التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية- دراسة مقارنة.

مريني فاطمة الزهرة.
أستاذة مساعدة قسم أ
بودواو جامعة بومرداس ،الجزائر.

الملخص:

يعد موضوع اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية، من الموضوعات الحديثة و التي بدأت مختلف التشريعات تولها إهتماما كبيرا، فلم يعد التحكيم يقتصر على المنازعات الناتجة عن العقود المدنية و العقود التجارية الدولية، بل إتسع مجاله ليشمل المنازعات الإدارية و التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها بوصفها سلطة عامة. ولقد إختلف التشريع و القضاء حول إمكانية حل المنازعات الإدارية الدولية عن طريق التحكيم.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، الطرق البديلة، العقود الإدارية، التشريع، القضاء.

Abstract

The topic of refering to arbitration as a mean to solve conflicts in international administrative contracts ,is a modern topic ,wich legislator,judiciary and administrative jurisprudence began to pay attention to it all over the world ,wich arbitration is not confined to civil and international trade conflicts ,but it has expanded to include new areas as the case in adminitrative conflicts which the state or one of the public law people is a party ,as a public authority.Jurist and jurisprudence differed on the possibility of resolving international administrative conflicts throught arbitration .

KEYWORDS: arbitration ,alternative methods ,administrative contracts ,legislation,judiciary.

مقدمة:

يعد موضوع اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية، من الموضوعات الحديثة و التي بدأت مختلف التشريعات تولها اهتماما كبيرا، فلم يعد التحكيم يقتصر على المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية، بل اتسع مجاله ليشمل المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها.

فهناك من يرى أن لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة ويعد اعتداءا على اختصاص القضاء الإداري و يتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها العقد الإداري حيث يكمن الهدف الأساسي من إبرام الإدارة لهذه العقود تحقيق الصالح العام، لذلك خصت هذه العقود بقواعد قانونية قائمة مختلفة عن القواعد التي تحكم العقود الخاصة.

لكن تبين في السنوات الأخيرة أهمية التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، ويرجع ذلك لزيادة تدخل

الدولة في المجال الاقتصادي و إبرامها لكثير من العقود مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة من رعايا الدول الأخرى ، بالإضافة إلى عدم تقبل الدولة فكرة خضوعها لقضاء دولة أخرى لحسم المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها، و بالتالي أصبح التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية، فما هي مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية و ماهو موقف التشريعات المختلفة والقضاء منه؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا ورقة بحثنا إلى مبحثين كل مبحث إلى مطلبين، حيث خصصنا المبحث الأول إلى مفهوم التحكيم في العقود الإدارية الدولية و خصصنا المطلب الأول إلى مفهوم التحكيم و المطلب الثاني مبررات التحكيم في العقود الإدارية الدولية، أما المبحث الثاني موقف التشريعات و القضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية، المطلب الأول موقف بعض التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية الدولية و المطلب الثاني موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لقد أصبح التحكيم يلعب دورا هاما كوسيلة لحل المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية الدولية، و ذلك يرجع بالدرجة الأولى لزيادة تدخل الدولة في مجال التنمية الاقتصادية و إبرامها لكثير من العقود مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة من رعايا الدول الأخرى، بالإضافة إلى صعوبة تقبل الدولة لفكرة خضوعها لقضاء دولة أخرى، بالتالي أصبح التحكيم الحل البديل الأمثل ، و عليه لابد من التطرق لمفهوم التحكيم (المطلب الأول)، ثم نتطرق لمبررات التحكيم في العقود الإدارية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم.

التحكيم هو طريق خاص لحل المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، و يعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على القضاء، و هكذا ينشأ التحكيم من إرادة طرفي الخصومة فهذه الإرادة هي التي تحقق التحكيم وهي قوام وجوده و بغيرها لا يتصور وجوده، فالتحكيم وردت فيه عدة تعريفات (الفرع 1)، كما أنه اختلفت صوره(الفرع 2)، و اختلف الفقه أيضا في تحديد طبيعته (الفرع 3).

الفرع الأول:تعريف التحكيم.

يقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني، اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، و يتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون إتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز [1]

اقترح الفقه عدة تعريفات للتحكيم من بينها (اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، و يتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكميين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز

من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو للوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز).[2]

وهناك من عرفه على أنه (تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر و الذي يتولاه شخص أو أكثر محكم أو محكمان يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة).[3]

هناك من التشريعات من وضع تعريفا للتحكيم من بينها المشرع التونسي و ذلك في نص المادة الأولى و التي جاء فيها(التحكيم هو طريقة خاصة لفصل أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت بموجب إتفاقية التحكيم)[4]، وكذلك المشرع الفرنسي حيث عرفه على أنه (إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم). أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم و مشارطته كوسيلة لاتفاق الاطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أو إتفاق ما.[5]

عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة 1007(الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم). [6]، و عرف إتفاق التحكيم في المادة 1011 من نفس القانون والتي جاء فيها(اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم).[7]، يتضح من نص المادة 1011 أن المشرع الجزائري قد وضع تعريفا لمشارطة التحكيم، و ليس لاتفاق التحكيم، وعليه لابد من تدخل المشرع الجزائري لتصحيح الوضعية، وذلك باستبدال لفظ اتفاق التحكيم بلفظ مشارطة التحكيم، مع ضرورة وضع تعريف شامل لاتفاق التحكيم.[8]

كما وردت بعض التعريفات للتحكيم في القضاء من بينها ما عرفته محكمة النقض المصرية في قرار صادر بتاريخ 20/11/1998 طعن رقم 1430 و الذي جاء فيه (ماهيته طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم الأصول الأساسية في التقاضي و عدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم).[9]

أشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى تحديد المقصود بالتحكيم بأنه(عرض النزاع المعين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين بإختيارها أو بتفويض منهما في صور شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة المماللاة مجردا من التمايل و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالت الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية).[10]

يمكن القول بأن التحكيم (تقنية قانونية تهدف إلى إعطاء حل للمسألة أو النزاع من قبل هيئة محكم أو محكمين تتمتع بسلطة الحكم أو القضاء و ذلك ليس تفويضا من دولة و لا من سلطة تشريعية بل تستمد ولايتها من إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، هؤولاء المحكمين القضاة يمكن أن يكونوا مجرد أشخاص طبيعين أو أشخاص إعتبارية خاصة، هيئة أو مركز دائم للتحكيم يخول حق الفصل في النزاع الذي ينشأ بين الطرفين بعيدا عن اللجوء إلى القضاء العادي وفقا لإتفاق الأطراف).[11]

الفرع الثاني: أنواع التحكيم.

يمكن تقسيم التحكيم من حيث إرادة المحتكمين إلى تحكيم اختياري وتحكيم اجباري، ومن حيث طبيعة العقد ونطاقه إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي، ومن حيث حرية المحكم وسلطاته إلى تحكيم حروتحكيم مؤسسي.

1-التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أنه اختياري وأن المرجع لحل النزاعات هو القضاء والتحكيم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بمحض إرادة الأطراف إلا أن هناك حالات يكون فيها التحكيم إجباري إذ تجبر فيها منشأة وشركات ووزارات العامة والمؤسسات وشركات القطاع العام.[12]

2-التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:

تتعدد الاجتهادات بشأن المعيار المقترح لحسم وتحديد وصف التحكيم إذا ما كان وطني أو محلي، وما إذا كان أجنبي أو دولي، فهناك عدة معايير من بينها معيار المكان ومعيار القانون الواجب التطبيق ومعيار طبيعة النزاع، ومعيار جنسية الأطراف وطبيعة النزاع فيكون التحكيم دوليا وفقا لقانون التحكيم المصري إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية، ويرى المشرع الجزائري بأن التحكيم يكون دوليا إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.[13]

3-التحكيم الحروالتحكيم المؤسسي:

التحكيم الحر يعطي للخصوم حرية اختيار من يشاء من المحكمين مع تجديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها، وكذلك القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم، وهوتحكيم خاص بحالتهم دون غيرهم، أما التحكيم المؤسسي يكون من خلال هيئات أومؤسسات أو منظمات دولية أووطنية ، ويطبق بشأنه قواعد واجراءات محددة مسبقا من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها.[14]

4-التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

التحكيم بالقانون هو التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، ، أما التحكيم بالصلح فهو الذي يعفي المحكم من التقيد بأحكام القانون ويفصل في النزاع وفقا لمبدأ العدالة، وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين، حتى ولوكان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع والذي يلتزم القاضي بتطبيقه فيما لو عرض النزاع عليه إلا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها احترام حقوق الدفاع ليتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهة المحتكمين.[15]

الفرع الثالث:طبيعة التحكيم.

هناك اختلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فهناك من يرى بأنه ذو طبيعة تعاقديه فالتحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين وهومن عقود المعاوضة، ويعتبرحكم التحكيم جزءا لا يتجزأ من اتفاق التحكيم والمحكم يعهد إليه بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرقى إلى درجة القضاة، وهناك من يرى بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، حيث أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن عمل المحكم عمل قضائي وهو لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها .[16]

يرى اتجاه ثالث أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة يبدأ باتفاق ثم يصير إجراءات ثم ينتهي بقرار هو قرار التحكيم فهو يجمع

بين الطابعين القضائي و الرضائي[17]، إذ أن التحكيم يغير من طبيعته التعاقدية إلى طبيعة قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، إذ بهذا الأمر يتحول التحكيم إلى عمل قضائي وبدءا من أمر التنفيذ يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي.[18]

وترتب على هذه النظرية نتائج قانونية تختلف عن النتائج التي تترتب على الأخذ بالنظريتين السابقتين لاسيما عند تنفيذ قرارات التحكيم إذ تظل هذه القرارات بمثابة عقد أو اتفاق و لو حازت القرارات على القوة التنفيذية أي الأمر بالتنفيذ طبقا للنظرية التعاقدية البحتة، أو أن هذه القرارات طبقا للنظرية القضائية تعتبر أحكاما قضائية بغض النظر عن عدم شمولها لأمر التنفيذ إما طبقا للطبيعة المختلفة أو النظرية المزدوجة، فإن هذه القرارات و إن اعتبرت عقدا أمر التنفيذ إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي ومن ثم تخضع بالضرورة عند تنفيذها لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.[19]

يرى جانب من الفقه أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات و نظام مستقل بذاته، وذلك لاعتبارات عديدة، منها أن العقد ليس هو جوهر التحكيم، و ليس إلا أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى إليه الخصوم، و تدعيما لهذه النظرية إتجه البعض إلى الربط بين الهدف الذي يسعى إليه الخصوم، وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي لها أمام المحاكم، وبين استقلاليته على الأنظمة الأخرى، ويرى عدم تفسير التحكيم في ضوء المبادئ التقليدية ومحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي.[20]

استند أنصار نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم على مجموعة من الأسانيد من أهمها، الاتفاق ليس هو جوهر نظام التحكيم بدليل أن القانون قد يستبعد في بعض الحالات القضاء العام في الدولة، ويفرض على المتنازعين الالتجاء إلى نظام التحكيم لحل منازعاتهم التي تدخل أصلا في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة، فيما يعرف بنظام التحكيم الإجباري. الاختلاف بين وظيفة نظام التحكيم ووظيفة نظام القضاء.عدم خضوع هيئة التحكيم لنظام القاضي في الدولة في القانون إذا كانت المجتمعات البدائية قد عرفت نظام التحكيم قبل نظام القضاء في الدولة، ونشأ نشأة مستقلة عنه، و استمر قائما بعد ظهوره، فإن هذا يقتضي تميزه عن القضاء العام في الدولة، و خضوعه لنظام قانوني خاص يحتفظ له بمرونته، بعيدا عن نظام القضاء في الدولة بضماناته الشكلية الكثيرة، وقواعده الجامدة.[21]

في تقديرنا أن التحكيم له طبيعته الخاصة فهو يجمع في ذاته بين حقيقتين، حقيقة كونه يتبع الأسس والإجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم، وحقيقة كونه يقوم على أساس اتفاق منشئه أراء الخصوم ويطبق بشأنه القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وبالتالي يكون حكم التحكيم ليست له طبيعة تعاقدية لأنه وإن كان قد بدأ بداية إرادية باتفاق الخصوم إلا أنه ينتهي بحكم قضائي نافذ جبرا على المحتكمين في حين أن العقود لا تنفذ جبرا. و مهما كانت طبيعة التحكيم إلا أن هناك أسباب و مبررات تشجع على اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية.

المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري الدولي و مبررات التحكيم فيه.

تعد العقود الإدارية الدولية من الظواهر القانونية المستحدثة في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، فبالرغم من حداثة مشكلة العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجانب تاريخيا إلا أن الفقه قد إهتم بها اهتماما كبيرا، و خاصة الفقه الغربي

على عكس دول العالم الثالث بصفة عامة، و العالم العربي بصفة خاصة[22] ، و بما أن هذا النوع من العقود له خصوصية تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى فلا بد من الإلمام بمفهوم العقد الإداري الدولي (الفرع 1) و مبررات التحكيم فيه (الفرع 2).

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي.

العقد الإداري الدولي هو (العقد الذي تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، و قد يكون موضوعه مثلا استغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك فهو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، و يتعلق بمرفق عام و تظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام من خلال احتواء العقد على شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية و بين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية).[23]

فتعد العقود الإدارية من أهم العقود التي تبرمها الدولة لأنها تنصب على تنفيذ مشروعات كبرى و مهمة منها استثمار الثروات الطبيعية كالنفط و الغاز و المعادن و عقود إنشاء المطارات و البنية التحتية و عقود إنشاء و التشغيل و نقل الملكية.

ذهب جانب من الفقه إلى حصر الخصائص التي تميز العقود الإدارية الدولية عن عقود التجارة الدولية، و تتمثل هذه الخصائص بكون أن هذه العقود تبرم باسم الدولة، إما عن طريق رئيس الدولة أو رئيس الحكومة من جهة و بين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناءا على أحكام قانون الدولة التي يتبعها، أن تتعلق هذه العقود باستغلال الثروات الطبيعية للدولة، أو تتعلق بالملكية العامة أو بإدارة المرافق العامة للدولة و مشروعات البنية الأساسية، تتميز هذه العقود بطول المدة، تخضع هذه العقود لبعض قواعد القانون الخاص و قواعد غير مألوفة في القانون الخاص، يتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ببعض المزايا، تتميز هذه العقود بفكرة الحماية الديبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة الأجنبية.[24]

يتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياريين أولهما قانوني ووفقا له يعد العقد الإداري دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد و يقصد بالعناصر القانونية جنسية الأطراف و مكان إقامتهم، ومكان إبرام و تنفيذ العقد هذا إلى جانب لغة التعاقد و العملة المستخدمة في الوفاء المقابل لأداء الالتزام التعاقدي و من ثم فإن العقد يكتسب الصفة الدولية، متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر في العلاقة التعاقدية و العكس صحيح.[25]

يرى المعيار الثاني و هو المعيار اقتصادي أن العقد يعد عقدا دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية، بمعنى وجود رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، فيترتب عليه انتقال حركة الأموال و الخدمات بين الدول، كما يرى بعض الفقه أن المعيار الاقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني، حيث أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، و التي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني.[26]

هناك اختلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية، فهناك اتجاهين، اتجاه يرى بأن هذه العقود هي عقود إداريه حيث أن أحد أطراف العقد يكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، و تتصل هذه العقود بنشاط مرفق عام، و تتضمن شروطا استثنائية غير معروفة في عقود القانون الخاص، أما الاتجاه الثاني يرى بأن هذه العقود ذات طبيعة

خاصة إذ تحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية .[27]

الفرع الثاني: مبررات التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

التحكيم كنظام بديل لحل المنازعات، و إن كانت له أهميته الخاصة بالنسبة للعقود الإدارية الوطنية، إلا أن تلك الأهمية تظهر بصفة أكبر عندما يتعلق الأمر بعقد إداري دولي، حيث أن تسوية منازعات هذا العقد عن طريق التحكيم قد يكون شرطا يفرضه الطرف الأجنبي لا ينعقد العقد بدونه، و قد تقبل الدولة هذا الشرط مكرهة رغبة منها في الإستحواد على الاستثمارات الأجنبية و على رؤوس الأموال الأجنبية التي أصبح استقطابها في العصر الحالي يحظى بمنافسة واسعة بين كافة دول العالم. وعليه من أهم أسباب و مبررات الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية مايلي:

-اختيار هيئة التحكيم و انعدام الثقة في المحاكم الوطنية للدول المضيفة:يعتبر اختيار هيئة التحكيم و انعدام الثقة في المحاكم الوطنية من بين أهم أسباب تفضيل أطراف النزاع أسلوب التحكيم لأنه بخلاف القضاء يمكن من خلاله اختيار أشخاص محددين لتسوية هذه المنازعات، بالإضافة إلى أن السبب الحقيقي وراء اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية هو انعدام ثقة المستثمرين الأجانب بالمحاكم الوطنية .

- تمتع الدولة بالحصانة القضائية: من أجل إبعاد المخاطر المتولدة عن سيادة الدولة، و المتمثلة في إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية، وعليه يفضل الطرف المتعاقد مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بوجود شرط التحكيم.[28]

-السرعة في الإجراءات و قلة التكاليف: إن أهم ما يميز التحكيم كوسيلة لفض المنازعات هو بساطة و سرعة الإجراءات، إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثيرمن الوقت مقارنة مع النظم القضائية التي تتميز بطول الإجراءات التي تعوق الفصل السريع في النزاع، وبالتالي يصبح التحكيم هو الوسيلة الأفضل للفصل في مختلف المنازعات لما يقدمه من عدالة سريعة، و هذه العدالة ترجع إلى عاملين، الأول هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف، أما العامل الثاني فإنه يتعلق في التحكيم باعتباره نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن هيئة التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه، و لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية.[29]

يرى الكثير أن التحكيم يتميز بكثرة المصاريف مقارنة بالقضاء، إلا أنه بالعكس فأهم مميزات التحكيم قلة النفقات و ذلك لأن طبيعة أغلب المنازعات تكون برأسمال كبير يقدر بالملايين و ربما بالمليارات و بالتالي يكون حسم النزاع في مدة معقولة مقارنة بالمبالغ المدفوعة.[30]

-السرية:تنص معظم عقود التجارة الدولية على اختيار التحكيم كحل بديل لتسوية المنازعات لتجنب مبدأ العلنية الذي يعتبر من أسس النظام القضائي، فالتحكيم يكون سريا ، حيث يحق للأطراف كذلك اشتراط عدم نشر الأحكام و هو الأمر الغير موجود في القضاء ، حيث يعد مبدأ العلانية من أسس التقاضي وضمانة لتحقيق العدالة[31]، وتزداد السرية أهمية في منازعات الاستثمار و ذلك لما يترتب على هذه العقود من أثار سياسية و اقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول و المستثمرين الأجانب.

-التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار تجنب المخاطر المتولدة عن السيادة و المتمثلة في إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني و إعمال الحصانة القضائية تعد من الأسباب التي تدفع الطرف المتعاقد مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بوجود

شرط التحكيم، و إذا كانت هذه الأسباب التي تدفع الطرف المتعاقد مع الدولة إلى التمسك بشرط التحكيم، إلا أنه هناك سبب يقوم في جانب الدولة ذاتها و يحفز على التحكيم الذي يعتبر ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار فتقبل الدولة على التحكيم كضمانة لتشجيع الاستثمار على إقليمها وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى تضمين قوانينها نصوصا صريحة تفيد بقبول التحكيم.[32]

قام المشرع الجزائري بدوره بتضمين القانون العام للاستثمار مجموعة من الحوافز و الضمانات و عناصر الثقة لتوفير مناخا اقتصاديا أمنا مريحا لرؤوس الأموال الوافدة و التي من أهمها، حرية الاستثمار و حرية اختيار الشكل القانوني للشركة و نوع النشاط و مكان إقامة المشروع، صنع الحوافز المالية و الجبائية و الإعفاءات من الرسوم الجمركية، حرية اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة وقوع نزاع بين المستثمر و الدولة.[33]

-عدم وجود محكمة دولية متخصصة لفض مثل هذه النزاعات:لا توجد في العالم محكمة دولية متخصصة لفض مثل هذه المنازعات، فلا يمكن للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة أن يلجأ إلى محكمة العدل الدولية لفض الخلافات التي تنشأ بينه و بين الدولة.[34]

-يعتبر التحكيم متلائما مع ما تقتضيه التجارة و خاصة التجارة الدولية: خلافا للقضاء الوطني يقوم التحكيم على إجراءات بسيطة لا مكانة للشكلية فيها، و لا للتعقيد في اختيار الإجراءات و القانون المنطبق هكذا يقدم التحكيم على أنه قضاء يرضي الأطراف و يحاول الوصول إلى الحل الأمثل يضاف إلى هذه المنافع المرجوة من التحكيم أنه يجنب الأطراف متاهات تنازع الاختصاص القضائي في العلاقات الدولية و ما تثيره من تعقيدات .[35]

و عليه يمكن القول أنه من أهم مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية تخوف الطرف المتعاقد مع الدولة من افتقاد قضائها لحياده و أيضا خشية من تمسك الدولة بالحصانة القضائية، لأن تمتع الدولة بالحصانة القضائية تمنع القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون طرفا فيها، فتجعل من التحكيم الوسيلة المثالية لحسم منازعاتها مع الطرف الأجنبي. بالإضافة إلى عدم وجود هيئة قضائية ذات اختصاص دولي لفض منازعات العقود الإدارية، حيث لا يمكن للطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة أن يقف خصما للإدارة المتعاقدة أمام محكمة العدل الدولية، حيث لا تختص تلك المحكمة سوى بالنظر في منازعات الدول.كما أن الدولة تقدم التحكيم كضمانة إجرائية من أجل تشجيع الاستثمار على أراضيها

انتقد البعض التحكيم في العقود الإدارية الدولية، لأنه يضع المنازعة في أغلب الحالات إن لم يكن كلها، بين يدي محكمين أجانب يطبقون قانونا أجنبيا، الأمر الذي يصبح أكثر خطرا عندما يتعلق التحكيم بعقود تتصل باستغلال الثروات الطبيعية، أو عقود الامتياز التي تتعلق بها، و التي قد تمتد سنين طويلة، أو عقود تمس الأمن القومي مثل عقود التنمية و نقل التكنولوجيا، ففي كل هذه الأحوال يعتبر اللجوء إلى التحكيم خطرا لا يتناسب مع الفائدة المرجوة، و قد انتهى هذا الرأي رغبة منه في التقليل من مخاطر التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المتعلقة بمصالح الدولة العليا أو بالأمن القومي إلى تطلب أن تصدر الموافقة بتسوية منازعاتها عن طريق التحكيم بقرار من رئيس مجلس الوزراء، و ذلك ضمانا لعدم إساءة استخدام التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات في مثل هذه العقود.[36]

المبحث الثاني: موقف التشريعات و القضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

تختلف التشريعات بين مؤيد للتحكيم في العقود الإدارية و بين رافضي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية (المطلب الأول) و منه يختلف أيضا دور القضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف بعض التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

تناول المشرع المصري التحكيم من خلال القانون رقم 27 لسنة 1994 المنظم للتحكيم، ولقد تضمنت المادة الأولى والتي جاء فيها (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون).[37]

فوفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994 يجوز التحكيم في الخارج في المنازعات المثارة بشأن هذه العقود إلا أنه بالنسبة للحكم الصادر في الخارج يشترط لإصدار أمر بتنفيذه في القضاء المصري شرطين، أن يكون صادرا في مسألة يجوز فيها التحكيم في القانون المصري، و عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع.

لكن بالرجوع إلى المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون التحكيم المصري المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997 والتي جاء فيها(وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة و لا يجوز التفويض في ذلك)[38]، نجد بأن المشرع المصري أعطى صراحة للأشخاص الاعتبارية العامة الحق في إبرام اتفاق التحكيم واشترط أخذ الموافقة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، و الملاحظ أن تعديل نص هذه المادة أدى إلى عودة إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القضاء المصري.[39]

انتقد التعديل الذي جاء به القانون رقم 9 لسنة 1997 على أساس أنه لم يحقق ما كان منتظرا أن يحققه في المعاملات القانونية الخاضعة لنظام التحكيم، ولهذا وجب على المشرع أن يتدارك الصعوبات التي كشفت عنها الأحكام القضائية و الأحكام الصادرة من الهيئات التحكيمية، حيث أن الاستقرار الاجتماعي يتطلب استقرارا في المعاملات الاقتصادية والاجتماعية.[40]

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإن القاعدة العامة للتحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي هي عدم جواز التحكيم في هذه العقود ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك، و رغبة من المشرع الفرنسي في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية فقد استثنى العقود الإدارية الدولية من هذه القاعدة، و ذلك بعد رفض مجلس الدولة الفرنسي في الفتوى الصادرة منه بتاريخ 6 مارس 1986 الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين إحدى المحافظات الفرنسية و شركة (والت ديزني) الأمريكية بهدف إنشاء مدينة ملاهي في هذه المحافظة وبناءا على ذلك صدر القانون رقم 972 الصادر بتاريخ 19 أغسطس 1986 الذي أجاز للدولة و المقاطعات و المؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية و ذلك استثناءا من أحكام المادة 2060 من القانون المدني.[41]

بالنسبة لقانون التحكيم السعودي من خلال نص المادة 3 و الذي جاء فيها (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم)[42]،و عليه

لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم.[43]

قد أعطى قانون التحكيم الأردني الجديد و بصراحة تامة الأحقية للأشخاص الاعتبارية العامة بأن يكونوا أطرافا في اتفاق التحكيم وذلك في المادة 3 و التي جاء فيها (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة و يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية).[44]

انتقدت هذه المادة على أساس أنه من الناحية السياسية السماح للأشخاص الاعتبارية العامة بالدخول في اتفاقيات التحكيم قد يعرض الأموال العامة و ثروات الدول و خصوصا النامية منها للضياع، و حجة هذا الجانب أن الأطراف الأجنبية و غالبا ما يكونوا مستثمرين أجانب يمكن لهم من خلال التحكيم الحصول على مكتسبات و مزايا لن يستطيعوا الحصول عليها إذا ما أحيل النزاع إلى القضاء الوطني لهذه الدول.[45]

نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 308 من القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية (يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق الي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات و المساطر المنصوص عليها)[46].المشرع المغربي سمح لكل الأشخاص سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، و عليه لديهم الحق أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، فلم يميز المشرع المغربي بين أشخاص القانون العام و أشخاص القانون الخاص، مما يفيد أن المشرع المغربي قد سمح لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم.

سماح المشرع المغربي لهؤلاء الأشخاص باللجوء إلى التحكيم قيده بشروط وذلك من خلال نص المادة 310 من القانون 05-08، حيث نجد أن المشرع قد منع التحكيم في النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية من جهة أولى، ومن جهة ثانية قيد اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية بضرورة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة و الوصاية، سواء تعلق الأمر بالدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية أو حتى المقاولات العمومية كل حسب مضمون الوصاية المقررة له.

المشرع الجزائري و من خلال نص المادة 442 الفقرة 3 كان يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفا، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة تضمنت شرط التحكيم، منها العقد الذي أبرم مع شركة الأمريكية و الذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971، ونظام التحكيم الجزائري الفرنسي الموقع في 27/3/1983 والذي يعتبر تجسيدا للاتفاق المبرم بين الحكومتين في 21/6/1982، اتفاق 29 جويلية 1965 المتعلق بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية والذي اشتمل على نظام التوفيق و نظام التحكيم، اتفاقية إيفيان لسنة 1962.[47]

فوفقا للقانون الجزائري القديم فليس للدولة ولا للأشخاص العمومية حق اللجوء إلى التحكيم، وكل لجوء إلى التحكيم

يعتبر باطلا لأن الرضا صادر من عديم الأهلية، وهذا نفس اتجاه القانون الفرنسي القديم، إلا أن هذا المنع لم يعد موجودا بعد صدور المرسوم الذي يعدل قانون الإجراءات المدنية و عليه ألغيت المادة 442.

سمح المشرع الجزائري للدولة و هيئاتها العامة اللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية و ذلك من خلال المرسوم التشريعي 93/09، ولقد أكد هذا الموقف و ذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد[48]، إذ جاء في نص المادة 1006(يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام و حالة الأشخاص و أهليتهم.و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية).

سمح المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد للأشخاص المعنوية العامة المتمثلة في مؤسسات الدولة و الشركات العمومية و المؤسسات الاقتصادية العامة الحق في اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بعلاقاتها الاقتصادية الدولية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات خصوصا مع تزايد هذه المعاملات، مع الإشارة إلى المشرع الجزائري أجاز التحكيم لأشخاص القانون العام في علاقاتهم الاقتصادية عوض التجارية في المرسوم التشريعي لسنة 1993 كما سبق الإشارة إليه[49].أجاز المشرع الجزائري أيضا للأشخاص المعنوية العامة إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بإبرام الصفقات العمومية و ما ينشأ عنها من منازعات.

يمكن أن نستنتج أنه كانت معظم التشريعات وفي مقدمتها القانون الفرنسي، تحظر على الأشخاص المعنوية العامة التحكيم، لأن التحكيم في المنازعات الإدارية من شأنه أن يجعل الاختصاص بنظر هذه المنازعات لغير القضاء الإداري ، كما يؤدي إلى خضوع هذه المنازعات إلى قوانين أخرى غير القانون الإداري الأمر الذي يعرض الأموال العامة والثروة القومية للخطر، ولكن مع الأخذ بسياسة الخصخصة والتحول إلى النظام الرأسمالي الحر وانسحاب الدولة من مجال الاقتصاد ،ومع مطالبة الدول الرأسمالية الكبرى لكافة الدول بفتح أسواقها أمام الاستثمارات الأجنبية، وإزالة كافة العراقيل التي تمنع انتقال رؤوس الأموال من مكان إلى آخر. وعليه كان لابد من التوسع في الأخذ بنظام التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الإدارية، وبإجازة التحكيم في المنازعات الإدارية، تكون الدول قد تنازلت عن التمسك بقواعد قانونها الداخلي، التي تمثل عقبة في طريق الاستثمارات الأجنبية .هذا هو موقف أغلب التشريعات فهل أخذ القضاء بما جاء في مختلف التشريعات.

المطلب الثاني: موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية

اختلفت التطبيقات القضائية في النظام القضائي الفرنسي حول إمكانية لجوء الدولة و أشخاص القانون العام الأخرى للتحكيم في العقود الإدارية ما بين مؤيد و معارض، فبالنسبة للقضاء العادي فبالرغم من أن المنع الوارد على التحكيم في العقود الإدارية نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية، إلا أن القضاء العادي لم يسلم بذلك، حيث تم استبعاد هذا الحظر بشكل نهائي في إطار التحكيم الدولي، وذلك على أساس وجود قاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص مفادها صحة تقرير اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية التي تجريها الأشخاص العامة و استقلال هذا الاتفاق عن حكم أي قانون داخلي.[50]

و قد أقرت جهات القضاء الفرنسي العادي على مختلف درجاته هذا الموقف و من أمثلة ذلك، ما ذهبت إليه محكمة النقض

الفرنسية في قرارها الصادر في 14/04/1964 في قضية سان كارلو، كما قررت في حكم أخر صادر بتاريخ 1966/02/05 في قضية وزارة النقل البحري الفرنسية و مالك سفينة يوناني، حيث قضت بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد و أن الحظر الوارد في نصوص القانون الفرنسي قاصر على العقود الداخلية.[51]

ترجع وقائع قضية (سان كارلو) إلى وجود شرط التحكيم في سند الشحن طرفه أحد الأشخاص المعنوية العامة و طبقا لشرط التحكيم يتم إحالة كافة المنازعات للتحكيم ، وقد قام الشخص المعنوي العام بالطعن أمام محكمة النقض الفرنسية ببطلان شرط التحكيم على أساس أن المسألة تتعلق بالأهلية و من ثم يطبق القانون الفرنسي لتحديد أهلية هذه المنشأة العامة، وقد صدر حكم النقض في 14 أفريل 1964 مقررا صحة شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة على أساس أن المنع من التحكيم لا يشكل مشكلة الأهلية في معنى المادة 3 فقرة 3 و أن هذه المسألة تخضع لقانون جنسية الأطراف المتعاقدة، و من ثم فإن المنع المقرر في المادتين 1004و 83 من قانون المرافعات الفرنسي القديم لا يشكل عقبة أمام المنشآت العامة و خضوعها كباقي أطراف القانون الخاص لقانون أجنبي يجيز صحة شرط التحكيم عندما يكون العقد دوليا.[52]

ففي قضية السفينة (GALAKIS) والتي تتعلق بنزاع خاص بعقد مشارطة تم إبرامه في لندن 1940 بين وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك السفينة اليونانية (GALAKIS)وكان من بين بنود المشارطة شرطا يقضي بإحالة أي نزاع ينشأ عن هذا العقد للتحكيم في لندن و صدر حكم التحكيم، إلا أن وزارة النقل البحري دفعت بعدم أهليتها للتحاكم وفقا لأحكام القانون الفرنسي و من ثم امتنعت عن التحكيم، وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في 21 ماي 1966 هذا الدفع مقررة صحة شرط التحكيم، ومن ثم أقرت بوجود قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي تقضي بصحة شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة لحاجات ووفقا لشروط و مقتضيات التجارة البحرية.[53]

وعلى النقيض من موقف القضاء العادي حرص مجلس الدولة على التطبيق الدقيق لمبدأ الحظر، لكن لم يكن من المتصور أن يظل مجلس الدولة الفرنسي متمسكا بالتطبيق الحرفي لمبدأ حظر لجوء الدولة و أشخاص القانون العام للتحكيم الذي نصت عليه المادتان 83 و 1004 من قانون المرافعات و المادة 2060 من القانون المدني، فقد كان من المتوقع أن يغير مجلس الدولة الاتجاه الذي استقر عليه لزمن طويل، و بالفعل فقد قدم مجلس الدولة تقريرا للحكومة عام 1993 بشأن الوسائل البديلة لحسم المنازعات الإدارية، و أهمها التوفيق و الصلح و التحكيم.[54]

بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية، فقد ساير القضاء الجزائري موقف المشرع الجزائري المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها، فقد رضيت الجزائر بالتحكيم في كثير من عقودها التجارية ، و على سبيل المثال أخذت عينة من هذه العقود، حيث أنه في سبعة عشر عقدا من عقود التجارة الدولية فإن عشرة عقود تضمنت شرطا تحكيميا يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، و أربعة عقود فقط أحالت النزاع للقضاء، ثلاثة منها للقضاء الجزائري وواحد للقضاء الإنجليزي.[55]

ومهما يكن من أمر، فإن الجزائر عرفت التحكيم منذ عدة سنوات ولو بشكل بسيط، و من أمثلة ذلك النزاع الذي قام بين مؤسسة جزائرية و شركة يوغسلافية، فعرض النزاع على المحاكم الجزائرية، فأصدر مجلس قضاء الجزائر قرارا يقضي فيه

بإلغاء حكم محكمة بئرمرادرايس محكمة أول درجة الذي فصل في النزاع مستندا إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية، مقررا عدم الاختصاص بالموضوع و معترفا بذلك بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف.[56]

الخاتمة:

من خلال الدراسة اتضح أن التحكيم أصبح من أهم الوسائل لفض المنازعات، و هذا الواقع فرضته ظروف العولمة و الاتجاهات العالمية الحديثة، حتى شمل بنطاقه عقود الدولة الإدارية.

ونظرا لأهمية التحكيم و ما يتميز به نظام التحكيم من مزايا منها حرية الأطراف المتعاقدة و التحرر من القيود التشريعية، و كذلك سرعة الفصل في المنازعات و غيرها من العوامل التي ساعدت على انتشار التحكيم ، أصبح يشمل منازعات العقود الإدارية الدولية، هذا ما أثار جدلا فقهيا و قانونيا و قضائيا في مختلف الأنظمة القانونية.

هناك من التشريعات من تؤيد التحكيم في منازعات العقود الإدارية، و هناك من يرفض اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، لكن من خلال الدراسة اتضح أن التحكيم أصبح ضرورة يفرضها الواقع، لهذا لابد للمشرع الجزائري أن يساير هذا الواقع، و ذلك من خلال وضع نصوص قانونية واضحة تسمح بإبرام اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

الهوامش:

1 - الخالدي(إيناس)،التحكيم الإلكتروني، بدون طبعة، 2009، دار النهضة العربية، القاهرة، ص30.

2 - بربري مختار محمود، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، 2007، ص 5.

3- بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014، ص 8.

4 - قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي العدد 33 ، 3 ماي 1993.

5 - بن سعيد لزهر، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 50.

6 - قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 ،لسنة 2008.

7 - نفس المرجع.

8 - بن سعيد لزهر، مرجع سابق، ص 51.

9 - الدسوقي عامر ، الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية المباشرة و دور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص ص 284-283.

10 - عيسى حسام عبد الحليم، التحكيم في العقود الإدارية و دوره في تسوية منازعات الإستثمار، المؤتمر العلمي الثاني بعنوان القانون و الاستثمار، كلية الحقوق، جامعة طنطا، من 29 إلى 30 أفريل، 2015، ص21.1.ص 5.

11 - بوختالة منى،مرجع سابق، ص 9.

12- بن سعيد لزهر، مرجع سابق، ص 27.

13 - نفس المرجع، نفس الموضع

14 -الدسوقي عامر، مرجع سابق، ص ص 296-295.

15 - بن سعيد لزهر، مرجع سابق، ص ص 31-29.

16 - مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص ص 40-36.

17- البستاني(سعيد يوسف)، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص271.

18- جاء في أحد أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية أن إتفاق التحكيم يمر بمراحل، إذ جاء في الحكم مايلي(... و إنما يتعين التمييز في نطاق التحكيم بين مراحل ثلاث تتصل حلقاتها و تتكامل، بما مؤداه تضامنها فيما بينها، و عدم جواز فصلها عن بعضها البعض، و إلا كان التحكيم مجاوزا إرادة الطرفين المتخاصمين متنكبا مقاصدهما، ذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الإتفاق عليه، ويرتد متراجعا في مرحلته الوسطى، وهي مرحلة التداعي التي يدخل بها التحكيم في عداد الأعمال القضائية، .....وتلك مهمة لا شأن لإرادة هذين الطرفين بها بل تتولاها أصلا الدولة التي يقع التنفيذ في إقليمها وتلك هي المرحلة الثالثة للتحكيم التي تتمثل في إجتناء الفائدة المقصودة منه، و التي تتعلق بها الهدف من التحكيم و يدور حولها، و بدونها يكون عبثا) الفقرة رقم 9 من الطعن رقم 13 سنة قضائية 15 مكتب فني 6 تاريخ الجلسة 17/12/1994 صفحة رقم 408، شهاب (محمد)، أساسيات التحكيم التجاري الدولي و القوانين و الإتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا و عالميا، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ص ص 305- 306.

19-الدسوقي عامر، مرجع سابق، ص 293.

20- راشد سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 70.

21 - التحيوي محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص ص 259-258.

22- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص193

23 - نفس المرجع، ص 193.

24 -نفس المرجع، ص ص 197-195.

25 - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، الطبعة الأولى، 2006، ص ص 131-130.

26 - نفس المرجع، ص 131.

27 - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ص 198-197.

28-الأحدب عبد الحميد، مرجع سابق، ص 340.

29 -المراغي أحمد عبد اللاه، دور التحكيم في تشجيع و حماية الإستثمارات الاجنبية،دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015، ص ص 67-66.

30 - نفس المرجع، ص ص 69-68.

31 - بن سعيد لزهر، مرجع سابق، ص 37.

32 - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 213.

33 - نفس المرجع، ص ص 214-213.

34 - يجب الإشارة في هذا الصدد إلى أنه توجد مراكز لتسوية منازعات الإستثمار، ومن أهمها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمارالأكسيد والذي تم إنشاءه بموجب إتفاقية واشنطن المؤرخة في 18 مارس 1965، و لدينا كذلك اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني الدول العربية الأخرى لعام 1974، شهاب محمد، مرجع سابق، ص ص 288-276.

35 - الشادلي لطفي، التصدي للمماطلة و التعطيل في التحكيم التجاري الدولي، موسوعة الفكر القانوني، العدد 5، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص 66.

36 - خليفة عبد المنعم، مرجع سابق، ص 138.

37- قانون التحكيم المصري،قانون رقم 27 سنة 1994، صدر برئاسة الجمهورية في 7 ذي القعدة سنة 1414 الموافق ل 18 أفريل 1994، منشور على الموقع: org.damascusbar.www

38 - قانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية بصيغته المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997، منشور على الموقع:www. int.wipo

39 - المهدي محمد أمين، عودة إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة التحكيم العالمية، 2013، العدد 20، ص ص 50-31، ص 34.

40 -نفس المرجع، ص 50.

41 - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 229.

42- قانون التحكيم السعودي، المرسوم الملكي م/46 بتاريخ org.damascusbar.www.12/07/1403

43 - عيسى حسام عبد الحليم، مرجع سابق، ص 13.

44 - قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001 و المنشور بالجريدة الرسمية رقم 4496 بتاريخ 16/7/2001 وبدأ العمل به بتاريخ 16/8/2001. int.wipo.www

45- الجاز(عمر مشهور حديثة)، إتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، 2003، العدد 22، ، ص 3.

46 - القانون رقم 05-08 الذي نشر في الجريدة الرسمية، رقم 5584، بتاريخ 6 ديسمبر 2007. com.blogspot.ecoledroitmarocaine//:https

47-Terki Nour eddine,l'arbitrage commercial en Algerie,office des publications universitaires,Alger,pp4-6.

48 -Issad)Mohand ,(La nouvelle loi algérienne relative à larbitrage international,Revue de larbitrage, N3 , Juillet- Septembre, 2008, P422

49- trari tani(Mustapha), le nouveau droit algerien de l arbitrage commercial international (2008-2009) compare au nouveau droit francais de larbitrage, annales de la faculte de droit, universite d oran, N 3, 2011, p63

50 - بن عمر حمد، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن، الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 09 جوان 2015، ص 10.

51 - نفس المرجع، ص 10.

52 - بودالي خديجة، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015-2014، ص ص 98-97.

53 -نفس المرجع، ص 98.

54 - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 236-235.

55 - نفس المرجع، ص 248.

56 -نفس المرجع، نفس الموضع.

المراجع بالغة العربية:

الكتب:

- الأحدب عبد الحميد، التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء 1،لبنان،1990

- البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.

- التحيوي محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003

- الخالدي(إيناس)،التحكيم الإلكتروني، بدون طبعة، 2009، دار النهضة العربية، القاهرة.

- الدسوقي عامر ، الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية المباشرة و دور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011

المراغي أحمد عبد اللاه، دور التحكيم في تشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية،دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015 .

- بن سعيد لزهر، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 50.

- بريري مختار محمود، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، 2007.

- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه، الجزائر

-خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، الطبعة الأولى، 2006

-قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة،دار المعرفة، الجزائر، 2009.

-مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

المقالات:

-الجازعمر مشهور حديثة، إتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، 2003، العدد 22.

الشادلي لطفي، التصدي للمماطلة و التعطيل في التحكيم التجاري الدولي، موسوعة الفكر القانوني، العدد 5، دار الهلال للخدمات الإعلامية..

-المهدي محمد أمين، عودة إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة التحكيم العالمية، 2013، العدد 20.

-عيسى حسام عبد الحليم، التحكيم في العقود الإدارية و دوره في تسوية منازعات الإستثمار، المؤتمر العلمي الثاني بعنوان القانون و الاستثمار، كلية الحقوق، جامعة طنطا، من 29 إلى 30 أفريل، 2015.

القوانين:

-قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.

القانون رقم 05-08 الذي نشر في الجريدة الرسمية، رقم 5584، بتاريخ 6 ديسمبر 2007. https://:com.blogspot.ecoledroitmarocaine

-قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001 و المنشور بالجريدة الرسمية رقم 4496 بتاريخ 16/7/2001 وبدأ العمل به بتاريخ 16/8/2001.www

int.wipo

-قانون التحكيم السعودي، المرسوم الملكي م/46 بتاريخ 12/07/1403.www.damascusbar.org

-قانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية بصيغته المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997، منشور على الموقع:www.

int.wipo

-قانون التحكيم المصري،قانون رقم 27 سنة 1994، صدر برئاسة الجمهورية في 7 ذي القعدة سنة 1414 الموافق ل 18 أفريل 1994، منشور على الموقع: www.damascusbar.org

-قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي، العدد 33 ، 3 ماي 1993.

الأطروحات:

-بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015-2014.

-بن عمر حمد، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن، الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 09 جوان 2015.

- بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014-2013.

المراجع بالغة الفرنسية:

Livre :

Terki Nour eddine, l'arbitrage commercial en Algerie,office des publications universitaires,Alger

Article :

--Issad)Mohand ,(La nouvelle loi algérienne relative à larbitrage international,Revue de larbitrage, N3 , Juillet- Septembre, 2008

- trari tani(Mustapha), le nouveau droit algerien de l arbitrage commercial international (2008-2009) compare au nouveau droit francais de larbitrage, annales de la faculte de droit, universite d oran, N 3, 2011.