمومية، التي تنص على أنه " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية : طلب العروض المفتوحة، طلب العروض المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا. طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.<sup>(3)</sup>

وهو ما أخذ به المشرع المصري في قانون الصفقات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998<sup>(4)</sup> وعلى ذلك فإن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد ومن ثم فإنه لا يمثل إيجابا تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها. حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر، إلى أن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق

<sup>(1)</sup> تستبدل عبارة الاعلان عن المناقصة بعبارة المناقصة للمنافسة، وهو ما قضت المادة 24 من المرسوم التنفيذي 13-245، مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد اجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 65، الصادرة في 22 ديسمبر 2013 .

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به الفقرة 3 من المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 07-184، مؤرخ في 09 جوان 2007، يحدد إجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 40، الصادرة بتاريخ 17 جوان 2007، معدل ومتمم بموجب المادة 8 من المرسوم التنفيذي 13-245، مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد اجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 65، الصادرة في 22 ديسمبر 2013 .

<sup>(3)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية .

<sup>(4)</sup> المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 التي نصت على أنه :

" تخضع كل من المناقصة العامة لمبدأ العلانية وتكافئ الفرص ... "

التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات و الاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد.<sup>(1)</sup>

وبهذا يتوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة، وجداول الكميات التي تبين للأفراد البنود و الإجراءات الواجب إتباعها في تنفيذ العقد و الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة الإخلال بأحكامه أو التأخر في تنفيذه، إضافة إلى صفة المناقصة وشروط العقد العامة. وتتولى لجنة العطاءات الإعلان عن المناقصة بناء على قرار الجهة المختصة بعد التحقق من صدور الأذن من الجهة المختصة.

### ثانيا- مبدأ حرية المنافسة:

يقضي هذا المبدأ الهام في نطاق إجراءات المناقصات والمزايدات العامة إفساح المجال لجميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم هذا الأمر، والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم شروط المناقصات والمزايدات العامة، ويساعد على تحقيق وقيام مبدأ المنافسة الحرة هذا مبدأ إعلانية المنافسات والمزايدات العامة.<sup>(2)</sup>

وتعني حرية المنافسة دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون، ومبدأ حرية المنافسة بهذا المعنى يعد من المبادئ الحاكمة لنظام المناقصات العامة، وترتبطا على ذلك فان الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة التي أعلنت عنها طام أن المتقدم قد استوفى الشروط التي تطلبها القانون. كما أن اتجاه الإدارة

<sup>(1)</sup> حكم المحكمة الادارية العليا في جلسة 2 ديسمبر 1967- طعن رقم 333 - س 10 . نقلا عن د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 149.

<sup>(2)</sup> د. عمار عوابدی، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2008 ص 204.

لتفضيل أحد المتقدمين على حساب آخرين يؤدي إلى بطلان هذا الإجراء إلا إذا كان هذا التفضيل مستندا على أساس قانوني.<sup>(1)</sup>

لكن هذا لا يعني انعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية المتقدمين وكفاءاتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال.<sup>(2)</sup> خاصة حينما يتعلق الأمر بالمنافسة على المشروعات ذات السبغة الدولية .

ولأهمية مبدأ حرية المنافسة في إجراءات المناقصة العامة، حرصت التشريعات المختلفة على النص عليه في صلب القانون الذي ينظم عملية المناقصات والمزايدات، وهذا ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بأن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين<sup>(3)</sup>، وهذا ما ذهبت إليه أحكام المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1988.<sup>(4)</sup> والاخلال بهذا المبدأ يترتب عليه إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد.<sup>(5)</sup>

(1) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 140.

(2) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 120.

(3) وهو ما نصت عليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر .

(4) المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1988. التي تقضي بأنه

" يخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ."

الجريدة الرسمية العدد 36 مكرر أ في 11 سبتمبر سنة 2013

(5) حيث تقضي المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال... ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما."

## ثالثاً- مبدأ المساواة بين المتنافسين:

يعد مبدأ المساواة من المبادئ الهامة والراسخة ضمن المواثيق الدولية، خاصة ونحن بصدد دراسة موضوع العقود الإدارية الدولية، بحيث يمكن لكل أجنبي متنافس على صفقة معينة في دولة ما و تتوفر فيه الشروط المطلوبة، الحق في إبرام عقد مع هذه الأخيرة دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة.<sup>(1)</sup> وهذا المبدأ مكمل لمبدأ حرية المنافسة، حيث يقصد بمبدأ المساواة بين المتنافسين أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانوناً وفعلاً، مثل احترام شروط ومواعيد المناقصة<sup>(2)</sup>، كما أنه لا يجوز السماح لأحد المتنافسين بالاطلاع على ملف المناقصة دون بقية المتنافسين.<sup>(3)</sup> إذ يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم، هم على قدم المساواة مع بقية المتنافسين،<sup>(4)</sup> وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيرهم. إلا أن هذا القيد لا ينبغي تعميمه، إذ أن الإدارة تستطيع أن تفرض شروطاً إضافية على المتقدمين

(1) حيث نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 أنه لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء. وفضلاً عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلاً أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود. صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

(2) ينظر في هذا الشأن د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 126.

(3) د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 205.

(4) وهو ما نصت عليه المادة 5 من من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.

إليها تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلا لفئة معينة من الراغبين في التعاقد. ناهيك عن أن الإدارة تملك إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التأمين الابتدائي الواجب تقديمه أو شرط توافر القدرة المالية .

### الفرع الثالث: المراحل التي تمر بها المناقصة :

من بين أهم المراحل التي تمر بها المناقصة قبل إبرام العقود الإدارية ما يلي:

#### أولاً- مرحلة إيداع العروض :

وهي المرحلة التي ينبغي أن يتم تقديم العروض خلالها في الآجال المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة، من أول يوم صدور الإعلان عن المناقصة في الصحف اليومية الوطنية. وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار الأجل، غير أنها تتقيد بعناصر معينة في تحديدها مثل تعقيد موضوع الصفقة وكذا المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات.

وتشتمل التعهدات على عرضين عرض تقني وعرض مالي، ففي مجال العقود الدولية، تعلن الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "النفط" عن مناقصة للمنافسة في مرحلتين :

**مرحلة أولى :** تسمى تقنية، موجهة لتحديد العروض التقني المرجعي الذي سيتخذ كقاعدة لإعداد العرض الاقتصادي، والذي يجب أن يستجيب للمعايير التي حددتها الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات .

**مرحلة ثانية :** تسمى اقتصادية، تسمح بانتقاء أحد المتعهدين.<sup>(1)</sup> كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل لتحضر العروض إذا اقتضت الضرر وفي هذه الحالة تخبر المصلحة المرشحين بكل الوسائل. ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن يفسح الأجل المحدد

(1) الفقرة 3 من نص المادة 34 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . السالف الذكر .

لأكبر عدد ممكن من المتنافسين، في مجال واسع لتحضير العروض.<sup>(1)</sup> وتشتمل التعهدات على عرضين عرض تقني وعرض مالي، يوضع كل منهما في ظرف مستقل ومغلف ومختوم يبين في كل منهما مرجع المناقصة وموضوعها، ويتضمنان عبارة "تقني" أو "مالي" ويوضعان في ظرف واحد يحمل عبارة لا يفتح - مناقصة رقم... وتحدد الوثائق التي يتضمنها كل عرض بالتفصيل.<sup>(2)</sup>

### ثانيا- مرحلة فحص العطاءات:

في الصفقات الخاصة بقطاع المحروقات، يتم فتح الأضرفة الخاصة بانتقاء أحد المتعهدين في جلسة علنية، ويبرم العقد فوراً مع صاحب أحسن عرض.<sup>(3)</sup> كما تقوم لجنة المناقصة للمنافسة بالفتح العلني للظروف، وبالتدقيق في صحة العروض، ودراستها وتقييمها وفقاً للمعايير أو المعايير المذكورة في ملف المناقصة للمنافسة. و كذا بإعداد محضر فتح الظروف. وتتم الاستعانة أثناء حصة فتح الظروف بمراقبين مستقلين من ضمن الحضور.<sup>(4)</sup>

وطبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد مع مراعاة الأحكام المتعلقة برقابة الصفقات العمومية، والمهم في هذا الصدد هو مرحلة الرقابة

(1) المادة 43 من قانون الصفقات العمومية رقم 247/15. السالف الذكر .

(2) المادة 62 من قانون الصفقات العمومية رقم 247/15. السالف الذكر .

(3) المادة 34 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . السالف الذكر .

(4) وهو ما قضت به المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 07-184، مؤرخ في 09 جوان 2007، يحدد إجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 40، الصادرة بتاريخ 17 جوان 2007، معدل ومتمم بموجب المادة 17 من المرسوم التنفيذي 13-245، مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد اجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 65، الصادرة في 22 ديسمبر 2013 .

الداخلية والتي تحدث في إطارها لجنة دائمة لفتح الأضرفة، تضطلع بجملة من المهام حددها قانون الصفقات العمومية ومن بين جملة هذه المهام (1):

- أنها تقوم بالتثبت بصحة العروض على سجل خاص .
- تقوم بإعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفه عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- تقوم بتحرير محضر الجلسة موقع من قبل جميع الأعضاء. ما لذي يجب أن يتضمن قائمة التحفظات المحتملة ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة. المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- تقوم بدعوة المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا لاستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالاككتاب وكفالة التعهد عندما يكون منصوصا عليها.
- نحدر لجنة فتح الأضرفة، عند الاقتضاء، محضرا بعدم جدوى العملية يوقع عليه الأعضاء الحاضرون، عندما يتم استلام عرض واحد أو في حالة عدم استلام أي عرض، وتقوم كما تحدث لدى كل لجنة متعاقدة، لجنة دائمة لتقييم العروض، حيث تتولى هذه اللجنة بتحليل العروض، وبدائل العروض عند الاقتضاء من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية، كما تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط.

(1) المادة 71 من قانون الصفقات العمومية رقم 247/15 . السالف الذكر .

## ثالثاً-مرحلة إرساء الصفقة :

يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان الصفقة متى كان ذلك ممكناً، مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة، كما يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال.<sup>(1)</sup>

## رابعاً- مرحلة اعتماد الصفقة:

وهي المرحلة الأخيرة لأنه لا بد من اعتماد المناقصة ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة، فالمنح المؤقت على الرغم من فوائده إلا أنه يظل كما وصفه على أن الصفقات العمومية لا تكون نهائية إلا إذا منح مؤقت، وافقت عليها السلطة المختصة. وبصفة عامة يتم ارساء العطاء بعد التأكد من القدرات الحقيقية للمتعامل وتشرف على العملية لجنة خاصة تعد قائمة بأسماء المتقدمين للمنافسة وتقوم بفحص جميع العناصر السابقة .

## المطلب الثاني: التعاقد بطريقة التراضي

إضافة إلى طريقة طلب العروض التي تتبعها الإدارة عند رغبتها في التعاقد توجد طريقة أخرى تتمثل في طريقة الممارسة " التراضي"، وتسمى كذلك الاتفاق المباشر. حيث تلجأ الإدارة في حالات محددة للاختيار المباشر للمتعاقد معها دون اللجوء إلى تشكيلات معينة أو الإشهار، ودون فتح المجال للمنافسة لاعتبارات موضوعية مثل الاستعجال، أو طابع تقني معقد أو احتكار...الخ. ولا يقيد بها في ذلك سوى الصالح العام .

<sup>(1)</sup> المادة 2/65 من قانون الصفقات العمومية رقم 247/15 . السالف الذكر .

## الفرع الأول: تعريف التراضي

التراضي<sup>(1)</sup> هو إجراء تخصيص صفقة تعامل لتعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ، و في حالة الاستعجال التي لا تحمل اتباع اجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها<sup>(2)</sup>، و طريقة التراضي أكثر مرونة لأنها تترك للإدارة العمومية حرية أكبر لاختيار الشخص الذي ستتعاقد معه. فإتباع الإدارة لأسلوب التراضي يعتبر استثناء عن الأصل العام المتمثل في المناقصة، أو طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة.<sup>(3)</sup>

إذ هذا الأسلوب يعني الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة التي تفرضها طريقة المناقصة إلا أن هذا النوع من الصفقات يستدعي مراقبة صارمة لأن حرية التعامل قد تؤدي في بعض الأحيان إلى اختيار متعاقد على حساب المصلحة العامة<sup>(4)</sup> ، و لهذا فقد حدد في القانون الحالات التي يمكن على أساسها اللجوء الى هذه الطريقة وهو ما أشارت إليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

## الفرع الثاني: أشكال التراضي

يمكن أن يكتسي أسلوب التراضي، شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة حسب ما ورد في نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية .

<sup>(1)</sup> ينظر نص المادة 41 من القانون رقم 15-247 السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به الفقرة الأولى من نص المادة 7 من القانون رقم 82 لسنة 2013 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون المناقصات والمزايدات وبعض أحكام تنظيم قانون المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية العدد 36 مكرر أ في 11 سبتمبر سنة 2013 . ص 3 .

<sup>(3)</sup> المادة 39 من القانون رقم 15-247. السالف الذكر .

<sup>(4)</sup> د. ناصر لباد، المرجع السابق، ص 435 .

## أولا - التراضي البسيط

يعتبر التراضي البسيط طريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، وتلجأ إليه الإدارة في حالات مقيدة بشروط ومحددة حصرا، حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط<sup>(1)</sup>:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.
- في حالات الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.
- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.
- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وعندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج .
- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.
- حالة التعاقد مع متعامل أجنبي في إطار اتفاقيات حكومية مشتركة.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> المادة 49 من القانون رقم 247/15 السالف الذكر .

## ثانيا - التراضي بعد الاستشارة

هو إجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية يسمح للإدارة باختيار الطرف المتعاقد إذا توفرت الحالات المنصوص عليها حصرا في الحالات التالية والمتمثلة في:

أ\_ عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

ب\_ حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة .

ج\_ في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة .

د\_ في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة .

هـ\_ في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى. (2)

(1) د. محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 91.

(2) المادة 51 من القانون رقم 15 - 247 السالف الذكر.

## الفصل الخامس : آثار العقود الإدارية الدولية

## تمهيد وتقسيم :

إن ارتباط العقود الإدارية الدولية بالمرافق العامة وسمو المصلحة العامة فيها على المصلحة الخاصة، ميزها عن غيرها من العقود الأخرى، لذا فمن حق جهة الإدارة أن تقوم بالإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وتقوم بتعديله بما يتفق مع مصالح المرفق العام والذي أبرم من أجله العقد الإداري. وتتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن تلك التي يتم إبرامها مع متعاقد وطني، فحق الإدارة في الإدارة في مجال العقود الإدارية مضمون، كحق الرقابة والتعديل، وتوقيع الجزاءات، لكن تقابلها جملة من الالتزامات، تقع على عاتقها اتجاه المتعاقد معها كالالتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه، بالرغم كون المتعاقد الدولي له الحق في بعض الشروط كاشتراط الثبات التشريعي للعقد على سبيل المثال ضمانا للتوازن المالي للعقد، وفي مقابل ذلك يقع على عاتقه جملة من الالتزامات منها تنفيذ العقد وفقا للمعايير الدولية المتفق عليها، وتدريب العمالة المحلية، و بالنسبة للآثار المترتبة عن هذا العقد ماهي إلا جملة من الحقوق و الالتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين نتعرض لها على النحو التالي : المبحث الأول نتطرق فيه إلى حقوق والتزامات جهة الإدارة أما المبحث الثاني نتناول فيه حقوق والتزامات المتعاقد الأجنبي.

## المبحث الأول : حقوق والتزامات جهة الإدارة

أثناء بدء سريان العقد الإداري الدولي، خصوصاً في مرحلة التنفيذ، تتمتع جهة الإدارة الممثلة للدولة في هذا النوع من العقود بجملة من الحقوق ثابتة في النظرية العامة للعقد الإداري من بينها الحق في الرقابة و التعديل و حق توقيع الجزاءات. و يقابل هذه الحقوق كذلك في العقود الإدارية الدولية جملة من الالتزامات تقع على عاتقها كالاتزام بمساعدة الطرف الأجنبي، و الالتزام بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي و الالتزام بمبدأ حسن النية. وهذا ما سنحاول معالجته من خلال: المطلب الأول حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها. أما في المطلب الثاني الالتزامات التي تقع على عاتق جهة الإدارة.

## المطلب الأول : حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

لعل من أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو مركز الإدارة فيه. فهي في العقد الإداري تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلاً في عقود القانون الخاص. ويبرر ذلك دائماً بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد لاسيما في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بحيث يترتب للإدارة مجموعة من الحقوق، ومن أهم هذه الحقوق مايلي :

## الفرع الأول: حق الرقابة

تمتلك الإدارة سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد للتأكد من مدى مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها بين الطرفين، وتختلف الرقابة حسب نوع العقد الإداري الدولي .

ففي عقود الأشغال العامة نجد أنها تتمثل من خلال إرسال مهندسين يمثلون الإدارة لمراقبة أعمال المتعهد ومدى احترامه لنصوص العقد، و التأكد من مطابقتها للخدمة العامة.<sup>(1)</sup>

وفي عقد الامتياز للمرافق العامة للإدارة حق الإشراف والرقابة والتوجيه بالشكل الذي يضمن تقديم أفضل الخدمات للجمهور.<sup>(2)</sup>

ورقابة الإدارة على المتعاقد معها قد تكون رقابة خارجية فنية للتأكد من تنفيذ العقد طبقاً للشروط الفنية، وقد تكون رقابة إدارية داخلية تتمثل في توجيه وإرشاد المتعاقد في تنفيذ التزاماته.<sup>(3)</sup> وتتمارس الإدارة هذه السلطة حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص عليه، كما أنها لا تستطيع التنازل عنه مسبقاً، إذ أنه يتصل بمسئوليتها في إدارة المرافق العامة ذلك فأن هذه السلطة تجر أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف.<sup>(4)</sup> كما يمكن أن يدرج حق الرقابة في العقد إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، أو في الصفقة، بند يلزم صاحب الصفقة عمومية إبلاغها عن كل معلومة أو وثيقة تسمح بمراقبة أسعار تكلفة الخدمات موضوع الصفقة عن طريق أعوان مؤهلين يكلفون بهذه المهمة، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.<sup>(5)</sup>

<sup>(1)</sup> **Ibrahim Elbeherri**. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. p255 . Sciences , de l'Homme et Société. Université Nice Sophia Antipolis, 2004. Français. [www.tel.archives-ouvertes.fr](http://www.tel.archives-ouvertes.fr).

<sup>(2)</sup> د. محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 2011 ص 267.

<sup>(3)</sup> د. عمار عوابدي، المرجع السالف الذكر، ص 218 .

<sup>(4)</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السالف الذكر، ص 252 .

<sup>(5)</sup> وهو ما قضت به المادة 107 من قانون رقم 15-247 السالف الذكر .

و يقتصر مفهوم الرقابة في المفهوم الضيق، على مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذا متفقا مع شروط العقد، وهي تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد، ومن ثم فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها حين تنفيذ العقد يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشمل فيمقتضاه تتدخل الإدارة في التنفيذ ولها أن توجهه كما تشاء وفق المصلحة العامة.<sup>(1)</sup>

فالإدارة أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ أو الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين خاصة إذا كنا بصدد عقود امتياز إنشاء المطارات أو الطرقات الكبرى، في حين أنه في المفهوم الواسع يشمل أيضا صلاحية التوجيه، وتعد هذه الصلاحية حقا ثابتا لجهة الإدارة ولو لم يتضمنه العقد الإداري بنص صريح، لكونها صلاحية متعلقة بالنظام العام لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عنها، ومن ثم تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية كاشفة عن هذه الصلاحية وليست بالمنشئة لها، وهناك قيود ترد على هذا الحق وهو أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية.<sup>(2)</sup>

ومن ثم فإن القرار الذي لا يستهدف تسيير المرفق العام بانتظام و اطراد يكون مشوبا بعبء الانحراف بالسلطة ويتمثل في أنه يتعين أن لا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة التزامات المستثمر الأجنبي.<sup>(3)</sup> وقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط، في العقود الادارية الدولية التي تبرمها الدولة، ممثلة في الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات

(1) د. جابر جاد نصار، العقود الادارية، المرجع السالف الذكر، ص 272 .

(2) بحيث يمكن رفع دعوى فحص المشروعية لتقدير مدى مشروعية القرار الإداري من حيث الشكل والمضمون للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، نقلا عن د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص، 185.

(3) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 272 .

"ألفظ"، بصفتها طرفا في العقد، بمتابعة ومراقبة، تنفيذ عقود البحث، أو استغلال المحروقات.<sup>(1)</sup>

ومثال الرقابة التي تفرضها الإدارة في مجال العقود الإدارية الدولية في الجزائر، في حالة ما إذا كان مخطط التطوير المقترح من قبل المتعاقد والمعتمد من قبل الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات "ألفظ" ينص على استعمال المياه الصالحة للشرب أو المياه المخصصة للسقي لضمان استرجاع مدعم، فإنه يتعين على المتعامل أن يسدد رسما خاصا حتي يكون مطابقا للتنظيم المعمول به، يحدد هذا الرسم ب 80 دج لكل متر مكعب مستعمل، ويدفع سنوا للخرزينة العمومية، حيث تتكفل الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات ألفظ بمراقبة الكميات المستعملة وتؤكد من تسديد هذا الرسم من المتعامل.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: حق التعديل

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص، و قابليتها للتغير والقوة الملزمة لها تخضع للاستثناءات في الأسواق العامة المحلية والدولية. بموجب هذه الاتفاقيات المعروفة باسم "عقود السيادة".<sup>(3)</sup>

والذي يحكمها قاعدة قانونية متينة تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ولكن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في القانون الخاص وفي العلاقات القانونية بين الأفراد والتي أكد الفقه والقضاء العمل بها في ميدان العقود الإدارية، هو من حيث المبدأ فقط.<sup>(4)</sup> لأنه عند إبرام

<sup>(1)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 14 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات . السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> نص المادة 53 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، السالف الذكر .

<sup>(3)</sup> **Ibrahim El beherry**. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. p255 .

<sup>(4)</sup> إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في ميدان العقود الإدارية قائمة على أساس التراضي، فهو العنصر الأساسي

العقد تكون نية الطرفين قد انصرفت في الواقع إلى ضرورة الوفاء بمحاجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، ويؤكد هذه النية المشتركة أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع قبل إبرام العقد، إما أن يقبل الشروط التي تضعها الإدارة جملة أو أن يرفضها جملة. (1) حيث يرى الفقيه العربي " الطماوي " أن العقد الإداري هو شريعة المتعاقدين من حيث المبدأ، لأن العقد الإداري شأنه شأن العقود في القانون الخاص إنما هو توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أم نقله أم تعديله أم إنهاؤه إلا انه يبقى تطبيق هذا المبدأ بطريقة مرنة تتفق وضرورة الوفاء باحتياجات المرافق العامة. (2)

و أن التأكيد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الدولية قرره اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية 1980، أن العقد الدولي يقوم أساسا على هذه القاعدة ولا يمكن لأطراف العقد أن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة. (3) وقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط، في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة، ممثلة في الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "ألفظ"، بصفتها طرفا في العقد أن تشترط في مرحلة تقديم العروض إدخال تغييرات أو تعديلات على مشروع العقد. (4)

=في العقد الإداري، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2010 ص 318 .

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 253 .

(2) فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصري أن الأصل بالنسبة للعقود المدنية والإدارية على حد سواء هو أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون نقلا عن د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2010 ص 316/317.

(3) ومبدأ الرضاية في إنهاء الرابطة العقدية وهو المبدأ الذي تضمنته اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية 1980

التي نصت في مادتها 29 /1 على أنه "يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين".

(4) وهو ما قضت المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 07-184، مؤرخ في 09 جوان 2007، يحدد إجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 40 بتاريخ

و هو ما تضمنه المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية.<sup>(1)</sup> أما المشرع المصري فقد حرص في القوانين التي نظمت المناقصات في مصر، على النص عليه صراحة أنه يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25 بالمئة، بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة.<sup>(2)</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق سلطة الإدارة في تعديل التزامات وشروط العقود الإدارية يشمل الالتزامات والشروط المرتبطة بالمرفق العام، ولا يمتد إلى موضوع العقد نفسه.<sup>(3)</sup>

حيث تتسم العقود الإدارية ذات الطابع الدولي المبرمة مع المستثمرين الأجانب بطول المدة نسبياً، والتي يمكن أن تطرأ خلال مدة سير العقد عدة تغييرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، في الدولة المتعاقدة المستضيفة للاستثمار، وحتى يتسنى لجهة الإدارة مواكبة هذه التطورات والحفاظ على سير المرافق العامة داخل الدولة بانتظام واطراد فإنها تشترط ضرورة التفاوض والمراجعة كل فترة زمنية، أو تنص صراحة على حقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة. وينصب تعديل الإدارة للعقد على كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد أو على

17 جوان 2007، معدل و متمم بموجب المادة 20 من المرسوم التنفيذي 13-245، مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد اجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 65، الصادرة في 22 ديسمبر 2013 .

<sup>(1)</sup> حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 136 عل أنه " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها، أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة."

<sup>(2)</sup> المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري رقم 98 لسنة 1998 .

<sup>(3)</sup> د. عمار عوابدي، المرجع السالف الذكر، ص 218 .

شروط التنفيذ أو المدة المحددة لإنجاز العقد<sup>(1)</sup>، وينبغي على الإدارة استخدام هذه السلطة بما ينسجم مع متطلبات سير المرافق العامة.

ولذلك في مجال إبرام العقود الادارية و الآثار المترتبة عنها يوجد بعض الشروط التي يتعين على الإدارة احترامها عند إجراء التعديل في مجال العقود الادارية بإرادتها المنفردة وأهمها، أن تطراً مستجدات وظروف بعد إبرام العقد تستوجب هذا التعديل. و يتعين على الإدارة أن تراعي في التعديل مبدأ المشروعية في العمل الإداري بحيث يتم التعديل من قبل الجهة المختصة بالتعديل و أن ينحصر التعديل في الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وهذه الشروط تختلف من حيث المدى باختلاف العقود الإدارية، فهي في عقد الامتياز أوسع منها في عقد التوريد وفي عقد النقل أوسع منها في عقد القرض العام. كما ينبغي أن لا يؤدي التعديل إلى تغيير جوهري في العقد يؤدي إلى انقلاب إلى عقد جديد. وبهذا يتضح أن سلطة التعديل ليست مطلقة، بل أنها مقيدة بشرط استهداف المصلحة العامة، وبشرط تغيير الظروف ويمتد التقييد أيضاً إلى موضوع التعديل الذي لا يجوز أن يخرج عن موضوع العقد.

وبهذا فإن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري الدولي أو الداخلي قد ينص عليها في العقد باعتبارها من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في نطاق القانون الخاص التي تتميز العقود الإدارية بها، بل حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها قائمة على أساس السلطة العامة، ومستمدة أيضاً من فكرة تسيير المرفق العام .

(1) وهو ما قضت به المادة 22 مكرر 1 من القانون رقم 5 لسنة 2005 الذي يعدل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لسنة 1998 بأنه 'في العقود التي تكون تنفيذها سنة فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي تطراً بعد التاريخ... ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين'. الجريدة الرسمية العدد 9 مكرر في 8 مارس لسنة 2005 .

## الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء

إذا أحل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية، أو تقاعس عن تنفيذ التزاماته أو عدم تنفيذها على الوجه الصحيح، جاز للإدارة أن توقع عليه جزاءات بإرادتها المنفردة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء. وتختلف هذه الأخيرة في نطاق العقود الإدارية في نظيرتها في العقود المدنية، لاختلاف الهدف في كل من النظامين. والجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها متنوعة يمكن مع ذلك ردها إلى الأنواع التالية :

## أولاً- الجزاءات المالية:

وهي تتخذ صوراً ثلاث، الغرامات، والتعويضات، ومصادرة التأمين، و الجزاءات المالية عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد إذا أحل بالتزاماته، وهي تعرف بغرامات التأخير<sup>(1)</sup>، وتكون الغرامات عادة محددة سلفاً في العقد، أما التعويضات، فأن الإدارة تستقل بتقديرها حسب سلطتها التقديرية، حسب ما تراه مناسباً لجبر الضرر الذي أصاب الجهة الإدارية المتعاقدة نتيجة تقاعس المتعاقد عن تنفيذ التزاماته أو عدم تنفيذها على الوجه الصحيح، أما جزاء مصادرة التأمين فهو مصادرة المبلغ الذي سبق للمتعاقد دفعه ضماناً لحسن تنفيذ التزامه. أو كما يسميها بعض الفقه بالعقوبات الجنائية، وهي في حالات نادرة جداً.<sup>(2)</sup> فالجزاءات الإدارية هذه لا تتسم بطابع العقوبة الجنائية التي تستهدف ردع الجاني بل أن الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية هدفها الأساسي هو ضمان تنفيذ هذه العقود

(1) يعرف الفقه لأجلو أمريكي هذا النوع من الوسائل بأنها المبلغ الثابت المقدر بواسطة أطراف النزاع عند دخول العقد حيز التنفيذ إلى المدى الذي يسببه الإخلال بالتنفيذ . وهذه الغرامات تدفع عادة دون اللجوء إلى القضاء. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي، والعقد الإداري الدولي الجديد، المرجع السابق، ص 219 .

(2) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 475 .

وإعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة. <sup>(1)</sup> وتعد هذه الأخيرة أحد امتيازات الإدارة من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام إطراد، وتقوم بممارسة هذه السلطة متى ثبت لها إهمال أو تقصير في تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها، وهذه الجزاءات تجدد مصدرها في العقد أو القانون أو العرف الإداري <sup>(2)</sup> ونص المشرع الجزائري صراحة على العقوبات المالية في مجال العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة ممثلة في الوكالة الوطنية "لسلطة ضبط المحروقات" بتطبيق العقوبات والغرامات التي تسدد للخزينة العمومية، في حالة مخالفة المتعاقد للقوانين والتنظيمات المعمول بها. <sup>(3)</sup> وهو ما قضت به كذلك أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 5/247/1 الخاص بالصفقات العمومية على أنه "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. " <sup>(4)</sup> وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير. <sup>(5)</sup>

**ثانيا - وسائل الضغط و الإكراه:** تستهدف هذه الوسائل إجبار المتعاقد المقصر أو المتخاذل على الوفاء بالتزاماته. وتتخذ هذه الجزاءات صور التنفيذ على حساب المتعاقد بواسطة الإدارة أو بواسطة شخص آخر غير المتعاقد. وقد يصل هذا الجزاء إلى حد فسخ العقد. <sup>(6)</sup>

<sup>(1)</sup> د.عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 219 .

<sup>(2)</sup> د.محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 276.

<sup>(3)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 13 من قانون المحروقات رقم 07/05. السالف الذكر .

<sup>(4)</sup> الفقرة الأولى من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247 /15 . السالف الذكر .

<sup>(5)</sup> الفقرة الخامسة من المادة 147 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 247 /15 . السالف الذكر .

<sup>(6)</sup> د. ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 572 .

## ثالثا- الفسخ أو إلغاء العقد:

يجوز للجهة الادارية فسخ العقد أو الغاؤه، وتنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأبي شرط من شروط العقد، أو لم يوفي بالتزاماته المتفق عليها أو إذا لم يصبح يستوفي الشروط والالتزامات المترتبة على القانون المتعاقد عليه، في قانون المحروقات الجزائري يمكن بعد إعدار مقدم من طرف الوكالة الوطنية لتشمين موارد المحروقات "النفط"، لم يتم الرد عليه من طرف المتعاقد معها، خلال ثلاثين 30 يوما من تاريخ الاستلام، إلغاء العقد<sup>(1)</sup>، وذلك بإنهاء الرابطة التعاقدية بالإرادة المنفردة للإدارة، فالفسخ أو الالغاء هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته فهو جزاء ناتج عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، وبمقتضاه يستطيع الطرف الآخر حل الرابطة العقدية، حتى يتحرر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه. حسب اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية<sup>(2)</sup>، فالفسخ في العقود الدولية يعد جزاء قاسيا تتأذى التجارة الدولية من حدوته إذ تتحقق مصلحة الدولة في الإبقاء على العقد وإكمال تنفيذه ولو مع إخلال يمكن إجازته بالتعويض، ذلك أن الفسخ يدمر العقد والذي لا يتم غالبا إلا بعد مفاوضات شاقة مكلفة ويترتب على حدوته إعادة البضائع بعد إرسالها مثل عقود التوريد، وما يصحب ذلك من نفقات جديدة للنقل والتأمين ومن إجراءات إدارية وصحية لازمة لدخول البضائع وخروجها وإرسال الثمن ثم استرداده، فضلا عن تعرض البضائع لمخاطر التلف والهلاك مرة أخرى أضف إلى ذلك إلى العقود الدولية يتصل بها اتصالا لازما بعض العقود الدولية الأخرى مثل عقد نقل البضائع وعقد التأمين

(1) المادة 57 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، السالف الذكر .

(2) نص المادة 1/81 من اتفاقية فيينا للبيع الدولية 1980 التي تقضي بأنه " بفسخ العقد يصبح الطرفان في حل من الالتزامات التي يربتها عليهما العقد، مع عدم الإخلال بأي تعويض مستحق. ولا يؤثر الفسخ على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات أو أي من أحكامه الأخرى التي تنظم حقوق الطرفين والتزاماتهما المترتبة على فسخ العقد. " السالفة الذكر .

والاعتماد لمستندي الذي يتم دفع الثمن عن طريقه. ويعد جزاء الفسخ من أشد الجزاءات وأخطرها حيث يضع نهاية للعقد الإداري وهو مرهون بصدور خطأ جسيم من المتعاقد مع الإدارة وهو يسري على كافة العقود الإدارية باستثناء عقد الامتياز، حيث يطلق عليه الفقه مصطلح إسقاط العقد. وغالبا ما ينص العقد على حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد الذي يقصر في الوفاء بالتزاماته، أما إذا لم يوجد نص في العقد على هذا الحق فان سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر تقتضي إعطاء الإدارة حق فسخ العقد فإنه يتعين على الإدارة لممارسة هذا الحق احترام ما يلي<sup>(1)</sup> :

- ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيم من المتعاقد معها يبرر فسخ العقد .
  - اعذرا المتعاقد قبل توقيع الجزاء .
  - أن تراعي في فسخ العقد قواعد المشروعية بأن يصدر الفسخ من السلطة المختصة بذلك واحترام مبدأ المشروعية، وغير ذلك من القواعد التي ينبغي مراعاتها.
- لأن سلطة توقيع الإدارة للجزاءات في حالة عدم وجود نص هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام في تسييره ومن ثمة فانه إذا نص العقد على بعض هذه الجزاءات فان الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى تطبيق البعض الآخر دون أن يحتاجها المتعاقد معها بعدم وجود النص عليها.<sup>(2)</sup>

كما يمكن للإدارة كذلك أن تتخذ بعض الإجراءات ضد المتعاقد العاجز، وهي الإجراءات التي تطبق كذلك في القانون الخاص مثل توقيف تنفيذ التزاماتها لاسيما توقيف دفع المبالغ

<sup>(1)</sup> د. محمد الجمال الذنبيات، المرجع السابق، ص 270 .

<sup>(2)</sup> د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 285 .

المالية المخصصة، وكذلك طلب دفع غرامات تم إدراجها في العقد لأسباب تتعلق بعدم القيام أو التأخر في التنفيذ.<sup>(1)</sup> ولكن هناك عقوبات أخرى تنتج بالعكس عن امتياز الإدارة باعتبارها سلطة عمومية، وهذه العقوبات تتمثل في غرامات وتعويضات وفوائد وعقوبات أكثر صرامة في حالة الأخطاء الجسيمة<sup>(2)</sup>، مثلما في حالة الصفقة المتعلقة بالأشغال العمومية. هناك أيضا إجراء مشابه يتمثل في وضع في حالة استغلال مباشر التي بموجبها تعين الإدارة مسير بدلا من المقاول العاجز، ويتعرض هذا الأخير بالإضافة إلى هذا، لعقوبة أكثر صرامة هي إعادة طرح الصفقة في المزاد العلني وعلى حسابه. وهذا يعني أن الإدارة ستتجه إلى مقاول آخر، فتدفع له السعر المتفق عليه في العقد الأصلي أما الفارق والذي يمكن أن يكون كبيرا، فيبقى على عاتق المقاول الأول العاجز. وهو نفس الشيء بالنسبة في حالة الصفقات المتعلقة بالتوريدات. والمبرر للجوء إلى استبدال المتعاقد العاجز وعل نفقته في مجال تنفيذ العقد، يكمن في كون أن العقود الإدارية تستهدف تأمين سير المرافق العمومية وتحقيق حاجات الصالح العام.<sup>(3)</sup>

و في الأخير إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء ليست سلطة نهائية لا معقب عليها فهو يتنافى مع المنطق والعدل. فإذا كان ارتباط العقد بنشاط مرفق عام قد أوجب أن تتميز الإدارة بسلطات واسعة وخطيرة، فإن ممارستها لهذه السلطات يجب أن تكون تحت الرقابة فالرقابة

<sup>(1)</sup> وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 في مادته 147 التي تقضي بأنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها التشريع المعمول بها."

<sup>(2)</sup> وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 في مادته 152 التي تقضي بأنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة."

<sup>(3)</sup> د. ناصر لباد، المرجع السابق، ص 441.

وحدها هي التي توازن سلطات الإدارة وتمثل ضمانا للمتعاقد وتمنع الإدارة من أن تنحرف في ممارستها لوظائفها. وقد نص المشرع الجزائري على هذا الجزاء في العقود الادارية الدولية او الداخلية، في مجال الصفقات العمومية، في القسم الثامن المتعلق بمكافحة الفساد حيث اعتبر أن الفسخ هو اجراء ردعي لكل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي الى تقديم وعد لعون عمومي، بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة او امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية ... يؤدي إلى فسخ أو إنهاء الصفقة العمومية. (1)

### المطلب الثاني: الالتزامات التي تقع على عاتق جهة الإدارة

تعدد الالتزامات التي تقع على عاتق جهة الإدارة، اتجاه المتعاقدين معها كالالتزام الإدارة بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه، والتزامها بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، لكن كل هذا وفقا لمبدأ حسن النية في التعامل مع الطرف المتعاقد مع الإدارة. وسنحاول تبيان ذلك من خلال ما يلي :

#### الفرع الأول : الالتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه

ينبغي على جهة الإدارة المتعاقدة تقديم كافة التسهيلات للمتعاقد الأجنبي و التي من شأنها مساعدته في إتمام عمله، وذلك بقيامها بنقل تجهيزاته ومعداته إلى المشروع وتسليمه كافة الأوراق الضرورية لأزمة لحضور الفنيين المختصين مثل تأشيرة الدخول و تصاريح العمل وإعطائه جميع التراخيص الخاصة بمزاولة نشاطه، فإذا لم تقم الإدارة بذلك ترتب عليها المسؤولية. و لعل أبرز مثال على ذلك النزاع الذي نشأ بين شركة أمريكية والحكومة الجزائرية سنة 1977، حيث اتفق الطرفان على أن تقوم الشركة الأمريكية بمد خطوط السكك

(1) وهو ما قضت به المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر .

الحديدية في الجزائر في بعض المناطق، وتعهدت الحكومة الجزائرية بتقديم حرائط خاصة بالمنطقة التي سيجري فيها العمل إلا أنها لم توفى بهذا الالتزام، فلجأت الشركة الأمريكية إلى قضاء التحكيم، وانتهت هيئة التحكيم إلى ترتيب مسؤولية الحكومة الجزائرية لأنها لم تقدم المساعدات المطلوبة للطرف الأجنبي حتى يتمكن من إتمام عمله ولم تقم بإزالة المعوقات التي اعترضته. <sup>(1)</sup> لهذا نص قانون المحروقات في الجزائر، أنه ينبغي على الجهة الإدارية، تمكين المتعاقد من حيازة الأراضي والحقوق الملحقة، وحق الارتفاق الممنوحة للمتعاقد، حق حيازة حقوق استعمال المجال البحري، و تمكينه من الاستفادة من حق نزع الملكية لصالح المنفعة العامة، حيث تتم المبادرة بالإجراءات الضرورية لمنح هذه الحقوق لدى السلطة المؤهلة لتحويل هذه الحقوق من الوكالة الوطنية للمراقبة وضبط النشاطات في ميدان المحروقات، في حالة امتياز حق النقل بواسطة الأنابيب، أو بواسطة الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات "النفط" في حالة عقد بحث أو استغلال، مع تحمل المتعاقد أو صاحب الامتياز، المصاريف لازمة لهذا الاجراء. <sup>(2)</sup> كما تضمن القانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر بعض المزايا لمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه، عن طرق التخفيض من مبلغ الإتاوة التجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة، بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 155. نقلا عن د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، 1986.

<sup>(2)</sup> نص المادة 7 من القانون المتعلق بالمحروقات رقم 05-07.

<sup>(3)</sup> المادة 1/13-ب من القانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، السالف الذكر.

## الفرع الثاني: التزام جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي

تلتزم جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو اتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهما، أي الرجوع إلى فكرة العقد شريعة المتعاقدين، أو وقد يكون مصدر هذا الالتزام، هو قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الاستثمار، مثل ما هو معمول به في التشريع الجزائري فيما يخص الضمانات الممنوحة للمستثمرين، حيث يعطى ضمانات للمستثمرين الأجانب بالمعاملة بمثل ما يعامل به المستثمر الوطني في مجال الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمار، مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولة المستثمر الأجنبي<sup>(1)</sup>، و هو ما جاءت به الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع حكومات أخرى، مثل الاتفاقية المبرمة مع حكومة جمهورية بلغاريا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر سنة 1998 بأن يمنح كل طرف متعاقد للاستثمارات المنجزة على إقليمه من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك التي يمنحها لاستثمارات مواطنيه طبقاً لتشريع أو لاستثمارات مستثمري بلد آخر.<sup>(2)</sup>

وهو ما جسد في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمار الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993<sup>(3)</sup>، كما أنه لا تطبق

(1) المادة 21 من القانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، السالف الذكر .

(2) المادة 03 من الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة جمهورية بلغاريا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر 25 أكتوبر 1998. المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل سنة 2000 . الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002 .

(3) وهو ما قضت به نص المادة 3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمار الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 2 يناير 1994. الجريدة الرسمية العدد 01 لسنة 1994 .

المراجعات أو الإلغاءات، التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار في الجزائر، إلا إذا طلب ذلك المستثمر صراحة<sup>(1)</sup>، كما لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف.<sup>(2)</sup>

أما فيما يخص تسوية الخلافات، التي قد تطرأ بين المستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة للاستثمار، التي قد يكون سببها راجع إلى المستثمر نفسه، أو بسبب الطرف الثاني فقد حضي المستثمر بحماية قانونية تضمن له حقه من هذه الأخيرة، بحيث يؤول الاختصاص إلى الجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة المضيفة للاستثمار، تتعلق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص.<sup>(3)</sup>

كما نصت الاتفاقيات الدولية بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الاجنبي بعدم إمكانية أن تخضع الاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر للتأميم أو نزع الملكية أو لأي إجراء آخر مشابه، إلا في حالة الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية.<sup>(4)</sup>

(1) المادة 22 من القانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر. السالف الذكر .

(2) المادة 23 من القانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر. السالف الذكر .

(3) المادة 24 من القانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر. السالف ذكره .

(4) المادة 04 من الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية التشيكية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة ببراغ 22 سبتمبر سنة 2000. المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أفريل سنة 2002 . الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002.

## الفرع الثالث: التزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية

ومعنى هذا المبدأ ألا تعتقد الإدارة أن تمتعها ببعض الامتيازات التي فرضها تغليب الصالح العام، يمكنها من إهدار حقوق المتعاقد معها أو الانفراد بتفسير العقد لما تراه مناسباً لها. بحيث إن تنفيذ العقد بطريقة تتفق ما يوجبه حسن النية هو أصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية.<sup>(1)</sup>

بحيث ينبغي على جهة الإدارة وهي تمارس سلطاتها أن تلتزم بمبدأ حسن النية، وإلا تعرضت لفقدان حقوقها إذا ما لجأ الطرف الآخر للتحكيم. ولعل أبرز مثال على ذلك هو قضية AMCO ضد الحكومة الإندونيسية، حيث أنه في عام 1968 حصلت الشركة وشركتان أخريتان، على الحق في الاستثمار في إندونيسيا، بإقامة فندق لإدارته لمدة 30 سنة، غير أنه في سنة 1980 قامت حكومة إندونيسيا بالاستيلاء على الفندق عن طريق إجراء عسكري مسلح وسحبت ترخيص الاستثمار من هذه الشركات مما دفعها إلى اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. إلا أن الحكومة الإندونيسية دفعت بعدم اختصاص المركز، و أرجعت الحكومة الإندونيسية السب لعدم قيام الشركات بالحد الأدنى من الاستثمار، وانتهت محكمة التحكيم إلى أن الظروف المحيطة باتخاذ القرار من قبل السلطات الإندونيسية تجعل التصرف غير مشروع وأن القرار كان مشوباً بسوء النية ولم تتعرض المحكمة لمشكلة عدم كفاية الاستثمار.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998، ص 289 .

<sup>(2)</sup> JURIDICTIONS INTERNATIONALES

a) Le cas **d'Amco Asia**. L'Indonésie se retranchait derrière une interprétation purement littérale de la clause compromissoire pour nier

## المبحث الثاني: حقوق والتزامات المتعاقد الأجنبي

تحكم موضوع حقوق والتزامات الطرف المتعاقد مع الإدارة قاعدتان أساسيتان هما، أن المتعاقد مع الإدارة يستمد حقوقه والتزاماته من العقد الإداري سواء الداخلي أو الدولي و أن الطرف المتعاقد مع الإدارة هو شخص عادي يسعى ويهدف دوماً إلى تحقيق الربح خاصة في مجال العقود الدولية في جميع مجالاتها. وهو نفس الشيء بالنسبة للعقود الإدارية الدولية حيث ينشأ عنها مجموعة من الحقوق والتزامات للمتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة ومنها على الخصوص الحق في الحصول على المقابل المالي، والحق في التوازن المالي للعقد ويقع على عاتقه جملة من الالتزامات تتمثل أساساً في قيامه بتنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد شخصياً

l'existence d'un lien de juridiction entre elle et cette société. Instigatrice du projet d'investissement, **Amco Asia** n'était pas en effet formellement désignée par la clause, pas plus d'ailleurs que Pan American. La thèse indonésienne aboutissait ainsi à vider de toute substance la clause compromissoire en privant chacune des sociétés lésées par le comportement indonésien du droit d'en faire usage . **De ce fait, elle semblait peu conforme au principe de la bonne foi.** Aussi est-elle rejetée par le tribunal qui, sans taxer toutefois la partie indonésienne de mauvaise foi, n'en refusa pas moins les conséquences de son interprétation. L'investisseur étranger, note-t-il, était **Amco Asia**, PT Amco n'étant que son instrument d'intervention sur place. A partir du moment où cette dernière a été jugée relever du Centre, il est logique d'admettre la même solution pour la première. La solution contraire serait absurde qui verrait la société contrôlée admise à l'instance et non pas la société qui la contrôle.

article DE Patrick RAMBAU: DEUX ARBITRAGES C.I.R.D.I. Année 1984. PP 390.408 .www.persee.fr

وفي المواعيد المحددة وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، وأن يقوم بالتنفيذ وفقا لأفضل المعايير السائدة. و سنتناولها على النحو التالي: المطلب الأول نتناول فيه حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة. أما المطلب الثاني نستعرض فيه التزامات المتعاقد مع الإدارة .

### المطلب الأول : حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة

باعتبار أن جل مواضيع العقود الإدارية الدولية، مرتبطة ومتصلة إما بتسيير أو إنشاء مرفق عام، فكان لذلك الأثر البالغ في تمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، و في مقابل هذه السلطات يتمتع كذلك المستثمر الأجنبي بجملة من الحقوق في مواجهة الإدارة المتعاقد معها.

### الفرع الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي

من الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء المتعاقد مع الإدارة عملا أو خدمة لتسيير المرافق العامة، وبصفة خاصة إذا كان مستثمر أجنبي في مجال العقود الإدارية الدولية، هو حصوله على المقابل المالي لأن هدفه هو تحقيق الربح، وهذا المقابل يغطي نفقات وتكاليف تنفيذ العملية التعاقدية، وتختلف صورة هذا المقابل لاختلاف صور العقود الإدارية، فهو يمثل في عقد التزام المرافق العامة في الرسوم التي يقتضيها الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق. أما في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد ومعظم العقود الإدارية الأخرى فيتمثل في ثمن معين يتفق عليه ويحدد عادة في العقد. وفي حالة عدم الاتفاق على الثمن في العقد يتولى القاضي تحديده حال رفع الأمر إليه. <sup>(1)</sup> وأداء المقابل في العقد الدولي له عدة أساليب لأدائه، فإما أن يكون بأسلوب الاعتماد غير المستندي بفتح حساب خاص، أو

<sup>(1)</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق، ص 392 .

بالوفاء النقدي، أو بواسطة قيام المستورد بإصدار خطاب ضمان لصالح المجهز أو بأسلوب فتح اعتماد مستندي.<sup>(1)</sup>

ويأخذ المقابل المادي صورا متعددة منها :

**أولاً- الثمن:** الأصل في العقود الإدارية الدولية أن يتم تحديد الثمن بشكل واضح ودقيق بعيدا عن أي غموض أو لبس والقاعدة أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما التزم به، غير أن الإدارة قد تقوم بدفع جزء من هذا المقابل مقدما وأثناء التنفيذ، لا سيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات و متسعا من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته مثل ثمن السلع والبضائع كما هو الحال في عقود التوريد، و ثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العامة العمومية.<sup>(2)</sup>

**ثانياً- الرسم:** وهو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الامتياز ويقوم بتحصيله من المنتفعين، وفي عقد القرض العام الفوائد المقررة للمقرض مقابل إقراضه المبلغ المتفق عليه في العقد، ولذلك نجد المتعاقدين مع الإدارة يتنافسون للفوز بعقد مع الإدارة بغية الحصول على أعلى ربح ممكن، لأن عقود الدولة يكون مردودها وفير ونظرا للملائمة المالية للدولة وقدرتها على السداد، وتجب الإشارة إلى أن الحصول على المقابل المالي يخضع لقاعدة عامة أساسية وهي قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة، ويقصد بهذه القاعدة أن الإدارة المتعاقدة لا

<sup>(1)</sup> د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة السابعة، 2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ص

<sup>(2)</sup> د. ناصر لباد، المرجع السابق، ص 443 .

تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد انجاز العمل أو القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: الحق في التوازن العقدي

قد يحصل أحيانا بعض الأمور التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بغير الصورة الصحيحة التي كانت عند التعاقد. وهذه الأمور قد تعرض العقد للانحياز أو إلغائه من قبل الطرفين، كما لو حدثت قوة قاهرة، فعقود الاستثمار بصفتها عقود طويلة المدة، فإنها بالا شك سوف تتأثر بتغير الظروف المحيطة بها، وتلك الظروف قد تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام. مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، مما يدعو الأطراف إلى مراجعته أو إعادة التفاوض بشأن شروطه قد تطراً مجموعة من الأحداث لم يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها.<sup>(2)</sup>

فإذا كانت القاعدة العامة في العقود المدنية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين مما يعني معه أن طرفيه يلتزمان بالتزامات محددة ثابتة فترة تنفيذ العقد، فإن هذا الأصل لا يعدو أن يكون الاستثناء في إطار تنفيذ العقود الإدارية الدولية، ويترتب على ذلك أنه إذا زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضا وهذه هي فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية. وهي فكرة منطقية فإذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام هو الذي يبرر للإدارة أن تغير

<sup>(1)</sup> د. محمد جمال الذنبيات، المرجع السابق، ص 270 .

<sup>(2)</sup> د. خاد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 114 .

في التزامات المتعاقد معها فان ذلك أيضا هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد.<sup>(1)</sup>

فالنظرية التقليدية للعقد الإداري، تواجه اليوم العديد من التحديات والصعوبات فتغير أسعار المواد الخام في بعض الدول قبل وبعد الأزمات الاقتصادية العالمية، مما يؤدي بالمشرع في أي بلد إلى التغييرات التشريعية والتعديلات، نتيجة إلى تغيرات آليات السوق الحر واقتصادياته - مثل ما حدث في الجزائر من تغيير في التشريعات الخاصة بقانون المحروقات.<sup>(2)</sup> و قانون الاستثمار<sup>(3)</sup> وقانون الصفقات العمومية<sup>(4)</sup> في السنوات الأخيرة - وكذلك قانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، وعدلت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات تنفيذا لذلك.<sup>(5)</sup>، ولقد كان الهدف الأساسي لهذه التعديلات هو

<sup>(1)</sup> إن للعملة والتغيرات الثقافية والأزمات الاقتصادية التي اجتاحت جميع الدول في السنوات الأخيرة، خاصة الدول الجالبة للاستثمار، أثر على التغيرات التشريعية المتعاقبة في تعديل سعر العقد . نقلا عن، محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، المرجع السابق، ص 63 .

<sup>(2)</sup> مثل القانون رقم 86-14 والمتعلق بأعمال التنقيب والبحث في المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، معدل ومتمم بالقانون رقم 91-21، إلى غاية القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، معدل ومتمم بالأمر رقم 01/06، المتعلق بالمحروقات، معدل ومتمم بالقانون رقم 13-01، مؤرخ في 20 فيفري 2013، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية عدد 11 الصادرة في 24 فيفري 2013 .

<sup>(3)</sup> القانون رقم 16-09 يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، السالف ذكره.

<sup>(4)</sup> المرسوم رئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره .

<sup>(5)</sup> القانون رقم 5 لسنة 2005 يعدل بعض أحكام قانون المزايدات والمناقصات المصري، السالف ذكره . والقانون رقم 148 لسنة 2006 يعدل بعض أحكام قانون المزايدات والمناقصات المصري، الجريدة الرسمية العدد 28 في 15 يوليو 2006 . القانون رقم 82 لسنة 2013 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون المناقصات والمزايدات وبعض أحكام تنظيم قانون المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية العدد 36 مكرر أ في 11 سبتمبر سنة 2013.

ضمان التوازن المالي للعقد بين الإدارة والطرف المتعاقد معها، بحسبان أن عقد الإنشاءات الدولية هو عقد معقد تتشابه فيه العلاقة القانونية، ويمتاز بطول المدة فغي تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيه. (1)

وقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها أن تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معها، ومن ثم التأثير على مركزه المالي، وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في سنة 1910، والاعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي من خلال الحالات التي يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة التعويض بغير أن ينسب إلى الإدارة خطأ، والتي تسمى بعوارض تنفيذ العقود الإدارية وهي:

#### أولاً- نظرية فعل الأمير:

نظرية فعل الأمير هي نظرية قديمة من اجتهاد مجلي الدولة الفرنسي، وهي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري، لإقامة التوازن المالي للعقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، بالسعي إلى تحقيق قدر الإمكان وتحقيق المساواة بين المزايا الممنوحة لصاحب الامتياز والالتزامات المفروضة عليه. (2)

الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها، وينشئ فعل الأمير التزاماً على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي نتيجة هذه الأفعال<sup>(3)</sup>، بما يعيد التوازن المالي وفقاً للأسس

(1) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 309 .

(2) **Ibrahim El beherry**. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. p261 .

(3) **Sarait BADAoui**. Le fait du Prince dans les contrats administratifs Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence 1955 237 pages. [www.persee.fr](http://www.persee.fr)

التي قام عليها العقد عند إبرامه.<sup>(1)</sup> وهي كثيرة الاستعمال في القانون الإداري. لذا إعادة الترتيب هذه. المفهوم القانوني للمخاطر يجب تحديد وتمييز وظائفها يجب إبرازها في العقود الإدارية.

وكثيرا ما يتداخل مفهوم هذه النظرية مع مفهوم نظرية عدم التوقع التي ابتدعها أيضا مجلس الدولة الفرنسي لمعالجة حالات قد تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، ويفيد المعنى الواسع لاصطلاح فعل الأمير، كل تدخل من السلطات العامة تكن نتيجة التأثير بشكل أو بآخر في الآثار القانونية أو الشروط الفعلية حيث يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد، حيث أن لتدخل الإدارة أنماطا مختلفة ليس فقط بالنسبة لموضوع العقد، ولكن أيضا بالنسبة لأنواع واختلاف وتعدد الأجهزة والسلطات في الدولة الحديثة والمتمثل في المشرع أو الحكومة في ممارستها سلطاتها التنظيمية أو السلطة الإدارية المتعاقدة في مجال العقود الإدارية الدولية.<sup>(2)</sup> فقد سبق وأن بينا الضمانات الممنوحة للمستثمرين، في القانون الداخلي المتعلق بالاستثمار في التشريع الجزائري<sup>(3)</sup> لتفادي الوقوع في فعل الأمير من طرف الدولة المضيفة للاستثمار، وذلك عن طريق حماية المستثمر من التعديلات و المراجعات أو الإلغاءات، التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار في الجزائر، إلا إذا طلب المستثمر ذلك

(1) هذه النظرية خاصة بالقانون الإداري ولا يوجد لها صلة بالقانون الخاص، ولذا يعتبر عمل الأمير في القانون الخاص حدث خارج عن إرادة الطرفين، وهو ليس سوى نوع من القوة القاهرة، عطلت كلي الطرفين . راجع، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 696 .

(2) د محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة

الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998، ص 78 .

(3) القانون رقم 16-09 لسنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر . السالف الذكر .

صراحة.<sup>(1)</sup> أو في ما جاءت به الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع حكومات أخرى، في مجال الاستثمار مثل الاتفاقية المبرمة مع حكومة جمهورية بلغاريا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر سنة 1998 بأن يمنح كل طرف متعاقد للاستثمارات المنجزة على إقليمه من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الاخر، معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك التي يمنحها لاستثمارات مواطنيه طبقاً لتشريع أو لاستثمارات مستثمري بلد آخر.<sup>(2)</sup> و حتى فيما يخص تسوية الخلافات، التي قد تطرأ بين المستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة للاستثمار، التي قد يكون سببها راجع إلى المستثمر نفسه، أو بسبب الطرف الثاني فقد حضي المستثمر بحماية قانونية تضمن له حقه من هذه الأخيرة، بحيث يؤول الاختصاص إلى الجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة المضيفة للاستثمار، تتعلق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص.<sup>(3)</sup> كما نصت الاتفاقيات الدولية بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الاجنبي بعدم امكانية أن تخضع الاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر للتأميم أو نزع الملكية أو لأي إجراء آخر مشابه، إلا في حالة الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية.<sup>(4)</sup>

(1) المادة 22 من القانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، السالف الذكر .

(2) المادة 03 من الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة جمهورية بلغاريا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر 25 أكتوبر 1998.

(3) المادة 24 من القانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، السالف الذكر .

(4) المادة 04 من الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية التشيكية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة ببراغ 22 سبتمبر سنة 2000، السالفة الذكر .

ويكمن تحديد المعنى الضيق لمفهوم فعل الأمير بآثاره، بأن يولد لمصلحة المتعاقد مع الإدارة تعويضات شاملة. ومن هذه الزاوية تتعارض نظرية فعل الأمير مع نظرية عدم التوقع، فعدم التوقع يجبر الإدارة أن تأخذ على عاتقها جزء من الخسائر التي يصاب بها المتعاقد معها فيما تفتح نظرية فعل الأمير المجال أمام المتعاقد مع الإدارة للحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي أصابته طالما هذه الأضرار تسبب بوجودها الفعل المثار، وهذا الإجراء أو العمل الصادر من الإدارة يتخذ صوراً وأشكالاً ونماذج مختلفة، فقد يأخذ صورة تعديلات مباشرة تدخلها الإدارة المتعاقدة على شروط العقد، وقد يكون الإجراء تشريعاً عاماً يتضمن تعديلاً للقوانين العمل أو الجمارك أو الاستيراد والتصدير، وقد يؤدي هذا التعديل إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية جديدة أكثر إرهاقاً، أو تحميله التزامات أشد من وأوسع في علاقاته مع العاملين في المشروع الذي يقوم به ويرتبط بالعقد الذي أبرمه مع الإدارة.<sup>(1)</sup>

إلا أنه لتقرير حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير يستدعي وجود عدد من الشروط مجتمعة، فالتعويض كنتيجة حتمية لفعل الأمير تشكل حالة من حالات مسؤولية الجماعة المتعاقدة، من هنا يجب أن يكون هناك ضرراً وأن هذا الضرر صادر من جهة السلطة العامة ذاتها التي أبرمت العقد، بالإضافة إلى شرط آخر مشترك بين حالات تعويض المتعاقد بسبب الأفعال الجديدة التي تعترض سير تنفيذ العقد ومن بين أهم هذه الشروط: حصول ضرر للمتعاقد، عدم توقع الفعل المولد للضرر، أن يكون الفعل قد صدر عن السلطة العامة، أن يكون طبيعة التدخل يساعد على تطبيق نظرية فعل الأمير .

وتجد نظرية فعل الأمير أساسها القانوني في التشريع الجزائري من تشريع الصفقات العمومية، وذلك في حالة نشوء النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة التي قد تزيد من الأعباء المالية على المتعاقد مع الإدارة، وذلك بتسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام

(1) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 586 .

التشريعية والتنظيمية المعمول بها. غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق لأحكام القانون، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين. أو التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة. أو الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة. أما في حالة اتفاق الطرفين، يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسئول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة. بعد استفاء هذه المراحل يصبح هذا المقرر نافذاً، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية. كما يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعناً، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررًا في هذا الشأن خلال ثلاثين يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الطعن.<sup>(1)</sup>

### ثانياً- نظرية الظروف الطارئة :

بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية الدولية، في مجال الاستثمار التي قد تبرم لمدة طويلة من الزمن قد ترجع إلى طبيعة إنجاز المشروع، أو إلى طبيعة سير المرفق العام. فقد تطرأ ظروف اقتصادية عامة تؤدي إلى زيادة ضخمة في أعباء المتعاقدين مع الإدارة، ودون أن يكون لأي طرف من الطرفين المتعاقدين دخل في قيام هذه الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقد. لذا ابتدع هذه النظرية القضائية لمجلس الدولة الفرنسي بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو، أثناء الحرب العالمية الأولى سنة 1916، وفقاً لتقدير الفقه. والمقصود بهذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه قلبت اقتصادياته مما ينعكس سلباً على سير المرفق العام، لأن الأساس القانوني لهذه النظرية يقوم بالدرجة الأولى

<sup>(1)</sup> نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

على فكرة العدالة التي تعتبر أحد أهم أركان القانون الإداري العام، وهي بالتالي تهدف لتحقيق المصلحة العامة.<sup>(1)</sup>

وتجد هذه النظرية مجالها في القانون الجزائري خاصة في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع عدة دول في مجال ترقية الاستثمار بين البلدين بأن يستفيد مستثمرو البلدين الذين لحقت استثماراتهم خسائر بسبب حرب أو نزاع مسلح آخر أو ثورة أو حالة طوارئ وطنية أو اضطرابات تحذت على إقليم الطرف المتعاقد من تعويضات لا تقل امتيازاً عن تلك التي يمنحها لمستثمريه.<sup>(2)</sup> وهو ما جسد في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمار الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993<sup>(3)</sup> وبالتالي يصبح تنفيذ العقد أثقل عبئاً، وليس مستحيلاً وهو ما يجعل من المتعاقد يتحمل كلفة أكثر، ما يحمله خسارة تتجاوز المألوف، وهذا ما يمنح المتعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض عن خسارته وهنا تعوضه الإدارة جزئياً. وقد كان الاعتقاد السائد في الفقه الفرنسي، والمصري، أن الأحداث أو الظروف الطارئة يجب أن تكون اقتصادية، ويجب أن لا يكون للجهة الإدارية المتعاقدة دخل أو دور في وقوع تلك الأحداث ومن ثم كان الفقه في مصر وفرنسا يستبعد من تطبيق النظرية كافة التشريعات والإجراءات التي تؤدي إلى ارتفاع الأسعار أو حتى عامل انخفاض قيمة العملة أو زيادة الأعباء الضريبية التي يتحملها المتعاقدون مع الإدارة، ظناً من

(1) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 743.

(2) المادة 04 من الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة جمهورية بلغاريا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر 25 أكتوبر 1998. المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل سنة 2000. الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002.

(3) وهو ما قضت به الفقرة 3 من نص المادة 5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمار الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994. الجريدة الرسمية العدد 01 لسنة 1994.

الفقه أن هذه العوامل تدخل ضمن نظرية فعل الأمير. لذا يرى الدكتور "ثروت بدوى" في رسالة الدكتوراه التي تقدم بها إلى جامعة باريس سنة 1954، بتبديد هذا المعتقد الذي كان سائدا في كل من الفقه الفرنسي والفقه المصري معاً، حيث قام بإثبات أن كافة العوامل المذكورة التي تصدر من الدولة أو من جهة إدارية تؤدي إلى ارتفاع في الأسعار، أو انخفاض قيمة العملة أو زيادة الأعباء الضريبية التي يتحملها المتعاقدون مع الإدارة، في عقود التزامات المرافق العامة، يمكن أن تؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة لو توافرت شروطها، وأنها لا تندرج ضمن أعمال الأمير.<sup>(1)</sup>

إذا نستخلص أنه يترتب على تطبيق هذه النظرية أثرتين، أولهما التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد لأن الظروف الطارئة لا تيعقه من التزامه، وإن كانت تجعل التنفيذ مرهقا غير أنه ليس بالمستحيل، والثاني في تعويض المتعاقد، فنظرية الظروف الطارئة تعطي المتعاقد الحق في الحصول على مساعدة الإدارة من أجل المواصلة في تنفيذ العقد من أجل الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام ولهذا يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد معها وهذا التعويض جزئي، لأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس جوهري وهو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على هذا الظرف الطارئ بين المتعاقدين وهنا يبرز الاختلاف بين هذه النظرية وسابقتها التي يكون التعويض فيها كليا.

وتجدر الإشارة إلى وجوب الالتزام بالإخطار من الطرف الذي لم ينفذ التزاماته وفقا لاتفاقيات التجارة الدولية وقضاء التحكيم، حيث يرى الفقه أن الالتزام بالإخطار ولد في كنف اتفاقيات التجارة الدولية أولا، ثم ظهرت تطبيقاته بعد ذلك في القوانين الوطنية التي تأثرت بهذه الاتفاقيات، فعلى سبيل المثال نصت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع على أنه يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا إلى الطرف الآخر بالعائق

(1) د. ثروت بدوى، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 586.

و أثره في قدرته في التنفيذ<sup>(1)</sup>، وبدوه أكد قضاء التحكيم على الالتزام بالإحطار، وذلك من خلال القرارات الصادرة في هذا الصدد منه قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 2478 لسنة 1974 حيث رفض بائع روماني في هذه القضية تسليم الكميات المطلوبة من الكربون استنادا إلى إلغاء رخصة التصدير من طرف السلطات الرومانية، وذلك باحتجائه بأن هذا الإلغاء يشكل بالنسبة له قوة قاهرة تخلصه من المسؤولية، وقد سلمت هيئة التحكيم بهذه الحجة وأكدت أن إلغاء رخصة التصدير من الحكومة الرومانية يعتبر بلا شك من قبيل القوة القاهرة، سواء على مستوى المبادئ العامة للقانون أو على مستوى شروط العقد وتطبيق آخر نجده في قرار التحكيم الصادر في غرفة التجارة الدولية عام 1955، وتتمثل وقائع القضية، في أن شركة سويسرية أبرمت عقدا مع شركة أفريقية لإنشاء مجمع صناعي وتنفيذا لالتزاماتها الناتجة عن هذا العقد اتفقت الشركة السويسرية مع أخرى فرنسية بعقد من الباطن عهدت إليها بمقتضاه بأعمال الهندسة المدنية في المجمع الصناعي توقفت الشركة الفرنسية عن العمل بعد فترة لعدم حصولها على مستحقاتها المالية، ثم استكملت الأعمال مرة أخرى عندما قامت الشركة السويسرية بسداد جزء من هذه المستحقات وأخذت على عاتقها مخاطر التأخير في التنفيذ... ولا يقتصر تأكيد هذا الالتزام بالقرارات الصادرة في نطاق غرفة التجارة الدولية CCI، وإنما تؤكد أيضا القرارات الصادرة من غرف أخرى بخلاف هذه الغرفة.<sup>(2)</sup>

(1) الفقرة الرابعة من المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع 1980، السالفة الذكر.

(2) كما يستمد المحكم اختصاصه بالفصل في آثار القوة القاهرة من نص أدرجه الأطراف في العقد، أو من مشاركة لاحقة، أو من شرط التحكيم عام يسند بمقتضاه الأطراف إلى هيئة التحكيم الفصل في كل نزاع ينشأ بينهم أثناء تنفيذ العقد ومن بينها النزاعات المتعلقة بعدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة. ينظر في وقائع القضية بالتفصيل، الالتزام بالإحطار في الاتفاقيات التجارية الدولية وقضاء التحكيم، د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 470.

## ثالثا- نظرية الظروف المادية غير المتوقعة:

إلى جانب نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة اللتين يعطيان للمتعاقدين مع الإدارة الحق في طلب التعويض متى تحققت شروطهما، توجد نظرية ثالثة تعطي المتعاقد في التعويض أيضا، وهي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يتجاوز الخطر النية المشتركة للأطراف، يمكن أن تغطي الأحداث التي على الرغم من أن لا يمكن التنبؤ بها لم يخطط لها في الواقع.<sup>(1)</sup>

وتعتبر هذه النظرية من التطبيقات القضائية التي أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي، بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر تعوق تنفيذ التزاماته التعاقدية. فتتخذ التعهد أصبح مرهقا يتعارض مع مبدأ حسن النية في المعاملات، ومع ذلك فقد رفضت المحاكم الفرنسية دائما لتنفيذ هذا المفهوم. و من ناحية أخرى، منذ قضية *Gaz de Bordeaux 1916*، أقرت المحاكم الإدارية الفرنسية بهذا التصور للحفاظ على استمرارية الخدمة العامة.<sup>(2)</sup>

فقد عرف المشرع الجزائري القوة القاهرة في نطاق العقود الادارية الدولية، في قانون المحروقات، بأنها كل حذت مثبت، غير متوقع، لا يمكن مقاومته، وخارج عن إرادة الطرفين الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو العديد منها، غير ممكن.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> Thomas PEZ. Le **risque dans les contrats administratifs** Thèse présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2006 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) [www.asso-afda.fr](http://www.asso-afda.fr).

<sup>(2)</sup> **Ibrahim El beherry**. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. p261 .

<sup>(3)</sup> نص المادة 5 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، السالف الذكر .

وتبدوا أهمية هذه النظرية عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة خاصة في مجال عقود الأشغال العامة صعوبات مادية، وتكون لهذه الصعوبات خصائص استثنائية لم تكن في حساب المتعاقدين وتقديرهما عند إبرام العقد، فيجعل تنفيذ ذلك العقد مرهقا على المتعاقد، ولذلك من باب العدالة أن يتم تعويض هذا الأخير، وهنا يكون التعويض كاملا عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر عن طريق رفع أسعار العقد، مع التزام المتعاقد في الاستمرار في التنفيذ. ويتفق معظم فقهاء القانون الإداري حول عناصر هذا التعريف لنظرية الظروف المادية غير المتوقعة التي يتمحور تطبيقها بصورة خاصة في مجال عقود الأشغال العامة، وهذا ما ذهب إليه الفقيه "Lubadir" مؤكدا أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة. لكنه لا مانع من تطبيق هذه النظرية على سائر العقود الإدارية الأخرى متى توافرت شروطها حسب رأي الفقه الإداري. فقد تردد مجلس الدولة الفرنسي في تشجيع هذا الاتجاه بتطبيق هذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، وذلك تخوفا من الاحتجاج بهذه النظرية للمطالبة بالتعويض لهذا لا بد من توافر بعض الشروط اللازمة والأساسية لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة<sup>(1)</sup> :

1- أن الصعوبات المادية غير المتوقعة هي واقعة ذات صفة مادية خارجة عن نطاق الأطراف المتعاقدة. فبالنسبة للواقعة المادية تتجلى عادة في مواقع العمل حيث تظهر في الأرض صحور قاسية ومنيعة، أو طبقات مياه للتصريف، لكن يلاحظ قد لا تتولد دائما هذه الصعوبات المادية عن فعل الطبيعة بل قد تتولد من صنع الإنسان بعيدا عن الأطراف أنفسهم كوجود قناة المياه غير مسجلة في بيان الأشغال على سبيل المثال .

(1) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 597 .

أما بالنسبة للواقعة غير المتوقعة خارجة عن ظروف المتعاقدين فينبغي أن تكون أجنبية عن المتعاقدين والإدارة. أو إذا كانت الفرصة قد سمحت للمتعاقد لتكون لديه وسيلة ما لمنع تحققها مثل إصلاح المقاول لطريق ضروري لتنفيذ الأشغال العامة .

2-الصعوبات المادية غير المتوقعة هي التي تنجم عن صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد.

3-الصعوبات المادية غير المتوقعة هي مصاعب طارئة أثناء التنفيذ .

4-أن يترتب على التنفيذ مع هذه الصعوبات زيادة في أعباء المتعاقد ونفقاته بما يتجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد.

### المطلب الثاني : التزامات المتعاقد مع الإدارة

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

### الفرع الأول: التزام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتنفيذ الشخصي

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

## أولاً- التنازل في العقد :

ويقصد به تنازل المتعاقد عن كل الالتزامات والحقوق لشخص آخر ويحل محله في التنفيذ بشكل كلي ولكي يكون هذا التنازل صحيحا يتعين توافر جملة من الشروط وهي :

- موافقة جهة الإدارة على التنازل كتابة .
- أن يكون المتعاقد مع جهة الإدارة قد أوفى بكل التزاماته الناجمة عن العقد لغاية تقديم طلب التنازل.<sup>(1)</sup>
- أن تقدم الشركة المتنازل إليها دليلا لجهة الإدارة يعكس قدراتها المالية والفنية .
- أن تشمل وثيقة التنازل نصوصا تقرر صراحة التزام المتعاقد المتنازل إليه بكافة الشروط الواردة في العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل وفي حالة موافقة الإدارة على هذا التنازل يحل المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ الالتزامات، وتعد هذه الموافقة بمثابة عقد جديد بين الإدارة والمتنازل إليه، ويصبح هو المسئول الوحيد أمامها ما لم ينص على غير ذلك.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 40 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به الفقرة الأولى من نص المادة 31 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، على أنه " يمكن الشخص أو الأشخاص المجتمعين في صفة متعاقد فرديا أو بشكل جماعي، تحويل كل أو جزء من حقوقهم والتزاماتهم في العقد فيما بينهم أو إلى شخص آخر . ويجب أن توافق الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات ألفت مسبقا على هذا التحويل ليصبح صحيحا ويتم تجسيده في الملحق بهذا العقد الذي تتم الموافقة عليه وفقا لأحكام المادة 30 من هذا القانون."

## ثانيا- التعاقد من الباطن:

و يقصد به أن يحل المتعاقد الأصلي مع الإدارة غيره في تنفيذ بعض أجزاء العقد ويشترط فيه موافقة الجهة الادارية. وهنا يكمن الاختلاف بينه وبين التنازل الذي يحل فيه المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كليا. ويلاحظ أن هناك العديد من الظروف التي تدعو جهة الإدارة للموافقة على الأخذ بهذا أسلوب، بالنظر للتقدم العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى المجالات في عقود البوت B.O.T، لذلك أصبح تنفيذ أحد المشروعات العامة يتطلب التعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه وفي التعاقد من الباطن يظل المتعاقد الأصلي هو المسئول وحده عن تنفيذ كافة الالتزامات التي ينص عليها العقد الأصلي، لأن المتعاقد من الباطن لا يحل محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ كما أنه لا يصبح طرفا في العقد، ومن ثم فإن الأثر الوحيد الذي يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن هو جعل هذا الأخير مشروعاً، وفي حالة ما تم التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة فذلك التعاقد لا يكون نافذا في مواجهة الإدارة، ويظل المتعاقد الأصلي وحده المسئول عن التنفيذ بالإضافة إلى ما يترتب عن ذلك من مسؤولية عقدية في حق المتعاقد مع الإدارة تلزمه بالتعويض عما يسببه ذلك التصرف من أضرار.<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني : الالتزام بتنفيذ العقد في المواعيد و الشروط المتفق عليها

يجب أن تنجز الاستثمارات، في الآجال المتفق عليها مسبقاً مع الجهة الادارية المتعاقد معها<sup>(2)</sup>، مثل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في الجزائر<sup>(1)</sup>، حيث يقع على عاتق المتعاقد

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 180.

(2) وهو ما نصت عليه المادة 20 من قانون الاستثمار لسنة 2016، السالف الذكر .

الأجنبي التزام بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه من شروط، وفي الآجال المحددة وذلك لكون الصنفقة العمومية لها صلة بالخدمة العامة وكذا بحسن سير المرفق العام، ففي حالة ما إذا كان تأخر المتعاقد الأجنبي بسبب فعله فإنه يترتب على ذلك حق جهة الإدارة في التعويض، كما يعطي للإدارة الحق في الفسخ وقد يكون تأخر المتعاقد الأجنبي في التنفيذ بسبب فعل الإدارة فإن هذا التأخر يكون مبررا، كعدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل.

كما يتعين على المتعاقد الأجنبي تنفيذ العقد وفقا للشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد والتي تتمثل في التنفيذ بدقة، هنا يجب على المتعاقد الالتزام بالشروط والمواصفات المتفق عليها، وإلا تترتب مسؤوليته، كما يجب أن يكون تنفيذ العقد وفقا لأفضل المعايير الدولية.<sup>(2)</sup>

**الفرع الثالث : التزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للاستثمار مع الإعلام بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد.**

عادة ما تفرض الإدارة في العقود الإدارية الدولية على المتعاقد الأجنبي التزاما يقضي بضرورة قيامه باستثمارات محددة خلال مدة معينة، ويرجع السبب في حرص جهة الإدارة على تضمين عقودها مثل هذا الشرط إلى رغبتها في تحقيق فعالية الاستثمار، وعلى سبيل المثال في عقود البترول تشترط جهة الإدارة على المتعاقد الأجنبي ضرورة إنفاق مبالغ معينة في صورة أعمال فعلية للتنقيب وإجراء البحوث والاختبارات، من أجل الحصول على المعلومات الكافية

<sup>(1)</sup> المنشأة بموجب أحكام المادة 6 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، المعدل والمتمم، هي مؤسسة عمومية إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تكلف بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية بالأمور المتعلقة بالاستثمار .

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به المادة 57 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، على أنه إذا لم يوفي المتعاقد بالتزاماته المتفق عليها أو إذا لم يستوفي الشروط والالتزامات المترتبة على هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه، يمكن بعد إعدار لم يتم الرد عليه خلال ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ الاستلام . إلغاء العقد دون الإخلال بإحكام المادة 58 .

التي تحدد إمكانية وجود حقول البترول في المنطقة المخصصة للأبحاث وقيمتها الاقتصادية. وعليه يجب أن يحدد في العقود التي تبرمها الدولة الجزائرية، في عقود البحث والاستغلال في مجال المحروقات، الحد الأدنى من الأشغال التي يلتزم المتعاقد بإنجازها خلال كل مرحلة من مراحل البحث.<sup>(1)</sup> لذا قد ينص العقد صراحة على حق الإدارة في فسخ العقد، في حالة عدم قيام المتعاقد معها بالتزام الإعلام والإخبار، عن الظروف المحيطة بمحل التعاقد، ويتجه بعض الفقه إلى أنه لجهة الإدارة التمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصا صريحا فيه، وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية. فقد تصادف المتعاقد قوة قاهرة لا يمكن توقعها، تتسبب له في التأخير في مدة الانجاز، مثل الكوارث الطبيعية، وكل الظروف غير المتوقعة التي تتسبب في عدم التنفيذ.<sup>(2)</sup>

#### الفرع الرابع: التزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية

وهو شرط تتضمنه غالبية العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب تمهيدا لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية، وقد نص المشرع الجزائري في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247-15 وهو بصدد بيانات الصفقات على شرط استعمال اليد العاملة المحلية.<sup>(3)</sup>

وكمثال عن ذلك والذي يتطلب قيام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية التي يتسنى لها إدارة المشروع بعد انتهاء مدة الامتياز، وذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة حتى لا يستطيع المتعاقد الأجنبي التنصل من مسؤوليته بإثبات بذل العناية المطلوبة وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أنه يتعين التمييز بين التزام المتعاقد الأجنبي بإدماج

(1) وهو ما قضت به الفقرة الأولى من نص المادة 43 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، السالف الذكر .

(2) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 192.

(3) راجع في هذا الشأن المادة 95 من قانون رقم 15-247، السالف الذكر .

العمالة المحلية، والذي يعد التزاما بتحقيق نتيجة وبين تدريب وتكوين العمالة المحلية والذي يعد التزاما ببذل عناية. ومن ذلك ما نصت عليه 22 من العقد المبرم بين الحكومة السعودية وإحدى الشركات اليابانية، من أنه على الشركة بعد استشارتها للحكومة أن تعد وتنفيذ برنامجاً خاصاً لتدريب موظفيها السعوديين على جميع مراحل صناعة الزيت بما في ذلك التدريب على الإدارة والرقابة.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> نقلاً عن، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 198.

## الباب الثاني

اتفاق التحكيم في العقود الإدارية

الدولية

تمهيد و تقسيم :

إن التصرفات التي تقوم بها الأشخاص المعنوية العامة، خاصة في مجال العقود بمختلف صورها وأنواعها لا بد وأن تكون فيها نقطة خلاف مع الطرف المتعاقد معه، لهذا يلجأ الأطراف المتعاقدة إلى الاتفاق على طريقة لفض النزاع في حالة نشوب هذا الخلاف، خاصة إذا اتجهت نية الأطراف إلى عدم اللجوء إلى القضاء لفض النزاع القائم بينهم. لهذا فإن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التكميم هي نقطة البداية التي تضع التكميم موضع التنفيذ، ولا يكون ذلك إلا إذا نص الأطراف صراحة في بنود العقد على الالتجاء إليه دون القضاء المختص بالمنازعة المطروحة، وذلك في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وتسمى بمشاركة التكميم. إلا أنه في مجال العقود الإدارية الدولية والتي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها، أدى إلى نشوء جدل فقهي واسع حول مدى جواز إدراج هؤلاء الأشخاص العامة شرط اتفاق التكميم في العقود الإدارية الدولية التي يبرمونها. وهل هذا الشرط الخاص باتفاق التكميم مستقل عن العقد الأصلي أو جزء منه، فما مصير شرط اتفاق التكميم في هذه الحالة، خاصة مع البدء في تنفيذ العقد الذي يتضمن شرط اتفاق التكميم، الذي سيحدد فيما بعد القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بين الطرفين الذي سينتهي في الأخير بصور حكم تحكيمي منهي للنزاع، الذي يطرح إشكالية مدا قابلية هذا الحكم لطرق الطعن القضائية المعروفة وهذا من خلال :

الفصل الأول : الاتفاق على اللجوء للتكميم في العقود الإدارية الدولية .

الفصل الثاني : استقلال اتفاق التكميم في العقود الإدارية الدولية.

الفصل الثالث : القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية.

الفصل الرابع : صدور حكم التكميم ومدى إمكانية الطعن فيه .

الفصل الخامس : تنفيذ أحكام التكميم في العقود الإدارية الدولية.

## الفصل الأول : الإتفاق على اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

## تمهيد و تقسيم :

المبدأ العام في اللجوء إلى التحكيم في مختلف المنازعات سواء كانت مدنية أم في المنازعات التجارية هو أمر مستقر عليه في الفقه و القضاء. إلا أن الأمر مختلف في مجال العقود الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا في هذه العقود لأنه يسلب القضاء الإداري ولاية النظر في النزاع الذي هو من المفروض الجهة المحولة للنظر في مثل هذه المنازعات التي تكون الدولة ممثلة فيها، بحيث نجد في نطاق القانون الخاص لا توجد نصوص تقيد الأفراد، أو تفرض عليهم جهة معينة لعرض النزاعات التي تثور بينهم وذلك راجع لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار الجهة التي تنظر في النزاع على غرار الأمور التي ترتبط بالقانون العام، فلا يجوز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات إلا بنص قانوني، لذا ثار جدل فقهي بخصوص هذه المسألة بين مؤيد ومعارض لهذه الفكرة لذا تراوحت الاتجاهات التشريعية والقضائية والفقهية بين معارض ومؤيد لفكرة جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم لفض ما يثور بينهما وبين الجهة المتعاقد معها من نزاعات. لهذا أقدمت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على النص صراحة على حكيم في العقود الإدارية الدولية، بالإضافة إلى العديد من الأحكام القضائية التي ساندت هذا الاتجاه ولتبيان هذه الموافق قسمنا هذا الفصل نتناول في المبحث الأول الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية. وفي المبحث الثاني الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

## المبحث الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

يرى أنصار هذا الاتجاه إلى أن لجوء الأطراف إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية الدولية، يصطدم مع بعض المبادئ والأسس التي قام عليها القانون الإداري خاصة في مجال الامتيازات المخولة لجهة الإدارة في مجال التعاقد، والمتمثلة في امتيازات السلطة العامة في التعامل مع الطرف المتعاقد معها، وبالتالي قد ترجع الإدارة في التعامل مع المتعاقدين معها إلى القانون الخاص، وهذا تعارض مع سيادة الدولة. كما أن التحكيم في مجال العقود الدولية يعتبر اعتداء على اختصاص القضاء الإداري، وذلك بإسناد النزاع إلى طرف آخر غيره مما وبالتالي يصدم نظام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية للدولة وهو ما أخذت به بعض التشريعات والاجتهادات القضائية، والفقهية، وسوف نبين ذلك من خلال المطالب التالية : المطالب الأول التشريعات المؤيدة لهذا الاتجاه، أما المطالب الثاني نتطرق لأحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه، أما المطالب الثالث نستعرض الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الاتجاه.

## المطلب الأول: التشريعات المؤيدة لهذا الاتجاه

إن فكرة لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية لم تلقى قبولا لدى التشريعات المقارنة، وقوبلت الفكرة بالحضر ومن بين هذه التشريعات نتطرق إلى ما يلي :

## الفرع الأول: موقف التشريع الفرنسي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

أقر المشرع الفرنسي منذ القديم، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات معتبرا أنه الوسيلة الأكثر معقولة لحل النزاعات، إلا أنه وفيما يخص المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، من بينها العقود الإدارية الدولية، أخذ في أول الأمر بمبدأ عدم جواز

التحكيم في مثل هذه العقود إلا بموجب نص، وتحملي هذا الموقف من خلال نص المادتين 83 و1004 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية، والصادر عام 1806، باعتبارهما يشكلان الأساس التشريعي لهذا الحظر، فقد نصت المادة 1004 على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون لإبلاغها للنيابة العامة، وقد حددت المادة 83 المنازعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها وهي التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين، أو المؤسسات العامة. إلا أنه ثار خلاف فقهي حول امتداد هذه النصوص لتتطبق على المؤسسات العامة الصناعية والتجارية في فرنسا، فلقد ذهب الفقيه Vedele إلى أن المادتين 83 و1004 المشار إليهما لا تنطبق على هذه المؤسسات وذلك ليس لأن إنشاءهما لم يتزامن مع صدور قانون المرافعات المشار إليه، وإنما لأن نص المادة 631 من القانون التجاري الفرنسي الصادر عام 1925، يعترف بأهلية هذه المؤسسات في اللجوء إلى التحكيم وذلك لتعلق أعمالها بالتجارة.<sup>(1)</sup> غير أنه وبمقتضى القانون رقم 226 الصادر في 5 يونيو 1972، المعدل في 5 يوليو 1975، فقد ألغيت المادة 1004 وحلت محلها المادة 2060 من القانون المدني والتي بمقتضاها لا يمكن الاتفاق على التحكيم في المنازعات المتعلقة بوحدة الإدارة العامة أو المؤسسات العامة، وبوجه عام جميع المسائل التي تمس بالنظام العام. ويتطلب البطلان على شرط التحكيم إلا إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك طبقاً لنص المادة 2061.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> **G.Vedel**. le problème de l'arbitrage entre gouvernement et personnes de droit public et personnes de droit prive . revu . arab. 1961.www.vdocuments.mx

(2) دويب حسين صابر عبد العظيم - التحكيم في العقود الإدارية و عقود البوت. **T.B.O** - بحث مقدم في المؤتمر السادس عشر السنوي في التحكيم التجاري الدولي، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، ص 267.

- Art: 2061 la clause compromissoire est nulle s il n'est dispose autrement par la loi.

يفهم من نص المادتين السابقتين أن النيابة العامة طرف أصيل في المنازعات التي تتعلق بالدولة أو أشخاص القانون العام المعنوية التابعة لها وذلك بوجوب إبلاغها، بحيث لا يجوز خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم باعتبار أن عرض هذه المنازعات على قضاء التحكيم سوف يجرم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء للتحكيم وذلك بتواجد النيابة العامة، وبعد التعديل الذي حذت في القانون الفرنسي لسنة 1972 أصبحت المادة 1004 هي المادة 2060<sup>(1)</sup> و التي نصت في فقرتها الأولى على أنه " لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن ... أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل التي تتعلق بالنظام العام." <sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني : موقف التشريع المصري المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

أما بالنسبة للمشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، يلاحظ أنه لم يشر صراحة للتحكيم في العقود الإدارية سواء الداخلية أو الدولية حيث ورد عنوان القانون قانون التحكيم المصري الجديد تحت عنوان التحكيم في المواد المدنية والتجارية.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> Art 2060: on ne peut compromettre sur les question de corps sur les contestations interessant les collectives au divorce et les etablisse ments public et plus generalement dans toutes les matieres qui interessent

l'ordre public " .

<sup>(2)</sup> الاعتراف لنصوص القانون المدني في المجال الإداري إلا بقيمة ثانوية وأن المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والمادة 2060 من القانون الجديد لم تنظم سوى مسألة إجرائية ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعات الإدارية التابعة للقضاء الإداري، ينظر في هذا الشأن، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد - المرجع السابق - ص 204 .

<sup>(3)</sup> حيث ورد عنوان القانون كالتالي : قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 .

فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه مع عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كان كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا أو دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.<sup>(1)</sup>

وقد اعتبر هذا النص دليل واضح على عدم جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية وفقا لما يلي :

- لفظ العقود الإدارية لم يرد صراحة في المادة الأولى من هذا القانون .
- عنوان القانون يختص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مما يعني استبعاد العقود الإدارية .
- نص المادة 190 من الدستور المصري لسنة 2014 التي تقضي بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية... و يحدد القانون اختصاصاته الأخرى.<sup>(2)</sup>
- المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري نصت صراحة في فقرتها الثامنة على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي، فيما عدا القرارات الصادرة

---

(1) نص المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 السالف الذكر.

(2) نص المادة 190 من الدستور المصري لسنة 2014، الجريدة الرسمية العدد 3 مكرر "أ" في 18 يناير سنة 2014 منشور على موقع :

من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل وذلك متى كان مرجع الطعن، عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة للقوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها. كما نصت في الفقرة الحادي عشرة على اختصاص محاكم مجلس الدولة في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة، أو عقود التوريد أو أي عقد آخر.<sup>(1)</sup>

وقد كان تفسير عبارة دون غيرها التي وردت بالنص هو أن يمتنع كل قضاء بخلاف القاضي الإداري عن نظر تلك العقود سواء كان القضاء العادي أو قضاء التحكيم كما أنه لا يجوز تعديل قواعد اختصاص مجلس الدولة باتفاق إرادة الأطراف للجوء إلى التحكيم وإنما بأداة قانونية كمرسوم يعدل هذا الاختصاص.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

تبت الجزائر موقفاً معارضاً للتحكيم في العقود الإدارية بشكل عام نتيجة تأثير العامل التاريخي المتمثل في الاستعمار، وقد انعكس ذلك على موقف المشرع الجزائري من فكرة التحكيم في عقود الدولة، وذلك بصدور أول قانون للإجراءات المدنية في الجزائر رقم 154/66 الذي بموجبه منع المشرع الجزائري اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة، حيث قضت نص المادة 3/443 من هذا القانون " أنه لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم."<sup>(3)</sup> و بهذا يجسد حضر اللجوء إلى

(1) الفقرة رقم 11 من نص المادة 10 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 منشور على موقع: [www.egypt.gov.eg](http://www.egypt.gov.eg)

(2) د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، السالف الذكر، ص 212 .

(3) قانون الإجراءات المدنية القديم الملغى رقم 154/66، السالف الذكر .

التحكيم الدولي في الجزائر خاصة بعد صدور الأمر رقم 22/71<sup>(1)</sup>، و الأمر رقم 24/71 الخاص بتأميم المحروقات الذي أسند فيه الاختصاص للمحاكم الجزائرية وعدم اللجوء إلى التحكيم.<sup>(2)</sup> فعلى سبيل المثال السابق المشار إليه، ما جاء في البروتوكول الذي أبرم بين شركة سوناطراك وشركة أجنبية، في المادة 11 من هذا البروتوكول التي نصت على أن كل المنازعات أو الخلافات التي تثور بين الدولة الجزائرية من جهة، وبين الشركة الأجنبية من جهة أخرى بخصوص تفسير أو تطبيق أو تنفيذ أحكام هذا البروتوكول وبنود الاتفاق المشار إليه يتعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية وحدها<sup>(3)</sup> وهو ما تضمنه القانون رقم 14/86 المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات واستغلالها ونقل الأنابيب، في نص المادة 63 التي قضت بأنه " تخضع الخلافات والمنازعات الناتجة عن تطبيق هذا القانون، النصوص المتخذة من أجل تطبيقه إلى المحاكم الجزائرية المختصة وفقا للتشريع المعمول به، غير أنه يمكن للخلافات والمنازعات المتعلقة بالشركة في ميدان المحروقات أن تخضع مسبقا للجنة المصالحة وفقا للتشريع الساري المفعول." <sup>(4)</sup>

بعد استقراء هذه النصوص القانونية، نلاحظ أن المشرع الجزائري تبنى قاعدة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع الشركاء الأجانب، واسناد المخالفات والمنازعات التي تثور بين الطرفين للمحاكم الجزائرية المختصة أو إلى لجان المصالحة وفقا للتشريع المعمول به.

(1) الأمر رقم 22/71، الذي يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان الوقود السائل واستغلاله، السالف الذكر .

(2) الأمر رقم 24/17 الخاص بتأميم المحروقات، السالف الذكر.

(3) د. سليم بشير، المرجع السالف الذكر. ص 42

(4) القانون رقم 14/86 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث في المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، السالف ذكره.

## المطلب الثاني : أحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه

سوف نحاول أن نتطرق لبعض أحكام القضاء التي قضت بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

## الفرع الأول : القضاء الإداري الفرنسي

استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ القرن الماضي على فكرة عدم الأخذ بفكرة جواز الاتفاق على التحكيم في مجال العقود الإدارية، إلى أنه لا يجوز سلب اختصاص القضاء الإداري في مجال هذه المنازعات إلى مبررات فكرة النظام العام، بل وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك في تشدده في حظر التحكيم على أشخاص القانون العام يعتبر مبدأ قانونيا وقضائيا مستقرا عليه. وكان ذلك في أول قرار لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1824 في قضية Quvrard، والذي قرر فيه عدم جواز لجوء الدولة في منازعاتها للمحكمن، وكان ذلك بمناسبة عقد توريد يتضمن شرط تحكيم، عقبه بعد ذلك حكم في قضية Boyer بتعلق بعقد توريد للدولة، وفي سنة 1986 أرادت فرنسا أن تنشأ مدينة ملاهي أوروبية مثلما يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية ومن أجل تحقيق ذلك، أقدمت فرنسا بمشاركة أكثر من شخص معنوي عام على التعاقد مع شركة Walt Disneyen وتم الاتفاق بين الطرفين على أن تتولى الشركة الأمريكية إنشاء المدينة بإحدى المدن الفرنسية الجديدة، وأصررت الشركة الأمريكية أن يتضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين، وقد طلب وزير التخطيط الفرنسي فتوى مجلس الدولة عن مدى صحة تضمين العقد لشرط التحكيم وانتهى مجلس الدولة إلى عدم جواز التحكيم في مثل هذه العقود، مستندا إلى أن الاتفاق على التحكيم يجب أن يكون بموجب نص قانوني صريح أو اتفاقية دولية تسمح به.<sup>(1)</sup>

(1) د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السالف الذكر، ص 216 .

## الفرع الثاني : القضاء الإداري المصري

أما في مصر فقد عرض على القضاء المصري مسألة التحكيم في العقود الإدارية فقررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 18/5/1986م، بجواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم لفض منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية. وكانت دعوى أقيمت بخصوص عقد امتياز هَضْبَة المقطم أبرم بين وزارة الإسكان والتعمير والشركة المصرية للمساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية، ويتضمن هذا العقد شرط التحكيم حيث نص العقد في البند الخامس منه على أن " أي خلاف بين الطرفين على تفسير العقد أو تنفيذ العقد .....يفصل فيه عن طريق التحكيم..."، وعندما طلبت الشركة إحالة النزاع إلى التحكيم امتنعت وزارة الإسكان وقد أقامت الشركة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري تطلب وقف القرار السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع إلى التحكيم فأجابت محكمة القضاء الإداري طلب الشركة بتاريخ 18/5/1986م، إلا أن إدارة قضايا الدولة طعنت في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي قررت في حكمها الصادر في جلسة 20/2/1990م، بعدم جواز التجاء الجهات الإدارية في العقود الإدارية إلى التحكيم، وسيبّ المنع أن الاتفاق على التحكيم لا يجوز أن يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة<sup>(1)</sup>، وأن اتفاق التحكيم يجب ألا يهدم خصائص العقد الإداري ولا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد. وعندما عرض أيضا موضوع التحكيم في العقود الإدارية في قضية أخرى بخصوص نفق أحمد حمدي، التزمت محكمة القضاء الإداري بالمبدأ الصادر من المحكمة الإدارية العليا، وقضت بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية تأسيسا على أنه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقررة بالمادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972، وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في 18/12/1996م بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بناء على أنه يشترط لجواز صحة اتفاق التحكيم أن يكون عاقده أهلا

(1) وذلك وفقا لنص المادة 10 من القانون رقم 47 لسنة 1972، المنظم لمجلس الدولة المصري السالف ذكوره .

للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم وألا يكون التحكيم في مسائل متعلقة بالحالة الشخصية ولا بالنظام العام، ولأن الولاية سواء كانت خاصة أو عامة فالأصل فيها هو المنع وعدم النفاذ إلا بعمل تشريعي، وأن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي وأن لجوؤها إلى التحكيم يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجمعية خاصة في شأن من صميم العمل العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم من جهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتحويل صريح يرد من عمل تشريعي. كما أن طبيعة العقد الإداري جعلت المشرع لا يعهد للقضاء المدني نظر منازعات العقود الإدارية، وبالتالي فإنها تكون من باب أولى أن تكون في منأى عن طبيعة التحكيم وهيئاته، ويكون شرط التحكيم متنافيا مع إدارية العقد، وانتهت الجمعية إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.<sup>(1)</sup> وقد سلكت المحكمة ذات النهج في الفتوى الصادرة عنها في 1988/03/30، حيث ذهبت إلى أن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوط بها تحقيقها إنما هي أهلية محددة وتنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها، وعليه فلا يجوز أن تلجأ إلى التحكيم بغير نص يرخص لها ذلك.<sup>(2)</sup>

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 20 فبراير 1990. الطعن رقم 3049 لسنة 1990. وحكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 30 يناير 1991 في الدعوى رقم 5439. نقلا عن علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السالف ذكره، ص 218.

(2) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة، ملف رقم 122/47 جلسة 1988/03/30. نقلا عن حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 140.

## الفرع الثالث : القضاء الإداري الجزائري

ذهب القضاء الجزائري ممثلاً في مجلس قضاء الجزائر إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، وعدم أهلية الدولة وهيئاتها العامة لطلب التحكيم في بعض أحكامه في القرار الصادر عن المجلس بتاريخ 26 ديسمبر 1986، في نزاع بين شركة "ك-ل" ضد المؤسسة العمومية للبناء، حيث أبرم العقد بينهما في 20 ماي 1983، بهدف تحقيق أشغال عمومية بغرض توسيع مصنع، والذي ينص على شرط يتفق بموجبه أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائياً وفق نظام الغرفة التجارية الدولية C.C.I، إلا أن هذا القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 20 ديسمبر 1985 قد ألغى، وتصدى القضاء الإداري الجزائري للفصل في هذه المنازعة باعتبار أن الشرط التحكيمي الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزاً، وبالتالي فلا ينتج آثاره القانونية من بينها غل يد القضاء من التصدي له، وهذا اعتراف بالرفض بدفع المقدم الخاص بوجود شرط التحكيم في العقد.<sup>(1)</sup>

## المطلب الثالث: الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الاتجاه

إن فكرة لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في مجال العقود الدولية التي تبرمها مع الطرف الأجنبي لم تلق استحساناً لدى الوسط الفقهي، من منظور أن الدولة لها ميزة خاصة يجسدها مبدأ السادة، لا يمكن أن تخضع لجهة في حل المنازعات التي تثور بينها وبين المتعاقد معها خاصة التحكيم، لذا استند الفقه المؤيد لهذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج و الأسانيد نورد من بينها :

(1) قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 187.

## الفرع الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية يتعارض مع سيادة الدولة

تقوم هذه الحجة على أساسين، يتمثل الأساس الأول في أن التحكيم يعتبر في حقيقته سلب للاختصاص القضائي الوطني الذي هو مظهر أساسي من مظاهر سيادتها، فإن كان مقبولا بالنسبة لمنازعات الأفراد، فلا يجوز للدولة إذ يعتبر ماسا بهذه السيادة<sup>(1)</sup>، التي تعتبر سلطة عليا داخل الدولة، لا يمكن خضوعها لأحد، أو أن تملوها سلطة ما، فهي العنصر الجوهري في تكوين الشخصية الاعتبارية للدولة، بحيث تتميز بأن لها طابع خارجي بحيث لا تخضع في علاقاتها الخارجية لأي طرف أجنبي، ولجوء الدولة للتحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية التي تبرمها مع طرف أجنبي، غالبا ما يثير احتمال تطبيق قانون أجنبي على العلاقة العقدية، فتتردد الدول في غالب الأحيان من اللجوء للتحكيم، خاصة دول العالم الثالث وبالذات فيما يتعلق بعقود استغلال الثروات الطبيعية، ولاشك أن ذلك راجع إلى التاريخ الطويل، للاستعمار في هذه الدول، وما رافقه من نهب لثرواتها، وتقرير الامتيازات للأطراف الأجنبية فيها، لدى تسعى بعض الدول النامية لتجنب مثل بعض هذه الأمور، المتمثلة في استغلال الأطراف الأجنبية المتعاقد معها من شرط التحكيم.<sup>(2)</sup>

ومن وجهة نظرنا أن الاحتجاج بسيادة الدولة في هذا المجال ليس أمرا مطلقا، بحيث مع التسليم بأن التحكيم يعتبر في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى قانون يسمح به داخل الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي، ومن ناحية أخرى أنه من مزايا التحكيم هي اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق على محل النزاع، وقد

(1) فقد ذهب الفقه الدولي إلى أبعد من ذلك فمنهم من اعتبر تسوية منازعات العقود الإدارية بواسطة التحكيم مخالف للدستور وذلك لمتعارضه مع فكرة النظام العام ذاتها، وانتهى الفقه المتمسك باحترام سيادة الدولة كأساس لرفضه للتحكيم إلى أن سيادة الدولة تأبى أن تمتثل أمام قضاء مختص، نقلا عن، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2011 ص 84 .

(2) د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 148.

تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة في مرحلة إبرام العقد خاصة من جانب الأشخاص العامة، وللطرف الثاني الأجنبي حق القبول أو الرفض، وهذا لا يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة .

### الفرع الثاني : التحكيم في العقود الدولية يعتبر اعتداء على اختصاص القضاء الإداري

من مبررات الالتجاء إلى التحكيم الدولي، هي رغبة أطراف العلاقة القانونية الدولية تفادي طرح نزاعهم على القضاء الوطني المختص، لما تنسم به إجراءات التقاضي من بطئ وتعقيد، علاوة على احتمال استتالة أمد النزاع بسبب درجات التقاضي، وإمكانية الطعن في الأحكام، فالحكم له الحرية في اختيار القانون الذي يراه مناسباً ومعبراً عن الإرادة الضمنية للأطراف فبالنسبة لعقود التجارة الدولية، أو عقود الاستثمار، فالأطراف فيها ينتمون في الغالب إلى جنسيات مختلفة وأنظمة قانونية مختلفة، تجعل من الصعب خضوع الطرف الأجنبي، للقاضي الإداري للدولة المتعاقدة.<sup>(1)</sup> لهذا يلجأ الأطراف للتحكيم الذي يؤدي بالتالي إلى سلب ولاية القضاء الإداري للدولة، لان التحكيم يتركز على مبدأ سلطان الإرادة. لدى يجب على الدولة أن تهتم على تنظيم إجراءات التحكيم، خاصة في الدول النامية، التي تمثل الطرف الضعيف في العلاقات التجارية الدولية. فالاختصاص القضائي يتمتع بقوة إلزامية ولا يمكن مخالفته اتفاقيات ويجب أن ترفع منازعات القانون العام إلى القضاء الإداري، وبالتالي يحضر على أطراف النزاع في عقود الدولة الإدارية، أن يرفع النزاع باختيارهم إلى جهة أخرى تدخل في اختصاص القضاء الإداري.<sup>(2)</sup> وهو الذي يختص في منازعات الدولة، عن طريق مجلس الدولة فهجران الدولة لقضائها الإداري لصالح التحكيم، هو نزول إلى مرتبة في التقاضي

(1) فالحكم يتمتع بحرية تكاد تكون مطلقة في اختيار القانون الذي يراه معبراً عن الإرادة الضمنية للأطراف أو الذي يراه أكثر ملاءمة تبعاً لطبيعة النزاع المعروض عليه، بل قد يطبق مجموعة الأعراف والعادات التجارية السارية في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع. نقلاً عن د. مختار أحمد بري، المرجع السالف ذكره، ص 11.

(2) د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السالف الذكر، ص 103

أقل مرتبة من القاضي الإداري، الذي ينفذ هذا الأخير أحكام القانون الإداري، ويضمن الحقوق، وبالتالي تصبح هذه الضمانة ذات دور أكبر وأخطر حين تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في النزاع، لدى لازل الطرف الأجنبي يشترط إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة، لاعتقاده بأن السلطة القضائية ليس لها الاستقلال الكافي في مواجهة السلطة السياسية، وكذلك الاعتقاد بغياب المحاكم المختصة التي تفتقر للدراية الكافية بشؤون هذه العقود.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث : اصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية للدولة

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أن لكل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية ويقوم هذا المبدأ تأسيساً على فكرة السيادة والاستقلال والمساواة بين الدول، وعلى هذا الأساس لا يجوز لدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني - سيادة الدولة - فكل دولة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى تحرض على ألا تخضع لغير سلطان القضاء فيها. وهكذا تستطيع كل دولة بما لها من سيادة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصامها أمام قضاء دولة أجنبية، وهذا ما يكشف بوضوح أن مجال الدفع بالحصانة القضائية بصفة أساسية أمام محاكم الدول الأجنبية فهل تستطيع الدولة أن تتمسك بهذا المبدأ أمام قضاء التحكيم. حيث ذهب بعض الفقه الدولي إلى أن التحكيم يتعارض مع الحصانة القضائية للدولة وذلك لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد بمثابة منظمة أجنبية فهو يجرى خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، كما أن المحكمين المنوط بهم الفصل في النزاع هم أشخاص من جنسيات مختلفة.<sup>(2)</sup>

(1) د. مراد محمود المواجدة، المرجع السالف الذكر، ص 74 .

(2) د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 208 .

وفي الأخير إذا كان التحكيم يشير إلى طريقة معينة لتسوية النزاعات، عن طريق اسناد صفة القضاء لصالح المحكمين، وهم أفراد خاصون، قد يبدو من الطبيعي أن يكون التحكيم هامشيا في إطار القانون الإداري أو إيجاد هيئات قضائية مختصة وهي المحاكم الإدارية المسؤولة عن تسوية النزاع، لذا نجد في المجال الإداري مبدأ عام في نطاق القانون العام الذي يخضّر على الدولة والأشخاص الاعتبارية اللجوء إلى التحكيم، إذ أن صياغة هذا المبدأ القانوني، الذي أكدت عليه فيما مضى مختلف التشريعات، وبصورة أساسية، يؤدي إلى غياب فعلي للتحكيم في القانون الإداري، ولكن إذا بدا طبيعيا بالنسبة لبعض فئات التقاضي أو الأشخاص الإداريين، يبدو من الضروري ومن المطلوب إعادة النظر في مبدأ حظر التحكيم في المواد الإدارية بغية توسيع هذه الآلية في المنازعات الإدارية، لكن مع مراعاة توافق خصائص القانون الإداري، خاصة في ما يتعلق بمراقبة وتنفيذ حكم التحكيم، وبالتالي فإنه من الممكن إقامة نظام متماسك للتحكيم في المسائل الإدارية في حين تبقى الرقابة على تطبيق التحكيم في القانون الإداري، بسبب الطبيعة الخاصة له من القانون الإداري.<sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup> Apostolos Patrikios , **L'arbitrage en matière administrative** . Thèse de doctorat en Droit public, pari 1996. [www.theses.fr](http://www.theses.fr)

## المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

على خلاف الاتجاه السابق المعارض لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، فقد ذهب اتجاه آخر إلى إمكانية لجوء أشخاص القانون العام إلى الاتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية التي تبرمها. وذلك من خلال التطرق لموقف الاتفاقيات الدولية من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، التي أثرت بدورها على التشريعات الوطنية التي نظمت في قوانينها الداخلية نظام التحكيم الداخلي والدولي، مروراً بأحكام القضاء المؤيد لهذا الاتجاه، وذلك من خلال المطالب التالية: المطالب الأول نستعرض فيه موقف الاتفاقيات المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية. ثم في المطالب الثاني نتطرق إلى التشريعات الوطنية المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية. أما المطالب الثالث نتناول فيه أحكام القضاء المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

## المطلب الأول: الاتفاقيات المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية

أولت الدول الاهتمام الكبير بهذه المسألة، بإبرام عدة اتفاقيات حول التحكيم في العقود الإدارية الدولية. خاصة مع تحرير التجارة الدولية من سلطان القوانين الوطنية، وإخضاعها لقانون دولي يشتق من الأعراف التجارية الدولية، وما يجرى عليه العمل في المجتمع الدولي. ولقد صدرت عدة اتفاقات متعلقة بالتحكيم عقدت سواء على المستوى الإقليمي أو المستوى العالمي، لذلك سوف نتطرق إلى أهم الاتفاقيات الدولية على المستويين الإقليمي والدولي في هذا المجال.

## الفرع الأول: اللجوء إلى التحكيم الدولي في الاتفاقيات الثنائية والإقليمية

تجسد اللجوء إلى التحكيم الدولي كآلية لفض المنازعات بين الدول الأطراف المتعاقدة لاسيما في مجال الاستثمارات، في عدة اتفاقيات نورد من بينها:

## أولاً: الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر

في إطار تشجيع الاستثمار وجلب رؤوس الأموال أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات دولية ثنائية في هذا المجال، والتي نصت على أنه في حالة نشوب نزاع بين الطرفين يحال على التحكيم لفض النزاع<sup>(1)</sup>، ومن بين هذه الاتفاقيات، الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993<sup>(2)</sup> كما تضمنته كذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات لسنة 1997، التي نص في المادة 07 على أنه إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة خلال 06 أشهر من تاريخ إثارته من أحد طرفي الخلاف، فإنه يمكن أن يرفع الطلب إلى الجهة القضائية المختصة البلد المستقبل للاستثمارات محل الخلاف، أو إلى

<sup>(1)</sup> **Article 1:** le présente règlement a pour objet de définir , conformément aux principes posés au Titre IV DE LA Déclaration, les règles d'organisation et de fonctionnement du tribunal international prévu audit titre, ci-après dénommé le tribunal. **Voire** décret n 63-364 du 14 septembre 1963 portant publication d'un accord algéro-français relatif à l'arbitrage et d'un annexe signés à paris le 26 juin 1963 . **voir: journal officiel de la république algérienne 17 septembre 1963 . p966.**

<sup>(2)</sup> المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994. الجريدة الرسمية العدد 01 لسنة 1994 .

محكمة التحكيم.<sup>(1)</sup> كما تجسد نفس المبدأ في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية بلغاريا حول الترقية والحماية المتبادلتين الموقعين بالجزائر في 25 أكتوبر سنة 1998<sup>(2)</sup>، و الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية التشيكية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعين ببراغ 22 سبتمبر سنة 2000.<sup>(3)</sup>

### ثانيا: اللجوء إلى التحكيم الدولي في الاتفاقيات الإقليمية

هناك عدة اتفاقيات على المستوى الإقليمي أبرمت في هذا المجال وتبنت فكرت التحكيم كوسيلة من وسائل فظ المنازعات في العقود الإدارية الدولية ومن بينها :

1- الاتفاقية العربية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات ومواطني الدول العربية الأخرى لسنة 2000<sup>(4)</sup>:

تعتبر هذه الاتفاقية ذات إطار إقليمي فهي اتفاقية خاصة بالدول العربية ونتيجة جهود مجلس الوحدة الاقتصادية التابع للجامعة العربية، لحل أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدولة العربية المضيفة وبين مواطني الدول العربية الأخرى سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا، وتقضى الاتفاقية أن يكون التحكيم بين شخصية معنوية عامة وشخص

<sup>(1)</sup> وهو ما قضت به الفقرة الثانية من نص المادة 07 من الاتفاقية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 الموافق 11 أكتوبر سنة 1998 . الجريدة الرسمية العدد 76 لسنة 1998.

<sup>(2)</sup> المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل 2000 . الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002 .

<sup>(3)</sup> المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل سنة 2002 الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002.

<sup>(4)</sup> وافق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية على هذه الاتفاقية بقراره رقم 1138 د72/ بتاريخ 6/12/2000م صادق على الاتفاقية أربعة دول عربية هي : الأردن، العراق، ليبيا، مصر .

خاص ومتعلقة بنزاع استثماري، فالاتفاقية أجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تعقد بين دولة عربية وشخص طبيعي أو شخص معنوي والتي منها العقود الإدارية، فهذه الاتفاقية أعطت حكماً بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بوجه عام.<sup>(1)</sup>

## 2- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987:

أعدت هذه الاتفاقية لإيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية. وحرصاً منها على تحقيق التوازن العادل في ميدان حل النزاعات التي يمكن أن تتولد عن عقود التجارة الدولية وإيجاد الحلول العادلة لها. وانطلاقاً من أهداف مجلس وزراء العدل العرب في توحيد التشريعات العربية ومواكبة التطور الحضاري.<sup>(2)</sup> وقد أنشأت الاتفاقية مؤسسة دائمة تسمى المركز العربي للتحكيم التجاري، تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتلحق إدارياً ومالياً بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب.<sup>(3)</sup> يكون مقر المركز بمقر الأمانة العامة للجامعة بالقاهرة<sup>(4)</sup>، أما عن أطراف المنازعة الخاضعة للتحكيم على ضوء هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أياً كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو

<sup>(1)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 03 من الاتفاقية التي تقضي بأنه: "مع عدم الإخلال بحق المدعي في اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار مباشرة، يكون حل النزاعات عن طريق التوفيق بين الأطراف المتنازعة وفقاً للأحكام المنظمة له فيما بعد، أو التحكيم وفقاً للقواعد المنصوص عليها... الخ"

<sup>(2)</sup> ينظر ديباجة اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، التي جاء فيها: إن حكومات: المملكة الأردنية الهاشمية، الجمهورية التونسية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية... جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية. إيماناً منها بضرورة وجود نظام عربي موحد للتحكيم التجاري الدولي يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية... وتوحيد التشريعات العربية ومواكبة التطور الحضاري... الخ.

<sup>(3)</sup> وذلك بنص المادة الرابعة من الاتفاقية، التي تنص على أنه: "نشأ بموجب هذه الاتفاقية مؤسسة دائمة تسمى المركز العربي للتحكيم التجاري تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتلحق إدارياً ومالياً بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب. ويقوم الأمين العام بتعيين موظفي المركز وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمجلس ولائحته التنفيذية."

<sup>(4)</sup> وذلك بنص المادة 12 من نفس الاتفاقية السالفة الذكر.

تكون لهم مآر رئيسية فيها فالاتفاقية ذكرت أن أحد أطراف النزاع دولة متعاقدة أو أحد أشخاصها المعنويين وفي تعامل تجاري، وبالتالي فإن الاتفاقية تجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية.<sup>(1)</sup>

### 3- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961<sup>(2)</sup>

تهدف هذه الاتفاقية لإبراز دور التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية وذلك من خلال سماحها لأشخاص القانون العام في الدول المتعاقدة باللجوء إلى التحكيم لتسوية تلك المنازعات، حيث أصبح الشخص العام بموجب الاتفاقية متمتعاً بالأهلية التي تمكنه من إبرام اتفاق التحكيم، حتى ولو لم يكن القانون الداخلي الذي ينتمي إليه له ذلك. إضافة إلى اعتراف الاتفاقية للأشخاص المعنوية العامة بإبرام اتفاق التحكيم، فقد اعترفت بذات الحق للأشخاص المعنويين الذين يتوافر لهم محل لقامة في دولة متعاقدة، حيث يجوز لهم اللجوء للتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لتسوية التي يكونوا طرفاً فيها. فقد ضيقت الاتفاقية من نطاق تطبيقها، وذلك حين قصرت ذلك التطبيق على اتفاقية التحكيم بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، بشرط أن يكون لهم محل إقامة أو مقر في دولة متعاقدة<sup>(3)</sup> حيث أبرمت

(1) وهو ما نصت عليه المادة الثانية من الاتفاقية على أنه: "تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتهم يرتبطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مآر رئيسية فيها." ملاحظة: جري تعديل بعض أحكام هذه الاتفاقية من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثامنة بموجب القرار رقم - 8/162د8-، بتاريخ 11/4/1992.

(2) الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 وضعت موضع التنفيذ في 7/1/1964 وفقاً لأحكام المادة (10) الفقرة (8) وباستثناء الفقرات (3) حتى (7) من المادة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 18/10/1965 بموجب أحكام الفقرة (4) من ملحق الاتفاقية.

(3) حيث أن الانضمام للاتفاقية مفتوح لكافة دول العالم، بالرغم من التسمية التي تشتهر بها وهي الاتفاقية الأوروبية، فقد أنظمت إلى الاتفاقية كوريا وباكستان و الأردن والسلفادور على الرغم من كونهما دول غير أوروبية، ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص150.

هذه الاتفاقية في 21 أبريل 1961م في جنيف، وقد جرى التحضير لهذه الاتفاقية تحت إشراف اللجنة الاقتصادية الأوروبية في جلسة خاصة لمندوبين تابعين لعدد اثنتين وعشرين دولة أوروبية. وقد توصل المجتمعون إلى ضرورة إيجاد وسيلة ملائمة لفض المنازعات التي تنشأ عن العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية التي تبرم بين الدول الأوروبية، وقد كان التحكيم هو الوسيلة المختارة لفض المنازعات الناشئة بينهم. أما عن العضوية لهذه الاتفاقية فإنها ليست محصورة في الدول الأوروبية فقط بل هي معاهدة مفتوحة بحيث إن أي دولة لها أن تنضم إلى الاتفاقية. وقد حددت المادة الأولى من هذه الاتفاقية نطاق سريان الاتفاقية على الاتفاقيات التحكيمية التي تتعلق بالمنازعات الناشئة، أو التي يمكن لها أن تنشأ عن عقود التجارة الدولية، والتي تكون بين الأشخاص المعنويين أو الأشخاص الطبيعيين إذا كان لهم مكان إقامة عادية أو كانت محل أقامتهم في دول متعاقدة مختلفة<sup>(1)</sup>، فالاتفاقية على ضوء هذه المادة جعلت المعيار الاقتصادي والمعيار الجغرافي المعيارين اللذين يسري بموجبهما ما يكون معه تضيق في نطاق إعمالها. وقد قررت المادة الثانية جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المنازعات الناشئة في علاقاتها ذات الطابع الدولي، والتي منها العقود الإدارية الدولية، وأزالت حظر التحكيم في مجال العلاقات الدولية.<sup>(2)</sup>

(1) الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 وضعت موضع التنفيذ في 1964/1/7 وفقاً لأحكام المادة (10) الفقرة (8) وباستثناء الفقرات (3) حتى (7) من المادة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 1965/10/18 بموجب أحكام الفقرة (4) من ملحق الاتفاقية.

(2) فقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية المتعلقة بأهلية الأشخاص المعنويين في القانون العام، للخضوع للتحكيم: على أنه في الحالات المحددة في المادة (1)، الفقرة (أ)، من هذه الاتفاقية، فإن الأشخاص المعنويين الموصوفين في القانون المطبق بصددهم «بالأشخاص المعنويين في القانون العام» لهم الأهلية لعقد اتفاقات التحكيم بصورة أصولية، عند توقيع هذه الاتفاقية أو عند إبرامها أو عند الانضمام إليها، يمكن لكل دولة أن تصرح عن تحديدها لكل ذلك ضمن الشروط التي يحددها تصریحها.

## الفرع الثاني : اللجوء إلى التحكيم الدولي في الاتفاقيات العالمية

في إطار تطرقنا للاتفاقيات الدولية المؤيدة للتحكيم، سوف نلقي الضوء من خلال هذا العنصر على أبرز الاتفاقيات من بينها اتفاقية نيويورك الصادرة في 10 يوليو 1958، واتفاقية واشنطن عام 1965 .

## أولاً - اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958 :

أبرمت هذه الاتفاقية<sup>(1)</sup> من أجل الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة التي المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها، وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضا على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام.<sup>(2)</sup> وقد اعتبرت اتفاقية نيويورك حكم التحكيم يعتبر أجنيا متى كان حكم التحكيم قد صدر في دولة، ويراد تنفيذه في دولة أخرى، والعبرة بمكان صدور الحكم، حتى ولو تعددت الأماكن التي تنقل بيدهما المحكمون، أو متى كان حكم التحكيم لا يعتبر وطنيا في الدولة المطروح أمامها مسألة الاعتراف أو التنفيذ حتى لو كان صادرا على إقليمها وفقا لنص المادة

(1) فقد أعدت هذه الاتفاقية مشروعها للجنة المختصة بشؤون التحكيم التجاري الدولية في 13 مارس 1953م، ثم قدم للأمم المتحدة -المجلس الاجتماعي والاقتصادي- وفي المؤتمر الدولي الذي انعقد في نيويورك خلال الفترة 20 مايو إلى 10 يونيو 1958م تمت الموافقة من قبل 45 دولة ومجموعة من المنظمات الدولية والحكومية وغير الحكومية على اتفاقية الاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب وتنفيذها. انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 233/88 بتاريخ 1988/11/05، الجريدة الرسمية العدد 48 .

(2) ينظر نص المادة الأولى من الاتفاقية التي نصت على أنه: - تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضا على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام... إلخ.

الأولى من الاتفاقية، كما تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب<sup>(1)</sup> الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، وعلى محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبن للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

(2)

ثانيا- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى لعام 1965م<sup>(3)</sup> :

تتسم الاتفاقية بخصوصية التطبيق، حيث يقتصر نطاق تطبيقها على منازعات الاستثمار التي تثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وذلك من خلال آلية أوجدتها تتمثل في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي تم إنشائه في واشنطن للقيام بهذا الدور. فقد تم إبرام هذه الاتفاقية في 18 مارس 1965 بواشنطن، وبرعاية ومبادرة البنك الدولي للإنشاء والتعمير، ويتضح من اسمها إنها اتفاقية تهتم بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول، ومواطني الدول الأخرى، بواسطة المركز الدولي والذي أطلق عليه اسم المركز الدولي لتسوية منازعات

(1) يقصد "بالاتفاق المكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة - أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق . وهو ما قضت به الفقرة الثانية من نص المادة 2 من الاتفاقية .

(2) المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 السالفة الذكر.

(3) اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى والمنشأة للمركز الدولي CIRDI، صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30/10/1995، الجريدة الرسمية العدد 66 لسنة 1995، ص 24.

الاستثمار<sup>(1)</sup>. وقد حددت المادة الخامسة والعشرين من الاتفاقية اختصاص المركز وذلك بامتداد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية مباشرة تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة.<sup>(2)</sup>

وبهذا يكون نص المادة حدد أطراف التحكيم وهما طرف حكومي ومستثمر من مواطني الدول المتعاقدة الأخرى. وهذه إشارة على أنه إذا أبرمت دولة ما مع مواطن من دولة أخرى متعاقدة عقدًا إداريًا وكانا موقعين على اتفاقية واشنطن، فإن لهما اللجوء إلى المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن هذا العقد مما يدل على أن هذه الاتفاقية أجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية. كما أوضحت الاتفاقية المقصود بالمواطن أنه الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة.<sup>(3)</sup> وقد بينت الاتفاقية أنه يجب على الطرف الحكومي أن يعين الجهة الإدارية التي يمكن لها اللجوء إلى مركز التسوية المنازعات الناشئة عن العقد الإداري الدولي. وبالتالي فليست لأي جهة حكومية أو مؤسسة

<sup>(1)</sup> وذلك بموجب نص المادة الأولى من الاتفاقية التي نصت على أنه: ينشأ بموجب هذا المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من الآن فصاعداً ويدعى المركز. ويكون الغرض من المركز هو توفير التسهيلات للتوفيق والتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

<sup>(2)</sup> وهذا بنص الفقرة الأولى من المادة 25 من الاتفاقية بنصها على أنه: ويقوم اختصاص المركز بمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار، وبين دولة متعاقدة (أو أي تقسيم أو وكالة المكونة للدولة المتعاقدة المعنية للمركز من قبل تلك الدولة) ورعايا دولة أخرى متعاقدة الدولة، التي لأطراف النزاع في كتابة موافقة أن يقدم إلى المركز. عندما يكون الطرفان قد تعطى موافقتها، لا يجوز لأي طرف سحب موافقتها على جانب واحد.

<sup>(3)</sup> نص الفقرة الثانية من الاتفاقية على أنه يعني الوطني لدولة متعاقدة أخرى، أي الشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى من الدولة الطرف في النزاع على التاريخ الذي وافق الطرفان على تقديم هذا النزاع إلى التوفيق أو التحكيم وكذلك على التاريخ الذي تم تسجيل طلب ... و أي شخص اعتباري الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى من الدولة الطرف في النزاع على التاريخ الذي وافق الطرفان على تقديم هذا النزاع إلى التوفيق أو التحكيم أو أي شخص اعتباري الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة ينبغي أن يعامل طرف من أطراف النزاع في ذلك التاريخ، والتي، بسبب السيطرة الأجنبية، اتفق الطرفان على أنه وطني لدولة متعاقدة أخرى لأغراض هذه الاتفاقية.

عامة أو هيئة عامة في الدولة المتعاقدة أن تلجأ إلى المركز لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ما لم تكن مسجلة مسبقاً لدى المركز.<sup>(1)</sup> كما أعطت الاتفاقية الحق للدول المتعاقدة سواء عند التصديق أو القبول أو اعتماد الاتفاقية أو في وقت لاحق بتحديد المنازعات التي يتم عرضها على المركز أو المنازعات التي لا يتم عرضها على المركز. والواقع أن هذه الاتفاقية لم تؤد الغرض المرجو منها، فهناك دول مُنضمة إلى الاتفاقية، وصار بينها وبين أحد مواطني دولة متعاقدة نزاع، ومع ذلك لم تطبق هذه الاتفاقية. فإنه لما حصل النزاع بين فرنسا وشركة - ديزني لاند - الأمريكية وتمسكت الأخيرة باللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن هذه الاتفاقية لا أثر لها على الحظر المفروض على الدولة وسائر أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم.<sup>(2)</sup>

(1) نص الفقرة الثالثة من الاتفاقية على أنه: " ... على الموافقة من قبل إحدى وحداتها المكونة أو وكالة تابعة لدولة متعاقدة تتطلب موافقة تلك الدولة ما لم تخطر تلك الدولة المركز أنه لا يلزم الحصول على هذه الموافقة."

(2) وذلك بالحصول على الموافقة من قبل إحدى وحداتها المكونة أو وكالة تابعة لدولة متعاقدة تتطلب موافقة تلك الدولة ما لم تخطر تلك الدولة المركز أنه لا يلزم الحصول على هذه الموافقة. يجوز لأية دولة متعاقدة، في وقت التصديق أو القبول أو الموافقة على هذه الاتفاقية أو في أي وقت بعد ذلك، بإخطار مركز من فئة أو فئات من المنازعات التي سيكون أو لن تنظر في الخضوع لاختصاص المركز. يقوم الأمين العام بحيل على الفور إخطار من هذا القبيل إلى جميع الدول المتعاقدة. ويصبح هذا الإشعار لا تشكل الموافقة المطلوبة بموجب الفقرة. ينظر الفقرة 3 و4 من المادة 25 من الاتفاقية.

## المطلب الثاني: التشريعات المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التشريعات الوطنية قد أجازت اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية، في كل من مصر وفرنسا والجزائر، إلا أن هناك اختلافا في طريقة معالجة المشرع لجواز التحكيم في العقود الإدارية، ففي فرنسا تطور التشريع من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي، بينما التشريع المصري قد تطور من الصمت المطلق إلى السماح الكامل باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وهو ما كان كذلك في التشريع الجزائري من المنع في قانون الإجراءات المدنية القديم إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

## الفرع الأول: التشريع الفرنسي

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد وضع قاعدة عامة مؤداها عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم فان هذه القاعدة يرد عليها استثناء هام هو أنه يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نص صريح يميز لها ذلك . كما أن الفقه الفرنسي بدوره اشترط هذا الشرط ومن بينهم الفقيه - **André DulBader** - ومعظم فقهاء القانون العام على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي إلا بنص تشريعي، وهو ما جرى العمل به ومن أمثلة ذلك التحكيم في عقود الأشغال العامة في القانون الصادر في 17 من أبريل سنة 1906 نص هذا القانون في المادة 29 منه على جواز التحكيم وفقا لأحكام الباب الثالث من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد<sup>(1)</sup>، بموجبه يرخص للدولة والمحافظات تصفية

(1) نقلا عن جابر جاد نصار، المرجع السالف الذكر، ص 226.

- Piur la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fourniture l'Etat . les départements et les pourront recourir a l'arbitrage tel qu'il est réglé pat le titre III de code de procédure civil.

المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد بطريق التحكيم ولكنه وضع مجموعة من القيود من بينها، أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشاركة التحكيم أي بعد نشوب النزاع، وموافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة و التوريدات الخاصة بالدولة أما إذا تعلق الأمر بالتوريدات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص. تم توالت بعد ذلك القوانين التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم ففي سنة 1946، صدر قانون أجاز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في حالة تأمين الدولة لشركات الغاز والكهرباء. والقانون الصادر في 09 من يوليو سنة 1975 الذي يبيح للهيئات العامة ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري في بعض منازعاتها اللجوء للتحكيم<sup>(1)</sup>، ثم صدر قانون آخر في 15 فبراير 1982 ونص على السماح للمؤسسات العامة باللجوء للتحكيم في حالة النزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الأبحاث مع الهيئات الأجنبية. ثم صدر قانون في 30 ديسمبر 1982 بشأن إجازة شرط التحكيم في عقود هيئة السكك الحديدية الوطنية الفرنسية SNC. ثم تلاه بعد ذلك قانون 19 أوت 1986 حيث ورد في المادة التاسعة منه على السماح للدولة والجماعات الإقليمية والمحلية وللمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة عامة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تثور بينهما.<sup>(2)</sup> إلى أن وصل المشرع الفرنسي في آخر تعديل له في قانون الاجراءات المدنية لسنة 2011 الخاص بالتحكيم التجاري الدولي.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> MESTR . les établissements publics industriels et commerciaux et le recours à l'arbitrage ; rev arab , 1976 p.3 .

(2) محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السالف الذكر، ص 231 .

<sup>(3)</sup> Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage JORF n°0011 du 14 janvier 2011 Texte n9.

## الفرع الثاني : المشرع المصري

نظم المشرع المصري التحكيم الاختياري في قوانين المرافعات ابتداء من قانون المرافعات الصادر في 13 نوفمبر 1883 ومرورا بقانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949، وأخيرا في قانون المرافعات المدنية والتجارية والصادر برقم 13 لسنة 1968. وبجانب هذا التحكيم الاختياري عرف القانون المصري التحكيم الإجباري إلا أن هذا التحكيم لا يعنينا في دراستنا الحالية، حيث إن التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطرف الأجنبي لا يتصور إلا أن يكون رضائيا. وتنص المادة 501 من قانون المرافعات المدنية الحالي على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيمية خاصة، كما يجوز الإنفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين. ولم يحسم المشرع بهذا النص موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية الوطنية وتلك ذات الطابع الدولي، مما أدى إلى انقسام الآراء الفقهية. لهذا تدخل المشرع المصري ليحسم الشكوك التي دارت حول مدى خضوع منازعات العقود الإدارية؛ وبتاريخ 18 أبريل 1994 صدر قانون رقم 27 لسنة 1994<sup>(1)</sup>، في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي قضى بسريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وعلى الرغم من ذلك اختلفت وجهات النظر في مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية بين الفقه والقضاء في مصر. مما أدى إلى تدخل آخر للمشرع المصري من خلال قانون رقم 1997/9، حيث تأكدت إجازة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية، في التشريع المصري من نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري والمعدلة من هذا القانون على أنه 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، أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي

(1) قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994. الجريدة الرسمية العدد 16 لسنة 1994. السالف ذكره .

يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً دولياً يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.<sup>(1)</sup> ويلاحظ من عمومية هذا النص تأكيد المشرع المصري في قانون التحكيم على إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، وإن قصر تطبيق أحكامه على التحكيم الدولية التي تجري في الخارج واتفق أطرافها على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم المصري. وقد ذهبت محكمة النقض في تأكيدها على إجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية، إلى أن انضمام مصر لاتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بأحكام المحكمين الأجانب مؤداه إقرار المشرع المصري بالاتفاق على التحكيم في الخارج وتنفيذ هذه الأحكام.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثالث: التشريع الجزائري

أما في التشريع الجزائري فرجوعاً إلى المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها قد نصت على أنه: " لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيماً، إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية". وهذه إشارة من المشرع الجزائري لإجازته اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الأشخاص العامة، وبالربط بين النصين أي المادة 975

(1) حيث نصت المادة الأولى منه تضاف إلى المادة 1 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1975 على أنه: وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية - المرجع السابق، ص

و نص المادة 800<sup>(1)</sup> من ذات القانون يتبين لنا أن التحكيم في مجال الصفقات العمومية لا يسمح به بمنطوق المادة 975 إلا للأشخاص المعنوية وهي الدولة، الولاية، البلدية المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. وهو ما أضافته أيضا المادة 1006 من ذات القانون، في فقرتها الثالثة بنصها على أنه: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

فقد أدرج المشرع الجزائري في القانون رقم 05-07 شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الجزائر، في علاقاتها الاقتصادية الدولية، ممثلة في شركة "سوناطراك" باعتبارها مؤسسة وطنية منتجة للثروة، أو الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "النفط" التي منحها القانون صفة مالكة حقوق الاستغلال، في حالة نشوب نزاع أو خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "النفط" والمتعاقد معها بشأن تفسير أو تنفيذ العقد عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، أما في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.<sup>(2)</sup> كما تجسد ذلك أيضا من خلال المراسيم التشريعية التي صادقت الجزائر بموجبها على عدة اتفاقيات ثنائية دولية في مجال الاستثمارات الدولية مع الشركاء الأجانب، التي تضمنت شرط التحكيم

<sup>(1)</sup> حيث نصت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 8000 أعلاه، أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية .

- أما نص المادة 800 جاء على النحو التالي : المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية . تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية الإدارية طرفا فيها .

<sup>(2)</sup> نص الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون رقم 05-07 السالف الذكر.

كوسيلة لفظ النزاعات الاستثمارية كضمانة للمتعامل الأجنبي بدلا من القضاء الوطني المختص.<sup>(1)</sup>

كما جسد المشرع الجزائري كذلك امكانية التحكيم في العقود الإدارية الدولية، من خلال القانون رقم 16-01 المتعلق بترقية الاستثمار، في الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب، على انه يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب في المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذه الدولة الجزائرية في حقه، أن يلجأ إلى الجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة عدم وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.<sup>(2)</sup>

أما في مجال الصفقات العمومية، من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في اطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.<sup>(3)</sup> غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح

<sup>(1)</sup> الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 2 يناير 1994. الجريدة الرسمية العدد 01 لسنة 1994. والاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية بلغاريا حول الترقية والحماية المتبادلتين الموقعة بالجزائر في 25 أكتوبر سنة 1998، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123 المؤرخ في 7 أبريل 2000. الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002.

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 24 من القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، السالف الذكر.

<sup>(3)</sup> نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

هذا الحل بما يكفل إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة، وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154.<sup>(1)</sup> لدراسته حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155<sup>(2)</sup>، كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة. ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف حسب الشروط المذكورة أعلاه للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات و المطروحة أمامها، كما يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية. ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية مبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبى إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.<sup>(3)</sup>

يبدو واضحاً من هذا النص أن المرسوم الرئاسي قد أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ دون اللجوء للقضاء. وفي حالة اتفاق الطرفين، يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسئول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة. ويصبح هذا المقرر نافذاً، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية. وقد تكون طريقة اللجوء إلى الحل الودي عن

(1) حيث نصت المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه : تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل واللجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين .

(2) من بين هذه الشروط التي حددتها المادة 155 من نفس المرسوم على أن يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً مرفقاً بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام . كما كنه إيداعه مقابل وصل استلام.

(3) وهو ما تضمنته نص المادة 153 من نفس المرسوم رقم 15/247 السالف الذكر.

طريق التحكيم لفظ منازعات العمومية في مرحلة التنفيذ وذلك حتى لا تتعطل المشاريع العمومية وذلك لما يمتاز به التحكيم من سرعة في الإجراءات وريح عامل الزمن.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث: أحكام القضاء المؤيدة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

إن موقف الفقه من جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية يتجلى في، الاستناد إلى أحكام من القضاء العادي في فرنسا الذي حاول الحصول على مخرج لاستبعاد النصوص المانعة من الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية وهي نص المادتين 83 و1004. من خلال الإقرار بإمكانية التحكيم:

### الفرع الأول: أحكام القضاء الفرنسي

قضية السفينة galakis في فرنسا، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أنه تم إبرام عقد إيجار سفينة بين وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك السفينة عام 1940 وقد نص البند 17 من العقد على أن يتم تسوية أي نزاع ينشأ عن هذا العقد في محكمة التحكيم بلندن وقد حدث خلاف بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد، مما دفع بمالك السفينة إلى اللجوء إلى محكمة التحكيم في لندن التي أصدرت حكمها في 12/10/1983، لصالح مالك السفينة حيث حاول هذا الأخير الحصول على الأمر بتنفيذ هذا الحكم من محكمة السين، فدفعت وزارة النقل البحري ببطان شرط التحكيم وذلك بعد جواز التحكيم في العقود الإدارية وفقا للقانون الفرنسي، وقد استجابت المحكمة لهذا الدفع مما دفع بصاحب السفينة بالطعن أمام

<sup>(1)</sup> وهذا مع احترام الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل وأن لا تخالفه . نقلا عن :عمار بوضياف -المرجع في المنازعات الإدارية- القسم الثاني، الإطار النظري للمنازعات الإدارية جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الأولى 2013، ص 321 .

محكمة النقض التي انتهت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وأوضحت أن الحظر المنصوص عليه في العقود الداخلية لا ينطبق على العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : أحكام القضاء المصري

أما بالنسبة لأحكام القضاء المصري، بعدما كانت معارضة لجواز التحكيم في العقود الإدارية يبرز رأي مخالف في وقائع الشركة الإنجليزية ضد المجلس الأعلى للآثار، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن المجلس الأعلى للآثار أبرم عقداً مع شركة مقاولات إنجليزية للقيام ببعض الأعمال والإنشاءات وقد اتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لتسوية ما قد ينشأ بينهما من منازعات وقد تثار خلاف بين الطرفين فقررت الشركة اللجوء إلى التحكيم وقضت محكمة التحكيم لصالح الشركة الإنجليزية فقام المجلس الأعلى للآثار بالطعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة<sup>(2)</sup> مستندا إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون المصري، إلا أن المحكمة انتهت إلى صحة اتفاق التحكيم وأسست حكمها على أن المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 تقضي صراحة بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> Arrêt du Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 2 mai 1966, Publié au bulletin . [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>(2)</sup> حكم محكمة استئناف القاهرة في 19 مارس 1997 في القضية رقم 64 لسنة 113ق، نقلا عن علاء الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السالف الذكر، ص 240.

<sup>(3)</sup> وهو ما ورد في نص المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع... وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وقمة حجة أخرى دعم بها القضاء لتدعيم موقفه من جواز التحكيم في العقود الإدارية مستمد من القرار بقانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 في المادة 58 منه التي نصت على أنه : ... ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة. فهذه المادة تفيد بجواز التحكيم في العقود الإدارية، وتضع قيوداً على ذلك وهو استفتاء إدارة الفتوى المختصة.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: أحكام القضاء الجزائري

أقرت محكمة الجزائر في حكم لها بتاريخ 03 ماي 1973، في قضية أخرى بصحة شرط التحكيم المبرم بين طرف هيئة تابع للدولة بعد أن تم إبرام العقد بين شركة "سوناطراك" وشركة SMC حيث أراد الأطراف تغيير شروط تسوية النزاعات، لكن قبل أن تتم المفاوضات ثار نزاع بينهما فلجأوا إلى التحكيم إلى أن المدعى عليها رفضت تعيين محكم لكن هذا الطلب رفض، ليس على أساس المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان يسمح لأي شخص أن يلجأ للتحكيم، وإنما لأسباب أخرى، وهذا معناه قبول ضمني من المجلس القضائي لشرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية. و قرار المجلس القضائي الجزائري الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 1986، في نزاع بين شركة "ك-ل" ضد المؤسسة العمومية للبناء، حيث أبرم عقد بين الشركة "ك-ل" والمؤسسة العمومية للبناء في 20 ماي 1983 بهدف تحقيق أشغال عمومية بغرض توسيع مصنع، والذي ينص على شرط يتفق بموجبه أن كل نزاع يتعلق

<sup>(1)</sup> على غرار الرأي الآخر، والذي يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية يذهب إلى أن هذا النص لم يرد به ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية، وذلك على اعتبار أن مشروعية الاتفاق على التحكيم مسألة منفصلة عن ما تقضي به نص المادة 58 من قانون مجلس الدولة المصري من إلزام المشرع للجهات الإدارية بعدم الاتفاق على التحكيم إلا إذا استفتت إدارة الفتوى المختصة. نقلا عن، د. جابر جاد نصار - العقود الإدارية - المرجع السابق، ص 241.

بمذه الصنفقة سيفصل فيه نهائيا وفق نظام الغرفة التجارية الدولية C.C.I إلا أن هذا قرار التحكيم الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 20 ديسمبر 1985 قد أُلغي وتصدى القضاء الجزائري للفصل في هذه المنازعة باعتبار أن شرط التحكيم الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا، وبالتالي لا ينتج آثاره القانونية و المتمثلة في غل يد القضاء من التصدي له، فلم يعترف القضاء بالدفع بوجود شرط التحكيم في العقد لعدم جواز الاتفاق على ذلك، إلا أن المجلس القضائي لم يتخذ موقفا ثابتا في مسألة مدى صحة شرط التحكيم الصادر من الدولة أو هيئاتها العامة، وقد فصل لأول مرة في قرار مهم للغرفة التجارية الدولية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 6 نوفمبر 1986 والذي أقر فيه صراحة الشرط التحكيمي الذي اتفقت عليه المؤسسة العمومية.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> نقلا عن قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، السالف الذكر. ص.

## الفصل الثاني: استقلال اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

## تمهيد و تقسيم :

نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم منازعات عقود الدولة عما تتميز به هذه العقود من خصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفا فيها وكذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة في مجال الاستثمار، لهذا يكون اتفاق التحكيم بموجب عقد، ويدون هذا الاتفاق في وثيقة مكتوبة مستقلة عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية الموجودة بين الطرفين، وقد يتم اتفاق التحكيم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي يتم بمقتضاه حسم النزاعات المترتبة عن تنفيذ العقد بطريق التحكيم وقد يحرر الطرفان وثيقة أو اتفاقاً مستقلاً في حالة ما قد يثور بينهم من نزاعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم، وقد يتفقون على ذلك قبل حدوث أي خلاف بينهم، فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد أو الاتفاق الذي ينظم علاقتهم الأصلية، والقاسم المشترك بين الصورتين، أن الاتفاق على التحكيم له طابع التحسب للمستقبل، ويسمى هذا الاتفاق في صورته بشرط التحكيم، ويجوز للأطراف الانتظار في حالة ما يثور بينهم من نزاع لإحالاته للتحكيم، ويسمى هذا الاتفاق بمشارطة أو وثيقة التحكيم، ويعني اتفاق الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم، سواء أخذ شكل شرط أو مشارطة تحكيم اتجاه الإرادة المشتركة للطرفين إلى ترتيب أثرين قانونيين يتمثل الأول في سلب اختصاص قضاء الدولة، والثاني قبول الأطراف طواعية وعلى نحو نهائي لقرار التحكيم الذي يصدره المحكم أو المحكمون، مستوفا للشروط الشكلية والموضوعية، لكي لا يكون محل طعن وهذا ما سنحاول إيضاحه من خلال: تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المبحث الأول، و شروط صحة اتفاق التحكيم في المبحث الثاني .

## المبحث الأول : تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، إذا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه. فالعقد إذا تعرض إلى أحد هذه العوارض فإنه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي أثر شرط التحكيم، ولكن تطور الفقه و القضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا العقد إلى التأثير على شرط التحكيم، فالشرط يظل صحيحاً طالما استكمل شروط صحته الخاصة به. فقانون شرط التحكيم يختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي. إذاً فما هو موقف المعاهدات الدولية، والتشريعات الوطنية، بهذا الخصوص. وما هي الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. لذا سنعالج هذه الاشكاليات من خلال المطالب التالية : المطلب الأول نتطرق فيه إلى استقلال شرط التحكيم في ضل الاتفاقيات ومؤسسات التحكيم الدولية. ثم في المطلب الثاني نتعرض لمبدأ استقلال شرط التحكيم في التشريعات الوطنية، ثم نتطرق في المطلب الثالث إلى الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

### المطلب الأول: استقلال شرط التحكيم في ضل الاتفاقيات ومؤسسات التحكيم الدولية .

لقد تطرقت معظم الاتفاقيات الدولية خاصة في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، والاقليمية مثل الاتفاقية الأوربية للتحكيم لعام 1961 اتفاقية، و اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987، لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، كشرية عامة للاتفاقيات الخاصة بالتحكيم، بالإضافة إلى أهم مؤسسات التحكيم الدولية، كلجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال وقواعد الغرفة التجارية الدولية، وذلك كحماية لشرط التحكيم في حالة إبطال العقد.

## الفرع الاول : مبدأ استقلال شرط التحكيم في ضل الاتفاقيات الدولية و الإقليمية

حضي موضوع مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في ضل الاتفاقيات الدولية و الإقليمية، بأهمية بالغة لترسيخ أسس و مبادئ التحكيم ودعم الثقة به، خاصة وأن جل العلاقات العقدية إلا ويثور فيها إشكال خاصة البطلان، فما هو مصير التحكيم في هذه الحالة، من بين أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تطرقت إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم.

## أولاً- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958:

يتجلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية<sup>(1)</sup> من خلال الفقرة الثانية من نص المادة الثانية التي تقضي بأنه يذهب القصد بالاتفاق المكتوب للتحكيم، هو شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من قبل الأطراف في وثيقة أخرى وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

وهو ما أشارت اليه كذلك المادة الخامسة من نفس الاتفاقية بخصوص استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد

(1) حيث يقضي نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه :

- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

- يقصد باتفاق مكتوب " شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة - أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.<sup>(1)</sup>

### ثانياً- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لعام 1961 :

أشارت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم، إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في الفقرة الثانية من المادة الأولى حيث نصت على أن اتفاقية التحكيم هو الناتج عن شرط تحكيمي مدرج في عقد، وتلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من الاطراف المتعاقدة. كما أن للمحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزء منه.<sup>(2)</sup> ويمكن هنا الاستنتاج من خلال هذا النص إلى أن سلطة المحكم مستمدة من اتفاق التحكيم الذي يعتبر مستقلاً عن العقد الأصلي.<sup>(3)</sup>

(1) نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 السالفة الذكر يقضي بأنه:

1- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(ج) أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

(2) نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، السالفة الذكر .

(3) نص الفقرة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 تقضي بأنه: "مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحياته إلا يتخلى عن القضية. وهو له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية كذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه."

## ثالثاً- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987:

نصت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك من خلال نص المادة الثانية من الاتفاقية، حيث قضت بأنه يتم الخضوع إلى التحكيم بإحدى الطريقتين، تتمثل الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الطرفين، والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع.<sup>(1)</sup>

ومن خلال استقراء نصوص مواد هذه الاتفاقيات، نستنتج أن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، هو مبدأ منصوص عليه صراحة أو ضمناً من خلال أحكام الاتفاقيات الدولية أو الاقليمية .

## الفرع الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم في ضل المؤسسات الدولية

إلى جانب الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم والتي تطرقت إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، يوجد على الساحة الدولية عدة أجهزة أو مراكز دولية تعمل بالتحكيم لفض المنازعات العقدية الدولية سواء على المستوى الدولي أو الاقليمي نصت على هذا المبدأ من بينها :

أولاً- قواعد لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي - الأونسيترال- : في صدد المبدأ الخاص باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، نورد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة 21 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التابعة

(1) نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1992، السالفة الذكر.

للأمم المتحدة لعام 1976 التي جاء النص فيها صريحاً على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي كما يلي<sup>(1)</sup>:

1- هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص على الفصل في الدفع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق.

2- تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه وفي حكم المادة 21، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

وهو ما تضمنه قرار الجمعية العامة رقم 109/68 لقواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2013، في الفقرة الأولى من نص المادة 23 منه التي نصت على أنه: تكون هيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يُنظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم بطلان العقد بطلان بند التحكيم.<sup>(2)</sup>

(1) نص المادة 21 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في القرار رقم 98/31 الذي اتخذته الجمعية العامة يوم 15 كانون الأول / ديسمبر 1976.

(2) قرار الجمعية العامة رقم 109/68 بتاريخ 16 كانون الأول / ديسمبر 2013، بناء على تقرير اللجنة السادسة A/ 68/462، المتضمن قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لسنة 2013 المتضمنة الفقرة 4 الجديدة في المادة 1 بصيغتها المعتمدة في عام 2013.

## ثانيا- قواعد الغرفة التجارية الدولية C.C.I لسنة 2013:

قد أخذ نظام الغرفة التجارية الدولية C.C.I لسنة 2013، بمبدأ استقلالية شرط التحكيم بمقتضى نصت المادة السادسة منه على أن الادعاء ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا ينفي اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويبقى مختصا حتى في حالة انعدام أو بطلان العقد، بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم.<sup>(1)</sup>

وعلى هذا الأساس فللمحكم سلطة النظر في اختصاصه تطبيقا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، وفي حالة التسليم بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي نصل إلى النتائج التالية<sup>(2)</sup> :

أ- أن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة العقد أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم وليس من قبل القضاء .

أما إذا كان العقد الأصلي صحيحا وكان شرط التحكيم باطلا ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع، ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان الشرط الخاص بذلك .

ب- مبدأ الاستقلالية يعطي المحكم سلطة النظر في اختصاصه، ومفاد ذلك أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا وان كان قد جرى الطعن بصحة العقد الأصلي في المحاكم أو الطعن بصحة شرط التحكيم وان النظر من قبل

(1) الفقرة 9 من المادة السادسة من قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية الدولية، الساري من أول يناير 2012 .

(2) د. محمد علي محمد مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 182.

المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم الدولية التي تعطي للمحکم سلطة اتخاذ القرار حول تقرير اختصاصه.

ج- اختلاف القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي والقانون المطبق على شرط التحكيم.

وتأكد هذا المبدأ في عدة قرارات أصدرتها الغرفة التجارية الدولية، وأحدث قرار في هذا الصدد في القضية رقم 4121 جرنال انترنشيونال لعام 1982، والقرار في القضية رقم 3880 والمنشور في نفس المجلة والذي جاء فيه : للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم وقد يكون ذلك أيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم، و القرار الصادر عام 1986 والذي جاء فيه أن للأطراف ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم وقد يكون ذلك أيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم. (1)

فشرط التحكيم اتفاق إرادي ملزم لجانبين وهو مستقل عن العقد المبرم بين الطرفين وان كان يرد كنص في العقد الأصلي ولكنه لا يمتزج به من حيث المحل والسبب. فالتقاء الإرادات في العقد الأصلي، ينصب على الشيء الذي يلتزم الأطراف القيام به متمثلا في موضوع العقد وشروطه والسبب ممثلا في الغرض المباشر الذي يقصده كل طرف من هذا التعاقد وأما محل شرط التحكيم فهو التزام أطراف العقد باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد. فشرط التحكيم لا يعدو أن يكون عقدا داخل عقدا. (2)

(1) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 200 .

(2) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 229.

## ثالثاً- مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011

أخذ نظام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011، بمبدأ استقلالية شرط التحكيم، في الفقرة الأولى من نص المادة 23 منه على أنه: "يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه تلقائياً بطلان شرط التحكيم."<sup>(1)</sup> ويمكن هنا الاستنتاج من خلال هذا النص أن المركز يفرق بين العقد الأصلي وشرط التحكيم، بحيث يعتبر شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي.

## رابعاً- المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط 2007 :

يعتبر شرط التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط لسنة 2007 اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي، ولا يتأثر ببطان العقد أو فسخه أو انهائه، كما لا يترتب على ذلك عدم اختصاص المحكم، إذا اعتبر أن اتفاق التحكيم صحيح.<sup>(2)</sup> وهكذا يتبين لنا مما سبق ذكره أن مبدأ استقلال شرط التحكيم في ظل المعاهدات و القواعد والأنظمة ذات الطابع الدولي، أصبح مبدأ مستقلاً عن العقد الأصلي الذي ينص على التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، وخاصة في مجال الدول التي تسعى إلى التنمية في مختلف المجالات، وذلك عن طريق إبرام عقود إدارية دولية. فمنازعات هذا النوع من العقود يبقى فيها شرط اللجوء إلى التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي حتى وإن كان العقد باطلاً .

(1) قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي أنشأ عام 1979 تحت مظلة المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا، قواعد التحكيم سارية فيه اعتباراً من 01 مارس 2011 .

(2) المادة 4 من قواعد المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، المدرج وفقاً للقانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي -اليونسترال- 2010.

## المطلب الثاني : مبدأ استقلال شرط التحكيم في التشريعات المقارنة

لقد أخذت معظم التشريعات الوطنية، في عدد كبير من الدول بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، شأنها في ذلك شأن الاتفاقيات الدولية والإقليمية، بينما اكتفت دول أخرى بالنص عليه بشكل غير مباشر وذلك من خلال تأكيدها على عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي الوارد فيه.

## الفرع الأول: القانون الفرنسي

قبل صدور قانون التحكيم الفرنسي الجديد لعام 2011<sup>(1)</sup>، كان قانون التحكيم الصادر في 12 مايو لعام 1981، حالياً من أي نص يقرر الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. وقد ورد في التقرير المرفوع لرئيس الوزراء الفرنسي المتعلق بشأن مشروع المرسوم الجديد<sup>(2)</sup>، وقد اشتمل التقرير على أن تعديل قانون التحكيم بالمرسوم رقم 80-354 المؤرخ في 14 ماي 1980<sup>(3)</sup> و المرسوم رقم 81-500 لسنة 1981<sup>(4)</sup> تمت الإشادة به

<sup>(1)</sup> Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme d l'arbitrage.

JORF n°0011 du 14 janvier 2011 , Texte n°9. www.legifrance.gouv.fr

<sup>(2)</sup> وبفضل هذا التعديل، فرض قانون التحكيم الفرنسي نفسه في النطاق الدولي غداً تميز بخصوصيته المستندة لمرونته والاستقرار القانوني الذي يحققه . التقرير منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية تحت عنوان : rapport au premier ministre relatif au décret n2011-48 du 13 janvier 2011 portant reforme de l'arbitrage . jorf n 0011 du 14 janvier 2011 page 773. Texte n8. نقلاً عن، د. أسامة أبو الحسن مجاهد - قانون التحكيم الفرنسي الجديد- دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 9 .

<sup>(3)</sup> . Décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile .

<sup>(4)</sup> Décret n° 81-500, du 12 mai 1981, instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile, et modifiant certaines

لتبسيط إجراءات التحكيم وتحسين كفاءتها، بما في ذلك السماح للقاضي الدولة بالتدخل في إجراءات التحكيم لضمان السلوك السليم واحترام لمحاكمة عادلة. <sup>(1)</sup> كما كان من أوجه التجديد في التعديل السابق أنه قد أقر مبدأ استقلال شرط التحكيم بالنسبة لباقي العقد وهذا وارد في المادة 1447 من قانون المرافعات الفرنسي. <sup>(2)</sup> وقد أوضح أن النصوص الجديدة بشأن التحكيم الدولي لا تنال من المبادئ التي قررتها محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها والتي نصت فيها على مبدأ استقلال شرط التحكيم وعدم تأثره بطلان العقد الأصلي.

ويري جانب من الفقه أن استقلالية شرط التحكيم يمثل الآن قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي فوفقا للقانون الفرنسي فإن اتفاق التحكيم الدولي يعد اتفاقا مستقلا عن العقد الأصلي أيا كان الحل الذي يتبناه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا المبدأ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 7 مايو 1963 إلى أنه في إطار التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع باستقلال كامل، يستبعد معه أن يتأثر لتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق

dispositions de se code. JORF du 14 mai 1981 page 1380 .

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

(<sup>1</sup>) Laréforme du droit de l'arbitrage, introduite par les décrets n's 80-354 du et 81-500 du 12 mai 1981, a été saluée pour avoir simplifié la 14 mai 1980 procédure arbitrale et amélioré son efficacité, en permettant notamment au juge étatique d'intervenir dans l'instance arbitrale pour en garantir le bon déroulement ainsi que le respect du procès équitable...

راجع نص التقرير كاملا على موقع تشريعات الحكومة الفرنسية: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

(<sup>2</sup>) **Art. 1447** : La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

بهذا التصرف. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ أيضا بأن اتفاق التحكيم في مسائل التحكيم الدولي يتمتع بالاستقلال الكامل، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل بهذا التصرف.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: القانون المصري

نص قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 صراحة على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مادته 23 التي جاء فيها: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنجائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته."<sup>(2)</sup>

و بذلك نجد أن القانون المصري لم يكتف بالنص صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، بل أنه أكد صراحة على عدم تأثره بما يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو إنهاء. ولم يفرق في ذلك بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي .

---

<sup>(1)</sup> en matière d'arbitrage international l' accord compromissoire , qu' il soit conclu separement ou inc'lus dans l'a'cte juridique auquel il A trait ,presente toujours , sauf circonstances exceptionnelles, une complete autonomie juridique, exculuant qu'il PUISSE ETRE AFFECTE PAR UNE EVENTUELLE INVALIDITE DE CET ACTE.. **VOIR :COUR DE CASSATION, CHAMBRE CIVILE 1, du 7 mai 1963, Publié au bulletin. www.legifrance.gouv.fr**

<sup>(2)</sup> نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر.

## الفرع الثالث: القانون الجزائري

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث نص في الفقرة الرابعة من المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه : لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.<sup>(1)</sup>

## المطلب الثالث : الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إذا وصلنا إلى نتيجة وهي أن شرط اتفاق التحكيم، مستقل عن العقد الأصلي الذي أبرمه الأطراف، وأن بطلان العقد لا يؤثر على شرط الاتفاق على التحكيم، فماهي الآثار التي يمكن أن تترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

## الفرع الأول: عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي

يقصد بعدم ارتباط شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أن بطلان كل من العقد الأصلي أو بطلان شرط التحكيم، لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، وهو ما أقره قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، فإذا أ بطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحاً في حد ذاته<sup>(2)</sup>، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، بعدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، على أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي.<sup>(3)</sup> وبالتالي يمكن للمحكم السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع بدلاً من القضاء، أما إذا كان العقد الأصلي صحيحاً، وكان شرط التحكيم باطلاً ففي هذه الحالة

(1) نص المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري، السالف الذكر .

(2) وهو ما قضت به نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف ذكرهما .

(3) وهو ما ورد نص المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري، السالف الذكر .

يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع، ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان الشرط الخاص بذلك طالما لم يكن محله أو سببه مخالفاً للنظام العام الدولي.<sup>(1)</sup> ففي مجال أحكام التحكيم الأجنبية، أو الصادرة في منازعات تتسم بالطابع الدولي يقتصر دور النظام العام على إبطال هذه الأحكام، أو منع إصدار الأمر بتنفيذها، ويترتب على ذلك نتيجة هامة مفادها أن نطاق أعمال النظام العام يتعين أن يضيق في إطار العلاقات الخاصة الدولية. هذا المفهوم يقودنا للقول بأن مخالفة الحكم التحكيمي، أو عدم مراعاته للقواعد الآمرة في دولة القاضي لن تشكل تعارضاً مع نظامه العام بالمفهوم الدولي ما لم تكن تلك المخالفات من الجسامة بحيث تمثل تهديداً للأسس الاجتماعية، أو القانونية، أو الاقتصادية، أو السياسية التي يقوم عليها المجتمع في دولته والتي تشكل نظامه القانوني.<sup>(2)</sup>

والواقع أن نطاق القاعدة المتقدمة بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي قد أثار الكثير من الجدل، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، فإنه مع ذلك وعلى عكس ما تقدم فإنه يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه<sup>(3)</sup>. ووفق الفقه التقليدي بين حالة تخلف ركن من

(1) يقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً، غالباً في صورة قواعد قانونية أمرة تحكم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقرها للبعض منهم قبل البعض الآخر، نقلا عن محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص المرجع السابق، ص 248. لهاذا عند مخالفة أحكام التحكيم للنظام العام الدولي تكون غير قابلة للتنفيذ في الدولة المراد التنفيذ فيها حسب المادة 1051 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري.

(2) تقليص دور النظام العام بشأن دعوى البطلان، نقلا عن، د. بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 503.

(3) عند توافر حالة البطلان المطلق أو الانعدام، لفقدان العقد لركن من أركانه أو لمخالفته للنظام العام و الآداب العامة، لا محل للتأييد لأن الأمر يمس بمصلحة تعلق على مصلحة الأفراد، و لذا يبقى الرأي السائد بأن العقد الباطل بطلانا

أركان العقد وبين ما إذا كان محل العقد غير مشروع، وفي الحالة الأولى يكون العقد منعماً، وفي الحالة الثانية يكون العقد باطلاً.<sup>(1)</sup>

يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه ينبغي تعديل النظرية التقليدية في تقسيمها الثلاثي للبطلان وجعل التقسيم ثنائياً مطلقاً ونسبياً، و يدخل في البطلان المطلق الانعدام، فانعدام العقد الأصلي لا يكفي في حد ذاته إلى استبعاد اختصاص المحكم، لأن الأخير له أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء، فإذا لاحظ فعلاً أن العقد الأصلي غير قائم ولا وجود له قانوناً، وذلك في حالة الانعدام الكامل للرضا المتبادل بين الأطراف، وتبين للمحكم أن الانعدام المدعى به يسري أيضاً على اتفاق التحكيم، فإنه يجب عليه أن يرتب النتيجة الحتمية على ذلك الانعدام لاتفاق التحكيم ذاته ويقضي بعدم، و التفرقة بين مجرد البطلان والانعدام للعقد الأصلي، لم تجد لها أدنى صدى في القضاء الفرنسي، الذي تعرض للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع. ومع ذلك فلقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 10 جويلية 1990، في قضية "Cassia" ضد شركة "pia" إلى ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الذي يتضمن هذا الشرط، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه في إطار التحكيم الدولي، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود الاتفاق الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به من حيث الشكل، ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقاً للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص التي تطبق

=مطلقاً أو المنعدم الوجود غير قابل للتأييد. د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الرابعة، 2007، ص 541 .

(1) والبطلان المطلق يجعل العقد في حكم المعلوم بحيث لا ينتج أي أثر قانوني، ولا يصحح بالإجازة لأنه معدوم وذلك وفقاً لما فضت به نص المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنه:

- إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة.
- وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد .

على شكل العقد الأصلي<sup>(1)</sup>، وبهذه المثابة يكون قضاء محكمة النقض الفرنسية قد كرس فكرة التفرقة بين الانعدام والبطلان<sup>(2)</sup>، فاتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له في حد ذاته .

وقد رفضت لائحة التحكيم التي أعدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/21 التفرقة بين الانعدام والبطلان حيث جاء في نص المادة المذكورة "تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> Mais attendu qu'en matière L'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée ; que cette existence doit nécessairement s'apprécier d'après la loi qui selon les principes du droit international privé, régit la forme de la convention ; que l'arrêt attaqué, après avoir rappelé le principe d'autonomie, a légitimement apprécié l'existence de la clause compromissoire en fonction d'une loi étatique désignée par la règle de conflit sans encourir les griefs du moyen qui, dès lors, n'est pas davantage fondé ; Sur le quatrième moyen, pris en ses diverses branches : **Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile 1, du 10 juillet 1990, 88-13.877, Inédit.**

<sup>(2)</sup> على الرغم من تبني محكمة النقض الفرنسية التفرقة بين الانعدام والبطلان، فإن هذه التفرقة بين مسألتي بطلان العقد وانعدامه رفضتها بشكل واضح الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 والذي جاء في نص المادة 3\5 على انه: " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحياته إلا يتخلى عن القضية. وهو له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية كذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه."

<sup>(3)</sup> وفي حكم هذه المادة، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم. ينظر المادة 21 قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "uncitral" القرار رقم 98/31 الذي اتخذته الجمعية العامة يوم 15 كانون الأول / ديسمبر 1976.

وهو نفس المبدأ الذي تبنته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغتها المنقحة لسنة 2010<sup>(1)</sup>، وكذلك نجد نظام قواعد المركز الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة قد أخذ بهذا المبدأ، في الفقرة الأولى من المادة 23 منه التي نصت على أن يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه تلقائياً بطلان شرط التحكيم.<sup>(2)</sup>

وفي هذا السياق نلاحظ إن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يسمح بالإبقاء على شرط التحكيم إذا كان العيب الذي لحق العقد الأصلي لا يؤثر على شرط التحكيم، وإذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً فيظل أيضاً هناك استقلالاً ما بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، ما لم يكن العقد منعوماً .

### الفرع الثاني : خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي

إن فكرة خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي هو بمثابة قاعدة عامة في التحكيم نتيجة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصيلي. فالتحكيم راجع إلى إرادة الأطراف بما فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم. فالقصد باستقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي أن صحة شرط التحكيم لا تتوقف على حكم القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي فإذا كان هذا القانون يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلاً أو اختلاف صفة الأطراف، أو لطبيعة

(1) وهو ما نصت عليه المادة 1/32 على أنه: " تكونُ لهيئة التحكيم صلاحيةُ البتِّ في اختصاصها، بما في ذلك أيُّ اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يُنظرُ إلى بند التحكيم الذي يشكّل جزءاً من العقد على أنه اتفاقٌ مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أيِّ قرار لهيئة التحكيم بطلانِ العقد بطلانُ بند التحكيم."

(2) المادة 23 من قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011، السالف الذكر .

الالتزامات التعاقدية الواردة بشأها، أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك، فإنه لا أثر لهذا كله على شرط التحكيم، ويترتب على ذلك نتيجة منطقية وهي عدم خضوع شرط التحكيم في تفسيره لحكم هذا القانون، حيث تؤكد في عدة قرارات أصدرتها الغرفة التجارية الدولية، من ذلك القرار في القضية رقم 4121 في جرنال - انترناشيونال - لعام 1982، والقرار في القضية رقم 3880 والمنشور في نفس المجلة، والذي جاء فيه أن للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم وقد يكون ذلك أيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم.<sup>(1)</sup>

ولا شك أن هذا المفهوم في مجال استقلالية شرط التحكيم قد حقق له فاعلية أكبر، إذ لو اقتصرنا على المعنى التقليدي لمفهوم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهو أن بطلان العقد الأصلي لا ينسحب على شرط التحكيم، لكان معنى ذلك أنه إذا ورد العقد صحيحاً لا بطلان فيه وكان القانون واجب التطبيق يحظر شرط التحكيم، أو يجعله باطلاً لسبب أو لآخر، فإن هذا الاستقلال لن يحول دون وقوع شرط التحكيم باطلاً. لذلك كان المفهوم الجديد لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، بمثابة طوق نجاة لهذا الشرط من تطبيق أحكام قد تؤدي به في أحيان كثيرة إلى بطلانه.

(1) حيث جاء في القرار للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم وقد يكون ذلك أيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم. د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 200 .

## المبحث الثاني : شروط صحة اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم يتضمن التعبير عن إرادتين أو أكثر، فحسب القواعد العامة يقتضي أن يكون شروط صحة هذه الإرادات، منها الشروط الموضوعية التي يتطلبها أي عقد أو اتفاق مهما كان موضوعه و شروط شكلية التي يتطلبها القانون. فاتفاق التحكيم هو تصرف قانوني كأني تصرف قانوني آخر، فغنه لا يسري بحق الغير ولا يرتب أي أثر من الآثار القانونية، إلا في حالة توافر الشروط الخاصة بهذا التصرف، من شروط شكلية وموضوعية وبدونها يكون التصرف باطلاً، وغير منتج لآثاره، فقد نصت أغلب النصوص القانونية الدولية، والتشريعات الوطنية على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان تحت طائلة البطلان، مع توافر عنصر الرضائية، فالتحكيم معرف بأنه قانون إرادة الاطراف. إن دراسة موضوع شروط صحة اتفاق التحكيم الدولي له أسباب موضوعية وذاتية لما يكتسبه من أهمية نظرية وعلمية وعملية ولهذا يستوجب معرفة الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم التجاري الدولي. وذلك من خلال ما يلي : المطلب الأول الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم. أما المطلب الثاني نتطرق إلى الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم. أما في المطلب الثالث نتناول آثار اتفاق التحكيم.

## المطلب الأول : الشروط الشكلية

اتفاق التحكيم داخليا كان أو دوليا كسائر العقود يستوجب توفر شروط لصحته فيستوجب أن تتضافر فيه الشروط الشكلية المتمثلة في شرط الكتابة الرسمية الموثقة وكذلك أن يصدر القرار التحكيم من طرف هيئة مختصة، فقد أجمعت جل الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية، وحتى المراكز الدولية الخاصة بالتحكيم، على توافر عنصر الشكل في اتفاق التحكيم وهو شرط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وبهذا فإن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم تتلخص في شرط واحد فقط نصت عليه اغلب الاتفاقيات و التشريعات نورده فيما يلي:

## الفرع الأول: الشكلية في الاتفاقيات الدولية

إن طابع الشكلية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية هو من الاجرائية الضرورية خاصة وأن الاتفاقيات الدولية تعد بمثابة عقد دولي. والعقد مهما كانت صفته لا بد وأن يكون في شكل مكتوب. واتفاق التحكيم لا يخرج عن هذا الشكل، فعنصر الشكلية مهم لجميع التصرفات القانونية بين الأطراف المتعاقدة، خاصة إذا كان يتعلق بتسوية نزاع قائم أو سيقوم في المستقبل، لذا أولت الاتفاقيات الدولية عناية خاصة لعنصر الشكل في اتفاق التحكيم :

## أولاً- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958:

تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.<sup>(1)</sup>

فعنصر الشكل حسب الاتفاقية هو الاعتراف بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم. كما أضافت الفقرة الثانية من نص المادة 1 من الاتفاقية على أنه يقصد " باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف. بالمعنى الوارد في هذه المادة - أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

(1) حسب نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 السالفة الذكر.

## ثانيا- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 :

اتفاقية التحكيم حسب الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، هو الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد، وتلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو أبراق بواسطة التلكس. وفي العلاقات ما بين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر اتفاقية تحكيم أية اتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين.<sup>(1)</sup>

وبهذا يكون المقصود باتفاقية التحكيم هي الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد أي شرط تحكيمي مكتوب. و قد أعطت الاتفاقية مجالاً للتطور الذي يحدث في وسائل الاتصال من السرعة والاختصار فأجازت اتفاق التحكيم الذي يحدث بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو أبراق بواسطة التلكس. أما بالنسبة للدول التي لا يشترط قانونها الداخلي الشكل الكتابي أخضعت الاتفاقية التصرف القانوني الخاص باتفاق التحكيم في جانبه الشكلي لقانون المكان الذي تم فيه. وتحقق الكتابة وفقاً لنص الاتفاقية، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة، ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، فإذا أرسل طرف رسالة أو تلكس، يتضمن عرض اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بمناسبة العقد الذي يجري التفاوض لإبرامه، فيلزم قبول الطرف الآخر، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فقد يعد قبولاً إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطاً فيها، أو إذا تعلق الأمر بتجديد عقد يتضمن شرط التحكيم، أو إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم.<sup>(2)</sup>

(1) نص المادة 1 ف1 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، السالفة الذكر .

(2) د. محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 59.

## ثالثاً- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1987:

تبنت الاتفاقيات العربية الخاصة بالتحكيم وتداول رؤوس الأموال بين الدول العربية في مجال الاستثمارات، من بينها اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، التي عرفت اتفاق التحكيم بأنه "الاتفاق المكتوب من قبل الأطراف على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده." (1)

## رابعاً- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام 2000:

وهو ما ذهبت إليه أيضاً اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام 2000 على أنه "تشكيل محكمة التحكيم بقرار من الأمين العام بناء على طلب كتابي يقدم من أطراف النزاع إلى الأمين العام تعرض فيه موضوع المنازعة وتطلب حلها عن طريق التحكيم." (2)

## الفرع الثاني: الشكلية في المراكز الدولية للتحكيم

وهو ما تبنته مراكز وهيئات التحكيم الدولية، على إدراج شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم بين الأطراف :

## أولاً- المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSID:

نص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، على أن الدول الراغبة في الالتجاء إلى المركز لفض منازعاتها في مجال الاستثمار، أو أحد رعايا الدول المتعاقدة، أنه يتعين تقديم الطلب

(1) نص المادة الأولى فقرة - ط- من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987، السالفة الذكر.

(2) نص المادة العاشرة من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام 2000، السالفة الذكر .

كتايا إلى السكرتير العام للمركز بالمرفقة للجوء الى التحكيم لتسوية النزاع القائم بين الأطراف.<sup>(1)</sup>

### ثانيا- مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري الدولي 1993 :

وهو ما أخذ به كذلك مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري الدولي حيث نص على أن تكون عملية التحكيم مسبقة باتفاق الأطراف كتابة على الالتجاء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع، شرط التحكيم، أو بعده، مشاركة التحكيم.<sup>(2)</sup>

### ثالثا- المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط 2007:

تضمن قانون المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط المعد وفقاً للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي- اليونسترال- في نص المادة 3 منه على أنه مع مراعاة المواد أعلاه من هذا النظام، لا يجوز لأي من أفراد هيئات المركز المذكورة أدناه، أن يتولى عملية الوساطة أو التحكيم في أي قضية محالة على المركز ما لم يوافق أطراف النزاع على هذا الاختيار كتابة ويتم تقديمها إلى إدارة المركز.<sup>(3)</sup>

### رابعا- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري- اليونسترال- 2010:

وهو ما نظمته كذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري من خلال القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في طبعته المنقحة لعام 2010 حيث نص على أنه يجوز إرسال

(1) نص المادة 36 من قواعد المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSID 1968، السالف الذكر.

(2) نص المادة الأولى من لائحة مركز أبو ظبي للتوفيق و التحكيم التجاري الدولي 1993، السالف الذكر .

(3) نص المادة الثالثة من قانون المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط 2007 وفقاً للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي- اليونسترال- 2010، وهو مركز مستقل مهمته إدارة وتنظيم عمليات الوساطة والتحكيم والبث في النزاعات التجارية و المدنية المحلية والدولية بالوسائل البديلة كالوساطة والتحكيم.

الإشعار، بما في ذلك البلاغ أو الخطاب أو الاقتراح، بأي وسيلة اتصال توفر سجلاً بإرساله أو تتيح إمكانية توفير ذلك السجل الإشعار بالتحكيم.<sup>(1)</sup> و يُرسل الطرف الذي يُبادر باللجوء إلى التحكيم، سواء أكان طرفاً واحداً أم أكثر، إلى الطرف الآخر سواء أكان طرفاً واحداً أم أكثر إشعاراً بالتحكيم.<sup>(2)</sup>

ويتضح من خلال النصوص السابقة أن الكتابة لازمة لصحة اتفاق التحكيم من الناحية الشكلية، فهي شرط صحة وليست مجرد وسيلة إثبات، وان تخافها يترتب عليه بطلان التحكيم. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان الشكل الذي تفرغ فيه الكتابة إما في محرر يوقعه الطرفان، وإما فيما يتبادله من رسائل وبرقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة

### الفرع الثالث: الشكلية في التشريعات الوطنية

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية فقد استلزمت الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلاً، قد نص قانون التحكيم الفرنسي في المرسوم رقم 48-2011 على أن شرط التحكيم يكون كتابياً، وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً بموجب نص المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية إذ تقضي بأن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً ويجوز أن يكون ذلك في المحضر الموقع من قبل المحكم والأطراف.<sup>(3)</sup> أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقع

(1) نص المادة الثانية القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في طبعته المنقحة لعام 2010، السالف الذكر.

(2) نص المادة الثالثة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في طبعته المنقحة لعام 2010، السالف الذكر.

(3) **Art. 1443.-** A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut resulted d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الإيصال المكتوبة.<sup>(1)</sup> وهو ما جاءت به المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري على أن يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.<sup>(2)</sup> و من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري اعتبر الكتابة ركن من أركان اتفاق التحكيم وليست وسيلة إثبات فقط، على غرار شرط التحكيم الذي تعتبر الكتابة فيه شرط للإثبات حسب نص المادة 1008 من ذات القانون.<sup>(3)</sup> وإذا كان الاتفاق على التحكيم يتم بواسطة وكيل، فيلتزم أن تكون الوكالة مكتوبة، أي يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة.<sup>(4)</sup> ولا بد من وكالة خاصة بالنسبة للتحكيم بالنسبة لكل عمل ليس من أعمال الإدارة، فلا تخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه.<sup>(5)</sup>

(1) نص المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر .

(2) وفقاً لنص المادة 1012 التي تقضي بأنه: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً. " السالف الذكر.

(3) حيث نصت المادة 1008 على أنه: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

- يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفية تعيينهم.

(4) حيث نصت المادة 572 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. " السالف الذكر .

(5) حيث نصت المادة 574 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في لبيع والرهن والتبرع والصلح والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. " السالف الذكر.

## المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

إن نظام التحكيم هو اتفاق بين طرفين، أي هو عقد يعبر من خلاله الطرفان عن إرادتهما في عرض النزاع على محكمين بدلا من القضاء العادي. وعليه وبما أن هذا النظام يبدأ بعقد فلا بد أن يخضع لشروط الموضوعية التي تخضع لها العقود و المتمثلة في الرضا والمحل و السبب، والتي سوف نتطرق إليها من خلال :

## الفرع الأول : الرضا

اتفاق التحكيم هو عقد رضائي لذا يجب أن لا يشوب إرادة الطرفين أي عيب من عيوب الرضا كالإكراه، والغلط، والتدليس، ولا بد من إيجاب وقبول تتطابق بهما الإرادتان وتنصب على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي سينشأ أو نشأ بين الطرفين. والمقصود بالرضا من الناحية القانونية هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني<sup>(1)</sup>، وقد يكون هذا التراضي مشروطا بأن يكون على صيغة معينة فتكون الشكلية هنا ركنا في العقد لأنه لا يكفي أن يتوافر الرضا لدى المتعاقدين، بل يجب أن تتجه إرادتهما إلى إحداث أثر قانوني الذي يرتبه التصرف، وبناء على ذلك إذا كان الرضاء صورياً<sup>(2)</sup>، انتفى الرضا لانتفاء اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني الذي يرتبه العقد، وبالتالي فإن الاتفاق لا يقوم إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين بوضوح إلى فكرة التحكيم الكلي على وجه التحديد، على نحو لا يكفي معه مجرى

(1) وهو ما نصت علي المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية." السالف الذكر .

(2) ويقصد بالرضاء الصوري وهو الرضاء غير الحقيقي. فقد نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه . ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا." السالف الذكر.

الاتفاق على مجرد اللجوء إلى القضاء للقول بوجود اتفاق على التحكيم<sup>(1)</sup> فقد يتفق الخصوم على شرط التحكيم على أن يكون التحكيم كلياً، أي شاملاً لجميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد، سواء أكانت ذات طابع قانوني أم ذات طابع فني أم ذات طابع مالي أو اقتصادي، وقد يكون اتفاقهم على تحكيم جزئي يشمل على بعض أنواع من المنازعات<sup>(2)</sup>، وقد اشترطت جل التشريعات العربية بخصوص التحكيم، أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة بحيث يرم الطرفان اتفاقاً خاصاً على اللجوء للتحكيم أو ينصان عليه في العقد الأصلي على اللجوء إلى التحكيم عند نشوب النزاع.<sup>(3)</sup> فبالنسبة لعقد التحكيم، فإن التراضي يتحقق بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع للعقد، وإثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع عقد التحكيم من الأطراف. وفي هذا الصدد نستحضر قراراً صادراً عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1987/11/06 في قضية هضبة الأهرام المصرية، المتعلق بالاتفاق المبرم بين الهيئة المصرية للسياحة والفنادق "E.G.O.T.H" وبين شركة ممتلكات جنوب الباسفيك "S.P.P" بتاريخ 1984/12/23، والموقع عليه من طرف وزير السياحة المصرية، إذ أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف بباريس، حينما ألغت الحكم التحكيمي الصادر عن

(1) د. محمد علي محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 42 .

(2) في قضية هامة بين شركة باتنيول الفرنسية وشركة ايوبي وازاديان في صدد إنشاء مطار دمشق الدولي، كان الاتفاق في شرط التحكيم فيها على إحالة أي نزاع ينشأ بين الخصوم على هيئة التحكيم، وإنما النص في ذات شرط التحكيم على أن اعتراض أحد الطرفين على الأوامر الخاصة بالعمل لا يجب أن يوقف هذا العمل ... وإنما يتعين الاعتراض على الأمر أمام المهندس المقيم في خلال مهلة معينة... وإلا سقط الحق في الاعتراض بعد ثذ أمام هيئة التحكيم... إن هذا النص في ذات شرط التحكيم قد فتح باباً للقول بأن التحكيم مقصور على المنازعات ذات الطابع الفني فقط. نقلاً عن، أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص 33.

(3) نص كل من المادة 12 من قانون التحكيم المصري، ونص المادة 10 من قانون التحكيم الأردني ونص المادة 1012/1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري . فجل نصوص التحكيم اشترطت الكتابة صراحةً للتعبير عن الإرادة في حالة النزاع على التحكيم فالتحكيم نظام استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا اتفق طرفاه على ذلك صراحة .

غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 16/07/1984 مستندة في ذلك إلى أن العقد قد خلا من شرط التحكيم الذي نص على "إحالة أي منازعة خاصة بهذا العقد إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس"، فإنه لا يمكن افتراض توفر رضا الدولة المصرية بالتحكيم. وإذا كان العقد قد احتوى على شرط التحكيم، فإن الحكومة المصرية لم تكن طرفاً فيه، حتى ولو تم توقيعه من طرف وزير السياحة، لأن توقيعه قد تم بما له من سلطة وصاية، ولم يكن ممثلاً للحكومة المصرية، والتي لم تنصرف إرادتها إلى الالتزام بشرط التحكيم، بل يقتصر هذا الالتزام بطرفيه فقط شركة "E.G.O.T.H" و شركة "S.P.P". كما لا يمكن اعتبار توقيع مصر على مستند المهمة، بمثابة تراض على التحكيم.<sup>(1)</sup>

ولكن الرضا وحده لا يكفي لإنشاء العقد بل يجب أن تكون هناك إرادة صحيحة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة وأن تتطابق هذه الإرادة مع إرادة الطرف الأخر مطابقة تامة ولا يكون هذا إلا باتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي يشتمل عليها العقد.

<sup>(1)</sup> L'affaire, on s'en souvient, opposait un investisseur étranger - la société SPP et sa filiale SPP au Gouvernement égyptien à propos d'un projet d'implantation de deux complexes touristiques qui avait été abandonné par ce dernier après le début des travaux. Un tribunal CCI, saisi d'une demande d'indemnisation en vertu d'une clause compromissoire insérée dans l'un des contrats conclus pour la réalisation du projet, avait fait droit à cette demande, mais sa décision avait été annulée par la Cour d'appel de Paris pour incompétence, L'investisseur saisissait alors le CIRDI, le 24 août 1984, sur la base d'un engagement unilatéral de l'Etat égyptien et obtenait en définitive satisfaction au terme d'une longue procédure marquée, notamment, par l'incidence des actions précédemment engagées. **L'affaire des « Pyramides »** : suite et fin. article Patrick Rambaud Annuaire Français de Droit International. Année 1993. 39. pp. 567-576 [www.persee.fr](http://www.persee.fr).

ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفق عليه، فلا بد من تلاقي إيجاب وقبول على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحل النزاعات التي تنور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد. أما إذا تعلق الأمر بمشاركة، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية. ويلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف، هي أهلية التصرف بحيث أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه. مثل الشركات التجارية والمدنية عامة أو خاصة أو الهيئات أو المؤسسات العامة ويتعين التحقق من اكتساب واستفاء الشروط التي يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية الاعتبارية وتخضع الأشخاص الاعتبارية الأجنبية لقانون البلد التي يوجد فيها المركز الرئيسي مع إمكان سريان قانون الدولة عليها إذا باشرت الشركة نشاطها الرئيسي في هذه الدولة.<sup>(1)</sup>

و يجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم - شرطا أو مشارطة - قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم القانون الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو كما أشرنا قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق وفقا لقواعد الإسناد في القانون<sup>(2)</sup>، وإذا كان الاتفاق بشأن التحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك لسنة

(1) فقد نصت المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه: " أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي . غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري."

(2) نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه . ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية." السالف الذكر .

1958، فالتراضي يخضع أيضاً لقانون الإرادة و إلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم.<sup>(1)</sup> ولكن الأمر قد لا يتعلق بالأهلية، وإنما بقدرة وصلاحيه أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقات تحكيم أو إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم. وهو ما أثار معالجة الجدل حول شرط التحكيم في العقود الإدارية.

### الفرع الثاني : محل التحكيم وسببه

يقصد بمحل اتفاق التحكيم، في القانون الدولي هو موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الاتفاق الإشارة، فقط إلى النزاع في موضوع معين، كأن يقال إن الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة، يتم حلها بالتحكيم، أو يرد أن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد تحل بواسطة التحكيم. هذا في حالة وضع شرط التحكيم في العقد أما في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، فاتفاق التحكيم أي مشاركة التحكيم يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع. وفي جميع الأحوال سواء أكان اتفاق التحكيم قد تم بموجب شرط في العقد، أو بموجب مشاركة التحكيم، هناك مسألة هامة يجب اتخاذها بعين الاعتبار وهي أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يجوز فيها التحكيم وهذا ما نصت عليه القوانين الوطنية والاتفاقيات الدوائية وحتى الهيئات الدولية للتحكيم، إذ يشترط في محل اتفاق التحكيم وفقاً للقواعد العامة ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة. وأن يكون سبب اللجوء إلى التحكيم مشروعاً، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 3/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين محل التحكيم عن طريق إعطاء الحق للأشخاص المعنوية العامة في اللجوء للتحكيم في

(1) نص المادة الخامسة من الاتفاقية : لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

المسائل التي تتعلق بعلاقتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية.<sup>(1)</sup> وحتى في الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، إذا من تمسك بها يجب أن يكون محل تنفيذ محكم التحكيم الدولي غير مخالف للنظام العام الدولي.<sup>(2)</sup>

وهو نفس المبدأ الذي تبناه المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.<sup>(3)</sup>

ومسألة تحديد قواعد النظام العام تختلف من تشريع إلى آخر ولكن فكرة النظام العام تنبع من وجود قواعد قانونية أمر لا يمكن مخالفتها من قبل الأشخاص وعليهم قبولها، ذلك أنها وضعت للصالح العام<sup>(4)</sup>، ففي مجال المنازعات التجارية الدولية، فهي التي تتعلق بمعاملة تجارية دولية سواء تمت المعاملة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين من جنسيات مختلفة أو بين أشخاص القانون العام، كالدولة أو إحدى مؤسساتها من جهة أو بين أشخاص طبيعيين أو معنويين من جهة أخرى، أو أن النزاع ينشب بين إحدى مؤسسات القطاع العام لإحدى الدول أو مؤسسة أخرى من القطاع العام من دولة أخرى وكلاهما يمارسان عملاً تجارياً أو صناعياً وهو ما يسمى بالعقود التجارية الدولية والعقود الاقتصادية الدولية، والعقود الإدارية

(1) حيث نصت المادة 3/1006 على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها . لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو خالة الأشخاص وأهليتهم .ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في أبطار الصفقات العمومية."

(2) وهو ما نصت عليه المادة 1/1051 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر اذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي."

(3) وهو ما ورد في نص المادة 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر .

(4) محمد علي محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 48.

الدولية والتي تتعلق بمعاملات وصفقات دولية كعقود الامتياز والتوريد<sup>(1)</sup> ونقل التكنولوجيا وعقود المنشآت الصناعية الكبرى وترتبا على ذلك يمتنع الاتفاق على التحكيم في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام ولا في الأحوال الشخصية للأفراد، مثل الاتفاق على التحكيم بشأن تحديد أسعار سلع تخضع للتسعير الجبري أو تحكيم بشأن تحديد قيمة الإيجار على نحو مخالف لنصوص القانون، أو تحكيم بشأن منازعات العمل التي تخضع لنصوص أمرة أو بشأن حقوق الملكية الصناعية، كالاتفاق على تحكيم بشأن ترخيص باستغلال براءة اختراع يحدد مدة البراءة بما يزيد على مدة الحماية القانونية أو يحظر المطالبة بسقوط براءة سقطت في الدومين العام بحكم القانون.... الخ .

إلا أنه كان لزاماً على المشرع أن يحدد معايير لمعرفة المقصود بالنظام العام المعمول به في التحكيم الدولي، لأن مسألة تحديد قواعد النظام العام تختلف من تشريع إلى آخر فلا يوجد نظام عام عالمي مشترك بين جميع الدول، وإذا كانت الأنظمة القانونية المتعددة تشترك فيما بينها بحد أدنى من المبادئ الجوهرية والأساسية كتلك المرتبطة بحقوق الإنسان وعدم التمييز بين الأفراد بسبب لونهم أو عرقهم أو معتقداتهم فإن هذه القيم والمثل تعد جزءاً لا يتجزأ من النظام العام الداخلي للدول على الرغم من صفتها العالمية. كما يتشابه النظام العام الداخلي

(1) فقد حددت المادة 3 من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية 1980 موضوع و محل التعاقد وذلك بنصها على أنه :

- تعتبر بيوعا عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع أو انتاجها الا اذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو انتاجها.

- لا تطبق هذه الاتفاقية على العقود التي يتضمن الجزء الأساسي فيها التزام الطرف الذي يقوم بتوريد البضائع تقديم اليد العاملة أو غير ذلك من الخدمات. السالفة الذكر .

و النظام العام الدولي من حيث الهدف لأن كل منهما يسعى إلى حماية المبادئ الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها المجتمع.<sup>(1)</sup>

بحيث يصبح الأمر أكثر دقة وصعوبة على الصعيد الدولي لمعرفة الحالات التي تعتبر من النظام العام الدولي. إلا أنه توجد حالات قليلة يمكن القول فيها أنها تعتبر من الأمور المخالفة للنظام العام الدولي كشفتها السوابق الدولية في مجال التحكيم، مثال ذلك الاتفاقيات الخاصة بتهريب المواد المخدرة والاتفاقيات المتعلقة ببيع الأسلحة دون موافقة الدولة المعنية، أو التوسط لقاء عمولة للحصول على عقد من العقود أو الحصول على اعتماد مصرفي على صعيد التعامل التجاري الدولي. وبالرجوع إلى موقف الاتفاقيات الدولية من هذه المسألة نجد أن اتفاقية نيويورك 1958 في مادتها الخامسة نصت على عدم إمكانية الاعتراف باتفاقات التحكيم إلا إذا كان موضوع تلك الاتفاقات منازعات يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.<sup>(2)</sup>

(1) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية عمان، 2011، ص 254 .

(2) حيث نصت المادة الخامسة على أنه : لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعت له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم. أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه. أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق. السالفة الذكر.

كما نصت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري في المادة الخامسة والثلاثين على رفض قرار التحكيم إذا كان محله مخالفا للنظام العام.<sup>(1)</sup> وهو ما نصت عليه قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية الدولية 2012، في هذه الحالة على أن يكون محل النزاع معروفاً، ويمكن تحديده بدقة، عن طريق وصف لطبيعة ولايات النزاع، أو أي اتفاق ذا صلة وبالأخص اتفاق التحكيم.<sup>(2)</sup> وكذلك وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في قواعدها الخاصة بالتحكيم شرطا نموذجيا كما يأتي : كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه، أو إبطاله يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليا.<sup>(3)</sup> ويلاحظ أن مؤسسات التحكيم، تضع في شروطها النموذجية عبارة مفادها أن يتم التحكيم وفقا لقواعدها أي تحديد محل وموضوع التحكيم.

### الفرع الثالث: الأهلية في إبرام اتفاق التحكيم

لما كان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا، تتجه إرادة طرفيه إلى إحداث أثر قانوني، والمتجلي في نزع الاختصاص عن القضاء في نظر منازعات الأطراف، ومنحه لهيئة التحكيم. كان من الضروري أن تتوفر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الاتفاق. ومناطق أهلية الأداء، هو توفر أهلية التصرف في الحقوق، فكل من يملك التصرف في حقوقه

(1) المادة 35 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي : "تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصبغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام". السالفة الذكر.

(2) الفقرة الثالثة "ج" من المادة الرابعة من قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية الدولية ICC 2012، طبعت بفرنسا في ديسمبر 2013، من طرف مطبعة بور رويال تراباس 78. www.iccwbo.org

(3) نص المادة الأولى من قواعد اليونيسترال للتحكيم 2010 : إذا اتَّفَقَ الأطرافُ على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية مُحدَّدة، تعاقديَّة كانت أم غير تعاقديَّة، إلى التحكيم بمقتضى قواعد اليونيسترال للتحكيم، سُويَّت تلك المنازعاتُ عندئذ وفقاً لهذه القواعد، رهنا بما قد يتَّفَقُ عليه الأطرافُ من تعديلات. السالف الذكر.

المالية أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون، يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم. فلا يكفي الرضا ليصح اتفاق التحكيم وإنما يجب أن يكون طرف التحكيم ذي أهلية لكي يمكن إلزامه بما قد يسفر عنه اتفاق التحكيم وهو ما نصت عليه قوانين التحكيم من بينها قانون التحكيم المصري.<sup>(1)</sup> أما المشرع الجزائري فقد استلزم أن يكون التراضي في اتفاق التحكيم الدولي صادرا عن أطراف أهل للتصرف.<sup>(2)</sup> فهذه الفقرة قصرت حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، في من تتوفر فيهم الأهلية القانونية مباشرة التصرفات القانونية. فبالنسبة للأشخاص المعنوية في الجزائر فقد نص المشرع الجزائري أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. وذلك حين إبرام الدولة أو أحد ممثليها للعقود الإدارية الدولية. بعد الحضر الذي كان واردا على هذه الأشخاص من عدم تمتعها بأهلية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها.<sup>(3)</sup>

لكن من الناحية العملية في تاريخ الجزائر وفي ظل الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود إدارية دولية في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة تضمنت شرط التحكيم، من بينها العقد الذي أبرم مع شركة Getty

(<sup>1</sup>) نص المادة 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح." السالف الذكر.

(<sup>2</sup>) نص المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها."

- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم .  
- ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية ."

(<sup>3</sup>) وذلك وفقا لنص المادة 3/442 من الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية القديم الملغى والتي تنصت على " أنه لا يجوز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم. " السالف الذكر.

الأمريكية بتاريخ 1968/10/19، والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971، وكذلك نظام التحكيم الجزائري الفرنسي الموقع في 1983/3/27 والذي يعتبر تجسيدا للاتفاق المبرم بين الحكومتين في 1982/6/21 والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين، لذا تدخل المشرع الجزائري من أجل إزالة هذا التناقض بين القانون والواقع العملي، وذلك بتعديل صياغة المادة 442 بالمادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 التي نصت على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية." وبهذا فقد يكون جسد القانون الجزائري المبدأ الذي وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية، وذلك بربط لجوء هذه الأشخاص إلى التحكيم بشرط تعلق المنازعة بمسائل التجارة الدولية في القانون الجديد. وبهذا يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر أركان العقد من الرضا والمحل و السبب، حتى يكون التراضي صحيحا يجب أن يصدر من ذي أهلية وخاليا من العيوب، وهذا التراضي يمكن أن يصدر من الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك حق التصرف في حقوقه، و قد يحق للشخص الاعتباري إبرام عقد الاستثمار البترولي وليس له حق توقيع اتفاق التحكيم فإذا تضمن العقد الإداري شرطا بالتحكيم ولم يكن العقد موقع من الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فينعقد العقد ويقع شرط التحكيم باطلا غير منتج لأثر، و مع استقرار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نستنتج أنه لم يتطرق لمسألة الأهلية الواجب توافرها في طرفي النزاع، ويبدو أنه أراد من وراء ذلك تجنب الاصطدام بقواعد الأهلية المعمول بها في كل دولة على حدة مكتفيا بما جاء باتفاقية نيويورك لسنة 1958 وفي ذلك تنص المادة 5 فقرة 1 بند أ من الاتفاقية : لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية... الخ<sup>(1)</sup>

(1) د. زهر سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 60.

## المطلب الثالث: آثار اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم يلزم الأطراف بأن يعهدوا بالمنازعة الناشئة بينهم والمتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى الهيئة التحكيمية، وبالتالي ثبوت الاختصاص لقضاء التحكيم. كما أن اتفاق التحكيم يعد الأساس الذي تستمد منه الهيئة التحكيمية اختصاصها بالفصل في المنازعة. إن إبرام اتفاق التحكيم له بعض الآثار التي تترتب عليه بعد استيفائه لجميع الشروط الشكلية والموضوعية التي سبق بيانها، ولعل من بين أهم هذه الآثار، الأثر المانع لاتفاق التحكيم. و اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث تبنت غالبية التشريعات الوطنية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة هذه الآثار وجسدها تشريعياً وسوف نتطرق إليها بشيء من التفصيل على النحو التالي :

## الفرع الأول : الأثر المانع لاتفاق التحكيم

نصت جل المراكز واللوائح الدولية الخاصة بالتحكيم والتشريعات الوطنية على هذا الأثر، وهو منع الجهة القضائية من ولاية النظر في النزاع الذي يتضمن اتفاق التحكيم. فالأثر الأهم الذي يترتب عليه اتفاق التحكيم هو سلب النزاع من سلطة ولاية القضاء وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء العادي بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم.

## أولاً- المراكز واللوائح الدولية الخاصة بالتحكيم:

إذا انعقد اتفاق التحكيم انعقاداً صحيحاً ترتبت عليه آثار قانونية لدى مراكز التحكيم، تتمثل في إقصاء قضاء الدولة من النظر في النزاع على أن سلب القضاء العادي حق النظر في النزاع موضوع اتفاق التحكيم يضع على بساط الواقع جملة من المسائل حسمتها مختلف المراكز واللوائح الدولية الخاصة بالتحكيم، من بينها :

## 1 - المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ICSID:

يتجلى مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم في نظام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بأنه، لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تمنع الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم أو تم طرحه بالفعل على التحكيم في نطاق اتفاقية واشنطن لمنازعات الاستثمار الذي أنشأه المركز بموجبها. إلا إذا رفضت الدولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصادر في النزاع.<sup>(1)</sup>

## 2-المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي :

أنشأ المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي.<sup>(2)</sup> ووفقاً للإجراءات المتبعة أمام المركز فإنه في حالة اتفاق الأطراف المتنازعة على عرض نزاعهم أمام المركز، وكان قد تضمن العقد الأصلي على الاتفاق للجوء للتحكيم فإن هذا الاتفاق يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم.<sup>(3)</sup>

(1) مفهوم الحماية الدبلوماسية لا يشمل المساعي الدبلوماسية البسيطة التي تهدف إلى تسهيل تسوية النزاع . وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 27 من نظام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار ICSID. السالف الذكر.

(2) وهو ما قضت به نص المادة 4 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي. السالفة الذكر.

(3) وهو ما قضت به نص المادة 27 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي . السالفة الذكر .

## 3- مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم :

وهو ما تبناه أيضا مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم الدولي بالقاهرة، على أن الاتفاق على التحكيم وفق أحكام لائحة هذا المركز، يحول دون عرض النزاع أمام أي جهة أخرى ما لم يرد نص مغاير في اتفاق التحكيم ويجوز للأطراف اختيار اجراءات إضافية للتحكيم.<sup>(1)</sup>

## 4-المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط :

إن اتفاق الأطراف على التحكيم وفق أحكام المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط يحول دون عرض النزاع أما أي جهة قضائية أخرى، بمعنى تقييد الأطراف بقانون المركز، مما يحول دون إمكانية الطعن لديها في حكم هيئة التحكيم، إلا في نطاق ما تقرره قواعد القوانين الوطنية بشأن أحكام المحكمين إذا اتفق الأطراف صراحة على تطبيقها، وإلا فإن قرار لجنة التحكيم دون مثل هذا الاتفاق لا يقبل الطعن أمام أي جهة أخرى، ويلتزم الأطراف بتطبيق الحكم دون تعطيل.<sup>(2)</sup>

وفي ظل وجود هذه الخيارات الممنوحة للطرفين في اللجوء إلى جهة معينة للتحكيم، أقر المشرع الجزائري في قانون الاستثمار رقم 09-16، على أنه يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.<sup>(3)</sup>

(1) وهو ما قضت به نص المادة 5 من لائحة مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم في القاهرة، السالف الذكر .

(2) وهو ما قضت به الفقرة الثانية من نص المادة 14 من أحكام المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط .

(3) وهو ما قضت به نص المادة 24 من قانون رقم 09-16، المتعلق بترقية الاستثمار في التشريع الجزائري.

## ثانيا : التشريعات المقارنة

نظمت جل التشريعات المقارنة مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، فقد نص المشرع الفرنسي في القانون الجديد للتحكيم المدرج في قانون الاجراءات المدنية الفرنسي، على أنه يتعين على المحكمة أن تعلن عدم اختصاصها للنظر في النزاع بموجب اتفاق التحكيم، كما أن القاضي لا يتخلى عن حقه في التصدي لموضوع النزاع المطروح عليه، إلا إذا تبين أن اتفاق التحكيم الذي يتمسك به أحد الأطراف، هو اتفاق منتج لأثاره وصالح لعقد هيئة التحكيم الناظرة في النزاع.<sup>(1)</sup> وفي قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فقد نصت المادة 13 على أنه " يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. ولا يحول رفع الدعوى المشار اليها دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم."<sup>(2)</sup> كما أدرج المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم بمنع الجهة القضائية من ولاية النظر في النزاع الذي يتضمن اتفاق التحكيم، من خلال نص المادة 1045 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بأن يكون القاضي الوطني غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين للقاضي وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار

(1) وهو ما قضت به نص المادة 1448 من المرسوم رقم 48-2011 الخاص بتعديل قانون التحكيم الدولي في

القانون الفرنسي : **Art. 1448.**-Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare -incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

- La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

- Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite

(2) نص المادة 13 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر .

من أحد الأطراف.<sup>(1)</sup> إذا فالمبدأ العام في التشريع الجزائري عدم اختصاص القاضي الوطني في أي نزاع يلاحظ بشأنه وجود اتفاق تحكيم.

### الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

تطرق معظم الاتفاقيات والمراكز الدولية الخاصة بالتحكيم، إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص القاضي باختصاص المحكمين بالفصل في النزاع. فتطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الهدف منه، هو العمل على منع الخصم الذي لا يريد المشاركة في عملية التحكيم من أجل استمرارها بكيفية عادية، على النهاية من تقديم أي دفع يطعن بمقتضاه في وجود الشرط التحكيمي، أو صحته، وكذلك منعه من إثارة أي طلب يرمي من خلاله الحصول على إيقاف مسطرة التحكيم إلى حين صدور قرار عن محاكم الدولة حول الشرط التحكيمي. فإن هذا المبدأ الأساسي يطبق بنفس الطريقة في جميع الاتفاقيات والمراكز الخاصة بالتحكيم الدولي، والتشريعات المقارنة.

### أولاً- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الاتفاقيات و مراكز التحكيم الدولية:

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، والذي يعني اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، أي أن المحكم دون غيره هو الذي يختص بفحص صحة ونطاق اختصاصه، وبالتالي يقع على قضاء الدولة واجب الامتناع عن قبول أي دفع أو النظر في النزاع إلى حين انتهاء هيئة التحكيم من البث في مسألة اختصاصها. و لقد نص على هذا المبدأ بشكل صريح في الفقرة الأولى من المادة 41 من اتفاقية واشنطن أن محكمة التحكيم هي قاضي اختصاصها، على أنه إذا أثار أحد الطرفين أي دفع يستند إلى عدم اختصاص المركز أو محكمة التحكيم بالنزاع كان لهذه المحكمة

(1) نص المادة 1045 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري، السالف الذكر .

أن تنظر في هذا الدفع وأن تقرر ما إذا كانت تعتبره متعلقاً بمسألة فرعية أو بمسألة أولية وهذا وفقاً للفقرة الثانية من المادة 41 من الاتفاقية.<sup>(1)</sup>

وهو ما قضت به الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولية لسنة 1961 إذ أشارت إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نص المادة 3/5 من الاتفاقية جاء فيها " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فإنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية، وهو له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه." <sup>(2)</sup>

وتأسيساً على ذلك يجوز لمحكمة التحكيم اعتبار الدفع بعدم اختصاصها بالنزاع متعلقاً بمسألة أولية، وحينئذ لا تضطر لإيقاف خصومة التحكيم لحين الفصل فيها من قبل المحكمة الوطنية المختصة، وبالتالي فهي الجهة المخولة بالفصل في أي دفع متعلق باختصاصها، وهذا ما أقرته اللجنة الدولية للتحكيم التجاري الدولي لعام 2010 فنصت على مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الفقرة الأولى من المادة 23 التي أسندت صلاحية البث في الاختصاص لهيئة التحكيم بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق لتحكيم أو صحته. <sup>(3)</sup>

(1) فقد نصت المادة 41 من الاتفاقية على أنه: " تكون للمحكمة قاضي اختصاصه. أي اعتراض من قبل طرف في النزاع أن هذا النزاع ليس ضمن اختصاص المركز، أو لأسباب أخرى لا تدخل في اختصاص المحكمة، يجب أن تنظر فيها المحكمة لتقرر ما إذا كانت للتعامل معها بوصفه مسألة أولية أو للانضمام إليه في موضوع النزاع. "

(2) المادة 5 من الاتفاقية المتعلقة بالدفع بالسلطة التحكيمية: "أن الفريق الذي يرغب في إثارة الدفع بعدم كفاءة المحكم يقتضي عليه عندما يتعلق الأمر بدفع مرتكزة على عدم وجود، وبطلان وإلغاء اتفاقية التحكيم القيام بذلك خلال الإجراءات التحكيمية في موعد أقصاه تاريخ تقديم دفاعه في الأساس، وعندما يتعلق الأمر بدفع ناتجة عن أن القضية موضوع النزاع تتجاوز صلاحيات المحكم يقتضي إثارة الدفع بصددها فور إثارة القضية التي تتجاوز تلك الصلاحيات خلال الإجراءات التحكيمية. وعندما يكون تأخر الفرقاء في إثارة هذا الدفع ناتجاً عن سبب مشروع وفقاً لرأي المحكم فإن هذا الأخير يعمد إلى اعتباره مقبولاً. "

(3) إذا نصت المادة 23 على أنه: "تكون هيئة التحكيم صلاحية البث في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يُنظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه

إن النص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص في كلا التسويتين يسهم بشكل كبير في تجنب عرقلة إجراءات التحكيم وإطالة أمد النزاع التي تسعى الأطراف سيئة النية إلى تحقيقها، وذلك بدفعها بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع استناداً إلى بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه أو بطلان اتفاقية التحكيم، أو غير ذلك من الدفوع الأخرى.<sup>(1)</sup>

### ثانياً- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التشريعات المقارنة:

لقد اعتنق المشرع المصري مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 22 من قانون التحكيم المصري على أن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.<sup>(2)</sup> لهذا فانه إذ دفع الطرف الذي قدم ضده طلب التحكيم بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع استناداً إلى بطلان اتفاق التحكيم، أو قابليته للإبطال

= اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلان بند التحكيم.

- يُقدّم الدّفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه وقت تضمينه في بيان الدفاع أو، فيما يتعلق بالدعوى المضادة أو الدعوى المقامة بغرض الدّفع بالمقاصة، في الردّ على تلك الدعوى. ولا يُمنع الطرف من تقديم ذلك الدّفع لكونه عين مُحكماً أو شارك في تعيينه. أما الدفع أنّ هيئة التحكيم تتجاوز نطاق سلطتها، فيجب تقديمه حالما تُطرح المسألة التي يُزعم أنها تتجاوز نطاق سلطتها أثناء إجراءات التحكيم. ويجوز لهيئة التحكيم، في كلتا الحالتين، أن تقبل دفعا يُقدّم بعد هذا الموعد إذا رأت أنّ التأخّر له ما يسوّغه.

- ويجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أيّ دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة 2 إما كمسألة أولية وإما بالبتّ في وجاهته. ويجوز لهيئة التحكيم أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تُصدر قراراً، بصرف النظر عن أيّ طعن في اختصاصها لم تفصل فيه المحكمة بعد.

(1) د. نور الدين بو الصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأكسيد ونظام اليونسترال - دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 10، لسنة 2015، ص 106.

(2) و هو ما قضت به نص المادة 22 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر.

فإن هيئة التحكيم تختص بالنظر في مسألة اختصاصها. وهو ما تبناه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، مع إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع.<sup>(1)</sup> وهو ما يفهم من نص المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية بأن الطرف الذي يمتنع عن التذرع في الوقت المناسب بعدم وجود مخالفة أمام هيئة التحكيم قد تنازل عن حقه في الاحتجاج باختصاص هيئة التحكيم.<sup>(2)</sup>

وهذا الحكم الأولي يعتبر قيماً على سلطة هيئة التحكيم في البث في اختصاصها، إلا أن المشرع استثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص إذا كان مرتبطاً بموضوع النزاع، فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفع بحكم نهائي.

فمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار ويأتي متماشياً مع سرعة الإجراءات التي تعتبر من أسباب اللجوء إلى التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات حيث أن إعطاء فرصة الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء سوف يتعارض مع الميزة التي يتمتع بها التحكيم في السرعة في حسم المنازعات وكذلك أن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقطع الطريق بوجه الطرف الذي يحمل سوء النية والذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم فيما لو أجاز له الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء.

(1) و هو ما قضت به نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري، السالف الذكر .

(2) **Art. 1466.** -La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

## الفصل الثالث : القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية

## تمهيد و تقسيم :

تقوم فلسفة التحكيم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختياره كوسيلة لتسوية منازعاتها، خاصة في مجال العقود الإدارية الدولية، سواء فيما يتعلق بالهيئة التحكيم، أو بالقواعد الواجبة التطبيق على سير إجراءات التحكيم وموضوعه، ولاشك أن حرية الاختيار هذه تجعل الأطراف يحسون بالارتياح القانوني، حيث أن نظام التحكيم يحرر الأطراف من الشكليات والقواعد القانونية الوطنية من دولة إلى أخرى. فهئية التحكيم عند فصلها في موضوع النزاع تلتزم بالنزول عند إرادة الأطراف، أي تطبيق قانون إرادة الأطراف، معتمدة في ذلك على الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد أما إذا لم تكن هناك اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق، اعتمدت هيئة التحكيم على الاختيار الضمني الذي يحكم العقد الدولي، فإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة تتبع القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، تتولى هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع، مع مراعاة عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة، كما يجوز لهئية التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التنفيذ بأحكام القانون. هذا ما سنحاول معالجته في هذا في مبحثين، يتناول المبحث الأول الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي، أما في المبحث الثاني نتطرق إلى حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.

## المبحث الأول : الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد

إن اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية سواء أكان الاختيار بالإرادة الصريحة، أو كانت هناك دلائل قوية تشير إلى اختياره ضمناً، تعد من الأمور المستقر عليها فقهاً وقضاءً وقانوناً، وحتى من خلال ارساء دعائمه في المعاهدات الدولية، وفي الأنظمة والقواعد الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي، لذا لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتغاضى عن هذا الاختيار لتطبق قانوناً آخر لم يقصده الأطراف. وقد تجلّى دور الإرادة في إبرام العقود على الصعيد الدولي لما تحمله هذه العقود غالباً من دور مالي يفوق مثيله من العقود المحلية، وهو الأساس الذي قامت عليه العقود الدولية، إلى جانب دور التشريعات في توفير الحماية القانونية اللازمة لتنفيذ هذه العقود المرتكزة إلى إرادة المتعاقدين في تحديد الأطر القانونية التي تحكم الالتزام العقدي. ومن أولى هذه الأطر القانونية في تنظيم مسائل العقد تحديد القانون الذي يحكم العقد في حال أدنى خلاف وقع في تنفيذ العقد الدولي. وسنعالج هذه الفكرة من خلال المطالبين التاليين: المطالب الأول الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد الإداري الدولي. و المطالب الثاني : الاختيار الضمني الذي يحكم العقد الإداري الدولي.

## المطلب الأول : الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد الإداري الدولي

قبل نشوء نزاع بين الأطراف المتعاقدة في مجال العقود الإدارية الدولية، لا بد للأطراف أن يتفقوا صراحة على القانون الواجب التطبيق على العملية التحكيمية لفظ النزاع الذي يحكم العملية التحكيمية، وقد نص على هذا المبدأ جل الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية والهيئات والمراكز الخاصة بالتحكيم الدولي .

## الفرع الأول : الاختيار الصريح في الاتفاقيات الدولية

وهو ما ورد في نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، التي ذهبت إلى أن " إرادة الأطراف الصريحة مهمة في عملية التحكيم لكي ينفذ الحكم التحكيمي، إذ أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل، على أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن اعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق. " (1)

كما أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي قد أرجعت للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العملية التحكيمية في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكمين تطبيقه بصدد أساس النزاع. (2) كما نصت المادة 1/3 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عام 1980 على أنه يسرى على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً من قبل الأطراف. (3)

(1) وهو قضى به نص المادة 5 اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية .

(2) وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 7 الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 الفقرة الأولى من المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي على أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعتمد المحكمون إلى تطبق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية .

(3) **Article 3 Liberté de choix**1: Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des

كما نصت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، بأن تفصل هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفق للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً، و على المحكمة أن تفصل في النزاع وفقاً قواعد العدالة اذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك<sup>(1)</sup>، بل تبرز أهمية إرادة الاطراف في الاتفاقية حتى في الاتفاق على جهة أو مكان اجراءات التحكيم.<sup>(2)</sup> كما و يفهم من الاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000 على أن اختيار القانون الواجب التطبيق على العملية التحكيمية راجع اتفاق الأطراف. في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على النزاع حتى ولو كان منها قانون الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع، أو أي قواعد أخرى تراها ملائمة لحل النزاع.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثاني : الاختيار الصريح في التشريعات المقارنة

يتجلى قانون إرادة الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق محل النزاع في التشريعات الوطنية من خلال النصوص التي أقرها المشرع، حيث نص المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من

---

dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. **voir: Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)**

(1) وهو ما قضى به نص المادة 21 اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1987، السالفة الذكر.

(2) وهو ما قضى به نص المادة 22 اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1987، السالفة الذكر.

(3) وهو ما قضى به نص المادة 12 اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000، السالفة الذكر.

نص المادة 1511 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي أنه يجب على هيئة التحكيم أن تبت في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الطرفان.<sup>(1)</sup>

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف.<sup>(2)</sup> بالنسبة للإجراءات فقد نص المشرع الجزائري على أن تضبط في اتفاقية التحكيم الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة من قبل الأطراف، أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات إلى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم<sup>(3)</sup> وهو ما ذهب إليه المشرع المصري بوجوب العمل بالقانون المختار من قبل أطراف العقد، إذا اتفقوا على أن يحال النزاع صراحة على جهة معينة وفقاً لقانون نموذجي للتحكيم أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى.<sup>(4)</sup>

وهي الإرادة الحقيقية والمعلن عنها صراحة في اتفاق التحكيم، وهي مستمدة من المبادئ العامة للقانون المدني لأي دولة، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم

<sup>(1)</sup> **Art. 1511.**:Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

(2) وهو ما قضت به نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة. " السالف الذكر.

(3) الفقرة الأولى من نص المادة 1043 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري على أنه يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم .

(4) وهو ما قضت به المادة 6 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه " اذا اتفق طرفا التحكيم على اخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من لأحكام خاصة بالتحكيم. " السالف الذكر.

العقد، باتفاقهما على أن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة، باعتبار أن العقد كما هو معترف به، هو تطابق إرادتين للإحداث أثر قانوني، إذ يتعين على المحكم في هذه الحالة أن يعتد بهذا القانون، ما دام العقد يتصف بالصفة الدولية، بشرط أن يكون القانون المختار له صلة بالرابطة العقدية، فالعبرة في هذا الاختيار هو إعلان الإرادة.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: الاتفاق الصريح وفقا لأنظمة المراكز والقوانين النموذجية للتحكيم الدولي

يعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أحد الشروط الأساسية لنجاح العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي، وهو ما نصت عليه جل المراكز الدولية لفض المنازعات الاستثمارية، والقوانين النموذجية للتحكيم. من بينها المركز الدولي لفظ منازعات الاستثمار ICSID على أن تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع<sup>(2)</sup>، كما نصت قواعد تحكيم الغرفة التجارية الدولية ICC على تطبيق ارادة الأطراف الصريحة سواء في اختيار القانون الذي يحكم الاجراءات أم القانون الذي يحكم موضوع النزاع فكلاهما راجع لإرادة الأطراف وذلك في مجالين، يتمثل المجال الأول في اختيار القانون الواجبة التطبيق على اجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم للقواعد التي يتفق عليها الأطراف<sup>(3)</sup>، أما المجال الثاني يتمثل في تطبق القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع باختيار الأطراف<sup>(4)</sup>، ولم يخرج القانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي لسنة

(1) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن التعبير عن الإرادة يكون بالفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه . السالف الذكر .

(2) وهو ما قضت به نص المادة 42 من قواعد المركز الدولي لفظ منازعات الاستثمار 1968 . السالف الذكر .

(3) وهو ما قضت به نص المادة 19 من قواعد تحكيم الغرفة التجارية الدولية 2013 . السالف الذكر .

(4) وهو ما قضت به نص المادة 20 من قواعد تحكيم الغرفة التجارية الدولية ICC 2013 . السالف الذكر .

2010 عن النص على اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على محل النزاع الذي يطبقه المحكمون في ما ينشأ بينهم من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية.<sup>(1)</sup>

و في نطاق العقود الإدارية الدولية ذاتها تكون حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية مقيدة بوجود صلة بين العقد أو المتعاقدين أو القانون المختار، وتأتي هذه الصلة من حاجة التجارة والمعاملات الدولية، لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدهما قانون لا صلة له مطلقاً بهما و لا بعقدهما، بشرط أن لا يكون من وراء ذلك القصد، وهو التهرب من القانون الواجب التطبيق. ولقد شاع في التجارة الدولية إخضاع العقد لقانون تكون له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين، ذلك لأنه ينبغي أن لا يترك للإرادة حرية اختيار مطلق للقانون، وإنما لقانون له صلة حقيقية وجدية، إذ لا يكفي أن يصرح المتعاقدان بأنهما أبرما العقد في دولة أجنبية لكي تتوافر الصلة بين ذلك العقد و قانون تلك الدولة وتفرض الرقابة من القاضي على الاختيار الصريح بحيث يكون للقاضي سلطة تقديرية إذا اتضح بعد تحرير المتعاقدين للشرط المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق ربطه مع النصوص الأخرى في العقد وعدم وجود صلة، وما هذا إلا دليلاً على أهمية هذا الشرط.

و مما تقدم نلاحظ أن الأطراف المتعاقدة في إطار عقود التجارة الدولية يتمتعون بإمكانيات مختلفة في الاختيار، مما يجعل هؤلاء الأطراف أمام عدة خيارات من بينها:

(1) وهو ما نصت عليه المادة 1 من قواعد الأونسيترال للتحكيم 2010 في صيغتها المنقحة على أنه "إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، إلى التحكيم بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم، سويت تلك المنازعات عندئذ وفقاً لهذه القواعد، رهنا بما يتفق عليه الأطراف من تعديلات." السالف الذكر .

## أولاً- اختيار القانون الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة:

قد يتفق الأطراف على أن قانون دولة أحدهما هي الواجبة التطبيق في حالة وجود نزاع كأن يتم اختيارهم لقانون الدولة المضيفة للاستثمار، مثلما نصت عليه الاتفاقية العربية لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 2000<sup>(1)</sup>، أو قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنهم وبذلك يحقق الشرط الأول في الاختيار الصريح وهو وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين، حيث يجد الأطراف أنفسهم في حاجة للجوء إلى تطبيق قانون وطني كأمر لازم فيجب أن ينتج هذا الأمر عن اختيار موضوعي من الأطراف، بحيث يرون أن هذا الحل هو الأمثل، لكن هذا الاختيار يعرض في بعض الأحيان الطرف الضعيف في العلاقة التجارية إلى الخضوع للطرف القوي، وذلك من أجل القبول بقانون يخدم مصالح الطرف القوي دون أن يكون للطرف الضعيف سلطة واسعة مثل الطرف القوي، أما قد يكون هذا القانون غير معروف للطرف الضعيف أو تكون له معرفة محدودة. لذلك ومنعا لعدم توفر الشرط الثاني في الاختيار الصريح، وهو العلم بالقانون المختار فإنه يجب أن يكون اختيار تطبيق القانون الوطني لأخذ الأطراف المتعاقدة، لتحديد محتوى القانون وتفسير أي طرف قوي حصيلة مفاوضات معمقة ومتوازنة لتجنب أي لبس قد يطرأ بعد ذلك. ويتحدد هذا الاختيار في عقد البيع الدولي عن طريق حالتين: (2)

(1) للمحكمة أن تفصل في النزاع وفقا للقواعد التي نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس ولها أن تطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع . وهو ما نصت عليه المادة 12 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام 2000 .

(2) القانون الواجب التطبيق هو قانون ارادة الطرفين وهو مبدا العقد شريعة المتعاقدين اذ نصت الفقرة الأولى من المادة 29 من اتفاقية فيينا للأمم المتحدة الخاصة بعقد البيع الدولي 1980 على أنه "يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين".

أ- اختيار قانون دولة المشتري، بحيث يتفق الأطراف على أن يكون القانون الذي يحكم عقد البيع الدولي هو قانون الدولة التي ينتمي إليها المشتري، ويفترض في المتعاقدين كما ذكرنا سابقاً معرفة هذا القانون منعا للمخاطر التي قد تطرأ نتيجة إلى عدم العلم به.

ب- اختيار قانون دولة المصدر، ويقتصر بالمصدر هنا هو البائع، والواقع أن هذا الاختيار يحقق منفعة للبائع لأنه يعرفه أكثر من القوانين الأخرى، لكن هذا يدفعنا إلى القول أن الوسيلة المثلى هي تطبيق قانون دولة البائع ذلك لأن معظم التشريعات تحمي المشتري أكثر من البائع.

### ثانياً- اختيار قانون أجنبي أو ما يعرف بقانون محايد:

قد يتفق الأطراف على أن يتم الاتفاق على أي قواعد أخرى تراها ملائمة لحل النزاع وبذلك يعتبر قانون محايد يخضع له العقد<sup>(1)</sup>، كنتيجة حتمية لاستحالة اتفاق الأطراف على تعيين قانون لأحد الأطراف، والهدف الذي يسعى له مثل هذا الاختيار هو تحقيق نوع من الاستمرارية والتناسق الأكيد في العلاقة العقدية، كما أن من مميزاته بأنه يضع كلا من الطرفين على قدم المساواة بحيث يستفيد كل من المتعاقدين بنفس المزايا، ويتعرضان لنفس المساوئ، ولا يكون لأحدهما أن يخشى الطرف الآخر الذي يعرف القانون بطريقة أفضل. فيقع على الأطراف التفصيل في هذا القانون الذي اختاروه، من أجل الابتعاد عن احتمال عدم معرفة القاضي، وحتى المتعاقدين بهذا القانون، فيجب أن يتولى القاضي مباشرة الفصل في النزاع مع مراعاة الرجوع للتفاصيل التي يضعها الأطراف من أجل التطبيق الأسلم لهذا القانون.

(1) للمحكمة أن تفصل في النزاع وفقاً للقواعد التي نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس ولها أن تطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع... أو أي قواعد أخرى تراها مناسبة للفصل في النزاع إذا اتفق أطراف النزاع على ذلك. وهو ما نصت عليه المادة 12 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام 2000.

## ثالثاً- اختيار الأطراف صراحة الرجوع إلى عقود نموذجية:

لقد شاع في التجارة الدولية اختيار المتعاقدين صراحة الرجوع إلى قانون دولة تشتهر بتنظيمها، ويرجع سبب هذا الاختيار لنوع معين من العقود، أو ما يعرف بالعقود النموذجية بحيث تلعب إرادة الأطراف في العقود الإدارية الدولية مثل عقد البوت دوراً كبيراً في تحديد ضابط الإسناد فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

وهو ما قضت به المادة 6 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه " إذا اتفق طرفا التحكيم على اخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من لأحكام خاصة بالتحكيم." <sup>(1)</sup> ولعل هذا الأسلوب هو الأمثل بالنظر إلى أنه يعظم من دور إرادة الأطراف من ناحية، كما أنه يجنب الأطراف مشاكل ترك هذا الأمر لاجتهاد هيئة التحكيم، ويتضح من هذا العرض أنه يفضل أن يختار دائماً أطراف عقد البوت القانون الواجب التطبيق على عقدهم، خاصة إذا ما كان هذا العقد دولياً، حيث أن من أكبر الإشكاليات القانونية التي يثور بخصوصها الجدل، تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، خاصة وأن الدولة طرفاً في هذه العقود وأن هيئات التحكيم عندما يعرض عليها الأمر، غالباً ما تتحيز لمصالح المستثمر الأجنبي على حساب الدولة المضيفة، الأمر الذي تبدو معه أهمية اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك حتى يغلق باب التحكم من قبل هيئة التحكيم في تحديد

(1) وهو ما قضت به المادة 6 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه " إذا اتفق طرفا التحكيم على اخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من لأحكام خاصة بالتحكيم." السالف الذكر .

قانون قد لا يحقق مصلحة الدولة، خاصة وأن الأمر يتعلق بقيامها بالاستثمار في أحد مرافقها العامة، ومن ثم وجب عليها أن تبذل مزيداً من الحيلة والحذر في هذا الأمر.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني : الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد

إذا كان للأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة وذلك عن طريق إدراج شرط في العقد المبرم بينهم يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو ما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي، وفي هذه الحالة يخضع العقد للقانون المنصوص عليه فيه حتى ولو لم تكن هناك أية صلة بين القانون الذي تم اختياره والعقد، وإن كان غالباً ما يختار الأطراف القانون الذي يحقق مصالحهم. إلا أنه في بعض الحالات تكون فيها الإرادة الصريحة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد غير واضحة، ففي هذه الحالة يتعين البحث في الإرادة الضمنية للمتعاقدين حتى يمكن تحديد مثل هذا القانون. وهناك العديد من القرائن التي نصت عليها الاتفاقيات والتشريعات، تكشف عن هذه الإرادة الضمنية ومن هذه القرائن لغة العقد، محل إبرام العقد.

### الفرع الأول : الإرادة الضمنية في الاتفاقيات الدولية

نصت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي على الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق صراحة في الفقرة الأولى من نص المادة 21 التي جاء فيها "تفصل محكمة

(1) ومن أمثلة العقود التي أسند الأمر فيها للقانون الوطني بصورة منفردة، ما قامت به الحكومة المصرية من إبرام ثلاثة عقود B.O.T بغرض إنشاء مطارات بمصر علم و رأس سدر والعلمين، حيث نصت جميع هذه العقود على أن " يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية، د. سعد بن سعيد الذيابي، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية B.O.T البوت، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي بالتعاون مع غرفة تجارة وصناعة عمان حول "التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية أغسطس 28/26 2014 ص 24.

التحكيم في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً.<sup>(1)</sup>

كما نصت المادة 1/3 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عام 1980 على أنه يسرى على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً، أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو من ظروف التعاقد.<sup>(2)</sup> وقد أكد مجمع القانون الدولي أن تكون الإرادة الضمنية مؤكدة، ففي قراره الصادر بدورته المنعقدة عام 1991، بمدينة بال السويسرية، بشأن سلطان الإرادة في العقود الدولية، حيث نصت المادة الثالثة في فقرتها الثانية من هذا القرار على أنه في حالة التخلف الصريح في لقانون العقد، يجب أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة الأطراف، كما أوجب الفقه على المحكم أن يورد الأسباب والقرائن التي استقى منها الإرادة الضمنية المؤكدة.<sup>(3)</sup>

وكذلك نصت المادة 1/7 من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي عام 1986 على أن : اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحاً أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد، أو من سلوك الأطراف، أو بالنظر إليهما.<sup>(4)</sup>

(1) نص المادة 21 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987.

(2) Article 3 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

(3) محمد الروبي - التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم **B.O.T** - بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر تحت عنوان التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة .

(4) **Section 1 - Détermination de la loi applicable**

لهذا يأتي دور المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف، فقد يحدث في كثير من الأحيان أن لا يقوم الأطراف بشكل صريح بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه، الأمر الذي يفرض على المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، من خلال ظروف وملابسات التعاقد، وهذا عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث أنه لا يجوز للمحكم اللجوء للقانون الأوثق بالعقد إلا إذا تأكد من غياب الإرادة الضمنية للأطراف، ونظرا لأهمية وخطورة الدور الذي يلعبه المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف لا بد من كيفية الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف، ومن ناحية أخرى لا بد من تحديد حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف .

#### أولاً- كيفية الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف:

يستطيع المحكم الوقوف عند الإرادة الضمنية للأطراف اللازمة لاختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، وذلك من خلال الأخذ بالاعتبارات التالية :

- التحليل الموضوعي لموضوع النزاع، والوقوف عند ملابسات وظروف الحال .
- الرجوع إلى القرائن الذاتية المستمدة من أطراف النزاع، مثل ضابط الجنسية المشتركة أو الموطن .

#### - Article 7:

1. La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrat . **VOIRE: CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES (Conclue le 22 décembre 1986)**

- الرجوع إلى القرائن الخارجية، مثل مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذ الالتزام .

وعند الأخذ بهذه الاعتبارات من طرف المحكم وذلك من أجل الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، قد يصطدم مع توقعات الأطراف في القانون الواجب التطبيق. لذي لا بد من تقييد المحكم بملابسات وظروف العقد لكي لا يخرج عن نية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق.<sup>(1)</sup>

### ثانيا- حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف:

إن حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، تتقيد بالبحث عن القرائن والدلائل التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف، من أجل اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تتناسب مع توقعاتهم، والمحكم في هذه الحالة لا يفرض عليه قانون دولة ما بحجة أن جميع قوانين الدولة أمامه لها نفس القيمة حيث تعتبر جميعها أجنبية بالنسبة للمحكم، ولا يشكل أي منها قانون لاختصاصه، فهو في هذا الإطار يملك الحرية في تحديد القانون الوطني الذي يحكم النزاع المحكم فيه، كم انه يستطيع أن يطبق القواعد الدولية المتمثلة في مبادئ القانون التجاري الدولي، والمبادئ العامة في القانون، وقواعد العدالة والإنصاف على النزاع المحكم فيه إذا تبين أن هذه القواعد تم اختيارها ضمناً من قبل الأطراف. ومن المعلوم أن اختيار الأطراف لمكان التحكيم، لا يعني بالضرورة أن إرادتهم الضمنية اتجهت إلى اختيار قانون ذلك المقر لحكم موضوع النزاع.<sup>(2)</sup>

(1) د. نور محمد الحجابا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم في المؤتمر السنوي السادس عشرة الموسوم بالتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، ص 671.

(2) وهو ما نصت عليه على سبيل المثال الفقرة الثانية من المادة 2 من لائحة أبو ظبي للتحكيم التجاري الدولي على أنه للأطراف الاتفاق على التحكيم لدى المركز وفقاً لأية قواعد إجرائية أخرى، وفي هذه الحال تكون قواعد المركز مكملة لاتفاقاتهم في هذا الشأن. السالف الذكر .

فعلى سبيل المثال في عقود البترول، فإن مسألة القانون الواجب التطبيق، خاضعة لإرادة الدول المنتجة والشركات الأجنبية، بحيث يمكن لهما الاتفاق على القوانين التي هي أقرب لموضوع النزاع و تجد قبولاً و ارتياحاً من الطرفين، وعادة يتم اختيار نظام التحكيم الحر وليس المؤسساتي، حتى يكون للطرفين الحرية في صياغة أحكام التحكيم، وهذا ما فسر قلة أحكام التحكيم الصادرة في هذا المجال و في حالة عدم الاتفاق يتدخل المحكم ليفصل في هذا الأمر.<sup>(1)</sup>

و لقد ميزت التشريعات المقارنة بين القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالإجراءات و المسائل المتعلقة بموضوع النزاع، فهل تجبر القوانين الداخلية أطراف النزاع الخضوع في المسائل الإجرائية و الموضوعية لقانون واحد لتفصل كل منهما عن الآخر، و في المقابل هل تمنعهم من تطبيق قانون واحد، و في كلتا الحالتين لأطراف التحكيم في عقود البترول والغاز التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول النزاع كل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق، على أساس حرية الأطراف أو تكليف الهيئة التحكيمية بهذه المهمة على وجه الاستثناء وإذا كنا بذلك قد تحدثنا عن الاختيار الصريح والضمني من قبل الأطراف لقانون العقد، فقد يثور التساؤل حول مدى إمكانية استبعاد المحكم للقانون الذي تم اختياره صراحة من قبل الأطراف، أو ذلك الذي اتجهت إرادتهم الضمنية المؤكدة إلى تطبيقه على العقد. فمن بين أمثلة أحكام التحكيم الدولي التي استبعدت الاختيار الصريح أو الضمني المؤكدة لقانون العقد التحكيم بين شيخ أبو ظبي والشركة البريطانية للبترول عام 1951 تساءل المحكم الفرد في هذه القضية عن القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث تم إبرامه في أبو ظبي، ولا جدال في أن تنفيذ هذا العقد سيكون في البلد المذكور وعلى ذلك فان تعيين

(1) د. خليفي عبد الرحمن، التحكيم التجاري الدولي، في عقود البترول، بحث مقدم في المؤتمر السنوي الحدي

والعشرين، الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 20 إلى 21 ماي 2013، ص 1407 .

أحد القوانين الوطنية ليحكم هذا العقد، فمن الجلي أن هذا القانون سيكون قانون أبو ظبي وبعد أن قرر المحكم هذه المقدمات القانونية والمنطقية، أردف ذلك بقوله أنه لا يمكن أن نطمئن لوجود هذا القانون، نظرا لأن الشيخ حاكم أبو ظبي، يمارس القضاء متمتعا بسلطة تقديرية، غير محدودة وبناء على ذلك فمن الخيال أن نتصور وجود قواعد قانونية مستقرة تطبق على هذا النوع من العقود الحديثة في هذا الإقليم البدائي ... وإزاء هذا الوضع يجب تطبيق المبادئ القانونية التي استقرت في الفهم الواعي، والواقع العملي والممارسات الشائعة لجميع الأمم المتقدمة باعتبارها نوعا من القانون الطبيعي الحديث... الخ ثم انتهى المحكم إلى أنه، نظرا لأن كثير من قواعد القانون الانجليزي<sup>(1)</sup> تنبع من العقل وتتفق مع مبادئ العدالة فإنه من الممكن بالتالي اعتبارها جزء من هذا القانون الطبيعي الحديث. وبالتالي طبق المحكم القانون الانجليزي على العقد محل النزاع. إلا أنه يترتب على استبعاد المحكم لقانون إرادة الأطراف سواء الصريحة أو الضمنية بطلان حكم التحكيم، وذلك في حالة ما إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. وهذا ما نصت عليه جل قوانين التحكيم الدولية أو حتى الأنظمة الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: الإرادة الضمنية في التشريعات الوطنية

بعد استعراض جوانب تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية، سواء في مراكز ولوائح التحكيم التجاري الدولي، والتشريعات الوطنية، تبين لنا ضرورة تطبيق قانون إرادة الأطراف، أي الإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على

(1) ينظر محمد الروبي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، بحث مقدم للمؤتمر السنوي

=السادس عشر تحت عنوان التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة. ص180

(2) وهذا ما نصت عليه المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994: لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

العملية التحكيمية، مثلما سبق الإشارة إليه، ولم يتم التطرق صراحة إلى الإرادة الضمنية التي يفهم من خلالها ما يريده الأطراف، في اختيار القانون الواجب التطبيق، مثلما أشارت إليها الاتفاقيات الدولية تاركة البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، فاسحة المجال أمام المحكمين إلى تطبيق بعض الحلول المذكورة في المواد السابقة من هذه الدراسة في حالة سكوت الأطراف عن القانون الواجب التطبيق.

### المبحث الثاني : عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي

إذا لم يتفق الأطراف في العقود الدولية على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحة، وتعذر في الوقت نفسه استخلاص إرادتهم الضمنية، فإن هذا لا يصلح أن يكون مدعاة للإمتناع عن الفصل في النزاع من طرف القاضي، وإنما يجب عليه أن يجتهد للوصول إلى الحل الأنسب رغم الصعوبة التي يثيرها تحديد هذا القانون، وبالتالي فالقاضي في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا، ويقمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاته أو من ظروف وملابسات الحال، وهو يقوم بذلك عن طريق إسناد الرابطة العقدية لضوابط معينة معلومة سلفا للمتعاقدين كمحل إبرام العقد أو الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من طبيعة العقد الذاتية. وبالتالي فإنه عند سكوت الأطراف عن تحديد القواعد القانونية أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه، فإنه يلقي على عاتق هيئة التحكيم وجوب البحث عن القانون أو القواعد القانونية الواجب التطبيق، التي أشارت إليها القوانين، أو أنه يلجأ إلى قواعد التنازع التي يراها مناسبة لتحديد هذا القانون. أو علي هيئة التحكيم في حالة غياب نص الاستعانة بالحلول الفقهية الموجودة والمتعارف عليها في القانون الدولي في حالة السكوت

المطلق للطرفين أو التشريع. وهذا ما سنحاول أن نبينه من خلال التطرق للحلول القانونية في المطلب الأول، والحلول الفقهية المقترحة في المطلب الثاني.

### المطلب الأول : الحلول القانونية

إذ اظهر الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في الفرض الذي لا يوجد فيه أي اتفاق للطرفين في هذا الصدد، ولا توجد أي أدلة أو قرائن تشير إلى اتجاه إرادة الأطراف إلى قانون معين، يتعين على المحكم اللجوء إلى حل قانوني في ضل هذا الوضع عن طريق الاختيار المباشر للقانون الأوثق صلة بالنزاع، أو الاختيار عن طريق قواعد تنازع القوانين المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص، التي نصت عليها التشريعات الداخلية .

### الفرع الاول: اختيار القانون الأوثق صلة بالنزاع

نص المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من نص المادة 1511 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي، أنه إذا لم يتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق، فلهيئة التحكيم أن تختار فوفقا لما تراه مناسبا، مع الأخذ بعين الاعتبار عادات التجارة.<sup>(1)</sup>

أما القوانين الخاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية من بينها قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فقد نصت بأنه في حالة عدم اتفاق الطرفان على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في

<sup>(1)</sup> **Art. 1511.**–Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

–Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce

القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.<sup>(1)</sup> كما نص قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، فقد نص صراحة على أنه في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع فعلى هيئة التحكيم أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أكثر اتصالا بموضوع النزاع. و في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.<sup>(2)</sup>

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تضمن نفس الفكرة في حالة غياب هذا الاختيار تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.<sup>(3)</sup>

من خلال استقراء هاذو النصوص يتبين لنا أن المشرع أعطى الحق في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، للمحكم في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع .

(1) وهو ما نصت عليه المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(2) نص المادة 36 من قانون التحكيم الأردني التي تقضي بأنه أنه :

أ - تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

ب - إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع.

ج - في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

د - يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

(3) نص المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري .السالف الذكر.

لذا يستند المحكم في هذا الشأن إلى أسانيد للكشف عن المقصود بالقانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع، مثل التركيز موضوع النزاع في ضوء طبيعته الذاتية والتي يمكن من خلالها أن نحدد الأداء المميز فيها، أي الالتزام الجوهرية الذي يفرضه الالتزام الجوهرية في حد ذاته، أو ما يعبر عنه بمحل الأداء المميز و القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع وفقا لهذا المعيار هو محل إقامة المدين بالأداء، أو عن طريق المراجعة في ظروف وملابسات التي أحاطت بالعقد التي تشير إلى تركيز العقد في نظام قانوني معين.<sup>(1)</sup>

وقد عالج المشرع الجزائري هذه النقطة من خلال نص المادة 1050 التي قضت بأنه "في حالة غياب هذا الاختيار تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة." و نص المادة 1043 / 2 التي تقض بأنه " إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم."<sup>(2)</sup>

بعد استقرار هذه الفقرة يتضح جليا أن المشرع الجزائري ابتعد عن مقرر التحكيم كضابط احتياطي لتحديد إجراءات التحكيم ومال إلى الاتجاه الثاني الذي أعطى هيئة التحكيم كامل السلطة في تحديد هذه الإجراءات وإسناد لهيئة التحكيم السلطة في تحديد الإجراءات مباشرة وهي نابعة من إرادة الأطراف الذين سكتوا عن التحديد وتركوا الأمر إلى الهيئة. والمشرع الجزائري لما اتجه نحو الرأي الثاني لم يفعل ذلك عبثا و إنما سار على منوال معظم التشريعات والأنظمة الدولية في هذا المجال .

(1) إلا أن هذا المعيار لا يجب الرجوع إليه لأنه لا يعبر عن توقعات الأطراف ويترك المجال واسعا أمام المحكم لاختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع . د. نور محمد الحجايا - القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه - المقال السابق . ص 676 .

(2) نص المادتين 1050 و المادة 1043 السالف الذكر من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري .

وفي هذا السياق أدرجت قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة قرار الجمعية العامة رقم 22/65 لعام 2010<sup>(1)</sup> أو حتى في سبغتها لسنة 1985 على أنه: مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الانفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم، فإن لم يكن ثمة مثل هذا الانفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة.<sup>(2)</sup> وهو نفس المبدأ الذي تبناه مركز التحكيم في أبواظي في الفقرة الثانية من نص المادة 16 منه في مجال القواعد واجبة التطبيق على موضوع النزاع.<sup>(3)</sup>

وتجدر الملاحظة أنه إذا توصل المحكم إلى قانون غير متوقع من قبل الأطراف، فلا يعتبر سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم، لأن هذه الحالة لم ترد في جل القوانين والتشريعات الخاصة بالتحكيم الدولي، فأسباب البطلان هي محددة في التشريعات على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال. إذ يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حالة مخالفة القانون بخصوص تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد، وفي حالة مخالفة المهمة المسندة لمحكمة التحكيم، أو لم يراعى مبدأ الوجاهة، أو في حالة عدم تسبب

(1) الفقرة الأولى من المادة 17 التي نصت على أنه: مع مراعاة هذه القواعد، يجوز لهيئة التحكيم أن تُسيّر التحكيم على النحو الذي تراه مناسباً، شريطة أن يُعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تُتاح لكل طرف، في مرحلة مناسبة من الإجراءات، فرصة معقولة لعرض قضيته. وتسيّر هيئة التحكيم، لدى ممارستها صلاحيتها التقديرية، الإجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داع، ويكفل الإنصاف والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف.

(2) ينظر نص المادة 19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وثيقة الأمم المتحدة رقم 17/40 بصيغتها التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران / يونيو 1985.

(3) حيث نصت على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت الهيئة القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع."

محكمة التحكيم لحكمها، أو كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي. (1) وهي نفس الأسباب المحددة على سبيل الحصر في المادة 1520 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد. (2)

### الفرع الثاني : الاختيار عن طريق قواعد تنازع القوانين

يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي بالاستناد إلى قواعد الإسناد في تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. (3) فالمحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع ما لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، وهو ما نصت عليه اتفاقية

(1) وهو ما نصت عليه المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري .

(2) **Art. 1520.**–Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou .
- Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou .
- Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou.
- Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou .
- La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

(3) نص المادة 42 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى الموقعة في واشنطن عام 1965 على أنه " يجب على المحكمة بالفصل في النزاع وفقا لقواعد هذا القانون على النحو الذي يتفق عليه الطرفين. في غياب مثل هذا الاتفاق، يتعين على المحكمة تطبيق القانون الدولي المتعاقد دولة طرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين)، ومثل هذه القواعد في القانون الدولي ما قد تكون قابلة للتطبيق."

فينا للبيع الدولي لسنة 1980 في المادة 7 فقرتها الثانية تسرى أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص.<sup>(1)</sup>

إلا أن هذا الرأي يجعل المحكم يدور في حلقة مفرغة لأن إعماله يقتضي من المحكم أن يحدد سلفا القضاء المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين، ولكن ما هي قواعد تنازع القوانين التي تحدد القضاء المختص بالنزاع. ؟ يستطيع المحكم اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها موطنهم المشترك.<sup>(2)</sup> بحيث نجد أن أغلب التشريعات الوطنية قد تبنت هذا الاتجاه وأعطت موقفا حاسما ومحددا لهذه الحالة، ومن بينها التشريع الجزائري الذي منح للقاضي الحق في تطبيق ضابطين للإسناد بمقتضى المادة 18 من القانون المدني الجزائري وهما:

- قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

- قانون مكان إبرام العقد.

تعرض هذا الاتجاه بدور إلى النقد حيث أن هذا النوع من العقود يبرم بين الدولة وطرف أجنبي، فأطراف العلاقة التعاقدية لا يجمعهم موطن واحد ولا يحملون جنسية مشتركة .

<sup>(1)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 7 في فقرتها الثانية على أن المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تناولها هذه الاتفاقية و التي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسرى أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص .

<sup>(2)</sup> وهو ما نصت عليه نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا حانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أم بالعقد . وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة .

وقد ذهب مجمع القانون الدولي في دورته انعقاده بمدينة أمستردام سنة 1957 إلى أن قواعد الإسناد النافذة في الدولة مقر التحكيم هي التي يجب إتباعها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

وقد تعرض هذا الاتجاه بدوره إلى النقد من جانب الفقه الدولي حيث أن الدولة مقر التحكيم قد لا يكون لها أدنى صلة بموضوع النزاع فأطراف العلاقة التعاقدية يحددون مكان التحكيم في بلد مناسب لهم بصرف النظر عن مدى ملاءمته أو اتصاله بموضوع النزاع.<sup>(1)</sup>

إن من أهم الأسباب التي تدفع إلى القول بضرورة أن يستخدم المحكم قاعدة المتنازع لتحديد القانون الذي يحكم الموضوع المتنازع فيه، هو أن المحكم ربما قد يختار قانوناً لا يتلاءم مع توقعات الأطراف، بالإضافة أنه حتى يتوصل إلى تحديد القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، لابد من أن يبحث عن ضوابط ومعايير كتلك المستخدمة في المنهج التنزعي. إلا أنه توجد عدة طرق لتحديد قواعد التنازع الملائمة نصت عليها قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لعام 2010<sup>(2)</sup>:

- تطبيق قواعد التنازع في الدولة مقر التحكيم التي اختارها الأطراف الذي قد يكون محايداً.

(1) مصطفى أبو أحمد- التحكيم في العقود الإدارية الدولية - المرجع السابق، ص 349 .

(2) فإذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا مسبقاً على مكان التحكيم، تولت هيئة التحكيم تعيين مكان التحكيم آخذةً ظروف القضية في الاعتبار. ويُعتبر قرار التحكيم صادراً في مكان التحكيم.

- يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع للمداولة في أيّ مكان تراه مناسباً. ويجوز لهيئة التحكيم أيضاً أن تجتمع في أيّ مكان تراه مناسباً لأيّ غرض آخر، بما في ذلك عقد جلسات استماع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. ينظر نص المادة 18 من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لعام 2010 .

- الجمع بين أكثر من نظام من أنظمة القانون الدولي الخاص، وذلك لإثبات أن أي نظام من الأنظمة التي يلجأ إليها المحكم تحقق وحدة الحلول باعتبار أن النتيجة المترتبة على هذا الإعمال تتمثل في تعيين نفس القانون ليحكم النزاع المحكم فيه .
- تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص، وبهذه الطريقة يستخدم المحكم المبادئ العامة المشتركة بين كافة الأنظمة القانونية المعترف بها في إطار تنازع القوانين، والتي تتفق مع الأدوات الدولية، لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.<sup>(1)</sup>

نخلص من كل ما سبق إلى أنه أياً كان المنهج الذي يتبعه المحكم لغاية تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع محل النزاع، فإن لا بد من أن يلجأ إلى ضوابط أو معايير لتحديد القانون الأوثق صلة بموضوع النزاع، ثم يقوم بعد ذلك بتحليل جميع الضوابط ليبين أي من الضوابط تمثل مركز الثقل في العلاقات القانونية محل النزاع. فإذا ما تم تحديد ذلك الضابط فإن المحكم حتما سيصل إلى القانون المختص لحل النزاع. وهذا الضابط قد يكون مكان التنفيذ، أو محل إقامة المدين بالأداء، أو الضوابط التي تحكم مثلاً الشروط الموضوعية للعقد.

(1) د. نور محمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المقال السابق، ص 679 .

## المطلب الثاني : الحلول الفقهية المقترحة

في حالة عدم اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي، وفي حالة عدم تحديد هذا القانون المختص لحكم النزاع، يلجأ المحكم مباشرة إلى الحلول القانونية وذلك بتطبيق القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، أو أنه يلجأ إلى قواعد النزاع التي يراها مناسبة لتحديد هذا القانون. إلا أنه بغض النظر عن هاتين الوسيلتين، يمكن أن يستعين المحكم بآلية أخرى تتمثل في الحلول الفقهية الموجودة والمتعارف عليها في القانون الدولي .

## الفرع الأول: خضوع هذه العقود للقانون الدولي العام

ويتجسد في حالة التطبيق المباشر لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي حقيقة دون استشارة القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا بتطبيق القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تستقل عن كل نظام وطني بصفة أولية عندما تتعلق فيها القضية بالأفكار الأساسية والعالمية للأخلاقيات التعاقدية ويفسر الأستاذ CHAPEL هذا الدور الإيجابي للنظام العام الدولي بأن " الأنشطة و العمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية تخضع لمجموعة من القواعد القانونية التي تتوافر فيها بلا جدال خصائص القاعدة القانونية، وهذا النظام العام توجيهي لأنه يلي احتياجات المتعاملين في التجارة الدولية إلى الصدق والعدالة والنظام والأمان." (1)

(1) حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 49 .

يرى بعض الفقه أن القانون الدولي العام غني بالقواعد الكفيلة بالتصدي لكافة المشاكل والمنازعات القانونية التي تثيرها العقود الإدارية الدولية<sup>(1)</sup>، فالحكم لن يرهق نفسه بالبحث عن حلول لهذه المنازعات في القوانين المختلفة، فقواعد القانون الدولي العام كفيلة بحل النزاع وأبرز من نادى بهذه الفكرة الأستاذ Mann، فهو يسلم بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني إلا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام وذلك لتناسب القانون مع العقد، فالدولة غالباً ما ترفض الخضوع لقانون أجنبي وذلك راجع إلى مبدأ سيادة الدولة، أو إلى قانون أشخاص أجنبية متعاقدة معها، لهذا فإن اللجوء إلى تطبيق أحكام القانون الدولي العام يعد بمثابة الوسيلة الفعالة اللازمة لمواجهة هذه الظروف التي توائم بين مصالح الأطراف ومتطلبات النظام الاقتصادي لأي دولة. إذ أن هذه العقود تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام، وهي تتخذ عادة شكل المعاهدات الدولية والتي يتم إبرامها بواسطة السلطات المختصة في الدولة والتي لها صلاحية إبرام المعاهدات، مثل اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965.

وقد ذهب الأستاذ **Prosper Weil** إلى أن عدم تنفيذ هذه العقود يشكل عملاً مخالفاً للقانون الدولي العام وتترتب عليه مسؤولية الدولة التي امتنعت عن التنفيذ في مواجهة الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي فهذه العقود تنتمي بطبيعتها إلى القانون الدولي العام

<sup>(1)</sup> فالرأي الفقهي قد يميلنا إلى تطبيق نص قانوني مثال وهو ما قضت به نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه : تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة .

وتفرض على الدولة مجموعة من القواعد التي ينبغي على الدولة احترامها والوفاء بالتزاماتها وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة :

إذا جاء العقد خاليا من الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، نستند إلى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وذلك بالقرار رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية.<sup>(2)</sup> فقد نصت الفقرة الرابعة من هذا القرار على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة بشرط أن يكون ذلك بهدف تحقيق منفعة عامة أو مصلحة وطنية على أن يتم دفع التعويض مناسب للمالك وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> Prosper Weil ,le droit international en quête de son identité , Coure générale de droit international public. Prosper-WEIL.-Cours-général-de-droit-international-public.pdf .

<sup>(2)</sup> قرار الجمعية العامة رقم 1803 المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1962 والمعنون "السيادة الدائمة علي الموارد الطبيعية". وإذ تذكر قرارها 1314 (د-13) المؤرخ في 12 كانون الأول/ديسمبر 1958، الذي قررت به إنشاء لجنة السيادة الدائمة علي الموارد الطبيعية، وطلبت إليها إجراء دراسة تامة عن وضع السيادة الدائمة علي الثروات والموارد الطبيعية كركن أساسي من أركان حق تقرير المصير، وتقديم التوصيات عند اللزوم بشأن تعزيزه، وقررت كذلك أن يصار عند إجراء الدراسة التامة لوضع السيادة الدائمة للشعوب والأمم علي ثرواتها ومواردها الطبيعية، إلي التزام المراعاة الحقة لحقوق الدول وواجباتها المقررة بمقتضى القانون الدولي ولأهمية تشجيع التعاون الدولي في التنمية الاقتصادية للبلدان النامية.

<sup>(3)</sup> نص الفقرة الرابعة من القرار رقم 1803 "يتوجب استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة إلي أسس وأسباب من المنفعة العامة أو الأمن أو المصلحة القومية، مسلم بأرجحيتها علي المصالح الفردية أو الخاصة البحتة، المحلية والأجنبية علي السواء. ويدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم، وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ تلك التدابير ممارسة منها لسيادتها وفقا للقانون الدولي. ويراعي حال نشوء أي نزاع حول مسألة التعويض، استفاد

وقد رأى بعض الفقه أن هذه القرارات لا تعدو كونها مجرد توصيات لا تتمتع بأي قوة ملزمة كما أنها غير مصحوبة بأي جزاء، لكن هذا الرأي مردود عليه، فقد ترتقي القرارات والتوصيات التي تصدر عن المنظمات الدولية الى درجة القاعدة القانونية الدولية وتكتسي طابع الإلزام.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: خضوع هذه العقود للمبادئ العامة المعترف بها :

في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لخصوم المنازعة بشأن القانون الواجب التطبيق الذي يحكم موضوع النزاع، فإن قواعد عادات وأعراف التجارة الدولية تعتبر في مثل هذه الحالة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي.<sup>(2)</sup>

الطرق القضائية القومية للدولة التي تتخذ تلك التدابير ويراعي مع ذلك، إذا اتفق علي ذلك بين الدول ذات السيادة والأطراف المعنيين الآخرين، تسوية النزاع بطريق التحكيم، أو القضاء الدولي.

<sup>(1)</sup> ومن أبرز الأمثلة التي يمكن أن تساق في هذا الصدد عقب الحرب العالمية الثانية، فقد نص الملحق الحادي عشر من ملاحق معاهدة السلام التي عقدت مع إيطاليا على أنه في حالة عدم اتفاق الحلفاء خلال فترة محددة على مصير الأقاليم الخاضعة للاستعمار الإيطالي، يعهد الى هيئة الأمم المتحدة بالقيام بتلك المهمة، وهو ما حدث فعلاً، حيث قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب التوصية رقم 269 التي أصدرتها بتاريخ 21 نوفمبر 1949 خلال الدورة الرابعة، والتوصية رقم 390 التي أصدرتها بتاريخ 2 ديسمبر 1950 أثناء دورتها الخامسة، بتحديد مصير تلك المستعمرات، وهو ما حمل العديد من وفود الدول على الإشارة الى القوة الملزمة لهاتين التوصيتين . ومن ناحية أخرى بل أنه يمكن أن يمتد إلى الدول غير الأعضاء، ومن الأمثلة الذائعة في هذا المجال مبادرة ألبانيا التي لم تكن عضواً في الأمم المتحدة إلى اعلان قبولها للتوصية التي أصدرها مجلس الأمن في عام 1947، والتي أوصى فيها طرفي نزاع بعرض نزاعهما على محكمة العدل الدولية. نقلاً عن : د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص 405.

<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 7 اتفاقية فيينا للبيع الدولي 1980 على أنه "يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية. وفي المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسرى أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص.

مثل تطبيق النظام القانوني الدولي الخاص بمبدأ المساواة بين الدول وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية.<sup>(1)</sup>

ويقصد بالمبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدنة المبادئ القانونية التي تعلق على كل خلاف والتي تكون الأسس القانونية في البلاد المتحضرة. وقد تتضمن العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص أو الاتفاقات التي تبرمها الدول النص على هذه المبادئ صراحة. ويتعين التمييز في هذا الصدد بين المبادئ العامة للقانون وقانون عبر الدول. فهذا الأخير نظام قانوني ثالث ينظم العلاقات التجارية الدولية بين الأفراد والشركات والدول والمؤسسات الدولية، و يشمل قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقانون الوطني العام والخاص، ويسمح للمحاكم الوطنية والدولية وهيئات التحكيم باختيار القاعدة الأكثر توافقاً مع العقل والعدل وذلك عند حدوث تنازع بين هذه النظم القانونية. وعلى ذلك فقانون عبر الدول أو كما يسميه البعض القواعد عبر الدولية يعد فكرة عامة ينضوي تحت لوائها المبادئ العامة للقانون. وتقوم فكرة قانون عبر الدول على أساس أن القوانين الوطنية والقانون الدولي العام التقليدي غير ملائمين لحكم العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها. ذلك أن الطبيعة القانونية الخاصة لهذه العقود تحتاج لقواعد قانونية معينة تتوافق وطبيعة تلك العقود، وهذه القواعد تتمثل في القواعد عبر الدولية<sup>(2)</sup>.

(1) ينظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1515 (د-15) المؤرخ في 15 كانون الأول/ديسمبر 1960 الذي أوصت فيه باحترام الحق المطلق لكل دولة في التصرف في ثروتها ومواردها الطبيعية، وإذ تري وجوب إقامة أي تدبير يتخذ بهذا الشأن علي أساس الاعتراف بما لجميع الدول من حق ثابت في حرية التصرف في ثروتها ومواردها الطبيعية وفقاً لمصالحها القومية، وعلي أساس احترام استقلال الدول الاقتصادي.

(2) ينظر حنان عبد العزيز مخلوف - العقود الدولية - المرجع السابق، ص 57 .

و الالتجاء إلى المبادئ العامة للقانون سواء لسد النقص في القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، أو أحيانا لاستبعاد هذا القانون إذا كان غير ملائم لعدة أعمال تشريعية أو تعاقدية. فقد نصت المادة الثانية من القرار الذي اتخذته مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة أثينا باليونان عام 1979 على أنه يستطيع الأطراف على وجه الخصوص اختيار قانون العقد أو أحد أو أكثر من القوانين الداخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في الروابط الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي أو مجموعة من تلك المصادر للقانون، كما أن المادة 42 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى الموقعة في واشنطن لعام 1965.<sup>(1)</sup> وكذلك المادة 21 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي.<sup>(2)</sup>

وكذلك بالنسبة لحكم المادة 26 من بروتوكول الهيئة التضامنية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبتروول حيث تقضي جميع هذه المواد بضرورة مراعاة المحكم الدولي لهذه المبادئ المشتركة أو العامة أو مبادئ القانون.<sup>(3)</sup>

(1) نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 على أنه: "يجب على المحكمة بالفصل في النزاع وفقا لقواعد هذا القانون على النحو الذي يتفق عليه الطرفان. في غياب مثل هذا الاتفاق، يتعين على المحكمة تطبيق القانون الدولي المتعاقد دولة طرف في النزاع (بما في ذلك قواعدها بشأن تنازع القوانين)، ومثل هذه القواعد في القانون الدولي ما قد تكون قابلة للتطبيق."

(2) المادة 21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري: "تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً أن وجد وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة. على الهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك" السالفة الذكر.

(3) تم التوقيع على بروتوكول إنشاء الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبتروول في مدينة الكويت بتاريخ 9 أيار/مايو 1978 ودخل حيز النفاذ في 2 نيسان / إبريل 1980. وللهيئة اختصاص إلزامي بالنظر في المنازعات التي تتعلق بتفسير وتطبيق اتفاقية إنشاء المنظمة، ويقبل كأطراف في هذه المنازعات كل من الدول الأعضاء، والمنظمة

وفي الأخير قد تختار هيئة التحكيم قانون دولة معينة لتطبق إجراءاته على التحكيم. لكن السؤال المطروح هل أن هيئة التحكيم حرة في اختيار إجراءات قانون ما دون قيد أو شرط؟. الإجابة على ذلك هي أن الواقع يفرض على هيئة التحكيم بعض القيود ويجب مراعاتها من أجل ضمان الفعالية الدولية للحكم، فلا يجوز لهيئة التحكيم تجاهل الإجراءات الجوهرية للقانون الإجرائي التي اختارته، ولا يمكن أيضا تجاهل الإجراءات الجوهرية الخاصة بقانون مقر تنفيذ الحكم التحكيم وهيئة التحكيم اختيار أي نظام تحكيم تراه مناسبا للتحكيم مثل نظام الغرفة أو الهيئة الأمريكية L.C.I.A نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي، C.C.I التجارية الدولية أو نظام مركز القاهرة المركز الإقليمي التجاري الدولي A.A.A للتحكيم ومحكمة التحكيم أن تقرر إتباع النظام الإجرائي لأي دولة، وإذا كان هناك تقييد لبعض الحرية فإن هيئة التحكيم عليها أن تختار النظام الإجرائي الذي له صلة بالنزاع المطروح عليها، على نحو لا يخل بتوقعات الطرفين المشروعة، كنظام مكان التحكيم ونظام مكان التنفيذ، فههيئة التحكيم مسؤولة عن الكيفية التي تختار من خلالها الإجراءات الواجب تطبيقها على التحكيم أو تختار أي قانون كان أو تنظيم تحكيم دائم<sup>(1)</sup>.

والشركات المنبثقة عنها. كما أنها تنظر كذلك في المنازعات التي يقر مجلس الوزراء أن من اختصاص الهيئة القضائية النظر فيها، والمنازعات التي تنشأ في مجال النشاط البترولي بين عضوين أو أكثر من الدول الأعضاء بالمنظمة، على أن ينحصر هذا النشاط ضمن النشاطات الفعلية التي تمارسها المنظمة، وأن لا يتعلق بالسيادة الإقليمية لأي من الدول الأعضاء المعنية بالنزاع. منشور على الموقع : [www.oapec.org](http://www.oapec.org)

(1) بشير سليم، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 115 .

## الفصل الرابع : صدور حكم التحكيم الدولي

## تمهيد و تقسيم :

إن المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم من سرعة في الإجراءات والفصل في النزاع القائم بين أطراف العلاقة القانونية، سواء كانت عقدية أو غير عقدية، أدت بالأطراف إلى اللجوء إلى مثل هذا النظام لحل النزاعات القائمة بينهم. ليتوصلوا في الأخير إلى الخروج بحكم توصلت إليه هيئة التحكيم بعد عقد الجلسات و النظر في دفوع وطلبات الخصوم. ولإصدار حكم التحكيم يجب على الهيئة أن تتبع جملة من الإجراءات، من بينها الالتزام بالميعاد المحدد لها، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية أو أحكام أولية أو تحضيرية، قبل إصدار الحكم النهائي المنهي للخصومة. وبعد إصدار حكم التحكيم يكتسي هذا الحكم طابع الحكم القضائي بعد مهوره بالصيغة التنفيذية من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم لذا أجازت غالبية الأنظمة الدولية للتحكيم التجاري الدولي و التشريعات الوطنية بموجب الاتفاقيات الدولية، إمكانية الطعن في أحكام التحكيم الدولي، بالبطلان، إذا توافرت شروطه المبينة على سبيل الحصر في التشريعات الدولية والوطنية، التي بينت أسباب وطرق الطعن فيه وإجراءات استئنافه، والمواعيد المحددة لذلك. لذا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين. تنطرق في المبحث الأول إلى صدور حكم التحكيم الدولي بصوره المختلفة. وفي المبحث الثاني إلى مدى إمكانية الطعن في حكم التحكيم الدولي.

## المبحث الأول : صدور حكم التحكيم الدولي بصوره المختلفة

إن الغاية من اللجوء إلى نظام التحكيم، هي التوصل إلى صدور حكم يفصل في النزاع القائم بين الطرفين، وهو النهاية الطبيعية للعملية التحكيمية، حيث يباشر المحكم العملية التحكيمية من بدايتها لينتهي بحكم تحكيمي ينهي النزاع. إلا أنه أثناء العملية التحكيمية يملك المحكم سلطة في إصدار مختلف أنواع الأحكام سواء كانت جزئية أو وقتية يصدرها قبل إصدار الحكم الفاصل في موضوع النزاع، لكن كل هذا دون إهمال المحكم لميعاد المحدد قانوناً أو اتفاقاً، و مع احترام الشروط الواجب توافرها في حكم المحكم لكي لا يكون محلاً لأوجه الطعن فيه. من خلال سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية والوقتية والتمهيدية في المطلب الأول. و ميعاد إصدار الحكم النهائي للتحكيم الدولي في المطلب الثاني. ثم الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم الدولي في المطلب الثالث.

## المطلب الأول : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية والوقتية والتمهيدية.

الأصل في عملية التحكيم صدور حكم نهائي فاصل في موضوع النزاع، غير أنه في بعض الحالات قد تصدر هيئة التحكيم أحكاماً غير نهائية لا تفصل في النزاع خلال إدارتها للعملية التحكيمية، من بينها الأحكام الجزئية، والأحكام الوقتية، والأحكام التمهيدية .

## الفرع الأول : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية

الحكم الجزئي هو حكم موضوعي وليس حكماً وقتياً، لأنه يتميز بالفصل فقط في جزء من المسائل محل النزاع المطروحة على التحكيم وليس فيها كلها، ولهذا فإن الحكم الجزئي الذي تصدره هيئة التحكيم لا ينهي ولايتها في نظر النزاع في باقي المسائل التي لم يشملها الحكم الجزئي كما سبق الذكر، فقد تقوم الحاجة إلى إصدار حكم جزئي في بعض المنازعات، خاصة في منازعات المقاولات التي يجري فيها التحكيم مع استمرار المفاوض في القيام بعمله، ويتصور

أن يصدر حكم جزئي، يتعلق فقط بالطلبات المتعلقة بالتأخير، أو بأوامر التغيير الصادرة من رب العمل أو يتعلق فقط بما تم تنفيذه، ويجب أن يتضمن الحكم الجزئي على وجه التحديد الطلب أو الجزء من الطلب الذي فصل فيه، مع بقاء دور هيئة التحكيم بالنظر في باقي المسائل الأخرى.<sup>(1)</sup>

وهو ما تضمنه قانون المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، على أن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام تحكيم مستقلة بشأن مسائل مختلفة في أوقات مختلفة.<sup>(2)</sup> وهو ما نصت عليه لائحة مركز أبو ظبي للتحكيم التجاري الدولي على امكانية اصدار الأحكام الجزئية من طرف هيئة التحكيم قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة.<sup>(3)</sup>

وهو ما نص عليه المشع الجزائري في مجال الخصومة التحكيمية، إذ يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.<sup>(4)</sup> كما نص قانون التحكيم المصري رقم 24 لسنة 1994 أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها.<sup>(5)</sup> وقد حذا المشرع الأردني حذو المشرع المصري بالنسبة لإمكانية هيئة التحكيم في اصدار أحكام جزئية في الخصومة التحكيمية في قانون التحكيم على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً في جزء من الطلبات وذلك قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها.<sup>(6)</sup>

(1) د. لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية 2011، ص 328.

(2) نص المادة 34 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011. السالف الذكر.

(3) الفقرة الأولى من نص المادة 28 لائحة مركز أبو ظبي للتحكيم التجاري الدولي. السالف الذكر.

(4) وهو ما قضت به نص المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. السالف الذكر.

(5) وهو ما قضت به نص المادة 42 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر.

(6) وهو ما قضت به نص المادة 40 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، السالف الذكر.

## الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الوقتية

يملك المحكم سلطة إصدار أحكام قطعية كما يمكن له إصدار ووقتية، كما يملك سلطة إصدار أحكام موضوعية وصادرة قبل الفصل في الموضوع، كما يملك المحكم سلطة إصدار أحكام تتعلق بسير الإجراءات أو تتعلق بإثبات الدعوى. فللمحكم سلطة إصدار أي حكم يتفق و يتماشى مع أسس المرافعات.<sup>(1)</sup> و سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الوقتية منصوص عليه في قواعد التحكيم التجاري الدولية مثل قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي التي نصت على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً مؤقتة بناء على طلب أحد الأطراف.<sup>(2)</sup> متى رأت هيئة التحكيم أن هذه الأحكام المؤقتة مناسبة لحل النزاع.<sup>(3)</sup> كما نصت قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية، على إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية أو وقتية أو أي اجراءات مماثلة.<sup>(4)</sup> ولا يعد لجوء أحد الأطراف إلى مثل هذا الاجراء أو التدبير التحفظي أو اجراء مماثل له الصادر عن محكمة التحكيم خروجاً أو تنازلاً عن التحكيم كوسيلة لفض النزاع.<sup>(5)</sup> وهو ما قضت به قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، على أنه لهيئة التحكيم أن تأمر بناء على طلب أحد الأطراف، باتخاذ تدابير مؤقتة، و التدبير المؤقت هو أي تدبير وقتي تأمر بموجبه هيئة التحكيم أحد الأطراف في أي وقت يسبق اصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة، كما لا يعتبر الطلب الذي يقدمه أحد الأطراف إلى

(1) فمثلا إذا تقدم إليه خصم بطلب وقتي كان له أن يصدر فيه حكماً وقتياً، وإذا تقدم إليه خصم بطلب فرعي كان له أن يصدر فيه حكماً بشرط أن يكون كل هذا متعلقاً بالنزاع المتفق فيه على التحكيم . د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، المرجع السابق، ص 272 .

(2) وهو ما قضت به الفقرة الأولى من نص المادة 26 من قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2011.

(3) وهو ما قضت به الفقرة الرابعة من نص المادة 26 من قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2010.

(4) وهو ما قضت به الفقرة الأولى من نص المادة 28 قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية I.C.C.

لسنة 2013،

(5) وهو ما قضت به الفقرة الثانية من نص المادة 28 قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية

لسنة 2013. السالف الذكر.

سلطة قضائية باتخاذ تدبير مؤقت مناقضاً لاتفاق التحكيم أو نزولاً عن ذلك الاتفاق.<sup>(1)</sup> كما نصت لائحة مركز أبو ظبي للتحكيم التجاري الدولي على إمكانية أن تصدر هيئة التحكيم التدابير في صورة حكم تحكيمي وقتي.<sup>(2)</sup> أما بالنسبة للمركز الدولي للتحكيم الدولي بالرباط فقد أجاز بدوره للمحكمة أو هيئة التحكيم أثناء طرح النزاع، وبطلب من أحد الاطراف أن تصدر أمراً باتخاذ أي اجراءات تحفظية أو مستعجلة أو وقتية تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجرى تطبيقه بنفس الكيفية التي تنفذ بها قرارات التحكيم والأحكام طبقاً للقوانين الجاري العمل بها.<sup>(3)</sup> كما أشارت الاتفاقيات الدولية في الدول العربية، إلى هذا الاجراء فقد أجازت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الطرفين أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضرورياً<sup>(4)</sup> وهو ما نصت عليه اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000 على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر باتخاذ أي اجراءات مؤقتة للمحافظة على حقوق أي طرف في النزاع بناء على طلبه وصدور حكم تمهيدي بذلك من المحكمة.<sup>(5)</sup> وهو ما نصت عليه عديد التشريعات في مجال الخصومة التحكيمية، من بينها التشريع الجزائري الذي نص على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.<sup>(6)</sup>

(1) وهو ما قضت به الفقرة الأولى و التاسعة من نص المادة 29 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011. السالف الذكر.

(2) وهو ما قضت به نص المادة 25 في فقرتها الثانية من لائحة مركز أبو ظبي للتحكيم التجاري الدولي 1994 .

(3) المادة 21 من قانون المركز الدولي للتحكيم الدولي بالرباط 2007. السالف الذكر.

(4) وهو ما قضت به نص المادة 29 اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1987، السالفة الذكر.

(5) نص المادة 14 اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000، السالفة الذكر.

(6) وهو ما قضت به نص المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري، السالف الذكر.

وفي التشريع الفرنسي من خلال المرسوم رقم 48 لسنة 2011<sup>(1)</sup> الذي عدل بعض أحكام قانون التحكيم الفرنسي، يؤكد على سلطة هيئة التحكيم في إصدار تدابير مؤقتة أو تحفظية فيما يتعلق بأطراف التحكيم، من خلال نص المادة 1468 التي نصت على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر الأطراف، بموجب الشروط التي تحددها، وإذا اقتضى الأمر، بعقوبة، بأي تدبير مؤقت ترى أنه مناسب، ويعود الاختصاص القضائي للدولة و هو الوحيد الخاص بالأمر بالحجز الاحتياطي والأمن القضائي، يجوز لهيئة التحكيم تعديل أو استكمال التدابير المؤقتة أو الوقائية التي أمرت بها.<sup>(2)</sup> كما نص المشرع المصري في قانون التحكيم أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية وذلك قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> le décret modernise le droit français de l'arbitrage, tant interne qu'international. Il assouplit les règles relatives au compromis d'arbitrage, à l'exequatur et à la notification des sentences arbitrales. Il affirme l'autorité de la juridiction arbitrale, en lui permettant notamment de prononcer à l'égard des parties à l'arbitrage des mesures provisoires ou conservatoires. **Voir le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. JORF n°0011 du 14 janvier 2011. texte n°9.**

<sup>(2)</sup> Art. 1468.-Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction =de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires

- Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.

<sup>(3)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 42 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر.

وهو ما أخذ به المشرع الأردني بالنسبة لإمكانية هيئة التحكيم في إصدار أحكام وقتية في الخصومة التحكيمية وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها.<sup>(1)</sup>

إذا يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها فالأمر يتعلق هنا بتدابير مؤقتة أو تحفظية، فإذا كان النزاع متعلقاً بطلب تعويض عن أضرار لحقت البضاعة أثناء نقلها، ولم يكن مثار النزاع أو الجدل إلا تحديد مقدار التعويض، فللمحكمة أن تحكم بناء على طلب المضرور بدفع مبلغ مؤقت لحين الفصل النهائي المتوقف على تقدير الخبراء، كما أن للهيئة أن تحكم بوقف استمرار العمل في الموقع أو باستمراره لحين الفصل في موضوع النزاع. ويجمع بين هذه الأحكام أنها جميعاً في مرحلة سابقة على إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها، ولهذا فهي لا تكون محلاً لدعوى البطلان.<sup>(2)</sup> فعلى أحد الأطراف أن يقدم طلباً إلى هيئة التحكيم للحكم بإجراء الوقت المطلوب، فليس للهيئة أن تقضي به من تلقاء نفسها كما يجب أن تتوافر شروط الدعوى المستعجلة، فيجب أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني الموضوعي، أو احتمال أن يلحق به ضرر، و أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت، فلا يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية إلا إذا تم فعلاً بدء إجراءات التحكيم.<sup>(3)</sup>

(1) وهو ما قضت به نص المادة 40 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، السالف الذكر.

(2) لأن دعوى البطلان تنصرف إلى الأحكام النهائية المنهية للخصومة وليس للأحكام السابقة التي تعد من قبيل الأحكام المنظمة لسير الخصومة، ينظر، محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 156.

(3) وهي الشروط اللازم توفرها لكي يصدر المحكمون حكماً وقتياً، نقلاً عن لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 329.

## الفرع الثالث: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام التمهيدية

يعتبر صدور الأحكام النهائية الطبيعية التي تختم بها الخصومة، الأحكام القطعية التي تفصل في موضوع النزاع بصفة نهائية. غير أن هناك نوعاً من الأحكام تتعلق بسير الدعوى يكون الغرض منها اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وبالتالي لا تحسم النزاع بصفة قطعية ويطلق عليها تسمية الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية. والحكم التمهيدي هو الحكم الذي يصدر أثناء سير الدعوى، لغرض القيام بما من شأنه ينور المحكمة أو الهيئة في الخصومة التحكيمية، فضلاً على أن الحكم التمهيدي، ينبىء عن وجهة نظر معينة بالنسبة للمحكمة أو هيئة التحكيم.<sup>(1)</sup> وهو ما نصت عليه اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000 على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر باتخاذ أي اجراءات مؤقتة للمحافظة على حقوق أي طرف في النزاع بناء على طلبه وصدور حكم تمهيدي بذلك من المحكمة.<sup>(2)</sup> ويتجلى موقف المشرع الجزائري في نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يستخلص من ذلك إمكانية إصدار محكمة التحكيم لأحكام تحضيرية أو تمهيدية في الشكل المتفق عليه من قبل هيئة التحكيم.<sup>(3)</sup>

(1) من بين أمثلة عن الحكم التمهيدي، الحكم بتسخير خبير لتصفية حسابات الشركة الفعلية، يعد تمهيداً لأنه يقر بالوجود القانوني للشركة، وصحة تصرفاتها ويبيد بصفة جلية اتجاه القاضي بشأن قبول الوجود الفعلي للشركة. راجع،

حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 117

(2) نص المادة 14 اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000، السالفة الذكر.

(3) حيث نصت المادة 1035 في فقرتها الأولى على أنه : يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها... الخ .

## المطلب الثاني: ميعاد إصدار الحكم النهائي للتحكيم الدولي

يعتبر شرط الميعاد في إصدار الأحكام القضائية أو أحكام التحكيم من الأمور الهامة في فصل النزاع من حيث الاجراءات، خاصة وأن السبب الجوهرى في لجوء الأطراف لنظام التحكيم هو السرعة في الإجراءات، وإصدار الأحكام، لذا كان على هيئة التحكيم أن تراعى وتحدد أجلا لإصدار حكم التحكيم مالم يتفق الأطراف على ميعاد محدد لصدور الحكم، نصت عليها لوائح وقوانين معظم مراكز التحكيم الدولي، و مختلف التشريعات المقارنة، إلا أنه قبل اصدار الحكم لابد من اتباع هيئة التحكيم لبعض الاجراءات.

## الفرع الأول : الإجراءات التي تسبق إصدار الحكم

قبل إصدار حكم التحكيم، على هيئة التحكيم أن تتبع الإجراءات التي تسبق إصدار الحكم وفق ما يتطلبه القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، سواء كان القانون بإرادة الأطراف، أو كانت من اختيار الهيئة، أو وفقاً للوائح مركز معين.

## أولاً- عقد جلسات المرافعة

من الضروري أن يرفق طرفا النزاع الذين لجئا للتحكيم لفض هذا النزاع، كلا منهما ببيان الدعوى أو مذكرة الدفاع وصوراً عن الوثائق التي يستند إليها في دعواه، وأن يشير إلى الأدلة المراد تقديمها، وهيئة التحكيم أن تطلب أصول المستندات في أي مرحلة من مراحل الدعوى وتقوم الهيئة بدورها بإرسال صور مما يقدمه كل طرف من مذكرات أو مستندات إلى الطرف الأخر، وترسل لكلا الطرفين تقارير الخبراء وغيرها من أدلة الإثبات والنفي.<sup>(1)</sup> كما يمكن لطرفي التحكيم تغيير طلباتهما أو أوجه دفاعهما خلال سير الإجراءات. غير أنه يمكن لهيئة

(1) فقد نصت المادة 31 من نفس القانون على أنه: " ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى محكمة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الأخر، وكذلك يرسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى المحكمة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة."

التحكيم عدم قبول تغيير الطلبات أو أوجه الدفاع وذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع<sup>(1)</sup> كما يمكن الطرفين في جلسات مرافعة تعقد من طرف محكمة التحكيم لتمكينهم من شرح موضوع الدعوى وعرض لحججه وأدلته، وهيئة التحكيم الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر محكمة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه المحكمة حسب الظروف. وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدتها محكمة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفق على غير ذلك كما يكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين.<sup>(2)</sup>

وهيئة التحكيم أن تعين خبيراً ليقدم تقريراً حول مسألة معينة تحددها الهيئة ويثبت ذلك في محضر الجلسة، كما يمكن هيئة التحكيم أن تسمع الشهود وبعد كل هذه الإجراءات تصدر الهيئة قراراً بقفل باب المرافعة.<sup>(3)</sup>

### ثانياً- قفل باب المرافعة وحجز الدعوى للمداولة

بعد استنفاد هيئة التحكيم لجميع الإجراءات الواجبة التطبيق على النزاع تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة.<sup>(4)</sup> بحيث يجوز لهيئة التحكيم أن تستفسر من الأطراف عما إذا كانت لديهم أدلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرون لسماعهم أو أقوال أخرى للإدلاء بها فإذا لم يكن لديهم شيء من ذلك، جاز لهيئة التحكيم أن تعلن اختتام جلسات الاستماع<sup>(5)</sup> فقد

(1) فقد نصت المادة 32 من نفس القانون على أنه: "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاع أو

استكاملهما خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع .

(2) نص المادة 33 من نفس القانون رقم 27 لسنة 1994.

(3) د. زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 332 .

(4) نص المادة 1047، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

(5) وهو ما قضت به نص المادة 31 في فقرتها الأولى من القانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم التجاري

الدولي 2010، السالف الذكر.

حدد المشرع الجزائري أجلا لقفل باب المرافعة وذلك بتقديم كل طرف لدفاعه، ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشرة يوما على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل. (1) و بعد قفل باب المرافعات حسب قواعد التحكيم والوساطة بالغرفة التجارية الدولية لا يجوز تقديم أي مذكرة أو أي حجة أو أي دليل بخصوص المسائل التي سيتم الفصل فيها بحكم إلا إذا طلبت هيئة التحكيم ذلك أو سمحت به. (2) و يمكن إعادة فتح باب المرافعة حسب قواعد المركز الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، حيث يمكن لهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف، إعادة فتح باب المرافعة في أي وقت قبل صدور حكم التحكيم إذا رأت ضرورة لذلك نظرا لوجود ظروف استثنائية. (3)

### ثالثاً- سرية المداوولات

نص المشرع الجزائري في المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على أن تكون مداوولات المحكمين سرية. (4) أما في قانون التحكيم المصري رقم 17 لسنة 1994 فلم يتضمن نصاً صريحاً يكرس مبدأ سرية المداولة، ورغم ذلك كان فقه المرافعات يستلزم سرية المداوولات . فقد أبدت لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي ملحوظاتها بخصوص السرية في العملية التحكيمية لسنة 2016، بأن التحكيم التجاري يقتضي بحكم طبيعته مراعاة السرية، وأن السرية من السمات المفيدة والنافعة في التحكيم التجاري الدولي، غير أن القوانين وقواعد التحكيم الوطنية لا تتبع نهجاً موحداً في تحديد مدى وجوب إلزام المشاركين في قضايا التحكيم بالحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بإجراءات التحكيم، فهناك أيضا

(1) نص المادة 1022، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

(2) حسب نص المادة 27 من قواعد الوساطة و التحكيم لخاصة بقواعد الغرفة التجارية الدولية لسنة 2013.

(3) حسب نص المادة 31 من قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2011.

(4) نص المادة 1025، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

ظروف قد تعتبر فيها بعض المعلومات أو المواد المعينة سرية بالنسبة لأحد الأطراف في التحكيم مثل الأسرار التجارية أو الممتلكات الفكرية، أو المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني في قضية تحكيم تشمل دولة أو كيانا حكوميا، ويجوز أن تتخذ الأطراف، وفي ظروف معينة هيئة التحكيم ترتيبات لحماية تلك المعلومات أو المواد، وذلك على سبيل المثال بقصر إمكانية الاضطلاع على تلك المعلومات أو المواد على عدد محدود من الأشخاص المشاركين في دعوى التحكيم.<sup>(1)</sup>

مالم يتفق الأطراف صراحة أو كتابة على علنية المداولات، فإنه يقتضي على الأطراف التعهد بالمحافظة على سرية جميع أحكام التحكيم والقرارات وكذلك جميع المستندات المقدمة من الأطراف أثناء اجراءات التحكيم، ويسري هذا التعهد أيضاً على المحكمين والخبراء المعينين من قبل هيئة التحكيم وعلى أمانة هيئة التحكيم والمركز، وتكون مداولات هيئة التحكيم سرية باستثناء وفي حدود ما قد يكون مطلوباً بالإفصاح عنه بموجب قرار من سلطة قضائية، كما يتعهد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بعد نشر أي قرار أو حكم تحكيم أو جزء منه بما يكشف عن شخصية أي من الأطراف بدون الموافقة الكتابية المسبقة من جميع الأطراف.<sup>(2)</sup>

أما بالنسبة للغرفة التجارية الدولية، فقد أرجعت سرية المداولات وإجراءات التحكيم بيد الهيئة أو الأطراف، بحيث يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب أي من الاطراف إصدار أوامر بشأن سرية إجراءات التحكيم أو أي مسائل أخرى متصلة بالتحكيم، ويجوز لهيئة التحكيم تدابير لحماية الأسرار التجارية والمعلومات السرية.<sup>(3)</sup>

(1) البند رقم 50 و54 من ملحوظات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، عن تنظيم إجراءات التحكيم 2016 الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 17 (A71/17) الفقرة 158.

(2) حسب نص المادة 40 من قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2011.

(3) نص المادة 22 من قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية لسنة 2013 .

## الفرع الثاني: ميعاد إصدار حكم التحكيم الدولي

القاعدة العامة في ميعاد إصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة، هو باتفاق الأطراف على ميعاد محدد، إلا أن معظم مراكز وهيئات التحكيم الدولي، والتشريعات المقارنة تطرقت إلى مسألة ميعاد إصدار حكم التحكيم، وذلك على النحو التالي:

أولاً - ميعاد إصدار حكم التحكيم في ضل قواعد مراكز التحكيم التجاري الدولي حددت مراكز وهيئات التحكيم الدولي أجلاً لإصدار حكم التحكيم. حيث يتعين على هيئة التحكيم وفقاً لقواعد مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم<sup>(1)</sup>، أن تصدر إ حكمها خلال ستة أشهر، وتحسب هذه المدة اعتباراً من تاريخ آخر توقيع هيئة التحكيم أو الأطراف على وثيقة المهمة، أو من تاريخ إعلان هيئة التحكيم لوثيقة المهمة. أما بخصوص تمديد صدور الحكم، فيجوز لهيئة التحكيم تمديد هذه المدة المقدره بستة أشهر، بناء على طلب مسبب من مركز التحكيم، أو من تلقاء نفسها تلبية لحاجة العمل إذا رأت ذلك ضرورياً.<sup>(2)</sup> أما بالنسبة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فقد ألزم الأطراف ألا يتجاوز المواعيد التي تحددها هيئة التحكيم لتقديم البيانات المكتوبة بما في ذلك بيان الدعوى وبيان الدفاع ب45 يوماً، ومع ذلك لهيئة التحكيم أن تطيل المدة إذا رأت مبرراً لذلك.<sup>(3)</sup> حدد مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري الدولي، المدة الزمنية لإصدار حكم التحكيم، بمدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ استلام الملف من قبل المحكم الفرد أو من رئيس الهيئة، ويجوز لهذه الأخيرة

(1) هو منظمة عربية دولية ذات صفة استشارية لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة ولدى منظمة اليونسكو، ويقوم الاتحاد علاقات مع أهم المنظمات العالمية للملكية الفكرية، وغرفة التجارة الدولية، والهيئة الدولية للتحكيم، تم إنشاء هذا المركز باتحاد المحامين العرب بالقاهرة، بهدف تسوية النزاعات ذات الطابع الدولي والإقليمي والمحلي. أسس عام 1944 .

(2) وهو ما ورد في نص المادة 27 من نظام مركز المحامين العرب للتحكيم التجاري الدولي .

(3) وهو ما قضت به نص المادة 25 لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011 .

تمديد المدة الزمنية المذكورة لفترة أقصاها ثلاثة أشهر إضافية سواء من تلقاء نفسها أو من طلب أحد الخصوم.<sup>(1)</sup>

وقد تضمنت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس تحديداً لميعاد إصدار محكم التحكيم المنهي للخصومة، على وجوب صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ استكمال واستفاء وثيقة التحكيم وتوقيع المحكمين و الأطراف عليها، والعبرة بأخر توقيع، كما يمكن احتساب المدة من تاريخ إخطار الأمانة العامة المحكم بتمام إيداع كامل قيمة الأمانة المطلوبة إذا وقع هذا الإخطار لاحقاً على المواعيد السابقة، ويمكن للمحكمة تمديد هذه المدة بناء على طلب مسبب من محكمة التحكيم أو من تلقاء نفسها إذا رأت ذلك ضرورياً.<sup>(2)</sup>

### ثانياً - ميعاد إصدار حكم التحكيم في ضل التشريعات المقارنة :

أما بالنسبة لميعاد إصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة في التشريعات المقارنة، فقد نص الفرنسي من خلال من خلال المرسوم رقم 48 لسنة 2011، الذي عدل بعض أحكام قانون التحكيم الفرنسي، فقد نصت المادة 1463 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، على أنه إذا لم يحدد اتفاق التحكيم موعداً نهائياً لصدور حكم التحكيم، فإن على هيئة التحكيم أن تصدر الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إحالة الملف للهيئة.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> وهو ما قضت به نص المادة 27 لائحة مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري 1994.

<sup>(2)</sup> نص المادة 30 من قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية I.C.C لسنة 2013 .

<sup>(3)</sup> **Art. 1463.** – Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine.

– Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui .

وقد تطرق المشرع الجزائري في هذا السياق، على أنه يكون اتفاق التحكيم صحيحاً حتى ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم غير أنه يمكن لهيئة التحكيم تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة على هذا التمديد يتم وفقاً لنظام التحكيم، وفي غياب هذه الحلول يتم التمديد من طرف ريس المحكمة المختصة التي يتم التحكيم في دائرة اختصاصها.<sup>(1)</sup> أما في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، نص في مادته 45 بخصوص ميعاد إصدار حكم التحكيم على أن محكمة التحكيم أن تصدر الحكم النهائي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر محكمة التحكيم مدة الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عند إذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.<sup>(2)</sup> كما أشار قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 إلى الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم النهائي للخصومة، حيث يجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم النهائي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشرة شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على ألا يزيد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.<sup>(3)</sup>

(1) وهو ما قضى به نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. السالف ذكره .

(2) بالنسبة للمادة 45 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. السالف ذكره .

(3) نص المادة 37 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001. السالف ذكره.

من خلال استقراء النصوص السابقة بخصوص ميعاد صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة بين الأطراف، سواء في النصوص التشريعية المقارنة، أو حتى في الأنظمة وهيئات التحكيم ذات الطابع الدولي. يستفاد من هذه النصوص أن هناك ميعاد اتفاقي يحدده أطراف النزاع، وفي حالة غياب هذا الاتفاق يوجد ميعاد قانوني تحدده هيئة التحكيم وفقاً للنظام المعمول به.

### المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم الدولي.

إن الحكم الصادر في التحكيم شأنه شأن الأحكام القضائية العادية والتي يجب أن تتوفر فيها جملة من الشروط الشكلية والموضوعية. وتحرص المحاكم التي يطلب منها الصيغة التنفيذية الإلزامية لتنفيذ الحكم التحكيمي، على التأكد من سلامة هذه الشروط قبل أن تأذن بالتنفيذ، حتى يصدر حكم التحكيم صحيحاً لا تشوبه بعض العيوب، و حتى لا يكون محل الطعن فيه بالبطالان، لا بد من توافر بعض الشروط الموضوعية والشكلية في حكم التحكيم الفاصل في النزاع.

### الفرع الأول: الشروط الموضوعية

تلعب إرادة الأطراف دوراً رئيسياً في تحديد القواعد القانونية التي تطبقها هيئة التحكيم على النزاع، إذ إن المقصود بالقواعد الموضوعية هو القانون الذي توافقت إرادة الطرفين على اختياره لتفصل بموجبه هيئة التحكيم على النزاع، ذلك أن إرادة الطرفين هي الأقدر على تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد يختار الطرفين قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، ويمكن أن يرغب الطرفين في اقتناء قواعد من أنظمة قانونية مختلفة لتشكل منها قانوناً تفصل عن طريقه هيئة التحكيم النزاع.<sup>(1)</sup>

(1) محمد مهدي عبد الوهاب حجيري، بطلان حكم التحكيم، نشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2013 ص

يهدف أطراف اتفاق التحكيم إلى حسم ما نشب بينهم أو ما قد ينشب بينهم من منازعات وذلك عن طريق التحكيم، بدلاً من الالتجاء إلى القضاء، ولذا لم أن يصدر حكم التحكيم فاصلاً في موضوع النزاع على نحو نهائي، الذي يكتسي هذا الوصف هو الحكم الصادر في موضوع النزاع، ولكن إذا كان حكم التحكيم بهذا المعنى يطابق معنى الحكم القضائي إلا أن المحكمين على عكس القضاة لا يستمدون سلطتهم من الدولة وإنما من اتفاق الأطراف، ولذا فهم الذين يحددون مهمة المحكم ونطاق سلطاته فهو قاضي النزاع لا يفصل إلا فيما عرض عليه، ولذلك يعد سبباً من أسباب بطلان الحكم، تجاوز المحكم حدود المهمة الموكلة إليه، ويجب أن يصدر المحكمون حكمهم وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، سواء بالنسبة للإجراءات أو للموضوع وإلا يعد سبباً لبطلان الحكم تجاهل المحكمين لإرادة الأطراف والحكم وفقاً لقانون آخر.<sup>(1)</sup> وهو ما تضمنته جل التشريعات الخاصة بالتحكيم الدولي، من بينها قانون الاجراءات المدنية الفرنسي حيث نصت الفقرة الأولى من نص المادة 1511 منه أنه يجب على هيئة التحكيم أن تبت في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الطرفان. أو وفقاً لما تراه هيئة التحكيم مناسباً.<sup>(2)</sup>

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في صحة موضوع اتفاق التحكيم، على أنه تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي

(1) يملك المحكمون سلطة التحرر من سلطان أي قانون، والحكم بما يرونه محققاً للعدالة والإنصاف، إذا اتفق الأطراف على تخويلهم هذه السلطة صراحة على ذلك، نقلاً عن، محمود مختار بري، المرجع السابق، ص 182.

(2) **Art. 1511.** –Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً. (1)

### الفرع الثاني: الشروط الشكلية

لكي يصدر حكم التحكيم الدولي مستوفياً لجميع شروطه الموضوعية، لا بد في الأخير من اضافة عليه الطابع الشكلي أي إخراجها في شكله المكتوب ليكتسي طابع الحجية في التنفيذ. وهو ما تناولته أغلي قوانين هيئات التحكيم الدولية والتشريعات المقارنة على النحو التالي:

#### أولاً: شرط شكل حكم التحكيم الدولي في ظل قواعد هيئات التحكيم الدولية

نصت أغلب قواعد الأنظمة ذات الطابع الدولي الخاصة بالتحكيم، أن يتضمن حكم التحكيم الفاصل في النزاع، المكتوب على مجمل من البيانات التي لا غنا عنها في صدور أي حكم، فقد نصت قواعد اليونسترال لسنة 2013 للتحكيم التجاري الدولي على أن تُصدّر قرارات التحكيم كتابةً، وتكون نهائيةً ومُلزمةً للأطراف. وينفّذ الأطراف كل قرار التحكيم دون إبطاء. (2)

(1) نص الفقرة الأولى من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري.

(2) حيث نصت المادة 34 من قواعد اليونسترال للتحكيم في طبعها المنقحة 2013 على أنه: يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدّر قرارات تحكيم مُنفصلةً بشأن مسائل مختلفة في أوقات مختلفة.

- تُصدّر قرارات التحكيم كتابةً، وتكون نهائيةً ومُلزمةً للأطراف. وينفّذ الأطراف كل قرار التحكيم دون إبطاء.

- على هيئة التحكيم أن تُبيّن الأسباب التي استند إليها القرار، ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على عدم بيان الأسباب.

- يكون قرار التحكيم مهوراً بتوقيع المحكّمين، ويُذكر فيه التاريخ الذي أُصدر فيه ومكان التحكيم. وفي حال وجود أكثر من محكّم واحد وعدم توقيع أحدهم، تُذكر في القرار أسباب عدم التوقيع.

- يجوز نشر قرار التحكيم علناً بموافقة كلّ الأطراف أو متى كان أحد الأطراف مُلزماً قانوناً بأن يُفصح عن ذلك القرار من أجل حماية حقّ قانوني أو المطالبة به أو في سياق إجراءات قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة أخرى.

أما بالنسبة لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فإن المادة 34 منه تستلزم في حكم التحكيم، أن يكون مكتوباً، وموقعاً من طرف المحكمين، وإذا كانت المحكمة مشكلة من ثلاثة محكمين، ونقص توقيع أحد هم، فيجب بيان سبب ذلك في الحكم، كما يجب على هيئة التحكيم تسيب الحكم، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، مع بيان تاريخ ومكان إصدار الحكم.<sup>(1)</sup> وهي نفس العناصر التي نص عليها نظام مركز المحامين العرب للتحكيم، التي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم، من وجوب أن يكون حكم التحكيم مسبباً مع اعتبار أن حكم التحكيم، قد صدر في مكان التحكيم وفي التاريخ المدون فيه.<sup>(2)</sup> وهو ما ذهبت إليه قواعد الغرفة التجارية الدولية، على وجوب تسيب الحكم، ويعتبر حكم التحكيم متخذاً في مكان التحكيم وبالتاريخ المدون فيه<sup>(3)</sup>، ويتم إثبات التسوية للخلاف في شكل حكم صادر باتفاق الأطراف إذا طلبت الأطراف ذلك مع موافقة هيئة التحكيم.<sup>(4)</sup>

### ثانياً- شرط شكل حكم التحكيم الدولي في ظل التشريعات المقارنة:

إن شرط الشكل عنصر مهم في جميع المعاملات القانونية خاصة العلاقات العقدية بين الأطراف، لا بد وأن تكون في شكل مكتوب، فإن كنا في خصومة تحكيمية للفصل بين طرفين بخصوص نزاع معين، لا يعقل أن يكون الحكم شفويًا ملزم للطرفين وواجب التنفيذ لذا نص المشرع الفرنسي على وجوب كتابة حكم التحكيم لإثباته حيث نصت الفقرة الأولى من نص المادة 1515 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه يتم إثبات وجود قرار تحكيمي

- تُرسلُ هيئةُ التحكيم إلى الأطراف نُسخاً من قرار التحكيم مهوراً بتوقيع المحكمين.

(1) نص المادة 34 من قواعد التحكيم بالمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة 2011.

(2) نص المادة 28 من نظام مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم بالقاهرة 1944.

(3) نص المادة 31 من قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية لسنة 2013 .

(4) نص المادة 32 من قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية لسنة 2013 .

من خلال إصدار الأصل مصحوباً باتفاق التحكيم أو نسخ من هذه المستندات التي تستوفي الشروط المطلوبة لأصالتها.<sup>(1)</sup>

وقد نص المشرع المصري صراحة في نص المادة 1/43 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، بأن يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.<sup>(2)</sup>

على عكس المشرع الجزائري الذي يلزمه في بعض المسائل الإشارة إليها صراحة، دون الفهم الضمني لها وهو ما يستشف من المواد 1027، 1028، 1029، فقد نصت المادة 1027 على أنه يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضاً لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، ويجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة. وهذه إشارة إلى أن يكون حكم التحكيم مكتوباً. كما ألزم المشرع الجزائري جميع المحكمين على التوقيع على الحكم<sup>(3)</sup> فالكتابة شرط لوجود الحكم وإثباته فالقانون لا يعترف بالحكم الشفوي، فمثل هذا الحكم يكون منعماً، كما يجب أن يتضمن الحكم منطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره.<sup>(4)</sup>

<sup>(1)</sup> Art 1515.-L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

<sup>(2)</sup> نص الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

<sup>(3)</sup> نص المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري.

<sup>(4)</sup> كما نصت المادة 1028 على أنه: "يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية : إسم ولقب المحكم أو المحكمين

تاريخ صدور الحكم، مكان إصداره، أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها

الاجتماعي، أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء."

وباستقراء جميع النصوص السابقة، سواء التشريعات الداخلية، أو الأنظمة الدولية للتحكيم نلاحظ أنها اتفقت على أن صدور حكم التحكيم مكتوباً، وموقعاً من طرف هيئة التحكيم، و لا يخلو من ذكر التسبيب إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، مع ذكر المكان والتاريخ الذي صدر فيه الحكم. و إلا كان حكم التحكيم محل بطلان. وذلك لعدم توفره على الشروط القانونية لإصدار حكم منهي للخصومة.

### المبحث الثاني: مدى إمكانية الطعن في حكم التحكيم الدولي

يتميز التحكيم كآلية لفض المنازعات عن غيره من الأنظمة القائمة من حيث طبيعته الخاصة والاستثنائية، ومزاياه المتعددة التي جعلت الشركات الأجنبية في إبرامها لعقودها الدولية في مجال الاستثمار، تفضل التحكيم عن القضاء الوطني، حيث أضفت التشريعات على قانون التحكيم طبيعة اتفاقية، تلعب فيها إرادة الأطراف دوا فعالا في إبرام اتفاق التحكيم، واختيار نوعية ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع. وطبيعة القضائية التي يستمد فيها المحكم سلطاته من إرادة الأطراف، ليتوصل إلى حكم منهي للنزاع، ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيه بالطرق المقررة في القانون، إلا إذا شاب الحكم عيب من العيوب، يستوجب إعادة النظر فيه من قبل المحكمة التي صدر في ضلها حكم التحكيم في مطلبين: يتناول المطلب الأول : الطعن في قرارات المحكمين. و طرق الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة في التحكيم الدولي في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: الطعن بقرارات المحكمين

بعد صدور قرار التحكيم يحق للطرفين المتنازعين أن يتفقوا على الطعن بالقرار التحكيمي إذا لم يستوفي الشروط القانونية أو شابه عيب من عيوب البطلان المحددة في القانون. لذا سنحاول من خلال هذا المطلب، التطرق إلى مواقف كل، من الفقه والاتفاقيات الدولية، والتشريعات المقارنة، من مسألة الطعن بقرارات المحكمين، التي تعتبر بدورها أحكاماً صادرة لإنهاء النزاع المطروح على هيئة التحكيم على النحو التالي:

## الفرع الأول: الطعن في قرار المحكمين في الاتفاقيات وقواعد مراكز التحكيم الدولية

نصت جل الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، على إمكانية الطعن أحكاماً أو قرارات المحكمين الفاصلة في النزاع، نورد أهمها فيما يلي :

## أولاً – الطعن في الاتفاقيات الدولية :

عاجت أغلب الاتفاقيات الدولية الخاصة بموضوع التحكيم، إمكانية الطعن بالقرار التحكيمي، فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927 في الفقرة (أ) من المادة الثانية منها على إمكانية رفض تنفيذ القرار التحكيمي من قبل القاضي المراد منه إسباغ الصفة التنفيذية على القرار المذكور، إذا وجد أن هذا القرار كان قد تم إبطاله في الدولة التي صدر فيها.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> Art 2 : Même si les conditions prévues à l'article premier sont remplies la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées si le juge constate .

–que le sentence a été annulée dans le pays où elle a été rendue. **Voir,**  
**Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères**  
**1927 . www.lexfind.ch.**

يفهم من هذا النص أن اتفاقية جنيف أخذت بإمكانية الطعن في القرار التحكيمي أمام محكمة الدولة التي صدر فيها ذلك القرار، فإذا كان حكم تلك المحكمة هو إبطال القرار المذكور فيجوز لقاضي الدولة المراد تنفيذ القرار فيها، أن يرفض تنفيذه بسبب صدور حكم البطلان.

أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، يفهم من المادة الخامسة منها بإمكانية إبطال القرار التحكيمي من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها القرار أو من قبل الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها، إذا كان أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.<sup>(1)</sup> إن الفرق في ما جاء في اتفاقية - جنيف واتفاقية نيويورك - أن هذه الأخيرة قد أعطت السلطة المختصة في الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها حق إبطال القرار

<sup>(1)</sup> Art1 . La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve

a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ... **Voir :Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York, le 10 juin 1958.**

التحكيمي بالإضافة إلى إمكانية ذلك من قبل السلطة المختصة في الدولة التي صدر قرار التحكيم فيها. (1)

وعن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف 21 نيسان 1961، فقد تبنت هذه الاتفاقية النص الذي جاءت به اتفاقية نيويورك 1958 في هذا الصدد بإبطال حكم التحكيم، إذا كان الحكم التحكيمي متعلقًا بنزاع لم يشر إليه في الاتفاق التحكيمي، أو إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو الأصول الإجرائية للتحكيم لم تكن متطابقة مع اتفاق الأطراف (2). كما يمكن مراجعة و إعادة النظر في حكم التحكيم حسب الاتفاقية، اتفاقية واشنطن بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إذا اكتشف أي طرف واقعة من شأنها أن تؤثر تأثيرًا حاسمًا على قرار المحكمين، بشرط ألا تكون هذه الواقعة معلومة للمحكمة أو لطالب إعادة النظر، وإلا يكون جهل هذا الأخير بهذه الواقعة ناتجًا عن خطئه، ويتم تقديم طلب إعادة خلال التسعين يومًا التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة، أخلال الثلاث سنوات التالية لإصدار الحكم في جميع الأحوال. وتختص بنظر الالتماس المحكمة التي

(1) ويلاحظ أن اتفاقية جنيف لم تشترط أن يكون القرار قد تم إبطاله في دولة منضمة إلى الاتفاقية، كما لم تشترط أن يكون قاضي الدولة الذي يرفض تنفيذ القرار الذي تم إبطاله من دولة منضمة إلى الاتفاقية. د. فوزي محمد سامي التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 392.

(2) Art9 : c) la sentence arbitrale porte sur un différend non mentionné dans la convention d'arbitrage ou n'est pas incorporé dans les dispositions de la clause d'arbitrage ou inclut des décisions qui vont au-delà des dispositions de la convention d'arbitrage ou de la clause compromissoire. Toutefois, si les dispositions de la sentence arbitrale relatives aux affaires soumises à l'arbitrage peuvent être séparées des affaires qui ne sont pas soumises à celle-ci. voir la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international Tenue à Genève le 21 avril 1961.

أصدرته. وإذا تعذر ذلك، تنظره محكمة جديدة يتم تشكيلها من جديد وفقا لقواعد المنظمة لتشكيل محكمة التحكيم.<sup>(1)</sup> فضلا عن إمكانية إعادة التماس النظر، يمكن بطلب كتابي طلب بطلان الحكم، ويقدم هذا الطلب لسكرتير العام للمركز استنادا لأحد للأسباب الواردة في نص الاتفاقية.<sup>(2)</sup> ويجب تقديم طلب البطلان خلال المائة وعشرين يوما التالية لتاريخ القرار، الا في حالة الاستناد للانحراف المنسوب لأحد أعضاء المحكمة، فتحسب المدة من تاريخ اكتشاف هذا الانحراف وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم الطلب بعد مضي ثلاثة سنوات من تاريخ الحكم.<sup>(3)</sup> أما بالنسبة للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي، فأجازت للطرفين بناء على طلب كتابي يوجه إلى مدير التوثيق تقديم طلب إبطال القرار، إذا تجاوزت

<sup>(1)</sup> وفق نص المادة 51 من الاتفاقية، يجوز لأي طرف أن يطلب إعادة النظر في هذا الحكم من قبل تطبيقه في كتاب موجه إلى الأمين العام على أساس اكتشاف واقعة من هذا النوع وبشكل حاسم في التأثير على الحكم، و ينص على أنه عندما صدر قرار التحكيم أن حقيقة لم يكن معروفا إلى المحكمة وإلى مقدم الطلب وذلك جهل مقدم الطلب من أن الواقع لم يكن بسبب الإهمال أن يقدم الطلب في غضون 90 يوما بعد اكتشاف هذه الحقيقة وعلى أي حال في غضون ثلاث سنوات بعد التاريخ الذي صدر قرار التحكيم. وطلب إذا كان ذلك ممكنا، سيقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم. إذا كان هذا لا يكون ممكنا، يجب على المحكمة الجديدة أن تشكل وفقا للمادة 2 من هذا الفصل. يجوز للمحكمة، إذا رأت أن الظروف تقتضي ذلك، والبقاء إنفاذ قرار التحكيم في انتظار قراره. إذا كان مقدم الطلب تطلب وقف تنفيذ الحكم في طلبه، وجب تطبيق بقي مؤقتا حتى قواعد المحكمة بناء على طلب من هذا القبيل.

<sup>(2)</sup> ومن بين هذه الأسباب نصت عليها المادة 52 من الاتفاقية بنصها أنه، يجوز لأي طرف أن يطلب فسخ الحكم من قبل تطبيق في كتابة موجهة إلى الأمين العام على واحد أو أكثر من الأسباب التالية: أن المحكمة لم تكن تشكل بشكل صحيح، أو في حالة تجاوز المحكمة صلاحياتها بوضوح، أو أن هناك فساد من جانب عضوا في المحكمة، أن كان هناك خروجاً خطيراً على قاعدة أساسية من قواعد الإجراءات... الخ.

<sup>(3)</sup> ويقوم رئيس المركز فوراً بتعيين ثلاثة من قائمة المحكمين لتكوين لجنة خاصة، على ألا يكون من بينهم أحد أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم أو ينتمي لجنسية الدولة الرعية أو أن يكون اسمه أدرج في قائمة المحكمين بواسطة أي من الدول المذكورة، كما يمكن للجنة إذا اقتضت الظروف أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم لحين الفصل في طاب البطلان. نقلا عن، محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 250.

الهيئة اختصاصاتها بشكل ظاهر أو ثبوت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة، كان من طبيعتها أن تؤثر في القرار تأثيراً جوهرياً، بشرط أن لا يكون جهل طالب إبطال القرار راجعاً لتقصيره، يجب احترام ميعاد تقديم الطلب، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ استلام القرار غير أنه إذا كان طلب الإبطال مبنياً على السببين المذكورين، فيجب تقديمه خلال ستين يوماً من تاريخ اكتشاف الواقعة، وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الإبطال بعد مضي سنة كاملة من تاريخ صدور القرار.<sup>(1)</sup>

### ثانياً - الطعن في قواعد مراكز التحكيم الدولية:

إذ صدر حكم التحكيم وكان الأطراف قد اتفقوا على خضوع التحكيم لقانون إجرائي أجنبي أو للاتحة مركز أجنبي أو وفقاً لقواعد مركز تحكيم إقليمي أو وفقاً لقواعد الأونسيترال، فالقاعدة العامة في التحكيم، أن للطرفين المتنازعين الحرية التامة في الاتفاق على الجهة التي يصار إليها لتقديم طلب الطعن في القرار التحكيمي، وهذا يعني أنهما يستطيعان الاتفاق على إمكانية الطعن في قرار التحكيم أمام هيئة أخرى تعين من قبلها غير تلك التي أصدرت القرار.<sup>(2)</sup>

(1) نص المادة 34 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري 1987: يقدم طلب الإبطال إلى رئيس المركز ويقوم المكتب بتعيين لجنة من رئيس وعضوين من القائمة تتولى دراسة الطلب وتفصل فيه على أنه لا يجوز لها أن تبحث في غير الأسباب التي وردت في طلب الإبطال . ولا يجوز أن يكون احد أعضاء اللجنة من المحكمين الذين أصدروا القرار أو من مواطني احد طرفي النزاع . و للجنة إبطال القرار كلياً أو جزئياً =استناداً إلى ثبوت السبب الذي بني عليه طلب الإبطال، يجوز للجنة إن توقف تنفيذ الحكم مؤقتاً بناء على طلب الطاعن وذلك إلى حين الفصل في الطعن.

(2) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه لما كان شرط التحكيم، قد جرى على أن النزاع يتم تسويته بصفة نهائية طبقاً لقواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية وأن التحكيم سيجري في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومفاد ذلك أن الطرفين قد جعلوا من القاهرة مكاناً لإجراء التحكيم، بما يحمله هذا الاختيار من جعل المحاكم المصرية وحدها المختصة بنظر دعوى البطلان . وقد نص البند 3 من المادة 25 من نظام التحكيم

## 1- قانون اليونسטרال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 2006 :

الطعن في حكم التحكيم وفق قانون اليونسטרال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لا يمكن إلا أن يأخذ شكل طلب البطلان، في حالة ما إذا كان أحد الأطراف، يفتقر إلى الأهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له، أو عدم وجود أي إشارة في هذا الشأن، وفقا لقانون هذه الدولة، أو على الطرف الذي يقدم الطلب، لم يوجه إليه إشعار صحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان غير قادر على عرض قضيته، أو أن قرار التحكيم يتناول نزاعا لا ينص عليه اتفاق التحكيم، أو إذا كانت تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم يكن وفقا للاتفاق بين الطرفين ما لم يكن مثل هذا الاتفاق كان في صراع مع حكم من أحكام هذا القانون من الأطراف التي لا يمكن الخروج، أو في حالة عدم اتفاق من هذا القبيل،<sup>(1)</sup> ويكون ميعاد تقديم طلب البطلان خلال ثلاثة شهور من تاريخ إعلان طالب البطلان بالحكم أو من تاريخ إصدار المحكمة قرارها بشأن طلب التفسير أو تصحيح الحكم، أو إصدار أحكام إضافية، و إذا رأت هيئة التحكيم أن الطلب له ما يبرره، وجب عليها إجراء التصحيح أو إعطاء تفسير في غضون ثلاثين يوما من تاريخ استلام الطلب تفسير تكون جزءا من هذه الجائزة.<sup>(2)</sup> كما توجد

الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس على أن يعتبر حكم التحكيم قد صدر في مكان التحكيم . مؤدى ذلك اعتبار حكم التحكيم المطعون صادرا في مدينة القاهرة، فإن الدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية، بنظر دعوى البطلان لصدور الحكم المطعون من غرفة التجارة الدولية بباريس يكون غير سديد. نقلا عن محمد علي محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية، الأردن، 2011 ص 355 .

<sup>(1)</sup> نص المادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران / يونيو 1985، عدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 تموز/ يوليو 2006 وثيقة الأمم المتحدة A/40/17، المرفق الأول و A/61/17، المرفق الأول.

<sup>(2)</sup> نص الفقرة الثالثة من المادة 34 من نفس القانون.

إمكانية وقف دعوى البطلان، بناء على طلب أحد الأطراف، لإعطاء الفرصة لمحكمة التحكيم لاتخاذ التدابير والإجراءات الكفيلة بإزالة أسباب البطلان.<sup>(1)</sup>

## 2- غرفة التجارة الدولية بباريس 2012:

بالنسبة لقواعد غرفة التجارة الدولية، فإن قرار التحكيم يكون نهائياً، وذلك لأنه بمجرد خضوع الأطراف للتحكيم وفقاً لقواعد الغرفة، يعتبر تنازلاً عن كل سبل الطعن المفتوحة لهم قانوناً، مع تعهدهم بتنفيذ القرار دون إبطاء<sup>(2)</sup>، حيث إن اتفاق الأطراف على التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة يعني خضوعهم لهذه القواعد، وإذا أثار أحد الأطراف أي دفوع تتعلق بصحة اتفاق التحكيم، فإن المحكمة الدولية للتحكيم بالغرفة، تفحص ظاهرياً أمر التحقق من وجود الاتفاق فإن تبين لها ذلك، لا تمنع النظر في الأسس والحجج التي يستند إليها الدفع، وتترك الأمر للمحكم في اللبت في أمر اختصاصه، أولاً يتأثر اختصاصه ببطلان العقد إذا تحقق من صحة الاتفاق وهو تكريس لمبدأ استقلال شرط التحكيم.<sup>(3)</sup>

## 3- نظام مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم بالقاهرة:

لم تتضمن قواعد نظام مركز المحامين العرب للتحكيم، نصوصاً تعالج بطلان حكم التحكيم، فحكم التحكيم الذي يصدر عنها غير قابل للاستئناف أمام هيئة أو محكمة تحكيم أخرى، بحيث يكون حكم التحكيم نهائياً وحاسماً للنزاع وملزماً للأطراف، إذ يعتبر التجاء أطراف

<sup>(1)</sup> نص الفقرة الرابعة من المادة 34 من نفس القانون .

<sup>(2)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 6/34 من قواعد الوساطة و التحكيم بالغرفة التجارية الدولية بباريس 2012 .

<sup>(3)</sup> ولكن أحكام التحكيم التي تصدر وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، هي أحكام تحكيم تصدر في منازعات التجارة الدولية، فهي أحكام ذات طابع دولي، وبالتالي تخضع لنصوص القوانين الوطنية التي تنظم كيفية وحدود الطعن في هذا النوع من أحكام التحكيم، نقلاً عن، محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 254 .

النزاع إلى التحكيم وفق لنظام مركز اتحاد المحامين العرب، إقراراً منهم بالتزامهم بتنفيذ حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك متنازليين عن كل طريق من طرق الطعن، متى كان من الممكن التنازل عنه قانوناً. (1)

#### 4- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011:

فيما يتعلق بمسائل الاجراءات، في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي يجوز أن يصدر القرار من المحكم الرئيس وحده إذا لم تتوافر الأغلبية أو أجازت هيئة التحكيم ذلك، ويكون هذا القرار قابلاً لإعادة النظر من قبل هيئة التحكيم. (2)

لكن عند صدور الحكم المنهي للخصومة، يكون نهائي وملزم للأطراف، ويجب على الأطراف تنفيذ جميع أحكام التحكيم دون تأخير. (3)

وفي الأخير يمكن القول أنه بعد صدور حكم المحكم الفاصل في موضوع النزاع، أجازت مختلف القوانين، و حتى الأنظمة الدولية، إمكانية الطعن في الحكم، من قبل الأطراف إذا وجد سبب لذلك، وذلك برفعه إلى قضاء الدولة الذي يمارس سلطاته فيه، بالرغم من أن بعض الأنظمة التحكيمية ذات الطابع الدولي، لم تجز إمكانية الطعن بطلان حكم التحكيم مثل مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم، وقواعد غرفة التجارة للتحكيم، حيث اعتبرا أن حكم التحكيم هو نهائي، وغير قابل لأي طريقة من طرق الطعن .

(1) نص المادة 5/31، من نظام مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم بالقاهرة .

(2) الفقرة الثانية من نص المادة 33 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011 .

(3) الفقرة الثانية من نص المادة 34 من نفس قواعد المركز .

## الفرع الثاني : الطعن في القرار التحكيمي طبقاً للتشريعات المقارنة

تطرق لمشروع الجزائري، إلى الطعن في القرار التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في حالة مخالفة القانون بخصوص تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد، وفي حالة مخالفة المهمة المسندة لمحكمة التحكيم، أو لم يراع مبدأ الوجاهة، أو في حالة عدم تسيب محكمة التحكيم لحكمها، أو كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.<sup>(1)</sup> أما في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فقد قضت المادة 52 كقاعدة عامة أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

إلا أنه حدد في نص المادة 53 الحالات التي تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته. إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين. إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها. إذا وقع بطلان في حكم

<sup>(1)</sup> نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الفصل الخاص في طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي.

التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم. وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها بطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.<sup>(1)</sup>

وهي نفس الأسباب التي حددها المشرع الفرنسي على سبيل الحصر في المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المرسوم رقم 48 لسنة 2011 الذي عدل بموجبه قانون التحكيم في فرنسا.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي

بعد ما رأينا موقف الاتفاقيات الدولية، وهيئات ومراكز التحكيم الدولية، من مسألة جواز الطعن في قرارات التحكيم الدولي المنهية للخصومة عن طريق دعوى البطلان من عدمه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى طرق الطعن في أحكام التحكيم في التشريعات المقارنة وماهي الإجراءات المتبعة في ذلك من خلال ما يلي :

<sup>(1)</sup> نص المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

<sup>(2)</sup> **Art1520** : Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou
- Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou
- Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou
- Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou
- La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

## الفرع الأول: طرق الطعن في القانون الجزائري وفقا للقانون رقم 08-09:

أجاز المشرع الجزائري الطعن في أحكام التحكيم الدولي، بموجب القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية لسنة 2008، وذلك عن طريق الاستئناف.<sup>(1)</sup> بحيث إذا رفض الطرف الصاد ضده حكم التحكيم الدولي الاعتراف به أو رفض تنفيذه فإنه يحق له استئناف هذا الحكم، ولكن بشرط أن تتوفر الحالات المنصوص عليها في نص المادة 1056 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، بحيث لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: صدور حكم التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو اتفاقية باطلة أو انتهى أجلها، أو إذا كانت تشكيلة محكمة التحكيم غير قانونية، أو تعيين الحكم غير قانوني خروج المحكمة عن المهمة المسندة إليه أو في حالة عدم احترام مبدأ الوجاهية، أو إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.<sup>(2)</sup>

إذا توافرت هذه الأسباب يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهرا واحدا ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.<sup>(3)</sup> وبهذا يمكن للطرف المتضرر من هذه الحالات التي شابت حكم التحكيم الدولي، أن يستأنف حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر من أجل إبطاله وفق نص المادة 1058.<sup>(4)</sup> ويرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في

(1) نصت المادة 1055 على : " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف. "

(2) نص المادة 1056 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري .

(3) نص المادة 1057 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري .

(4) حيث نصت المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن أن يكون حكم التحكيم

الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056"

دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. و لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.<sup>(1)</sup>

كما أتاح المشرع الجزائري للأطراف امكانية المواصلة في الطعن في قرارات التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر بعد استئنافها من أجا إبطالها عن طريق الطعن بالنقض.<sup>(2)</sup>

ومن أمثلة القضايا التي لجأت فيها الجزائر للتحكيم، وطعن في حكم قرار التحكيم الدولي، في قضية شركة "غاز ناتورال" الإسبانية ضد شركة "سوناطراك" حيث تقدم المجمع الإسباني "غاز ناتورال" بطعن على قرار محكمة التحكيم الدولية فيما يتعلق بسعر الغاز الطبيعي الذي تزوده بها شركة سوناطراك عبر "غاز دوك مغرب أوروبا" وحسب ما أوردته وكالة رويترز نقلا عن مسؤول بالمجمع فإنه تم إيداع طعن لدى المحكمة من طرف مسؤولي شركة "غاز ناتورال" الإسبانية بسبب شوائب إجرائية مفترضة انتابت القرار. وكانت محكمة التحكيم الدولية قد بتت في القضية في 16 أوت 2010، وحكمت لصالح مجمع سوناطراك لرفع سعر الغاز الذي تباعه للمجمع الإسباني "عبر غاز دوك مغرب"، ويمثل حجم الغاز العابر عبر "غاز دوك" 25 بالمائة من واردات إسبانيا من الغاز منذ 2005. ويعود النزاع بين الطرفين إلى سنة 2007 عندما طلبت الجزائر زيادة تقدر بـ 20 بالمائة، من سعر الغاز المباع لإسبانيا عبر "غاز ناتورال". وكان وزير الطاقة والمناجم السابق، شكيب خليل، قد قدر حجم الخسائر الناجمة عن الإبقاء على الأسعار القديمة بـ 600 مليون دولار سنويا. ويأتي قرار محكمة التحكيم الدولية، هذه المرة، متزامنا مع انخفاض سعر الغاز في الأسواق العالمية، بينما كانت

<sup>(1)</sup> نص المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري.

<sup>(2)</sup> نصت المادة 1061 على أنه : " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055، 1056، 1058، أعلاه قابلة

للطعن بالنقض."

الأسعار في أوجها عندما أودعت الجزائر طلبها عام 2007، بفضل الارتفاع الكبير لأسعار البترول.<sup>(1)</sup>

كما قام المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات التابع للبنك العالمي في قضية أخرى، بتعيين لجنة خاصة لدراسة طعن قدمته شركة "أوراسكوم تيليكوم" للاستثمارات في إطار التحكيم الذي بينها وبين الجزائر، في قضية شركة "جيزي". و أوضح المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات على موقعه الإلكتروني أن هذه الهيئة التحكيمية الدولية قد عينت الرئيس الأسبق لمحكمة العدل الدولية السلوفاكي "بيتر تومكا" ليرأس هذه اللجنة الخاصة. كما أشار المركز إلى أن اللجنة ستبث في طلب إلغاء الحكم الذي أصدرته ذات الهيئة التحكيمية والذي جاء في صالح الجزائر. وكان المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات قد حكم برفض طلب رئيس شركة أوراسكوم نجيب ساويرس الذي يطالب الدولة الجزائرية بدفع 5 مليار دولار كتعويض. كما حكم المركز من جانب آخر بان يدفع للدولة الجزائرية المصاريف التي صرفت في قضية التحكيم.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: طرق الطعن في القانون الفرنسي وفقاً للمرسوم رقم 48 لسنة 2011

يفرق المشرع الفرنسي بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، والأصل أن أحكام التحكيم الداخلي تقبل الطعن فيها بالاستئناف، إلا إذا تضمن اتفاق التحكيم ما يقيد نزول الأطراف عن حق الطعن بالاستئناف. أما بالنسبة لأحكام التحكيم الدولي فلا يجوز استئنافها بل تكون محل طلب البطلان، وهو ما تجسد في ظل المرسوم رقم 48 لسنة 2011 الخاص بتعديل أحكام التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، بجواز إلغاء قرار التحكيم

<sup>(1)</sup> وقائع القضية منشورة على موقع : [www.djazairress.com](http://www.djazairress.com)

<sup>(2)</sup> وقائع القضية منشورة على موقع : [www.al-fadjr.com](http://www.al-fadjr.com)

عن طريق دعوى البطلان وفقاً لنص المادة 1518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بأنه لا يمكن أن يكون الحكم الصادر في فرنسا في التحكيم الدولي محل طعن إلا بالطعن بالبطلان.<sup>(1)</sup> والجهة القضائية المختصة التي يرفع أمامها الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي يكون أمام محكمة الاستئناف الفرنسية التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها خلال شهر من التبليغ بالحكم.<sup>(2)</sup>

و الطعن في حكم التحكيم الدولي غير جائز إلا بتوفر الحالات التالية:

- صدور حكم التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو اتفاقية باطلة أو انتهى أجلها.

- إذا كانت تشكيلة محكمة التحكيم غير قانونية، أو تعيين الحكم غير قانوني خروج المحكمة عن المهمة المسندة إليه .

- عدم احترام مبدأ الوجاهية.

- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.<sup>(3)</sup>

---

<sup>(1)</sup> **Art1518** : La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet de d'un recours en annulation.

<sup>(2)</sup> **Art1519**:Le recours en annulation est porté devant **la cour d'appel** dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

- Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans **le mois de la notification de la sentence**.

- La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

<sup>(3)</sup> **Art1520** : Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

و بالرغم من أن الجهة القضائية المختصة التي يرفع أمامها الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي يكون أمام محكمة الاستئناف الفرنسية التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها، إلا أنه في الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في شأن الطعن على أحكام التحكيم الصادرة المنازعات المتصلة بالعقود العامة بتاريخ 2016/11/09. حيث يأتي هذا الحكم في ضوء الأحكام التي صدرت تطبيقاً لحكم محكمة النزاع، والذي قرر اختصاص القضاء الإداري بالحكم في بطلان أحكام التحكيم الدولي الصادرة في فرنسا والمتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك بالرغم من أن المادة 1519 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي تقضي باختصاص القضاء العادي عامة ممثلة في محكمة الاستئناف، بالنظر في بطلان احكام التحكيم. حيث تتمثل أهمية الحكم في أنه يحدد نطاق رقابة القاضي الاداري على أحكام التحكيم والأسباب التي تؤدي إلى بطلانها وخاصة الأسباب المتعلقة بالقواعد الآمرة للنظام العام الإداري.<sup>(1)</sup>

وهو ما تكرر في العديد من المناسبات بتولي مجلس الدولة الفرنسي طلب إلغاء قرار التحكيم، من خلال الحكم الذي أصدرته محكمة النزاع الفرنسية بتاريخ 2016/04/11 في القضية رقم 4043، وإذ يعتبر أن الاستئناف ضد قرار التحكيم الصادر في فرنسا على

- 
- Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou
  - Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou
  - Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou
  - La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. **VOIR: Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage .**

<sup>(1)</sup> Arrêt de la conseil d'Etat ,Assemblée ,09/11/2016/ 388806, Publie au recueil Lebon. Publie sur ; [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

أساس اتفاق التحكيم، في نزاع ينشأ عن تنفيذ أو خرق عقد مبرم بين شخص اعتباري يحكمه القانون العام في فرنسا و شخص بموجب القانون الأجنبي، والتي أجريت في الأراضي الفرنسية، التي تنطوي على مصالح التجارة الدولية، سواء كان ذلك وفقا لمعايير القانون الفرنسي، يمثل أمام محكمة الاستئناف في ولايتها، لا يؤثر الطعن على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية ؛ ومع ذلك، فليس هذا هو الحال إذا كان الإجراء المتخذ ضد مثل هذا الحكم في ظل نفس الشروط ينطوي على التحقق من مطابقة الحكم مع القواعد الإلزامية للقانون العام الفرنسي المتعلقة باحتلال المال العام أو يحكم النظام العام أن تلك العقود غطت على النظام العام الإداري، الطعن في قرار التحكيم الصادر في نزاع ينشأ عن تنفيذ أو مخالفة من هذا العقد يدخل ضمن اختصاص المحاكم الإدارية.<sup>(1)</sup> وهم ما أكدت عليه محكمة النزاع الفرنسية في حكمها بتاريخ 2017/04/24، أن الاستئناف ضد الحكم الصادر في فرنسا والتقدم بطلب للتنازل يقع ضمن اختصاص المحكمة الإدارية.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثالث- طرق الطعن في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

بالنسبة للطعن في حكم التحكيم الدولي وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، فقد استغنى المشرع المصري عن كافة الطرق المقررة بالنسبة للأحكام القضائية و الاكتفاء بطريق وحيد يتمثل في دعوى البطلان دون غيره من طرق الطعن، حيث نصت المادة 52 من قانون التحكيم المصري رقم 94/27 على أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر

<sup>(1)</sup> Arrêt de la Tribunal des conflits, civile, 11 avril 2016, 16-04.044, Publié au bulletin, Publie sur ; [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>(2)</sup> le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative

Arrêt de la Tribunal des conflits, civile, 24 avril 2017, 17-04.075, Publié au bulletin, Publie sur ; [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

طبقاً لهذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجارية و يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.<sup>(1)</sup>

وترفع دعوى البطلان في حالات معينة حددتها المادة 53 من قانون التحكيم المصري من بينها إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته. أو إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. أو إذا تعذر على أحد طرفي تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانته إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو إجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. أو في حالة ما إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه أو لاتفاق الطرفين، أو إذا تم تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين، أو إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها. وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان محكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.<sup>(2)</sup> فالمشرع المصري، على عكس نظيره الفرنسي، لا يفرق بين حكم التحكيم الداخلي أو حكم التحكيم الدولي، فتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية و الدولية الصادرة في مصر فهي تحوز حجية الامر المقضي وتكون واجبة التنفيذ.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> نص المادة 52 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

<sup>(2)</sup> نص المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

<sup>(3)</sup> نص المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

## الفصل الخامس : تنفيذ أحكام التحكيم الدولية

## تمهيد و تقسيم :

الغاية من صدور حكم التحكيم الدولي بشأن الخصومة التحكيمية، هي أن يوضع هذا الحكم موضع التنفيذ، وحكم التحكيم المراد تنفيذه، من المفروض أن يصدر صحيحاً مستوفياً لجميع لأركانه وشروطه الشكلية والموضوعية، لكي يكون واجب التنفيذ في المكان المراد التنفيذ فيه باعتبار أن التحكيم هو قانون إرادة الأطراف، حتي لا يكون محل دعوى وقف التنفيذ إذا شابه عيب من العيوب، مما يؤدي إلى إبطاله، لأن القضاء المختص بنظر دعوى البطلان الموجهة ضد حكم التحكيم، يختلف عن القضاء المختص بنظر إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم كقاعدة عامة، وهو ما يؤدي إلى خلق نوع من ازدواجية في الرقابة على حكم التحكيم مما يثير مشكلة مدى إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم التي يشوبها عيب من عيوب البطلان.

إنّ الثمرة الحقيقية للتحكيم تنتهي بصدور الحكم الذي يصل إليه المحكمون وهذا الحكم لن يكون له أي قيمة قانونية أو عملية إذا بقي مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، ولعل نجاح نظام التحكيم ككل والتسليم بأفضليته لحل المنازعات ذات الطابع الدولي يتضح من خلال تنفيذ أحكام التحكيم خارج الدولة التي صدر بها الحكم، فليس هنالك أهم من إمكانية تنفيذ الحكم خاصة في المجال الدولي إذ أن نجاح التحكيم يقاس بمدى تنفيذ أحكامه.

وتنظم الدول مسألة تنفيذ أحكام التحكيم بموجب قوانينها فبعضها ينظم ذلك من خلال قانون المرافعات فيما ينظمها البعض الأخر من خلال قوانين خاصة بالتحكيم مع الأخذ بنظر الاعتبار نصوص الاتفاقيات الدولية، ولكن بالمقابل هنالك موانع لتنفيذ حكم التحكيم يرجع أغلبها إما إلى تمسك الدولة بالحصانة في مجال التحكيم، أو إلى حالات رفض التنفيذ المنصوص عليها في أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

وإذا كان الفرض الأول وهو تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصحيحة لم يثر جدلاً وذلك أن الطرف الخاسر يلتزم بتنفيذ حكم التحكيم باختياره فإذا امتنع عن التنفيذ يستطيع الطرف الآخر، أن يصدر أمراً من القضاء ليجبره على التنفيذ. إلا أن الفرض الثاني قد أثار جدلاً فقهيًا وقضائياً واسعاً، وذلك بخصوص تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة خاصة في مجال العقود الإدارية الدولية. وسوف نحاول تبيان ذلك من خلال التطرق في المبحث الأول إلى تنفيذ أحكام التحكيم الصحيحة في العقود الإدارية الدولية. و تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية المبحث الثاني.

### المبحث الأول : تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصحيحة

يتوقف تنفيذ حكم التحكيم على الموقف الذي يتخذه طرفا النزاع فأما أن يقوموا بتنفيذه متى اتفقا على ذلك بعد أن يتأكدوا من صحته ويكون قبول المحكوم عليه بتنفيذه ودياً إما صراحةً أو ضمناً، بحيث يتمثل القبول الصريح بخطاب يوجهه المحكوم عليه إلى المحكوم له باستعداده لتنفيذ الحكم أو عدم عزمه الطعن به، ويستخلص القبول الضمني من ظروف الحال التي تدل على أن هذا القبول قد صدر عن إرادة واضحة وموكدة للتنفيذ أما إذا رفض أو تباطأ في التنفيذ فإن لا طريق أمام الطرف المحكوم له إلا اللجوء للتنفيذ الجبري عن طريق الجهات القضائية المختصة وذلك بإضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم لأن الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم ليس له قوة تنفيذية في أغلب الدول. سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى، تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصحيحة العادية التي لا يشوبها أي عيب من العيوب، لأنه بالرغم من صحة أحكام التحكيم، إلا أنه في بعض الأحيان قد يلجأ خاسر الدعوى، إلى أساليب المماطلة والتقايس عن التنفيذ، فلا يكون أمام صاحب الحق إلا اللجوء إلى التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الدولي، ليستوفي حق من الطرف الثاني، خاصة في مجال العقود الدولية. وسوف نتناول ذلك في التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم في العقود الإدارية

الدولية، في المطلب الأول، التنفيذ الإجباري لحكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول : التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم الدولي

الأصل أن يتم تنفيذ أحكام التحكيم اختيارياً، وذلك لأن الأطراف حينما أقدموا على حل منازعات العقود الإدارية الدولية عن طريق اللجوء إلى قضاء التحكيم رغبة منهم في إقصاء القضاء الوطني، واللجوء إلى محكمين لهم خبرة ودراية بالفصل في المنازعات المعقدة التي تثيرها هذه النوعية من العقود، وبالتالي فمن السهل أن يمثل الطرف الخاسر للحكم التحكيمي الصادر المنهي للخصومة، خاصة و أن أحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي فيه، سواء في قواعد هيئات التحكيم الدولية أو القوانين الوطنية .

### الفرع الأول: حجية حكم التحكيم الدولي في هيئات التحكيم الدولية

ويقصد بالحجية في فقه المرافعات، أن الحكم الصادر في النزاع يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى، وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى . وترتيباً على ما سبق فإن من صدر حكم التحكيم لصالحه يحق له التمسك بحجية هذا الحكم في حالة ما إذا قام الطرف الآخر برفع دعوى أمام القضاء للنظر في الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم وكانت الدعوى مؤسسة على السبب الذي استندت إليه دعوى التحكيم. <sup>(1)</sup> بحيث يشترط لوجود الحجية، اتحاد الخصوم والموضوع والسبب. <sup>(2)</sup>

(1) ينظر، محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 256 .

(2) ومن المقرر في قضاء النقض المصري بأن الحكم يكتسب حجية الأمر المقضي فيما فصل فيه بين الخصوم أنفسهم متى اتحدت الدعويان محلاً وسبباً ولا يجوز إثارة هذا النزاع مرة أخرى بينهم ولو بأدلة قانونية أو واقعية جديدة سواء أثبتت تلك الحجج والأدلة في الدعوى السابقة أو لم تثر وتقوم له هذه الحجية في المسألة الكلية الشاملة التي انطوى عليها قضاؤه. نقلاً عن، د. محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 206.

ولا مناص من التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم الدولي في الأنظمة التحكيمية الدولية التي لا تقبل الطعن في حكم التحكيم الدولي، كما سبق وأن رأينا، مثل قواعد غرفة التجارة الدولية، فإن قرار التحكيم يكون نهائياً، وذلك لأنه بمجرد خضوع الأطراف للتحكيم وفقاً لقواعد الغرفة، يعتبر تنازلاً عن كل سبل الطعن المفتوحة لهم قانوناً، مع تعهدهم بتنفيذ القرار دون إبطاء.<sup>(1)</sup> حيث إن اتفاق الأطراف على التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة يعني خضوعهم لهذه القواعد، و إذا أثار أحد الأطراف أي دفوع تتعلق بصحة اتفاق التحكيم فإن المحكمة الدولية للتحكيم بالغرفة، تفحص ظاهرياً أمر التحقق من وجود الاتفاق فإن تبين لها ذلك، لا تمنع النظر في الأسس والحجج التي يستند إليها الدفع، وتترك الأمر للمحكم في للبت في أمر اختصاصه، أولاً يتأثر اختصاصه ببطان العقد إذا تحقق من صحة الاتفاق وهو تكريس لمبدأ استقلال شرط التحكيم.

وهو نفس الأمر بالنسبة لنظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2011، عند صدور الحكم المنهي للخصومة، يكون نهائي وملزم للأطراف، ويجب على الأطراف تنفيذ جميع أحكام التحكيم دون تأخير.<sup>(2)</sup>

وهو ما تبناه مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم، حيث لم تتضمن قواعده، نصوصاً تعالج بطلان حكم التحكيم، فحكم التحكيم الذي يصدر عنها غير قابل للاستئناف أمام هيئة أو محكمة تحكيم أخرى، بحيث يكون حكم التحكيم نهائياً وحاسماً للنزاع وملزماً للأطراف، إذ يعتبر التجاء أطراف النزاع إلى التحكيم وفق لنظام مركز اتحاد المحامين العرب إقراراً منهم

<sup>(1)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 6/34 من قواعد الوساطة و التحكيم بالغرفة التجارية الدولية بباريس 2012 .

<sup>(2)</sup> الفقرة الثانية من نص المادة 34 من قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011 .

بالتزامهم بتنفيذ حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك متنازلين عن كل طريق من طرق الطعن، متى كان من الممكن التنازل عنه قانونا. (1)

### الفرع الثاني: حجية حكم التحكيم الدولي في التشريعات المقارنة

سكت المشرع الجزائري عن حجية حكم التحكيم الدولي و اكتفى بالنص على حجية حكم التحكيم الداخلي، حيث نص في المادة 1031 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية التي عاجلت الحجية و اعتبرت حكم التحكيم حائز لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره. (2) فالحجية المنصوص عليها في هذه المادة تهدف إلى حماية حكم التحكيم و الحفاظ على المصالح الخاصة للأطراف، و حكم التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا فهو يحوز الحجية منذ صدوره، و رغم أن المشرع الجزائري لم يتطرق للحجية بالنسبة للأحكام التحكيم الدولية إلا أنه يستشف من نص المادة 1031 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جاءت تحت عنوان " في أحكام التحكيم " الذي ورد هو الآخر تحت الفصل الثالث الذي بدوره جاء تحت عنوان الأحكام المشتركة" الواردة في القسم الثالث . و لهذا فجميع المواد المنطوية تحت عنوان "الأحكام المشتركة" تخص التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي. و بهذا فإن حجية حكم التحكيم مضمونة في القانون الجزائري و هي لا تتعلق بالنظام العام و الهيئة المطروح عليها نفس الموضوع بنفس الأطراف ليس لها أن تقضي بعدم القبول لسبق الفصل تلقائيا و إنما تحكم بذلك بناء على الدفع الذي يقدمه الطرف. (3)

(1) ينظر نص المادة 5/31، من نظام مركز اتحاد المحامين العرب.

(2) نص المادة 1031 على أنه " : تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه. من قانون الاجراءات المدنية والادارية السالف الذكر .

(3) سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 215.

أما المشرع الفرنسي فقد تطرق في المادة 1514 من قانون الاجراءات المدنية من المرسوم رقم 48 لسنة 2011 الذي عدل بموجبه قانون التحكيم في فرنسا، على أنه يتم الاعتراف بقرارات التحكيم أو إنفاذها في فرنسا إذا ثبت وجودها من قبل الشخص الذي يستفيد منها وإذا كان هذا الاعتراف أو التنفيذ لا يتعارض بشكل واضح مع السياسة العامة الدولية.<sup>(1)</sup>

بالنسبة لحجية حكم التحكيم الدولي، فقد اعتمد المشرع الفرنسي لمنهجية التفرقة بين أحكام التحكيم الفرنسية، وأحكام التحكيم الأجنبية، إلا أنه أنتهج طريقا آخر بالنسبة لحجية حكم التحكيم إذ أحال الأمر في نصه على ذلك في نظام التحكيم الدولي إلى التحكيم الداخلي، التي تعطي الحجية لحكم التحكيم منذ لحظة صدوره.<sup>(2)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 1476<sup>(3)</sup> بمعنى للحكم التحكيمي منذ صدوره حجية الشيء المقضي فيه فيما يتعلق بالخلاف الذي يحسمه. فالحجية لا تتعدى الموضوع الذي فصل فيه الحكم، و تجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم الفرنسي يسمح فضلا عن حق الاستئناف بالطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الداخلي، و يترتب على ذلك أن حكم التحكيم الداخلي يصدر و هو حائز لحجية الشيء المقضي فيه دون قوة الأمر المقضي فيه، إلا إذا تنازل الأطراف مسبقا عن

<sup>(1)</sup> **Art1514.** Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

<sup>(2)</sup> د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص 179.

<sup>(3)</sup> Art1476, Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé.

- Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral

الطعن بالاستئناف، أو كان التحكيم مقترباً بالتفويض دون تحفظ الأطراف و إعلان تمسكهم بالحق في الاستئناف. و كما هو معلوم في جميع قوانين التحكيم الوطنية أن الأصل في حجية الشيء المقضي فيه للحكم التحكيمي هي حجية نسبية بالنسبة للأطراف فهي لا تمتد إلى الغير. و إذا ما تضرر الغير من حكم التحكيم فله أن يرفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، و ليس له الحق في رفع دعوى البطلان أو الطعن في حكم التحكيم لكونه أجنبي عنه و هو غير طرف في الخصومة.<sup>(1)</sup>

أما في المشرع المصري من خلال قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بنص المادة 101 منه على أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت من الحقوق، و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بذات الحق محلاً و سبباً، و تقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها.<sup>(2)</sup> ويفهم من هذا النص أنه يهدف بدوره إلى إعطاء الأحكام عامة، سواء كانت قضائية أم تحكيمية الحجية الكاملة فيما قضت فيه من حقوق و ما يميز هذه المادة أيضاً أنها جعلت الحجية من النظام العام، إذ أوجبت على الجهة التي ترفع أمامها نفس القضية التي سبق الفصل فيها الحكم بسبق الفصل و لو تلقائياً فلا تنتظر الدفع بها. و يبرر فقه الإجراءات المدنية في مصر تعلق الحجية بالنظام العام إلى تمتع الأحكام القضائية بالحجية لكونها مرتبطة بوظيفة القضاء، و لم يقرها القانون لصالح الخصوم و إنما قررها للصالح العام الذي يهدف إلى استقرار الحماية القضائية. وقد خص المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بخصوص حجية أحكام المحكمين

<sup>(1)</sup> سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 211.

<sup>(2)</sup> ينظر نص المادة 101، من القانون رقم 25 لسنة 1968، المتعلق بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية معدلاً بالقانون 23 لسنة 1992، والقانون 18 لسنة 1999. في التشريع المصري. الجريدة الرسمية العدد 22 الصادرة في 1968/5/30.

وتنفيذها في المادة 55 حيث نص صراحتنا على أن أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون، تحوز حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.<sup>(1)</sup>

ويفترض التنفيذ الاختياري قبول المحكوم عليه بالحكم. وقد يكون هذا القبول صراحة كإرسال خطاب يتضمن قبول المحكوم عليه لحكم للمحكمين، وقد يكون ضمناً لتنفيذ الحكم قبل الأمر بتنفيذه، شريطة ألا تثير التصرفات والأعمال التي يقوم بها المحكوم عليه أدنى شك حول تنفيذ الحكم، وأن يكون علي علم بأن الحكم غير نافذ ومن الممكن الطعن فيه. كما أن ضرورة التقييد بالتنفيذ الاختياري لحكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية، تمليه ضرورات التجارة الدولية، لكون التحكيم أكثر مناسبة من القضاء بالنسبة لهذا النوع من النشاط الاقتصادي حيث أنه أقل في التكلفة وأسرع في الإجراءات من الالتجاء إلى المحاكم الوطنية حيث يصبح حكم التحكيم نهائياً وغير قابل للطعن فيه كما سبقت الإشارة إليه، كما أنه يعد بمثابة تأمين للشركات ضد التغيرات التشريعية الفجائية التي تخل بالبناء الاقتصادي للعقد.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> ينظر نص المادة 55 من القانون رقم 27 لسنة 1994، السالف الذكر .

<sup>(2)</sup> وفي الحقيقة فإنه لا يجوز النظر إلى نظام التحكيم على أنه مجرد ضمانات إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار وتسهيل التجارة الدولية، بل يجب أيضاً أن يؤخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لكل من طرفي هذه العقود الدولية من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى. ينظر، د. أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2014، ص73.

المطلب الثاني : التنفيذ الإجباري لحكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

قد يمتنع من صدر ضده حكم التحكيم عن التنفيذ اختياريا فلا يكون أمام صاحب الحق إلا اللجوء إلى التنفيذ الجبري ويكون ذلك وفق إجراءات محددة من بينها تقديم طلب إلى القضاء الوطني في الدولة التي يرغب تنفيذ الحكم فيها، عن طريق إصدار أمر بتنفيذ الحكم، لذا وحرصاً من الدول المختلفة على تشجيع الاستثمار فقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي تلتزم بأحكام التحكيم وتنفيذها. إلى جانب وضع القوانين الوطنية القواعد اللازمة للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها. إلا أنه يلاحظ في بعض الأحيان أن الدول عادة ما تدفع أمام القضاء المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم بحصانة الدولة ضد التنفيذ. وذلك من خلال :

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من مسألة تنفيذ أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية:

كان للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم أهمية خاصة في محاولات توحيد القواعد التي تحكم وتنظم عملية تنفيذ هذه الأحكام، فعقدت عدة اتفاقيات دولية توضح كيفية تنفيذ الأحكام التحكيمية وكان لها الأثر البالغ في التشريعات الوطنية المختلفة حيث وحدت إلى حد كبير إجراءات تنفيذ هذه الأحكام لا سيما في الدول الأعضاء فيها، وهذه الاتفاقيات قد تكون ثنائية أي بين دولتين أو تكون جماعية بين دول مختلفة إما على أساس إقليمي أو عالمي.

أولاً- اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها:

يرجع التركيز على اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في هذا المجال بحيث أصبحت القواعد التي أرسنها منذ أكثر من سبعين عاما بمثابة قانون عالمي

يسري على أغلب الدول المنظمة إليها والمسيطرة على التجارة العالمية نظرا لما تتمتع به تلك الاتفاقية من مزايا.

### 1- شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقا للاتفاقية:

من ابرز المعاهدات التي تناولت هذه المسألة هي اتفاقية نيويورك لعام 1958، حيث نصت المادة الثالثة من الاتفاقية، على أن تعترف كل دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية بحجية حكم التحكيم وتنفيذه، طبقا لقواعد قانون المرافعات المدنية المتبعة فيها ولا يجوز فرض شروط أكثر شدة، أو رسوم أكثر ارتفاعا بدرجة كبيرة من تلك المفروضة لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية.<sup>(1)</sup>

يفهم من نص هذه المادة أن الاتفاقية لم تضع شروطا معينة للاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وإنما تركت ذلك لقواعد قانون المرافعات في البلد المطلوب إليه التنفيذ. وعليه حتى يتم تنفيذ حكم تحكيم أجنبي في الجزائر بخصوص عقد إداري دولي يجب احترام الشروط التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.<sup>(2)</sup>

هذا وقد ألزمت الاتفاقية من خلال نص المادة الثالثة، الدول الأطراف فيها بعدم التمييز في المعاملة بين الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي، وبين حكم التحكيم الوطني وذلك بعدم فرض شروط أكثر شدة، أو رسوم أكثر ارتفاعا بدرجة كبيرة من تلك المفروضة لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية.

<sup>(1)</sup> حيث قضى نص المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لعام 1958 على أنه: تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية، ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين.

<sup>(2)</sup> حيث انضمت الجزائر لاتفاقية نيويورك 1958 بتحفظ بموجب المرسوم رقم 18/88 في 1988/11/05. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم 48.

غير أن الفقه انقسم بصدد تفسير نص المادة الثالثة من الاتفاقية، حيث ذهب البعض إلى القول بأن هذه المادة تعتبر بمثابة إقرار للمساواة المطلقة بين أحكام التحكيم الأجنبية والوطنية وبالتالي خضوع أحكام التحكيم الأجنبية لنفس إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية. وفي المقابل ذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بذلك فقط عدم المبالغة في التمييز بينهما وبذلك يجوز إخضاع حكم التحكيم الأجنبي إلى رقابة أشد من تلك المقررة على حكم التحكيم الوطني ولكن بشرط أن لا تختلف هذه الرقابة اختلافا جوهريا عن تلك المقررة على حكم التحكيم الوطني، فلا يتم مثلا إخضاع حكم التحكيم الوطني للرقابة الشكلية وحكم التحكيم الأجنبي لرقابة الشكلية والموضوعية. (1)

## 2 - إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقا لاتفاقية نيويورك:

حددت اتفاقية نيويورك الوثائق التي يجب على طالب التنفيذ إرفاقها بطلب التنفيذ، إلا أنها لم تحدد الإجراءات الواجب إتباعها للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تاركة ذلك لقانون الدولة التي سيجري التنفيذ على أرضها تطبيقا لمبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي. فعلى من يطلب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، أن يمر على بعض الإجراءات حددت بموجب الاتفاقية، وتتمثل هذه الإجراءات في :

- أن يقدم مع الطلب وثيقتين وهما، أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

(1) أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 1012

- على طالب الاعتراف والتنفيذ، إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة.
- يجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.<sup>(1)</sup>

### 3 - رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقا لاتفاقية نيويورك:

يجوز للقضاء الوطني أن يمتنع عن إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية، بناء على طلب مقدم من المطلوب تنفيذ الحكم ضده، إذا تبين أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه. أو تجاوز هيئة التحكيم حدودها فيما قضي به، ومع ذلك فإنه يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق. أو أن تكون تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في

<sup>(1)</sup> نص المادة الرابعة من الاتفاقية : على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب: (أ) أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

(ب) أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

= وعلي طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة. ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

حالة عدم الاتفاق. أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.<sup>(1)</sup>

كما يجوز للقضاء الوطني أن يمتنع عن إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية من تلقاء نفسه في حالة ثانية، وهي إذا ما تبين للقضاء الوطني أن قانون ذلك البلد لا يميز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> حسب نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية حيث نصت على أنه:

1- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(أ) أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عدمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

(ب) أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

(ج) أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركته التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

(د) أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

= (هـ) أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

<sup>(2)</sup> حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه: يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها : أن قانون ذلك البلد لا يميز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

## ثانياً - اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965:

إذ أن هذه الاتفاقية قد خطت خطوة متقدمة في مجال إلزامية قرارات التحكيم الدولية وقوتها التنفيذية، و الذي يميز هذه الاتفاقية عن غيرها أن القرار التحكيمي الذي يصدر وفق أحكامها يكون نهائياً وواجب التنفيذ من الدول المنضمة إلى الاتفاقية، كما لو كان الأمر يتعلق بتنفيذ حكم صادر من محاكم تلك الدول.<sup>(1)</sup> ولا يجوز الطعن في قرارات التحكيم إلا أمام لجنة خاصة تشكل لهذا الغرض في مركز التحكيم الذي مقره في واشنطن، إذا كان تشكيل المحكمة غير صحيح، أو في حالة تجاوز الصلاحيات المقررة للمحكمة.<sup>(2)</sup>

و على الطرف الذي يسعى الاعتراف أو التنفيذ في أراضي دولة متعاقدة تقدم إلى محكمة مختصة أو سلطة أخرى مثل الدولة التي يكون قد المعينة لهذا الغرض نسخة من الحكم معتمدة من قبل الأمين العام. يتعين على كل دولة متعاقدة إخطار الأمين العام لتعيين المحكمة المختصة أو أي سلطة أخرى لهذا الغرض وإلى أي تغيير لاحق في هذا التعيين.<sup>(3)</sup> أما بالنسبة للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987، قد جاءت بأحكام مفصلة للتحكيم

<sup>(1)</sup> وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 54 من اتفاقية واشنطن 1965 على أنه : يتعين على كل دولة متعاقدة تعترف بالحكم الصادر عملاً بهذه الاتفاقية ملزماً وفرض التزامات مالية تفرضها تلك الأحكام داخل أراضيها كما لو كان حكم نهائي صادر عن محكمة في تلك الدولة. ويجوز للدولة المتعاقدة مع الدستور الاتحادي فرض مثل هذه الأحكام في أو من خلال محاكمها الاتحادية ويمكن أن توفر مثل هذه المحاكم أن يكون علاج هذا الحكم كما لو كان حكماً نهائياً من المحاكم في الدولة المكونة.

<sup>(2)</sup> تقضي الفقرة الأولى من نص المادة 52 اتفاقية واشنطن 1965 على بأنه : "يجوز لأي طرف أن يطلب فسخ الحكم من قبل تطبيق في كتابة موجهة إلى الأمين العام على واحد أو أكثر من الأسباب التالية: أن المحكمة لم تكن تشكل بشكل صحيح. أن المحكمة تجاوزت صلاحياتها بوضوح. أن هناك فساد من جانب عضوا في المحكمة. أن كان هناك خروجاً خطيراً على قاعدة أساسية من قواعد الإجراءات التي فشلت الحكم ليذكر الأسباب التي يستند إليها".

<sup>(3)</sup> نص الفقرة الثانية من المادة 25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965. السالفة الذكر .

وأنها جعلت قرارات التحكيم الصادرة بموجبها تنفذ في الدول الأعضاء بشكل يماثل ما جاءت به اتفاقية واشنطن لعام 1956.<sup>(1)</sup>

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من مسألة تنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولية

أولا - موقف القانون الفرنسي: وفقا للمرسوم الفرنسي القديم للتحكيم الدولي رقم 12 الصادر في سنة 1981<sup>(2)</sup>، فإنه يختص بإصدار أمر التنفيذ قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف الفرنسية التي صدر الحكم في دائرتها وبالنسبة لأحكام التحكيم التي تجري خارج فرنسا فقد جاء القانون القديم خاليا من أي إشارة للمحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ أيا كان الأمر فإنه يجب على طالب التنفيذ أن يقدم المستندات التي حددتها المادة 99 من المرسوم الفرنسي القديم وهي:

- أصل حكم التحكيم أو صورة رسمية منه .
- أصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه.

(1) ينظر، محمد علي محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 334.

(2) فمنذ ما يقارب ثلاثين عاما، كانت فرنسا من أوائل الدول التي تبنت قانونا حديثا للتحكيم، سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي أم بالنسبة للتحكيم الدولي، وذلك عندما صدر كل من المرسوم رقم 14 لسنة 1980 والمرسوم رقم 12 لسنة 1981، اللذان أدرجت نصوصهما في تقنين المرافعات المدنية الفرنسية، وقد سمح هذان المرسومان بأن يكون لدى الأطراف الذين يرغبون في فض منازعاتهم بطريق التحكيم أ قانونا مميذا للتحكيم فضلت به بصفة خاصة المشروعات الاستثمارية . وهو ما دفع دولا عديدة إلى أن تحذو حذو فرنسا، مثل هولندا في عام 1986، وسويسرا في عام 1987، وإنجلترا في عام 1996، والسويد عام 1999، كما أخذ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي تبنته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالعديد من نصوصها . إلا أن هذا القانون النموذجي لم يتسم بقدر كبير من الحرية، كتلك التي اتسم بها القانون الفرنسي أو القوانين الأوروبية الأخرى التي اتبعتها، ولهذا السبب وحتى عام 2010، فقد اعتبر القانون الفرنسي واحدا من أفضل قوانين التحكيم في العالم . نقلا عن، د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص 8.

فإذا كانت هذه المستندات بلغة أخرى غير الفرنسية فعلى طالب التنفيذ أن يقدم ترجمة معتمدة من مترجم مسجل بقائمة الخبراء .

ويبحث قاضي التنفيذ حكم التحكيم ظاهريا فقط إذ يكفي بالتأكد من وجود المتطلبات الشكلية في حكم التحكيم وعم مخالفته للنظام العام الدولي<sup>(1)</sup>، مخالفة صريحة وواضحة، وينتهي إما بقبول إصدار الأمر بتنفيذ الحكم أو رفضه، فإذا وافق القاضي على إصدار الأمر بالتنفيذ قام بوضع الصيغة التنفيذية في مسودة الحكم موقعة ومؤرخة، أما إذا رفض إصدار الحكم بالتنفيذ فانه يلتزم بتسبيب هذا الفرض، وينبغي بعد إصدار الأمر بالتنفيذ إعلان باقي الأطراف به، ثم يبدأ تنفيذ الحكم بعد مرور شهر من الإعلان، وذلك لإعطاء الفرصة للطرف الآخر للطعن على الأمر بالتنفيذ حيث يحق التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ أمام محكمة الاستئناف التي يتبعها قاضي التنفيذ .

القانون الفرنسي فرق بين حالتين فيما إذا كان الأمر صادرا بتنفيذ حكم التحكيم :

**الحالة الأولى:** إذا كان حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية صادرا في فرنسا فانه وكما قررت المادة 1504 من المرسوم الفرنسي القديم، فانه لا يجوز التظلم على الأمر الصادر من قاضي التنفيذ بقبول تنفيذ حكم التحكيم .

**الحالة الثانية :** إذا كان حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية صادرا خارج فرنسا فانه طبقا لنص المادة 1501 يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أمام محكمة

<sup>(1)</sup> فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الاستناد إلى فكرة النظام العام لعدم تنفيذ محكم تحكيم صدر في إنجلترا، لكون هذا الحكم غير مسبب وذلك لأنه وان كان عدم تسبب الحكم يتعارض مع النظام العام الداخلي بفرنسا، فانه لا يمس النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، كما أيدت نفس هذا الاتجاه بحكمها الصادر في 18 مارس 1980 أنه : في مجال القانون الدولي الخاص فان عدم تسبب الحكم لا يعتبر في حد ذاته مخالفا للنظام العام، بالنسبة للتحكيم الدولي الذي تخضع إجراءاته لقانون أجنبي . ينظر، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص 381 .

الاستئناف التي يتبعها القاضي الذي أصدر حكمه بقبول التنفيذ خلال شهر من تاريخ إعلان الطرف الآخر. (1)

أما في قانون الإجراءات المدنية الجديد، فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1477 منه على أنه: لا يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بعد حصوله على القوة التنفيذية بموجب أمر يصدره قاضي محكمة البداية التي صدر في نطاقها حكم التحكيم.

فمن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى نوعية الحكم التحكيمي القابل للتنفيذ، هل هو دولي أم داخلي، بل اكتفى بعبارة الحكم التحكيم دون الدخول في تحديد أنواع هذا الحكم. مع تحديد الجهة التي يصدر منها أمر الحصول على القوة التنفيذية لحكم التحكيم. وقد انقسم الرأي بصدد ذلك إلى ثلاثة اتجاهات (2) :

- **الاتجاه الأول:** ينعقد الاختصاص باستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج فرنسا لمحكمة باريس الابتدائية وذلك لما لقضاتها من خبرة ودراية بتنفيذ هذا النوع من الأحكام .

- **الاتجاه الثاني :** ينعقد الاختصاص باستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج فرنسا لمحكمة موطن المطلوب التنفيذ عليه إذا كان مقيماً بفرنسا، فإن لم يكن له موطن بها فينعقد الاختصاص للمحكمة التي سيجري التنفيذ بدائرتها .

-**الاتجاه الثالث:** يرى أنصار هذا الاتجاه أن طالب التنفيذ هو من سيختار المحكمة المختصة محلياً باستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج فرنسا والتي سيكون أكثر ارتباطاً

(1) ينظر، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 418.

(2) ينظر، أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 167.

يطلب الأمر بالتنفيذ في فرنسا، وبذلك يمكن أن تكون محكمة محل إقامة المنفذ ضده، أو محكمة باريس أو المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها الأموال محل التنفيذ.

### ثانيا- موقف المشرع المصري:

بالنسبة للمشرع المصري هو الآخر نص في المادة 55 على أنه تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي، وتكون واجبة النفاذ. <sup>(1)</sup> يلاحظ أن محتوى المادة جاء حالياً من التصنيفات المتعلقة بالحكم التحكيمي واكتفى بعبارة أحكام المحكمين لا غير. إذ يتم تنفيذ أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية في مصر بموجب صدور أمر التنفيذ من القاضي المختص، وهو وفقاً لنص المادة 56 من القانون رقم 27 لسنة 1994 رئيس محكمة استئناف القاهرة أو من ينوب عنه من قضااتها، أو رئيس أي محكمة استئناف مصرية أخرى يتفق عليها الأطراف أو من يندبه من قضااتها للقيام بهذه المهمة، ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي:

- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

- صورة من اتفاق التحكيم.

- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.

- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة 47 من هذا القانون.

<sup>(1)</sup> ينظر، في حجية أحكام المحكمين وتنفيذها المادة 55: تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. السالف الذكر .

فإذا تقم طالب التنفيذ في مصر إلى محكمة الاستئناف بهذه المستندات طالبا الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإما أن يكون ميعاد الطعن بالبطلان على حكم التحكيم هو تسعون يوماً مازال مفتوحاً فهنا لا يقبل القاضي المصري تنفيذ حكم التحكيم.<sup>(1)</sup>

وإما أن يكون ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى فان طلب التنفيذ يتم قبوله تمهيداً للنظر فيه، ويفحص قاضي استئناف المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ للمستندات المقدمة إليه فحسباً ظاهرياً للتأكد من توافر ثلاثة شروط<sup>(2)</sup>:

- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع

- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

فإذا انتهى قاضي التنفيذ إلى توافر هذه الشروط فانه يصدر أمراً بالتنفيذ، وهذا الأمر يعد نهائياً لا يجوز التظلم منه.<sup>(3)</sup> أما إذا رأى قاضي التنفيذ المختص عدم توافر هذه الشروط فانه

(1) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 58 على أنه : لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

(2) فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 58 على أنه : لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي:

- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

(3) فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 58 على أنه : ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم .أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة التاسعة من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

يصدر أمرا برفض التنفيذ ويجوز التظلم من هذا الأمر أمام محكمة الاستئناف التي يتبعها قاضي التنفيذ خلال ثلاثين يوما من إصدار الأمر برفض التنفيذ.<sup>(1)</sup>

### ثالثا- موقف المشرع الجزائري:

بالنسبة في الأحكام الخاصة في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي، فالمشرع الجزائري قد أحال القواعد التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الخارج، أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر إلى القواعد الخاصة بالتحكيم الداخلي. وعليه فإن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا للقانون الجزائري تتم وفقا للقواعد المنظمة لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي.<sup>(2)</sup>

### 1: الجهة القضائية المختصة باستصدار الأمر بالتنفيذ حكم التحكيم الدولي في الجزائر :

عملا بنص المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في التشريع الجزائري يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل.

<sup>(1)</sup> تجدر الإشارة إلى صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا في الطعن في جلسة 6 يناير 2001، قضى بعدم دستورية هذه الفقرة 3 من المادة 58 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم. وقد نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ 18 يناير 2001. وبالتالي أصبح من الجائز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ أو برفض تنفيذ حكم التحكيم.

<sup>(2)</sup> وذلك وفقا لنص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي. والمواد 1035 إلى 1038 خاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي.

إلا أن المشرع لم يذكر ميعاد إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة المذكورة في نص المادة 1035، واكتفي بنص على ميعاد استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي<sup>(1)</sup>، على غرار نص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية القديم.<sup>(2)</sup>

وتطبيقا لطبقا لنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الجهة القضائية المختصة باستصدار الأمر بالتنفيذ حكم التحكيم الدولي، ينعقد لرئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها هذا الحكم متى صدر هذا الحكم في الجزائر.

وينعقد لرئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الجزائري، أي إذا صدر حكم التحكيم الدولي في الخارج وطلب تنفيذه في الجزائر .

حيث نصت المادة على أنه : يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني . ويلاحظ في نص المادة 1035 أن المشرع الجزائري، صنف الأحكام التحكيم القابلة للتنفيذ، نهائية، جزئية، تحضيرية.

(1) وذلك وفقا للفقرة الثالثة من نص المادة 1035 التي نصت على أنه: يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي . .

(2) ينظر، قانون الإجراءات المدنية القديم الملغى رقم 66/154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، حيث نصت المادة 452 منه ينفذ القرار التحكيمي بموجب أمر صادر رئيس المحكمة التي يكون القرار التحكيمي صدر في نطاق دائرة اختصاصها ولهذا الغرض، فإن أصل هذا القرار يودع في كتابة ضبط المحكمة المذكورة قبل ثلاثة أيام من أحد الخبراء.

فالنهائية، معناها الفاصلة في النزاع قطعيًا وكلية، والجزئية وهي التي تكون قطعية ولكن لم تفصل في النزاع كلية وهي متعلقة بنقطة معينة، والتحضيرية التي تتعلق بتعيين الخبراء أو بعض التحقيقات قبل الفصل في الموضوع.<sup>(1)</sup>

والنص على الأحكام بهذه الكيفية، يساعد كثيرا عملية تطبيق القوانين في ميدان الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية وتبعد القاضي عن التأويلات والتفسيرات، والبحث حول ما إذا كان هذا الحكم التحكيمي قابل للتنفيذ أم غير قابل لذلك. وحسنا فعل المشرع الجزائري لما بين وأن التنفيذ قد يكون متعلقا بحكم نهائي قطعي كلي، وقد يكون حكما جزئي قطعيًا فاصل في جزء من النزاع، وقد يكون حكما متعلق بالتحقيق قبل الفصل في الموضوع.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية القديم على الحكم التمهيدي<sup>(2)</sup> واستبدله في القانون الجديد بالحكم التحضيري، في نص المادة 1035، فماذا يقصد المشرع الجزائري بالحكم التحكيمي التحضيري، بدلا من الحكم التمهيدي. ؟

(1) إذ يعتبر الحكم القضائي النهائية الطبيعية التي تختم بها الخصومة القضائية، وينطبق على هذا المدلول على الأحكام القطعية التي تفصل في موضوع النزاع. والحكم التحضيري هو الحكم الذي تصدره المحكمة أثناء سير الدعوى بإجراء معين دون أن تكشف عن وجهة نظرها فيه. مثل الحكم بإجراء خبرة في دعوى الغبن في بيع عقار متنازع فيه أو الحكم بنذب خبير لرسم معالم الحدود الفاصلة ما بين الملكيات، ينظر، حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، المرجع السابق ص 116.

(2) غير أن هناك نوعا من الأحكام تتعلق بسير الدعوى يكون الغرض منها اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وبالتالي لا تحسم النزاع بصفة قطعية ويطلق عليها تسمية الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية، ولعدم وجود أي نص في قانون الإجراءات المدنية، يسمح بالترقية بين الحكم التحضيري والحكم التمهيدي. ينظر، حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 120.

## 2- شروط استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي في القانون الجزائري:

لقد فرق المشرع الجزائري بين الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها، كل في فرع مستقل، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup>، إذ أن الاعتراف وسيلة يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات القضائية، من أجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي فيه لحكم التحكيم الذي مجوزته، ولإثبات ذلك يقدم حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم،<sup>(2)</sup> ويطلب الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها المواد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما التنفيذ فيعني، أن يطلب المحكوم لصالحه من المحكوم ضده تنفيذ منطوق الحكم فهو نتيجة الاعتراف بحكم التحكيم، وعليه يمكن أن يرفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، فيستأنف هذا الأمر القاضي، بعدم الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم،<sup>(3)</sup> ولكن لو نفذ فمن الضروري أن يكون معترفا به من قبل الجهة القضائية التي أعطته القوة التنفيذية. ومن خلال النصوص القانونية المنظمة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي. يتضح أن هناك شرطين لتنفيذ هذه الأحكام :

## أ- الشرط المادي:

وجوب إثبات وجود حكم التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بتقديم طلب الحصول على الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي بموجب عريضة يودعها الطرف الذي يهمله التعجيل، مع تحمل نفقات الإيداع لدى أمان ضبط المحكمة المختصة، حسب ما

(1) طبقا القسم الثالث الخاص بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها . من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 292.

(2) وذلك بنص المادة 1052 التي نصت على أنه: " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها ."

(3) وذلك بنص المادة 1055 التي تقضي بأنه: " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف. "

هو محدد في الفقرة الثانية من المادة 1035، ويجب للإثبات كذلك، أن ترفع هذه العريضة بأصل حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها وفقا للمادة 1052 .

هذا ولم يحدد المشرع الجزائري أجلا معيننا لطلب الأمر بالتنفيذ لحكم التحكيم الدولي وبالتالي يمكن للطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه أن يبادر بالحصول على الأمر بتنفيذ بمجرد صدوره، طالما لم يطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي، لأن ذلك يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه <sup>(1)</sup> لأن المشرع الجزائري حدد الحالات التي يمكن الطعن فيها في أحكام التحكيم الدولي المراد تنفيذها في الجزائر، عن طريق استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ هذه الأحكام في الحالات التالية:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية .
- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون .
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها .
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب .

<sup>(1)</sup> وذلك بنص المادة 2/1058 التي نصت على أنه: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن يبطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه."

- إذا كان محكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي. <sup>(1)</sup> ويرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر ريس المحكمة، الذي أصدر الأمر بالتنفيذ. <sup>(2)</sup>

لأن مدة الشهر ذات أثر موقوف للتنفيذ يتعين على من صدر الأمر بالتنفيذ لصالحه أن يبلغه في أقرب أجل إلى خصمه حتى يطعن فيه بالاستئناف خلال هذا الشهر وبالتالي وقف التنفيذ حتى يتم الفصل في هذا الطعن، أما إذا انقضت مدة الشهر دون إثارة الطعن بالاستئناف يصبح حكم التحكيم الدولي المشمول بالقوة التنفيذية قابلا للتنفيذ الجبري. <sup>(3)</sup>

#### ب-الشرط القانوني :

يكن هذا الشرط في وجوب تفحص حكم التحكيم الدولي للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام الدولي. <sup>(4)</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط تنطبق على الاعتراف والتنفيذ في ذات الوقت كما يتضح منها أن دور رئيس المحكمة المختصة، يقتصر على التأكد من وجود حكم التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي، فإذا توافرت هذه الشروط أصدر أمره بالتنفيذ لحكم التحكيم الدولي وفقا للمادة 1036 وذلك بأن يسلم رئيس أمانة الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من محكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف. وإذا لم تتوافر هذه الشروط أصدر أمره برفض الاعتراف أو التنفيذ ولا يمتد إلى مراجعة حكم التحكيم من حيث الموضوع

<sup>(1)</sup> ينظر نص المادة 1056، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

<sup>(2)</sup> ينظر نص المادة 1057، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

<sup>(3)</sup> ينظر، أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 172.

<sup>(4)</sup> وذلك بنص المادة 1/1051 التي نصت على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بما وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي."

وتنحصر حجية الأمر بالتنفيذ في نطاق النظام القانوني الذي صدر فيه ولا يلزم الدول الأخرى التي قد يطلب منها الاعتراف والتنفيذ لعدم وجود محكمة دولية معينة يجب طلب التنفيذ أمامها، إذ أن كل دولة توجد بها أموال للمحكوم ضده يجوز التقدم أمام قضائها بطلب الأمر بالتنفيذ. (1)

(1) ينظر، أمال يدر، المرجع السابق، ص 170.

## المبحث الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الباطلة في العقود الإدارية الدولية

كقاعدة عامة يختلف القضاء المختص بنظر دعوى البطلان الموجهة ضد حكم التحكيم عن القضاء المختص بنظر إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، كما سبقت الإشارة إليه وهو ما يؤدي إلى خلق نوع من الازدواجية في الرقابة على حكم التحكيم لأنه لا يقصد من وراء الأمر بالتنفيذ، بحث القضاء في موضوع النزاع الصادر فيه حكم التحكيم والتأكد من صحة ما قضت به هيئة التحكيم، لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد فيقتصر دوره على ممارسة رقابة شكلية للتأكد من وجود حكم التحكيم وسلامة شروط صدوره. مما يثير مشكلة إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة، الصادرة عن قضاء دولة غير قضاء الدولة المطلوب فيها إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم، حيث تتبنى غالبية القوانين المنظمة للتحكيم معيار مقر التحكيم بصدده تحديد القضاء المختص بنظر دعوى البطلان، في حين ينعقد الاختصاص لقضاء دولة مقر التنفيذ من أجل إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم. فإذا تم القضاء ببطلان حكم التحكيم من قبل أعضاء دولة مقر التحكيم، فإن التساؤل المطروح يتعلق بمدى إمكانية الاعتراف بهذا الحكم الباطل وتنفيذه في دولة مقر التنفيذ. لفهم هذا التساؤل سوف نتعرض إلى موقف اتجاهين في هذا الصدد في مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى الاتجاه المؤيد لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية، وفي المطلب الثاني إلى الاتجاه المعارض لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية.

## المطلب الأول: الاتجاه المؤيد لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية

يتجلى موقف الاتجاه المؤيد لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية، من النصوص التي وردت في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وما يفهم منها من قابلية لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة، وبروز القضاء الفرنسي في عدة قضايا أجاز فيها تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية، وذلك من خلال ما يلي :

### الفرع الأول : موقف القانون الدولي من تنفيذ حكم التحكيم الدولي الباطل

يجب أن نوضح ابتداءً أن اتفاقية نيويورك لا تجيز صراحتنا تنفيذ حكم التحكيم الباطل في دولة مقر التحكيم، كما أنها لا تمنع جزماً تنفيذ هذا الحكم. و لا كنها لا تستبعد إمكانية تنفيذ هذا الحكم من خلال بعض نصوصها، وعلى وجه التحديد نص المادة 1/5- هـ. ونص الفقرة الأولى من نص المادة السابعة. (1)

فصلت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بين الأحكام التحكيمية الوطنية والأحكام التحكيمية الأجنبية معتمدة في ذلك على معيار مكان صدور الحكم التحكيمي حيث أن هذه الاتفاقية تطبق على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ الأحكام الناتجة عن الخلافات بين الأشخاص الطبيعية و المعنوية. وتطبق

(1) د. مصلح احمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل، وفقاً لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، بحث مقدم في المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، ص 916.

أيضا على الأحكام التحكيمية التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام.<sup>(1)</sup>

ويتضح من النص أن الاتفاقية لم تكتفى بالمعيار الإقليمي بل أضافت أمرا آخر هو نظرة الدولة التي سينفذ بها الحكم التحكيمي، فإذا كانت تعتبر الحكم التحكيمي الصادر بإقليمها غير وطني فإن الاتفاقية يمكن تطبيقها على أساس أن الحكم التحكيمي دولي .

و عودة إلى التوصيف العام لموقف الاتفاقية الداعم و المشجع الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها، نجد أن المادة الثالثة تنص صراحة على أنه يجب على كل دولة متعاقدة ان تعترف بأحكام التحكيم كأحكام ملزمة و ان تقوم بتنفيذها وفقا للقواعد الإجرائية في الإقليم الذي يحتج فيه بالحكم و طبقا للشروط الواردة في المواد التالية. و لا يجوز أن تفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم التي تنطبق عليها الاتفاقية شروطا أكثر شدة او رسوما او مصاريف اعلى بكثير مما يفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم المحلية أو تنفيذها.<sup>(2)</sup>

فبالرغم من اعتبار حكم التحكيم الدولي باطل وفقا لقانون البلد الذي جرا فيه التحكيم فهذا لا يعني بالضرورة عدم الاعتراف به وتنفيذه في البلد المقرر فيه التنفيذ. إذ يمكن للدولة التي يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم الدولي البطل أن تعتبره صحيحا و تنفذه، وفقا لتقدير محكمة التنفيذ، وهذه السلطة الممنوحة للدولة في تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة مستمدة من نصوص اتفاقية نيويورك إذ لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات

(1) نص الفقرة الأولى من المادة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها. السالفة الذكر.

(2) نصت المادة 3 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ.<sup>(1)</sup> فالاتفاقية لم تحدد الأسباب التي يحق بموجبها لمحاكم دولة المقر أو لمحاكم الدولة التي صدر بموجب قانونها الحكم التحكيمي إبطال حكم التحكيم الدولي، وإنما تركت أمر تحديد هذه الأسباب إلى القانون الوطني لكل دولة وعليه فإن مسألة تنظيم دعوى بطلان الحكم التحكيمي، سواء من إجراءاتها، أو من حيث شروطها، أو أسبابها تخضع للقوانين التحكيمية الوطنية لدولة مقر التحكيم أو للدولة التي صدر بموجب قانونها حكم التحكيم الدولي.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: التطبيقات القضائية المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الباطل :

يعتبر القضاء الفرنسي أول قضاء وطني يرسى مبدأ جواز تنفيذ أحكام التحكيم على الرغم من صدور الحكم ببطلانها في دولة مقر التحكيم منذ عام 1984، فقد طرح على القضاء الفرنسي عدة قضايا هامة أصدر فيها أمر بالتنفيذ على الرغم من بطلان حكم التحكيم المراد تنفيذه. ومن بين أهم القضايا، قضية hilmarton<sup>(3)</sup>، حيث دعت الحكومة الجزائرية إلى مناقصة دولية لتنفيذ أشغال عامة وتوريد أجهزة حديثة بهدف تطوير وتحديث مدينة الجزائر عام 1980، حيث تم إبرام عقد بتاريخ 1980/12/12، بين شركة hilmarton وهي شركة استشارات إنجليزية، وبين شركة المقاولات الفرنسية otv، تتعهد بموجبه الشركة البريطانية بمساعدة الشركة الفرنسية بالحصول على عقد مع الحكومة الجزائرية لإقامة نظام المجاري المائية للجزائر العاصمة وقد نص العقد صراحة على أن تقوم الشركة الفرنسية otv بدفع نسبة 4 بالمئة من قيمة العقد كعمولة للشركة البريطانية hilmarton نظير خدماتها. وقد تم إدراج

(1) نص الفقرة الأولى من المادة 7 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

(2) د. مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص 919.

(3) د. مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص 935.

شرط التحكيم في العقد وفقا لنظام التحكيم لغرفة التجارة بباريس ICC، واتفق الأطراف على أن القانون السويسري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وتعد هيئة التحكيم جلساتها في جنيف وفقا لأحكام مقاطعة جنيف.

ولقد نص العقد على أنه لا يبدأ سريانه إلا من لحظة توقيع شركة Otv، على العقد مع حكومة الجزائر وبعد ما حصلت الشركة على المناقصة، قامت بدفع مبلغ يعادل نصف الأتعاب المستحقة لشركة hilmarton عام 1984، ورفضت دفع باقي الأتعاب. فلجأت شركة hilmarton إلى التحكيم وطالبت بدفع باقي الثمن، وقد لاحظ المحكم أن هذه الشركة مارست نشاطا قريبا من الاستخبارات التجارية وشبيها بالتجسس الاقتصادي وأن المهمة الملقاة على عاتق هذه الشركة هي استغلال النفوذ لدى السلطات الجزائرية من أجل تفضيل العرض المقدم من شركة OTV، وبتاريخ 1988/8/19 انتهى المحكم إلى رفض الدعوى لشركة hilmarton على أساس أن القانون الجزائري، يحارب استغلال النفوذ وهو هدف يتفق فيه القانون الجزائري مع غالبية القوانين الأوروبية، وبهذه المثابة فإن العقد محل المنازعة يخالف النظام العام الدولي، ويخالف النظام العام وفقا للقانون السويسري الذي يحكم العقد. وبتاريخ 1989/11/17 قامت شركة hilmarton بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم أمام محكمة العدل بجنيف، على أساس أن هذا الحكم يتسم بالتحكمية أصدرت المحكمة حكما بإبطال حكم التحكيم، مما دفع شركة Otv، أن تقوم بالطعن أمام المحكمة الفيدرالية السويسرية، وبتاريخ 1990/4/17، أيدت المحكمة الفيدرالية الحكم السابق والذي قضى ببطلان حكم التحكيم، وبعد إلغاء حكم التحكيم تم عقد تحكيم آخر، وبتاريخ 1992/4/10، صدر حكم تحكيم جديد في جنيف قضى في هذه المرة على الشركة الفرنسية باحترام التزاماتها التعاقدية ودفع العمولة لشركة hilmarton. وفي هذه الأثناء وأمام القضاء الفرنسي بتاريخ 1990/2/27 حصلت شركة Otv من رئيس محكمة باريس الابتدائية على أمر بتنفيذ حكم التحكيم الأول الصادر في 1988/8/19، فاستأنفت شركة

hilmarton، أمام محكمة استئناف باريس لإلغاء الأمر بالتنفيذ، وأثناء نظر الاستئناف تقرر إبطال حكم التحكيم بشكل نهائي من المحكمة الفيدرالية السويسرية في 1990/4/17، ورغم ذلك فان محكمة استئناف باريس بتاريخ 1991/12/19، أيدت صدور أمر التنفيذ من المحكمة الابتدائية وأوضحت أنه لا يمكن الامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم حتى ولو قضى بطلانه مادام القانون الوطني يسمح به. طعنت شركة hilmarton، على الأمر الصادر بالتنفيذ أمام محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1994/3/23، أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف وأوضحت أن الحكم يبقى ثابتا رغم القضاء بطلانه.<sup>(1)</sup>

وفي ذات الوقت قد تم عقد تحكيم جديد في جنيف وصدر حكم لصالح شركة hilmarton وسارعت الشركة بالحصول على أمر بالتنفيذ من القضاء الفرنسي بتاريخ 1993/9/25، صدر أمر بتنفيذ هذا الحكم من القضاء الفرنسي، وبذلك أصبحنا أمام حكمين مختلفين، الأول هو الأمر بتنفيذ حكم تحكيم يقضي بعدم أحقية شركة hilmarton بالحصول على عمولة، والثاني هو الأمر بتنفيذ حكم تحكيم يقضي بأحقيتها في الحصول على العمولة .

وأمام هذا الوضع تم اللجوء إلى محكمة استئناف versailles والتي أصدرت حكما غيايبا حيث بتأييد إصدار قرار بتنفيذ حكم التحكيم الأول والثاني. وثم اللجوء إلى محكمة النقض الفرنسية والتي حسمت الموقف لصالح حكم التحكيم الأول وبذلك لم يبق قائما إلا

<sup>(1)</sup> La sentence internationale rendue à l'étranger n'est pas intégrée dans l'ordre juridique de l'Etat dans lequel elle a été rendue ; dès lors son existence demeure établie malgré son annulation et sa reconnaissance en France n'est pas contraire à l'ordre public international. - **Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 23 mars 1994, 92-15.137, Publié au bulletin .**

حكم التحكيم الأول الذي منح الأمر بالتنفيذ لشركة OtV على الرغم من صدور حكم ببطالان التحكيم.<sup>(1)</sup>

لهذا برز الفقه المؤيد لمبدأ وحدة الرقابة في الدول المطلوب فيها تنفيذ أحكام التحكيم و ذلك بعد الحالة التي أوجدها صدور حكم تحكيم و الحالة غير المسبوقة في القضاء الفرنسي الناجمة عن تضارب الأحكام في قضية HILMARTON والتي تكررت بشأن أحكام لاحقة، بدأت تظهر في الفقه الفرنسي اتجاهات تؤيد مسلك هذا القضاء، الذي يسير في لاجاه قصر الرقابة على حكم التحكيم لقضاء الدولة المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم وقد تزعم هذا الاتجاه الأستاذ - فوشارد - الذي لا يكتفي بالميل والتأكيد الشديد لهذا الاتجاه بل انه نادا بإلغاء أي طريق آخر يؤدي إلى إبطال أحكام التحكيم الدولية.<sup>(2)</sup>

#### - قضية chromalloy :

تتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 1988/6/16، أبرمت كل من شركة كرومالوي الأمريكية، وهيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصري عقدا تعهدت فيه الشركة الأمريكية بتقديم عتاد حربي وتقديم خدمات المساعدة الفنية بشأن تنظيم وإمداد الأسطول الجوي الحربي المصري، ونظرا لعدم وفاء الشركة الأمريكية بالالتزامات المنصوص عليها في العقد الموقع بينها وبين الطرف المصري، أنهى الطرف المصري العقد وقام بصرف خطابات الضمان المقدمة من الشركة الأمريكية، مما دفع بهذه الأخيرة اللجوء إلى قضاء التحكيم، وتم عقد التحكيم في القاهرة وتم تشكيل هيئة التحكيم، وأصدرت حكمها بتاريخ

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 440.

(2) حيث صدرت ثلاثة أحكام منها حكمان تحكيميان متناقضان إضافة إلى حكم قضائي صادر من قضاء مقر التحكيم بإبطال حكم التحكيم الأول في القضية . نقلا عن، محمود صلاح الدين مصيلحي، صلاح الدين جمال الدين، الفاعلية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص

1994/8/24،<sup>(1)</sup> بأغلبية المحكمين، قصت فيه بأن إنهاء العقد غير قانوني وألزمت الطرف المصري بأن يدفع تعويضاً عن هذا الإنهاء للشركة الأمريكية يتجاوز 17 مليون دولار ولقد طعن الطرف المصري على هذا الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة لعدة أسباب منها استبعاد حكم التحكيم للقانون الواجب التطبيق على العقد، مخالفته لضوابط التسبب المقررة قانوناً طبقاً لنص المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.<sup>(2)</sup>

فقد جاء في حكم المحكمة أنه لما كان ذلك، وكان من غير المتنازع فيه من الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه على النزاع الماثل وكذلك من غير المتنازع فيه أن العقد محل التداعي مبرم بين هيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصري وهي من المرافق العامة والشركة المدعى عليها وهي إحدى شركات القطاع الخاص الأمريكية وأن العقد ينصب على قيامها بتوريد قطع غيار لأسطول طائرات الهيلوكبتر المبنية بالعقد وتنظيم مخازن قطع الغيار .

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 441.

(2) إذ نصت المادة 53 على أنه : لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

= إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو أن هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاؤه مدته . إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته . إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته . إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع . إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين . إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق . ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها . إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم .

- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .

وعلى الرغم من حكم البطلان الصادر من محكمة استئناف القاهرة، فإن الشركة الأمريكية قدمت طلبا إلى رئيس محكمة باريس الجزئية بوصفه قاضيا للأمر الوقتية من أجل أن يصدر أمرا بتنفيذ حكم الصادر في قضية كرومالوى، وفي 4 مايو 1995 أصدرت محكمة باريس الجزئية أمرا بتنفيذ هذا الحكم. طعنت الحكومة المصرية على هذا الأمر في نفس يوم صدوره وبتاريخ 14 مايو 1997، أصدرت محكمة استئناف باريس الدائرة الأولى المدنية حكما يؤكد الاتجاه الفرنسي السائد مقرر أن الحكم الصادر في مصر كان حكما دوليا ولذلك فهو لا يدرج في النظام القانوني الداخلي لهذه الدولة، فيكون وجوده ثابتا رغم صدور حكم ببطلانه من القضاء المصري، فالاعتراف بحكم التحكيم لا يتعارض مع النظام العام الدولي، وأن القاضي الفرنسي لا يمكنه أن يرفض الأمر بالتنفيذ، إلا بشأن حالة من الحالات المنصوص عليها والمحددة على سبيل الحصر في المادة 1502 من قانون المرافعات الجديد، والتي تشكل قانونه الوطني في هذا الصدد وترتبط على ذلك تكون شركة كرومالوى محقة في التمسك بتنفيذ حكم التحكيم حيث إن المادة 1502 لم تدرج بين حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الحالة المنصوص عليها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك وبالتالي يتعين عدم إعمالها. وبعد صدور هذا الحكم تأكد على نحو لا يدع مجالا للشك أن القضاء الفرنسي يعترف ويصدر أمرا بتنفيذ لأحكام التحكيم التي قضى ببطلانها. إذ يعتبر القضاء الفرنسي أول قضاء وطني أرسى مبدأ جواز تنفيذ حكم تحكيم أجنبي باطل بموجب قانون دولة مقر التنفيذ.<sup>(1)</sup>

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 440.

## المطلب الثاني: الاتجاه المعارض لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية

ذهب جانب من الفقه إلى معارضة القاعدة التي صاغها القضاء الفرنسي، واتفاقية نيويورك 1958، والتي تقضي بإمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج كالتالي :

### الفرع الأول: اتفاقية نيويورك 1958

فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه بالرجوع إلى نص المادة الرابعة<sup>(1)</sup>، التي وضعت شروطا ميسرة لطلب التنفيذ، إذ أن الاتفاقية قد افترضت أن مجرد صدور حكم التحكيم قرينة على صحته و لذلك تكتفي الاتفاقية من طلب التنفيذ أن يرفق بطلبه بأصل حكم التحكيم أو صورة مصدقة عنه، و أصل اتفاق التحكيم، أو صورة مصادق عنها. و إذا كانت إحدى هاتين الوثيقتين محررة بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وجب على طالب التنفيذ تقديم ترجمة رسمية معتمدة له. كما أنه بالرجوع للمادة الخامسة من الاتفاقية، يتضح أن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه لا يجوز رفضه إلا إذا كان حكم التحكيم قد أبطل في

(1) حيث نصت المادة 4 على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب: (أ) أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

(ب) أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

- وعلي طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ - أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة.

ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

قانون دولة المقر، و الجذير في هذه الحالة على الدول الالتزام برفض تنفيذ هذا النوع من الأحكام.<sup>(1)</sup>

وقد أضاف أنصار هذا الاتجاه المعارض لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية، أن المادة 5- (هـ) من الاتفاقية، قامت بالتوزيع الضمني للاختصاص بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بقضاء الدولة التي يتعين عليها الفصل في المنازعة الخاصة ببطلان حكم التحكيم، وقضاء الدولة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ مع إلزام هذه الأخيرة بالانصياع للأحكام الصادرة في الدولة الأولى.<sup>(2)</sup>

وقد تصدى جانب من الفقه الفرنسي المؤيد للحل الذي يسير عليه القضاء الفرنسي لهذه الحجة أنها غير مقنعة، حيث أن المادة الخامسة من الاتفاقية باستخدامها تعبير *ne que* ليس إلا تعبير في الواقع عن مجرد الرخصة الممنوحة للدولة في مجال رفض الاعتراف بتنفيذ الحكم في الأحوال الواردة على سبيل الحصر في المادة الخامسة، ولكنها لا تضع على عاتق الدول التزاما برفض الاعتراف.<sup>(3)</sup>

ولعل ما يؤكد هذا التفسير نص المادة السابعة من الاتفاقية والذي لا يدع أي مجال للشك في أن واضعي الاتفاقية قد أرادوا أن يحددوا الفروض الأدنى لاعتراف الدول الموقعة

(1) نص المادة 5 : لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

(2) نص المادة 5-هـ : لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

(3) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 446.

على المعاهدة بأحكام التحكيم تاركين الحرية لكل دولة في أن تعترف بأحكام التحكيم في غير ذلك من الفروض الأخرى التي لا تغطيها المعاهدة.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : ترزوع الثقة في اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

إن العمل بقاعدة جواز تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية سيؤدي إلى زيادة الاتجاهات الفقهية المؤيدة لعدم جواز فكرة التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل وجود آراء فقهية منقسمة بين جواز وعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في مثل هذا النوع من العقود، خاصة في الدول التي تسعى إلى التنمية وجلب الاستثمار .

فمجلس الدولة الفرنسي ظل متحفظا بشأن مسألة التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلى أن تدخل المشرع الفرنسي وأجاز التحكيم في هذا النوع من العقود سنة 1986، وحتى الوقت الحالي وذلك بصدور القانون الفرنسي الجديد للتحكيم 2011، وبدأت النظرة تتغير تدريجيا تجاه التحكيم في هذا المجال، ولذلك نص المشرع المصري في القانون رقم 9 لسنة 1997 نص صراحة على إدراج شرط التحكيم في العقود الادرية الوطنية والدولية كما خصص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، بابا كاملا يتناول مواضيع التحكيم الداخلي و الدولي. وبعد هذه المواقف المشجعة التي اتخذتها مختلف القوانين الوطنية كان لابد من بناء الثقة في أحكام التحكيم الدولية، بدلا من الأخذ بفكرة جواز تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الباطلة .

(1) حيث نصت المادة السابعة على أنه: لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقية الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة، بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ.

الخاتمة

وبهذا تنتهي هذه الدراسة التي تناولت موضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية، التي تطرقنا فيها إلى مختلف الجوانب العامة للتحكيم التجاري الدولي، وذلك لازدياد الاهتمام الكبير بهذه الآلية لتسوية النزاعات التعاقدية الدولية، وهذا راجع لتوسع العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية، هذا الاهتمام الزائد يجعل من التحكيم محركا للتجارة الدولية، و يتبين ذلك من خلال ظهور العديد من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية من أهمها غرفة التجارة الدولية بباريس، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مركز تسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، بالإضافة إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذا إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تنظم مختلف إجراءات التحكيم منها اتفاقية نيويورك لسنة 1958، اتفاقية وجنيف لسنة 1927، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2011. كما ذهب معظم الدول إلى سنّ قوانين داخلية تنظم التحكيم التجاري الدولي ومنها الجزائر التي وضعت تشريعا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 وذلك بعد انضمامها بتحفظ لاتفاقية نيويورك لسنة 1958. وموازة مع الأنظمة القانونية الحديثة المتعلقة بالتحكيم والتي تتماشى ومقتضيات التجارة الدولية، أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث أوضح المشرع الجزائري من خلاله الأحوال التي يتدخل فيها قضاء الدولة في أمور التحكيم التجاري الدولي، مع إبراز دور القاضي الوطني بصفته مساعدا لهيئة التحكيم، وبصفته مراقبا للحكم التحكيمي.

كم رأينا أنه على الصعيد العربي أبرمت العديد من الاتفاقيات العربية الجماعية والثنائية، من أجل مواكبة الحراك الدولي في العمل بالوسائل البديلة لحل النزاعات الدولية، خاصة وأن الدول العربية معروفة على الساحة الدولية بأنها مجال خصب للاستثمار عن وذلك لافتقارها فيما مضى لدة مرافق حيوية كان لابد من تدخل الطرف الأجنبي لإنجازها. بالإضافة إلى ما تزخر به الدول العربية من ثروات طبيعية خاصة النفطية منها، وهو مجال إبرام العقود الدولية

الخاصة بأعمال الحفر والتنقيب مما يستعدي الدخول في الشراكة الأجنبية ولا يتجسد ذلك إلا عن طريق إبرام اتفاقيات دولية خاصة بجلب وتطوير الاستثمارات، التي لم تخلو في بنودها على الاتفاق على تسوية النزاعات التي تثور بين الطرفين عن طريق التحكيم الدولي كآلية بديلة عن القضاء الوطني المختص وهو ضمان للمستثمر الأجنبي، وذلك عن طريق المصادقة والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم مثل اتفاقية نيويورك الدولية لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 18/88 التي سبق ذكرها.

أما بالنسبة للدول العربية فيما بينها فقد رأينا إبرام عدة اتفاقيات في مجال الاستثمار، مثل اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي التي وافق مجلس وزراء العدل العرب عليها بقراره رقم 80 المؤرخ في 14 / 7 / 1987، الموقع عليها من طرف الجزائر بتاريخ 14 / 7 / 1987 التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 27 / 6 / 1992، أو من خلال اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية التي وافق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بقراره رقم 1138 د/ 72 بتاريخ 6 / 12 / 2000.

ومن بين الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر للعمل بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات الإدارية الدولية في مجال الاستثمار نذكر من بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين الموقعين بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01، وكذلك الاتفاقية المبرمة مع جمهورية بلغاريا حول الترقية والحماية المتبادلتين الموقعين بالجزائر في 25 أكتوبر سنة 1998، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123. بالإضافة إلى الاتفاقية الدولية المبرمة مع حكومة الجمهورية التشيكية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعين ببراغ 22 سبتمبر سنة 2000، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124، حيث أن

كل هذه الاتفاقيات رسخ فيها التحكيم الدولي كآلية لتسوية النزاعات الدولية بدلا من القضاء الوطني المختص .

ولم يغيب المشرع الجزائري في المجال الداخلي لترسيخ التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة لاسيما في عقود الدولة الاستثمارية المبرمة مع الأشخاص الأجنبية أو حتى الأشخاص الوطنية، وهو ما جاء في القانون رقم 91-21 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 86-14 المؤرخ في 9 غشت سنة 1986، المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب. و القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06/01 المتعلق بالمحروقات، المعدل ومتمم بالقانون رقم 13-01، مؤرخ في 20 فيفري 2013 المتعلق بالمحروقات. وهو ما جسد أيضا في القانون رقم 16-09 يتعلق بترقية الاستثمار، فقد فتح القانون رقم 86/14، الباب على مصراعيه للاستثمار الخارجي في مجال المحروقات من خلال آلية الشراكة مع شركة سوناطراك الوطنية التي كانت تعاني حينها من ضعف في القدرات المالية والتكنولوجية، كما كان للقانون رقم 05/07، المعلق بالمحروقات، دورا أساسيا في سبيل تحرير قطاع المحروقات في الجزائر وإعادة هيكلة الإطار القانوني والمؤسسي لإدارة هذا القطاع من خلال اعفاء شركة "سوناطراك" من عبئ إدارة القطاع لصالح الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "ألنفط" والوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات "سلطة الضبط" وهو ما ساهم في تحرير قطاع المحروقات ولو جزئيا وساهم في انعاش الاستثمارات الأجنبية بشكل كبير، لا سيما دوره في إعادة هيكلة نظام العقود بشكل جعلها أكثر فاعلية. كما ظل القانون رقم 84/14 يؤثر بشكل سلبي على قدرة قطاع المحروقات على استقطاب الاستثمار الخارجي، وحتى صدور القانون 05/07 المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 13/01، الذي جاء من أجل تجاوز حالة الركود التي ضربت القطاع جراء قانون 2005 بحيث تجمدت الاكتشافات في آخر ثلاث سنوات وتزايدت قضايا التحكيم الدولي في المنازعات التجارية بين

الشركات الأجنبية و سوناطراك، ولذلك جاء القانون بإجراءات جديدة تساهم في المحافظة على جاذبية الجزائر في مجال الاستثمارات وفقا لتطور صناعة المحروقات، بحيث تم إعادة النظر في الترتيبات الجبائية، ودفع نحو الاستفادة من نقل التكنولوجيا والخبرة من خلال التسهيلات والحوافز، وتشجيع الاستكشاف في الطاقات المتجددة وبدائل الطاقات الأحفورية، إلا أن القانون لا يزال يثير المخاوف نفسها من طرف الشركات الأجنبية.

و من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث فسح المجال للإدارة العمومية باللجوء الى التحكيم لحل النزاعات وذلك في الباب الخاص بالوسائل الخاصة لتسوية منازعات الصفقات العمومية، إذ لم يفرق المشرع الجزائري بين المتعاقد الوطني أو الأجنبي وذلك من خلال النص على أن طلب العروض من طرف الادارة الراغبة في التعاقد يمكن أن يكون وطنيا أو دوليا. كما نص القانون على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء إلى اجراءات التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

أما على صعيد المنظمات الدولية المعنية بالقواعد الدولية في مجال التعامل التجاري الدولي فقد أولت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة أهمية خاصة للتحكيم التجاري الدولي التي وضعت عام 1976 قواعد التحكيم الدولي. كما أعدت قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي اعتمده بصيغته النهائية في 21 حزيران 1985 في قرار الجمعية العامة رقم 22/65، إلى غاية قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010م حيث يتسم هذا القانون بالشمولية و الصبغة الدولية. وتطور نظام التحكيم أصبح التحكيم يحظى بالكثير من الأهمية والدراسة في الآونة الأخيرة في القانون الدولي ويتجلى ذلك من خلال القواعد الجديدة للتحكيم التي تصدر كل عام عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري من خلال قرار الجمعية العامة رقم 109/68 بتاريخ 16 كانون الأول/ ديسمبر 2013، بناء على تقرير اللجنة السادسة A/68/462، المتضمن قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية

في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول 2013، المتضمنة الفقرة 4 الجديدة في المادة 1 بصيغتها المعتمدة في عام 2013. واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لسنة 2014 بناء على قرار الجمعية العامة رقم 496/69 في 10 كانون الأول / ديسمبر 2014، بناء على تقري اللجنة السادسة 496/69 / A. كما قدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ملحوظات عن تنظيم إجراءات التحكيم لسنة 2016 في الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 17 (A/71/17) الفقرة 158.

#### - وباستعراض هذه الدراسة نخلص إلى النتائج التالية :

- أصبح نظام التحكيم من بين أهم الوسائل القانونية لحل النزاعات سواء على الصعيد الوطني أو الدولي في مجال العقود التي تبرمها الإدارة لممارسة نشاطاتها، في حالة اتفاق الأطراف عليه، كطريق بديل للتقاضي أمام القضاء الإداري بموجب نصوص وطنية ودولية.

- لا يمكن تحديد معيار واحد محدد للعقد الإداري الدولي، فلا بد من الجمع بين جميع المعايير القانونية منها والاقتصادية، لتحديد العقد الإداري الدولي، لأن انتقال الأموال عبر الحدود يؤثر على مصالح التجارة الدولية، التي تكون خارج حدود الدولة. فهذه العناصر مجتمعتا تحدد دولية العقد .

- اخضع المشرع الجزائري منازعات المؤسسة الوطنية مثل "سونطراك" كقاعدة عامة إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي، و ذلك بموجب قانون المحروقات رقم 01/13 في المادة 58 منه، كما أجاز قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 09/08 في نص المادة 1006 لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية.

- بالنسبة لموقف الاتفاقيات الدولية حول أهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم حيث تركت اتفاقية نيويورك سنة 1958 هذه المسألة لقانون الدولة المنشئة له، في حين

سمحت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري بجنييف سنة 1961 لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات التجارة الدولية، و نفس الشيء بالنسبة لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى بواشنطن سنة 1965.

- يشترط تحديد محل الاتفاق على التحكيم و أن يكون مشروعاً لا يخالف النظام العام، كما اشترطت معظم القوانين المقارنة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً و اختلفت حول نوع الكتابة رسمية أو عرفية، واعتبرتها كشرط للإثبات و ليس لصحة اتفاق التحكيم.

- أمام التطورات التي حدثت في العلاقات الاقتصادية الدولية دخلت الدولة في علاقات تعاقدية استثمارية مع الطرف الأجنبي، مما اثر على الحصانة السيادية التي تحولت من الحالة المطلقة إلى الحالة النسبية سواء كانت قضائية أو حصانة تنفيذية، حيث أصبحت الدولة تدخل في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين أجانب لاسيما الدول النامية من اجل تنمية مصادر ثرواتها الطبيعية، و قد أكدت اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية واشنطن سنة 1965 على أن الدول الموقعة على الاتفاقية لا يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية أمام المركز.

- من خلال تحليل تلك الاتجاهات القضائية و التحكيمية و الفقهية يتبين لنا أن الدولة باعتبارها ذات سيادة على إقليمها و ثرواتها الطبيعية، فان استغلال تلك الموارد البترولية عبر عقود الاستثمار الدولية يندرج ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية، لذا فاللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة ودية لفض المنازعات البترولية يعد إجراء قانوني ذو طبيعة اتفاقية، و التنازل عن الحصانة القضائية لا يشمل التنازل عن الحصانة ضد التنفيذ.

- أصبحت العقود الادارية الدولية من بين الآليات الفعالة للنهوض بالبنية التحتية لأي دولة خاصة في مجال الاستثمارات، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق جلب وتشجيع المستثمرين الأجانب عن طريق الضمانات الممنوحة للمستثمرين بإدراج شرط التحكيم لفض المنازعات

الناشئة عن هذا النوع من العقود، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في قانونه الداخلي في مختلف المجالات، ويبرز ذلك بتجلي من خلال القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، و القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، ومن خلال المرسوم رئاسي رقم 15-247 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

- إن العقود الادارية الدولية ذات طبيعة قانونية مختلطة إذ تجمع في طياتها شروطا جديدة ليست من طبيعة العقد الاداري حيث يمكن للمتعاقد مع الادارة في العقود الادارية الدولية أن يضع أو يستفيد من شروط استثنائية غير مألوفة مثل شرط الثبات التشريعي وهو ما أقره المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، بأن لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون. كما يمكن أن يشترط المتعاقد الأجنبي على الإدارة أن يتضمن العقد شرط التحكيم. فمن المعروف في النظرية العامة للعقد الإداري أن الإدارة هي التي تضع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص باعتبار أن الإدارة هي الطرف القوي في العقد الاداري .

- إن الخلاف الذي كان سائدا بشأن مدى إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لفض المنازعات التي تكون طرفا فيها مع جهات أخرى، أصبح نطاق هذه الفكرة في منظور فقهي فقط. حيث لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن جل الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمعاملات التجارية الدولية أجازت التحكيم الدولي لفظ النزاعات الخاصة بالتجارة الدولية وأنشأت عدة هيئات ومراكز تحكيم دولية خاصة للقيام بالعملية التحكيمية من بينها المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الذي مقره بالبنك العالمي للإنشاء والتعمير، محكمة التحكيم للغة التجارية الدولية بباريس، المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي الذي أنشأ بموجب اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي الذي أنشئ في 1979 تحت مظلة المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا،

حيث يقع المركز الرئيسي لهذه المنظمة في نيودلهي بالهند، حيث تستند قواعد تحكيم هذا المركز بالقاهرة إلى قواعد تحكيم الأونسيترال للأمم المتحدة في صيغتها المعدلة لعام 2010. هذا فيما يتعلق بأهمية التحكيم في التعامل التجاري الدولي، وأهم المؤسسات التحكيمية التي وجدت لتسهيل عملية التحكيم في شتى المنازعات الإدارية الدولية الناتجة عن مجال التجارة الدولية الواسعة التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها.

- كما نجد لهذه الأهمية مكانا في التشريعات الوطنية المختلفة، فبعد أن كانت التشريعات تقوم بتنظيم التحكيم على الصعيد الداخلي والوطني، نراها الآن تفرد فصولا كاملة من نصوصها لمعالجة أحكام التحكيم التجاري الدولي، حيث أدرج نظام التحكيم التجاري الدولي كآلية من بين الآليات القانونية لحل النزاعات التي تكون الدولة طرفا فيها، عن طريق إدراج شرط التحكيم في القانون الداخلي كما فعل المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الاجراءات المدنية والادارية الأخير لسنة 2008، حيث أضافت إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فصولا خاصة بالتحكيم التجاري الدولي وأحكامه. و في فرنسا كذلك حيث أضافت إلى قانون المرافعات فصلا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي وذلك من بالمرسوم القديم الصادر في 21 مارس 1981 إلى غاية المرسوم الجديد رقم 2011-48، الصادر بتاريخ 13 يناير 2011.

- وقد خلصت الدراسة بعد بحث ما تقدم إلى التوصيات الآتية :

- أول توصية في مجال هذه الدراسة، أنه يتعين على المشرع الجزائري أفراد قانون خاص للتحكيم الدولي واخراجه من قانون الاجراءات المدنية والادارية كما فعلت جميع تشريعات دول العالم، بسن قانون خاص للتحكيم الدولي الجزائري و إنشاء مركز دولي للوساطة و للتحكيم بالجزائر وفقا للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال .

- يتعين على جهة الإدارة التي تتعاقد باسم الدولة في مجال العقود الإدارية الدولية وهي بصدد التعاقد في مجال مشروعات عقود الأشغال العامة الدولية الكبرى، على إلزامية التحقق من توافر الاعتماد المالي اللازم قبل الاعلان عن المناقصة سواء الوطنية أو الدولية، وذلك لتفادي إشكالات التنفيذ مما يؤدي إلى التأخير في تنفيذ الأعمال، وفرض غرامات تأخير على المتعاقد الأمر الذي يدفع بالمتعاقد اللجوء إلى القضاء أو التحكيم الدولي لطلب التعويض عن التأخير في صرف مستحقاته.

- الحاجة إلى وجود محكمة إدارية دولية في المجتمع الدولي تختص في النظر منازعات العقود الإدارية الدولية التي تتضمن شرط التحكيم أو بدونه.

وفي الأخير يتبين أن ازدياد الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي نتيجة ازدياد التبادل التجاري الدولي، وتوسع العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية، هذا الاهتمام الزائد جعل من التحكيم الدولي محركا للتجارة الدولية، وتبين لنا ذلك من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية السالف ذكرها، بالإضافة إلى ظهور العديد من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية، التي تم تبيانها، وهذا ما أثر بدوره على أغلب التشريعات الوطنية التي عدلت قوانينها الداخلية التي كانت تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في منازعاتها مع الطرف الأجنبي إلى سن قوانين تجيز التحكيم الدولي لتتماشى مع مجريات التجارة الدولية في المجتمع الدولي.

# قائمة المراجع والمصادر

I - المراجع :

أولاً- باللغة العربية:

1- المراجع العامة :

- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2007.

- ناصر لباد، القانون الاداري، الجزء الثاني، النشاط الاداري، الطبعة الأولى، مطبعة دالي ابراهيم، الجزائر 2004 .

- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004 .

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2006 .

- عمارة بلغيث، الوجيز في الاجراءات المدنية، دار العلوم، عنابة، 2002.

- عمار عوابدي، القانون الاداري، الجزء الثاني، النشاط الاداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2007.

- محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 2011 .

## قائمة المراجع و المصادر

- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للنشر الجزائر، 2004 .
- ماجد راغب الحلوى، القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2006.
- أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الاجراءات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- علي إبراهيم، العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- حارث سليمان الفاروقي - المعجم القانوني - مكتبة لبنان للنشر والتوزيع، الطبعة 5 بيروت، 2008 .
- لسان العرب لابن منظور، دار المعارف.
- 2- المراجع المتخصصة:**
- أبوزيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر .
- أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم وإجراءاته - دار المطبوعات الجمعية، الاسكندرية، 2007.
- أحمد حسان الغندور- التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات - دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

## قائمة المراجع و المصادر

- أحمد محيوا - محاضرات في المؤسسات الادارية - الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، جسر للنشر و التوزيع، 1992.
- أسعد فاضل مندیل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، العراق، 2011.
- إلياس ناصيف - العقود الدولية - عقود البوت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2011 .
- محمد الصغير بعلي - العقود الإدارية - دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- محمد عبد الواحد الجميلي - ماهية العقد الاداري - دار النهضة العربية، القاهرة 1995.
- محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية - دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2010
- حمدي ياسين عكاشة - موسوعة العقود الادارية والدولية في التطبيق العملي - منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.
- حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- محمد وليد المصري - الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الأردن 2011 .
- محمد فؤاد عبد الباسط - العقد الاداري، المقومات، الاجراءات، الأثار - دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006 .

- محمد عبد المجيد اسماعيل - القانون العام الاقتصادي والعقد الاداري الدولي الجديد - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010 .
- محمد عبد الستار كامل نصار - دور القانون الدولي العام في النظام الاقتصادي العالمي الجديد - مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية القاهرة، 2011 .
- محمد مهدي عبد الوهاب حجيري - بطلان حكم التحكيم - نشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2013.
- محمد منطل شطا - التحكيم التجاري في القانون الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة 2، 1986
- محمد علي جواد - العقود الدولية - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون ذكر سنة النشر.
- محمود مختار أحمد بري - التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية، القاهرة 2008.
- محمود عبد المجيد المغربي - المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية وأثارها القانونية - المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1998.
- محمود سمير الشرقاوي - القود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع - دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 .
- محمود سمير الشرقاوي - العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع - دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

## قائمة المراجع و المصادر

- محمود السيد التحيوي - التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الادارية - دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1999.
- محمودي مسعود - أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية - ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.
- مراد محمود المواجدة - التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010 .
- منير عبد المجيد - الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم - بدون ذكر دار النشر، 2005.
- مصلح أحمد الطراونة و فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، الجزء الأول، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى 2013.
- فؤاد محمد أبو طالب - التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية - دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، القاهرة، 2010 .
- حسن محمد هند - التحكيم في المنازعات الادارية - دون تاريخ نشر .
- حمدي ياسين عكاشة - موسوعة العقود الإدارية والدولية - منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- جابر جاد نصار - العقود الادارية - دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2004.

## قائمة المراجع و المصادر

- جورجي شفيق ساري - التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية - دار النهضة العربية، القاهرة. بدون ذكر سنة النشر.
- جلال وفاء محمدين - التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار - دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، القاهرة 2001 .
- خالد ممدوح ابراهيم - التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008 .
- خالد أحمد عبد الحميد - فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980 - الطبعة الأولى، الاسكندرية، القاهرة 2002 .
- خالد كمال عكاشة - دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار - دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة الأولى، عمان، 2014 .
- خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - دار الشروق للنشر، الطبعة الثانية القاهرة، 2002.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد - التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية - دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2008.
- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص - مكتبة النصر، القاهرة، 1991.
- عمر حلمي - معيار تمييز العقد الاداري - دار النهضة العربية، القاهرة، 1993 .
- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس - النظام القانوني لاتفاق التحكيم - المكتب الجامعي الحديث للنشر، الطبعة الثانية، صنعاء، 2008 .

- عبد المنعم دسوقي - التحكيم التجاري الدولي والداخلي، في القانون الجديد رقم 27 لسنة 1993 - مكتبة مدبولي، القاهرة، 1995.

- سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة - دار الفكر العربي القاهرة، 2011 .

- نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية - منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2010 .

- صلاح الدين جمال الدين - عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي - دار النهضة العربية لنشر، القاهرة 1996.

- صبري منصور نابلسي - العقود الادارية - منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2010.

- فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الاصدار الثالث، عمان، 2008 .

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

- لزه بن سعيد - التحكيم التجاري الدولي - دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية 2011 .

3- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير والمقالات :

أ-رسائل الدكتوراه:

- سليم بشير، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

- بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد الناق البري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالكايد، تلمسان 2015.

- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2008 .

ب- مذكرات الماجستير:

- صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية -B.O.T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2013

- حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

- حدنان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، قسم القانون، 2012 .

- بسكاك مختار، حل النزاعات الدولية على ضوء القانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2012.

ج- المقالات :

- سعد بن سعيد الزيادي، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري الدولي بدول مجلس التعاون الخليجي بتعاون مع غرفة تجارة وصناعة عمان 26، 28، أغسطس، 2014 .

- فؤاد ديب، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدول والتشريعات العربية الحديث، "القسم الأول" - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 - العدد الثالث. 2011.

- دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الادارية وعقود البوت B.O.T بحث مقدم في المؤتمر السنوي السادس عشرة في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية المتحدة.

- نور الدين بو الصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأكسيد ونظام اليونسترال دراسة مقارنة - مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد10، لسنة 2015.

- زازة لخضر، التحكيم التجاري الدولي كمحرك للتجارة العالمية ومدى تدخل القضاء الجزائري فيه، المجلة الافريقية للعلوم السياسية. منشور على موقع.

[www.maspolitiques.com](http://www.maspolitiques.com)

- محمد الروبي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم **B.O.T**، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر تحت عنوان التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة.

- نور محمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم في المؤتمر السنوي السادس عشرة، الموسوم بالتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق.

- مهند مختار نوح، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الادارية، المجلة الدواية للقانون، الصادرة بتاريخ 2017/03/16 عن دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر 2017.

- بوحنية قوي، أ. خميسي محمد، قراءة في تطور الأطر القانونية والمؤسسية لقطاع المحروقات في الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون، تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد9، جوان 2013.

- مصلح احمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل، وفقا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، بحث مقدم في المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق.

- زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13 العدد 2 ديسمبر 2016. التقييم الدولي المعياري للدوريات 2320-1996.

II- المصادر :

أولا- الدساتير:

- الدستور الجزائري لسنة 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 الموافق ل7 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016. الجريدة الرسمية العدد 14 ل 07 مارس 2016 .

- الدستور المصري لسنة 2014، الجريدة الرسمية العدد 3 مكرر "أ" في 18 يناير سنة 2014 .

ثانيا- الاتفاقيات الدولية :

- اتفاقية لاهاي رقم 1 للتسوية السلمية للمنازعات الدولية لسنة 1907.

- الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948 في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948 بموجب القرار 217 ألف د-3. صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

- اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الأخرى والمنشأة للمركز الدولي CIRDI، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/346 المؤرخ في 1995/10/30. الجريدة الرسمية العدد 66 بتاريخ 1995/11/15.

- اتفاقية نيويورك 1958 انضمت اليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 88/233 في 1988/11/05. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم 48.

- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 وضعت موضع التنفيذ في 1964/1/7 وفقاً لأحكام المادة (10) الفقرة (8) وباستثناء

## قائمة المراجع و المصادر

الفقرات (3) حتى (7) من المادة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 18/10/1965 بموجب أحكام الفقرة (4) من ملحق الاتفاقية.

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 1980، الوثيقة A/CONF. 97/18، المرفق الأول.

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لسنة 2014. قرار الجمعية العامة رقم 116/69 في 10 كانون الأول / ديسمبر 2014، بناء على تقري اللجنة السادسة 496 / A69 /.

- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1987 وافق مجلس وزراء العدل العرب على الاتفاقية بقراره رقم 80 المؤرخ في 14-7-1987 في دور انعقاده العادي الخامس، الموقع عليها من طرف الجزائر بتاريخ 14-7-1987 دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 27-6-1992.

- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية 2000 التي وافق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بقراره رقم 1138 د/72 بتاريخ 6/12/2000.

- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974.

- اتفاقية افيان 1962 المتعلقة بالتعاون في ميدان المحروقات في اتفاق ثنائي بين الجزائر وفرنسا سنة 1963، بموجب المرسوم رقم 63/364 الموافق 14/09/1963. الجريدة الرسمية العدد 67 .

- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين الموقعة بالجزائر في 13 فبراير سنة 1993، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-

## قائمة المراجع و المصادر

01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994. الجريدة الرسمية العدد 01 لسنة 1994.

- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى 1995 المصادق عليها بموجب الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 19 شعبان 1415 هـ الموافق 21 جانفي 1995 الجريدة الرسمية العدد 07 الموافق 15 فيفري 1995 .

- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية بلغاريا حول الترقية والحماية المتبادلتين الموقعه بالجزائر في 25 أكتوبر سنة 1998، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل 2000، الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002.

- الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية التشيكية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعه ببراغ 22 سبتمبر سنة 2000. المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل سنة 2002. الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002.

- الاتفاقية الثنائية الموقعه بين الجمهورية الجزائرية وحكومة اليونانية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-205 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2001 حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقعه بالجزائر يوم 20 فبراير سنة 2000. الجريدة الرسمية العدد 14 بتاريخ 29 يوليو 2001.

ثالثا: النصوص التشريعية و التنظيمية :

1-النصوص التشريعية :

أ-في القانون الجزائري:

- الأمر رقم 65 / 287 الخاص بالفصل في المشاكل المتعلقة بالحروقات، والتنمية الصناعية في الجزائر الجريدة الرسمية 1965 .

- الأمر رقم 66/154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية المؤرخ في 08 يونيو 1966، الجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 1966. الملغى بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008. الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008 .

- الأمر رقم 71-22 المؤرخ 16 صفر عام 1391 الموافق ل 12 أفريل 1971 يتضمن تحديد الاطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان الوقود السائل واستغلاله، الجريدة الرسمية رقم 30 المؤرخة في 13 أفريل 1971.

- الأمر رقم 71/24 المؤرخ في 12 أفريل الخاص بتأميم المحروقات يعدل ويتمم الأمر رقم 58 / 111 الجريدة الرسمية عدد 30 الصادرة بتاريخ 30/04/1971.

- القانون رقم 86-14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق ل 19 أوت 1986 والمتعلق بأعمال التنقيب والبحث في المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنايبب. الجريدة الرسمية العدد 35، الصادرة في 27 أوت 1986، معدل ومتمم بالقانون رقم 91-21، مؤرخ في 4 ديسمبر 1991، المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات و استغلالها ونقلها بالأنايبب، الجريدة الرسمية العدد 63 الصادرة في 7 ديسمبر 1991. ملغى

## قائمة المراجع و المصادر

- القانون رقم 91- 21 مؤرخ في 27 جمادى الأول عام 1412 الموافق 04 ديسمبر سنة 1991، يعدل ويتمم القانون رقم 86-14 المؤرخ في 9 غشت سنة 1986، المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنايب، الجريدة الرسمية العدد 63 في 7 ديسمبر 1991.
- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 31 لسنة 2001.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية. الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
- القانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية رقم 37 بتاريخ 3 جويلية 2011.
- القانون رقم 12/07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 هـ الموافق 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية العدد 12 لسنة 2012 .
- القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق 28 أبريل سنة 2005 المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية العدد 50 سنة 2005. معدل ومتمم بالأمر رقم 06/01، مؤرخ في 28 أبريل 2006، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة في 30 جويلية 2006، معدل ومتمم بالقانون رقم 13-01، مؤرخ في 20 فيفري 2013، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية عدد 11 الصادرة في 24 فيفري 2013
- القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46.

أ- في القانون المصري:

- القانون رقم 25 لسنة 1968، المتعلق بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية معدل بالقانون 23 لسنة 1992، والقانون 18 لسنة 1999، في التشريع المصري، الجريدة الرسمية العدد 22 الصادرة في 1968/5/30.

- القانون رقم 82 لسنة 2013 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون المناقصات والمزايدات وبعض أحكام تنظيم قانون المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية العدد 36 مكرر أ في 11 سبتمبر سنة 2013.

- القانون رقم 100 لسنة 2018 بربط الموازنة العامة للدولة للسنة المالية 2018-2019. الجريدة الرسمية العدد رقم 25 مكرر "ز" الصادر بتاريخ 27 يونيو 2018.

- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادر بتاريخ 2 أبريل سنة 1994.

- قانون التحكيم المصري رقم 09 لسنة 1997. يعدل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، صدر برئاسة الجمهورية في 6 محرم سنة 1418 هـ الموافق 13 مايو سنة 1997.

- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 .

2-النصوص التنظيمية :

أ-المراسيم الرئاسية:

- المرسوم رقم 63-491 بتاريخ 31-12-1963، يتضمن الموافقة على تأسيس الشركة الوطنية للنقل وتسويق الوقود السائل الهيدروكربونات والمصادقة على قوانينها الاساسية، الجريدة الرسمية العدد 04، الصادرة في 10 جانفي 1964.

- المرسوم رقم 87-158 مؤرخ قفي 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987 يتعلق بكيفيات تعريف الشركات الأجنبية التي تترشح للاشتراك في التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها وبكيفيات مراقبتها. الجريدة الرسمية العدد 30، في 22 جويلية 1987، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-436، مؤرخ في 12 ديسمبر 1994، الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة بتاريخ 21 ديسمبر 1994.

- المرسوم رقم 87-159 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 جويلية سنة 1987 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها. الجريدة الرسمية العدد 30 الصادرة في 22 جويلية 1987. معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 96-118، مؤرخ في 06 أبريل 1996، الجريدة الرسمية العدد 22 الصادرة في 10 أبريل 1996.

- المرسوم رقم 88-34 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1408 الموافق 16 فبراير سنة 1988 يتعلق بشروط منح الرخص المنجمية للتنقيب عن المحروقات والبحث عنها واستغلالها وشروط التحلي عنها وسحبها.

## قائمة المراجع و المصادر

- المرسوم الرئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر 1418 هـ الموافق ل 23 يونيو سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 هـ الموافق 24 أكتوبر سنة 1996، الجريدة الرسمية العدد 43 لسنة 1997.

- المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 القديم، المتعلق بالصفقات العمومية.

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. الجريد الرسمية العدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

### ب- المراسيم التنفيذية:

- المرسوم رقم 93-09 المؤرخ في ذو القعدة 1413، الموافق 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون الاجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 27 الصادرة في 27 أبريل 1993 .

- الأمر 04/95 المؤرخ في 21/01/1995. الجريدة الرسمية العدد 07 لسنة 1995

- المرسوم التنفيذي رقم 96-118 المؤرخ في 18 ذي القعدة عام 1416 الموافق 16 أبريل 1996، يعدل ويتمم المرسوم رقم 87-159 المؤرخ في 21 يوليو سنة 1987 والمتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها، الجريدة الرسمية العدد 22 لسنة 1996.

- المرسوم التنفيذي رقم 95- 93 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس 1995 والمتضمن كفيات الترخيص للشريك الأجنبي بتحويل مبلغ استهلاكاته وأرباحه الصافية.

- المرسوم التنفيذي رقم 07-184، مؤرخ في 09 جوان 2007، يحدد إجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 40، الصادرة بتاريخ 17 جوان 2007، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي 13-245، مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد اجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 65، الصادرة في 22 ديسمبر 2013.

- قرارات الأمم المتحدة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي:

- قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في القرار رقم 98/31 الذي اتخذته الجمعية العامة يوم 15 كانون الأول / ديسمبر 1976.

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران / يونيو 1985، وعدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 تموز/ يوليو 2006. وثيقة الأمم المتحدة A/40/17، المرفق الأول و A/61/17، المرفق الأول.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22/65 في قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 .

- نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 إصدار عام 2012-32013-53793-V12.

## قائمة المراجع و المصادر

- قرار الجمعية العامة رقم 109/68 بتاريخ 16 كانون الأول/ ديسمبر 2013، بناء على تقرير اللجنة السادسة A/68/462، المتضمن قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لسنة 2013، المتضمنة الفقرة 4 الجديدة في المادة 1 بصيغتها المعتمدة في عام 2013 .

- ملحوظات الأونسيترال عن تنظيم إجراءات التحكيم 2016 الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 17(17/71A) الفقرة 158. عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 (د-17) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1962 والمعنون بالسيادة الدائمة علي الموارد الطبيعية .

- قواعد المراكز الاقليمية والدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي :

- لائحة مركز أبو ظبي للتحكيم التجاري الدولي 1993.

- قانون مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم بالقاهرة 1944.

- قواعد الخبرة للغرفة التجارية الدولية ICC لسنة 2003.

- نظام التحكيم المعتمد لدى المركز الدولي للوساطة والتحكيم في الرباط 2007، وفقاً للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال 2011.

- قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011.

- قواعد التحكيم والوساطة للغرفة التجارية الدولية I.C.C لسنة 2013 طبعت بفرنسا من طرف مطبعة بول رويال تراباس 78 201378 dépôt légal .. باريس

العدد -865 (OARA)

II- المراجع والمصادر الأجنبية:

أولاً- المراجع :

1-المراجع باللغة الأجنبية:

- **Henri Moutulsky** , Ecrits études et notes sure l'arbitrage Dalloz.
- **René David** " L'arbitrage dans le commerce international ", Economisa, 1982.
- **jean robert** – l'arbitrage- droit interne -02 droit international privé -6 E.D.1993.[www.livre.fnac.com](http://www.livre.fnac.com).
- **Christian ViGne** :l'accord franco algérien du 26 juin 1963 en matière d'arbitrage pétrolier pour le respect des droits acQuis au sahara. Annuaire français de droit international, volume 10, 1964.
- **Chareles -jarrsson**: la nation L'arbitrage .l.G.d.j.Paris,1997.
- **jean. Pierre Regli** : « contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privès »Genève,1983.Edition , Livre imprimé Français .

- **Patrick- janin** , méthodologie du droit administratif ,Ellipses édition marketing sa , Paris , 2007.
- **Georges Teissier**. La responsabilité de la puissance publique paris paul dupont.1906.
- **Pierre.Mayar** ,"La neutralisation de du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat, Paris ." 1986.
- **Christina Voigt**, The role of General principles in international Law and their relationship to treaty law, university of oslo, department of public and international law .2008.
- Georges .Vedel** ,la notion de clause exorbitant Mèlanges Mestre, p527.www. actu.dalloz-etudiant.fr.
- Georges. Vedel** , Droit administeatif,T.L , www.actu.dalloz-etudiant.fr .

2- أطروحات الدكتوراه بالفرنسية:

- Malik Laazouzi**, Les contrats administratifs à caractère international thèse de doctorat ,droit privé paris 1 , 2007. Publié au :www.lgdj.fr

- **Ibrahim Elbeherry**. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. Sciences , de l'Homme et Société. Université Nice Sophia Antipolis, 2004. Français. [www.tel.archives-ouvertes.fr](http://www.tel.archives-ouvertes.fr)
- **Apostolos Patrikios** , L'arbitrage en matière administrative. Thèse de doctorat en Droit public, Paris 1996. [www.theses.fr](http://www.theses.fr)
- **Thomas Pez**. Le risque dans les contrats administratifs Thèse présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2006 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) . [www.asso-afda.fr](http://www.asso-afda.fr)

3- المقالات بالفرنسية :

- **René chapus** , responsabilité publique et responsabilité privé Paris ,1954, voir revue international de droit comparé année 1954. [www.persee.fr](http://www.persee.fr).
- **Sarait Badaoui**. Le fait du Prince dans les contrats administratifs Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence 1955 pages237. [www.persee.f](http://www.persee.f)

- **André Pepy** ,Revue du droit public et de la science politique , librairie general de droit et de jurisprudence, 1938.
  
- **G.Vedel** .le problème de l'arbitrage entre gouvernement et personnes de droit public et personnes de droit prive. revu. arab. 1961
  
- **G.Vedel** .le problème de l'arbitrage entre gouvernement et personnes de droit public et personnes de droit prive. revu. arab. 1961.[www.vdocuments.mx](http://www.vdocuments.mx)
  
- **Patrick Rambaud**, L'affaire des « Pyramides » : suite et fin. Article Annuaire Français de Droit International. Année 1993.
  
- **Patrick Rambaud**, Deux Arbitragés C.I.R.D.I. Année 1984.[www.persee.fr](http://www.persee.fr)
  
- **Patrick Rambaud**, la compétence, du tribunal cxi.d.l,saisi après une décision d'annulations annuaire français de droit international xxxiv 1988- Editions du CNRS, Paris..[www.persee.fr](http://www.persee.fr)

- Revue du droit public et de la science politique , librairie général de droit et de jurisprudenc 1938,.[www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr)

- **Jean-Pierre Cot.** La conciliation internationale [compte-rendu] Politique étrangère / Année 1969. [www.persee.fr](http://www.persee.fr)

- **Gérard cohen jonathan** ; l'arbitrage de Texaco-clasiatic contre Gouvernement LIBYE (Sentence au fond du 19 janvier 1977) Année 1977. [www.persee.fr](http://www.persee.fr).

- **Prosper Weil** ,le droit international en quête de son identité , Coure générale de droit international public. Prosper-WEIL.-Cours-général-de-droit-international-public.pdf .

- **MESTR.** les établissement publics industriel et commerciaux el le recoures a l'arbitrage ; revu arabe , 1976.

1- الاتفاقيات الدولية بالنسخة الفرنسية:

- Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
- Convention sur la loi applicable aux contrats de vente international de marchandises (Conclue le 22 décembre 1986)
- Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères 1927.
- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York, le 10 juin 1958.
- Convention européenne sur l'arbitrage commercial international Genève ,21 avril1961.

- **Décret n° 2011-48** du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. JORF n°0011 du 14 janvier 2011 , Texte n°9
- **Décret n°80-354** du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile.
- **Décret n° 81-500**, du 12 mai 1981, instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile, et modifiant certaines
- **code civil**-Dernière modification le 01-01-2017- document général le 05-01-2017 Copyright c 2007-2017 Legifrance .
- **Code de procédure civile** – dernier modification le 01-01-2017- document générale le 06-01-2017 copyright (c) 2007- Legifrance.

- Arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, du **13 mai 1938**, 57302, publié au recueil Lebon .
- Arrêt de la cour de cassation, chambre civile 1, **du 7 mai 1963, Publié au bulletin.**
- Arrêt du Cour de Cassation, Chambre civile **1, du 2 mai 1966, Publié au bulletin .**
- Arrêt de la Tribunal des conflits, civile, **24 avril 2017**, 17-04.075, Publié au bulletin.
- Arrêt de la conseil d'Etat ,Assemblée ,**09/11/2016/** 388806.
- Arrêt de la Cour de Cassation française n ° 3195 du **23 octobre 2000.**
- Arrêt de la Tribunal des conflits, civile, **11 avril 2016**, 16-04.044, Publié au bulletin.
- Arrêt de la Tribunal des conflits, civile, **9 mars 2015**, 15-03.984, Publié au bulletin.
- Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile 1, **du 10 juillet 1990**, 88-13.877, Inédit .

-Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, **du 23 mars 1994**, 92-15.137, Publié au bulletin.

**-La Arrêt de la cour internationale du justice:**

-Arrêt du 6 avril 1955 ; cour internationale du justice. recueil 1955. **www.icj-cij.org** .

-المواقع الالكترونية:

- <http://jurisguide.univ-paris1.fr>.

- [www.international-arbitration-attorney.com](http://www.international-arbitration-attorney.com).

- [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

- [www.arablegalnet.org](http://www.arablegalnet.org).

- [www.glossaire-international.com](http://www.glossaire-international.com).

- [www.wipo.int](http://www.wipo.int).

- [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr).

- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

- [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org)

- [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com).

- [www.persee.fr](http://www.persee.fr).

- [www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr).
- [www. Sit.eastlaws.com](http://www.Sit.eastlaws.com).
- [www.worldcat.org](http://www.worldcat.org).
- [www. Retfaer .org](http://www.Retfaer.org) .
- [www.lagazettedescommunes.com](http://www.lagazettedescommunes.com) .
- [www.ar.wiki.openoil.net](http://www.ar.wiki.openoil.net).
- [www. aljazairalyoum.com](http://www.aljazairalyoum.com)
- [www.hrlibrary.umn.edu/arab](http://www.hrlibrary.umn.edu/arab).
- [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).
- [www.egypt.gov.eg](http://www.egypt.gov.eg)
- [www. iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)
- [www.djazairess.com](http://www.djazairess.com)
- [www.international-arbitration-attorney.com](http://www.international-arbitration-attorney.com)
- [www.echoroukonline](http://www.echoroukonline).
- [www.bbc.com](http://www.bbc.com)
- [www.al-fadjr.com](http://www.al-fadjr.com).
- [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) .

# الفهرس

أ	مقدمة.....
01	الباب الأول :النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
04	الفصل الأول : ماهية التحكيم .....
05	المبحث الأول: تعريف التحكيم و تمييزه عن الأنظمة المشابهة له وأنواعه..
05	المطلب الأول: تعريف التحكيم.....
06	الفرع الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح القانوني.....
06	أولاً: تعريف التحكيم في اللغة.....
07	ثانياً: تعريف التحكيم اصطلاحاً.....
07	الفرع الثاني: تعريف التحكيم في القانون الدولي والتشريعات الوطنية.....
07	أولاً: تعريف التحكيم في الاتفاقيات الدولية.....
09	ثانياً: تعريف التحكيم في التشريعات الداخلية.....
10	الفرع الثالث : تعريف التحكيم فقها.....
10	- الفقه الغربي.....
12	- الفقه العربي.....
17	المطلب الثاني : تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له.....
17	الفرع الأول: التحكيم و الصلح.....

20	الفرع الثاني : التحكيم و الخبرة.....
23	الفرع الثالث : التحكيم و الوكالة.....
23	الفرع الرابع : التحكيم و التوفيق أو الوساطة.....
26	الفرع الخامس: التحكيم و القضاء.....
27	المطلب الثالث : أنواع التحكيم.....
28	الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.....
28	أولا - التحكيم الاختياري.....
29	ثانيا- التحكيم الاجباري.....
30	الفرع الثاني : التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي.....
31	أولا - التحكيم الحر.....
32	ثانيا- التحكيم المؤسسي.....
33	الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.....
33	أولا-التحكيم الوطني.....
34	ثانيا- التحكيم الدولي.....
35	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.....
35	المطلب الأول : التحكيم ذو طبيعة تعاقدية.....
36	الفرع الأول : الطبيعة التعاقدية للتحكيم قانونا.....

37	الفرع الثاني : الطبيعة التعاقدية للتحكيم فقها.....
39	المطلب الثاني : التحكيم ذو طبيعة قضائية.....
39	الفرع الأول : الطبيعة القضائية للتحكيم قانونا.....
41	الفرع الثاني : الطبيعة القضائية للتحكيم فقها .....
43	المطلب الثالث : التحكيم ذو طبيعة مختلطة.....
44	الفرع الأول : التحكيم ذو طبيعة مركبة.....
44	الفرع الثاني : تعدد مراحل عملية التحكيم .....
45	الفصل الثاني : ماهية العقود الإدارية الدولية .....
48	المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية الدولية .....
48	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الدولي .....
48	الفرع الأول : التعريف الفقهي .....
49	أولا- الفقه الغربي.....
51	ثانيا- الفقه العربي.....
52	الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري الدولي في القانون الدولي.....
56	المطلب الثاني : معايير تمييز العقد الإداري الدولي .....
57	الفرع الأول: اكتساب العقد الصفة الإدارية.....
57	أولا- الإدارة طرفا في العقد.....

59	ثانيا- اتصال العقد بالمرفق العام .....
70	الفرع الثاني: اكتساب العقد الصفة الدولية .....
70	أولا- المعيار القانوني لدولية العقد.....
73	ثانيا- المعيار الاقتصادي لدولية العقد.....
74	ثالثا- المعيار المختلط لدولية العقد.....
76	المبحث الثاني : صور العقود الإدارية الدولية.....
77	المطلب الأول: عقد الامتياز و عقد البوت .....
77	الفرع الأول: عقد البوت BOT.....
78	أولا: عقود تظل ملكية المشروعات فيها للدولة.....
80	ثانيا: عقود المشروعات التي يمتلكها القطاع الخاص.....
81	الفرع الثاني: عقد الامتياز.....
81	أولا-عقد امتياز استغلال الثروات.....
82	ثانيا-عقد امتياز نقل المحروقات عن طريق الأنابيب .....
84	المطلب الثاني: عقود الاستثمار و عقود الأشغال العامة الدولية .....
84	الفرع الأول: عقود الاستثمار.....
87	الفرع الثاني: عقود الأشغال العامة الدولية .....
88	الفصل الثالث : أطراف العقود الإدارية الدولية .....

90	المبحث الأول : جهة الإدارة كطرف في العقد الإداري الدولي .....
90	المطلب الأول : الدولة كسلطة عامة في إبرام العقد الإداري الدولي.....
91	الفرع الأول: سلطة الدولة في إبرام العقود الدولية عقب تأميم الشركات...
95	الفرع الثاني : العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص.....
99	المطلب الثاني : الدولة طرف في العقد الإداري الدولي.....
99	الفرع الأول: صفة الجهة الإدارية المتعاقدة في العقود الدولية.....
101	الفرع الثاني: منازعات الأطراف الممثلة للدولة.....
108	المبحث الثاني : الطرف الأجنبي المتعاقد مع جهة الإدارة .....
108	المطلب الأول : تعاقد جهة الإدارة مع شخص اعتباري أجنبي.....
109	الفرع الأول: أهمية الشخص المعنوي في القانون العام للخضوع للتحكيم...
110	الفرع الثاني: الشخص الاعتباري الأجنبي في التشريع الداخلي.....
115	المطلب الثاني: تعاقد جهة الإدارة مع شخص طبيعي أجنبي.....
116	الفرع الأول : حالات التعاقد.....
117	الفرع الثاني : الاشكالات القانونية للشخص الطبيعي.....
120	الفصل الرابع : اجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية الدولية.....
121	المبحث الأول : الإجراءات السابقة على التعاقد .....
121	المطلب الأول : توافر الاعتماد المالي.....

121	الفرع الأول : شرط الاعتماد المالي .....
122	الفرع الثاني : أثر تخلف الاعتماد المالي .....
124	المطلب الثاني : الاستشارات السابقة على التعاقد.....
125	الفرع الأول: التشريع الجزائري.....
126	الفرع الثاني : التشريع المصري.....
127	المطلب الثالث : الإذن بالتعاقد .....
127	الفرع الأول : تطلب موافقة هيئة عليا لإبرام العقود الإدارية الدولية.....
129	الفرع الثاني : موافقة جهة إدارية لإبرام العقود الإدارية الدولية.....
132	المبحث الثاني : أساليب إبرام العقود الإدارية الدولية .....
132	المطلب الأول : التعاقد بطريق المناقصة في العقود الادارية الدولية.....
133	الفرع الأول: تعريف المناقصة.....
133	أولاً- التعريف التشريعي للمناقصة.....
134	ثانياً- التعريف الفقهي للمناقصة.....
135	الفرع الثاني: المبادئ التي تقوم عليها المناقصة.....
135	أولاً- الاعلان عن المناقصة .....
137	ثانياً- مبدأ حرية المنافسة.....
139	ثالثاً- مبدأ المساواة بين المتنافسين.....

140	الفرع الثالث: المراحل التي تمر بها المناقصة.....
140	أولا- مرحلة إيداع العروض.....
141	ثانيا- مرحلة فحص العطاءات.....
142	ثالثا- مرحلة إرساء الصفقة.....
143	رابعا- مرحلة اعتماد الصفقة.....
143	المطلب الثاني: التعاقد بطريقة التراضي في العقود الادارية الدولية .....
143	الفرع الأول: تعريف التراضي.....
144	الفرع الثاني: أشكال التراضي.....
144	أولا - التراضي البسيط.....
145	ثانيا - التراضي بعد الاستشارة.....
147	الفصل الخامس : الآثار التي تترتب عن إبرام العقود الإدارية الدولية ....
147	المبحث الأول: حقوق والتزامات جهة الإدارة .....
148	المطلب الأول : حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.....
148	الفرع الأول: حق الرقابة.....
151	الفرع الثاني: حق التعديل.....
154	الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء.....
154	أولا- الجزاءات المالية.....

156	ثانيا - وسائل الضغط والإكراه.....
156	ثالثا- الفسخ أو إلغاء العقد.....
160	المطلب الثاني : الالتزامات التي تقع على عاتق جهة الإدارة.....
160	الفرع الأول : الالتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه.
161	الفرع الثاني: التزام جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي....
163	الفرع الثالث: التزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية.....
165	المبحث الثاني : حقوق والتزامات المتعاقد الأجنبي .....
165	المطلب الأول : حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة .....
166	الفرع الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي.....
167	الفرع الثاني: الحق في التوازن العقدي.....
169	أولا- نظرية فعل الأمير.....
173	ثانيا- نظرية الظروف الطارئة.....
177	ثالثا- نظرية الظروف المادية غير المتوقعة.....
179	المطلب الثاني : التزامات المتعاقد مع الإدارة .....
179	الفرع الأول: التزام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتنفيذ الشخصي.....
180	أولا- التنازل في العقد.....

180	ثانيا- التعاقد من الباطن.....
181	الفرع الثاني : الالتزام بتنفيذ العقد في المواعيد و الشروط المتفق عليها.....
182	الفرع الثالث : التزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للاستثمار مع الإعلام بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد.....
184	الفرع الرابع: التزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية.....
186	الباب الثاني: اتفاق التحكيم في العقود الادارية الدولية.....
187	الفصل الأول : مدى إمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية
188	المبحث الأول : الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
188	المطلب الأول: التشريعات المؤيدة لهذا الاتجاه.....
188	الفرع الأول : موقف التشريع الفرنسي من التحكيم في العقود الادارية الدولية
190	الفرع الثاني: موقف التشريع المصري من التحكيم في العقود الادارية الدولية
192	الفرع الثالث : موقف التشريع الجزائري من التحكيم في العقود الادارية الدولية
194	المطلب الثاني : أحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه.....
194	الفرع الأول : القضاء الإداري الفرنسي.....
195	الفرع الثاني : القضاء الإداري المصري.....
197	الفرع الثالث : القضاء الإداري الجزائري.....
197	المطلب الثالث : الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الاتجاه.....

198	الفرع الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية يتعارض مع سيادة الدولة.....
199	الفرع الثاني : التحكيم في العقود الدولية يعتبر اعتداء على اختصاص القضاء الإداري.....
200	الفرع الثالث : اصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية للدولة.....
201	المبحث الثاني : الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية .....
202	المطلب الأول : اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الاتفاقيات الدولية.....
202	الفرع الأول: اللجوء إلى التحكيم الدولي في الاتفاقيات الثنائية والاقليمية.....
202	أولاً: الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر.....
203	ثانياً: جواز التحكيم الدولي في الاتفاقيات الإقليمية.....
207	الفرع الثاني : اللجوء إلى التحكيم الدولي في الاتفاقيات العالمية .....
208	أولاً: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.....
209	ثانياً- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى لعام 1965.....
211	المطلب الثاني: التشريعات المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
212	الفرع الأول: التشريع الفرنسي .....

213	الفرع الثاني: التشريع المصري.....
215	الفرع الثالث: التشريع الجزائري.....
218	المطلب الثالث: الأسانيد الفقهية وأحكام القضاء المؤيدة التحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
219	الفرع الأول: أحكام القضاء الفرنسي.....
219	الفرع الثاني : أحكام القضاء المصري.....
221	الفرع الثالث: أحكام القضاء الجزائري .....
223	الفصل الثاني : استقلال اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية .....
224	المبحث الأول : تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم .....
224	المطلب الأول :مبدأ استقلال شرط التحكيم في ضل الاتفاقيات ومؤسسات التحكيم الدولية.....
225	الفرع الاول : مبدأ استقلال شرط التحكيم في ضل الاتفاقيات الدولية....
225	أولا- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958.
226	ثانيا- الاتفاقية الأوربية للتحكيم لعام 1961.....
227	ثالثا- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987.....
227	الفرع الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم في ضل المؤسسات الدولية.....
227	أولا- لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي - الأونسيترال-.....

228	ثانيا- قواعد العرفة التجارية الدولية 2013 C.C.I.....
230	ثالثا- مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي 2011 .....
231	رابعا- المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط 2007.....
231	المطلب الثاني : مبدأ استقلال شرط التحكيم في التشريعات الوطنية .....
232	الفرع الأول: القانون الفرنسي.....
234	الفرع الثاني: القانون المصري.....
234	الفرع الثالث: القانون الجزائري.....
235	المطلب الثالث : الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.....
235	الفرع الأول: عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي.....
239	الفرع الثاني : خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.....
240	المبحث الثاني : شروط صحة اتفاق التحكيم .....
241	المطلب الأول : الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم.....
241	الفرع الأول: الشكلية في الاتفاقيات الدولية.....
241	أولا: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية .....1958
242	ثانيا: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.....

243	ثالثا: اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي 1987.....
243	رابعا: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام 2000 .....
244	الفرع الثاني: الشكلية في المراكز الدولية للتحكيم.....
244	أولا: المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSID.....
244	ثانيا: مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري الدولي.....
244	ثالثا: المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط 2007.....
245	رابعا- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري- اليونسترال- 2010.....
246	الفرع الثالث: الشكلية في التشريعات الوطنية.....
247	المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم.....
247	الفرع الأول : الرضا.....
252	الفرع الثاني : محل التحكيم وسببه.....
256	الفرع الثالث: الأهلية في إبرام اتفاق التحكيم.....
258	المطلب الثالث : آثار اتفاق التحكيم.....
259	الفرع الأول : الأثر المانع لاتفاق التحكيم.....
259	أولا- المراكز واللوائح الدولية الخاصة بالتحكيم.....
259	1 - المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ICSID.....

260	2- المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي.....
260	3- مركز اتحاد المحامين العرب للتحكيم.....
261	4- المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط.....
261	ثانيا : التشريعات المقارنة.....
263	الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....
263	أولاً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الاتفاقيات والمراكز التحكيم الدولية
265	ثانيا: مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التشريعات المقارنة.....
268	الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق على العقود الادارية الدولية.....
269	المبحث الأول : الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.....
269	المطلب الأول : الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد الاداري الدولي..
269	الفرع الأول : الاختيار الصريح في الاتفاقيات الدولية.....
271	الفرع الثاني : الاختيار الصريح في التشريعات المقارنة.....
273	الفرع الثالث: الاتفاق الصريح وفقا لأنظمة المراكز والقوانين النموذجية للتحكيم الدولي.....
274	أولاً- اختيار القانون الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة.....
276	ثانيا- اختيار قانون أجنبي أو ما يعرف بقانون محايد.....

276	ثالثا- اختيار الأطراف صراحة الرجوع إلى عقود نموذجية.....
278	المطلب الثاني : الاختيار الضمني الذي يحكم العقد الاداري الدولي.....
278	الفرع الأول : الارادة الضمنية في الاتفاقيات الدولية.....
280	أولا- كيفية الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف.....
281	ثانيا- حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف.....
283	الفرع الثاني :الارادة الضمنية في التشريعات الوطنية.....
284	المبحث الثاني : عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.....
285	المطلب الأول : الحلول القانونية.....
285	الفرع الاول: الاختيار القانون الأوثق صلة بالنزاع.....
289	الفرع الثاني : الاختيار عن طريق قواعد تنازع القوانين.....
292	المطلب الثاني : الحلول الفقهية المقترحة.....
292	الفرع الأول: خضوع هذه العقود للقانون الدولي العام.....
294	الفرع الثاني: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.....
295	الفرع الثالث: خضوع هذه العقود للمبادئ العامة المعترف بها.....
299	الفصل الرابع: صدور حكم التحكيم الدولي ومدى امكانية الطعن فيه ...

300	المبحث الأول: صدور حكم التحكيم الدولي.....
300	المطلب الأول : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية والوقتية.....
300	الفرع الأول : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية.....
301	الفرع الثاني : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الوقتية.....
305	الفرع الثالث: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام التمهيدية.....
306	المطلب الثاني: ميعاد إصدار الحكم النهائي للتحكيم الدولي.....
306	الفرع الأول : الإجراءات التي تسبق إصدار الحكم.....
307	أولاً - عقد جلسات المرافعة.....
308	ثانياً - قفل باب المرافعة وحجز الدعوى للمداولة.....
309	ثالثاً - سرية المداولات.....
310	الفرع الثاني: ميعاد إصدار حكم التحكيم الدولي.....
310	أولاً - ميعاد إصدار حكم التحكيم في ظل قواعد مراكز التحكيم التجاري الدولي.....
312	ثانياً - ميعاد إصدار حكم التحكيم في ظل التشريعات المقارنة.....
313	المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم.....
314	الفرع الأول: الشروط الموضوعية.....

315	الفرع الثاني: الشروط الشكلية.....
315	أولاً- شرط شكل حكم التحكيم الدولي في ظل قواعد هيئات التحكيم الدولية.....
317	ثانياً - شرط الشكل حكم التحكيم الدولي في ظل التشريعات المقارنة....
318	المبحث الثاني : مدى إمكانية الطعن في حكم التحكيم الدولي.....
319	المطلب الأول : الطعن في قرارات المحكمين.....
319	الفرع الأول: الطعن في قرار المحكمين في الاتفاقيات وقواعد مراكز التحكيم الدولية.....
319	أولاً - الطعن في الاتفاقيات الدولية.....
323	ثانياً - الطعن في قواعد مراكز التحكيم الدولية.....
327	الفرع الثاني : الطعن في قرار المحكمين طبقاً للتشريعات المقارنة.....
328	المطلب الثاني: طرق الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة في التحكيم الدولي.....
329	الفرع الأول: طرق الطعن في القانون الجزائري وفقاً للقانون رقم 08-09....
331	الفرع الثاني: طرق الطعن في القانون الفرنسي وفقاً للمرسوم رقم 48 لسنة 2011.....
334	الفرع الثالث : طرق الطعن في القانون المصري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994.....

336	الفصل الخامس: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي .....
338	المبحث الأول : تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصحيحة.....
338	المطلب الأول : التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية..
339	الفرع الأول: حجية حكم التحكيم الدولي في هيئات التحكيم الدولية...
340	الفرع الثاني: حجية حكم التحكيم الدولي في التشريعات المقارنة.....
344	المطلب الثاني : التنفيذ الإجباري لحكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
345	الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من مسألة تنفيذ أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
345	أولاً- اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.....
345	1- شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقاً للاتفاقية.....
347	2 - إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقاً لاتفاقية نيويورك.....
348	3 - رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقاً لاتفاقية نيويورك.....
349	ثانياً - اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1956.....
353	الفرع الثاني: موقف القوانين الوطنية من مسألة تنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولية.....

351	أولا - موقف القانون الفرنسي.....
354	ثانيا- موقف المشرع المصرى.....
356	ثالثا- موقف المشرع الجزائري.....
362	المبحث الثاني :تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الباطلة في العقود الإدارية الدولية.....
362	المطلب الأول: الاتجاه المؤيد لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية.....
363	الفرع الأول : موقف القانون الدولي من تنفيذ حكم التحكيم الدولي الباطل..
364	الفرع الثاني: التطبيقات القضائية المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الباطل.....
370	المطلب الثاني: الاتجاه المعارض لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في العقود الإدارية الدولية.....
370	الفرع الأول: اتفاقية نيويورك 1958.....
372	الفرع الثاني : تزعم الثقة إلى اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
375	خاتمة.....
385	قائمة المصادر والمراجع.....
416	فهرس.....

