مجلة ميلاف للبحوث والدراسات
المجلد 8 العدد 2 / ديسمبر 2022
ص ص 286-304

خصوصية اتفاق التحكيم في العقود التي تبرمها الاشخاص المعنوية العامة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية

The Specificity of the Arbitration Agreement in Contracts Concluded by Public Moral Persons in the Field of International Economic Relations

حيطوم مسعود
جامعة التكوين المتواصل –مركز ميلة. mes.hito@gmail.com

الاستلام: 2022/08/20 القبول: 2022/12/21 النشر: 2022/12/31

ملخص:

لقد عرفت الشعوب نظام التحكيم منذ القدم وكان في البداية مقصورا على الحل النزاعات القائمة أو التي يمكن أن تقوم في العلاقات العقدية و غير العقدية الخاصة، بينما التحكيم في العقود العامة فلم ينتشر و لم يعرف إلاّ بعد أن أملته الحاجة الملحة، لهذا تتناول هذه الدراسة خصوصية اتفاق التحكيم الذي تبرمه الاشخاص المعنوية العامة، و كيف تظهر مختلف الجوانب التي يعالجها التحكيم عادة و مدى تطابق ذلك في العقود الادارية، و من خلال الدراسة تبين لنا كيف أن مسألة لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم كان مقتصرا في مجالات محددة حددها التشريع و بشروط معينة، و بالمقابل لاحظنا كيف أن للدولة وسائل تمكنها من ابراز امتيازاتها خاصة لما يتعارض اتفاق التحكيم مع فكرة السيادة، و كذا مسألة النظام العام الذي يعتبر صمام الامان لهذا الاتفاق، ضف إلى ذلك مسألة الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي و دورها الهام، و كما أن للعقد الاداري نظام خاص فاتفاق التحكيم يسعى إلى إرساء نظام خاص وهنا يكمن التناقض الذي يمكن التقليل منه من خلال آليات تشريعية و اتفاقية مع الطرف المتعاقد.

الكلمات المفتاحية : التحكيم ؛ اتفاق التحكيم؛ العقود الادارية ؛ سلطات الادارة.

Abstract:

Peoples have known the arbitration system since ancient times, and it was initially limited to resolving existing disputes or that could arise in private contractual and non-contractual relations, while arbitration in public contracts did not spread and was not known until after the urgent need dictated it, so this study deals with the specifics of The arbitration agreement concluded by public legal persons, and how the various aspects that usually deal with arbitration appear, and the extent to which that corresponds to administrative contracts. On the other hand, we noticed how the state has the means that enable it to highlight its privileges, especially when the arbitration agreement contradicts the idea of sovereignty, as well as the issue of public order, which is the safety valve for this agreement, in addition to the issue of judicial oversight over the arbitral award and its important role, and the administrative contract has a special system The arbitration agreement seeks to establish a special system and herein lies the contradiction that can be reduced through legislative mechanisms and an agreement with the contracting party.

Keywords: arbitration; arbitration agreement; administrative contracts; Administration Privileges.

1.مقدمة:

يعد نظام التحكيم في غاية الأهمية لحل النزاعات منذ القدم، بل كان هذا النظام هو السباق للظهور قبل القضاء، لكن مع بروز فكرة الدولة الحديثة ترسخت مبادئ و أسس تحكم العلاقات القانونية سواء الخاصة أو العامة، و ترسخ التحكيم في العلاقات الخاصة بشكل طبيعي، لكن الإشكالات بدأت في الظهور في وجود أحد الاشخاص المعنوية العامة، طرفا في اتفاق التحكيم.

لقد أقر المشرع الجزائري بصورة واضحة نظام التحكيم بعد تردد كبير وصل إلى حد التناقض في بعض الحالات، و جاءت أحكامه من خلال القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية[1]، في المواد من 975 إلى 977في القضايا الإدارية، و تناول أحكامه في المواد من 1006إلى 1061، كما تم النص عليه في مختلف قوانين الاستثمار المتعاقبة، كأحد الطرق البديلة لفض المنازعات، و هذا نظرا لكونه الشرط الاساسي للمتعامل الاقتصادي الأجنبي حتى يوطن استثماراته التي كانت الجزائر في حاجة ملحة لها.

و تكمن أهمية هذه الدراسة في كون أن التحكيم أصبح ضرورة لا بد منها، خاصة و أن المتعاملون الاقتصاديون الدوليين يسعون دوما إلى ادراج شرط التحكيم في اتفاقياتهم، سواء في علاقاتهم وفق القانون الخاص أو مع أشخاص القانون العام، لهذا وجدت الدول النامية و من بينها الجزائر نفسها مجبرة لقبول هذه الطريقة بعد تردد كبير بدءًا برفضها القاطع له، و وصولا إلى السماح به مع بعض الضوابط، و هذا لجلب الاستثمارات و تطوير البيئة الاقتصادية بما يخدم أهداف التنمية.

و من المعروف أن العقود التي تبرمها الاشخاص المعنوية العامة مع الغير، إضافة إلى كونها تخضع لقواعد العقود فإنها تخضع لجملة من القواعد الاستثنائية غير موجودة في القانون الخاص، هذه القواعد نابعة من اختلاف المركز القانوني بين الطرفين في العلاقة العقدية.

في المقابل يعتبر اتفاق التحكيم من العقود الخاصة، و التي تتميز بميزة أساسية و هي سمو سلطان الارادة، من خلال ما يمنحه اتفاق التحكيم للأطراف من حرية في اختيار المحكم، و القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم إضافة لاختيار القانون المطبق على موضوع النزاع، و كذا الاجراءات المتعلقة بسير الخصومة التحكيمية، و هذا يتعارض مع فكرة العقد الاداري الذي تسمو فيه إرادة الإدارة على إرادة الأشخاص الخاصة.

و تهدف الدراسة هنا بالأساس إلى معالجة التناقض الموجود في نطاق و خصائص اتفاق التحكيم مقارنة بالنظام القانوني للعقود الإدارية و حتى الهدف من ورائه، و هذا ما يجعلنا نضع التساؤل التالي:

ما هي خصوصية اتفاق التحكم الذي تبرمه الجهات العامة من خلال عقودها في اطار العلاقات الاقتصادية الدولية؟ و هذا التساؤل يقودنا إلى تساؤلات فرعية متعددة منها:

ما مدى اعتبار اتفاق التحكيم الذي يبرمه أحد الأشخاص معنوي عام في اطار العلاقات

[1] - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية

الاقتصادية الدولية عقودا إدارية ؟ و ما مدى قدرة الاشخاص المعنوية العامة على ابرام اتفاق التحكيم؟ و ما هي الاشكالات التي يثيرها اتفاق التحكيم في هذه الحالة باعتباره عقد اداري وفقا للمعيار العضوي ؟

للإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا أن نقسم بحثنا إلى محورين بحيث نخصص المحور الأول للاطار العام لاتفاق التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية؛ و هذا المحور بدوره قسمناه إلى مطالبين: في المطلب الأول تناولنا قدرة الاشخاص المعنوية العامة على ابرام اتفاق التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية ، أما المطلب الثاني فخصصناه لـ: دور اتفاق التحكيم في ارساء نظام قانوني قائم بحد ذاته.

أما القسم الثاني فخصصناه لدراسة المسائل التي تثيرها العقود التي تبرمها الاشخاص المعنوية العامة في مواجهة اتفاق التحكيم.

و هذا قسم تناولناه من خلال مطلبين رئيسيتين هما: ما مدى تأثر اتفاق التحكيم بمبدأ السيادة و فكرة النظام العام في المطلب الأول، و مدى خضوع اتفاق التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية للرقابة القضائية في المطلب الثاني.

المبحث الأول: الاطار العام لاتفاق التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية

إن اتفاق التحكيم عندما يكون أحد أطرافه الإدارة، فأنه و اعتمادا على المعيار العضوي المرسخ في المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري[2]، يختص بالنظر في منازعاته القضاء الإداري ، ضف إلى ذلك أن الإدارة في تعاقدها تخضع لمبدأ أساسي في القانون العام و هو مبدأ المشروعية، فلا تستطيع الادارة القيام بأي عمل إلا إذا خولها القانون ذلك.

صحيح أن أعمال الإدارة ترتبط ارتباطا وثيقا بمدى تحقيق المصلحة العامة ، و هذا ما يمنحها جملة من الامتيازات قد يكون نظام التحكيم لا يستجيب لمتطلباتها، و هنا تثور في الاساس عدة اشكالات لاتفاق التحكيم و تتمثل أساسا في مدى قدرة أو صلاحية الشخص المعنوي العام في ابرام اتفاق التحكيم، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول،

أما المطلب الثاني فخصصناه لإبراز دور اتفاق التحكيم في ارساء نظام قانوني قائم بحد ذاته يختلف عن نظام العقود سواء في القانون العام أو الخاص.

المطلب الأول: قدرة الأشخاص المعنوية العامة على ابرام اتفاق التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية

تتعلق قدرة الاشخاص المعنوية العامة على اللجوء للتحكيم بمدى اقرار مشروعية ذلك في منظومتها التشريعية أو من خلال القرارات القضائية المفسرة و المعللة، و الملاحظ من خلال التشريعات المختلفة، و من بينها التشريع الجزائري أنه و بعد الرفض الصريح للجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم، فقد قبلت بذلك و لكن بوضع ضوابط و حدود، و كان ذلك من خلال منع الاشخاص المعنوية العامة بابرام تفاقيات التحكيم ما عدا في

[2] - تنص المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري على من يلي: "المحاكم الادارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية.

تختص بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا فيها."

العلاقات الاقتصادية الدولية و في اطار الصفقات العمومية، و على هذا الأساس سنتطرق لسألة قبول بفكرة لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم، في الفرع الأول، ثم نبين معنى العلاقات الاقتصادية الدولية، من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: القبول بفكرة لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم.

بالرغم من النقاشات الفقهية العديدة بين الرافضين لفكرة ابرام اتفاق التحكيم في العقود الادارية و المؤيدين لها[3]، نلاحظ أن أغلب الأنظمة كانت ميالة إلى وضع ضوابط و قواعد من شأنها إعطاء امكانية لإبرام اتفاقات تحكيم في العقود الادارية.

في الواقع فإن هناك احساس لدى الكثيرين أن التحكيم لا يمثل ضمانات حقيقية للدولة المضيفة للاستثمارات، و أنه ليس إلاَّ وسيلة لحماية المستثمرين، تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية، لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية، فقبول الدول النامية اللجوء للتحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية، وليس بالضرورة عن قناعة من جانبها بملاءمة التحكيم لفض المنازعات في اطار العلاقات الاقتصادية الدولية (مشهور، 2002، صفحة 04).

وقد اتجهت عدة تشريعات إلى الاعتراف صراحة للدولة و الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقيات التحكيم، كما نص على ذلك قانون التحكيم في فرنسا الصادر بتاريخ 19أوت 1986على أنه يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية."

و قد ضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة مفادها عدم جواز التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، لكنه أورد استثناءً من هذه القاعدة وهو في حالة وجود نص صريح يبيح لها ذلك (عكاشة، 2000، صفحة 339)، فنجد مثلا في القانون المؤرخ في: 17أفريل 1906 جواز اللجوء الى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ولكنه وضع مجموعة من القيود، حيث اشترط ان يتعلق النزاع بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة، والتوريدات ، مع عدم امكانية امتداد هذا القانون الى أي عقد اداري اخر.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2ماي 1966 في قضية "San Carlo" إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية[4]، كما أكد القضاء الفرنسي أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية.

وقد يتمسك الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة، تهربا من التزاماته

[3] – انظر: مرزوق مولاي، خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مقال منشور بمجلة الفكر القانوني و السياسي، المجلد السادس العدد الأول،جامعة عمار ثليجان الأغواط، 2022، ص- ص 542- - 548

[4]- Cass.02/05/1966, Rev, Crim, 1967, p 553, Note Goldman

التعاقدية، و في هذا الاطار تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة "CATOIL" ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية[5]، حيث جاء حكم استئناف محكمة باريس :" أن العقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق على التحكيم متمشيا مع النظام العام الدولي، الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقا بين الأطراف، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع" ، وعلى هذا فإن المحكمة لا تعترف بالحظر الوارد على التحكيم في عقود الاستثمار سواء تمسكت به الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي.

و بالنسبة للتشريع الجزائري نجد ما نصت عليه المادة 1006 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

و للتذكير فإن قبول الجزائر بنظام التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها جاء قبل هذا، فبالرغم من أن التشريع الجزائري كان يمنع الاشخاص المعنوية العامة من لجوء للتحكيم[6]، و مع ذلك فإن اتفاقيات التعاون التي أبرمتها الجزائر في هذه المرحلة لم تعكس هذا الموقف الرافض ، و هذا ما يثير التناقض في موقف الجزائر في تلك المرحلة، و على سبيل المثال فقد أبرمت الجزائر بعض الاتفاقيات المتعلقة بتسوية النزاعات المرتبطة بموضوع الاستثمار، كالاتفاق الجزائري الفرنسي، و الذي يعرف بالنظام الجزائري الفرنسي للتحكيم، المؤرخ في 27 مارس 1983، و الاتفاق المبرم بين الجزائر و الولايات المتحدة الامريكية سنة 1990، و مع الاتحاد اللكسمبورغي سنة 1991، و كذا الاتفاق الجزائري الايطالي سنة 1991، و الملاحظ أن أحكام هذه الاتفاقيات المتعلقة بتسوية النزاعات المرتبطة بموضوع الاستثمار نصت في موادها على طريق التحكيم كوسيلة

[5]- Cour d'appel –Paris-, 17/12/1991, Rev Arb.1993, p 281, Note Herve Synvet.

[6] - كان القانون رقم 66-156 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الملغى) يرفض نظام التحكيم، ويمكن ملاحظة هذا من خلال المادة 442 منه التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء حيث جاء فيها : "... ولا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم."

أول فجوة أحدثت في هذا المنع كانت بفعل اتفاق بين شركتين فرنسيتين وولايتين جزائريتين هما وهران وقسنطينة، و بعد إحالة النزاع إلى الغرفتان الإداريتان المعنيتان اعتبرتا بأنهما غير مختصتين ، وذلك بحجة وجود اتفاق للتحكيم في الصفقة العمومية المبرمة، وهذا ما دفع بالوزير الأول بأن يبعث تعليمة تؤكد على ضرورة الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية في هذا الصدد.

غير أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة خضعت إلى التعديل بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون الاجراءات المدنية (الملغى) ، حيث أصبحت صياغتها كالتالي: "... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

لفض المنازعات، كالمادة الأولى من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983، و المادة 9 من الاتفاق الايطالي، و المادة 8 من الاتفاق الجزائري اللكسمبورغي ذكرت التحكيم كوسيلة استثنائية مرتبطة بفشل الوسائل الودية.

إذن بعد التردد الكبير الذي أبداه المشرع في مسألة اللجوء للتحكيم، و التي تعد أحد الاشكالات التي يثيرها اتفاق التحكيم ، فإن مجاله في العقود الادارية محدد بضوابط و شروط مرتبطة بإجراءات و مجالات اللجوء للتحكيم.

و من بين القيود التي وضعها التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه : "عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية ، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها."

الفرع الثاني: المقصود بالعلاقات الاقتصادية الدولية

لقد أتاح المشرع الجزائري من خلال المادة 1006 للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، فما المقصود بالعلاقات الاقتصادية الدولية؟ و ما علاقتها بالمصطلحات الأخرى الواردة في المواد ذات الصلة؟

جاء في نص المادة 975 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلاَّ في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، و في مادة الصفقات العمومية"، و بالتالي فهذه المادة تحدد مجالين يمكن فيهما للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ويتعلق الأمر بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و بالصفقات العمومية، أما المادة 1006 في فقرتها الثالثة ، فقد تضمنت مجالين هما العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية، وبالتالي فإن السؤال المطروح في هذا الصدد هو هل هناك تناقض بين المادتين؟

يمكن القول أنه لا يوجد تناقض بين المادتين لأن العقود الخاضعة لقانون الصفقات العمومية و لقانون الاستثمار يطلق عليها العلاقات الاقتصادية الدولية (عمر، 2014، صفحة 21).

وبالرجوع إلى المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري نجد أنها ذكرت مصطلح المصالح الاقتصادية، حيث نصت على أنه : "**يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الاقل**". إذن نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل المعيار الاقتصادي كمعيار للتمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي (الاحدب، 2009، صفحة 24) ، ونقصد به عقود التجارة الدولية في إطار العلاقات الاقتصادية بين الدول (إلياس، 2010، الصفحات 61-62)، فمتى توفر المعيار الاقتصادي في العلاقة القانونية

تعاقدية أو غير تعاقدية، وكانت حركة الاموال عبر الحدود، كنا بصدد عقد دولي (حسين، 2011، صفحة 497)،

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: إن كانت عقود الاستثمار يمكن أن تنطوي تحت وصف العلاقات الاقتصادية الدولية، لأنها عقود مبرمة بين الدولة الجزائرية والاجانب، فلماذا قمنا بتصنيف العقود التي يتم إبرامها من طرف الاشخاص المعنوية العامة والمتمثلة في الصفقات العمومية ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية ؟

في الحقيقة إن الصفقات العمومية هي عبارة عن عقود إدارية تمس المجال الاقتصادي، و في حالة ما إذا تخللها عنصر أجنبي فإنها تنطوي تحت العلاقات الاقتصادية الدولية، والعنصر الاجنبي في هذه الحالة يتمثل في المتعامل المتعاقد الاجنبي.

وتجدر الاشارة في هذا الصدد أن الفقه الفرنسي قد اعتبر أنه في حالة غياب الشروط غير المألوفة في العقد الاداري الدولي، فإنه لا يمكن أن ينطبق عليه الصبغة الإدارية، ونتيجة لذلك تطبق عليه أحكام التجارة الدولية (Loquin., 2010 , p. 525).

و من وجهة نظرنا فباعتبار التحكيم الوسيلة الاكثر قبولا لدى المستثمرين الأجانب لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن استثماراتهم، خاصة إذا كانت الدولة أو أحد أجهزتها طرفا في العقد (محمد ا.، 2008، صفحة 156)، و هو ما جعل المشرع الجزائري يفتح الباب واسعا أمام التحكيم، و ذلك بربطه بالعلاقات الاقتصادية الدولية و الذي يعتبر مصطلحا واسعاً، و بالتالي ينضوي تحته العديد من المجالات، و هكذا يمكن للأشخاص المعنوية العامة ابرام اتفاقيات التحكيم، من أجل جذب أكبر عدد ممكن من المستثمرين الاجانب.

و يتجلى بشكل أضح هذا الطرح إذا نظرنا إلى ما نصت عليه قوانين الاستثمار الجزائرية المتعاقبة، بدءً مما نصت عليه المادة 17 من الامر 03/01 ،المؤرخ في 20 أوت 2001 ،المتعلق بتطوير الاستثمار[7]، المعدل والمتمم، على أنه: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلاَّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الاطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص."

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعطى اختصاص الفصل في النزاعات المتعلقة بالاستثمار للقضاء الوطني، كأصل عام وذلك تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الاشخاص والاموال الموجودة في إقليمها (السمرائي، 2006، صفحة 314)، لكنه في نفس الوقت فتح المجال للتسوية عن طريق الطرق الودية أو عن طريق نظام تحكيم.

[7] - الأمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 ، يتعلق بتطوير الاستثمار (الجريدة الرسمية رقم 47-2001).

ولقد انتقد الفقه منح مهمة الفصل في منازعات الاستثمار للقضاء الوطني للدولة، واعتبروا أن ذلك من شأنه أن يجعل من الدولة خصما وحكما في آن واحد (السمرائي، 2006، صفحة 317).

وبالرغم من الانتقادات الموجهة لإعطاء الاولوية للقاضي الوطني في حل منازعات الاستثمار في الجزائر ، الا أن هذا لم يمنع المشرع الجزائري من التمسك بهذه الاولوية في قانون الاستثمار الصادر في 03 أوت 2016، حيث نجد المادة 24 منه ، تنص على ما يلي : " يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر ، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه ، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلاَّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الاطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص."

نلاحظ أن المشرع قد احتفظ بنفس الصياغة التي جاءت في النص القديم ، ماعدا فيما يخص اختصاص الجهات القضائية الوطنية للنظر في النزاع ، حيث أضاف إلى جانب ذلك الاختصاص الاقليمي.

و كذلك تم النص على نفس الحكم في قانون الاستثمار الجديد رقم 18/22[8] من خلال المادة 12 منه التي تنص على ما يلي : " زيادة على أحكام المادة 11 أعلاه، يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة، ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه، التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم"

و في نظرنا فإن المشرع أراد أن يفتح باب لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم على مصرعيه، و هذا خدمة للأهداف المرجوة في جلب الاستثمارات، و تحقيق التنمية.

المطلب الثاني: دور اتفاق التحكيم في إرساء نظام قانوني قائمة بذاته

إن القبول بنظام التحكيم يقتضي التسليم بما يفرضه من اجراءات أحكام، لأنه يؤدي إلى تأسس نظام قانوني متفرد و مستقل، و تتجلى هذه الاستقلالية سواء عن القانون الداخلي للدول، أو حتى على المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القضائي الداخلي، و من هنا يبرز بشكل واضح الإشكال الكبير الذي يضعنا فيه اتفاق التحكيم، بداية من منع القضاء الوطني من النظر في الخصومة نظرا لوجود اتفاق تحكيم، و يؤدي إلى الفصل في النزاع وفق قانون موضوعي و إجرائي قد يكون بعيد كل البعد عن القانون الداخلي.

8 - قانون رقم 22-18 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق 24 يوليو سنة 2022، يتعلق بالاستثمار (ج.ر رقم 50 المؤرخة في 28 يوليو 2022).

و لهذا سنتطرق في الفرع الاول إلى منع القاضي الوطني من النظر في النزاع، و نتطرق في الفرع الثاني لمدى قابلية موضوع النزاع للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية.

الفرع الأول: أثر اتفاق التحكيم في منع القاضي الوطني من النظر في النزاع

ما إن يصدر التوافق على اتفاق التحكيم حتى يصبح التحلل منه أمر مستبعد إن لم نقل مستحيل، حتى و لو كان أحد الاطراف الدولة أو أحد الاشخاص معنوية عامة، فلا يصح الانسحاب منه بصورة منفردة كما هو مقرر في النظام القانوني للعقود الادارية، بل ينتج عن التحكيم أثر في غاية الخطورة، و هو منع القاضي الوطني من نظر النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم و تمسك به أحد الاطراف.

لقد نص المشرع الجزائري على مبدأ عدم ولاية القاضي الوطني في وجود اتفاق تحكيم في المادة 1045 قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، والتي نصت على انه: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من احد الأطراف".

يري الأستاذ Philippe Fouchard أن اتفاقية التحكيم عبارة عن عقد، و الذي بمقتضاه يلتزم الأطراف على فض خلافاتهم الناشئة أو التي قد تنشأ عن طريق محكمين، وليس عن طريق قضاة الدولة (Fouchard philipee ; Gaillard Emmanuel; Goldman Berthold, 1996, p. 395).

وتعد الدفوع من الوسائل التي وفرها القانون للخصم لدحض ادعاءات خصمه، و لما كان الاتفاق على التحكيم يسلب القاضي ولايته في الفصل في الخصومة، ويمنح الحق للمدعي عليه في التمسك باللجوء لنظام التحكيم بدل القضاء الوطني، فماذا لو كان اتفاق التحكيم في حد ذاته هو موضوع الدفع بعدم الصحته أو بسقوطه أو بعدم شموله لموضوع النزاع.

قد ينازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم قبل فصل هيئة التحكيم في النزاع وذلك استنادا للقواعد العامة في الأحوال التي يكون فيها التحكيم باطلا لانعدام أهلية الشخص المعنوي العام لإبرام عقد الاتفاق، أو إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الرضا، أو إذا كان محل اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام، أو مما لا يجوز اللجوء بشأنه إلى التحكيم بنص القانون.

و هنا ترسخ مبدأ مهم و هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص و هو منح هيئة التحكيم سلطة النظر في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه، فإذا تم تشكيل هيئة التحكيم وبدأت في الإجراءات، عندئذ لم يعد باستطاعة قضاء الدولة الفصل في صحة اتفاق التحكيم إلا تبعا للطعن ببطلان حكم التحكيم بعد صدوره، بذلك تكون هذه المسألة مانعا يمنع قضاء الدولة من الفصل في تلك الدفوع قبل صدور حكم التحكيم في موضوع النزاع، و هذا الحكم يستنبط من نص المادة 1045 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري سالف الذكر، و التي جاء فيها: "يكون القاضي غير مختص في الفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاق تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

ومعنى ذلك أنه طوال مدة سريان إجراءات التحكيم إلى وقت صدور حكم التحكيم لا يختص قضاء الدولة بالنظر في الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو صحته.

و مع ذلك فإن المشرع الفرنسي أورد استثناءا هاما مؤداه، جواز تعرض القضاء الوطني لفحص مشروعية اتفاق التحكيم قبل أن تفصل محكمة التحكيم فيه، وذلك في الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، فنص في المادة 1458من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "إذا رفع نزاعا أمام محكمة قضائية سبق رفعه أمام محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم، فعلى تلك المحكمة إعلان عدم اختصاصها، وإذا لم يسبق لمحكمة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فيلزم أيضا على المحكمة القضائية إعلان عدم اختصاصها، إلا إذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان، ولا يجوز للمحكمة في أي من الحالتين أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها."

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه يتبين من نص المادة 1045 سالفة الذكر، أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في منح المحكم سلطة الفصل قبل أي جهة أخرى في الدفوع المبنية على بطلان اتفاق التحكيم، إلا أنه تخلف عنه في المقابل في النص صراحة على حق القضاء الوطني في التعرض لمشروعية اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، حيث وضحت المادة 1045 السالفة الذكر حالتين فقط:

1-إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة فعلا يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع.

2- إذا تبين للقاضي وجود اتفاقية تحكيم لكن بشرط أن يكون قد أثارها أحد الأطراف، والملاحظ أن الغاية من منع المحكمة من إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها هو احترام إرادة الأطراف الذين فضلوا اللجوء إلى قضاء الدولة قصد حل نزاعاتهم على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، والذين لم يرغبوا في إثارة الدفع به بعد أن تراجعوا عن ذلك الاتفاق أو ألغوه ضمنيا.

لإشارة فإن اتفاقية نيويورك أكدت على الحق الأولي للمحكم في الفصل في الدفوع المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم، باستثناء الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان.

الفرع الثاني: مدى قابلية موضوع النزاع للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية

قد تسعى الدولة لوضع العقبات أمام التحكيم يجعل موضوع النزاع الناشئ عن عقود العلاقات الاقتصادية الدولية، غير قابلية للفصل فيه بواسطة التحكيم ، باعتبار المنازعة تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية، غير أنه يمكن الرد أن الآثار المالية المترتبة عن عقود الاستثمار تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة آمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار (حداد، 2001، صفحة 89)، فبدون شك أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري، إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور، فإذا كانت اعتبارات السيادة لا تحول دون تأميم المشروع الاستثماري، فإنها لا تقف عائقا أمام التحكيم

بشأن طلب التعويض (الأهواني، 2003، صفحة 56)

ففي قضية "Framatone" وهيئة الطاقة الإيرانية، تمسكت إيران بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم، حيث دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم، لأن النظر في النزاع سيؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية، غير أن هذا الدفع لم تلتفت إليه المحكمة، واعتبرت أن الآثار المالية في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم (bruno، 1984، صفحة 38)، وهكذا فإنه لا يحق للدولة المضيفة التنصل من التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم.

المبحث الثاني: المسائل التي تثيرها العقود التي تبرمها الاشخاص المعنوية العامة في مواجهة اتفاق التحكيم

العقود التي تبرمها الشخاص المعنوية العامة هي في طبيعتها عقود إدارية، و ذلك اعتمادا على المعيار العضوي الذي يأخذ به القانون الجزائري، و يتجلى ذلك بوضوح في المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، و للعقد الاداري نظام قانوني متميز و يختلف عن العقد في القانون الخاص، بحيث يوجد هناك عدم التوازن بين أطراف العقد باعتبار أحدهما شخص معنوي عام، بعني أن هناك اختلاف في المراكز القانونية لأطراف العقد الاداري نظرا لكون الادارة تطلع إلى حسن تسير المرفق العمومي من جهة، و إلى حماية المصلحة العامة من جهة أخرى، و في حالة اتفاق التحكيم فلا يمكن أن تنطبق على العقد المتضمن اللجوء للتحكيم القواعد الاستثنائية في العقود الادارية كما أشرنا لذلك سابقا، لهذا سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى الافكار و المبادئ التي يمكن اتفاق التحكيم التأثر بها، و سنتناول مدى تأثر اتفاق التحكيم بمبدأ حصانة الدولة القضائية و فكرة النظام العام من خلال المطلب الاول، أما المطلب الثاني فخصصناه لتوضيح مدى خضوع اتفاق التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية للرقابة القضائية.

المطلب الأول : مدى تأثر اتفاق التحكيم بمبدأ حصانة الدولة القضائية و فكرة النظام العام

قد تستغل الدولة مبدأ السيادة لعرقلة عملية التحكيم، بحيث تلجأ الدولة المضيفة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية إلى سيادتها كدرع واق، وسنتعرض فيما يلي، إلى مدى تطبيق مبدأ حصانة الدولة القضائية في الفرع الأول، و مكانة فكرة النظام العام في النظام القانوني لاتفاق التحكيم بالنسبة للعقود التي تبرمها الادارة.

الفرع الأول: مدى تطبيق مبدأ حصانة الدولة القضائية

اتفاق التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف الحرة، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بعقد الاستثمار بإرادتها الحرة، وهنا فإن الدولة ارتضت مبدأ التحكيم وبالتالي فهي تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت بشرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقود الاستثمار (ابراهيم، 2000، صفحة 122)، وخاصة إذا ما عرفنا بأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه، وبالتالي لا يمثل التحكيم اعتداءً على سيادة الدولة، كما

أن الدولة تدخل في علاقة التحكيم بإرادتها الحرة وبرضا مسبق منها، كما أن مبدأ تمسك الدولة بحصانتها القضائية لا يتماشى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزاماتها، ذلك أن قبول الدولة باتفاق التحكيم يفرض عليها تسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار أمام التحكيم، ولو أن الدولة أحجمت عن مبدأ التحكيم لكان المستثمر الأجنبي قد نأى بنفسه وخاصة إذا كان يشك في قضاء الدولة وحياده.

فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها الحرة والمطلقة المثول أمام هيئة التحكيم (حداد، 2001، صفحة 89)، ومن ثم فلا أثر له خارج نطاق التحكيم.

و في مجال حصانة الدولة ضد تنفيذ أحكام التحكيم، فإن اتفاق التحكيم الذي قبلت به الدولة يجب تنفيذه، وبالتالي فإن هذا التنفيذ يمثل تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لقبول الدولة بشرط التحكيم، وتنفيذ حكم التحكيم لا يمثل اعتداء على حصانة الدولة القضائية وإنما يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي.

و من القضايا التي تناولت مسألة الحصانة ضد التنفيذ أحكام التحكيم ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في اتفاق التحكيم يعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ في العديد من القضايا نذكر منها:

قضية Creighton و حيثيات القضية أنَّ عقدا قد أبرم بين الشركة المذكورة والحكومة القطرية، تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مستشفى لحساب دولة قطر، ونشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة الأمر الذي دفع بالحكومة القطرية إلى طلب وقف العمل، وقد رفضت الشركة ولجأت إلى التحكيم وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، و الذي يقضي أن يتم التحكيم وفقا لقواعد التجارة الدولية، و تم التحكيم بباريس و انتهى الحكم لصالح شركةCreighton تحصلت بمقتضاه على تعويض ثمانية ملايين دولار (Boivin.R, 2002, p. 296)، و قد أعلنت محكمة النقض الفرنسية أنه: " استنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنيا عن حصانتها ضد تنفيذ هذا الحكم هو ما تنص عليه المادة 24من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي تجري على أنه:

أ -تكون أحكام التحكيم نهائية،

ب -قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعدُّون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا ."

ويعتبر هذا الحكم أن موافقة الدولة على التحكيم وتنفيذه يمثل خطوة كبيرة نحو تطور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية.

الفرع الثاني: مكانة فكرة النظام العام في النظام القانوني لاتفاق التحكيم بالنسبة للعقود التي تبرمها الادارة

استنادا الى ما جاءت به الاتفاقيات الدولية ، واقرارها حق الدول في الامتناع عن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ، من خلال دفعين ،

الأول هو الدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم ، والثاني هو الدفع بمخالفة النظام العام ، دون أن ترفق ذلك بقواعد موضوعية لإلزام الدول بذلك (مصطفي الجمال و عكاشة عبد العال، 1998، صفحة 268)، ففي بروتوكول جنيف لسنة 1923المتعلق بشرط التحكيم ، من بين الشروط المدرجة في المادة الثالثة شرط يقضي بان يكون موضوع النزاع من الأمور التي يمكن حسمها بالتحكيم وفقا لقانون الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بها[9] ، ولم تختلف اتفاقية جنيف الثانية عن سابقتها في هذا الشأن مؤكدة رفض الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم تحت دفعين هما الدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم ، والدفع بمخالفة النظام العام

وكذلك اتفاقية نيويورك 1958 في مادتها الخامسة فقرة 2نصت : " يجوز للسلطة المختصة في البلاد المراد الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فيه ان ترفض ذلك من تلقاء نفسها إذا تبين لها أن موضوع النزاع طبقا لقانون ذلك البلد لا يجوز حله بالتحكيم، و أن لا يكون الاعتراف و التنفيذ للحكم يتعارض مع قواعد النظام العام لذلك البلد (ابراهيم، 2000، صفحة 273).

في ذلك نجد المشرع الجزائري نص في المادة 1006من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على حالات اللاقابلية للتحكيم، و قصرها على الأهلية وحالة الاشخاص وما تعلق بالنظام العام، و هو أمر يدل على رغبة المشرع في إخضاع هذه المسألة لإشراف القضاء الوطني ، كما في الزواج والطلاق والنسب والأهلية فهذه مسائل تتعلق بالشخصية ولا تخضع للتحكيم ، أما ما تعلق بالنظام العام فهو ما ورد فيه نصا على اخضاع اختصاصه للقضاء الوطني وخصه به اختصاصا حصريا، كتحديد المسؤولية الجنائية للمتهم مثلا، و تحديد العقوبات والجزاءات المناسبة، كما لا يجوز التحكيم فيما يتطلب القانون فيه تدخل النيابة العامة، وقد كان القضاء الفرنسي حيال القابلية للتحكيم قد اتخذ مواقف مرحلية متدرجة.

في البداية رفض القضاء الفرنسي منح المحكم الاختصاص بنظر مسائل ذات صلة بالنظام العام، ثم لين موقفه وأصبح المحكم يمنع من التحكيم عند خرق النظام العام، وليس لمجرد تعلق المسألة بالنظام العام، وبذلك سمح للمحكم بالفصل في منازعات ترتكز على مسائل تمس النظام العام، وأصبح بطلان التحكيم ليس ناتجا عن مساس المسألة محل النزاع بالنظام العام، ولكن لخرق الأطراف للنظام العام.

المطلب الثاني: مدى خضوع اتفاق التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية للرقابة القضائية

استقر التشريع و القضاء على أن تعهد المنازعات التي تكون أحد أطرافها أشخاص معنوية عامة إلى القاضي الإداري، و هذا اعتماداً على المعيار العضوي و هو من النظام العام، ويقع باطلا أي اتفاق يتم على مخالفته، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[9] - article 3 de PROTOCOLE RELATIF AUX CLAUSES D'ARBITRAGE , Signé à Genève, le 24 septembre 1923

لهذا فإنه من الواجب تحديد اشكالية الاختصاص القضائي في اتفاق التحكيم الذي يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام في الفرع الاول، كما سنتطرق إلى تبيان موقف القضاء الفرنسي في مسألة الاختصاص القضائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مشكلة تحديد القاضي المختص بالنظر في الطعن في القرار التحكيمي

من الاشكالات التي يضعها اتفاق التحكيم لما ينطوي على شخص معنوي عام طرفا فيه، مسألة القاضي المختص بالنظر في بالاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم، وبالرجوع إلى المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها قد نصت على أن أمر الاعتراف و التنفيذ يصدر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصه ، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الاقليم الوطني.

من استقراء هذا النص نلاحظ أنه لم يشر البتة إلى الجهات القضائية الإدارية، فهل هذا يستفاد منه أن جميع أحكام التحكيم سواء كان أطرافها من أشخاص القانون الخاص أو العام، يصدر أمر الاعتراف بها و تنفيذها أمام القاضي العادي ؟

نفس التساؤل يطرح في مسألة الطعن في الأمر بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، الواردة في المادة 1034 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، و في غيرها من المواد التي نصت على الاختصاص القضائي المساعد في عملية التحكيم التجاري الدولي، حيث أن الملاحظ أنه لم يتم الاشارة إلى جهة القضاء الاداري.

إذا كانت الإجابة عن هذه التساؤلات أن القاضي العادي هو المختص، فإن ذلك يتناقض مع قواعد الاختصاص القائمة على أطراف النزاع، التي أخذ بها المشرع من أجل توزيع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي.

كتب الاستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا في هذا الصدد، أن أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية، تبقى غير قابلة للاستئناف، إلى غاية تدخل المشرع لوضع حكم خاص بها (ملويا، 2013، صفحة 638)

كما أن المادة 1033 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، عند حديثها عن الاستئناف في أمر القاضي بالاعتراف و تنفيد حكم التحكيم التجاري الدولي، لم تتطرق لأحكام التحكيم الصادرة في الخارج ، وهو ما جعل المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 مايو2011، ترفض الطعن ضد الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم الدولي بباريس بتاريخ 25أكتوبر2007 [10]، وجاءت حيثياتها كما يلي: "حيث لا يوجد أي نص بقانون الإجراءات المدنية والإدارية يسمح بالطعن فيه بالاستئناف أمام المجالس الوطنية وبالأحرى مجلس قضاء الجزائر.

وعليه و بقبولهم للطعن في قرار تحكيمي صادر بباريس حتى و إن كان على النفاذ المعجل، يكون قضاة المجلس بالقرار المطعون فيه، قد

[10] - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2011/05/05، رقم 662514 ، أشار إليه عبد السلام ذيب: قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة 03، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 525.

تجاوزوا سلطتهم بفعلهم ما كان عليهم تركه وعرضوه بذلك للنقض والإبطال".

نلاحظ أن قرار المحكمة العليا ينطبق أيضا على استئناف أحكام التحكيم التي يكون أحد أطرافها شخصا معنويا عاما ما دام أن المشرع لم ينص على كيفية الطعن فيها، لكن ما يمكن قوله هو أنه و إن كان قضاة أعلى جهة قضائية في هرم الجهات القضائية العادية قد اعتبروا قبول الطعن ضد حكم تحكيمي صادر عن هيئة أجنبية، تجاوزا للسلطة، بسبب غياب نص قانوني يجيز ذلك، فإن ذلك لا ينطبق على القاضي الإداري، لأن هذا الأخير على خلاف القاضي العادي، يتميز بأنه قاضي إنشائي، فلا يمكن أن ينظر القاضي العادي في الطعن ضد حكم تحكيمي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، لما فيه من مخالفة لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أنه لا يمكن أن تفلت هذه الأحكام من رقابة المشروعية، وبالتالي يرى البعض بأنه على القاضي الإداري قبول الطعن في أحكام التحكيم الصادرة بخصوص نزاع يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، و ذلك من أجل ممارسة سلطاته في رقابة مشروعيتها.

الفرع الثاني موقف القضاء الفرنسي من مسألة الاختصاص القضائي

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه في فرنسا قد ثار النزاع أيضا حول تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في الحكم التحكيمي، هل هي من اختصاص القاضي الإداري أن القاضي العادي

انطلاقا من قرار جلاكيس الشهير (Galakis) بتاريخ 02 ماي 1966 والذي بموجبه قضت محكمة النقض الفرنسية ضمنيا بأن القاضي العادي يكون مختصا للفصل في الطعن بالإلغاء ضد الأحكام التحكيمية المتعلقة بالنزاعات التي تثور بسبب العقود المبرمة بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة و المتعاقدين الأجانب غير أن القاعدة التي جاء بها قرار جلاكيس، كانت متعلقة فقط بالتجارة البحرية، و بالتالي فإن النزاع ليس ذو طبيعة إدارية (Loquin.، 2010 ، صفحة 525).

لكن ذهبت محكمة التنازع الفرنسية في قرار اينزرم INSERM الشهير، بتاريخ 17مايو2010 إلى توزيع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي وهو ما زاد الأمر تعقيدا.

وتتلخص وقائع القضية في أن نزاعا قائما بين مؤسسة عمومية فرنسية، وهي المعهد الوطني للبحث الطبي ، INSERM وجمعية نرويجية، نتج عن اتفاق، التزمت بمقتضاه الجمعية النرويجية تمويل جزء من مشروع إنشاء قطب للبحث الطبي على أرض تابعة لجامعة اكس بمرسيليا، لكن بعد أول دفعة قررت الجمعية قطع العلاقات.

تم عرض النزاع على محكم، على أساس أن الاتفاقية تحتوي على شرط تحكيمي، وتم الحكم على الطرف الفرنسي بأن يرد للمتعاقد معه المبلغ الذي دفعه مع الفوائد .

على إثر ذلك قام المعهد برفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي أمام كل من جهة القضاء العادي المتمثلة في محكمة الاستئناف لباريس، و جهة القضاء الإداري المتمثلة في محكمة الاستئناف الإدارية لمرسيليا.

تمسكت محكمة استئناف باريس باختصاصها للفصل في الدعوى على أساس نص المادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وفي الموضوع رفضت إبطال الشرط التحكيمي.

أما جهة القضاء الإداري (محكمة الاستئناف الإدارية لمارسليا)، قررت إحالة الدعوى إلى مجلس الدولة، هذا الأخير قام بدوره بإحالتها إلى محكمة التنازع فجاء قرار محكمة التنازع كما يلي:

-إن كان الحكم التحكيمي يتعلق بمصالح التجارة الخارجية، فإن الاختصاص يعود لجهات القضاء العادي حتى ولو كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما.

-أما إذا كان الحكم التحكيمي يتعلق بعقود خاضعة لنظام قانوني إداري متعلق بالنظام العام، فالاختصاص في هذه الحالة يكون لصالح جهات القضاء الإداري، وتتمثل هذه العقود في صفقات الأشغال العامة وصفقات اللوازم أو عقود الشراكة.

إن قرار محكمة التنازع الذي رفض الحكم بوضوح إما لصالح الجهات القضائية العادية وإما لصالح الجهات القضائية الإدارية قد أثار غضب الفقهاء في مقابل ذلك فقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المنحى، من خلال قراره الصادر بتاريخ 19أفريل 2013 في قضية النقابة المختلطة لمطار تشارونت Charente حيث أكد بمقتضاه على اختصاصه للفصل في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي المتعلق بصفقة

عمومية، بشرط أن يتم إصداره داخل الإقليم الفرنسي، أما إذا تم إصداره من طرف هيئة يكون مقرها في الخارج (محكمة لندن للتحكيم الدولي)، فإن الجهة القضائية الإدارية الفرنسية تكون غير مختصة للنظر فيه.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة حاولنا التطرق إلى أهم الجوانب التي تمس اتفاق التحكيم لما يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام، و درسنا مختلف الجوانب التي تمس هذا الموضوع و قد توصلنا للنتائج التالية:

من خلال التطرق إلى أهلية الاشخاص المعنوية العامة من ابرام اتفاق التحكيم، و قد تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع الجزائري الذي كان رافضا لفكرة التحكيم جملة و تفصيلا، لكنه في واقع الحال مارسها في بعض العقود التي ابرمتها الجزائر في تلك حقبة التي طبع عليها المنع، لكن و نظرا لأهمية هذه الوسيلة في فض المناعات في المجال العلاقات الاقتصادية الدولية، فقد حقق التشريع الجزائري قفزات في طريق القبول بهذا الاسلوب، و في الاخير مكن الاشخاص المعنوية العامة من ولوج طريق التحكيم في فض منازعاتها، و تجلى ذلك من خلال المواد 975، 976 و 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، و من خلال النص عليه في مختلف قوانين الاستثمار المتعاقبة و منها قانون الاستثمار الجديد 18/22 المذكور أعلاه كأسلوب اضافي بعد فشل بنود التسوية الودية.

إن فكرة العلاقات الاقتصادية الدولية فكرة فضفاضة و واسعة المعالم، ما يؤدي بنا للقول بأن التشريع الجزائري تعمد هذا، و ذلك لفتح المجال لولوج الاشخاص المعنوية العامة باب التحكيم في مختلف العلاقات ذات المعيار

الاقتصادي، و هو معيار في نظرنا سديد إلى حد بعيد.

إن وجود الشخص المعنوي العام ضمن أطراف اتفاق التحكيم يجعله بلا شك له خصوصية في عدة مجالات، كما تم تبيين ذلك من خلال الدراسة بدءً بتحديد المنازعات التي يجوز فيها التحكيم بدقة، و صولا إلى الضوابط التي وضعها المشرع أمام الشخص المعنوي العام و كذلك فكرة السيادة و فكرة النظام العام، اللذان يعتبران أهم فكرتين تقوم عليها النظم القانونية ذات العلاقة العامة.

من خلال الدراسة تبين لنا دور اتفاق التحكيم في ارساء نظام قانوني مبني على أساس تساوي المراكز القانونية لأطراف العلاقة القانونية، و هذا ما لا يتوفر في العقود العامة التي تكون الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية طرفا فيها، لكن الدولة يمكنها الاحتجاج بحصانتها القضائية و بفكرة النظام العام الداخلي، و التي يحاول نظام التحكيم استبدالها بالنظام العام الدولي، و هنا نركز حسب رأينا على ضرورة التشديد على النظام العام الداخلي، و لكن إعطاؤه أكثر مرونة حتى يستجيب مع متطلبات العلاقات الاقتصادية الدولة، من خلال التأسيس لقواعد نظام عام داخلي تنسجم مع فكرة النظام العام الخارجي.

أما في مجال الرقابة القضائية على أحكام التحكيم الدولية الصادرة عن علاقة التي يكون أحد أطرفها شخص من القانون العام، فقد لاحظنا وجود فراغ تشريعي يتمثل في عدم النص على اختصاص القضاء الاداري في الرقابة و الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، و كذا تحديد جهات القضاء الاداري كجهات استئناف مثلما هو منصوص عليه في مجال القضاء العادي، و في هذه النقطة ما نلاحظه هو مجرد اجتهادات قضائية لا سند تشريعي لها.

أما التوصيات التي يمكن أن نقدمها في هذا البحث فتتمثل فيما يلي:

- ضرورة سن قانون خاص باتفاق التحكيم لما تبرمه الادارة و تأصيل اختيارات المتاحة للإدارة في هذا الشأن.
- ضرورة ضبط الأطر التي تتناول اتفاقيات التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، مثلما تم التطرق إلى الصفقات العمومية من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.
- ضرورة تعديل نصوص قانون الاجراءات المدنية و الادارية بمنح الاختصاص القضائي في الرقابة و تنفيذ و الطعن في القرار التحكيمي الذي يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام، و اسناد الاختصاص للقضاء الاداري.
- ضرورة صياغة اتفاق التحكيم بصفة تراعى فيها المصلحة العامة، و يتم النص فيها على تطبيق بعض امتيازات السلطة العامة، في حدود ما تقدمه الدولة من ضمانات و امتيازات للمتعامل الاقتصادي الاجنبي يجعله يقبل بهذه البنود.

قائمة المراجع

1. ابراهيم حمد ابراهيم. (2000). التحكيم الدولي الخاص. القاهرة: دار النهضة العربية.
2. الروبي محمد. (28-30 أفريل , 2008). التحكيم في عقود التشييد و الاستغلال و

التسليم . جامعات الامارات العربية المتحدة : المؤتمر السنوي حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية.

3. العيساوي حسين. (2011). التحكيم و حصانة الدولة. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد 48، العدد 03 .
4. حسام الدين الأهواني. (2003). المسائل القابلة للتحكيم. بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم لتي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15إلى 20مارس 2003
5. حفيظة السيد حداد. (2001). العقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها). الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
6. حمدي ياسين عكاشة. (2000). موسوعة العقود الادارية و الدولية. الاسكندرية: مشأة المعارف.
7. دريد محمود السمرائي. (2006). الاستثمار الأجنبي: المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الأولى. لبنان : مركز دراسات الوحدة العربية.
8. عبد الحميد الاحدب. (2009). قانون التحكيم الجزائري الجديد. مجلة المحكمة العليا عدد خاص .
9. عجابي إلياس. (2010). النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 47، العدد 03.
10. عمر مشهور. (2002). التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة الحامين العدد 9 . الاردن: مجلة نقابة المحامين العدد 9.
11. لحسن بن الشيخ أث ملويا. (2013). قانون الاجراءات الادارية. الجزائر: دار هومة.
12. محمد بن عمر. (2014). أثر التحكيم على العقود الادارية في التشريع الجزائري و المقارن الصفقات العمومية نموذجا. الجزائر: كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، رسالة ماجستير .
13. مصطفي الجمال و عكاشة عبد العال. (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية. بيروت لبنان: منشورات الحلبي
14. Boivin.Rémi. (2002). International Arbitration With States, An Overview of the Risks. journal international de l'arbitragr.
15. Boivin.Rémi. (2002). International Arbitration With States, An Overview of the Risks. journal international de l'arbitragr.
16. bruno, O. (1984). Arbitrage et contrats d'État. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran . JDI.
17. Fouchard philipee ; Gaillard Emmanuel; Goldman Berthold. (1996).

Traité de l'arbitrage commercial international. Paris : edition litec.

18. Langrod, G. (Volume 4, Issue 3, Summer 1955). Administrative Contracts: A Comparative Study. The American Journal of Comparative Law, 325-364
19. . oquin., E. (2010). De la dualité de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage administratif. RTDCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique,, 525.