جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

## _عقد البوت B-O-T نموذجا_

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص _قانون إداري_

إعداد الطالبة:

سميحة بوزوايد

إشراف الأستاذة:

أمينة سلام

*الموسم الجامعي: 2015/2014*

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

***قال تعالى***

۞ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِۚ ﴿٥٨﴾ سورة النساء الآية 58

وقال أيضا:

يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ ﴿١﴾ سورة المائدة الآية 01

# شكر وتقدير

الحمد لله حمدا يليق بمقامه والصلاة والسلام على نبي الحق وإمامه محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن والاه أما بعد.

فيسعدني وقد أنهيت بفضل الله ورعايته من إعداد هذه الدراسة المتواضعة أن أتوجه إلى الله بالحمد والشكر الذي هداني و أنار الطريق أمامي لإتمام هذا العمل.

ثم الشكر الجزيل والتقدير الكبير إلى أستاذتي الفاضلة سلام أمينة التي أضاءت لي الطريق على درب العلم والإجتهاد والتي قدمت لي كل الإرشاد والنصح والتي دائما على مواصلة الطريق

كما أتقدم بالشكر والتقدير لأعضاء اللجنة المناقشة على تفضلهم لمراجعة هذا العمل وتصويب أخطائه وإثرائه بآرائهم القيمة.

كما لا يفوتني أن أشكر الذين صاغوا لنا علمهم حروفا ومن فكرهم منارا تنير مسيرة العلم والنجاح أساتذتنا الكرام بكلية الحقوق.

والشكر الموصول كذلك لكل موظفي وموظفات المكتبة و بالأخص ميلود وكمال

سميحة

# إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين اللهم أدخلني مدخل صدق و أخرجني مخرج صدق واجعلني من لدنك سلطانا نصيرا

إلى من حملتني وهنا على وهن وسقتني نبع حنانها وعطفها الفياض إلى من كان دعاءها ورضاها عني سر نجاحي

أمي الغالية حفظها الله

إلى رمز الكفاح في الحياة إلى الذي تعب من أجل تربيتي

إلى من غرس القيم والأخلاق في قلبي إلى من أحمل لقبه بكل فخر و اعتزاز أبي أطال الله عمره

إلى من قاسموني عطف وحنان أمي وأبي إلى الشموع التي أضاءت حياتي إخوتي " عبد الرحمان ، الطاهر"

وأخواتي " عائشة، وسام" و أزواجهم

ألى البراعم الصغار " بلال ، بشير ، آدم ،محمد علي ، حليمة ، هاجر ، عبد العزيز ، أمة الله"

إلى من أعتز بصداقتهم " رميساء ،عزيزة ، صفية ، عائشة "

إلى كل من علمني حرفا فصرت له عبدا

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد

سميحـــــــــة

## قائمة المختصرات

1_ **ق.إ.م.إ:** قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2_ **ق.إ.م** : قانون الإجراءات المدنية.

3_ **م:** المادة.

4_ **ف:** فقرة.

5_ **ج ر:** الجريدة الرسمية.

6_ **p** : page.

# مقدمة

تمثل التنمية الهدف الأساسي الذي تسعى إليه الدول لتحقيقه ،وذلك عن طريق توفير البيئة لإشباع الحاجات الأساسية للمواطنين ، وتلجأ الدولة في سبيل ذلك إلى إنشاء العديد من المرافق العامة وغيرها من المنشئات الضرورية وكما كانت هذه المرافق تتطلب إستثمارات ضخمة . وتشكل عبئا ثقيلا على ميزانية الدولة وخاصة الدول النامية ، كان لزاما على هذه الدول اللجوء إلى آليات قانونية و إقتصادية تكفل لها تحقيق التوازن بين متطلبات التنمية من جهة والنفقات المالية من جهة أخرى .

وعلى هذا لم تجد الدول نفسها سوى اللجوء إلى القطاع الخاص بما يشمله هذا القطاع من مستثمرين وطنيين وأجانب ، خاصة في ظل النظام العالمي الجديد المبني على أسس الاقتصاد الحر والعولمة في أبعادها الاقتصادية و التكنولوجية و حتى السياسية ، مما فرض على الدول النامية الدخول في عدة صيغ للتعاون مع القطاع الخاص وذلك بالاستفادة من قدرات هذا الأخير في المجال التكنولوجي والتمويلي ، والاستفادة من الطرق الحديثة في تسيير المرافق العامة .

ومن بين أهم الآليات الاقتصادية الأكثر شهرة في الوقت الراهن ما يعرف بعقود البوت،

فهذه العقود تعتبر من العقود الحديثة في المعاملات الحديثة المحلية والدولية ، وهو جدير بالبحث والدراسة ، فعقود البوت تعني قيام جهة الإدارة بمنح تراخيص لشركة قطاع خاص لتشييد و بناء مشروع من مالها الخاص ، ثم تتولى إدارته خلال مدة زمنية محددة في العقد،

تتحمل ن خلالها شركة المشروع جميع تكاليف ورسوم و عوائد المنتفعين من الجمهور .

و قد تثور بصدد هذه العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاضعين للقانون الخاص العديد من المنازعات والإشكاليات ، و تتضاعف هذه الإشكاليات كلما كان العقد مبرما بين الدولة و أحد الأشخاص الأجنبية ، وهذا يسبب التفاوت في المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية ، و نظرا للكم الهائل من القضايا المعروضة أمام قضاء الدولة و البطء الشديد في

إجراءات الفصل في هذه المنازعات كان من الضروري البحث عن وسيلة أخرى لتسوية منازعات عقود البوت ، ولهذا ظهر التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات لما يمتاز به من سمات كالسرعة في الفصل وسرية المحاكمة ، التي لا يمكن أن تتوفر في نظام القضاء .

هذه الاعتبارات و أخرى ، دفعتنا للاهتمام بالموضوع ومحاولو معالجته من خلال تحليل الإشكالية التالية :

**- ما مدى فاعلية التحكيم في حل النزاعات المتعلقة بعقود البوت ؟**

وتتفرع هذه الإشكالية إلى مجموعة من التساؤلات الفرعية التالية :

- ❖ متى تكون بصدد عقد إداري عقد بنظام البوت ؟ و كيف يتم إدراج شرط التحكيم في هذه العقود ؟
- ❖ ما هي الطبيعة القانونية لعقود البوت بالنظر للآراء الفقهية المتضاربة ؟
- ❖ لما كان إدراج شرط التحكيم لمثل هذه العقود يقف على إرادة الأطراف المتنازعة ؟

هل منازعات عقود البوت تعتمد على آلية التحكيمفقط لتسويتها ؟ أم يصلح فيها وسيلة تسوية أخرى ؟

ولأجل تقديم الدراسة في صورة علمية وإعطائها قدرا من الواقعية و التجسيد فانه كان علينا الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي رأينا انه من المناسب الاستعانة به من أجل تحديد طبيعة عقود البوت ، وكذا تحليل النصوص القانونية التي نصت على كيفية تعاقدها وإجراء التحكيم فيها، التي جاءت بها أحكام القانون 09/08 مما جعلنا نستعين بالمنهج الاستدلالي .

ومن بين الأسباب التي واجهناها ندرة المؤلفات القانونية التي تناولت موضوع التحكيم في عقود البوت بالدراسة والتحليل المستفيض الذي يتناسب مع الدور الذي تضطلع به هذه الأخيرة.

2- نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل احل منازعات العقود الإدارية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولدراسة مدى فاعلية التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

وقد واجهتنا ونحن بصدد إنجاز هذا العمل عدة صعوبات، لكنها لم تحد من عزيمتنا على مواصلة البحث، كندرة المؤلفات في مجال عقود البوت، لكون فكرة العقد الإداري الدولي لا تزال جديدة في فقه القانون العام.

بالإضافة إلى حداثة موضوع التحكيم كطريق بديل في حل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وبالأخص عقود البوت، وذلك لنقص الأحكام الصادرة في هذا الصدد.

وللإجابة عن الإشكالية السابقة ارتأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد البوت، مبرزين مفهوم عقد البوت، ومختلف الصور التي يمكن أن يتخذها وتمييزه عما يشابهه من عقود، وتناولنا في الفصل الثاني آلية التحكيم في عقود البوت مبرزين فيه أشكال التحكيم وإجراءاته وطرق الطعن في أحكامه طبقا لأحكام القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

# الفصل الأول

# الإطار المفاهيمي لعقد البوت

تعدّ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T كأسلوب تمويل تعاقدي لإنشاء وتمويل وتشغيل مشاريع البنى التحتية ، وذلك إعتمادا على القطاع الخاص الذي يملك قوة إقتصادية قد تفوق في بعض الأحيان قوة الدولة المضيفة ، ليلقى بذلك ترحيبا على المستوى الدولي والمحلّي، الأمر الذي أثار جدلا فقهيا بين فقهاء القانون الخاص حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود مما أدّى إلى ظهور إختلاف في الوصول إلى التكييف القانوني لها ، ونظرا لارتباط عقود البوت بالمشاريع الضخمة ، وإختلاف مصالح أطرافها بين الدّول الراغبة في تحقيق التنمية الاقتصادية ، وبين المستثمر المتطلّع إلى تحقيق أكبر ربح ممكن ، فإنّ التعاقد وفقا لهذا النظام لابدّ له من إجراءات متعدّدة تشكّل مسار تكوين العقد.

كل هذا وذاك تم تقسيمه إلى المباحث التالية:

**المبحث الأول:** مفهوم عقود البوت.

**المبحث الثاني:** التكييف القانوني لعقود البوت

**المبحث الثالث:**كيفية التعقد بنظام البوت واللآثار المترتبة عنه

## المبحث الأول :

## مفهوم عقود البوت (B.O.T)

عقد البوت هو من العقود المستحدثة نسبيا في المعاملات الإقتصادية الدولية منها والمحلية، حيث بدأ الإهتمام بهذه العقود لما تقدّمه من خصائص وصور مختلفة للتعاقد ، هذا ما يجعلها تختلف في بعض الأحيان عن العقود الإدارية المعهودة (عقد الالتزام ، عقد الأشغال ...إلخ) ، وتتماثل معها في أحيان أخرى في بعض الإجراءات كطرق إبرام العقد .وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث .

### المطلب الأول:

### التعريف بعقد البوت وموقف المشرّع الجزائري منه

بالرّغم من عدم وجود تعريفا قانونيا محدّدا لنظام البوت إلا أنّه لقي رواجا دوليا ، يفرض من خلاله القطاع الخاص وجوده في بعض المشاريع التي كانت سابقا حكرا طبيعيا للدّول ، وذلك بتمويل إنشائها وتشغيلها لمدّة من الزمن قبل إعادتها للجهة الحكومية ، الأمر الذي يجعلنا نتساءل في هذا الصدد عن نظرة المشرّع الجزائري إلى مدلول هذه العقود .

**الفرع الأول : تعريف عقود البوت (B.O.T) :**

إنّ إستخدام حروف B.O.T هو اختصار لكلمات اللغة الانجليزية التالية :

-Build : تعني البناء .

-Opérante: تعني التشغيل .

-Transfer: تعني نقل الملكية .[1]

[1]- مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **الوجيز في عقود البيوت** ، دار الكتب القانونية : مصر ، 2008، ص 09.

ويقابلها بالفرنسية مصطلح C.E.F وهي إختصار للكلمات :

- Construire : تعني البناء .

-Exploiter: تعني الاستثمار .

- Transférer: تعني نقل الملكية .[1]

ويقصد بعقود البوت : تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأس المال لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ، وفقا لمواصفات محدّدة سلفا بين الدولة والمستثمر، حيث يتحمل المستثمر بموجبه كافة أعباء البناء والتشغيل ، يكون له الحق في الحصول على إيرادات التشغيل لمدة زمنية محدّدة يتم الاتّفاق عليها في العقد ، حيث تختلف هذه المدّة من مشروع إلى آخر .

فكلّما زادت تكاليف إنشاء المشروع وقلّ إيراده كلما طالت هذه المدّة الزمنية وكلّما قلّت تكاليف الإنشاء ، وزادت الإيرادات كلما قلّت المدّة الزمنية المتفق عليها ، وذلك حسب ما تبيّنه دراسات الجدوى الإقتصادية ، وبعد انتهاء المدّة المتفق عليها يتم تسليم المشروع بكل ما فيه من أجهزة ومعدّات للدولة .

وقيل أيضا أنّ المقصود بعقود البوت هي نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية ، حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل " شركة المشروع " ، بموجب إتّفاق يبرم بينهم يسمّى "التّرخيص " ، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من المرافق العامة ، ويرخّص لشركة المشروع بتملّك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا، على نحو يمكّنها من

[1] – وضاح محمد المحمود ، **عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) : حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها** ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، 2010، ص 31.

استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طويل مدة الترخيص ، وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية الترخيص ، بالأوضاع والشروط المتفق عليها .[1]

ولقد عرّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التّجاري الدولي عقد البوت بأنّه:<<شكل من أشكال تمويل المشاريع ، تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم "الإتحاد المالي للمشروع "امتياز لصوغ مشروع معيّن وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدد من السنين ، تكون كافية لإسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل ،أو من المزايا الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز ، وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة ، يكون قد تمّ الإتّفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح إمتياز المشروع >>.[2]

ومن خلال هذه التعاريف ، نجد أنّ مشروعات عقد البوت تقوم على طرفين هما :

**1-الجهة الإدارية :**

يتم منح الإمتياز في أغلب عقود البوت عن طريق الدولة ممثلة بالوزارات والمؤسسات والهيئات والأشخاص المعنوية الأخرى ،إقليمية كانت أو مرفقية .

**2- شركة المشروع :**

يسمى الملتزم أو صاحب الإمتياز أو المستثمر وهو الطرف الذي يلتزم بالبناء والتشغيل ونقل ملكية المشروع .[3]

[1]- عصام أحمد البهجي ، **التحكيم في عقود البوت** : دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008، ص 13-14.

[2]-لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان : الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، الدورة التاسعة والعشرون ، نيويورك 28 مايو -14 يونيو 1996، ص 3.

[3] -مازن ليلو راضي ، **العقود الإدارية** ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، ط 1 ، عمّان ، 2001، ص 111.

**الفرع الثاني:موقف المشرّع الجزائري من عقود البوت :**

إنّ الجزائر لم تعرف كلمة " B.O.T " في قوانينها ، ولكن بالرّجوع إلى قانون المياه نستشف صيغة من صيغ هذا النظام ، في نص المادة 17،[1] التي جاء فيها تحديد مكوّنات الأملاك العامة الإصطناعيةللمياه ، مفادها :<< تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية المنشأة والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الإمتياز أو التفويض للإنجاز والإستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو الخاص >>.

وفي القانون المتعلّق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات[2] نجد مصطلح الإمتياز المنصوص عليه في المادة 2 ، يحمل نفس المعنى إذ جاء فيها :<< الإمتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطوّرها فوق إقليم محدّد بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزّع بواسطة القنوات >>، وأضافت المادة 7 منه : << ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام ، حائز رخصة للإستغلال >>.

نستشف ممّا جاء أعلاه أنّ المشرّع الجزائري قد أورد في قوانينه المراحل المتضمنة في عقود البوت وهي البناء أو الإنجاز والإستغلال ، ثمّ إعادة المشروع للدولة بعد نفاذ عقد الإمتياز أو التفويض .

كما نجد أنّ المشرّع الجزائري بإصداره للأمر 04/08 المحدّد لشروط منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية ، يكون قد فتح

[1] – قانون رقم 12/05، المؤرّخ في 28 جمادى الثانية سنة 1426 الموافق لـ 4 سنة 2005 ، المتعلق بالمياه ، ج.ر عدد 60 الصادرة في 4 سبتمبر 2005، المادة 17.

[2] – قانون رقم 02/02 ، مؤرّخ فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء، وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ، ج.ر عدد 08 ، الصادرة في 6 فبراير 2002، المادة 2-7.

المجال للتّعاقد بنظام البوت ، بإعتبار أن المشاريع المنشأة تطبيقا لهذا القانون ترجع إلى الدّولة عند إنتهاء مدة الإمتياز .[1]

كما نجد أن المشرّع الجزائري بإصداره للأمر 04/08 المحدّد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، يكون قد فتح الماجل للتعاقد بنظام البوت باعتبار المشاريع المنشأة تطبيقا لهذا القانون ترجع إلى الدولة عند انتهاء مدّة الامتياز .[2]

## المطلب الثاني :

## خصائص عقد البوت

تتمتع عقود البوت بأهمية كبيرة خاصة في الدّول النامية التي تفتقر إلى القدرة على تمويل مشاريعها الاقتصادية وتسعى إلى التخفيف عن كاهل ميزانيتها بإنشاء وتشغيل بعض المرافق من قبل القطاع الخاص ونقل ملكيتها بعد فترة إلى الدولة ، ومن بين الخصائص والمميزات التي يمتاز بها هذا النوع من العقود نذكرها في الفروع التالية :

### الفرع الأول : إقامة مشروعات ومرافق جديدة :

إنّ الهدف من إقدام الدولة أو أحد أجهزتها على التعاقد بنظام البوت أو إنشاء مرافق عامة هدفها تحقيق النفع العام عن طريق تقديم خدمات لجمهور المنتفعين،[3] فبموجب هذه العقود يتم إقامة المشروعات والمرافق العامة الجديدة التي تحتاجها الدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية في مجالات متعدّدة منها : مجال الكهرباء ، المياه، الطرق والمطارات ، السكك الحديدية ،

[1] – القانون رقم 04/08 ، المؤرخ في أو سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والمواجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، ج.ر عدد 49 ، الصادرة في 3 سبتمبر 2008.

[2] – الأمر 04/09 ، المؤرخ في أول سبتمبر سنة 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، ج–ر ، العدد 49، الصادرة في 23 سبتمبر 2008.

[3] –مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **المرجع السابق** ، ص 21.

المستشفيات والمرافق الصحية ، الزراعة والري والإسكان ...إلخ ، مما يؤدي إلى إتاحة مزيد من فرص العمل وضخ أموال جديدة إلى السوق ممّا يقلّل من نسبة التضخّم ويحد من البطالة ، فضلا عن كونها تؤدي إلى خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة .[1]

وبعد أن كان تشييد المرافق العامة واستغلالها واستفادة جمهور المنتفعين بها أمر قاصر على الدولة ، بحيث لا يسمح بالقطاع الخاص القيام بهذه المهمة أصبح من الضروري عليها إبرام هاته العقود مع القطاع الخاص لتخفيف العبء عليها ، وتجعل من القطاع الخاص على علاقة مباشرة مع الجمهور في تقديم الخدمة عن طريق استغلال هاته المرافق بعد إنشائها لمدّة محدّدة من الزمن مع العلم أنّ ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق تثبت لها طوال مدّة العقد.[2]

**الفرع الثاني :تخفيف العبء المالي عن كاهل الدولة :**

ففي ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل وإنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل بها ممّا يؤدّي إلى أن تتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية، وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرا أجنبيا مما يعني إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي ، الأمر الذي يؤدّي إلى تحسين ميزانية المدفوعات وخفض العجز في الميزانية العامة للدولة ، وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي ، أي عدم اللجوء إلى الصرف من الميزانية العامة للدولة أو مواردها السياسية واحتياطاتها النقدية ، من أجل بناء هذه المشروعات التي تحتاج إلى استثمارات ضخمة ، كما يؤدي هذا الأسلوب إلى تخفيف العبء عن كاهل الإدارة ، وذلك بإعفائها من إدارة وتشغيل بعض المرافق العامة .[3]

[1] – نوفان العقيلي العجارمة ، **عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني** ، دراسات الشريعة والقانون ، المجلد 40 ، ملحق 1، 2003، ص 1053.

[2] – مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **المرجع السابق** ، ص 22.

[3] – نوفان العقيل العجارمة ، **المرجع السابق** ، ص 1052.

وبما أنّ شركة المشروع تنوب الجهة الإدارية في القيام بمهمة الإشراف والرقابة على شركة المشروع سواء خلال مرحلة البناء للتأكد من تنفيذ هذه الأخيرة للمشروع وفقا للمواصفات الهندسية والفنية المتفق عليها ، أو خلال مرحلة الإدارة وتقديم الخدمة للمنتفعين.[1]

**الفرع الثالث :إستفادة الحكومة من خبرة القطاع الخاص في الإدارة ونقل التكنولوجيا :**

يتم الحصول على التقنية العالمية الحديثة اللازمة لتشييد تلك المشروعات التقنية الحديثة والذي لديه سابق الخبرة العالمية في تشييد وبناء مثل هذه المشروعات والمرافق آخذين بعين الإعتبار أنّ الإدارة الخاصة دائما تكون أكثر فاعلية و كفاءة من الإدارة الحكومية ، مما يحسّن من أداء هذه الخدمات وتحسين صورة الحكومة أمام المواطنين ، فهذا الأسلوب يؤدي إلى التحرر من الروتين والتعقيدات الحكومية التي غالبا ما يكون لها آثارا سلبية على كفاءة المشروع وإنتاجه خاصة إذا تعلق الأمر بأحد المرافق الاقتصادية .[2]

## المطلب الثالث :

## صور عقود البوت والعقود الشبيهة لها

**الفرع الأول : صور عقود البوت :**

إن عقد البوت أو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو الصورة الأكثر شيوعا في الدّول المختلفة ، لكن الواقع العملي أظهر صور خرى لهذا النظام من العقود ، والمعيار الأساسي الذي يميز بين هذه الصور هو كم الحقوق التي تتمتع بها شركة المشروع والسلطات التي تمتلكها خلال فترة الاستغلال ولإيضاح هذه الصور سنعرضها كالآتي :

[1] –مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **نفس المرجع** ، ص 23.

[2] – نوفان العقيل العجارمة ، **المرجع السابق** ، ص 1053.

### 1-عقد البناء والتمليك ونقل الملكية : B .O.O.T:

يرى جميع الفقهاء في إطار هذه الصورة أن شركة المشروع تقوم ببناء المشروع على نفقتها، وتمتلك العناصر التي أوجدتها منشآت وأدوات ومهمات وأجهزةوآلات ، ويكون ذلك في مرحلة التشييد ، حيث يكون لهذه العناصر خصوصيتها واستقلالها عن المرفق العام ، إذ أنّ هذه العناصر لم تكن جزء من أصور وأموال المرفق موضوع التعاقد ، أمّا في مرحلة إتمام البناء وإستغلال المرفق تفقد هذه العناصر خصوصيتها وإستقلالها عن شركة المشروع، حينئذ لا يصح القول أنّ شركة المشروع تمتلك هذه العناصر لأنّه لا يجوز لها أن تتصرف في المشروع تصرف ناقل للملكية ، لأنّ ذلك لا يكون إلا لمالك الرقبة ، وهي الجهة الإدارية المتعاقدة .[1]

### 2-عقد البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T:

في هذا النوع من العقود تسمح الدولة للمستثمر ببناء المشروع ، وبعد الانتهاء من بنائه تقوم الجهة الإدارية بإستئجاره من المستثمر، حيث يجب أن تكون القيمة الإستئجارية التي تدفعها الدولة كافية لتغطية نفقات البناء بالإضافة إلى ربح معقول ، وبعد نهاية مدة الإيجار يصبح المرفق ملكا خالصا للدولة .

### 3-الإيجار و التجديد والتشغيل ونقل الملكية : L.B.O.T:

في إطار هذا العقد تقوم شركة المشروع بإستئجار مشروع قائم من الجهة الإدارية ، ثم تقوم بتطويره وتجديده على نفقتها ، وتشغيله مدة العقد المتفق عليها ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية بحالته الحديثة بعد التجديد دون مقابل .[2]

[1] – مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **المرجع السابق** ، ص12.

[2] – مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **المرجع السابق** ، ص14-15.

### 4-عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل :D.B.F.O:

في هذه العقود يتم الاتفاق بين الجهة الإدارية والمستثمر على بناء مشروع معين على نفقة هذا الأخير ، وذلك وفقا للشروط الفنية والتصميمات الهندسية تضعها للجهة الإدارية ، ويكون للمستثمر الحق في استغلال المشروع أو المرفق على أن يكون هذا الاستغلال وفقا للشروط التي تحدّدها الجهة الإدارية ، وعند انتهاء مدة العقد تعود ملكية المشروع إلى المستثمر ، وتحصل الجهة الإدارية على قيمة الأرض ونسبة من الأرباح مقابل منح الترخيص ،[1] وتلجأ الدولة إلى هذا النّوع من التعاقد في العقود الضخمة التي تحتاج إلى مبالغ مالية كبيرة ، ويرى البعض أنّ هذا النوع من العقود يعدّ لونا من ألوان خصخصة القطاع العام .

### 5-التجديد والتملك والإستغلال : B.O.O

تبرم هذه العقود بين الحكومة والمستثمر من أجل تجديد أو إعادة بناء أحد المشاريع العامة القائمة وتزويدها بكافة ما تحتاج إليه من آلات ومعدّات ويكون للمستثمر الحق في التصرّف في المشروع دون إلتزام بإعادته للدولة ، ويكون للجهة الإدارية الحصول على مقابل يقسّط على عدّة سنوات .

وتلجأ الدولة إلى هذا النوع من العقود بالنسبة للمشروعات المدنية المتكبدة خسائر فادحة بحيث لا تتمكن هذه المشاريع من الوفاء بمتطلبات التجديد وإعادة البناء .[2]

### 6-عقد التجديد والتملك والتشغيل والتمويل :M.O.O.T

يقوم الإتّفاق في هذا التعاقد على تحديث وتطوير المرفق الموجود أصلا وبهذا يقتصر دور المستثمر على التجديد في مقابل حيازته لفترة من الزمن يتم الإتّفاق عليها في العقد وخلال هذه

[1] – محمد الروبي ، **عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T**،دار النهضة العربية ، 2006، ص55.

[2] – محمد الروبي ، **نفس المرجع** ، ص 57.

الفترة يحصل المستثمر على إيرادات المشروع والرّسوم المفروضة من تشغيله .[1]

## الفرع الثاني : العقود الشبيهة بعقود البوت :

نظر للتّشابه الموجود بين عقود البوت والعقود التي تعكس تدخّل القطاع الخاص في بعض المشاريع العمومية جعل التمييز بينهما أمرا ضروريا لتبيان نقاط التشابه :

### 1-عقود البوت وعقود الأشغال العامة :

تعرف عقود الأشغال العامة أو عقود المقاولات العامة أنّها العقود التي يتعهد بمقتضاها أشخاص القطاع الخاص القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب شخص معنوي تحقيقا لمصلحة عامة وذلك مقابل ثمن تلتزم به الإدارة ،[2] ومن خلال هذا التعريف نبين شروط هذا العقد وهي :

-أن يكون موضوع العقد عملا يقع على عقار يؤدّيه شخص من الأشخاص الخاصة.

-أن كون العمل لحساب شخص من الأشخاص العامّة .

- أن يكون الغرض من عقد الأشغال العامة تحقيق منفعة عامة .

ومن هنا يمكن القول أنّ عقد البوت يتّفق مع عقد الأشغال العامة في أنّ موضوع كل منهما ينصبّ على أعمال إنشائية للمرافق العامة في سبيل تحقيق النّفع العام هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يتّضح لنا الفرق الجوهري بين العقدين ، الذي يكمن في أن تمويل عقد الأشغال يكون من الميزانية الخاصة للجهة الإدارية ، بالإضافة إلى إستلام وتسيير المرفق المنشأ ، أما في عقد البوت تكون الإدارة والتشغيل إلى جانب الإنشاء من إلتزامات المتعاقد طوال فترة العقد ليتمكن بذلك من تحصيل ما تكبّده من نفقات

[1]- عصام أحمد الهجي ، **التحكيم في عقود البوت** ، **المرجع السابق** ، ص24.

[2]- حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001، ص 191.

**2-عقد البوت وعقود إلتزام المرافق العامة :**

عقد الإلتزام أو الإمتياز هو عقد إداري يتعهد به أحد الأفراد أو شركة بمقتضاه على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أوأحد وحداتها المحلية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامّة للجمهور عن طريق إدارة مرفق عام إقتصادي لمدّة محدّدة من الزمن مقابل رسوم يحصل عليها من المنتفعين بالمرفق[1] على المشروع حتى إعادة ملكيته إلى الدولة في نهاية مدّة العقد هذا بالنسبة لعقد البوت ، أما بالنسبة لعقد الخصخصة فتنتقل ملكية المشروع نهائيا إلى القطاع الخاص وتنقطع صلة الجهة الإدارية به ، مما يترتب عنها عدم التدخّل في إدارته أو فرض رقابة عليه أو الإشراف عليه .[2]

## المبحث الثاني :

## التكييف القانوني لعقد البوت

"ثار خلاف فقهي كبير حول الطبيعة القانونية لعقود البوت إنقسم إلى ثلاث إتّجاهات ، فقد ذهب البعض إلى أنّها من قبيل القانون الخاص ، وذهب آخرون إلى أنّها ذات طبيعة خاصة ، بينما أكّد الاتّجاه الغالب على أنّها عقود إدارية" ،[3] وهذا ما سنتناوله في المطالب التالية :

### المطلب الأول :

### عقود البوت عقود القانون الخاص

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقود البوت هي من عقود الإستثمار الأجنبي وبالتالي فهي من قبيل القانون الخاص ، تخضع للقانون المدني و التجاري ، وينعقد الإختصاص في شأنها

[1]- محمد أنور حمادة ، **قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003، ص 107.

[2]- مازن لبلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص 105.

[3] - أحمد سلامة بدر ، **العقود الإدارية وعقد البوت** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003، ص 384.

للقضاء العادي ، مالم ينص العقد على شرط التحكيم و أبرز ما جاء به أصحاب هذا الإتجاه ، الأدلة والبراهين التالية :

**الفرع الأوّل :وجود حقوق وإلتزامات متوازنة بين طرفي العقد :**

يعتمد هذا الرأي على أنّ هذه العقود تقوم في الأساس على وجود حقوق وإلتزامات متوازنة بين طرفي العقد ، بحكم أنّ شركة المشروع غالبا ما تكون في مركز قوي ، بحيث تفرض شروطها وتكون ندّا للدولة خاصّة إذا ما كانت تلك الشركة أجنبية ، وعندها يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكم عقود القانون الخاص .

" ومن جانب آخر فإنّ فكرة العولمة والخصخصة التي تسود العالم اليوم ، تفرض على الدولة أن تكون تعاقداتها كالأفراد دون تمييز لها ، لأنّها إنّ تميّزت سلطاتها الإستثنائية فلن تجد متعاقدا يتعاقد معها ولديه القدرة التكنولوجية ".[1]

"ومن المتفق عليه في الدول التي تعتنق مبدأ القضاء المزدوج ، أنّه لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية يجب أن تتوافر فيه معايير العقد الإداري وهي :

-أن يكون أحد طرفي العقد شخصا عاما .

-أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام .

-أن يتضمن شروط إستثنائية غير مألوفة في تعاقدات الأفراد ".

وبما أنّ عقود البوت حسب هذا الرأي تفتقر إلى الشرط الثالث من شروط إكتساب العقد الصفة الإدارية ، وهو ما يجعله في النهاية عقدا مدنيا أو تجاريا وليس عقدا إداريا ، وهذا ما إستقرّ عليه القضاء المصري ، حيث يعتمد على ضرورة توافر الشروط الثلاثة السابقة مجتمعة

[1] – مازن لبلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص 106.

لكي يعتبر العقد عقدا إداريا ، على عكس القضاء الفرنسي الذي يكتفي بتوافر الشخص المعنوي كطرف في العقد إلى جانب أحد الشرطين الآخرين .[1]

ويترتب على هذا الخلاف بين القضاء المصري والقضاء الفرنسي هو خضوع عقود البيوت للقانون المدني في مصر بينما يخضع لأحكام القانون العام في فرنسا .

**الفرع الثاني:ملكية شركة المشروع للمرفق ملكية تامة وخالصة ونهائية:**

يرى أنصار خصخصة عقود البوت أنّ ملكية شركة المشروع للمرفق محل التعاقد ، في بعض صور عقد البوت ، ملكية تامة وخالصة ونهائية ، وهو الأمر الذي لا يتوافر في عقد إلتزام المرافق العامة ، والأشغال العامة ، الذي تكون فيه الدولة مالكة للمشروع .[2]

وأكثر من ذلك يرى البعض أنّ الدولة تقوم بالتّنازل عن ملكية المشروع في عقود البوت المبرمة بصيغة B.O.O.T ، وعن ملكية الأرض المقام عليها المشروع ، لصالح المستثمر الأجنبي ، وفي هذا التنازل خير دليل على عدم خضوع عقود البوت للقانون العام .[3]

**الفرع الثالث : القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع سياسة تشجيع الإستثمار:**

إنّ إعتبار الدّول فكرة عقود البوت هي عقود إدارية من شأنه أن يؤدّي إلى تخويف المستثمرين وتردّدهم في إستثمار أموالهم في الدّول التي تعتنق هذا التكييف ، وذلك تجنّبا للمخاطر التشريعية والقضائية والإدارية التي يمكن أن يتعرضوا لها ، ومن ثم يرون أنّ الدولة حتى يتسنّى لها جذب إستثمارات أجنبية والحفاظ على العلاقات الاقتصادية القوية في الخارج

[1] –محمد الروبي ، **المرجع السابق** ، ص 81.

[2] – مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **مرجع سابق** ، ص 32.

[3] – عصام أحمد البهجي ، **عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008، ص 100.

يجب عليها أن تبتعد عن أساليب القانون العام ، وتلجأ إلى العقود المدنية والتجارية ، وهو ما ينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلبات التعامل الدولي .[1]

وقد تعرّض هذا الاتّجاه إلى جملة من الإنتقادات نوردها فيما يلي :

-الدولة في عقود البوت تقوم بعملية الرقابة على المشروع وهو ما يؤكّد على إعتبار العقد من عقود القانون العام .

-عقد البوت من عقود القانون العام نظرا لأحقية الدولة في إنهاء العقد دون الرّجوع للطرف الآخر .

-أحقية الدولة في الحلول محل شركة المشروع في تشغيل المرفق ، يؤكد على أنّ هذه العقود من عقود القانون العام .[2]

-خلو نصوص القانون المدني من الإشارة لعقود البوت بمفهومها الحديث ، ومن ثمّ تخرج هذه العقود من عقود القانون المدني .[3]

## المطلب الثاني :

## عقود البوت ذات طبيعة خاصة

يرى أنصار هذا الرأي أنّ الطبيعة القانونية لعقود البوت يصعب تحديدها مسبقا ووضع تكييف محدّد وثابت لها ، و ذلك إستنادا على الحجج والبراهين التالية :

[1] – محمد الروبي ، **المرجع السابق** ، ص 79.

[2] – سناء بلقواس ، **الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي** ، بحث مقدّم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص: قانون إداري وإدارة عامة ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2010، ص 60.

[3] –عصام أحمد البهجي ، **عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة** ، **المرجع السابق** ، ص 102.

**الفرع الأول: صعوبة إعطاء تكييف موحّد على جميع صور عقود البوت:**

يقول أنصار هذا الرأي أنّ عقود البوت ومشتقاتها ، على الرغم من أنّها إمتداد لعقود الإمتياز إلا أنّه يوجد خلاف إذ انّ عقود البوت يتم عقدها خلال نظم قانونية مختلفة فلكل عقد ظروفه الخاصة بحيث يصعب وضع قاعدة عامة ومجرّدة ، تقضي بأنّ عقد البوت عقد من عقود القانون الخاص أو أنّه عقد إداري ، لذلك يجب تفحّص كل عقد على حدى ووضعه تحت النظام القانوني الذي يحكمه ، وبناءا على هذا التكييف قد تعتبر عقود البوت تارة عقدا إداريا إذا إستجمعت عناصره وتارة أخرى من عقود القانون الخاص ، عندما تسعى الدولة إلى حصول على الإقتراض من شركة المشروع أو المؤسسات المالية لتمويل مشروعاتها .[1]

**الفرع الثاني : عقود البوت أداة لتحقيق التنمية الإقتصادية:**

إنّ الرغبة في تحقيق التنمية الإقتصادية في الدول ، هي الدافع الوحيد للتعاقد بنظام البوت مع المستثمرين الأجانب ، لتدخل بذلك عقود البوت في دائرة عقود الدولة في مجال الإستثمار ، والتي يرى فيها البعض أنّ طبيعتها الخاصة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو القانون الخاص ، إنّما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وإرتباطها بخطط التنمية في الدول المضيفة .

"وقد إعتبرها الفقه الغالب في القانون الدولي أنّها من طبيعة مختلطة وذلك بالنظر إلى التطور الذي عرفه مفهوم العقد نفسه الذي إنتقل من مجرد إتّفاق بين أطرافه إلى أداة من أدوات تحقيق الإستراتيجية الإقتصادية للمجتمع ، وظهور شروط جديدة أصبحت تتضمنها تلك العقود، منها شروط إعادة الملائمة ومراجعة العلاقة العقدية المرتبطة بمسألة تغيّر الظّروف الإقتصادية والإجتماعية للعقد" .[2]

[1] –مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **المرجع السابق** ، ص 35.

[2] – سميرة حصايم ، **المرجع السابق** ، ص 35.

## المطلب الثالث :

## عقود البوت عقود إدارية

يتّجه كثير من الفقهاء إلى تكييف عقود البوت على أنّها عقود إدارية ، وأبرز ما توجه إليه من آراء ما يلي :

### الفرع الأول : عقود البوت هي صورة حديثة لعقد الالتزام :

انطلاقا من رأي الإتجاه الغالب لفقه القانون العام الذي يعتبر عقود البوت لا تخرج من المسمّى الحديث لعقود الإلتزام التي تعدّ بطبيعتها عقودا إدارية ، فإنّ عقود البوت تعد كذلك، وينطبق عليها ما تقدّم من شروط ،[1] فضلا عن ذلك ، فقد ذهب فقه القانون العام ، إلى إعتبار العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي–وهي الصفة الغالبة على عقود البوت – بأنها عقود إدارية نظرا للتماثل القائم بين هذه العقود والعقود الإدارية، فكلاهما تبرمه سلطة عامة لتحقيق نفع عام .

كما أنّ عقود الإستثمار عموما ، وإن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر، إلا أنها من وجهة نظر الدولة المضيفة تستهدف في المقام الأول تسيير أحد المرافق العامة بإنتظام، وأنّ الدولة بوصفها ذات سيادة لا يمكن أن تخضع في إلتزاماتها لقانون آخر غير قانونها ، ومن ثمّ فإنّ العقود التي تبرمها مع أحد الأشخاص الخاصة، تعد من عقود القانون العام .[2]

[1] – ينظر ما تقدّم من شروط في الصفحة 17 من المذكرة

[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2008، ص 119.

**الفرع الثاني : التوسّع النسبي لشروط التعاقد لا ينفي الطبيعة الإدارية لعقد البوت:**

إنّ التوسع النسبي في الشروط التعاقدية ، التي لا يجوز نقضها أو تعديلها إلاّ بموافقة الطرفين ، وذلك في مقابل التحقيق إلى حدّ ما من الشروط اللائحية التي يجوز للجهة الإدارية تعديلها ، دون التوقّف على موافقة المتعاقد معها ذلك لأنّ الهدف هو تشجيع الشّركات الدولية الكبرى على القدوم للدولة والإستثمار فيها ، وطمأنة المستثمرين وتهيئة المناخ القانوني لذلك.

والتوسع النسبي في الشروط التعاقدية على حساب الشروط اللائحية لا يعني خلو عقود البوت من تلك الشروط ، وإنّما يعني الحدّ منها ، بحيث يأتي محافظا على المصالح المحتملة للمستثمرين ، ولا مهدرا للمصلحة العامة .[1]

**الفرع الثالث : خضوع عقود البوت لشروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص :**

إنّ من بين العقود الإستثنائية ، غير المألوفة في عقود القانونالخاص ،التي تخضع إليها عقود البوت ، هو سلطة الجهة الإدارية في الرّقابة والإشراف ، بالإضافة إلى سلطة الجهة الإدارية في الرقابة و الإشراف بالإضافة إلى سلطة التعديل مع حفظ حق شركة المشروع ، أثناء مرحلتي البناء والإستغلال خير دليل على إسناد عقود البوت من قبيل العقود الإدارية كذلك إسناد جهة الإدارة لشركة المشروع مهمة إنشاء مرفق عام ، كان لها من باب أولى إنشائه، يعدّ في حدّ ذاته إستثناءا يستدلّ به ، وإذا كان القانون قد أعطى لجهة الإدارة سلطات إستثنائية ، فإنه في المقابل قد أعطى للمستثمر الأجنبي إمتيازات غير متوفّرة في القانون الخاص ، مثل الحق في طلب إعادة التوازن المالي للعقد ، والحصول على التعويض المناسب

[1] – محمد الروبي ، **المرجع السابق** ، ص 69_70

في مقبل الخدمات التي يقدّمها ، حتى ولو لم يرد عليها نص ومن هذا المنطلق تعد عقود البوت حسب هذا الإتّجاه عقودا إدارية ، سواء تمّ عقدها مع طرف خاص وطني أو أجنبي .[1]

ورغم كل الحجج والبراهين ، إلا أنه تعرّض هذا الإتّجاه لجملة من الإنتقادات أهمّها :

-تكون ملكية المشروع في عقد البوت خالصة للقطاع الخاص ، خلال فترة الترخيص بالبناء والتشغيل مع تحمّل كافة المخاطر الناجمة عن ذلك وهو ما لا يتحقق في عقد الإلتزام حيث تظل الملكية للدولة .

-إختلاف المناخ القانوني لعقود البوت ذات منشأ أنجلوسكسوني لا يقرّ بوجود عقود إدارية متميزة عن العقود العادية .[2]

-كثير من أحكام التحكيم لم تسبغ على عقد البوت الصفة الإدارية وإعتبرها من قبيل عقود القانون الخاص .[3]

[1] – محمد الروبي ، **المرجع السابق** ، ص 96-98.

[2] – مازن ليلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص 109.

[3] – أحمد سلامة بدر ، **المرجع السابق** ، ص 375.

## المبحث الثالث :

## كيفية التعاقد بنظام البوت والآثار المترتبة عنه

رصد المشرّع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى نظاما قانونيا تتدرج فيه خطوات وكيفية إبرام العقود الإدارية ، التي من بينها عقود البوت ، وذلك طبقا لأسلوب المناقصة كمبدأ عام ، ولا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة التحلل منه لتسلكأسلوب التراضي إلاّ إستثناءا طبقا لما ورد في نص المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري ، وعليه سندرس هذه الطرق للتعاقد بنظام البوت مبرزين للآثار المترتبة عن هذا التعاقد .

### المطلب الأول :

### طريقة المناقصة

تعدّ المناقصة القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية ، وهذا ما جعلها ذات أهمية خاصة في مختلف قوانين الدّول و عليه نسلّط الضوء على مفهوم المناقصة والإجراءات المتبعة فيها .

#### الفرع الأول : تعريف المناقصة:

خصّص المشرّع الجزائري لهذا الأسلوب العديد من المواد في كل قوانين الصفقات العمومية، لكون أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العامة، وقد عرّفت أحكام المرسوم الرّئاسي رقم 236/10 المناقصة بقولها[1] : المناقصة إجراء يستهدف

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل 7 أكتوبر 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، المعدّل والمتمم، المادة 25.

الحصول على عروض من عدّة متعهّدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدّم أفضل عرض .[1]

ومما تقدّم نقول أنّ المناقصة هي جملة الإجراءات التي حدّدها المشرّع للإدارة ، وقيّد بها سلطتها في إختيار المتعامل معها ، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين، بهدف الوصول إلى إبرام العقد مع المناقص الذي يقدّم العرض الأقل سعرا والأفضل شروطا.[2]

ويمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية ، لما يمكن أن تتم حسب المادة 28 من المرسوم الرّئاسي 236/10 في الأشكال التالية :المناقصة المفتوحة ، المناقصة الإنتقائية المزايدة ، والمسابقة،[3] وإذا أرادت جهة الإدارة التعاقد مع المستثمر الأجنبي ، فإنّ ذلك سيكون بطريقتي المناقصة العامة أوالمناقصة المحدودة .[4]

وتمرّ المناقصة بعدد من المراحل والإجراءات تبدأ بمرحلة الإعلان وصولا لمرحلة الاعتماد، وهذا ما سنورده في الفرع الثاني .

**الفرع الثاني : إجراءات المناقصة في عقد البوت:**

نتناول خلال هذا الفرع خطوات التعاقد بنظام البوت حيث تبدأ بالإعداد الفنّي للمشروع تليها مرحلة طرح المشروع ، وإختيار المستثمر ، ومنتهية بصياغة عقد البوت .

**أولا:الإعداد الفني للمشروع :**

يتعين على الإدارة مراعاة بعض الإجراءات الشكلية قبل إبرام العقد ومن هذه الإجراءات:

[1] –**المرجع السابق**، المواد 26.

[2] – هبة سردوك ، **المناقصة العامة طريقة للتعاقد الإداري** ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1، الإسكندرية ، 2009، ص 60.

[3] – المادة 28 من المرسوم 236/10 **المرجع السابق**.

[4] – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ،**المرجع السابق**، ص 127.

**1-الإعتماد المالي :**

إنّ الإدارة لا تستطيع التعاقد أو إجراء أي تصرّف يترتّب عليها إلتزامات مالية ، ما لم يتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم ،كذلك تلتزم الإدارة بعدم تجاوز حدود هذا الإعتماد المالي ، ويترتّب على مخالفة الإدارة لهذا الإلتزام مسؤوليتها القانونية ، ومن المهم أن تراعي الجهات الإدارية حدود الإعتماد قبل إبرام أي عقد من العقود الإدارية ، بإستثناء الأعمال أو المشروعات التي تتم بالجهد الذاتي أو التّطوعي أو العمل الجماعي المنظم ، ولا يجوز التعاقد إلا في حدود الإعتمادات المدرج بالخطة والميزانية للعمل موضوع العقد .[1]

**2-دراسة الجدوى :**

تعرف دراسة الجدوى على أنّها مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الإقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات التي تستخدم في جمع البيانات والمعلومات ودراستها وتحليلها في ضوء محيط ما ، بقصد التوصّل إلى نتائج تحدّد مدى صلاحية تنفيذ المشروع من عدّة جوانب: قانونية ، مالية ، إقتصادية ، إجتماعية و ثقافية .[2]

وتتم دراسة الجدوى عن طريق إستعانة الجهة الإدارية بجهات أخرى ذات خبرات فنية بموضوع التعاقد بنظام البوت أو تتصل بالمؤسسات الدولية المهتمة بمثل هذه المشاريع ، لما يمكن لها إيقاد بعض العاملين الحكوميين لحضور دورات تدريبية في هذا المجال ، أو الإستعانة بمشاريع نموذجية أعدت لهذا الغرض.

فضلا عن ذلك تتم دراسة أهمية وقدرة المشروع على خلق فرص عمل جديدة للعمالة الوطنية ، بما يساهم في تحقيق تنمية المجتمع .[3]

---

[1] – مازن ليلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص 128.

[2] – حامدماهر محمد ، **النظام القانوني في العقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005، ص 72.

[3] – عصام أحمد البهجي ، **عقود البوت** ، **المرجع السابق** ، ص 114، 115.

**3-الحصول على تصريح للتعاقد : (الإعلان عن المناقصة ):**

يشترط قبل إبرام العقد الإداري الحصول على إذن الجهة الإدارية المختصة التي يحدّدها القانون ، والذي بدونه لا يجوز للإدارة مباشرة أي إجراءات التعاقد ، ويترتّب على ذلك أنّ العقد الذي تبرمه الإدارة ، دون الحصول على الإذن معدوما من الناحية القانونية ، ولا يجوز تصحيحه بصدور إذن لاحق.[1]

وبإستقراء المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 نجد أنّ المشرّع الجزائري قد ألزم جهة الإدارة على الإعلان الصحفي كلّما كانت تعاقداتها بطريقة المناقصة المفتوحة أو المحدودة ، وهذا من أجل تجسيد مبدأ المنافسة وكذا العلانية في الصفقة .

ويتم نشر الإعلان إجباريا في النشرة الرّسمية لصفقات المتعامل العمومية ، محرّرا باللّغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني .[2]

**ثانيا : تقديم العطاءات واختيار المستثمر :**

تعرّف العطاءات على أنّها العروض التي يتقدّم بها المستثمر في الصفقة ، والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المقدّم القيام به ، وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة ، وكذا تحديد السّعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رسّت عليه الصفقة .[3]

وينبغي أن يتم تقديم العرض خلال المدّة المحدّدة من قبل المصلحة المتعاقدة تبدأ من يوم صدور الإعلان عن المناقصة ، كما أعطى لها المشرّع السلطة التقديرية في إختيار الأجل ،

[1] – مازن ليلوراضي ، **المرجع السابق** ،ص 130.

[2] – المادة 49 ، ف1 من المرسوم الرئاسي 236/10**المرجع السابق**.

[3] – عمار بوضياف ، **الصفقات العمومية في الجزائر** ، جسور النشر والتوزيع ، ط1، الجزائر ، 2007، ص 117.

وقيّدها بعناصر معيّنة ، تتمثل في تعقيد موضوع الصفقة وكذا المدّة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهّدات ، حيث تشتمل هذه الأخيرة على عرضين إحداهما تقني والآخر مالي يوضع كل منهما في ظرف مستقل .[1]

تتولى الحكومة عن طريق لجنة متكونة من الخبراء الإستثماريين المتخصّصين في مشاريع البوت ، دراسة الإقتراحات وتقييمها لإختيار أفضلها ، ويجب أن تتم هذه العملية وفقا للقواعد والأسس التي أعلنت عنها الجهة الإدارية في ملف المناقصة ،[2] حيث أسند المشرّع الجزائري قانون الصفقات العمومية 236/10 مهمة فحص العروض والعطاءات إلى لجنتين، لجنة فتح الأضرفة ، ولجنة تقييم العروض .[3]

**الفرع الثالث :مرحلة إبرام العقد:**

"بعد أن تنتهي الحكومة من تقديم العطاءات وموافقتها على إرساء الصفقة وقيام الإتحاد المالي للمشروع بتكوين شركة المشروع ، فإنّ الخطوة التالية هي دعوة الشركة التي تقدّمت بأفضل عرض ، لتوقيع عقود ومستندات تنفيذ المشروع وذلك بعد الّدخول في المفاوضات النهائية لما تطرحه من أهمية .[4]

ويتم إعتماد الصفقة بقرار منتج لآثاره القانونية يسمى قرار المصادقة على الإرساء لإضفاء الطابع النهائي والرّسمي على العقد ، وقد جاءت المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المعدّل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 معلنة أن الصفقات لا تكون صحيحة إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة على سبيل الحصر .[5]

[1] – المادة 50، 51 من المرسوم الرئاسي 236/10**المرجع نفسه.**

[2] – حامد ماهر ، **المرجع السابق** ، ص 81.

[3] – المادة 121 ، 125 من المرسوم الرآسي 236/10 ، **المرجع السابق.**

[4] – مازن ليلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص 81.

[5]–ينظر المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ، المادة 27، **المرجع نفسه.**

## المطلب الثاني :

## طريقة التراضي

إذا كانت الإدارة تفقد حرّيتها في إبرام العقد ، وفي إختيار المتعاقد عند العمل بأسلوب المناقصة نظرا لقيود الشكلية والإجرائية التي تلزم بمراعاتها عند العمل به ،فإنها تستعيد تلك تلك الحرية من خلال العمل بوسيلة أخرى أكثر مرونة ، وبأسلوب آخر إستثنائي يعفيها من التقيّد بشكليات وإجراءات المناقصة العامة وهو أسلوب التراضي .

### الفرع الأول : تعريف التراضي :

جاء في المرسوم الرئاسي 236/10 مفهوم التراضي على أنّه إجراء تخصيص صفقة كمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة .[1]

ومن منطلق المادة 25 يعدّ التراضي إستثناء يردّ على القاعدة العامة ، ألا وهي المناقصة، وعليه فإنّ إجراء المناقصة يقوم على أساس الإشهار الذي يعدّ كقاعدة عامة لإبرام الصفقات ، فإنّ إجراء التراضي يقوم على أساس المفاوضة والتراضي بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها .[2]

### الفرع الثاني : أشكال التراضي :

للتراضي شكلين أو طريقتين هما :

[1]–المادة 27 منالرسوم الرآسي236/10 ، **المرجع السابق**

[2] – محمد فؤاد عبد الباسط ، **العقد الإداري** : المقومات –الإجراءات – الآثار ، الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006، ص 30.

**أولا: الراضي البسيط:**

نصّ المشرّع الجزائري على أنّ التراضي البسيط هو إستثناء عن القاعدة العامة أي انّه يعد إستثناء على الإستثناء حيث بموجبه تقوم الجهة الإدارية بإبرام الصفقة مع متعامل وحيد بمجرّد تطابق إرادتهما والذي لا يمكن إعتماده إلا في الحالات التي نصّ عليها المرسوم 236/10 كما نجد أنّ المشرّع نص صراحة على أنّ العقود المبرمة وفق إجراءات التراضي البسيط لا تخضع لأحكام المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 98/11 المعدّل والمتمم للمرسوم رقم 236/10 ، وحيث تناولت هذه المادة ما يجب أن تتضمنه دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهّدين الأجانب من الإلتزام بالإستثمار وذلك في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري ويحوز الأغلبية رأسمالها الإجتماعي جزائريون مقيمون .[1]

**ثانيا:التراضي بعد الاستشارة :**

يعرّف التراضي بعد الإستشارة بأنّه الإجراء الذي تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد إستشارة مسبقة تسمح بدراسة وضعية السوق وإمكانيات المتعاملين الإقتصاديين المتقدّمين لها .

ويتم تنظيم هذا الإجراء بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون شكليات أخرى يعلّق على لوحة إعلانات المصلحة المتعاقدة كما يمكن توزيعه على جميع المصالح التي يقصدها المتعاملون المهتمون بالأمر .

وما يهمّنا في دراستنا هذه العقود التي تبرم بطريقتي التراضي البسيطة والتراضي بعد الإستشارة مع المتعاملين الأجانب والتي عرّفتها أحكام المرسوم 98/11 بأنّها المؤسسات

[1] – المرسوم الرئاسي 98/11 ، المؤرخ في 1 مارس 2011 المعدل المتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 .

الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدّم ضمانات ذات طابع حكومي وكذا ضمانات حسب التنفيذ .[1]

## المطلب الثالث :

## الآثار المترتبة على عقد البوت

يترتّب على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مثلها مثل العقود الإدارية جملة من الآثار، تتمثل في الحقوق والإلتزامات التي تتمتع بها الإدارة من جهة (الفرع الأول ) ، وما يقابلها من حقوق وإلتزامات ، يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى ( الفرع الثاني ).

وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية ، فإنّ ما تملكه الإدارة من إمتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الآخر بإعتبار أنّها تسعى نحو تحقيق الصالح العام .

### الفرع الأول : حقوق وإلتزامات المصلحة المتعاقدة :

تتمتع الجهة الإدارية بجملة من الحقوق في مواجهة المتعاقد معها من أجل تحقيق مصلحتها بالإضافة إلى الإلتزامات التي تقع على عاتقها تحقيقا لمصلحة المتعاقد معها نوردها فيما يلي :

#### أولا:حقوق المصلحة المتعاقدة :

تتمتع الجهة الإدارية المتعاقدة بجملة من السلطات :

#### 1-سلطة الرقابة والتوجيه :

تتمتع الجهة الإدارية بحق مراقبة المرفق العام أثناء إنشائه كما يحق لها مراقبة المتعاقد في إدارته للمرفق عن طريق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة ، تشمل كافة النواحي الإدارية

[1] -المادة 94، 95 من المرسوم نفسه .

والمالية والفنية ، ويجب على المتعاقد أن يمكّن الإدارة بالقيام بهاته المهمة ، سواء أثناء مرحلة البناء أو الإدارة .

وكما سبق وأن أشرنا أنّ للعقد نوعين من الشروط : شروط تعاقدية ، لا يجوز تعديلها إلا بإتّفاق الطّرفين ، أمّا الشروط اللائحية فإنّه يجوز للإدارة المتعاقدة أن تعدّل أيا منها وبإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة المتعاقد معها .[1]

**2_ سلطة توقيع الجزاءات:**

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصّر في تنفيذ إلتزاماته، سواء إمتنع عن التنفيذ أو تأخّر فيه أو نفّذ الإلتزام على غير الوجه المطلوب أو أحلّ غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة .

وتعدّ سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد بقرار تصدره دون اللّجوء إلى القضاء ، وتخضع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لنظام قانوني خاص ، هو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أنّ الحرص على سير المرافق العامة بإنتظام وإطّراد يستلزم التشدّد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة .

وقد إستقرّ الفقه على تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

**أ_جزاءات مالية :**

تتمثّل في المبالغ المالية التي يحقّ للإدارة أن تطالب بها ، إذا أخلّ بإلتزاماته ، وقد تكون هذه المبالغ المالية ، تعويضات عن الضرر الذي لحق بالإدارة جرّاء الإخلال بالإلتزامات ، وغرامات تأخيرية تفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في تنفيذ العقد، أو تكون هذه الجزاءات المالية في شكل مصادرة التأمينات ، وهي مبالغ مالية تودع لدى الجهة الإدارية

[1] – مصطفى عبد المحسن الحبشي ، **المرجع السابق** ، ص 61.

لتتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، وهي عبارة عن شرط جزائي من شروط العقود الإدارية يتم الإتّفاق مع المتعاقد .

**ب_جزاءات ضاغطة :**

هذا النوع من الجزاءات لا يهدف إلى تحمل أعباء مالية ، وإنّما يهدف إلى الضغط على المتعاقد لإجباره على التنفيذ ، ومن بين وسائل الضغط التي تتبعها الإدارة : وضع المشروع تحت الحراسة عن طريق إبعاد الملتزم المقتصر عن إدارته مؤقتا أو الحلول محلهبطريقة نهائية لتنفيذ العمل على حسابه ، أو تعهد إلى غيره بتنفيذ الأعمال على مسؤوليته .

**ج_جزاءات فاسخة :**

للإدارة سلطة إنهاء الرابطة التعاقدية بينها وبين الملتزم ، قبل الأجل المحدّد للعقد، وذلك لارتكابه خطأ جسيما في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية .[1]

**ج–حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة :**

تتمتع الإدارة بإمتياز مهم في عقودها الإدارية ، هو قدرتها على إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل إنتهاء المدة المحددة للعقد دون أن يصدر أي خطأ من جانب المتعاقد وغالبا ما تتضمن الإدارة عقودها شرط تمتّعها بهذا الإمتياز تجاه المتعاقد معها ، وتطمئنه في أحيان أخرى في دفاتر الشروط العامة والخاصة ،إلا أن ذلك لا يعني أنّ الإدارة لا تملك إنهاء عقودها ،إذا لم يوجد هذا الشرط فمن المستقر فقها وقضاءا ، أنّ هذه السلطة موجودة خارجة شروط ونصوص القوانين والأنظمة .

[1]– وضاح محمود المحمود ، **المرجع السابق** ، ص ص 117، 130.

ويمارس القضاء رقابته على قرار الإدارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة ، فإذا تبين للقضاء أنّ قرار الإنهاء لم يقم على أسباب مشروعة حكم للمتعاقد بالتعويض المناسب لما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه وبدون تقصير منه .[1]

**ثانيا : إلتزامات المصلحة المتعاقدة:**

بمجر إبرام الجهة الإدارية للعقد يقع على عاتقها مجموعة من الإلتزامات منها :

**أ-توفير البيئة القانونية الملائمة :**

يتوجّب على الإدارة تهيئة البيئة القانونية والإدارية والإستثمارية الملائمة لإنشاء المرفقوفق عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ، التي تضمن استمرار المرفق بالعمل بشكل جيد، حيث يعد الإستقرار القانوني عنصرا أساسيا مهمّا لجذب الإستثمار الأجنبي لدعم الإستثمار المحلي بشكل عام ، بالإضافة إلى تهيئة المناخ وتوفير البيئة الإدارية الملائمة لتسهيل عملية الحصول على التراخيص الخاصة بإنشاء المرفق أو تسهيل دخول المعدّات والتجهيزات اللازمة لبدء العمل وإدامته ، وكذلك تصاريح الإنشاءات الأجنبية، ومثل هذه التصاريح لها أهمية كبيرة في توفير الطمأنينة والإستقرار للمستثمر وخاصة الأجنبي .

**ب-تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية :**

يعدّ مبدأ حسن النية من القواعد العامة في القانون وفي مجال الرّوابط العقدية أيا كان نوعها، ومفاده أن يجري تنفيذ العقد وفقا لما إشتمل عليه من بنود وشروط ، وبطريقة تتفق مع ما توجبه إعتبارات حسن النية ، أي أن تحترم الإدارة المتعاقدة جميع إلتزاماتها العقدية وتنفيذها بطريقة سليمة ، بعيدا عن الغش والتدليس وغيرها من الأمور التي تخلّ بمبدأ حسن النية .

[1] – مازن ليلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص 165-166.

**ج-التزامات الإدارة في دفع مستحقاتها المالية :**

تتخذ الإلتزامات المالية للإدارة المتعاقدة ثلاثة صور هي على التوالي:

**1-إلتزامات مالية خلال مرحلة إبرام العقد :**

في هذه المرحلة تقوم الإدارة بعمل الدّراسات المختلفة للمرفق المنوي إنشاءه فيتوجب على الإدارة أن تقوم بتقديم القروض والأموال اللاّزمة للقيام بهذه الدّراسات كما أنّ الإدارة قد لا تجد من بين موظفيها الكفاءات الفنية والبشرية القادرة على القيام بمثل هذه الدّراسات مما يتعيّن عليها الإستعانة بالخبرات الأجنبية .

ومن الإجراءات التي يمكن إدماجها ضمن مرحلة إبرام العقد إجراءات طرح المناقصات وإجراءات تجهيز البنية التحتية ، وهنا يتوجب على الإدارة أن توفّر الأموال اللازمة لإعداد ملف المناقصة .

**2-إلتزامات مالية خلال فترة تنفيذ العقد :**

قد تكون هذه الإلتزامات خلال مرحلة تشييد المرفق أو خلال مرحلة الإستغلال ، ففي هذه المرحلة يصبح من واجب الإدارة المتعاقدة إدامة البنية التحتية للمرفق بحالة جيّدة فإذا ما أخلت بهذا الالتزام ، ونجم عنه أي ضرر للمتعاقد معها تلتزم بتعويضه عن تلك الأضرار ، كما تمنح الإدارة للمتعاقد في بعض الحالات حدّا أدنى من الأرباح السنوية أو الشهرية ، وذلك عن طريق شراء الخدمات و الإنتاجات أو حد أدنى منها .[1]

**3-الإلتزامات المالية في نهاية مدّة العقد :**

تتعلّق هذه المصاريف أساسا بمصاريف إعادة تسليم المرفق إلى الإدارة نهاية مدّة العقد والمقابل المالي الذي قد تدفعه الإدارة إلى المتعاقد معها الضرائب والرّسوم ومصاريف

[1] - وضاح محمد المحمود ، **المرجع السابق** ، ص ص 155- 160.

التّراخيص، وأجور الخبراء الذين قد يستعان بهم في هذه المرحلة ، وتلتزم أيضا الإدارة بتعويض المتعاقد في نهاية الإلتزام ، وهذا التعويض عادة ما يشجّع المتعاقد على تحقيق أرباح عادلة وكذلك العمل على تسليم المرفق إلى الإدارة في حالة جيّدة .[1]

**الفرع الثاني : حقوق والتزامات شركة المشروع :**

يقع على عاتق شركة المشروع إلتزامات وفي المقابل تتمتع بحقوق كالآتي :

**أولا : حقوق شركة المشروع :**

إنّ أغلب حقوق شركة المشروع غالبا ما تكون تلك الإلتزامات التي تقع على عاتق الإدارة ومن بين هاته الحقوق :

**أ-حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي :**

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقده ، تتمثل في المقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي يقدّمها للمنتفعين ، وهذا المقابل المالي يختلف بإختلاف العقود الإدارية، ففي عقود البوت يأخذ شكل رسوم مالية وفق الحدود المتفق عليها ، مع أحقية الإدارة بتحديدها ، وتعديل قواعد الأسعار من تلقاء نفسها مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل .[2]

**ب-ضمان التوازن المالي للعقد :**

"إذا كان لابد من منح الجهة الإدارية مانحة الالتزام مركزا متميّزا بإعتبارها سلطة عامة تقع على عاتقها مسؤولية تسيير المرافق العامة ، فإنّ هذا المركز لابدّ وأن تقابله حقوق للمتعاقد معها تعادله تطبيقا لمبدأ التوازن المالي للعقد الذي أخذ بعدا متميّزا في عقود البوت، ليستهدف

[1] – وضاح محمد المحمود ، **المرجع السابق** ، ص 160.

[2] – أحمد سلامة بدر ، **المرجع السابق** ، ص 216.

إيجاد التلاؤم بين مصالح الأطراف المتعاقدة ويعادل كفّة ميزان العقد بينهم بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معيّنة ، حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة.

ويحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول على التعويض عمّا لحقه من ضرر بدون أن ينسب للإدارة خطأ ، وذالك وفقا للنّظريات التالية :

**1-نظرية عمل الأمير :**

يقصد بهذه النّظرية صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ، منها ، يترتّب عليه ضررا بالمركز المالي للمتعاقد معها ويشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير بعقد إداري ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص .

-أن ينتج على هذا الفعل ضرر للمتعاقد يتمثل في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حدّ يخلّ بالتوازن المالي للعقد .

-أن لا تكون الإدارة قد أخطأت بعملها الضار وهي تتصرّف في حدود سلطتها المعترف لها بها .

-أن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقّع الصدور وقت العقد .[1]

**2-نظرية الظروف الطارئة :**

ويقصد بها النظرية التي تواجه ظروف وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد، لا يد فيه لإرادة الأطراف ، حيث تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة ، أو بمعنى آخر تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد وإلى خسارة غير محتملة للمتعاقد .

[1] – مازن ليلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص ص 172، 177.

ويترتّب على هذه النظرية أن تشارك الإدارة مع المتعاقد معها في خسارته وتتحمل جانبا منها ، وعلى ذلك فهي لا تقدّم تعويضا كاملا عن الخسارة ، وإنّما تقدّم العون للمتعاقد بعينه على أداء إلتزاماته التعاقدية .

**3-نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة :**

يصادف المتعاقد مع الإدارة في بعض الأحيان صعوبات مادية غير متوقعة لم تكن في حسبان طرفي العقد ، مما يجعل تنفيذ الإلتزام أكثر كلفة .

وممّا يميّز هذه النظرية عن سابقاتها ، أنّ هذه الصعوبات موجودة قبل إبرام العقد وليس بعده ، ونظرا للطّبيعة المادية لهذه الصعوبات لا تجد تطبيقها إلاّ في حالة تنفيذ عقود الأشغال العامة ، ولا تجد تطبيقها في عقود البوت إلا في حالة إسهام الدولة برأس مال المشروع ، لأنّ القاعدة العامة في هذه العقود هو أن يتحمل المستثمر مغانم ومغارم المشروع.

ويترتّب على هذه النظرية ، إستمرار المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته مع ضرورة تعويضه تعويضا كاملا ممّا أحدثته هذه الصعوبات من الزيادة في التكاليف والأسعار .[1]

**ثانيا : إلتزامات شركة المشروع تجاه الجهة الإدارية :**

تتنوع الإلتزامات الملقاة على عاتق شركة المشروع ومن أهم وأبرز هذه الإلتزامات نذكر:

**1-إلتزام شركة المشروع بتنفيذ العقد بنفسها ووفقا للمواصفات المحدّدة مع التشغيل :**

إنّ من أوّل الإلتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد هو قيامه بتنفيذ إلتزاماته الناشئة على العقد بنفسه ، وهذا الإلتزام يشمل جميع العقود الإدارية ، وتتفاوت أهميته من عقد إلى آخر ، لأنّ توافر العنصر الشخصي يرتبط بمدى إرتباط العقد بالمرفق العام ، وهذا ما يعكس شخصية المتعاقد التي لها أثر بالغ في عقود البناء والتشغيل و نقل الملكية ، والمرجع في ذلك الصلة

[1] – مازن ليلو راضي ، **المرجع السابق** ، ص ص 181، 182.

المباشرة بين المرفق العام والملتزم ، حيث أنّه يتمتع بسيطرة كاملة على المرفق ، وعلى ذلك فإنّه يجب على المتعاقد أن يقوم بتنفيذ إلتزاماته المترتبة على العقد بنفسه ، والهدف من ذلك إطمئنان الجهة الإدارية مانحة الإلتزام من قدرة المتعاقد على بناء المرفق .

وذلك وفقا للمواصفات الفنية المتفق عليها ، وتنفيذ الرسومات والتصميمات الواردة في العقد، وإمداد المشروع موضوع التعاقد بالأجهزة الحديثة ، بالإضافة إلى المحافظة على المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرفق بانتظام وإطراد ، والإلتزام بصيانة المشروع ، وتدريب العاملين، ونقل التكنولوجيا الحديثة .[1]

**ب-إلتزام شركة بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية :**

تلتزم شركة المشروع في عقد البوت بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية مانحة الإلتزام بحالة جيدة وصالحة للإستعمال ، ويتم ذلك بدون مقابل لأنّ الملتزم يكون قد إستردّ جميع ما أنفقه في إنشاء المشروع أثناء فترة تشغيله ، بالإضافة إلى الأرباح التي حصل عليها من عائدات بيع الخدمات المنتجة من المشروع لجمهور المنتفعين .

وقد ينصّ العقد على حصول شركة المشروع على التعويض ، وينقل المشروع بحالة جيّدة وصالحة للإستعمال إلى الدولة ، ويشمل ذلك جميع أصول المشروع من عقّارات ومنقولات ، ويجب أن ينقل المشروع خالص من أية ديون ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.[2]

[1] – مصطفى عبد المحسن الحبشي ، ص ص 102، 108.

[2] – وضاح محمد المحمود ، **المرجع السابق** ، ص 118.

# الفصل الثاني

# إجراءات التحكيم في عقد البوت

تطرّقنا في الفصل الأول للإطار المفاهيمي لعقد البوت B.O.Tالذي يعدّ من عقود الدّولة الإستثمارية التي تتميز بطول مدّتها ما يؤدّي إلى ظهور منازعات بشأنها ، ولما كان قضاء الدولة المضيفة غير مرغوب فيه لتسوية هذه المنازعات ظهرت وسائل بديلة منها التحكيم التّجاري الدولي ، الذي يعدّ أكثر إعتمادا وفعالية في مجال المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ أثناء تنفيذ عقود اليوت ، لهذه الأسباب ومن أجلها سلّطنا الضوء في هذا الفصل على إجراءات التحكيم في عقود البوت ، والذي من خلاله قسّمنا الدّراسة إلى المباحث الآتية :

**المبحث الأول** : ماهية التحكيم .

**المبحث الثاني** : آلية التحكيم في عقود البوت.

**المبحث الثالث** : طرق الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت .

## المبحث الأول :

## ماهية التحكيم :

يعتبر التحكيم طريق من الطرق الودّية لحلّ النّزاع خارج مجال القضاء ، وهو بذلك يحتل مكانة هامة ومتميّزة نظرا للدور الذي يقدّمه كنظام إستثنائي خاص يختلف عن غيره من الأنظمة الأخرى ، وذلك لما له من مزايا لا نظير لها في القضاء العام (المطلب الأول) .

وعرف التحكيم أشكالا مختلفة في الممارسات العملية اليومية تميّزه عن ما يشابهه من وسائل وديّة أخرى لحلّ النّزاعات (المطلب الثاني ) .

## المطلب الأول :

## مفهوم التحكيم :

يعتبر التحكيم كآلية ووسيلة فعالة في إنهاء الخلافات التعاقدية بعيدا عن مرفق القضاء ودون تدخّل من القاضي ، هذا ما جعل له دورا مهمّا في النّشاط الإقتصادي ، إذ أنّ المستثمرين وطنيين كانوا أم أجانب يبحثون دائما على حماية إستثماراتهم عن طريق قانون مرن وسريع .

وهذا ما يأخذنا إلى تسليط الضوء على مختلفة التعريفات التي أوردها الفقه والقضاء ومن بين المميّزات التي يتميّز بها ، لنصل في الأخير إلى معرفة الطبيعة القانونية له .

**الفرع الأول: تعريف التحكيم :**

يتلخّص التحكيم في ثلاثة مفاهيم : لغوي ، فقهي ، و قضائي ، نوجزها فيما يلي :

**أولا : التعريف اللّغوي للتحكيم :**

التحكيم : مصدر –حكّم– بتشديد الكاف مع الفتح ، يقال : حكمت فلانا مالي تحكيما إذا فوّضت إليه الحكم فيه فاحتكم عليّ في ذلك .

فالتحكيم معناه لغة : التفويض في الحكم ، ويقال : حكّموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم .

والمحكم : هو الشيخ المجرب المنسوب إلى المحكمة والحكمة في العدل ، ورجل عدل حكيم ، وأحكم الأمر أي أتقنه .وكلمة تحكيم Arbitrage في اللّغة الفرنسية من فعل حكم

Arbitre وهي من الأصل الفرنسي اللاّتيني من كلمة Arbitraire ، وتعني التّدخل بصفة حكم والتحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه .[1]

يقول سبحانه وتعالى في كتابه الكريم: " فلا وربّك لا يومنون حتى يحكموك فيما بينهم " .[2] أي يجعلوك حكما فيما حلّ بينهم من شجار .

**ثانيا: التعريف الفقهي للتحكيم :**

عرّف جانب من الفقه إلى أنّ التحكيم :" هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة ، أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها ". [3]

ويذهب الأستاذ "Robert" في تعريف التحكيم على أنّه :" منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة القضاء".

وقد جاء في تعريف التحكيم كذلك ، أنّه الاتّفاق على طرح النّزاع على شخص أو أشخاص معيّنين ليفصلوا فيه ، دون المحكمة المختصة به ، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الإلتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح على محكم (Arbitre) أو أكثر ليفصلوا بحكم ملزم للخصوم ، وقد يكون هذا الإتّفاق تبعا لعقد معين قائم بالفعل بين الخصوم ، ويسمّى في هذه الحالة مشارطة التحكيم أو إتفاق التحكيم .[4]

ولقد عرّف التحكيم بأنّه آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدّة أطراف ، بواسطة شخص أو عدّة أشخاص –المحكم أو المحكمين – ، والذين

---

[1] – مناني فراح ، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات** ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة ، طبعة 2010، ص 15.

[2] – سورة النساء ، الآية رقم 65.

[3] – مناني فراح ، **المرجع السابق** ، ص 16-17.

[4] – حفيظة السيد الحداد ، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003، ص 43-45.

يستمدّون سلطتهم من إتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناءا على هذا الاتفاق ، دون أن يكونوا مخوّلين بهذه المهمة من قبل الدولة .

ويعرّف جانب من الفقه التحكيم بأنّه نظام خاص للتقاضي ، ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعينة على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في النزاعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الشيء المقضي .

ويتّضح من خلال التعاريف السابقة أنّ التحكيم يتميز بالخصائص التالية :

1-التحكيم هو قضاء خاص .

2- يجد التحكيم مصدره فيي إتّفاق الأطراف .

3-التحكيم وظيفة حسم النّزاع الناشئ بين الأطراف .

4- لزومية الحكم الصادر عن المحكم على الأطراف .

**ثالثا : التعريف القضائي للتحكيم :**

عرّفت المحكمة الدستورية العليا بمصر التحكيم بأنه " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار مجرّد من التحايل وقاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة ".[1]

وعرّفته كذلك محكمة النقض بأنّه " إتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والترود على حكمهم " ، وبأنه " طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكلفه من ضمانات " .

[1] – حفيظة السيد الحداد ، **المرجع السابق** ، ص 41-44.

وعرّفت محكمة التمييز (النقض) بدبي التحكيم أنّه " طريق إستثنائي لفض المنازعات يتعين أن يتم الإتفاق عليه صراحة ".

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنّ التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم ".[1]

**الفرع الثاني : مميزات التحكيم :**

للتحكيم العديد من المزايا سنعرضها على الوجه الآتي :

**أولا : السرعة والسرية في فض المنازعات :**

إنّ المستثمر يسعى دائما ويصمّم على اللّجوء إلى مراكز التحكيم والبعد عن النظام القضائي الوطني لدولة المشروع ، لأنّ التحكيم يتسم بالسرعة وبساطة الإجراءات ، ولهذا يفضله أطراف التحكيم لتفادي ما تتسم به طرق التقاضي الأخرى من بطء وتعقيد ومماطلة وتكاليف وضياع للوقت .[2]

بينما يعدّ الحفاظ على السرية في إجراءات التحكيم مبدءا أساسيا من مبادئ التحكيم على عكس القضاء العادي الذي تتصف إجراءاته بالعلانية .

وتزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الدولة عن أهميتها في ما عداها من منازعات لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية وإقتصادية تؤثر بشكل كبير على مصالح الدول وعلى الشركات العملاقة نظرا لحساسية المعلومات والوثائق وأسرار هذه العقود ، فقد يؤدي تسرب المعلومات التي تتعلق بمستوى إنتاج حقل بترولي إلى أزمات واضطرابات اقتصادية قد ترفع أو تخفض في أسعار البترول في السوق العالمية ، كما يؤدي عدم إحترام

[1] – مناني فراح ، **المرجع السابق** ، ص 18-19.

[2] – عصام أحمد البهجي ، **التحكيم في عقود البوت** ، **المرجع السابق** ، ص 54.

السرية إلى تسرب الأسرار التكنولوجية لو كنّا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي كعقود نقل التكنولوجيا أو عقود تراخيص إستغلال براءة اختراع .[1]

**ثانيا : حرية الأطراف في اختيار المحكمين :**

من بين الأسباب الجديّة التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية إلى إختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ، ما يتمتعون به من حرية لا يتحقق لهم في ظل القضاء الوطني ، وتستمر هذه الحرية منذ لحظة الإتفاق على التحكيم ذاته ، إلى حين صدور الحكم التحكيمي ، بل وحتى بعد صدوره ، فللأطراف حرية إختيار نوع التحكيم الذي يناسبهم ، ويناسب نزاعهم ، كما لهم أن يحدّدوا مكان إنعقاد التحكيم ووقته ، والقانون المطبق على إتفاق التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل بشأن منازعتهم ، وكل هذا لا يملكه الأطراف في القضاء الوطني مهما بلغت درجة نزاهته وتطوره .

**ثالثا : التحكيم قضاء من درجة واحدة :**

لا أحد منا يجهل مبدأ التقاضي على درجتين المكرس دستوريا في القضاء الوطني ، لكن التحكيم بوصفه قضاء خاص يخالف هذا المبدأ الأساسي فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه ، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية ،مع إمكانية الطعن فيه بطرق غير عادية من طرق الطعن وهو الطعن بالبطلان وللأسباب الواردة حصرا في القانون ، ولعل سرعة الفصل في المنازعات بإعتبارها من مزايا التحكيم لا تعني بالضرورة أنّ هذا القضاء يحقق هذه الميزة على حساب الضمانات الأساسية للتقاضي ، وذلك من خلال احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف المتخاصمة واحترام مبدأ الوجاهية .[2]

**رابعا : بساطة الإجراءات والإقتصاد في المصاريف :**

[1] – أحمد حسان حافظ مطاوع ، **التحكيم في مقر الدولة للإنشاءات** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007، ص 260.

[2] – حفيظة السيد الحداد ، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي** ، **المرجع السابق** ، ص 18-27.

للتحكيم ميزة أساسية وهامة وهي المرونة في القواعد الإجرائية أي بساطة إجراءات الفصل في المنازعات محل التحكيم والحكم فيها بسرعة ، مما يجعل نفقات التحكيم أقل تكلفة من نفقات القضاء الوطني لما به من رسوم كثيرة ترهق كاهل المتقاضي ، بالإضافة إلى مصاريف وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ .[1]

**الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم :**

إنّ موقف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم إنقسم إلى ثلاثة إجاهات ، فمنهم من يقول أنّ التحكيم ذو طبيعة تعاقدية إستنادا إلى كون إرادة أطراف النّزاع في تحديد الإجراءات الواجب إتّباعها من قبل هيئة التحكيم هيئات قضائية متخصصة لكونها تصدر حكما في طلب قضائي رفع إليها من جانب أطراف النزاع ، متخذة في ذلك ما تراه من إجراءات الإثبات لتقوم بحسم النّزاع وهي نفس وظيفة القضاء ، أما أنصار الطبيعة المختلطة يرون أن نظام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين العقد والقضاء فهو يبدأ عقد وينتهي بقضاء هو حكم التحكيم.

**أولا : الطبيعة التعاقدية للتحكيم :**

يرى أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم أنّ نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، وليست قضائية لأنّ أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع المعروض أمامهم ليسوا بقضاة وليس لهم ولاية الحكم بل هم مجرد أفراد عاديّين ، كذلك أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع إتفاق التحكيم لا تعتبر أحكاما قضائية وإنما تستعير هذه الأحكام آثارها من إرادة الأفراد المحتكمين ، الذين حكّموهم للفصل في منازعاتهم وإتفقوا على الخضوع لقضائهم .[2]

[1] – عصام أحمد البهجي ، **التحكيم في عقود البوت** ، **المرجع السابق** ، ص 54–55.

[2] – محمود السيد عمر التحيوي ، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007، ص 262.

ونقطة الإنطلاق لدى أنصار هذا الإتجاه تتمثل في أنّ جوهر التحكيم وسنده يكمن في إرادة الأطراف بإتفاقهم على إتخاذ سبيل لحل منازعاتهم فمركز الثقل في التحكيم هو الإتفاق الذي يعدّ فضلا عن كونه أساس اللّجوء إليه ، سببا لإصدار الحكم ، وتكون عملية التحكيم أشبه بهرم قاعدته الإتفاق وقمته الحكم ، ولقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الأساس التعاقدي التحكيم بمقولة أنّه إذا كان الاتفاق هو أساسه فإنّ جميع مراحله سوف تصطبغ بهذه الصبغة ، بل وأكّد البعض على أنّ التحكيم لن يكون له وجود بدون جوهرة التعاقد .

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا التصور مقرّرا أن هيئات التحكيم تفتقر إلى ما للقضاء من طابع العمومية والرعوية وتنتفي بذلك عنه الطبيعة القضائية ، وقرّر في مناسبة أخرى أن لحكم التحكيم الصفة الإتفاقية وأنه لا يجد أساسه في مشارطة التحكيم ويكون معها كلاّ واحدا ويشاركها في طبيعتها الإتفاقية .[1]

ويستند أنصار هذا الرأي على عدّة حجج أهمها :

1-أنّ أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في التصالح ، ولذا فإنّ أهمية تحديد طبيعته ترتكز في رغبة الأفراد في حلّ نزاعهم بطريق ودّي .

2- أنّ الأفراد بإتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمنا على التنازل عن الدعوى ويخوّلون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم ، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية .

3-أنّ التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء ، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة أمّا التحكيم فإنّه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم .[2]

[1] – بليغ حمدي محمود ، **الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية** "**دراسة مقارنة** " ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، 2007، ص 28.

[2] – مناني فراح ، **المرجع السابق** ،ص 37.

4- قد يباشر مهمة التحكيم شخصا وطنيا أو أجنبيا، في حين أنّ الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى وطني .[1]

5-أنّ التحكيم يتم قبل بدء الخصومة القضائية ، لذا لا يعتبر عنصرا من عناصرها فيكون طبيعيا ألا يأخذ طبيعتها ( الطبيعة القضائية ) ولا تنطبق عليه قواعد البطلان المقرّرة للأعمال الإجرائية والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية .[2]

وقد وجّه إلى هذا الرأي العديد من العيوب منها :

1-المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف ، فالواقع لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم ، وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية ، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع ، يطبق إرادة القانون ولا يلقي بالا إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتّجهت إليه.

2- إذا كان حكم التحكيم مصدره إفاق الأطراف ، فإنّ ذلك لا يضفي الطّابع التعاقدي على التحكيم ، لأنّ المحكم ملزم باحترام قواعد النّظام العام وكذلك العديد من القواعد الموضوعية والإجرائية ، ومنها على سبيل المثال إحترام حقوق الدّفاع

3- إنّ إمتثال الأفراد للقانون هو واجب في جميع الأحوال ، بل كثيرا ما نجد إلّفاق الأفراد على تحديد محكمة معيّنة بنظر دعواهم ، فهل يمكن القول حينئذ بأنّ الأفراد لم يمتثلوا للقانون.[3]

**ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم:**

[1] – بليغ حمدي ، **المرجع نفسه** ، ص 30.

[2] – محمود السيد عمر التحيوي ، **التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح** ، دار منشأة المعارف ، 2002، ص 139.

[3] – مناني فراح ، **المرجع السابق** ، ص 38.

ذهب الإتّجاه الثاني من الفقه إلى إعتبار هيئات التحكيم هيئات قضائية متخصّصة،[1] ويعتبر التحكيم –بصفة عامّة– نوعا من أنواع القضاء وفقا للمعيار الموضوعي ، لأنّ الأمر فيه يتعلق بالفصل في المنازعة تطبيقا لقواعد القانون الموضوعي ، ويحوز قرار المحكم لحجية الأمر المقضي فيه وهو مالا تتمتع به إلاّ الأعمال القضائية .[2]

واعتبروا كذلك أنصار هذا الإتّجاه أنّ أطراف النّزاع حين إتّفقوا على التحكيم لم يتنازلوا عن حقّهم في رفع دعوى قضائية ، وإنما تنازلوا فقط عن حق اللّجوء إلى القضاء الوطني ، بموجب هذه الدعوى يتولى المحكمون تسوية النّزاع بناءا على إستقلالية تامة وبدون تدخّل من الأطراف،[3] بالإضافة إلى أنّ الحكم الصادر عن المحكمين تتوافر فيه جميع خصائص العمل القضائي بإستثناء أنّه يصدر عن هيئة خاصة وليس من هيئة عامّة ، وطبيعة عمل المحكم تماثل مع طبيعة القاضي ، وما يصدر عنه من حكم ملزم لأطراف النّزاع .[4]

يبدو أنّ نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم هي التي تحظى الآن بتأييد واسع في أحكام القضاء الفرنسي ، ورغم حكم محكمة النّقض الفرنسية الشهير الصادر في يوليو سنة 1937 متبنيا الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ، إلا أنّ أحكام المحاكم الفرنسية لم تساير قضاة محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن ، بل يبدو أنّ محكمة النقض الفرنسية ذاتها قد بدأت تتراجع وبصفة غير مباشرة عن الإتّجاه الذي أرسته في حكمها الصادر سنة 1937 ، ففي أحكامها الحديثة نسبيا أشارت إلى أنّه :" التحكيم يعتبر قضاء إستثنائي يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم".[5]

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليخة ، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية** ، دار الفكر الجامعي ، ط1، الإسكندرية ، 2006، ص 116.

[2] – ماجد راغب الحلو ، **العقود الإدارية والتحكيم** ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 2002، ص 171.

[3]-PH_Fouchard /Emanuel Gaillard ,traité de l'arbitrage commercial internationale , editionlitec, parie,1996,p 703

[4] – حمدي بليغ ، **المرجع السابق** ، ص 41.

[5] – محمود السيد عمر التحيوي ، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم** ، **المرجع السابق** ، ص 345، 346.

ومن بين الأسانيد التي جاء بها هذه الاتّجاه ، نوردها على النّحو التالي :

بالنّظر إلى طبيعة الإجراءات المتّبعة أمام هيئة التحكيم فهي إجراءات قضائية بمعنى الكلمة ، ويكون حكم التحكيم الصادر في النّزاع بمثابة حكم قضائي ، فأحكام التحكيم تعدّ أعمالا قضائية بالمعنى الفنّي الدّقيق ، سواءا من حيث الشكل أو من حيث الموضوع ، فمن ناحية الشكل يخضع التّحكم لذات الشّكل المقرّر قانونا بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدّولة ،[1] ومن ناحية الموضوع فإنّ حكم التحكيم الصادر في النّزاع موضوع الاتّفاق على التحكيم يعتبر عملا قضائيا وفقا لمعيار مكوّنات العمل القضائي ، فإذا كان العمل القضائي يتكوّن من ثلاثة عناصر ، الادّعاء ، التقرير والقرار ، فإنّ هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النّزاع موضوع الاتفاق على التحكيم تعدّ تقريرا متقيد في ذلك بحكم القانون الوضعي، وفي الادّعاء المقدّم إليها من الأطراف المحتكمين ، منتهية إلى قرار محدد يتضمّن حلاّ للنّزاع موضوع الاتّفاق على التحكيم .[2]

2-كثيرا ما يفرض التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية بما ينفي عنه الطبيعة العقدية، فلقد تقلص دور الإدارة لحد كبير بسبب إنتشار العقود النموذجية وبسبب إنتشار هيئات التحكيم الدّائمة بلوائحها المنظمة ومحكميها .

3-المحكم هو القاضي للخصوم بدليل أنّه يملك صلاحية الفصل في إختصاصه ، نتيجة لما يتمتع به إتفاق التحكيم من إستقلال عن العقد الأصلي ، وأنّ حكمه يجوز حجية الأمر المقضي فيه ، وأنّه يرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي ويستفيد ولايته بمجرّد إصداره للحكم، كما يملك سلطة تصحيح وتفسير ما شاب حكمه من قصور .[3]

[1] – محمود السيد عمر التحيوي ، **المرجع نفسه** ، ص 350، 351.

[2] – محمود السيد عمر التحيوي ، **المرجع نفسه** ، ص 418.

[3] – حمدي بليغ ، **المرجع السابق** ، ص 43.

وعلى الرّغم من إقرار غالبية الفقه للطبيعة القضائية للتحكيم إلاّ أنّ هناك ثمّة إنتقادات وجّهت لهذه النظرية من بينها :

1-إنّ وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النّزاع هي الفصل فيه بين الأطراف المحتكمين ، وليس حماية القانون الوضعي كما هو الشأن بالنسبة للقاضي العام في الدولة .[1]

2-يصعب إلحاق أحكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة لأنّ هناك خلاف بين المحكم والقاضي لأنّ هذا الأخير له وظيفة عامّة ويتمتّع بالدّوام والإستقرار والحصانة فيما يقوم به من أعمال ، كما له سلطة الأمر والإجبار ، ويعدّ منكرا للعدالة إذا إمتنع عن الفصل في النّزاع ، ولا دخل للخصوم في إختياره على عكس المحكم .

3- وظيفة القاضي قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود النّزاع من عدمه ، حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز ، أمّا المحكم فوظيفته إجتماعية وإقتصادية سلمية ، تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن إستمرار العلاقات بين أطراف النّزاع في المستقبل ، لكنّه لا يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا وجد نزاع .[2]

**ثالثا : الطبيعة المختلطة للتحكيم :**

يذهب هذا الإجاه إلى عدم تمتع التحكيم بطبيعة واحدة تعاقدية كانت أو قضائية ، فالتحكيم يتمتع بطبيعة مزدوجة أو مختلطة وهناك من إصطلح عليها كذلك بالطبيعة الهجينة ، وتعتمد أسانيد هذا الإتجاه على الدور الجوهري التي تلعبه إرادة الأطراف التي تجسّد الطبيعة التعاقدية، وهو ما يتطلب إحترامه إنطلاقا منمبدأ سلطان الإرادة ، والطبيعة القضائية للتحكيم تجد أساسها في الفصل في هذا النّزاع وفقا لإجراءات تصدر بناءا عليها حكم قضائي ، ومن ثم يتّسم هذا

[1] -محمود السيد عمر التحيوي ، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم** ، **المرجع السابق** ، ص550.

[2] - محمود السيد عمر التحيوي ، **المرجع نفسه** ، ص554.

التحكيم بالطبيعة المختلطة لما فيه من تأثيرات عقدية و قضائية ، فهو يعد نظاما قضائيا إتفاقيا يجيز لأطراف النزاع إختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع بإصدار حكم

قضائي حائز لحجية الأمر المقضي فيه .[1]

وهذه الوسطية التي يحتلها نظام التحكيم دعت البعض لقول بأنّه ليس إتفاقا محضا، ولا قضاءا محضا ، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعدّدة يلبس في كل منها لباس خاصا ، ويتّخذ طابعا مختلفا ، فهو في أوله إتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم .

فالتحكيم في عقد هذه النظرية نظام تتعاقب عليه صفتان ، صفة تعاقدية وتبدو واضحة في حرية الأطراف في إختيار التحكيم سبيلا لحل نزاعهم دون قضاء الدولة المختصة ، وفي إختيارهم لمكان حرياته وللقانون الإجرائي والموضوعي الواجب التطبيق على النّزاع ، وصفة قضائية تكتمل لصفة بتدخل قضاء الدولة يمنح حكم التحكيم الأمر بالتنفيذ.[2]

وهذا الرأي كغيره من الآراء وجهت إليه الانتقادات التالية :

1-مضت الإشارة إلى أنّ هذه النظيرة تقوم على أساس تحليل ورصد التأثيرات المتتالية لفكرتي العقد والقضاء على نظام التحكيم ، ويبدو أنها إختارت الحل السهل ولم تتصدى للمشكلة ، وعاب عليها البعض أخذها بالفكرة التحويلية للتحكيم –من عقد إلى قضاء– وأنّ ذلك يعدّ هروبا من المشكلة لأنها لم تستحدث أمرا جديدا ، وإنّما أقرت أشياء موجودة فعلا .

فالعقد والتحكيم أمران مسلّمان بهما فعلا ، إنّما الخلاف يمكن حكمت في تحديد طبيعة التحكيم ، وليس الإكتفاء بوصفه ، فالقول بالطبيعة المختلطة للتحكيم لا معنى له ، إذ يجب

[1] – علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، **المرجع السابق** ، ص 43،44.

[2] – حمدي بليغ ، **المرجع السابق** ، ص 31، 32.

تحديد هذه الطبيعة وليس الاكتفاء بوصفها أنها مختلطة حتى يمكن معرفة النظام القانوني الذي يحكم التحكيم .[1]

2-ظهور الإتجاه الآخذ بالطبيعة المستقلة للتحكيم ، أي أنّ للتحكيم طبيعة خاصة تميّزه عن العقود وكذلك عن أحكام القضاء ، فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات ، فيه إتفاق وفيه قضاء، وفيه ما يميزه عنهما ، وليس هناك ما يدعو أو ما يبرر الزجّ به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور و يخلف معها في أمور أخرى .

ويثور التساؤل الآن : من أين يستقي التحكيم هذا الطابع الخاص وهذه الذاتية المستقلة ؟ ، ويجيب بعض الشرّاح على هذا التساؤل ويقولون : " أنّ التحكيم لا يجد أساسه في القوانين الداخلية للدول فحسب ، وإنّما أيضا في الأنظمة ولوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم والتي تلجأ إليها الأطراف في صورة ما يعرف بالتحكيم النظامي (وفقا لنظام معين ) ، وكذا ما تتضمنه المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم سواء كانت ثنائية أو جماعية ، ونماذج القوانين الدولية الموضوعية من هيئات دولية و قرارات المنظمات الدولية .[2]

## المطلب الثاني :

## أنواع التحكيم وتمييزه عن ما يشابهه :

نظرا لإتّساع نطاق التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الدولية والداخلية تعدّدت أنواعه وتداخلت مفاهيمه مع مختلف الوسائل الأخرى لفض النزاعات ، حيث يأخذ التحكيم أشكالا مختلفة في الممارسة العملية كوسيلة للفصل في المنازعات ، سواء من حيث حرية اللجوء إليه أو من حيث مدى وجود منظمة تديره ، أو من حيث سلطة المحكم في تطبيق المصطلحات الأخرى كالصلح

[1] – حمدي بليغ ، **المرجع نفسه** ، ص 40.

[2] –فراح مناني ، **المرجع السابق** ،ص 46-48.

والوكالة والخبرة لكونها وسائل اتفاقية للفصل في المنازعات إلا أنّ هناك فرق بينها ستقوم بإبرازه من خلال تقسيم دراستنا على النحو التالي :

**الفرع الأول : أنواع التحكيم :**

تتعدد صور التحكيم تبعا للمعيار المتخذ في التفرقة فهو يختلف من حيث إرادة الأطراف في إختياره أو فرض عليهم ( التحكيم الاختياري والتحكيم الجبري ) ، أو من حيث إختيار الأطراف لمنظمة أو مركز تحكيمي دائم ( التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي ) ، أو من حيث سلطة التحكيم في تطبيقالقانون ( التحكيم القانوني و التحكيم بالصلح ).

**أولا : أنواع التحكيم من حيث مدى حرية اللّجوء إليه :**

ينقسم التحكيم من حيث اللّجوء إليه إلى تحكيم إختياري وتحيكم إجباري :

**أ-التحكيم الاختياري :**

يقصد بالتحكيم الاختياري "Volontaire"[1] التحكيم الذي يتم بناءا على إتفاق طرفي النّزاع وبمحض إرادتهما الحرة ، فلهما اللّجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما وإختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم ، وقد ينظم القانون مثل هذا التحكيم ووضع الضوابط اللازمة والمناسبة لضمان فاعليته ولكن تبقى الحرية للطرفين في اللّجوء إليه عوضا عن اللّجوء إلى المحاكم .[2]

[1] -محمود السيد عمر التحيوي ، **أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والخبرة والوكالة** ، المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006، ص 149.

[2] – فراح مناني ، **المرجع السابق** ، ص 63.

يتبين من خلال ما تقدّم أن التحكيم يكون إختياريا عندما يتفق الطرفان على حل نزاع سبق نشوؤه بينهما ، وسينشأ مستقبلا بواسطة هيئة التحكيم والتي تفصل في النزاع بحكم ملزوم ومن ثمّ فإنّ هذا التحكيم يستمد وجوده من إتفاق الأطراف المتنازعة .[1]

وبالرّجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد بأنّ المشرّع الجزائري أخذ بنظام التحكيم الإختياري لأنّ لفظ التحكيم الذي إستخدمه المشرّع ينصرف إلى التحكيم الذي يتفق فيه الطرفان على إحالة نزاع قد ينشأ على هيئة التحكيم ، وذلك بإرادتهما الحرّة ،[2] ومما سبق نصل إلى نتيجة هامّة أنّ الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين تعتبر أحد الأركان التي يقوم عليها نظام التحكيم الإختياري لأنّ لها الدور الأساسي في إيجاد هذا الخير للفصل في المنازعات مشاركا بذلك القضاء صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها ولكن تصل هذه المشاركة تحت إشرافه .[3]

ومن بين مميّزات التحكيم الإختياري :

1-أنّ أساسه إرادة الخصوم وإختيارهم ، فهم وحدهم الذين يجوز لهم الإتفاق على التحكيم في نزاع معيّن وفي جميع المنازعات التي تنشأ على تنفيذ عقد معيّن .

2- لم يحدد نوع المنازعات التي يجوز فيها للأفراد اللّجوء إلى التحكيم وإنما يشترط للّجوء إليه أن لا يكون موضوعها متعلّقا بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم .[4]

---

[1] – محمود السيد عمر الحتيوي ، **التجاء الجهات الإدارية للتحكيم في العقود الإدارية** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003، ص 305.

[2] – قانون رقم 09/08 مؤرخ في 26 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر، عدد 21، المواد 1007-1015.

[3] – محمود السيد عمر التحيوي ، **أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والخبرة والوكالة، المرجع السابق**، ص 144، 145.

[4] – أسرة التحرير ، "مؤسسات التحكيم " ، مجلة معهد القضاء ، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية ، العدد 16، 2008، ص 37.

ونصّ المشرّع الجزائري على إمكانية اللّجوء إلى التحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية .[1]

في الأصل أطراف المنازعة هم من يحدّدون المحكمين وفي حالة عدم إتفاقهم أو امتناع أحدهم عن آداء المهمة التحكيمية أو اعتزاله أو عزله أو ردّه أو قيام مانع حال دون ممارسة المهمة التحكيمية ، عيّنت المحكمة المختصّة بناءا على طلب أحد الخصوم .

يصدر المحكم حكمه دون التقيّد بإجراءات المرافعات عدا القواعد الأساسية في التقاضي ، ويكون حكمه في الموضوع بمقتضى قواعد القانون إلاّ إذا كان مفوّضا بالصلح فهنا لا يتقيّد بهذه القواعد عدا ما يتعلّق مداها بالنظام العام .[2]

**ب-التحكيم الجبري:**

نكون بصدد تحكيم إجباري متى لم يكن للأطراف الحرية في اللّجوء إليه ، أي أنّهم ملزمون باللّجوء إليه في حالة نشوء نزاع بينهم بناءا على نص يفرض عليهم هذا الطريق ، وهنا يتعيّن على الأطراف في هذه الحالة سلوك هذا الطريق ولا يكون لإرادتهم دخل في ذلك .[3]

ويكون التحكيم إجباريا في حالة ما نصّ المشرّع على الإلتزام بالإلتجاء إليه كطريق لحل النّزاع، وهذا غالبا ما تسبقه إجراءات للتفاوض نصّ عليها القانون حتى وإذا تعذّرت التسوية الوديّة تعيّن طرح النّزاع على هيئة التحكيم التي نصّ القانون على تشكيلها والتي تصدر أحكما يجري تنفيذها بالطرق الجبرية .[4]

ويتخذ إتفاق التحكيم الإجباري إحدى الصورتين التاليتين :

---

[1] – المادة 375 من القانون رقم 09/08.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **المرجع السابق** ، ص 28.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **المرجع نفسه** ، ص 28.

[4] – عبد الحميد الشواربي ، **التحكيم والصلح في ضوء القضاء** ، منشأة المعارف ، ط2، الإسكندرية ، 2000، ص 23.

الصورة الأولى : يقوم المشرّع بتحديد حالات معيّنة ، يمنع اللّجوء فيها إلى قضاء الدّول بصفة مطلقة ، فلا يكون للأطراف إلا اللّجوء إلى التحكيم وهذه الصورة نادرة الحدوث لأنّها تخالف إعلانات الحقوق والدساتير التي تنصّ على حق كل شخص في اللّجوء إلى قاضيه الطبيعي .[1]

وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في دستوره على :

-الحق في الدّفاع معترف به .

- الحق في الدّفاع مضمون في القضايا الجزائرية .[2]

الصورة الثانية : يشترط في هذه الصورة المشرّع لقبول الدعوى أمام القضاء ضرورة طرحها في البداية ، أمام هيئة التحكيم ، وإلاّ قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لتخلّف شرط قبول الدعوى.[3]

وأخذ المشرّع الفرنسي، بنظام التحكيم الإجباري في منازعات العمل الجماعية وذلك للفترة الممتدة مابين 1936-1939 على الرّغم من النجاح الذي حقّقه هذا الأخير من فاعلية سريعة سواء من حيث تسوية المنازعات سلميا أو الحدّ من الإضرابات التي كان يقوم بها العمّال في ذلك الوقت غير أنّ المشرّع الفرنسي عدل عن التحكيم الإجباري في هذه الأخيرة وتحوّل إلى التحكيم الإختياري سنة 1950.[4]

أخذ المشرّع الجزائري كذلك بالتحكيم الإجباري بإصداره أمرا يتضمّن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات ، ونصّ صراحة على إنشاء لجنتين إحداهما وطنية ويكون مقرّها بمدينة الجزائر، وأخرى ولائية للتحكيم على مستوى الولاية وحدّد مجال إختصاص كل منهما ، كما حدّد

[1] – علاء محي الدين ، **المرجع السابق** ، ص 50.

[2] – دستور 96 المادة 151.

[3] – علاء محي الدين ،**المرجع السابق**، ص 50.

[4] – علاء محي الدين ،**المرجع السابق** ،ص51.

نوعية المنازعات التي تنظر فيها هذه الأخيرة بنصّه " لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدّم للتحكيم في الظروف والأشكال التي تمّ تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوقية المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات ...".[1]

**ثانيا : أنواع التحكيم من حيث وجود منظمة تديره :**

ظهرت وإنتشرت مؤسسات ومنظمات دولية ووطنية وإقليمية لتتولى مهمة التحكيم وفقا لقواعد وإجراءات محدّدة سلفا وتمّ تقسيم التحكيم من حيث مدى وجود منظمة تديره إلى نوعين أساسيين نتولى دراستهما على النحو التالي :

**أ-التحكيم الحر :**

عرف التحكيم الحر على أنّه: " التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معيّن للفصل فيه ، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين ، ويختارون القواعد الموضوعية والإجرائية التي يلتزم بها المحكمون وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار الحكم الفاصل في النّزاع.[2]

وعرّف التحكيم الحر أيضا : " هو التحكيم الذي يقوم فيه الأطراف أنفسهم وفقا لما يخوّله لهم القانون بإختيار المحكمين وإختيار قواعد التحكيم وإجراءاته بعيدا عن أي مركز دائم ومؤسسة دائمة ، حيث يمتاز هذا التحكيم الحر الذي يختارانه ، وبإمكانهما الإفاق على إجراءات التحكيم المناسبة للنّزاع .[3]

ويتميّز التحكيم الحر أيضا بالمميزّات التالية :

-يحقق أكبر قدر من السرية .

-يتميز بأقل تكلفة وأكثر سرعة في فض النزاع القائم .

[1] – المادة 1 من الأمر 44/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات ، ج.ر ، عدد 53.

[2] – علاء محي الدين ،**المرجع السابق** ، ص 53.

[3] – فتحيوالي ، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، منشأة المعارف ، ط1 ، الإسكندرية، 2007، ص 38.

-المحتكمين يعرفون المحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياده ، ومن يرى البعض بأنّ المحكم في هذا النوع من التحكيم يكون مستقلا في عمله بمعنى أنّه لا يخضع لضغوط الدول الكبرى على عكس التحكيم المؤسساتي حيث أنّمراكز التحكيم المشهورة قد نشأت في كنف الدّول الصناعية الكبرى ، ولهذا فإنّها مثالية لخدمة الدول الكبرى على حساب الدّول النامية .[1]

**ب-التحكيم المؤسساتي :**

عرّف التحكيم المؤسساتي بأنه ذلك الحكم الذي تتولى هيئات منظمة دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا ، تحدّدها الإتفاقات الدولية أو القرارات المنشأة لهذه الهيئات .[2]

ويتميز التحكيم المؤسساتي بعدّ مميزات هي :

-خدمات حسن سير التحكيم نظرا للكفاءة المهنية لمراكز التحكيم المتخصص الذي يتولى أمره.

2-تيسير إختيار المحكمين المتخصّصين من بين قوائم محكمين بعده سلفا .

3-إتباع إجراءات التحكيم الخاصة بكل مراكز وإعفاء الأطراف من تحديدها في حالة عدم الإتفاق عليها .

4-توفير الخدمات المكتبية اللازمة لإنجاز عملية التحكيم مثل :أماكن الإجتماعات والمكتبات وعمليات النسخ والتصوير والترجمة .[3]

[1] - علاء محي الدين ،**المرجع السابق** ، ص ص 53-54.

[2] - عبد الحميد الشواربي ، **المرجع السابق** ، ص 24.

[3] - ماجد راغب الحلو ، **المرجع السابق** ، ص 169.

**ثالثا : أنواع التحكيم من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون:**

في هذا المجال يأخذ التحكيم شكل التحكيم البسيط (التحكيم بالقانون ) أو شكل التحكيم بالصلح.

**أ-التحكيم بالقانون :**

عرّف التحكيم بالقانون بأنّه التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليهم ، و الأصل في التحكيم أن يكون تحكيما بالقانون ، فبناءا على هذا إذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف ، فإنّ هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقا للقانون ، وإلا عدّت مغتصبة لسلطة الفصل في المنازعة ، وهو الأمر الذي لا يجوز إلا بناءا على إتفاق صريح من الأطراف .[1]

وعرّف التحكيم بالقانون كذلك بأنّه التحكيم البسيط الذي يستند المحكم في إصدار حكمه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع والذي يشتمل على جميع القواعد القانونية مكتوبة كانت أو غير مكتوبة مثل المبادئ العامة للقانون والعرف .[2]

**ب-التحكيم بالصلح:**

[1] – حفيظة السيد الحداد ، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي** ، **المرجع السابق** ، ص 92.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **المرجع السابق** ، ص 31.

التحكيم مع التفويض بالصلح هو ذلك التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي ، ولا يكون حكمه قابلا للطعن فيه ، من حيث أن المحكم بالصلح يحكم في النّزاع المعروض عليه وفقا لما يراه عادلا ، أو ملائما لمصلحة الطرفين بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي ، أو عدم موافقته.[1]

في التحكيم في الصلح لا يتقيد المحكم بقواعد القانون الموضوعي وإنما يلجأ لقواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين ، حتى ولو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم النّزاع .[2]

نصّ المشرّع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية أن يفصل المحكم في النّزاع المطروح عليه عن طريق التحكيم بالصلح كإستثناء من القاعدة العامة، وهي أن يتم الفصل في النزاع من قبل المحكمين كمفوّضين في الصلح ،[3] غير أنّه وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدل موقفه المجيز للتحكيم بالصلح بنصه صراحة على أنّ التحكيم يكون وفقا لقواعد القانون ، حيث نصّ على " يفصل المحكمون لقواعد القانون ".[4]

**الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن ما يشابهه :**

بما أنّ التحكيم عبارة عن وسيلة لفض النزاعات التي تنشأ أو ستنشأ مستقبلا بين الأطراف المتعاقدة ، ودون اللّجوء إلى قضاء الدولة لغيره من الوسائل الودية لحل المنازعات لأنّه يعدّ

[1] – السيد المراكبي ، **التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثيره بسيادة الدولة** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001، ص 40.

[2] – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، **المرجع السابق** ، ص 46.

[3] – المرسوم التشريعي رقم 09/08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ، المعدل والمتمم للأمر 66/ 154 المؤرخ في 8 يونيو المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، عدد 27، المادة 451.

[4] – قانون رقم 09/08 المؤرخ في 26فبراير من سنة 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات الإدارية والمدنية ، ج.ر، عدد 21، المادة 1023.

نظاما خاصا ومتميّزا بقواعده عن هاته الوسائل ، وهذا ما سنبيّنه من خلال عرض نقاط التشابه والاختلاف بين التحكيم ومختلف الوسائل الودية لفض النّزاعات .

**أولا: تمييز التحكيم عن الصلح :**

عرّف المشرّع الجزائري الصلح بأنّه :" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقّيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " .[1]

من خلال هذا التعريف يّتضح أنّ للصلح ثلاث عناصر :

1_وجود نزاع قائم أو محتمل .

2-نية إنهاء النزاع .

3- النزول المتبادل عن الإدّعاءات .[2]

إنّ التشابه الموجود بين التحكيم والصلح يكمن في :

1-كلاهما من الطرق البديلة لحل النزاعات بدلا من القضاء .

2-كلاهما يستند إلى إرادتي طرفي النزاع والتي قد تكون سابقة على نشوء النزاع (شرط التحكيم) ، أو لاحقه عليه (مشارطة التحكيم ) لأن إنعدام التفاق لا يتحقق الصلح أو التحكيم .

3-الصلح والتحكيم متحدان من حيث النطاق ، حيث أنّهما يقتصران على حسم المنازعات التي لا يكون موضوعها متعلقا بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم ، غير أن المشرّع

[1] – الأمر 58/75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر ، عدد 31، المادة 459.

[2] – للتوسع أكثر يراجع نبيل ، صقر ، **الوسيط في شرح قانون إ. م ، الصلح ، الوساطة ، التحكيم** ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008، ص 452.

أجاز الصلح في المسائل المالية الناجمة عن الحالة الشخصية .[1]

4-التحكيم والصلح يستندان إلى عقد ، فالتحكيم بصورتيه شرطا كان أو إتفاق والصلح هو عقد بنص القانون .[2]

وبالرغم من نقاط التشابه التي أوردناها إلا أنّ هناك إختلافا بينهما وهو:

1-المحكم لا يقوم بإجراء الصلح بين الطرفين ، بل يقضي بينهما وفقا للضوابط المقرّرة في مشارطة التحكيم وطبقا للنظم القانونية التي تحيل عليها المشارطة ، وهذا ما يميّزه عن الصلح الذي تنحسم به المنازعة ، والذي يكون محصّلة تنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن جانب من حقوقه مقابل تنازل الطرف الآخر حتى يمكن التوصل إلى إتفاق الصلح .[3]

2- قد ينعقد الصلح من جانب أطراف الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلهم بينما في التحكيم يقوم المحكم بمهمة القضاء ، لأن التحكيم أشد خطورة من الصلح .[4]

3-بالرجوع إلى القواعد المنظمة للتحكيم تجدها مستقلة عن الدعوى القضائية في حين لا مجال للحديث عن الصلح وفق مفهوم قانون الإجراءات المدنية والإدارية خارج دعوى قائمة ومطروحة أمام القاضي ، كذلك لا يمكن الطعن بأي طريقة من طرق الطعن في إتفاق الصلح، بينما أحكام التحكيم يمكن الطعن فيها بالطرق المقرّرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .[5]

---

[1] – تنص المادة 461 من المر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 على: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح عن المسائل الناجمة عن الحالة الشخصية ".

-وتنص المادة 1006 فقرة 02 من القانون 09/08 على: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ".

[2] – المادتان 1007و 1011 من القانون 09/08 ، المادة 459 من الأمر 58/75.

[3] – علي ، عوض حسن ، **التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001، ص 16.

[4] – عبد الحميد ن الشواربي ، **المرجع السابق** ، ص 33.

[5] – ينظر المواد 973، 1032، 1033 من القانون 09/08.

**ثانيا : تمييز التحكيم عن الوكالة :**

عرّف القانون المدني الجزائري الوكالة كالآتي : " الوكالة والإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه " .[1]

وعرّفت النيابة كذلك من قبل الفقه على أنّها : " نظام قانوني يعبّر عن وسيلة فنية لإنشاء التصرف القانوني (عقد كان أو تصرفا إنفراديا) بالاستعانة بشخص وسيط هو النائب ، على أساس التعاقد قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه ، ولكن قد يقوم به النائب نيابة عن صاحب الشأن (الأصيل) .[2]

لمّا كان وجه الشبه الوحيد بين التحكيم والوكالة هو أنّ كلاّ منهما يعتمد في وجوده على عقد ، نقوم ببيان أوجه الإختلاف بينهما :

1-عقد التحكيم طرفان هما أطراف النزاع وموضوعه هو إختيار شخص مستقل تمام الإستقلال عن الخصوم ، أما في عقد الوكالة فطرفاه الوكيل والموكّل وموضوعها تخويل الوكيل نفسه سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية .[3]

2-يتخذ المحكم قرارا قانونيا أما الوكيل فيقوم بتصرف قانوني .

ولكن إذا كان بعض المحكمين يعتبرون أنفسهم من الناحية النفسية وكلاء عن الخصوم ، فإنّ الواقع يدل على أن إقتناع المحكم بالموضوعية المطلقة وإلتزامه بها أن يكون مؤكدا إلا إذا وثق المحكم الذي إختاره الخصم الآخر ، إلتزم بها هو الآخر حتى لا يكون هو المخدوع ، لذلك فإن علاج المشكلة النفسية يكون إما عن طريقة المحكم الفرد أو عن طريق التحكيم

[1] – المادة 571 من الأمر 58/75.

[2] – محمود السيد عمر التحيوي ، **أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره** ، **المرجع السابق** ، ص 250.

[3] – عبد الحميد الشواربي ، **المرجع السابق** ، ص 34.

المؤسسي بإعداد قائمة بأسماء المحكمين من خبرة رجال القانون المشهود لهم بالكفاءة والنزاهة وتشكل كل نزاع هيئة بالدور من القائمة أو يترك للخصوم حرية الإختيار من القائمة .[1]

**ثالثا: تمييزالتحكيم عن الخبرة :**

تعتبر الخبرة القضائية وسيلة من وسائل الإثبات وإجراء من إجراءات التحقيق التي يأمر بها القاضي للفصل في مسألة من المسائل ذات طابع فني خاص ليس بمقدوره الإلمام بها لكونها مسألة تقنية فنية كالمحاسبة الهندسية والطب ...إلخ ، لذلك يحتاج القاضي إلى من ينوّره ويساعده في فهم هذه المسائل .[2]

وقد جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 تعريف الخبرة على أنّها " تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي ".[3]

ويقصد بالخبرة أيضا :" ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص بمهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني والذي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي ".[4]

وتتميز الخبرة بعدّة خصائص تتمثل في :

1-تتميّز الخبرة من حيث المبدأ بطابع إختياري ، حيث يمكن للجهة القضائية الأمر تلقائيا بإجرائها بدون أن يطلب الأطراف ذلك .

[1] – فراح مناني، **المرجع السابق** ، ص 71.

[2] – عبد الحميد الشواربي ، **التزوير والتزييف مدنيا وجزائيا في ضوء الفقه والفضاء** ، منشأة المعارف ، مصر ، سنة 1996، ص 552.

[3] – المادة 125 من القانون 09/08.

[4] – نوال حيرش ، **التحكيم في العقود الإدارية** ،مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2013، ص 20.

2-تتعدد وتختلف تخصّصات الخبراء ، فمنهم من هو مسجّل في نقابة مهنته حسب تخصّصه ومنهم من هو غير مسجّل فيها ، كذلك هناك خبراء مقيّدين في قائمة الخبراء القضائيين ، وهناك خبراء غير مسجلين في أي تنظيم .

3-يتمتع القاضي بحرية إختيار خبير أو أكثر وذلك يرجع إلى طبيعة كل قضية ، لم ينص المشرع على العدد الأقصى من الخبراء الذين يمكن للقاضي أن يأمر بتعيينهم بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي حسب تشعّب وتعدد المسائل الفنية المثارة في كل قضية .

4-وجود الخبرة القضائية يتوقف على وجود دعوى قضائية أولى مرفوعة .[1]

ومن خلال ما تقدّم يمكننا إجمال أوجه التشابه بين التحكيم والخبرة في النقاط التالية :

1-يشترك التحكيم مع الخبرة في كونهما يقومان على ضرورة توافر الموضوعية وكذا الحياد والنزاهة والإستقلال أثناء مباشرة عملية التحكيم أو إنجاز الخبرة .

2-يرى البعض بأنّ النّظام القانوني للتحكيم يتشابه مع الخبرة في أساسهما ، وهو إتّفاق الأطراف ،كما أنّ التحكيم والخبرة لا يلجا إليهما من الأطراف المتنازعة إلّا بخصوص مسألة محل نزاع أو خلاف .[2]

كما أنّ هناك خلاف بين التحكيم والخبرة يتّضح في أنّ التحكيم عبارة عن نظام خاص للتقاضي يقوم المحكم من خلاله بحسم النّزاع بقرار ملزم للأطراف ، أما الخبرة فهي وسيلة للحصول على

رأي شخص من الغير حول مسألة فنّية معينة ، وهذا الرأي غير ملزم للخصوم .[3]

---

[1] – لزهاري شتيح ، **الخبرة القضائية في المنازعة الإدارية** ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2013، ص 12.

[2] – سناء بلقواس ، **المرجع السابق** ، ص 40.

[3] – نوالحيرش ، **المرجع السابق** ، ص 20.

3-المحكم لا يؤدي اليمين لأن ثقة الخصوم به هي التي أدّت لإختياره في حين أن للخبير يؤدي اليمين أمام القضاء بمقتضى النصوص القانونية .

4-لا يجوز إستئناف الحكم اللآمر بالخبرة ، أو الطعن فيه بالنقص إلاّ مع المحكم الفاصل في النّزاع على عكس التحكيم .[1]

## المبحث الثاني :

## آلية التحكيم في عقود البوت

يقوم نظام التحكيم على جملة من المراحل المتتالية حيث يكون أولها في إتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم للتحكيم عن طريق إبرام الإتفاقية التحكيمية والإلتزام بمختلف شروطها المترتبة عنها ( المطلب الثاني) .

وقد يقع إتّفاق التحكيم قبل نشوء النزاع بين الأطراف حيث يكون شرطا ضمن شروط العقد،أو يقع الإتّفاق عليه بعد نشوء النزاع بينهم وهذا ما ندعوه بمشارطة التحكيم ( المطلب الثاني).

### المطلب الأول:

### إبرام اتفاقية التحكيم

يعتبر إتفاق التحكيم كنقطة بداية في نظام التحكيم ، حيث إهتم كل من الفقه والقانون إهتماما كبيرا به ، ونظّمه تنظيما يتلاءم مع أهميته نظرا لكونه جوهر التحكيم ، بحيث لا يعرض أي نزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن إتفاقا صريحا على الفصل فيه بطريق التحكيم .

[1] -ينظر المواد 131-145 من القانون 09/08.

ويعرف اتفاق التحكيم على أنّه الإتفاق الذي يحيل بمقتضاه الأطراف على التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أو تنشأ بينهما في خصوص علاقة قانونية تعاقدية،[1] ويمكن القول كذلك بأنّ اتفاق التحكيم هو : " اتفاق بين الخصوم في نزاع معيّن قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النّزاع على المحكم أو المحكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة صاحبة الولاية والإختصاص ".[2]ويتطلب لصحة إتفاق التحكيم توفر جملة من الأركان و الشروط اللازمة له ، وهذه الأركان والشروط نحدّدها في الفروع التالية :

## الفرع الأول : أركان إتفاق التحكيم

يقوم إتفاق التحكيم على ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب ويترتب على تخلّف أي من هذه الأركان إنعدام إتفاق التحكيم أو عدم وجوده[3] وهو ما نتناوله على النّحو التالي :

### أولا : الرضا :

يتحقق الرّضا باتفاق التحكيم بتلاقي إرادة الأطراف على عقد اتفاق التحكيم سواء في صورة شرط أو مشارطة ، ويعتبر جمهور الفقه الرضا من الشروط الموضوعية اللازمة لإنعقاد إتفاق التحكيم ، ويتحقق تلاقي الإيجاب والقبول في إتفاق التحكيم في شكل أو صورة كموافقة أطراف الخصومة على تدخّل الشخص في الخصومة التحكيمية ، كما يعتبر الخضوع لنظام قانوني معيّن وقبول التعامل في هذا النظام من قبيل الرضا بالتحكيم .[4]

ولم يشترط المشرّع شكلية محدّدة لكتابة إتفاق التحكيم ، فيجوز إيراد إتفاق التحكيم في أي شكل أو صورة ، العبرة أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا إلاّ كان باطلا.[5]

---

[1]– الحسين السالمي ، **التحكيم وقضاء الدّول** ، مجد المؤسسة الجامعية للدّراسات ، ط1، لبنان ، 2008، ص 142.

[2]– عصام عبد الفتاح مطر ، **التحكيم الإلكتروني** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009، ص 69.

[3]– فتحي والي ، **المرجع السابق** ، ص 106.

[4]– فتحي والي ، **المرجع السابق** ، ص 105.

[5]–أحمدإبراهيم عبد التواب ، **المرجع السابق** ، ص 393.

وإذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود باعتبار أنّ الطرفان سينتهيان لوضع إتفاقية مكتوبة، سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه ، لكنّ الصعوبة تثار في حالة ما إذا إقتصر إتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة والبرقيات ...إلخ ، وحتى يقع الإيجاب صحيحا لابدّ أن يشير صراحة إلى كون الهدف من وراء إتفاق التحكيم هو نتيجة النزاع عن ولاية القضاء وأن يتم تحديد النّزاع بدقّة .

والأصل أنّ صاحب الرسالة غير ملزم بالبقاء على إيجابه ، بل يمكنه الرّجوع عنه ما دام الموجه إليه لم يقبله ، لكنّ الوضع يختلف في حالة تحديد مدّة معينة فإنّه يتعين عليه البقاء على إيجابه ، ولا يستطيع الرّجوع عن إيجابه طوال المدة المتفق عليها ، أما القبول الذي ينعقد به إتّفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب ويشترط فيه أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كل ما تناوله من مسائل ( جوهرية أو ثانوية ) وأن يصدر القبول خلال الأجل المحدّد .[1]

**ثانيا : المحل :**

الواقع أنّ محل إتّفاق التحكيم هو موضوع المنازعة وموضوع إتّفاق التحكيم هو إلتزام الأطراف بالإلتجاء إلى التحكيم والإستمرار فيه دون قضاء الدولة ، ويتعين أن يتعلق إتفاق التحكيم من حيث محلّه بنزاع يجوز فيه الصلح ولا يتعارض مع النظام العام وهو ما يتعلق بمحل التحكيم ،[2] وإلاّ وقع إتفاق باطلا ، والحكمة من عدم جواز الإتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها ، والتي يعنيها أن تسري عليها قواعد محدّدة هو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللّجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل،[3] فالمشرّع الجزائري عندما أجاز اللّجوء إلى التحكيم للأشخاص

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، **المرجع السابق** ، ص 271،272.

[2] – أحمد إبراهيم عبد التواب ، **إتفاق التحكيم والدّفوع المتعلقة به** ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، 2009، ص 328.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **المرجع السابق** ، ص 38.

المعنوية العامة ، فقد حصرها في مجالين هما : النزاعات الناجمة عن تطبيق الإتفاقيات الدولية أو النزاعات الناجمة عن تطبيق الصفقات العمومية .[1]

**ثالثا : السبب :**

يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله إلتزم العاقد ، والسبب في إتفاقية التحكيم هو اللّجوء إلى قضاء خاص لما فيه من مميّزات وتفادي قضاء الدولة لما فيه من تعقيدات إجرائية ووقتية ، ولما يحققه من سرية مطلوبة مع فرض حسن النيّة ، ونتيجة لما سبق فإنّ إتفاقية التحكيم عقد لا بدّ من توافر فيه أركان العقود بصفة عامة .[2]

**الفرع الثاني : شروط صحية اتفاق التحكيم:**

ميّز بعض الفقه بين الشروط العامة والشروط الخاصة لاتّفاق التحكيم ، وشروط صحة إتفاق التحكيم قد تتعلق بشكل إتفاق التحكيم وقد تتعلق بموضوع إتفاق الأطراف على التحكيم ، ومن ثم تنقسم إلى شروط شكلية وشروط موضوعية على النحو التالي :

**أولا : الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم في عقد البوت:**

يتطلب القانون الجزائري والمقارن لصحّة إتفاق التحكيم أن يتضمن مجموعة من الشروط الشكلية والتي تتمثل في أن يكون مكتوبا وأن يكون صادرا ممن له أهلية التصرّف في الحق محل إتفاق التحكيم،[3] بالإضافة إلى ضرورة وجود محكم أو محكمين يتم تعيينهم،[4] وهذا ما سنتناوله على النحو التالي:

[1] – المادة 975 من القانون 09/08.

[2] – نبيهة بومعزة ، **المرجع السابق** ، ص 226.

[3] – أحمد ابراهيم عبد التواب ، **المرجع السابق** ، ص 392.

[4] – عبد الرحمن بربارة ، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، منشورات بغداد ، طه، البليدة ، 2013 ، ص 574.

**1-شرط الكتابة :**

يقصد بكتابة إتفاق التحكيم أن يرد هذا الإتفاق محرر و مكتوب وتعتبر كتابة إتفاق التحكيم شرطا لصحّته .

وبالرّجوع إلى أحكام القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، نجد بأنّ المشرّع الجزائري نصّ صراحة على إلزامية أن يكون إتّفاق التحكيم مكتوبا سواء في الإتفاقية الأصلية أوالوثيقة التي تستند إليها .[1]

**2-شرط الأهلية :**

الأهلية "La capacité" هي القدرة أو الصلاحية على إبرام التصرف القانوني والأهلية من شروط صحة إتفاق التحكيم في عقد البوت ويترتب على تخلّفها بطلان الإتفاق ، ويشترط فيمن يكون طرفا في إتفاق التحكيم أن يكون لديه أهلية التصرّف في الحق موضوع الإتفاق،[2] وهذا إعمالا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتى تنصّ على : " يمكن لكل شخص اللّجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرّف فيها ..."،[3] وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد حدّد الأهلية اللازمة لإبرام إتفاق التحكيم على أنّها أهلية التصرّف والأهلية التي نحن بصدد دراستها هي أهلية المصلحة المتعاقدة ( الدولة ، الولاية ، البلدية ، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ) ، وأهلية المتعاقد معها سواء كان فردا أو على هيئة شركة أو كان وطنيا أو أجنبيا .

[1] – المواد 1040/1012/1008 من القانون 09/08.

[2] – أحمد إبراهيم عبد التواب ، **المرجع نفسه** ، ص 408.

[3] – المادة 1006من القانون رقم 09/08.

**أ-أهلية المصلحة المتعاقدة :**

جاء في أحكام القانون 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية أنّه عندما يكون التحكيم متعلّقا بالدّولة فيتم اللّجوء إليه بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين ، أما إذا تعلّق التحكيم بالولاية أو البلدية فيكون اللّجوء إليه على التوالي بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ، وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللّجوء إليه عن طريق مبادرة من ممثلها القانوني أو من السلطة الوصية التي يتبعها .[1]

**ب-أهلية المتعامل المتعاقد :**

تتمثل أهلية المتعامل المتعاقد حسب نص المادة 1006 في أنّه "يمكن لكل شخص اللّجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنّظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ..." وما يمكننا إستخلاصه من هذه المادة أنّ المتعامل المتعاقد إذا كان شخصا طبيعيا فإنّ أهليته تكون بمجرّد بلوغه سن 19 ، ويكون أيضا متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، وفي حالة إذا لم تتوافر فيه شرط كمال الأهلية فهو ممنوع من إبرام إتفاق التحكيم وينطبق ذلك على القاصرين وناقصي الأهلية الذين ليس بإمكانهم إبرام هذا الإتفاق إلّا إذا أذن لهم بذلك أو قضي بترشيدهم أو باشروا هذا الأمر بواسطة نائبهم القانوني .[2]

أما أهلية المتعامل المتعاقد باعتباره شخصا معنويا فأهليته يستمدها من خلال نص قانوني أو العقد الذي أنشئ على أساسه .[3]

---

[1]- المادة 976 من القانون رقم 09/08، **المرجع السابق**.

[2]- دامية أشهيبو ، " **التحكيم وشروط صحته** " ، مجلة الفقه والقانون ، مأخوذة من موقعwww .majalah.new.ma .

[3] - أسعد فاضل منديل ،**أحكام عقد التحكيم وإجراءاته** ، منشورات الزين الحقوقية ، ط1، العرق ، 2012، ص 90.

**3-إختيار المحكم :**

المحكم " L'arbitre" : هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أوّلوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم ، وقد يتم تعيينه من قبل المحكمة .

ومن بين الشروط التي يجب أن تتوافر في المحكم هي على النحو التالي :

-تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين عملا بنص المادة 1017 من ق .إ.م.إ.

- في قانون التحكيم الجزائري قد يكون المحكم شخصا طبيعيا أو معنويا ، وفي الحالة الأخيرة يجب على الشخص المعنوي تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم ، عملا بأحكام المادة 1014 من ق . إ م.إ.

-قبول المحكم لمهمّته ، بحيث لا يعدّ تشكيل محكمة التحكيم صحيحا[1] إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم .[2]

**ثانيا : الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد البوت**

ذهب جمهور من الفقه إلى أنّ الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم تتمثل في تعلق اتفاق التحكيم بموضوع يجوز فيه الصلح وعدم تعارضه مع النظام العام ، وأن يكون ممكنا للتحكيم لا مستحيلا ، وهذا ما سنوضحه على النّحو التالي:

[1] – فراح مناني ، **المرجع السابق** ، ص 125.

[2] – سفيان سوالم ، **المنازعات المدنية في القانون الجزائري** ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص قانون خاص ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014، ص 150.

**1-عدم تعلق إتفاق التحكيم بموضوع لا يجوز فيه الصلح ولا يخالف النظام العام:**

يشترط لصحة إتفاق التحكيم أن يكون الاتفاق من حيث موضوعه غير مخالف للنظام العام ، وإلا وقع الاتفاق عليه باطلا وينسحب هذا البطلان إلى قرار التحكيم .[1]

إنّ النّظام العام فكرة نسبية تختلف من نظام لآخر، إذ يتصور اتفاق موضوع التحكيم مع الأعراف الدولية وتعارضه مع النظام العام الداخلي ، وقد ذهب البعض لتعريف النّظام العام بأنّه مجموعة القواعد المعيارية التي تمثّل الحدّ الأدنى أو المقياس الذي يفرضه المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان ، وقد ذهب البعض الآخر لتعريف النّظام العام في إطار التجارة الدولية بأنّه مجموعة المبادئ التي تشكل الأسس التي يقوم عليها المجتمع التّجاري الدولي ، والواضح من هذه التعريفات السابقة أنّها تنصرف لتعريف النظام العام الدولي في مجال التّجارة الدولية ، وهذه المبادئ والأسس قد تتفق مع النظام العام الدّاخلي للدّول وقد تختلف عنه ، فالنّظام العام في الدّول الإسلامية يختلف عن النّظام العام في الدّول غير الإسلامية ، والنّظام العام في نطاق الدول الأنجلو أمريكية يختلف عن دول الشرائع اللاتينية والجرمانية وغيرها من النظم ، وأيا كان الخلاف بين النظام العام الدّولي والنظام العام الداخلي .[2]

**2-إمكانية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود البوت :**

نظرا لأنّ الطرف الآخر في عقد البوت أجنبي ، فإنّ ثقته في القضاء الوطني وعدالة القانون الداخلي غالبا ما تكون منعدمة ، لذا فإنّه يشترط أن تتم تسوية منازعات هذا العقد عن طريق التحكيم نظرا لما يتسم به من سرعة تتوافق مع الطبيعة الزمنية لتلك العقود ، وتوافق الدولة المضيفة على هذا الشرط رغبة منها في تشجيع الاستثمارات الأجنبية على الدخول في مشروعات لن تستطيع هي القيام بها نظرا لضعف إمكانياتها المادية أو التقنية ، إضافة إلى أنّ التحكيم ليس فيه اعتداء أو إنقاص من السيادة الوطنية .

[1] – عبد العزيزعبد المنعم خليفة ، **المرجع السابق** ، ص 38.

[2] - إبراهيم عبد التواب ، **المرجع السابق** ، ص 113، 114.

إضافة إلى معيار الموافقة الأولية اللازمةلإجازة اللّجوء للتحكيم بشأنها من المسائل التي تقبل التصرّف و التصالح بشأنها ، وهذا للتحكيم الشرط ينطبق على العقود الإدارية وطنية كانت أم دولية ، مثل عقود البوت .

وواقع الأمر أن تلك العقود يتولّد عن تنفيذها مراكز قانونية شخصية أو ذاتية ، ومن ثم تدور المنازعات فيها حول حقوق مالية ، وتلك الحقوق لصفتها الذاتية قابلة للصلح والتنازل الأمر الذي يجوز معه الاتفاق على التحكيم .[1]

## المطلب الثاني :

## أشكال اتفاق التحكيم وإجراءاته

بما أنّ دراستنا تتعلّق بالتحكم في عقد البوت فإنّ اتفاق التحكيم يتمثّل في الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه طرفي النّزاع (الجهة الإدارية وشركة المشروع ) على عرض ما ينشأ بينهما من نزاعات على التحكيم من أجل الفصل فيه فهو بذلك يأخذ شكلين ، إما أن يكون في شكل شرط أو يكون في شكل مشارطة وهذا ما سنوضّحه على النحو التالي :

### الفرع الأول : أشكال التحكيم :

يقوم اتفاق التحكيم على صورتين إما يكون في شكل شرط منصوص عليه ضمن شروط العقد أو يكون في شكل مشارطة تبرم بعد نشوء النّزاع بين طرفي عقد البوت.

#### أولا : شرط التحكيم : La Clause Compromissoire

إن شرط التحكيم هو اتّفاق يلتزم بمقتضاه طرفين على اللّجوء للتحكيم الجزائري دون قضاء الدّولة .[2]

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **المرجع السابق** ، ص 158، 159.

[2] – أحمد إبراهيم عبد التواب ، **المرجع السابق** ، ص 193.

نصّ قانون التحكيم الجزائري الجديد في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متّصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

وعليه يكون شرط التحكيم سابقا على قيام النّزاع بين الطرفين في العقد ويهدف إلى إحالة المنازعات المستقبلية التي تثار بشأن ذلك العقد .[1]

في الواقع أنّ شرط التحكيم كثيرا ما يندرج في العقد بل أصبح هذا الشرط هو القاعدة في ميدان التّجارة الدولية ، حيث أنّ الغالبية العظمى من قضايا التحكيم وخاصة الدولي تنشأ استنادا إلى اتفاق لاحق على نشوء النزاع .[2]

**ثانيا : مشارطة التحكيم : La Compromis**

يقصد باتفاق التحكيم ذلك الاتفاق الذي يبرمه طرف العقد بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد ويحيلان بموجبه نزاعهما إلى التحكيم ، ومثال ذلك أن يبرما طرفا التحكيم عقدهما دون أن يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات بينهما ، وفي مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعة مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى هيئة التحكيم .[3]

وهذا ما جاء في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة على مايلي : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ".

---

[1] – سفيان سوالم ، **المرجع السابق** ، ص 145.

[2]Mostafa tarari tami, droit algérien de l'arbitrage commerciale internationale, Berti 1[er]Edition ;Alger ; 2007, p 36 .

[3]– سفيان سوالم ، **المرجع السابق** ، ص 146.

ويجوز للأطراف المتنازعة الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية ، وفي هذه الحالة بإمكان الخصوم التماس إجراء الفصل في الخصومة وفقا للمادة 214 من ق.إ.م.إ إلى حين انتهاء أجل التحكيم المنصوص عليه من المادة 1018 من نفس القانون على اعتبار أنّ التحكيم طريق بديل لحل النّزاعات مثل الوساطة التي يباشرها شخص أجنبي عن القضاء دون أن يترتب على ذلك تخلّي القاضي عن القضية .

فإذا انتهت الخصومة التحكيمية بصور حكم يتم التنازل عن الخصومة القضائية ، أما في حالة فشل التحكيم يعاد السير في الخصومة القضائية .[1]

**الفرع الثاني : إجراءات التحكيم**

يتم تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة أسسا من قبل الأطراف أنفسهم وفي غياب ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات وتضبط الإجراءات في صلب اتفاقية التحكيم مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم .

ولأطراف النّزاع مباشرة أو بالرّجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين ، أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم ويعرض النّزاع على محكمة التحكيم من قبل الطرفين معا أو من الطرفالذي يهمّه التعجيل إذا تعلّق الأمر بشرط التحكيم ، ويجوز للطرف المعني بالتعجيل في رفع الأمر إلى :

1-رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.2- رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

[1]- عبد الرحمن بربارة ، **المرجع السابق** ، ص 584.

-كذلك ينظر المواد 214-1018 من القانون 09/08، **المرجع السابق**.

3-في حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.[1]

ويلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 04 أشهر تبدأ من يوم تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم ، غير أنّه يمكن تمديد هذا الأجل إما بموافقة الأطراف أو من طرف رئيس المحكمة المختصة ، ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف ، كما لا يجوز للمحكمين التّخلي عن هذه المهمة إذا شرعوا فيها .[2]

ويترتب على صدور حكم التحكيم أثرين هما :

**أولا : انتهاء مهمة التحكيم**

ونصت على هذا الأثر المادة 1030 الفقرة 1 من ق.إ.م.إ ، والتي تنص على :" يتخلى المحكم عن النّزاع بمجرّد الفصل فيه ، وعليه فبمجرّد صدور الحكم التحكيمي وحسمه للنزاع فإنه يضع حدّا لمهمة الهيئة التحكيمية ويكون بمثابة إذن بنهاية إجراء التحكيم.

**ثانيا : اكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه**

نصّت على ذلك المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجر صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه " ، فقد أحسن المشرّع الجزائري بالنّص صراحة على حجية أحكام التحكيم معتبرا هذه الحجية أثرا من أثار الأحكام التحكيمية .[3]

[1]-المادة 1041-1042 من القانون 09/08، **المرجع نفسه**.

[2] – المادة 1010-1018 من القانون 09/08.

[3] – منير عباسي ، **التحكيم في العقود الإدارية الدولية** ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص إدارة أعمال ، خميس مليانة ، 2014 ، ص 77، 78.

## المبحث الثالث :

## طرق الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت

إنّ مبدأ عدم المساس بالأحكام التحكيمية بعد صدورها ضرورة ملحّة لاستقرار الحقوق ، والمراكز القانونية ، وهذا الاستقرار لا يتحقّق إلا إذا اكتسب الحكم المعني حصانة تحول دون المساس به سواء بتعديله أو بإلغائه ، غير أنّه من ناحية أخرى نجد هذه الحكام تصدر من بشر غير معصومين من الخطأ ، سواء كان متعمّدا أو غير متعمّد .[1]

على هذا الأساس أقرّت التشريعات والمعاهدات الدولية طرقا مختلفة للطعن ضدّ قرارات التحكيم في عقود الإدارة الدولية ، وذلك لكي لا يصدر المحكمين قراراتهم باستخفاف وخارج مبادئ الإنصاف وبطريقة غير شرعية ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الوطنية الأخرى ، حيث ميّز بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج ، والأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالجزائر والتي سنتطرق إليها كالآتي :

### المطلب الأول:

### الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج

تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى : " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 " أعلاه .

[1]– فراح مناني ، **المرجع السابق** ، ص 178.

فبمفهوم المخالفة يفهم أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لا يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان في الجزائر ، وهو الحال المعتمد في القانون الفرنسي في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد .[1]

ومن هذا نستنتج أن أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر قابلة للاستئناف ، ويكون القانون الصادر والفصل بالاستئناف قابل للطعن بالنقض ، وهذا ما سنبينه من خلال الفروع التالية :

**الفرع الأول : الطعن بالاستئناف:**

طبقا لأحكام المادة 1055 من ق.إ.م.إ فإن الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ يكون قابلا للاستئناف ، غير أنّ المشرع الجزائري قيّد الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ واستلزم فيه الشروط ذكرت على سبيل الحصر :

**أولا : إستئناف أمر القاضي برفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر:**

إن من بين الشروط لتي أوجدها المشرّع الجزائري للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه هو إثبات وجود الحكم التحكيمي وأن لا يكون هذا الحكم مخالفا للنظام العام الدولي ولا يتم الاعتراف والتنفيذ إلا إذا توفرت هذه الشروط.[2]

ويكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف أمام الجهة القضائية المختصة التي تعلو المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ وذلك في أجل 15 يوما من تاريخ صدور الأمر بالرفض .[3]

---

[1]–Fauchard Philippe, gaillard Emanuel ,et Goldman Berthold ,op cite, p 904 .

[2] –المادة 1051–10553 من القانون 08/08، **المرجع السابق.**

[3] – المادة 1035 من القانون 09/08،**المرجع نفسه.**

يسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة ، يبرز فيها المعني أسباب الاستئناف أو بالأحرى أوجه الطعن المستند إليها ، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية وتكون مرفقة بالأمر محل الاستئناف ، وكذا الحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم ، على أن تحترم جهة الاستئناف مبدأ الوجاهية .

**ثانيا : إستئناف أمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي:**

إنّ رئيس المحكمة عادة ما يستجيب عند فصله في الطلب المقدّم إليه طلب الاعتراف وتنفيذ

القرار التحكيمي بعد مراقبته الملف المقدّم إليه ،[1] والتأكد من عدم وجود ما يمنع الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر ، وفي هذه الحالة فإنّ المشرّع الجزائري منع مبدئيا استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ ، وأجاز ذلك استثناءا على سبيل الحصر في نصّ المادة 1056 والتي جاء فيها : " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية :

1-إذا فصّلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناءا على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية .

2-إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون .

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها .

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .

5-إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجدت تناقضا في الأسباب .

[1] المادة 1051-1052 من القانون 09/08، **المرجع السابق**.

6-إذا كان حكم التحكيم للنظام العام الدولي ".

وخلافا للاستئناف ضد الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ الذي يكون خلال 15 يوما ، فإن الاستئناف ضد الأمر القضائي بالاعتراف أو التنفيذ يرفع أمام المجلس القضائي خلال شهر (01) واحد ابتداءا من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة طبقا لما جاء في أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .[1]

**الفرع الثاني : الطعن بالنقض:**

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في أحكام التحكيم الدول الصادر في الخارج ، وقد نصّت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على : " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و 1058 أعلاه ، قابلة للطعن بالنقض ".[2]

وبالتالي فإنّ القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة برفض الاعتراف أو التنفيذ أو أمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض.

وبما أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد الحالات التي يجوز فيها الطعن بالنقض في القرار الفاصل في استئناف الحكم التحكيمي الصادر بالخارج يتعين الرّجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .[3]

يرفع الطلب بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المختصة بنظر الطعون بالنقض في القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية إثر الاستئناف ضدّ الأمر القاضي برفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي أو تلك التي تسمح بذلك ، وذلك بعريضة

[1] – المادة 1056-1057 من القانون 09/08، **المرجع السابق**.

[2] – عبد الرحمن بربارة ، **المرجع السابق** ، ص 566.

[3] – المادة 358 من القانون 09/08، **المرجع نفسه**.

موقعة من محامٍ معتمد لدى المحكمة العليا ، ويرفع الطعن بالنقض طبقا للمادة 354 في أجل (02) شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تمّ شخصيا ، ويمدّد الأجل إلى (03) أشهر إذا تمّ التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار ولا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم في مجال التحكيم الإداري الدولي طبقا للمادة 361.[1]

## المطلب الثاني :

## الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية الصادر بالجزائر

حسب نص المادة 1058 من ق.إ.م.إ التي مفادها أنّ الحكم التحكيمي الدولي الصادر بالجزائر يمكن أن يكون محل طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 ، ولا يقبل القرار الصادر والفاصل في الطعن بالبطلان إلاّ الطعن بالنقض ، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي :

### الفرع الأول : الطعن بالبطلان:

أقرّ المشرّع الجزائري بحق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 السابقة الذكر، وفيما يلي سنفصّل في هذه الحالات على النحو التالي:

#### أولا : الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم:

يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة الدستور الذي تستمد منه عملية التحكيم شرعيتها وبالتالي أي عيب يؤثر على وجوده أو صحته ينال من حكم التحكيم ويجوز الطعن فيه بالبطلان .

[1] – المادة 354-361 من القانون 09/08، **المرجع السابق**.

ويكون ذلك إذا فصّلت هيئة التحكيم دون اتفاقية تحكيم أو بناءا على اتفاقية باطلة أو بعد انقضاء مدة التحكيم .[1]

## 1-فصل محكمة التحكيم في النّزاع دون اتفاقية تحكيم :

إذا دفع أحد الخصوم أمام القضاء بعد وجود اتفاق التحكيم وتأكد القاضي من ذلك قضى ببطلان حكم التحكيم ، وعدم وجود اتفاق على التحكيم ، وتثور مسألة عدم وجود اتفاق التحكيم في عدّة مسائل منها : إذا كان هذا الاتفاق يسري على غير العقد الذي تضمّنه ، أو كان العقد الذي تمّ تنفيذه بواسطة شخص غير الذي وقّعه ، وثار النّزاع حول سريان اتفاق التحكيم عليه .

أو أن يثور الخلاف حول طبيعة هذا الاتفاق من حيث أنّه اتفاق تحكيم أو وساطة أو اتفاق على اللجّوء إلى الخبرة الفنية .

الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم والتمسك به قبل صدور حكم التحكيم ، لأنّ حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم دون أي تحفظ دون أي إجراءات والتحفظ والسير في إجراءات الخصومة يفسر على أنّه رضا ضمني بالتحكيم ، كما أنّ الانتظار لحين صدور حكم التحكيم يعدّ رضا باللّجوء إلى التحكيم وبالتالي عدم وجود اتفاق تحكيم لا يصح سببا للبطلان إلا إذ لم يكن أحد الأطراف يحضر أمام هيئة التحكيم أو كان يحضر أو يدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم.[2]

## 2-فصل محكمة التحكيم في موضوع النّزاع بناءا على اتفاقية تحكيم باطلة :

إن لاتفاق التحكيم أركان وشروط لازمة أي أنّ اتفاق التحكيم يجب أن تتوفر فيه الرّضا والمحل والسبب ، والشكلية ، حيث تنص المادة 1040 على : " يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان ، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابه ، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات

[1] – المادة 1056 من القانون 09/08، **المرجع نفسه**.

[2] – فتحي والي ، **المرجع السابق** ، ص 574.

بالكتابة "، وتنص كذلك : " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره ، أو القانون المنظم لموضوع النّزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما ".[1]

ولمعرفة مضمون هذه الأركان وما توافر شروطها يتم الرّجوع إلى القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره ليحكم إجراءات التحكيم ، و في حالة غياب هذا الاتفاق تطبق هيئة التحكيم القانون المنظم لموضوع النّزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما ، ويرى البعض أن قانون الدولة التي تنظر محكمتها دعوى البطلان هو الواجب التطبيق إذا لم يتفق أطراف النّزاع على قانون آخر.[2]

**3-فصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع بناءا على اتفاقية تحكيم انقضت مدّتها :**

ويكون سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته في حالتين :

الحالة الأولى : أن يحدد الاتفاق مدة لبدء التحكيم إذا رغب أحد الطرفين اللجوء إليه وإذا انقضت هذه المدة دون اللّجوء إليه ، سقط اتفاق التحكيم واستردّ كل طرف من الطرفين حقه في اللجوء إلى قضاء الدولة .

الحالة الثانية : أن يحدّد إتفاق التحكيم أجلا لصدور حكم التحكيم وينقضي هذا الأجل دون صدور حكم التحكيم ، ويلحق بهذه الحالة تحديد أجل التحكيم بنص قانوني إذا لم يتم تحديده إتفاقا .

وبناءا على ما تقدّم يتّضح الفرق بين الحالة الأولى هي حالة سقوط إتفاق التحكيم لإنتهاء المدة المحددة للّجوء إلى التحكيم ، والحالة الثانية وهي حالة إنقضاء ميعاد إصدار حكم التحكيم

[1] – المادة 1040 ، ف 2-3 من القانون 09/08، **المرجع السابق.**

[2] – حفيظة السيد الحداد ، **الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية** ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2007، ص 241.

، إذ تفرض هذه الحالة الأخيرة أنّ هيئة التحكيم إنعقدت وإتّصلت بالنّزاع إلاّ أن الحكم قد صدر بعد إنتهاء المدة المحدّدة للتحكيم مما قد يعرض هذا الحكم للبطلان .[1]

**ثانيا : حالات البطلان المتعلقة بحكم التحكيم :**

وتتمثل حالات البطلان المتعلقة بحكم التحكيم بحسب المادة 1040 فيما يلي :

**1-تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بشكل مخالف للقانون:**

وترجع هذه الحالة إلى عدم مراعاة الشروط القانونية التي يجب توافرها في المحكمين والقواعد التي تحكم عددهم حيث تفرض المادة 1014 عدم إسناد مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية ، وتشترط المادة 115 من نفس القانون قبول المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم من يعتبر تشكيل هيئة التحكيم صحيحا ، كما أنّها تلزم المحكم إذا علم أنّه قابل للرّد بإخبار الأطراف بذلك ، وإذا لم يطلب أيا منهم ردّه سقط حقهم في الطعن بالبطلان .[2]

لما تشترط المادة 1017 من ق.إ.م.إ تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو محكمين بعدد فردي، وعليه في حالة مخالفة الشروط المنصوص عليها جاز للطّرف الذي يهمه الأمر الطعن في حكم التحكيم الدولي بناءا على أنّه صدر على هيئة التحكيم تشكيلها مخالفا للقانون .[3]

**2-فصل هيئة التحكيم لما يخالف المهمة المسندة إليها :**

إنّ فصل هيئة التحكيم أو المحكم بما يخالف المهمة المسندة إليه أن يتعلق بالشكل أو الموضوع ، أما من حيث الشكل فيقصد بذلك إجراءات التحكيم المتفق عليها بين الأطراف

[1] – أحمد بشير الشرايري ، **بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض ( التمييز /عليه)** ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1، عمان ، 2011، ص ص 73-75.

[2] – المادة 1014-1015 من القانون 09/08، **المرجع السابق**.

[3] –المادة 1017 من القانون 09/08، **المرجع نفسه**.

كالقانون الواجب التطبيق على النّزاع مثلا ، فإذا إتفق الأطراف على تطبيق قانون معين بشأن النّزاع الذي ثار بينهم وجب على هيئة التحكيم الفصل في هذا النّزاع وفقا لهذا القانون تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ، وإلاّ كان هذا الحكم عرضة للطعن .

وأمّا من حيث الموضوع فيكون ذلك إما في حالة فصل هيئة التحكيم في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم ، أي لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسائل لم يتفق الأطراف على طرحها عليها ، أو في حالة تجاوز هيئة التحكيم لحدود إتفاق التحكيم ، ويكون هذا التجاوز نقصا بإغفال طلب أو أكثر من طلبات الخصوم أو إعطاء الخصوم أكثر مما طلبوه .[1]

**3-عدم مراعاة مبدأ الوجاهية :**

يقتضي مبدأ الوجاهية تمكين الأطراف من تقديم دفاعهم بالكامل ودعوتهملكل جلسة تعقدها هيئة التحكيم ، وإتخاذ الإجراءات في مواجهتهم وكذا تخويلهم فرصة كافية للإطلاع والرّد على كل ما يقدّم في القضية من مذكرات أومستندات .[2]

وقد جعل المشرع الفرنسي كغيره من القوانين المقارنة ، من بين الأسباب التي يجوز الإستناد عليها في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، عدم إحترام مبدأ الوجاهية وتجدر الإشارة إلى أنّه لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بناءا على عدم إحترام مبدأ الوجاهية إذا كانت هيئة التحكيم قد أتاحت للخصم الدّفاع عن نفسه ، لكنه لم يقم بذلك من تلقاء نفسه ، كأن يمتنع عن حضور الجلسات دون مبرر بهدف عرقلة الإجراءات متى كان تبليغه صحيحا.[3]

[1] – حمزة أحمد حداد ،**التحكيم في القوانين العربية** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ج1، ط1، بيروت ، 2007، ص 440.

[2] – RêneDavide ,l'arbitrage dans le commerce internationale, Edition Economica,paris ,1982,p 541.

[3] – أحمد بشير الشرايري ، **المرجع السابق** ، ص 192.

**4-إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب :**

يقصد بالتسبب مناقشة الوقائع والنقاط القانونية التي أثارها الأطراف وتوضيح كيف أنها أدت إلى ما استخلص منها .[1]

وعيوب التحكيم التي يمكن أن تبطل حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر عديدة منها : قصور التسبيب ، غموض الأسباب أو ورودها بشكل عام أو إفتراضي يقوم على مجرد التخمين الذي يتناقض مع الواقع ، أما تناقض الأسباب فمثاله استناد هيئة التحكيم إلى استخلاص من الوقائع يختلف من استخلاص إلى آخر إنتهت إليه في موضوع آخر من الحكم كأحد أسبابه مما يؤدي إلى نسخ ما سبق وتوصلت إليه ويجعلها تبدو مناقضة لنفسها .

وبناءا على ما سبق ذكره إذا لم يكن حكم التحكيم مسببا أو وجد تناقض في تسبيبه جاز الطعن فيه بالبطلان لأن التسبيب يتعلق بإحدى ضمانات التقاضي المتمثلة في حق أطراف النزاع عن حقوقهم .

**5-مخالفة النظام العام :**

يعتبر النظام العام أحد الضوابط الأساسية في كافة التصرفات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية ، بحيث تؤدي مخالفته إلى بطلان التصرف أو الطعن فيه وفق الوسيلة المتاحة قانونا ، وعليه إذا وجدت حالة تتطلب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي ولكنّها لا تندرج ضمن الحالات التي سبق الإشارة إليها ، يمكن اللّجوء إلى فكرة النظام العام لإبطال ذلك الحكم.[2]

وكأصل عام يمكن القول أنّ النظام العام مرتبط بالأسس الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية أو الخلقية في كل دولة من الدول مما يتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع ، ومنه فإن

[1] – عبد الرحمن بربارة ، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، دار بغدادي، ط1 ، الجزائر ، 2009، ص 204.

[2]– أمال بدر ، **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، بيروت ، ص 147-148.

حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام في الدولة التي طعنت فيه بالبطلان أمام محاكمها قد يكون صحيحا في دولة أخرى نظرا لعدم مخالفته للنظام العام فيها .[1]

**ثالثا : إجراءات الطعن بالبطلان:**

جاء في نص المادة 1059 من ق .إ.م.إ على أنّ الطعن بالبطلان يرفع في حكم التحكيم أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ، ويقبل الطعن إبتداءا من تاريخ النطق بحكم التحكيم ، وترفع دعوى بطلان القرار التحكيمي خلال (1) شهر واحد يبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.[2]

وفي حالة صدور الأمر الفاصل في الطعن بالبطلان تكون أمام حالتين ، في حالة قبول الطعن بالبطلان أو حالة رفض الطعن بالبطلان ، فبالنسبة للحالة الأولى يؤدي قبول الطعن بالبطلان إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه دون النظر في صلب الموضوع وفي ذلك إحترام المشرع الجزائري لإرادة الأطراف في تشكيل هيئة تحكيم من جديد أو اللّجوء إلى القضاء الوطني .

أما في حالة رفض الطعن بالبطلان فيترتب عليه آثار معاكسة لقبول الطعن بالبطلان بحيث في حالة كون المحكمة قد تخلّت عن طلب التنفيذ بعد الطعن بالبطلان ،فإن قرار المجلس برفض الطعن بالبطلان يؤدّي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي .[3]

[1] – حمزة أحمد حداد ، **المرجع السابق** ، ص 10.

[2] – المادة 1059-1058 من القانون 09/08.

[3] – خليل بوصنوبرة ، **التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري** ، بحث منشور في مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني، 2006،ص144.

**الفرع الثاني : الطعن بالنقض:**

إن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض ، ويؤسس الطعن على الأوجه الواردة في المادة 338 من ق.إ.م.إ المشار إليها آنفا .

يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل (02) شهرين ، يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا ، ويمدّد أجل الطّعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تمّ التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار ، ولا يترتب عن الطعن بالنقض وقف تنفيذ القرار الصادر عن المجلس .[1]

مع الإشارة أن إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول ورعايا الدّول الأخرى ، لا يسمح بأي طعن أمام الجهات القضائية الوطنية طبقا لنص المادة 52 منها والتي تنص على أنّه يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلبا كتابيا إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب التالية :

أ-خطأ في تشكيل المحكمة .

ب-إستعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصاتها .

ج-عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة .

د-إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحاكمة .

هـ-فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها .

[1]- المادة 354-361 من القانون 09/08، **المرجع السابق**.

# الخاتمة

# الخـاتمـــــــــة

يتناول هذا البحث ويهتم بدراسة التحكيم في مجال العقود ذات الطابع الدولي و بالأخص عقود البوت B.O.T التي تمثل أحد أشكال إدارة المرافق العامة التي تلجأ إليها الدول بمساهمة القطاع الخاص سواء كان الشخص محلي أو أجنبي و ذلك من أجل التخفيف من الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها و تحقيق إدارة سليمة لمشاريعها .

وعقود البوت تعد من العقود الدولية الاستثمارية التي تتميز بطول مدتها ما يؤدي إلى ظهور منازعات بشأنها مما يستوجب على أطراف العقد المتنازعة اللجوء إلى التحكيم كآلية و وسيلة فعالة في إنهاء الخلافات التعاقدية بعيدا عن مرفق القضاء. فالإشكالية المطروحة في هذه الدراسة تتمحور حول : ما مدى فاعلية آلية التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بعقود البوت .

ودراستنا تسعى جاهدة من خلال تسليط الضوء على هذا الموضوع و إبراز لأهمية التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ في هذا النوع من العقود .

1- تتمحور عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة ، حث تستعين الدولة بالقطاع الخاص لإنشاء مشروعات البنية الأساسية على نفقته الخاصة بمقابل الحصول على حق الاستغلال لمدة زمنية معينة ثم إعادة المشروع للدولة في حالة جيدة .

2- من بين الخصائص التي يمتاز بها عقد البوت هي ضمان حق الإشراف و الرقابة على المرفق طوال مرحلة التشييد و الاستغلال لهذا النوع من العقود.

3- إعطاء القطاع الخاص فرصة لإدارة وتسيير مرافق الدولة بعد أن كانت حكرا طبيعيا لها.

4- إن الدافع الوحيد للتعاقد بنظام البوت هو الرغبة في تحقيق التنمية الإقتصادية.

5- تحوز عقود البوت على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، و تكون إجراءات وطرق إبرامها مماثلة للعقود الإدارية .

6- اختيار أطراف عقد البوت كطريق بديل لحل المنازعات التي تنشأ بينهم نظرا للدور الذي يقدمه كنظام استثنائي خاص يختلف عن قضاء الدولة . إصرار المستثمر الأجنبي وسعيه في اللّجوء إلى التحكيم في منازعات عقود البوت لما يتسم به من سرعة في الفصل وبساطة الإجراءات ، ولهذا يفضله أطراف العقد المتنازعة لتفادي ما تتسم به طرق التقاضي الأخرى من بطء و تعقيد ومماطلة وتكاليف وضياع للوقت .

7- إن أحد أهم الآثار التي تترتب على استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي عقد البوت هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي .

8- يجب على أطراف عقد البوت بذل العناية القصوى في اختيار المحكمين أو المحكم الذي يتمتع بالخبرة والاستقلالية والحيدة ، ويجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة استعمال كافة الحقوق المكفولة لها في تحديد تشكيل هيئة التحكيم و أن تصنع الشروط والضمانات التي تراها مناسبة .

9- إن المشرع الجزائري أحسن التصرف من خلال فتح المجال للطعن في أحكام التحكيم كغيره من الأنظمة الأخرى غير أنه فرق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر وبين الأحكام الصادرة خارج الإقليم الجزائري إن جعل الاختصاص لإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الإدارية وعقود البوت خاصة لجهة القضاء العادي ، يستند إلى حجية رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم و ارتباطه بالقانون الخاص.

# قائمة المصادر و

# المراجع

# قائمة المصادر والمراجع:

## أولا: قائمة المصـــــــــادر:

*القرآن الكريم

### 1ـ النصوص التشريعية و التنظيمية:

### I ـ التشريع الأساسي:

**1ـ** المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ،المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 7 أكتوبر2010، يتضمن الصفقات العمومية، المعدل و المتمم، ج ر عدد58 الصادر في 7 أكتوبر 2010

**2**- المرسوم الرئاسي رقم03/13

**3**- المرسوم التشريعي رقم 09/93 ، المؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر154/66، المؤرخ في 8 يونيو ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري ج ر عدد 27 الصادر في 27 أفريل 1993

### IIـ التشريعات العادية:

**1ـ** القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموفق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر عدد 21 الصادر في 23 أبريل 2008

**2**- القانون رقم 12/05 ،المؤرخ في 28 جماد الثانية 1426 الموافق 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه ،ج ر عدد60 الصادر في 4 سبتمبر 2005

**3**- القانون رقم 01/02 ، المؤرخ في 5 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ، ح ر عدد 08 الصادر في 6 فبراير 2002

القانون رقم 04/08، المؤرخ في 1 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49 الصادر في 3 سبتمبر 2008

**4**- الأمر 44/75 ،المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ح ر عدد 53

**5**- الأمر 58/75 ا، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 ، المؤرخ في 13 مايو 2007 ، ح ر عدد 31

**ثانيا: قائمة المراجـــع:**

**1- قائمة المراجع باللغة العربية**

**الكتب المتخصصة:**

1. أحمد إبراهيم عبد التواب ، إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، 2009 .
2. أحمد بشير الشرايري ، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز عليه ، دراسة مقارنة ) ، دار الثقافة للنشر والتزيع ، ط1 ، عمان ، 2011 .
3. أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في عقود الدولة للإنشاءات ، دارالنهضة العربية ، القاهرة ،2007.
4. أمال بدر ، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ، بيروت ، 2012 .
5. بليغ حمدي محمود ،الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ،"دراسة مقارنة" ،دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، 2007 .
6. تمحمود السيد عمر التحيوي ،الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، 2003.
7. حامد ماهر محمد ، القانوني لعقود الإنشاء و التشغيل و إعادة المشروع ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2005 .
8. الحسين السالمي ،التحكيم و قضاء الدول ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات،ط1،لبنان،
9. حفيظة السيد الحداد ،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2003.
10. حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ج1 ، ط1 ، بيروت ، 2007.

11. السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001 .- أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2003
12. السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثيره بسيادة الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001.
13. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والصلح في ضوء القضاء ، منشأة المعارف ، ط1 ،الإسكمدرية ،2000.
14. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،التحكيم في منازعات العقود الداخلية و الدولية ، دار الفكر الجامعي ، ط1 ، الإسكندرية ، 2006.
15. عصام أحمد البهجي ، عقود البوت الطريق لبناء المرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الحديثة ، الإسكندرية ، 2008.
16. عصام أحمد البهجي ،التحكيم في عقود البوت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2008.
17. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2008 .
18. علي عوض حسن ، التحكيم الإختياري و الإجباري في المنازعات المدنية و التجارية ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2001.- مصطفى عبد المحسن الحبشي ،الوجيز في عقود البوت ، دار الكتب القانونية ، مصر ،2008.
19. فتحي والي ، قلنون التحكيم في النظرية والتحكيم ،منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007.
20. فراح منا ناني ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ،طبعة 2010.
21. ماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية والتحكيم ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ،2000.
22. محمد الروبي عقود التشييد والإستغلال والسليم ، دار النهضة العربية ،2006.
23. محمد وضاح الحمود ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ، حقوق الإدارة المتعاقدة و إلتزاماتها ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010
24. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح ، دار منشأة المعارف ، 2002.
25. محمود السيد عمر التحيوي ، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والخبرة والوكالة ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006.
26. محمود السيد عمر التحيوي ،إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقد الإدرية ،المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2003.

27. نوفان العقيل العجارمة ، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني ، دراسات الشريعة والقانون المجلد 40 ، ملحق 1 ، 2003 .

**ب- الكتب العامة:**

1. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، دار قنديل للنشر والتوزيع ،ط1 ،عمان ،2011.
2. عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، جسور للنشر والتوزيع ، ط 1 ، الجزائر ، 2007 .
3. عبد الحميد الشواربي ،التزوير والتزييف مدنيا وجزائيا في ضوء الفقه والقضاء ،منشأة المعارف ،مصر ، 1996
4. محمد أنور حمادة ، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، 2003 .
5. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، المقومات – الإجراءات – الآثار ، الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 .
6. هبة سردوك ، المناقصة العامة طريقة للتعاقد الإداري ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط 1 ، الإسكندرية ، 2009.

**<u>ج ـ الرسائـــل والمذكـــرات:</u>**

**1ـ أطروحات الدكتوراه:**

**1**- سفيان سوالم ، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014.

**2ـ مذكرات الماجستير:**

4- نوال حيرش ، التحكيم في العقود الإدارية ،مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،2013.

5- لزهاري شتيح ،الخبرة القضائية في المنازعة الإدارية ،مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2013.

1-بلقواس سناء ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، جامعة الحج لخضر ، باتنة ،2010 .

2- حصايم سميرة ، عقود البوت B.O.T : إطار تمويلي لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولودي معمري،تزي وزو ، 2011.

3- منير عباسي،التحكيم في العقود الإدارية و الدولية،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص إدارة الأعمال،جامعة خميس مليانة،2014.

**د ـ المقـالات العلميـــــة:**

1- أسرة التحرير،مؤسسات التحكيم،مجلة معهد القضاء،معهد الكويت للدراسات القضائية و القانونية.

2- دامية أشهيبو ، التحكيم وشروط صحته ، مجلة الفقه و القانون ، مأخوذة من موقع : www. Majalah.New.ma.

**هـ ـ التقارير :**

1- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان ، الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل وتقل الملكية ، الدورة التاسعة والعشرون ، نيويورك مايو،14 يونيو 1996 .

**2-قائمة المراجع باللغة الأجنبية:**

internationale , editionlitec, parie.

**1**-PH_Fouchard /Emanuel Gaillard ,traité de l'arbitrage commercial

**2**-RêneDavid,l'arbitrage dans le commerce international , Edition Economica , Paris , 1982 .

3- Mostafa tarari tami, droit algérien de l'arbitrage commerciale internationale, Berti 1er Edition ;Alger ; 2007.

# الفهرس

# الفهرس


| الموضـــوع | الصفحـة |
|---|---|
| **مقدمـة** | أ- هـ |
| **الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقود البوت** | **05** |
| **المبحث الأول: مفهوم عقود البوت** | 06 |
| **المطلب الأول: التعريف بعقد البوت وموقف المشرع الجزائري منه.** | 06 |
| **الفرع الأول: تعريف عقود البوت.** | 06 |
| **الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من عقود البوت** | 09 |
| **المطلب الثاني: خصائص عقد البوت.** | 10 |
| **الفرع الأول: إقامة المشروعات والمرافق الجديدة.** | 10 |
| **الفرع الثاني: تحفيف العبئ المالي عن كاهل الدولة** | 11 |
| **الفرع الثالث: استفادة الحكومة من خبرة القطاع الخاص في الإدارة ونقل التكنولوجيا** | 12 |
| **المطلب الثالث:صور عقود البوت والعقود الشبيهة لها** | 12 |
| **الفرع الأول: صور عقود البوت** | 12 |
| **الفرع الثاني: العقود الشبيهة بعقود البوت** | 15 |
| **المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد البوت** | 16 |
| **المطلب الأول: عقود البوت من عقود القانون الخاص** | 16 |
| **الفرع الأول: وجود حقوق والتزامات متوازنة بين طرفي العقد** | 17 |
| **الفرع الثاني: ملكية شركة المشروع للمرفق ملكية تامة وخالصة نهائية** | 18 |
| **الفرع الثالث: القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار.** | 18 |
| **المطلب الثاني: عقود البوت ذات طبيعة خاصة.** | 19 |
| **الفرع الأول: صعوبة إعطاء تكييف موحد على جميع صور عقود البوت.** | 20 |
| **الفرع الثاني: عقود البوت آداة لتحقيق التنمية الإقتصادية.** | 20 |
| **المطلب الثالث: عقود البوت عقود إدارية.** | 21 |
| **الفرع الأول: عقود البوت صورة لعقد الالتزام.** | 21 |

| | |
|---|---|
| **الفرع الثاني: التوسع النسبي لشروط التعاقد لا ينفي الطبيعة الإدارية لعقد البوت.** | 22 |
| **الفرع الثالث:خضوع عقود البوت لشروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.** | 22 |
| **المبحث الثالث: كيفية التعاقد بنظام البوت والآثار المترتبة عنه.** | 24 |
| **المطلب الأول: طريقة المناقصة.** | 24 |
| **الفرع الأول:تعريف المناقصة.** | 24 |
| **الفرع الثاني: إجراءات المناقصة في عقد البوت.** | 25 |
| **الفرع الثالث: مرحلة إبرام العقد.** | 28 |
| **المطلب الثاني: طريقة التراضي.** | 29 |
| **الفرع الأول: تعريف التراضي.** | 29 |
| **الفرع الثاني: أشكال الترضي.** | 29 |
| **المطلب الثالث: الآثار المترتبة على عقد البوت.** | 31 |
| **الفرع الأول: حقوق والتزامات المصلحة المتعاقدة.** | 31 |
| **الفرع الثاني: حقوق والتزامات شركة المشروع.** | 36 |

| **الفصل الثاني: إجراءات التحكيم في عقود البوت.** | **41** |
|---|---|
| **المبحث الأول: ماهية التحكيم.** | **42** |
| **المطلب الأول: مفهوم التحكيم.** | **42** |
| **الفرع الأول: تعريف التحكيم.** | **42** |
| **الفرع الثاني: مميزات التحكيم.** | **45** |
| **الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم.** | **47** |
| **المطلب الثاني:أنواع التحكيم وتمييزه عن ما يشابهه.** | **55** |
| **الفرع الأول: أنواع التحكيم.** | **55** |
| **الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن ما يشابهه.** | **62** |
| **المبحث الثاني: آلية التحكيم في عقود البوت.** | **68** |
| **المطلب الأول: إبرام اتفاقية التحكيم.** | **68** |
| **الفرع الأول: أركان اتفاق التحكيم.** | 69 |

| | |
|---|---|
| **الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم.** | 71 |
| **المطلب الثاني: أشكال اتفاق التحكيم وإجراءاته.** | 76 |
| **الفرع الأول:أشكال التحكيم.** | 76 |
| **الفرع الثاني: إجراءات التحكيم.** | 78 |
| **المبحث الثالث: طرق الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت.** | 80 |
| **المطلب الأول: الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج.** | 80 |
| **الفرع الأول: الطعن بالستئناف.** | 81 |
| **الفرع الثاني: الطعن بالنقض.** | 83 |
| **المطلب الثاني:الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر.** | 84 |
| **الفرع الأول: الطعن بالبطلان.** | **84** |
| **الفرع الثاني: الطعن بالنقض.** | **91** |
| **الخاتمة.** | **93** |
| **قائمة المصادر والمراجع.** | |
| **الفهرس.** | |

## الملخـــــــص :

يتنـاول هـذا البحـث ويهـتم بدراســة التحكـيم فـي مجـال العقـود الإداريــة ذات الطـابع الـدولي وبـالأخص عقـود البـوت B .O.T التـي تمثـل أحـد أشـكال المرافـق العامـة التـي تلجـأ إليهـا الـدول بمسـاهمة القطـاع الخـاص سـواء كـان الشـخص محلـي أو أجنبي و ذلك من أجل تخفيف الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها و تحقيق إدارة سليمة لمشاريعها .

وعقـود البـوت مـن العقـود الدوليـة الإسـتثمارية التـي تتميـز بطـول مـدتها مـا يـؤدي إلـى ظهـور منازعـات بشـأنها ممـا يسـتوجب علـى أطـراف العقـد المتنازعـة اللجـوء إلـى التحكـيم كآليـة و وسـيلة فعالـة فـي إنهـاء الخلافـات التعاقديـة بعيـدا عـن مرفق القضاء .

فالإشكالية المطروحة في هذه الدراسة تتمحور حول : ما مدى فاعلية التحكيم في حل النزاعات المتعلقة بعقود البوت.

و دراسـتنا هـذه تسـعى جاهـدة مـن خـلال تسـليط الضـوء علـى هـذا الموضـوع و إبـراز لأهميـة التحكـيم فـي تسـوية المنازعـات التي تنشأ أو ستنشأ في هذا النوع من العقود .

## Résume

Le sujet est traité différends concernant l'extension de deal public dans la législation algérienne, en identifiant les diverses dispositions relatives à elle, conserve la trace du litige avant et après la conclusion de l'annexe, ce qui peut conduire à des conflits entre l'intérêt de passation des marchés et un client a contracté.

Le problème de cette recherche, ils se sont concentrés sur:
Dans quelle mesure selon le législateur algérien à ajuster les règles de litiges relatifs au règlement d'extension de contrat public?

Cette rubrique vise également à détecter les différents mécanismes approuvés pour le règlement de ces différends, qui divise aux mécanismes amicales et autre décision judiciaire, et nous avons examiné dans le premier tout de la paix et de l'arbitrage, alors que le second a été que nous avons déjà mis de côté pour le règlement judiciaire, qui a collé entre le point de la cour administrative et de la main les tribunaux ordinaires.

## Abstract :

**B.O.T** contract is one form of administrating puplic centers which conntries adopt in contribution of special field in order to reduce the financial burden that thebudget bear and to achieve the healthy administration of its project .**B.O.T** contract is considered as one formof international investnent contracts , its adventage is that it has a longe term period of time which leads toapperence of dispute that requires from the argument contract members to apply the control as amechanism and as an effective way to stop contract disagree , wents far away from the judgement.

The reserch problem of this study is : to what extent is the effect of the control mechanism in finding solutions to disagreements about **B.O.T** cotract ?

The present study is an attemp to shed light on this subject and to show the importance of the control in dispute settelments which arise or will arise in that hind of contract .