الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

Mohamed Lamine Debaghine Setif 2 University

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية للإنشاءات الدولية

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

تخصص قانون عام

إعداد الطالب

سلطان محمد شاكر

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة

لشهب صاش جازية

لجنـــــــــة المناقشـــــة

الدكتور: بودوخة إبراهيم (جامعة سطيف 2).....رئيسا

الأستاذة الدكتورة: لشهب صاش جازية (جامعة سطيف 2).....مشرفا ومقررا

الدكتورة: زايدي أمال (جامعة سطيف 2).....ممتحنا

الدكتور: بوسعدية رؤوف (جامعة سطيف2).....ممتحنا

الدكتورة: بولقواس سناء (جامعة خنشلة).....ممتحنا

الأستاذة الدكتورة: لدغش سليمة (جامعة الجلفة).....ممتحنا

السنة الجامعية 2020-2021

دعـــــــــــاء

والله أسأل أن يتقبل هذا العمل بقبول حسن وأن يجعله ذخرا لنا يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

"ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا، ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا، ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين."

سورة البقرة الآية{286}

الإهـــــــداء

إلى من جعل الله من نبض قلبها أول صوت يسمع

ومن دفء حضنها أول مأوى يسكن

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها

أمي

إلى من كان سببا في وجودي، إلى من حرم نفسه ليعطيني،

إلى من اتعب نفسه ليريحني، إلى من شجعني على طلب العلم ودفعني إليه

أبي

إلى من لا تحلو الدنيا إلا بوجودهم وقربهم

إخوتي

إلى من جمعني بهم القدر ..والنسب

زوجتي وأهلها الكرام

إلى من جمعني بهم القدر ..فأحببتهم فأحبوني

أصدقائي

إلى من جمعني بهم القدر ..وطلب العلم

أساتذتنا الكرام

إلى هؤلاء جميعا اهدي هذه الأطروحة

محمد شاكر سلطان

شكر وتقدير

أحمد الله عزّ وجلّ الذي أنعم علينا بنعمة العقل والعلم وعلى أن أمدّني بالعزيمة والإرادة لإتمام هذا العمل.

إلى كل من وجدت منه دعما ونصحا ومؤازرة ، إلى كل من شجعني ولو بكلمة صادقة أو بفكرة نيرة ، إلى كل من أغنى بحثي هذا بفكره النير ونقده البناء ، وإنني قد أنهيت كتابة أطروحتي، ولم انه البحث إذ إن العلم لا ينتهي لأعبر عن

خالص شكري وتقديري وعظيم امتناني إلى الأستاذة الدكتورة لشهب صاش جازية

على تكرمها بالإشراف على أطروحتي هذه، وتقديمها لي النصيحة والمشورة ومنحها لي من علمها ووقتها الثمين ما يعجز القلم عن الوفاء به، فكانت توجيهاتها وإرشاداتها سندا وعونا لي خلال إعدادي لهذه الأطروحة، لها مني عظيم الشكر والامتنان.

كما أتوجه بالشكر ذاته الأستاذة الدكتورة لدغش سليمة وإلى الدكاترة الأفاضل: بودوخة إبراهيم ، زايدي أمال ، بوسعدية رؤوف و بولقواس سناء، على قبولهم لمناقشة هذه الأطروحة ، على الرغم من انشغالاتهم العلمية والإدارية، لهم مني عظيم شكري وامتناني.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل لجميع الموظفين بكلية الحقوق بجامعة سطيف – التي تشرفت "صدقا" بالانتساب إليها، والذين لم يدخروا جهدا من أجل تيسير الإجراءات الإدارية حتى إيداع هذه الأطروحة.

جاز الله عن الجميع أوفر الجزاء.

المقدمة

عُرف التحكيم عبر التاريخ بوصفه وسيلة من الوسائل لفض المنازعات الفردية والجماعية، وفي نطاق المعاملات التجارية والمدنية الدولية منها والداخلية، إلا أنه في الفترة الأخيرة، وفي ظل النظام العالمي الجديد اكتسب أهمية بالغة خصوصاً في ظل التطور المذهل في وسائل الاتصال، وحجم المبادلات بين الدول، لما يمتاز به من سهولة في إجراءاته، وتحرره من القيود والتعقيدات الموجودة في النظم القانونية الداخلية من ناحية، وتجاوبه لمتطلبات التعاملات الدولية من ناحية أخرى.

وحيث أن استخدام العديد من الدول النامية عقود الدولة كإحدى الأدوات الهامة لتحقيق أهداف خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، جعل منها محل إهتمام الكثير من رجال القانون، بل أكثر من ذلك حيث تجاوزت هذه العقود نطاق الدول النامية ولم يعد استخدامها مقصورا عليها فامتد إلى أكثر دول العالم تقدما فاستخدمتها في بعض أوجه أنشطتها مما جعل الفقه يسميها "عقود التنمية الاقتصادية" من زاوية أنها تساعد الدول على تنفيذ خططها الاقتصادية والاجتماعية حين تقبل على إبرامها.

فلهذه العقود دورا كبيرا في التأثير على الاقتصاد القومي لكل من الدول النامية والدول الأجنبية التي يتبعها المشروع الأجنبي، فهي تؤدي دورا هاما في اقتصاديات الدول النامية والغنية على حد سواء.

وإذا كانت العقود المبرمة بين الدول والأطراف الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشاكل، فإنه ومن باب أولى أن تتعقد المشاكل التي تثيرها تلك العقود التي تبرمها الدولة في إطار العلاقات الدولية مع المتعاقد الأجنبي .

كما نجد أن الصراع الذي تشهده الدول الناشئة في مجال البنية التحتية والشركات الأجنبية المستثمرة في هذا المجال، وهذا ما يحدث اليوم في الجزائر إلى جانب ما يحدث في دول أخرى واضحا للعيان، ما يثير مصالح الدول الأجنبية بغية إبعاد هذه العقود من نطاق القوانين الداخلية الوطنية للدول المتعاقدة ومحاولة إخضاعه إلى القانون الدولي العام أو لمبادئ القانون التجاري الدولي أو كما يسميه البعض القانون الدولي للأعمال.

ومما زاد الأمر تعقيدا تلك التحولات السياسية والاقتصادية التي شهدها العالم، حيث شرعت العديد من الدول في إصدار تشريعات تنظم عقود الاستثمار الأجنبي، وغيرها من العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية، حيث أن هذه التشريعات الداخلية صارت عائقا أمام الشركات العملاقة العابر للقارات، فكان على هذه الشركات التخلص من هذه القوانين التي تقف أمام تطلعاتها واستثماراتها.

فهذه العقود تتميز بخصوصية عدم التكافؤ المراكز القانونية لأطرافها وفي إمكاناتهم الفعلية، إذ تبرم عقود الدولة بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة أو التي تعمل لحسابها، وبين طرف أجنبي طبيعي أو اعتباري، وغالباً ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات، بقصد القيام بعملية تهدف إلى استغلال ثروة طبيعية بإنشاء مشروع استثماري، في مقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين سواء أكان مبلغاً من المال، أم حصة من الثروة المستخرجة أو نسبة من الأرباح المتحصلة، حيث أنه من الأشكال السائدة لعقود الدولة تلك المتعلقة بالتنمية الاقتصادية كعقود الاستثمار والأشغال العامة و والمقاولات وبناء المصانع ونقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية.

وتتميّز هذه العقود بطول مدة تنفيذها لأنها تتعلق غالباً باستثمار الموارد الطبيعية، كما تمنح أحياناً الطرف الأجنبي بعض الحقوق والامتيازات القانونية كحريته في الاستيراد والتصدير والحصول على بعض المزايا الضريبية والجمركية، وتتسم هذه العقود بعدد من الخصائص التي تميزها من غيرها من العقود الدولية، وذلك مما تملكه من أثر مهم في تطور الاقتصاد الوطني للدولة المتعاقدة وفي العلاقات الدولية الاقتصادية.

كما أننا نلمس وبشكل جلي اختلاف العقود الإدارية الدولية بطبيعتها القانونية عن تلك المبرمة بين أفراد القانون الداخلي للدولة.

وعلى الرغم من أن عقود الدولة تخضع مبدئيا للقواعد العامة التي تحكم العقود الرضائية كافة إلا أنها تبرم عادة بين طرفين غير متكافئين؛ إذ تتمتع الدولة المتعاقدة بمزايا لا يتمتع بها الطرف المتعاقد الأخر والذي هو شخص أجنبي خاص في الغالب.

هذا التفاوت في المراكز القانونية يضفي على العقود الإدارية الدولية ميزة تميزها عن غيرها من التصرفات التعاقدية الأخرى.

فالعقد الإداري في الأساس هو انعكاس لإرادة الإدارة سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي نتيجة لاتجاه الدولة إلى الاقتصاد الحر، والحاجة إلى إقامة مشاريع الهدف من ورائها التنمية الإقتصادية الشاملة التي تسعى الدول إلى تحقيقها(كالطريق السيار الوطني شرق – غرب)، حيث تضطر الدولة وأشخاص القانون العام إلى التدخل في إبرام أو في الإشراف والرقابة على عقود التنمية الاقتصادية.

وبطبيعة الحال قد ينجم عن العقد الإداري الدولي منازعات تنشأ بين طرفيه تستلزم ضرورة إنهائها، وبالرغم كما اشرنا إلى أن القضاء الإداري هو المختص بنظر منازعات العقود الإدارية، لكن نظراً لتراكم القضايا أمام القضاء وبطء إجراءاته علاوة على احتمال استطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي، وإمكانية الطعن في الأحكام أمام المحاكم، فضلاً عن رغبة الأطراف الأجنبية في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي تفرضها النظم القانونية للتقاضي بالقدر الذي يحقق لهم سرعة الفصل في المنازعات عموماً، وخاصة المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها تحقيقاً منها للتنمية الاقتصادية وإشباع الحاجات العامة، فبينما يحكم القانون الوطني العقود التي تنظم في ظله، تبقى مشكلة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية مسألة شائكة لا يمكن تسويتها تسوية حاسمة وقطعية؛ لأنها تثير كثيراً من المسائل المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم التفاوض بشأنها وإبرامها وتسوية المنازعات الناجمة عن تفسيرها وتنفيذها، وتطبيق بشأنها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة التي يتبع لها الطرف المتعاقد مع الدولة الأخرى.

و الكلام عن نظام قانوني آخر يمكن أن يخضع له العقد يقتضي التسليم بأن النظام القانوني للدولة المتعاقدة ليس النظام الوحيد الذي يحكم وينظم الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وهذا ما يجعل من النظم القانونية المتعددة والتي قد تستقي منها القوانين الوطنية بعضا من أحكامها أهلا لحكم هذه الطائفة من العقود، أو على الأقل تسهم إلى جانب القوانين الوطنية في حل منازعاتها، وقد أدرك الفقه الغربي ومنذ وقت مبكر ذلك.

ومـع تشـكك الطـرف الأجنبـي وعـدم ثقتـه بحيـدة القاضـي الـوطني، كـان مـن الضـروري البحث عن وسيلة أخرى لحسم تلك المنازعات التي يتعين الفصل فيها في أقصر وقت ممكن حتى تستقر المراكز القانونية بين المتنازعين، وبأقل قدر ممكن من العلانية والنشر وبإجراءات مبسطة تتيح في مجملها احتواء النزاع في أضيق نطاق.

ومن هنا ظهر التحكيم كوسيلة مُثلى لحسم مثل تلك المنازعات خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم متخصص له خبرة فنية دقيقة في مجال النشاط المتعلق بالنزاع، الذي يتسم بالتعقيد في ما يرتبط به من أمور فنية وعادات وأعراف ومصطلحات تحتاج للوقوف على فحواها من قبله، والكشف عن مقدار تعلقها بالنزاع محل التحكيم، ومدى أثرها على حقوق المتنازعين، وبذلك يفتح هذا النظام الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين، فيقوم التحكيم على حماية إرادة أطراف النزاع من خلال إجازة المشرع له ووضع التنظيم القانوني الذي يحكمه.

و التحكيم بوصفه قضاء خاصاً يمارس اختصاصه خارج ولاية قضاء الدولة، حيث يختار أطراف النزاع باتفاقهم محكمون غير مفوضين من الدولة بسلطة الحكم لحله، فإرادة الأطراف هي التي تمنح المحكمين سلطة الحكم، ورغم ذلك يستمد التحكيم فاعليته وإنفاذ قراراته من سلطة قضاء الدولة باعتباره السلطة العامة الوحيدة التي يملك من خلالها إلزام الخصوم ومن لهم صلة بالنزاع بالتنفيذ باعتبار أن القضاء وحده يملك سلطة الإلزام بالتنفيذ، فحكم التحكيم لا

يملك بذاته القوة التنفيذية التي يتمتع بها حكم القاضي، من هنا فإن قضاء الدولة هو الذي يمد التحكيم بأسباب فاعليته لكي يحقق العدالة، ويسمى هذا بالرقابة القضائية على التحكيم.

ومراعاة للميزات التقنية للتحكيم فان غالبية العقود الخاصة بإنشاء المنشات الاقتصادية والحيوية للدول والتي يستغرق تنفيذها وقت طويل ما قد يتسبب في وجود بعض المنازعات، ما يشجع أطرافها تفضيل التحكيم لتسويتها(لجوء الجزائر للتحكيم مع الشركة الكندية لافالان لانجاز المقر الجديد لشركة الخطوط الجوية الجزائرية)، وذلك لتميزه بالعديد من المميزات التي تجعل الأطراف يفضلونه رغم تعارض الآراء بشأنه بين موقف مؤيد وموقف معارض له في هذا المجال.

فأصبح يشكل موقعاً هاما بين وسائل فض منازعات عقود التجارة والاستثمارات الدولية عموماً وعقود مقاولات الإنشاءات الدولية بشكل خاص، إلى أن صار جزءا أساسيا في هذا النوع من العقود حيث لا يكاد يخلو أي عقد من شرط التحكيم.

وقد ظهرت وسائل بديلة تسهم بشكل كبير في حسم المنازعات تعتمد على التوفيق والوساطة والمفاوضات الثنائية، إلا أنه ما يزال هو أساس فض المنازعات.

وللتحكيم عدّة مراكز واتفاقيات منظمة له، نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى في واشنطن وتحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير.

وعلى المستوى الوطني تصدّت تشريعات مختلف الدّول لتنظيم التحكيم وبيان قواعده منها قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري لسنة 2008 ، والقانون الأيرلندي للتحكيم سنة

1986 ، والقانون المصري رقم 27 سنة 1994، والقانون رقم 19 الصادر في أغسطس سنة 1986 بفرنسا والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدّولي مع ما يتبعه من شروط.

أهمية الدراسة:

ولهذه الدراسة أهمية كبيرة في وقتنا الحاضر، للنشاط الكبير الخاص بانشاء المرافق العامة والبنى التحية للدول لنهضتها وتوفير الوسائل المساعدة لرفاهية الشعوب، وكذا جذب الاستثمارات الأجنبية وحتى لتطوير المنظومة الاقتصادية، ما ترتب عنه بروز نزاعات قانونية اقتصادية على المستوى الدولي، بتعارض مصالح الدول وبالأخص النامية والمنجز على إقليمها هذه المنشاة الضخمة فنيا وماليا وعلميا، مع مصالح الشركات المتخصصة في مجال الإنشاءات وبالخصوص الشركات العملاقة الدولية والمتعددة الجنسيات، وما يثيره ذلك من تنازع للقوانين لاختلاف المصالح المالية الربحية مع تمسك الدول بحصانتها، وحقها في التصرف في هذه العقود بصفتها دول صاحبة سيادة وصاحبة امتياز، فهذه الدراسة المتواضعة تحاول التطرق لبعض هذه الإشكاليات القانونية والمرتبطة بتعارض المصالح بين أطراف هذه العقود في بعض الأحيان.

الدراسات السابقة

من خلال دراستنا وموضوع بحثنا،فان هذا النوع من الدراسات وكون منشأها القانون الانجلوسكوني، وتطوره بصفة سريعة من خلال هذا القانون وقد تماشى معه القانون اللاتيني الغربي لاحقا، أما على المستوى الوطني فالدراسات السابقة فهي نادرة، أما على المستوى

الإقليمي فهناك هناك نقص كبير جدا في دراسة هذا الموضوع على المستوى العربي، ويمكن أهم من تطرقوا لهذا الموضوع الدكتور بدران محمد بدران والدكتور سراج حسين أبو زيد، الدكتور أحمد حسان الغندور، لكون دراساتهم دراسات عامة وليست متخصصة في مجال العقود الإدارية للإنشاءات الدولية، اضافة لعدم تطرقها للجانب القانوني من التشريع الجزائري ، هذا ما حفز الباحث لاختيار الموضوع والبحث فيه.

أسباب اختيار الموضوع

الباحث اختار الموضوع للأسباب الآتية:

1- وقد شدني إلى إختيار هذا الموضوع ليس فقط ما يثار من مشاكل قانونية وفنية، وإنما عدم وجود دراسات قانونية كافية لتغطية هذا الموضوع على نحو كاف حسب علم الباحث، على اعتباره من المواضيع التي تطرح مفاهيم متجددة، تبعا للتغير المستمر الذي تشهده الحياة الاقتصادية الدولية، وما يتبعه من تطور لدور الدولة على المسرح العلاقات الاقتصادية الدولية، وكذا تطور أشخاص المجتمع الدولي على ضوء تطور هذه المعطيات.

ذلك أنه إذا كانت العقود الإدارية للإنشاءات الدولية تستمد قوتها الإلزامية من تراضي الأطراف المعنية، وتحررها من الخضوع الحتمي لأحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة بما يتلاءم وتطور الحياة الاقتصادية، ولتلافى الاختلاف الناتج من تباين التشريعات الوطنية، فقد استقر الفقه على إعمال مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد أحد المبادئ المهمة في ميدان العقود والالتزامات، وكذا إدراج نماذج موحدة لعقود الإنشاءات الدولية من خلال نماذج الفيديك.

إضافة الى كثرة النزاعات التحكيمية التي لم تكن في صالح الجزائر، ما يعني ضرورة وضع دراسات قانونية تحليلية لفهم اهم خبايا التحكيم لهذا النوع من العقود.

2-إسهاما من الباحث في إثراء الموسوعة القانونية الجزائرية، خصوصا بموضوع التّحكيم الدّولي في العقود الإدارية عموماً، وبالتحكيم في العقود الدّولية للإنشاءات بشكل خاص، لما يوجد من نقص كبير في دراسة هذا النوع من العقود المتخصصة.

3-رغبة الباحث في نشر ثقافة التحكيم والوسائل البديلة لحل منازعات العقود الإدارية والعقود الدّولية للإنشاءات في الجزائر.

4-محاولة الباحث إعطاء دراسة تحليلية أكثر موضوعية عن الموضوع، هذا رغم كثرة النماذج الموضوعة سلفاً لهذه العقود على الصّعيد الدولي كعقد الفيديك بإصداراته المختلفة، وهي عقود يؤخذ عليها انحيازها للدّول المتقدمة على حساب الدّول النامية.

إشكالية الدراسة

ولكي نتمكن من تحديد وتحليل النظام القانوني لمثل هذه العقود، لا بد لنا من معرفة ماهيتها وتحديد خصائصها المميزة لها، هذا ما يجعلنا نطرح الإشكاليات التالية:

ما هي الضوابط القانونية والخصوصية التي تحدد هذه العقود؟ وهل يعتبر التحكيم وسيلة قانونية فعالة لفض منازعاتها، وذلك من خلال دراسة إمكانيته ونجاعته في فض هذا النوع من المنازعات، مع وجود وسائل بديلة أخرى كالمصالحة والوساطة، وما مدى مساهمته في حفظ الحقوق، وتحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة؟

المنهج العلمي المتبع

وللإجابة على هذه الإشكاليات تم الاعتماد على منهج وصفي تحليلي في الغالب الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية، والأحكام القضائية للوصول إلى المعيار الحاكم لهذه النصوص، مع عرض الآراء الفقهية، وموقف القضاء الإداري، وقضاء التحكيم.

وبدراستنا للموضوع، تم تقسيم خطة موضوع البحث على النحو التالي:

فوقفت في الباب الأول لهذه الدراسة عند تحديد جملة من الضوابط التي تحدد ماهية هذه العقود، فحاولت أن أوظف المنهج التحليلي للوصول إلى معنى العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية، ومدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مع دراسة اثر التحكيم على نظرية العقود الإدارية وذلك من خلال البحث في اثر التحكيم على حصانة الدولة القضائية، وأثره على القانون الواجب التطبيق وعلى قواعد القانون الإداري، ونتائجها المؤثرة في تحديد النظام القانوني الملائم لحكم هذه العقود، وذلك إنطلاقا من أن هذه العقود تنتمي أساسا إلى فئة عقود الدولة، وهذا ما يؤدي إلى صلاحية مبدأ قانون الإرادة أن يتولى تحديد القانون الواجب التطبيق، ومدى قابليته للتطبيق على عقود الدولة، و دور المحكم وحدوده في تحديد ملامح هذا القانون، من خلال آليات قد يتخذها المحكم انطلاقا من مناهج يجدها في نطاق القانون الدولي الخاص.

و قد حاولت في الباب الثاني من خلال الفصل الأول مناقشة إبرام عقود الإنشاءات الدولية من خلال التعريف الدقيق لعقود الدولة، ثم إظهار الخصوصية التي تنعكس أساس من الوصف اللامتجانس لأطراف هذه العقود عند إبرام العقد الدولي للإنشاءات، مع تحديد أثار

التزامات المتعاقدين في العقد الدولي للإنشاءات، وتناول وضع المتعاقد الأجنبي مع الدولة لتحليل المقاربة الواقعة بين مركز هذا الأخير سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة من الشركات الموصوفة بمتعددة الجنسيات، ومن ثمة الكلام عن ترجمة هذا التباين في أطراف هذه العلاقة العقدية وذلك من خلال فرض بعض الشروط التي قد لا تتلاءم مع طبيعة هذه العقود، كشرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، باعتباره شرطا محددا للإختصاص التشريعي للدولة الطرف في عقود الدولة، فضلا عما يرتبه من غل ليد الدولة في سريان تلك التعديلات التي تمارسها بفضل حقها السيادي، باعتبار التشريع مظهر جوهريا من مظاهر سيادة الدولة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشرط الثاني المتعلق بالتحكيم يحد من الإختصاص القضائي لهذه الدولة في الفصل بوصفها صاحبة الإختصاص الأصيل في الفصل في منازعات هذه العقود.

و في الفصل الثاني تمت دراسة وترجمة تسوية منازعات العقود الدولية للإنشاءات ونتائجها، من خلال ذكر وتوصيف الوسائل السلمية البديلة لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود، مع تحديد دور التحكيم كوسيلة أساسية في تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية وهذا للخصوصية والذاتية التي تنفرد بها من خلال نماذج عقود الفيديك، ونتائجها المؤثرة في تحديد النظام القانوني الملائم لحكم عقود الإنشاءات، مع ضرورة دراسة الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري، ذلك أن الجزائر قد مهدت إيذانا بدخولها- إبتداء من نهاية الثمانينيات- إلى مرحلة انتقالية من الاقتصادية الإشتراكي إلى اقتصاد السوق بإصدار ترسانة تشريعية، تمس الإصلاحات الإقتصادية على ما يسمى بالقانون الاقتصادي وفتح أبوابها للمستثمرين ، فأصدرت نصوصا قانونية جديدة في مختلفة المجالات، وقبولها التحكيم كوسيلة لفض

المنازعات الناجمة عن العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب في مشاريع الإنشاءات بالخصوص، وهو ما يشكل دعامة فاعلة في جذب المستثمرين، ورفع الهواجس التي كانت تنتابهم إزاء القضاء الوطني وعدم ضمان حياده.

وفي الجزء الأخير لهذا الفصل تم التطرق إلى تقييم دور التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، من خلال الإجابة على إشكالية الدراسة فيما إذا كان لهذا النوع من التحكيم في هذه العقود اثر ايجابي في مجال فض منازعات العقود الإدارية للإنشاءات الدولية.

UNIVERSITE SETIF2

الباب الأول

الباب الأول

التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

تمهيد:

أدى نزول الدولة ميدان التجارة وتدخلها في الحياة الاقتصادية، ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية وإشباع الحاجات العامة، إلى ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية من خلال علاقة تعاقدية تجارية إدارية بالدرجة الأولى، ما يترجم في عقود إدارية ذات طابع دولي نتيجة وجود الطرف الأجنبي، كطرف أجنبي متعاقد معه من طرف الدولة ممثلة في احد أجهزتها المرفقية.

هذه العقود الدولية تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة، و يرى الباحث صعوبة تكييفها بأنها عقود إدارية بحتة، نظرا لارتباطها في الغالب بالطرف الأجنبي المتعاقد معه.

ومن خلال هذه العلاقة العقدية بين الأطراف تبرز النزاعات القانونية في تطبيق الالتزامات التعاقدية ، وبالرغم من اختصاص القضاء الوطني بفضها كأصل عام، لكن مع تطور الحركة الاستثمارية العالمية وحركة رؤوس الأموال بسرعة، وعدم انتظار رد القضاء الوطني، كان لزاما إتباع نموذج آخر كآلية لفض النزاعات المترتبة عن الإخلال في تنفيذ الالتزامات ومنح الثقة والطمأنينة للمستثمرين الأجانب أثناء تنفيذ الأشغال المتعاقد عليها، و المتفق عليها مع الدولة من خلال مصالحها المرفقية ذات الطابع الإداري.

هذا ما ترتب عليه ظهور ونمو فكرة التحكيم في هذا النوع من العقود ذات الطابع الإداري، بحكم ممارسة الدولة لمبدأ السيادة من خلال مصالحها الإدارية المرفقية ، ما أدى إلى وجود تعارض في المبدأين، من حيث أن أعمال وتعاقدات الإدارة تعتبر من أعمال السلطة العامة كخصوصية لها، وبين فكرة خضوعها للتحكيم ومدى استعدادها بمساواتها مع الطرف الآخر المتعاقد معه أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وعلى الرغم من أن التحكيم أصبح من الوسائل الأساسية لحل مثل هذه المنازعات، إلا أن الوضع لم يكن بهذه السهولة في البداية في المجال الإداري، فقد لاقى هذا النظام هجوما كبيرا ومعارضة من جانب الفقه والقضاء، حيث انقسمت الآراء الفقهية وتضاربت الأحكام القضائية بين مؤيد ومعارض، واختلفت التشريعات الوطنية حول مشروعية آلية حسم المنازعات الإدارية، فعلى الرغم من هذه الاعتراضات، إلا أن المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية فرضت على الدولة قبول اللجوء إلى التحكيم لحسم تلك المنازعات والتي معظمها تتعلق بالعقود الإدارية (الوطنية الداخلية أو الدولية).

فاللجوء إلى التحكيم من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء، وسرعة الفصل في المنازعات بعيدا عن التعقيدات وطول الإجراءات أمام القضاء.

ولتوضيح تلك الموضوعات يقسم الباحث هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية العقدية.

الفصل الثاني: اثر التحكيم على نظرية العقود الادارية.

UNIVERSITE SETIF2

الفصل الأول

تمهيد:

تلجأ الدولة وهي بصدد قيامها بالتزاماتها إلى العديد من الأساليب، فهي تلجا إلى إصدار قرارات إدارية بغرض إحداث أثر قانوني مشروع استنادا لما تملكه من سلطة إصدار هذه القرارات، وقد تلجأ إلى أسلوب الاتفاق والتراضي مع غيرها سواء كانوا أفرادا أو شركات فينشأ بينهما ما يسمى بالعقد، وبموجبه تتحدد التزامات وحقوق كل منهم.

وتتجلى أهمية العقد الإداري كأسلوب من أساليب تعبير الإدارة عن إرادتها سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي نظرا لاتجاه الدولة إلى الاقتصاد الحر، والحاجة إلى تشجيع الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية.

و قد ينجم عن العقد الإداري منازعات تنشأ بين طرفيه تستلزم ضرورة إنهائها وبالرغم من أن القضاء الإداري هو المختص بنظر منازعات العقود الإدارية(في فرنسا ظهر مؤخرا اتجاه يدعو إلى إلغاء القضاء المزدوج لعدم فعاليته)، لكن نظرا لتراكم القضايا أمام القضاء، وبطء إجراءاته علاوة على احتمال إطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي، وإمكانية الطعن في الأحكام أمام المحاكم، فضلا على أن القواعد القانونية معقدة، والأطراف يريدون التحرر من هذه القواعد المعقدة، وتشكيك الطرف الأجنبي بحيدة القاضي الوطني، وللرغبة في تحقيق التنمية الاقتصادية وجذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية، فضلا عن خشية المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بحصانتها القضائية، لذلك كان من الضروري البحث عن وسيلة أخرى لحسم منازعات العقود الإدارية، ومن هذا المنطلق ظهر التحكيم لحسم مثل هذه المنازعات خروجا عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري في النظر لمنازعات هذه العقود، فكان التحكيم

كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار داخل إقليم الدولة المتعاقدة، فالدولة بتمسكها بمبدأ السيادة وما قد ينتج عنها من إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية، كان حرص وإصرار الطرف المتعاقد مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما ولو على حساب عدم إتمام التعاقد[1]، ما دفع بالكثير من الدول إلى أن تضمن قوانينها نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم، لكونه يحقق التوازن بين السلطة العامة المسؤولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين الأفراد والشركات من خلال اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وبذلك يفتح الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة وإعادة الثقة إلى رجال الإعمال والمستثمرين، فيقوم التحكيم على إرادة أطراف النزاع وإجازة المشرع له ووضع التنظيم القانوني الذي يحكمه.

وعلى الرغم من أهمية التحكيم وضرورته في هذا المجال، إلا أنه لاقى كثيرا من الاعتراضات من جانب الفقه والقضاء ما بين مؤيد ومعارض، وهذا ما سيتناوله الباحث تفصيلا على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري وأنواعه.

المبحث الثاني: مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

المبحث الثالث: مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

---

[1]– د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، دار المطبوعات الجديدة، مصر، 2001، ص 6 –7.

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري وأنواعه

لقد نصت المادة 54 من القانون المدني الجزائري على "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيئ ما." فهذا النص القانوني يعتبر كل عقد عبارة عن اتفاق بشكل عام، بما في ذلك العقد الاداري

المطلب الأول: ماهية العقد الإداري

إن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، ومناط ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[1].

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي

إن العقد في مجال القانون الإداري هو أيضا نتاج التقاء إرادتين مثله مثل العقد المدني، أي وجود طرفين إلا أن الطرف الأول دائما في العقد الإداري هو الإدارة باعتبارها سلطة عامة.

ومع ذلك ولكي يصح هذا العقد، لابد أن يستوفي نفس الأركان التي تتطلب صحة العقد المدني[2]، مع مراعاة خصوصية هذه الأركان ضمن المجال القانوني الإداري، هذا الأمر يعطي للإدارة العامة في إطار تعاقدها هذا مرتبة أعلى من متعاقدها.[3]

---

[1]– حمدي ياسين عكاشة، " موسوعة العقود الإدارية والدولية"، منشأة المعارف، مصر، سنة 1998، ص 4.

[2]– محمود أبو السعود،»سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، مصر، سنة 39، 1998، ص06.

[3]– سليمان الثماري، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص 50.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإداري

يعرف سليمان الطماوي العقد الإداري بأنه « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك المباشر في تسيير المرفق العام[1] »

الفرع الثالث:التعريف القضائي للعقد الإداري

رغم اختلاف الفقه والقضاء الإداريين حول وضع تعريف للعقد الإداري ويبقى التعريف الذي وضعته المحكمة الإدارية العليا في مصر هو التعريف المتداول والذي جاء فيه أن العقد الإداري هو:« العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر فيه الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في العقود القانون الخاص ».[2]

وإذا كانت العقود الإدارية لقيت الاهتمام في مجال دراسات وأبحاث القانون الإداري فإن الباحث له ملاحظة أساسية تفرض نفسها دائما، وتعد المدخل الطبيعي لدراسة النظم التي تحكم عقود الدولة وبالذات الدول ذات النظام اللاتيني، حيث تميز بين نوعين من العقود تتولى جهة الإدارة إبرامها.

النوع الأول: عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون الخاص

النوع الثاني: عقود الإدارة التي تخضع لأحكام مبادئ القانون الإداري.

---

[1] –مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 16.

[2]–الزين عزري، الأعمال الإدارية ومنازعتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، الجزائر، 2010، ص 32.

إذن فعقود الدولة تنقسم من الناحية الفنية وتبعا للأهداف التي تسعى إليها هذه العقود إلى:

عقود دولة تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة مع صعوبة تكييفها بأنها من العقود الإدارية نظرا لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود.

إلى جانب هذا النوع من عقود الدولة فإن هناك طائفة أخرى منها تتوافر بشأنها جميع المعايير المتطلبة من أجل هذا الوصف بها على النحو يمكن معه أن يطلق عليها عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية أو عقود الدولة الإدارية[1].

ويقر الفقه والقضاء الإداري بصدد التمييز بين نوعي العقود السالفة الذكر نتائج أساسية هامة، فكلاهما يخضع لنظام قانوني مختلف، فالعقود المدنية التي تبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادي وتطبق عليها أحكام القانون المدني، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الإداري وتطبق عليها أحكام القانون الإداري [2].

المطلب الثاني :أنواع العقد الإداري من حيث طبيعة النشاط

ينقسم العقد الإداري إلى عدة أنواع، لذلك فإن الباحث سوف يركز على إبراز أهم أنواع تلك العقود من خلال التطرق إليها بالاتي:

---

[1]– د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات طبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 2001 ص 3–4.

[2]– د/ جابر نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية– الطبعة الثانية، مصر، 2005، ص 25.

الفرع الأول: عقد الأشغال العامة

يعرف عقد لأشغال العامة على أنه " اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعي أو معنوي بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة وبقصد تحقيق المصلحة العامة في نظير مقابل يحدده العقد" [1].

الفرع الثاني: عقد التوريد

يعرف عقد التوريد " le marché des fournitures" على أنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد، أو الشركة بتوريد منقولات معنية للشخص المعنوي اللازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"[2].

الفرع الثالث:عقد تقديم الخدمات وعقد الدراسات

ينقسم العقد الإداري إما إلى عقد خدمات أو عقد دراسات.

أ/ **عقد تقديم الخدمات:** يعرف عقد تقديم الخدمات "le marché de présentation " على أنه اتفاق بين الإدارة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) قصد تقديم خدمات المرفق العام في إدارته وتسييره مثل: أن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الأقسام والمدرجات وحماية المحيط"[3].

---

[1]– د/ جابر نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 40.

[2]– محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 544.

[3]– محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 23–24.

ب/ عقد الدراسات: يعرف عقد le marché d'études" على أنه (اتفاق بين الإدارة العامة والشخص الأخر (طبيعي أو معنوي) من ذوي الخبرة والاختصاص يتم بمقتضاه القيام بالدراسات واستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها[1].

المطلب الثالث: تمييز العقد الإداري من حيث التصرفات القانونية

إن العقد الإداري يتميز عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة الأخرى نذكر منها:

الفرع الأول: العقد الإداري والعمل الشرطي

العقد الإداري يستلزم إرادتين، تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، ومن ثم فإن العمل الشرطي – الذي يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم– لا يعتبر عقدا، وإنما هو عمل صادر بالإرادة المنفردة للإدارة[2].

الفرع الثاني:العقد الإداري والعقد المدني

يتفق العقد الإداري مع العقد المدني من حيث قيام كل منهما بالاعتماد على توافق إرادتي المتعاقدين على التعاقد بإيجاب يصادفه قبول صحيح بغرض إنشاء التزامات تعاقدية متبادلة، إلا أن جوهر الخلاف بينهما يتمثل في أن العقد المدني يقوم على مبدأ توازن الالتزامات المتبادلة بين أطرافه، وعلى العكس من ذلك فالعقود الإدارية ينعدم فيها هذا التوازن بصورة تجعل كفتي المتعاقدين غير متكافئة، حيث تميل لصالح الإدارة والتي تتعاقد بوصفها سلطة

---

[1]– محمد الصغير بعلي، نفس المرجع، ص 24.

[2]– د/ سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2003، ص 5.

عامة تتمتع بحقوق وامتيازات في مواجهة المتعاقد معها، لا تملكها الإدارة في عقودها المدنية، وأساس ذلك هو الرغبة في تحقيق المصلحة العامة. [1]

الفرع الثالث: العقد الإداري والقرار الإداري

جوهر التفرقة بين العقد الإداري والقرار الإداري أن هذا الأخير تصرف قانوني غير تعاقدي تصدره إحدى سلطات الإدارة بإرادتها المنفردة في النشاط الإداري، حيث يحدث بذاته أثر قانونيا يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني فردي عام، مادام هذا الأثر ممكنا من الناحية الواقعية وجائزا من الناحية القانونية، بينما العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني يقوم على توافق إرادتي عاقديه والذي يتعين أن يكون احدهما شخص معنوي عام لإنشاء التزامات تعاقدية[2].

ومما سبق من توضيح للفرق بين العقد الإداري وغيره من التصرفات القانونية، نلاحظ أن العقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد إداريا، وضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد أمر له مبرره في أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة[3].

وعلى الرغم من وضوح الشرط فإن الباحث يرى ضرورة توضيح بعض المسائل التي تتعلق بالعقد الإداري كما يأتي:

---

[1]– د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، مصر، سنة 2006م، ص51.

[2]– د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 52.

[3]– د/ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 33.

– إن مفهوم الإدارة التي تستلزم أن تكون طرفا في العقد الإداري يشمل الأشخاص المعنوية العامة وهي إما أشخاص إقليمية، أي تحدد على أساس إقليمي كالدولة والولايات والبلديات والمدن والأحياء .

– أن تظهر الجهة الإدارية من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يؤدي إلى فقدان العقد لأحد العناصر التي تسبغ عليه الصفة الإدارية، ويتحول إلى عقد مدني يخضع لقواعد القانون المدني ويختص بالفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء العادي.

– لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد حتى يكون إداريا، فلا يكون العقد إداريا إلا إذا أبرمته بوصفها سلطة عامة، أما إذا أبرمت الإدارة عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإنها تكون عقودا مدنية تخضع لسلطات القانون المدني، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تتفرع عنها.

– يكون العقد إداريا إذا أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص وإذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص معنوي عام، ففي مثل هذه الحالة يكون الشخص وكيلا عن الإدارة ويتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها في إبرام العقد، وقد تكون هذه الوكالة ظاهرة جلية تنص عليها نصوص العقد، وتكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه[1].

[1]– د/جابر نصار، المرجع السابق، ص 33–34.

– ولا يعتبر من العقود الإدارية التي يبرمها الأشخاص حتى ولو كان موضوعها يتعلق بتنفيذ أشغال عامة أو مرفق عام طالما إن صاحب العمل قد تصرف لحسابه الخاص[1].

إذن فالمبدأ العام أن وجود الإدارة طرفا في العقد هو الذي يضفى على العقود التي تبرمها صفة الإدارية إذا توافرت الشروط الأخرى، ترتيبا على ذلك وبمفهوم المخالفة فإن العقود المبرمة بين الأفراد والهيئات الخاصة لا تعتبر بذاتها عقودا إدارية ويظل العقد المبرم بين الأشخاص عقدا خاصا حتى لو تدخلت الإدارة بعد ذلك للتوسط أو التوفيق بين أطراف العقد، فتدخل الإدارة لا يحوله إلى عقد من عقود القانون العام حتى ولو استهدفت من إجراء تدخلها تحقيق المصلحة العامة[2].

ولا يعتبر العقد إداريا رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، إلا إذا تضمن شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[3]، وقد أكدنا أهمية هذا العنصر باعتباره العنصر الحاسم في تبيان طبيعة العقد.

فتلك إذن هي العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري، ويعتمد القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر أو في الجزائر على الجمع بين الضوابط الثلاثة التقليدية بوصفها مناطا لتمييز العقد الإداري، وهي وجود شخص معنوي عام واتصال العقد بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[4].

---

[1]– د/ عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص81.

[2]– نفس المرجع السابق، ص 79.

[3]– د/ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 41.

[4]– د/ محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، الأردن، 1999، ص 65–66.

المبحث الثاني: مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

تمهيد:

نظرا لتزايد أهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في الوقت الحاضر في حسم منازعات العقود الإدارية الداخلية خاصة بعد نزول الدولة إلى مجال التجارة، وإشرافها على تنفيذ العديد من العقود ومنها العقد الإداري والذي يعد أحد الوسائل التي تلجأ إليها لإنجاز أهدافها، ولتحقيق الصالح العام، وذلك بالتعاون مع أشخاص القانون الخاص وطنية كانت أو أجنبية، فيعد التحكيم وسيلة لحسم المنازعات التي تنشأ عن تلك العقود.

وتختلف النظم القانونية في طريق معالجتها للتحكيم في العقود الإدارية من نظام لأخر، فمنها من أجاز التحكيم في العقود الإدارية ومنها من منع التحكيم في تلك العقود، والبعض علق جوازه على شرط معين.

وفي هذا المبحث سيتطرق الباحث في الدراسة لكل من المشرعين الفرنسي والمصري وموقفهما من التحكيم في العقود الإدارية وكذلك موقف المشرع الجزائري.

فالمشرع الفرنسي منع اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية كقاعدة عامة مع وجود بعض الاستثناءات التي نص عليها على سبيل الحصر، أما المشرع المصري فقد انتهى إلى إجازة التحكيم في هذه العقود بشرط موافقة الوزير المختص.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بمبدأ عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية بنص صريح بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية سنة 1996، ولم يأت قانون

الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لسنة 2008 بأحكام جديدة، بل أقر ما كان سائدا وذلك تفاديا للتفسيرات الموسعة التي كانت تحملها النصوص القانونية السابقة.

وفي ظل غياب النص التشريعي المنظم للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ثار جدل فقي وقضائي، وانقسمت الآراء بين مؤيد ومعارض حول تضمين العقود الإدارية اتفاقات تحكيم، وإمكانية التحكيم في منازعتها.

سيتعرض الباحث في هذا المبحث لهذا التعارض والخلاف على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المطلب الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعارض جانب من الفقه الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة والطرف الخاص المتعاقد معه بحجة مخالفته لسيادة الدولة، ذلك أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف ولا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص.

كما أن قيام هيئة تحكيم بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا والدولة سيستدعى بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال الدولة، وفي ذلك اعتداء وتدخل في الشؤون الداخلية للدولة، فمثل هذه القرارات ينبغي أن تصدر من محاكم الدولة وطبقا لقوانينها الوطنية[1].

وهذا الاتجاه لم يجز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، فلا تصلح هذه المنازعات لأن تكون محلا للتحكيم، ونجد تأييدا لهذا الاتجاه سواء في الفقه أو القضاء أو حتى في جانب معتبر من التشريعات القانونية للنظام اللاتيني .

الفرع الأول: موقف الفقه من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أولا: موقف الفقه المصري من مسالة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

الرأي الغالب في الفقه المصري[2] قبل صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 يذهب إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية.

ويأتي على رأس هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي، والدكتورة عزيزة الشرف حيث يرون أن التحكيم في مجال العقود الإدارية يؤدي إلى تعديل قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية لمجلس الدولة، وهذه القواعد لا يجوز تعديلها إلا بقانون مثله وليس بقرار أو بعقد[3].

---

[1]– دولة محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي– المعوقات والضمانات القانونية–، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006، ص 340.

[2]– د/ عزيزة الشرف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 35.

[3]– د/ سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 170.

ويرى الفقهاء المعارضين للتحكيم في العقود الإدارية أن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة، وقبول التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الإدارية يعد مساسا بسيادتها، خاصة وأنه قد يستبعد تطبيق القانون الوطني ويطبق قانونا أجنبيا[1].

وذهبوا إلى أن التحكيم يتعارض مع فكرة النظام العام، حيث تنص المادة 501 من قانون المرافعات- قبل إلغائها بقانون التحكيم الحالي- على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، والمادة 551 من القانون المدني المصري تنص على عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام. [2]

وحتى بعد صدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ظل جانب من أنصار هذا الإتجاه يعارض شرط التحكيم في العقود الإدارية على أساس أن المادة الأولى من هذا القانون لا تعبر عن إنصراف إرادة المشرع صراحة وعلى وجه التعيين بإجازة شرط التحكيم في العقود الإدارية، فلا بد من وجود نص صريح يجيز التحكيم في العقود الإدارية[3]، إلى أن تدخل المشرع المصري قاطعا لدابر الخلاف الفقهي بنص صريح يجيز فيه التحكيم في العقود الإدارية في قانون التحكيم الجديد رقم 9 لسنة 1997.

---

[1]- د/جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1997م، ص 59.

[2]- د/نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم الإداري في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2002، ص 64.

[3]- د/ إبراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، بدون سنة ودار نشر، ص 19.

ثانيا: موقف الفقه الجزائري من مسالة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أما في الفقه الجزائري فقد لاحظ الباحث من خلال بعض الاجتهادات والآراء الفقهية تمسك بعض الفقه الجزائري وتطابقه مع الفقه القانوني العام المعارض لجواز التحكيم في هذه المنازعات انطلاقا من فكرة القدوة و مناصرة الموقف.

ويرى الباحث أن الفقه الجزائري لم يناقش هذا الاتجاه الفقهي بعمق إنما كان بنظرة المعارضة للفكرة والمتحفظة على جوازه استنادا لحماية اختصاص القضاء الإداري وكذا حداثة التحكيم في الجزائر، وهو رأي واتجاه يراه الباحث معيبا لكونه غير مبني على أسس موضوعية وأسانيد قانونية صحيحة.

وقد استند الفقه المعارض للتحكيم لعدة حجج تبرر موقفه على النحو الآتي:

أ: تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل لقضائها

ويعتبر أصحاب هذا الرأي بأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية يؤدي إلى الاعتداء على الولاية العامة لاختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات، ويعتبر إخلالا بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة، فيجد القاضي المختص نفسه مستدلا بمحكما يختاره أطراف النزاع، وقد استند أنصار الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى المواد من 9 إلى المادة 11 من قانون مجلس الدولة الجزائري[1].

[1]– أنظر المواد من 9 الى 11 من القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 1998/5/30 التي تحدد إختصاص مجلس الدولة الجزائري، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 37، بتاريخ 1 يونيو 1998م ،الموافق ل 6 صفر 1419 هـ.

وهذا ما يفهم من أن تسوية منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري دون سواه من وسائل تسوية المنازعات الإدارية الأخرى، ومنها التحكيم [1].

وقد ذهب رأي إلى التحليل و القول بأن الاتفاق على حسم منازعات العقود الإدارية بوسائل أخرى من شأنه أن يمثل اعتداء على اختصاص القضاء الإداري، وعلى مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، فمن الضروري وجود قاضي خاص بالنسبة للإدارة يقضي في المنازعات الخاصة بها[2].

وعليه فان إجازة التحكيم ستوصل إلى السماح للقاضي العادي بأن يمارس الرقابة على قرار المحكمين في حالة الطعن عليه أو حالة بطلان إتفاق التحكيم، وبالتالي سيخرج النزاع من الاختصاص القضائي الذي يتبعه وعرض المنازعات الإدارية على القضاء العادي، لذلك فإن المكان الذي يشغله التحكيم في القانون العام الفرنسي متواضع جدا[3]، بالاضافة لاغلب انظمة القوانين اللاتينية.

ب: تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام:

يؤسس بعض الفقه الرافض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية رأيه على فكرة النظام العام، والذي يرى في التحكيم في تلك المنازعات إخلالا بها[4].

---

[1]– د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 73.

[2]– د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، مصر،2004، ص 124-125.

[3]– نفس المرجع، ص 125.

[4]– د/ يسرى محمد العطار، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت، بدون ناشر وسنة نشر، ص 10.

إضافة إلى أن أنصار هذا الرأي قد ذهبوا في استنادهم إلى فكرة النظام العام كأساس لرفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية، إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تتعلق بالنظام العام، ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص جهات القضاء الاداري بنظر منازعات العقود الإدارية، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلا[1].

ج : أهمية الأشخاص المعنوية العامة مقيدة بما يمنحه القانون لها

إن الإدارة كأحد الأشخاص القانون العمومي تتمتع بأهلية محددة ينظمها ويقررها القانون فإذا ما قرر لها حق الالتجاء إلى التحكيم في منازعاتها العقدية جاز لها اللجوء إليه، وإذا حجب عنها هذا الحق ظلت مقيدة بحدود أهليتها التي خصها بها القانون[2].

د: اصطدام التحكيم بالأسس والمبادئ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري

وعليه فإن أعمال التحكيم في مجال العقود الإدارية يؤدي إلى انهيار النظرية التي تقوم عليها هذه العقود برمتها[3] لأن التحكيم لن يعترف بحق الدولة في الإشراف على تنفيذ العقد ومتابعته، ونفي حقها في إمكان إدخال تعديلات من جانب واحد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا

---

[1]– د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص 192.

[2]– المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق ، ص 139.

[3]– د/ جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص 9 .

بحقها في توقيع جزاءات في حال إخلال المتعاقد معها بأحد التزاماته الأساسية، أو حتى دون إخلال من جانبه وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة إنهاء العقد[1].

هـ: انطواء التحكيم على إمكانية خلافة أحد الطرفين للآخر في حقوقه والتزاماته

انطواء التحكيم على إمكانية خلافة أحد الطرفين للآخر في الحقوق والالتزامات وصعوبة ذلك في حالة ما إذا كان الخلف هو شخص من أشخاص القانون العام ويخلف شخصا من أشخاص القانون الخاص[2]

الفرع الثاني: موقف القضاء

أولا: موقف القضاء الفرنسي من مسالة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعتبر مجلس الدولة الفرنسي رائد الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد قضى في أكثر من حكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية، مستندا في ذلك إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة 1806 في المادتين (83)، و(1004) منه والتي أصبحت بمقتضى القانون الصادر في 5 جوان 1972 تشكل المادة (2060) من القانون المدني، والتي كانت تقضي بأنه يحظر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، ويجب إبلاغ النيابة العامة

---

[1]– د/ جورجي شفيق ساري، مدى جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1999م ، 123.

[2]– نفس المرجع، ص 112.

بشأن تلك المنازعات[1]، واعتبر هذا الخطر متعلقا بالنظام العام لا يمكن مخالفته، وأن الأصل في القانون العام الفرنسي هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم بواسطة الأشخاص العامة، وهو مبدأ من المبادئ المستقر عليها في القانون الفرنسي، فقد شمل موقف مجلس الدولة هذا كافة المنازعات التي تتعلق بمرفق عام حتى وإن لم تكن من طبيعة إدارية[2]، وسواء تعلق الأمر بشرط تحكيم منصوص عليه في صلب العقد ذاته يقضي بحل أي نزاع ينشأ بمناسبة تنفيذه بواسطة التحكيم، أو تعلق الأمر بمشارطة تحكيم يتفق من خلالها الطرفان على حسم النزاع الذي ثار بينهما في مرحلة لاحقة على إبرام العقد بواسطة التحكيم، واعتبر مجلس الدولة ذلك من المبادئ القانونية العامة التي تلتزم بها جهة الإدارة دون حاجة لوجود نص تشريعي صريح يقررها، ويترتب على عدم مشروعية لجوء الإدارة للتحكيم في نزاع إداري معين أن هذا النزاع يظل من اختصاص القضاء الإداري.

كذلك قضى ببطلان شرط التحكيم في عقود الأشغال العامة، وذهب إلى القول بأن الأصل هو أن شرط التحكيم باطل إلا إذا نص على غير ذلك في نص تشريعي، وأنه في هذه الحالة لا يوجد نص يسمح للموقعين على العقد بالاتفاق على مثل هذا الشرط في ذلك العقد، وعلى ذلك فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على هذا المبدأ وأصبح يعتبره من المبادئ العامة

---

[1]– إبراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات العقود الإدارية، بحث منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة المصرية، العدد الثاني، لسنة 1997، ص 4 وما بعدها.

[2]– د/ يسري العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002م، ص 33.

للقانون العام الفرنسي ويرتب على مخالفته بطلان شرط أو مشارطة التحكيم بطلانا مطلقا لتعلق هذا الخطر بالنظام العام[1].

وبالنسبة للقضاء العادي الفرنسي نجد أنه يذهب إلى النقيض مما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي(الذي يحظر على الدولة والأشخاص القانونية العامة اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تكون طرفا فيها إلا بشرط أن يكون لديها ترخيص أو إذن بذلك أو بناء على قانون) وعلى رأسه محكمة النقض إلى أن الأشخاص العامة تستطيع أن تتفق على التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي حتى مع غياب اتفاق دولي أو قانون يجيز أو يرخص لها بذلك، وعليه قصر نطاق تطبيق مبدأ حظر لجوء هذه الأشخاص إلى التحكيم على المنازعات الوطنية وحدها[2].

ثانيا: موقف القضاء المصري واللبناني من مسالة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فقد رفض في بعض أحكامه لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، تأسيسا على أن محاكم الدولة تختص وحدها دون غيرها بالفصل في منازعات العقود الإدارية، ثم جاء قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 الذي صدر أساسا ليعالج منازعات المسائل المدنية والتجارية بالتحكيم[3].

---

[1]– د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق جامعة حلوان، سنة 2000، ص 15.

[2]– د/ جورجي شفيق ساري، مرجع سابق، ص 136.

[3]– نفس المرجع، ص 147.

وبالنسبة للقضاء الإداري اللبناني فانه لا يسمح بالتحكيم للأشخاص المعنوية كونه من الحق العام إلا في حالتين:- الحالة الأولى: عند وجود نص تشريعي يسمح بإجراء التحكيم، والحالة الثانية:

أن اللجوء إلى التحكيم لا يمكن أن يصدر عن بند تحكيمي (شرط) بل عن عقد تحكيمي (مشارطة)" [1]، كما ذهب أيضا في تقريره الصادر في قضية الهاتف الخلوي بين الدولة وبين شركة فرانس تلكوم انترناشيونال (F.T.M.L)، في قضية الهاتف الخلوي أيضا بين الدولة وبين شركة ليبانسل، من خلال القرارين الصادرين رقم (638 و2001/639)، إلى عدم جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لمخالفته لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام[2].

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من مسالة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، فإن الاجتهاد القضائي المتعلق بالتحكيم عموما وبأهلية الدولة والمؤسسات العمومية لطلب التحكيم في الجزائر نادر جدا لا تمكننا من فهم موقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية[3].

---

[1]- قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم (23) صادر في 1988/02/01، أشار إليه أ.د/ محيي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، سلسة إصدارات المركز اليمني للتحكيم والتوفيق، الطبعة الأولى 2003م، ص 97.

[2]- أ.د/ سامي بديع منصور، نظرة في التحكيم الدولي، بحث منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السابع عشر، لسنة 2001م، ص 11 وما بعدها.

[3]- من هذه الأسباب نذكر ما يأتي:

- حداثة وفتوة التحكيم في الجزائر
- ما يتميز به التحكيم من سرية
- قلة المعالجات الفقهية والقضائية للأحكام القضائية المتصلة بموضوع التحكيم للعقود الإدارية .

لكن ما يجب تأكيده أنه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08 فإن القانون نص صراحة في المادة 975 على عدم أهلية الأشخاص العامة لطلب التحكيم الداخلي وبهذا يكون قد سد باب الجدل الفقهي وحتى القضائي، فلا اجتهاد مع النص، ويرى الباحث أنه كان من الأحسن على المشرع الوطني أن ينص على جواز التحكيم الداخلي في بعض أنواع العقود كعقود التوريد، لخلق مرونة في التشريع، وتشجيعا لفض المنازعات بسرعة وبأقصر الطرق.

الفرع الثالث: موقف التشريع

أولا: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

أقر المشرع الفرنسي – ومنذ زمن بعيد– التحكيم كوسيلة لحل المنازعات واعتبره الوسيلة الأكثر معقولية لحل المنازعات بين المواطنين إلا أنه وفيما يخص المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها– ومن بينها منازعات العقود الإدارية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، أن يكون بنص تشريعي صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم لحسم نوع معين من أنواع هذه المنازعات.

وعليه سنتناول أولا: الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية، ثم نتطرق إلى الاستثناءات التشريعية على هذا الخطر.

أ- الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية:

مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية من المبادئ القديمة في النظام الفرنسي حيث أقام المشرع الفرنسي هذا المبدأ بواسطة المادتين 83 و1004 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر في عام 1806[1].

ويعتبر القضاء الفرنسي هذه المادة 1004 الأساس التشريعي لمبدأ حظر التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، فهي تتضمن النص على عدم جواز إبرام اتفاقيات تحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة، وحضورها في الدعوى.

وقد ذهب غالبية الفقه، إلى أن الحظر لا يشمل الأشخاص الاعتبارية العامة الصناعية والتجارية، وإنما مقصور على الأشخاص الإدارية[2].

وإستمر تطبيق هاتين المادتين إلى أن أكد المشرع على مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية بشكل صريح في القانون المدني الصادر بموجب قانون 1972/06/26، والذي ألغى المادة 1004، وأحل محلها المادة 2060 التي تنص على انه " لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في مسائل الحالة المدنية وأهلية الأشخاص، وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي، وكذلك في شأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة، بوجه عام في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام".

---

[1]- د/ أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الاول، يناير 1998، ص 222.

[2]- د/ باسمة لطفي باديس، شروط اتفاق التحكيم ولآثاره، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 65.

وتم استثناء المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري من نطاق الحظر حرصا منه على تمكينها من أداء دورها بصورة أكثر كفاءة، فنص صراحة في الفقرة الثانية المضافة إلى المادة 2060 من القانون المدني، وبموجب القانون 596 الصادر في 9 يوليو 1975 أجاز لجوء هذه المؤسسات إلى التحكيم، على أن يكون ذلك بموجب مشارطة تحكيم وليس شرط تحكيم فالقاعدة العامة التي وضعتها هذه النصوص هي منع الأشخاص الاعتبارية للقانون العام من الاتفاق على التحكيم، ولا يمكن أن يكون هناك استثناء على هذه القاعدة العامة إلا بناء على قانون.

" Sauf une loi peut apporter une exception à cette interdiction "

ومن ذلك مثلا: المادة 25 من القانون الصادر في 30 ديسمبر 1982 والخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية La société nationale des chemins de fer

أيضا المادة 28 من القانون الصادر في 2 يوليو 1990 والخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية La poste et France Télécom[1].

ب- الاستثناءات التشريعية الواردة على مبدأ الحظر:

دعت الضرورات العملية المشرع الفرنسي إلى تقرير استثناءات عديدة على مبدأ حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام للتحكيم، وتتصل معظم المنازعات التي أجاز المشرع

[1]- د/ جورج شفيق ساري، مرجع سابق، ص 157-158.

للأشخاص القانونية العامة الإتفاق على حسمها بواسطة التحكيم، بالعقود التي تبرمها هذه الأشخاص[1].

وإن تطور الأخذ بنظام التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا سواء كان ذلك في صورة شرط أو مشارطة يؤكد حرص المشرع الفرنسي تجاه الأخذ بالتحكيم، وحساسية القضاء الإداري في تطبيق النصوص التشريعية التي تقرر ذلك.

ثانيا- موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية:

تبنت الجزائر موقفا سياسيا وايدولوجيا معارضا للتحكيم بشكل عام متأثرة في ذلك بجملة من العوامل التاريخية، وقد انعكس على موقف المشرع من التحكيم في عقود الدولة.

وظهر ذلك جليا بنص قانوني واضح يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ولا يجيزه في منازعات العقود الإدارية الداخلية، وذلك بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري السابق، وعاد المشرع لتأكيد هذا الإتجاه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المعدل في نص المادة 1006، أو بسكوت المشرع في أحيان أخرى أو إحالة أطراف النزاع إلى القضاء أو المصالحة.

ومحاولة منا لفهم فلسفة المشرع الجزائري وموقفه سنحاول تتبع وتحليل بعض النصوص القانونية الخاصة المتعلقة بهذا الموضوع وفقا لتطوراتها التاريخية.

---

[1]- د/ أنور احمد رسلان، المرجع السابق، ص 223.

و بتتبعنا لبعض القوانين والمراسيم نجد أن المشرع الجزائري يأخذ بنفس الموقف الرافض للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية، وتتمثل هذه النصوص القانونية في مايلي:

1- قانون الإستثمارات:

أمر رقم 284/66 الصادر في 15 سبتمبر 1966[1]: حيث لا يشير إلى قبول إجراء التحكيم وكذلك قانون الإستثمارات السابق الصادر في 27 جويلية 1963.

2- قانون الصفقات العمومية وتعديلاته المختلفة:

أ) المرسوم 82-145 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 13 ابريل 1982 ،في مادته رقم 55 أشار إلى ضرورة تحديد القانون المطبق، كذلك المادة 104 منه التي أشارت إلى تسوية الخلافات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل[2].

ب) المرسوم 91-434 الصادر بتاريخ 9 نوفمبر 1991[3]، والذي نص في المادة 2 على أنه: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارة والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمسماة أدناه (المصلحة المتعاقدة)"، والمادة 51 من هذا المرسوم تأخذ نفس موقف المادة 55 من مرسوم 1982.

---

[1]- الأمر رقم 284/66 الصادر في الجريدة الرسمية، عدد80، بتاريخ 15 سبتمبر 1966.

[2]- د/ معاشو عمار، النظام القانوني للمفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 125.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 434/91 الصادر في الجريدة الرسمية، عدد57، بتاريخ 13 نوفمبر 1991.

ج) المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002[1]، إلا أن المشرع الجزائري احتفظ فيه بنفس التوجه العام.

د) المرسوم الرئاسي رقم15-247 [2]، من خلال المادة 153، حيث نصت على أن تسوى النزعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها

3- **القانون رقم 86-14[3] المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات وإستغلالها ونقلها بالأنابيب:**

الصادر بتاريخ 19 أوت 1986 نص على نفس المبدأ حيث تنص المادة 63 منه على أنه: " تخضع الإعتراضات والمنازعات الناجمة عن تطبيق هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه للجهات القضائية الجزائرية طبقا للتشريع المعمول به، غير أنه يمكن أن ترفع الإعتراضات والمنازعات المتعلقة بالإشتراك في مجال المحروقات مقدما إلى لجنة التوفيق طبقا للتشريع المعمول به".

من خلال استقراء النصوص القانونية، سواء في قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 08-09، وكذلك النصوص القانونية ذات الصلة نجد أن المشرع الجزائري تبنى قاعدة عدم جواز طلب التحكيم من قبل الأشخاص الاعتبارية العامة داخليا، وعدم جواز إدراج شرط التحكيم في عقود الإدارة الداخلية.

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 52، بتاريخ 28 يوليو 2002 .

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 52، بتاريخ 28 يوليو 2002 .

[3]- القانون رقم 86-14، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 35، بتاريخ 27 أغسطس 1986 .

وقد استثنى المشرع من هذا الحظر المؤسسات العامة الصناعية والتجارية[1] لما تتميز به من صبغة اقتصادية، ويصعب فهم غير ذلك، ولا يجوز تحميل النصوص القانونية ما لا تطبق بالتفسيرات الموسعة[2]، فالواقع أن قبول الدولة الالتجاء للتحكيم لا يفترض، بل يجب أن يبنى على إرادة صريحة مكتوبة لا تحتمل الشك.

والباحث يلاحظ أن المشرع قد توسع كثيرا في رفض التحكيم في العقود الادارية الداخلية، فكان من الأجدى أن يكون هناك نوع من المرونة في قبوله في بعض المجالات وليس حضره تماما وهذا بهدف كسب ثقة المتعاملين الاقتصاديين، حتى ولو كانوا وطنيين وإعطائهم جانب من الثقة من خلال سهولة التعاقد وتسوية النزاعات الناشئة، اقتداء بالدول الانجلوسكسونية الاوروبية.

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

على النقيض من الاتجاه السابق ذهب اتجاه آخر إلى إجازة الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد وجد هذا الاتجاه تأييدا من الفقه والقضاء في مواجهة الاتجاه الآخر.

وفيما يلي نعرض لموقف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في فرع أول، ثم موقف القضاء في فرع ثان.

---

[1]–عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 16.

[2]– إبراهيم أحمد إبراهيم، تشريعات التحكيم الحديثة في العالم العربي، أبحاث الدورة التاسعة لتأهيل المحكمين العرب، بعنوان" التطورات العالمية المعاصرة في التحكيم التي تنظمها الغرفة العربية للتوفيق، مصر، أبريل 2008. ص 1.

الفرع الأول: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

ذهب أغلب الفقه إلى تأكيد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فقد ذهب البعض إلى القول بأنه لا يوجد تعارض ما بين التحكيم والاختصاص الأصيل للقضاء، فهيئة التحكيم تلتزم بناء على ما يقضي به قانون المرافعات من احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها الدعاوى أمام القضاء، ولا يجوز لها مخالفة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

ويرى الباحث أنه لا يوجد تبرير لحظر أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم إلا التبرير المعنوي (النفسي) الذي يقوم على فكرتي القدوة وسمو الشخص العام، فيجب أن تكون الدولة قدوة للأفراد فلا تتنصل من الخضوع لرقابة القضاة الذين قامت بتعيينهم للفصل في المنازعات.

وقد اتجه الفقه المصري إلى تأييد إمكان لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود الإدارية، وسلامة شرط أو مشارطة التحكيم فيها، واستند في ذلك إلى القواعد المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 في المواد (501) وما يليها[1]، فقد أجازت الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، شأنه شأن الصلح لا يشكل مساسا باختصاص المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، فنص تلك المواد جاء عاما غير محددا، وما إذا كان يسري على

[1]– تنص المادة (501) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 على انه" يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين..، ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة...، ويجب ان يحدد النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضون بالصلح، وإلا كان التحكيم باطلا...، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم إلا لمن له حق التصرف في حقوقه".

العقود الإدارية أو المدنية، وإن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يخصص، فمن ثم يجوز التحكيم في هذه العقود.

وبصدور القانون رقم (27) لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، إلا أنه لم يأت بنص صريح يجيز التحكيم في العقود الإدارية، فقد ورد في نص المادة الأولى منه على أنه" تسري أحكام هذا القانون على التحكيم بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع..."، فقد ذهب البعض[1]، في تفسيره لنص هذه المادة إلى إجازة التحكيم في العقود الإدارية بالاستناد على أن القاعدة الأصولية تقضي بأن" العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص "، وأنه " لا اجتهاد مع وضوح النص".

الفرع الثاني: موقف القضاء المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

أولا: القضاء الفرنسي

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى التخفيف من حدة المبدأ الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في حظر لجوء الدولة والأشخاص القانونية العامة من اللجوء إلى التحكيم، وقصرت نطاق حظر اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية إلا بنص تشريعي

[1]– د/ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون (27) لسنة 1994، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996، ص 148،

أ.د/ أنور محمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 236.

يسمح بذلك، واعترفت بمشروعية اتفاق التحكيم التي تبرمه هذه الأشخاص لحسم منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي[1]. سنبين ذلك مفصلا لاحقا.

أولا: القضاء المصري والسوري

أما بالنسبة للقضاء المصري، فقد أقرت محكمة القضاء الإداري جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية– قبل صدور التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994– في حكمها الصادر بتاريخ 18/5/1986 [2]، في الدعوى المرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق وآخرين.

أما القضاء الإداري السوري فقد اقر التحكيم في العقود الإدارية، من خلال ما ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها رقم (21) أساس (109) لسنة 1971 إلى أن " شرط التحكيم في العقود الإدارية هو كغيره من الشروط العقدية الأخرى التي تعتبر ملزمة للطرفين تأسيسا على أن العقد الإداري لا يخرج عن كونه عقدا بالمعنى القانوني الدقيق، أي يعتبر توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وليس في خصائص العقد الإداري ما يمكن أن يؤدي إلى إهدار القوة الملزمة لأي شرط من الشروط التعاقدية[3]"، ويرى الباحث أن القضاء السوري قد أصاب في تبريره لإجازة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها رقم (132) أساس (398) لسنة 1972 بأن:– التحكيم ولاية استثنائية شرعها قانون أصول المحاكمات المدنية لحل الخلافات،

---

[1]– د/ يسرى العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص 106،107.

[2]– حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1986/05/18 بالدعوى رقم (486)، لسنة 39 قضائية.

[3]– د/ عبد الهادي عباس، التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن، دار الأنصار، سوريا، سنة 1995م، ص 27–28.

وهي ترفع يد القضاء عن النظر فيها إذا أناطت إحدى مواد العقد بلجنة التحكيم فصل جميع الخلافات التي تثور بين الإدارة والمتعهد حول تنفيذ العقد، فلا يسوغ من أحد الطرفين التنصل من أحكام هذه المشارطة"[1].

الفرع الثالث: موقف التشريع

أجازت النصوص التشريعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ولكن هناك اختلاف في طريقة معالجة المشرع لهذا الموضوع من نظام قانوني إلى آخر.

أولا: المشرع الفرنسي

أصدر المشرع الفرنسي العديد من التشريعات أجاز بواسطتها للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في بعض صور العقود الإدارية، وأهم هذه التشريعات ما يأتي:

(1)- قانون 15 يوليو 1982 [2]:

سمح هذا القانون للمؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود الأبحاث العلمية مع الهيئات الأجنبية.

(2)- قانون 12 يوليو 1999[3]: أجاز هذا القانون للمؤسسات التي تساهم في التعليم العالي بالابتكار والبحث العلمي باللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية.

---

[1]- د/ باسمة لطفي الدبّاس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة، سنة 2005، ص 196.

[2]- د/ أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2001م، ص 355.

[3]- د/ يسرى العصّار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، المرجع السابق، ص 105.

ثانيا: المشرع المصري وبعض التشريعات العربية

أما بالنسبة لمصر فقد نظّم وأجاز المشرع المصري التحكيم في العقود الإدارية تنظيما كليا بالقانون رقم (27) لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية والمعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997، وكذا صدور القانون رقم (89) لسنة 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات.

أما في النظام القانوني المغربي، فبعد صدور القانون رقم 08/05 وبإلقاء نظرة خاطفة على مقتضيات هذا القانون، وخاصة في جانبه المتعلق بموضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية، يستطيع الباحث أن يقول و بكل اطمئنان أن المشرع المغربي خطا خطوات شجاعة في إقرار التحكيم المذكور، متجاوزا مختلف الانتقادات الموجهة لمختلف التشريعات المقارنة العربية وغير العربية.

وقد لاحظ كثير من الباحثين على المشرع الفرنسي أن حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام الاختصاص القضائي بشكل عام، لأن إجازته والحال ما ذكر، ستؤدي إلى الرقابة على القرار الهيئة التحكمية من طرف القاضي العادي عند الطعن في بطلان اتفاق التحكيم، مما دفع ببعضهم إلى القول بوجوب تعديل الاختصاص المتعلق بالطعن في أحكام المحكمين، وجعل القضاء الإداري هو المختص بدلا من القضاء العادي، كلما كان

التحكيم منصبا على نزاع إداري، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج بخرق مبدأ فصل السلطات لحظر التحكيم في المنازعات الإدارية [1].

وتتضمن بعض التشريعات العربية الأخرى أحكاما مماثلة تجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاقات التحكيم، فبالنسبة للمملكة العربية السعودية قد نصت المادة (3) من المرسوم رقم (46/2) بتاريخ 1403/7/12هـ الموافق أبريل 1983[2] على أنه: لا يجوز للجهات الحكومية للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء..."، والواضح من النص أن جواز التجاء الجهات الحكومية للتحكيم يكون بموافقة رئيس مجلس الوزراء ويشمل التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

المبحث الثالث: مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

تمهيد:

إن الدولة يتحدد دورها بشكل آخر في التجارة الدولية، من خلال مشاركتها المباشرة في أشكال جديدة من العقود مما جعلها منافسا قويا للأفراد والشركات الكبرى العملاقة، ومع إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، أصبحت عقود الدولة تمثل جزءا أساسيا من الاقتصاد العالمي، الأمر الذي أعطى لها منظورا جديد.[3]

---

[1]– نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002م، ص 124.

[2]– نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (46/2) تاريخ 1403/7/12 هـ .

[3]– د/ أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 293.

وفي ظل تجديد وتوسع دور الدولة، تجددت المشاكل القانونية الخاصة بعقودها في التجارة الدولية، والتي يعنينا منها في هذه الدراسة تلك التي تتعلق بالتحكيم الوارد بشأن عقودها الإدارية.

ولقد تأكدت في السنوات الأخيرة أهمية الدور الذي يؤديه التحكيم بإعتباره وسيلة أساسية لحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، فنظرا لزيادة تدخل الدولة في مجال التنمية الاقتصادية، وإبرامها لكثير من العقود مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة من رعايا الدول الأخرى، وما قد ينشأ عن هذه العقود من منازعات، هذا فضلا عن صعوبة قبول الدولة خضوعها لقضاء دوله أخرى لحسم هذه المنازعات، أصبح التحكيم الإداري هو الوسيلة المثلى للفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية، بل يرى الباحث ومن خلال الواقع العملي أن الدور الذي يلعبه التحكيم في هذه العقود أكثر خطورة من دوره في نطاق العقود الإدارية الداخلية.

ويّعد التحكيم وسيلة أساسية لفض منازعات تلك العقود كبديل لقبول الدولة الخضوع لاختصاص قضاء دولة أخرى، وبناءً على ذلك فقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية تنظم التحكيم في منازعات تلك العقود، ويستند إليها المشرع الوطني في إقراره للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي[1].

هذا ما يستلزم منا في بداية الأمر إلقاء الضوء على تحديد مفهوم العقد الإداري الدولي ومبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعاته من خلال المطلب الأول، ثم في المطلب الثاني

[1]– يطلق بعض الفقهاء القانونيين على هذه العقود مصطلح" عقود الدولة". د/حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2007، ص 11، وآخرون مصطلح " عقود الإدارة الدولية" ، د/ حمدي علي عكر، التحكيم في عقود الإدارة"، المرجع السابق، ص 5.

موقف التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بعدها في المطلب الثالث نتطرق موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

المطلب الأول: ماهية العقد الإداري الدولي ومبررات التحكيم في منازعاته

بما أن هذا النوع من العقود له خصوصية تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى ولكونه متعلق بموضوع دراستنا فان الأمر يتطلب منا الإلمام بماهيته ومبررات التحكيم فيه.

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري ذي الطابع الدولي

إن حداثة مشكلة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب تاريخيا، لكون إرتباط ظهورها كمشكلة قانونية خصوصا بحركة تأميم الدول لشركات البترول الأجنبية وإنتهاء عقودها، إلا أن الفقه قد إهتم بها إهتماما كبيرا وخاصة الفقه الغربي، على عكس فقه دول العالم الثالث بصفة عامة والعالم بصفة خاصة. [1]

والعقد الإداري الدولي هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك.[2]

(1)– د/محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، 2000، ص 10.

(2)– د/ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996، ص 37.

فالعقد الإداري الدولي هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما ويتعلق بمرفق عام، وتظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام، من خلال انطواء العقد على شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية، وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بإحتوائه على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة.[1]

ويمكن أن نعرف العقد الذي تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى التابعة لها مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره وباستخدام وسائل القانون العام ويهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، ومن هذه العقود تلك المتعلقة باستغلال الموارد الطبيعية (كعقود البترول والغاز)، والتي تتميز بطول مدتها الزمنية وعقود الإنشاءات والمقاولاتية، والتي تتطلب مساعدات وخبرات فنية عالية المستوى، وقدرات مالية ضخمة لا تقدر على تحملها الدولة أو احد الأشخاص القانون العام أو الخاص الوطنية، وتخضع هذه العقود للقانون الإداري للدولة المضيفة للاستثمار، ويترتب على هذا العقود انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود على أساس اتصاله بمصالح التجارة الدولية.

(1)– د/ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 108.

أ / المعيار المميز للعقد الإداري الدولي:

يتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياران أولهما قانوني والثاني إقتصادي.

1/ المعيار القانوني:

وفقا لهذا المعيار يعد العقد الإداري دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على إتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، أي أنه ارتبط بقواعد قانونية صادرة من عدة دول.[1]

وتتحدد دولية العقد وفقا لهذا المعيار بناء على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية الملابسة له، وليس واحدا منها فقط، على أن تتطرق الدولية إلى أحد العناصر المؤثرة في العقد[2]، ومن ثم العقد يكتسب الصفة الدولية متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر في العلاقة العقدية والعكس صحيح.[3]

2/ المعيار الاقتصادي: [4]

مفاده أن العقد يعد دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية، بمعنى إحتوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، فيرتب عليه إنتقال حركة الأموال والخدمات بين الدول.

---

[1]– د/ علاء محي الدين أبو أحمد، مناعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 80 ومايليها.

[2]– د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص 130–131.

[3]– د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر،1995، ص68.

[4]– د/ قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار الهومة– الجزائر، ط2، 2006، ص 225–226.

وقد ذهب البعض إلى أفضلية إستعمال المعيارين بالتناوب[1]، بمعنى استعمال المعيار المتوفر في ظروف القضية قانونيا كان أم إقتصاديا حتى يؤدي إلى مفهوم واسع لدولية العقد.

ب / خصائص العقود الإدارية ذات الطابع الدولي:

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

1. تبرم هذه العقود بإسم الدولة، إما عن طريق رئيس الدولة أو رئيس الحكومة، أو من له صفة إبرام العقود باسم الدولة التي ينتمي إليها – من جانب– وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص.

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

3. أن تتعلق هذه العقود بإستغلال الثروات الطبيعية للدولة، أو تتعلق بالملكية العامة وبإدارة أو إنشاء المرافق العامة للدولة ومشروعات البنية الأساسية كمترو الأنفاق، سدود جسور....الخ

---

[1]– يسميه بعض الفقه بالمعيار المختلط: يجمع بين المعيارين القانوني والإقتصادي في معيار واحد، فيستلزم توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية مع تعلقها في نفس الوقت بمصالح التجارة الدولية، د/ علاء محي الدين أبو احمد، مرجع سابق، ص 82.

4. تتسم هذه العقود– عادة– بطول مدتها، فهي لا تنصب على عملية واحدة كعملية شراء قطعة أرض أو بناء سفينة مثلا، وإنما تتعلق بإستغلال الموارد الطبيعية في خلال فترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد.

5. تخضع هذه العقود لبعض قواعد القانون الخاص مثل: مراعاة التوازن المالي لعقد، والقوة القاهرة وشرط مراجعة الأسعار لكي تتوائم مع التطور التكنولوجي المحتمل لاسيما عقود البترول. [1]

6. يتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بمزايا مختلفة مثل: الإعفاء من الضرائب او بعضها، وتخفيض رسوم الجمارك أو تثبيت الضرائب الداخلية والجمركية، وبالمقابل فإن هناك مخاطر يتعرض لها الطرف الأجنبي في علاقته بالدولة المتعاقدة معه، تنتج بسبب ما تتمتع به الدولة من سيادة وسلطات واسعة تجاهه. [2]

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

---

[1]– د/ علاء محي الدين أبو احمد، نفس المرجع، ص 46.

[2]– د/ عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الإستثمار، مجلة التحكيم والقانون، مركز زاد عادل الخير للقانون والتحكيم، الجزء 2، مصر، سنة 1997، ص 63.

ج/ الطبيعة القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي:

لقد إختلف الرأي حول الطبيعية القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي، فهناك إتجاه يرى بأن هذا العقد هو عقد إداري، فيما ذهب اتجاه آخر إلى أنه عقد دولي جديد ذو طبيعة خاصة.

الاتجاه الأول: يرى بأن العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة هو" عقدا إداريا" وذلك بسبب توافر العناصر المميزة للعقد الإداري فيه، حيث أن أحد أطراف العقد تكون الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة، ويتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام، ويتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[1]

الاتجاه الثاني:

يرى أن هذا العقد ليس عقد إداري، وإنما هو عقد دولي ذو طبيعة خاصة جديدة، حيث أنه وإن كان احد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه، وإتصاله بنشاط مرفق عام إلا أنه يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية، يؤدي إلى إخراجه من نطاق العقود الإدارية.[2]

-أن هذه العقود ذات الطابع الدولي تتضمن عدة شروط تجعلها تخرج عن طائفة العقود الإدارية مثل شرط الثبات التشريعي، وشرط ثبات العقد وشرط التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام العقد وغيرها من الشروط.

---

[1]- د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 45.

[2]- د/ عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، المرجع السابق، ص 64.

-إن القانون الإداري يعمل على جذب عقود الدولة ذات الطابع الدولي إلى دائرة القانون العام، إلا أن متطلبات التجارة الدولية تسعى إلى تدويل هذه العقود وخصخصتها لكي تتواءم مع مصالح الأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة.[1]

والباحث يميل إلى ترجيح الإتجاه الثاني، حيث أن هناك تحول في الطبيعية القانونية لعقود الدولة، من عقود إدارية إلى عقود مختلطة بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص وذلك بسبب وجود الشروط الجديدة والتي تخرج عن نظرية العقود الإدارية، وساعد على ذلك الوضع الاقتصادي الصعب للدول النامية، وأمام رغبتها بالقيام بالعديد من مشروعات البنية الأساسية وعدم قدرتها على التمويل اللازم، اتجهت إلى الأشخاص الخاصة أجنبية التي عملت على فرض شروطها، وهذا أدى إلى تحول كبير في نظرية العقود الإدارية.

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

تتعدد مبررات التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المحتمل قيامها بصدد تنفيذ أو تفسير هذه العقود على النحو الآتي:

1- خوف المستثمر الأجنبي من حياد القضاء الوطني، وتحيزه للدولة التابع لها في حال

[1]- د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2000، ص 77.

عرض عليه نزاع بمناسبة عقد متصل بالتنمية الاقتصادية أو الإجتماعية وبسيادة الدولة[1]، وعدم قبولهم الخضوع لقضاء ونظام قانوني مختلف عن ذلك السائد في دولتهم، وذلك كون الدولة مجرد طرف متعاقد في العقد الذي تبرمه بينها وبين الطرف الأجنبي، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها، والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، الإخلال أيضا بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية والتي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشأته[2].

ويفرض وجود الطرف الأجنبي في العقد الإداري تغيير مسلك الإدارة في أسلوب تسوية النزاع، فإذا كانت الإدارة قد إعتادت على حسم منازعاتها الداخلية أمام القضاء الوطني، فإن الطرف الأجنبي يساوره الشك دائما في حياد هذا القضاء، أو على الأقل في بطء إجراءات التقاضي أمامه مما يكون سببا مباشرا في تعطيل مصالحه، الأمر الذي يتمسك معه بأن يرد شرط التحكيم ضمن شروط العقد الإداري، حتى إذا ما أثير نزاع بينه وبين الإدارة في المستقبل ليطمئن إلى أنها لن تكون خصما وحكما في آن واحد "، لذلك كان شرط التحكيم يمثل بالنسبة له مسألة يتوقف عليها التعاقد برمته[3]، ولدرء هذا الخوف والخطر القائم في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لن يكون إلا بسلب الاختصاص منه، ومنحه إلى جهة محايدة هي جهة التحكيم، فهو الهدف الذي يتمسك به الطرف الأجنبي مع الدولة ويصر عليه ولو على حساب

---

[1]– د/ غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 2004م، ص281.

[2]– د/ حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص 6.

[3]– د/ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 370–371.

عدم إتمام التعاقد[1]، والاتجاه الحديث يميل إلى النفاذ من الحصانة التي تتمتع بها الدولة على نحو يؤدي إلى عدم إستفادة الدولة منها، إلا في الأحوال التي يكون التصرف الصادر عنها تصرف سيادي إستخدمت فيه مميزاتها كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام.

من هنا ولدرء الأخطار الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها القضائية حرص المستثمر صاحب المشروعات المتعاقدة مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها، على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما لتفادي الأخطار الناجمة عن طبيعة شخص الطرف المتعاقد معه لكونه دولة تتمتع بالسيادة [2].

2- تمسك الدولة بالسيادة مع إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني وإعمال الحصانة القضائية، وهذا ما دفع كثير من الدول إلى أن تضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم [3].

---

[1]- د/جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 1995م، ص 12.

[2]- د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 8-9.

[3]- من القوانين العربية المقارنة التي كرست مبدأ التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار نذكر:

** قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 ، والذي عدل بموجب القانون رقم (13) لسنة 2004 الذي أضاف بابا إلى القانون رقم (8) لسنة 1997 لتيسير الإجراءات (نشر في الجريدة الرسمية في العدد (17) إبريل سنة 2004م.

** قانون تشجيع الاستثمار الأردني (16) لسنة 1995 (المادة 33 منه) منشور بالجريدة الرسمية العدد (4075) الصادر بتاريخ 1995/10/16، وعدل بالقانون رقم (13) لسنة 2000 المنشور الجريدة الرسمية في العدد (4423) بتاريخ 2000/4/2.

** قانون الاستثمار اللبناني رقم (36) الصادر بتاريخ 2001/8/16 (المادة 18 منه)، منشور في الجريدة الرسمية العدد (41) بتاريخ 18/8/ 2001.

وقد قام المشرع الجزائري بدوره بتضمين القانون العام للاستثمار مجموعة من الحوافز والضمانات وعناصر الثقة، ما يهيئ مناخا اقتصاديا آمنا مريحا لرؤوس الأموال الوافدة والتي من أهمها مايلي:

- حرية الاستثمار وحرية اختيار الشكل القانوني للشركة ونوع النشاط ومكان إقامة المشروع.
- صنع الحوافز المالية والجبائية والإعفاءات من الرسوم الجمركية.
- حرية اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة وقوع نزاع بين المستثمر والدولة.

ويرى الباحث أن الدول قد تقبل هذا الشرط على مضض، رغبة منها في الاستحواذ على الإستثمارات الأجنبية، التي أصبح إستقطابها في العصر الحالي يحظى بمنافسة واسعة بين كافة دول العالم.

3. عززت ضرورات التجارة الدولية التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية المتصلة بها، والذي يشكل وسيلة مثلى لفض منازعات هذه العقود، وذلك لما يتسم به من قلة التكلفة وسرعة الفصل في النزاع، إضافة إلى ما يتصف به حكم التحكيم من نهائيته، وعدم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية [1].

والواقع العملي يثبت عكس ذلك، فقد يكون التحكيم معقدا ومرهقا، وقد يستمر لفترة طويلة فقد يلجأ أحد الأطراف بهدف كسب الوقت أن يطيل إجراءات التحكيم دون مبرر [2] كالتأخر في

---

[1]– د/ طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات التحكيم، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، سنة 1961، ص 52–53.

[2]– أ.د/ سميحة القليوبي، مدى جدوى تطبيق القانون في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة التمهيدية لإعداد المحكم والتي نظمها مركز تحكيم إتحاد المحامين الدولي في القاهرة في الفقرة من 25–2002/9/29م، ص 1.

تقديم الدفوع لجهة التحكيم، وأيضا إن الالتجاء إلى التحكيم لا يقل بحال من الأحوال في التكلفة عن مصاريف الالتجاء إلى القضاء، فعلى سبيل المثال أن التحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس أكثر تكلفة من الالتجاء إلى القضاء نفسه، مما دفع ببعض المحاكم الوطنية إلى الحكم برفض استمرار العملية التحكيمية في هذه الغرفة لأنها قد تلحق أضرارا مادية بالأطراف [1]، والباحث يؤيد هذا الطرح الذي نلاحظه في الواقع العملي.

المطلب الثاني: موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

الفرع الأول: موقف قضاء الدولة النظامي من التحكيم

أولا: الوضع في فرنسا

لقد استقر القضاء الإداري الفرنسي (على النقيض من اتجاه القضاء العادي الذي تجاوز مبدأ الحظر الوارد في المادتين (83) و (1004) قانون الإجراءات المدنية القديم، بشكل نهائي في إطار التحكيم في منازعات العقود الإدارية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والإبقاء عليه في العقود الإدارية الوطنية) على تبني القاعدة العامة بشان حظر لجوء الدولة وسائر أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، إلا إذا وجد نص تشريعي أو إتفاق دولي يجيز ذلك، فأساس هذا الحظر هو مبدأ قانوني مستقر ومتعلق بالنظام العام.

فقد رفض مجلس الدولة في رأيه الاستشاري الصادر من جمعيته العمومية في 6 مارس 1986، الاعتراف بمشروعية إدراج شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية وبين الشركة الأمريكية لإنشاء مدينة ملاهي (يورو ديزني لاند)، إلا إذا نص صراحة على ذلك

[1]– د/غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، المرجع السابق، ص 279.

في اتفاق دولي أو قانون داخلي، وحيث أنه لا يوجد مثل هذا القانون وذلك الإتفاق فيسكون شرط التحكيم باطلا.

وقد أدى التناقض بين موقف القضاء العادي وقضاء مجلس الدولة إلى تدخل المشرع الفرنسي، للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأصدر القانون رقم (19) أغسطس 1986 الذي أجاز في مادته التاسعة للدولة وللمقاطعات، والمؤسسات العامة بقبول شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية كاستثناء من حكم المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي[1].

ثانيا: موقف القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

أجاز القضاء العادي المصري – حتى قبل صدور القانون رقم (9) لسنة 1997 المعدل للقانون رقم (27) لسنة 1994 – لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم في العقود المبرمة مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الأجنبية، ومن بين الأحكام المؤيدة للتحكيم في هذه العقود، حكم محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 19 مارس 1997 بخصوص قضية الشركة الإنجليزية للمقاولات لمجلس الأعلى للآثار[2].

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المجلس الأعلى للآثار أبرم عقدا مع شركة مقاولات إنجليزية للقيام ببعض الأعمال والإنشاءات، وقد اتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم لتسوية

---

[1]- Conseil d Etat francais , Avis du 6 mars 1986, Revue-arbitrage, 1992, n° 2, p. 397.

[2]– حكم محكمة استئناف القاهرة في 1997/3/19، الدائرة (63) تجاري، القضية رقم (64)، لسنة 113 ق، سابق الإشارة إليه، كذلك حكم استئناف القاهرة، الدائرة (61) تجاري، الصادر في: 1999/02/19، القضية رقم (26)، السنة 114 ق.

ما قد ينشأ بينهما من منازعات، وقد ثار خلاف بين الطرفين فقررت الشركة اللجوء إلى التحكيم، وقضت محكمة التحكيم لصالح الشركة الإنجليزية.

قام المجلس الأعلى للآثار بالطعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة، مستندا إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون المصري، إلا أن المحكمة انتهت إلى صحة اتفاق التحكيم.

ثالثا: موقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لقد ساير القضاء الجزائري موقف المشرع المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها.

فقد رضيت الجزائر بالتحكيم في كثير من عقودها التجارية الدولية[1]، وعلى سبيل المثال نأخذ عينة من هذه العقود، حيث أنه في سبعة عشر عقد (17) من عقود التجارة الدولية فإن عشرة (10) عقود تضمنت شرطا تحكيميا يحيل إلى التحكيم غرفة التجارة الدولية، وأربعة عقود فقط أحالت النزاع للقضاء، ثلاثة منها للقضاء الجزائري وواحد للقضاء الإنجليزي[2].

ومهما يكون من أمر، ورغم ما سبق ذكره، فإن الباحث يرى أن الجزائر عرفت التحكيم منذ عدة سنوات ولو بشكل محتشم، ومن الأمثلة على ذلك:

النزاع الذي قام بين مؤسسة جزائرية وشركة يوغسلافية، فعرض النزاع على المحاكم الجزائرية فأصدر مجلس قضاء الجزائر– جهة الطعن المختصة كثاني درجة– قرارا يقضي فيه بإلغاء

---

[1]– الجدير بالملاحظة أن الطرف الجزائري في عقود التجارة الدولية هو غالبا مصلحة حكومية، لأن التجارة الخارجية كانت إلى وقت قريب محصورة بيد الدولة عبر الشركات الوطنية المملوكة للدولة.

[2]– د/ عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، بدون ناشر وسنة نشر، ص 266.

حكم محكمة "بئر مراد رايس" – محكمة أول درجة – الذي فصل في النزاع مستندا على المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية القديم، مقررا عدم الإختصاص بالموضوع ومعترفا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف، محدثا أثره بالمنع الذي ينزع الإختصاص من محاكم القضاء الجزائرية[1].

الفرع الثاني: موقف قضاء التحكيم من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

أقرت مراكز التحكيم الدولية العمل برفض إنكار الدولة المتعاقدة إدراج شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله، بدعوى عدم جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية وفقا لقوانينها الوطنية، واعتبرته إخلالا بمبدأ حسن النية في المعاملات الدولية، ومن أحكام قضاء التحكيم الدولية والإقليمية التي أكدت ذلك، حكم مركز القاهرة الإقليمي في القضية رقم (382) لسنة 2004م، حيث هذا الحكم يتعلق بقضية شركة ماليكورب ليمتد الإنجليزية ضد الهيئة العامة المصرية للطيران المدني، بمناسبة عقد لإنشاء وإدارة وإستغلال مطار مدينة رأس سدر وفقا لنظام البوت (B.O.T) [2]، وقضى في ذلك بأن "التحكيم مكفولا في الظروف العادية ، استنادا إلى أن أحد كبار المسؤولين (رئيس سلطة الطيران المدني) لم تتوافر لديه السلطة اللازمة للموافقة على التحكيم، فتلك النتيجة تكون مخالفة مبدأ حسن النية، لاسيما وأن محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ 19 مارس 1997 قد اعترفت بأهمية حسن النية في

---

[1]– قرار المجلس القضائي – محكمة إستئناف الجزائر –، صادر بتاريخ 1973/07/04، رقم 119 بين RUDNAP و Société DIALIM IMPORT EXPORT

[2]– القضية التحكيمية رقم (382) لسنة 2004م، جلسة 2006/03/07، (شركة ماليكورب ليمتد ضد حكومة جمهورية مصر العربية والشركة المصرية القابضة للطيران وشركة المطارات المصرية)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، غير منشورة.

هذا الخصوص، وأشارت إلى أن هذا المبدأ يعد من النظام العام عبر الوطني (الدولي)[1]، وهو أن الدولة أو الهيئة العامة لا ينبغي أن تتذرع بانعدام أهليتها وفقا لقانونها الداخلي بعد أن تكون قد وقعت شرط التحكيم.

المطلب الثالث: موقف التشريعات من جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

يتعرض الباحث في هذا المطلب لموقف التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ثم يتعرض للاتفاقيات الدولية التي تناولت ذلك.

الفرع الأول- التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي:

تضمنت بعض التشريعات الوطنية تنظيما خاصا بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وأجازت للدولة ولأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها، فقد تطور التشريع في فرنسا من الحظر النسبي إلى الترخيص به، بمعنى أن الأصل العام هو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي إلا إذا وجد نص تشريعي صريح يجيز ذلك، بينما تطور التشريع المصري من الصمت المطلق إلى السماح الكامل باللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود كما سبق بيانه، بينما نجد تشريعات الدول العربية الأخرى- منها الجزائر، لبنان

[1]- يقصد بالنظام العام عبر الوطني (الدولي الحقيقي) بأنه نظام عام ناتج من مقارنة المبادئ الجوهرية المشتركة بين مختلف القوانين الوطنية وكذلك القانون الدولي العام، ويفترض به خدمة المصالح العليا للمجتمع الدولي، والمصالح المشتركة والأسانيد والتي تعلو وفي بعض الأحيان تتعارض مع بعض المصالح الوطنية للدول.

-Philipe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Coldman , « Traite de l'arbitrage commercial international », Revue -arbitrage, 1995, n °4, p.969.

والكويت– قد سمحت باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بعد تردد وهذا تشجيعا للاستثمار والمستثمرين، بالرغم من منع التحكيم في العقود الإدارية الداخلية (الوطنية).

أولا – موقف المشرع الفرنسي:

رغبة من المشرع الفرنسي في جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتشجيعا للاستثمار، فقد أصدر القانون رقم (86–972) الصادر في 19 أغسطس 1986، والذي جاء هذا القانون نتيجة لرفض مجلس الدولة الفرنسي– في الفتوى الصادرة منه بتاريخ 6 مارس سنة 1986 – الاعتراف بمشروعية إدراج التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية وبين شركة والت ديزني العالمية الأمريكية لإنشاء مدنية ملاهي ديزني لاند الأوروبية (Euro Disney land)، إلا إذا نص صراحة على ذلك في اتفاق دولي أو قانون داخلي، وحيث أنه لا يوجد مثل هذا القانون ولا ذلك الاتفاق فيكون شرط التحكيم باطلا [1].

فقد نصت المادة (9) من القانون المشار إليه على " أنه بالمخالفة لأحكام المادة (2060) من التقنين المدني الفرنسي يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التي أبرمتها بالاشتراك مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية ذات مصلحة وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار عند تفسير وتنفيذ مثل هذه العقود[2]".

---

[1]– د/ أحمد صالح مخلوف، مرجع سابق، ص 351–352.

[2]- aux termes de l'article (9) de la loi n° (86-972) du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales : « Par dérogation à l'article (2060) du Code civil, l'Etat,les collectivités territoriales et les établissements publics sont autrisés, dans les contrats qu' ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opération d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à lapplication et l'interprétation de ces contrats ».

يلاحظ على هذا النص أن المشرع أجاز التحكيم في جميع العقود الدولية التي تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة بما فيها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والعقود المدنية والتجارية، واشترطت المادة (9) شرطين لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات هذه العقود هي: –

– أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية، أي أن يكون عقدا دوليا.

– أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع وطني.

بالإضافة إلى ذلك فقد اشترط المشرع الفرنسي لتطبيق المادة (9) أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم، وان تؤخذ هذه الموافقة في كل حالة على حده [1].

ثانيا– موقف المشرع المصري:

حسم المشرع المصري مسألة التحكيم في العقود الإدارية الوطنية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي وذلك بقانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997، حيث نصت المادة الأولى منه 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 أيا كانت الطبيعة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

[1]– د/ نجلاء سيد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 189.

وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك" [1].

ويشترط المشرع المصري لتطبيق هذا القانون التحكيم في العقود الإدارية موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه، ولا يجوز التفويض في إعمال هذه الموافقة لاعتبارات الصالح العام، كل هذا بشرط أن يكون التحكيم خاضعا للقانون المصري، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان التحكيم يجري في مصر [2].

كما أكد المشرع المصري التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصدور قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998[3].

ثالثا- موقف المشرع الجزائري:

لقد ساير التشريع الجزائري موقف التشريعات المجيزة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية، وذلك في الحالة التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها، ولمعرفة اكثر حول جواز التشريع الجزائري التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي نرى أنه من الواجب إلقاء نظرة تاريخية على رأي المشرع في هذا النوع من التحكيم:

لقد مر نظام التحكيم في الجزائري بعدة مراحل يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل هي:

- المرحلة الممتدة من بعد الإستقلال (1962) إلى غاية سنة 1969.

---

[1]- الفقرة الثانية مضافة بالقانون رقم (9) لسنة 1997، المنشور بالجريدة الرسمية المصرية في 1997/5/15، العدد (20).

[2]- د/ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، مصر، سنة 2005م، ص 304.

[3]- كما هو وارد بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد (19)، الصادرة بتاريخ 1998/5/8.

- المرحلة التي سايرت النظام الإشتراكي بعد 1969.
- التحكيم في ظل الإصلاحات الاقتصادية بعد سنة 1988.

أ/ نظرة الجزائر إلى التحكيم خلال الفترة الانتقالية من سنة 1962 إلى غاية سنة 1969

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

1: اتفاقية إيفيان لسنة 1962

إن الباب التاسع من هذه الإتفاقية تحت عنوان: " إعلان مبادئ التعاون من أجل استثمارات باطن الأرض بالصحراء" يعالج موضوع التحكيم، وذلك بالنص على أن " جميع التنظيمات المخالفة والدعاوي والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المنصوص عليها في الباب الأول يتعين عرضها على محكمة تحكيم دولية..."، كما أن الاتفاق الخاص بتسوية المنازعات قد تطرق إلى هذه التسوية عن طريق المصالحة أو التحكيم، وذلك في حالة عدم وجود إتفاق لرفع الدعاوي أمام القضاء، وتستطيع كل من الدولتين الالتجاء إلى محكمة العدل الدولية[1].

[1]– د/ معاشو عمار، النظام القانوني المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 121–122.

2: اتفاقية " سوناطرك "و" جيتي" الأمريكية Getty، الموقعة عليها بتاريخ 1968/10/19.

أبرمت بين " سوناطراك (الجزائرية) وشركة جيتي، فقد تضمنت عدة أحكام لكيفية تسوية المنازعات بين الطرفين، حيث أشارت إلى عدة طرق من بينها التوفيق والتحكيم.[1]

ب- التحكيم خلال الفترة التي سايرت النظام الاشتراكي:

ما يلاحظ من مختلف النصوص القانونية السابقة والمتعلقة بالتحكيم أن المحاكم الوطنية الجزائرية، ليست مختصة في تسوية المنازعات المتعلقة بمختلف التعاقدات التي تمت في مجال الإستغلالات البترولية وهو أمر يثير الدهشة، إذا كيف قبلت الجزائر إحالة منازعات متعلقة بمختلف عقودها البترولية وغير البترولية إلى محكمة تحكيمية أجنبية، وكان بإمكانها أن تتذرع بالنظام العام، وبعدم السماح للدولة وللمؤسسات الوطنية العامة بالاتفاق على التحكيم.

وبعد صدور القرار رقم 24 أبريل 1971 المتعلق بتأميم البترول والمحروقات، طالبت الشركة الفرنسية الحكومة الجزائرية باللجوء إلى التحكيم تطبيقا لاتفاقية 1965، غير أن الحكومة الجزائرية رفضت اللجوء إلى التحكيم، بحجة أن إجراءات التأميم تعتبر من أعمال السيادة لا يجوز إخضاعها إلى الإجراءات المنصوص عليها لتسوية المنازعات بين الشركة

[1]- أ/ عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائري، ط2، الجزائر، 2004، ص 03.

البترولية والإدارة الجزائرية، ولذا لم يبق أمامها إلا قبول الأمر الواقع وذلك في 1971/06/30. وبذلك تم إخضاع كل المنازعات للقضاء الوطني[1].

أما إذا رجعنا إلى قانون الصفقات العمومية، والذي يعتبر المنظم لصفقات المؤسسات العمومية فهناك تغير يتماشى والظروف المستجدة، ففي البداية – أي سنة 1967– فقد تم التعرض إلى حل المنازعات بالطرق الودية أو اللجوء أمام المحاكم[2].

أما التعديل الذي حصل عام 1974 فمنح المؤسسات العمومية الاقتصادية والإدارية إمكانية عدم تطبيق هذا القانون [3]، بمعنى آخر يمكن اللجوء إلى التحكيم في حالة الضرورة.

أما المرسوم 145/82 فأشار إلى ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق، كما تعرض إلى تسوية الخلافات التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل [4]، بهذا فتح هذا المرسوم الأبواب مرة ثانية على التحكيم.

ويرى الباحث أنه مهما يكن من أمر، فإن هذا الإنفتاح تفسره مصلحة المؤسسات الوطنية وحاجاتها لخدمات الشركات الأجنبية، وأنها ملزمة بإدراج شرط التحكيم في تعاقداتها مع الطرف الأجنبي، وبالتالي قد تكون في مركز ضعف في التفاوض عند إبرام العقد.

---

[1]– د/ معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1993، ص 328.

[2]– الأمر رقم 67/90 الصادر بالجريدة الرسمية، عدد52، بتاريخ 27 يونيو 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، خاصة المواد 152–155–159 منه.

[3]– الأمر رقم 74/ 09 الصادر بالجريدة الرسمية، عدد13، بتاريخ 12 فبراير 1974، المتضمن تعديل الصفقات العمومية المادة 7 منه.

[4]– المرسوم رقم 145/82، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد15، بتاريخ 13 ابريل 1982، المتضمن المتعامل العمومي، المواد 55و 104.

ج- التحكيم في ظل الإصلاحات الاقتصادية الجديدة:

1 .التحكيم في ظل القانون العام:

إن المادة 62 من القانون التجاري رقم 04/88 الصادرة بتاريخ 1988/01/12 تنص على أنه "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

يتضح من هذا النص الذي يلغى كل القوانين والأحكام المخالفة لهذا القانون، بمعنى أن قانون الإستثمار الذي يمنح الإختصاص للهيئات القضائية ذات الطابع العام يدخل أيضا ضمن مجال القوانين الملغاة، لأنها تشكل عائق للتنمية الوطنية وتطوير العلاقات الإقتصادية الدولية للمؤسسة العامة الوطنية، لأن الطرف الأجنبي يشترط الحصول على شرط التحكيم الذي يعتبره كضمان ضد الأخطار السياسية التي يمكن أن تحدث، والتي تغطيها إحدى هيئات التأمين ببلده[1].

2 .التحكيم الدولي في إطار القانون الإتفاقي:

أبرمت الجزائر عدة إتفاقيات قصد الإعتراف بتنفيذ الأحكام التحكمية، وأصدرت عدة مراسيم نذكر منها المرسوم الرئاسي رقم 420/90 الصادر بتاريخ 1990/12/22 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين دول المغرب العربي لضمان الإستثمارات، الموقع عليها في

[1]- د/ معاشو عمار، المرجع السابق، ص 330-331.

الجزائر بتاريخ 1990/07/23[1] و كذا الاتفاقيات مع الدول الغربية، منها المبرمة مع بلجيكا ولكسمبورغ[2]، ومع إيطاليا[3]، وفرنسا[4]، ورومانيا. [5]

وللإشارة فإن كل هذه الاتفاقيات تضمنت اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع تطبيقا لتلك الإتفاقيات، كما أنها حددت الجهة المختصة بحل النزاع، ألا وهو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، ووضعت قاعدة تتمثل في أن الأحكام الصادرة عن الهيئات التحكمية نهائية وملزمة لكلا الطرفين[6] .

3 .التحكيم في إطار المرسوم التشريعي 09/93: إن خيار المشرع الجزائري في بداية التسعينات بإعتماد مبدأ الاقتصاد الحر دفعه إلى أن يدخل تعديلات جوهرية في تنظيم التحكيم، ويمكن القول أن الجزائر بعد ثلاثين سنة من الحذر والتخوف من التحكيم الدولي، إنتهت إلى إصدار المرسوم التشريعي 09/93 بتاريخ 25 أبريل 1993 أجاز بنص صريح للدولة وهيئاتها العامة طلب التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية.

---

[1]– المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في 1990/12/22 والمتضمن المصادقة على الإتفاقية بين دول إتحاد المغرب العربي، من أجل ترقية وضمان الإستثمارات، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد6، بتاريخ 6 فبراير 1991.

[2]– المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الإتفاق بين الجزائر وبلجيكا ولكسمبورغ في مجال تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع في الجزائر بتاريخ 1991/04/24، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد46، بتاريخ 6 اكتوبر 1991

[3]– المرسوم الرئاسي رقم346/91 المؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الإتفاق بين الجزائر وإيطاليا لحماية وتشجيع الإستثمارات، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد46، بتاريخ 6 اكتوبر 1991

[4]– المرسوم الرئاسي رقم 01/94 المؤرخ في 1994/01/02 لحماية الإستثمارات المتبادلة بين الجزائر وفرنسا، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد01، بتاريخ 2 يناير 1994

[5]– المرسوم الرئاسي رقم 328/94 المؤرخ في 1994/10/22 المتضمن المصادقة على الإتفاق بين الجزائر ورمانيا لتشجيع وحماية الإستثمارات، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد69، بتاريخ 26 اكتوبر 1994

[6]– أ/ بن زيان سعادة، تشجيع الإستثمارات الأجنبية في الجزائر طبقا لقانون تطوير الإستثمارات (سياسية الحوافز والضمانات مرجع سابق، ص 160.

4 .التحكيم في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08):

ساير المشروع الجزائري الإتجاه العام، حيث بقى يؤكد على جواز التحكيم الدولي، فقد نصت المادة 1006 على أنه: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"، ولنا أمثلة كثيرة في التحكيم الدولي كانت الجزائر طرفا فيه خصوصا العشر سنوات الأخيرة في مجال استكشاف واستغلال النفط، أو في مجال انجاز المنشآت القاعدية وكذا انجاز المصانع ذات الطابع الاستراتيجي.

د- التحكيم في بعض التشريعات العربية الأخرى:

1/ التحكيم في المملكة العربية السعودية:

لقد أجاز المشرع السعودي بعد تردد كبير التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع الاختلاف في السلطة المختصة بالموافقة على لجوء الإدارة إلى التحكيم، وذلك بصدور نظام التحكيم السعودي رقم (46/2) بتاريخ 1403/7/12هـ الموافق 1983/4/25، حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه" لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء لفض منازعاتهم مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، أو يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا التحكيم"[1].

2/ التحكيم في لبنان:

أجاز المشرع اللبناني للدولة ولسائر الأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي فقط دون العقود الإدارية الوطنية، وقد أوضح

[1]- د/ محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات العربية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، سنة 1420هـ الموافق 1999م، ص 75-76.

المشرع ذلك في قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر عام 1983، إذ تنص المادة (2/809) منه الواردة في القسم الثاني الخاص بالتحكيم الدولي على أنه" يحق للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العامين اللجوء إلى التحكيم الدولي"[1].

وقد أصدر المشرع اللبناني القانون رقم (440) في تاريخ 2002/08/01 بتعديل بعض أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالتحكيم[2]، ونصت المادة (2/762) منه على أنه"... لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذا في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام".

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

لقد أبرمت الدول العديد من الاتفاقيات الثنائية والدولية لحسم تلك المنازعات التي تنشا في مجال التجارة الدولية، وتكون الدولة طرفا فيها، وبخاصة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، فيمكن أن تنشئ هذه الاتفاقيات أساسا تشريعيا لإزالة قيود النظام الداخلي التي تحظر التحكيم على أشخاص القانون العام، وعليه فإن هذه الإتفاقيات الدولية تلعب دورا هاما في منح الدولة وأشخاص القانون العام الحق في اللجوء إلى التحكيم، لتسوية المنازعات التي تنشأ في مجال التجارة الدولية، وذلك بمالها من قوة قانونية أعلى من القانون الوطني أو على الأقل مساوية له.

---

[1]– أ.د/ عبد الحميد الأحدب، المشرع اللبناني يعدل قانون التحكيم بعد أن أبطل مجلس الشورى الشرط التحكيمي في عقدي الخلوي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد السادس، مصر، 2003، ص 33.

[2]– نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية اللبنانية، العدد (43)، في 2002/08/01.

وقد وقعت الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية في مجالات التحكيم المختلفة، بدء بإبرام إتفاق التحكيم ونهاية بصدور حكم التحكيم وضمان الاعتراف به وتنفيذه، ولعل أبرز هذه الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم وضمان الاعتراف به وتنفيذه، اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية جنيف سنة 1961، واتفاقية واشنطن عام 1965.

وسوف نتعرض لهذه الإتفاقيات الدولية من خلال أثرها في إزالة الحظر التشريعي وزيادة فرص اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود الإدارية الدولية، وذلك على النحو الآتي:

- اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 يونيو 1958.
- اتفاقية جنيف المبرمة في 1961.
- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 1965.

أولا: إتفاقية نيويورك المبرمة في 10 يونيو 1958.

هذه الإتفاقية أعدتها اللجنة المختصة بشؤون التحكيم التجاري الدولي لدى غرفة التجارة الدولية في 13 مارس 1953، كمشروع معاهدة قدم للمجلس الاجتماعي والاقتصادي للأمم المتحدة[1]، وإن كانت هذه الإتفاقية قد اقتصرت على تناول مشكلة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، إلا أنها قد تعرضت بطريقة غير مباشرة لقدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية إلى

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع سابق، ص 144.

اللجوء للتحكيم[1]، وقد حددت المادة الأولى والثانية من الاتفاقية نطاق تطبيقها حيث نصت على : "هذه الاتفاقية تطبق على الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يتطلب فيها الإعتراف وتنفيذ الأحكام، الناتجة عن الخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، وتطبق كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ الحكم".[2]

وعليه فإن هذه الإتفاقية تتعلق بمسألة الاعتراف بقرار تحكيم أجنبي، وهذا الأمر منطقي لأنها إتفاقية دولية لا شأن لها بالمعاملات الداخلية.

وعلى الرغم من أن هدف الإتفاقية هو تنشيط التحكيم في مجال التجارة الدولية إلا أنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع تجاريا، ومجال تطبيق اتفاقية نيويورك يتسع ليشمل إتفاقيات التحكيم التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة، ومن ثم فتسري أحكام الاتفاقية بمناسبة كافة المنازعات منها منازعات العقود الإدارية الدولية.

ولقد أوردت الفقرة الثالثة من المادة الأولى تحفظا يجيز لكل دولة عند التصديق على الإتفاقية أو الانضمام إليها، أن تعلن أنها لا تلتزم بتطبيق أحكام الاتفاقية إلا إذا كان قرار التحكيم المطلوب منها تنفيذه صادر من الدولة المتعاقدة.

والجدير بالذكر أن سماح الاتفاقية للدول الأعضاء بها استخدام هذا التحفظ، كان من نتيجته تضييق نطاق إعمالها في مجال هام هو العقود الإدارية الدولية، خاصة وان كثيرا من

---

[1]– د/ عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2001، ص 106.

[2]– د/ عصام الدين القصبي، خصوصية الحكيم في منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 59.

الدول ما زالت تحظر على الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم، وعليه فلا يمكن القول أن للاتفاقية دور في إزالة الحظر التشريعي المقرر بموجب المادة 2060 من القانون الفرنسي، والتي تحظر على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية[1].

والجزائر كغيرها من دول العالم الثالث بدأت منذ الثمانينات في تغيير موقفها تجاه التحكيم، الدولي إذ انضمت إلى اتفاقية نيويورك[2] المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري[3]، وهذه الاتفاقية تعد من أهم الاتفاقيات الدولية ومجال تطبيقها يشمل جميع القرارات التي يصدرها محكمون معينون لحالات خاصة والتي أصدرتها هيئات تحكيم دائمة، كما تطبق على القرارات التحكيمية الغير وطنية في الدولة التي يطلب فيها إعتمادها وتنفيذها.

ثانيا: إتفاقية جنيف الأوروبية المبرمة في 1961

قد جرى التحضير للاتفاقية الأوروبية تحت إشراف اللجنة الإقتصادية الأوروبية والمبرمة في 21 أبريل 1961 بجنيف، في جلسة خاصة لمندوبين مفوضين تابعين لاثنتان وعشرون (22) دولة أوروبية من ضمنها الإتحاد السوفياتي (سابقا).

---

[1]– د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 146–147.

[2]– المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية نيويورك المؤرخة في 1985/06/10، الجريدة الرسمية عدد48 ، بتاريخ 23 نوفمبر1988.

[3]– د/ معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، المرجع السابق، ص 332.

والدافع العملي وراء إبرام هذه الإتفاقية هو المساعدة على إنتشار التحكيم كوسيلة مثلى لحسم المنازعات الناشئة في إطار المعاملات التجارية في منطقة أوروبا، غير أن العضوية فيها لا تقتصر على أوروبا وحدها، فهي مفتوحة للإنضمام إليها من جانب أي دولة[1].

تتعلق هذه الاتفاقية بتنظيم التحكيم في مجال التجارة الدولية، وقد تعرضت من خلال نصوصها لمشكلة قدرة أشخاص القانون العام على اللجوء إلى التحكيم، وذلك بطريقة مباشرة وصريحة عكس ما تناولته اتفاقية نيويورك لسنة 1958، حيث تعرضت لتلك المسألة بطريقة غير مباشرة[2].

فقد نصت المادة الثانية من هذه الإتفاقية في فقرتها الأولى على أنه "في الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه الإتفاقية فإن الأشخاص المعنوية التي تعد وفقا للقانون المطبق عليه من أشخاص القانون العام لها قدرة إبرام اتفاقيات تحكيمية صحيحة".

ويلاحظ أن إتفاقية جنيف قد قصرت نطاق إعمالها على أحكام التحكيم الصادرة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين لهم محل إقامة عادية أو مقر في دول متعاقدة ومختلفة، وهي بذلك أضافت إلى المعيار الاقتصادي معيار جغرافي، وهذا المعيار من شأنه أن يضيق من نطاق إعمالها، خاصة بمقارنتها باتفاقية نيويورك التي تطبق على أحكام المحكمين الصادرة في تحكيم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها[3].

---

[1]– د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 147.

[2]– د/ عاطف بيومي محمد شهاب، الإختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 108.

[3]– د/ عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 6.

ثالثا: إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965.

أبرمت هذه الاتفاقية تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير BIRD، وتمثل هذه الإتفاقية الركيزة الأساسية لبحث قدرة الأشخاص المعنوية العامة على الدخول في اتفاقيات تحكيمية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات[1].

ولقد لاقت هذه الإتفاقية إقبالا كبيرا في دول العالم[2]، وللاتفاقية ميزة أساسية حيث أنها نجحت في تحقيق ضمان تشريعي هام يجذب الإستثمار الأجنبي، ويعد بمثابة ضمانة للمستثمر ضد التغيير التشريعي في البلد التي يستثمر بها أمواله، خاصة في البلاد التي تتغير فيها حركة التشريع كثيرا وأكثرها من الدول النامية، حيث أنها أصبحت ملزمة وفقا للاتفاقية بقاعدة تشريعية مستقرة من صميم قانونها الداخلي باللجوء إلى التحكيم، وإذا اتفقت على ذلك فلا مجال للتمسك بالقيود التشريعية الداخلية التي تحظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية[3].

وقد أنشأت الإتفاقية مركزا لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار CIRID[4]، ووفقا لنص المادة 25 من الاتفاقية التي تحدد اختصاص المركز بتسوية المنازعات التي تثور بين

---

[1]– د/ حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 92.

[2]– انضمت إليها من البداية 18 دولة أوروبية و 34 دولة إفريقية و 11 دولة آسيوية و 4 دول أمريكية من بينها الولايات المتحدة الأمريكية، وبقيت بعيدا عنها الدول الاشتراكية ومعظم دول أمريكا اللاتينية واستراليا وكندا ونيوزيلندا، وما زالت الدول المنضمة إليها تزداد عاما بعد عام.

[3]– د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 157.

[4]– د/ محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 118.

الدول والمستثمرين الأجانب[1]، فضلا عن أنها لم تجعل لشرط التحكيم أدنى أثر، إذا لم تكن الدولتان المعنيتان قد وقعتا سلفا على الاتفاقية، كما جعلت قبول الشخص المعنوي العام باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار متوقفا على موافقة الدولة المتعاقدة التابع لها على ذلك، ما لم تخطر هذه الدولة المركز بأن هذه الموافقة غير ضرورية[2].

وبناء على ذلك ، فإنه عندما يكون الطرف الممثل للدولة في اتفاق الاستثمار ليس هو الحكومة ذاتها وكان فقط أحد أشخاص القانون العام التابع لها، فإن نص المادة 25 وضعت شروطا قانونية لابد من استيفائها في هذه الحالة لعقد الاختصاص للمركز لتسوية منازعات الاستثمار وهي:

1- أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة وأن يكون الطرف الآخر مواطنا أو مواطنين من دولة متعاقدة أخرى.

2- ضرورة صدور رضاء بالتقدم إلى تحكيم المركز من كلا الطرفين.

3-ضرورة أن تكون المنازعة قانونية ومتعلقة باستثمار[3].

- والجزائر وقعت سنة 1995 على الإتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا الدول الأخرى[4]، وتعد هذه الإتفاقية من أهم اتفاقيات التحكيم على الإطلاق، ويرى

---

[1]- د/ جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار- القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 1999، ص 85.

[2]- د/ عاطف بيومي محمد شهاب، المرجع السابق، ص 110-111.

[3]- د/ عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 10.

[4]- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في: 1995/01/21 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية عدد7 ، بتاريخ 15 فبراير 1995.

الباحث آن غرض الجزائر من الإنضمام لهذه الإتفاقية هو منح ضمانات للمستثمرين الأجانب تأكيدا لتكريس الجزائر في توجهها لاقتصاد السوق.

ولم تتوقف الجزائر عند هذا الحد، بل نجدها قد إنضمت إلى الإتفاقية الدولية المتعلقة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار (AMGI) [1].

والجدير بالذكر انه يبدو لأول وهلة، أن هذه الإتفاقية تلعب دورا فعالا في خرق الحظر المقرر على قدرة الدولة وأشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، خصوصا في فرنسا خاصة وأن للاتفاقيات قوة أعلى من القوانين الداخلية، فلا مجال للاحتجاج بالقيود التشريعية الداخلية للتهرب من الالتزامات الدولية، إلا أن الواقع العملي أثبت عكس ذلك، فهذه الإتفاقيات من شأنها أن تنطبق على عقود الاستثمارات المبرمة في المجال الدولي، ومن المنطقي أن تكون هذه العقود المبرمة بمعرفة الدولة لها طابع تجاري أو إداري.

فبالنسبة للطائفة الأولى فهي تتبع اختصاص القضاء العادي والتحكيم يكون ممكنا بشأنها، أما الطائفة الثانية فهي تخضع لإختصاص القضاء الإداري حيث مبدأ الحظر ما زال قائما[2].

فعلى سبيل المثال عقد "والت ديزني" المبرم بين الحكومة الفرنسية وشركة أمريكية لإقامة ملاهي "والت ديزني" في فرنسا، حيث أصرت الشركة الأمريكية أن يتضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد، وقد رفض مجلس الدولة

---

[1]– الأمر رقم 05/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن المصادقة على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، الجريدة الرسمية عدد7 ، بتاريخ 15 فبراير 1995.

[2]– نجلاء حسن أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 159.

الفرنسي إدراج شرط التحكيم متجاهلا النصوص الواردة في اتفاقية واشنطن والتي تسمح بإدخال شرط التحكيم في مثل هذه العقود الدولية المتعلقة بالاستثمار.

واستند في هذا الرفض إلى نصوص القانون المدني والتي تحظر على أشخاص القانون العام اللجوء على التحكيم في العقود الإدارية الدولية[1].

[1]– د/ حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارية، المرجع السابق، ص 92.

UNIVERSITE SETIF2

الفصل الثاني

تمهيد:

إن التحكيم بصفة عامة يستند إلى إرادة أصحاب الشأن لإنهاء ما قد يثور من نزاعات بشان علاقاتهم العقدية، فالتساؤل يثور في الأثر القانوني للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بالخصوص.

حيث إن وجود الدولة طرفا في اتفاق التحكيم يثير العديد من المشاكل، والتي من شأنها المساس بجدية التحكيم وفاعليته والغاية منه، من ذلك تمسك الدولة بحصانتها القضائية لأن في ذلك اعتداء على سيادتها باستبعاد الاختصاص القضائي للدولة مع وجود اتجاه دولي غالب ظهر في قضاء المحاكم الدولية وقرارات التحكيم الدولي يمنع على الأشخاص المعنوية العامة الدفع بعدم اللجوء للتحكيم بحجة أن تشريعها الداخلي لا يسمح لها باللجوء إليه مادام أنها قد وافقت على إدراجه في العقد، وأيضا تمسكها بقانونها الوطني عند التطبيق لأحكام التحكيم، ببروز مشكلة اختيار أطراف اتفاق التحكيم لقانوني أجنبي لا يعرف التفرقة بين العقود الإدارية (الداخلية أو ذات الطابع الدولي)، وبين العقود المدنية مما يمس بمصالح الدول الاقتصادية ما يفقدها امتيازات السلطة العامة من أجل تسيير المرافق العامة، وتحقيق المنفعة العامة في مواجهة المتعاقد معها، وعلى ضوء ذلك يقسم الباحث دراسة هذه الموضوعات إلى ثلاث مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: التحكيم وحصانة الدولة القضائية.

المبحث الثاني: التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

المبحث الثالث: التحكيم وقواعد القانون الإداري.

المبحث الأول: التحكيم وحصانة الدولة القضائية

إن دخول الدولة في علاقات اقتصادية مع الأطراف الأجنبية وإدراجها لشرط التحكيم، فإن السلاح الأفضل لها حال حدوث نزاع إذا ما حاولت التخلص من قبولها التحكيم يتمثل في القيام بعدد من الأفعال والإجراءات لعرقلة عملية التحكيم، مستغلة في ذلك ما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة، حيث يعتبر مبدأ الحصانة ملازما لطبيعة الدولة، وينطوي على أن الدولة قد تستعين بسيادتها كدرع واق ضد سلطة هيئة التحكيم[1]، وقد أثبت الواقع العملي أن الدولة بعد قبولها لنظام التحكيم تعمل على التهرب من شرط التحكيم الذي قبلته بمحض إرادتها – والذي يمثل ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي، والذي لولاه لما أقبل على التعاقد مع هذه الدولة والاستثمار فيها– من خلال الدفع بحصانتها القضائية، وهنا يظهر التساؤل على أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية للدولة؟

وللإجابة على هذا التساؤل نفرق بين أمرين، نتناولهما من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم.

المطلب الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية للدولة أمام قضاء الدول الأجنبية.

[1]– د/ محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2004 م، ص 384.

المطلب الأول: الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم

تتمتع الدولة بصفتها صاحبة سيادة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، ونظرا لأن التحكيم له طابع خاص حيث تقوم الدولة بإدراج اتفاق تحكيم العقود المبرمة مع الأشخاص الأجنبية بإرادتها المنفردة، وعند بدء إجراءات التحكيم تدفع بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، ويثار التساؤل عن مدى إعمال هذا الدفع أمام هيئة التحكيم من عدمه؟[1]

الفرع الأول: وجود الحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم

يذهب أغلب الفقه إلى أن الدولة عند إدراجها لإتفاق التحكيم في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية تكون قد تنازلت ضمنا عن الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم التي قبلت الخضوع لقضائه بإرادتها المنفردة، ولكن هذا التنازل يجب أن يكون واضحا [2].

والقول بعكس ذلك أي أن تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلب لتنفيذها الالتزامات التعاقدية[3] ، فلا يجوز للدولة – طالما قامت بالتوقيع على اتفاق التحكيم بإرادتها المنفرة –التذرع بقانونها الداخلي في المعاملات الدولية في حالة ما إذا كان لا يسمح بالتحكيم بعقود الدولة للتخلص من التزاماتها التعاقدية.

---

[1]– د/ منير عبد المجيد،التحكيم في منازعات التجارة الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995م، ص 67، د/ فوزي محمد سامي، "التحكيم التجاري الدولي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997م، ص 121.

[2]– د/عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 79.

[3]– د / عبد الحميد الأحدب، وجهة نظر قانونية في حكمي مجلس الشوري في شأن الخليوي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2003م، ص 128.

ويذهب البعض إلى القول بأن الدولة ملزمة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بعد توقيعها ولو كان مخالفا للقانون الداخلي انطلاقا من مبدأ حسن النية، والقول بأن الدولة لا تكون ملزمة تعاقديا، ولكن يمكن محاسبتها بالمسؤولية الناجمة عن ترك الغير يعتقد بحسن نيتها بصحة الالتزام الذي أخذته على عاتقها، فيجب أن تعوض الطرف الأجنبي المتعاقد عن الضرر الذي لحقه نتيجة الخطأ الذي ارتكبه، وكل ذلك لا يقف عائقا دون أن يكون اتفاق التحكيم باطلا إذا كان مخالفا لقانونها الداخلي، والنظام العام الداخلي[1] .

الفرع الثاني: عدم وجود الحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم

يذهب هذا الإتجاه إلى القول بان الدفع بالحصانة القضائية رغم وجود شرط تحكيم أمام هيئة التحكيم يعد دفعا يجافي المنطق، ويتعارض مع مفهوم الحصانة ذاته، ذلك أن الحصانة ميزة تتمتع بها الدولة في مواجهة دولة أخرى تتساوى في السيادة، ولما كان التحكيم لا يعد قضاء خاضعا لسيادة أية دولة، فإن فكرة الحصانة القضائية لا يمكن إعمالها أمام هذا القضاء الخاص لأنها فكرة غريبة عنه، فالدولة لا تتمتع أمام هذا القضاء الخاص بأية ميزة حتى تتنازل عنها أو تتمسك بها أمام هيئة التحكيم، وبذلك فانه في إطار الواقع العملي أن كلا من فكرتي الحصانة القضائية والتحكيم يستعبد كل منهما الآخر في التطبيق[2]، كما أنه من التناقض الاعتراف بالحصانة القضائية للدولة، حرمان الهيئة التحكيمية – التي تتمسك الدولة أمامها بتلك

---

[1]- George Vedel & Delvolve, Droit administrative , Edition Presse Universitaires De France , 1992, P 218.

[2]– د/ ناصر محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط - مصر، سنة 2006، ص 287.

الحصانة– من سلطة القضاء، حيث أن تلك الهيئة لا تستمد سلطاتها إلا من اتفاق الأطراف على توليتها سلطة الفصل في النزاع[1].

والباحث يرى مما سبق أن الدولة التي وافقت على إدراج شرط التحكيم في تعاقداتها مع الأطراف الأخرى الأجنبية، لا يجوز لها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم، لأن الدولة قد قبلت هذا الشرط بمحض إرادتها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن هذا الشرط لا يمس سيادة الدولة، وحتى إذا مس بسيادتها إلا انه لا ينال منها، لأن قبول الدول لاتفاق التحكيم بمحض إرادتها هو إعمال لتلك السيادة وليس إهدار لها، ومما يدل على ذلك انه أنه في حالة دفع الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، فإن ذلك لا يمنع الهيئة من مواصلة النظر في النزاع حتى صدور حكم التحكيم النهائي فيه.

المطلب الثاني: دفع الدولة بحصانتها القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية

من المتفق عليه أنه إذا كانت الدولة هي التي لجأت إلى القضاء، فإنها بذلك قد تنازلت عن حصانتها القضائية بالرغم من إدراج شرط التحكيم في تعاقداتها[2]، ولكن إذا قام الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة برفع الدعوى أمام القضاء الوطني للدولة الأجنبية، فهل يعد إدراج شرط التحكيم بمثابة تنازل عن التمسك بحصانتها القضائية أمامه؟

يتجه بعض الفقه إلى إجازة الدفع بالحصانة القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية، والتمسك به، ويستند على أن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية

---

[1]– د/ سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقول البترول، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1998، ص 427.

[2]– د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق جامعة حلوان، سنة 2000م، ص 474.

لابد أن يكون صريحا ولا يفترض، ولا يعتبر وجود شرط في حد ذاته أمر يعول عليه للقول بوجود إرادة ضمنية من قبل الدولة للتنازل عن حصانتها[1].

ويذهب جانب آخر إلى أن خضوع الدولة لقضاء دولة أجنبية لا يمس حصانتها القضائية إلا إذا كانت المسألة المعروضة من المسائل المتعلقة بالسيادة المتعلقة بالنظام العام، فالقوانين الوطنية لا تجيز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ومن ضمنها أعمال السيادة، فيجوز لها التمسك بحصانتها أمامه[2]، والباحث يميل إلى تأييد هذا الاتجاه لما له من وجاهة ومنطق قانوني سيادي .

ويتجه جانب ثالث إلى أن وجود شرط التحكيم بحد ذاته يعتبر تنازلا ضمنيا عن الحصانة القضائية للدولة، ليس فقط أمام هيئة التحكيم، ولكن أيضا أمام القضاء الدولة الأجنبية إذا عرض عليه النزاع في مرحلة من مراحله التحكيمية فلا يجوز الدفع بها أمامه[3]، وقد أيدت ذلك بعض الاتفاقيات الدولية، ومنها المعاهدات الأوروبية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية وممتلكاتها المبرمة عام 1972 ، في نص المادة (1/12) [4].

ويتضح أن وجود اتفاق التحكيم بذاته في تعاقدات الدولة، أو أحد مؤسساتها مع أشخاص أخرى أجنبية، يفيد تنازلا عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني للدولة الأجنبية،

---

[1]– د/ مصطفى الجمال و د / عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 1998م، ص151.

[2]– د/ عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص 35.

[3]– د/ رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2001م، ص 280 وما بعدها.

د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، سنة 2007 م، ص 180.

[4]- Convention Européenne sur Immunité Des Etats (Conseil de Europe) du 16 avril 1972, ART (12).

إضافة إلى أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل التنفيذ الجبري لحكم التحكيم، بمعنى أن وجود هذا الاتفاق في ذاته يعد تنازلا منها عن حصانتها ضد التنفيذ، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات، وتحقيقا لفاعلية التحكيم.

المبحث الثاني: التحكيم والقانون الواجب التطبيق

يقوم نظام التحكيم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار الهيئة التي تقوم به، أو بالقانون الواجب التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه، ولا شك أن حرية الاختيار هذه تجعل الأطراف يشعرون بالاستقرار القانوني، حيث أن نظام التحكيم يحررهم من الشكليات، والاختلاف في الآراء والقواعد الوطنية التي تختلف من دولة إلى أخرى[1].

وإن القاعدة المستقر عليها فقها وقضاء وتشريعا في مختلف النظم القانونية، هي خضوع العقود الدولية ومن بينها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،- أيا كان أطرافها – من حيث موضوعها أو لإجراءات التحكيم فيها لقانون الإرادة، أي للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة لحكم العقد، أو ذلك الذي اتجهت إرادتهم الضمنية إلى تطبيقه عليه والتي تفهم من خلال نصوص العقد أو من ملابسات التعاقد[2].

---

[1]– د/ نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28-30 أبريل 2008م، منشور على الموقع الإلكتروني:http : // slconf.ac.ae/arabica- research.asp- تاريخ الزيارة 4-2-2009

[2]– أ.د/ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، مصر، 2002، ص 205-206.

ويثار التساؤل حول ما إذا تضمنت عقود الدولة نصا صريحا بالقانون الواجب التطبيق، أو كان يمكن استخلاصه من الإرادة الضمنية المؤكدة للأطراف، من خلال نصوص العقد وظروف الحال أو قرينة ما تدل عليها، فهل يجوز للمحكم استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف وإحلال غيره مكانه؟

وما الحل فيما إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني من قبل أطراف العلاقة القانونية بتعيين القانون الواجب التطبيق أي في حالة سكوتهم عن الاختيار؟

ولتوضيح ذلك نتناول هذا المبحث من خلال تقسيمه على النحو التالي:

المطلب الأول: – الاختيار الصريح والإختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على المنازعات الإدارية، وما مدى إمكانية إستبعاد المحكم للقانون المختار من قبل الأطراف.

المطلب الثاني: – اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق حال عدم اختياره من الأطراف (القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة أطراف التحكيم).

المطلب الأول: الاختيار الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق

يستمد التحكيم وجوده من اتفاق الأطراف باللجوء إليه، فإن المبدأ المستقر يعطي الأولوية لاختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه لقانون إرادة هذه الأطراف، فقد تكون هذه الإدارة ضمنية وذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه

وقد عبر البعض عن أهمية الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه تعبيرا دقيقا، فقرر أنه "من الأهمية بمكان أن يضمن المتعاقدون عقدهم شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي، فإن هم عملوا ذلك فإنهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار، كل ذلك وعندهم أمل كبير في ألا تتحقق تلك الأخطار"[1].

وباتفاق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري ، ففي هذه الحالة يلتزم به المحكم ولا يملك أن يتجاهله ويطبق قانونا آخر، إلا في حالات معينة أسفر عنها التطبيق العملي كما في حالة إستبعاد الاختيار الصريح لقانون الدولة المتعاقدة لتخلفه، أي لعدم قدرته على حسم النزاع محل التحكيم أو لمخالفة القانون الذي اختاره أطراف النزاع وفقا للمبادئ العامة للقانون أو النظام العام[2].

ويعتبر خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف مبدأ مسلما به في مجال التحكيم الدولي الخاص، وفي حالة اختيار الأطراف في مجال منازعات الإدارة للقانون الواجب التطبيق فيجب على المحكم الالتزام بأحكامه، فلا يجوز إستبعاده وتطبيق قانون آخر.

---

[1]– د/ أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي– مفاوضات العقود الدولية– القانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001م، ص190.

[2]– فمبدأ سلطان الإرادة وحق الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد مبدأ معترف به في القانون الوضعي Le principe De la désignation par les parties de la loi applicable.

وأساس هذا المبدأ أن المحكم يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف ، والتي لولاه لما حضيت هيئة التحكيم بنظر النزاع.

وعليه فيمكن للأطراف التعبير عن إرادتهم في إختيار قانون الدولة التابع لها أحدهم، ويكون هذا في اغلب الحالات في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، حيث تسعى الدولة إلى تطبيق قانونها الوطني.

وقد يختار الأطراف قانون وطني لدولة أخرى، أي قانون محايد بالنسبة للطرفين أو يتم إختيار القانون الوطني لشخص الخاص(الأجنبي)، إلا انه في اغلب الحالات تحرص الدولة لاعتبارات متعلقة بالسيادة أثناء إبرام العقد مع الطرف الآخر على ضرورة أن يتضمن العقد شرطا يتم وفقه تطبيق قانونها الوطني[1].

وأن تطبيق قانون أجنبي على عقود الدولة الإدارية من شانه أن يحرم الدولة من الامتيازات المقررة لها في هذه العقود، ويعاملها مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة، مما قد يضر بمصالح البلاد الاقتصادية والحيوية التي تعمل هذه العقود على تحقيقها، فالتحكيم في حد ذاته لا يؤثر على الطبيعة الإدارية للعقود الإدارية[2].

هذا فضلا على ضرورة أن تحاول الإدارة جاهدة على أن تنص في صلب العقد، على أن القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الإداري هي الواجبة التطبيق على أي نزاع ينشأ عن تنفيذ

---

[1]– د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، 484.

[2]– د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص 76.

هذا العقد، وهذا يستلزم من البداية إختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو اختيار قانون أجنبي آخر يعرف هذه التفرقة.

ونظرا لهذه الأهمية التي يكتسبها تعيين القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، فيجب على الدولة المتعاقدة أو إحدى المؤسسات التابعة لها عند تعاقدها مع أطراف أجنبية، أن تختار شرط القانون الواجب التطبيق بعناية وبنص صريح، وصياغته صياغة دقيقة محكمة حتى تتجنب المشكلات والمضار التي تنجم عن تنفيذ عقودها.

ويرى الباحث من خلال الاستفسار وملاحظة الواقع العملي، أن الغالبية العظمى من العقود الدولية بوجه عام والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي بشكل خاص، قد تضمنت نصوصا صريحة باختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة ليكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد.

وقد ذهبت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى انه لا مجال للأخذ بالإحالة في الحالة التي يختار فيها الطرفان القانون ليحكم نزاعهم، فمن المفترض أنهم يعرفونه واختاروه على أساس انه الأقدر على حل نزاعهم فهو يحقق مصالحهم، فلو كان الأطراف يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون المختار من قبلهم، لاختاروا ذلك القانون مباشرة استنادا إلى قانون الإرادة [1]، فالإشارة إلى قواعد الإسناد في القانون المختار قد تؤدي

[1]– د/ عكاشة عبد العال، تنازع القوانين– دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2007 م، ص 270 و 271، د/نور حمد الجحايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، مرجع سابق، ص 11.

إلى اختصاص قانون آخر يحكم النزاع، وهذا ما يخالف توقعات الأطراف ويتعارض مع طبيعة ضابط الإسناد[1].

الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

يشكل عدم تحديد القانون الواجب التطبيق مشكلة كبرى، كونه يقع على عاتق المحكم عبء اختيار هذا القانون الذي لم تحدده الأطراف المتنازعة.

ويرى الباحث أن عدم تحديد القانون الواجب التطبيق وإعطاء حرية أكبر للمحكم في تحديد هذه القواعد، من شأنه أن يؤدي إلى إهدار هذه الحقوق وعدم تحقيق أكبر قدر من الرقابة على هيئة التحكيم، لذلك فمن مصلحة الأطراف التأكيد على القانون الواجب التطبيق كشرط في العقد وبشكل صريح، فالأمر يفرض على المحكم أن يبحث عن إرادة الأطراف الضمنية من خلال ظروف العقد، والقرائن التي تعبر بوضوح عن إرادة الطرفين في هذا الشأن (مثل جنسيتهم المشتركة أو موطنهم المشترك "القرائن الذاتية"، أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه "القرائن الخارجية"...إلخ) وملابسات العملية التعاقدية، وينبغي عدم تجاهلها لأنها إرادة حقيقية بيد أنها كامنة ومستمرة، ومن ثم يجب على المحكم الكشف عنها لما في ذلك احترام لإرادة الأطراف التي في جوهرها مصدر اختصاص المحكم[2].

---

[1]– د/ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 941.

[2]– د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28–30 أبريل 2008م، ص 14 منشور على الموقع الالكتروني:

– http : // slconf.uaea.ac/arabica- research.asp تاريخ الزيارة 4–2–2009

ولا يجوز له اللجوء إلى تطبيق القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، إلا إذا تأكد من غياب الإرادة الضمنية للأطراف (أي انعدامها)، والقاعدة في هذه الحالة أن المحكم يتمتع بحرية وسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دائما بل مقيدة بتطبيق قانون ملائم ذي صلة قوية بالعقد موضوع النزاع.

ولقد اختلفت الآراء الفقهية بالنسبة للقانون الذي يحكم عقد الدولة في حالة إنعدام اختيار المتعاقدين لنظام قانوني يحكم هذا العقد، فضلا عن افتقاره لأي إشارة تفيد تطبيق أي نظام قانوني عليه.

فوجود الدولة طرفا في إتفاق التحكيم لا يكفي في ذاته كقرينة على تطبيق أحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فقد يكون هذا العقد من عقود القانون الخاص، وتحديد طبيعة العقد تتوقف على ما إذا كانت الدولة قد تصرفت باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص[1].

وقد سعت إلى تأكيد ذلك التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم والاتفاقيات الدولية، على ضرورة الاهتمام بالإرادة الضمنية في تعيين القانون الواجب التطبيق، على العقد الدولي في حال إذا خلت نصوصه من التعيين الصريح لهذا القانون[2].

---

[1]– د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، 467–468.

[2]– راجع المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والتي تنص على أن: "1– تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار من قبل الأطراف، وفي حال عدم وجود اتفاق فإن للمحكمة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع...".

كما أكد على ذلك مجمع القانون الدولي في قراره الصادر عام 1991 بشأن سلطان الإرادة في العقود الدولية، ونصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من هذا القرار على أنه "في حالة تخلف الاختيار الصريح لقانون العقد، يجب أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة الأطراف"، و"في غياب الاختيار الصريح فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يستنتج بطريق لا لبس فيها من الظروف والملابسات الدالة على هذا الاختيار"[1].

والمشرع الجزائري قد نص في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة رقم 09/08 على أنه:" تفصل محكمة التحكيم (هيئة التحكيم) في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "[2].

أما المشرع المصري تطلب في القانون المحدد من جانب هيئة التحكيم، في حال غياب قانون الإرادة الصريحة والضمني أن يتضمن روابط وثيقة مع موضوع النزاع، فلم يكتف باعتبارات الملائمة في تحديده كما فعل المشرع الفرنسي حيث نص هذا الأخير في قانون المرافعات على أنه:

---

[1]– د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، 496.

[2]–المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، إلا أن المشرع احتفظ بنفس النص للمادة 458 مكرر 14 الملغاة ولم يتغير فيه شيئا.

"المحكم يفصل في النزاعات وفق القواعد التي يختارها الأطراف وفي حالة تخلف إتفاق التحكيم عن تحديد هذه القواعد، فإنه على المحكم أن يفصل في النزاع وفق القواعد القانونية الموضوعية التي يراها ملائمة"[1].

ويرى الباحث أن سلطة المحكم في التشريع الفرنسي والجزائري أكثر إتساعا منها في التشريع المصري، ولكن الخطورة تتفاقم عند عدم اشتراط كلا من المشرع المصري والفرنسي والجزائري تطبيق القانون الوطني (الإدارة)، حتى بالنسبة للعقود الإدارية في حالة إنعدام إختيار الأطراف له، ونصه على تطبيق قواعد وثيقة الصلة بالنزاع كما فعل المشرع المصري أو التي يرى المحكم ملائمتها كما فعل المشرع الفرنسي والجزائري.

و يجب الإشارة إلى انه إذا تم استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف، فإنه يلزم أن يتم ذلك في إطار الضوابط التي تجعل الاختيار الضمني للقانون على النزاع المحكم فيه اختيارا مؤكدا، فإن المنطق القانوني يستوجب أن يذكر المحكم في حكمه الأسباب التي حملته على تطبيق قانون معين باعتباره القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف الضمنية بصورة مؤكدة لتطبيقه على النزاع المحكم فيه.

الفرع الثالث: مدى إمكانية استبعاد المحكم للقانون المختار صراحة أو بطريقة ضمنية مؤكدة

من المسلم أنه إذا تم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق الذي يحكم النزاع المحكم فيه، فإنه يجب على المحكم أن يطبق هذا القانون المختار ما دام هذا القانون لا يصطدم

[1]– راجع المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي.

بقواعد النظام العام في القانون المختار، وقواعد النظام العام الدولي، فيكون قد خالف مهمته المنبثقة عن اتفاق الأطراف[1].

لكن الواقع العملي تم عكس ذلك في أغلب القضايا التحكيمية الدولية، وأن المحكم لم يطبق القانون المختار من الأطراف صراحة أو ضمنيا، وإنما قام باستبعاده وتطبيق غيره لذرائع وأسباب لم تكن منطقية، ومن أحكام التحكيم الدولي التي صدرت بخصوص منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتي أهدرت فيها إرادة الأطراف الصريحة والضمنية، التحكيم بين شيخ أبو ظبي وبين شركة التنمية البترولية المحدودة البريطانية (P.D.F, petroleum Développent) عام 1951، حيث استبعد المحكم البريطاني (Lord Asquith) قانون أبو ظبي رغم أنه الواجب التطبيق (الإرادة الضمنية للأطراف) نظرا لإبرام العقد وتنفيذه في تلك الدولة، وقد ذهب إلى "... أنه نظرا لأن كثيرا من قواعد القانون الإنجليزي تتبع من العقل، ويتفق مع مبادئ العدالة، فإنه من الممكن بالتالي اعتبارها جزءا من هذا القانون الطبيعي ..."، وبناء على ذلك طبق المحكم القانون الإنجليزي على العقد محل النزاع[2].

---

[1] – د/نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 8.

[2]- Petroleum development VS Sheikh of Abu Dhabi, 18 aout 1951 the international and comparative law quarterly 1952, p. 247-261, The American journal of international law , Vol.47 , 1953, 156-157.

– د/ ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 146. و.أ.د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص 546 و 547.

ويتضح من هذا الحكم أن استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لصالح المبادئ العامة للقانون إنما يحتاج إلى إرادة صريحة تسمح بذلك، وضمن الحدود التي تشير إليها[1].

وقد أبدى البعض دهشته من ذلك التصرف، وقرر بحق انه "من الأمور المثيرة حقا أن الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة يتم إهدارها بالاستناد إلى نية مفترضة، لا يوجد عليها أي دليل إلا خيال المحكم الخصب" [2].

وأيضا في حكم التحكيم الصادر في 1977 في المنازعة بين شركة تكساسو الأمريكية (Texaco) وبين الحكومة الليبية، الذي جاء في معرض عقد امتياز تضمن إرادة صريحة للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق بموجب المادة (28) من العقد، ورغم ذلك لم يتردد المحكم (Rene Jean Dupuy) من استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة (القانون الليبي) لصالح المبادئ العامة للقانون[3]، بذريعة حماية المتعاقد مع الدولة وتحقيق التوازن العقدي بين طرفي عقد الامتياز محل النزاع[4].

---

[1]– د/ وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28–30 ابريل 2008م، ص 16.منشور على الموقع الالكتروني: http : // slconf.uaea.ac/arabica- research.asp تاريخ الزيارة 4 فيفري2009

[2]– أ.د/ سامية راشد، دوور التحكيم في تدويل العقد، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1990م، ص 52.

[3]– يقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك الركائز التي تؤسس أي نظام قانوني، وتلقى قبولا في الكثير من النظم القانونية الداخلية، وبمعنى آخر مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي.

[4]– د/ محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود "بمناسبة قرار التحكيم في قضية شركة كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساسو عبر البحار ضد الحكومة الليبية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الثاني، أبريل 1980م، ص 115.

هنا الباحث يمكنه أن يثير التساؤل من خلال مطالعة القضايا التحكيمية الدولية السابقة، هل يمكن للمحكم استبعاد قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق المختار صراحة أو بصورة ضمنية من قبل أطراف العقد أم لا؟

فقد ذهب اتجاه إلى تأكيد إمكانية استبعاد المحكم لهذا القانون، ويذهب اتجاه آخر إلى أنه لا يمكن للمحكم استبعاد قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه المختار صراحة أو ضمنا من أطرافه، وصب أكثرية أنصاره جم غضبه على المحكمين الذي خالفوا هذا الاتجاه، وانتقدوا تحيزهم البين وعدم حيادهم ومخالفة مسلكهم لبديهيات المبادئ القانونية والمنطقية[1].

يتفق الباحث مع الرأي الذي يمنع المحكم من استبعاد القانون الواجب التطبيق المختار صراحة أو ضمنيا من الأطراف، فالمحكم يستمد من هذه الإرادة سلطته واختصاصه للفصل في النزاع.

فالأثر المترتب على استبعاد المحكم للاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بتجاوز المحكم السلطة المخولة له، واستبعاد القانون الذي اتفق الأطراف –صراحة أو ضمنا – على تطبيقه على موضوع النزاع وطبق قانون آخر بدلا منه ، فحينها يمكن الاستناد إلى ذلك لإبطال حكم التحكيم الذي أصدره بوصفه محكما بالقانون (المحكم المقيد) حتى وإن كان يستند إلى قواعد العدالة والإنصاف، أما إذا كان

[1]– د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري وأثره المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المرجع السابق، ص 35.

المحكم محكما بالصلح (المحكم المطلق) واستبعد القانون الواجب التطبيق، وطبق قانونا آخرا وتبين من حكمه أن تطبيقه لقواعد هذا القانون تحقق العدالة والإنصاف، فقراره لا يكون مخالفا وقابلا للطعن عليه بالبطلان[1].

المطلب الثاني: اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه في حال سكوت الأطراف عن اختياره

إذا لم يقم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه صراحة أو ضمنيا وسكتوا عن ذلك، فإنه يقع على عاتق المحكم عبء البحث عن ذلك القانون الذي لم يحدده الأطراف، فكيف يستطيع المحكم أو هيئة التحكيم تحديد القانون المختص الواجب التطبيق على عقود الدولة؟ إن الإجابة عن تلك التساؤل المطروح نناقشها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: اختيار المحكم للقانون الأكثر صلة بالنزاع

عالجت التشريعات المنظمة للتحكيم حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه وقيام المحكم بهذا التحديد، ففي اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بواشنطن التي تثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى[2]، والتي أقرها البنك الدولي في 1965/03/18، تقرر أن المحكمة تفصل وفق قواعد القانون التي يقرها أطراف النزاع، وعند عدم وجود اتفاق بين الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما فيها قواعد تنازع القوانين.

---

[1]– د/عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

[2]– نص المادة 42 الفقرة الأولى من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

ولقد عالجت القوانين الوطنية في فرنسا ومصر والجزائر حالة انعدام اختيار الأطراف المتعاقدة القانون الواجب التطبيق.

فالمشرع الفرنسي [1] في قانون المرافعات – المادة 1496 – على أن:

"المحكم يفصل في النزاعات وفق القواعد التي يختارها الأطراف وفي حالة تخلف اتفاق التحكيم عن تحديد هذه القواعد، فإن المحكم يفصل في النزاع وفق القواعد القانونية الموضوعية التي يراها ملائمة "، وعليه فمن الممكن اختيار قانون لا يعرف التفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

أما المشرع المصري أوجب على أن يكون القانون المحدد من جانب هيئة التحكيم، في حال غياب قانون الإرادة الصريح والضمني أن يتضمن روابط وثيقة مع موضوع النزاع فنص المادة (2/39) من قانون التحكيم المصري التي نصت على أنه:" 2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع[2]"، فلم يكتف باعتبارات الملائمة في تحديده كما فعل المشرع الفرنسي.

والمشرع الجزائري لم يخرج عن هذه القاعدة إذ نص في المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 على ما يلي:" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن

---

[1]– المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي.

[2]– يقابل ذلك النص المادة (36/ب) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (1496) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، المادة (19/17) من لائحة غرفة التجارة الدولية للتحكيم.

إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم إذا لم تنص على ذلك، تتولى المحكمة ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 1050 على انه: "تفصل محكمة التحكيم (هيئة التحكيم) في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف، وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم ينص على ضوابط اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مقتصرا على قانون الإجراءات فقط، تاركا بذلك الحرية التامة لإرادة الأطراف في اختيار قانون الموضوع وبناء على ما تقدم كان يجب على المشرع الجزائري والمصري والفرنسي حفاظا على خصائص العقود الإدارية اشتراط تطبيق القانون الوطني على هذه العقود، خاصة في حالة عدم التفرقة بين العقود المدنية والإدارية[1].

الفرع الثاني: اختيار المحكم للقانون عن طريق قواعد التنازع

عالجت الاتفاقيات ومراكز التحكيم الدولية وبعض القوانين هذه المسألة، وأوجبت على المحكم أن يطبق القانون الذي تحدده قواعد التنازع التي يراها أنها واجبة التطبيق[2]، وقد طبق ذلك مركز القاهرة الإقليمي في إحدى القضايا، وقرر أن تلجأ المحكمة التحكيمية في بحثها عن قواعد تنازع القوانين لتوصلها إلى القانون الواجب التطبيق إلى خمسة مقاييس، هي قانون مكان

---

[1]– د/ نجلاء حسن أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 529.

[2] – المادة (2/28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "اليونسترال" وتنص على أنه "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق".

التحكيم– قانون مكان توقيع العقد – قانون محل إقامة أطراف العقد – قانون بلد تنفيذ العقد – قانون لغة التحكيم إذا كانت مختلفة عن لغة العقد[1]، وإذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع وطنية في جميع عناصرها، فإن هيئة التحكيم يجب أن تطبق القانون الوطني للدولة القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع[2]، وأيضا يجب على الدولة أن تحرص من البداية على تضمين عقودها ذات الطبيعة الإدارية خلال تعاقدها مع الأطراف الأجنبية تطبيق قانونها الوطني بصورة صريحة وواضحة، حتى لا تترك للمحكم فرصة اختياره القانون الذي قد يخدم مصلحة الطرف الأجنبي على حساب مصلحتها[3]، وهذا ما يؤيده الباحث حماية لمصالح الدولة.

المبحث الثالث: التحكيم وقواعد القانون الإداري

قد جاء التحكيم لتلبية أغراض معينة تتجسد في حفظ النظام والتوازن بين مصالح الأفراد، وعند اختيار التحكيم في المنازعات الإدارية وبخاصة تلك المتعلقة بالعقود الإدارية فإنه يحقق سرعة الفصل في النزاع والمرونة، هذا الأمر يؤدي إلى تحقيق التوازن المالي للعقد، لأن تحقيقه ليس بالأمر السهل، لذلك نجد أنه من أفضل الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف.

ولإلقاء الضوء على أثر التحكيم على بعض نظريات القانون الإداري يستوجب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

---

[1]– القضية التحكيمية رقم (95) لسنة 1997، جلسة 1998/03/12، مجلة التحكيم العربي ، العدد الأول،، مصر، 1999، ص 151.

[2]– د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، مصر، 2000 م، ص 26.

[3]– د/ نجلاء حسن أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 502 .

المطلب الأول: – التحكيم والخصائص الذاتية للعقود الإدارية.

المطلب الثاني: – سلطة المحكم في تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها.

المطلب الأول: التحكيم والخصائص الذاتية للعقود الإدارية

إن اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية من شأنه أن يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها، إذا كان القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف أو المحكم – حال غياب اختيار الأطراف له– لا يعرف التمايز بينها وبين العقود المدنية [1].

ويشير الفقه والقضاء إلى الخصائص الذاتية للعقود الإدارية من خلال بعض المظاهر نعرض لها فيما يلي موضحين المفهوم الحقيقي للخصائص الذاتية للعقود الإدارية.

الفرع الأول: سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها

إن الإدارة تتمتع بسلطات وامتيازات تعكس مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، على أساس أن الإدارة تبتغي من إبرام العقد الإداري تحقيق النفع العام، وبالتالي سمو مركزها القانوني في مواجهة المتعاقد يبرر الغاية التي تسعى إليها الإدارة من إبرام العقد الإداري وهي غاية النفع العام[2]، ويمكن القول إن سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها من فكرة الرضائية في العقد الإداري، ولا يحول دون التوفيق بين هدف الإدارة من العقد وهو النفع العام وهدف المتعاقد منه وهو الربح المشروع والمعقول.

---

[1]– د/ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص119.

[2]– د/ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع، منشأة المعارف، مصر، سنة 2003م، ص 51.

الفرع الثاني: فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد[1]

إن اشتراط موافقة الإدارة للمتعاقد على التنازل عن العقد الإداري أو التعاقد بشأنه من الباطن تمثل سلطة تقديرية، تجعل من فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد إحدى الخصائص الذاتية المميزة للعقد الإداري عن العقد المدني؟

و حق الإدارة في رفض التنازل عن العقد يدخل في باب السلطة التقديرية للإدارة، وهي سلطة مشروطة بحسن استعمالها ومقيدة دائما باستهداف المصلحة العامة [2].

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة

إن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هل سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تنال من فكرة الرضائية في العقد الإداري[3]، باعتبارها جوهر فكرة العقد سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام، وللإجابة على التساؤل السابق نورد الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى: من أبرز التحفظات والضوابط[4] التي نادى بها الفقه من أنصار الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل هي:

– فكرة تغير الظروف كشرط لممارسة سلطة التعديل: فتغير الظروف التي أبرم العقد الإداري في ظلها تعد المبرر لتزويد الإدارة بسلطة تعديل العقد.

---

[1]– د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، مطبعة الإيمان، جامعة عين شمس، سنة 2001م، ص113.

[2]– نفس المرجع ، ص 128.

[3]– يقصد بالرضائية الدور الذي تلعبه إرادة طرفي العقد الإداري في تحديد الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد.

[4]– د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، مصر، سنة 2005م، ص 279.

– سلطة التعديل لا تتناول كل شروط العقد: سلطة التعديل تكون متعلقة بالشروط المتصلة بتنظيم المرفق العام (النفع العام)، والحرص على عدم قلب الأساسيات العقدية للعقد رأسا على عقب.

– مراعاة حقوق المتعاقد في مواجهة سلطة التعديل المخولة للإدارة.

الملاحظة الثانية: وتتعلق بأساس أو مصدر سلطة التعديل التي تمتلكها الإدارة في مواجهة المتعاقد، وهذا الأساس قد يكون لائحيا وقد يكون تعاقديا بممارسة الإدارة في سلطة التعديل خارج إطار النصوص اللائحية أو التعاقدية، منصوصا عليها في العقد الإداري فإنها لا تدخل ضمن الشروط غير المألوفة في القانون الخاص والتي وافق عليها المتعاقد مع الإدارة[1].

الفرع الرابع: حق الإدارة في إنهاء عقودها في أي وقت كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك

ومن أبرز تطبيقات الإدارة في هذا الشأن إنهاء الإدارة لعقد الامتياز قبل حلول موعده دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه عادلا.

من الممارسات العقدية المتعاقبة، فان سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية قبل حلول الأجل الطبيعي لها ودون خطأ من جانب المتعاقد لدواعي المصلحة العامة، هي ليست مطلقة إنما هي سلطة حرص المشرع والقضاء على تنظيمها على نحو يحقق التوازن بين مصلحة الإدارة والمتعاقد معها.

[1]– د/ محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في المنازعات الإدارية ، محاضرة ألقاها في الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، الذي نظمها مركز حقوق عين شمس للتحكيم في الفترة من 2008/11/18 – 2008/11/15.

الفرع الخامس: قاعدة عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ

في مجال القانون الإداري فإن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واستمرار تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب ما دام في استطاعته أدائها، ذلك أن العلاقة التي تربط المتعاقد بالإدارة هي علاقة تعاون من أجل تسيير المرفق العام[1]، وبناء على ذلك فإن المتعاقد لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص.

والسؤال الذي يطرح هنا هل هذه القاعدة طليقة في مجال العقد الإداري؟، للإجابة على هذا التساؤل يورد الباحث الملاحظتين التاليتين وفق ما يتطلبه المنطق:

الملاحظة الأولى: مرتبطة باستطاعة المتعاقد الاستمرار في التنفيذ.

الملاحظة الثانية: يجوز للإدارة والمتعاقد معها الاتفاق في العقد الإداري على جواز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة إذا أخلت بالتزاماتها التعاقدية.

الفرع السادس: نظريات التوازن المالي في العقد الإداري

إن التوازن المالي للعقد الإداري قد يختل بعد إبرام العقد في أثناء تنفيذه بفعل ظروف غير متوقعة يكون من شانها التأثير في اقتصاديات العقد على نحو يختل معه التوازن المالي له، ومن أجل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ابتدع القضاء الإداري وأقر الفقه نظريات ثلاثة أساسية لمواجهة الظروف غير المتوقعة التي يترتب عليها اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، وهي نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

[1]– د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 304-305.

وإزاء تعدد الظروف غير المتوقعة التي تؤثر في اقتصاديات العقد، فإن الدور الذي تؤديه كل نظرية من النظريات السابقة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يختلف بطبيعة الظرف غير المتوقع، فإذا كان هذا الظرف ناشئا عن فعل الإدارة فإن المتعاقد يحصل على تعويض كامل وفقا لنظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف الغير متوقع من طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية ولم يكن لجهة الإدارة المتعاقدة دخلا في حدوثه، فتبقى على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به، وذلك بتعويضه جزئيا استنادا على نظرية الظروف الطارئة، وأخيرا فإن كان الظرف غير المتوقع متمثلا في صعوبات مادية اعترضت تنفيذ العقد الإداري فجعلته مرهقا، فإن المتعاقد مع الإدارة يحصل على تعويض كامل وفقا لنظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

ويرتبط التعويض الكامل لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة بفكرتي العدالة والخصائص الذاتية للعقود الإدارية[1].

المطلب الثاني: سلطة المحكم في تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها

يثار التساؤل هنا وهو كيف يمكن للمحكم في ضوء التصور الحقيقي للخصائص الذاتية للعقد الإداري أن يحقق التوازن بين حقوق الإدارة والمتعاقد؟

من خلال استعراضنا لمجموعة الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، والتي يمكن النظر إليها لأول وهلة على أنها تمثل امتيازات وسلطات تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها،

[1]– د/ رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، سنة 2007م، 143.

تبين لنا أن هذه المظاهر للسلطة العامة في العقود الإدارية، ما هي إلا مجموعة وسائل تمكن الإدارة من هدفها من العقد وهو النفع العام، وهذه الوسائل لا تتعارض مع الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة والتي تمثل الباعث على التعاقد من جانبه، في ضوء هذه الحقيقة التي تقرر عدم التعارض بين هدف كل من الإدارة والمتعاقد معها خاصة كما ذكرنا سابقا، فإن نية الطرفين في العقد الإداري تستهدف المصلحة العامة مع عدم التضحية بالحقوق المالية للمتعاقد، وإن مهمة المحكم في العقد الإداري لا تكون بالصعوبة التي يتصورها البعض، فهناك معطيات أساسية تهيمن على المحكم في عمله أهمها تحقيق العدالة والمساواة بين الطرفين، واحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وهذه المعطيات يمكن تطبيقها في مجال التحكيم في العقود الإدارية، فتحقيق الغاية التي يسعى إليها كل طرف من أطراف الرابطة العقدية تتحقق معها فكرة المساواة بين الطرفين في العقد الإداري[1].

ويمكن للباحث ان يسوق بعض الأمثلة في هذا الصدد:

ا-عند التحكيم في نزاع يتصل بعقد إداري، ويكون موضوعه سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها ومدى أحقيتها في ذلك، ولا يوجد ما يمنع من أن يجيب المحكم الإدارة لطلبها بخصوص تعديل بعض التزامات المتعاقد طالما أنها تتصل بالمصلحة العامة ولا علاقة

[1]- د/ جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، اطروحة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية، سنة2001 م، ص 359.

لها على الإطلاق بالحقوق المالية، هنا يتحقق لكل من طرفي العقد هدفه، الإدارة (المصلحة العامة) والمتعاقد (عدم المساس بحقوقه المالية المستمدة من العقد) [1].

ب- عند التحكيم في نزاع خاص بعقد إداري ويكون موضوعه تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يستخدم نفس السلطة التي يستخدمها القاضي الإداري، فإذا كان القانون الذي تم اختياره للتطبيق يعرف التفرقة بين العقود الإدارية وبين غيرها من العقود الأخرى، وأيضا إذا تضمنت العقود الإدارية ما يحفظ للإدارة سلطاتها وامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها كما أسلفنا ، وهو الحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة مع عدم المساس بالالتزامات التعاقدية للمتعاقد، هنا يتحقق لكل من طرفي العقد الغاية التي يسعى إليها، الإدارة في عدم تعديل شروط العقد رغما عنها حتى لا تتعرض المصلحة العامة للخطر، والمتعاقد بالحصول على التعويض المالي الذي يستعيد به العقد توازنه الاقتصادي.

ج- عند التحكيم في نزاع خاص بعقد إداري موضوعه استخدام الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد بلا خطأ من جانب المتعاقد (كالاسترداد في عقد الامتياز)، هنا يمكن للمحكم أن يستخدم نفس سلطات القاضي الإداري فيسلم للإدارة بحقها في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، خاصة وإذا كان منصوصا على هذا الحق في العقد صراحة، مع تقرير التعويض المناسب للمتعاقد بحيث يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، في هذه الحالة يتحقق لكل من طرفي العقد الهدف الذي سعى إليه، الإدارة حقها في إنهاء العقد بلا خطأ من جانب المتعاقد

---

[1]- فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية – مصر، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، http://www.tashreaat.com/view-studuies2.asp?id=540&std=83 تاريخ الزيارة: 6 فيفري2013.

لدواعي المصلحة العامة، والمتعاقد بتقرير التعويض المناسب له باعتبار أن حقوقه المالية تمثل الهدف الأساسي له من إبرام العقد الإداري [1].

ونتصور أن استخدام المحكم في منازعات العقود الإدارية لذات السلطة التي يستخدمها القاضي الإداري لا يتعارض مع فكرة التحكيم، فالقاضي الإداري يحرص دائما على تحقيق التوازن بين مصالح طرفي الرابطة العقدية وهي نفس المهمة التي يقوم بها المحكم، وكما رأينا فيما تقدم فإن الخصائص الذاتية لا تعني بأي حال المساس بالحقوق المالية للمتعاقد والتي تمثل الباعث والدافع على التعاقد من جانبه، وفي ضوء هذه الحقائق يمكن للمحكم أن يوفق بين مصالح الطرفين عند التحكيم في منازعة تتصل بعقد إداري، ويؤكد ذلك ما قضت به هيئة التحكيم في إحدى قضايا مركز القاهرة الإقليمي "... فانه لا يتصور أن يكون تشريع الحق في فرض الغرامة في العقود الإدارية مما يؤدي إلى إخلال جسيم بالتوازن المالي للعقود، ولذلك وجب أن يوضع حد معقول لحجم الغرامات التي يمكن فرضها، وبما لا يخل بالصالح المشترك الذي جمع بين المتعاقدين وعبرت عنه إرادتهما المشتركة في العقد المعني، وانعقد التزام كل منهما انعقادا وثيقا بما له من حق مقابل لدى الآخر ..." [2] .

---

[1]– فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية – مصر، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، نفس المرجع السابق، تاريخ الزيارة 6 فيفري2013

[2]– القضية التحكيمية رقم (394) لسنة 2004، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، أغسطس 2006 ، ص 284–285.

UNIVERSITE SETIF2

الباب الثاني

الباب الثاني

إبرام عقود الإنشاءات الدولية ووسائل تسوية المنازعات الناتجة عنها

تمهيد:

إن عمليات البناء والتشييد تشغل مركزًا مرموقًا في خطط التنمية الاقتصادية في جميع الدول، باعتبارها وسيلة لإشباع الحاجات الرئيسية للناس سواء لأغراض السكن أو لإقامة مرافق الخدمات أو مزاولة الأعمال، وفضلا عن ذلك فقد اكتسبت صناعة البناء أهميتها من كونها تقود قاطرة التنمية في قطاع عريض من الأنشطة الاقتصادية.

حيث ترتبط بها الكثير من المهن والحرف، ويعتبر انتعاش هذه الصناعة مؤشرا جيدا على التحرك الإيجابي للاقتصاد القومي نحو النمو والعكس صحيح أيضا في حالة كساد صناعة البناء، لذلك تحرص الدول على إصدار التشريعات المنظمة لصناعة البناء والتشييد وما يتصل بها من أعمال ومستلزمات، كما أن أرباب صناعة البناء والانشاءات يقومون بأنفسهم بتطوير نماذج عقدية لتنظيم علاقتهم ببعضهم البعض مما يجب أن يراعى في ضبط أحكامها قواعد القانون والعرف.

وكذلك تلعب عمليات البناء والتشييد دورا هاما في إقامة المرافق العامة التي تتولى إداراتها الدولة أو أشخاص القانون العام، وقد اقتضت أهمية عقود الأشغال العامة وما يشابهها التي تعهد بمقتضاها الدولة إلى أشخاص آخرين، ببناء منشآت المنفعة العامة أن يفرد لها المشرع تنظيما خاصا يراعى فيه مقتضيات المصلحة العامة وهو ما نراه في التنظيم الذي تضعه قوانين المناقصات والمزايدات العامة.

وتضبط تشريعات أعمال البناء والتشييد والعقود المتعلقة بها أساليب مزاولتها، ولهذا الغرض تضع على عاتق القائمين عليها العديد من الالتزامات ضمانا لسلامة المنتج وتوفيرا للخصائص التي يمكن من أداء الخدمات المرتبطة باستخدامه في نواحي الحياة المختلفة.

وقد أملى تعدد الحاجات المرتبطة بصناعة الإنشاءات إلى وجود حزمة من العقود المتعلقة بالمرافق العامة والتي ترغب الدولة في إسناد إقامتها وإدارتها للقطاع الخاص، ومن أمثلتها عقود البناء والتشغيل والتمويل (B.O.T) وتفريعاتها، وكما هو واضح فإن عقود البناء والتشييد تشكل أحد عناصر هذه الحزمة العقدية التي يدخل في تكوينها عقود أخرى عديدة، وتعدد عقود الحزمة يقيم علاقات متشابكة بين أطرافها، وهو ما يتطلب الاعتناء بتنظيمها تفاديا للمنازعات المعقدة التي تنشب في حالة الإخلال بالالتزامات المتولدة عنها.

وقد كانت العلاقات العقدية بين جهات الادارة والمقاولين المتعاقدين معا مجالا خصبا للمنازعات حول حقوق والتزامات الطرفين، وهي منازعات صدرت بشأنها العديد من المبادئ القانونية من المحاكم وهيئات التحكيم.

ورغم أن المحاكم تمثل المنبر التقليدي لطرح منازعات الإنشاءات وحسمها، إلا أن ثمة أسبابا جعلت أرباب صناعة البناء يفضلون تسوية منازعاتها بطرق بديلة للمحاكم نذكر منها التوفيق والوساطة والتحكيم.

وقد اكتسب التحكيم في منازعات عقود الإنشاءات أهمية كبيرة في العصر الحديث، خصوصا فيما يتعلق بالمنشآت الضخمة كالمصانع والمجمعات السكنية والتجارية والمطارات ومحطات توليد الطاقة الكهربائية، ذلك أن عقود الإنشاءات في مثل المجالات المذكورة، تتميز بضخامة قيمتها وامتداد تنفيذها على فترات طويلة، مما يعطى المجال لبروز منازعات بين أطرافها، لذلك اعتنت المؤسسات المهنية بتطوير أنظمة لتسوية هذه المنازعات تتوافق مع طبيعة صناعة البناء ومنازعاتها.

ولتوضيح تلك الموضوعات يقسم الباحث هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: إبرام عقد الإنشاءات الدولي وأثاره

الفصل الثاني: تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية

UNIVERSITE SETIF2

الفصل الأول

تمهيد:

تشغل عقود عمليات البناء والإنشاءات موقعا هاما في الدول المتقدمة والدول النامية على السواء وخاصة في الفترة الأخيرة ، حيث تلعب دورا هاما في خطط التنمية الاقتصادية والبناء في المجتمعات الحديثة، والهدف منها المنفعة العامة و التنمية الاقتصادية الشاملة والتي تسعى كل الدول إلى تحقيقها، حيث تضطر الدولة وأشخاص القانون العام إلى التدخل في إبرام أو في الإشراف والرقابة على عقود التنمية الاقتصادية، من خلال إبرام عقود طابع اقتصادي لتحقيق أهدافها فهذه العقود غالبًا ما تكون عقودًا ضخمة، وهي متنوعة تختلف بالنظر إلى طبيعة المشروع أو المنشأة المراد إقامتها، أو بالنظر إلى مقابل الأعمال محل العقد، وتبعا لذلك يختلف منهج وأسلوب التعاقد في كل نوع من هذه العقود.

وتلعب دورا هاما في تنفيذ خطط التنمية خصوصا في الدول النامية، مثل عقود البنية التحتية كالمطارات والموانئ، فهي عقود دولية كونها تتضمن أداءات يتطلب تنفيذها انتقال مستلزماتها من أموال وخدمات ومهمات عبر حدود الدول الجغرافية، وهو ما يقودنا إلى إسباغ صفة الدولية على أي عقد منها ما دام يتضمن انتقالا للأموال أو السلع أو الخدمات عبر الدول.

ويتطلب إنجاز هذه العمليات إبرام العديد من العقود سواء كانت مركبة أو عقود مستقلة ولكنها متساندة، فقد يجمع التعاقد على البناء أو التشييد أطرافا ثلاثة أو أكثر نذكر منهم رب العمل والمقاول والمهندس، لكن قد تنشأ علاقة عقدية مستقلة بين رب العمل والمهندس من ناحية وعلاقة أخرى بين رب العمل والمقاول من ناحية أخرى، ما يؤدي إلى تشابك علاقات العقد مع علاقات عقدية أخرى، كما هو الشأن في العلاقات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي مع عقد المقاولة من الباطن، أو عقد الاستشارات الهندسية الذي يبرمه صاحب العمل مع مهندس للإشراف على الأعمال المكلف بإنجازها المقاول الأصلي بمقتضى عقد المقاولة معه، بل أن العلاقات العقدية قد تتقاطع في إطار نظام يشتمل على حزم عقدية كما هو الشأن في

نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي يتضمن عقودا أخرى، غير مقاولات البناء أو التشييد مثل التمويل والتامين والصيانة، كما أنه قد يتعدد أطراف العلاقات العقدية تبعا لتعددها، ففي المشروعات الضخمة يتعاقد ملاكها من الممولين (أصحاب العمل) مع المقاولين على اختلاف مجالات تخصصهم، أو مع اتحاد يجمعهم وكذلك مع المقاولين من الباطن والمهندسين على اختلاف اختصاصاتهم وحسبما تتطلب حاجة المشروع.

وترتب هذه العلاقات التعاقدية عددا من الالتزامات المحددة في بنود العقد أو مقررة طبقا للعرف .

ومن الواضح أن نجاح إنجاز المشروع الذي يتعدد أطرافه، يتوقف على تعاونهم وعلى التزامهم بأصول المهنة، ونظرا لارتباط أجزاء المشروع فإن قدرة كل طرف على إنجاز مهمته ترتبط بمدى التزام الآخرين بما هو مطلوب منهم.

وإضافة إلى ذلك فلهذا النوع من العقود صيغا معينة لإبرامها، إما عن طريق طرح رب العمل لمناقصة عالمية على مستوى مختلف دول العالم، التي يوجد فيها مقاولون يتمتعون بخبرة معينة ومتخصصون في نوعية النشاط الذي يتعلق بالمشروع المزمع إنشاؤه، ويحدد رب العمل ميعاد لتلقي العطاءات مع تحديد المستندات التي يجب أن ترفق بها، وقد يلجأ رب العمل إلى أسلوب التفاوض المباشر مع المقاول أو أكثر بقصد إبرام عقد من عقود الإنشاءات مع أحدهم.

ويتبع في أسلوب تقديم العطاءات عادة أحد النظامين:

النظام الأول: وهو المفتوح الذي يتم عن طريق إعلان عام أو دعوة عامة على المستوى الدولي.

النظام الثاني: النظام المحدد والذي يقتصر على توجيه الدعوة إلى عدد محدد من المقاولين المتخصصين.

ويمكن النظام المفتوح أكبر عدد من المقاولين من الاشتراك في المناقصة المتعلقة بتنفيذ مشروع معين، ويمكن هذا النظام رب العمل من الحصول على أفضل الشروط من خلال فحص عدد كبير من العطاءات المقدمة من مختلف دول العالم، فيحصل بذلك رب العمل على أقل الأسعار وأفضل التصميمات.

ومن هنا كان لابد من التركيز على نقطتين هامتين هما:

إبرام العقد الدولي للإنشاءات وآثاره من حيث التزامات الأطراف وحقوقهم.

وعليه ستكون دراستنا في هذا الفصل من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: عقود الدولة.

المبحث الثاني: إبرام عقد الإنشاءات الدولي.

المبحث الثالث: آثار عقود الإنشاءات الدولية.

المبحث الأول: عقـود الـدولـة

إن مسألة إبرام العقد الدولي للإنشاءات تثير العديد من الموضوعات نظرا لأنها تمثل مرحلة هامة من مراحل إبرام العقد الدولي للإنشاءات، وقبل التطرق لموضوع عقد الإنشاءات الدولية فإنه من الضروري إبراز مفهوم عقود الدولة لفهم الارتباط بينها وبين عقود الإنشاءات.

المطلب الأول: تأصيل مفهوم عقود الدولة

تعتبر عقود الدولة من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية المعاصرة، وأصبحت هذه العقود ظاهرة قانونية محل إهتمام فقهي مع أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ولعل أحكام محاكم التحكيم وكذا مجهودات المنظمات الدولية التي كرست لجان متخصصة التي أوكلت لها مهمة دراسة وإيجاد الحلول لمثل هذه العقود، ساهمت في بلورة أحكام خاصة في كثير من الأحيان عن أحكام العقود الدولية العادية.[1]

ولقد ولد هذا المصطلح منذ سبعينات القرن الماضي، والذي جاء بمفهوم دقيق لنوع معروف من العقود ليس فقط على صعيد القانون الدولي بل على مستوى القانون الداخلي، ولكن هذه العقود بدأت اليوم في التغير، والذي جعل هذه الطائفة من العقود تتراوح بين العقد الإداري الداخلي والعقود المبرمة بين الدول المنتمية إلى النظام القانوني الدولي.[2]

ويرجع مصطلح عقود الدولة إلى أصل إنجليزي، فهو مأخوذ من ترجمة مصطلح " State contracts" ويقصد بها العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، ومن هذا المصطلح

---

[1]– عوض الله شيبة الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، اطروحة دكتوراه– جامعة أسيوط، مصر، 1992، ص 01.

[2]- Berlin Dominique : Contrat d'Etat, Recueil Dalloz, 2ème Année , 15 avril 1998, p02.

الإنجليزي اشتق المصطلح الفرنسي "Contrats d'Etat"، على أنه يمكن الإشارة إلى أن هنالك من يطلق على تسمية هذه العقود بمصطلح "le contrat gouvernemental" .

المطلب الثاني: مفهوم عقود الدولة

تلعب عقود الدولة دورا هاما في تنفيذ خطط التنمية خصوصا في الدول النامية، مثل عقود البنية التحتية كالمطارات والموانئ، فهي عقود دولية كونها تتضمن أداءات يتطلب تنفيذها انتقال مستلزماتها من أموال وخدمات ومهمات عبر حدود الدول الجغرافية، وهو ما يقودنا إلى إسباغ صفة الدولية على أي عقد منها ما دام يتضمن انتقالا للأموال أو السلع أو الخدمات عبر الدول، ولمعرفة طبيعتها التقنية وجب التعرف عليها من الجانب القانوني.

لكي نتمكن من التعريف العام لعقود الدولة، فإن هذا يستوجب الوقوف على "**المفهوم الاصطلاحي و الفقهي لعقود الدولة**" وذلك ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة

إن لتباين المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة من خلال استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة **أولا**، و تثبيت الوصف العقدي على عقود الدولة **ثانيا**، يوصلنا في الأخير إلى بيان التعريف الفقهي لعقود الدولة **ثالثا**.

أولا- استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة:

تناولت كثير من الدراسات هذه العقود باستخدام مصطلح "اتفاقات Accords" بدلا من مصطلح "العقود Contrats"، مع أن هناك فرقا ظاهرا بين الاتفاق والعقد، كما يلاحظ أن المعاملات الاقتصادية الدولية المعاصرة شهدت ميلاد الكثير من العقود التي لها مسميات مستحدثة، تختلف عن مسميات العقود الداخلية التقليدية، وإذا كانت التعاقدات الدولية على

المستوى الدولي بدأت تتمرد على المسميات التقليدية لنظرية العقود الداخلية، فإن هذا لا يعد كافيا لتسميتها باتفاقات وأن تسمية عقود الدولة هي الأكثر دقة في هذا المقام.[1]

وكون إن عقود الدولة بطبيعة الحال تفتقد للمساواة بين أطرافها، على الأقل من الناحية الاقتصادية والسياسية، ولكن هذا لا ينفي عليها إطلاقا وصفها بالعقود.

ثانيا- تثبيت الوصف العقدي على عقود الدولة:

لقد تباينت الآراء بشأن عقود الدولة، لكن الإجماع ينفي وجود عقد الدولة كعقد مسمى، إذن نحن أمام مفهوم قانوني ابتدعه الفقه، ليصلح تمييزا لطائفة من العقود عن غيرها من العقود التي تتخذ نماذج عدة ولكنها تتفق في مفهوم أطراف العقد والنظام القانوني الملائم الذي تنتمي إليه، ولكي نبحث عما قصده الفقه بمصطلح عقود الدولة سنجد أنه من الناحية اللغوية يقصد به كل عقد يكون أحد أطرافه الدولة، وليس كلا طرفيه دول وإلا سنقع أمام عقد بين دولتين، إذ من الممكن إبرام عقد بين دولتين ولكنه بمعاهدة.[2]

ولكي نتمكن من تحديد مفهوم عقود الدولة باعتبارها تندرج ضمن زمرة العقود الدولية ينبغي لنا في المقام الأول أن نميز بين المعاهدة والعقد الدولي، حيث أن كلاهما يعد من قبيل التصرفات القانونية المتعددة الأطراف يتمثل في توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية إلا أن المعاهدة تبرم في إطار الجماعة الدولية بين اثنين أو أكثر من أشخاص القانون العام ووفقا لأحكامه، تتعلق بشأن عام من شؤون تلك الجماعة أو بأمر من الأمور السيادية للدول،

---

[1]- عوض الله شيبة الحمد السيد، مرجع سابق، ص 08.

[2]- Leben Charles : L'évolution de la notion de contrat d'Etat, Revue de l'arbitrage, les Etats dans le contentieux économique international, Paris, 24 janvier 2003, comité francais de l'arbitrage, 2003, N°3, éditions LITEC, pp 330, 331.

لتنظيم العلاقات بينها بوصفها السيادي أو مع المنظمات الدولية من خلال بيان الحقوق والالتزامات المتبادلة أو إرساء قواعد قانونية تحكم سير العمل فيما بينها.[1]

أما العقد الدولي "le Contrat International" فقد يتعلق أحيانا بشأن من الشؤون الخاصة كتبادل السلع والمنتجات والخدمات ويكون أحد أطرافه من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلي.

وعليه هذا ما أدى تعريف البعض لعقود الدولة في مجال القانون الدولي، بأنها العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية، كعقود شراء الأسلحة وعقود امتياز المرافق، أما العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي في نطاق القانون الخاص، فهي لا تندرج تحت ما يسمى اصطلاحا بعقود الدولة.[2]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقود الدولة

لقد عرف Jean Pière Regli عقود الدولة[3] بأنها عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة وشخص طبيعي أو اعتباري، وتتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل وبتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية، كما أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج وتصنيع وتوزيع المنتجات الأولية وهو يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا، كما أنه

---

[1]– محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2006، ص 10.

[2]– هاني محمود حمزة، النظام القانون الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقيقية، لبنان، 2008، ص 40.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم– دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 61 .

اعتبر هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف فيها.[1]

أما Mc Nair فقد عرف عقد الدولة من خلال تعداد العناصر المميزة للعقد، فاعتبر أن:

"**عقود الدولة هي العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة طويلة المدة، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية الدولية للطرف الأجنبي، وتتضمن شرط تحكيم وتخضع في جانب منها للقانون العام وفي الجانب الآخر للقانون الخاص**".[2]

إذ أن الباعث وراء إبرام هذه العقود على اختلاف نماذجها هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وذلك من خلال ما يستفيد منه اقتصاد الدولة المتعاقدة من رأس مال وتكنولوجيا وقدرات ومهارات إدارية، وغيرها من العوامل التي تسهم بشكل كبير في دفع وتيرة الاقتصاد الوطني.[3]

ولقد كانت هذه العقود تضطلع بدور فاعل في التنمية الاقتصادية للدول النامية وحتى الدول المتقدمة.

إضافة إلى أن طبيعة عقود الدولة وارتباطها في غالب الأحيان بالخطط التنموية للدولة، تتطلب التعاون المستمر بين الأطراف، حيث أن حجم الأنشطة المطلوب تنفيذها في مثل هذه العقود يستلزم التعاون المستمر بين الأطراف، فيقوم المستثمر مثلا في عقود الاستثمار بإمداد

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، نفس المرجع، ص 62.

[2]– هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 40.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 68. / سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية – النظرية المعاصرة ، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 196.

الدولة بأفضل المواد المناسبة لمشروع التعاقد، على أن الدولة كذلك من جهتها تقدم التسهيلات اللازمة من أجل إنجاز المشروع. [1]

و هذا ما قد يؤدي إلى عدم اتفاق مفاهيم وقواعد النظام القانوني للدولة المتعاقدة مع مفاهيم وقواعد النظام القانوني للدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي، مما يلزم الأطراف على اختيار النظام القانوني الذي يرضونه ليكون النظام القانوني الواجب الإعمال على العقد.[2]

المبحث الثاني: إبرام عقد الإنشاءات الدولي

من خلال هذه المفاهيم ارتأى الباحث التطرق لموضوعات ثلاثة بالخصوص هي: الطريقة التي يتم بها اختيار المتعاقد، والمفاوضات التي تحدث قبل التعاقد والمسؤولية المتعلقة بها، وأخيرا الصيغ المختلفة لإبرام عقود الإنشاءات الدولية وهذا وفق التقسيم الآتي:

المطلب الأول: كيفية اختيار المتعاقد.

المطلب الثاني: المفاوضات في المرحلة قبل التعاقدية والمسؤولية المتعلقة بها.

المطلب الثالث: الصيغ المختلفة لإبرام عقود الإنشاءات الدولية.

المطلب الأول: كيفية اختيار المتعاقد

قبل مناقشة كيفية اختيار المتعاقد لابد أن نتعرض لنقطة هامة وهي أطراف عقد الإنشاءات الدولي.

---

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 69.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 15.

الفرع الأول: أطراف العقد الإنشاءات الدولي

إن الطرف في العقد الدولي قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، والشخص الاعتباري قد يكون من أشخاص القانون العام كالدولة أو إحدى الأجهزة أو المؤسسات التابعة لها أو من أشخاص القانون الخاص بالشركات والجمعيات وكذلك المنظمات الدولية والإقليمية.[1]

وعلى العموم فإن طرفي عقد الإنشاءات الدولي أحدهما وطني والآخر أجنبي، فالطرف الوطني يكون ممثلا في الدولة أو أحد مشروعاتها العامة، بينما الطرف الأجنبي عبارة عن مجموعة من المشروعات تتعاون فيما بينها لتنفيذ العقد، وفي هذه الحالة الأخيرة قد تنتمي كل هذه المشروعات إلى جنسية دولة واحدة؛ وقد تنتمي لجنسية أكثر من دولة، بل إن احد المشروعات المحلية قد يعمل في إطار هذه المجموعة. [2]

أولا: الطرف الوطني في عقد الإنشاءات الدولي

قد تتدخل الدولة أو أحد أجهزتها العامة أو أحد مؤسساتها أو هيئاتها أو شركاتها المرتبطة بها لإبرام أحد عقود الإنشاءات الدولية.

وهي إذ تتدخل– الجهة الممثلة في الدولة– قد تتعاقد بصفتها تلك، أي كدولة ذات سيادة، ومع ذلك فقد يكون ذلك التدخل منها أو من احد تابعيها المذكورين لا بصفتها سلطة عامة، ولكن كأحد أشخاص القانون الخاص فتخضع للقانون الخاص.

---

[1]– د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 69.

[2]– د/ أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، مصر،2008م، ص 138.

ومن ثم فإن مفهوم الدولة الطرف في العقد هو مفهوم متغير وقد يضيق ويتسع، لذلك فمن الملائم أن نبدأ بالتمييز بين دور الدولة كسلطة عامة ودورها كمتعاقد.

ا- الدولة سلطة عامة وطرف في عقود الإنشاءات الدولية

فإن من الأفكار الحديثة التي ظهرت في النصف الثاني من القرن العشرين ظهور فكرة التعاون للتنمية، التي قامت على أسس من الأفكار المتعلقة بالتضامن ووجوب المساواة في الفرص بين المجتمعات في الفكر الاقتصادي، وقد ارتبطت هذه الفكرة بوجود المذهب التدخلي l'Interventionisme للدولة في الشؤون الاقتصادية والتجارية فكيف تتدخل الدولة في العلاقات التجارية وهل لتدخلها أثر معين؟[1]

وهنا الدولة قد تسلك حين تتدخل في المجالات الاقتصادية أحد المسلكين:

المسلك الأول (دولة ضابطة): أنها تترك التعاقد للقطاع الخاص ووفقا للقواعد المعروفة في علم الاقتصاد وقواعد السوق، على أن تكتفي بإصدار اللوائح والقوانين المنظمة لنشاط القطاع الخاص.

المسلك الثاني(دولة متدخلة): وقد تجد الدولة أنه من الضروري أن تتدخل بنفسها للقيام بالنشاط الاقتصادي، كأن تتعاقد الحكومة الوطنية خاصة في مجال إنشاء المطارات وتوليد الطاقة والصناعات الحربية، وما إلى ذلك من الأنشطة التي تضطلع بها الدولة.

---

[1]– فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية – مصر، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، http://www.tashreaat.com/view-studuies2.asp?id=540&std=83 تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

ويلاحظ أن الدولة من هذا خلال المسلك تمارس النشاط الاقتصادي كشخصية عامة أو من خلال استخدام المشروعات العامة والخاصة التي للدولة عليها سلطات واسعة.[1]

ومما يلاحظ على ما تقدم أن الدولة تقوم بدورين في علاقتها الاقتصادية، فهي بجوار ممارستها لأعمال السيادة من جانب، تمارس دورها كشريك متعاقد يتصرف في إطار من المساواة القانونية التي يقرها وينظمها القانون الخاص.

ب- مفهوم الدولة الطرف في عقود الإنشاءات الدولية

من العادة أن يتم منح الامتياز عن طريق الحكومة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة التي تمثل الدولة، وهذا يوضح أن للدولة الطرف في مفهوم العقود الدولية معيارين: حيث يعتبر الاول مقيد، تظهر الدولة كسلطة عامة في اتفاقية الامتياز، ومن ثم أي خلاف حول هذه الاتفاقية يختص به القضاء الإداري.

والثاني أكثر اتساعا، وهو الذي يلحق بالدولة تقسيماتها السياسية والإدارية ووحداتها الاقتصادية التي تخضع في اتفاقياتها وعقودها للقانون الخاص كأشخاص القطاع الخاص، و بأن الاعتماد على تمتع المشروعات الاقتصادية بالشخصية القانونية ليس كافيا للقول بأن هذه المشروعات لا تمثل الدولة، ففي الغالب تمارس هذه المشروعات أنشطتها تحت رقابة و إشراف أجهزة الدولة[2].

وبناء عليه هناك ضرورة للتمييز بين نوعين من العقود التي تبرمها هذه المشروعات.

---

[1]- د/ أحمد شرف الدين، فكرة القانون الاقتصادي -دراسة في التحولات الاقتصادية، بدون ناشر، 1988، ص 15.

[2]- د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 142.

النوع الأول: العقود التي تبرمها هذه المشروعات وتكون مرتبطة بالوظائف الاقتصادية الرئيسية للدولة، ففي هذه الحالة لا يمكن التذرع بأن هذه المشروعات تتمتع بالشخصية القانونية والمستقلة عن الدولة بل يجب أن تعامل هذه العقود كما لو كانت الدولة هي التي أبرمتها بنفسها.

النوع الثاني: العقود التي تبرمها هذه المشروعات خارج الوظائف الاقتصادية الرئيسية للدولة، ففي هذه الحالة يمكن القول بأنه طالما أن هذه المشروعات تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة فإنها لا تمثل الدولة في هذا الفرض، ومن ثم فإن الدولة تعتبر طرفا غير مباشر في هذه العقود[1] .

ثانيا: الطرف الأجنبي في عقد الإنشاءات الدولي

قد تتعاقد الدولة مع شخص اعتباري أجنبي (وهذا الوضع الغالب)، أو قد تتعاقد مع شخص طبيعي وهذا نادر الحدوث ولعل ذلك يرجع إلى أن هذه العقود تتطلب خبرات فنية وموارد مالية ضخمة، قد لا تتوافر إلا لدى الأشخاص المعنوية مثل الشركات البترولية الكبرى وشركات الإنشاءات والمقاولات الكبرى[2].

فالشخص الاعتباري هو كل مجموعة من الأشخاص الطبيعية التي تستهدف تحقيق غرض مشترك، وكل مجموعة من الأموال ترصد من أجل تحقيق غرض معين[3]، ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية التي تجعلها أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات والالتزامات،

---

[1]– د/ أحمد حسان الغندور، نفس المرجع، ص 142.

[2]– د/ سراح حسين أبو زيد، مرجع سابق ، ص 30.

[3]– د/ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 93.

وتجعل لها ذمة مالية مستقلة حتى تمكنها من مزاولة نشاطها بصفة مستقلة عن شخصيات وأموال الأشخاص الطبيعيين المكونين لها؛ والوضع الغالب هو أن تتعاقد الدولة ممثلة في الإدارة مع الأشخاص الاعتبارية الخاصة أيا كان نوعها فقد تكون مجموعة شركات فيما بينها CONSORTIUM وذلك مثل مجموعة الشركات التي تشترك في تنفيذ مترو الأنفاق، وقد تكون مجموعة شركات متعددة الجنسيات، أو تكون شركة واحدة مملوكة لشخص واحد [1]، وقد درجت على استخدامه الاتحادات واللجان المعنية بهذه العقود[2].

وقد تتخذ المشروعات الأجنبية التي يتعاقد معها الطرف الوطني بهدف تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات عدة صيغ على النمط الآتي:

أ- الكونسورتيوم CONSORTIUM :

إن اصطلاح CONSORTIUM (أو اتفاق التعاون) ليس اصطلاحا قانونيا، كما أنه ليس له مفهوم قانوني منضبط في التشريعات المقارنة، وقد أدى وجود النقص التشريعي في هذا الصدد إلى انتشار فوضى اصطلاحية Terminologie Anarchie في العمل الدولي، والى مزيد من الغموض حول المقصود باصطلاح الكونسورتيوم وغيره من الاصطلاحات المستخدمة في العمل للدلالة على التعاون بين المقاولين الدوليين لتنفيذ مشروع معين[3].

---

[1]– د/ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، نفس المرجع، ص 94

[2]– عقد الفيديك، الطبعة الرابعة المادة ستة، 1987، حيث عرف هذا العقد المقاول في البند1/أ/2 الطبعة الثانية للترجمة العربية لعقد الفيديك والصادرة عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، مصر، 1993.

[3]– د/ هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسورتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 6.

واصطلاح الكونسورتيوم ليس اصطلاحا عربيا ولكنه مستمد من الاصطلاح اللاتيني كونسورتيو Consortio وله معان متعددة منها: التعاون والمشاركة والملكية المشتركة والمشاركة في الحياة Community of life ، ويمكننا أن نعرف الكونسورتيوم بأنه: اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان أو أكثر على التنسيق فيما بينهما لاستخدام إمكانياتهما الفنية والمالية بغرض الدخول في مناقصة أو مفاوضة مع رب العمل، وتنفيذ عقد المقاولة على نحو التضامن قبل رب العمل ويكون كل طرف في علاقته الداخلية بالطرف الآخر مسئولا قبل الطرف الآخر عن تنفيذ هذه الأعمال، ولا يعد اتفاق الكونسورتيوم نواة لخلق شخصية معنوية أو حتى لتكوين كيان اقتصادي مستقل عن أعضائه[1]، ويلقى هذا التعريف المطول تأييدا لدى جانب كبير من رجالات الفقه[2] .

وكما هو واضح من هذا التعريف، فإن الأصل في اتفاق الكونسورتيوم هو أن أطرافه لا يبغون من ورائه تأسيس شركة أو خلق شخصية معنوية وإنما الغرض من هذا الاتفاق ينحصر في القيام بتنفيذ مشروع معين بذاته لصالح رب العمل، ولا يهدف أطرافه من ورائه إلى خلق كيان اقتصادي مستقل أو تنفيذ عمليات متتابعة ومتشابهة.

وتحتوي اتفاقات الكونسورتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون عادة على البنود الاتفاقية الآتية:

---

[1]– د/ هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص10.

[2] – GLAVINIS (P),le contrat international de construction,Paris, Edition G.L.N Joly ,(1993), p 340 .

– الغرض من الاتفاق– طبيعة النشاط والتعاون بين الأطراف– مدة الاتفاق– مسؤوليات أعضاء الكونسورتيوم، وكيفية توزيعها خلال المرحلة قبل التعاقدية وأثناء تنفيذ العقد– المفاوضات مع رب العمل والتوقيع على العقد– التنسيق بين الأعضاء واختصاصات لجنة الإدارة– التزامات وحقوق قائد الكونسورتيوم The Leading Party – تنفيذ الأعمال– المسؤولية المدنية وحدودها– تسوية المدفوعات التي يؤديها رب العمل– التأمين والضمانات والتكاليف المشتركة– المقاولة من الباطن وتنظيم تشغيل المستخدمين والعاملين بالمشروع– المسؤولية التضامنية– الالتزام بالإعلام والمحافظة على السرية– حوالة الحقوق والديون– تغيير الأعمال وتعديل بنود الاتفاق– تسوية المنازعات الناشئة عند تنفيذ الاتفاق[1].

ب– نادي المؤسسات:

ويقصد به تجمع عدد من المشاركين بواسطة عقد تجمع فني أكثر مما هو قانوني، إذ انه يهدف إلى تنسيق كفاءات الأعضاء بضمان فاعلية أكبر ولا يتمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية، ولا تضامن في المسؤولية بين الشركاء، وفي حالة وجود أي نقص فعلى الطرف الوطني تقع مسؤولية إثبات وتحديد المسؤولية، ولهذا فإن هذا النوع لا يستطيع منافسة التجمعات الأخرى التي تتصف بالتضامن[2].

[1]– د/ هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 12–13.

[2]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 145.

ج – المشروع الواحد المسؤول:

يقصد بهذا النوع تلك الشركة التي تتخذ شكل شركة تضامن أو شركة ذات مسؤولية محدودة، وفي هذه الحالة عادة ما يشترط الطرف الوطني أن تضمن الشركة الأم تعهدات هذه الشركات، وذلك للحد من تهرب الشركات الكبرى من المسؤولية نتيجة لأعمال بعض فروعها في الدولة التي ينفذ فيها المشروع.[1]

د – تجمع المنفعة الاقتصادية (Groupement D'intérêt Economique):

يقصد به ذلك التجمع الذي يتم بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لمدة محددة دون أن تحل هذه الشخصيات، إذ تبقى المشروعات لأعضاء محتفظة بنوع من الاستقلالية رغم تمتع التجمع بالشخصية القانونية، بالإضافة إلى المسؤولية التضامنية والفردية لأعضاء التجمع عن ديونه.

وبهذا نكون قد ألقينا الضوء على أطراف العقد الدولي للإنشاءات بالقدر الذي يلزم علينا أن نناقش كيفية اختيار المتعاقد.

الفرع الثاني: كيفية اختيار المتعاقد

لما كانت الشركات الأجنبية هي بمثابة الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة الوطنية، فإنه يثار تساؤل عن الضابط الموضوعي الذي يستعان به في إضفاء الصفة الأجنبية على هذه الشركات؟ [2].

---

[1]– د/ أحمد حسان الغندور، نفس المرجع، ص 146

[2]– د/ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 94.

الملاحظ هنا أن المعيار السائد فقها وقضاء هو معيار الجنسية la Nationalité، فالجنسية هي المعيار الواجب الاتباع في تحديد تمتع هذه الشركات بالصفة الوطنية أو الأجنبية، وبالتطبيق على ذلك يمكن القول بأن الصفة الأجنبية تلحق بكل شركة لا تتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في العقد؛ وتعد وطنية عندما تحمل جنسية هذه الدولة [1].

وقد تعرضت اتفاقية واشنطن لهذا الفرض، وهذه الاتفاقية تتعلق بحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار والقائمة بين الدولة وتابعي الدول الأخرى، وقد نصت المادة (25) من اتفاقية واشنطن على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بنظر المنازعات التي تثور بين دولة متعاقدة وبين شخص تابع لدولة أخرى وتتعلق بعقد من عقود الاستثمار.

ولما كانت عقود الدولة تنقسم إلى عقود إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري وعقود تخضع للقانون الخاص فإن الإجراءات المقيدة لحرية الإدارة في اختيار الطرف الأجنبي قد وضعت لتحقيق المصلحة العامة، تلك المصلحة التي تتمثل في اختيار المتعاقد الأجنبي الذي يقدم أفضل العروض سواء من الناحية المالية أو الفنية.

وقد حددت اغلب القوانين الوضعية بما فيها التشريع الجزائري طرق إبرام هذه العقود وهي المناقصة أو المزايدة، المنافسة أو الدعوة إلى التعاقد– طريقة الاتفاق المباشر [2].

---

[2]– د/ سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 30.

[2]– د/ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 127.

أ –المناقصات أو المزايدات L'Adjudication:

المناقصة وسيلة تختار بها الإدارة من تعاقد معه لأداء أعمال تتعلق بتسيير مرفق عام، بحيث يكون أفضل مقدمي العروض من الناحية الفنية، وأن يكون الأقل من الناحية المالية مع إلتزامه بالمدة المقررة لإنهاء الأعمال.

والمناقصة قد تكون عامة أو مفتوحة Publique ou Ouverte وهي شكل من أشكال المنافسة تستهدف إخضاع التعاقد لأكبر قدر ممكن من المنافسة[1]، وهي التي يسمح فيها بالاشتراك لمن يشاء بعد إجراء الإعلان وتلتزم الإدارة باختيار الأفضل ممن يتقدم من المتنافسين من حيث الشروط المالية؛ ولا تقتصر على أشخاص معينة.

وقد تكون داخلية يعلن عنها في الداخل أو خارجية يعلن عنها في الخارج باللغات الوطنية والأجنبية، كما يطلب إلى سفارات الدول الأجنبية وقنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغ الإعلان عن المناقصة، ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد ومنها يتحقق حرية المنافسة [2]، وقد تكون مناقصة محدودة Restreinte، وهي المناقصة التي تدعو فيها الإدارة عددا من الأفراد لديهم خبرة بمستوى معين في تنفيذ الأعمال للاشتراك فيها، وقد جاء تعريف المناقصة المحدودة في المادة (25) من قانون الصفقات العمومية الجزائري «المناقصة المحدودة هي إجراء يسمح فيه

---

[1]– محمد الصالح فنيش، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها – القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، دون سنة نشر، ص 202.

[2]– د/ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري– دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 608.

بتقديم تعهدات من المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا »[1]، وهناك شكل آخر من أشكال المناقصة التي تكون فيها الدعوة للمنافسة أكثر محدودية وهي الاستشارة الانتقائية .

وقد تكون مناقصة محلية Interne، وهي التي يقتصر فيها الاشتراك على الموردين والمقاولين المحليين الذين تقدر جهة الإدارة التعامل معهم.

أما المزايدة فإن الإدارة فيها تسعى إلى التعاقد مع الشخص أو الشركة الذي أو التي يقدم أو تقدم أعلى عطاء، ومن ثم فهي على عكس المناقصة التي يلزم فيها أن يكون التعاقد مع الشخص الذي يقدم أقل عطاء، وعلى ذلك فإن اختيار المتعاقد الأجنبي مع الإدارة في العقد الإداري ذو الطبيعة الدولية عن طريق المزايدة، لا يتصور أيضا عن طريق المزايدة المحلية[2].

ب- التعاقد إثر منافسة Les Marchés sur Appel d'Offres:

تتولى الإدارة تقييم العروض وفق قواعد أعدت سلفا من خلال منافسة تجري بين عدة بيوت خبرة أو مقاولين ويكون لها مطلق الحرية في اختيار الأشخاص الذين يسمح لهم بالاشتراك في المنافسة دون اتخاذ إجراءات المناقصة، ولكنها ملزمة باحترام القواعد عند ترتيب العطاءات.

---

[1]- علي الدين زيدان ومحمد السيد احمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي- الطبعة الأولى، مصر، 2002، ص869.

[2]- د/عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية، مصر ،2003، ص 143.

ووفقا لأسلوب الدعوة للمنافسة يقوم الطرف الوطني بإعداد كافة الوثائق الفنية والقانونية المتعلقة بالمشروع المراد انجازه، ثم بعد ذلك يقوم الطرف الوطني بتجسيد ذلك كله في شروط فنية وقانونية يتم طرحها على المشروعات الأجنبية العاملة في نفس مجال المشروع المزمع تنفيذه، ثم تقوم هذه المشروعات بعد ذلك بتقديم عطاءات تتضمن الإجابة عن الدعوة المتقدمة من الطرف الوطني ثم يتولى الطرف الوطني المفاصلة بين هذه العطاءات لكي يختار أفضلها من النواحي المختلفة سواء المالية أو الفنية [1].

ج- طريق الاتفاق المباشر Négociation Directe:

بوسع الإدارة إبرام تعاقد مع الغير بأسلوب الإتفاق المباشر، متحررة في ذلك من كافة القيود التي تفرض عليها في حالة التعاقد بأي من أسلوبي المناقصة أو الممارسة.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن حرية الإدارة في التعاقد بطريق الإتفاق المباشر ليست طليقة من كل قيد، الأمر الذي يمكن أن يؤدي معه التعاقد بهذا الأسلوب إلى الإضرار بالخزينة العامة، وهو أثر يتناقض مع الهدف من إبرام العقود الإدارية.

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

[1]-د/عصمت عبد الله الشيخ، نفس المرجع السابق، ص 254

إضافة إلى اشتراطه أن تكون هناك ضرورة تستدعي التعاقد بهذا الأسلوب، تتمثل في حالة استعجال لا تحتمل إجراءات المناقصة أو الممارسة تدفع الإدارة للتعاقد بهذا الأسلوب الاستثنائي.

إن إتباع الدولة ومشروعاتها العامة لهذه الطريقة يخولها إمكانية إجراء المفاوضات المباشرة مع الشركات الأجنبية دون التقيد بإتباع أية إجراءات شكلية تتطلبها لوائح أو شروط إجرائية، وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الدولة والمشروعات العامة تظهر كأحد أشخاص القانون الخاص المتمتعة بحرية كبيرة، وهذه الطريقة تكون على أساس الاتصال رأسا بالمورد أو المقاول والتفاوض معه للحصول على الشروط والأسعار المناسبة في حالة الضرورة العاجلة التي لا تحتمل إجراءات المناقصة [1].

ويلاحظ على هذه الطريقة بأنها تعد أكثر فائدة للدولة ومشروعاتها العامة من الناحية الاقتصادية، فهي لا تتطلب إجراءات النشر، وبالتالي قد تكون ملائمة لبعض المشروعات الضخمة فقد استخدمتها المملكة العربية السعودية في إنشاء جامعة البترول والمعادن والتي بلغت تكاليف إنشائها بمراحلها الأربعة 10 مليار فرنك بلجيكي، وتعد أيضا من الطرق المناسبة لإبرام عقود الدولة والخاصة بتنفيذ مشروعات يغلب عليها طابع السرية مثل مشروعات القوات المسلحة والشرطة في أوقات الحروب [2]، وتستعمل في حالات خاصة مثل:

---

[1]– د/جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 261.

[2]– نفس المرجع، ص 262.

1- في حالة الاستعجال les Cas d'Urgences والتي تستلزم عدم إمكانية اتباع الإجراءات المعقدة التي تتطلبها طريقة التعاقد العادية.

2- إذا كانت العطاءات المقدمة من الشركات الأجنبية لا تحوز إقناع الدولة الراغبة في التعاقد سواء من ناحية الثمن المقترح للتكاليف أو غير ذلك من شروط تتطلبها هذه الشركات.

3- في الحالات التي يوجد فيها اتفاق تعاون Un Accord De Corporation بين الدولة الراغبة في التعاقد ودولة أخرى .

4- إذا كان المشروع المزمع تنفيذه، تقوم بتمويله هيئات تمويل معينة أو بعض الدول فإن هذه الهيئات والدول المقرضة تشترط الاستعانة بشركات محددة بالاسم.

5- إذا كان المشروع المزمع تنفيذه يتطلب الاستعانة ببراءات اختراع أو تراخيص صناعية أو تكنولوجيا متطورة لا تملكها إلا شركات معينة.

6- التعاقد مع شركات معينة سبق لها تنفيذ مشروعات في الدولة بقدر كبير من الكفاءة والدقة أو لتنفيذ بعض التعديلات على مشروع سبق لها تنفيذه[1].

7- بالنسبة لتنفيذ بعض المشروعات ذات الطابع السري والمتعلقة بالأمن القومي للبلاد، مثال المشروعات التي تقوم بتنفيذها أجهزة الدفاع والشرطة [2].

---

[1]-عقد الفيديك، الطبعة الرابعة المادة ستة، 1987، حيث عرف هذا العقد المقاول في البند1/أ/2 الطبعة الثانية للترجمة العربية لعقد الفيديك والصادرة عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، مصر، 1993، ص 8.

[2]- د/ عوض الله شيبة الحمد، مرجع سابق، ص 264.

ويخلص الباحث مما سبق بأنه في حالة إتباع طريقة التقدم بالعطاءات، فإنها تكون للمشروعات العامة الراغبة في التعاقد الحرية الواسعة في الاختيار بين المتنافسين من الشركات الأجنبية بعكس طريقة الاتفاق المباشر، بحيث تكون المشروعات العامة مقيدة بالحالات والشروط المنصوص عليها وبحيث لا يجوز إتباع هذه الطريقة إلا في الحالات المنصوص عليها فقط.

المطلب الثاني: المفاوضات في المرحلة قبل التعاقدية والمسؤولية المتعلقة بها

في العقود الدولية بصفة عامة يتم التفاوض بين الحكومات والأفراد والشركات بصدد مشروعات ومشاكل اقتصادية أو تجارية أو قانونية، بهدف إقامة رابطة عقدية متوازنة تحقق المصالح المشتركة لأطرافها، ويتم ذلك من خلال تبادل الأفكار والمقترحات ومناقشتها، وقد تفشل الأطراف في تحقيق التوافق، وقد يتم ذلك في شكل شفهي أو كتابي رسمي أو غير رسمي[1].

ويلعب التفاوض دورا رئيسيا في إبرام العقود بصفة عامة، وتبدو أهميته وضرورته في العقود الدولية بصفة خاصة من عدة وجوه:

أ- احتل التفاوض أهمية بالغة في عصرنا الراهن أمام ظهور العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها الأساليب الحديثة في التعامل، فقد أصبحت أعداد كبيرة من العقود تنصب على عمليات تتسم بالتعقيدات الفنية والقانونية كعقود الإنشاءات، وتنطوي على مخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها وقيمة اقتصادية كبيرة تقدر بالمليارات ، لذا بات من الضروري أن يسبق إبرام

[1]- د/ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006، ص 92.

هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التي تستغرق كثيرا من الوقت والجهد والتخصص والدراسات.

ب- إن حيوية مرحلة التفاوض يتم فيها الإعداد والتحضير للعقد وبحث كافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية والتعرف على المتعاقد الآخر وتقدير إمكانياته، وتحديد مضمون العقد والإعداد الجيد له على ضوء مصالح ومقاصد الأطراف، حتى يكتب له النجاح وتوقي المنازعات التي قد تنشأ عنه وبيان سجل تسويتها والقانون الواجب التطبيق [1].

ج- ويقتضي ذلك إفساح الوقت أمام الأطراف للدخول في مفاوضات مكثفة حول كيفية التنفيذ، وخطط المشروع وسبل تمويله والتامين على عناصره وجزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه.

د- وتزداد أهمية التفاوض بالنسبة للعقود الفنية المركبة كعقود الاستثمارات التي تبرم بين شركات عملاقة ذات نشاط دولي والدول النامية، التي تسعى إلى إقامة مشروعاتها وتحقيق أهدافها التنموية على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي وفق أفضل الشروط التي تناسب إمكاناتها المادية، ويقتضي ذلك مفاوضات وجهود شاقة والتعرف على سوابق أعمال تلك الشركات وخبراتها ومنهجها في التعامل؛ و تتضمن تلك العقود الكثير من الجوانب الفنية الدقيقة التي تستدعي البحث والتحري.

هـ- إرادة الأطراف تلعب دورا هاما عبر التحاور والتشاور في تنظيم التفاوض، لان النظم القانونية تكاد تخلو من تنظيم قاعدي يمكن إتباعه، وقد أرسى الواقع العملي وممارسات

(1)- د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2006، ص 29.

الشركات الدولية بعض القواعد والتطبيقات التي تحكم المفاوضات، وهي تبدو حيوية في ظل الفراغ التشريعي للنظم المعاصرة، ويكشف العمل عن وجود عادات ونماذج Contrats Types بالنسبة لأنواع كثيرة من العقود تتضمن شروطا عامة لا تقبل المناقشة من قبل المتعامل مما يقلل من أهمية التفاوض بشأنها[1].

و- يلعب التفاوض دورا هاما في التفاهم وتقريب وجهات نظر أطراف العقد الدولي للإنشاءات، حيث غالبا ما يختلف أطراف العقد في الفكر الاقتصادي وكيفية تنفيذ المشروع.

وتزداد أهمية التفاوض بالنسبة للعقود الدولية الزمنية التي يمتد تنفيذها وآثارها فترة طويلة حيث قد تتغير الظروف، مما يستدعي إجراء مفاوضات لتعديل الالتزامات و إعادة التوازن العقدي، على ضوء المستجدات والحفاظ على الصلة والتعاون المستمر بين الأطراف وتسوية المنازعات التي قد تنشأ بصفة دورية [2].

ومن المعلوم أن التفاوض مع بيوت الخبرة العالمية في مجال نقل التقنيات الحديثة مسألة صعبة وشائكة، وذلك لان صاحب المعرفة الفنية غالبا ما يحتاط عن طريق طلب ضمانات، تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلي بها في مرحلة التفاوض كوسيلة للترغيب في التعاقد، واضعا في الحسبان بأن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد أو إلى عكس ذلك، لذا يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة بإحدى وسائل ثلاث:

- بطلب تعهد كتابي سابق Engagement écrit préalable.
- تعهد مؤسس على الثقة Engagement basé sur la confiance.

---

[1]- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص29.

[2]- وهذا ما يطلق عليه شروط التفاوض Clause De Renégociation Hardship.

– دفع مبلغ من المال Paiement préalable d'une somme d'argent [1].

المطلب الثالث: الصيغ المختلفة لإبرام العقود الدولية

إن لعقود التشييد والبناء والانجاز أهمية على الصعيدين المحلي والدولي، والتي ترجع غالبا إلى تفرد العقد بخصائص تميزه عن مختلف أنواع العقود، الأمر الذي يجعل الأطراف يولونه نوعا من العناية عند إعداد منهجه التعاقدي حتى يؤتي ثماره، وتظهر أهمية اختيار المنهج التعاقدي حين يتصل الأمر بإقامة مشروع ضخم مما يتصل بخطة التنمية في الدولة أو بأحد مرافقها العامة، حيث يكون المتعاقد مع المقاول جهة حكومية أو عامة.

وتتميز عقود الدولة بأنواعها عن بقية العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية الأخرى من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم، إلا أنه يكاد سبب التعاقد من جانب الدولة واحدا، وهو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في إطار السياسة العامة للدولة.

أما الباعث عند التعاقد لدى الطرف الأجنبي، فمنذ زمن ليس ببعيد كان الهدف من التعاقد للطرف الأجنبي مع الدولة، هو تحقيق الهيمنة وأكبر قدر من الربح، وعقود الامتيازات النفطية أكبر دليل على ذلك، إلا أنه قد تطور هذا الباعث وأصبح الهدف هو المساهمة والمشاركة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة، والحصول على الأرباح من خلال تلك المساهمة أو المشاركة.[2]

---

[1]– د/ محموي مسعود، مرجع سابق، ص 93.

[2]– د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 173.

وقد تعددت وجهات نظر الفقهاء عند تقسيم هذه العقود من حيث الموضوع إلا أن الآراء تكاد تجمع على تصنيفها إلى عقود البترول، عقود الاستثمار، عقود التعاون الصناعي، وعقود الإنشاءات الدولية، لذا ارتئ الباحث ضرورة توضيح أنواع عقود الدولة بصفة عامة وذلك لتتضح فكرة عقود الإنشاءات الدولية:

أولا- العقود البترولية:[1]

إن استغلال طاقة البترول يتطلب الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى، والغالب أن يكون هذا الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من الدول الصناعية المستهلكة للطاقة، والتي تملك من الأموال والخبرة التكنولوجية ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان.[2]

ومما لا شك فيه أن تحقيق أكبر قدر مقبول من التوازن العادل بين مصالح الطرفين ليس بالأمر السهل، ولقد شهدت العلاقة بين الدولة المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال عدة تطورات متلاحقة، فقد تم التحول من صور الامتياز التقليدية إلى صور عقدية أخرى أكثر عدلا كعقود المشاركة وعقود المقاولة وعقود الإنتاج، وهذا ما جعل تضارب المصالح في هذه العقود يؤدي إلى تنوع أشكال عقود البترول، حيث كانت في شكل عقود

---

[1]- د/ سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، سنة 2000، ص 16.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة والقانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية- لبنان، 2010، ص 55.

الامتياز حتى النصف الأول من القرن الماضي، ثم ظهرت أشكال أخرى في التعاقد يمكن حصرها في عقود المشاركة وعقود المقاولة وعقود اقتسام الإنتاج.[1]

أ- عقود الامتياز البترولي:

تعتبر عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول، حيث ترجع نشأة هذا النوع من عقود البترول إلى أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، وبمقتضاها تمنح الدولة لشركة أجنبية حقا خالصا وقاصرا عليها في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية في إقليمها، واستخدام واستغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية محددة.[2]

يمكن تعريف عقود الامتياز بأنها (ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه واستغلال هذه الموارد والتصرف فيها خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة).[3]

حيث إن أهم ما يميز عقود الامتياز عن بقية الأشكال التعاقدية الأخرى الحق في ملكية البترول المنتج والتصرف فيه، كما اتسمت هذه العقود بضخامة مساحات مناطق الامتياز وعدم جدية نظام التخلي عن مناطق الامتياز غير المستعملة، ومثال ذلك عقد امتياز بترول العراق عام 1931 م الذي أطلقت يد الشركة ولم يلزمها بأي نظام للتخلي عن المناطق التي لم

---

[1]- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 43.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 79.

[3]- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 44.

تستثمرها، كما كانت تعطي لشركات التنقيب دون غيرها الحق في ملكية المواد المستخرجة، وما ينجم عن حق الملكية من امكانية التصرف فيها دون قيود.[1]

لكن ومع نهاية الحرب العالمية الثانية تمكنت الدول المنتجة أن تحصل على استقلالها السياسي والاقتصادي فطالبت بإعادة مراجعة عقود الامتياز المبرمة مع هذه الشركات، والدخول في حصص المشاركة من العائد البترولي.[2]

ب- عقود المشاركة البترولية:

لعقود المشاركة عددا من الخصائص الرئيسية تتمثل في تعاقد الدولة أو أحد شركاتها مع الشركة الأجنبية، على تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو أحد شركاتها بحصة في رأس مالها وتتمتع فيها بجنسية الدولة المنتجة، ويكون فيها لجانب الدولة الحق في الدخول في العمليات النفطية من اكتشاف وإنتاج وتكرير وتسويق وحصول كل من الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد.[3]

---

[1]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 79.

[2]- نفس المرجع، ص 79.

[3]- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 65.

وقد برز هذا النوع من العقود في أعقاب تعديل قانون البترول الإيراني في 21 يوليو عام 1957، الذي نص على الأخذ بنظام عقود المشاركة في مجال الصناعة البترولية، بدأت الدول العربية المنتجة للبترول تأخذ به.[1]

ج- عقود المقاولة البترولية:

وهو من أحدث الأشكال التعاقدية التي سادت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، وهو عقد يتم بمقتضاه استعانة الدول ممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النفط بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وإعداده للإنتاج، على أن يتحمل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع.[2]

وتقوم هذه الشركة بأعمال البحث والتنقيب عن البترول واستخراجه لحساب الشركة الوطنية، إما بمقابل مادي أو حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه.[3]

د- عقود اقتسام الإنتاج:

في هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي كافة مصاريف البحث والتنقيب عن البترول وتطويره وإنتاجه، مع النص في العقد على حد أدنى لقيمة المصروفات التي يتعهد

---

[1]- ويعتبر أول عقد مشاركة تم إبرامه وفقا لهذا القانون هو العقد المبرم في مارس 1957 بين الشركة الإيرانية للبترول والشركة الإيطالية "أجيب Agip وهي إحدى فروع المؤسسة الإيطالية "أيني" وبموجب هذا العقد أنشأ الطرفان شركة مختلطة تدعى "الشركة الإيرانية الايطالية للبترول" تتولى أعمال البحث والإنتاج والتوزيع وبيع البترول ومشتقاته "Société Irano-Italienne des Pétroles".

[2]-غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي – نموذج العقد النفطي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 35.

[3]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية – تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، مرجع سابق، ص 188.

بإنفاقها الطرف الأجنبي مع توزيع إنفاقها على فترات متعاقبة، وفي حالة عدم وجود اكتشاف البترول بكميات تجارية فإن الطرف الأجنبي يتحمل وحده كافة المصاريف والنفقات دون أن يكون له الحق في الحصول على أي تعويض، وفي حالة إكتشاف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري يكون من حق الطرف الأجنبي استرداد هذه المصروفات، وذلك في شكل نسبة معينة من البترول المنتج يتم الاتفاق عليها في العقد.

ثانيا- عقود التعاون الصناعي:

تضم عقود التعاون الصناعي طائفة متجانسة من العقود، تحقق هدف التقدم التكنولوجي والصناعي منها:

أ- عقد الهندسة[1]:

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

[1]- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 124.

ب- عقد نقل التكنولوجيا:

تعددت تعريفات عقود نقل التكنولوجيا، ولا يسعنا المجال لحصرها ونكتفي بإيراد بعضها، حيث عرفت بأنها "التطبيق العملي للأبحاث العلمية والوسيلة للحصول على أفضل التطبيقات لهذه الأبحاث"، وفي التعريف القانوني[1] فهي مال منقول معنوي كقيمة إقتصادية وغير مشمول بحماية قانونية خاصة، وهو بذلك مرادف لما يعرف بحق المعرفة know-How، والتكنولوجيا يتم نقلها في الغالب عن طريق العقود التي تبرم من أجل هذا الغرض، ويكون ذلك إما عن طريق إبرام عقد مستقل ويكون النقل التكنولوجي هو موضوعها الرئيسي، أو يأتي هذا النقل كإحدى الخدمات التي تلتزم الشركة الأجنبية بتقديمها بجانب الخدمات الأخرى.

ج- عقد المساعدة الفنية:

عقد المساعدة الفنية هو إتفاق بمقتضاه يلتزم المورد (الطرف الأجنبي) بتزويد المتلقي (الدولة)، بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد المعنية على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها، أو تدريبهم على إدارة المشرع بأساليب فنية، فهو تقديم للخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ.[2]

ثالثا- عقود الإستثمار:

---

[1]- د/ يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجي في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق الزقازيق، مصر، سنة1989، ص 52.

[2]- د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع سابق، ص 191.

تعد عقود الإستثمار أكثر صور عقود الدولة التي نالت قسطا كبيرا من إهتمام فقه القانون الدولي بفرعيه العام والخاص، وبالرغم من هذا الإهتمام فإن الفقه لم يتفق على تعريف قانوني واحد للإستثمار، وجاءت معظم التعريفات أقرب للتعريف الإقتصادي منها للتعريف القانوني.

يعرفه بعض الفقه[1] بأنه "العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الإقتصادية مع شخص خاص أجنبي، يلتزم بنقل قيم إقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد"، ووفقا لعقود الإستثمار يلتزم المستثمر الأجنبي بتقديم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدمية، 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، وقد درجت العديد من الدول على إصدار تشريعات لتشجيع الاستثمار داخل البلاد.

رابعا:عقود الأشغال العامة الدولية: [2]

تعرف بأنها "العقود التي تبرم –في الغالب– بين طرف وطني– الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة– وطرف خاص أجنبي، يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما، كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من

---

[1]– د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، أطروحة دكتوراه– جامعة حلوان، مصر، سنة 2000م، ص 44.

[2]– يطلق الفقهاء والهيئات المهتمة بهذه العقود مسميات متعددة على هذا النوع من العقود فهي ليست محل إجماع يصعب معه –أحيانا– السيطرة عليها وتحديد مضامينها المختلفة، فيطلق عليها البعض عقود البناء والتشييد الدولية، والعقود الدولية لتشييد المجمعات الصناعية، أو عقود بيع الوحدات الصناعية، أو عقود تسليم المفتاح بصورها المختلفة، أو عقود الهندسة، وعقود المقاولات الدولية للإنشاءات المدنية، أو عقود الدولية للأشغال العامة، والعقود الإقتصادية الدولية، وعقود التنمية الدولية، وبعض الفقه يستخدمون هذه الاصطلاحات مترادفة.

أعمال، مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني، وقد يتمثل الأجر في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزيع بينهم أرباحه وخسائره".[1]

فهذه العقود غالبا ما تكون عقودا ضخمة، وهي متنوعة تختلف بالنظر إلى طبيعة المشروع أو المنشأة المراد إقامتها، أو بالنظر إلى مقابل الأعمال محل العقد، وتبعا لذلك يختلف منهج وأسلوب التعاقد في كل نوع من هذه العقود بما فيها عقود الإنشاءات الدولية.

وعلى هذا فيمكننا تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: صيغة عقد تسليم المفتاح Turn Key Job

في هذا النوع من العقود يتعاقد صاحب العمل مع مقاول واحد (أو شركات مقاولات) يتعهد بأداء جميع الالتزامات اللازمة لانجاز المشروع كاملا[2]، حيث يتحمل المقاول وحده مسؤولية أي تأخير في إنجاز المشروع وعيوبه.

وتبدأ هذه العقود عندما تعهد الدولة بتنفيذ مشروعاتها الاقتصادية إلى منشأة (سواء أكانت شركة أم مجموعة شركات)، (سواء أكانت وطنية أم أجنبية)، وتقوم هذه المنشأة بتنفيذ هذه العمليات بإحدى الطريقتين:

إما أن تعهد بتنفيذ كل عملية إلى مقاول مختلف وتكتفي هي بالإشراف على أعمال المقاولين المتعددين والتنسيق بينهم، وإما أن تجمع العمليات كلها ليتعهد بها مقاول واحد.

---

[1]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 70.

[2]– الدليل القانوني لقواعد الأونسترال للتوفيق، الأمم المتحدة، نيويورك ،2001 بند 4، ص 18.

ويفترض ذلك وجود كوادر فنية لدى المنشأة قادرة على إحكام الإشراف على تنفيذ العمليات وضبط التنسيق بين أعمال المقاولين المتعددين، كما أنها تتطلب إبرام جملة عقود من طبيعة مختلفة يتعلق بعضها بنقل تكنولوجيا وأخرى بتوريد أشياء وثالثة بإقامة أبنية ورابعة بشراء آلات وأجهزة وخامسة بتركيب هذه الآلات والأجهزة وسادسة بتدريب عاملين، وإن كان ذلك يفترض كوادر قانونية وفنية لدى منشآت الدول النامية لذا فإنها تفضل التعاقد مع مقاول واحد تعهد إليه بجميع العمليات اللازمة لإنشاء المصنع وتسليم مفتاحه عند إنجازه؛ ويختلف مضمون عقد تسليم المفتاح باختلاف الخدمات التي يريدها العميل من المقاول فقد يترك له تنفيذ جميع العمليات الإنشائية من:

- تمهيد أرض البناء، إلى إقامة الأبنية،إلى تقديم التكنولوجيا،إلى توريد الآلات والأجهزة وتركيبها،إلى تدريب العاملين وتشغيل المصنع، وهو عقد كاملا لتسليم المفتاح الذي تتمثل فيه المعونة الفنية الشاملة[1].

- وقد يحتفظ العميل ببعض العمليات الإنشائية ليتولاها بنفسه كشراء أرض للبناء وتمهيدها، وإدخال الماء والكهرباء إليها وشراء التكنولوجيا، وهو ما يسمى عقد تسليم مفتاح نصفي أو ناقص [2].

- وفي الصورة التقليدية لعقد تسليم المفتاح تنتهي التزامات المقاول بإتمام عمليات إقامة الأبنية وتوريد الآلات والأجهزة وتركيبها وتجربتها وإعداد المصنع للتشغيل، أما التشغيل

---

[1]–الدليل القانوني لقواعد الأونسترال للتوفيق، نفس المرجع، ص 18.

[2]– سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول، منشاة المعارف، مصر، 2004، ص167.

ذاته وإدارة المصنع وتسويق الإنتاج فهي عمليات من شأن العميل أن يتولاها بواسطة كوادره الفنية الإدارية والتجارية.

وإن كان يحدث أحيانا ألا تتوافر في السوق المحلية من العمالة القادرة على استيعاب التكنولوجيا المستعملة في التشغيل، فلا يجد العميل بدا من أن يطلب من المقاول مزيدا من المعونة الفنية، فيعهد إليه بتشغيل المصنع وتدريب العاملين حتى تكتمل قدراتهم على إنتاج السلعة بالمواصفات المطلوبة ويطلق على العقد عقد (تسليم الإنتاج).

وعقد تسليم المفتاح يعتبر عقدا مركبا يحتوي على جملة عمليات قانونية، يدخل ويتعامل مع أموال مادية و أخرى معنوية وتتصهر كلها في عقد واحد ذو طبيعة خاصة.

وقد تولى الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف باسم FIDIC إعداد نموذج لعقد البناء يتضمن أعمال التصميم ENGINEERING والإشرافPROCUREMENT والتشييد CONSTRUCTION بنظام تسليم المفتاح Turn Key projects ويشار إلى النموذج اختصارا باسم Epc contract أو الكتاب الفضي ، وقد انتهج الاتحاد في هذا النوع من العقود منهاجا خاصا غير الذي انتهجه في غيره من العقود؛ نظرا لاختلافه عن سائر العقود الأخرى في مجال البناء والتشييد، ومن حيث تقليل فرصة المقاول في المطالبة بمد مدة تنفيذ العقد أو زيادة التكلفة الاقتصادية للمشروع، ومع ذلك فإن التكلفة الاقتصادية للمشروع الذي ينفذ طبقا لهذا النموذج تزيد عن نظيره الذي ينفذ تبعا للنماذج الأخرى للعقود[1]، ويراعى أن الأصل في عقود

[1]– د/ جمال نصار،عقد التشييد في المشروعات بنظام البوت، مقالة منشورة بمجلة التحكيم العربي، مصر، 2000، ص 120.

تسليم المفتاح أن يتولى المالك تمويل الأعمال، فإن المستثمر في عقود البنية التحتية هو الذي يتولى في الأصل مسؤولية التمويل[1].

الفرع الثاني: صيغة المشروع المشترك Entreprise conjointe

إن منهج المشروع المشترك يستهدف تجميع الموارد المالية والأصول الأخرى المقدمة من صاحب العمل والمقاول في إطار مشترك بقصد اقتسام تكاليفه وأرباحه أو خسائره، فالمشروع المشترك هو اتحاد بين المقاول وصاحب العمل على إنشاء المشروع والمشاركة في تشغيله وملكيته ويقوم هذا العمل بالاعتماد على العمل المشترك لتحقيق أهداف المشروع.

فالمشرع الجزائري أقر حرية الاستثمار في الأمر 03/01 المعدل والمتمم بالأمر 08/06 المؤرخ بتاريخ 15 يوليو 2006، غير انه أبدى قيدا في المادة الرابعة منه يتمثل في ضرورة مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة[2].

وهذا النظام هو نظام مستحدث وينتشر على وجه الخصوص في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا[3]، وهو يهدف إلى التغلب على سلبيات المناهج التعاقدية التقليدية في مجال البناء و إلى زيادة مساهمة المستثمرين في تمويل مشروعات البنية التحتية، وقد اختلفت التعريفات التي قيل بها بالنسبة للمشروع المشترك[4]، إلا أنها أجمعت على وجود عدة خصائص يتسم بها هذا المشروع ومنها:

---

[1]– د/أحمد شرف الدين، مقالة عن حزمة عقود البوت وتسوية منازعاتها، مجلة التحكيم العربي، مصر، 2001، ص 5.

[2]– نفس المرجع، ص 51.

[3]– د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 71.

[4]– د/ جمال نصار، مرجع سابق، ص 117.

1- شركة لمشروع واحد.

2- ليست له شخصية اعتبارية.

3- خصوصية أمواله.

4- اقتسام الأرباح والخسائر بنسب متفق عليها.

وما يجب الإشارة له أن النظم القانونية قد اختلفت في تحديد الشكل القانوني للمشروع المشترك حسب ما اتضح للباحث.

الفرع الثالث: صيغة العقود المنفصلة

قد يلجا صاحب العمل إلى التعاقد مع العديد من الأشخاص مثل المقاولين والمهندسين الاستشاريين والموردين ويجري التعاقد مع كل منهم على حدى، ويقوم بتقسيم عمليات تنفيذ المشروع بين أطراف التعاقد معه[1]، ويعيب هذا المنهج تعرض صاحب العمل للعديد من المخاطر منها على سبيل المثال تحمل تبعة تأخير كل متعاقد عن جدوله الزمني، حيث يعتمد نجاح هذا المنهج على مدى التنسيق التام بين التزامات المتعاقدين وآجال تنفيذها، وصولا إلى انجاز المشروع بالمواصفات وفي الآجال المتفق عليها، كما قد يلجأ صاحب العمل إلى العديد من الوسائل التي تضمن حسن التنسيق بين المقاولين، فمثلا يمكن أن يقوم بالتعاقد مع أحد مكاتب المهندسين الاستشاريين بمقتضى عقد إدارة المشروع[2]، ليتولى الإدارة والتنسيق بين

[1]- د/ محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 342.

[2]- د/ جمال نصار، مرجع سابق، ص 114.

المقاولين وقد يلتزم بالإدارة الكاملة لتنفيذ المشروع[1]، وثمة بديل آخر هو أن يقوم صاحب العمل بتكليف احد المقاولين المتعاقد معهم بجزء معين من هذا التنسيق، ولكن يعاب على هذه الوسيلة ما يمكن أن ينشأ عنها من تضارب في المصالح بين المقاول المنسق والمقاولين الآخرين في ذات المشروع، ولذلك لا يلجأ صاحب العمل إلى هذه الوسيلة إلا في أحوال استثنائية[2].

الفرع الرابع: صيغة الكونسورتيوم CONSORTIUM

هو عبارة عن اتفاق يبرم بين أشخاص طبيعية أو معنوية محلية أو أجنبية، يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين لمدة محدودة من اجل تحقيق الربح، دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان ذاتي أو شخصية قانونية مستقلة، فبموجب هذا الاتفاق يتم تجميع الشركات في كيان غير مستقل عن مكونيه الذين يحتفظون بشخصيتهم المستقلة، حيث يتم إنشاء الكونسورتيوم بموجب اتفاق متعدد الأطراف يحدد أهداف المشروع ويضع مخطط تنفيذه ويقدم الأموال والتكنولوجيا اللازمة له، ويعين كيفية التعاون بين الأطراف لتوفير الأموال والتكنولوجيا، ثم يقوم كل جانب بتنفيذ الجزء الذي يقع على عاتقه.

والكونسورتيوم هو شكل جديد من أشكال التعاون بين أطراف متعددة يساند بعضها بعضا، ويرجع شيوعه في قطاع المقاولات والإنشاءات إلى ما له من فوائد أهمها:

---

[1]– الدليل القانوني للأونسترال، بند 21–22، ص 24.

[2]– نفس المرجع، بند 23 ص 24–25.

– تحقيق التخصص والتكامل بين الأطراف، الأمر الذي تفرضه طبيعة العقود الدولية للإنشاءات.

– تعدد الضمان أمام رب العمل.

– إطار قانوني مقبول لتحقيق المشاركة بين أطراف محليين مع أطراف أجنبية.

– سرعة الإنشاء حيث لا يتم التقيد بإجراءات إنشاء الشركات.

– مناسب لعمليات متتالية من طبيعة واحدة.

وفي عبارة موجزة يحقق الكونسورتيوم المعادلة الصعبة في التوفيق بين اعتباري الاستقلال والتوحد والجمع بين مزايا كل منهما.

ولكن بالمقابل فللكونسورتيوم عيوب نذكر أهمها:

– تشابك العلاقات وصعوبة إدارة العقد وتنفيذ المشروع.

– ارتفاع نسبة المخاطر حيث يكون كل شريك ضامنا للآخر.

– ليس له شخصية اعتبارية، ومن ثم فإنه لا يستفيد من مزاياها القانونية[1].

وعلى أي حال أيا كان المنهج التعاقدي الذي يختاره صاحب العمل أو المالك لتنفيذ مشروعه، فإن هناك بعض الأمور التي يجب أن يتناولها العقد، وهذا بتحديد حقوق والتزامات كل طرف على وجه الدقة[2].

[1]– د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 347–348

[2]– د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 72.

المبحث الثاني: آثار عقود الإنشاءات الدولية

تعتبر العقود الدولية للإنشاءات من العقود الملزمة للجانبين، فهي ترتب الالتزامات على عاتق المقاول وعلى عاتق رب العمل أو صاحب المشروع، ولا تثير الالتزامات التي تقع على عاتق رب العمل مشاكل قانونية فهي تخضع بوجه عام للقواعد العامة، وذلك خلافا للالتزامات التي تقع على عاتق المقاول وخاصة إذا تعلق العقد بمنشآت معمارية، إذ لا يقتصر الأمر حينئذ على هذا الأخير بل يضاف إليه المهندس المعماري، ولا تعتبر التزامات كل منهما بالضرورة تطبيقا للقواعد العامة، بل تخرج عليها في العديد من الأحوال.

ولذا فمن خلال بحث موضوع آثار العقود الدولية للإنشاءات ارتأى الباحث التركيز على الالتزامات الرئيسية لأطراف العقود، وبالتالي قام بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين.

المطلب الأول: التزامات المتعاقد مع رب العمل وحقوقه

يمكن معالجة هذا المطلب من خلال التطرق إلي الفروع التالية:

الفرع الأول: التزامات المتعاقد مع رب العمل

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التي نص عليها العقد وفقا لما اتفق عليه، وتحديدها من خلال العقد والإدارة المشتركة لأطراف العقد، كما أن مسؤولية المقاول تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، ويدخل في إطار هذه القواعد تحديد مسؤولية القائمين بإصلاح الأجهزة والقائمين بأداء الخدمات مثل الطبيب والمحامي، ويمكن تصنيف هذه الالتزامات العقدية الواردة في هذا النوع من العقود إلى ما يلي:

أولا- التنفيذ وفق أفضل المواصفات والمعايير الدولية:

تنص عقود الدولة على التزام الطرف الأجنبي بتنفيذ أعمال العقد وفق أفضل المواصفات والمعايير العالمية، سواء كانت هذه الأعمال إنشاء أو توريدا أو استغلالا ودائما ما يراعى ثبوت حق الدولة عند إخلال الشركة الأجنبية بهذا الالتزام، وفي هذا الصدد نذكر تعرض قضاء التحكيم لقضية Holeaylnns، حيث قامت الحكومة المغربية لتطوير مجال الفندقة بإنشاء أربعة فنادق خمس نجوم، ولما ثار النزاع وعرض على محكمة التحكيم اختلف الطرفان في تفسير عبارة خمس نجوم، فهل يقصد بها مستوى الفنادق ذات الخمس نجوم المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية أم المقصود المستوى المعروف في المغرب، وقد قضت محكمة التحكيم بأن المقصود هنا هو ذلك المستوى المعروف في المغرب وقت إبرام العقد.[1]

فالمقاول يكون مسئولا عن أداء الأعمال كاملة [2] Total Performance ، وفقا لنص البند 1/47: "إذا فشل المقاول في إتمام الأعمال في الموعد المتفق عليه، يتحمل التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في العقد.

وفي قيامه بتنفيذ العقد يتحمل المقاول المسؤولية الكاملة عن كفاية وثبات وأمان جميع عمليات الموقع وطرائق التشييد"[3]، ويلتزم المقاول بتحقيق النتيجة المحددة في العقد، سواء كان ذلك بشكل مباشر في العقد أو بشكل غير مباشر عن طريق الإحالة إلى الرسومات والتصميمات الملحقة بالعقد، فوفقا للشرط 1/13 من شروط الفيديك "على المقاول ما لم يكن

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 191-192.

[2]- د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 147.

[3]-د/ محمد محمد بدران، نفس المرجع ، ص 147.

التنفيذ مستحيلا قانونا أو ماديا، أن ينفذ الأعمال ويتمها ويصلح أية عيوب فيها في مطابقة دقيقة للعقد يرتضيها المهندس...".

وطبقا للقانون الأمريكي إذا قدم رب العمل المواصفات والتصميمات إلى المقاول وكان بها عيوب فإنه يسأل المقاول عن الأضرار التي أصابته من جراء هذه العيوب، أما في القانون الفرنسي، فإذا قدم المهندس الرسومات والتصميمات إلى المقاول وكان بها عيوب فإن المقاول لا يسأل عن هذه العيوب، ولكن في ذات الوقت يقع على عاتق المقاول واجب إسداء النصح إلى رب العمل [1].

وطبقا لكل القوانين الوطنية، يجب على المقاول ألا يكتفي بالوسائل المقدمة من رب العمل ولا بالأوصاف التعاقدية للأعمال الملزم بتشييدها، وإنما يجب عليه أن يستخدم كل الوسائل الضرورية للوصول إلى أفضل تنفيذ فني للأعمال وإنجاز كافة الأعمال المطلوبة ضمنيا لإتمام التنفيذ على أفضل ما يكون؛ وإذا ما لم يستطع المقاول إثبات السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ الأعمال فإنه يكون مخلا بالتزامه، ويكون لرب العمل بعد إعذاره أن يطالبه بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ، كما يكون له أن يفسخ العقد لعدم تنفيذه لالتزامه [2].

---

[1]– د/ أحمد حسان غندور، مرجع سابق، ص 415.

[2]– نفس المرجع، ص 416.

وفي شريعة القانون العام، يستطيع رب العمل أن يأتي بمقاول أخر يحل محل المقاول العاجز وعلى مسؤولية هذا الأخير، لكي يقوم بتنفيذ الأعمال وفقا للشروط التعاقدية وبنفس الشروط التي سبق الاتفاق عليها مع المقاول العاجز.[1]

ولا يكفي لاعتبار المقاول موفيا بالتزاماته أن يقوم بتنفيذ الأعمال المكلف بها فقط بل يجب أن يكون التنفيذ مطابقا لما هو منصوص عليه في العقد، من شروط ومواصفات ومتفقا مع ما تقتضيه الأصول الفنية المتبعة في القيام بمثل هذه الأعمال، فإذا أثبت رب العمل عدم مطابقة الأعمال لما هو متفق عليه، كان المقاول مخلا بالتزاماته دون حاجة إلى إقامة الدليل على إهمال أو تقصير من جانبه، فالمقاول يكون مخلا بالتزامه ويكون مسؤولا عن هذا الإخلال في مواجهة رب العمل، ويستطيع هذا الأخير أن يمتنع عن الوفاء بالثمن وأن يطالبه بتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا الإخلال، ويجب أن يتم المقاول تنفيذ الأعمال في الموعد المحدد لذلك في العقد، فإن لم يعين العقد موعدا للانتهاء من الأعمال، وجب أن يتم في موعد معقول يراعى في تحديده طبيعة الأعمال، وما جرت به العادة وإمكانيات المقاول المعروفة لرب العمل.

فإذا تأخر المقاول في انجاز الأعمال في الموعد المحدد لها رغم إعذاره بإنجازها أصبح كان مخطئاً بتعويض رب العمل عن الأضرار التي أصابته، ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسؤولية عن التأخر في إتمام الأعمال إلا إذا أثبت أنه يرجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة،

[1]– د/ أحمد حسان غندور، نفس المرجع، ص 417.

أو خطأ من الغير، أو خطأ من رب العمل، كما لو كان رب العمل قد أدخل تعديلات على المواصفات المنصوص عليها أو لم يقم بتعجيل الأقساط المتفق على دفعها[1].

ثانيا- الالتزام بتنفيذ الحد الأدنى من الاستثمار:

تشترط الدولة على الطرف الأجنبي خاصة في عقود الاستثمار وعقود البحث والتنقيب عن المصادر الطبيعية سواء كانت مصادر نفطية أو معادن إستثمار رأس مال محدد القيمة والمدة، فمثلا ينص على تعهد المستثمر بإنفاق أموال معينة خلال فترات الاستثمار أو التنقيب حسب مراحل التنفيذ، ففي هذه الحال يلتزم الطرف الأجنبي بإنفاق الحد الأدنى المخصص للإستثمار ويترتب عند إخلاله بذلك توفر مسؤوليته العقدية، كما أنه يقع على المتعاقد مع الدولة ضرورة القيام بالأعمال المحددة في الوقت المتفق عليه، والهدف من هذا الالتزام هو تحقيق فعالية الاستثمار وضمان تحقق الهدف المنشود الذي يتمثل في التنمية الاقتصادية للدولة، وعلى سبيل المثال تنص بعض العقود على أنه في الخمس سنوات الأولى من المشروع يجب على المستثمر أن ينجز نسبة معينة منه،[2] وإن كانت هذه الجزئية لا تقتصر على مجال عقود الإنشاءات وإنما خاصة بالاستثمار بصفة عامة، ويرى الباحث أنه من الواجب إثارتها كون عقود الإنشاءات هي نوع من أنواع عقود الاستثمار ولا يوجد ما يمنع من إدراج هذا الالتزام عند إبرام عقود الإنشاءات.

---

[1]- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 93.

[2]- علاء الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 192.

ثالثا– إلتزام الطرف الأجنبي بالإعلام والإخبار عن كافة الظروف المحيطة بمسائل العقد:

يرى البعض أن للدولة أن تتمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصا صريحا يقضي بذلك، وذلك استنادا إلى مبدأ حسن النية[1]، يحق للطرف الأجنبي الإطلاع على جميع المستندات والمعلومات الخاصة بالعقد المبرم.

رابعا –إلتزام الطرف الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمال المحلية:

غالبا ما تتضمن عقود الدولة شرطا خاصا بتدريب العمالة المحلية، وذلك تمهيدا لإحلال العمالة المحلية مكان العمالة الأجنبية، ولعل جانبا كبيرا من الفقه يذهب إلى اعتبار هذا الإلتزام إلتزاما بتحقيق نتيجة وليس مجرد إلتزام ببذل عناية، حتى لا يتنصل المتعاقد الأجنبي من المسؤولية بإثباته أنه قد بذل العناية المعقولة بهذا الشأن.[2]

ولعل هذا الالتزام يعد التزاما جوهريا لا قيمة للعقد من دونه، عندما يتعلق الأمر بعقود نقل التكنولوجيا، والتي يظهر فيها الالتزام الرئيسي في هذا العقد المتمثل في تقديم المساعدة الفنية من جانب مورد التكنولوجيا إلى مستوردها، وهذا طبعا لن يتحقق إلا بتدريب العمالة الوطنية، وذلك من خلال استقدامها الخبراء المتخصصين لاستيعاب التكنولوجيا الحديثة التي تعمل على تشغيل المشروع وصيانته، وتعد الشركة مخلة بهذا الالتزام إذا كان الخبراء ليسوا على قدر من المستوى المطلوب، أو أنها لم تقم بتدريب العمال أصلا.[3]

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 194.

[2]– نفس المرجع، ص 197.

[3]– وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 204.

خامسا- على المقاول أن يلتزم بحسن تنفيذ المشروع والإشراف على سير العمل:

من المتعارف عليه عمليا بأن له الحق في أن يستقدم الأشخاص المتخصصين والفنيين والعمال على نوع العمل الذي يقومون بتنفيذه، ويلتزم المقاول بإتباع المواصفات المتفق عليها مع رب العمل بالتصميمات الموضوعة لتنفيذ المشروع، ومع ذلك قد يجيز العقد لرب العمل أن يتدخل أثناء التنفيذ بطلب إجراء بعض التعديلات في المشروع سواء بالإلغاء أو الزيادة أو بالتغير، ويتحمل رب العمل أي نفقات أو زيادة في أجر المقاول، ومن ناحية أخرى من حق المقاول أيضا أن يدخل تعديلات على التصميمات الأصلية إذا كان بها عيوبا فنية أو أخطاء.

سادسا- طبقا للشرط 1/8 من شروط الفيديك: "على المقاول متوخياً الحرص والاجتهاد الواجبين أن يصمم الأعمال في نطاق ما ورد بالعقد وأن ينفذها ويتممها ويصلح ما بها من عيوب وفقاً لأحكام العقد، وعلى المقاول أن يوفر الإشراف والعمالة والمواد والآلات والمعدات وكل ما عداها من الأشياء سواء ذات طبيعة مؤقتة أو دائمة، والمتطلبة لتنفيذ الأعمال وإصلاح العيوب القدر الذي يكون فيه الضرورة معقولاً..."[1]، وقد يحدد العقد مدة لهذا الضمان وإن كان القانون الواجب التطبيق يحدد هذه المدة.

[1]- الترجمة العربية لعقد الفيديك الشروط العامة السابق الإشارة إليها، ص 20.

سابعا- يلتزم المقاول بتقديم خطاب حسن الأداء إلى رب العمل:

ويشترط أن يكون هذا الخطاب صادرا من أحد بنوك الدرجة الأولى، وقد يعتبر هذا الالتزام شرطا من شروط دخول العقد في دور النفاذ [1].

وإلى جانب هذه الالتزامات، هناك التزامات خاصة تقع على عاتق المقاول بحسب طبيعة المشروع وأكثر دقة وفق الأتي:

ا- التزام المقاول بتقديم ضمانات التنفيذ:

ضمانات التنفيذ التي يطلق عليها في الإصدار الرابع لعقد الفيديك performance securities تطلب عادة من المقاول لصالح رب العمل، لكي تؤكد لهذا الأخير أن المقاول سينفذ الأعمال المتفق عليها على وجه مرضي، ويؤكد البند الفرعي1/10 من الإصدار الرابع لفيديك عن تلك الحقيقة بقوله: "إذا تطلب العقد ضمانا من المقاول لتنفيذ العقد تنفيذا سليما، فعليه أن يحصل على هذا الضمان بالمبلغ المبين في ملحق العطاء، وأن يقدمه إلى رب العمل في خلال ثمانية وعشرين يوما من تسليمه خطاب القبول Letter Of Acceptance ، ويقوم المقاول بإخطار المهندس بتقديم الضمان إلى رب العمل ويتخذ هذا الضمان الشكل الذي يتفق عليه رب العمل والمقاول ويشترط اعتماد رب العمل للمؤسسة مقدمة الضمان، ويتحمل المقاول تكلفة الامتثال لمتطلبات هذا البند ما لم يتفق على غير ذلك في العقد".

---

[1]- د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، محاضرة ألقيت في ندوة عقد المقاولة التي نظمها مركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة، يناير1993، ص8.

وقد اقترحت الفيديك أن يتم تقديم ضمانات التنفيذ عقب حصول المقاول على إخطار بقبول عطائه، وقبل التوقيع على مستندات العقد الرسمية[1].

والإصدار الثالث من عقد الهندسة المدنية Engineering Contract ترك للأطراف أن يحددوا باتفاقهم ما يتعلق بضمانة التنفيذ من حيث مدة صلاحيتها، وواجب رب العمل إذا أراد تقديم مطالبة تستند على ضمانة التنفيذ أن يخطر المقاول بالترتيبات الخاصة بالإفراج عن الضمانة والعملة التي ستتم على أساسها التبادلات النقدية، وباستثناء النقطة الأخيرة الخاصة باختيار العملة واجبة التطبيق، تعامل الإصدار الرابع لعام 1987 صراحة مع كل هذه المسائل كما أنه وطبقا للبند 10/م من الإصدار الرابع، يظل ضمان التنفيذ ساريا حتى يقوم المقاول بتنفيذ الأعمال وإتمامها وإصلاح أية عيوب فيها، ولا يجوز المطالبة بهذا الضمان إلا بعد شهادة انقضاء المسؤولية عن العيوب، ويرد هذا الضمان إلى المقاول خلال أربعة عشر يوما من صدور شهادة انقضاء المسؤولية عن العيوب، وأخيرا قبل تقديم رب العمل لأي مطالبة تستند إلى ضمان التنفيذ، عليه أن يخطر المقاول بذلك مبينا طبيعة الإخلال التي سيتم المطالبة بشأنها[2].

هذا فضلا عن أنه يمكن تبرير تقديم الضمان بواسطة وسائل دفع الثمن، وذلك لأنه عند توقيع العقد يقوم رب العمل بدفع مبالغ كبيرة للمقاول قد تصل إلى 10% من القيمة الإجمالية للعقد، بالإضافة إلى الأقساط الشهرية، ومن ثم يكون من حق رب العمل أن يقدم له المقاول

---

[1]– د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 138.

[2]– البند 10 من الإصدار الرابع لشروط الفيديك لسنة 1987، ترجمة مكتب الشلقاني للإستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة 1993، ص 15.

ضمانا كافيا يطمئنه على أنه أي–المقاول– سينفذ كل التزامات الناشئة عن العقد، وفي حالة عدم التنفيذ يستطيع رب العمل أن يرجع على الضمان ليستوفي منه حقه [1].

ب– أحكام الضمان القانوني:

يلتزم المقاول بتقديم كفالة أو كفيل متضامن إلى رب العمل ومن ثم تعتبر الكفالة أو الكفيل المتضامن بمثابة تعهدات تابعة ومكملة للعقد الأصلي، وبناء عليه يلتزم رب العمل بإثبات عدم تنفيذ العقد والضرر الذي أصابه من جراء ذلك، حتى يستطيع الحصول على الضمان[2].

وفيما يتعلق بموضوع الضمان توجد أربعة نماذج من الضمانات هي [3]:

الأول: ضمان العطاء

وهو ضمان يقدمه مقدم العطاء لكي يثبت جدية العطاء، ومن ناحية أخرى، يؤكد من خلاله مقدم العطاء لرب العمل قدرته المالية على تقديم الضمان النهائي في حالة ما إذا رسا عليه العقد.

الثاني: ضمان المدفوعات

هو ضمان يقدمه المقاول مقابل المدفوعات التي يحصل عليها من رب العمل خاصة الأقساط الشهرية، أو أية مدفوعات أخرى يقدمها رب العمل إلى المقاول بحيث إذا عجز هذا الأخير عند تنفيذ التزاماته، يستطيع رب العمل أن يرجع على هذا الضمان ليستوفي منه حقوقه.

---

[1]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 429.

[2]– نفس المرجع، ص 432.

[3]– نفس المرجع، ص 432.

الثالث: ضمان حسن التنفيذ

يقصد به ضمان المقاول الذي رسا عليه العقد لكي يثبت به قدرته على حسن تنفيذ العقد، هذا فضلا عن أنه في حالة الإخلال بهذا الالتزام يستطيع رب العمل أن يحصل على حقوقه إزاء المقاول من هذا الضمان[1].

ويعتبر تحديد مدة صلاحية الضمان من الأهمية بمكان، خاصة فيما يتعلق بالضمانات غير المشروطة فوفقا لنظام الفيديك يظل الضمان ساريا حتى يقوم المقاول بتنفيذ الأعمال وإتمامها وإصلاح أية عيوب فيها وفقا لما يقتضيه العقد، وفي ذلك ينص الشرط 2/10 من شروط الفيديك على أنه "يظل ضمان التنفيذ ساريا حتى يقوم المقاول بتنفيذ الأعمال وإتمامها وإصلاح أية عيوب فيها وفق ما يقتضيه العقد، ولا تجوز المطالبة بهذا الضمان إلا بعد صدور شهادة (انقضاء) المسؤولية عن العيوب وفقا للبند الفرعي 62-1، ويرد هذا الضمان إلى المقاول خلال أربعة عشر يوما من صدور شهادة (انقضاء) المسؤولية عن العيوب [2].

الفرع الثاني: حقوق المقاول في مواجهة رب العمل

تفرض عقود الدولة العديد من الإلتزامات على الدولة خلال فترة التنفيذ، وتكون هذه الإلتزامات في ذات الوقت حقوقا لصالح الطرف الأجنبي، ومن ضمنها أعمال التسهيلات التي تلتزم بها الدولة، مثل منح التراخيص بدخول العمالة الأجنبية، و استيراد المواد اللازمة لتنفيذ أعمال العقد، وامكانية الإعفاءات الجمركية والضريبية والضمانية والحق في إجراء التحويلات

---

[1]- د/ أحمد حسان الغندور، نفس المرجع، ص 432.

[2]- نفس المرجع، ص 433.

النقدية، والحق في الحماية اللازمة سواء في الأحوال العادية أو الإستثنائية، وإذا كان يقع على عاتق المقاول العديد من الالتزامات بموجب حق الفيديك فإن له أيضا العديد من الحقوق.

أولا- الحق في استخدام الأجانب:

تخول معظم عقود الدولة خاصة عقود الاستثمار وعقود الإنشاءات المستثمر أو المقاول الأجنبي الحق في استخدام أشخاص أجانب وخصوصا الفنيين والإداريين تستعين بهم في تنفيذ أعمال العقد، ومع ذلك فإن هذا الحق ليس مطلقا بل تكفلت برسم حدوده وبيان مداه الشروط العقدية[1].

ثانيا- الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية:

لقد خولت جل عقود الاستثمار بما فيها عقود الإنشاءات الشركات الأجنبية المتعاقدة الحق في استيراد المعدات والآلات وغيرها مما تحتاجه في تنفيذ عمليات العقد مع إمكانية الإعفاء في الغالب من كافة الضرائب والرسوم الجمركية.[2]

ويرى الباحث أن الجزائر قد اتخذت عدة آليات لأجل استقطاب الاستثمار الأجنبي وانجاز المشاريع الكبرى، وذلك من خلال العديد من الحوافز الضريبية، وكذا الحوافز التمويلية.

ثالثا- الحق في التنازل عن العقد:

تتضمن جل عقود الدولة وخاصة عقود الإنشاءات نصوصا تسمح للشركة أن تتنازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء كانت تابعة لها أم

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 102.

[2]- نفس المرجع، ص 102.

مستقلة عنها، ولكن هذا الحق ليس حقا مطلقا بل تقيده شروط للحفاظ على مصالح الدولة صاحبة المشروع.[1]

إضافة إلى أهم حق من حقوقه هو استكمال العقد طبقا للبرنامج الموضوع من قبله دون تأخر غير مبرر "undue delay" ، أو تدخل أو إعاقة "hindrance" من رب العمل أو المهندس أو المقاولين الآخرين المختارين من قبل رب العمل، ومن حقوقه ذات الأهمية الخاصة طبقا لشروط العقد، تلك التي تتعلق باختياره طرائق التشييد construction method وحقه في إنهاء العقد أو إيقاف الأعمال في ظل ظروف معينة، وحقه في الحصول على مقابل العقد payment.[2]

ونتيجة قيام المتعاقد مع رب العمل بكل التزاماته فانه يهدف إلى الحصول على المقابل المالي أي (الثمن) للأعمال التي قدمها لرب العمل، وغالبا ما يكون هذا المقابل نقديا، وقد يتخذ المقابل المالي شكل الثمن في عقدي الأشغال العامة والتوريد، أما في عقد الالتزام فيكون الثمن في صورة الرسم الذي يفرضه الملتزم على جمهور المنتفعين وفقا لحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة في العقد [3].

والأصل أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في عقود الإنشاءات تعتبر شروطا تعاقدية لا يجوز لرب العمل بإرادته المنفردة أن يعدل فيها أو يغيرها، ولكن يلزم أن يتفق الطرفان على ذلك وقد تناول البند 1/60 من الشروط العامة لعقود الفيديك، موضوع الدفع

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 177.

[2]– د/ أحمد حسان غندور، مرجع سابق، ص107.

[3]– د/ جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر،2000، ص232.

بتفصيل شديد حيث نص على أنه يتم الوفاء من جانب رب العمل بقيمة المستخلصات شهريا، كما وضح نفس البند عناصر المستخلصات الشهرية وقال بأنها تشكل قيمة ما نفذ من الأعمال الدائمة.

المطلب الثاني: التزامات رب العمل (الإدارة) في عقد الإنشاءات الدولي وحقوقها

الفرع الأول: التزامات رب العمل

يلتزم رب العمل بمقتضى العقد الدولي للإنشاءات بعدة التزامات في مواجهة المقاول تبعا لاختلاف نوع العقود التي تبرمها الدولة مع الطرف الأجنبي- المقاول -، إلا أن هناك التزامات تكاد تكون ذات طبيعة مشتركة في جميع هذه العقود منها التي قبل فترة التعاقد الأصلي أي خلال فترة المفاوضات وأخرى بعد مرحلة التعاقد الأصلي:

أولا- الإلتزامات خلال فترة المفاوضات:

أهم الإلتزامات المفروضة على الدولة خلال فترة المفاوضات، الإلتزام ببدء التفاوض والإستمرار فيه بإتخاذ الإجراءات الكفيلة لفتح عملية التفاوض مثل توجيه دعوة بالتفاوض وتقديم المقترحات، والإلتزام بحسن النية في التفاوض، والإلتزام بالتعاون وتقديم المعلومات، حيث يلتزم فيه الطرفان بالتعاون والمساعدة في تنفيذ إلتزاماتها[1]، إضافة إلى حظر المفاوضات الموازية أي فتح المفاوضات مع طرف آخر على ذات الموضوع، والالتزام بالحفاظ على السرية عند النص عليه في عقد المفاوضات، لما تشمله غالبية عقود الدولة من أسرار تكنولوجية أو فنية للطرفين.

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي- مفاوضات العقود الدولية- القانون واجب التطبيق، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 60.

وتحرص أطراف العلاقة إلى إبرام عقود تفاوضية تحدد حقوق والتزامات الأطراف خلال فترة ما قبل إبرام العقد الأصلي، وذلك بدلا من المفاوضات الحرة التي قد ينهي فيها أحد الأطراف هذه المفاوضات، والتي قد يترتب عليها المسؤولية التقصيرية والتي قد يفشل أحد أطرافها بإثبات عناصرها.

ثانيا- الالتزامات خلال فترة العقد الأصلي:

أيضا تتنوع هذه الالتزامات باختلاف العقود المبرمة، إلا أنه يمكن إيجاز أهم الالتزامات المفروضة على الدولة وهي:

أ- أعمال التسهيلات خلال فترة العقد.

كثيرا ما تنص العقود على مجموعة التسهيلات بما يتطلب من الدولة الالتزام بتنفيذها خلال مرحلة التنفيذ، مثل السماح للطرف الأجنبي بتوريد المعدات والآلات والمواد اللازمة لأعمال العقد، وأيضا منح التراخيص لذلك وتسهيل دخولها إلى الأراضي الوطنية، وأيضا تسهيل منح تراخيص البناء أو إحضار المواد من الخارج، وقد تلتزم الدولة للطرف الأجنبي بالإعفاءات الجمركية أو الضريبية.[1]

ب- التزام الدولة بتقديم الحماية اللازمة.

غالبا ما ينص في عقود الدولة أو قوانين الاستثمار الوطنية أو المعاهدات الثنائية أو الجماعية، على ضرورة توفير قدر من الحماية للمستثمر الأجنبي من الأخطار التي قد يتعرض لها خلال فترة تنفيذ العقد بأراضي الدولة.

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 102.

ثالثا– التزام رب العمل باستلام العمل موضوع العقد و إجازته بعد إنجازه:

يلتزم رب العمل بتسلم العمل موضوع عقد المقاولة بعد انجازه، وهذا التسليم يعني استيلاء رب العمل على العمل عقب أن يضعه المقاول تحت تصرفه، حيث انعدام العائق من الإستلاء عليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعني استلام رب العمل للعمل موضوع عقد المقاولة تقبله للعمل محل العقد، والموافقة عليه واعتماده بعد فحصه و معاينته للتأكد من مطابقته للشروط المتفق عليها لأصول الفن والصناعة المتعارف عليها.

والواقع أن التسليم والتقبل وجهان لعملة واحدة فالتزام رب العمل بتسلم محل العقد بعد انجازه، هو ما يعني التقبل واستجابته للشروط الموضوعية محل الاتفاق؛ فإذا لم تكن هناك شروط سبق الاتفاق عليها أو كانت الشروط غير كاملة، فالمرجع هو ما تقضي به أصول الفن والصناعة تبعا لنوع العمل محل العقد، حيث يتم إعمالها محل الشروط غير المتفق عليها أو تكملتها حال كونها ناقصة [1].

ويجب أن تكون المخالفات المانعة لرب العمل من تسلم العمل من المقاول، للشروط أو لأصول الفن والصناعة حاسمة إلى حد كبير بحيث تحول دون التسلم وتتضمن الإجحاف وبالتالي لا يجوز عدلا إلزامه بالتسلم خاصة إذا كان العمل الذي تم إنجازه موضوع عقد المقاولة غير صالح للغرض المقصود منه.

[1]– د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، دار منشأة المعارف، مصر، 2004، ص9.

كما أن الاستلام أو القبول يؤدي إلى حلول التزام رب العمل بالوفاء بالأجرة أو بما تبقى منها ما لم يقض العرف أو الاتفاق بغير ذلك[1]، وتتعدد طرق تسلم رب العمل للأعمال المنجزة من قبل المقاول، فالتسليم قد يكون مؤقتا أو نهائيا، وقد يتم التسليم كليا أو جزئيا، ويمكن توضيح ذلك كما يأتي:

أ – التسلم المؤقت والتسليم النهائي

1– التسليم المؤقت: ويقصد به قبول رب العمل للأعمال المنجزة بصفة مؤقتة حتى يقوم المقاول بإصلاح كل العيوب والنواقص التي أعلن عنها رب العمل في محضر التسلم، وذلك في المدة التي اتفق عليها في المحضر المذكور، أو في المدة المناسبة التي يقضي بها العرف المهني.

2–التسليم النهائي: ويكون بعد قيام المقاول بالإصلاحات التي قدرها رب العمل وأثبتها في محضر التسلم المؤقت، بعد ذلك يقر رب العمل بتسليمه العمل وقبوله إياه بشكل نهائي، ويثبت ذلك في محضر جديد يحرر بمناسبة التسليم النهائي.

ب– التسلم الكلي والتسليم الجزئي:

1– التسليم الكلي: يكون التسلم كليا إذا انصب على كل العمل، بعد إتمام إنجازه ويتم هذا التسلم بصفة خاصة إذا كان العمل كلا متكاملا لا يقبل التجزئة، حيث لا سبيل أمام رب العمل إلا أن ينتظر إتمام إنجازه كاملا حتى يتسنى له تسلمه، وهنا يكون التسلم واحدا بتاريخ واحد ومحضر تسليم واحد.

---

[1]– د/ أحمد عبد العالي أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دون مكان نشر،2003، ص 288.

2-التسلم الجزئي: يكون التسلم جزئيا عندما يكون العمل قابلا للتجزئة إلى مجموعة من المراحل أو الهياكل، بحيث يمكن تسلم مرحلة تلو أخرى، أو هيكلا بعد آخر، حسب ما يتم إنجازه منه أولا بأول، أو حسب طلب صاحب المصلحة [1].

رابعا- التزام رب العمل بالتعاون وتمكين المقاول من انجاز الأعمال

ويعتبر الالتزام بالتعاون في العقود المقاولة بشكل عام بما فيها عقود الإنشاءات مظهرا من مظاهر الالتزام بحسن النية، والتي تعتبر إحدى مقتضيات تنفيذ العقود.

ومن اجل المضي في تنفيذه حتى تمام انجازه، فإنه يقع على عاتق رب العمل التزام ببذل كل ما في وسعه لتسيير مهمة المقاول وبالتالي تمكينه فعلا وواقعا من البدء في تنفيذ العمل محل عقد المقاولة فعلى رب العمل إعداد الرسومات والبيانات والمواصفات الملزم بها، واستخراج تراخيص البناء بصفة خاصة، وكافة التراخيص الإدارية الأخرى، وتقديم كافة المستندات المطلوبة للجهات المعنية لاستخراج مثل تلك التراخيص الإدارية الأخرى، والحصول عليها وتقديمها للمقاول في الميعاد المناسب دون إبطاء، حتى لا يتأخر المقاول في اتخاذ الإجراءات التنفيذية الفعلية لتنفيذ العمل المنوط به محل عقد المقاولة[2].

ولا مراء في أن عدم قيام رب العمل بالتزاماته المتفق عليها في عقد المقاولة يستتبع إمكانية طلب المقاول التنفيذ عينا، كأن يستحضر على نفقة رب العمل كافة الآلات والمعدات اللازمة للحفر وكذلك المواد الأولية....الخ وذلك بعد الرجوع للقضاء.

---

[1]- د/ أحمد حسن الغندور، مرجع سابق، ص 455.

[2]- د/ محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الإلتزام، الطبعة الثامنة، دون سنة ودار نشر، ص 149.

وقد يكون تدخل رب العمل الشخصي أمرا لازما لو تطلب الأمر، كما لو استدعى الأمر قيامه شخصيا باستلام كميات الإسمنت اللازمة للمباني محل العقد من شركة الإسمنت، أو تقديم توكيل رسمي منه بذلك لآخر وتقاعس عن ذلك كان للمقاول اللجوء إلى طريقة التهديد بالتنفيذ، ويحق للمقاول في كل الحالات طلب التعويض عن الضرر الذي عساه يكون قد لحق به، جراء عدم قيام رب العمل بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه أو حال تأخره في القيام بها[1]، وكذا طلب فسخ عقد المقاولة مع طلب التعويض.

خامسا- التزام رب العمل بسداد أجر المقاول

ليس هناك ما يحول عقد المقاولة ألا يتضمن الأجر في العقد، أو ألا يكون هناك ثمة اتفاق صريح على مقدار الأجر منصوص به، و إذا لم يكن هناك مثل هذا الاتفاق فالقانون يتولى تحديد مقدار هذا الأجر، وإذا لم يكن هناك إتفاق أو قانون أيضا على وجود الأجر في ذاته فقد يستخلص من ظروف التعاقد كما يأتي:

1. المهندس المعماري مثلا يستحق أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعن إدارة الأعمال، فإن لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري.
2. غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر حسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة العمل [2].

---

[1]-عقد الفيديك، الطبعة الرابعة المادة ستة، 1987، حيث عرف هذا العقد المقاول في البند1/أ/2 الطبعة الثانية للترجمة العربية لعقد الفيديك والصادرة عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، مصر، 1993، ص 18.

[2]-د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة، منشأة المعارف، مصر، طبعة 2001، ص 191.

وعند تعدد أرباب العمل فإنهم يلتزمون في مواجهة المقاول بدفع الأجر، كل في حدود حصته، فإذا لم يوجد تحديد للحصة انقسم عليهم الأجر بالتساوي، ويلتزم رب العمل بدفع الأجرة المتفق عليها للمقاول الذي تعاقد معه ولا يلتزم بشيء في مواجهة المقاول من الباطن إذ أنه يعد غيرا بالنسبة لرب العمل أو صاحب المشروع[1].

الفرع الثاني: حقوق رب العمل

تنشئ عقود الدولة لرب العمل حقوقا، من أهمها الحق في الإشراف والرقابة على أعمال الشركة، والحق في تعديل العقد أو فسخه، والحق في إنهاء العقد.

وسنوجز هذه الحقوق فيما يأتي:

أولا- الحق في الإشراف والرقابة على أعمال الشركة:

تتضمن عقود الدولة دائما نصوصا تعطي للدولة الحق في الرقابة والإشراف على أعمال الشركة الأجنبية المنفذة، وذلك للتأكد من تنفيذ الالتزامات المفروضة عليها وفقا للعقد، ولذا نجد أغلب هذه العقود تتضمن آليات ووسائل تمكن الدولة من القيام بهذا الالتزام.[2]

ويتنوع حق الرقابة والإشراف بنوعية عقود الدولة، فللدولة في عقود الأشغال الدولية أو التنمية الصناعية الرقابة على تنفيذها وفقا لدفاتر المواصفات ولإصدار الأوامر في ذلك، وأيضا حقها في الموافقة على التنازل في تنفيذ جزء أو كل العقود لطرف أخر، والحق في رقابة سير العمليات التنفيذية وفقا للمدة المحددة في العقد.[3]

---

[1]- د/ أحمد عبد العال أبو قرين، مرجع سابق، ص 282.

[2]- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 105.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 142.

ثانيا- الحق في تعديل العقد أو فسخه:

تحرص الدولة على أن ينص في عقود الدولة المبرمة مع الطرف الأجنبي على حقها في تعديل العقد في حدود معينة أو فسخه عند إخلال الطرف الأجنبي بالالتزامات المفروضة، وغالبا ما تتحدد الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد.

فعلى الرغم من أن الأصل أنه لا يجوز تعديل العقد إلا بموافقة الطرف الآخر، إلا أنه في عقود الدولة، للدولة الحق في تعديل العقد بدون موافقة الطرف الأجنبي إذا كان تنفيذه يتعارض مع المصلحة العامة، على أن يتم تعويض الطرف الأجنبي عند حصول إخلال في الالتزامات، وسبب ذلك هو طبيعة عقود الدولة التي تسري لفترات طويلة عادة، وتأثيرها على خطط التنمية الاقتصادية في البلاد مما يجعل من الضروري للدولة الحق في تعديلها وفقا لهذه الظروف ولو لم ينص في العقد على ذلك بما يحقق المصلحة العامة، دون أن يكون للطرف الأخر الحق في الاعتراض أو التمسك بقاعد العقد شريعة المتعاقدين كل هذا دون إخلال الإدارة بالتوازن المالي للعقد وإلا كان للطرف المتعاقد معها الحق في التعويض.

كما أن للدولة الحق في فسخ العقد وفقا للأحكام التي تنطبق على العقود في القانون الخاص، وذلك عند إخلال الشركة الأجنبية بالالتزامات الجوهرية المفروضة عليها في العقد، وعادة ما يتم حصر هذه الإلتزامات في العقد، كحالة الإعلان عن إفلاس الشركة الأجنبية وعدم إلتزام الشركة بالحد الأدنى للإستثمار وغيرها.[1]

[1]- سراج حسين أو زيد، مرجع سابق، ص 105 – 106.

إضافة إلى كل هذه الحقوق فإن رب العمل يتمتع بالعديد من السلطات، فهو صاحب الاختصاص في الموافقة على شكل الضمان، والمؤسسة مقدمة الضمان فضلا عن سلطته في الموافقة على وثيقة التأمين والمؤسسة المقدمة له لضمان مخاطر المقاول، طبقا للبند الفرعي 1/10 من الشروط العامة في الإصدار الرابع من شروط عقد (الفيديك) إضافة إلى أحقية رب العمل في الإشراف والتوجيه في تنفيذ العقود[1].

ولرب العمل أيضا أن يحتفظ لنفسه بالحق في الموافقة على قرارات المهندس بحيث لا تنفذ بغير موافقة رب العمل، ولرب العمل فضلا عن ذلك الحق في تعيين مقاولين من الباطن من اختياره هو أو على الأقل موافقته، وهذا حسب نص البند الفرعي 1/59 من الشروط العامة، وفي بعض الحالات أن يدفع رب العمل مستحقات هؤلاء المقاولين من الباطن مباشرة إليهم[2].

وتجيز بنود عقد الهندسة المدنية وفقا للبند الفرعي (1/66) لرب العمل (وكذلك المقاول) الحق في الإعفاء من الأداء، إذا طرأ ظرف خارج عن إرادة الطرفين جعل وفاء أي منهما أو كليهما بالتزاماته العقدية مستحيلا أو مخالفا للقانون[3].

---

[1]– د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 95.

[2]– نفس المرجع، ص 95.

[3]– نفس المرجع، ص95.

UNIVERSITE SETIF2

الفصل الثاني

تمهيد:

ترتبط منازعات عقود البناء طويلة الأجل بالخلافات بين أطرافها، حول مضمون العلاقة التعاقدية ومتطلباتها الخاصة واختلاف مصالح أطرافها وطول مدة تنفيذها، لذلك يحرص أطراف العلاقة التعاقدية على بيان طرق تسوية المنازعات، سواء عن طريق المحاكم أو الطرق البديلة، وتتمثل غالبا في التحكيم حيث يفترض وجود بند خاص في العقد يتفق بمقتضاه أطرافه على اللجوء إلى التحكيم، أو أن يتم هذا الاتفاق في وثيقة منفصلة يتم إبرامها في تاريخ العقد أو بعد نشوب النزاع (مشارطة التحكيم)، كما أن صناعة الإنشاءات تعرف طرقا بديلة أخرى لتسوية المنازعات مثل الوساطة والتوفيق والمحاكم المصغرة، ويرجع تفضيل الطرق البديلة لتسوية المنازعات إلى إن الأنظمة القانونية والتشريعية أو القضائية في القانون الداخلي قد تفرض إجراءات وقواعد لا تتسق مع خصوصيات وطبيعة العلاقات الدولية، فهذه العلاقات لا تتحمل بما تقتضيه من سرعة ومرونة بطء وتعقيدات إجراءات التقاضي أمام المحاكم الوطنية.

ويعتبر عامل السرعة من العوامل الهامة في تنفيذ المعاملات الدولية التي تتأثر بتقلبات أسعار المواد والصرف، وكذلك فان نمو العلاقات التجارية والاستثمارية على الصعيد الدولي يتطلب حلولا فعالة للمنازعات المحتلمة بطريقة محايدة، يتفادى بها بقدر الإمكان تدخل الاعتبارات السياسية، لذلك فإن الأطراف غالبا ما يفضلون نظام التحكيم لما يتسم به من مرونة وسرعة نسبية وكفاءة، من حيث أنه يقوم عليه نخبة مختارة من المؤهلين المدركين لمتطلبات العلاقات الاقتصادية الدولية، إلى جانب ذلك يمتاز هذا النظام بالسرية وقلة التكاليف وإمكانية التوصل إلى حل توفيقي لا يقوم على اعتبارات قانونية بحتة.

وعلى هذا الأساس اخذ التحكيم يتطور حتى أصبح يعد الوسيلة الأولى لحسم منازعات التجارة الدولية، بل أصبح يعد جزءا من عقود الإنشاءات الدولية وفقا لآلية تحكيمية خاصة يقوم

عليها توازن هذه العقود[1]، وإلى جانب التحكيم والذي ما يزال أساس فصل المنازعات في عقود الإنشاءات، ظهرت وسائل أخرى لحسم المنازعات أطلق عليها الفقه:

الوسائل البديلة لحسم المنازعات : Alternative Dispute Résolution تعرف باسم ADR

فما معنى الوسائل البديلة لحسم المنازعات؟ وما مدى دورها في حسم منازعات عقود الإنشاءات الدولية، دور التحكيم في تسوية منازعات هذا النوع من العقود، هذا ما سيحاول الباحث تناوله من خلال أربعة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: الوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإنشاءات الدولية.

المبحث الثاني: دور التحكيم كوسيلة أساسية في تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية.

المبحث الثالث: الخصومة التحكيمية والقرارات التحكيمية في القانون الجزائري

المبحث الرابع: تقييم دور التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية

[1]– د/ عبد الحميد الأحدب، تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية ، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الدولي والوسائل السليمة الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية، الفترة من 8 إلى 12 ابريل 1997 ، نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ص 1 .

المبحث الأول: الوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الإنشاءات الدولية

إنه في تاريخ سابق للعقدين الماضيين كان هناك اتجاه لاستعمال هذه الوسائل كبديل لنظام التقاضي العادي وذلك بهدف حسم أي نزاع، وحتى المنازعات التي كانت تصل إلى المحاكم كثيرا ما كانت تحسم عن طريق أية وسيلة من الوسائل البديلة للقضاء، على أن لا ننسى دور رجال الدين والأصدقاء في حسم المنازعات كذلك.

وقد تزايد استعمال هذه الوسائل إلى أن أطلق عليها اسم بدائل تسوية المنازعات، خاصة بعد مؤتمر "Pound" سنة 1979م عندما أكد رجال القضاء والدفاع مساوئ نظام التقاضي العادي من تأخير وتزايد النفقات، وتهدف هذه الوسائل إلى تسوية المنازعات دون اللجوء إلى المحاكم الوطنية، وذلك عن طريق حسمها مفاوضة أو وساطة أو توفيقا وأخيرا تحكيما.[1]

وكشف الواقع العملي على تمتع الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بمجموعة من المزايا منها أنها قليلة التكاليف إذا ما قورنت بالقضاء الوطني، وسرعة الوصول إلى حسم النزاع في أقل فترة ممكنة، والسرية التي تخيم على فترة تسوية النزاع، بل وأكثر من ذلك فبعد التوصل إلى تسوية النزاع يمكن ابتكار حلول جديدة من جانب الأشخاص المنوط بهم التسوية، وذلك لكونهم مدربين ومتخصصين في عقود (الفيديك)، أو عقود الإنشاءات الدولية.

[1]– د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 264.

ويضاف إلى هذه المزايا أن هذه البدائل تمنح الأطراف الحرية الكاملة، في اختيار الوسيلة التي تكون مقنعة من وجهة نظرهم أنها انسب الوسائل في حسم النزاع، كما أنها تمنح الأطراف أيضا الحرية في اختيار من يمثلهم في حسم النزاع.[1]

وتعد الرغبة في تأكيد الحرص على تحقيق العدالة من بين الأسباب أو المزايا التي تبرر اللجوء إلى الوسائل الغير القضائية البديلة لحسم المنازعات، فإذا كانت العدالة تؤخذ في الاعتبار من جانب القاضي إلا أنه يهتم في المقام الأول بتطبيق القانون، وقد يترتب على التطبيق الحرفي لنصوص هذا الأخير عدم تحقيق العدالة سواء كان ذلك راجعا إلى منافاة الحل لقواعد العدالة، أو لتضمنه أثارا مالية غاية في المشقة، ومن هنا ظهرت أهمية الوسائل الأخرى كالوساطة على سبيل المثال، حيث يهتم الوسيط في المقام الأول بالبحث عن حل قانوني لا يتنافى مع العدالة، فإذا ثبت له الحل القانوني يمثل خرقا لقواعد العدالة يهمل هذا الأخير، ويبحث عن حل يتفق مع العدالة وهو الدور الذي لا يمكن القيام به من جانب القضاء.[2]

وقد عرفت الوسائل البديلة انتشارا كبيرا في الولايات المتحدة الأمريكية لاسيما وأن التحكيم فيها لم يعرف نفس التقدم الذي عرفه في دول أوروبا، الأمر الذي هيأ الفرصة أمام الوسائل البديلة وخصوصا الوساطة لتظهر على الساحة، بوصفها وسيلة بديلة أساسية لحسم المنازعات بطريقة ودية[3].

---

[1]– د/ مصطفى الحبشي، عقود الأشغال الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 466.

[2]– د/ مجدي عبد الحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، بحيث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية– جامعة الزقازيق، مصر، عدد 10، سنة 1998، ص 14.

[3]– د/ محمد إسماعيل عبد المجيد ،عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 317.

ولقد اثبت الواقع العملي مميزات وفوائد اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية، وذلك لطبيعتها المركبة والمعقدة والتي تستدعي سرعة التدخل من أجل حسم كل ما قد يثور من نزاع بشأنها، فظهرت بذلك أهمية اللجوء إلى هذه الوسائل والتي تتميز باستهدافها التوصل إلى تسوية سريعة وملائمة للنزاع تراعي فيه الخصائص الفنية لعقود الإنشاءات الدولية، وتسعى إلى المحافظة على العلاقة الودية بين الأطراف وتشجعهم على إظهار نوع من المرونة في المواقف، وذلك بغية التوصل إلى حل يرضي جميع الأطراف، ولو اقتضى الأمر عدم التقيد بالاعتبارات القانونية المتصلة بالنزاع[1].

هذا ما أدى إلى تقنين بعض الهيئات المعنية بهذه الصناعة –عقود الإنشاءات الدولية– قواعد هذه الطرق[2]، وهذا هو الاتجاه الذي التزمه الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين في التعديل الذي أدخله على نموذج عقد أعمال الهندسة المدنية ونموذج عقد التصميم والتشييد وتسليم المفتاح[3].

وقد كشفت التجارب الميدانية العملية لتسوية المنازعات في عقود الإنشاءات الدولية أن المتعاقدين قد يفضلون تسويتها عن طريق اللجوء للوسائل البديلة لتسوية المنازعات، وقد تكون هذه التسوية داخلية بطريقة مباشرة ويطلق عليها لفظ التفاوض "Negotiation"، أو عن طريق تدخل شخص ثالث من خلال التوفيق أو الوساطة أو المحاكمة المصغرة أو الإجراءات أمام حكم.

---

[1]– د/ عبد الحميد الأحدب، التحكيم أحكامه ومصادره، الجزء الأول، بدون ناشر وسنة نشر، ص 11.

[2]– بند 3/67 من عقد أعمال الهندسة المدنية وبند 5/20 عقد التصميم وتسليم الفتاح.

[3]– د/ أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دون ناشر ودون تاريخ نشر ، ص 46 .

وسيتناول الباحث عرض بعض أهم الوسائل البديلة لتسوية منازعات العقود الدولية للإنشاءات والتي لاقت نجاحا في الواقع العملي، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: التفاوض.

المطلب الثاني: الوساطة والتوفيق.

المطلب الثالث: المحكمة المصغرة والإجراءات أمام حكم .

المطلب الأول: التفاوض Négociation

تنوعت تعريفات التفاوض، حيث عرفه البعض بأنه عملية يحاول فيها طرفا أو أطراف النزاع التوصل إلى اتفاق لتسوية خلافاتهم، وعندما يتم التوصل إلى اتفاق تكون جميع الأطراف المعنية على استعداد لقبوله والالتزام به.[1]

وقد قرر البعض أنه من الأجدر أن يسبق التحكيم مرحلة للمفاوضة بين الأطراف، لأن الحوار بتبادل وجهات النظر مع توافر النوايا الحسنة كثيرا ما ينهي النزاع مع الإبقاء على العلاقات الودية بين الأطراف[2]، وهذا ما أثبته الواقع العملي.

وعلى الرغم من أن أسلوب التفاوض يعد أبسط وأسرع الطرق لحل المنازعات، إلا أنه ليس بالأسلوب الهين، خاصة إذا كان هناك تعارض في وجهات نظر الأشخاص المعنية بخصوص بعض النقاط أو البنود في النزاع.

---

[1]– د/ محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001، ص 295.

[2]– د/ محسن شفيق، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، محاضرة ألقيت بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، 5 نوفمبر 1999، ص 60.

وقد نصت المادة (2) من ملحق تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين الأجانب الملحق باتفاقية واشنطن 1965 إلى تسويتها عن طريق المفاوضات، ولا يجوز اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم إلا بعد استنفاذ سبل التسوية عن هذا الطريق، وتعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل خلال ستة أشهر من مطلب أي طرف الدخول فيها[1].

كما وقد يجوز الاتفاق على استدعاء المديرين التنفيذيين لطرفي النزاع لمائدة التفاوض للمشاركة في مناقشة الاقتراحات المطروحة للتسوية، ويستهدف هذا الإجراء عرض النزاع على أشخاص آخرين يخولهم موقعهم من مواجهة النزاع والوقوف على أسباب الحقيقة، وبهذه الطريقة يمكن اختيار التسوية الأكثر موضوعية والتي يكون مردودها التجاري أكثر قبولا لدى طرفي النزاع، وعلى ذلك يمكن اعتبار المفاوضة جزءا هاما من دائرة العمل القانوني، وهي في عقود الأشغال العامة بما فيها العقود الدولية للإنشاءات تكتسب أهمية بالغة بحيث أنها قد تسهم في تجنيب الدولة اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الوطني مع ما يترتب عن كليهما من سلبيات، خصوصا إذا ما توافر لديها الأطر الفنية المؤهلة لممارستها حفاظا على المصالح الوطنية والمال العام [2].

ويرى الباحث أنه يتعين أن تتوافر في المفاوض بعض القواعد بشأن عملية التفاوض، كما أن هناك بعض السمات الشخصية التي يلزم أن تتوافر في المفاوض، فيتعين أن يكون

---

[1]– د/ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار– القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2000، ص 460.

[2]– د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 319.

المفاوض ماهرا أو متمرسا وأن تتوافر لديه المعرفة الشاملة بحيث يكون ملما بكافة وقائع النزاع، كما يلزم أن تتوافر فيه الصفات والسمات الآتية:

أ- القدرة على الاستماع إلى أقوال الطرف الأخر، والإحاطة بوجهة نظره في القضية المعروضة.

ب- الإحاطة باحتياجات الطرف الآخر وإدراك مصالحه.

ج-القدرة على إقناع الآخرين.

د- السرعة البديهية في الرد على الاستفسارات المطروحة من الطرف الآخر.

ويرى البعض الآخر أن هناك أساليب لممارسة الضغط في المفاوضات يجب على المفاوض استخدامها، وتشمل هذه الأساليب ما يأتي:

1- **المبالغة:** حيث يتعين على المفاوض أن يعرض لمطالب كثيرة أثناء عملية التفاوض، بحيث يصل في نهاية التفاوض إلى القدر الذي يحقق مصلحته ومنفعته وفي المقابل يشعر الطرف الآخر في التفاوض أنه قد حصل هو الآخر على مآربه.

2- **المفاجأة:** وهي تعني قدرة المفاوض على إحداث خلل في ترتيب أفكار الطرف الآخر، وعرض بعض الأمور التي لم تكن في حسبانه، وبحيث يصل الأمر في منتهاه إلى تقديم بعض التنازلات غير المحسوسة من هذا الطرف نتيجة عدم ورودها في ذهنه أو مخيلته والاستعداد لها.

3- **إنشاء تحالف:** ويقصد به وجود الأفراد أو الأشخاص ذوي المصلحة المشتركة في جبهة واحدة ضد الطرف الآخر في التفاوض.

4- **القدرة على اختراق الجبهة الأخرى للتفاوض:** ونعنى به قدرة المتفاوض على حل رموز الطرف الآخر المبهمة، من خلال تمكينه من عرض وجهة نظره ومحاولة إقناعه بأنه يملك مفتاح حل المشكلة أو النزاع، وأن أفكاره تعد هي النواة الأولى لحل النزاع.[1]

وينصح خبراء المفاوضة بأنه يتعين على المفاوض أن يجعل الطرف الآخر يعرض حله أولا، حيث دلت كثيرا من الدراسات على أنه غالبا ما يكون الطرف الخاسر هو الطرف الذي قدم حله أولا في المفاوضات.

كما يرى البعض أنه من الأجدى أن يشكل فريق المفاوضة من أكثر من مفاوض، فإذا ما كانوا اثنين من المفاوضين حيث يقوم أحدهما بعرض حلول يصعب أن يوافق عليها أو يقبلها الطرف الآخر، ويقوم المفاوض الثاني بعرض حلول تبدو أكثر قبولا ومعقولية لدى الطرف الآخر في التفاوض.[2]

ومن خلال ما سبق وفي إطار العقود الدولية للإنشاءات، فعندما يكون المتعاقد مع الدولة مجموعة من الشركات الدولية الكبرى والتي تضطلع بعبء تنفيذ المشروع نظرا لضخامته فإن التفاوض يظهر عادة في أي وقت تبعا لظهور المنازعة حتى إذا ما كان العقد يتضمن الإشارة إليها من عدمه، فالاتفاق عادة ما يمنع الأطراف من اللجوء إلى التحكيم، وقد أوصى الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية اليونيسترال" بشأن صياغة عقود

---

[1]- د/ مصطفى الحبشي، المرجع السابق، ص 470.

[2]- د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع السابق، ص 266.

الإنشاءات الصناعية، بعدم النص في عقد الأساس على منع اللجوء إلى وسائل أخرى للتسوية خلال فترة التفاوض" [1].

وعلى ذلك يعد أسلوب التفاوض أحد أفضل وأبسط الأساليب لتسوية المنازعات بين طرفي النزاع، لكن إذا فشلت المفاوضات قد يرغب الطرفان في تسوية النزاع عن طريق الوساطة والمصالحة قبل اللجوء إلى التحكيم أو المحاكم.

المطلب الثاني: الوساطة والمصالحة Médiation Et Conciliation

في حالة ما إذا فشلت المفاوضات بين أطراف النزاع قد يتم الاستعانة بطرف ثالث قصد المساعدة في التوصل إلى تسوية للنزاع؛ هذه العملية إما أن تتم عن طريق الوساطة Médiation أو المصالحة Conciliation، فالوساطة أو المصالحة ما هما إلا شكلين من أشكال حل النزاع يتم فيهما الاستعانة بطرف ثالث يشترط فيه الحياد التام لتشغيل المفاوضات بين أطراف المنازعات، والعمل كعامل مساعد للتوصل إلى حلول مرضية للأطراف كلها[2].

فالوساطة هي اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة على إزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق، قد يجنبهم الكثير من الوقت والجهد والنفقات إذا لجئوا إلى ساحات القضاء أو التحكيم [3].

وإن الوسيط (le médiateur) لا يأخذ قرارا محددا إنما يقترح حلولا واختيارات للطرفين لحل النزاع، وفي حالة التوصل إلى اتفاق تسوية ينبغي تحديده وتوقيعه من قبل الطرفين، وتظل

---

[1]– الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية – الأمم المتحدة – نيويورك –1988، ص 368.

[2]– د/ محمد بدران، مرجع سابق، ص 298.

[3]– د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 322 .

إجراءات الوساطة غير ملزمة للطرفين حتى يتم توقيع إتفاق التسوية[1]، إذن فالوساطة وسيلة اختيارية غير ملزمة للأطراف المتنازعة في حدود القرار الصادر عنها.

ويتعين أن يتصف الوسيط خصوصا في عقود الأشغال الدولية بصفات معينة وأن يكون ملما بنواحي التجارة الدولية والاقتصاد، شأنه في ذلك شأن المحكم وذلك حتى يتمكن من الفصل في النزاع على نحو يتفق والمتغيرات الاقتصادية الدولية المعاصرة، وكذا وجوب إتقانه للغات الأجنبية فضلا عن أنه لا ينبغي أن يكون الوسيط خصما في النزاع المعروض عليه أو له مصلحة فيه أو سبق له إبداء رأي فيه[2].

وقد أكدت الوساطة نجاحها كوسيلة من وسائل حسم المنازعات بطريقة ودية قدرت بنسبة 80% في الولايات المتحدة الأمريكية و 37% في بلدان الشرق الأوسط وتقدمت في الصين وكندا واستراليا، في حين أن دول القانون المدني الأوروبية بقيت حذرة ولم تقبل بهذه الوسيلة، فنجد محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس تلقت سنة 1990 ثمانية طلبات لحل النزاع بالصلح كوسيلة بديلة لحسم النزاع بطريقة ودية في حين أنها تلقت 365 طلب تحكيم[3]، فالوساطة كوسيلة لحسم المنازعات تهدف إلى اختصار الوقت فأطول وساطة قد تستمر من شهر إلى ستة أشهر، في حين قد يستغرق نظر النزاع سنوات أمام القضاء.

---

[1]– د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم الدولي وغيره من وسائل تسوية منازعات عقد تنفيذ إتفاقات البوت، ورقة عمل بحثية، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، يناير 1996 م، ص 4 .

[2]– د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 324.

[3]– د/ عبد المجيد الأحدب، تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الدولي والوسائل السليمة الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية، في الفترة من 8 إلى 12 ابريل 1997، ص 11.

من ناحية أخرى، تعد مصاريف الوساطة مقارنة مع نفقات التحكيم ومصروفات القضاء قليلة جدا[1]، كما تكفل قدرا من الخصوصية والسرية إذ ينبغي على الوسيط أن يحتفظ بقدر من السرية بين الأطراف وحياد تام[2].

أما المصالحة Conciliation وعلى الرغم من عدم تفريق كثير من الفقه والكثير من المؤسسات المتخصصة بينها وبين الوساطة كأسلوبين من الأساليب البديلة لتسوية المنازعات، إلا انه يوجد ثمة فارق جوهري يميز بين أسلوب كل واحدة منهما، فإذا كان الطرف المحايد "الوسيط" يتحدد دوره ومهمته في إقناع أطراف النزاع بتغيير مواقف كل منهم أملا في التوصل إلى مرحلة يمكن عندها أن تتفق المواقف، فإن دور الموفق في أسلوب المصالحة أكثر فاعلية، وذلك لكونه يقوم بفحص نقاط القوة والضعف في مواقف الأطراف ويخرج المقترحات ويقدم المشورة، ويسعى إلى إيجاد حجج مقنعة في صالح مواقف كل طرف أو ضدها، وكذلك خلق أفكار جديدة قد تشجع الأطراف المتنازعة على تسوية نزاعهم[3].

ومن أهم الأسباب التي تدعو إلى اختيار أسلوبي الوساطة والمصالحة في تسوية المنازعات، ابتعادها عن الرسميات مما يتيح ميزتي المرونة وحرية الاختيار، على أنه لا يقصد بالمرونة عدم التحكم أو الخضوع لقواعد إجرائية معينة، وذلك أنه غالبا ما يتفق الأطراف قبل تسوية النزاع على قواعد إجرائية تنظم أسلوب الوساطة أو المصالحة، إذا ما تم الاتفاق بينهما

---

[1]– د/ عبد المجيد الأحدب، نفس المرجع، ص 11.

[2]– د/ محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 5.

[3]– محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، بحث منشور بموقع شبكة المعلومات العربية القانونية، بتاريخ 2005/5/17، موقع www.molousaalamontada.net تاريخ الزيارة 26 أفريل 2010.

على أحد هذين الأسلوبين وذلك بإدخال بند خاص بذلك في عقدهم، كما أنهم قد يحيلون تنظيم هذه الإجراءات على قواعد مؤسساتية، أما فيما يخص ميزة الاختيار فإن المصالحة مثل الوساطة هي عملية تستمر بموجبها الأطراف المعنية بالتحكم في النتيجة النهائية لعملية حل النزاع، مما يمكن معه أن تظل علاقات العمل بين الأطراف قائمة بعد انتهاء المصالحة أو الوساطة، في حين أنه من غير المرجح استمرار هذه العلاقات عند استخدام أسلوب التقاضي أو التحكيم[1].

لكن في مقابل ذلك لا يفضل استخدام أسلوب الوساطة ولا المصالحة إذا ما توافرت أي من الحالات الآتية:

1- إذا كانت هناك حاجة لتفسير رسمي للقانون.

2- إذا كانت هناك مخاطر للإساءة إلى سمعة فرد أو شركة أو منتج.

3- إذا كانت هناك حاجة لمنع منازعات شبيهة ومستقبلية.

4- إذا كانت القضايا المطروحة ذات طبيعة جنائية أو دستورية أو تتعلق بالحقوق المدنية[2].

غير أنه من أهم ما يوجه لهذين الأسلوبين من نقد عدم اتسام القرارات الصادرة عن الوسيط أو الموفق بالقوة الملزمة في مواجهة أطراف النزاع، فالقرارات الصادرة عنهما تبقى قرارات غير ملزمة مما يجوز معه لأي طرف رفض التسوية المقترحة، إلا في حالة موافقة

---

[1]- د/ محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، مرجع سابق، ص 304.

[2]- نفس المرجع، ص305.

الأطراف كلها على اتفاق التسوية والتوقيع بالموافقة على قرار الوسيط أو المرفق إذا يعتبر آنذاك التوقيع على اتفاق التسوية بمثابة عقد ملزم لأطرافه، يمكن لأي طرف أن يرفع دعوى مخالفة العقد في مواجهة الطرف غير الملتزم بالاتفاق الذي تم التوصل إليه.

المطلب الثالث: المحاكمات المصغرة والإجراءات أمام حكم

الفرع الأول : المحكمة المصغرة Mini Trial:

ويقصد بها إتفاق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى لجنة، عادة ما يكون عدد أعضائها ثلاثة أشخاص يختار كل طرف واحد منهما ويختار العضوان المعنيان رئيس اللجنة.

وتستمع اللجنة لأقوال وطلبات كل من الطرفين بصورة موجزة وبالسرعة الممكنة، وبعد ذلك تعد اللجنة مشروع اتفاقية تسوية لعرضها على الأطراف، وإذا لم تتفق اللجنة على مثل هذا المشروع يتولى إعداده الرئيس منفردا، ويلاحظ أن اللجنة ليس لها صلاحية إصدار حكم نهائي ملزم للأطراف.

تتميز هذه الوسيلة بترشيد النفقات والوقت مقارنة بالتحكيم، حيث لا تستغرق مدة المحاكمة المصغرة أكثر من شهرين إلى ستة أشهر، وتكون المحاكمة المصغرة سرية وتهدف إلى تقوية العلاقات التعاقدية طويلة الآجل، كما هو الحال بالنسبة لعقود الإنشاءات الدولية [1].

وتعد جمعية التحكيم الأمريكية هي أول من طبق هذا النظام وقلدتها غرفة تجارة زيورخ، وهذه الوسيلة مثلها مثل غيرها من الوسائل البديلة لحل المنازعات، تهدف إلى حل النزاع بسرعة

[1]– د/ مصطفى الحبشي، المرجع السابق، ص 473.

وبأقل قدر من التعقيدات والتكاليف[1]، ويتضمن أسلوب المحكمة المصغرة عناصر من الوساطة والتوفيق وعناصر من التحكيم، وأثبت هذا الأسلوب نجاحا خاصا في الولايات المتحدة الأمريكية خصوصا في قضايا مقاولات البناء والتشييد حيث تمكن هذا الأسلوب بالفعل من حل منازعات إنشاء معقدة.

وتحاط إجراءات المحاكمة المصغرة بالسرية والحياد التامين، كما أن مناقشات التسوية تكون غير مقبولة في تحكيم أو محاكمة قضائية لاحقة لها.

وتبقى أهم السمات المميزة عموما لنظام المحاكمات المصغرة هي [2]:

1) إنها تهدف إلى تسوية النزاع من خلال التعاون الفعال بين كبار المسئولين الممثلين للأطراف المتنازعة بوصفهم زملاء أعضاء في هيئة المحكمة المصغرة، وإبقاؤها أسلوب الحوار قائما بين الطرفين، من خلال استنادها على مواقف الأطراف.

2) اتصافها بالسرية والسرعة والعدالة، واهتمامها بالأمور الجوهرية فقط دون الشكليات.

وينبغي على أطراف أي عقد للإنشاءات، والذين يعتزمون استخدام نظام المحاكمة المصغرة كوسيلة من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، إما أن يقوموا بوضع نظام المحاكمة المصغرة الخاص بهم أو أن يتبعوا أيا من الإجرائين الآتيين المتاحين بالفعل وهما :

أ) – قواعد مركز الموارد العامة بنيويورك.

The rules of the center for public resources

ب) – قواعد غرفة التجارة في زيورخ.

---

[1]– د/ عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 12.

[2]– د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 312.

وقد انتقدت هذه الوسيلة لافتقار القرار الذي تصل إليه المحاكمة المصغرة إلى القوة الملزمة، حيث يكون من حق الأطراف مطلق الحرية في قبول أو رفض التسوية المستندة إلى المحاكمات المصغرة.

الفرع الثاني: الإجراءات أمام حكم

قد ترغب الأطراف في عقود الإنشاءات الدولية الضخمة اللجوء إلى وسيلة سريعة وميسرة لتسوية منازعاتها على أساس تجاري توفيرا للوقت والنفقات، وذلك بالنص على تسوية ما قد ينشأ من نزاع بينهم بواسطة حكم يختارونه، وتتميز الإجراءات أمام الحكم بعدم الرسمية، وقد اهتمت بعض النظم القانونية بتنظيم الإجراءات المتبعة أمام الحكم في حين عملت نظم أخرى على تنظيم محدود للإجراءات أمام الحكم، في حين أن مجموعة ثالثة من النظم القانونية لم تهتم بتنظيم هذه الإجراءات[1].

ويجوز لطرفي عقد الأساس أن يفوضا الحكم المختار في تغيير شروط العقد أو تعديلها في حالات محددة، والأمر كذلك بإتخاذ تدابير مؤقتة في ظروف معينة وذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق يسمح بهذا التفويض، وتظهر مميزات اللجوء إلى نظام الحكم في شأن التدابير التحفظية التي تستدعي حالة المشروع والإجراءات الواجب اتخاذها على وجه السرعة[2]، على أن الحقائق التي ينتهي الحكم إلى مناقشتها لا يجوز الطعن فيها بدعوى تحكمية أو قضائية،

---

[1]– د/ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 480.

[2]– د/ أحمد شرف الدين، مرجع سبق ذكره، ص 52.

كما يجوز أن يلزم العقد الطرفين بتنفيذ قرار الحكم الصادر بشأن الأمور المستعجلة، على انه يعتبر عدم تنفيذها إخلالا بالتزام تعاقدي[1].

وفي نهاية عرض الوسائل البديلة لتسوية منازعات الفيديك ينتهي البعض إلى نتيجة هامة، مؤداها أنه رغم أن الطرق البديلة للتقاضي والتحكيم في تسوية منازعات عقود الإنشاءات لا تقوم على مبدأ الخصومة القضائية وتداعياتها، إلا أن التوصل من خلالها إلى تسوية مرضية لطرفي النزاع، يتطلب قبول بقواعد مسبقة تضمنتها أنظمة مؤسسية فنية أو يجرى الاتفاق عليها بين طرفي النزاع، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن يراعى التدقيق في صياغة بنود الاتفاق، المتعلقة بنطاق عمل الجهاز القائم بالتسوية وسلطاته ومدى إلزامية القرارات التي يصدرها، كل ذلك في ضوء أحكام القانون واجب التطبيق على صلاحياتها لقبول التسوية، من خلال أجهزة غير قضائية ومدى أهليتها لقبول التنازل عن بعض حقوقها بمقتضى التسوية الودية.[2]

المبحث الثاني: آليات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية

قد لوحظ أن أرباب مهنة البناء والتشييد يفضلون تسوية منازعاتهم تسوية داخلية على أيد أشخاص على دراية بمقومات صناعة البناء والتشييد، تستهدف في المقام الأول التوصل إلى حل توفيقي بين مصالح المتنازعين على أساس تجاري أو اقتصادي يكفل استمرار العلاقة وبالتالي انجاز المشروع محل التعاقد بأقل التضحيات، حتى أنه إذا استدعت طبيعة النزاع

[1]– د/ الدليل القانوني اليونسترال بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، ص 37.

[2]– د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 55.

وظروفه طرحه على أجهزة التحكيم، فإن نجاح هذا الطرح يتوقف إلى حد بعيد على مراعاة النظام الذي يجري من خلاله التحكم بخصائص صناعة البناء والتشييد[1]، ومن ذلك أصبح الاتفاق على التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناشئة على تنفيذ العقود الدولية للأشغال العامة، بما فيها بطبيعة الحال العقود الدولية للإنشاءات أمرا شائعا في العمل الدولي، إضافة لرغبة الدول النامية خصوصا في تحقيق النمو الاقتصادي، فقد تضمنت قوانينها نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار[2]، هذا دون أن نغفل أنه رغم كل مزايا التحكيم إلا أن له بعض المساوئ، ولكن رغم وجود هذه المساوئ إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية التحكيم التجاري الدولي عموما والتحكيم في عقود الإنشاءات الدولية على وجه الخصوص.

ولما كان العديد من مشروعات البناء والتشييد الكبرى يجري التعاقد بشأنها في الدول العربية خصوصا في إطار النماذج التي وضعها الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين

La Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils

وغني عن البيان أن هذا العقد قد أعطى للمهندس الاستشاري أدوارا متعددة ومتنوعة، بدءا من تصميم المشروع وإعداد الرسومات والتصميمات، ومرورا بالإشراف على الأعمال وإدارتها،

---

[1]– د احمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية، بدون دار نشر– الطبعة الثالثة، 2005، ص 5.

[2]– أ د / حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 19 .

وانتهاء بدوره في فض منازعات العقد وفقا للشرط 67 من شروط الفيديك في المرحلة قبل التحكيمية[1].

والجدير بالذكر أن شروط الفيديك قد جعلت من عرض المنازعات على المهندس الاستشاري وفقا للشرط 67 شرطا لقابلية هذه المنازعات للتحكيم، وبعبارة أخرى شرطا لإمكانية الالتجاء إلى التحكيم، ولما كانت شروط الفيديك قد أصبحت واسعة الانتشار في مجال العقود الدولية للإنشاءات، وبمفهوم آخر فإن معظم العقود الدولية للإنشاءات تحيل إلى شروط الفيديك وتنص على تطبيقها بما فيها الشرط67 بكل ما يترتب عليه من آثار بما في ذلك التحكيم.[2]

والمقصود بالتحكيم هنا في هذا البحث هو الإشارة إلى الخطوط العريضة له، بمعنى آخر استعراض بعض خصوصياته في منازعات الإنشاءات خصوصا فيما يتعلق بإدارة العملية التحكيمية في تلك المنازعات التي تتميز بالتعقيد، لأن تفصيلات التحكيم عموما نجدها مبسطة في الكتب والأبحاث المتخصصة.

وعليه لدراسة دور التحكيم كوسيلة أساسية لفض منازعات عقود الإنشاءات الدولية وفقا لشرط 67 من شروط الفيديك، اعتمد الباحث التقسيم الآتي:

المطلب الأول: دور المهندس الاستشاري في فض منازعات العقود الدولية للإنشاءات وفقا لنظام الفيديك .

المطلب الثاني: دور التحكيم في فض منازعات العقود الدولية للإنشاءات.

---

[1]– الشرط 67 من شروط الفيديك يقصد به في مجال هذه الدراسة الشرط 67 من عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية وإن كنا سنشير إليه بالشرط 67 من شروط الفيديك .

[2]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 554 .

المطلب الأول- دور المهندس الإستشاري في فض منازعات عقود الإنشاءات الدولية وفقا لنظام الفيديك:

يقوم المهندس الاستشاري في إطار عقود الإنشاءات بعدة وظائف، تتراوح بين تقديم المشورة والخبرة الفنية لصاحب العمل، وإدارة الأعمال ومتابعتها وبين فحص طلبات طرفي العقد في أصل وضعها الذي قدمت به.

ولكن قبل التطرق لدور المهندس الاستشاري في فض منازعات عقود الإنشاءات الدولية وفقا لنظام الفيديك نرى من الضروري المرور بنظرة شاملة على الفيديك وذلك كالآتي:

الفرع الأول: الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين الفيديك -FIDIC-

أولا- نشأة الفيديك وتطوره:

جاءت كلمة فيديك من تجميع الأحرف الأولى للتسمية الفرنسية Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseillers وتعني الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهو اتحاد يضم جمعيات المهندسين الاستشاريين في الدول المختلفة.

نشأ الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين عام 1913 بمساهمة ثلاث جمعيات أوربية للمهندسين الاستشاريين هي جمعية المهندسين الاستشاريين البلجيكية "CICB" والجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين "CICF" والجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين[1] "ASIC" ، ولم تدخل المملكة المتحدة (انجلترا) في عضوية الاتحاد إلا في عام 1949،

[1]- محمد شريف الناظر، مؤتمر عقد المقاولة وقانونه الحاكم، البحث عن التوازن، ملخص ورقة مقدمة عن نموذج الفيديك في ضوء القانون المصري، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، 2008، ص 2.

واعتبرت الولايات المتحدة الأمريكية عضوا فيه اعتباراً من عام 1958، وظل الفيديك منظمة أوروبية حتى بدأت الدول الصناعية الجديدة في الدخول في عضويته، فصار وبحق إتحادا دوليا للمهندسين الاستشاريين، وتوجد في عضويته حالياً أربع دول عربية هي مصر والسعودية والمغرب وتونس.

وعقب الحربين العالميتين الأولى والثانية، احتاجت أوروبا لإعادة البناء والإعمار من جديد، فازدهر مجال البناء والتشييد وذلك بعد أن توفر التمويل بموجب خطة مارشال، ومن ثم دفعت الاستثمارات الضخمة كافة المتخصصين إلى تنظيم جميع الجوانب التعاقدية التي تتم، ووجد الفيديك في انضمام جمعية المهندسين الاستشارية البريطانية إليه دفعة قوية، هذا فضلا عن وقوف البنك الدولي إلى جواره، فتوفرت إمكانات قيام الفيديك بعمل ما يثبت جدواه وأهميته، فكان أن أصدر الفيديك الطبعة الأولى(عام 1957) لأهم عقد من العقود النموذجية الصادرة عنه، وهو عقد المقاولة لأعمال الهندسة المدنية (الكتاب الأحمر باللغة الانحليزية)، وبعدها بعام واحد انضم اتحاد جمعيات المهندسين بالولايات المتحدة الأمريكية إلى الفيديك، ثم تلاه عدة إصدارات معدلة ومنقحة لتعيد قدرا من التوازن إلى أصحاب العمل ونظمهم القانونية الوطنية في ضوء الخبرة المكتسبة، وربما كان أكثر هذه النماذج تطورا هي نماذج الفيديك الجديد الصادر منذ عام 1999، وما يجب ذكره أن البنك الدولي وغيره من المؤسسات التمويلية الدولية قد اعتمدت على الفيديك في المشروعات التي تمولها.[1]

[1]– أ/ محمد السعودي أحمد تقي الدين، الفيديك الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث منشور بموقع شبكة المعلومات العربية القانونية تاريخ النشر 2007/7/16، تاريخ الزيارة 3 مارس 2012.

وما يجب الإشارة إليه أن أهداف الفيديك قد تم تعديلها وتطويرها بموجب التعديل الذي ورد في النظام الأساسي للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين وذلك في بكين سنة 2005، حيث اعتمدت الجمعية العامة المنعقدة بالصين في 7 سبتمبر من عام 2005 وفق نص المادة الثانية المعدلة على أن أهداف الفيديك تتمثل فيما يأتي:

1. تمثيل صناعة الهندسة الاستشارية عالميا، مع تحسين صورة المهندسين الاستشاريين.
2. أن تكون لها السلطة على المسائل المتصلة بالأعمال ذات الصلة.
3. زيادة نمو صناعة الهندسة الاستشارية لتكون عالمية وفعالة، مع زيادة الجودة.
4. زيادة الامتثال وبفاعلية لميثاق الشرف والنزاهة، مع زيادة الالتزام بالتنمية المستدامة.

ثانيا– مفهوم عقود الفيديك:

يقوم الفيديك بعدد كبير من الأنشطة، وأهم هذه الأنشطة هو إعداد ونشر نماذج للعقود المتصلة بأعمال المقاولات بأنواعها المختلفة، سواء كانت أعمال مدنية إنشائية أو أعمال ميكانيكية أو كهربائية[1]، سواء كانت عقود الدفعة الواحدة أو عقود تسليم المفتاح أو غيرها من العقود، وحقيقة الأمر أن هذه النماذج المعدة من قبل الفيديك تعبر عن خبرات السابقين الذين قاموا بهذه الأعمال على أرض الواقع، ولأنها تؤدي إلى الاستفادة من تراكم الخبرات المتتالية وتجارب الآخرين في نفس التخصص ونفس المجال.[2]

---

[1]– أ/ محمد السعودي أحمد تقي الدين، نفس المرجع، تاريخ النشر بالموقع الالكتروني 2007/7/16.

[2]– د/ محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، دراسة في ضوء عقد الفيديك، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 87.

وبهذا فإن نصوص العقد النموذجي ليست تشريعاً، بل هي في حقيقتها مجرد اقتراح من ذوي خبرة أو تصور منهم للوضع الأمثل الذي يجب أن تكون عليه العلاقة التعاقدية.

و يجوز للأطراف اختيار عقد نموذجي آخر من غير عقود الفيديك، ويمكنهم التوصل إلى شروط عامة أعدت خصيصاً بالتفاوض فيما بينهم لتكون شروطاً عامة للعقد.

وتعود الأهمية العملية لشروط الفيديك الخاصة بعقود البناء والتشييد لكونها تتسم بعدة خصائص جعلتها محل ثقة المتعاملين في هذا المجال ومن ذلك:

1. تشكل في مجموعها كلاً متكاملاً ومتناسقاً من القواعد.
2. تستمد وجودها ومصادرها من قواعد القانون الأنجلوسكسوني.
3. تخول المهندس الاستشاري دوراً حيوياً في إبرام وتنفيذ العقود.

وما يجب الإشارة إليه، أنه على المهندس وفقا لقواعد الفيديك القيام بمهمته بشكل محايد ومستقل تماماً، ويجب أن ينسى أنه ممثل لرب العمل، والعلة في ذلك تعود إلى أن عقود الفيديك تقوم على أساس أن المهندس هو المحور الرئيسي لتنفيذ العقد، وأنه بمجرد التوقيع على العقد بين رب العمل والمقاول، يصبح للمهندس سلطة كاملة في اتخاذ ما يراه من قرارات.

وما يجب توضيحه انه على المستوى الداخلي أو الوطني تأخذ عقود الفيديك، صورة عقود الإنشاءات الدولية، يلتزم بموجبه الطرف الأجنبي بإنشاء مشروع ما، لقاء ثمن معين يتعهد به

الطرف الوطني في مواجهة الطرف الأجنبي، ويمكن أن يكون الأجر في شكل حصة في مشروع يتقاسم الأطراف تكاليفه ويتم توزيع خسائره أو أرباحه فيما بينهم.[1]

ويلاحظ أن عقود الإنشاءات الدولية تختلف عن عقود الإنشاءات الداخلية وذلك على الرغم من اشتراكهما في نفس الجوهر على المستويين الدولي والداخلي ويعود ذلك إلى الآتي:

1. كثرة وتعدد المتدخلين في إبرام وتنفيذ عقود الإنشاءات الدولية حيث يوجد رب العمل والمقاول والمهندس الاستشاري ومكاتب إعداد الدراسات ومقاولون من الباطن.

2. وجود بعض التعقيدات الفنية وذلك نظراً لوجود أعمال البناء وأشغال الهندسة المدنية والمشروعات الصناعية الأخرى، الأمر الذي يكون من شأنه دمج كل هذه العناصر الفنية حتى نصل إلى تنفيذ هذه العقود، ويكون من شأن الإدماج والجمع ظهور مشاكل فنية معقدة على درجة كبيرة.[2]

ثالثا- الطبيعة القانونية للفيديك:

تتمثل أهمية التعرض للطبيعة القانونية للفيديك في التأكيد على أن جميع نصوصه الصادرة – سواء كانت عقود نموذجية أو غيرها- جميعها ليست لها أي قوة أو نفاذ قانوني فهي ذاتها ليست تشريعاً، ولا يصبح لها أثر قانوني على العلاقة العقدية، إلا إذا ارتأت إرادة المتعاقدين أن يتم إبرام العقد وفقاً للنموذج الذي أعده الفيديك، وبالقدر الذي اتفقت عليه إرادة الأطراف.

---

[1]- د/ مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 32.

[2]- نفس المرجع، ص 30.

ويقرر البعض أن أسباب انتشار هذه العقود النموذجية في مجال المقاولات وغيرها قصد به تحقيق بعض الأهداف[1] والتي تتمثل في الآتي:

1- توفير الوقت والجهد في صياغة العقود، حيث يستفيدون من خبرات من قبلهم عند إبرام العقود.

2- قصور التشريعات الوضعية عن حل كل المشكلات القانونية المتعلقة بالعقود، حيث يلاحظ عدم كفاية التشريعات في حل بعض المشاكل المتعلقة بالعقود، والتي تنصب على أمور فنية أو تقنية تتطور بسرعة كبيرة ولا تستطيع التشريعات ملاحقة هذا التطور.

ومن أكثر الأمثلة توضيحاً لذلك، ما تم في الطبعة الرابعة لعقد الفيديك 1999، حيث تم تعديل بعض البنود الواردة بعقد الفيديك الأحمر وذلك بتقليص دور المهندس في حل المنازعات بين المقاول ورب العمل والذي كان له دور شبكة تحكيمي، وظهور مجلس فض المنازعات والذي يختص بالفصل في أي نزاع ينشأ بين أطراف عقد الفيديك.

3- الاتجاه نحو توحيد القواعد القانونية، حيث تتجه دول العالم الآن إلى العمل على توحيد القواعد القانونية التي تحكم جميع المعاملات في النطاق الاقتصادي وذلك حتى تتجنب مشكلات تنازع القوانين المتعلقة بحكم هذه المعاملات، ومن أبرز الأمثلة على ذلك منظمة التجارة العالمية (O.M.C) والقوانين النموذجية الصادرة عن الأمم المتحدة المتعلقة بالتجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني.[2]

---

[1]- د/ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2005، ص 15.

[2]- د/ عصام أحمد البهجي التحكيم في عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2008، ص 123 .

ويلاحظ أن وصف العقد بالنموذجي قد يثير لدى البعض أن العقود النموذجية بصفة عامة وعقد الفيديك بصفة خاصة، هو نوع من عقود الإذعان التي يقتصر فيها دور العميل على قبول العقد جملة واحدة أو رفضه.

فالعقود النموذجية كما تستخدم في عقود الإذعان كوسيلة أو سلاح في يد الطرف القوى يشهره في مواجهة الطرف الضعيف حتى يذعن لشروطه، فقد تستخدم كوسيلة سلام بين طرفين مصالحهما متعارضة وهما على قدم المساواة، بحيث يكون الغرض منها منع وتجنب الخلافات بينهما عند إبرامهم لعقود تنصب على نفس موضوعها في المستقبل.

ومن ثم فإنه لا يمكن اعتبار عقد الفيديك عقد إذعان بالمعنى الحرفي حيث يتمتع أطرافه بحرية كاملة، فالحرية المقررة للعميل في اختيار شخص الاستشاري تعد تطبيقاً للحرية التعاقدية.

والحرية مقررة للعميل أيضاً في اتخاذ القرار النهائي، فله حرية اتخاذ القرار باتباع المشورة المقدمة أو عدم اتباعها[1].

كما يستطيع بقية الأطراف أن يأخذوا ببعض الشروط الواردة بعقد الفيديك دون بقية الشروط وذلك وفقاً لطبيعة العقد والعلاقة القانونية القائمة بينهم.

وهكذا تستخدم هذه الشروط التعاقدية عند إبرام عقود مشابهة وتنصب على نفس الموضوع الوارد بعقود الفيديك، وبهذا فإن الشروط الواردة بعقود الفيديك هي صياغة معدة سلفاً قبل إبرام الطرفين للعقد، الذي يرغبان في الاستعانة بصياغة عقود الفيديك في إبرام عقدهم.

---

[1]– سمير عبد السميع الأودن، مسئولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف، مصر، سنة 2004، ص 21.

وكل ما يتوجب على الأطراف في هذا الشأن هو ملء الفراغات الموجودة في نموذج عقد الفيديك، على أن توضع توقيعاتهم أو توقيعات وكلائهم في نهاية النموذج.[1]

رابعا: أنواع عقود نماذج الفيديك

أصدرت منظمة الفيديك عدداً من النماذج لعقود المقاولة وغيرها من العقود ذات الصلة بتلك العقود.

ويتعين أن نشير إلى أن عقود الفيديك قد أعطيت أسماء مختلفة وذلك حسب ولون الغلاف، ونعرض لهذه العقود كالآتي:

1- الكتاب الأحمر:

وهو الاسم الذي اشتهر به العقد النموذجي الصادر عن الفيديك والخاص بأعمال البناء التي يصممها رب العمل.

وبمعنى آخر هو العقد النمطي بين رب العمل والمقاول والمتعلق بالهندسة المدنية.

ويعود الأصل التاريخي لعقود الهندسة المدنية إلى ما قرره المهندس المدني الانجليزي (E.J-Rimmer) في أن عقود الهندسة المدنية (عقود المقاولات) تتميز بأنها تستوجب أن تكون الوثائق التي يتكون منها العقد متضمنة النص على حالات الطوارئ، والأحداث ذات الطبيعة الخاصة، ويعزى ذلك إلى الاستطالة الحتمية في مدة العقد.

---

[1]- د/ حمزة أحمد حداد، العقوبة النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997 ص 59.

وانتهى ريمير إلى أن كل الظروف والحالات استلزمت وجود شروط، يجب أن تدخل في عقود الهندسة المدنية (عقود المقاولة) تكون زائدة عن المعتاد من الشروط التي تتضمنها العقود التجارية العادية من الشراء والبيع[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط تحكم حقوق والتزامات رب العمل والمقاول، وتوضح الوظائف والمهام الموكلة إلى المهندس.

2- الكتاب الأصفر:

ويقصد به عقد الأعمال الميكانيكية والكهربائية شاملة لتركيب الموقع، وقد صدرت طبعاته اعوام 1963، 1980، و1987، وقد عاصرت الطبعة الأخيرة الطبعة الرابعة من الكتاب الأحمر، ويشترك الكتاب الأحمر والكتاب الأصفر ذلك الدور الرئيسي الذي يلعبه المهندس، وذلك باعتباره المرجعية فيما إذا كان المقاول قد نفذ الأعمال بالالتزام بما تم الاتفاق عليه في العقد أم لا، ودوره في تسوية المنازعات بين الأطراف من خلال دوره الشبه تحكيمي.

3- الكتاب الأبيض:

وهو الاسم الذي يشتهر به نموذج الفيديك للعقد بين رب العمل والمهندس الاستشاري، وقد صدرت طبعته الأولى 1990، والثانية عام 1991 بعنوان العميل/ الاستشاري- نموذج اتفاقية خدمات، ويتضمن الكتاب الأبيض الشروط العامة وشروط التطبيق الخاصة، بالإضافة إلى ملاحق ثلاثة.

---

[1]- محمد السعودي أحمد تقي الدين، نفس المرجع السابق.

4- الكتاب البرتقالي:

وهو الاسم الذي يشتهر به نموذج الفيديك لعقد التصميم والشراء والتشييد وتسليم المفتاح، وقد صدرت الطبعة الأولى منه عام 1995.[1]

ومن خلال ما تم التطرق إليه يمكن القول أن المهندس يعتبر ممثلا لصاحب العمل، أو المالك أو على الأقل مستشارا له فيما يتعلق بإدارة الأعمال، فإنه حين يقوم بفحص الاعتراضات على قراراته الصادرة بشأن طلبات طرفي العقد، يتولى دورا شبه قضائي أو شبه تحكيمي، ومن ثم يجب عليه أن يقوم بهذا الدور بحياد واستقلال تام عن الطرفين وفق شروط عقد الفيديك، وقد حرصت الصياغة الجديدة لشروط الفيديك على تصفية الطلبات عن طريق المهندس الاستشاري قبل عرضها على التحكيم[2].

فعقد الفيديك جعل من ضرورة عرض المنازعات على المهندس الاستشاري وفقا للشرط 67 شرطا ضروريا، لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة فشل المهندس الاستشاري في حل النزاع.

فكيف يتدخل المهندس الاستشاري وفقا للشرط 67 من شروط الفيديك في فض منازعات العقود الدولية للإنشاءات ؟ وما نتائج تدخله ؟

---

[1]- د/ محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، الجزء الأول، بحث منشور بموقع شبكة المعلومات العربية القانونية، تاريخ النشر 2005/5/17، تاريخ الزيارة 26 أفريل 2010.

[2]- د/ احمد حسان الغندور ، مرجع سابق ، ص 555 .

الفرع الثاني: تدخل المهندس الاستشاري في إطار الشرط 67 من عقد الفيديك

تنص المادة 67 القديمة من عقد الفيديك على أنه [1]:

"إذا نشب بين صاحب العمل أو المهندس وبين المقاول أي نزاع أو خلاف أيا كان نوعه فيما يتعلق بالعقد أو تنفيذ الأعمال، سواء أكان ذلك أثناء سير العمل أو بعد انجاز الأعمال أو كان قبل أو بعد إنهاء العقد أو التخلي عنه أو الإخلال به، فإنه يجب إحالته بالدرجة الأولى إلى المهندس لكي يفصل فيه، وعلى المهندس بناء على تكليف أي من الفريقين له بعد مرور 84 يوما على هذا التكليف أن يخطر صاحب العمل والمقاول كتابة بقراره ".

وتطبيقا لما ينص عليه البند 67 /1 إذا نشب نزاع من أي نوع بين رب العمل والمقاول، مرتبط بالعقد أو ناشئ عنه أو مرتبط به أو ناشئ عن تنفيذ الأعمال، فيجب إحالة النزاع أولا إلى المهندس الاستشاري[2].

وهنا يثير الباحث تساؤل هام يتعلق بالتكييف القانوني أو الطبيعة القانونية لدور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات وللقرار الذي يصدره في إطار المادة 67 ؟.

إن الأساس الذي يمارسه المهندس بمقتضى عقد الفيديك في شأن النوع الثاني من وظائفه يجعل منه حكما بين مصالح متعارضة هي غالبا مصالح كل من صاحب العمل والمقاول، وربما أيضا بين مصالحه هو شخصيا ومصالح المقاول، لذلك يمكن التفكير في اعتبار الدور الذي يقوم به المهندس في هذا الشأن دورا مؤسسيا أو تنظيميا قرره النظام القانوني الذي يعمل

---

[1]– د/ عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق ، ص 2.

[2]– د/ محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 256 .

من خلاله، وهو ما يتطلب من المهندس أداء دوره ملتزما معايير موضوعية مع هذا النظام، ومع ذلك فإن تقدير أجر المهندس الذي يدفعه له صاحب العمل على أساس جملة ما يؤديه من أعمال في إطار العقد، بين صاحب العمل والمقاول هو أمر يمكن أن يؤثر في استقلالية المهندس عن صاحب العمل[1]، وعليه من المفروض أن يستخدم المهندس عندما يفحص الاعتراضات على قراراته خصوصا الاعتراضات التي يبديها المقاول، أن يستخدم معايير موضوعية وأن يتجرد من الاعتبارات الشخصية، بحيث يكون لديه الاستعداد لمراجعة أو تعديل قراراته المعترض عليها، وهنا يثار سؤال آخر على درجة من الأهمية ألا وهو هل يمكن أن يوجد نزاع بين المهندس الاستشاري بصفته مصمما للأعمال أو مديرا لها، وبين المقاول الذي يجد نفسه ملزما بالخضوع لنفس المهندس في حدود الشرط 67 من شروط الفيديك، وبعبارة أخرى هل يمكن أن يكون المهندس الاستشاري طرفا في النزاع الذي يفصل فيه؟.

في الحقيقة لا يعتبر هذا التساؤل صحيحا لأن المهندس الاستشاري كمصمم للأعمال أو مديرا لها لا يتصرف باسمه أو لحسابه، وإنما يتصرف بصفته هذه باسم ولحساب رب العمل، والنزاع الوحيد الذي ينتج عن العقد ويخضع للمهندس الاستشاري وفقا للشرط 67 من شروط الفيديك، هو النزاع الذي يقع بين رب العمل والمقاول، أما النزاع الذي يثور بين المهندس الاستشاري والمقاول لا ينتج عن العقد وإنما يثور بمناسبة تنفيذ هذا العقد، ومن ثم يبقى مصدر هذا النزاع ليس تعاقديا لأنه لا توجد ثمة علاقة تعاقدية بين المقاول والمهندس الاستشاري، وبناء عليه فإن المقاول لا يستطيع أن يختصم المهندس الاستشاري إلا على أساس

[1]– د/ احمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 24 .

أحكام المسؤولية التقصيرية أمام القضاء العادي، وذلك لأن المهندس الاستشاري يظل دائما من الغير بالنسبة لعقد الإنشاءات ومنازعاته؛ أما رب العمل فهو الذي يستطيع أن يثير مسؤولية المهندس الاستشاري التعاقدية بناء على العقد المبرم بينهما[1].

وتجدر الإشارة أن عرض النزاع على المهندس الاستشاري لا يعتبر سببا قاطعا للتقادم[2]، ويلتزم الطرف المتضرر في حالة نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه، سواء نشأت خلال تنفيذ الأعمال أو بعد إتمامها وسواء قبل أو بعد أي فسخ أو بطلان أو أي صورة أخرى لإنهاء العقد، بما في ذلك أي نزاع متعلق برأي أو أمر أو قرار أو شهادة أو تقييم من قبل المهندس، فيجب أولا أن يحال هذا النزاع أو المطالبة كتابة إلى المهندس مع إرسال صورة من كتاب الإحالة إلى الطرف الآخر[3]، وهذا إعمالا للشرط 67 من شروط الفيديك كما يلتزم المهندس الاستشاري بعدم الفصل في الطلب وفقا لشرط 67 إلا إذا طلب منه ذلك صراحة وفي شكل مكتوب.

وتجب الإشارة إلى أنه في حالة عدم التزام الطرف المتضرر بالشكلية المتطلبة في عرض النزاع على المهندس الاستشاري وفق الشرط 67 فقد رتبت عليها جزاءات، ومنه فمن المناسب أن نفرق بين جزاءات عدم مراعاة الالتزام الرئيسي الذي ينص عليه الشرط 67 من شروط الفيديك، والذي يقتضي بطرح جميع المنازعات المتعلقة بالعقد على المهندس الاستشاري في

---

[1]– د/ احمد حسان الغندور، مرجع سابق ، ص 558.

[2]– د/مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 554 .

[3]– مطبوعة الشروط العامة لعقد مقاولات المباني والإنشاءات، الإتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء لجنة العقد المتوازن، 2004 ، ص 61 .

المرحلة الأولى، قبل طرحها على التحكيم في المرحلة الثانية، وبين جزاءات عدم احترام بعض الشكليات التي نص عليها نفس الشرط، على سبيل المثال ضرورة تقديم طلب فض النزاع إلى المهندس الاستشاري كتابة[1]، وذلك لأن الجزاءات تتنوع بحسب جسامة التقصير، ففيما يتعلق بعدم مراعاة الالتزام الرئيسي بطرح جميع المنازعات على المهندس الاستشاري في المرحلة الأولى فإن الجزاء يتمثل في عدم قابلية هذه المنازعات للتحكيم، فلا يستطيع الطرف المتضرر طرحها على هيئة التحكيم أما جزاء عدم احترام الشكل المنصوص عليه في الشرط 67 فيديك (الكتابة) فيتمثل في عدم التزام المهندس الاستشاري بالرد عليه، وإذا رد لا يكون تطبيقا للشرط 67 من شروط الفيديك.

وعلى ذلك فإن قرار المهندس الاستشاري الصادر في إطار الشرط 67 من شروط الفيديك يعتبر من طبيعة تعاقدية، مثله في ذلك مثل باقي أعمال المهندس الاستشاري التي يصدرها بصفته مديرا للأعمال، ويرجع السبب في ذلك إلى غياب الاستقلال الكافي للشرط 67 عن باقي نظام الفيديك، حيث يعتبر هذا النظام كلا لا يتجزأ ومن ثم وجب النظر إليه في مجموعه؛ والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو: هل عدلت الطبعة الرابعة لشروط الفيديك من الطبيعة التعاقدية لما سنطلق عليه قرار المهندس الاستشاري.

من خلال مطالعة للطبعة الرابعة لشروط الفيديك نلاحظ أنها لم تعدل من الطبيعة التعاقدية لقرار المهندس الاستشاري الصادر في إطار الشرط 67، وإن كانت قد ميزته عن غيره

[1]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 560.

من أعمال المهندس الاستشاري الأخرى بأن أطلقت عليه وحده مصطلح قرار DECISION ، وبقيت أعماله الأخرى كمدير للأعمال عبارة عن تعليمات أو آراء أو شهادات أو تقديرات.[1]

ومنه فإن قرار المهندس الذي يتم تبليغه للأطراف يصبح إلزاميا ونهائيا، إلا إذا طلب أحد الطرفين والذي تعارض القرار الصادر مع مصالحه التحكيم ضد هذا القرار، وذلك بطلبه إحالة المسألة محل الخلاف إلى التحكيم، وذلك بإرسال رسالة إلى الطرف الآخر ونسخة إلى المهندس تعلن أن قرار المهندس لا يرضي حقوقه و تعد هذه الرسالة الحد الفاصل الذي يجعل التحكيم مقبولا أو مرفوضا شكلا[2]، والمهندس يصدر قراره في مدة لا تتجاوز أربعة وثمانين يوما تالية لتسلمه كتاب الإحالة، ويتعين أن يشار في هذا القرار إلى انه اتخذ إعمالا لهذه المادة[3]، وقد يسكت المهندس خلال هذه المدة (أي طوال مدة 84 يوما) دون اتخاذ قرار، ويعتبر سكوته في هذه الحالة قرارا ضمنيا برفض الطلب المحال إليه[4].

وطبقا لشرط الفيديك إذا أصدر المهندس بشأن الأمر إليه قرارا، فإن هذا القرار يكون نهائيا وملزما للطرفين، ولا يجوز نقضه إلا باللجوء إلى التحكيم ففي حالة عدم رضا أحد الطرفين بالقرار الصادر من المهندس فيجوز له طلب التحكيم بشأنه[5]، وعلى كل طرف أن

---

[1]– د/ احمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 563.

[2]– د/ عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق ، ص 5.

[3]– مطبوعة الشروط العامة لعقد مقاولات المباني والإنشاءات، الإتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء، مرجع سابق، ص 61.

[4]– د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 256.

[5]– نفس المرجع، ص 257.

يخطر الطرف الآخر بهذه الرغبة خلال تسعين يوما (90 يوما) من انتهاء 84 يوما السابقة وإبلاغ نسخة بذلك إلى المهندس[1].

وفي جميع الأحوال يجب على المهندس الاستشاري أن يرفع يده عن النزاع، بعد إصدار قراره فيه خلال مدة أربعة وثمانين يوما التالية لتقديم الطلب إليه، وبالتالي لا يستطيع أن يعدل في هذا القرار، كما لا يستطيع إصدار قرار جديد أو أمر أو تعليمات بعد صدور القرار الأول، لأن هذه السلطة تصبح بعد صدور قرار المهندس من حق الأطراف وحدهم إذا اتفقوا، أما إذا لم يتفقوا فإن هيئة التحكيم وحدها هي التي يصبح لها السلطة الكاملة بالنسبة لقرار المهندس[2].

الفرع الثالث: تقييم دور المهندس الاستشاري وفقا للشرط 67 من شروط الفيديك

إن عقود الفيديك جعلت للمهندس دورا أساسيا في شتى مراحل إعداد العقد الدولي وتنفيذه؛ هذا الدور وإن حظي بموافقة ومباركة من قبل بلاد القانون العام، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، إلا أن هذا الدور كان محلا لانتقادات عديدة من قبل رجال القانون وصناع البناء في بلاد القانون المدني خصوصا من جانب المقاولين، الذين أكدوا عدم إمكانية التزام المهندس الاستشاري للحياد والاستقلال التأمين في مواجهة أرباب العمل ما دام المهندس يتلقى أجره منهم[3]، إضافة إلى انه من غير المتوقع صدور قرار عادل من المهندس إذا ما كانت تصرفاته أو بعض تعليماته هي سبب النزاع، ومن خلال النظر لدور المهندس في فض النزاع فانه لا بد لنا من التطرق للتكييف القانوني لقرارات المهندس بصفته استشاريا بين طرفي النزاع.

---

[1]– د/ نجلاء حسن سيد أحد خليل، مرجع سابق، ص 256.

[2]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 568 .

[3]– د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم التجاري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، مصر، سنة 1988، ص159 .

- **التكييف القانوني لقرار المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات:**

فقد رأى البعض أن مهمة المهندس الاستشاري هي مهمة المحكم بالمعنى الكامل للفظ، فهو يستمع لآراء الأطراف، ويتحقق من الوقائع، يفسر العقد ويطبق القانون، ثم بعد ذلك يصدر قراره.

ويرى اتجاه فقهي آخر أن المهندس لا يكون محكما بالمعنى السائد والقانوني للفظ، وإنما هو شبه محكم في ممارسته لدوره الخاص بحل المنازعات، لأنه وإن لم يكن محكما بالمفهوم القانوني للكلمة من حيث كونه غير ملزم بإتباع إجراءات التحكيم، فإنه في مركز شبيه بمركز محكم فيما يتعلق بالتزامه عنصري الحياد وانعدام المصلحة المطلوبين في المحكم، وكذلك من حيث كون قراراته نهائية وملزمة للأطراف، إلا في حالة وجود شرط التحكيم[1].

ويذهب اتجاه الثالث – وبحق – إلى أن المهندس ليس محكما، وأن قراره النهائي والملزم ليس حكما تحكيميا ذلك لأن المهندس يفترض فيه أن يكون شخصا يبعد تماما عن العلاقة القانونية التي سببت المنازعة بين الأفراد، وهو ما لا يتوافر في المهندس والذي يعد ممثلا لصاحب العمل في تنفيذ العقد.

ومن الصعوبة أن يحوز القرار النهائي والملزم للمهندس حجية الأمر المقضي فيه، او ان يتم إصدار أمر بتنفيذ قراراته أو الطعن عليها بالبطلان، كما أن قرار المهندس إذا كان نهائيا وملزما فيمكن أن يخضع للطعن فيه باللجوء إلى التحكيم وفقا للمادة 4/67 حيث تنص المادة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم وأن الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني مكفول هو الآخر.

---

[1]– د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 14–15.

ويتفق الباحث مع ما ذهب إليه الاتجاه الثالث، ونضيف إلى ذلك أن نص المادة 67 فيديك لا يسبغ وصف الصفة التحكيمية على المهندس، ولا على القرار الصادر منه حيث يقسم عملية فض النزاع إلى مرحلتين، تتمثل أولاهما في قرار المهندس، والثانية في التحكيم، الأمر الذي يتضح منه عدم اعتبار قراره تحكيميا.

كما أكدت المحكمة العليا في انجلترا عام 1974 رفضها الصفة الشبه تحكيمية للمهندس، وقد أكدت في تسبيبها أن المهندس ليس إلا وكيلا عن رب العمل وملزما بإتباع تعليماته في أحوال عديدة، وقررت في قضائها سالف الذكر أنه إذا كان المهندس له بمقتضى العقد سلطة إصدار قرارات بناء على رأيه الشخصي، وفي هذه الحالة فإنه يتعين عليه أن يعمل وفقا لمقتضيات العدالة تجاه الآخرين بصفة خاصة المقاول، فإن ذلك لا يجعله محكما ولا شبه محكم[1].

ويمكن القول أن اللجوء إلى المهندس وفقا للمادة 67 من شروط الفيديك، ليس أكثر من شرط تعاقدي يجب توفره مسبقا قبل اللجوء للتحكيم في محاولة لتسوية النزاع وديا، وقرار المهندس ليس قرارا تحكيميا.

الفرع الرابع: التحكيم وفقا لملحق الطبعة الرابعة المعدلة من عقود الفيديك لسنة 1996

استجابة للانتقادات الشديدة التي وجهت إلى الدور الذي يقوم به المهندس بوصفه (شبه محكم) قام الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (فيديك) في ملحق الطبعة الرابعة من الكتاب الأحمر وفقا لطبعة 1992 والذي نشر في نوفمبر 1996 في القسم (أ) منه، قام بصياغة بديلة

[1]– د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 414.

للمادة 67 من الكتاب الأحمر، وفي هذا التعديل يتم تعيين خبراء مستقلين محايدين أو خبير مستقل محايد في بداية العقد يطلع باستمرار على تقدم سير العمل، وذلك من خلال قيامه بزيارات للموقع في فترات منتظمة، ومن ثم يكون متاحا دائما العمل على حل المنازعات لحظة نشوئها[1]، فالتعديل للمادة (1/67) ينص:

«إذا نشأ نزاع أيا كان نوعه بين صاحب العمل والمقاول مرتبط بالعقد أو ناشئ عنه أو مرتبط أو ناشئ عن تنفيذ الأعمال، بما في ذلك أي نزاع متعلق برأي أو أمر أو قرار أو شهادة أو تقييم صدر من المهندس، يجب إحالة موضوع النزاع كتابيا أولا إلى مجلس الفصل في المنازعات (DISPUTE ADJUDICATION BOARD) لكي يصدر قرارا بشأنه، ولابد أن يوضح كتاب الإحالة أنه تم طبقا للمادة الفرعية (1/67)» [2].

وما لم يتفق أطراف العقد مسبقا فيما بينهم على تعيين عضو أو أعضاء المجلس وتحديد أسمائهم في العقد، يتعين على الأطراف في غضون 28 يوما من تاريخ البدء في إجراءات التحكيم أن يضمنوا سويا تعيين المجلس، ويجب أن يتكون المجلس من أشخاص مؤهلين بشكل ملائم لكي يكونوا جديرين بأن يصبحوا أعضاء فيه، ويجب أن يتراوح عدد أعضاء المجلس ما بين عضو واحد إلى ثلاثة أعضاء وفقا لما ينص عليه ملحق العطاء[3]، وفي حالة تكوين

---

[1]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 591 .

[2]– د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 269.

[3]– نفس المرجع، ص 269.

اللجنة من ثلاثة أعضاء، فإنه على كل طرف تعيين شخص واحد ثم يتفقان بعد ذلك على تعيين الثالث الذي سيكون رئيسا للجنة[1].

أولا : الشروط الواجب توافرها في أعضاء المجلس

أ- **الخبرة والكفاءة:** حيث يتعين على عضو المجلس أن يكون على قدر كاف من الكفاءة الفنية وملما بكافة الجوانب الفنية والقانونية للعقد.

ب- **الاستقلال:** يشترط أن يكون استقلال العضو عن أطراف العقد كاملا، بل إنه عادة ما يطلب منه توقيع تعهد يؤكد هذا الاستقلال.

ج- **الحياد:** تعد صفة الحياد من أهم الصفات التي يجب أن يتمتع بها عضو المجلس.

د- **الإلمام بلغة العقد:** يجب أن يكون عضو المجلس ملما باللغة الانجليزية وذلك باعتبار أن عقد الفيديك قد تمت صياغته بهذه اللغة.

وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 67 المعدلة أجر أعضاء المجلس وكيفية تحديده وما يتحمله كل طرف وكيفية عزل أي من أعضاء المجلس[2]، وبالرجوع إلى المادة (67 /1) نجدها قد نصت في حالة قيام طرف من أطراف النزاع بإحالة النزاع إلى المجلس طبقا للمادة الفرعية المذكورة سابقا، يجب أن يرسل صورة من كتاب الإحالة إلى الطرف الآخر وكذلك صورة منه إلى المهندس للعلم، ويتعين على الأطراف أن تقدم على الفور إلى أعضاء المجلس كل

---

[1]- د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 492.

[2]- د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 592.

معلومات الإضافية والتسهيلات الأخرى للوصول إلى الموقع، وتقديم التسهيلات الملائمة التي قد يطلبها المجلس بغرض اصدرا قراره[1].

ويجب أن يخطر المجلس بوصفه لجنة مكونة من خبير(أو خبراء) وليس مكونا من محكمين، في موعد أقصاه أربعة وثمانون يوما من اليوم التالي لتلقيه كتاب إحالة الأطراف والمهندس (للعلم) بقراره، وينبغي أن ينص هذا القرار الذي يجب أن يكون مسببا، على أنه صدر طبقا للمادة الفرعية (2/67) وما لم يتم التبرؤ من العقد بالفعل أو إنهاؤه، يجب على المقاول في كل الأحوال الاستمرار في تنفيذ الأعمال بكل المثابرة الواجبة، ويجب أن ينفذ المقاول وصاحب العمل وكذلك المهندس على الفور أي قرار يصدره المجلس[2] ما لم يكن هناك حالة إجراء تسوية ودية أو صدور حكم تحكيم.

وقد نصت هذه الفقرة أيضا على كيفية الطعن بطريق التحكيم في قرار المجلس إذا لم يرتض أي الأطراف قراره، كما نظمت ميعاد الطعن في التحكيم فنصت على انه إذا لم يخطر المجلس قراره في أو قبل اليوم الرابع والثمانين التالي ليتم إحالة المنازعة إليه، فإن كلا من الطرفين في أو قبل اليوم الثامن والعشرين بعد انتهاء اليوم الرابع والثمانين، يمكن أن يخطر الطرف الأخر المهندس بعدم رضائه، وإذا أخطر المجلس قراره في المنازعة لرب العمل أو المقاول والمهندس، ولم يعترض أي من الأطراف على هذا القرار في أو قبل اليوم الثامن

---

[1]– د/ محمد محمد بدران، مرجع سابق، ص 272.

[2]– نفس المرجع ، ص 273.

والعشرين بعد اليوم الذي استلم فيه الأطراف قرار المجلس يكون نهائيا وملزما للمقاول ورب العمل[1].

وعلى نفس النهج الأخير جاءت النماذج الجديدة لعقود الفديك لعام 1999، فأناطت في شروطها العامة بمجلس تسوية المنازعات النظر في المنازعات قبل طرحها على أجهزة التحكيم، غير أن دليل إعداد الشروط الخاصة أجاز اختيار الأطراف للمهندس الذي يعينه صاحب العمل للقيام بدور المجلس، ويجب على المهندس في هذه الحالة أن يتصرف بإنصاف وحياد، ويتحمل صاحب العمل أجر المهندس، على أن استبعاد تدخل المهندس في تسوية النزاع طبقا للشروط العامة لا يلغي دوره الأخر في فحص مطالبات طرفي العقد الأساسي، خصوصا مطالبات المقاول فقد خصص البند (20) من نموذج عقد أعمال البناء والهندسة (20 –1) تنظم كيفية تعامل المهندس مع مطالبات المقاول، فحددت مواعيد إخطار المقاول للمهندس بالواقعة أو الوقائع التي يستند إليها في مطالباته، وأيضا مواعيد تقديم تفاصيل هذه المطالبات وحدد البند الأثر المترتب على إخفاق المقاول في الالتزام بهذه المواعيد.

وفرض البند على المهندس القيام خلال اثنين وأربعين يوما من تسليمه المطالبة بتقييمها والرد عليها إما بالموافقة أو عدم الموافقة، مع التعليق على قراره إذا لم يوافق المقاول على قرار المهندس وفشلت المفاوضات فهنا تنقلب المطالبة إلى منازعة، ومن ثم تتبع سلسلة إجراءات

[1]– د/ احمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص596.

تسوية المنازعات المنصوص عليها أولا في البند 20 – 4 (مجلس تسوية المنازعات) وثانيا في البند 20 – 6 (طرح النزاع على التحكيم)[1].

وما تجدر الإشارة إليه، أنه بانقضاء المواعيد المقررة في المادة 67 بالتعديل أو قبله وكذلك المادة 20 طبعة 1999 تسقط معها الحق في اللجوء إلى التحكيم، لكن لا يسقط معها حق الأطراف في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم، طالما أن مدة التقادم تكتمل على اعتبار أن اللجوء إلى التحكيم هو استثناء من أصل عام، هو حق التقاضي الذي يعد حقا دستوريا كفلته الدساتير الحديثة[2].

يستخلص الباحث مما سبق ومن البحث أن منهج نظر مجلس تسوية المنازعات للخلاف المعروض عليه يتحدد في النقاط الآتية:

1- يمكن لأي طرف من أطراف العقد إحالة النزاع إلى مجلس تسوية المنازعات عن طريق إخطار يتضمن تفاصيل النزاع ترسل نسخة منه للطرف الآخر ونسخة للمهندس، ويقوم بعدها كل من الطرفين بإعداد مذكرات بموقفه وأدلته في النزاع.

2- يلتزم الأطراف بإمداد المجلس بكافة المعلومات الضرورية المتعلقة بالخلاف والنزاع المعروض عليه، كما يتعين عليهما أن يحرصا على إمكانية دخول أعضاء المجلس إلى الموقع لمعاينته وذلك حتى يكون القرار الصادر من المجلس يوفق الواقع ومحققا لمصلحة المشروع.

---

[1]– د/ احمد شرف الدين، مرجع سابق، ص40–41.

[2]– د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، نفس المرجع، ص 504.

3- يتخذ المجلس قراره بشأن موضوع المنازعة خلال مدة لا تتجاوز 84 يوما من تاريخ تسلمه إخطار إحالة النزاع إليه، ويشترط في هذا القرار أن يكون مسببا مبينا فيه الأسانيد الفنية والقانونية والدعائم التي يقوم عليها القرار.

ثانيا: الطبيعة القانونية لقرار مجلس تسوية المنازعات

نظرا لإمكانية الاعتراض على القرارات التي تصدرها مجالس تسوية المنازعات فقد ساد الاعتقاد بأن هذه القرارات غير ملزمة للأطراف[1].

غير أنه يمكن القول إنها تتمتع بقيمة قانونية كبيرة في المراحل المتقدمة من النزاع ونعني بها مرحلتي التحكيم أو التقاضي، وليس هناك ما يمنع من منح صفة الإلزام للقرارات الصادرة عن مجلس تسوية المنازعات، فقد تضمن عقد الفيديك النص على منح القوة الإلزامية لقرارات مجالس تسوية المنازعات، وذلك بالنسبة للأطراف الذين يلتزمون وضعها موضع التطبيق دون تأخير، حتى تتم مراجعتها بطريق التسوية الودية أو التحكيم[2].

وأيا ما كان أثر قرارات المجلس فإن مصدره عقدي، وهو اتفاق الأطراف في عقد الإنشاءات الذي يحدد فيه نطاق القوة المطلوب إسباغها على قراراته، فيكون لقرار المجلس الأثر القانوني نفسه الذي يكون للاتفاقات العقدية بين الأطراف.

---

[1]- علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته، الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي http://isegs.com/fourum/archive/index.php?t-406.htm ، تاريخ الزيارة 2 افريل2014.

[2]- ينص النموذج الجديد لعقد الفيديك على إمكانية الأطراف الاتفاق على تخويل المجلس سلطة إصدار أراء استشارية يقتصر مداها على تنوير الأطراف ببعض الموضوعات ذات الأبعاد غير الواضحة لهم، بحيث تكون ذات صفة غير ملزمة لهم، وعادة ما يطلب هذا الرأي الاستشاري عندما يكون الأطراف بحاجة إلى بعض المساعدة بشأن تفسير بعض البنود العقدية الغامضة التي تعوق مساعي تسوية النزاع، وبإحالة مسألة التفسير إلى المجلس فإن مباشرته لتلك المهمة عادة ما تقتصر على أساس من المستندات العقدية فقط دون سواها من وسائل أخرى.

المطلب الثاني: دور التحكيم في فض منازعات عقود الإنشاءات الدولية

إن نماذج عقود الفيديك في طبعاتها المتتالية اعتبرت التحكيم الخطوة الأخيرة في سلسلة تسوية منازعاتها، وقد سبق استعراض خطوات هذه التسوية في نموذج عقد أعمال الهندسة المدنية، وكذلك في نموذج عقد التصميم والتشييد وتسليم المفتاح لعام 1995، وأيضا في الطبعة الجديدة لنموذج عقد البناء والأعمال الهندسية لعام 1999 .

فالتحكيم والقضاء الوطني يكملان بعضهما البعض في حسم منازعات العقود الدولية للإنشاءات وسنتناول في هذا المطلب التحكيم على اعتبار دوره الكبير في حسم المنازعات الناشئة عن عقود الإنشاءات الدولية، انطلاقا من تحديد خصوصية التحكيم في هذه العقود ومدى سلطات وخصوصية المحكمين في فض المنازعات المتعلقة بهذه العقود.

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى التحكيمية.

وضع الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين نظاماً للتحكيم يطبق في العقود الدولية النموذجية، التي ترتبط بالأعمال الهندسية والاستشارية مثل عقود الإنشاءات المدنية، وعقود الأعمال الكهربائية والميكانيكية وعقود الخدمات بكافة أنواعها وغيرها من العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي سواء من ناحية أطراف العقد، أو من ناحية مكان التنفيذ، ويرتبط شرط التحكيم بشروط العقد النموذجي الذي وضع لهذه الأعمال، وأيضا بنظام المناقصات والضمانات التي تلحق بهذا العقد والتي يلتزم بها أطرافه طالما تم توقيعهم على العقد.

ونعرض فيما يلي شروط قبول الدعوى التحكيمية في إطار الطبعة الرابعة من عقد الفيديك 1999، حيث أوضحت المادة "20" من الطبعة الجديدة من نموذج عقد الفيديك 1999 قواعد وإجراءات الدعوى التحكيمية[1] .

فقد تضمنت المادة 4/20 أنه "لا يجوز لأي فريق المباشرة بإجراءات التحكيم حول الخلاف، إلا إذا تم إصدار الإشعار بعدم الرضا على النحو المحدد في هذه المادة."

وأشارت المادة 5/20 إلى أن التحكيم يمكن أن يبدأ في أو بعد **اليوم السادس والخمسون بعد اليوم الذي صدر فيه الإخطار بعدم الرضاء، ولو لم يكن ثمة محاولة للتسوية الودية.**

ونصت المادة 6/20 على أنه "ما لم يكن قد تمت تسوية الخلاف وديا، فإن أي خلاف حول قرار المجلس (إن وجد) بشأنه مما لا يصبح نهائيا وملزما، تتم تسويته بواسطة التحكيم الدولي وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك فإنه:

أ- تتم تسوية الخلاف نهائيا بموجب قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.

ب- تتم تسوية الخلاف من قبل هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة أعضاء يعينون بموجب قواعد التحكيم المذكورة .

ج- تتم إجراءات التحكيم بلغة الإتصال المحددة في المادة 4/1[2].

---

[1]- محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، بحث منشور بموقع شبكة المعلومات العربية القانونية، بتاريخ 2005/5/17، موقع www.molousaalamontada.net تاريخ الزيارة 26 أفريل 2010.

[2]- نصت المادة 4/1 من الشروط العامة لعقد الفيديك سنة 1999 : تمت صياغة بعض نصوص العقد بأكثر من لغة واحدة، فإن اللغة المحددة في ملحق عرض المناقصة تعتبر اللغة المعتمدة، ويتعين تحديد لغة الإتصال في ملحق عرض المناقصة.

ويجب الإشارة أن هيئة التحكيم تتمتع بصلاحية كاملة للكشف ومراجعة وتنقيح أية شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو آراء أو تقييم صادر عن المهندس، وأي قرار صادر عن مجلس تسوية المنازعات فيما يتعلق بالخلاف، علما بأنه لا شيء يمكن أن ينزع الأهلية عن المهندس من المثول أمام هيئة التحكيم للإدلاء بشهادته أو تقديم أدلة في أمر متعلق بالخلاف، كما ينبغي عدم تقييد أي من الطرفيين في الإجراءات أمام هيئة التحكيم، بخصوص الأدلة أو الحجج التي سبق طرحها أمام المجلس قبل اتخاذ قراره أو الأسباب المذكورة في إشعار عدم الرضا.

ونصت أخيرا المادة 8/20 على أنه " إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين فيما يتصل بالعقد أو مما هو ناشئ عنه أو عن تنفيذ الأعمال، ولم يكن هناك وجود لمجلس تسوية الخلافات أو المنازعات سواء بسبب انقضاء فترة تعيينه أو لغير ذلك من الأسباب، فإنه:

أ- لا يتم تطبيق المادة 4/20 المتعلقة بقرار المجلس، ولا المادة 5/20 المتعلقة بالتسوية الودية.

ب- يمكن أن يحال الخلاف مباشرة إلى التحكيم بموجب أحكام المادة 6/20."

الفرع الثاني: خصوصية التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية

باعتبار ما تتميز به العقود الدولية للإنشاءات من طبيعة قانونية وفنية معقدة، جعلت لها خصوصية وذاتية مستقلة عن عما قد يتشابه معها من عقود أخرى، فإن التحكيم في هذه العقود اكتسب بدوره خصوصية تتميز عن التحكيم في العقود الأخرى، وهذه الخصوصية المميزة للتحكيم في العقود الدولية للإنشاءات تبرز من ناحيتين:

الأولى: تعدد المتنازعين في العقود الدولية للإنشاءات.

الثانية: امتداد شرط التحكيم في هذه العقود إلى الغير[1] .

أولا – تعدد المتنازعين في عقود الإنشاءات الدولية: يعتبر التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ بين الأطراف الذين وقعوا على اتفاق التحكيم، مما ينتج عنه أن كل طرف وقع على العقد الذي يتضمن شرط التحكيم يصبح تلقائيا طرفا في اتفاق التحكيم، وبالتالي طرفا في النزاع الذي قد ينشأ بخصوص هذا العقد[2].

وما تتميز به العقود الدولية للإنشاءات أن الطرف الذي لم يوقع على العقد المتضمن لشرط التحكيم، له أن يستفيد من التدخل في الدعوى التحكيمية، كما يستطيع أطراف هذه الدعوى أو أحدهم الاستفادة من الاحتجاج بشرط التحكيم، ومن بعد بالحكم التحكيمي على الغير الذي لم يوقع شرط التحكيم، على انه يبقى رضا الأطراف دائما وأبدا هو الأساس الوحيد للتحكيم التجاري الدولي، فيجب دائما توافر الرضاء الصريح أو الضمني بشرط التحكيم والقول بخلاف ذلك يتنافى مع الطبيعة العقدية للتحكيم، ويكون هذا الرضاء من خلال الانضمام إلى العقد الأصلي المتضمن الشرط[3].

على هذا فان التحكيم متعدد الأطراف هو كل تحكيم يضم أكثر من طرفين أي ثلاثة أطراف كحد أدنى[4]، فما مميزات وعيوب التحكيم متعدد الأطراف؟.

---

[1]– فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية – مصر، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

[2]– د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 593 .

[3]– د / داليا عبد المعطي حسين علي، مرجع سابق، ص 227.

[4]– د/ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص561 .

إن أهم ما يمتاز به التحكيم متعدد الأطراف قلة التكاليف والسرعة، وذلك لأن المنازعات المرتبطة فيما بينهما تجمع فتنظر مرة واحدة ومن قبل هيئة تحكيم واحدة، مما يجنب صدور أحكام متناقضة.

أما عيوب التحكيم متعدد الأطراف في عقود الإنشاءات الدولية فهو يعد غير فعال، وذلك نظرا للصعوبات التي تواجه هذا التحكيم من تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم الإجراءات التحكيمية[1].

ولمعالجة شرط التحكيم متعدد الأطراف يجب معالجته في كل من العقود المنفصلة والمقاولة من الباطن واتفاق الكونسورتيوم وذلك على النحو الآتي:

1) – شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة العقود المنفصلة.

2) – شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة المقاولة من الباطن.

3) – شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة إتفاق الكونسورتيوم.

أ – شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة العقود المنفصلة:

في حالة العقود المنفصلة يجب أن نفرق بين نوعين من المنازعات هما:

- النزاع الأصلي بين أطراف العقد أنفسهم والنزاع بين رب العمل وشخص من الغير
- النزاع الأصلي الذي يواجه أطراف العقد.

[1]–د/ مصطفى عبد المحسن الحبشي، نفس المرجع، ص562 .

1- النزاع بين المقاول ورب العمل: Entrepreneur contre maître de l'ouvrage

المقصود في هذه الحالة هو نشوء نزاع بين المقاول ورب العمل، المقاول مدع ورب العمل مدعى عليه في هذه الحالة يسمح شرط التحكيم متعدد الأطراف لرب العمل أن يختصم في إجراءات الدعوى الأصلية المسؤول الحقيقي عن كل النزاع أو جزء منه، سواء كان المسؤول هو المهندس أو مقاول أو أكثر من المقاولين المنفصلين، وذلك حتى يكون الحكم الصادر في هذه الدعوى حجة عليهم.

2- النزاع بين رب العمل والمقاول: Maître de l'ouvrage contre l entrepreneur

في هذا الفرض يستطيع المقاول المدعى عليه أن يختصم في نفس الدعوى الأصلية المسؤول عن كل الخسائر.

3- النزاع الأصلي بين رب العمل وثالث " شخص من الغير "[1]:

يقصد بهذه الحالة نشوء نزاع بين رب العمل وشخص من الغير أي ثالث، وهذا الأخير قد يكون وفقا لصيغة العقود المنفصلة إما المهندس أو مقاول آخر من المقاولين المنفصلين.

ب- شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة المقاولة من الباطن:

لإلقاء الضوء على الدور الذي يقوم به شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة المقاولة من الباطن، يجب أن نفرق بين نوعين من المنازعات، نزاع المقاول الأصلي في مواجهة مقاول من الباطن، ونزاع مقاول من الباطن ضد رب العمل وذلك على النحو الآتي:

[1]- د/ أحمد حسان الغندور، مرجع سابق، ص 323.

1- النزاع بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن

رغم أن التحكيم متعدد الأطراف في خصوص العقود المنفصلة يفيد بصفة خاصة رب العمل، إلا انه في حالة المقاول من الباطن فهو يفيد بشكل أكبر المقاول الأصلي، فإذا رفع رب العمل دعوى على المقاول الأصلي، فإن هذا الأخير يستطيع أن يختصم من مقاول الباطن الذي ينسب إليه جزء من المسؤولية سواء في التنفيذ أو التأخير، ومن ثم يكون الحكم حجة عليه.

2- النزاع بين رب العمل والمقاول من الباطن

تعترف بعض القوانين الوطنية لمقاول الباطن بدعوى مباشرة في مواجهة رب العمل لكي يطالبه بمقتضاها بأن يدفع له ثمن الأعمال التي عهد بها إليه[1].

ج- شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة اتفاق الكونسورتيوم:

يوجد نوعان من المنازعات التي تتعلق بالكونسورتيوم، وهما المنازعات التي تنشأ بين رب العمل وأعضاء الكونسيرتيوم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى المنازعات التي تنشأ بين أعضاء الكونسورتيوم بعضهم البعض.

1-المنازعات بين رب العمل والكونسورتيوم:

إن جميع أعضاء الكونسورتيوم هم مسئولون أما رب العمل على سبيل التضامن، كون التحكيم يعتبر تحكيما متعدد الأطراف لقيامهم بالتوقيع على العقد مع رب العمل، هذا فضلا عن أن الحكم الصادر في مواجهة الكونسورتيوم في مجموعه سيكون حجة على جميع

[1]-د/ أحمد حسان الغندور، نفس المرجع، ص 326.

الأعضاء، وبنفس الأسلوب فإن الحكم الصادر في مواجهة أحد أعضاء الكونسورتيوم سيكون حجة على جميع الأعضاء.

2- المنازعات التي تنشأ بين أعضاء الكونسورتيوم:

إذا ألزم حكم التحكيم الصادر الكونسورتيوم بتعويض رب العمل، فإن منازعات أعضاء الكونسورتيوم مع بعضهم يمكن أن تسوى عن طريق نفس هيئة التحكيم، بشرط الحصول على موافقة رب العمل، الأمر الذي لا يعد سهلا لأن موافقته على ذلك تعني حصول أعضاء الكونسورتيوم على مصلحة على حساب رب العمل، وفي حالة موافقته على انضمام أعضاء الكونسورتيوم نكون بصدد تحكيم متعدد الأطراف[1]، مع ملاحظة أن تشكيل هيئة التحكيم في هذه الحالة يكون أمرا صعبا جدا نظرا لاختلاف مصالح أعضاء الكونسورتيوم فيما بينهم[2].

وعموما يرى الباحث أن موضوع تشكيل محكمة التحكيم في التحكيم متعدد الأطراف أمرا بالغ الصعوبة، فكما سبق وقلنا أن التحكيم متعدد الأطراف يقصد به وجود ثلاثة أطراف على الأقل، فكيف سيتم اختيار محكمة التحكيم ثلاثية التشكيل؟

لمواجهة هذه الإشكالية أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس ICC كتيبات تضمن حلا لهذه المشكلة، حيث قضت أنه في عقود الإنشاءات والأشغال الدولية وعقود المنشآت الصناعية، يجب أن يتم تعيين المحكمين من قبل محكمة التحكيم الدولية دون أن يكون لأي طرف سلطة تعيين المحكمين، كما أكدت نفس الغرفة في تقرير لها صدر في مؤتمر بتاريخ

---

(1) – د/ أحمد حسان الغندور، نفس المرجع ، ص 328.

(2)– د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 474.

28 ابريل 1994 نفس المضمون فيما يتعلق بالتحكيم متعدد الأطراف حيث يصعب تعيين المحكمين من جانب أطراف النزاع[1].

ثانيا- امتداد شرط التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية إلى الغير في العقود المنفصلة وعقود من الباطن:

بمقتضى صيغة العقود المنفصلة كصيغة من الصيغ التي تبرم وتنفذ من خلالها العقود الدولية للإنشاءات، يقوم رب العمل بإبرام مجموعة من العقود المنفصلة مع مجموعة متنوعة من المقاولين، بحيث يسند إلى كل مقاول على حدى القيام بعمل أو خدمة محددة وتكون المحصلة النهائية لهذه العقود هي انجاز المشروع، ويعتبر رب العمل هو الشخصية الرئيسية أو المفتاح في هذه العقود لأنه يعد طرفا في كل عقد من هذه العقود، ويقع عليه عبء التنسيق بينهما حتى يستطيع المقاولون إنجاز المشروع كما خطط له من قبل.

في هذا الصدد يثور تساؤل على درجة كبيرة من الأهمية مفاده، هل يمتد شرط التحكيم الوارد في عقد من مجموعة العقود المتنافسة في إنجاز المشروع إلى غير الطرف في عقد آخر في نفس المشروع ؟

الباحث يرى بان شرط التحكيم لا يمتد، لأن مجرد انتماء العقد إلى مجموعة العقود التي تنصب على نفس الموضوع لا يسمح بهذا الامتداد، وبناء عليه فإن شرط التحكيم الوارد في عقد منفصل لا يمتد إلى مقاول آخر مرتبط مع رب العمل بعقد منفصل، لأنه لا توجد رابطة

[1]-د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، نفس المرجع ، ص 478.

تبعية بين العقدين المنفصلين يتعرف بمقتضاها مقاول مستقل على وجود شرط تحكيم وارد في عقد آخر منفصل.

وعلى العكس مما تقدم، فإنه فيما يتعلق بعقود المقاولة من الباطن توجد علاقة تبعية بين العقد الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، لأن موضوع العقد الثاني يعد بمثابة جزءا من موضوع العقد الأول، وعلى الرغم من ذلك فإن غياب العلاقة التعاقدية بين رب العمل ومقاول الباطن تحرم رب العمل من اللجوء المباشر ضد مقاول الباطن على هذا الأساس، فيجب دائما توافر الرضاء الصريح أو الضمني بشرط التحكيم والقول بخلاف ذلك يتنافى مع الطبيعة العقدية للتحكيم.

وعليه فإنه يمكن القول أن شرط التحكيم لا يمكن أن يثور أو أن ينتقل في سلسلة العقود، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

الفرع الثالث: صدور حكم التحكيم

تنتهي خصومة التحكيم نهاية طبيعية بإصدار الحكم الحاسم للنزاع الذي اتفق الأطراف على إخضاعه لنظام التحكيم[1] .

فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد كان الأمر يسيرا حيث يقوم منفردا بإصدار الحكم، أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم فإن الأمر ولا شك أكثر تعقيدا حيث يؤدي التشكيل المتعددة إلى حتمية المناقشات والمداولات بين المحكمين، وصولا

[1]– فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

إلى حكم تحكيمي بإجماع أو بأغلبية الآراء[1] في الميعاد المحدد لإصداره، وهذا الميعاد قد يتم تحديده مسبقا عن طريق الأطراف في اتفاق التحكيم، أو يتم تحديده بطريقة غير مباشرة عن طريق الرجوع إلى قواعد مركز التحكيم المختص بنظر الدعوى.

ويعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف، حيث أن الحكم التحكيمي لا يعتبر حكما بالمعنى الفني الدقيق إلا منذ هذا التاريخ .

المبحث الثالث: الخصومة التحكيمية و قراراتها في القانون الجزائري

من المبادئ العامة المتفق عليها في التحكيم، حرية أطراف النزاع في تعيين هيئة التحكيم، سواءا مباشرة باختيار أسمائهم من الأطراف، أو بطريقة غير مباشرة بإحالة الأمر إلى جهة ثالثة تتولى جهة التحكيم، مثل الاتفاق على أحد مراكز التحكيم أو عن طريق القضاء[2]، وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى هذه النقاط كالآتي:

إن أول إجراء يقوم به الأطراف هو تشكيل الهيئة التحكيمية بأي طريقة ارتضوها في اتفاق التحكيم إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة أو عن طريق القضاء.

فالخصومة التحكيمية تبدأ بمجرد أن يبدأ أحد أطراف العقد في تحريك إجراءات التحكيم ضد الطرف أو الأطراف الآخرين وفق إتفاقية أو مشارطة التحكيم.

ولمّا كانت الخصومة التحكيمية تعني الاستعاضة عن القضاء الوطني وتطبيق قضاء من نوع خاص يختاره الأطراف المتعاقدة طبقا للعقد المبرم بينهما، مما يعني مجموعة الأعمال

---

[1]– د/ عاطف محمد راشد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، أطروحة دكتوراه، جامعة المنوفية– مصر، 1995، ص 267.

[2]– نفس المرجع، ص 267.

الإجرائية التي يقوم بها الخصم أو المحكم، وصولا بالخصومة التحكيمية إلى نهايتها بصدور حكم التحكيم، والذي يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط التي استوجبها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وسيتم الحديث في هذا المبحث عن الخصومة التحكيمية باعتبارها احد ابرز الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم في العقد الإداري كمطلب أول، ثم ننتقل للحديث عن القرار التحكيمي كمطلب ثاني، وكل ذلك سيتم التفصيل فيه على النحو الآتي:

المطلب الأول: الخصومة التحكيمية

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

الفرع الأول: كيفية تعيين المحكمين

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

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

---

[1]– قانون 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، عدد 21، مؤرخة في 23 ابريل 2008.

– رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

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

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

أولا– التعيين المباشر للمحكمين من قبل الأطراف:

يرى الباحث انه يمكن للأطراف مباشرة كما تؤكده المادة 1041 أعلاه، تعيين المحكم أو المحكيين وتحديد شروط تعيينهم، سواء كان ذلك التعيين مدرجا في شرط التحكيم، أو كان اتفاق تحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، وتختلف الإجراءات الخاصة باختيار أو تعيين المحكمين طبقا لنوعية التحكيم الذي يختاره الطرفان، فإذا كان التحكيم خاصا – Ad hoc– أي دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية، فيتولى الطرفان اختيار محكم واحد أو عدة محكمين، وفي أغلب الأحيان يتولى كل طرف في النزاع اختيار أو تعيين محكم واحد، ومن ثمّ يتولى المحكمان الاثنان تعيين محكم ثالث، يسمى بالمحكم الرئيس أو المرجح، ويتمتع الأطراف

في هذه الحالة بحرية مطلقة في تشكيل المحكمة التحكيمية الدولية كما يشاؤون وبالعدد الذي يرتئونه والمواصفات التي يحددونها والطريقة التي يرغبون فيها[1] .

ثانيا- التعيين بالإشارة إلى نظام مركز تحكيمي دائم

تسمح المادة 1041 المذكورة أعلاه للأطراف اختيار التحكيم المنظم أو المؤسسي لتسوية المنازعات التي قد تطرأ أو طرأت بينهم، وفي هذه الحالة يتم التحكيم وفقا للقواعد التي تتبعها المؤسسة التحكيمية، وهذه القواعد هي التي تحدد كيفية اختيار المحكمين، وفي الغالب تعد المؤسسة قائمة تشتمل على أسماء أشخاص متخصصين، لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات والقوانين، وللأطراف أن تختار ما تشاء من تلك الأسماء ولها أيضا أن تختار من خارج القائمة الخاصة بتلك المؤسسة، مع ملاحظة أن الأطراف الذين قبلوا بنظام مؤسسة تحكيمية فإنهم يخضعون إلى نظام تعيين وعزل واستبدال المحكمين المنصوص عليها في المؤسسة وعليهم التقيد به.

ثالثا- تعيين المحكمين عن طريق القاضي الوطني:

إنّ تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين يكون عادة عندما يختار الأطراف التحكيم الخاص، واستثناءا عندما يختارون التحكيم النظامي أو المؤسسي، وإذا ثار نزاع بين أحد طرفي التحكيم وبين مركز التحكيم الذي اتفق الطرفان على إدارته للتحكيم، حول بعض الإجراءات التي اتخذها المركز أو التي كان يتعين عليه اتخاذها، أو بسبب وجود نقص في لوائحه، في

[1]-فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

هذه الحالة سوف يجد القضاء نفسه مدعوا إلى التدخل، لحسم النزاع القائم بين الطرفين أو لمواجهة النقص في لوائح المركز.[1]

وكثيرا ما يرفض أحد الأطراف تنفيذ التزامه النّابع من اتفاقية التحكيم ويمتنع عند نشوب النزاع عن تعيين محكم، هذه الوضعية من شأنها أن تؤدي إلى شل التحكيم، وهو ما أدى بمعظم الدول السماح في قوانينها الداخلية بتدخل القاضي لمد يد المساعدة لضمان استمرارية التحكيم.

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

فالقاعدة التي أقام عليها القانون الجزائري تسمية المحكمين هي الحرية التامة لسلطان الإرادة، والمحكمة لا تتدخل إلاّ لوضع إرادة الأطراف الواردة في اتفاق التحكيم موضع التنفيذ إذا لم يتمكن الأطراف والمحكمون من تنفيذها، فإذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين أو على الطريقة التي يتم بها الاختيار، فإن القضاء يحق له ذلك بناء على طلب أحد الطرفين بشروط، وهي كالآتي:

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

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ، 1998، ص 190.

- يجب أن لا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم أو تعيين محكم التحكيم الخاص.
- يجب أن يقدم أحد طرفي التحكيم إلى المحكمة طلبا لتعيين المحكميين. [1]

فإذا توفرت هذه الشروط حق للجهة القضائية المختصة المساعدة على تشكيل المحكمة، مع ملاحظة أن تدخل القاضي الوطني ليس تدخلا في شؤون التحكيم، بل هو مساعدة للتحكيم ، ويلاحظ الباحث أن المشرع قد أحسن بالنص على تدخل القضاء لحل إشكال تعيين المحكم الغير متفق عليه وذلك حرصا على تأكيد خاصية التحكيم بكونه يتميز بالسرعة في فصل النزاع

الفرع الثاني: استبدال ورد المحكمين

يمارس المحكم دورا مشابها للقاضي، لذا يجب عليه أن يتحلى بما يتحلى به القاضي من أخلاق والتزامات قانونية، فالمحكم عندما يتولى التحكيم فهذا يعني أنه حاز ثقة الأطراف، وهي ثقة لها مرتبة أدبية عالية المستوى تفرض مجموعة من السلوكيات والأدبيات، وكل إخلال من المحكم بهذه السلوكيات يعرضه لإجراءات الرد وعليه نتطرق لأسباب الرد وإجراءاته.

أولا- أسباب الرد:

يقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المثول أمام محكم معين في قضية معينة، لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون وطبقا للشروط التي يحددها[2].

---

[1]-قانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- البطانية عامر فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 98.

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

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

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

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

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

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

ثانيا: إجراءات رد المحكمين

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

[1]- المادة 749 من القانون الليبي للإجراءات المدنية، المادة 516 القانون السويسري للإجراءات المدنية، المادة 770 من القانون اللبناني للإجراءات المدنية.

وللوقوف على إجراءات رد المحكم، يتعين التطرق إلى طلب الرد، ثم المحكمة المختصة للنظر في الطلب وفي الأخير الآثار المترتبة على قرارا القاضي[1].

أ- طلب الرد:

المبدأ المكرس في مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري هو حرية الطرفين في الاتفاق على إجراءات رد المحكم، لكن في حالة غياب أي اتفاق في هذا الشأن يتعين على الطرف الذي يعتزم رد المحكم، أن يقدم طلبه كتابة إلى المحكم الذي يعتزم رده، على أن يقوم بتبليغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد، طبقا لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2]، فإذا تم قبول طلب الرد الذي تقدم به أحد الأطراف، سواء من الطرف الآخر أو المحكم ذاته فلا إشكال في ذلك، وإلاّ أحيل النزاع سواء من طرف مقدم الطلب أو من هيئة التحكيم إلى رئيس المحكمة المختصة الذي يصدر أمره في ذلك.

ب- المحكمة المختصة:

طبقا لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] والتي تنص:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

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

---

[1]-فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

[2]- المادة 1041 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[3]- نفس المرجع .

– رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

– رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطرف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"، فإذا لم يتضمن نظام التحكيم المتفق عليه إجراءات رد المحكمين، أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، ينبغي على الطرف الذي يهمه التعجيل أن يقدم طلبه:

– **إذا كان التحكيم يجري في الجزائر:** إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان محددا في اتفاقية التحكيم، أما اذا لم يحدد فيؤول للمحكمة التي في دائرتها مكان إبرام العقد، أو مكان التنفيذ طبقا للمادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– **إذا كان التحكيم يجري في الخارج:** إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن طلب الرد يقدم إلى رئيس محكمة الجزائر.

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

[1]– فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

الفرع الثالث: المحكمة المختصة بالمنازعات الناتجة عن تشكيل محكمة التحكيم

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

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

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

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

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

أولا- التحكيم يجري في الجزائر:

عند عدم تعيين المحكمين أو في حالة صعوبة تعيينهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، فالعبرة إذن في

مكان إجراء التحكيم، وذلك ما نصت عليه المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي: "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

ثانيا- التحكيم يجري في الخارج:

عندما يتعذر تعيين المحكمين أو استكمال هيئة التحكيم فإنه على الطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق

يتمتع أطراف النزاع بحرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بينهم، سواء فيما يخص القانون الإجرائي أو القانون المطبق على موضوع النزاع، وقد يعود الاختصاص في تحديد هذا القانون إلى الهيئة التحكيمية[1].

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية

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

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

[1]-علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته، الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 2 افريل2014.

وعليه فقد عددت هذه المادة حالات لاختيار القانون الإجرائي، بحيث كرست مبدأ سلطان الإرادة لمّا منحت الأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات في اتفاق التحكيم مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي، وأخذت المادة نفسها في الحسبان عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الإجرائي، فهنا تتولى محكمة التحكيم تحديده مباشرة، أو بالاستناد إلى قانون معين أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي[1].

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

أ- **الخيار الأول:** أن يضبط الأطراف الإجراءات اللازمة الإتباع في اتفاق التحكيم، وهذا المأخوذ به في أغلب القوانين المقارنة، كالقانون الفرنسي في المادة 1494 إجراءات مدنية.

ب- **الخيار الثاني:** أن يحدد للأطراف في اتفاق التحكيم قواعد الإجراءات المعمول بها في نظام تحكيمي معين، بمعنى أن للأطراف حرية الأخذ بنظام مركز معين أو هيئة تحكيمية في اتفاق التحكيم، وإن كان هذا يؤدي إلى توسيع مجال حرية الإرادة في قانون التحكيم وما ينجر عنه من أثار ايجابية تجعل التحكيم أكثر مرونة.

[1]- فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

ج- **الخيار الثالث:** يمكن الأطراف من تحديد قانون الإجراءات وفقا لقانون وطني معين، قد يكون قانون الطرف الجزائري أو الأجنبي، ونلاحظ بوضوح استبعاد تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق.

إلاّ أننا نشير إلى بعض الأحكام المنظمة لهذه المسألة في المادة 1046 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. "

فهذه المادة تعطي لمحكمة التحكيم اختصاص البت في التدابير الوقتية والتحفظية[1].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] والتي تنص: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيارات تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

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

---

[1]- محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 26 أفريل 2010.

[2]- المادة 1050 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

أولا- القانون المتفق عليه من الأطراف:

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف قد تكون القانون الجزائري وقد يكون أي قانون آخر، فالمادة 1050 المذكورة أعلاه تؤكد حرية الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

وأنه في جميع الأحوال يجب أن يراعي الأطراف في اختيارهم القانون المطبق على موضوع النزاع القواعد المتعلقة بالنظام العام.

ثانيا- عدم تحديد القانون المطبق:

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، فالمحكم في ظل القانون الجزائري يتمتع بسلطة واسعة، فهو يختار القانون الذي يرى أنه أكثر ارتباطا واتصالا بالنزاع، وأمام مرونة النّص الجزائري قد يكون قانون إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، لكن الواقع أثبت على صعيد التحكيم الإداري الدولي أن التحكيم يميل أكثر إلى قانون محل إبرام العقد، أو قانون محل التنفيذ تأسيسا على الإرادة الضمنية للأطراف[1].

المطلب الثالث: القرارات التحكيمية

يتقرر الاختصاص بعد أن تتشكل محكمة التحكيم ويتحدد أعضاءها المكونون لها، وبعد أن تبت في مسألة اختصاصها بصفة ايجابية، مع ما يتبع ذلك من تحديد القانون الواجب التطبيق

[1]- علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته، الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 2 افريل2014.

على النزاع الإجرائي والموضوعي، تبدأ المحكمة في تفحص نقاط النزاع الموضوعية، وتنهي عملها الموكول إليها بإصدار حكم قطعي في المنازعة المعروضة عليها يضع حدا نهائيا لها، وهذا هو الهدف الأول المسطر من طرف الأطراف والمحكمة ذاتها.

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

الفرع الأول: شروط إصدار الحكم التحكيمي وأثاره

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

أولا- شروط إصدار حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية:

ترتبط بحكم التحكيم مجموعة من الشروط التي تعد جوهرية ولا يمكن مخالفتها، كرسها المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمن بين هذه الشروط ما هو مرتبط بشكلية حكم التحكيم أو بميعاد صدوره، أو مرتبط بتسليمه[1].

أ- الشروط المرتبطة بالشكل:

الكتابة: طبقا للمادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما تستوفي شروط صحتها"، وكذا

[1]-فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

أحكام المادة 1053 من نفس القانون والتي تنص": تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل"، وكذا المادة 1029 والتي تنص" توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين."

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

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

ب-التسبيب: من الواجب تسبيب القرار التحكيمي وإلا كان باطلا، من خلال تضمنه عرضا موجزا لإيداعات الأطراف وأوجه دفاعهم[2]، بحيث يقوم الحكم على أسباب واقعية وقانونية،

---

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

[2]- المادة 1027 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

وبذلك يعد التسبيب بيانا للحجج والأدلة التي اعتمد عليها المحكم في إصدار القرار، وهي ضمانة لأطراف النزاع من تعسف المحكمين، وأغلب التشريعات اشترطت تسبيب الأحكام التحكيمية وعلى نحوها سار المشرع الجزائري الذي اشترط تسبيب الأحكام في نص المادة 1027 الفقرة 2[1]، والتي تنص "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"، وعدم التسبيب يمكن أن يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم، ويتبين ذلك من خلال المادة 1056[2] المتعلقة بمجالات الطعن بالاستئناف، التي تنص على الاستئناف إذا لم يتم تسبيب الحكم، أو تضارب الأسباب فالمشرع لم يمنح الحرية للأطراف في تسبيب القرار أو عدم تسبيبه أي إهمال مبدأ سلطان الإرادة، فالمشرع الجزائري اعتبر التسبيب في التحكيم موضوع يتعلق بالنظام العام.

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

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

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

---

[1]- المادة 1027 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2]- المادة 1056 من نفس المرجع .

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

هـ-مكان صدور القرار التحكيمي: وهو ما نصت عليه المادة 03/1028 وهو تحديد محل مقر محكمة التحكيم، وهو ما يسمح بتحديد القضاء المختص بتلقي الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي.

ثانيا- الشروط المتعلقة بميعاد إصدار حكم التحكيم:

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

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

---

[1]- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، دون سنة نشر، ص 90.

نص المشرع صراحة على هذه المسألة على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تمديد الأجل فإن الأجل يتم تمديده وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة[1]، ولم يقم المشرع الجزائري بتحديد أجل معين للتمديد.

إنّ المشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في أحكام التحكيم من خلال جعل هذه المدة أربعة أشهر وهو ما أغفله المرسوم التشريعي 09/93[2]، غير أنّ هذا النص قد لا يضمن السرعة في الفصل في حالة اتفاق الأطراف سواءا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على أجل لإتمام المحكمين للمهمة التحكيمية والتي قد يزيد عن أربعة (04) أشهر، وعدم تحديد هذه المدة ابتداء وتحديدها في حالة عدم اتفاق الأطراف تكريسا لمبدأ حرية الأطراف، وكذلك لندرة وجود اتفاق تحكيم يحوي على ميعاد لإصدار حكم التحكيم، بالإضافة إلى أن الأطراف المتنازعة يتعذر عليها عند إبرام اتفاق التحكيم بالوقت الذي سيستغرقه حل نزاعاتهم لجهلهم بهذا النزاع وبطبيعته وكذا درجة تعقيده.

وعليه فانه تطبق على الخصومة التحكمية في العقد الإداري الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق أطراف العقد الإداري على خلاف ذلك[3]، من خلال أن يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل،

---

[1]– المادة 02/1018 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

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

[3]– المادة 1019، من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، ويكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد اجل لإنهائه[1] وطبقا لنص المادة 1018 من قانون 08-09 فإنه يلزم المحكمون في هذه الحالة بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعبئتهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف أي أطراف العقد الإداري، وفي حالة إذا ما تم الموافقة عليه فإنه يمكن التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي حالة غياب ذلك فانه يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة، وكما يجب أيضا على كل طرف تقدير دفاعه ومستنداته قبل أن تنقضي أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل[2]، أو إذا طعن بالتزوير مدنيا في الورقة أو إذا حصل عارض جنائي، فإن المحكمون يقومون بإحالة الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسالة العارضة[3].

ثالثا- الشروط المتعلقة بتسليم حكم التحكيم:

يعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف، ولا يعد حكم التحكيم حكما بالمعنى الفني الدقيق، إلاّ من التاريخ الذي يخرج فيه عن ولاية الهيئة التحكيمية.

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

---

[1]- محمد زوروني " التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية " مأخوذة من موقع :
Sciences juridiques ahlamontada.net تاريخ الزيارة 2013/04/25 ، ص 10-11.

[2]- المادة 1022 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[3]- المادة 1021 من نفس المرجع .

والباحث لاحظ أن القانون المصري أوجب إيداع حكم التحكيم في كتابة ضبط إحدى المحاكم القضائية المصرية، حيث نصت المادة 47 من قانون التحكيم لسنة 1994 على أنه يجب على من صدر الحكم لصالحه، أن يودع أصله أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، أو ترجمة لها باللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة في كتابة ضبط محكمة استئناف القاهرة، أو في قلم كتابة أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الطرفان، ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع ويكون لكل طرفي التحكيم الحصول على هذا المحضر.

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

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

وتعد القرارات التحكيمية المرحلة الأخيرة من مراحل التحكيم في العقد الإداري، لذا من الواجب علينا في هذا المطلب أن نتطرق إليها من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع محددة على النحو التالي:

[1]– المادة 1035 من نفس المرجع.

الفرع الثاني: إصدار القرار التحكيمي في العقد الإداري

إن إصدار القرار التحكيمي في العقد الإداري تحكمه مجموعة من الإجراءات، والتي يترتب عنها وجود أثار وكل ذلك سيتم دراسته على النحو التالي:

أولا: إجراءات إصدار القرار التحكيمي

تتمثل إجراءات إصدار القرار التحكيمي في العقد الإداري في:

1-**المداولة:** يقصد بها المناقشة التي تتم بين أعضاء هيئة التحكيم إذا تعددوا للاتفاق على وجه الحكم في الدعوى، بحيث يأتي الحكم ثمرة لتعاونهم[1]، وان المداولة لا تكون صحيحة إلا إذا توافرت فيها الشروط اللازمة لصحتها، والتي حددها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 من خلال المواد 1020 و1025 و 1/1029 و 2/1029 وهي:

-أن تكون مداولات المحكمين سرية وليست علنية، وأن تنجز أعمال التحقيق والمحاضر من قبل جميع المحكمين وان لا يشترك فيها احد إلا إذا أجاز اتفاق التحكيم سلطة تنوب احدهم للقيام بها.

- أن أحكام التحكيم تكون موقعة من قبل جميع المحكمين، أما إذا امتنع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.

[1]-محمد علي عريضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 358.

2- **التصويت:**

طبقا لنص المادة 1026 من قانون 08-09 تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات، أي أن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم يكون بأغلبية الأصوات، وأنه في حالة إذا لم تتوافر الأغلبية يتخذ حكم التحكيم من قبل رئيس هيئة التحكيم، ويعتبر حكم التحكيم متخذا في مكان التحكيم وبالتاريخ المدون فيه[1].

3- **بيانات القرار التحكيمي:**

طبقا لنص المادة 1028 من قانون 08-09 فإنه يجب على القرار التحكيمي في العقد الإداري أن يتضمن البيانات التالية:

اسم ولقب المحكم أو المحكمين، تاريخ صدور الحكم ومكان إصداره، أسماء وألقاب الأطراف ومواطنهم وتسمية الأشخاص المعنوية، ومقرهم الاجتماعي، أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الإقتضاء.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن صدور حكم التحكيم في العقود الدولية

يترتب على صدور القرار التحكيمي آثار هامة وهي:

أولا: اكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه: إن العلة أو الأساس القانوني لإقرار الحجية لقرارات التحكيم، هي الاتفاق القائم بين الخصوم على عرض نزاعهم على التحكيم للفصل فيه، وعليه فالتزام الأطراف بالحكم مبني على رضاهم المسبق.

[1]- محمد سعد رحاحلة، ايناس الخالدي، دليل إجراءات التحكيم في عقود الفيديك، دار الحامد، ، الأردن، 2012، ص 64.

فالخصومة التحكيمية تنفصل عن المحكين بمجرد فصلهم في النزاع، أي صدور حكم التحكيم حتى بدون انقضاء ميعاد التحكيم المعين بأربعة (4) أشهر، طبقا لنص المادة 1031 من القانون رقم 08-09 (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه" ومقتضى حجية الحكم، هو تقبل الخصوم لمضمون القرار التحكيمي، وقد أحسن المشرع الجزائري بالنص صراحة على حجية أحكام التحكيم، معتبرا هذه الحجية أثرا من أثار الأحكام التحكيمية[1].

ويرى الباحث أن المشرع الجزائري قد ساير الفقه الحديث القائل بأن حجية الشيء المحكوم فيه، هي مركز قانوني إجرائي ينشأ عن العمل القضائي، ويترتب عنه التزام أطراف الخصومة بمنطوق الحكم، كما يلتزم القاضي في إجراءات لاحقة باحترام هذه الحجية إذ يمتنع عن الفصل في النزاع من جديد، وحجية الشيء المقضي فيه لا تثبت إلاّ للأحكام القطعية، والأصل أنها لا تثبت إلاّ لمنطوق الحكم وما اشتمل عليه من أسباب والنقاط التي تم الفصل فيها بالحكم صراحة أو ضمنا، وتمت المواجهة في شأنها بين الخصوم وملزمة للمحكمين وللقضاء الوطني، مع عدم الاحتجاج بها على الغير.

ثانيا- تنفيذ القرار التحكيمي:

طبقا لنص المادة 1035 من قانون رقم 08-09 يكون حكم التحكيم في العقد الإداري سواء كان النهائي أو التحضيري، قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من طرف الذي يهمه التعجيل، وكما

[1]- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 164.

يتحمل أطراف العقد الإداري[1]، نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل الحكم، ويقوم رئيس أمناء الضبط بتسليم نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية، من حكم التحكيم لمن يطلبها من أطراف العقد الإداري، وتطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحقيق المشمولة بالنفاذ المعجل[2]، وطبقا لنص المادة 1038 فإنه لا يمكن أن يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير.

ثالثا- إنهاء مهمة هيئة التحكيم:

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

ونتيجة لذلك لا يحق لهيئة التحكيم أن تتناول الحكم الذي أصدرته بأي تعديل أو تغيير، إلاّ إذا كان ذلك لتصحيح أخطاء مادية أو حسابية، والقاعدة في ذلك هو أن المحكمة التي أصدرت الحكم في الحقيقة أقدر على تصحيحه أو تفسيره من غيرها، ومعنى ذلك أن سلطة الهيئة التحكيمية في التصحيح تقتصر على منطوق الحكم الصادر منها، وعلى الأخطاء المادية وفي تفسير قراراتها وهذا ما نصت عليه المادة 1030 الفقرة 02: "غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والاغفالات التي تشوبه طبقا للأحكام الواردة في هذا

---

[1]- المادة 1036 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2]- المادة 1037 من نفس المرجع.

القانون"، والحكم الصادر بتفسير الحكم أو تصحيحه يعتبر حكما موضوعيا مكمّلا للحكم الأصلي، ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من قواعد متعلقة بطرق الطعن[1].

المطلب الرابع: طرق الطعن في القرار التحكيمي في العقود الإدارية الدولية

إن مبدأ عدم المساس بالأحكام التحكيمية بعد صدورها ضرورة ملحة لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية، وهذا الاستقرار لا يتحقق إلاّ إذا اكتسب الحكم المعنى حصانة تحول دون المساس به سواء بتعديله أو بإلغائه، غير أنه من ناحية أخرى نجد هذه الأحكام تصدر عن بشر ليسوا معصومين من الخطأ، سواءا كان متعمدا أو غير متعمد[2]، وباعتبار أنّ المحكم لا يستمد ولايته من المشرع وإنما من اتفاق التحكيم، فإذا كان الاتفاق باطلا أو منعدما انعدم الأساس الذي يستمد منه المحكم ولايته، فيصير القرار الصادر منه في حكم العدم.[3]

وكون القرار الذي تصدره هيئة التحكيم يكون حائزا لحجية الشيء المقضي به، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الرابع، المتعلق بطرق الطعن في أحكام التحكيم في الباب الثاني في التحكيم قد أخضعه للطعن، وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التساؤلات التالية:

ما هي طرق الطعن المقررة في أحكام التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية؟ وما هي الأسباب والآجال التي يمكن الاستناد عليها في الطعن على هذا النوع من الأحكام؟

---

[1]– أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، مصر، 1988، ص 718.

[2]– مناني فرح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى ، الجزائر، 2010، ص 178.

[3]– البطانية عامر فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1998، ص 147.

لقد ميّز المشرع الجزائري ، بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج، والأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالجزائر والتي سنتطرق إليهما كالآتي:

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

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

بمفهوم المخالفة يفهم أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج، لا يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان في الجزائر، وهو الحل المعتمد في القانون الفرنسي في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، ويرى بعض الفقه[1] أن الاتجاه المنتهج يستحق التأييد لأنه يشجع على التوزيع الدولي للاختصاص القضائي بين الدول تجاه أحكام التحكيم الدولي، لأن أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية الصادرة في الخارج تكون قابلة للطعن إلاّ بطريقة غير مباشرة من خلال الطعن بالاستئناف، أو ضد أمر رئيس المحكمة القاضي بالاعتراف والتنفيذ، وطبقا كذلك لنص المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القرارات الصادرة تطبيقا لمادتين 1055 و1056 قابلة للطعن بالنقض.

[1]– Terki Noureddine, L’arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999, p 131.

أولا- الاستئناف:

طبقا لأحكام المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ يكون قابلا للاستئناف، غير أن المشرع الجزائري قيد الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ، واستلزم فيه الشروط ذكرت على سبيل الحصر.

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

وعليه فما المقصود بالاعتراف والتنفيذ؟

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

---

[1]- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 24.

[2]- عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 502.

الحكم التحكيمي وبطلب الإقرار له أنه صدر بشكل صحيح، أمّا الأمر بالتنفيذ فيعرف بأنه الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا ويأمر بمقتضاه بتمتع حكم التحكيم وطنيا كان أو أجنبيا بالقوة التنفيذية، وعلى عكس الاعتراف الذي يقال عنه أنه إجراء دفاعي فإن التنفيذ إجراء هجومي، فلا يطلب من القاضي الاعتراف بوجود الحكم التحكيمي، بل يطلب منه إعطاء الحكم التحكيمي الدولي القوة المعطاة للحكم القاضي في تنفيذ الأحكام، والتنفيذ يذهب أبعد من الاعتراف[1]، ولا ينفذ حكم التحكيم إلاّ إذا أمرت دولة التنفيذ بتنفيذه طبقا للقواعد المتبعة لديها، وقد ألزم القانون استصدار الأمر لأن حكم التحكيم هو عمل صادر من قضاء خاص، ويجب أن يكون وفق شروط وتبعا لإجراءات لابد من احترامها وإلاّ رفض الاعتراف والتنفيذ.

1- شروط الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم:

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

[1]- عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 503.

وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يلزم القاضي قبل منح الاعتراف والتنفيذ، التأكد من توفر الشروط القانونية للاعتراف والتنفيذ، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يميز بين الاعتراف والتنفيذ بشكل واضح، فرقابة القاضي على طلبات الاعتراف أو التنفيذ هي نفسها، وعلى ضوء ما سبق يتبين أن الاعتراف والتنفيذ لا يتم إلاّ إذا تم إثبات وجود الحكم التحكيمي، وأن لا يكون هذا الحكم مخالف للنظام العام الدولي[1].

2- الجهة القضائية المختصة باستصدار أمر الاعتراف أو التنفيذ:

تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "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 في خارج الإقليم الوطني".

لم تنص هذه المادة بخصوص الاعتراف، في حين نصت في فقرتها الثانية على المحكمة المختصة باستصدار الأمر بالتنفيذ وهو مرتبط بمقر التحكيم على النحو الآتي:

إذا كان مقر التحكيم موجودا في الجزائر، فإن المحكمة المختصة هي التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم التحكيمي، وإذا كان مقر التحكيم موجودا في خارج الجزائر، فإن رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص.

[1]- فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

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

وذلك بعد أن يقوم الطرف المعني بالتعجيل، وهو غالبا الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه بتقديم عريضة كتابية أمام رئيس المحكمة المختصة، يطلب فيها الاعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم، وذلك مع مراعاة أحكام المواد1051، 1052، 1053، والمواد من 1035 إلى 1038 التي تحيل إليها المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ- استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف وبرفض تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في الخارج وإجراءاته:

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

---

[1]– عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، الجزائر، ص 64.

[2]– بوصنبورة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2006، ص 139.

الفقرة 3، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي".

يسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة، ومعللة، يبرز فيها أسباب الاستئناف وبالأحرى أوجه الطعن المستند إليها، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية وتكون مرفقة بالأمر محل الاستئناف، وكذا الحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم، على أن تحترم جهة الاستئناف مبدأ الوجاهية.

ب- استئناف الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي وإجراءاته:

عند فصله في الطلب المقدم إليه، فعادة ما يستجيب رئيس المحكمة لطلب الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بعد مراقبته للملف المقدم إليه، طبقا للمادة 1051 و1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتأكد من عدم وجود ما يمنع الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر، في هذه الحالة فإن المشرع منع مبدئيا استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ، وأجاز ذلك استثناء على سبيل الحصر في نص المادة 1056، والتي تنص "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلاّ في الحالات الآتية: [1]

– 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.

[1]– فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

- 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.

- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

ويسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة، وخلافا للاستئناف ضد الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ الذي يكون خلال خمسة عشر (15) يوما، فإن الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ يرفع أمام المجلس القضائي خلال شهر (01) واحد ابتداء من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، طبقا لنص المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، والقرارات الصادرة عن المجلس القضائي، ففي هذه الحالات تكون قابلة للطعن بالنقض.

وما يلاحظه الباحث أن المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، قد أحسن التصرف بمنعه الاستئناف في أحكام التحكيم المخافة للنظام العام الدولي.

ثانيا- الطعن بالنقض:

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن، وقد نصت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض".

[1]- المادة 1057 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

وبالتالي فإن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ أو القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض.

1-حالات الطعن بالنقض:

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

بما أنه لم يحدد المشرع هذه الحالات أو في غياب نص خاص، فإنه يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولاسيما المادة 358 والتي حددت 18 وجها للطعن بالنقض، والتي تنص "لا يبني الطعن بالنقض إلاّ على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: [1]

- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات،إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.
- عدم الاختصاص، تجاوز السلطة، مخالفة القانون الداخلي، مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، مخالفة الاتفاقيات الدولية، انعدام الأساس القانوني.
- انعدام التسبيب، قصور التسبيب، تناقض التسبيب مع المنطوق.
- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

[1]- المادة 358 من نفس المرجع.

- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.
- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل، المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقصي المحكمة العليا أحد الحكمين أو الحكمين معا،
- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار، الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب، السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية، إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية[1] .
- ويجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض طبقا لنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

2- إجراءات الطعن بالنقض:

يرفع الطلب بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المختصة بنظر الطعون بالنقض، في القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية، وبالتالي ضد القرارات الصادرة اثر الاستئناف المسجل ضد أوامر رئيس المحكمة التي ترفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي

---

[1]- المادة 358 من نفس المرجع .

[2]- المادة 360 من نفس المرجع.

الأجنبي، أو تلك التي تسمح بذلك وذلك بعريضة موقعة من محامي معتمد لدى المحكمة العليا، ويرفع الطعن بالنقض طبقا للمادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أجل (02) شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمدد أجل الطعن إلى (03) ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار، ولا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم في مجال التحكيم الإداري الدولي طبقا للمادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: الطعن في أحكام التحكيم الإداري الدولي الصادرة بالجزائر

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

أولا- حالات الطعن بالبطلان:

أقر المشرع الجزائري بحق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

---

[1]- المادة 1058 من نفس المرجع.

[2]- المادة 1056 من نفس المرجع.

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

أ- الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم:

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

ويتحقق ذلك إذا فصلت هيئة التحكيم دون اتفاقية تحكيم، أو بناءا على اتفاقية باطلة أو بعد انقضاء مدة التحكيم[1].

1- فصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع دون اتفاقية تحكيم:

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

فإذا تبين له وجود اتفاق تحكيم مستوف للشروط التي تطلبها القانون، قضى برفض دعوى البطلان، وإذا تبين له عدم وجود مثل هذا الاتفاق قضى ببطلان حكم التحكيم الدولي، وعدم

[1]- المادة 1056 من نفس المرجع.

وجود اتفاق التحكيم يمكن أن يستخلص من انعدام الرضا، في اللجوء إلى التحكيم من جانب الطرف الذي رفع دعوى البطلان، أو أنّ الغير المسمى في اتفاق التحكيم ليس له صفة المحكم ولكنه خبير أو وسيط.

كما يمكن أن تثور مسألة عدم اتفاق التحكيم إذا وجد هذا الاتفاق في عقد ضمن مجموعة عقود متتابعة ونشأ خلاف حول إذا كان هذا الاتفاق يسري على غير العقد الذي تضمنه، أو إذا كان العقد قد تم تنفيذه بواسطة شخص غير الذي وقعه وثار النزاع حول سريان اتفاق التحكيم عليه، أو أن يثور الخلاف حول طبيعة هذا الاتفاق من حيث أنه اتفاق تحكيم أو وساطة أو اتفاق على اللجوء إلى خبرة فنية.[1]

ويمكن أن تثور المسألة كذلك في حالة امتداد اتفاق التحكيم، لمن لم يكن طرفا أصليا فيه كالوارث الذي أبرم مورثه عقد تضمن شرط التحكيم، بحجة أنه لم يشارك مشاركة فعلية في إبرامه أو أنه لم يقم بالتوقيع عليه، أو في حالة التنازل عن العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم للغير، الذي أصبح طرفا في هذا العقد رغم عدم مشاركته في إبرامه، أو في حالة إبرام أحد الشركاء عقدا يتضمن شرط التحكيم فإنه يسري على البقية[2].

ويجب الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم والتمسك به قبل صدور حكم التحكيم، لأنّ حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم دون أي تحفظ يفسر على أنه رضا ضمني بالتحكيم.

---

[1]– فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص 574.

[2]– الحداد حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 127.

وبالتالي عدم وجود اتفاق التحكيم لا يصلح سببا للبطلان، إلاّ إذا لم يكن أحد الأطراف يحضر أمام هيئة التحكيم أو أنه كان يحضر ويدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم[1].

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

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

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

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

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

[1]– فتحي والي، مرجع سابق، ص 574.

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

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

يتحقق هذا الفرض في حالة سقوط اتفاق التحكيم لانقضاء أجله، بعد أن نشأ صحيحا ويشمل ذلك فرضين:[2]

الفرض الأول: أن يحدّد الاتفاق مدة لبدء التحكيم إذا رغب أحد الطرفين اللجوء إليه، وإذا انقضت هذه المدة دون اللجوء إليه، سقط اتفاق التحكيم واسترد كل طرف من الطرفين حقه في اللجوء إلى قضاء الدولة.

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

ويشترط لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بناء على انقضاء مدة التحكيم أن لا يكون المدعى قد تنازل عن مدة التحكيم صراحة، أو ضمنا أثناء إجراءات التحكيم ولم يدفع

---

[1]– حفيظة الحداد السيد، مرجع سابق، ص 241.

[2]– حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 434 .

بذلك أمام هيئة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم الدولي، كأن يقوم بإرسال مذكرة بدفاعه لهيئة التحكيم بغير تحفظ، بعد انقضاء مدة التحكيم وقبل صدور حكم التحكيم الدولي.

وبعد التطرق لحالات بطلان حكم التحكيم الدولي المتعلقة باتفاق التحكيم، سيتم التطرق فيما يلي لحالات بطلان حكم التحكيم الدولي ذاته[1].

ب- حالات البطلان المتعلقة بحكم التحكيم:

يمكن أن تتعلق هذه الحالات بحكم التحكيم الدولي كنشاط، مثال ذلك صدور هذا الحكم عن هيئة تحكيم مشكلة تشكيلا مخالف للقانون، أو أن يصدر فاصلا في موضوع لم يشمله اتفاق التحكيم.[2]

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

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

حيث تفرض المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، عدم إسناد مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلاّ إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية، وتشترط المادة 1015 من

---

[1]- فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية ، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 4 فيفري 2013.

[2]- أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 135.

نفس القانون قبول المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم، حتى يعتبر تشكيل هيئة التحكيم صحيحا، كما أنها تلزم المحكم إذا علم أنه قابل للرد بإخبار الأطراف بذلك، وعدم قبوله بهذه المهمة إلاّ بعد موافقتهم وإذا أخبرهم ولم يطلب أي منهم رده أو تنحيته، سقط حقهم في الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي بناء على هذا السبب.

كما تشترط المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو محكمين بعدد فردي، وعليه في حالة مخالفة الشروط المنصوص عليها في هذه المواد، جاز التحكيم كطريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تتصرف إرادة الأطراف المتنازعة إلى عرضه على هيئة التحكيم، ومن هذا المنطلق يمكن رقابة مدى التزام المحكمين بحدود ولايتهم في النزاع المطروح عليهم.

وفصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها يمكن أن يتعلق بالشكل أو بالموضوع[2].

فأما من حيث الشكل فيقصد بذلك إجراءات التحكيم المتفق عليها بين الأطراف كالقانون الواجب التطبيق على النزاع مثلا.

وأما من حيث الموضوع فهنالك فرضان:

---

[1]– المادة 1017 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2]– حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 440.

- **الفرض الأول**: فصل هيئة التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم

لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسائل لم يتفق الأطراف على طرحها عليها، كما لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسائل طرحها عليها فرعية، لأن المحكم ليس قاضيا وبالتالي لا تنطبق قاعدة أن "قاضي الأصل هو قاضي الفرع"، إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة فرعية ورأت هيئة التحكيم أن الفصل فيها لازم للفصل في موضوع النزاع، وجب عليها وقف إجراءات التحكيم لحين عرض هذه المسألة على المحكمة المختصة، وصدور حكم نهائي فيها.[1]

- **الفرض الثاني**: تجاوز هيئة التحكيم لحدود اتفاق التحكيم

يستوي في هذا الفرض أن يكون التجاوز نقصا بإغفال طلب أو أكثر من طلبات الخصوم، أو زيادة بإعطاء الخصوم أكثر مما طلبوه، هذا وقد قضت محكمة التمييز الأردنية سنة 1997 في القرار رقم 95/461 بأنه:" إذا فسخت محكمة الاستئناف قرار محكمة البداية، القاضي بتصديق حكم المحكمين لإغفال المحكمين معالجة فقرة من اتفاقية التحكيم، فيتوجب عليها أن تعيد الأوراق إلى محكمة البداية، لتعيد قرار التحكيم إلى المحكمين لإعادة النظر فيه، لا أن تقرر رد الدعوى".[2]

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ماذا لو صدر حكم التحكيم في مسائل يشملها اتفاق التحكيم ومسائل أخرى لم يشملها هذا الاتفاق؟

---

[1]- أمال يدر، مرجع سابق، ص 139.

[2]- نفس المرجع، ص 140.

لم يجب المشرع الجزائري (يرى الباحث أنه كان من الأجدر على المشرع الوطني التطرق لهذا الإشكال) ولا الفرنسي عن هذا السؤال، في حين نجد أن المادة 06/49 من قانون التحكيم الأردني تنص على أن: "إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو تجاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل الأجزاء الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلاّ على الأجزاء الأخيرة وحدها [1]".

ج- عدم مراعاة الوجاهية:

يقتضي مبدأ الوجاهية تمكين الأطراف من تقديم دفاعهم بالكامل ودعوتهم لكل جلسة تعقدها هيئة التحكيم، واتخاذ الإجراءات في مواجهتهم، وكذا تخويلهم الفرصة الكافية للإطلاع والرّد على كل ما يقدم في القضية من مذكرات أو مستندات[2].

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بناء على عدم احترام مبدأ الوجاهية إذا كانت هيئة التحكيم قد أتاحت للخصم الدفاع عن نفسه، لكنه لم يقم بذلك من تلقاء نفسه، كأن يمتنع عن حضور الجلسات دون مبرر بهدف عرقلة الإجراءات متى كان تبليغه صحيحا.

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

تنقسم التشريعات الوطنية بشأن تسبيب حكم التحكيم الدولي إلى قسمين:

---

[1]- نفس المرجع، ص 141.

[2]- Rene David, L'arbitrage dans le commerce international, Edition Economica, Paris, 1982, P 541.

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

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

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

وعيوب التحكيم التي يمكن أن تبطل حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر عديدة منها: قصور التسبيب، غموض الأسباب أو ورودها بشكل عام أو افتراضي يقوم على مجرد التخمين، الذي لا يتطابق والواقع أو تناقض الأسباب مع بعضها، ويقصد بغياب التسبيب عدم استناد هيئة التحكيم إلى أي أسباب تسوّغ ما انتهت إليه، أو استنادها إلى أسباب خاطئة أو غير مجدية.

وبناء على ما سبق ذكره إذا لم يكن حكم التحكيم مسببا أو وجد تناقض في تسبيبه جاز الطعن فيه بالبطلان، لأن التسبيب يتعلق بإحدى ضمانات التقاضي المتمثلة في حق أطراف النزاع، في الدفاع عن حقوقهم مما يتطلب معرفتهم بأسباب الحكم التي شكلت قاعدة له، ومن ثم فهو يتعلق بالنظام العام، غير أنّ المشرع الفرنسي لم ينص على انعدام التسبيب كحالة من حالات الطعن في حكم التحكيم الدولي، وتفسير ذلك الطبيعة التعاقدية للتحكيم التي تسمح

---

[1]– أمال يدر، مرجع سابق، ص 143.

[2]– عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، الجزائر، 2009، ص 204.

بإمكانية تصور التنازل عن التسبيب، لكن السؤال المطروح هل تستطيع المحكمة الاعتراف بحكم تحكيم أجنبي غير مسبب صادر طبقا للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع؟

لقد اعترضت الشركة Veuve Henri Brautchoux و الشركة El MASSIAN على أمر تنفيذ حكم تحكيم أجنبي غير مسبب، صادر طبقا للقانون الإنجليزي الواجب التطبيق على موضوع النزاع فأيدت محكمة باريس التنفيذ، لكن الدفاع طعن بالنقض في حكمها بحجة منح الأمر بالتنفيذ لحكم تحكيم أجنبي غير مسبب، في حين أن تسبيب الأحكام مبدأ من مبادئ النظام العام في القانون الفرنسي، لكن محكمة النقض رفضت ذلك الطعن في 1960/06/14 معلنة أن عدم تسبيب الحكم المتنازع فيه لم يكن في حد ذاته مخالفا للنظام العام الدولي[1]، وذلك بالتفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وأن حكم التحكيم كان خاضعا للقانون الإنجليزي الذي لا يشترط التسبيب، وهو ما لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص الفرنسي، وأن الحكم المتنازع فيه قد صدر طبقا لولاية القانون الواجب التطبيق على النزاع والذي يجيز عدم تسبيب حكم التحكيم[2].

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

---

[1]–علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته، الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 2 افريل2014.

[2]– أمال يدر، مرجع سابق، ص 145.

يرى الباحث أن المشرع الجزائري بين أثر إهمال تسبيب حكم التحكيم الدولي، أو وجود تناقض في ذكر أسبابه، لكنه لم يبين أثر إهمال أحد الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون في هذا الحكم.

و نجد المشرع الأردني كان أكثر توفيقا[1]، بنصه في المادة 7/49 من قانون التحكيم على جواز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، في حالة عدم مراعاة هيئة التحكيم للشروط الواجب توافرها فيه على نحو أثّر في مضمونه، أو استناده على إجراءات تحكيم باطلة أثّرت فيه، وبذلك يتسع هذا النص ليشمل كل الفروض التي يمكن فيها مخالفة أي شرط من الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم، بما فيها التسبيب أو صدور حكم دون كتابة أو دون مداولة، أو عدم اشتماله على عرض موجز لادعاءات الأطراف أو أوجه دفاعهم، أو عدم تضمنه للبيانات التي يتطلبها القانون فيه، كإسم ولقب المحكمين والأطراف وممثليهم عند الاقتضاء وتاريخ صدور الحكم ومكان صدوره أو عدم توقيعه، إلاّ أنه يجب التفرقة بين هذه الشروط على أساس مدى تعلقها بمصلحة الأطراف في الدعوى، أو أنها وضعت من أجل تسهيل عمل هيئة المحكمين أو تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره، حيث يجوز في الحالة الأولى الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الذي تخلّف فيه شرط يتعلق بمصلحة أحد الأطراف في الدعوى، أما في الحالة الثانية فلا يجوز ذلك ويقتصر الأمر على استيفاء الشرط الناقص متى كان ذلك ممكنا[2].

---

[1]– آمال يدر، مرجع سابق، ص 147.

[2]– نفس المرجع، ص 148.

هـ- مخالفة النظام العام:

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

وفكرة النظام العام نسبية لم تحض بتعريف محدد، وقد اجتهد بعض من الفقهاء وعرفوه كما يأتي: "وضع من قوة الإلزام القانوني، تفرضه غاية تحقيق مصلحة جماعية عامة موضوعية أو تنظيمية داخل نظام الدولة، أو مصلحة جماعية دولية عابرة داخل نظام ما بين الدول، بإزاحة أثر عمل الإرادة الشخصية للأفراد، وإحلال الإرادة العامة للدولة التي تعبّر عنها قوانينها الآمرة محلّها، أو إزاحة الإرادة العامة للدولة التي تعبر عنها قوانينها أو تصرفاتها السيادية، إحلال إرادة المجتمع الدولي التي تعبر عنها قواعده الآمرة محلها"[1]، ويلاحظ الباحث من هذا التعريف أنه يجمع بين كل أصناف النظام العام (الداخلي والدولي) للدولة أو المجتمع الدولي في مفهوم القانون الخاص والعام، وكأصل عام يمكن القول أن النظام العام مرتبط بالأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في كل دولة من الدول، مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع.

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

---

[1]- آمال يدر، مرجع سابق، ص 149.

وبما أن فكرة النظام العام تختلف باختلاف النظم القانونية أو حتى باختلاف الدول المنتمية لنظام قانوني واحد، فإنه يستحيل على أطراف التحكيم وهيئة التحكيم معرفة مختلف الأنظمة القانونية، لتحديد ما هو مخالف لنظام العام وما هو ليس كذلك في كل منها.

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

ومن الأمثلة التقليدية على مخالفة النظام العام الدولي، العقود المتعلقة بالفساد والاحتيال والرشوة والتمييز العنصري وغسل الأموال و الاتجار بالمخدرات والرقيق والاتجار غير المشروع بالأسلحة فكل هذا مخالف للنظام العام الدولي . [2]

ثانيا- إجراءات الطعن بالبطلان:

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

---

[1]- حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 10.

[2]- علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته، الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 2 افريل2014.

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

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

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

[1]– المادة 1056 من قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

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

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

أ- **حالة قبول الطعن بالبطلان:** في حالة قبول الطعن بالبطلان فإنه يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه، دون النظر في صلب الموضوع أو الفصل في القضية من جديد، بل تقتصر جهة الرقابة على إلغاء الحكم فحسب، يترتب عن ذلك إبطال الحكم التحكيمي وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراءات التحكيم، وفي ذلك احترام المشرع الجزائري لإرادة الأطراف، إذ يحق لهم من جديد تشكيل محكمة تحكيم من جديد للفصل في المنازعة، أو صرف النظر عن التحكيم واللجوء للقاضي الوطني[1].

إذا كان حكم قضاء دولة مكان التحكيم ببطلان حكم التحكيم، كان لهذا البطلان حجية دولية عامة فلا يجوز تنفيذ ذلك الحكم في دولة أخرى موقعة على اتفاقية نيويورك كما جاء في نص المادة 05 منها، لكن قضاء بعض الدول وبوجه خاص فرنسا يذهب إلى غير ذلك.

[1]- بوصنبورة خليل، مرجع سابق، ص 144.

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

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

ثالثا- الطعن بالنقض وإجراءاته:

المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على:" تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض"[1].

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

[1]-المادة 1061 من قانون 09/08، مرجع سابق.

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

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

أ- خطأ في تشكيل المحكمة

ب- استعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصاتها

ج- عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة

د- إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحاكمة

ه- فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها.

المبحث الرابع: تقييم دور التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية

إن المحاكم وإن كانت هي الطريق العادي لفض المنازعات المدنية والتجارية على حد سواء، ورغم ما توفره من إيجاد طريق مأمون أمام الخصوم بسبب الضمانات المحاطة بها، والتي تكفل سلامة العدالة التي تؤدي إليها، إلا أن هذا الطريق في ذات الوقت طريقا محفوفا بالمخاطر، والمتمثل في بطء الإجراءات التي قد تجعل منه وبالا ينقلب على التجار والمشترين فيربك خططهم ومقدراتهم ويعطل حركة الأموال[1].

وكون تفضيل أطراف النزاع للتحكيم عن القضاء كما يقول أرسطو، يرجع إلى أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع[2]، إلا أنه يمكن تقويم دور التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات من خلال مزاياه في هذه العقود وتقويم عيوبه فيها كذلك.

المطلب الأول: مزايا التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية

1- الحفاظ على السرية

يعد الحفاظ على السرية في إجراءات التحكيم مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم، بل إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة والتي تمتلك السمعة والشهرة العالمية، التي تدفع المتنازعين إلى اللجوء إلى التحكيم، وتزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الدولة عن أهميتها في ما عداها من منازعات، لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية تؤثر بشكل كبير على مصالح الدول، وعلى الشركات العملاقة نظرا لحساسية

---

[1]- محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، بحث منشور بموقع شبكة المعلومات العربية القانونية، مرجع سابق، تاريخ الزيارة 26 أفريل 2010.

[2]- د/ أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 3.

المعلومات والوثائق وأسرار هذه العقود، فقد يؤدي تسرب المعلومات التي تتعلق بمستوى إنتاج حقل بترولي إلى أزمات واضطرابات اقتصادية، قد ترفع أو تخفض في أسعار البترول في السوق العالمية، كما يؤدي عدم احترام السرية إلى تسرب الأسراب التكنولوجية لو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي كعقود نقل التكنولوجيا، أو عقد تراخيص استغلال براءة إختراع[1]، وحيث أن السرية تعتبر أحد الدوافع وراء لجوء الأشخاص إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، فإن الاعتقاد بضرورة وضع شروط لضمان السرية عند صياغة اتفاق أو شرط التحكيم أمر لابد منه.[2]

وعلى خلاف ذلك يرى البعض في أن السرية عيب وليس ميزة، وذلك من خلال ما يفسره قله الإحصائيات المتعلقة به، وندرة ما ينشر من أحكام المحكمين الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم، كما أن الإحجام عن نشر هذه القرارات يحول دون تكوين قضاء تحكيمي يسهم في تطوير تنظيم عقود الدولة(بالأخص عقود الإنشاءات الدولية).

2 – ميزة السرعة

إن السرعة التي يتميز بها التحكيم تعتبر من أهم ايجابيات التحكيم وعوامل اختياره وتفضيله على القضاء؛ فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها

---

[1]– أحمد بركات مصطفى، حق الإلتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية، بدون دار نشر، مصر، 2008، ص 30-31.

[2]– بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 42.

المحكم عند إصدار قراره، بل وتسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدة عند اتفاقهم على التحيكم فيفقد المحكم صفته بعد انتهائها.

3 – البساطة والسهولة

فالشكل والرسمية التي يتصف بها القضاء لا محل لها في التحكيم، فإذا ثار النزاع بين الأطراف فيكفي أن يرسل أحد الأطراف للآخر برغبته في الالتجاء للتحكيم لحل النزاع، ويعلم الجهة التي تشرف على التحكيم إن وجدت، وبالتالي فلا يوجد شكل معين وإجراءات بعينها يتعين إتباعها، كما لا توجد رسميات محددة يتعين سلوكها لرفع القضية، فالتحكيم ينفر من الشكل والرسمية والتعقيد، ويتم بإجراءات سهلة وبسيطة من اختيار الأطراف[1].

4 – الحفاظ على استمرارية العلاقة

حيث أن المتعاملين بلجوئهم إلى التحكيم إنما يستهدفون من وراء ذلك إزالة ما شاب العلاقة بينهما من غيوم رغبة في تصفية الأجواء، وإعادة العلاقة بينهما بعد تسوية الخلافات المثارة، وإسدال الستار عليها بعد حلها بشكل يرضى عنه الخصمان، باعتبارهما قد ارتضياه معا بالنص على اللجوء للتحكيم في اتفاق التحكيم، الأمر الذي يحرص معه المحكم على إصدار قرارات تمثل حلولا وسطا بقدر الإمكان، حتى ولو كان الحق كله في جانب أحد الخصمين حرصا منه على استمرارية العلاقة بين الطرفين، وذلك على خلاف القضاء العادي الذي نجد فيه القاضي مقيد بالقانون وملزما بإتباع أحكامه، فينتهي الأمر بإصدار حكم لصالح

---

[1]– د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، دورة تدريبية في أساسيات ومبادئ التحكيم الدولي، النقابة العامة للمحامين بجمهورية مصر العربية، 2007، ص 8 .

أحد الطرفين ضد الطرف الآخر، فيخرج أحدهما منتصرا ويخرج الآخر مهزوما مما يؤدي بينهما إلى القطيعة وإنهاء العلاقة، وهو أمر غير مرغوب فيه في مجال التجارة الدولية، فالتاجر يفضل دوما أن يمنى ببعض الخسائر مع الإبقاء على العلاقة، على أن يحصل على حقه كاملا مع فقدانه لهذه العلاقة، ولأن الالتجاء إلى التحكيم يراد به الحصول على حل للنزاع مع الرغبة في المصالحة، فيتفادى بذلك الثأر الخاص Vengeance Prive، حيث يستهدف التحكيم فضلا عن إقامة العدالة بين الطرفين، الحفاظ على السلام بينهما[1].

5- الأقرب من القضاء لاستخراج العدالة

إنه الأكثر قدرة على تحقيق العدالة فالهدف الرئيسي الذي يجب أن يسعى إليه أي محكم، هو تحقيق العدل بين أطراف النزاع، ولديه قدر كبير من المرونة، ومساحة معقولة من الحرية في الوصول للحكم العادل دون تقيد بنظام رسمي شكلي أو قانوني يكبله، خاصة في حالة التحكيم بالصلح.

6 – يساعد على جذب الاستثمار

التحكيم يناسب العديد من المعاملات مثل معاملات الاستثمار، والمعاملات التي تكون الدولة طرفا فيها بصفة عامة، والمعاملات التي تنشأ في إطار اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، والمعاملات ذات الطابع الدولي ومعاملات التجارة الإلكترونية، إذ تتجه كافة دول العالم إلى تشجيع وزيادة الاستثمار، وذلك لدعم اقتصادها القومي وزيادة حجم التنمية فيها.

[1]– د/ نادية محمد معوض، مرجع سابق، ص 13 –14 .

وقد كان لإبرام اتفاقيات منظمة التجارة العالمية في مراكش بالمغرب في 15 افريل 1994، وانضمام 135 دولة إليها حتى نهاية القرن العشرين، دفعة قوية للتحكيم وزيادة ماله من أهمية عالمية ومحلية، إذ تضمنت هذه الاتفاقيات اتفاقية خاصة لتسوية المنازعات وفقا للمادة الثامنة منها.

7 – ذو طبيعة دولية

إن التحكيم هو أنسب طريق لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات ذات الطابع الدولي، فوجود العنصر الأجنبي في العلاقات يؤدي إلى احتياج أطرافها إلى جهة محايدة لحل ما تثيره من منازعات، ويكون التوصل إلى محكم محايد أو على الأقل ينتمي إلى دولة أخرى غير الدول التي ينتمي إليها الأطراف، بمثابة طوق النجاة الذي يمكن أن يحظى بقبول الطرفين.

8 – ملائمته لمعاملات التجارة الإلكترونية

بدأت تظهر في أواخر القرن العشرين وسيلة بسيطة وسهلة لإبرام العقود والصفقات عبر شبكة الإنترنت باستخدام الكمبيوتر، ثم أخذت تتضاعف بصفة مستمرة فأصبحت قيمتها تقدر بالمليارات، ولا شك أن أنسب وسيلة لحل المنازعات التي تثيرها هذه المعاملات هي التحكيم، إذ انه قد يصعب إثارة مثل هذه المنازعات أمام القضاء، خلافا للتحكيم فيمكن أن يواجه مثل تلك المعاملات، مما يساعد على انتشارها ويقضي على ما قد ينتاب المتعاملين في شأنها من قلق مما قد تثيره من خلافات[1].

[1]– د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 10.

9 – التغلب على مشكلة الترجمة

إن أغلبية الأنظمة القضائية العربية تقضي بأنه لا يحق للقاضي الوطني النظر في الأوراق والمستندات المقدمة إليه إلا إذا كانت باللغة العربية، الأمر الذي يستوجب معه ترجمة كل الوثائق إلى اللغة العربية، ترجمة رسمية مع ما ينتج عن ذلك من ضياع للوقت وإهدار للمال، إذ قد يستمر النظر في قضية ما أمام القضاء الوطني مدة تصل إلى عشر سنوات وهو ما لا يقبله المنطق، خصوصا في القضايا الهامة والحيوية والتي تتصل بمشروع تنموي للبلاد، ومن هنا كانت الحاجة ماسة إلى اللجوء للتحكيم[1].

10– حرية الأطراف في قضاء التحكيم.

من بين أسباب الأطراف لاختيارهم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، ما يتمتعون به من حرية لا تتحقق لهم في ظل القضاء الوطني، وتستمر هذه الحرية منذ لحظة الاتفاق على التحكيم ذاته، إلى حين صدور الحكم التحكيمي بل وحتى بعد صدوره، فللأطراف حرية اختيار نوع التحكيم الذي يناسبهم ويناسب نزاعهم، كما لهم أن يحددوا مكان انعقاد التحكيم ووقته، والقانون المطبق على إتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع محل التحكيم، كما أن لهم أيضا إمكانية تحديد الوقت الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل بشأن منازعتهم، وكل هذا لا يملكه الأطراف في القضاء الوطني مهما بلغت درجة نزاهته وتطوره.[2]

---

[1]– د/ أحمد القشيري، التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي– مجموعة محاضرات الموسم الثقافي– المجلد الأول، نادي مجلس الدولة المصري، 1981، ص 114 .

[2]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 27.

المطلب الثاني: مساوئ التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية

1 – صورة من صور الهيمنة

التحكيم ليس إلا آلية من آليات للنظام الرأسمالي العالمي، يستخدمها لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف، فهو وسيلة استعمارية حلت محل الجيوش، فالتحكيم مقصود به أساسا منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية، حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفا هاما في هذه العقود لتطبيق القوانين الوطنية، مع تأثر القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح بلاده الاقتصادية، مما قد يؤدي إلى تشويه تفسير هذه العقود وانحياز القضاء انحيازا يهدد مصالح المستثمر [1].

2 – التكلفة المادية

وذلك راجع إلى تصاعد رسوم التحكيم ومكافآت المحكمين في بعض مراكز التحكيم ومؤسساته، وهو ما يؤدي إلى هروب بعض المتنازعين من طريق التحكيم.

3 – عدم التحديد أو الهلامية

فيرجع إلى تعدد النصوص والأحكام الواردة في قوانين مختلف الدول، ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم المنتشرة في كافة دول العالم، فضلا عن الاتفاقيات والمواثيق الدولية في هذا الشأن، بالإضافة إلى المعاهدات الإقليمية التي تم إقرارها في مختلف التجمعات على المستوى الإقليمي في مختلف أنحاء العالم، مثل الاتفاقيات العربية أو الأوربية أو الأمريكية في مجال

[1]– د/ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2007، ص 15 .

التحكيم، وهو ما أدى إلى إعادة عرض النزاع الذي صدر فيه حكم تحكيم في احد المراكز في إطار مركز آخر، وهو ما أدى من ناحية أخرى إلى عجز الأطراف عن تحديد نوع التحكيم الذي يرغبون في إتباعه.

وتقتضي مواجهة هذا العيب، الحرص عن صياغة اتفاق التحكيم والوضوح في تحديد التفاصيل المتعلقة به، وعند اختيار المؤسسة التي يتم في إطارها[1].

4 – يمثل طعنا في قضاء الدولة

إن التحكيم إذا كان ضروريا فهو شر(في نظر البعض) لابد منه، لذلك يجب أن يظل له طابع الاستثناء ويجب أن تهيمن الدولة على تنظيم التحكيم، خاصة في الدول النامية التي تمثل الطرف الضعيف في علاقات التجارة الدولية، وإن ما يسمى بقانون التجارة الدولية وكل القواعد والأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية، أو التي تكرسها هيئات ومراكز التحكيم الدائمة هي من صنع الدول المتقدمة، بل وأسهمت وتسهم في تكوين أدبيات وفقه التحكيم وقضائه الشركات المتعددة القوميات، التي تمسك بزمام أمور التجارة الدولية وترسي ما يطلق عليه أعراف وعادات التجارة الدولية[2].

5– التحكيم يمس سيادة الدولة

عكس ما كان في الماضي أصبحت الدولة بمفهومها الجديد تتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية، وتتنافس مع الأشخاص الخاصة في القيام بهذه الأنشطة، وقد أصبح مجال التجارة

---

[1]– د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 11.

[2]– د/ محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص 15

الدولية من أهم المجالات التي تتدخل فيها الدولة حديثا، وطالما أن التحكيم هو أهم آليات التجارة الدولية، فلا مانع من خضوع الدولة لنفس النظم التي يخضع لها أشخاص القانون الخاص دون أن يشكل ذلك مساسا بسيادتها[1].

وعموما يبقى الأمل معقودا على مراكز التحكيم الدائمة والاتفاقيات الدولية والمهتمين بالتحكيم التجاري الدولي، في التغلب على العيوب التي قد تؤثر على هذا النظام بصفة عامة، وأن تحرره من التبعية لقضاء الدولة، حتى يصبح التحكيم التجاري الدولي أكثر استقلالا وفاعلية، في فض المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية بشكل عام وعقود الإنشاءات الدولية بشكل خاص، مما يؤهله لأن يتبوأ مكانة الصدارة كأفضل وسيلة لفض منازعات التجارة الدولية.

فالتحكيم التجاري الدولي هو أفضل الوسائل المتاحة حاليا لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للإنشاءات الدولية.

و بذلك يكون الباحث قد أجاب بالمستطاع على سؤال موضوع البحث.

[1]– د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 28.

UNIVERSITE SETIF2

الخاتمة

لقد أصبح التحكيم يعيش الآن أزهى وأرقى عصوره، حيث انتشر بوصفه وسيلة لفض المنازعات أكثر من أي وقت مضى، وبدا واقعا فرضته ظروف العولمة والاتجاهات الحديثة، حيث رافق تحول الدولة من دولة حارسة إلى دولة تاجرة، حيث دخلت في ميدان التجارة على الصعيدين الداخلي والخارجي، وترتب عن ذلك أن نزلت الدولة عن جزء من سيادتها وهيبتها لصالح ذلك، وأصبحت تتعامل مع أشخاص طبيعيين ومعنويين على قدم المساواة وأبرمت معهم عقودا من أجل تلبية احتياجات أفرادها المختلفة.

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

لذلك حاولت الدول المتقدمة التي يتبعها الأشخاص الخاصة الأجنبية، القيام بفرض التوازن العقدي عن طريق استخدام أدوات وأساليب مختلفة من ضمنها التحكيم، مع نظام خاص لا يمت بصلة للعقود الإدارية.

وإن خضوع العقد الإداري للانشاءات للتحكيم، ومن ثم لنظام قانوني وقضائي لا يعرف التمايز بين العقد الإداري والعقد المدني، يتطلب أن تتجرد الدولة من امتيازاتها التي تكون لها في مواجهة المتعاقد الآخر، والتي يقرها لها القضاء الإداري، ولكن بالمقابل أصبح التحكيم الآن

مطلبا من متطلبات التنمية، خاصة في الدول التي يعجز فيها رأسمالها الوطني عن تلبية حاجاتها، حيث يعد مطلبا للشركات الأجنبية لما يتسم به من سرية وبساطة إجراءاته.

ولقد تدخل المشرع بعد تردد كبير في غالبية بلاد العالم، وأجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وبالأخص للإنشاءات.

وشهدت أغلب الدول العربية تقدما كبيرا في هذا المجال، وتحولت هذه الدول كغيرها من دول العالم الثالث، من مرحلة الشك والارتياب في عمليات التحكيم إلى الإقرار به، ويظهر في التطور الذي شهدته قوانين أغلب الدول العربية والجزائر بالأخص، وإفراد بعضها قانون مستقل للتحكيم، فضلا عن انضمام غالبيتها لاتفاقيات التحكيم الدولية.

وبناء على هذا البحث تم التوصل الى بعض النتائج نعرضها كما يأتي:

- إنه ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية للإنشاءات، حيث نص المشرع الجزائري لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية اللجوء إليه، ولا يعد اللجوء إليه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري، الذي يظل الاختصاص الأصلي لحل المنازعات الإدارية.
- يقوم نظام التحكيم على الإدارة الذاتية لأطراف العلاقة العقدية، لأن هذه الأخيرة تلعب دورا هاما في الفصل في منازعات التحكيم.
- إن من أهم المشكلات التي كانت تكتنف إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، هو مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في العقود الإدارية

الدولية، منذ ظهور نظام التحكيم طريقا بديلا لفض المنازعات، حيث ظلت هذه المسألة لفترة طويلة سائدة في دول كالجزائر ومصر.

- إن العقود الإدارية الدولية للإنشاءات تجمع في طياتها شروطا حديثة لم يسبق لها وجود في العقود الإدارية، على غرار التحكيم وفق مبدأ الشرط التشريعي وثبات العقد، كما مشكلة القانون الواجب التطبيق على النزاع على خلاف العقود الوطنية، وهو ما يتنافى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري.
- أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم ترد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 منه، في شقها المتعلق بالتحكيم طريقا بديلا لحل منازعات الصفقات العمومية بالنظر للطابع الخاص لهذه العقود، على خلاف المشرع المصري والذي قام فيه القانون رقم 09 لسنة 1997م، وفي مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994م، والتي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم.
- من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فالقاضي الوطني له دور من خلال إجراءات الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، وهنا أيضا فإن المشرع الجزائري لم يحدد شروطاً صارمة لمنح الاعتراف وإصدار الأمر بالتنفيذ، فالقاضي يكتفي بمراقبة سطحية يتأكد خلالها من وجود الحكم التحكيمي.

وفيما يخص المقترحات من خلال بحثنا نقترح ما يأتي:

- ضرورة وضع قائمة يتم من خلالها تحديد عقود الدولة التي يجوز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم بشأنها، مع استبعاد العقود ذات الأثر المباشر، على الأمن القومي للدولة والتي تمس بالمصلحة العليا بها.
- يجب أن تتمسك الدولة بأن يكون التحكيم داخليا في منازعات العقود الإدارية المتعلقة بالثروات الطبيعية، إعمالاً لمبدأ سيادة الدولة، ولضمان تطبيق القانون الداخلي الذي يحكم هذه العقود، حيث أن قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص غالباً ما تقضي بذلك.
- يجب التروي وبذل عناية قصوى عند صياغة شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وذلك أن وجود بعض الثغرات في مضمونه أو في الصياغة، قد ينحرف بالتحكيم عن مساره الطبيعي.
- ضرورة بيان نوع التحكيم إن كان حرا أو مؤسسيا، فإذا اختار الأطراف التحكيم المؤسسي، فيجب عليهم الإلمام الكافي بقواعد التحكيم المعمول بها لدى المركز أو هيئة التحكيم، التي يتم الاتفاق على نظرها بالمنازعات.
- يجب على الأطراف بذل العناية القصوى عند اختيار المحكمين، مع مراعاة أن يتمتع المحكم بالخبرة والتخصص والاستقلالية والجيدة، ويجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة استعمال كافة الحقوق المكفولة لها في تحديد تشكيل هيئة التحكيم، وأن تضع الشروط والضمانات التي تراها مناسبة.

- يجب تحديد مكان التحكيم نظراً لأهمية ذلك، من حيث إن قانون المكان قد يكون هو المطبق على موضوع النزاع، وعلى إجراءات التحكيم في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة على اختيار المكان، مع ملاحظة تدخل المحاكم الوطنية في بعض المسائل لمساعدة التحكيم، وكذلك النظر في دعاوى بطلان قرارات التحكيم بعد صدروها.
- أن يتفق الأطراف صراحة على اختيار القانون الواجب التطبيق، على موضوع النزاع وعلى الإجراءات، ويفضل أن يكون قانون الدولة المتعاقدة يعمل على مراعاة مصالحها ويحفظ حقوقها.
- يتعين على جهة الإدارة أن تحترم تعهداتها، وأن تقوم بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن الهيآت التحكيمية طواعية وأن لا تحاول عرقلة تنفيذها، وأن لا تتمسك بحصانتها القضائية أو حصانتها ضد التنفيذ، لأن من شأن ذلك إفقاد الدولة مصداقيتها في تعاملاتها مع الشركات الأجنبية المستثمرة، والذي سيشكل سببا مباشراً في عزوف الشركات الأجنبية الأخرى من التعاقد، مما سيؤثر بشكل سلبي على اقتصاديات الدول.
- وأخيرا، يرجي ويستحسن إقامة مركز تحكيم وطني ويكون له امتداد إقليمي ودولي، للمساهمة في نشر ثقافة التحكيم ومتابعة كل مستجداتها، لما سيمنحه من إعطاء وزن وتأثير في الفصل في مختلف المنازعات التي من اختصاصه، بما فيها عقود الانشاءات الدولية، وكذا حماية للدولة من فرض رؤية الشركات العالمية الكبرى على حساب المصالح الداخلية للدولة.

تمت بحمد الله

UNIVERSITE SETIF2

قائمة المراجع

المـــراجـــع

أولا: المراجع والمصادر باللغة العربية

أ- الكتب القانونية المتخصصة:

1- إبـراهيم أحمـد إبـراهيم، التحكـيم الـدولي الخـاص، دار النهضـة العربيـة- الطبعـة الرابعـة، مصر،2005.

2- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1981.

3- أبو زيد رضوان، التحكيم بالقضاء والصلح، منشاة المعارف، مصر ، 1965.

4- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري- الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، مصر، سنة 1988.

5- أحمد أبو الوفا، التحكيم في قوانين البلاد العربية، منشأة المعارف- الطبعة الأولى، مصر، بدون سنة طبع.

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

7- أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة، الجزائر، 2005.

8- أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

9- احمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دون ناشر ودون تاريخ نشر.

10- أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر،2001.

11- أحمد عبد العالي أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، دون دار نشر، 2003.

12- أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي- مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001.

13- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

14- أحمد يوسف خلاوي، أنواع التحكيم، بدون دار نشر وسنة طبع.

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

16- أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

17- البطانية عامر فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

18- أودلف رييولط، المسطرة المدنية في شروح المعهد الوطني للدراسات القضائية، وزارة العدل، المملكة المغربية، سنة 1990.

19- باسمة لطفي باديس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2005.

20- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة والقانون الدولي- الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2010.

21- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006.

22- جورجي شفيق ساري، مدى جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1999م.

23- جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002.

24- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية- دراسة مقارنة، دار النهضة، مصر، سنة 1997م.

25- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 1995م.

26- حسان نوفل، التحكيم في المنازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010.

27- حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية"، دار المطبوعات الجديدة، مصر، سنة 2001م.

28- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2007م.

29- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996.

30- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007.

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

32- حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001.

33- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، مصر، سنة 1998م.

34- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ج1، لبنان، 2007.

35- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، مصر، سنة 2002.

36- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمانات القانونية- الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006.

37- سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقد، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1990م.

38- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1984م.

39- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1998م

40- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2000.

41- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ، مصر، سنة 2004.

42- سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية- النظرية المعاصرة-الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، سنة 2007.

43- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2003.

44- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1988.

45- سليمان الثماري، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر ، 2005.

46- سلطان راشد العاطفي، الفرق بين التحكيم والوسائل الأخرى في حسم المنازعات والتجربة الكويتية في التحكيم ، بدون ناشر وسنة نشر.

47- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول، منشأة المعارف، مصر، سنة 2004.

48- شاكر العبسي، التحكيم التجاري الدولي، ابن الين للطباعة والنشر، اليمن، سنة 2000.

49- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية- دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008.

50- عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية"، مطبعة الإيمان، جامعة عين الشمس، مصر، سنة 2001 م.

51- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم-التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، مصر، سنة 1998.

52- عبد الحميد الأحدب، التحكيم- أحكامه ومصادره- الجزء الأول، بدون ناشر وسنة نشر.

53- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع، منشأة المعارف، مصر، سنة 2003م.

54- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، الجزائر، 2009.

55- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، مصر، سنة 2006.

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

57- عبد الهادي عباش، التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن ، دار الأنصار، سوريا، سنة 1995م.

58- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي- الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1990.

59- عزيزة الشرف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1992.

60- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في عقود الإستثمار، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993م.

61- عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993م.

62- عصام أحمد البهجي، التحكيم في العقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة ، مصر، سنة 2008.

63- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2003.

64- عكاشة عبد العال، تنازع القوانين- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2007م.

65- د.عكاشة عبد العال و مصطفى محمد الجمال، التحكيم في العلاقات العامة الدولية والداخلية- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 1998.

66- علاء محي الدين أبو أحمد، مناعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008.

67- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008.

68- علي الدين زيدان ومحمد السيد احمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري- الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، مصر،سنة 2002.

69- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2005.

70- عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993.

71- غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي – نموذج العقد النفطي- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008.

72- فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993.

73- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر ، سنة 2007م.

74- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1997.

75- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات- ط2، دار الهومة، الجزائر،سنة 2006.

76- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة، منشأة المعارف، مصر، سنة 2001.

77- قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، دار منشأة المعارف، مصر، سنة 2004.

78- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2009.

79- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي- دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

80- محمد الصالح فنيش، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها- القرار الإداري، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة نشر.

81- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، سنة 2005.

82- محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات العربية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، السعودية، سنة 1420هـ الموافق ل 1999م.

83- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2006.

84- محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعة، الأردن، سنة 1999.

85- محمد سعد رحاحلة، ايناس الخالدي، دليل إجراءات التحكيم في عقود الفيديك، دار الحامد، الطبعة الأولى، عمان، 2012.

86- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2006.

87- محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، بدون ناشر، سنة 1976.

88- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية ، دون ناشر، سنة 2000.

89- محمد علي عريضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم ، منشأة المعارف، مصر، 2008.

90- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، مصر، سنة 2008.

91- محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثامنة، دون سنة ودار نشر.

92- محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001.

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

94- محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، سنة 1960.

95- محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1999.

96- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1998.

97- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2007.

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

99- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1990.

100- مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

101- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

102- معاشو عمار، النظام القانون لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، سنة 1989.

103- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

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

105- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، مصر، سنة 2005م.

106- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مصر، سنة 1997.

107- منير عبد المجيد، التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1995م.

108- نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002.

109- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون (27) لسنة 1994، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996.

110- نجلاء حسين سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002.

111- نجلاء حسين سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، مصر، سنة 2004.

112- هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسورتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1999.

113- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008.

114- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية- دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي، منشأة المعارف، مصر، سنة 1995م.

115- وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2009.

116-يسري العصّار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002م.

117-يسري العصّار، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت، بدون ناشر وسنة نشر.

118- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.

ب-الرسائل الجامعية(أطروحات الدكتوراه):

1- أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر، سنة 2001م.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس- مصر، سنة 2004.

3- باسمة لطفي الدبّاس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة- مصر، سنة 2005.

4- حمزة أحمد حداد، العقوبة النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر، سنة 1997.

5- رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر، سنة 2001.

6- عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس- مصر، سنة 2001.

7- عاطف محمد راشد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، أطروحة دكتوراه، جامعة المنوفية- مصر، سنة 1995.

8- عوض الله شيبة الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، اطروحة دكتوراه ، جامعة أسيوط- مصر،1992 سنة.

9- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس- مصر، سنة 2004م.

10- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر ، سنة 2000.

11- محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان- مصر، سنة 2000م.

12- معاشو عمار، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 1993.

13- ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط- مصر، سنة 2006.

14- نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم الإداري في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر، سنة 2002.

15- يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه ، جامعة الزقازيق- مصر، سنة1989.

ج-الدراسات العلمية المتخصصة:

1- إبراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات العقود الإدارية، مقال منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة المصرية، العدد الثاني، لسنة 1997.

2- أحمد شرف الدين ، مقالة عن حزمة عقود البوت وتسوية منازعاتها، مجلة التحكيم العربي، مصر، سنة2001.

3- د/ أكثم الخولي، وجهة نظر قانونية في حكمي مجلس الشورى في شأن الخليوي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، سنة 2003م.

4- أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998.

5- بو صنبورة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2006.

6- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار- القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني ، جامعة الإسكندرية- مصر، سنة 1999.

7- جمال نصار، عقد التشييد في المشروعات بنظام البوت، مقالة منشورة بمجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، مصر، أكتوبر 2000.

8- رضا السيد عبد الحميد، بحث بعنوان أنواع التحكيم، ، كلية الحقوق-جامعة عين شمس- مصر، مجلة مركز التحكيم التجاري الدولي ، سنة 2002.

9- سامي بديع منصور، نظرة في التحكيم الدولي، بحث منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السابع عشر، سنة 2001م.

10- طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات التحكيم، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية- مصر، العدد الثاني، سنة 1961.

11- عامر بورورو، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا التونسية – عدد خاص – الطرق البديلة لحل النزاعات(الصلح والوساطة والتحكيم)، جوان 2008.

12- عبد الحميد الأحدب، وجهة نظر قانونية في حكمي مجلس الشوري في شأن الخليوي، مقالة منشورة في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، سنة 2003.

13- عبد الحميد الأحدب، المشرع اللبناني يعدل قانون التحكيم بعد أن أبطل مجلس الشورى الشرط التحكيمي في عقدي الخلوي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد السادس، مصر، 2003.

14- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الإستثمار، بحث منشور بمجلة التحكيم والقانون، مجلة مركز زاد عادل الخير للقانون والتحكيم- مصر، الجزء 2، عدد 3، سنة 1997.

15- الزين عزري، الأعمال الإدارية ومنازعتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع- الجزائر، 2010

16- محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود "بمناسبة قرار التحكيم في قضية شركة كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساسو عبر البحار ضد الحكومة الليبية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الرابعة، 1980م.

17- محمد يوسف علوان، تسوية منازعات العقود الإقتصادية الدولية، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين، ملحق رقم:1- الأردن، 1977.

18- محمود سمير الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، مصر،2000 م.

19- محمود فتوح عثمان، التحكيم الإجباري لمنازعات الحكومة والقطاع العام، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول – مصر، سنة 1987.

20- محيي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، سلسة إصدارات المركز اليمني للتحكيم والتوفيق، الطبعة الأولى، مصر، سنة 2003م.

د- مداخلات علمية:

1- أكثم الخولي، أخلاقيات التحكيم، مؤتمر مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط – القاهرة، يناير 1989.

2- عبد الحميد الأحدب، تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الدولي والوسائل السليمة الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية، في الفترة من 8 إلى 12 ابريل 1997.

3- محمد شريف الناظر، مؤتمر عقد المقاولة وقانونه الحاكم- البحث عن التوازن، نموذج الفيديك في ضوء القانون المصري، دورية مركز القاهرة للتحكيم الاقليمي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، سنة 2008.

4-محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، ندوة عقد المقاولة التي نظمها مركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة، يناير 1993.

5- نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه

مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28-30 أبريل 2008م.

6- وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي(أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية)، المؤتمر العلمي السنوي السادس للتحكيم التجاري الدولي الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28-30 ابريل 2008 م.

هـ- دورات تدريبية علمية:

1- أحمد المصيلحي، دورة تدريبية في أساسيات ومبادئ التحكيم الدولي، نقابة المحامين - جمهورية مصر العربية، سنة2007.

2- إبراهيم أحمد إبراهيم، دورة تدريبية في أساسيات ومبادئ التحكيم الدولي، نقابة المحامين - جمهورية مصر العربية ، سنة 2007.

3- إبراهيم أحمد إبراهيم، تشريعات التحكيم الحديثة في العالم العربي، الدورة التاسعة لتأهيل المحكمين العرب بعنوان "التطورات العالمية المعاصرة في التحكيم"، دورية الغرفة العربية للتوفيق- القاهرة ، أبريل 2008.

4- سميحة القليوبي، مدى جدوى تطبيق القانون في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، الدورة التمهيدية لإعداد المحكم، مركز تحكيم إتحاد المحامين الدولي في القاهرة في الفقرة من 25 إلى 2002/9/29م.

5- محسن شفيق، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، دورة علمية بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي يوم 1999/11/5، دورية التحكيم لسنة 1999، مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

6- محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في المنازعات الإدارية، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس للتحكيم في الفترة من 2008/11/18 إلى 2008/11/15، دورية حقوق عين شمس للتحكيم، سنة 2008.

و- مقالات الكترونية:

1- فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية – مصر، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، تاريخ الزيارة 4 فيفري2013

http://www.tashreaat.com/view-studuies2.asp?id=540&std=83

2- عائض المري، الفرق بين التحكيم التجاري والالكتروني والرقمي، موقع الدكتور عائض المري للدراسات والاستشارات القانونية- الكويت، تاريخ الزيارة سنة 2008.

3- علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته، الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي http://isegs.com/fourum/archive/index.php?t-406.htm.، تاريخ الزيارة 2 افريل2014

4- محمد السعودي أحمد تقي الدين، الفيديك الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث منشور بموقع شبكة المعلومات العربية القانونية، بتاريخ 2007/7/16، تاريخ الزيارة 3 مارس 2012.

5- محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، بحث منشور بموقع شبكة المعلومات العربية القانونية، بتاريخ 2005/5/17، www.molousaalamontada.net تاريخ الزيارة 26 /2010/04

ثانيا- القوانين و المراسيم :

أ- **القوانين والمراسيم الجزائرية :**

1- القانون العضوي 01/98 الخاص بمجلس الدولة الجزائري ، المؤرخ في 1998/5/30 الذي يحدد إختصاص مجلس الدولة الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 37، بتاريخ 1 يونيو 1998م ،الموافق ل 6 صفر 1419 هـ.

2- القانون 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الصادر بتاريخ 2004/04/23، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21.

3- الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، بتاريخ 27 يونيو 1967.

4- الأمر 09/74 المؤرخ في 1974/01/30 المتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 13، بتاريخ 12 فبراير 1974 .

5- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21، المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، جريدة رسمية عدد 7، بتاريخ 15 فبراير 1995.

6- الأمر رقم 05/95 المؤرخ في 1995/01/21، المتضمن المصادقة على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، جريدة رسمية عدد 7، بتاريخ 15 فبراير 1995.

7- المرسوم الرئاسي رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10، المتضمن المتعامل العمومي، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 1982/04/13

8- المرسوم الرئاسي رقم 233/88 في 1988/11/05، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية نيويورك المؤرخة في 1985/06/10، جريدة رسمية عدد48، بتاريخ 23 نوفمبر1988.

9- المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في المؤرخ في 1990/12/22 ، المتضمن المصادقة على الإتفاقية بين دول إتحاد المغرب العربي، من أجل ترقية وضمان الإستثمارات، جريدة رسمية عدد6، المؤرخة بتاريخ6 فبراير 1991 .

10- المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 1991/10/06، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر وبلجيكا ولكسمبورغ في مجال تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، جريدة رسمية عدد46، بتاريخ 6 اكتوبر 1991.

11- المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 1991/10/05، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر وإيطاليا لحماية وتشجيع الاستثمارات، جريدة رسمية عدد46، بتاريخ 6 أكتوبر 1991.

12- المرسوم الرئاسي رقم 01/94 المؤرخ في 1994/01/02، المتضمن حماية الاستثمارات المتبادلة بين الجزائر وفرنسا،جريدة رسمية عدد 01، بتاريخ 2 يناير 1994.

13- المرسوم الرئاسي رقم 328/94 المؤرخ في 1994/10/22، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر ورمانيا لتشجيع وحماية الاستثمارات، جريدة رسمية عدد 69، بتاريخ 26 أكتوبر 1994.

14- المرسوم التشريعي 09/93، المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 27، مؤرخة في 27 ابريل 1993.

ب-القوانين والمراسيم الأجنبية:

1- قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

2- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 ، والذي عدل بموجب القانون رقم (13) لسنة 2004 ، نشر في الجريدة الرسمية في العدد (17)، إبريل سنة 2004م.

3- القانون المصري رقم (9) لسنة 1997، المنشور بالجريدة الرسمية في 1997/05/15، العدد (20) المتضمن قانون التحكيم.

4- قانون تشجيع الاستثمار الأردني (16) لسنة 1995 ، منشور بالجريدة الرسمية العدد (4075)، الصادر بتاريخ 1995/10/16، وعدل بالقانون رقم (13) لسنة 2000 المنشور الجريدة الرسمية في العدد (4423) بتاريخ 2000/4/2.

5- قانون الاستثمار اللبناني رقم (36) الصادر بتاريخ 2001/8/16 ، منشور في الجريدة الرسمية العدد (41)، بتاريخ 18/8/ 2001.

6- القانون رقم 440/02 الخاص بالتحكيم، الصادر بتاريخ 29 يوليو 2002، الجريدة الرسمية اللبنانية، العدد (43)، مؤرخة في 2002/08/01.

7- قانون الخبرة الكويتي لسنة 80 المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1995.

8- نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (46/2) تاريخ 1403/07/12هـ.

9- قواعد الأونسترال للتوفيق، الأمم المتحدة، نيويورك 2001.

10- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965.

11- عقد الفيديك، الطبعة الثانية للترجمة العربية لعقد الفيديك، الصادرة عن مكتب الشلقاوي للاستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة- مصر، سنة 1993.

ثالثا-أحكام قضائية وتحكيمية:

أ- أحكام قضائية:

1- قرار رقم 34776 صادر بتاريخ 1985/03/23، المجلة القضائية عدد 04، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1989.

2- حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1986/05/18 بالدعوى رقم (486)، لسنة 39 قضائية، أحكام القضاء الإداري المصري سنة 1986، المشار إليه بالموقع الالكتروني https://books.google.dz/books

3- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية -17 ديسمبر 1994- القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية بجلسة 1994/12/07، أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية لسنة 1994، منشور بالجريدة الرسمية المصرية سنة 1994، ، المشار إليه بالموقع الالكتروني

https://books.google.dz/books

4- حكم استئناف القاهرة، الدائرة (61) تجاري، الصادر في 1999/02/19، القضية رقم (26)، السنة 114 قضائية، دوريات استئناف أحكام المحاكم المصرية سنة 1999، المشار اليه بمركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات http://www.aiacadrs.com ، تاريخ الزيارة 05 مارس 2011.

ب-أحكام تحكيمية:

1- القضية التحكيمية (مصر) رقم (382) لسنة 2004م، جلسة 2006/03/07م، مجلة التحكيم العربي، مصر، 2006

2- القضية التحكيمية رقم (394) لسنة 2004، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع،، مصر، أغسطس 2006.

3- الدعوى التحكيمية رقم (95) لسنة 1997م أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، جلسة 1998/03/12، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مصر، ماي 1999.

رابعا -المراجع والمصادر الأجنبية:

1-OUVRAGES:

1- Berlin Dominique : Contrat d'Etat, Edition Dalloz, 2ème Année , 15 avril 1998.

2- George Vedel & Delvolve, Droit administrative , Edition Presse Universitaires De France , 1992

3- Jarrosson Charle, la notion d'arbitrage, paris ,L.G.D.J, 1978.

4- René David, L'arbitrage dans le commerce international, édition Economica, Paris, 1982.
5- Terki Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999.
6- V-Colliard, Institutions des relations Internationales, Edition Dalloz, 7edition, Paris 1978.

2-ARTICLES :

1-Conseil d Etat , Avis du 6 mars 1986, Revue-arbitrage, 1992.

2-Leben Charle, L'évolution de la notion de contrat d'Etat, les Etats dans le contentieux économique international, Paris, 24 janvier 2003, comité français de l'arbitrage, N° 3, éditions LITEC, 2003

3-Philipe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Coldman , « Traité de l'arbitrage commercial international », Revue-arbitrage, n °4, 1995.

4-The American Journal Of International law , Vol.47 , 1953

خامسا: المواقع الالكترونية

1-https://www.joradp.dz ،تاريخ الزيارة 2018/12/10

2-https://iccwbo.org ،تاريخ الزيارة 2016/02/25

3-https://www.icsidlawyers.com ،تاريخ الزيارة 2017/11/15

4-https://ar.wikipedia.org/w/index. ،تاريخ الزيارة 2018/03/19

5-https://elmouhami.com ،تاريخ الزيارة 2017/10/05

UNIVERSITE SETIF2

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
المقدمة	01
الباب الأول: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	13
الفصل الأول: مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	15
المبحث الأول: ماهية العقد الإداري وأنواعه	17
المطلب الأول: ماهية العقد الإداري	17
الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي	17
الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإداري	18
الفرع الثالث: التعريف القضائي للعقد الإداري	18
المطلب الثاني: أنواع العقد الإداري من حيث طبيعة النشاط	19
الفرع الأول: عقد الأشغال العامة	20
الفرع الثاني: عقد التوريد	20
الفرع الثالث: عقد تقديم الخدمات وعقد الدراسات	20
المطلب الثالث: تمييز العقد الإداري من حيث التصرفات القانونية	21
الفرع الأول: العقد الإداري والعقد الشرطي	21
الفرع الثاني: العقد الإداري والعقد المدني	21
الفرع الثالث: العقد الإداري والقرار الإداري	22
المبحث الثاني: مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية	25
المطلب الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية	26
الفرع الأول: موقف الفقه من التحكيم في منازعات العقود الإدارية	27
الفرع الثاني: موقف القضاء	32
الفرع الثالث: موقف التشريع	36
المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقود الإدارية	42
الفرع الأول: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية	43

الفرع الثاني: موقف القضاء المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية	44
الفرع الثالث: موقف التشريع	46
المبحث الثالث: مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي	48
المطلب الأول: ماهية العقد الإداري الدولي ومبررات التحكيم في منازعاته	50
الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري ذي الطابع الدولي	50
الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي	56
المطلب الثاني: موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي	60
الفرع الأول موقف قضاء الدولة النظامي من التحكيم	60
الفرع الثاني: موقف قضاء التحكيم من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي	63
المطلب الثالث: موقف التشريعات من جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي	64
الفرع الأول: التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي	64
الفرع الثاني: موقف الاتفاقات والمعاهدات الدولية	74
الفصل الثاني: أثر التحكيم على نظرية العقود الإدارية	83
المبحث الأول: التحكيم وحصانة الدولة القضائية	84
المطلب الأول: الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم	85
الفرع الأول: وجود الحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم	85
الفرع الثاني: عدم وجود الحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم	86
المطلب الثاني: دفع الدولة بحصانتها القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية	87

المبحث الثاني: التحكيم والقانون الواجب التطبيق	89
المطلب الأول: الاختيار الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق(قانون الإرادة)	90
الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه.	91
الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق	94
الفرع الثالث: مدى إمكانية استبعاد المحكم للقانون المختار صراحة أو بطريقة ضمنية مؤكدة	97
المطلب الثاني: اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه في حال سكوت الأطراف عن اختياره	101
الفرع الأول: اختيار المحكم للقانون الأكثر صلة بالنزاع.	101
الفرع الثاني: اختيار المحكم للقانون عن طريق قواعد التنازع	103
المبحث الثالث: التحكيم وقواعد القانون الإداري	104
المطلب الأول: التحكيم والخصائص الذاتية للعقود الإدارية	105
الفرع الأول: سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها	105
الفرع الثاني: فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد	106
الفرع الثالث: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة	106
الفرع الرابع: حق الإدارة في إنهاء عقودها في أي وقت كلما تطلبت المصلحة ذلك	107
الفرع الخامس: قاعدة عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ	108
الفرع السادس: نظرية التوازن المالي في العقد الإداري	108
المطلب الثاني: سلطة المحكم في تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها	109
الباب الثاني: إبرام عقود الإنشاءات الدولية ووسائل تسوية المنازعات الناتجة عنها	113

الفصل الأول: إبرام عقد الإنشاءات الدولي وآثاره	115
المبحث الأول: عقود الدولة	118
المطلب الأول: تأصيل مفهوم عقود الدولة	118
المطلب الثاني: مفهوم عقود الدولة	119
الفرع الأول: المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة	119
الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقود الدولة	121
المبحث الثاني: إبرام عقد الإنشاءات الدولي	123
المطلب الأول: كيفية اختيار المتعاقد	123
الفرع الأول: أطراف العقد الإنشاءات الدولي	124
الفرع الثاني: كيفية اختيار المتعاقد	131
المطلب الثاني: المفاوضات في المرحلة قبل التعاقدية والمسؤولية المتعلقة بها	138
المطلب الثالث: الصيغ المختلفة لإبرام العقود الدولية	141
الفرع الأول: صيغة عقد تسليم المفتاح	149
الفرع الثاني: صيغة المشروع المشترك	152
الفرع الثالث: صيغة العقود المنفصلة	153
الفرع الرابع: صيغة الكونسورتيوم	154
المبحث الثاني: آثار عقود الإنشاءات الدولية	156
المطلب الأول: التزامات المتعاقد مع رب العمل وحقوقه	156
الفرع الأول: التزامات المتعاقد مع رب العمل	156
الفرع الثاني: حقوق المقاول في مواجهة رب العمل	166
المطلب الثاني: التزامات رب العمل (الإدارة) في عقد الإنشاءات الدولي وحقوقها	169
الفرع الأول: التزامات رب العمل	169
الفرع الثاني: حقوق رب العمل	175

الفصل الثاني: تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية	178
المبحث الأول: الوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الإنشاءات الدولية	180
المطلب الأول: التفاوض Négociation	183
المطلب الثاني: الوساطة والمصالحة Médiation et conciliation	187
المطلب الثالث: المحاكمات المصغرة والإجراءات أمام حكم	191
الفرع الأول : المحكمة المصغرة Mini trial	191
الفرع الثاني: الإجراءات أمام حكم	193
المبحث الثاني: آليات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية	194
المطلب الأول: دور المهندس الإستشاري في فض منازعات عقود الإنشاءات الدولية وفقا لنظام الفيديك	197
الفرع الأول: الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين الفيديك – FIDIC–	197
الفرع الثاني: تدخل المهندس الاستشاري في إطار الشرط 67 من عقد الفيديك	207
الفرع الثالث: تقييم دور المهندس الاستشاري وفقا للشرط 67 من شروط الفيديك	212
الفرع الرابع: التحكيم وفقا لملحق الطبعة الرابعة المعدلة من عقود الفيديك لسنة 1996	214
المطلب الثاني: دور التحكيم في فض منازعات عقود الإنشاءات الدولية	221
الفرع الأول: شروط قبول الدعوى التحكيمية.	221
الفرع الثاني: خصوصية التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية	223
الفرع الثالث: صدور حكم التحكيم	230
المبحث الثالث: الخصومة التحكيمية وقراراتها في القانون الجزائري	231

المطلب الأول: الخصومة التحكيمية	232
الفرع الأول: كيفية تعيين المحكمين	232
الفرع الثاني: استبدال ورد المحكمين	236
الفرع الثالث: المحكمة المختصة بالمنازعات الناتجة عن تشكيل محكمة التحكيم	240
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق	241
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الوسائل الإجرائية	241
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	243
المطلب الثالث: القرارات التحكيمية	244
الفرع الأول: شروط إصدار الحكم التحكيمي وآثاره	245
الفرع الثاني: إصدار الحكم التحكيمي في العقد الإداري	252
الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن صدور حكم التحكيم في العقود الدولية	253
المطلب الرابع: طرق الطعن في القرار التحكيمي في العقود الإدارية الدولية	256
الفرع الأول: الطعن ضد الأحكام التحكيمية في العقود الإدارية الدولية الصادرة في الخارج	257
الفرع الثاني: الطعن في أحكام التحكيم الإداري الدولي الصادرة في الجزائر	266
المبحث الرابع: تقييم دور التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية	284
المطلب الأول: تقويم مزايا التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية	284
المطلب الثاني: تقويم مساوئ التحكيم في عقود لإنشاءات الدولية	290
الخاتمة	293
قائمة المراجع	298

UNIVERSITE SETIF2

الملخص

هذه الدراسة المتواضعة لها أهمية كبيرة كونها تتطرق لمنازعات الاستثمار الأجنبية وبالاخص عقود الانشاءات الدولية، وما يترتب عنها من بروز لنزاعات قانونية اقتصادية على المستوى الدولي، لتعارض مصالح الدول وبالأخص النامية والمنجز على إقليمها هذه المنشاة الضخمة فنيا وماليا وعلميا، مع مصالح الشركات المتخصصة في مجال الإنشاءات وبالخصوص الشركات العملاقة الدولية والمتعددة الجنسيات، وما يثيره ذلك من تنازع للقوانين لاختلاف المصالح المالية الربحية مع تمسك الدول بحصانتها، وحقها في التصرف في هذه العقود بصفتها دول صاحبة سيادة وصاحبة امتياز، مع الاجابة على اشكالية هل التحكيم يعتبر وسيلة مُثلى من بين الوسائل الودية الاخرى لحسم مثل تلك المنازعات، خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود.

ومراعاة للميزات التقنية للتحكيم فان غالبية العقود الخاصة بإنشاء المنشات الاقتصادية والحيوية للدول والتي يستغرق تنفيذها وقت طويل ما قد يتسبب في وجود بعض المنازعات، ما يشجع أطرافها تفضيل التحكيم لتسويتها، وذلك لتميزه بالعديد من المميزات التي تجعل الأطراف يفضلونه رغم تعارض الآراء بشأنه بين موقف مؤيد وموقف معارض له في هذا المجال، فأصبح يشكل موقعاً هاما بين وسائل فض منازعات عقود التجارة والاستثمارات الدولية عموماً وعقود مقاولات الإنشاءات الدولية بشكل خاص، إلى أن صار جزءا أساسيا في هذا النوع من العقود حيث لا يكاد يخلو أي عقد من شرط التحكيم، مع وجود وسائل بديلة تسهم بشكل كبير في حسم المنازعات تعتمد على التوفيق والوساطة والمفاوضات الثنائية، إلا أنه ما يزال هو أساس فض المنازعات.

الكلمات المفتاحية:

العقود الإدارية، عقود الدولة وخصوصيتها، سلطان الإرادة في التحكيم في العقود الداخلية والدولية، عقود الإنشاءات الدولية وأنواعها،عقود الفيديك، أنواع العقود الاستثمارية ، التحكيم التجاري، التحكيم في عقود الفيديك، الوسائل البديلة الأخرى كالمصالحة والوساطة؟

SUMMARY

This small study has it's huge importance relatively to the foreign investigations conflicts mainly at the level of contract regarding international constructions,such issues an emergence of the economical and legislative conflicts at the international level,while it disagrees with the States interests especially developing ones such built on it's territory that huge construction artistically financially and scientifically, together with states interests that specializes on the construction field especially huge international and multinational companies,and what it raises of conflicts to the laws for the financial beneficial interests diversity whilst countries hold on them immunity and them right of managing those contracts as privileged and sovereign countries.

In accordance with the reply to the issue if the arbitration it represents an ideal way among other means to resolve such disputes moving out than the general origin on the administrative jurisdiction field into consideration to those contracts conflicts,and considering arbitration technical features majority of contracts relative to the economical and vital installations of states while it depends long duration while it issues some conflicts,and it motivates them partners to prefer arbitration in

order arrangement.and that specified by many characteristics such make partners prefer it despite of several opinions on that field among supporters and opposers.

It became an important site among means of conflicts resolution regarding commercial contracts generally to the international investigations and specifically to the contracts of the international installations contracting

Until it becomes principal part of that type of contracts such basics totally on the arbitration condition, in the other side there is alternative means that contributes hugely to restruct conflicts while it base on concilitation,meditation and bilateral negotioations.while it remains the main thing in conflicts restruction.

Key words: Administrative contracts, governmental contracts with privacy represents an authority regulation for arbitration regarding interior and international contracts,international installations contracts and its types,F.I.D.I.C contracts,kinds of the investigative contracts,arbitration within fidic contracts, other alternative means as reconciliation and meditation.