

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل التشريع الجزائري

ك.أ. / باسود عبد الملك

أستاذ مساعد ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر

مقدمة:

إن التطور الكبير الذي عرفته التجارة الدولية وحاجة الدول الملحة إلى الرساميل الأجنبية وإلى التكنولوجيا والمعرفة والتقنية التي تمتلكها الشركات المتعددة الجنسيات جعل مفهوم السيادة والحصانة التي تتمتع بها الدول يتغير شيئاً فشيئاً. فبعد أن كانت الدول لا تقبل بغير قضائها الوطني في جميع المنازعات أياً كان مجالها، أصبحت تتنازل عن هذه السيادة والحصانة وتقبل مضطرة بإحالة منازعاتها في مجال التجارة الدولية إلى غير قضائها الوطني، والقبول بإحالتها إلى قضاء من نوع خاص وهو التحكيم التجاري الدولي الذي أصبح بالنسبة للشركات الأجنبية بمثابة الضمانة القانونية والإجرائية لاستثماراتها في هذه الدول، فقد كانت هذه الشركات ترفض اللجوء إلى قضاء الدول التي تستثمر فيها لسببين.

- لأنها كانت ترى في القضاء الوطني مجهولاً بالنسبة لها، ولذلك فمن المخاطرة في مذهب هذه الشركات اللجوء إلى قضاء لا تعرف عنه شيئاً.

- لم تكن هذه الشركات تثق في القضاء الوطني للدول التي تستثمر فيها، لأنه كان سوف ينحاز في نظرها لمصالح تلك الدول في حالة نشوب أية منازعة بينها وبين تلك الدول، ومن أجل ذلك كانت ترفض ابتداء اللجوء إليه وتضمين العقود التي تبرمها في الدول التي تستثمر بندا يضمن لها في حال قيام منازعات بينها وبين الأشخاص العامة أو الخاصة في تلك الدول اللجوء إلى التحكيم حراً كان أو مؤسسياً.

ولكن رغم ما قيل عن تنازل الدول عن جزء من سيادتها لصالح قبولها بالتحكيم في المنازعات التجارية الدولية، فهناك بعض العقود التي لازال كثير من الدول يرى فيها جزءاً لا يتجزأ من سيادتها التي لا يمكن التنازل عنها، وإن حدث وتم التنازل فيعتبر ذلك استثناء من القاعدة، ونجد هذا الإشكال أكثر ما يثار في الدول التي أخذت بنموذج ازدواجية القضاء



وعلى رأسها فرنسا ومصر وبطبيعة الحال المشرع الجزائري رغم حداثة التجربة الجزائرية في مجال القضاء الإداري، والعقود التي أثارته هذا الجدل الفقهي والقضائي هي العقود الإدارية بصفة عامة، والعقود الإدارية الدولية بصفة خاصة.

وقد طرحت المنازعات التي تكون هذه العقود محلا لها الإشكال التالي:

ما مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم التجاري الدولي؟

وما كان لهذا الإشكال أن يطرح لولا أن بعض الأنظمة القانونية تضمنت نصوصا تقيد أو تستبعد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو أية مؤسسة أو هيئة عامة من الخضوع لغير القضاء الإداري الخاص بها، فعقود الدولة لازالت تثير جملة من الإشكالات القانونية في مسألة جهة الاختصاص القضائي⁽¹⁾.

وسوف نعالج هذه الدراسة في مبحثين، المبحث الأول سنحدد فيه مفهوم العقد الإداري الدولي وخصائصه ومفهوم التحكيم التجاري الدولي ومزاياه. أما البحث الثاني فسنلتقى فيه الضوء على مدى قابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم في النظام القانوني الجزائري والأنظمة المقارنة.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي ومميزاته ومفهوم التحكيم التجاري الدولي وخصائصه:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي ومميزاته:

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي:

هو عقد أحد طرفيه إدارة عامة وموضوعه يتعلق بمرفق عام، ويتضمن شروطا غير مأثوفة في القانون الخاص، ويعبر عن امتيازات السلطة العامة التي تستهدف بها الإدارة تحقيق المصلحة العامة ويتعلق بمصالح التجارة الدولية، فهو ذو طبيعة مركبة وعبارة عن مزيج من العقد الإداري الداخلي وذلك لأنه يحمل جميع مواصفات العقد الإداري الداخلي وفي نفس الوقت هو عقد دولي لأنه من عقود التجارة الدولية، فهو في نظر القضاء الإداري - بالنسبة للدول ذات القضاء المزدوج - يخضع للقضاء الوطني وفي نظر الهيئات التحكيمية الدولية يخضع للتحكيم التجاري الدولي لأنه من عقود التجارة الدولية⁽²⁾.

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، ص 12، 2008

⁽²⁾ هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 40، 2008

ولطبيعته المركبة اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم دقيق وواضح للعقود الإدارية الدولية. فقد عرف الأستاذ ماسنار العقود الإدارية الدولية بأنها تلك العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة وطويلة المدة.

وعرفها بعض الفقهاء على أنها عقود الدولة في مجال القانون الدولي، وهي العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية مثل عقود شراء الأسلحة وعقود الامتياز الخاصة بالمرافق العامة.

ويرى الدكتور سامي منصور⁽¹⁾ أن العقود الإدارية الدولية هي تلك العقود التي تبرز فيها الدولة كسلطة عامة باستخدامها في بنود العقد ما تؤمنه لها طبيعتها من امتيازات السلطة العامة تحقيقاً لمرفق عام، فهي لهذه الجهة من العقود الإدارية ولكن في المقابل إن هذه العقود تتعلق بمصالح التجارة الدولية، وهي لهذه الجهة من العقود الدولية فالعقود الإدارية الدولية إذن هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام وتتميز بخاصيتين.

الفرع الثاني: مميزات العقد الإداري الدولي:

أ- يتضمن العقد الإداري الدولي بنوداً خارقة كما تحقق الدولة أو أشخاص القانون العام من خلاله تنفيذ مشاريع المرافق العامة.

ب- اتصالها بمصالح التجارة الدولية، كسواء الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من الخارج للوازم والأعتدة والعقود البترولية.

ويضيف الأستاذ سامي منصور أنه إذا ما أجاز المشرع للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العاميين الحق باللجوء إلى التحكيم فإنه يقصد من دون شك هذه النوعية من العقود.

وإذا كان العقد الإداري الدولي يتميز عن غيره من العقود في إطار العلاقات الدولية بعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة على أساس أن أحد أطراف العقد هو الدولة، وهي شخص سيادي سواء في إطار القانون الدولي العام أم القانون الدولي الخاص، والطرف الثاني هو شخص اعتباري أجنبي، صحيح أن هذا الأخير يتمتع بالقوة الاقتصادية والمالية والمعرفية، ولكنه ليس شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام.

⁽¹⁾ هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 41



ونستخلص مما قيل أن أي محاولة لتعريف العقد الإداري الدولي يجب أن تبرز هذا العقد كأداة دولية للتعامل الاقتصادي والتجاري من جهة وفي نفس الوقت كأداة وطنية تجسدت في الكيان القانوني للعقد الإداري في صورته الكلاسيكية.

وكمحاولة جادة لتعريف هذا العقد نقول إنه ذلك العقد الذي يحمل جميع صفات العقد الإداري الداخلي ويحمل كل صفاته، فهو عقد أحد طرفيه إدارة عامة وموضوعه متعلق بمرفق عام، ويتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص تعبر عن امتيازات السلطة العامة التي تستهدف بها الإدارة تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مفهوم التحكيم ومميزاته:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم:

أ- **التعريف القضائي للتحكيم:** عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم⁽²⁾ "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نائيا شبيهة بالمألة، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي"

ب- **التعريف الفقهي للتحكيم:** اهتم الفقه المنشغل بالتحكيم بوضع تعريف لما هو المقصود بنظام التحكيم.

فذهب الأستاذ الفرنسي **موتسكلي**⁽³⁾ إلى تعريف التحكيم بأنه الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام، بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق.

ويركز هذا التعريف على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي.

ويمكن تعريف التحكيم بأنه نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير أو منظمة دولية مختصة في التحكيم للقيام بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم، بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي.

⁽¹⁾ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ص35، جسور للنشر والتوزيع 2009

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، 2007، ص41

⁽³⁾ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص42

الفرع الثاني خصائص التحكيم:

التحكيم قضاء خاص: ينبع التحكيم من إجماع الخصوم على اتخاذه وسيلة للفصل في خلافاتهم أي أن سلطان الإرادة هو المصدر الأصل للتحكيم⁽¹⁾، بينما يستمد القضاء العادي سلطته من سلطات الدولة وليس من أطراف الخصومة.

ولا تقتصر أوجه الخلاف بين المحكم والقاضي على مصدر السلطات بل إن الأمر يمتد إلى أن المحكم سواء كان في التحكيم الحر أم المؤسسي لا يملك كأصل عام قوة الجبر والإلزام، ولذلك فإن الحكم الذي يصدر عنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد إصدار الأمر بالتنفيذ والذي يصدر عن القضاء الوطني للدولة المطلوب التنفيذ فيها.

كذلك فإن المحكم وعلى خلاف القاضي ينحصر اختصاصه في المنازعة المعروضة عليه فقط، ويفقد ولايته للفصل في أية منازعة أخرى بمجرد الانتهاء من الفصل في المنازعة محل التحكيم، بينما يظل القاضي بعد انتهائه من الفصل في المنازعة المعروضة عليه محتفظاً بولايته، للفصل في غيرها من المنازعات الداخلة في هذه الولاية.

- **وظيفة التحكيم حسم النزاع:** من الخصائص الجوهرية المميزة لنظام التحكيم أنه نظام يهدف إلى حسم النزاع المعروض عليه من قبل الأطراف المعنية، وهذه الميزة هي التي تفرق بين التحكيم والأنظمة القانونية المشابهة له مثل نظام الوكالة والخبرة⁽²⁾، حيث يتفقان في إسناد المهمة إلى الغير باتفاق الأطراف إلا أنهما يختلفان عن التحكيم في مسألة حسم النزاع.

- **القوة الإلزامية للتحكيم:** على الرغم من أن التحكيم نظام قضائي خاص، وأن المحكم في حقيقته هو شخص عادي من الغير عهدت إليه الأطراف بموجب اتفاق مهمة حسم المنازعات القائمة بينهم، ورغم قولنا سابقاً إن التحكيم ليس القوة الإلزامية التي يتمتع بها القضاء العادي إلا أن التحكيم يتمتع بقوة إلزامية من نوع خاص⁽³⁾ وهي أن المنازعة متى صدر بشأنها حكم التحكيم فإنه لا يمكن للخصوم عرض ذات المنازعة على القضاء العام أو على قضاء التحكيم مرة أخرى فحكم التحكيم هنا يتمتع بالحجية المطلقة وقضاء التحكيم

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص46

(2) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص58

(3) فؤاد محمد محمد ابو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقاً لاحكام القانون الدولي

العام دراسة مقارنة ص49، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2010



يتكون من درجة واحدة لا غير أي لا مجال للاستئناف إلا في حالة معينة ومحددة لا تتعلق بأصل النزاع بل بالإجراءات المتبعة.⁽¹⁾

المبحث الثاني: قابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم في النظام القضائي الجزائري، والأنظمة القانونية المقارنة:

المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من التحكيم في العقود الإدارية الدولية:

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي:

لقد تبنى القانون الفرنسي في بداية الأمر موقفا عدائيا بصدد إمكانية قبول التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة دولية كانت أو داخلية، مستندا في ذلك على مبادئ عامة من القانون العام الفرنسي، والتي تؤكد على أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا تخضع للتحكيم التجاري الدولي وهذا الحظر يعتبر من القانون العام، ويرى أصحاب هذا الرأي وقد كان الغالب في الفقه والقانون الفرنسي أن من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الفرنسي هي مبدأ الفصل بين اختصاص القضاء الإداري واختصاص القضاء العادي، يرى هذا الجانب من الفقه أن القضاء الإداري يملك قدرة أكبر على إيجاد رقابة أكثر دقة من تلك التي يمكن أن يقوم بها التحكيم على الأعمال الإدارية والأشخاص الاعتبارية العامة، كما أن احترام الاختصاص القضائي يعد من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته كما أنه محدد بموجب الدستور.

ويعتبر القانون الفرنسي من القوانين التي اتخذت موقفا صارما من التحكيم في العقود الإدارية وذلك بمقتضى نص تشريعي صريح يمنع المؤسسات والهيئات الإدارية من اللجوء للتحكيم في المنازعات التي تنشأ مع الأطراف الأخرى أجنبية كانت أو وطنية⁽²⁾

فقد نصت المادتان 83- 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي أصبحت بمقتضى القانون الصادر في 5 جويلية 1982 والتي أصبحت تشكل المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على أنه يحظر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات العامة.

لكن رغم هذا المنع التشريعي الصريح والواضح إلا أن القضاء العادي الفرنسي كان له رأي مخالف.

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص82

⁽²⁾ شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، مجلة الشريعة والقانون، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، بحوث المجلد الأول

1- موقف القضاء الفرنسي العادي: اعتبر القضاء الفرنسي العادي ممثلاً بمحكمة باريس أن الحظر الوارد في المادة (1) 2060 من القانون المدني الفرنسي يسري على العلاقات الفرنسية الداخلية أو بمعنى آخر على العقود الإدارية الداخلية، فقد ذهبت محكمة باريس في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957 إلى القول بأن حظر التحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية القديم ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون الدولي، وكذلك فعلت محكمة أيكس أومبروفونس في قرارها الصادر في 1959/05/05 وهو الاتجاه الذي أيدته محكمة النقض عندما أكدت أن الحظر الوارد في المادتين 1004/83 من قانون الإجراءات المدنية القديم لا يثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 3/3 من القانون المدني، بقدر ما يتعلق بقانون العقد وليس بالقانون الشخصي للأطراف، لذا تطبق أحكام القانون الأجنبي التي تجيز التحكيم وليس أحكام القانون الفرنسي باعتباره القانون الشخصي للطرف الفرنسي والذي يمنع اللجوء للتحكيم.

وفي هذا الإطار أصدرت محكمة استئناف باريس في 13 جوان 1996 حكماً قالت فيه: "إن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل في إطار العقود ذات الطابع الداخلي، وأنه غير متعلق بالنظام العام الدولي"⁽²⁾

وذكرت الأستاذة حفيظة حداد أن حكم المحكمة لم يستند إلى منهج التنازع وإنما استند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي تقرر صحته.

- **موقف القضاء الإداري الفرنسي:** لقد اتخذ القضاء الإداري موقفاً صارماً كما سبق القول، فقد حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بوجه عام داخلية كانت أو دولية، وذلك عملاً بمقتضيات المواد 1004/83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والمادة 2060 من القانون المدني التي حلت محلها، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي صاحب هذا الرأي⁽³⁾.

(1) تنص المادة 2060 على:

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

Toutefois, des catégories d'établissements public à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre »

(2) هاني محمود حمزة، المرجع السابق ص 53

(3) شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 301



يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن القضاء الإداري وعلى رأسه مجلس الدولة هو المكان الطبيعي للمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، ومنح هذا الاختصاص إلى قضاء خاص يعتبر اعتداء جسيما على اختصاص القضاء الإداري، "فمنذ 1906 قال الفقيه **فيرناند** بأن القضاء الإداري يستطيع أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة أفضل من المحكمين". كما أن الفقيه **لافيرير** تساءل مستكرا: "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها، للقضاة العاديين؟"⁽¹⁾

وإضافة إلى ما ذكر فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر أن البند التحكيمي في العقد الإداري باطل بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام الداخلي الفرنسي ويعد بهذه المثابة مخالفا للنظام العام في فرنسا، على أساس أن اختصاص القضاء الإداري يعتبر من النظام العام.

ولقد أدى هذا التناقض في موقف كل من القضاء العادي والقضاء الإداري، إلى تدخل المشرع الفرنسي، للحد من تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، فأصدر مرسوما تشريعا بتاريخ 19 أوت 1986 الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناء من حكم المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.

واشترط المشرع الفرنسي لتطبيق هذا القانون ما يلي⁽²⁾:

- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أن يكون العقد الإداري ذا طبيعة إدارية.
- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي.
- ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم، وذلك يكون في كل حالة على حدة.

نستخلص مما قيل أن المشرع الفرنسي لم يقبل بالتحكيم في العقود الإدارية إلا مضطرا، وحتى عندما قبل كان قبوله مشروطا ومقيدا بالشروط التي وضعها في القانون الذي صدر في 19 أوت 1986.

وفي واقع الحال كان قبوله هذا نتيجة لقانون التجارة الدولي الذي فرض على المشرع الفرنسي بأن يقبل بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية ولو من قبيل الاستثناء من القاعدة

⁽¹⁾ هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 54

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد المرجع السابق ص 376

العامّة المتمثلة في المنع وقد تجسدت هذه الضغوط في النزاع الذي ثار بين شركة ديزني لاند والدولة الفرنسية⁽¹⁾، فقد أوقفت هذه الشركة المفاوضات مع الدولة الفرنسية حتى توافق هذه الأخيرة على إدراج تضمين العقد بندا تحكيميا يضمن للشركة الأمريكية قضاء لا يختلف كثيرا عن نظامها القضائي، لأن القضاء الإداري غير معروف في الدول الأنجلو أمريكية.

يستفاد مما ذكر أن المشرع الفرنسي لم يقبل بولاية التحكيم إلا مضطرا، ولذلك قام بتقييد هذه الولاية ولم يدعها مطلقة، فالأصل في التشريع الفرنسي هو المنع والحظر أما الاستثناء فهو الإباحة والإجازة.

الفرع الثاني: موقف المشرع المصري:

لقد عرفت مسألة التحكيم في العقود الإدارية الدولية والداخلية جدلا واسعا فقها وقضاء كالذي عرفته فرنسا وذلك لتشابه النظامين القانونيين في كلا البلدين، بل ويمكن القول إن الفقه والقضاء المصري قد تأثر بالفقه والقضاء الفرنسي، ويستشف ذلك من الحجج التي صاغها المعارضون لإعمال التحكيم في العقود الإدارية، والسبب الرئيسي لهذا الجدل هو أن المشرع المصري لم يحسم هذه المسألة لا بالمنع ولا بالإجازة، فغياب النص التشريعي الذي يبيح التحكيم في العقود الإدارية أو يمنعه جعل كل فريق يفسر هذا الأمر لصالحه، فدعاة منع اللجوء إلى التحكيم فسروا عدم وجود نص تشريعي يجيز التحكيم في العقود الإدارية، إلى كون المشرع المصري أحال جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلى القضاء الإداري، لكونه صاحب الاختصاص الأصيل في هذه المنازعات وله الولاية العامة عليها، وأن المشرع لو شاء أن يبيح التحكيم في العقود الإدارية لأصدر نصا خاصا بذلك⁽²⁾.

- أما دعاة جواز التحكيم في العقود الإدارية فقد رأوا أن عدم وجود نص يحظر التحكيم في العقود الإدارية يفسر لصالح إباحة التحكيم في هذه العقود للأسباب الآتية:

إن غياب نص يجيز أو يمنع الاتفاق على التحكيم يحيل إلى قانون المرافعات، خاصة المادة 501⁽³⁾، والتي تنص على "على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ

(1) هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 54

(2) حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 ص 40

(3) قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم 13 لسنة 1968



عن تنفيذ عقد معين " ولم تحدد هذه المادة طبيعة هذه العقود ، مما جعل دعاء هذا الرأي يرون أن هذه المادة تشمل العقود الإدارية ما دام النص عاما ولا يوجد نص خاص يقيده.

أما القضاء المصري فقد انقسم هو الآخر كما انقسم الفقه إلى مؤيد للتحكيم في العقود الإدارية ممثلا في محكمة النقض المصرية، وإلى رافض للتحكيم في العقود الإدارية ممثلا في مجلس الدولة المصري والمحكمة الإدارية العليا.

1 - موقف القضاء العادي: لقد مثلت محكمة النقض المصرية هذا الموقف وقد كان كالتالي:

لقد أصدرت محكمة النقض المصرية قرارا تحت رقم 369 لجلسة 1999/04/02 وقد كان فحواه⁽¹⁾: "يجوز الاتفاق في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

وقد استندت محكمة النقض المصرية في إصدارها لهذا القرار إلى المادة 501 من قانون المرافعات المدنية والتجارية السالفة الذكر، فقد رأت المحكمة أن النص جاء عاما غير محدد لنوعية العقود التي يشملها اتفاق التحكيم، وبما أنه لا يوجد نص خاص يقيده أو يخرج العقود الإدارية من دائرة المادة 501 فيجوز التحكيم في العقود الإدارية.

2 - موقف القضاء الإداري يمكن إجمال موقف القضاء الإداري في مواقف مجلس الدولة ممثلا في الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وموقف المحكمة الإدارية العليا.

أ - موقف مجلس الدولة، لقد أصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة فتوى بتاريخ 1970/01/07 بعدم جواز اللجوء للتحكيم لحل منازعات العقود الإدارية دون وجود نص صريح يجيز التحكيم في هذه العقود وصدرت فتوى⁽²⁾ بنفس الفحوى بتاريخ 1988/03/30، تماما لسابقتها بتاريخ 1989/05/15⁽³⁾، وذلك عند مراجعتها لعقد أبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط، أجازت فيه اتفاق التحكيم الذي تضمنه العقد، واستندت في ذلك على المواد 167- 172 من الدستور المصري، ومواد التحكيم من 501- 509

⁽¹⁾ قرار محكمة النقض في الطعن رقم 369، السنة 22ق، جلسة 1999/04/02، مجموعة أحكام النقض، السنة السابعة، ص522، وقرارها في الطعن رقم 573، جلسة 1986/12/03، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص926، مشار إليها بمقال: أنور محمد رسلان: "التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، السنة 6 العدد الأول، يناير 1998، ص14

⁽²⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 86/ 06/ 163، جلسة 1970/ 01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر، ص752

⁽³⁾ ملف رقم 265/01/54 جلسة 1989/05/17 مشار إليها بمرجع: نجلاء حسن سيد أحمد خليل "التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثامنة 2003/2004، ص74

من قانون المرافعات المصري والمادتين 10-58 من قانون مجلس الدولة، واستخلصت أن التحكيم يقوم على دعامتين الأولى تتمثل في إرادة الأطراف والثانية تتمثل في إرادة المشرع وما دام المشرع لم يمنع اللجوء إلى التحكيم بنص صريح، فالتحكيم في العقود الإدارية جائز.

مما ذكر يتبين لنا أن مجلس الدولة المصري لم يتخذ موقفا حازما فيما يتعلق بمنع أو إجازة التحكيم في العقود الإدارية فقد أفتى بالمنع وأفتى بالإباحة.

موقف المحكمة الإدارية العليا: لقد نحت المحكمة العليا الإدارية نفس منحى مجلس الدولة، فقد كان لها رأيان رأي يفيد بالجواز وآخر يفيد بالمنع.

أما الرأي الأول فقد استتدت فيه إلى نفس الحجج والمبررات التي ساقها مجلس الدولة والمتمثلة خصوصا في الاختصاص القضائي واعتباره من النظام العام وقد كان ذلك بخصوص نظرها في الطعن المقدم من هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان والمرافق في قضية الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق وقد كان ذلك الحكم المطعون فيه يلزم الوزير باتفاق التحكيم، فنقضت المحكمة العليا الإدارية⁽¹⁾ ذلك الحكم، لأنها رأت أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية.

أما الرأي الثاني للمحكمة فقد كان في قرار لها بتاريخ 1994/01/18⁽²⁾ استنادا إلى المادة 501 والذي أجازت فيه التحكيم في العقود الإدارية وقد بنت قرارها هذا على:

- أن شرط التحكيم الذي تضمنه العقد المبرم بين المتازعين قد تم قبل إنشاء مجلس الدولة.
- أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من القضاء الإداري، وإنما يمنعه من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائما.

لقد بات واضحا أن الجدل والتضارب في الفتاوى والقرارات بين مانع للتحكيم في العقود الإدارية ومجيز لها، بل وأصبح هذا التضارب والاختلاف في الجهة القضائية الواحدة كما ذكر سابقا، ولذلك أصبح لزاما على المشرع المصري أن يتدخل لينهي هذا التضارب والاختلاف، وبناء على ذلك أصدر قانون رقم 1994/27

⁽¹⁾ قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1567، السنة 34 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد الأول 1994، ص1134 ومابعداها.

⁽²⁾ الطعن رقم 886، السنة 30 ق، جلسة 1994/ 01/18 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الأول، من أول أكتوبر 1955 حتى آخر سبتمبر 1995، ص145



- قانون 1994/27 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي نصت مادته الأولى على: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"

بعد صدور هذا القانون طرح التساؤل حول ما إذا كان نص المادة الأولى من هذا القانون قد ألغى العمل بنص المادة 10 من القانون رقم 1972/47 والتي تعطى لمجلس الدولة المصري الحق في الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإلزام أو الأشغال العامة أو بأي عقد إداري آخر⁽¹⁾. والواقع أن المادة الثالثة من قانون 1994/27 قد نصت على: "... يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون".

وبالتالي فإن القانون الجديد يلغي القانون القديم ولكن قرار الجمعية العمومية للفتوى والتشريع لمجلس الدولة، الخاص بالمنازعة بين المجلس الأعلى للآثار والشركة الإنجليزية واللذين اتفقا على تسويتها عن طريق التحكيم، تحت رعاية المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي جاء مخالفا للقانون 1994/27 حيث قضت الجمعية العمومية بعدم صحة شروط التحكيم في منازعات العقود الإدارية⁽²⁾.

الأمر الذي دفع المشرع المصري إلى تعديل قانون رقم 1994/27 بقانون رقم 1997/09 والذي نص على ما يلي: "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"⁽³⁾ وقد أزال هذا القانون اللبس الذي كان موجودا في القانون السابق وأجاز التحكيم في العقود الإدارية بالمطلق، دولية كانت أو داخلية مع شرط الحصول على الترخيص بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة من ممثليها القانونيين.

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 377

⁽²⁾ هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، المرجع السابق، ص 59

⁽³⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ص 98، دار الفكر

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية:

قبل الحديث عن التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل النظام القانوني الجزائري علينا التطرق إلى مسألة قد أثارت جدلا واسعا لدى الفقهاء الجزائريين وهي، إنكار المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي من عدمه.

الفرع الأول: واقع التحكيم التجاري في النظام القانوني الجزائري:

فقد ذهبت غالبية الفقه إلى أن النظام القانوني الجزائري لم يكن يعترف بمسألة التحكيم إطلاقا، وحجتهم في ذلك هو عدم وجود نص قانوني صريح يبيح التحكيم التجاري الدولي، وعدم انضمام الجزائر لمختلف المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، ولو أنهم اعترفوا بأن المشرع الجزائري لجأ إلى التحكيم في عدة قضايا وهنا تكمن المفارقة فمن جهة المشرع ينكر التحكيم على الإطلاق ومن جهة أخرى يمارسه واقعا ولذلك قالوا بأن المشرع رفضه قانونا ومارسه واقعا، ومن أهم الفقهاء الذين أخذوا بهذا المذهب الأستاذ نور الدين تركي والقاضي بجاوي محمد عندما تحدث عن أسباب الرفض الخاصة بكل دولة ومنها الجزائر وذكر في الأسباب الاقتصادية:

"لقد شيدت الدول العربية وخاصة الجزائر اقتصادياتها على تدخل الدولة، فأصبحت الدولة تاجرا مستثمرا، صناعيا، مقاولا، ناقلا، مؤمنا"⁽¹⁾.

رغم ذلك فالضرورة الاقتصادية ألزمت الجزائر على اللجوء إلى التحكيم في الواقع، رغم أنها تبنت تشريعا يمنع اللجوء إلى التحكيم. وهناك جانب من الفقهاء خالف هذا القول مثل الأستاذ بن شنب⁽²⁾ الذي اعتبر مبدأ العدا هو مجرد زعم غير مؤسس لأنه:

1- عند التطرق إلى العقود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى غير فرنسا نلاحظ شرط التحكيم فيها، وهذا دليل على عمل المشرع آنذاك بمبدأ سلطان الإرادة والمستمد من المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، والمثال على ذلك الاتفاق الجزائري المغربي في مجال النقل الجوي، الذي نص على شرط التحكيم بموجب المادة 22 التي بينت إجراءات التحكيم، كما أن الاتفاق الجزائري الدنمركي المتعلق بالقرض، يحيل الأطراف إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع⁽³⁾.

⁽¹⁾ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005، ص 23

⁽²⁾ محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادى 2008، ص 21

⁽³⁾ محمد كولا، المرجع السابق، ص 23



2- موقف الخطاب السياسي آنذاك، لم يكن يقصد رفض التحكيم بل كان يطالب بإعادة النظام العالمي ككل، ومن ثم نظام التحكيم وبالتالي لا يوجد رفض جذري للتحكيم بل رفض نظام غير عادل لم تساهم الدول النامية في وضعه.

ولقد أصاب الأستاذ بوشنب في قوله، إن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي وإنما أنكر النظام الدولي وأضيف إلى هذا القول مجموعة من الدلائل على عدم إنكار المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي:

- أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي، وإنما أنكر التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وحجتنا في ذلك ما جاءت به المادة 442 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/154 من قانون الإجراءات المدنية، والتي نصت على أنه " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العاميين أن يطلبوا التحكيم "

ورغم أن في الفترة التي صدر فيها قانون الإجراءات المدنية كان المشرع الجزائري قد تبنى المذهب الاشتراكي في جميع مفاصل الدولة، وبالخصوص الجوانب الاقتصادية وقد كانت مختلف المنشآت الاقتصادية تعتبر بمثابة الأشخاص الاعتبارية العامة، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم إلا أن الواقع العملي جعلنا نفرق بين المؤسسات العامة ذات الطبيعة الاقتصادية مثل سوناطراك، ومركب الحديد والصلب، والخطوط الجوية الجزائرية والمؤسسات ذات الطابع الإداري البحت مثل الولاية والبلدية.

ومن الواضح أن السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى رفض التحكيم في المنازعات الخاصة بالأشخاص الاعتبارية العامة، هو طبيعة تلك العقود التي كان يعتبرها المشرع عقودا إدارية لا يجوز إخضاعها لغير القانون الوطني.

- الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الشركات العمومية الجزائرية والشركات الأجنبية، وقد كانت أولى هذه الاتفاقيات بعيد الاستقلال مباشرة ونذكر منها اتفاق جيتي المبرم سنة 1968⁽¹⁾ وهو اتفاق خاص بالبحث عن الوقود واستغلاله بين الشركة الوطنية للمحروقات (سوناطراك) وشركة جيتي بتروليوم كومباني الأمريكية وكذا برتوكول اتفاق يتعلق

⁽¹⁾ أمر رقم 591/68 المؤرخ في 1968/10/31 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود والاستغلال في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 88 لسنة الخامسة بتاريخ 1968/11/01

بنشاطات الأبحاث والبحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل هذه الشركة وقد صدر هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية في الأمر رقم 591/68 المؤرخ في 31/10/1968.

- لقد فرق جانب من الفقه بين فترة ما قبل التأميم وما بعدها فقد رأى هذا الجانب بأن النظام الجزائري بعد التأميم أصبح عداؤه للتحكيم أكثر رسوخا منه قبل التأميم لكن بالعودة إلى الأمر رقم 24/71⁽¹⁾ المؤرخ في 12/04/1971 المعدل للقانون البترولي الصحراوي لسنة 1958 الذي أمم قطاع المحرققات بنسبة واحد وخمسين بالمائة، إن هذا الأمر لم يلغ التحكيم إلا فيما يتعلق بالجباية البترولية وذلك بمقتضى المادة السابعة منه والتي نصت على إخضاع الجباية البترولية إلى القضاء الوطني إذ نصت على: "إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة، تكون من اختصاص المجلس الأعلى ابتدائيا ونهائيا"

إضافة إلى ما قيل نلاحظ أن الفترة التي تلت التأميم قد عرف النظام القانوني الجزائري فيها عدة اتفاقيات نذكر منها الاتفاق الجزائري مع غينيا بيساو حول النقل الجوي الموقع عليه بالجزائر بتاريخ 05/02/1975 وقد تضمن هذا الاتفاق شرط التحكيم العقد المبرم بين شركة رفينة وشركة سنبك فقد تضمن العقد المبرم بينهما "يسرى على العقد القانون الجزائري وفي حالة الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان إلى التحكيم عن طريق الغرفة التجارية الدولية بباريس ويتم اختيار المحكمين حسب النظام، ويفضل أن يكون محل التحكيم بالجزائر"⁽²⁾.

وهناك عدة اتفاقيات مشابهة مثل الاتفاق الخاص بالشركة الوطنية للحديد والصلب الذي أحال الأطراف في حالة عجز القانون الجزائري إلى الغرفة التجارية الدولية بستوكهولم للفصل في النزاع.

ولقد استمر المشرع الجزائري في العمل بالتحكيم التجاري الدولي حتى مرحلة إصدار قانون 09/93⁽³⁾ الذي أزال اللبس والغموض عن النظام القانوني الجزائري، ولم يكن إصدار هذا المرسوم بمثابة الخروج من مرحلة المنع والحظر إلى مرحلة الإجازة والإباحة كما يقول بعض الفقهاء، باعتبار أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي كما سلف القول بقدر ما هو نقلة نوعية للنظام التحكيمي الجزائري، فقد جاء هذا المرسوم بأمر غاية في الأهمية.

(1) محمد كولا المرجع السابق، ص23

(2) محمد كولا المرجع السابق، ص24

(3) ALLIOUHE-KERBOUA-MEZIANI NAIMA, « L'arbitrage commercial international en Algérie », office des publications universitaires, p5-6



- فقد أباح للأشخاص المعنوية العامة التابعة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية.
- هذا المرسوم يعتبر بمثابة أول قانون إجرائي خاص بالتحكيم عرفه التنظيم القانوني الجزائري.
- لقد أدخل مجموعة من المفاهيم كانت غائبة عن التحكيم الجزائري مثل النظام العام الدولي والميعار الذي استند عليه المشرع الجزائري في تدويل التحكيم، ولكن رغم أهمية هذا المرسوم فما هو إلا نتيجة من نتائج الانتقال من مذهب اقتصادي واجتماعي وسياسي إلى مذهب مفاير تماما، فقد عرفت الجزائر في هذه الفترة تغييرات جذرية على المستوى السياسي وذلك بتغيير دستور 1976 ووضع دستور جديد في 1989، وانتقلت الدولة الجزائرية بهذا التغيير الجذري من المذهب الاشتراكي إلى المذهب الليبرالي، وبما أن الدستور هو القانون الأسمى في الدولة فإن تغييره اقتضى تغيير مختلف القوانين كنتيجة حتمية تقتضيها المرحلة الجديدة وبذلك جاء المرسوم التشريعي 09/93.

الفرع الثاني: العقود الإدارية الدولية في النظام القانوني الجزائري:

العقود الإدارية الدولية في المرسوم التشريعي 09/93: لقد ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري، لم يعرف هذا المفهوم إلا مع صدور المرسوم التشريعي 09/93 باعتبار أن المشرع الجزائري كان قبل صدور هذا المرسوم يمنع التحكيم في العقود الإدارية بالنسبة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وذلك بمقتضى المادة 442 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/154⁽¹⁾ المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ولذلك كان يعتبر مفهوم العقود الإدارية الدولية جديدا في النظام القانوني الجزائري الخاص بالتحكيم.

لقد وضع هذا المرسوم أسسا للفرز بين العقود الإدارية الدولية والعقود الإدارية الداخلية عندما وضعت الفقرة الثالثة من المادة 442 من المرسوم التشريعي 09/93 حدا فاصلا بينهما بقولها: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية" فقد وضع هذا المرسوم وجوب أن تكون العقود التي يجوز فيها التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام ذات طابع دولي وبالتالي فقد منع التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

⁽¹⁾ NATHALIE NAJJAR, préface de EMMANUEL GAILLARD « l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international », L. G. D. J DELTA 2004, p52

ومما يلاحظ في هذا المرسوم أن المشرع الجزائري أجاز التحكيم في العقود الإدارية دون قيد أو شرط مخالفاً بذلك المشرع الفرنسي الذي وضع مجموعة من القيود تتمثل في:

- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي يكون العقد دوليا.
- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي
- ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وذلك يكون في كل حالة على حدة.

وكذلك فعل المشرع المصري الذي اشترط هو الآخر في القانون رقم 1997/09، موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية ومنع تفويض الاختصاص في هذا الأمر.

فباستثناء الشرط المتعلق بدولية العقد فإن مرسوم 09/93 لم يفرض قيودا على قابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم.

- ثانيا صدر قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد انتقل المشرع الجزائري في هذا القانون من الإباحة غير المقيدة الواردة في المادة 3/442 من المرسوم التشريعي 09/93 حيث إن هذه الفقرة لم تشترط إلا أن يكون العقد دوليا ومتعلقا بالتجارة الدولية، لكن القانون الجديد يبدو فيه أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي، حيث نجده وضع مجموعة من الشروط الخاصة بمنازعات العقود الإدارية⁽¹⁾ وقد أوردها في المواد 975- 976- 1006 وهي كالتالي:

- أن تكون هذه العقود في ظل اتفاقية دولية مصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية، المادة 975/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أن تكون العقود الإدارية من فئة الصفقات العمومية المادة 975 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أن يتم اللجوء إلى هذا التحكيم بمبادرة من الهيئة الوصية المادة 976 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والملاحظ على هذه الشروط، أنها تثير مجموعة من الإشكالات منها على سبيل المثال لا الحصر ماذا لو تم الاتفاق على التحكيم دون موافقة الهيئة الوصية أو دون وجود اتفاقية بين الدولة الجزائرية والشخص الأجنبي، وماذا لو أن العقود الإدارية ليست من فئة الصفقات العمومية كأن

⁽¹⁾ سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه،

الجزء الثاني، المواد من 584 إلى 1065، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ص 1166



تكون عقود الامتياز المذكورة في قانون الولاية والبلدية وليس في قانون الصفقات العمومية إلى غير ذلك من التساؤلات التي أثارها المشرع الجزائري بذكر هذه الشروط.

والجدير بالذكر هنا هو أن المشرع الجزائري بوضعه لهذه النصوص سوف يصطدم بالنظام العام الدولي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، فالعقد الإداري الدولي هو من عقود التجارة الدولية ولذا فهو يخضع لقانون التجارة الدولي، ووجود أي شرط أو قيد يحد من أعمال قانون التجارة الدولي يعتبر باطلا في نظر القانون الدولي للتجارة وخير مثال على ذلك هو ما وقع بين الدول التي تتبنى ازدواجية القضاء مثل فرنسا ومصر وتونس وغيرها من الدول عندما رفضت هذه الدول إخضاع العقود الإدارية الدولية للتحكيم التجاري الدولي بحجة مساس ذلك بسيادة هذه الدول وإخضاعها للقانون الإداري الداخلي لأنه الأنسب لها وفي هذا المجال أصدرت محكمة استئناف باريس حكما قضائيا اعتبر فيما بعد قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي وتم تكييفها على أنها قاعدة من قواعد النظام العام الدولي ولا يعمل بها فقط في مواجهة النصوص المقيدة للتحكيم في القانون الفرنسي بل يعمل بها في مواجهة الدول الأجنبية التي تعرف قوانينها مثل هذا الحظر⁽¹⁾.

وقد جاء هذا الحكم الصادر بتاريخ 13 يونيو 1996 كالتالي "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا ما كان السبب الذي يستند إليه، يعمل فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي، والذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقا"

ولقد صدر هذا الحكم في المنازعة الناشئة بين كل من الشركة الإيطالية أيسرو أتسرو والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية، وبعد أن صدر حكم التحكيم في صالح الشركة الإيطالية طعنَت الشركة الكويتية في الحكم الصادر بحجة بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة لأن العقد المبرم بينهما نص صراحة على خضوع العقد للقانون الجزائري والمادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية تحظر على الأشخاص الاعتبارية العامة الخضوع للتحكيم، وبما أن العقد المبرم بين الشركة الكويتية أبرم بين الشركة بصفتها ممثلا لدولة الكويت، وبهذه المثابة فإن التصرف الصادر عن الشركة

⁽¹⁾ حفيفة السيد حداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية،

الكويتية يتعلق بأحد المقاولات العامة وبالتالي فهي شخص اعتباري عام يخضع للحظر الوارد في المادة 3/442 من قانون المرافعات الجزائري.

وهنا جاء رد محكمة استئناف باريس المذكور سلفا، وهناك عدة قواعد مادية تعتبر من قبيل النظام العام الدولي والتي ترجح متى ما اصطدمت مع النظام العام الداخلي وخصوصا في عقود التجارة الدولية⁽¹⁾، ولذلك فإن الشروط التي وضعها المشرع في هذا المجال تصبح لاغية لأنها لا تطبق إلا على العقود الداخلية.

ولذلك فإنه كان من الأولى للمشرع الجزائري أن يحتفظ بالنص الوارد في المرسوم التشريعي 09/93 والذي جاء خاليا من أي اشتراطات أو قيود باستثناء أن يكون العقد من عقود التجارة الدولية.

خاتمة:

لقد عرف التشريع الجزائري في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية ثلاث مراحل متباينة:

المرحلة الأولى تميزت بالحضر الكلي للتحكيم التجاري الدولي على الأشخاص الاعتبارية العامة وكنا قد ميزنا سابقا بين الأشخاص الاعتبارية العامة ذات الطبيعة الاقتصادية مثل الشركة الوطنية للمحروقات والأشخاص الاعتبارية العامة ذات الطبيعة الإدارية مثل البلدية والولاية، وقلنا إن المشرع قصد بالمنع الأشخاص الاعتبارية العامة ذات الطبيعة الإدارية وكنا قد دللنا على ذلك بالاتفاقيات التي أبرمها المشرع الجزائري مع عدة دول وممارساته العملية.

أما المرحلة الثانية وهي تلك التي صدر فيها المرسوم التشريعي 09/93 الذي أجاز فيه المشرع للأشخاص الاعتبارية ذات الطابع الإداري العامة اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في علاقاتها التجارية الدولية وقد كانت هذه الإجازة غير مشروطة أو مقيدة إلا بشرط أن يكون العقد دوليا وفي مجال التجارة الدولية.

ويعتبر مرسوم 09/93 أول نظام قانوني متكامل في مجال التحكيم التجاري الدولي يعرفه التشريع الجزائري، فقد كان المشرع يعتمد سابقا على الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف في مجال التحكيم سواء من حيث إبرام اتفاق التحكيم إلى غاية تنفيذه والظعن فيه، ولذلك كان هذا المرسوم بمثابة النقلة النوعية للتحكيم التجاري الدولي الجزائري.

أما آخر المراحل فقد جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 09/08، وقد قام المشرع في هذا القانون بإضافة مجموعة من الشروط، متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي،

(1) حفيظة السيد حداد المرجع السابق ص371



وأهمها وجوب الحصول على ترخيص من الهيئة الوصية وحصر العقود الإدارية الدولية في فئة الصفقات العمومية دون سواها من العقود الإدارية المسماة وغير المسماة.

واقترع المشرع الجزائري بالمشروع الفرنسي في هذا المجال يعتبر في غير محله وذلك لفارق التجربة بينهما فمنع التحكيم في العقود الإدارية يعد مبدأ راسخا في الفقه والقضاء الفرنسيين بينما الأمر ليس كذلك بالنسبة للفقه والقضاء في الجزائر، وذلك لحدثة التجربة الجزائرية في مجال القانون الإداري فالجزائر لم تعرف القانون الإداري إلا بعد دستور 1996.

والقاعدة العامة في فرنسا هي منع التحكيم في العقود الإدارية والاستثناء هو الإباحة فالمشرع الفرنسي أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية دون العقود الإدارية الداخلية التي اعتبرها من اختصاص القضاء الإداري، وهذه الإجازة جاءت لمواكبة تطور نظام التجارة الدولي، فلا يمكن إخضاع عقود التجارة الدولية للقانون الداخلي لأي دولة، ولذلك جاءت المواد 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم بالمنع الكلي للتحكيم سواء بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية أم الدولية ولكن الظروف الاقتصادية الدولية جعلت المشرع الفرنسي يعدل عن هذا الحظر ويضع المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي والتي ألغت المواد 83 و1004 وقد استمرت هذه المادة في حظر التحكيم في العقود الإدارية إلى أن تدخل المشرع الفرنسي في 19 أغسطس -أوت 1986 وأجاز للدولة وللمقاطعات وللمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناء من حكم المادة 2060 ووضع مجموعة من الشروط منها صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وذلك يكون في كل حالة على حدة⁽¹⁾.

وقد وصل المشرع الفرنسي إلى هذه النتيجة بعد صراع طويل بين القضاء العادي والقضاء الإداري بينما التشريع الجزائري لم يعرف أي جدل أو صراع بين القضاء العادي والقضاء الإداري لحدثة التجربة الجزائرية في هذا المجال، وبالتالي فلا مجال للاقتداء بالمشروع الفرنسي في وضع قيود على التحكيم في العقود الإدارية الدولية كما نصت على ذلك المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

ولذلك يجب إلغاء هذه القيود والاشتراطات من أجل جعل التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ضمانا للاستثمارات الأجنبية وتكريس تجربة جزائرية في هذا المجال تعكس تطور النظام القانوني الجزائري للتحكيم التجاري الدولي، مستفيدا من الأنظمة القانونية المقارنة ولكن دون تقليدها بما يضر المصلحة الوطنية.

(1) حفيظة السيد حداد المرجع السابق ص376

المراجع:**باللغة العربية:**

- 1- د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.
- 2- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، 2008.
- 3- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- 4- فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2010.
- 5- شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، مجلة الشريعة والقانون، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية"، بحوث المجلد الأول.
- 6- حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 7- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ص98، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007
- 8- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005.
- 9- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادي 2008.
- 10- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع 2009.
- 11- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه، الجزء الثاني، المواد من 584 إلى 1065، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

ثانيا: القوانين:

- 1- قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم 13 لسنة 1968
- 2- امر رقم 66- 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية



3- قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08- 09

4- أمر رقم 1591/68 المؤرخ في 31/10/1968 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود والاستغلال في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وانتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وانتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 88 السنة الخامسة بتاريخ 1968/11/01.

ثالثا: الأحكام والقرارات القضائية:

1- قرار محكمة النقض في الطعن رقم 369، السنة 22ق، جلسة 1999/04/02، مجموعة أحكام النقض، السنة السابعة، ص522، وقرارها في الطعن رقم 573، جلسة 1986/12/03، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص926، مشار إليها بمقال: أنور محمد رسلان: "التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، السنة 6 العدد الأول، يناير 1998.

2- فتوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 86/06/163، جلسة 1970/01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر.

3- ملف رقم 265/01/54 جلسة 1989/05/17 مشار إليها بمرجع: نجلاء حسن سيد أحمد خليل "التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثامنة 2004/2003.

4- قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1567، السنة 34 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد الأول 1994.

الطعن رقم 886، السنة 30ق، جلسة 1994/01/18 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الأول، من أول أكتوبر 1955 حتى آخر سبتمبر 1995.

المراجع باللغة الفرنسية:

1- ALLIOUHE-KERBOUA-MEZIANI NAIMA, « L'arbitrage commercial international en Algérie », office des publications universitaires.

2- NATHALIE NAJJAR, préface de EMMANUEL GAILLARD « l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international », L. G. D. J DELTA 2004