الفصل الأول :النظام القانوني لإتفاق التحكيم في عقود الإدارية الدولية

المبحث الأول : ماهية العقد الإداري الدولي

المبحث الثاني : مشروعية الإتفاق على التحكيم في عقود الإدارة الدولية 32

الفصل الثاني :الخصومة التحكيمية في العقودالإدارية الدولية

(على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

المبحث الأول : سير الخصومة التحكيمية

المبحث الثاني :صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه

تمهيد :

تثير العقود الإدارية ذات الطابع الدولي العديد من الصعوبات بالنّظر إلى التفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة ، لكونها مبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين شخص أجنبي ، فالأولى هي شخص من أشخاص القانون العام ومن ثم فهي تتمتع بإمتيازات إستثنائية

وسيادية لا يتمتع بها المتعاقد معها والذي يعد من أشخاص القانون الخاص .

وإنالتفاوت الموجود في المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية الدولية يضفي عليها نوعية خاصة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى التي تبرم في إطار العلاقات التجارية الدولية الأمر الذي جعل الفقه يذهب إلى القول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي إخضاعها إلى نظام مختلف، وأيضا لعلاقة هذا النوع من العقود بالقانون الدولي الخاص، وكذا القانون الدولي العام .

إنالأمر في مثل هذه العقود لا يقف عند مسألة التفاوت في المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية، بل يتعداه للتفاوت في المراكز بالنسبة لهذه الأطراف من النّاحية الإقتصادية، وهو مالا يجعلها تقف على قدم المساوة، فالدولة بالرغم مما تتمتع به من سيادة غير أنها في أغلب الأحيان توجد في مركز إقتصادي أضعف من المركز الذي تتمتع به الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، الشيئ الذي يدفع بهذه الدول للتشبث بإخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين هذه الأخيرة لقضائها وقانونها الداخلي خشية منها لأن تكون لقمة صائغة أمام التفوق الإقتصادي لهذه الأخيرة ، بينما يعمل الطرف الأجنبي على إبعاد هذا العقد من القانون العام ، ليتمكن من الوقوف على قدم المساواة مع جهة الإدارة.

وبالرغم من الإعتراضات التي واجهت التحكيم في العقود الإدارية ، إلاّ أن التغيرات والتطورات الإقتصادية والإجتماعية جعل اللجوء للتحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي حتمية لفض مثل هذه المنازعات ، لأجل ما تستلزمه خططها التنموية كسياسة من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية ، بإتاحة وتهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والإقتصادية ،وسنتناول هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول :ماهية العقد الإداري الدولي .

المبحث الثاني :إمكانية اللجوء لإتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

لموضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية أهمية بالغة نظرا لما تتضمنه هذه الأخيرة من شروط غير مألوفة في القانون الخاص وبالنظر لهذه الخصوصية فإن إدراج شرط التحكيم سيكسبها طابعا خاصا ، وهو ما أدى لإختلاف الفقه في إجازة إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود بالنظر لما سيترتب عليه من أثار.

وعليه سنقوم في هذا المبحث بإبراز مفهوم العقد الاداري الدولي ، طرق إبرامه وكذا الأثار المترتبة عليه.

المطلب الأول : مفهوم العقد الإداري الدولي

تعد العقود الإدارية الدولية من الظواهر القانونية المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات التعاقدية الدولية ، وبالرغم من حداثة مشكلة العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجانب تاريخيا إلاّ أن الفقه قد إهتم بها إهتماما كبيرا ، وخاصة الفقه الغربي، على عكس دول العالم الثالث بصفة عامة .

وبما أن هذا النوع من العقود له خصوصية تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى فإن الأمر يتطلب الإلمام بماهيته وطرق إبرامه ، وعليه سنتناوله النحو التالي :

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي

عرفه الأستاذ Mc Nair " العقد الإداري الدولي " بأنه : "عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب أخر ، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الداخلية مثل شرط الإعفاء الضريبي ، شرط الإعفاء الجمركي ، ويخضع هذا في بعض جوانبه للقانون العام ، وفي بعض جوانبه للقانون الخاص "[1].

[1] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة، مصر، 2008 ، ص 64

كما عرفه الفقيه "PiéreRégli " بأنه "عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو إعتباري من جهة أخرى ، وتتعلق هذه العقود بإستثمارات ضخمة ، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة ."[1]

وقد عرفه كذالك الدكتور عبد الحكيم مصطفى بأنها "عقود تبرم بين دولة من ناحية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص أجنبي ، يكون موضوعها إمإستغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل."[2]

وعرفها الدكتور محمد عبد العزيز بكر بأنها " العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي ، بغرض إنشإ إلتزامات تعاقدية ، قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها ." [3]

بعد استعراضنا للتعريفات السابقة نتعرض لإبراز الشروط الواجبة التوافر في العقد ليكتسب الصفة الإدارية والدولية وذلك على النحو التالي :

أولا :الشروط الواجبة التوافر لإكتساب العقد الصفة الإدارية :

يمكننا تقسيم هذه الشروط إلى شروط شكلية وشروط موضوعية ، على النحو التالي :

أ –الشروط الشكلية الواجبة التوافر لإكتساب العقد الصفة الإدارية :

والمقصود بها أن يكون أحد أطراف العقد الدولة[4]، ولقد ثار مفهوم الدولة جدلا فقهيا كبيرا وانقسم الفقه حول مفهوم الدولة في العقد الإداري ، فمنهم من رأى أنها تقتصر على العقود المبرمة من طرف الدولة عن طريق ممثليه فقط ، في حين ذهب إتجاه آخر أنها تشمل العقود المبرمة من طرف الأجهزة التابعة لها .

ـ الدولة كطرف في العقود الإدارية الدولية :

لا يثير تحديد الدولة كطرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية أية صعوبة إذا أبرمت العقد بواسطة من يمثلها (رئيس الدولة ،رئيس الوزرإ، أحد الوزرإ) لكن الصعوبة تظهر

---

[1] . علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، مرجع سابق، ص 65

[2] . المرجع نفسه ، ص 65

[3] . المرجع نفسه ، ص65

[4]–Nadine Poulet– GibotLeclerc , Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal, Paris, 3 éme édition, 2007 ,P130

إذا كان الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ليس هو الدولة وإنما جهاز تابع لها ،وهنا يثار التساؤل هل إصطلاح عقود الدولة يتسع ليشمل هذا النوع من العقود أم لا ؟ وللإجابة على هذا التساؤل ظهر إتجاهين :إتجاه مضيق لنطاق عقود الدولة وإتجاه آخر موسع له ، نتناولهما كما يلي :

الإتجاه المضيق لعقود الدولة:

وفق هذا الإتجاه فإن مصطلح عقود الدولة ، يقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها،ووفق هذا الإتجاه عقود الدولة هي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف أجنبي ، أماّ العقودا التي يتم إبرامها من قبل الأجهزة التابعة لها فهي من قبيل عقود التجارة الدولية ومن ثم فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.[1]

. الإتجاه الموسع لعقود الدولة:

وفق هذا الإتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يشمل علاوة على العقودالتي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها ، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها[2] ، من أجل تأييد وجهة النظر الموسعة لعقود الدولة ، إستند جانب من الفقه إلى نص المادة35 من إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الإستثماروالتي تنص على "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة بتحديده أمام المركز...." ، فالمركز لايختص فقط بنظر المنازعات التي تكون الدولة أحد أطرافها فقط ، بل يتعداها لنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة ، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز .

ويرى الغالب من الفقه[3] أن الإتجاه الموسع لفكرة عقود الدولة هو الإتجاه الراجح لأن قصر عقود الدولة على تلك العقود التي تبرمها هذه الأخيرة بنفسها يؤدي لإغفال العديد من العقود وإن كانت هذه الأخيرة غير مبرمة من قبل الدولة إلاّ أنها مبرمة بعد أن عهدت لها الدولة القيام بهذه الوظيفة نيابة عنها ولتحقيق أهدافها ، وهذه الأخيرة محددة في أحكام تنظيم الصفقات العمومية

---

[1] . حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، ص37

[2] . المرجع نفسه ، ص38

[3] . سناء بولقواس ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة،2011 ، ص 49

المتمثلة في الإدارات ، الهيئات الوطنية المستقلة الولايات ،البلديات ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية .

ب-الشروط الموضوعية الواجبة التوافر في العقد لإكتساب الصفة الإدارية

تتمثل الشروط الموضوعية الواجبة التوافر لإكتساب العقد الصفة الإدارية في تعلق العقد بتسيير مرفق عام ، وتضمن العقد شروطا غير مألوفة ،والقضاء الإداري الفرنسي يتجه لعدم إعتبارإحتواء العقد الإشارة لدفتر الشروط كافيا للقول بالصفة الإدارية للعقد، كما لا يعتبر خضوع عقد لقانون الصفقات العمومية بمثابة عقد إداري ، وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 1999/07/05.[1]

1- تعلق العقد بتسيير مرفق عام:

لا يكفي وجود الإدارة طرفا في العقد للقول بالطبيعة الإدارية للعقد ، بل يتعين أن يكون العقد متصلا بمرفق عام، والمتمثل وفقا للتعريف العضوي في: "منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لها وتتولى جزءا من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات ، أو إشباع حاجات عامة ."وركز التعريف الموضوعي للمرفق العام على النشاط وعرف المرفق العام على أنه "كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام."[2]

2- تضمين العقد شروطا غير مألوفة:

وهو الشرط الواجب توافره لنكون أمام عقد إداري ، وليس ضروريا إحتواء العقد على أكثر من شرط إستثنائي بل يكفي توافر شرط إستثنائي واحد لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، كما يرى بعض الفقهاء أن الشروط الإستثنائية ليست بالضرورة منح إمتيازات للإدارة ، فقد تنطوي على وضع قيود على عاتقها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.[3]

---

[1] . ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري ، مطابع حسناوي ، الجزائر ، ط2 ، 2007، ص272

2-Patrick Janin, Méthodologie du droit administratif, Ellipses édition Marketing SA, Paris ,2007, p114

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، 2004،

ويقصد بالشروط غير المألوفة في القانون الخاص تلك الشروط التي تمنح المتعاقد حقوقا أو تفرض عليه إلتزامات تخرج بطبيعتها عن نطاق الشروط التعاقدية في عقود القانون الخاص سواء كانت مدنية أو تجارية ،كما قد تكون هذه الشروطمضمنتا في العقد أو مقررة بموجب القانون أو اللوائح.

ثانيا : إكتساب العقد الإداري الطابع الدولي :

إختلف الفقه والقضاء في المعايير التي يكتسب به العقد الصفة الدولية ، فمنهم من قال بالمعيار القانوني ، فيما قال جانب منهم بالمعيار الإقتصادي ،ونستعرض للمعيارين تباعا كالآتي :

أ . المعيار القانوني لدولية العقد :

وفقا لهذا المعيار ، يعتبر العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد ، أي إذا تضمن عنصرا أجنبيا واحدا على الأقل ،سواء كان هذا العنصر شخصيا كجنسية الأطراف المتعاقدة أو كان موضوعيا كمحل الإقامة ، أومكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه [1] ،غير أن أنصار هذا المعيار إختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على إتسام هذه الأخيرة، بالطابع الدولي .

مال الفقه التقليدي للتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية حيث أنه تطرق الصفة الأجنبة لأي منها يؤدي لإكتساب العقد الطابع الدولي ،و من ثم فهذا يخول المتعاقدين حق إختيار القانون الذي يخضع له العقد.[2] وعلى رغم وضوح هذا المعيار وسهولته العملية، إلاّ أنه تعرض للإنتقاد من حيث أنه يتسم بالجمود، ويؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص بمجرد توافر الرابطة العقدية على عنصر أجنبي بغض النظر عن أهميته ، وكذلك لكونه غير كاف لوحده لإقرار السمة الدولية للعقد لأن وجود العنصر الأجنبي قد يكون مجرد أمر عرضي، ولتفادي الإنتقادات السالفة الذكر يشير الفقه الحديث إلى أن الصفة الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في العقد بصفة عامة، ويرون أن محل إبرام العقد ليس بالمعيار الكافي لإضفاء الطابع الدولي للعقد، وإن كان معيارا مؤثرا عند إسناد العقود من حيث الشكل ، لأنه في الغالب ما يكون معيارا محايدا ، ويرى الفقه بأن محل تنفيذ العقد وإختلاف موطن المتعاقدين ولو إتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة في العقد ، والمكسبة للطابع الدولي لأي عقد [1].

. محمودي مسعود ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006،ص22

[1] . هشام علي صادق ، عقود التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2007 ، ص72

ب-المعيار الإقتصادي لدولية العقد:

يعد العقد دوليا طبقا لهذا المعيار في الحلات التالية:

1-**الحالة الأولى:** في حالة ما إذا استتبع عملية دخول وخروج لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول ، ينتج عنها روابط تبادل بينهم.

2-**الحالة الثانية:** يعد العقد دوليا متى إتصل بمصالح التجارة الدولية إتصالا وثيقا. **3**-الحالة **الثالثة:** يعد العقد دوليا إذا تعدى بأثاره وتبعاته خارج حدود الدولة ، فخروج العناصر الإقتصادية للعقد من مجال الإقتصاد الوطني إلى مجال الإقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ بعين الإعتبار عند تحديد دولية العقد [2].

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي وخصائصها

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى معرفة الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية من جهة وذلك من خلال إستعراضالإتجاهات الفقهية المختلفة ، ومن جهة أخرى إستنتاج أهم الخصائص المميزة لهذه الطائفة من العقود.

أولا :الطبيعة القانونية لل عقود الإدارية الدولية

لقد إختلف الرأي حول الطبيعة القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي فهناك إتجاه يرى بأن هذا العقد هو عقد إداري ، فيما ذهب أتجاه أخر إلى القول أنه ذو طبيعة خاصة.

أ . الإتجاه 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 أحد الأشخاص المعنوية العامة ، ويتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام ،ويتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[1]

---

1. هشام خالد ، ماهية العقد الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 ،ص99

- خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر، ط1 ، 2008 ، ص85

ب . **الإتجاه الثاني:** يرى بأن هذا العقد ليس بعقد إداري ، وإنما هو عقد دولي ذو طبيعة خاصة جديدة ، حيث أنه وإن كان أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه ، وإتصاله بنشاط مرفق عام إلاّ أنه يتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية ، مثل شرط الثبات التشريعي ،وشرط ثبات العقد ،شرط التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام العقد وكذا القانون الواجب التطبيق كما أنه يكون للأطراف عند إبرام هذا النوع من العقود حرية أكبر في التعاقد ، حيث يتجلى مبدأ سلطان الإرادة على العكس تماما من العقود الإدارية الداخلية [2].

ثانيا:خصائص العقود الإدارية الدولية

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

أ- تبرم هذه العقود باسم الدولة ، إما عن طريق رئيس الدولة ، أو رئيس الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناءا على قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص .

ب - أن هناك طرفا من أشخاص القانون الخاص الأجنبية ، يساهم في خطط التنمية الإقتصادية و الإجتماعية في الدولة المضيفة .

ج - أن تتعلق هذه العقود بإستغلال الثروات الطبيعية للدولة ،أوتتعلق بالملكية العامة ،أوبإدارة المرافق العامة ، أو إنشاء المرافق العامة للدولة ومشروعات البنية الأساسية .

د - تتميز هذه العقود عادة بطول مدتها وذلك بحكم طبيعتها ، لأنها تتعلق بإستغلال الموارد الطبيعية في خلال فترة زمنية طويلة ، على نحو يتم معه إقامة منشأة وتجهيزات دائمة ، تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد.

---

[1] . حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق، ص45

[2] . عمر حلمي ، معيار تميز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993 ، ص 64

ه – تخضع هذه العقود لبعض قواعد القانون الخاص ، وقواعد غير مألوفة في القانون الخاص كمفهوم السلطة التنفيذية ، مراعاة التوازن المالي للعقد ، القوة القاهرة ، مراجعة الأسعار..إلخ.

و– يتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بمزايا مختلفة مثل الإعفاء الضريبي تخفيض الجمارك أو تثبيت الضرائب الداخلية والجمركية ، وبالمقابل فإن هناك مخاطر يتعرض لها الطرف الأجنبي في علاقته بالدولة المتعاقدة معه ، نتيجة تمتع هذه الأخيرة من سيادة وسلطات واسعة إتجاهه .[1]

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

الفرع الثالث:أنواع العقود الإدارية الدولية

تتميز عقود الدولة عن بقية العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية ، من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود ، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم ، إلاّ أنه يكاد يكون سبب التعاقد من طرف الدولة هو تحقيق التنمية الإقتصادية ، والإجتماعية للدولة أما سبب تعاقد الطرف الاجنبي هو تحقيق الهيمنة وأكبر قدر ممكن من الربح وقد يكون الهدف هو المشاركة والمساهمة في تحقيق الأهداف الإقتصادية للدولة ، والحصول على الأرباح من خلال من خلال تلك المساهمة أو المشاركة.[2]

ويمكن تقسيم أنواع عقود الدولة وفقا لبعض وجهات نظر الفقه من حيث موضوعها كما يلي:

---

[1] . قمر عبد الوهاب ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2009، ص197

[2] . حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 173

أولا: العقود البترولية:

إن استغلال طاقة البترول والغاز 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 ، وفي غالب الأحيان أن يكون الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة ، التي تمتلك الخبرة والتكنولوجية ، ما يمكنها من دخول هذا الميدان المعروف بمخاطره العالية.

وتتنوع عقود البترول ، فقد كانت في شكل عقود إمتياز في بادئ الأمر ، ثم ظهرت أشكال أخرى في التعاقد يمكن حصرها كالأتي :

أ- عقود الإمتياز:

يمكن تعريف عقود الإمتياز بأنها "ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه ، و إستغلال هذه الموارد والتصرف فيها ، خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة".[1]

ب- عقد المشاركة البترولي :

تتخذ عقود المشاركة عددا من الخصائص الرئيسية تتمثل في تعاقد الدولة أو أحد شركاتها مع الشركة الأجنبية ، وذلك من خلال تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو أحد شركاتها بحصة من رأس مالها ، الشيئ الذي يخول الدولة الحق في الدخول العمليات النفطية من إكتشافو إنتاج،وتكرير

وتسويق وحصول كل من الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد .

ج-عقود المقاولة البترولية :

يعتبر من أحدث الأشكال التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية ويعرف هذاالنوع من العقود على أنه "عقد يتم بمقتضاه الإتفاق بين شركة وطنية و أخرى أجنبية للقيام

[1] . قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 204

بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإستخراجه لحساب الشركة الوطنية ،إما بمقابل مادي ، أو بمقابل حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه ، وليس له في الملكية ولا يتحمل أي مخاطر[1].

د . عقود إقتسام الارباح :

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 بإنفاقها الطرف الأجنبي ،مع توزيع إنفاقها في فترات متعاقبة ، وفي حالة عدم إكتشاف البترول بكميات تجارية فإن الطرف الأجنبي يتحمل وحده كافة مصاريف النفقات دون أن يكون له الحق في الحصول على أي تعويض ، أما في حالة إكتشاف البترول ، بكميات تصلح للإستغلال التجاري يكون من حق الطرف الأجنبي إسترداد هذه المصروفات ، وذلك في شكل نسبة معينة من البترول المنتج ، يتم الإتفاق عليها في العقد.[2]

ثانيا :عقود التعاون الصناعي :

تضم عقود التعاون الصناعي طائفة من العقود المتجانسة من أجل تحقيق التقدم التكنولوجي والصناعي منها :

أ-/ عقد الهندسة :

يعد عقد الهندسة أحد العقود الهامة في طائفة عقود التعاون الصناعي ، إذ أنه يمثل تنفيذ المرحلة الأولى من مراحل أي مشروع صناعي أو غيره مع ملاحظة تطور هذا النوع من العقود على ما كان عليه في الماضي حيث كان يقتصر موضوعه غالبا على تنفيذ الأعمال التي يغلب عليها الطابع العقلي ليتطور دوره في الوقت الراهن ويشمل أعمال التصميم ، إعداد الدراسات ، القيام بتوريد المتطلبات الصناعية ، عمليات التشييد عمليات الرقابة على كافة مراحل التشييد[3].

ب/- عقد نقل التكنولوجيا:

يعرف هذا النوع من العقود "أنه التطبيق العملي للأبحاث العلمية والوسيلة للحصول على أفضل التطبيقات لهذه الأبحاث"، ويعرفه بعض القانونيين ، على أنه مال منقول معنوي له قيمة

---

[1] . حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص[2] 188. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000 ، ص123

[3] . حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار ، دار هومة ، الجزائر ، 2010 ، ص48

إقتصادية وغير مشمول بحماية قانونية خاصة ، والتكنولوجيا يتم نقلها في الغالب عن طريق العقود التي تبرم من أجل هذا الغرض ، ويكون ذلك إما عن طريق إبرام عقد مستقل ، موضوعه نقل التكنولوجيا أو عن طريق إحدى الخدمات التي تلتزم الشركة الأجنبية بتقديمها إلى جانب الخدمات الأخرى.

ج/- عقد المساعدة الفنية :

هو إتفاق بمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي بتزويد الدولة بالفنيين اللاّزميين لتدريب الأفراد المعنية على تشغيل الأجهزة والمعدات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها ، أو تدريبهم على إدارة المشروع بأساليب فنية، فهو تقديم للخدمات اللاّزمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ[1]

ثـالثـا:عـقـودالإسـتـثـمار:

يعرفه بعض الفقه بأنه "العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الإقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم إقتصاديةلإستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد".

ووفقا لعقود الإستثمار ، يلتزم المستثمر الأجنبي بتقديم رأس المال اللاّزم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدماتية ، أو بتقديم الخبرات الفنية اللاّزمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة ، ويقتصر الإستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات .

رابـعا :عـقود الأشـغال العـامة الـدولية:

ويعرف هذا النوع من العقود "العقود التي تبرم بين طرف وطني ،الممثلة في الدولة أو أحد أجهزتها ، وطرف خاص أجنبي ، يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما ، كأعمال البناء أو الأشغال الهندسية المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني ، وقد يتمثل في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه وخسائره.[2]

---

[1] . حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص191

[2] . أحمد حسان الغندور ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1998 ، ص70

تبرم الدولة هذا النوع من العقود لإنشاء المشاريع الكبيرة على أراضيها في كافة المجالات ، والتي تحتاج إلى رأسمال أجنبي، والتي لا تستطيع الدولة تنفيذها بشركاتها الوطنية نتيجة نقص الإمكانيات المادية و الخبراتية.

المطلب الثاني :أساليب إبرام العقد الإداري الدولي و أثاره

سنقوم بتبيان الأساليب المختلفة لإبرام عقود الإدارة الدولية، مع تبيان القواعد التي تحكمها والتي تتمتع بذاتية خاصة ، ترجع هذه الخصوصية لإلزام المشرع الإدارة بإتباع إجراءات معينة عند مرحلة التعاقد، وتقييد حريتها في إختيار المتعاقد معها ، ويأخذ التعاقد هنا شكلين أساسيين ، وهما أسلوب المناقصة ، وأسلوب التراضي البسيط ، ثم نتعرض لدراسة مختلف الأثار المترتبة على إبرامها ، فالعقد الإداري الدولي كغيره من العقود يرتب جملة من الحقوق والإلتزامات في ذمة طرفي العقد ،فالإخلال بأحد هذه الحقوق يؤدي لإعمال شرط التحكيم للفصل في المنازعة ، وهذا ما سنفصله على النحو التالي :

الفرع الاول :أساليب إبرام العقد الإداري الدولي

يتم إبرام العقود الإدارية الدولية بطريقتين ، إحداهما تمثل القاعدة العامة في حين تعد الثانية إستثناء، يتم اللجوء إليها في حالات حددها المشرع في قانون الصفقات العمومية وهما على الترتيب طريقة المناقصة ، وطريقة التراضي البسيط ، وسنتعرض إليهما تباعا كالآتي :

أولا : طريقة المناقصة :

خصص المشرع الجزائري لهذا الأسلوب العديد من المواد في كل قوانين الصفقات العمومية لكون أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية ،وقد عرفت أحكام المرسوم الرئاسي 236/10[1]، بقولها :" المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض" [2]، وإذا أرادت جهة الإدارة التعاقد مع المشروع الأجنبي فإن ذلك سيكون بطريقتي المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة وتمر بعدد من المراحل إبتداء بمرحلة الإعلان ، وصولا لمرحلة الإعتماد.

---

[1]. المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،ج رعدد 58 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 98/11 ، المؤرخ في 01 مارس 2011 ، المتضمن الصفقات العمومية ، ج رعدد 14 . [2] . المادة 26 من المرسوم نفسه

أ- الإعلان عن المناقصة :

طبقا لأحكام المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 ، نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم جهة الإدارة إلى الإعلان في الصحف كلما تعلق الأمر بتعاقدها بطريقة المناقصة المفتوحة أو المحدودة وهذا من أجل تجسيد مبدأ المنافسة وكذا العلنية في الصفقة ، كما حدد المشرع الجزائري البيانات الواجبة التوافر في هذا الإعلان وهي بيانات إلزامية طبقا لنص المادة 46 من المرسوم 236/10 .

وقد نص المشرع على أن الإعلان يكون محررا باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما يتم نشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني .

ب - مرحلة إيداع العروض :

وعرفت العطاءات بأنها :"العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة ، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة."[1] ينبغي أن يتم تقديم العروض خلال المدة المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة ، من أول يوم صدور الإعلان عن المناقصة في اليوميات الوطنية ، و أعطى المشرع السلطة التقديرية للإدارة في إختيار الأجل ، غير أنه قيدها بعناصر معينة في تحديدها مثل تعقيد موضوع الصفقة وكذا المدة التقديرية اللاَزمة لتحضير العروض و إيصال التعهدات [2]، وتشتمل التعهدات على عرضين عرض تقني وعرض مالي ، يوضع كل منهما في ظرف مستقل ومغلق ومختوم يبين في كل منهما مرجع المناقصة وموضوعها ويتضمنان كلمة "تقني "أو "مالي "، ويوضعان في ظرف واحد يحمل عبارة "لا يفتح مناقصة رقم...."وحدد الوثائق التي يتضمنها كل عرض بالتفصيل .[3]

ج - مرحلة فحص العطاءات :

تختص المصلحة المتعاقدة بإختيار المتعاقد مع مراعاة الأحكام المتعلقة برقابة الصفقات العمومية، وما يهمنا في هذا الصدد هو مرحلة الرقابة الداخلية والتي تحدث في إطارها لجنة دائمة

---

[1] - عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط1 ،2007 ، ص117

[2] - المادة 50 من المرسوم 236/10 ، المؤرخ في 2010/10/07، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج رعدد 58

[3] - المادة51 من المرسوم نفسه

لفتح الأظرفة ، تضطلع بجملة من المهام حددها قانون الصفقات العمومية ، وتقوم اللجنة الثانية (لجنة تقييم العروض) بتحليل العروض ، وبدائل العروض عند الإقتضاء من أجل إبراز الإقتراح أو الإقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية ، كما تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.

د ـ مرحلة إرساء الصفقة:

تم إعتماد المنح المؤقت لأول مرة ، بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 250/02[1] ، في نص المادة المادة 43 منه ، و أوجب المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية الجديد الإعلان عنه في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان الصفقة متى كان ذلك ممكنا مع تحديد السعر، أجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بإختيار صاحب الصفقة ، كما يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي ، خمسين مليون دينار جزائري، أو يقل عنها وعشرين مليون دينار جزائري أو يقل عنها ان تكون محل إشهار محلي.[2]

ه ـ مرحلة إعتماد الصفقة :

وهي المرحلة الأخيرة لأنه لا بد من إعتماد المناقصة ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة ، فالمنح المؤقت على الرغم من فوائده إلاَ أنه يظل كما وصفه المرسوم الرئاسي منح مؤقت ، ونصت المادة 08 على الصفقات العمومية لا تكون نهائية إلاَ إذا وافقت عليها السلطة المختصة .

ثانيا : طريقة التراضي

وصف المشرع الجزائري التراضي بأنه :"إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ."[3]، ويأخذ هذا الأخير صورتين وما يهمنا في هذا الصدد هو التراضي البسيط

---

[1] . المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 338/08المؤرخ في 2008/10/26 ، ج ر عدد 52

[2] . المادة 49 من المرسوم 236/10 ، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 58

[3] . المادة 22 من المرسوم نفسه

والذي نص على أنه قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتمادها إلاَ في الحالات التي يحددها هذا المرسوم .[1] ونص المشرع الجزائري صراحة على أن الصفقات المبرمة ، وفق إجرءا التراضي البسيط لا

تخضع لأحكام المادة 24 من المرسوم الرئاسي 98/11[2]المؤرخ في 01 مارس 2011، والتي تناولت ما يجب أن تتضمنه دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب من الإلتزامبالإستثمار وذلك في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز الأغلبية في رأسمالها الإجتماعي جزائريون مقيمون ، في حين أنه في الصفقات المبرمة وفق إجرءا التراضي بعد الإستشارة بإستثنا الصفقات الخاصة بالمؤسسات الوطنية السيادية أخضعها لأحكام المادة 24 السالفة الذكر .

وما يهمنا في دراستنا العقود التي تبرم بإحدى الطريقتين السالفتي الذكر مع المتعاملين الأجانب والتي عرفها أحكام هذا المرسوم بأنها المؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي وكذا ضمانات حسن التنفيذ .

الفرع الثاني : الأثار المترتبة على العقود الإدارية الدولية

تتميز العقود الإدارية الدولية عن غيرها من العقود الأخرى كونها مرتبطة بالمرافق العامة وتسموا فيها المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة ، لذا فمن حق جهة الإدارة أن تقوم بالإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وتقوم بتعديل بما يتفق مع مصالح المرفق العام والذي أبرم من أجله العقد الإداري ، وتتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن تلك التي يتم إبرامها مع متعاقد وطني في كون المتعاقد الدولي له الحق في إشتراط الثبات التشريعي للعقد ، وفي مقابل ذلك يقع على عاتقه جملة من الإلتزامات منها تنفيذ العقد وفقا للمعايير الدولية ، وتدريب العمالة المحلية و أثار العقد ماهو إلاَ جملة من الحقوق و الإلتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين ، نتعرض لها على النحو التالي :

---

[1] . المادة 43 من المرسوم نفسه

[2] . المرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011 ، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج رعدد 14

أولا : حقوق وإلتزامات جهة الإدارة

يترتب على إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مجموعة من الحقوق والإلتزامات تقع على جهة الإدارة ، ومن هذه الحقوق حق الإشراف والتوجيه وحق التعديل بالإرادة المنفردة ، وحق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، ويقع على عاتقها جملة من الإلتزامات ومنها إزالة المعوقات التي تعترض المشروع الأجنبي ، وسنقوم ببيان هذه الحقوق والإلتزامات على النحو التالي :

أ ـ حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

1 ـ حق الرقابة:

يقتصر مفهوم الرقابة في المفهوم الضيق على صلاحية الإشراف في حين أنه في المفهوم الواسع يشمل أيضا صلاحية التوجيه ، وتعد هذه الصلاحية حقا ثابتا لجهة الإدارة ولو لم يتضمنه العقد الإداري بنص صريح لكونها صلاحية متعلقة بالنظام العام لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عنها ومن ثم تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية كاشفة عن هذه الصلاحية وليست بالمنشئة لها.[1] وهناك قيود ترد على هذا الحق تتمثل فيمايلي:

وهو أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية ومن ثم فإن القرار الذي لا يستهدف تسيير المرفق العام بانتظام و إطراد يكون مشوبا بعيب الإنحراف بالسلطة

ويتمثل في أنه يتعين أن لا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة إلتزامات المستثمر الأجنبي .[2]

2 حق التعديل :

تتسم العقود الإدارية المبرمة مع المستثمرين الأجانب بطول المدة نسبيا ، والتي يمكن أن تطرأ خلالها تغييرات سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية ، وحتى يتسنى لجهة الإدارة مواكبة هذه التطورات والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فإنها تشترط ضرورة التفاوض والمراجعة كل فترة زمنية أو تنص صراحة على حقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، وفي هذا الصدد أُثير تساؤل في حالة ما إذا لم يوجد هذا الشرط فهل لجهة الإدارة الحق في التعديل ؟

وإجابة عن هذا التساؤل إنقسم الفقه الفرنسي لإتجاهين :

الإتجاه الأول :عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة

---

[1] ـ شطناوي علي خطار ،الوجيز في القانون الإداري ، دار وائل للنشر ،الأردن ، ط1 ،2003 ، ص 714

[2] ـ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص142

وفق هذا الإتجاه فإن فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفردة من جانب الإدارة فكرة زائفة من إبتداع الفقه ، ولم تتأيد بقضاء من مجلس الدولة الفرنسي [1]، و أ ن جهة الإدارة لا تستطيع تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلاَ إذا كان هناك نص في العقد يتيح ذلك وإنتقد هذا الإتجاه ، على أنه إتجاه ينكر طبيعة العقد الإداري ، ويقع في تناقض مع نفسه حيث يقر لجهة الإدارة بسلطة التعديل متى نص عليها العقد، ومن المسلم به بأن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية هي التي تعطي للإدارة سلطة التعديل بالإرادة المنفردة ، دون الحاجة للنص عليها صراحة.[2]

الإتجاه الثاني : جواز التعديل بالإرادة المنفردة وهو الإتجاه الراجح فقها وقضاءا لأن الإدارة تملك صلاحية التعديل بالإرادة المنفردة ،

ويرون أن كل عملية إدارية هي عملية إحتمالية بمعنى يمكن تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، وقد أكد هذه السلطة مجلس الدولة الفرنسي دون أن يشترط النص صراحة في العقد .[3]

وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس في ظل ضوابط دقيقة ، وتجد سلطة التعديل أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

3 سلطة توقيع الجزاء :

وتعد هذه الأخيرة أحد امتيازات الإدارة من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام إطراد ، وتقوم بممارسة هذه السلطة متى ثبت لها إهمال أوتقصير في تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها ، وتأخذ صورتين ، صورة الغرامات أو مصادرة مبلغ الضمان ،بالنسبة للغرامات فالرجوع لأحكام المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10السالف الذكر، نجدها بأنها تنص على أنه يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها بشكل غير مطابق ، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به وقد تصل هذه الأخيرة إلى حد 20 % من مبلغ الصفقة .[4]

---

[1] ـ شطناوي علي خطار ، مرجع سابق ، ص716

[2] ـ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، مرجع سابق ، ص 144

[3] ـ شطناوي علي خطار ، مرجع سابق، ص716

[4] ـ المادة 24 فقرة 4 من المرسوم236/10 ،المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد58

أما بالنسبة لمصادرة مبلغ الضمان فيمكننا القول بأن قانون الصفقات العمومية أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية ككفالة حسن التنفيذ وتتراوح بين 5%و10 %من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها ، وبالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود إختصاص اللجان الوطنية للصفقات يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ 1%و5% من مبلغ الصفقة[1].

4 . سلطة إنهاء العقد :

قد يتضمن العقد أو يتم النّص في القوانين أو اللوائح على حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، وقد أوجب المشرع الجزائري توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد معها بهدف الوفاء بإلتزاماته خلال مدة معينة ، وفي حالة عدم تدارك المتعاقد لتقصيره ، خلال الأجل المحدد في الإعذار يمكن لجهة الإدارة أن تفسخ العقد من جانب واحد ، ولا يمكن الإعتراض على هذا القرار عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان و الملاحقات الرامية لإصلاح الضرر التي لحقها بسبب سوء التصرف من المتعاقد معها[2]، ولكي يكون الإنهاء مشروعا لا بد أن تتوافر جملة من الشروط[3]، وهي على النحو التالي :

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

- الشرط الثاني : عدم إنحراف جهة الإدارة بالسلطة التقديرية ، لأنه يتعين أن تراعي الإجراءات المنصوص عليها ، و أن لا تنحرف في إستعمال تلك السلطة ، ومن أمثلة الإنحرافإستهداف جهة الإدارة تحقيق مصلحة مالية فقط.

ب إلتزامات جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

يقع على عاتق الإدارة العديد من الإلتزامات نوردها على النحو التالي :

1 الإلتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه :

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

---

[1] ـ المادة 100 من المرسوم نفسه

[2] ـ المادة 112 من المرسوم236/10 ،المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد[3] 58ـ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص153

2 إلتزام جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي

تلتزم جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي ، ومصدر هذا الإلتزام هو إتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهما ، أو قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الإستثمار .

3 إلتزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية

على جهة الإدارة أن تلتزم بمبدأ حسن النية ، وإلاَ تعرضت لفقدان حقوقها إذا ما لجأ الطرف الآخر للتحكيم ، ولعل أبرز مثال على ذلك هو قضية AMCO ضد الحكومة الأندونيسية ، وتتلخص وقائع القضية في حصول شركة AMCO وشركتان أخريتان بالحق في الإستثمار في هذه الأخيرة وذلك بإقامة فندق و إدارته لمدة 30 سنة وكان ذلك في سنة 1968 وهو ماتم بالفعل ، غير أنه في سنة 1980 قامت حكومة أندونسيابالإستيلاء على الفندق عن طريق إجراء عسكري مسلح وسحبت الإستثمار من الشركات الثلاثة ، وهو ما دفع بشركة AMCOللجوء للتحكيم والمطالبة بالتعويض وهنا أرجعت االحكومةالأندونسية سبب السب لعدم قيام الشركات بالحد الأدنى من الإستثمار ، وإنتهت محكمة التحكيم إلى أن الظروف المحيطة بإتخاذ القرار من قبل السلطات الأندونيسية تجعل التصرف غير مشروع وأن القرار كان مشوبا بسوء النية ولم تتعرض المحكمة لمشكلة عدم كفاية الإستثمار.[1]

ثانيا : حقوق وإلتزامات المتعاقد الأجنبي

ينشأ عن العقود الإدارية الدولية مجموعة من الحقوق والإلتزامات للمتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة ، ومنها على الخصوص الحق في الحصول على المقابل المالي ، والحق في التوازن المالي للعقد ، ويقع على عاتقه جملة من الإلتزامات تتمثل أساسا في قيامه بتنفيذ الإلتزامات التي يرتبها العقد شخصيا وفي المواعيد المحددة وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، وأن يقوم بالتنفيذ وفقا لأفضل المعايير السائدة ، و سنتناولها على النحو التالي :

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص159

أ حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة

بإعتبار العقد الإداري الدولي له إرتباط أو إتصال بالمرفق العام ، فكان لذلك الأثر البالغ في تمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها ، في مقابل هذه السلطات يتمتع المستثمر الأجنبي في مواجهة الإدارة بجملة من الحقوق وهي :

1ـ الحق في الحصول على المقابل المالي :

إن الهدف الذي يتوخاه المستثمر الأجنبي في العقود الإدارية الدولية هو تحقيق الربح نظير الأعمال التي يقوم بها لجهة الإدارة ، ويأخذ المقابل المادي صورا متعددة منها :

– الثمن : الأصل في العقود الإدارية الدولية أن يتم تحديد الثمن بشكل واضح ودقيق ، بعيدا عن أي غموض أو لبس والقاعدة أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما إلتزم به ، غير أن الإدارة قد تقوم بدفع جـزء من هذا المقابل مقدما وأثناء التنفيذ ، لا سيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات و متسعا من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء إلتزاماته[1].

– الرسم : وهو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الإمتياز ويقوم بتحصيله من المنتفعين ، وهو من الشروط اللاَئحية التي تستطيع الإدارة أن تعدلها بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام.[2]

2 ـ الحق في التوازن المالي :

وهو من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري ، تقيم إرتباطا وتناسبا بين حـقوق المتعاقد و إلتزاماته ، وترد في العقود الإدارية لإعتبارين أساسيين هما ، العدالة وكفالة سير المرافق العامة بانتظام و إطراد ، وقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها أن تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها ، ومن ثم التأثير على مركزه المالي ، وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في فرنسا في سنة 1910 في قضية العربات الكهربائية [3] ، والإعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما في نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة ونتناولهما على النحو التالي :

- نظرية فعل الأمير: ويقصد بهذه النظرية "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، أو في الإلتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه

---

[1] . ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزاريطة ، مصر، 2004 ، ص234

[2] 133. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ص

[3] . عمار بو ضياف ، مرجع سابق ، ص166

بصفة المخاطر الإدارية ."[1] ، وما يمكننا ملاحظته عن هذا التعريف إغفاله كون هذه الزيادة تكون دون خطأ من جهة الإدارة ، كما أن التعريف أغفل النّص على إلتزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن ما لحقه من أضرار بما يعيد التوازن المالي للعقد، وتجد نظرية فعل الأمير أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام نص المادة 115 من تشريع الصفقات العمومية .

– نظرية الظروف الطارئة : هي نظرية قضائية كان لمجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو ، والمقصود بهذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه قلبت إقتصادياته وجعل تنفيذ العقد أثقل عبئا، وليس مستحيلا وهو ما يجعل من المتعاقد يتحمل كلفة أكثر، ما يحمله خسارة تتجاوز المألوف، وهذا ما يمنح المتعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض عن خسارته وهنا تعوضه الإدارة جزئيا .

ويرتب تطبيق هذه النظرية أثرين ، أولهما إلتزام المتعاقد بالإستمرار في تنفيذ العقد لأن الظروف الطارئة لا تعفيه من إلتزامه و إن كانت تجعل التنفيذ مرهقا غير أنه ليس بالمستحيل ويتمثل الأثر الثاني في تعويض المتعاقد ، فنظرية الظروف الطارئة تعطي المتعاقد الحق في الحصول على مساعدة الإدارة من أجل المواصلة في تنفيذ العقد من أجل الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام ولهذا يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد معها وهذا التعويض جزئي ، لأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس جوهري وهو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على هذا الظرف الطارئ بين المتعاقدين وهنا مكمن الإختلاف بين هذه النظرية وسابقتها التي يكون التعويض كليا .[2]

ـ نظرية الظروف المادية غير المتوقعة : ونعتبر هذه النظرية من التطبيقات القضائية التي أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي [3]، وتبدوا أهمية هذه النظرية في عقود الأشغال العامة ، ومفاد هذه الاخيرة أن المتعاقد وعند تنفيذه للعقد قد تصادفه صعوبات مادية إستثنائية لم تكن في حساب المتعاقدين وتقديرهما عند إبرام العقد ، فيجعل ذلك العقد أكثر وطأة على المتعاقد ، ولذلك من باب العدالة أن يتم تعويض هذا الأخير وهنا يكون التعويض كاملا ، ويترتب على توافر

[1] ـ محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1،2007، ص 291
[2] ـ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص 106
[3] ـ ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق، ص141

الشروط السالفة الذكر حق المتعاقد مع إلتزامه في الإستمرار في التنفيذ ، في التعويض الكامل عن تحمله نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات [1].

ب ـ إلتزامات المتعاقد في مواجهة الإدارة

يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ جميع إلتزماته التعاقدية وفقا للشروط التي تم إيرادها في العقد، و أن يقوم بتنفيذها شخصيا فلا يتنازل عن العقد للغير إلاَ وفقا لشروط محددة ، و أن يتم التنفيذ في المواعيد المتفق عليها ، وأن يلتزم أثناء التنفيذ بمبدأ حسن النية ، وسنقوم ببيان الإلتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد وذلك على النحو التالي :

1 ـ إلتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتنفيذ الشخصي:

لما كان العقد الإداري ذاصلة بالمرفق العام ، فإن الإدارة تراعي إعتبارات خاصة مع المتعاقد معها ، من حيث الكفاءة والقدرة على التنفيذ ، لذلك يتعين على هذا الأخير أن يقوم بالتنفيذ الشخصي للعقد كقاعدة عامة ، لكن يجوز التنازل عن العقد للغير وذلك بشروط معينة ، ويجوز له التعاقد من الباطن .

. التنازل عن العقد : يقصد به هو تنازل المتعاقد عن كل الإلتزامات والحقوق لشخص آخر ويحل محله في التنفيذ بشكل كلي ولكي يكون هذا التنازل صحيحا يتعين توافر جملة من الشروط وهي :

ـ موافقة جهة الإدارة على التنازل كتابة .

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

ـ أن تقدم الشركة المتنازل إليها دليلا لجهة الإدارة يعكس قدراتها المالية والفنية .

ـ أن تشتمل وثيقة التنازل نصوصا تقر صراحة إلتزام المتعاقد المتنازل إليه بكافة الشروط الواردة في العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل .

[1]. حمدي ياسين عكاشة ،موسوعة العقود الإدارية والدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ص 339

وفي حالة موافقة الإدارة على هذا التنازل يحل المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ الإلتزامات ، وتعد هذه الموافقة بمثابة عقد جديد بين الإدارة والمتنازل إليه ، ويصبح هو المسؤول الوحيد أمامها ما لم ينص على غير ذلك .[1]

ـ **التعاقد من الباطن** : يقصد به أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره في تنفيذ بعض أجزاء العقد وهنا يكمن الإختلاف بينه وبين التنازل الذي يحل فيه المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كليا، ويلاحظ أن هناك العديد من الظروف التي تدعوا جهة الإدارة للموافقة على الأخذ بهذا الأسلوب، بالنظر للتقدم العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى المجالات ، لذلك أصبح تنفيذ أحد المشروعات العامة يتطلب التعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه وفي التعاقد من الباطن يظل المتعاقد الأصلي هو المسؤول وحده عن تنفيذ كافة الإلتزامات التي ينص عليها العقد الأصلي ، لأن المتعاقد من الباطن لا يحل محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ كما أنه لا يصبح طرفا في العقد ، ومن ثم فإن الأثر الوحيد الذي يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن هو جعل هذا الأخير مشروعا [2]، وفي حالة ما تم التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة فذلك التعاقد لا يكون نافذا في مواجهة الإدارة ، ويظل المتعاقد الأصلي وحده المسؤول عن التنفيذ بالإضافة إلى مايترتب عن ذلك من مسؤولية عقدية في حق المتعاقد مع الإدارة تلزمه بالتعويض عما يسببه ذلك التصرف من أضرار .

2 ـ الإلتزام بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها

يقع على عاتق المتعاقد الأجنبي إلتزام بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه من شروط ، وفي الآجال المحددة وذلك لكون الصفقة العمومية لها صلة بالخدمة العامة وكذا بحسن سير المرفق العام [3]، ففي حالة ما إذا كان تأخر المتعاقد الأجنبي بسبب فعله فإنه يترتب على ذلك حق جهة الإدارة في التعويض ، كما يعطي للإدارة الحق في الفسخ وقد يكون تأخر المتعاقد الأجنبي في التنفيذ بسبب فعل الإدارة فإن هذا التأخر يكون مبررا ، كعدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل ، وهو ما أكده قضاء التحكيم.[4]

---

[1] ـ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص277

[2] ـ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص180

[3] ـ عمار بوضياف ، مرجع سابق ،ص176

[4] ـ علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد ، المرجع نفسه ، ص ص 182 ،185

3 ـ الإلتزام بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها :

يتعين على المتعاقد الأجنبي تنفيذ العقد وفقا للشروط التي تم الإتفاق عليها في العقد والتي تتمثل في إحدى الصورتين التاليتين :

–الصورة الأولى : تحدد فيها طريقة التنفيذ بدقة ، هنا يجب على المتعاقد الإلتزام بالشروط والمواصفات المتفق عليها ، وإلاَ ترتبت مسؤوليته .

– الصورة الثانية : الإتفاق على تنفيذ العقد وفقا لأفضل المعايير الدولية ، وهو ما يثير العديد من المشاكل لعدم إمكانية تحديد هذه الأخيرة بدقة.

4 ـ إلتزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للإستثمار

تفرض الإدارة المتعاقدة على المتعاقد الأجنبي ضرورة قيامه باستثمارات محددة خلال فترة معينة لتحقيق الفعالية ، و أوجب المشرع الجزائري على الشركات الأجنبية إلزامية الإستثمار في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة في إطار شراكة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها الإجتماعي جزائريون مقيمون [1]، وفي حالة عدم إلتزامه بذلك فإنه يحق لجهة الإدارة سحب الترخيص الذي منحته للمتعاقد الاجنبي لمزاولة نشاطه دون أن يرتب ذلك مسؤولية عليها وقد نص المشرع الجزائري على قيام الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار على التأكد من إحترام الإلتزامات التي تعهد بها المستثمرون خلال مدة الإعفاءات [2]، كما نص على أن المتابعات التي تقوم بها الوكالة تكون بالإتصال مع الإدارات والهيآت المكلفة بالسهر على إحترامالإلتزامات التي تترتب على الإستفادة من المزايا الممنوحة ، كما تقوم بالتأكد من إحترامهم لإلتزاماتهم فيما يتعلق بالإتفاقات ومتابعة لما بعد إنجاز الإستثمارات بإتجاه المستثمرين غير المقيمين المستقريين .

---

[1] . تحدد هذه المشاريع بموجب مقرر من قبل سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها أو بالنسبة لمشاريع المؤسسات أو الهيآت التابعة لها ،ويحدد الوزير المعني هذه المشاريع وطبيعة = =الإستثمار بموجب مقرر بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية الإقتصادية الممولة جزئيا او كليا بمساهمات مؤقتة او نهائية من الدولة

[2] المادة 21 من الامر 03/01 و المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 2001/09/24، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها ، ج رعدد55

5 ـ إلتزام المتعاقد الأجنبي بإطلاع جهة الإدارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد

قد ينص العقد صراحتا على حق الإدارة في فسخ العقد ، في حالة عدم قيام المتعاقد معها بإلتزام الإعلام والإخبار، ويتجه بعض الفقه إلى أنه لجهة الإدارة التمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصا صريحا فيه ، وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية ، وقد ألزم المشرع الجزائري المستثمرين بمناسبة الإيداع السنوي للحصيلة لدى مصالح الضرائب أن يقدموا وضعية تبرز هذه الأخيرة مدى الإلتزامات التي اكتتبها ، تعد وفقا للأشكال والإجراءات المقررة بالإشتراك بين الوزارة المكلفة بالإستثمارات ووزارة المالية ، ويتعين على الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار جمع المعلومات حول تقدم المشاريع وكذا التدفقات الإقتصادية المترتبة عنها .[1]

6 ـ إلتزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية

وهو شرط تتضمنه غالبية العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب تمهيدا لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية ، وقد نص المشرع الجزائري في أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 وهو بصدد بيانات الصفقات على شرط استعمال اليد العاملة المحلية [2]، وكمثال عن ذلك عقود البوت BOT والذي يتطلب قيام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية التى يتسنى لها إدارة المشروع بعد إنتهاء مدة الإمتياز ، وذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الإلتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة حتى لا يستطيع المتعاقد الأجنبي التنصل من مسؤوليته بإثبات بذل العناية المطلوبة

وذهب إتجاه آخر من الفقه إلى أنه يتعين التمييز بين إلتزام المتعاقد الأجنبي بإدماج العمالة المحلية، والذي يعد إلتزاما بتحقيق نتيجة وبين تدريب وتكوين العمالة المحلية والذي يعد إلتزاما ببذل عناية [3].

---

[1]. المادة 7/3 من المرسوم التنفيذي 356/06 ، المتضمن صلاحية الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها ،ج ر عدد 64

[2] ـ المادة 62 من المرسوم236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 58

[3] ـ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ،ص198

المبحث الثاني :إمكانية الإتفاق على التحكيم فيعقود الإدارة الدولية

باعتبار أن إتفاق التحكيم هو طريق لإخراج النزاع من ولاية القضاء ، وإسناده لقضاء التحكيم فقد أثار الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية جدلا فقهيا كبيرا فقد ذهب جانب منهم إلى القول بعدم جواز اللجوء إليه لحل منازعات هذه الطائفة من العقود وذهب إتجاه آخر للقول بجواز الإتفاق على التحكيم في هذه العقود على غرار العقود المدنية والتجارية ، وعليه سنقوم بعرض آراء مختلف الإتجاهات الفقهية في إمكانية فض منازعات العقود الإدارية الدولية بواسطة التحكيم ، مبرزين الأسانيد الفقهية المؤيدة لكل إتجاه ، مشفوعة بالأحكام القضائية المؤيدة لكل منهما ،وسنقوم بدراسة مختلف الشروط الواجبة التوافر لصحة إتفاق التحكيم والأثار المترتبة على ذلك ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : الإتجاهات المختلفة للتحكيم في عقود الإدارية الدولية

لقد ثار إختلاف حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة الدولية فظهر إتجاهان أحدهما إعترض على ذلك وقد كان مستندا على جملة من الأسانيد ، كما أن موقفه كان محل أخذ ورد لدى بعض التشريعات ، وجسدته بعض الأحكام القضائية في منطوقها ، أما الإتجاه الثاني فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وإستند أنصار هذا الإتجاه كذلك من أجل تبرير موقفهم لجملة من الأسانيد ، كما عدد من التشريعات نصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود كما أن هناك جملة من الأحكام القضائية التي جسد منطوقها إمكانية التحكيم في هذه العقود.

سنقوم بتبيان الإتجاهات المختلفة بشأن إمكانية التحكيم في هذا النوع من العقود مبرزين مختلف الأسانيد التي قال بها كل إتجاه ، وموقف التشريعات من ذلك ، وكذا الأحكام القضائية التي وافقت كل إتجاه على النحو التالي :

الفرع الاول :الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

سنقوم بدراسة الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية ، بإبراز مختلف الأسانيد الفقهية التي قال بها أنصار هذا الإتجاه لتبرير رفضهم لأن يكون التحكيم طريقا بديلا لفض منازعات هذه الطائفة من العقود ، لأنهم يرون أنه لا يضمن خضوع هذه العقود لنظام متميز عن

النظام الذي تخضع له باقي العقود ،لأن التحكيم لا يعتد بالتمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية، ولأن اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود يؤدي للإصطدام بمبدأ سيادة الدولة على أراضيها، و بالإضافة لهذه الاسانيد نبين بعض التشريعات المؤيدة لهذا الإتجاه :

أولا :التشريعات المؤيدة لهذا الإتجاه أ: التشريع الفرنسي :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن التشريع الفرنسي خلا من أي نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وأن النصوص التشريعية وضعت قاعدة عامة تتلخص في عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام الإتفاق على اللجوء للتحكيم لحل منازعاتهم[1] .

وتتمثل هذه النصوص التشريعية في المواد 1004،83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، والمادة 2060 من القانون المدني الجديد ، فالمادة 1004 تنص على عدم جواز إبرام إتفاقيات التحكيم في منازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة ، وحضورها في الدعوى والمادة 83 تحدد القضايا التي يشترط فيها إخطار النيابة العامة ، وهي المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة .

ثم حدث تعديل للقانون الفرنسي في عام 1972، و أصبحت المادة 1004 هي المادة 2060 والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه "لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن الحالة أو الأهلية أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق، والإنفصال الجسدي أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام.

وفي تعليقه على النص الجديد يرى الأستاذ " level"، أن النص الجديد ما هو إلاّ تكرار للنص القديم ، وأن المشرع الفرنسي لم يأت بجديد على الرغم من مرور فترة زمنية طويلة بين النّصين بينما ذهب الأستاذ " rivero" ، إلى عكس ذلك حيث يرى أن النص الجديد أحدث تطورا ملموسا وذلك لأنه أعطى للحظر أساسا أكثر عمقا وحدد الأشخاص التي تخضع للحظر بصورة أكثر دقة[2].

مما سبق يتبين لنا أن النصوص التي تحظر الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية هي نصوص القانون المدني ، ومن المعروف أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن

---

[1]. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص[2] 207 . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص209

روابط القانون العام ، وأن القاضي الإداري غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الخاص ، فله أن يطرحها جانبا إذا كانت غير متلائمة مع طبيعة العقود الإدارية ولذلك فقد ثار تساؤل هل يلتزم القاضي الإداري بالنصوص المدنية التي تحظر إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟.

يرى البعض أن على القاضي الإداري تطبيق نصوص القانون المدني والتي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في منازعاتها[1].

بينما يذهب الغالبية من الفقه ، إلى عدم الإعتراف لنصوص القانون المدني في المجال الإداري إلاّ بقيمة ثانوية ، وأن المادة 1004من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادة 2060 من القانون المدني الحديث لم تنظم إلاّ مسالة إجرائية ، ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعات الإدارية التابعة للقضاء الإداري .

ب: التشريع المصري

صدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994ونصت مادته الأولى على مايلي "مع عدم الإخلال بالإتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أوالخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا أو دوليا يجري في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ."[2]

وقد اعتبر أنصار هذا الإتجاه أن هذا النص دليل على عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وإستندوا في ذلك للحجج التالية :

1 ـ عدم ذكر مصطلح العقود الإدارية صراحتا في نص المادة السابقة ، كما أنه بالرجوع لأحكام لمادة الثانية نجدها قد قامت بتعداد أمثلة للعقود الخاضعة للتحكيم ، وأن الهدف من هذا التعداد هو تجنب النص صراحتا على التحكيم في العقود الإدارية [3].

2 ـ وإستندوا كذلك لعنوان القانون ذاته ، حيث أنه يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهذا ، ما يعني إستبعاد العقود الإدارية، كما استندوا أيضا إلى نص المادة 172 من

---

[1] ـ المرجع نفسه ، ص210

[2] ـ المرجع نفسه ، ص[3] 211 وليد محمد عباس ، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2010 ،ص 196

الدستور ، والتي تقضي بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى ، وعليه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية ، بالإضافة إلى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري التي نصت صراحة على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام ، أو الأشغال العامة ، أو التوريد أو أي عقد آخر .

وقد كان تفسير الفقه لعبارة "دون غيرها " التي وردت في النص هو ان يمتنع كل قضاء بخلاف القضاء الإداري على نظر تلك العقود سواء كان قضاءا عاديا أو قضاء التحكيم.

ج: التشريع الجزائري

تبنت الجزائر موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا للتحكيم بشكل عام ، متأثرة بذلك بجملة من العوامل التاريخية، وقد انعكس ذلك على موقف المشرع من التحكيم في عقود الدولة ، ولمعرفة فلسفة المشرع الجزائري وموقفه نستعرض التطورات التاريخية للنصوص القانونية كالآتي :

1 . مرحلة ماقبل صدور قانون الإجراءات المدنية :

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الجزائري سنة 1966[1]، المتضمن الأحكام التي ترعى التحكيم الإختياري ، كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو المطبق في الجزائر بالأحكام التي كان يتضمنها القانون الفرنسي والتي كان ترعى التحكيم في فرنسا ولم يتضمن فصل "التحكيم "في قانون الإجراءات المدنية الذي صدر سنة 1966 أي جديد ، بل تبنى النصوص والأحكام التي تنظم التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت ، هكذا تبنى المشرع الجزائري القاعدة التي تحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم .

2 . صدور قانون الإجراءات المدنية :

طبقا لنص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص في فقرتها الثالثة على مايلي:

" لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " ،وعليه فهذه المادة قطعت الشك باليقين في عدم إمكانية لجوء الدولة والأشخاص الإعتبارية العمومية للتحكيم لفض منازعاتها ، وبالرجوع المرسوم التشريعي رقم 03/93 [2]، نجد بأنه نص صراحة على عدم

[1] . صدر قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 03 يونيو 1966، ج ر عدد 47

[2] . المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27

إمكانية قيام الأشخاص المعنويين التابعيين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلاّ في علاقاتهم التجارية الدولية[1].

وهذا ما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية وقصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام إلى التحكيم على علاقاتهم التجارية الدولية، وكذا وجوب كون أحد الاطراف على الأقل موطنه أو مقره بالخارج ، سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا .

ثانيا :الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الإتجاه

أستند الفقه المؤيد لهذا الإتجاه إلى مجموعة من الحجج والأسانيد نوضحها كالآتي :

أ : مبدأ توزيع الإختصاص :

يرتكز أنصار هذه الحجة على وجوب وجود قاضي إداري ينظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها ، ويطبق قواعد القانون الإداري ، وأن السماح بالتحكيم في هذا النوع من العقود يكون له أثر سالب لإختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات وهذا ما يعد مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الإختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية ، والذي يمنع القضاء العادي من نظر المنازعات الإدارية أو التدخل فيها [2]، فكيف يتصور أن الدولة ترفض منح القضاء العادي سلطة النظر في المنازعات الإدارية ، وتمنح ذلك للمحكميين ، و ما يترتب على ذلك من نتائج مشكوك فيها بالنسبة لقراراتهم .

وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي ذلك ، حيث قضى بأن كل نزاع يتعلق بشخص من أشخاص القانون العام يبقى خارج مجال التحكيم، وذلك استنادا للمبادئ العامة للقانون العام[3].

ب: مبدأ الحصانة القضائية للدولة :

يقوم هذا المبدأ على فكرة السيادة والمساواة بين الدول وعلى ذلك لا يجوز لدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني ، لأن هذا يمس سيادة الدولة الأخيرة ، فكل دولة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى تحرص على أن لا تخضع لغير سلطان القضاء فيها ،وهكذا بإمكان أي دولة بما لها من سيادة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصامها أمام قضاء دولة أجنبية ،

---

[1]. المادة 442 من المرسوم نفسه [2] . وليد محمد عباس ، مرجع سابق ، ص111

[3]. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 213

وقياسا على ذلك ذهب البعض من الفقهاء إلى القول أن التحكيم يتعارض مع الحصانة القضائية للدولة ، وذلك لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد بمثابة منظمة أجنبية ، فهو يجري خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية ، كما أن المحكميين المنوط بهم الفصل في النزاع هم أشخاص مختلفة .

ج : مبدأ سيادة الدولة :

ذهب جانب فقهي إلى أن إجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية يعتبر مساسا بسيادة الدولة ذلك لأن التحكيم هو سلب الإختصاص للقضاء الوطني ، الذي هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة وإذا كان التحكيم مقبولا في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم البعض فإنه غير مقبول في العقود الإدارية ، سواء كانت وطنية أو دولية .[1]

ثالثا : الأسانيد القضائية المؤيدة لهذا الإتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي سنقوم ببيان بعض هذه الأحكام :

أ : موقف القضاء الفرنسي :

استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ القرن الماضي على فكرة عم جواز الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية حيث لا يجوز سلب إختصاص القضاء الإداري في شأن تلك المنازعات استنادا إلى مبررات النظام العام من ناحية ، ومن ناحية أخرى طبقا لنص المادتين 1004،83 من قانون الإجراءات المدنية ، ولقد إتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفا أكثر تشددا عندما ذهب إلى حظر التحكيم على أشخاص القانون العام بإعتباره مبدأ قانوني وقضائي مستقر ، وسنعرض بعض من هذه الأحكام .

1. قضية الشركة الوطنية **S.N.V.S** ضد شركة **TANGER**

تتلخص وقائع القضية في أن الشركة الوطنية لبيع المخلفاتS.N.V.S قد باعت في عام 1947 كمية من الأنابيب لشركة مقرها TANGER في الولايات المتحدة الأمريكية ، وطبقا لنص المادة العاشرة من المرسوم الصادر في 1946/10/15 فإنه يحق لرئيس مجلس إدارة

[1]. جابر جاد نصار ، مرجع سابق ،ص59

شركة S.N.V.Sعندما يتعاقد مع إحدى الشركات الخاصة أن يتفق معها على اللجوء للتحكيم ، وبناءا على ذلك أورد الطرفان شرط التحكيم في العقد المبرم بينهما [1].

ولما ثار خلاف بينهما تم اللجوء لقضاء التحكيم وصدر حكم لصالح الشركة الأمريكية فطعنت شركة S.N.V.S على هذا الحكم ، وتمسكت بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية طبقا لنص المادة 1004،83 من القانون المدني الفرنسي ، في البداية قرر المجلس أن الشركة المذكورة هي شركة عامة تخضع للقانون العام ، وانتهى المجلس إلى إلغاء المادة العاشرة من المرسوم الصادرفي 15أكتوبر 1946 ، والتي تسمح لرئيس شركة S.N.V.S باللجوء إلى التحكيم ، و أخذ مجلس الدولة الفرنسي برأي المفوض GAZIER ، والذي أوضح أن أساس حظر التحكيم على أشخاص القانون العام لا يكمن في النصوص التشريعية في قانون الإجراءات المدنية فحسب ، بل إنه مبدأ قانوني وقضائي ثابت و مستقر في القانون العام الفرنسي.

2. قضية مجلس الدولة الفرنسي في العقد المبرم بين فرنسا وشركة **waltdiseney**

في سنة 1986 أرادت فرنسا أن تنشئ مدينة ملاهي أوروبية euro diseney-land ومن أجل تحقيق ذلك أقدمت الدولة بمشاركة أكثر من شخص معنوي عام على التعاقد مع شركة waltdiseney وتم الإتفاق بين الطرفين على أن تتولى الشركة الأمريكية إنشاءالمدينة بأحد المدن الفرنسية الجديدة و أصرت الشركة الأمريكية على أن يتضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين . [2]

وقد طلب وزير التخطيط الفرنسي الفتوى على مدى صحة تضمين هذا العقد لشرط التحكيم وقد قام مجلس الدولة الفرنسي بتحليل هذا العقد ، ودعم رأيه بعدة مبادئ وهي :

- إن الإتفاق على التحكيم في علاقات القانون الوطني يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام ، مالم تكن ثمة نصوص تشريعية صريحة أو إتفاقات دولية اندرجت تحت مظلة القانون الداخلي تسمح بمثل هذا التحكيم .

[1]. حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص[2] 130. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص216

ـ أن إتفاقية واشنطن لعام 1965[1]، التي تتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لا تمنح أشخاص القانون العام في فرنسا اللجوء إلى التحكيم ، استنادا إلى أن هذه الإتفاقية معنية ببيان وسائل تسوية المنازعات التي يقرر الأطراف إخضاعها للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

وعليه يتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسي حريص على عدم سلب إختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، ويسعى في سبيل ذلك دائما لإبطال شرط التحكيم ، ملم يكن له سند تشريعي .

ب : موقف مجلس الدولة المصري :

سنوضح رأي مجلس الدولة المصري من خلال فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في 22 فبراير 1997 ، بشأن العقد المبرم بين الشركة الإنجليزية والمجلس الأعلى للأثار للقيام بأعمال تكميلية خاصة بإعداد الموقع الخارجي لمتحف أثار النوبة ، مع تضمين هذا العقد شرط التحكيم ، وقد تم عرض العقد على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بهدف إستطلاع رأيها .

فكان رأيها عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وذلك إستنادا لكون طبيعة هذه الطائفة من العقود تتنافى مع هذا الإتفاق ، على خلاف العقود المدنية التي تكون فيها إرادة الأطراف حرة وهو الأصل في هذه العقود ، غير أن هذه الإرادة مقيدة في مجال القانون العام ، وهذا هو الأصل فيها وحتى تستكمل الإرادة شروط صلاحيتها ينبغي أن يكون هناك تفويض وفقا لمسوغ تشريعي يجيز لها مثل هذه التصرفات ،و أوضحت الجمعية العمومية أن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الإستعمال الطبيعي لحق التقاضي ، أما اللجوء للتحكيم فيعني الإستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام ، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها ، وكل ذلك لا تملك تقريره جهة عامة إلاّ بإجازة تشريعية صريحة[2].

---

[1]. إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى لسنة 1965 ،المنظمة إليها الجزائر بموجب الأمر 04/95 المؤرخ في 21 يناير 1995 ، ج ر عدد 7 [2] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص217

ج . موقف القضاء الجزائري :

ذهب القضاء الجزائري ممثلا في مجلس قضاء الجزائر إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، وعدم أهلية الدولة وهيآتها العامة لطلب التحكيم في بعض أحكامه منها :

قرار المجلس القضائي الصادر بتاريخ **26** ديسمبر **1986** .

في نزاع بين شركة "ك . ل" ضد المؤسسة العمومية للبناء[1] ، حيث أبرم العقد بينهما في 20 مايو 1983 يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية بغرض توسعة مصنع ، والذي ينص على شرط يتفق الطرفين بموجبه أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائيا وفق نظام الغرفة التجارية الدولية إلاّ أن هذا القرار التحكيمي، الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 20 ديسمبر1985 ، قد ألغي وتصدى القضاء للفصل في هذه المنازعة بإعتبار أن الشرط التحكيمي الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا ، فلم يعترف القضاء بالدفع المقدم من الأطراف بوجود شرط التحكيم في العقد لعدم جواز الإتفاق على ذلك .

الفرع الثاني :الإتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

يقر هذا الإتجاه بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، بإعتبار أنه ليس هناك مانع من إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود ، لاسيما أن الإتفاقيات الدولية تجيز ذلك و إستند أنصاره للعديد من الأسانيد لتبرير موقفهم، وقد تم تأييد هذا الإتجاه في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، كما صدرت الكثير من الأحكام القضائية المؤيدة لإمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية وسنقوم من تبيان هذه الأسانيد ، وكذا التشريعات و أحكام القضاء المؤيدة لهذا الإتجاه.

أولا : التشريعات الوطنية المؤيدة لهذا الإتجاه

سنحاول أن نسلط الضوء على بعض التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية في كل من فرنسا ، مصر والجزائر ، و طريقة معالجة كلا منهم لهذا الموضوع .

[1] . قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق، ص 186

أ :التشريع الفرنسي :

وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة مفادها عدم جواز التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام وقد أورد إستثناءا من هذه القاعدة وهو حالة وجود نص صريح يبيح لها ذلك [1] ، وسوف نعرض بعض النصوص التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم .

1 . قانون **17** افريل **1906**

نص هذا القانون على جواز اللجوء للتحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ولكنه وضع مجموعة من القيود ، حيث اشترط :

- أن يتعلق النزاع بتصفية نفقات عقود الاشغال العامة ، والتوريدات ، مع عدم إمكانية إمتداد هذا القانون إلى أي عقد إداري آخر.
- أن يتم اللجوء للتحكيم بعد نشوء النزاع (مشارطة التحكيم).
- موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة ، أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص .

ثم توالت بعد ذلك القوانين التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم [2] ، ففي سنة 1946 صدر قانون أجاز لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في حالة تأميم الدولة لشركات الغاز والكهرباء ، ثم صدر قانون 15 فبراير 1986 حيث نص على السماح للمؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم في حالة النزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الأبحاث مع الهيئات الأجنبية ، وفي 30 ديسمبر 1986 صدر قانون بشأن إجازة شرط التحكيم في هيئة السكك الحديدية الوطنية الفرنسية.

2 ـ قانون **19** أوت **1986**

وبمناسبة قضية euro diseney–land والتي إنتهى فيها مجلس الدولة إلى أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلاّ إذا كان هناك نص في القانون الداخلي أو معاهدة دولية انضمت إليها فرنسا تسمح بذلك ، وحيث أنه لا يوجد لمثل هذا القانون وجود ، فبالنتيجة شرط التحكيم يعتبر باطلا، وعلى إثر ذلك اضطرتالحكومة الفرنسية لإصدار قانون 19أوت 1986 ،

---

[1]. حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ،ص[2] 174. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص231

والذي قررت المادة 09 منه السماح للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية ، والمؤسسات العامة في عقودها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية اللجوء للتحكيم في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها وأن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أن يكون العقد دوليا ، ومنه لا ينطبق هذا الإستثناء على العقود الإدارية الوطنية[1].

ب: التشريع المصري :

1. في إطار القانون رقم **27** لسنة **1994**

بعد صدور قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 حدث خلاف فقهي واسع النطاق في تفسير نص المادة الاولى ، فقد ذهب البعض إلى أن نص المادة الأولى من هذا القانون تدل بوضوح على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وعلى العكس من ذلك فقد ذهب البعض الآخر بأن هذا النص يدل على جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية واستندوا في ذلك إلى الحجج الآتية :

- الحجة الأولى :

بما أن العام يظل على إطلاقه ما لم يخصص ، وأنه لا إجتهاد مع وضوح النص وبما أنالمادة الأولى من قانون التحكيم الجديد الخاص بتحديد نطاق تطبيق قانون التحكيم تنص على سريان القانون على التحكيم بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع فإن هذا النص يجيز التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

- الحجة الثانية :

لا مناص من قبول التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وإلاّ فإن مجهودات الدولة فيما يخص سياسة الإصلاح الإقتصادي و جذب أموال المستثمرين تكون بلا طائل فلا يكفي تهيئة مناخ الإستثمار أو التشريعات الإقتصادية المشجعة وحدهما .

2. في إطار قانون رقم **9** لسنة **1997**

---

[1]– «par dérogation a l'article 2060 du code civil , l'état , les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés , dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères , pour la réalisation d'opérations d'intérêt national , à souscrire des clauses compromissoire en vue du règlement , le cas échéant définitif ,de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats. »

سارعت الحكومة المصرية بتقديم مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، وذلك نتيجة الخلاف الفقهي الواسع النطاق الذي أثارته المادة السابقة الذكر ، ونتيجة لذلك صدر القانون رقم 09 لسنة 1997وجاءت المادة الأولى منه كالأتي :

"تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون 27 لسنة 1994فقرة ثانية يكون نصها كالآتي:

وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وبذلك يكون القانون المصري قد أجاز صراحة التحكيم في العقود الإدارية بتوافر الشروط التالية[1]:

- أن ينص العقد صراحة على حل المنازعات التي تنشأ بين الطرفين عن طريق التحكيم .
- موافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم .
- لا يجوز للوزير المختص بتفويض إختصاصه بالموافقة على اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

ج : التشريع الجزائري :

إن موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية كان أكثر مرونة مقارنة بالتحكيم الداخلي [2] ، وقد مر بمراحل نوجزها كمايلي :

1 - المرحلة الإنتقالية من سنة1962إلى سنة 1969

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

[1] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ،مرجع سابق ، ص235

[2] . قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق، ص 239

ـ إتفاقية إفيان لسنة 1962 ، حيث نص الباب التاسع من هذه الإتفاقية تحت عنوان – إعلان يعالج موضوع التحكيم –، وذلك بالنص على أن "جميع التنظيمات المخالفة والدعاوى والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المنصوص عليها في الباب الاول يتعين عرضها على محكمة دولية ....".

كما أنّالإتفاق الخاص بتسوية المنازعات قتد تطرق إلى هذه التسوية عن طريق المصالحة أو التحكيم ،وذلك في حالة عدم وجود إتفاق لرفع الدعاوى أمام القضاء ، وتستطيع كل من الدولتين الإلتجاء إلى محكمة العدل الدولية .

ـ أمامرسوم 14 ديسمبر 1963 الصادر تحت رقم 63/364 الذي جاء تطبيقا لإتفاقيةإفيان والذي تعلق بإتفاق جزائري فرنسي يخص موضوع التحكيم ، وبالنسبة لإتفاق 29 جويلية 1965 المتعلق بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية فقد اشتمل على نظام التوفيق ونظام التحكيم [1].

ـ إتفاقية "سوناطراك" و" جيتي" الأمريكية الموقع عليها في 19 أكتوبر 1968، حيث تضمنت الإتفاقية عدة أحكام لكيفية تسوية المنازعات بين الطرفين ، حيث أشارت إلى عدة طرق من بينها التوفيق والتحكيم .

2 ـ المرحلة الإشتراكية **1969**إلى **1988**

إذا رجعنا إلى قانون الصفقات العمومية ، والذي يعتبر المنظم لصفقات المؤسسات العمومية نلاحظ تغييرات كبيرة عرفها ، وكل تغيير يتماشى والظروف المستجدة فبموجب الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية فقد تم التعرض إلى حل المنازعات بالطرق الودية أو اللجوء أمام المحاكم .

أما الأمر 09/74 المؤرخ في 06/30 /1974المتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 ، فنصت على إمكانية اللجوء للتحكيم في حالة الضرورة.

وبصدور المذكرة الوزارية لسنة 1982الصادرة عن الوزير الأول ، حيث بموجب هذه المذكرة حسمت أهلية المصالح الحكومية للإحتكام الدولي ، حيث تجيز للأشخاص الإعتبارية التابعة للدولة التوجه للخارج لإبرام العقود وخضوعها لنفس النظام الذي يحكم تصرفات الشركات الخاصة وهذا ما حصل بالفعل في العديد من العقود الإقتصادية التي أبرمت مع شركات أجنبية .

[1]. قمر عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 241

ـ أما المرسوم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 ، المتضمن المتعامل العمومي [1]، فأشار إلى ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق ، كما تعرض إلى تسوية الخلافات التي تثار بمناسبة تنفيذ العقد ،وبهذا تم فتح مجال التحكيم ، بعد تشد الجزائر في عدم فتح المجال إلاّ في الحالات الإستثنائية.

ـ كما أبرمت الجزائرعدة إتفاقيات قصد الإعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية[2]، أبرزها الإتفاق الجزائري الفرنسي في 1983/03/27 ، تندرج هذه الأخيرة تنظيم فرنسا والجزائر لعلاقتهما الإقتصادية ولتعاونهما ، ولقد جعلت الإتفاقية من التحكيم مرجعا لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود تجارية بين البلدين ، وحددت نظاما تحكيميا متكاملا من أجل ذلك، حيث تضمنت إتفاق الطرفين وتوجههما إلى تكريس المبادئ القانونية للتحكيم التي أنشات بصفة خاصة من هيئات تحكيم دولية دائمة مثل الغرفة التجارية الدولية .

3 ـ مرحلة الإصلاحات ما بعد 1988

– إن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية رقم 01/88 [3]، الذي بموجبه تم منح الإستقلالية للمؤسسات الإقتصادية ، قد تضمن عدة أحكام تسمح بإدراج شرط التحكيم في علاقتها ولاسيما المادة 20 فقرة 04 ،التي تؤكد حرية لجوء المؤسسات الإقتصادية للتحكيم.

وبالرجوع للقانون 09/08 [4]المؤرخ ،25فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص المادة 3/1006 منه "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "، وعليه فالمشرع الجزائري طبقا لهذه المادة أكد على جواز التحكيم في الصفقات العمومية ، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تورد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام هذه المادة في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية بالنظر للطابع الخاص لهذه العقود [1] ،على خلاف القانون المصري والذي قام بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 في مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 التي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم فيها حيث تنص

---

[1] أنظر المواد 104،55 من المرسوم 145/82المؤرخ في 1982/04/10 ، المتضمن المتعامل العمومي ، ج ر عدد 15. [2] أنظرعلى سبيل المثال الإتفاقية المبرمة مع المغرب في 1963/03/15 ، الجريدة الرسمية لسنة 1963. [3] القانون 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 ، المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، ج ر عدد 02. [4] قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

على "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك ."[2] ، وبالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية نجد بأن الصفقات لا تصح ولا تكون نهائية إلاّ إذا وافقت عليها السلطات المختصة ، وحدد المشرع الجزائري هذه الأخيرة في نص المادة 8 فقرة 2، وما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد أنه نص على إمكانية قيام أي سلطة من السلطات المذكورسابقا بتفويض صلاحياتها في مجال الموافقة النهائية على الصفقة إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها .

ثانيا : الأحكام القضائية المؤيدة لهذا الإتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، والتي سنوضحها كمايلي:

أ : موقف القضاء الفرنسي

القضاء العادي في فرنسا لم يسلّم بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه، لأنالمؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية ، وسوف نوضح ذلك من خلال الأحكام التالية :

1 - **قضية شركة** Société des frères **ضد وزارة المرافق التونسية**

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة التونسية أبرمت عقد مع شركة" " Société des frères من أجل نقل التكنولوجيا ، وضمنوا العقد على شرط التحكيم في حالة النزاع ،ولما أثار النزاع بين الطرفين ، دفعت الحكومة التونسية ببطلان شرط التحكيم لأنه غير جائز في العقود الإدارية و أن هذا المبدأ إستقرت عليه أحكام مجلس الدولة التونسي والفرنسي على حد سواء .

---

[1] . بولقواس سناء ، مرجع سابق ، ص88

[2] . المرجع نفسه ، ص 88

أصدرت محكمة التحكيم حكمها ، وقضت بجواز التحكيم في العقود الإدارية ، الشيء الذي دفع بوزير المرافق التونسي بالطعن بالإستئناف أمام محكمة إستئناف باريس ، والتي قضت بصحة الإستئناف، و أوضحت أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي يتعلق بالنظام العام الداخلي الذي يقتصر إعماله على العقود الداخلية فقط ، دون أن يمتد إلى العقود الدولية ، وأن التحكيم في هذه الأخيرة صحيح ومنتج لأثاره.[1]

2 – قضية مالك السفينة Galakis ضد وزارة النقل البحري الفرنسي

تتلخص وقائع هذه القضية أنه تم إبرام عقد سفينة بين وزارة النقل البحري الفرنسية و مالك السفينة Galakis في سنة 1940، وقد تضمن العقد نص على أن يتم تسوية أي نزاع ينشأ عن هذا العقد في محكمة التحكيم بلندن ،وقد حدث خلاف بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد ، مما جعل مالك السفينة يلجأ إلى محكمة التحكيم في لندن ، والتي أصدرت حكمها لصالح مالك السفينة ،و في محاولة مالك السفينة بتنفيذ الحكم بالحصول على أمر التنفيذ من محكمة السين ، دفعت وزارة النقل البحري ببطلان شرط التحكيم ، وذلك لأن التحكيم غير جائز في العقود الإدارية وفقا للقانون الفرنسي وقد إستجابت المحكمة لهذا الدفع ، مما جعل صاحب السفينة يطعن أمام محكمة النقض التي انتهت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، و أوضحت أن الحظر المنصوص عليه في العقود الداخلية لا ينطبق على العقود الإدارية الدولية.

ب: موقف القضاء المصري

سنوضح الأحكام المؤيدة لهذا الإتجاه من خلال الأحكام القضائية التالية :

1 ـ قضية الشركة الإنجليزية ضد المجلس الأعلى للأثار

تتلخص وقائع هذه القضية أن المجلس الأعلى للأثار أبرم عقدا مع شركة مقاولات إنجليزية للقيام ببعض الأعمال و الإنشاءات وقد إتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لتسوية ما ينشأ بينهما من منازعات ، وقد ثار خلاف بين الطرفين فقررت الشركة الإنجليزية اللجوء للتحكيم ، فقضت محكمة التحكيم لصالح الشركة الإنجليزية ، على إثر ذلك قام المجلس الأعلى للأثار بالطعن على

[1] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 239

هذا الحكم أمام محكمة إستئناف القاهرة مستندا إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون المصري ، إلاّ أن المحكمة انتهت إلى صحة إتفاق التحكيم مؤسسة حكمها كالآتي [1]:

– أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تقضي صراحتا بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع .

ـ وأن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ومذكرة اللجنة المشتركة للشؤون الدستورية

والتشريعية يقطع في الدلالة على قصد المشرع على جواز إشتراط التحكيم في العقود الإدارية وأن ذلك يتفق مع حكمة التشريع وهي مواكبة الجهود الكبيرة التي تبذلها من أجل تهيئة مناخ صالح للإستثماروجذب رؤوس الأموال المستثمرة و إعادة الثقة إلى رجال الأعمال و المستثمرين العرب والأجانب عن طريق تنظيم قواعد التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها .

ـ وأن المادة 85 من قانون مجلس الدولة تعترف ضمنا بشرط التحكيم والصلح في العقود الإدارية وأنه لا يجوز الإستناد لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة للقول بغير ذلك لأن هذه المادة لم تقضبحظر شرط التحكيم في العقود الإدارية و إنما المقصود منها هو بيان الحد الفاصل بين الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء الإداري .

ـ بالإضافة إلى أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الإتفاق عليه في أحد العقود الإدارية يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الإلتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود إدارية أو مدنية ، كما يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدولة أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استنادا إلى قيود تشريعية حتى لو كانت حقيقية .

ـ وأخيرا فإن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الإتفاق عليه في العقد المبرم مع طرف أجنبي بدعوى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ، من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الأشخاص العامة في مصداقيتها ويرتب أضرارا بالغة الخطورة بفرص الإستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية الإقتصادية.

---

[1] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص ص 240 ،241

2 ـ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة في 17ماي 1989

أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، أن المادة 3/58 من قانون مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحتا بجواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك لأنه لو كان التحكيم أمرا محظورا على الإدارة ما كان المشرع ألزمها بضرورة عرض هذا الإتفاق على مجلس الدولة للمراجعة .

وأضافت أنه لا وجه للقول بأن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية دون غيرها طبقا لنص المادة 10 من قانون مجلس الدولة فالمقصود من هذه المادة هو بيان الحد الفاصل بين الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي ولا يجوز أن نتجاوز في تفسير هذا النص قصد المشرع وانتهت الجمعية العامة إلى جواز الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية. [1]

ج: موقف القضاء الجزائري:

لقد ساير القضاء الجزائري موقف المشرع المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها ، ومن الأمثلة على ذلك النزاع الذي قام بين مؤسسة جزائرية وشركة يوغسلافية ، فعرض النزاع على المحاكم الجزائرية ، فأصدر مجلس قضاء الجزائر قرارا يقضي فيه بإلغاء حكم محكمة بئر مراد رايس الذي فصل في النزاع مستندا إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية مقررا عدم الإختصاص بالموضوع ومعترفا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف .[2]

المطلب الثاني: شروط صحة إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

إن إتفاق التحكيم ماهو إلاَ عقد يرتب على عاتق طرفيه إلتزامات متبادلة ، و بالتالي وجب أن تتوافر فيه الشروط الشكلية ، والشروط الموضوعية اللاَزمة لصحته ، لأن إتفاق التحكيم سيؤدي لسلب الإختصاص من قضاء الدولة ، وجعل القضاء الخاص المتمثل في التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ وتكون متعلقة بهذا العقد ، سنتطرق لهذه الشروط تباعا كمايلي :

---

[1] ـ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمناسبة عقد أبرم بين وزارة التعمير المصرية ومجموعة العمارة والتخطيط.

[2] . قرار المجلس القضائي ، محكمة إستئناف الجزائر ، صادر بتاريخ 04 /1973/07 رقم 119

الفرع الأول : الشروط الشكلية (شرط الكتابة)

إنّإتفاق التحكيم يترتب عليه أثر خطير ، و المتمثل في سلب اختصاص نظر المنازعة من القضاء الوطني للدولة ، ومنح سلطة البت في المنازعة التي تنشأ في هذا النوع من العقود ، المشروط باللجوء للتحكيم لقضاء التحكيم ، و انطلاق من هذه الخطورة فقد اتجه الرأي في ظل برتوكول جنيف 1923 ،1927 إلى ترك الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها للتأكد من وجود شرط التحكيم

غير أن الواقع العملي كشف عن تباين في مواقف الدول ، ما أدى إلى إحداث إضطراب في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية ، فمثلا أرادت الدول اللَاتينية إحاطة إتفاق التحكيم بضمانات تجعله يخرج من دائرة التصرفات الرضائية ، وجعله تصرفا شكليا يدور وجودا وعدما مع الكتابة[1] وعلى العكس من ذلك ،فإن التشريعات الأنجلوسكسونيةاعتبرت الكتابة شرطا للإثبات فقط ، وعليه يجوز الإتفاق على التحكيم شفويا أو ضمنيا .

أولا: موقف المعاهدات الدولية أ – موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958[2]

طبقا لنص المادة 02 من إتفاقية نيويورك أن : "تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم..."، وعرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المقصود بإتفاق التحكيم بقولها :"ويقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات "[3] ، ولقد إختلف الفقه في تفسير المادة السالفة ، فرأى البعض بأن الكتابة ركن لصحة إتفاق التحكيم وليست بالعنصر الخارجي المتطلب للإثبات فقط ، في حين رأى البعض الآخر بأن الكتابة وفقا لهذه الإتفاقية تعد شرط صحة وليست شرط إثبات .

وأرجع شرط الكتابة المنصوص عليه في إتفاقية نيويورك لتسهيل الإعتراف بقرارات التحكيم خارج بلد المنشأ ، وبإعتبار أن هناك دولا كانت قوانينها الوطنية أكثر تحررا من هذه الإتفاقية

---

[1] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 262

[2] . إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتضمنة الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية ، المنظمة إليها الجزائر بموجب المرسوم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 ، ج ر عدد 48

[3] . عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم (الكتاب الثاني) منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت،2008 ،ص151

بإجازتها أن يكون إتفاق التحكيم شفويا ، وهنا ذهب جانب من الفقه للقول بأن المادة السالفة الذكر هي الحد الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه متى كان القانون الوطني يتضمن نصوصا أكثر شدة من ما جاء في الإتفاقية كما أن الإتفاقية تمثل الحد الأدنى في ذات الوقت ، والذي يتعين أن لا يقبل ما هو أقل مما ورد فيها في حين ذهب البعض الآخر من الفقه ، إلى أن الدول لها الإبقاء على قوانينها الوطنية إن كانت أكثر تحررا ، واستندوا في ذلك لنص المادة 7 من الإتفاقية ، والتي تنص : "لاتخل أحكام هذه الإتفاقية بصحة الإتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الإعتراف لأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الإستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ".

ب ـ الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري لسنة 1961

نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الإتفاقية على أن " إتفاقية التحكيم الناتجة على شرط تحكيمي مدرج في عقد ، وتلك الناتجة عن إتفاق تحكيمي بموجب عقد أو إتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء ، أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو إبراق بواسطة التلكس ، وفي العلاقات مابين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر إتفاقية التحكيم أية إتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين " ، من خلال هذه المادة نستنتج أن الإتفاقية من حيث المبدأ تطلبت أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا ، غيرأنها لم تستلزم أن يأخذ إتفاق التحكيم شكلا معينا، غير أنها وضعت إستثناءا متعلقا بالعلاقات بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي ، وهنا إعتبرتالإتفاقية أن إتفاقية التحكيم هي التي تكون معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين.

ج ـ إتفاقية القانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة 1985

نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه :"يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا ، ويعتبر الإتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال السلكي و اللاّسلكي تكون بمثابة سجل إتفاق ، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود إتفاق ولا ينكره الطرف الآخر ، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة إتفاق تحكيم ، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد."[1]

وعليه فإن القانون النموذجي للتحكيم الدولي لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب وبالنتيجة، فإن الإتفاق الشفهي في مفهوم هذا القانون يعتبر صحيحا.

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية

أ موقف القانون الفرنسي :

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

لقدأجابت عن هذا التساؤل المادة 1495 من المرسوم الداخلي للتحكيم لسنة 1980 ، والتي تنص على أنه عندما يكون التحكيم دوليا خاضعا للقانون الفرنسي لا تنطبق نصوص الباب الأول والثاني والثالث من هذا الكتاب إلاَ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ، بمعنى أن شرط الكتابة المنصوص عليه في هذه المادة لصحة إتفاق التحكيم الداخلي لا يسري على التحكيم الدولي[2] ، إلاَ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ، مما جعل بعض الفقه يذهب إلى القول أن القانون الفرنسي لم يأتي بأي قاعدة تتعلق بالشكل في التحكيم الدولي .

الشيء الذي يترتب عليه أن الكتابة ليست شرط لصحة إتفاق التحكيم ، مايجعلإتفاق التحكيم قد يكون شفاهة وقد ينشأ ضمنيا ، غير أن هذا الــرأي قد تعرض للإنتقاد من ناحيتين ، الأولى هو نص المادة 1449 على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم تقديم النسخة الأصلية للحكم بالإضافة لإتفاق التحكيم ، أمالناحية الثانية فتتمثل في انضمام فرنسا لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تتضمن شرط الكتابة ، ومن ثم فإتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا.

ب ـ موقف القانون المصري :

اشترط قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 لصحة إتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا أي أن الكتابة في إتفاق التحكيم هي شرط لانعقاداتفاق التحكيم وليس للإثبات فقط ، حيث رتب

---

[1] . عبد الحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص[2] 152ـ خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص293

القانون على تخلف الكتابة بطلان إتفاق التحكيم وذلك طبقا لنص المادة الثانية عشر من القانون والتي تنص: " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلاَ كان باطلا ..."

وعلى ذلك يكون المشرع المصري قد أخرج إتفاق التحكيم من التصرفات الرضائية و اعتبره تصرفا شكليا يستوجب الكتابة ، غير أن الملاحظ أن ّالمشرع المصري أضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة فلم يشترط صيغة معينة أو شكلا معينا ، ولذلك اكتفى بوجود رسائل متبادلة أو برقيات مكتوبة تظهر بوضوح رغبة الأطراف اللجوء لقضاء التحكيم [1].

ج ـ موقف القانون الإنجليزي :

اشترط التشريع الإنجليزي والتشريعات التي سارت على نهجه الكتابة كشرط لإثبات إتفاق التحكيم وليست كشرط لصحته ، وقد نصت المادة 07 من قانون التحكيم الإنجليزي على أن إتفاق التحكيم "إتفاق مكتوب ويشمل الإتفاقات الضمنية عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لإخضاع المنازعات التي نشأت بين الطرفين أو ستنشأ مستقبلا للتحكيم . "[2].

د ـ موقف القانون الجزائري :

طبقا لأحكام القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، نجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا ، سواء في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها [3].

وحتى في ظل المرسوم الرئاسي 09/93 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية ولا سيما المادة 458 مكرر1 ، كانت تشترط وجوب الكتابة .

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية

إلى جانب الشروط الشكلية يتعين لصحة إتفاق التحكيم توافر جملة من الشروط الأخرى ، وهي الشروط الموضوعية المعروفة في كل العقود الأخرى ، وهي تلك المتعلقة بالرضا ، والمحل، والأهلية.

---

[1] ـ المادة 12، الفقرة2 ، من القانون 27 لسنة 1994 تنص: "..إذا تضمنه محررأو غيره من وسائل الإتصال المكتوبة..." [2]ـ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص[3] 265ـ المواد :1008، 1012 ، 1040 من القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21

أولا : الر ضا

لا ينعقد إتفاق التحكيم إلاَ بتوافر رضا الطرفين ، وذلك لكون إتفاق التحكيم عقد رضائي ويستلزم الرضا في إتفاق التحكيم أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر وتبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية ، لكونه إستثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات .

وإذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود بإعتبار أن الطرفان سينتهيان لوضع إتفاقية مكتوبة سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه ، لكن الصعوبة تثار في حالة ما إذا إقتصرإتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة ، والبرقيات ..إلخ .

وحتى يقع الإيجاب صحيحا لا بد أن يشير صراحة إلى كون الهدف من وراء إتفاق التحكيم هو تنحية النزاع من ولاية القضاء ، وأن يتم تحديد النزاع بدقة.

والأصل أن صاحب الرسالة ليس ملزم بالبقاء على إيجابه بل يمكنه الرجوع عنه مادام الموجه إليه لم يقبله [1]، لكن الوضع مختلف في حالة تحديد مدة معينة فإنه يتعين عليه البقاء على إيجابه ، ولا يستطيع العدول عنه طوال المدة المتفق عليها ، أما القبول الذي ينعقد به إتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب و يشترط في القبول أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كل ماتناوله من مسائل سواء كانت جوهرية أو ثانوية ، وأن يتم القبول في الميعاد المحدد لذلك [2].

وقد ذهب بعض الفقه إلى التوسع في مفهوم الرضا ، وذلك إنطلاقا من أن التحكيم ليس بالضرورة أن ينشأ من عقد خاص بين الطرفين ، وإنما يمكن أن ينشأ عن طريق وجود إتفاقية دولية بين طرفين أو متعددة الأطراف تتعلق بحماية الإستثمار ، وفيها بند ينص على إحالة خلافات الإستثمار إلى التحكيم فالإستثمار بمثابة إيجاب من الدولة يتضمن موافقتها في أي نزاع متعلق بالإستثمار ، فإذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى التحكيم وفقا لهذه الإتفاقية فهنا يكون تلاق بين الإيجاب والقبول ، وقد إستند هذا الإتجاه في العديد من القضايا ومنها :

---

[1]- علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر ، [2] 2008 . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، 272

ـ قضية شركة AAPL ضد حكومة سريلانكا ـ

تتلخص وقائع هذه القضية في إتفاق شركة AAPL وهي من هونغ كونغ مع حكومة سريلانكا بمقتضاه تقوم هذه الشركة بتطوير وسائل حفظ المأكولات البحرية، ولم يتضمن هذا العقد شرط بعرض النزاع على التحكيم ، إلاَ أن القوات المسلحة السريلانكية هدمت الشركة، مع العلم أن كل من هونغ كونغ وسريلانكا قد إنضمتالإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار، والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمارICSID فقامت شركةAAPL برفع دعوى قضائية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، وهنا دفعت حكومة سريلانكا بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع إستنادا لعدم وجود إتفاق التحكيم ، غير أن محكمة التحكيم أعلنت اختصاصها بنظر النزاع إستنادالإتفاقيةالإستثمار، وهو ما إشتهر في فترة التسعينات بين مراكز التحكيم الأوربية والأمريكية ، وقد أوضح مركز "ICSID " أن إختصاص المركز يصبح آليا دون حاجة لعقد تحكيمي لأنه يبني إختصاصه على إتفاقية حماية الإستثمار، والتي تحيل إلى حل المنازعـة بواسطة التحكيم مركز ICSID.

غير أن جانب من الفقه يرى أن إتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون معدوما، لأنه إذا كانت الدولة قد قبلت في إتفاقية حماية الإستثمار بالتحكيم ، فإن هذا التحكيم لا يوضع موضع التنفيذ إلاَ بالإتفاق عليه، ويبقى التحكيم معطلا في غياب العقد التحكيمي ، وهذا ما تؤيده أيضا مقدمة إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965، والتي تتضمن قواعد تؤكد الحاجة إلى وجود عقد تحكيمي ، حيث تشير مقدمة الإتفاقية : "تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الإقتصادية ولأهمية الدور الذي تؤديه الإستثمارات الدولية في هذا المجال ونظرا إلى أنه من الممكن أن تنشب منازعات متعلقة بهذه الإستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الاخرى المتعاقدة ، مع التسليم بأن هذه المنازعات يمكن حلها بالطرق القانونية الوطنية إلاّ أنه من الأفضل أن يتم تسويتها عن طريق أداة دولية خاصة لهذا الغرض ومن هذه الأداة التحكيم ، وتستطيع الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى أن يطرحوا ما نشب بينهم من منازعات على قضاء التحكيم إذا ما أرادوا ذلك ولا بد من توافر رضا الطرفين المشترك على عرض هذه المنازعات على قضاء التحكيم مع ملاحظة أن الدول الموقعة

على هذه الإتفاقية لا تعتبر بمجرد التصديق عليها أو إقرارها أو قبولها ملزمة بعرض أي نزاع على التحكيم ".

ثانيا : المحل

محل إتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ، ويشترط القانون في محل العقد أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام و الأداب العامة ، وإلاَ وقع إتفاق التحكيم باطلا ، والحكمة من عدم جواز الإتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها التي يعنيها أن تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل [1] .

وباعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الأجنبية تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها ، ولهذا يأخذ قضاء التحكيم بفكرة النظام العام الدولي ، فالمحكمون مكلفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي ، ومتى كان إتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي فقد رأت بعض أحكام التحكيم ببطلان إتفاق التحكيم ومن ثم عدم إختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع ، في حين أن بعض أحكام التحكيم قررت إختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع ، وكمثال عن الإتجاهين نورد الحكمين التاليين :

- قضية الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية -

وتتلخص وقائع القضية في إعلان الحكومة الأرجنتينية عن مناقصة دولية من أجل إقامة محطة كهربائية بها ، ومن بين اللذين تقدموا لتلك المناقصة شركة بريطانية تعاقدت مع وسيط أرجنتيني للسعي لدى حكومته لإرساء الصفقة عليه مقابل حصوله على قيمة عشرة بالمائة (10) %من قيمة العقد ، غير أن المجهودات التي بذلها هذا الوسيط لم تفلح فقد تم إرساء الصفقة لصالح شركة ألمانية غير أنه وإثر سقوط النظام السياسي في الأرجنتين قامت الحكومة الجديدة بالإعلان عن مناقصة أخرى وإستطاعت الشركة البريطانية الحصول عليها ، وطلب الوسيط الشركة البريطانية العمولة

---

[1] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دار الفكر الجامعي،2007 ، ص38

التي سبق الإتفاق عليها على أساس أن تعاقدها كان نتيجة لمجهوداته السابقة ، غير أن الشركة البريطانية رفضت ذلك ، وتم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بباريس ، وبعد إطلاع للمحكم على المستندات تبين له أن العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين كان بقصد دفع رشاوى للموظفين من أجل رسو المناقصة على الشركة البريطانية ، وبالرغم من الجهود التي قام بها الوسيط إلاَ أنه لايمكن التغاضي عن كون العمولة المتفق عليها رشوة ، وأنه بوجود مبدأ قانوني عام معترف به من قبل الأمم المتحضرة هو أن العقود التي تنتهك بشدة النظام العام الدولي عقود غير صحيحة ، وتنطوي على انتهاك شديد للنظام العام الدولي لا يمكن أن يكون محل للتحكيم ومن ثم فقد فقدوا كل حق في اللجوء إلى العدالة ، و انتهت محكمة التحكيم لعدم اختصاصها .

ـ قضية الحكومة الإيرانية و المشروع الفرنسي

تتلخص وقائع هذه القضية في تعاقد إحدى المشروعات الفرنسية مع وسيط إيراني كي يستخدم نفوذه لدى حكومته لتمكينها من القيام بتنفيذ عقد الأشغال العامة ، وهنا اتفق الطرفان على عمولة يتم دفع نصفها عند التعاقد على أن يتم دفع النصف الآخر عند إتمام الصفقة ، وقد نجحت مساعي الوسيط وتعاقد المشروع الفرنسي مع الحكومة الإيرانية وهنا تنكر المشروع الفرنسي للوسيط ولم يدفع له الجزءالمتبقي من العمولة ، وباعتبار أن العقد تضمن عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية بباريس وهو ما تم بالفعل ، وفي الحكم التحكيمي انتهى المحكم إلى أنه على الرغم من أن المدعي وهو الوسيط رفض الكشف عن طبيعة مهمته لدى الحكومة الإيرانية ، إلاَ أنه استخلص من خلال وقائع القضية موضوع النزاع أنه كان من كبار الموظفيين العموميين ، وكان له تأثير كبير على صانعي القرار وهو ما أدى لنجاح تعاقد المشروع الفرنسي دون غيره من المشروعات ، وباعتبار أنه صدرت عدة تشريعات متعاقبة لمكافحة و إستغلال النفوذ في بلد الوسيط ، ولما كان العقد محل النزاع يخالف النظام العام الدولي ، فإن محكمة التحكيم قضت ببطلانه ، ورفضت طلب المدعي [1].

[1] . علاء الدين محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص298

وقد إستحسن جانب من الفقه هذا الإتجاه، فعلى المحكم نظر النزاع المطروح عليه وإن كان يحمل في طياته مخالفة النظام العام الدولي، وأن يقضي ببطلان حكم التحكيم ، لا سيما و أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن المحكم يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه .[1]

ثـالثا: الأهـلية :

لا يصح إتفاق التحكيم إلاَ إذا كان تعبيرا عن إرادة حرة لطرفيه ، فإنه يتعين أن يكون أطرفه سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم [2] ، وقد نصت المادة 1006فقرة 1، من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، والتي جاءت كما يلي : "يمكن لكل شخص اللجوء للتحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها". وقد أخذت معاهدتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقّع العقد متمتعا بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي ، و إلاَ كان الحكم التحكيمي قابلا للإبطال .

ومن أهم المشاكل التي أثارها إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية هو أهلية الدولة وقدرتها على إبرام إتفاق التحكيم ، وإن كان المشرع الجزائري قد نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود ، إلاّ أن بعض التشريعات لم تنص صراحة على ذلك ، ولذلك ذهب بعض الفقه للقول بأن الدولة تتمتع بالأهلية لإبرام إتفاق التحكيم وأرجعوا ذلك لقيام الدولة بإدارة مشروعات إقتصادية عملاقة ومؤسسات كبيرة ذات نفع عام فإذا كانت تفتقر إلى الأهلية لما كانت لها القدرة على إدارتها ، فالواقع يثبت تمتع الدولة بالأهلية الكاملة في إدارتها لأموالها العامة والخاصة ، وهو مايعطيها الحرية التعاقدية في إبرام إتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك الأموال وتكون هذه الأخيرة صحيحة ، و استندوا في ذلك لكونه تصرف قانوني غير مخالف للنظام العام الدولي ، وهو المرجع الذي ينبغي الإستناد إليه للحكم بصحة أو بطلان إتفاق التحكيم.

بالنسبة للمشرعين الكويتي والجزائري فقد حددا الأهلية اللاّزمة لإبرام إتفاق التحكيم بأنها أهلية التصرف وذلك من خلال المادة 3/173 من قانون المرافعات الكويتي والتي تنص على : "ولا يصح التحكيم إلاَ ممن له أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه.." ونص المادة 1006من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له

---

[1] ـ المادة 1030من القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد [2] 21. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 291

مطلق التصرف فيها " ويرجع لزوم أهلية التصرف لكون إتفاق التحكيم يعني التنازل عن الحق في اللجوء إلى قضاء الدولة بما يوفره هذا الأخير من ضمانات تقليدية للتقاضي ، إلى جانب أنه قد يترتب عليه فقدان الحق المتنازع عليه إذا قضى المحكمون لغير صالحه .

لقد نصت المادة 2/177 من القانون السويسري على أنه :"إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها طرفا في إتفاق التحكيم فإنها لاتستطيع أن تستند إلى قانونها الوطني لتثبت عدم أهليتها على الإتفاق على التحكيم " ، وهو ما أيدته محكمة إستئناف باريس في أكثر من حكم.

كما أن بعض التشريعات نصت على أن اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية يتوجب أولا الحصول على الترخيص بذلك ومثال ذلك نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري رقم 09 لسنة 1994 على أنه بالنسبة للعقود الإدارية يكون إتفاق التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك .

ونص المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 المتضمن نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على :"لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلاَ بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم. "

وفيما يتعلق بموقف القضاء من حكم إتفاق التحكيم في حالة ما إذا لم يتضمن هذه الموافقة ، فهل الإتفاق يلحقه البطلان أم يظل صحيحا منتجا لجميع أثاره ؟

إنقسم الفقه إلى قسمين ، فذهب قسم منهم إلى أن إقدام الشخص المعنوي على إبرام إتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الجهة المختصة يعد من قبيل الخطأ المرفقي ويرتب مسؤولية هذا الأخير قبل المتعاقد الآخر ، ويكون إتفاق التحكيم في هذه الحالة عديم الأثر ، في حين ذهب البعض الآخر للقول متى لجأ الشخص المعنوي العام إلى إبرام إتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص فإنه يصبح ملزما به [1]، وبالرجوع إلى أحكام إتفاقية نيويورك بشان الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لا نجد نصا يحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية ، ومن ثم فواضعوا الإتفاقية تركوا تقدير أهلية أطراف التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ ، ونرى أن السبب الكامن وراء ذلك هو تخوف واضعي الإتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف ، ونظرا كذلك لإختلاف قواعد الإسناد وتعذر وضع نصوص موحدة .

[1] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ،ص303

ملخص الفصل الاول

وبالرجوع للأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الخصوص نجد بأنها تقضي بصحة إتفاق التحكيم على الرغم من عدم الحصول على الترخيص الذي يشترطه القانون الوطني للدولة ، وهو ما يمكننا إستنتاجه من مختلف الأحكام الصادرة والتي لم تحصل فيها الدولة على الترخيص وهناك العديد من الأمثلة على ذلك : كقضية المشروع العام السوري مع الشركة الألمانية ، قضية الهيئة العامة التونسية ضد شركة جزر الأنتيل الهولندية [1]، وقد رأى جانب من الفقه بأن إتجاه أحكام التحكيم منطقي وصحيح لأن تمسك الشخص المعنوي العام بالقيود المفروضة عليه في تشريعه الداخلي لا يعد بالحجة المقنعة فمن الناحية القانونية فالإستناد لهذه القيود يعد مخالفة لمبدأ حسن النية، أما من الناحية العملية فإعمال هذه القيود سيؤدي إلى اهتزاز الثقة وهوما سيلحق الأضرار البالغة في مثل هذه التعاملات، كما يرى جانب من الفقه إلى أنا لجزاء المترتب على عدم حصول لإدارة المتعاقدة على الموافقة جزاء تأديبي ينظمه القانون الذي يحكم العلاقة بين الإدارة والوزيرالمختص.

[1]. حيث قضت محكمة استئناف باريس "أن الهيئة العامة التونسية التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية معنوية مستقلة وبنظام مالي مستقل يؤهلها للدخول في جميع الأنشطة التجارية الدولية والتحمل بالإلتزامات الناتجة عنها ".