الجمهورية الجزائريـــة الديمقـراطية الشعبيـــة

وزارة التعليم العالي و البحـــث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي – سعيدة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنـــوان المذكـــرة:

القابلية الشخصية للتحكيم- عقود الدولة-

دراسة مقارنة

مذكـــرة لنيـــل شهـــادة الماستـــر

التخصـــص: القانون الاقتصادي

من إعداد الطالب:

- **زايري مولاي أحمد**

تحت إشراف الأستاذ:

باسود عبد المالك

لجنة المناقشة

الأستاذ بلخير الطيب.....رئيسا

الأستاذ: باسود المالك.....مشرفا ومقررا

الأستاذ: حمداوي محمد.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2014/2013

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

- إلى أبي.
- إلى أمي.
- إلى زوجتي وابني محمد .
- إلى إخوتي: فاطيمة- عبد الكريم- سعاد- جمال- مراد- رفيق.
- إلى كل عائلتي أهدي هذا العمل المتواضع.

شكر وتقدير

الحمد لله على نعمة العقل و العلم .

أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي المشرف على هذه المذكرة-الأستاذ باسود عبد المالك- راجيا من الله عز و جل أن يوفقه في مناقشته لرسالة الدكتوراه .

الشكر موصول كذلك إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في وصولنا إلى هذه المرحلة من الدراسة .

كما لا يمكنني نسيان مساهمة زملاء الدراسة: راس مال مصطفى، شيخاوي التاج، بن جبارة جلول، الذين لولا تشجيعاتهم لما تمكنت من إنهاء هذا البحث.

مقـدمة

التحكيم قديم في نشأته، حيث عرفه القدماء في جميع الحقب الحضارية المتعاقبة إذ قال عنه أرسطو:" إن الأطراف المتنازعة تستطيع تفضيل التحكيم على القضاء، لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع".

والمؤكد أن التحكيم كنظام قضائي، وإن كان محلا للاعتراف به من كافة الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ بداية البشرية، فهو أيضا محلا للاعتراف به الآن من كافة الأنظمة القانونية الوضعية، سواء كانت أنظمة تتعلق بالدول المتقدمة أو بالدول النامية.

والأسباب التي تدفع للجوء إلى التحكيم تنطلق من الحسنات التي يتصف بها هذا النظام وخصوصا في إطار العلاقات الدولية، ضف إلى ذلك فإن عدم وجود قضاء دولي مختص بنظر المنازعات التي تنشب بين العاملين في حقل التجارة الدولية، يشكل السبب الأهم في اللجوء إلى التحكيم، إذ أن منح الاختصاص للقضاء التابع للدولة – أي دولة – أمر غير ملائم، كونه في الغالب سيعمد إلى تطبيق المبادئ القانونية السائدة في دولته والتي قد لا تتلائم في عديد من الحالات مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية وحاجاتها للتطور والنمو.

وللتحكيم نطاق تتحدد في ضوئه الإمكانية المقررة للأشخاص- سواءا كانوا طبيعيين أو معنويين خاصين أو معنويين عاميين- باللجوء إليه، وكذلك إمكانية اللجوء إليه بشأن بعض المواد أو المواضيع، أي إمكانية شخصية باللجوء إلى التحكيم وهي تعرف على وجه العموم بالقابلية الشخصية للتحكيم وإمكانية موضوعية باللجوء إلى التحكيم وهي تعرف بالقابلية الموضوعية للتحكيم.

وسينحصر موضوع البحث على القابلية الشخصية للتحكيم، بمعنى البحث في مدى أهلية أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام للجوء إلى هذا النوع من طرق حل المنازعات.

وتكتسي دراسة أهلية اللجوء إلى التحكيم أهمية بالغة، خاصة بالنسبة لأشخاص القانون العام أي الدولة و الأشخاص المعنوية العامة، لما في ذلك من خروج عن الأصل العام و هو محاكمة هؤلاء الأشخاص أمام قضاء الدولة، إلا أنه و مع التطور الحاصل في

مجال المعاملات الدولية و خاصة التجارة الدولية ظهر هناك نوع جديد من العقود التي يكون طرفاها متمايزان في المراكز القانونية، ولكن الحاجة جعلتهما يكملان بعضهما البعض، أي حاجة الدولة لاستقطاب التكنولوجيا ورؤوس الأموال وحاجة الطرف الآخر أي الأجنبي لاستثمار أمواله. أطلق على هذه العقود اسم عقود الدولة.

وكان لإصرار الطرف الأجنبي وهو الطرف الأقوى في هذه العلاقة التعاقدية على اللجوء إلى التحكيم دور كبير في ذلك، حيث أنه يصر عليه بسبب ما يدعيه من عدم حياد قضاء الدولة المتعاقدة و تدخلها في شؤونه، و قيامها بالدفع بحصانتها السيادية و القضائية اتجاهه، وترتب على ذلك أن إدراج شرط التحكيم في هذه العقود قد أصبح شرطا مألوفا تتضمنه غالبيتها.

كل هذا يؤدي إلى التساؤل عن مدى أهلية اللجوء إلى التحكيم، وخاصة عند أشخاص القانون العام؟

للإجابة على هذا التساؤل وجب طرح الإشكاليات الفرعية التالية:

- ما مدى جواز التحكيم في عقود الدولة؟ أو ما مدى جواز اعتماد التحكيم من قبل الأشخاص المعنوية العامة في عقودها المبرمة مع أطراف أخرى؟
- ما هي الأهلية اللازمة للجوء إلى التحكيم؟ وما هو القانون الواجب التطبيق عليها؟

هذه الدراسة تتطلب الاعتماد على المنهج التحليلي و الوصفي مع مقارنة النصوص القانونية و مواقف بعض التشريعات، و تتبع التطور التاريخي الحاصل في النصوص والتوجهات التشريعية و الفقهية في كل من فرنسا و مصر و الجزائر.

بناءا على ما تقدم تم تقسيم هذا البحث كالتالي: مبحث تمهيدي بعنوان التحكيم وعقود الدولة "دراسة في المفاهيم".

فصل أول تم التطرق فيه لأهلية أشخاص القانون الخاص و أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم، بعنوان القابلية الشخصية للتحكيم.

فصل ثان يتكلم عن عقود الدولة كأحد تطبيقات القابلية الشخصية للتحكيم.

تجدر الإشارة إلى مواجهتي لبعض الصعوبات أثناء إعداد البحث، تمثلت أساسا في ضيق الوقت المحدد لإعداد مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر عند مقارنته بالوقت الممنوح لطلبة الماجستير، بالإضافة إلى قلة المراجع و خاصة الجزائرية منها لكون البحث اعتمد على الدراسة المقارنة.

مبحث تمهيدي :

التحكيم وعقود الدولة "دراسة في مفاهيم"

يعد التحكيم إحدى وسائل حسم المنازعات، وهو طريق استثنائي يقوم على إرادة الأطراف حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة.

والتحكيم وسيلة قديمة، كان - بشكله البدائي – هو الوسيلة المعتمدة لحل النزاعات بين الخصوم[1]، وأصبح في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية باللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم. فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصار بموجبه إلى إتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور، ذلك لأن العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي حيث أن هذه الأخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي، أما العقود الدولية فتكون في الغالب بين أطراف تنتمي إلى دول مختلفة.

وتختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الأطراف، في الوقت الذي نجد فيه على الصعيد الدولي قواعد للتحكيم أصبحت معروفة ومتبعة من قبل التجار، والأمر الآخر الذي جعل الإقبال شديدا على المنازعات بالتحكيم هو تجنب المتعاقدين عرض خلافاتهما لحسمها من قبل محاكم دولة الطرف الآخر، لما في ذلك من تحمل لرسوم وتكاليف باهظة واستغراق وقت طويل، ولما يتضمنه الحكم القضائي من عنصر الإجبار والقسر في حالة عدم تنفيذه.[2]

ضف إلى ذلك فإن الدولة الطرف في النزاع غالبا ما تفضل تسوية النزاع وفقا لنظامها القانوني، لأنها تعرف القوانين وتعمل على تنظيم مصالحها من خلال التشريعات المختلفة، أما الطرف المتعاقد فإنه سيفضل قوانين دولته الوطنية المألوفة لديه، خصوصا إذا كانت تحتوي على قانون متقدم ومستقر وعملي، ولذلك فإن التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لحسم هذا الخلاف بين الطرفين[3].

---

[1] مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2010، ص 19.

[2] فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى/الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008، ص 5.

[3] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 20.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم.

سيتم التطرق إلى مجموعة من التعريفات الواردة على لسان مجموعة من الفقهاء بالإضافة إلى التي وردت في بعض التشريعات (الفرع الأول)، و إلى مميزات و سلبيات هذا النوع من طرق حل المنازعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

يمكن تعريف التحكيم بأنه الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد، عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء[1].

وهناك تعاريف عديدة أوردها بعض الكتاب منها أن التحكيم عبارة عن طريقة تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة[2].

وعرف بأنه نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو هو مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون فيما تحل عن طريق أشخاص يختارونهم[3].

كما يعرفه الأستاذ تركي نور الدين بأنه "إجراء خاص لحل الخلافات فهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه إلى أشخاص خواص، يختارهم من حيث المبدأ الأطراف أنفسهم أو يتم اختيارهم بمساعدتهم[4].

---

[1] فوزي محمد سامي التحكيم: المرجع السابق، ص 13.

[2] David(R) :L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris 1982 P9 n° 2.

[3] أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 19.

[4] Terki Nour eddine: L'arbitrage commercial international en Algérie OP, Alger 1999- "d'une manière générale, l'arbitrage peut être défini comme un procédé privé de règlement des différends, il s'agit d'un" système peu banal de justice privée dans lequel un litige est

ولذلك فإنه لا بد من اشتمال تعريف التحكيم على عنصرين هما:

أولا: اختيار المحكم من قبل أطراف النزاع بإرادتهم الحرة لفض النزاع.

ثانيا: قيام المحكم بإصدار حكم في النزاع المعروض عليه.

فيما يخص التعريفات التي وردت في التشريعات المختلفة، نجد تعريف المشرع الفرنسي الوارد في المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 بشأن التحكيم بقوله "هو إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم".

وعرفت المحكمة الدستورية المصرية العليا التحكيم بكونه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالاة، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[1].

وأشار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة السابعة فقرة أولى إلى أن اتفاق التحكيم هو: "اتفاق الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد نصت في المادة الثانية الفقرة الثانية على "أن يكون اتفاق التحكيم مقصودا به شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

---

soustrait ou ravi à la compétence des tribunaux de l'état pour être confié à des personnes privées, de surcroit choisies en principe par les parties ou avec leur concours".

[1] أنظر في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا. 17 ديسمبر 1994 . القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية.

فالتحكيم نظام يوجد في قوانين الدول الداخلية وفي غيرها من المواثيق الدولية من معاهدات وقرارات صادرة عن المنظمات الدولية، وكذلك في أنظمة ولوائح هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في سائر أنحاء العالم[1].

الفرع الثاني: مميزات وسلبيات التحكيم.

يتمتع التحكيم بمزايا عدة تجعله متميز ومرغوبا فيه، ومع ذلك فهو لا يخلوا من بعض العيوب وهو ما سنحاول تفصيله فيما يلي:

فيما يخص المزايا فهي تتمثل في:

1- قيامه على أساس مبدأ سلطان الإرادة فالتحكيم قوامه إرادة الأطراف، إذ تهيمن هذه الإرادة على نظام التحكيم بأكمله بدءا من الاتفاق عليه مرورا باختيار المحكمين وتحديد الجهة التي تتولى الإشراف على التحكيم، وكذا الإجراءات التي تتبع لحل النزاع والقانون الذي يحكم هذا النزاع.[2]

2- السرعة وبساطة الإجراءات، إذ يمتاز التحكيم ببساطة وسهولة اللجوء إليه إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء الذي يحاط دائما بإجراءات مطولة ومتعددة، فإجراءات التحكيم لا تتقيد بشكليات معينة كما أنها تمتاز أيضا بقدر كبير من المرونة، وغالبا ما يحددها أطراف النزاع مثل مواعيد عقد الجلسات حيث تتم في الأوقات المناسبة لظروف الأطراف ضف إلى ذلك أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية واسعة فيما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها وتقديم البيانات والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك.[3]

3- السرية: يحقق نظام التحكيم في المعاملات التجارية خاصة الدولية منها مزايا السرية، والتي تعد في الواقع إحدى الضمانات الهامة لأطراف النزاع خاصة الشركات ذات السمعة العالمية والشهرة الكبيرة، حيث تعتمد في معاملاتها على أساس الثقة فيها، فجلسات التحكيم تجري سرا لا يحضرها إلا الأطراف ونتائجها لا

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة، 2005، ص 40.
[2] نفس المرجع، ص 10.
[3] قمر عبد الوهاب: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، ص 39.

تعلن للجمهور، ولا يطلع عليها سوى هيئة التحكيم المختارة لنظر القضية ومحامو الأطراف، وهؤلاء جميعا ملزمون بالمحافظة على السرية ولا يمكنهم إذاعة موضوع النزاع وتفاصيله إلا بموافقة أطراف الخصومة.[1]

4- الحفاظ على استمرار العلاقة: إن التحكيم يحفظ العلاقة بين الطرفين فهو ليس طريقا هجوميا عنيفا، وإنما هو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين، فكل منهما يعتقد أن فهمه للعقد هو الصحيح أو أن تصرفه في تنفيذ العقد سليم، ولذلك يتفق مع الطرف الآخر على عرض موقف كل منهما على المحكم أو المحكمين المختارين بواسطتهم، وبعد الفصل في الموضوع تستمر العلاقات غالبا بين الطرفين على الأساس الذي قرره التحكيم بينهما.[2]

5- ضمانة لتشجيع الاستثمار: التحكيم بوصفه وسيلة سليمة لفض منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة له والمستمر الأجنبي، يعد من الضمانات التي يطالب بها هذا الأخير خاصة في الدول النامية، التي يميل فيها القاضي الوطني نفسيا في أغلب الأحوال للاعتبارات الوطنية عند جعل المنازعات من اختصاص القضاء الوطني للدولة المستقبلة، ضف إلى ذلك فإن عقود الاستثمار الدولية يستمر تنفيذها عادة فترة طويلة من الزمن، تتغير خلالها ظروف الاستثمار من النواحي الاقتصادية والسياسية مما يكون له بالغ الأثر على التزامات الأطراف في تلك العقود.[3]

بالرغم من هذه المزايا والآثار الإيجابية للتحكيم إلا أنه يقابلها عيوب عدة لا يمكن تجاوزها، أهمها:

1-حرمان الخصوم من الضمانات القضائية: فالمحكم غالبا ما يكون من رجال الأعمال أو المتخصصين في موضوعات معينة، وخبرته القانونية ضئيلة بحيث لا تسعفه في بعض الحالات من الوصول إلى العدالة المطلوبة، كذلك لا توجد رقابة كافية على أحكام

[1] نفس المرجع، ص 41.
[2] نفس المرجع، ص 45.
[3] نفس المرجع، ص 46.

المحكمين، وهذا ما يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي يصعب اكتشافها وترتيب جزاء عليها.[1]

2-التحكيم تنازل عن سلطة الدولة القضائية: فالقضاء سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلاله وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد وإلا سادت الفوضى وهيمن القوي على الضعيف أو الغني على الفقير، فالتحكيم إذا كان ضروريا فهو شر لا بد منه لذا يجب أن يظل له طابع الاستثناء، ويجب أن تهيمن الدولة على تنظيم التحكيم خاصة في الدول النامية.[2]

3-اقتران التحكيم في أغلب الحالات بالدول الرأسمالية الغربية: فالتحكيم وسيلة يضغط بها العالم الرأسمالي على غيره من البلاد للحصول على مزايا قضائية، أو الحصول على حقوقه بطريقة أكثر أمناً.

ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك حيث يرون أن سن التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم أصبح أمراً مفروضاً على الدول النامية، وإلا وجدت نفسها محرومة من المعونات الدولية ومن مؤازرة المؤسسات المالية كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي.[3]

المطلب الثاني: أنواع التحكيم.

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع، فمن حيث إلزاميته ينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع ينقسم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، ومن حيث مكانه ينقسم إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي وتحكيم أجنبي...الخ.

الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أنه اختياري وأن المرجع لحل النزاعات هو القضاء والتحكيم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بإرادة الأطراف واختيارهم، إلا أن هناك حالات لا تكون لهذه الإرادة أي تدخل في اللجوء إليه.[1]

---

[1] محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004، ص 15.
[2] قمر عبد الوهاب: المرجع السابق، ص 48.
[3] محمود مختار أحمد بريري: المرجع السابق، ص 16.

يقوم التحكيم الاختياري على أساسين هما الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة بذلك، ولا شك أن هذه المكنة توجد متى كان للأطراف حرية اللجوء- بصدد نزاع معين- إما إلى القضاء أو إلى التحكيم، إلا أنهم اختاروا اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة.[2]

أما التحكيم الإجباري فهو تحكيم مفروض على الأطراف حيث لا يكون لإرادتهم أي تدخل في اللجوء إليه، وتوضع له قواعد تنظم أحكامه، وقد يفرض المشرع اللجوء إلى التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكمين وتعيين إجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق.[3]

ويجب التفرقة بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، لأن الخلاف الذي ينشأ بشأن مدى جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الاختياري –لفض المنازعات التي تنشأ عن عقود الدولة ذات الطابع الدولي- لا يتعلق بالتحكيم الإجباري ذلك أنه عند النص عليه يجب على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه وبصفة إلزامية وإذا لم تلجأ إليه يعتبر تصرفها مخالفا للقانون ويمكن الطعن به وفقا للقانون.

الفرع الثاني: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

التحكيم الحر هو الأصل والصورة التقليدية له حيث يختار أطراف النزاع المحكمين في كل حالة وذلك دون التقيد بنظام دائم، فيجري في حالات فردية ولا يختار الأطراف هيئة دائمة، وإنما يلجأون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم.[4]

هذا النوع من التحكيم يراعي مصالح الدولة فلا يثير الاعتبارات المتعلقة بسيادة الدول، وذلك خلافا للتحكيم المؤسسي الذي تحرص الدول على تجنبه وتفضل التحكيم الحر عليه، لأن مراكز التحكيم قلما تخلو من تحيز أو ارتباط بدولة المقر، وهي اعتبارات تهم الكثير من الدول ولا سيما النامية منها.

---

[1] لزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، ص 26.
[2] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 32.
[3] عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ص29.
[4] نفس المرجع، ص 31.

ويتميز التحكيم الحر بأنه أسلوب مثالي إذا تصدى له محكم كفء لحسم منازعات التجارة الدولية، وهو قليل التكاليف ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسسي، ذلك أن هذا الأخير يضم محكمين من جنسيات مختلفة ويؤدي إلى تسريب الأسرار وإفشائها، ويتبع التحكيم الحر القواعد الإجرائية بمرونة أكثر ويحقق أيضا السرعة.[1]

أما التحكيم المؤسسي فتتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية قائمة ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها، ولوائح هذه الهيئات تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف هذه الهيئات للفصل في النزاع.

وقد أصبح هذا النوع من التحكيم القاعدة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى هذه المراكز التحكيمية لأنها توفر لهم الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدرجة تيسيرا لعملية التحكيم ولحسن سير الإجراءات وعند عدم اتفاق الأطراف على مقر التحكيم وموضوع النزاع فإن لوائح هذه المراكز تتضمن قواعد تساعد على تخطي هذه العقبات، وهو ما يتناسب مع مصلحة الأطراف في إنهاء النزاع وذلك حتى لا يعرقل أحدهم العملية التحكيمية.[2]

الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.

تتعدد الاجتهادات بشأن المعيار المقترح لحسم وتحديد وصف التحكيم إذا ما كان وطني أو دولي، فيوجد من يأخذ بمعيار مكان التحكيم ومنهم من يأخذ بمعيار القانون الواجب التطبيق، ومنهم من يأخذ بطبيعة النزاع ويوجد من يأخذ بمعيار جنسية الأطراف وطبيعة النزاع.[3]

فالتحكيم الداخلي هو الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعا وأطرافا وسببا، ويرى البعض أنه يكفي أن تكون العناصر الموضوعية الرئيسية المكونة لهذه العلاقة مرتبطة بدولة معينة حتى يكون التحكيم وطنيا.

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 34.
[2] نفس المرجع، ص 34-35.
[3] لزهر بن سعيد: المرجع السابق، ص 27.

ويكون التحكيم دوليا إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية وفق المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري، ويصف المشرع الجزائري التحكيم بأنه دولي إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل وبذلك يكون التحكيم دوليا وفقا لهذين القانونين إذا تعلق بعلاقة تجارية أساسها المعيار الاقتصادي الحديث، الذي يتضمن انتقال الأموال والقيم الاقتصادية والخدمات عبر الدول.[1]

وللتفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي أهمية كبيرة: فمن ناحية التنظيم القانوني لكليهما، يخضع التحكيم الوطني لقواعد قانونية موضوعية وإجرائية داخلية اضطلع بوضعها المشرع الوطني في كل دولة، أما التحكيم الدولي فهو وإن كان يخضع في تنظيمه لقواعد قانونية خاصة من وضع المقنن الداخلي، إلا أن هناك العديد من الاتفاقات الدولية التي أبرمت بشأن التحكيم بعضها ثنائي والآخر جماعي، من ذلك الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة بجنيف 1968 واتفاقية نيويورك حول الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها 1958، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987.[2]

المطلب الثالث: التحكيم وقضاء الدولة وعقودها.

يتم التطرق من خلال هذا المطلب إلى العلاقة بين التحكيم وقضاء الدولة ووجه الاختلاف بينهما من خلال الفرع الأول، وإلى عقود الدولة بشكل عام من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: التحكيم وقضاء الدولة.

يعد التحكيم أقدم وجودا من القضاء، حيث إن بداية الوظيفة القضائية كانت بداية تحكيمية قبل أن تنشأ الدولة، وعند نشأتها أقامت مرفق القضاء لكي تكفل تحقيق الأمن الاجتماعي لأفراد المجتمع، وبالتالي عملت على السيطرة على القضاء.

[1] نفس المرجع، ص 28.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ، ص78.

ومع ذلك فإن سلطة القضاء وخصوصا في الدول النامية لا تتمتع بقدر كاف من الاستقلال تجاه سلطات الدولة الأخرى، حيث تتدخل الدولة في فكرة العدالة وشؤونها، كما تنقصها الخبرة والكفاءة في المجالات المعقدة.

لذلك فإن الطرف المتعاقد مع أحد الأشخاص المعنوية العامة يرغب في التخلص من القانون الداخلي لها لتجنب ما قد ينجم عن الخضوع له من مخاطر ويفضل إخراج العقد من نطاق القضاء الوطني للدولة والعمل على إخضاعه للتحكيم.[1]

وقد حدث في الوقت الحالي تطور عالمي بالنسبة للتحكيم، حيث ازدادت أهميته واعتبر قضاء أصيلا لمنازعات التجارة الدولية، ولم يعد في قدرة المحاكم بحكم دورانها في فلك القواعد الصماء للقوانين الوطنية وجمود هذه القوانين التصدي لفض منازعات التجارة الدولية، ويعتبر غياب الدولة العالمية التي يقوم أحد أجهزتها بالتصدي للفصل في المنازعات أحد الأسباب التي دعت إلى اعتبار التحكيم قضاء أصيلا لمنازعات التجارة الدولية.

ولذلك فإن القضاء يبقى الأصل والتحكيم هو الاستثناء وتعد العلاقة التي تربطهما علاقة الخاص بالعام، حيث أن القضاء ذو اختصاص عام والتحكيم ذو اختصاص خاص ولذلك فإن باب القضاء مفتوح دائما لكل ما لا يشمله اتفاق التحكيم، ولكل قضية لا تستند صراحة إلى اختصاص المحكم.

وهناك اختلاف نسبي بين كلا النظامين من عدة جوانب، فالقضاء ينظم في كل المنازعات ما عدا أعمال السيادة، حيث تغل يده عن نظرها، أما التحكيم فهو محدود نسبيا ويتوقف نظره في بعض المنازعات على إقرار المشرع له بذلك، فهناك مسائل لا يجوز عرضها على التحكيم مثل المسائل المتعلقة بالنظام العام والحالة المدنية والشخصية ومرد ذلك أن التحكيم ما هو إلا قضاء اتفاقي حيث يختاره الأطراف ويجعلون له سلطة الفصل في النزاع، وكل ذلك مرهون بنصوص العقد وقواعد النظام القانوني.[2]

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 45.
[2] نفس المرجع، ص46.

إن القاضي موظف عام، حيث يصدر قرار تعيينه من السلطة المختصة ويتقاضى مرتبه من خزينة الدولة، وينظر في قضايا مختلفة ولا يمكن عزله أو رده إلا عن طريق نظام رد القضاة، أما المحكم فيختاره الأطراف بإرادتهم الحرة وعلى إثر نشوء نزاع معين ولا يمكنه النظر في نزاع آخر إلا بموافقة الأطراف، وتنتهي مهمته بإصدار الحكم وانتهاء القضية وهو يخضع لسلطان إرادة الأطراف من حيث التعيين والعزل والتنحية، وهو لا يملك سلطة الإجبار كالقاضي في مواجهة الأطراف، وتعتبر وظيفة القاضي وظيفة قانونية بحتة حيث يقوم بحماية الحقوق والمراكز القانونية المختلفة، أما وظيفة المحكم فهي وظيفة اجتماعية واقتصادية سلمية بحتة، تتمثل في إيجاد حل مناسب للنزاع بالقانون أو بغيره مع مراعاة استمرار العلاقة مستقبلا بين أطراف النزاع، ومع ذلك فإن كلا من القاضي والمحكم شريكان متضامنان من أجل تحقيق فعالية التحكيم.[1]

الفرع الثاني: عقود الدولة.

لقد أدت التطورات المتلاحقة على صعيد التجارة الدولية إلى ظهور ما يعرف بعقود الدولة، التي أثير حولها الكثير من المشاكل القانونية سواء فيما يتعلق بالاختصاص القضائي أو حول القانون الواجب التطبيق عليها.

ومصطلح عقود الدولة وإن تقاطع مع مصطلح العقود الدولية، إلا أنها-عقود الدولة- تتميز بخصوصية عدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطرافها وفي إمكاناتهم الفعلية، إذ تبرم بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة أو التي تعمل لحسابها وبين شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري غالبا ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات بقصد القيام بعملية تهدف إلى استغلال ثروة طبيعية عبر إنشاء مشروع استثماري في مقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين سواء كان مبلغا من المال أم حصة من الثروة المستخرجة، أو نسبة من الأرباح المتحصلة.[2]

وتنقسم عقود الدولة إلى عقود داخلية وعقود دولية.

---

[1] نفس المرجع، ص 47.

[2] عدلي محمد عبد الكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية،تلمسان،2010 /2011 ، ص01.

أولا: عقود الدولة الداخلية: هي كذلك تنقسم إلى:

1-عقود الدولة الإدارية: وهي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وهي مرتدية رداء السلطة العامة، وتخضع لقواعد القانون العام ويختص بها القضاء الإداري، وتبرم بين إدارتين أو بين شخصين من أشخاص لقانون العام بقصد إدارة مرفق عام، ومن أمثلتها: عقد امتياز المرافق العامة عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد النقل، عقد المقاولة، عقد القرض العام.[1]

2-عقود الدولة الخاصة: هي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ليس بوصفها سلطة عامة بل بوصفها فردا خاصا، حيث تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها ويستخدم فيها أسلوب القانون الخاص وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[2]

ثانيا: عقود الدولة الدولية أو ذات الطابع الدولي.

هي العقود التي تبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وشخص أجنبي خاص بهدف إنشاء التزامات تعاقدية، قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة وقد لا تستخدمها.

أو هي العقود التي تبرم بين دول نامية أو من يعمل باسمها ولحسابها ومشروع خاص أجنبي، يكون موضوعه استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشات صناعية بهدف التنمية لأجل طويل.

وقد تكون العقود الدولية ذات الطابع الدولي عبارة عن معاهدات دولية أي اتفاق بين دولتين متساويتين في السيادة، وتخضع لأحكام القانون الدولي العام أو عقد مبرم بين المنظمات الدولية ودولة المقر، مثل العقد المبرم بين الأمم المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، وكذا العقد المبرم بين جامعة الدول العربية وجمهورية مصر العربية.[3]

[1] موسى شحاته: القانون الإداري، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، الطبعة الأولى، 1996، ص 147.
[2] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 48.
[3] نفس المرجع، ص 48.

الفصل الأول :

القابلية الشخصية للتحكيم

قابلية المنازعة للفصل فيها عن طريق التحكيم تعد أحد الشروط الأساسية المتطلبة لصحة الاتفاق على التحكيم و لانعقاد الاختصاص للمحكم للفصل فيه فإذا لم تكن المنازعة قابلة للفصل فيها عن طريق التحكيم وفقا للقانون الذي يرى المحكم ضرورة إعماله، فإنه يتعين عليه أن يحكم بعدم الاختصاص بنظر المنازعة.

و يفرق عادة بين عدم قابلية المنازعة للفصل فيها من خلال التحكيم المستندة إلى صفة أحد الأطراف، كأن يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص القانون العام كالدولة أو أجهزتها أو هيئاتها العامة و المشروعات العامة التجارية و الصناعية، و يطلق على عدم قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم القائمة على هذا السبب عدم القابلية القائمة على الاعتبار الشخصي[1].

أما استنادا إلى موضوعها، فيطلق على هذا النوع من عدم القابلية للتحكيم، عدم القابلية الموضوعية أو عدم القابلية القائمة على طبيعة المنازعة محل الاتفاق على التحكيم.

والقول بالقابلية الشخصية للتحكيم يؤدي للبحث في أهلية أطراف العلاقة التعاقدية للجوء إلى هذا النوع من طرق حل المنازعات، و كذا في القانون الواجب التطبيق على هذه الأهلية.

[1] حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 ص361-362.

المبحث الأول: أهلية الأشخاص الخصوصيين للجوء إلى التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها.

أهلية اللجوء إلى التحكيم تتميز عن السلطة بذلك، حتى وإن كانت هذه الأخيرة تبحث في إطار القابلية الشخصية، فالأهلية تتعلق بفرضية اللجوء إلى التحكيم من قبل شخص باسمه ولحسابه، في حين أن السلطة تتمثل بفرضية اللجوء إلى التحكيم من قبل شخص بخصوص مصلحة متمايزة كليا أو جزئيا عن المصلحة الخاصة به، والتي يمكن أن تخص شخصا طبيعيا آخرا أو شخصا معنويا.

المطلب الأول: أهلية وسلطة الأشخاص الخصوصيين للجوء إلى التحكيم.

سيتم البحث في أهلية وسلطة الأشخاص الطبيعيين للجوء إلى التحكيم أولا، ثم في أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة، وفي سلطة ممثليها للجوء إلى هذا الطريق من طرق حل المنازعات ثانيا.

الفرع الأول: أهلية وسلطة الأشخاص الطبيعيين للجوء إلى التحكيم.

المبدأ هو أنه يلزم لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر بمن يود إبرامه الأهلية اللازمة لذلك، وقد اختلف الفقه في تحديد نوع هذه الأهلية متسائلا عما إذا كانت أهلية التقاضي انطلاقا من الطابع القضائي لوظيفة المحكم أم أنها أهلية التعاقد استنادا إلى الطابع التعاقدي لاتفاق التحكيم الذي هو عقد في الأساس، كما أنه تساءل عما إذا كان يلزم دائما توافر أهلية التصرف بالحقوق أم أنه يكفي في بعض الأحيان توافر أهلية الإدارة انطلاقا من تقسيم الأعمال القانونية إلى أعمال تصرفية وأعمال إدارة.[1]

[1] إياد محمود بردان: التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004 ص 21-22.

العديد من الفقهاء الفرنسيين قالوا بوجوب توافر أهلية التعاقد العامة وأهلية التصرف بالحقوق موضوع العقد التحكيمي.[1] فبلوغ الشخص سن الرشد يسمح له باللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بأمواله، ولكن في بعض الحالات فإن بلوغ هذا السن وحتى مع وجود الإدراك والتمييز لا يكون كافيا للاعتداد باتفاق التحكيم أو حتى بصحته، فالعقود التي يجريها المفلس ومنها التحكيم لا يعتد بها في وجه الدائنين، لسبب لا يتعلق بنقص أهليته وإنما بسبب منعه قانونا من التصرف بأمواله بعد صدور القرار القاضي بشهر إفلاسه وما يتبعه من غل يده عن إدارة أمواله. وكذلك الأمر بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة جنائية، حيث وإن كانت أهلية التعاقد متوافرة لديه فإنه يكون ممنوعا قانونا من التصرف بأمواله.[2]

ولأجل مثل هذه الحالات فإن كثيرا من القوانين نصت صراحة على وجوب توافر أهلية التصرف بالحقوق في الشخص الذي يرغب باللجوء إلى التحكيم، فنصت المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي على أن: "كل الأشخاص يمكنهم اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالحقوق التي يملكون حرية التصرف بها".[3]

وتنص المادة 11 من قانون التحكيم المصري الجديد على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي الذي يملك التصرف بحقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

المشرع الجزائري حذا حذو المشرعين الفرنسي والمصري، وأوجب معيار حرية التصرف بالحقوق، وذلك حسب نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية القديم بقولها: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها". وينص على ذلك أيضا في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بقولها: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

---

[1] De boisséson (M): le droit français de l'arbitrage interne et international GLN. Paris 1990. P 127. "Il faut … pour procéder à l'arbitrage, avoir la capacité générale de contracter et la libre disposition du droit qui fait l'objet du compromis".

[2] محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 177.

[3] Toutes les personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

فيما يخص سلطة إبرام اتفاق التحكيم فهي تعني السلطة الممنوحة لشخص باللجوء إلى التحكيم بخصوص أموال وحقوق تعود لشخص آخر، أي سلطة إبرام اتفاقات تحكيم في مصلحة متميزة عن مصلحة الشخص الذي يوقع على اتفاق التحكيم وذلك وكالة أو نيابة عن شخص آخر، وتمثيل الشخص قد يكون بحكم نص قانوني كممثل فاقدي الأهلية والقاصرين أو يكون بحكم قضائي كوكيل التفليسة أو القيم على إدارة أموال المفقود والمحكوم عليه بعقوبة جنائية.

فلممثل فاقد الأهلية أو القاصر الحق في اللجوء إلى التحكيم بخصوص النزاعات المتعلقة بإدارة أموال فاقد الأهلية أو القاصر، ولا يكون له ذلك بصدد المسائل المنطوية على أعمال تصرفية كالمنازعات المتعلقة بملكية أموال فاقد الأهلية إلا بعد الحصول على إذن أو ترخيص من المحكمة المختصة.

أما وكيل التفليسة فهو وكيل قضائي يعين من قبل المحكمة لتسلم وإدارة أموال المفلس، فبمجرد صدور الحكم بإعلان الإفلاس ترفع يد المفلس عن إدارة أمواله ومن باب أولى التصرف بها، ورفع يد المفلس عن إدارة أمواله لا يؤدي إلى بطلان الأعمال والتصرفات التي يقوم بها وإنما إلى عدم نفاذها بحق جماعة الدائنين، بمعنى أنه لا تكون نافذة بحق الدائنين العقود التي يجريها المفلس من بيع أو شراء أو إيجار... الخ، وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن هذه العقود المبرمة من قبل المفلس نفسه فهذه الأعمال تدخل ضمن سلطات وكيل التفليسة واللجوء إلى التحكيم بشأنها يكون تحت رقابة القاضي وبترخيص منه.[1]

فيما يخص سلطات القيم على إدارة أموال المفقود والمحكوم عليه بعقوبة جنائية ففي كلتا الحالتين تكون له سلطة الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بإدارة الأموال دون تلك المتعلقة بملكيتها.

[1] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 38-39.

الفرع الثاني: أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة للجوء إلى التحكيم.

الأشخاص المعنوية الخاصة هي الشركات والمؤسسات التي تتمتع بالشخصية المعنوية وتكون لها -عبر ممثليها- سلطة إبرام العقود والاتفاقيات التي تستهدف تسيير شؤونها والتصرف بأموالها وحق التقاضي واللجوء إلى التحكيم بصدد المنازعات التي تثور بينها وبين أشخاص آخرين.

ففي فرنسا يلاحظ أن مسألة تمثيل الأشخاص المعنوية الخاصة مرت بثلاث مراحل: في المرحلة الأولى لم يعترف الاجتهاد الفرنسي لممثلي الأشخاص المعنوية الخاصة بسلطة اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن بحوزتهم ترخيص أو وكالة تجيز لهم ذلك مشبها بذلك وضع ممثلي الأشخاص المعنوية بوضع الوكلاء الإتفاقيين ومطبقا عليهم الأحكام الخاصة بالوكالة ومعتبرا أن الوكالة العامة المذكورة في المادة 1988 من القانون المدني تقتصر على الأعمال الإدارية وأن السلطة الممنوحة للوكيل بالمصالحة بموجب المادة 1989 من نفس القانون لا تنطوي على سلطة اللجوء إلى التحكيم.[1]

وفي مرحلة ثانية وبالتحديد منذ منتصف العقد السادس من القرن العشرين بدا الاجتهاد الفرنسي أكثر ليبرالية حيث اعتبر أن السلطات العامة بالإدارة تسمح للمديرين باللجوء إلى التحكيم باسم الشركة وأنهم ليسوا بحاجة إلى وكالة خاصة لهذا الغرض مشترطا فقط أن تكون اتفاقية التحكيم مرتبطة بعملية داخلة في نطاق الأعمال المعتادة للشركة، ففي أول الأمر اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أنه لا يتطلب وجود وكالة خاصة لدى مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة حتى يكون بإمكانه اللجوء إلى التحكيم انطلاقا من أحكام قانون 1925 التي تمنح المدير سلطات واسعة في إدارة الشركة، وأنه يجب أن يكون داخلا ضمنها سلطة اللجوء إلى التحكيم، ومنتهية إلى اعتبار أن التحكيم يعد من الأعمال التي تدخل في إطار الأعمال المعتادة، وفي قرار آخر بصدد شركة مساهمة

[1]Cohen (D): arbitrage et sociétés L.G.D.J Paris 1992 n° 413, p 208.

اعتبرت المحكمة أن العمل يعد من الأعمال العادية وأنه يمكن بالتالي للمدير العام توقيع عقد تحكيمي بصدد هذا العمل.

وفي مرحلة ثالثة، أي بعد صدور قانون 24 جويلية 1966 بالنسبة للشركات التجارية، و4 يناير 1978 الخاص بالشركات المدنية، تم التخلي عن الاستناد إلى النصوص المتعلقة بالوكالة، واعتبر الاجتهاد أن سلطات ممثلي الأشخاص المعنوية الخاصة تستمد من القانون وليس من إرادة الشركاء المساهمين، وعليه فإن سلطة اللجوء إلى التحكيم المعترف بها لمدراء الشركات أصبحت ترتكز على النصوص القانونية التي تحدد سلطات الهيئات الإدارية في مختلف أنواع الشركات.[1]

ويعتبر cohen استنادا إلى أحكام المادة 13 من قانون 24 جويلية 1966 أن سلطة رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام في علاقاته مع الغير باللجوء إلى التحكيم أمر غير مناقش فيه، ويتساءل بعد ذلك عن دور مجلس الإدارة وإمكانيته باللجوء إلى التحكيم باسم الشركة، خاصة أن المادة 98 من ذات القانون تنص على أن مجلس الإدارة يملك جميع السلطات للعمل باسم الشركة بمعنى آخر يعطي لمجلس الإدارة سلطات مشابهة لتلك التي يملكها رئيسه الأمر الذي يوجد تداخلا وتشابكا بين سلطات هاتين الهيئتين.

ويشير إلى ما يخفف حدة هذا التشابك والتداخل هو أنه واقعا في الحياة العملية يكتفي مجلس الإدارة أمام رئيسه بالتعبير عن آراءه فيما يتعلق بالخطوط والتوجهات الرئيسية في إدارة الشركة، وكذلك في مراقبة سير أعمالها.

فإذا كان رئيس مجلس الإدارة يقوم بأعمال الإدارة اليومية والمعتادة وإذا كان لا شيء في النصوص يمنع مجلس الإدارة من اللجوء إلى التحكيم باسم الشركة، فإنه يكون من الأفضل أن تلجأ الشركة إلى التحكيم بواسطة رئيس مجلس الإدارة أكثر من لجوئها إليه بواسطة هيئة أو مجلس جماعي، فمجلس الإدارة وإن كان من الناحية القانونية الصرفة يملك

[1] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 54-56.

سلطة اللجوء إلى التحكيم فإن ممارسته لهذه السلطة لن تكون مفيدة وعملية طالما أن رئيسه يملك هذه السلطة ويستطيع ممارستها وحده.[1]

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية وسلطة الأشخاص الخصوصيين.

تثور مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على القابلية الشخصية للتحكيم بخصوص الأشخاص الخصوصيين في إطار العلاقات الخاصة الدولية، بمعنى أنها لا تثور بشأن العلاقات القانونية الداخلية إلا في الحالة التي يكون أحد أطرافها أجنبيا يخضع في تقدير أهليته لقانونه الشخصي.

في هذا الإطار سنتعرض للقانون الواجب التطبيق على أهلية وسلطة الأشخاص الطبيعيين (الفرع الأول)، ثم للقانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة و سلطة ممثليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على أهلية وسلطة الأشخاص الطبيعيين.

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الذين يودون اللجوء إلى التحكيم، لكن اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لسنة 1958 وضعت قاعدة وحيدة يمكن بمقتضاها رفض الاعتراف بحكم التحكيم إذا أثبت الطرف المنفذ عليه أن أطراف الاتفاق التحكيمي كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم في إحدى صور عديمي الأهلية.[2]

فالقاعدة التي وضعتها اتفاقية نيويورك هي قاعدة إسناد وليست قاعدة موضوعية مقررة لحلول نهائية وحاسمة في مادة الأهلية للتحكيم، مما يعني أنه لا بد من العودة إلى

[1] نفس المرجع، ص 55-56.
[2] المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لسنة 1958.

منهج التنازع لتحديد أهلية الأشخاص الطبيعيين باللجوء إلى التحكيم[1]، أي البحث في هذه الأهلية في ضوء القانون الشخصي للأطراف الموقعة على الاتفاق التحكيمي.

ولقد اختلفت الأنظمة القانونية حول المقصود بالقانون الشخصي، فبعض الدول اعتبرته قانون الجنسية مثل فرنسا، والبعض الآخر اعتمد قانون الموطن كقانون شخصي تتحدد في ضوئه الأهلية وصحتها ومن هذه الدول إنجلترا.

وإذا كان القاضي ملزما بتطبيق قواعد الإسناد التي تشير إليها أحكام قانونه، فإن المحكم يكون في وضع مغاير لعدم وجود قانون اختصاص خاص به يطبق أحكامه ويتبع اتجاهاته، فيجد نفسه محتارا بين الأخذ بقانون الجنسية أو بقانون الموطن، وقاعدة الإسناد الوحيدة في هذا المضمار هي قاعدة فقهية منتقدة من قبل الفقه ذاته، وتتمثل في المادة 85 من مقررات معهد القانون الدولي المنعقد سنة 1959 والتي تنص على أن: "أهلية اللجوء إلى التحكيم تكون خاضعة للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في قانون دولة مقر الهيئة التحكيمية."[2]

باستقراء هذه المادة نجد أن تطبيق قواعدها يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ذلك أنه باستطاعة الأطراف أن يختاروا المكان الذي يجري فيه التحكيم ويكون القانون السائد في هذا يعني أن تمام أهليتهم مرتبط بمحض إرادتهم، كما أن تطبيق قواعد الإسناد في الدولة التي يقدر المحكمون أن القرار التحكيمي سينفذ فيها قد تعترضه عقبات، فإذا كان القرار التحكيمي سينفذ في عدة بلدان تختلف فيما بينها بشأن القانون الواجب التطبيق على الأهلية فسيكون تقدير هذه الأخيرة متغيرا من بلد لآخر، أي ستتغير الأهلية بحسب المكان الذي يوجد فيه مال الشخص الصادر ضده القرار التحكيمي.[3]

وعليه فإن مسألة تحديد المعيار الذي يتعين في ضوئه القانون الواجب التطبيق على الأهلية لا زالت غير محسومة بصورة نهائية من قبل القضاء التحكيمي، وقد يعود السبب

[1] سامية راشد: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار منشاة المعارف، مصر، 1984، ص 320.

[2] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 61.

[3] نفس المرجع، ص 62.

في ذلك إلى ندرة القضايا والمنازعات التي تطرح فيها مسألة أهلية الأشخاص الطبيعيين للتحكيم.

قد يتم استبعاد القانون الشخصي للأطراف المتعاقدة فيما يخص أهليتهم للتعاقد انطلاقا من وجوب حماية الطرف الحسن النية المتعاقد مع ناقص الأهلية استنادا للظاهرحيث يذهب الفقه إلى القول بوجوب تطبيق القاعدة المادية المقررة في مجال القانون الدولي الخاص، والتي تقضي بعدم جواز التذرع بنقص الأهلية في وجه الطرف المتعاقد الآخر حسن النية متى كان معتبرا كامل الأهلية وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التصرف.[1]

فالقانون المصري تبنى هذا الحل في المادة 11 قانون مدني بقولها: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي بعض التصرفات المالية التي قد تعقد في مصر وترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته". والمشرع الجزائري اتخذ نفس النهج من خلال نص المادة العاشرة الفقرة الأولى من القانون المدني بقولها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

كما أن معاهدة روما الخاصة بالموجبات التعاقدية لسنة 1980 عمدت إلى تبني نفس الحل في المادة 11 منها.[2]

ويرى الفقه أنه لا يوجد أي مانع يحول دون تطبيق القاعدة المشار إليها وذلك في مجال التحكيم وبالتالي فبإمكان المحكمين عدم الأخذ أو الاعتداد بنقص الأهلية المدلى به من

[1] تقررت هذه القاعدة في قضية ليزاردي الشهيرة سنة 1861.

[2] "dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le contractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignoré qu'en raison d'une imprudence de sa part".

قبل أحد الأطراف استنادا إلى قانونه الشخصي، فيما لو ثبت أن الطرف الآخر كان جاهلا للعيب اللاحق بالمتعاقد معه ولم يرتكب أي خطأ، وتبرير ذلك أنه من غير المقبول مفاجأة الطرف المتعاقد مع ناقص الأهلية خلال مراحل التحكيم أو بعد صدور الحكم التحكيمي بادعاء بطلان اتفاق التحكيم لانعدام أو نقص الأهلية، وانطلاقا من أن الأصل في المتعاملين دوليا أنهم يملكون أهلية كاملة في إبرام كافة التصرفات الداخلة في نطاق معاملاتهم والاتفاق على التحكيم صار من الأمور المألوفة عالميا.[1]

أخيرا يمكن القول أن تطبيق استبعاد القانون الشخصي نادر الحدوث في ميدان التحكيم التجاري الدولي، وذلك يعدو لكون التجارة الدولية تمارسها عادة مؤسسات كبيرة وإذا تمت بين الأفراد فإنهم يكونون من التجار المحترفين الذين لا يخفى عليهم سبب نقص الأهلية.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية وسلطة الأشخاص المعنوية الخاصة.

تثور مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على القابلية الشخصية للتحكيم بخصوص الأشخاص المعنوية الخاصة في إطار العلاقات الخاصة الدولية بمعنى أنها لا تثور بشأن العلاقات القانونية الداخلية إلا في الحالة التي يكون أحد أطرافها أجنبيا يخضع في تقدير أهليته لقانونه الشخصي.

وتختلف الأنظمة القانونية وتتباين فيما بينها حول القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة، ففي بعض الدول تخضع أهلية هذه الأشخاص لأحكام قانون الدولة التي يكون فيها مركز الشركة الرئيسي، كما هو الحال في القانون الفرنسي والقوانين التي تسير في فلكه، وبالمقابل فإنه في بعض الدول الأخرى تخضع الشركات وعلى العموم سائر الأشخاص المعنوية الخاصة لقانون الدولة التي أنشئت فيها، أي لقانون الدولة التي تمت فيها إجراءات تسجيلها ونشرها كما هو الحال في إنجلترا.[2]

[1] ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة أولى، مصر، 1996، ص 239.
[2] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 66-68.

في فرنسا تنص المادة 1837 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أن كل شركة يكون مركزها الرئيسي في الإقليم الفرنسي تخضع لأحكام القانون الفرنسي،[1] والمادة الثالثة من قانون الشركات التجارية تكرر نفس النص الوارد في المادة 1837 السابقةوتضيف عليه إمكانية الغير بالاحتجاج بقانون مقر الشركة النظامي، ويتبنى المشرع المصري بدوره تقريبا الحلول المعمول بها في فرنسا مع بعض التمايز، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون المدني المصري والتي تنص على أن:"...أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات و مؤسسات و غيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي و الفعلي.... ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسري ".

المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أخضع أهلية هذه الأشخاص لقانون البلد الذي يكون فيه المركز الرئيسي لها، حيث نصت المادة العاشرة فقرة ثالثة من القانون المدني الجزائري على أن " الأشخاص الاعتبارية من شركات و جمعيات و مؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي "، وأضاف في الفقرة الرابعة" غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري ".

في المجال التحكيمي طرح التساؤل حول موقف المحكمين إزاء الاختلاف في قواعد الإسناد مع اختلاف الأنظمة القانونية، ذلك أن بعض الدول تأخذ ببلد المنشأ كما ذكر سابقا، و لذا فالمحكم يواجه نفس المشكلة المذكورة بخصوص القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الطبيعية .

فباعتماد قانون الدولة التي يوجد فيها مقر الهيئة التحكيمية كقانون واجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة مثلما ذهبت إليه توصية معهد القانون الدولي سنة 1959يتيح للأطراف إمكانية الإفلات من أحكام القانون الذي يقيد هذه الأهلية، باختيارهم

[1]"toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française".

مقرا تحكيميا يكون القانون السائد فيه يعترف للشخص المعنوي الخاص بأهلية اللجوء إلى التحكيم، و هو ما يجعل الأهلية تدور في نطاق إرادة الأطراف، الأمر الذي قد يخالف القصد من تقرير أحكام الأهلية و هو حماية الطرف الذي يمكن أن يكون بحاجة إليها .[1]

والقرارات التحكيمية الصادرة بهذا الخصوص نادرة جدا، إلا أن هناك قرار تحكيمي عمد إلى تطبيق القانون الوطني على أهلية الشخص المعنوي بالالتزام حيث جاء فيه "استنادا إلى مبدأ مقبول بوجه عام في القانون الدولي الخاص المسائل المتعلقة بأهلية الشركة بالالتزام تتعلق بقانونها الوطني"، الملاحظ في هذا القرار هو عدم الإشارة إلى المعيار الذي يتحدد في ضوئه هذا القانون.[2]

فيما يخص القانون الواجب التطبيق على سلطة ممثلي الأشخاص المعنوية الخاصة فهو نفس القانون الذي تخضع له هذه الأشخاص بكافة أجهزتها، وذلك طبقا لأحكام قواعد التنازع المشار إليها سابقا فيما يخص أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة.

لكن ونظرا للتشدد في الحلول قد تترتب في بعض الحالات من جراء اعتماد منهجية التنازع اعتمد الاجتهاد القضائي والتحكيمي على بعض المفاهيم القانونية التي تخفف من حدة نتائج التطبيق المطلق لقواعد التنازع، من ذلك مبدأ حسن النية والظاهر وعادات التجارة الدولية.[3]

فبقرار صادر سنة 1984 قضى المحكمون بأن الشركة ملزمة بتوقيع مديرها العام التجاري و خصوصا بسبب سلطاته الظاهرة، و مستندين في ذلك إلى مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود أثناء تنفيذ العقد، و إلى عادات التجارة الدولية التي يجب على المحكم أخذها بعين الاعتبار، وفقا لأحكام المادة 13 من نظام غرفة التجارة الدولية .[4]

---

[1] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 68.

[2] نفس المرجع، ص 68-69.

[3] نفس المرجع، ص 70.

[4] تنص المادة 13 فقرة خامسة من نظام غرفة التجارة الدولية على أنه:"يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد و العادات التجارية".

وفي قرار آخر صدر سنة 1986 عمدت محكمة الاستئناف بباريس إلى رد مراجعة الطعن بالبطلان المقدمة ضد القرار التحكيمي المنتهي إلى تقرير السلطة لمدير الشركة باللجوء إلى التحكيم استنادا إلى نظرية الظاهر وعادات التجارة الدولية.

المبحث الثاني: أهلية الدولة والأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها.

إن أهلية الدولة والمؤسسات العامة في اللجوء إلى التحكيم شكلت ولا تزال تشكل مادة نقاش وجدل كبيرين سواء في إطار العلاقات القانونية الداخلية أو في إطار العلاقات الدولية، على اعتبار أن الدول تعمد غالبا في المنازعات التي تكون طرفا فيها عند عرض النزاع على التحكيم إلى إثارة مسألة أهليتها في اللجوء إلى هذا النوع من طرق حل المنازعات.

وقد أثير جدل كبير حول كيفية إقرار أهلية الدولة والأشخاص العموميين للتحكيم فثار التساؤل عما إذا كان يقتضي اتباع منهج التنازع عند تقرير هذه الأهلية، أم أنه من الأفضل إقرار قواعد مادية تلحظ مثل هذه الأهلية، وقد أضيف إليها مؤخرا التساؤل عما إذا كانت هذه الأهلية في إطار العلاقات الدولية تشكل قاعدة من قواعد النظام العام عبر الدولي.

وعليه سيتم البحث في أهلية الدولة في نطاق العلاقات القانونية الداخلية وفي نطاق العلاقات الخاصة الدولية (المطلب الأول)، والقانون الواجب التطبيق على هذه الأهلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أهلية الدولة والأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم.

سنتطرق في هذا المطلب إلى أهلية الدولة والأشخاص العموميين في إطار العلاقات القانونية الداخلية (الفرع الأول)، وأهلية الدولة والأشخاص العموميين في إطار العلاقات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية الدولة والأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم في إطار العلاقات القانونية الداخلية.

يسود هذه الأهلية مبدأ مفاده عدم جواز لجوء الدولة وسائر الأشخاص العموميين إلى التحكيم لأسباب قدرها التشريع بأنها وجيهة، لكن هذا المبدأ ليس مطلقا إذ توجد العديد من الاستثناءات التي ترد عليه بموجب نصوص قانونية خاصة وعامة.

ففي التشريع الفرنسي نصت المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية على أنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن أية مسألة يجب عرضها على النيابة العامة، ومن المسائل التي كان يجب عرضها على هذه النيابة بمقتضى المادة 83 من ذات القانون، القضايا والمنازعات التي تتعلق بالدولة أو المؤسسات العامة.[1]

من خلال هاتين المادتين ارتكز الفقه للقول بعدم إمكانية الأشخاص العموميين اللجوء على التحكيم انطلاقا من الخصوصية الإجرائية المقررة هنا والمتمثلة في ضرورة إعلام أو إبلاغ النيابة العامة وبموجب تعديل 1972 المعمول به حاليا نصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي صراحة على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في النزاعات التي تكون الدولة والهيئات العامة طرفا فيها.

ويلاحظ الفقه الفرنسي بأن المادة 2060 وإن عمدت إلى إلغاء مسالة إعلام وإبلاغ النيابة العامة فإنما قد كسرت بصورة متطرفة حالة القانون السابق.[2]

في التشريع المصري، وعلى الرغم من عدم تضمن القانون المدني أو قانون المرافعات نصا يمنع التجاء الدولة أو الأشخاص العامة إلى التحكيم، إلا أن المشرع المصري عمد في المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد الصادر سنة 1994 إلى السماح

---

[1] L'art: 1004: "on ne peut compromettre sur…
-aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère publique.
L'art: 83: "seront communiquées au procureur de la république les causes suivantes: celles qui concernent l'ordre publique, l'état, le domaine, les communes, les établissements publiques…"

[2] اياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 75-76.

لهذه الأشخاص صراحة باللجوء إلى التحكيم سواء في إطار العلاقات القانونية الداخلية أم الدولية عندما نصت على أنه: "...تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة هذه العلاقة التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لنظام هذا القانون." ما يعني سريان أحكام هذا القانون على التحكيم الذي يجري بين أشخاص عامين أو بين شخص عام وشخص خاص مهما كانت طبيعة العلاقة موضوع النزاع وحتى إن كانت متعلقة بعقود إدارية وغير إدارية، وسواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية داخلية أم دولية.[1]

فيما يخص المشرع الجزائري نجد أن الأمر 154 – 66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية كان يرفض نظام التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص المعنوية العامة وذلك حسب نص المادة 442 حيث جاء في فقرتها الأخيرة النص الآتي: "ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

وعلى الرغم من تعديل هذه الفقرة بمقتضى المرسوم التشريعي 09/93 الصادر في 25 أفريل 1993 والتي جاءت صياغتها كالآتي: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية". إلا أنه لم يشر إلى العلاقات القانونية الداخلية، بما معناه إبقاء المنع على هذه الأشخاص باللجوء إلى هذا الطريق لحل النزاعات في هاته العلاقات.

و مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد أن المشرع الجزائري قد أحدث تعديلا في هذا المجال وذلك من خلال نص المادة 1006 حيث أنه وبإجازته للتحكيم في مادة الصفقات العمومية يمكن القول بأن أشخاص القانون العام بإمكانهم اللجوء إلى التحكيم في العلاقات القانونية الداخلية إذا كان صاحب الصفقة من المتعاملين الداخليين.

فيما يخص أسباب هذا المنع نجد أنها تعددت فلقد تحدث البعض عن الأسباب القانونية المباشرة أي النصوص القانونية التي تقر المنع كأساس له والبعض الآخر انطلق

[1] ناريمان عبد القادر: المرجع السابق، ص 149.

من تبريرات نظرية ونفسية مفادها أن حماية المصلحة العامة تتحقق بشكل أفضل من قبل القضاء الإداري، ومضيفا أنه من غير المقبول أن تقرر الدولة وجود قضاء يتولى الفصل في المنازعات، و تلجأ هي نفسها إلى قضاء خاص غير تابع لها.

والبعض الثالث يربط مبدأ منع لجوء الدولة إلى التحكيم بضرورة تدخل النيابة العامة في القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها (مثال ذلك المشرع الفرنسي).

وأخيرا هناك من يرى بأن سبب المنع يكمن بطابع النظام العام الذي يعطي الصلاحيات للقضاء الإداري، هذا الأخير وحده المختص بالمنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص العموميين طرفا فيها ولا تكون داخلة في اختصاص قضاء آخر تابع لها.[1]

الفرع الثاني: أهلية الدولة والأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم في إطار العلاقات الدولية.

من أجل تلبية حاجات التجارة الدولية عملت الدول على إزالة أو تخفيف المعوقات القانونية على العلاقات الدولية وإبقائها في إطار العلاقات الداخلية وهو ما يعني استبعاد تطبيق قانون الدولة الذي يقر هذا المنع والحظر عليها في العلاقات الدولية، وبالتالي تطبيق قانون أو قاعدة قانونية أخرى تقر للدولة أهلية اللجوء إلى التحكيم.

ففي فرنسا كان هناك تناقض في موقف كل من القضاء العادي وقضاء مجلس الدولة، حيث ذهبت أحكام القضاء المدني الفرنسية في الاتجاه القائل بأن الحظر الوارد في المادة 2060 من القانون المدني ينحصر مجال إعماله في مجال التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، في حين قضى مجلس الدولة في أكثر من مناسبة ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية مستندا في ذلك إلى نصوص القانون الفرنسي وإلى أن اختصاص المجلس بنظر المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها من النظام العام ولا يمكن مخالفته.

[1] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص92.

ولقد أدى هذا التناقض في موقف كلا القضائيين إلى تدخل المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

ولعل أهم تدخل تشريعي في هذا الصدد هو القانون الذي صدر في 19 أوت 1986 الذي أجاز للدولة وللمقاطعات وللمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناء عن حكم المادة 2060 من القانون المدني.[1]

واشترط هذا القانون لتطبيقه ما يلي:

1- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي يكون عقدا دوليا، ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التي تبرم بين شركات وطنية.

2- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم.

3- اشتراط صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم، وذلك يكون في كل حالة على حدا.

ولقد صدر القانون المتقدم والمعروف بقانون "يورو ديزني لاند" بسبب تصميم الشركة الأمريكية والت ديزني على ضرورة تضمين العقد المبرم بينها بين مقاطعة val de marne، والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة la vallée marne على شرط التحكيم وخاصة بعد أن رفض مجلس الدولة الفرنسي إدراج شرط التحكيم في هذا العقد، على اعتبار أنه يتعلق بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي وهو ما يعد مخالفا للنظام العام في فرنسا، علاوة على أن شروط تطبيق المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي غير متحققة في واقعة الحال حيث أنها لا تسمح إلا بعقد مشارطة التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد وذلك بعد نشأة النزاع.[2]

[1] حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص364-376.
[2] نفس المرجع، ص 377.

أما في مصر فقد اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لتحديد مدى أهلية الدولة أو الأشخاص العموميين للتحكيم في إطار العلاقات الدولي لعدم وجود نص صريح يحدَدها وذلك قبل صدور القانون رقم 27 لسنة 1994.

فجانب من الفقه المصري قال بعدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى كونه يتعارض مع سيادة الدولة والقضاء الوطني أحد مظاهرها، كما لكونه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للبث في منازعات العقود الإدارية، وذلك عملا بالمادة 172 من الدستور المصري والمادة 108 من قانون مجلس الدولة، بالإضافة إلى أن التحكيم يتعارض مع النظام العام.

بينما اتجه جانب آخر من الفقه المصري إلى تقرير جواز التحكيم نظرا لعدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أما المادة العاشرة من نفس القانون فلا تقتصر سوى على بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص محاكم المجلس ومحاكم القضاء العادي بالإضافة إلى أن أحكام قانون المرافعات الذي يطبق على محاكم مجلس الدولة عند غياب نص خاص يجيز الاتفاق على التحكيم طبقا لمقتضيات المادة 501.[1]

وأمام هذا الجدل الفقهي اضطر المشرع المصري للتدخل مرة أخرى بمقتضى القانون رقم 9 لسنة 1997 الذي بموجبه تمت إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون 27 سابق الذكر، والتي تنص على أن اتفاق التحكيم يكون بموافقة الوزير المختص، أو السلطة التي لها اختصاص على التحكيم بموافقة الوزير الأول.

وبالتالي لا تكتمل أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية إلا بموافقة الوزير المعني بالأمر، أو من يمثل الشخص المعنوي العام بصفة قانونية بالنسبة لباقي الأشخاص العامة الأخرى من دون قبول أي تفويض.[2]

[1] حول ذلك يمكن العودة إلى الفصل الثاني.
[2] سعيد الستاني: التحكيم في العقود الإدارية، مقال منشور في موقع برلمان.com

في الجزائر ونظرا للقفزة النوعية التي عرفها التحكيم التجاري الدولي كوسيلة فعالة لتسوية النزاعات في مجال الاستثمارات، وانتشاره بشكل واسع في مختلف الدول بسبب توسع وازدهار المعاملات التجارية الدولية، وأمام فتحها المجال للاستثمار الأجنبي كضرورة ملحة لتحريك الآليات الجديدة للاقتصاد المبنية على حرية السوق، عملت الدولة الجزائرية على استحداث قانون مشجع وذلك بتبني نظام التحكيم الدولي كوسيلة مفضلة على القضاء الوطني في تسوية النزاعات الناجمة على العمليات الاستثمارية، وكان ذلك بموجب المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993، حيث رفع المشرع التناقض الذي ساد في فترة ما قبل الإصلاحات، وأدخل تعديلا على المادة 442 –ذكر سابقا- وهو ما أهَل الأشخاص الاعتباريين التابعين للقانون العام باللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية، حيث وضع لهم نظاما مستمدا من الأنظمة التحكيمية المقارنة خاصة النظام الفرنسي والسويسري.[1]

وقد تكرس هذا النظام بصدور المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار حيث نصت المادة 41 منه على أنه: "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إما بفعل المستثمر وإما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح والتحكيم، أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص".[2]

[1] عمار معاشو: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون الجزائر، معهد العلوم القانونية و الإدارية،1998، ص 319.

[2] محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص 74.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الدولة والأشخاص المعنوية.

يحكم هذه المسألة مبدأ مفاده خضوع أهلية الأشخاص العموميين لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص المعنوي العام، إلا أن التقييد بهذا المبدأ ليس مطلقا في إطار العلاقات التجارية الدولية حيث كانت الحاجة ماسة إلى إيجاد وسائل وآليات يكون من شأن العمل بها خلق استثناءات على هذا المبدأ تستجيب لحاجات التجارة الدولية وأخلاقيات التعامل، وأخيرا مقتضيات العدالة (الفرع الأول)، ولا شك أن هذه المسائل تتوضح أكثر في العرض للتطبيقات التحكيمية ذات الصلة بهذا الموضوع، والتي تميزت بخصوصيات كبيرة ومتطورة في هذا الصدد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المبدأ واستثناءاته.

أولا: المبدأ

تطبيق قانون الدولة على أهلية الشخص المعنوي العام المتعاقد مع طرف أجنبي يعد مبدأ من المبادئ المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص، ذلك أن خضوع الأهلية التعاقدية للجهاز التابع للدولة لقانونها الخاص أمر تفرضه كافة الظروف المحيطة بهذا الجهاز، فهو مجرد انبثاق عن الدولة التي قامت بإنشائه وخصصت له رأس المال اللازم لممارسة نشاطه، وتمارس أيضا نوعا من الرقابة عليه عند ممارسته لهذا النشاط.[1]

وإلى جانب هذا المبدأ يحكم الأشخاص المعنوية العامة مبدأ آخر على صلة معه هو مبدأ الاختصاص بالنشاط والأعمال التي أنشئ للقيام بها، وهو ما يعني أنه لا يكون للشخص المعنوي العام حق التصرف خارج حدود الاختصاصات المحددة له في قانون إنشائه والذي يحدد بذات الوقت أهليته ومداها بإجراء التصرفات القانونية.[2]

إذن يكون قانون الدولة المتعاقدة هو الذي يحدد مدى أهلية الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها للجوء إلى التحكيم، وكذلك نطاق اختصاصها بحيث يمنع على هذه الأشخاص

[1] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 71.
[2] يوسف سعد الله الخوري: مجموعة القانون الإداري، الجزء الثاني، المنشورات الحقوقية، بيروت، 1999، ص 96.

القيام بأعمال وتصرفات خارج تلك الحدود والاختصاصات، فإذا قامت بذلك يطرح التساؤل حول الجزاءات المفروضة على مثل هذه التصرفات.

فكثيرة هي الحالات التي عمد فيها الأشخاص المعنويون العامون المتعاقدون مع أطراف أجنبية إلى إثارة مسألة عدم أهليتهم للجوء إلى التحكيم مما دفع الفقه والاجتهاد التحكيمي إلى استعمال عدة وسائل لوقف آثار مثل هذا المبدأ في إطار التحكيم في العلاقات الدولية.[1]

ثانيا: الاستثناءات.

لقد اتفق الفقه والاجتهاد على استبعاد قانون الدولة المختص بحكم أهلية الأشخاص العموميون لسببين هما:

1- يكون استبعاد قانون الدولة بسبب مضمونه أي إعلان عدم تطبيق القانون المختص بحكم أهلية الشخص المعنوي العام بسبب مخالفته للنظام العام والمقصود به هنا النظام العام الدولي، حيث يعتبر الفقه أنه بإمكان المحكم -على الرغم من عدم وجود قانون اختصاص له- استخدام فكرة النظام العام الدولي لاستبعاد القانون المختص، حيث جاء في أحد القرارات التحكيمية أنه في الحالة التي تنكر فيها الدولة على مؤسساتها العامة أهلية اللجوء إلى التحكيم فإن موقفها يكون مخالفا للنظام العام الدولي[2]، ويؤكد الفقه على دولية النظام العام عندما يشير إلى انه دولي أي غير وطني وأنه النواة الأساسية لقانون التجارة الدولية **(lex mercatoria)**.

2- قد يكون استبعاد قانون الدولة بسبب موقف الأطراف المتعاقدة، أي الشخص المعنوي العام أو الطرف الأجنبي، فبالنسبة لموقف الطرف الأجنبي يرى البعض أنه لتجنب بطلان البنود التحكيمية بسبب عدم أهلية الشخص المعنوي العام يمكن

[1] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 137.

[2] La sentence rendue dans l'affaire n° 2521 en 1976, journal de droit international p 997.

الأخذ بحسن نية الطرف الأجنبي أو بنظرية الظاهر التي كان هذا الأخير ضحية لها.

والمقصود بهاتين الفكرتين هو أن يجهل الطرف الأجنبي المتعاقد مع الشخص المعنوي العام عيب عدم الأهلية الذي يلازم هذا الأخير، والجهل المقصود هنا هو الجهل الذي يؤدي إلى حصول الغلط في جانب الشخص المتعاقد مع الشخص المعنوي العام ويشترط أن يكون هذا الغلط مشروعا ومشتركا ومغتفرا، فالغلط الذي لا تتوافر فيه هذه الشروط والناتج عن جهل بسيط بسبب البطلان أي عدم الأهلية ليس من شأنه بصورة عامة أن يجعل التصرف صحيحا بالنسبة للشخص الذي وقع ضحية له.[1]

فيما يخص موقف الشخص المعنوي العام فيشير الفقه إلى أن قيام هذا الشخص بإبرام اتفاق تحكيمي مع شخص أجنبي دون أن تكون له الأهلية لذلك ودون إعلام هذا الأخير بعدم أهليته يشكل إهمالا وفي أسوء تقدير خداعا أو غشا، وفي كل حال خطأ يثير مسؤولية الشخص المعنوي العام ويوجب عليه دفع تعويض للطرف الأجنبي المتعاقد وتفاديا لمثل هذه الحالات اقترح أن يوضع على عاتق الشخص المعنوي العام ضرورة إعلام الطرف الأجنبي المتعاقد معه بوضوح، بحيث لا يقتصر على مجرد ذكر بعض العبارات العامة كالنص على الحصول على الموافقات الإدارية الضرورية، ذلك أن مخالفة هذا الأمر يؤدي إلى خطأ تعاقدي يثير مسؤولية الشخص المعنوي مع ما يترتب على ذلك من مسائل لجهة التعويض على العطل والضرر، وما يطرح التساؤل حول ما إذا كان يقتضي تقرير التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الأجنبي بصورة بديلة، أم يكون من الأفضل تقرير الإبقاء على العقد من خلال حرمان الشخص المعنوي العام من التذرع بعدم أهليته حماية للطرف الأجنبي المتعاقد معه.[2]

[1] حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق ص 76.
[2] اياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 141.

الفرع الثاني: التطبيقات التحكيمية.

استند المحكمون غالبا على فكرة الـ Estoppel وحسن النية وغيرهما من الأفكار لاستبعاد الدفوع المقدمة من الأشخاص المعنوية العامة المتعلقة بعدم أهليتها لإبرام الاتفاقيات التحكيمية.

وقد جاء في مضمون فكرة الـ Estoppel، أو مبدأ الحيلولة حسب التعبير الفقهي العربي ما معناه "عدم قبول الإدعاء بما يتعارض مع الإقرار قولا وعملا"، أي أنه إذا اعتقد شخص بوجود حالة معينة دفعته للتعاقد مع شخص آخر، فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يدعي في وجه المتعاقد معه بحالة تخالف الحالة التي كانت موجودة وقت التعاقد، أو أن يعمد إلى إنكار صحة التصريحات التي قالها.[1]

ويرى الفقه في هذا المبدأ أداة فعالة للحد من سلطات الدولة، والتي تساهم في تأكيد حسن النية فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية تجاه المتعاقدين معها وخصوصا الأجانب، كما يعتبر مبدأ عاما في قانون التجارة الدولية انطلاقا من مصدرها الأسمى المتمثل في مبدأ حسن النية المعترف به اليوم بصورة شاملة في معظم الأنظمة القانونية.

وانطلاقا من هذه الأفكار عمد المحكمون إلى تبني هذه المبادئ والقواعد في القرارات التحكيمية الصادرة عنهم، ففي قضية Amco رفضت المحكمة التحكيمية الأخذ بالحجج التي تذرعت بها الدولة الإندونيسية لاستبعاد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات استنادا إلى مبدأ الـ Estoppel.[2]

وإزاء الحسنات التي يقدمها هذا المبدأ أشار الفقه إلى أنه يوجد إغراء في التمسك بهذه الفكرة في وجه الشخص المعنوي العام، كونها تؤدي إلى حماية الطرف الأجنبي عند الادعاء ببطلان شرط التحكيم لأنها تؤدي بالنتيجة إلى إقرار صحته وإعماله.

[1] "l'impossibilité pour une partie de se prévaloir d'allégations contradictoires lorsqu'un telle prétention fait grief à l'autre partie".

[2] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 143-144.

وبالمقابل فإنه يوجد في الفقه وخصوصا الانجليزي فئة تشكك بإمكانية التمسك بفكرة الـ Estoppel في وجه الشخص المعنوي العام المتمسك بعدم أهليته، مشيرة إلى أنه حتى في إطار التعامل مع الأشخاص المعنوية الخاصة لا يمكن حرمان هذه الأخيرة من الاحتجاج بعدم أهليتها حال قيامها بتصرفات تتجاوز نطاق اختصاصها، أي في حال عدم احترامها لمبدأ لا يتعلق بحماية الشركة إنما بحماية المساهمين والدائنين.[1]

وفي سياق الانتقادات الموجهة إلى هذه الفكرة يرى البعض بأن عدم ملائمتها تكمن أساسا وقبل كل شيء بالفصل بين الشخصية القانونية التي يتمتع بها الجهاز التابع للدولة عن الشخصية القانونية للدولة، بمعنى أنه إذا كان الجهاز مسؤولا عن الإهمال، أو حتى عن التصرف المشوب بالتدليس فإنه يمكن إلزامه بالتعويض، فالمصالح العامة التي تحميها القاعدة القانونية التي تم انتهاكها لا يمكن التضحية بها وبالتالي فإن التصرف يظل مشوبا بالبطلان".[2]

في الواقع لا يمكن التسليم بمثل هذا الرأي لأن التصرفات الصادرة عن الشخص المعنوي العام التابع للدولة لا تتعلق فقط بهذا الشخص ذاته، وإنما أيضا بالدولة المنبثق عنها، بحيث يعد الشخص المعنوي العام –وإن كان يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها- مثل الدولة نفسها. والقول بعكس ذلك من شأنه إخضاع العقود المبرمة من قبل أشخاص معنوية عامة في إطار العلاقات الدولية لنظام مغاير لذلك الذي تخضع له نفس العقود المبرمة من قبل الدولة نفسها والتي استقر الرأيان الفقهي والاجتهادي الدولي والتحكيمي على عدم جواز احتجاجها وذلك دون أن يوجد أي سبب مبرر لمثل هذا التمييز.[3]

حاليا الاجتهاد التحكيمي بدأ يأخذ بمبدأ حسن النية كسبب لاستبعاد ما يثور خلال الإجراءات التحكيمية من دفوع تتعلق بحظر اللجوء إلى التحكيم على الدولة والأشخاص المعنوية العامة، وهذا مع العلم بأنه يمكن مقاربة مفهومي الـ Estoppel ومبدأ حسن النية

[1] Mayer (p): Droit international privé. Manchester, 6ème édition, Paris 1998, p 59.
[2] حفيظ السيد الحداد: المرجع السابق، ص87.
[3] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 145-146.

وتبرز هذه المقاربة بوضوح في القرار التحكيمي الصادر سنة 1988،[1] والذي قضى فيه المحكمون بأنه: "سيكون مخالفا لحسن النية أن تعمد المؤسسة التي أخفت في أول الأمر وجود مثل هذه القواعد في القانون الداخلي (القواعد التي تحظر اللجوء إلى التحكيم) أن تثيرها لاحقا لتنكر صحة الالتزام الذي سبق أن التزمت به مع علمها الكامل بهذا السبب.

فمثل هذه الصياغة الواردة صراحة في حيثيات القرار تبرز بوضوح مدى المقاربة بين معنى مبدأ حسن النية ومضمون مبدأ الـ Estoppel وبالتالي لن يعود مستغربا فيما لو ظهر فكر أو رأي لاحق يعتبر هذين المبدأين من قواعد النظام العام عبر الدولي.[2]

[1] La sentence rendue dans l'affaire n° 5103 en 1988, journal de droit internationa,1998, p 1207.

[2] إياد محمود بردان: المرجع السابق، ص 146.

الفصل الثاني :

تطبيقات القابلية الشخصية للتحكيم على عقود الدولة

من الثابت أن منازعات عقود الدولة تتمتع بخصوصية ناجمة عن طبيعة أطراف هذه العلاقة التعاقدية غير متجانسة الطبيعة، فنجد الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام بما تمتلكه من سيادة أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لهذه الدولة من جهة ونجد من جهة أخرى طرفا أجنبيا خاصا في غالب الأحوال، وهذا ما يطرح المشكلة الأساسية المتمثلة في كيفية الموازنة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتضاربة حيث تسعى الدولة لتحقيق إحدى خططها التنموية الاقتصادية عندما تكون بصدد إبرام هذه العقود، ويسعى من جهته الطرف الأجنبي إلى تحقيق المصالح والأهداف المبتغاة، وهذا ما يجعل تسوية منازعات عقود الدولة لا تتحقق إلا بضرورة البحث عن توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود.[1]

وإذا كان سلوك الدولة قد اعتاد على حسم نزاعاتها الداخلية أمام القضاء الوطني فإن وجود الطرف الأجنبي في عقود الدولة قد حتم عليها تغيير هذا الأسلوب، على الرغم من أنها تنظر إلى التحكيم نظرة ريبة وتعتبره إنقاصا من سيادتها، ومن جهة أخرى فإن الطرف الأجنبي يساوره الشك دائما في حياد ذلك القضاء أو البطء في إجراءات التقاضي مما سيكون سببا في تعطيل التنفيذ في العقود المبرمة ويعرض حقوقه إلى الخطر الأمر الذي يتمسك معه بأن يرد شرط التحكيم، حتى إذا نشب النزاع بينه وبين الدولة اطمأن إلى أنها لن تكون خصما وحكما في آن واحد، لذلك تحرص الشركات الأجنبية على أن يكون شرط التحكيم مسألة أساسية يتوقف عليها التعاقد، ولأن الدولة تحرص على تحقيق مصالحها وخاصة إذا تعلق الأمر بخططها الاقتصادية الطموحة فإنها ستقبل شرط التحكيم.[2]

[1] عدلي محمد عبد الكريم: المرجع السابق، ص 170.

[2] أحمد شرف الدين: طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار –تشخيص الحالة المصرية-مطبعة أبناء وهبة حسان القاهرة ، 1993، ص 14.

المبحث الأول: موقف الفقه من التحكيم في عقود الدولة.

لقد ثار خلاف قانوني اشترك فيه كل من الفقه والقضاء حول فكرة مدى جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، برفقة الشخص الخاص الأجنبي المتعاقد معها لحل نزاع معين ناتج عن العقد المبرم بينهما، وتمخض عن ذلك اتجاهان متعارضان يتمثل أولهما في الاتجاه المعارض لهذه الفكرة متحججا بمعارضتها لمبدأ سيادة الدولة وتعارضها مع اختصاص القضاء الإداري الذي ينظر هذه المنازعات أما الثاني فهو الاتجاه المؤيد الذي تقدم بحجج تدحض الاتجاه المعارض.[1]

المطلب الأول: موقف الاتجاه المعارض للتحكيم في عقود الدولة.

يقوم هذا الاتجاه على أساس أن التحكيم في عقود الدولة يصطدم مع سيادة الدولة ويعتبر اعتداء على اختصاص القضاء الإداري وهو ما يتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري.

الفرع الأول: اصطدام التحكيم في عقود الدولة مع سيادتها.

السيادة هي سلطة أصلية لا يمكن خضوعها لأحد، وهي عنصر جوهري في تكوين الشخصية الاعتبارية للدولة، تتميز بأن لها جانبين:

-سيادة وطنية تعني أن الدولة هي السلطة الشرعية على إقليمها البري والبحري وما يعلوها من فضاء وهي السلطة المقبولة من قبل الشعب، والتي تقبض وحدها على زمام القوة والسيطرة في الإقليم.

-سيادة خارجية تعني أن للدولة كامل الحق بوحدة إقليمها وحقها بأن تتمتع بالاستقلال والأمن وأن لا تخضع في علاقاتها الخارجية لأية دولة أجنبية، لأنها تقف على قدم المساواة مع غيرها من الدول في المجتمع الدولي، وكل دولة تخرق أي حق من حقوق

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 59.

السيادة تكون ملزمة بتعويض الدولة الأخرى عن هذا الخرق وكل مخالفة لذلك تثير المسؤولية الدولية.[1]

وما دام أن السيادة هي ركن أساسي من أركان وجود الدولة، وحيث أن سلامة الدولة ومصلحتها العليا فوق سلامة القانون وأي مساس بسيادة الدولة محظور وغير مقبول، فإن هناك فريقا يرى أن لجوء الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعين لها إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ عن العقود التي يبرمونها من منازعات مع شخص خاص أجنبي متعاقد معها يعد أمرا ماسا بسيادة الدولة.

ويرى هذا الفريق أن الدولة قد عمدت إلى وضع دستور لها يحكم تصرفاتها دون أن تخالفه، وأنشأت بمقتضاه سلطاتها المختلفة ومنها السلطة القضائية وأخضعت ما قد ينشأ عن عقودها من منازعات إلى السلطة القضائية دون غيرها، ولذلك لا يمكن استبعاد اختصاص هذه السلطة من نظر المنازعات الناشئة عن عقود الدولة التي يكون أحد أطرافها شخصا أجنبيا خاصا وجعلها تخضع للتحكيم، فالتحكيم ينحصر مجال تطبيقه في المنازعات الناشئة بين الأفراد العاديين والهيئات الخاصة، ولا يمكن أن يطبق على النزاعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعين لها طرفا فيه.[2]

وما دام أن الدولة والأشخاص الاعتبارية توجد في مركز السيادة وتحتمي بها وأشخاص القانون الخاص يوجدون في مركز أدنى هو مركز الخضوع، فإن لجوء الدولة والشخص الخاص الأجنبي إلى التحكيم يحمل في طياته تخلي الدولة عن مركزها السيادي والوقوف أمام المحكم على قدم المساواة مع غيرها من الأشخاص الأجنبية الخاصة.[3]

إن اعتبارات الحصانة السيادية قد تعترض استمرارية إجراءات التحكيم ونتائجه لذلك فإن الدولة تدفع بالحصانة السيادية كذريعة مانعة من تنفيذ اتفاق التحكيم وعدم

---

[1] عبد الحميد الأحدب: التحكيم أحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل، ص 333.

[2] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 104-105.

[3] عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،الجزء الأول،دون ناشر،1998 ص137.

الاعتراف أو تأكيد حكم التحكيم، أو لاعتراض إجراء تحفظي اتخذته الهيئة التحكيمية سواء أكان قبل الحكم أو تنفيذا له.[1]

إن التحكيم في عقود الدولة يمس ببعض الاعتبارات السيادية من جانب اتخاذ الدولة لبعض الإجراءات تحت تأثير الضغوط السياسية، أو حين ممارستها لسلطاتها التقديرية في ضبط بعض الأمور التي تتعلق بالنظام العام فيها ويقوم الشخص الأجنبي الخاص المتعاقد معها بالاحتجاج على ذلك ويحدث النزاع بينهما.

ومثال ذلك النزاع الذي نشأ بين شركة نيترشال ودولة قطر في عام 1987 حول امتياز تقاسم الإنتاج الممنوح للشركة، حيث قامت دولة قطر بعدم السماح للشركة بالتنقيب عن البترول بموجب الامتياز الممنوح لها بحجة أن هناك اعتبارات سياسية دفعتها لمنع الشركة من التنقيب عن البترول، والتي تتمثل في النزاع القائم بين دولة قطر ودولة البحرين على الحدود البحرية في تلك المنطقة وأن السماح للشركة بالقيام بعملية التنقيب عن البترول في تلك المنطقة سوف يتسبب في إثارة المشاكل بين الدولتين.

وذهبت هيئة التحكيم في منطوق حكمها أن لدولة قطر –مانحة الامتياز-أن تعمل على تحديد ميعاد استئناف الشركة لعمليات التنقيب عن النفط في الوقت المناسب، وذلك وفقا لما تراه الدولة محققا لهذه الاعتبارات.[2]

واللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة قد يثير بعض الاعتبارات السرية المتعلقة بمصالح الدولة العليا وذلك حين تطلب هيئات التحكيم أو الشخص الخاص الأجنبي من بعض المسؤولين بالدولة الإدلاء بالشهادة أمام هيئات تحكيم أجنبية، أو حينما يطلب من الدولة الإفصاح عن بعض الوثائق والمستندات الموجودة في حوزتها والتي تتمتع بالطابع السري والأخطر من ذلك حينما يقوم الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة بالبحث

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 63.
[2] محمد ماجد محمود: مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، مطبوعات وزارة العدل، الكويت، 1997، ص 321.

عن هذه المستندات بنفسه بغير استخدام الطرق الرسمية وتقديمها أمام هيئة التحكيم الأجنبية، وهو ما حدث في القضية السابقة.[1]

من ناحية أخرى فإن لجوء الدولة إلى التحكيم في مجال عقود الدولة غالبا ما يثير احتمال تطبيق قانون أجنبي على العقد، ولا شك أن سيادة الدولة لا تستطيع القبول بذلك ولا ترضى بأن يطبق على العقد قانون أجنبي.[2]

أضف إلى ذلك أن الدولة لا تقبل اللجوء إلى التحكيم-لفض المنازعات الناشئة عن عقود الدولة-الذي ينعقد في دولة ثالثة، لأنها ترى في ذلك إنقاصا من سيادتها.[3]

الفرع الثاني: التحكيم في عقود الدولة يعتبر اعتداءا على اختصاص القضاء الإداري.

القضاء هو أحد مظاهر سيادة الدولة، وبالتالي لا يجوز للدولة في منازعة تكون هي أحد أطرافها التنازل عن قضائها لصالح التحكيم، لأن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي يؤدي إلى سلب ولاية القضاء الإداري للدولة، وبالتالي تنحيته عن الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود وفي ذلك تعديل لقواعد الاختصاص القضائي بتوكيل المهمة إلى هيئة التحكيم.[4]

وترتب قواعد الاختصاص القضائي من سينظر المنازعات، حيث يختص القضاء الإداري بنظر منازعات القانون العام، ويختص القضاء المدني بنظر المنازعات المدنية وبالتالي يحظر على أطراف أي نزاع كان أن يرفعوا-باختيارهم-منازعة من اختصاص المحاكم الإدارية أمام المحاكم المدنية.

ولذا فإن مبدأ الاختصاص القضائي يتمتع بقوة إلزامية ولا يمكن مخالفته اتفاقيا ويجب أن ترفع منازعات القانون العام إلى القضاء الإداري، وبالتالي يحظر على أطراف

[1] نفس المرجع، ص 321.
[2] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 105.
[3] محمد ماجد محمود: المرجع السابق، ص 340.
[4] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 69.

النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي أن يرفعوا النزاع باختيارهم إلى القضاء المدني في منازعة تدخل في اختصاص القضاء الإداري.

فالتحكيم يعد أقل تشددا من حيث الإجراءات، والمحكم أكثر تساهلا من القاضي في تطبيق القوانين خصوصا قانون الدولة المتعاقدة، فلا يجوز-إذن-للدولة والأشخاص المعنوية العامة أن تمثل إلا للقضاء الذي تنشئه هي ووفقا لقوانينها الوطنية، ولا يجوز أن يحكم على الدولة وهيئاتها إلا من قبل القاضي الرسمي.[1]

إن التحكيم ينزع اختصاص محاكم الدولة، وهذا يمس امتيازا حصريا من امتيازات الدولة، فإذا كانت الدولة تنظر إلى لجوء أشخاص القانون الخاص إلى التحكيم نظرة ريبة وشك وهي نظرة قاسية، فإنه من باب أولى أن تكون أكثر ريبة وأشد قسوة فيما لو لجأت هي والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم.[2]

وإذا كانت الدولة والأشخاص المعنوية العامة سوف تهجر محاكمها لصالح التحكيم فما هي الحاجة إلى هذه المحاكم التي أنشأتها؟ ولماذا تلجأ الدولة إلى التحكيم ما دام أن مرجعها الطبيعي يتمثل في القضاء الإداري؟[3]

إن الاختصاص القضائي من النظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه فلا يجوز للدولة والأشخاص المعنوية العامة الاتفاق على اختصاص قضاء أجنبي أو تحكيم يتم خارج الدولة إذا كان الموضوع يدخل –أصلا وبحكم القانون-في اختصاص محاكم الدولة بل إنه يتعذر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى تحكيم داخلي في مسائل تدخل في الاختصاص القضائي إلا بوجود نص من المشرع ويترتب على مخالفه ذلك مساس بالنظام العام.[4]

---

[1] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 223.
[2] عبد الحميد الأحدب: المرجع السابق، ص 323-324.
[3] نفس المرجع، ص 323.
[4] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 73.

إن القضاء الإداري هو الذي يختص بنظر منازعات الدولة ويختص بتنفيذ القانون فتكون الدولة بهجرانها لقضائها الإداري قد اتجهت إلى محكم هو أدنى مرتبة من القاضي الإداري الذي ينفذ أحكام القانون الإداري.[1]

ونظرا لما يترتب عن لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم من آثار فقد انعقد رأي الفقه على أنه لا يجوز أن يتم تعديل قواعد الاختصاص القضائي إلا بأداة قانونية مساوية في القوة والمرتبة للأداة التي نظمت اختصاص القضاء الإداري، أي أنه إذا ما أرادت الإدارة تعديل قواعد الاختصاص القضائي فيجب أن يتم ذلك من خلال إصدار قانون يرخص لها بذلك، ولا يمكن قبول أداة قانونية ترخص بذلك إذا كانت أقل مرتبة مثل المرسوم أو العقد.[2]

الفرع الثالث: التحكيم في عقود الدولة يتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري.

يعد القضاء الفرنسي منشئ نظرية العقد الإداري حيث تستمد مبادئها من أحكام القضاء، حيث تدخل المشرع لتنظيم بعض جوانب العقود الإدارية، وترتب على ذلك حدوث ارتباط وثيق بين وجود العقد الإداري والقضاء الإداري، وذلك بخلاف العقود المدنية التي تتضمنها قوانين مفصلة لها.[3]

لقد نشأ كل من التحكيم والعقد الإداري في بيئتين مختلفتين: حيث يرتبط موضوع التحكيم في القانون الخاص، أما العقد الإداري فيرتبط موضوعه في القانون العام، ولكن هذا التباعد بدأ يضيق بمرور الزمن، وكان للتطور الاقتصادي والتكنولوجي وللأفكار الحديثة كالعولمة والخصخصة، وانتصار النظام الليبرالي وسقوط النظام الاشتراكي وانتشار الشركات متعددة الجنسيات دور كبير في ذلك.[4]

---

[1] عبد الحميد الأحدب: المرجع السابق، ص 314.

[2] محمد كمال منير: مدى جواز الاتفاق على التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية العدد الأول، 1991، ص 332.

[3] نفس المرجع ، ص 332.

[4] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 74.

إن المحكم غالبا ما يعمل على تطبيق قواعد لا تتفق مع نظرية العقد الإداري حيث لا يعترف بقيام الدولة بالإشراف على تنفيذ العقد الإداري ومتابعته ولا بحقها في إدخال تعديلات جوهرية من جانب واحد تقتضيها المصلحة العامة للدولة، ولا يسمح بفسخ العقد من جانب واحد.[1]

إن لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها مع شخص خاص أجنبي يرتب آثارا عديدة منها:

-إن قاعدة الاختصاص القضائي التي يقوم عليها العقد الإداري ستنهار نتيجة لإدراج شرط التحكيم في العقد الإداري، حيث أصبح المحكم الذي يحال إليه النزاع منافسا للقاضي الإداري الذي من المفترض أن ينظر في هذا النزاع، مع العلم أن المحكم يختلف تكوينه القانوني ويتعارض مع طبيعة العقد الإداري.

-إن قاعدة الاختصاص التشريعي التي تقتضي تطبيق القانون الوطني على النزاع الناشئ عن العقد سوف تهدم، وذلك عندما يقوم المحكم الأجنبي باستبعاد تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع، والعمل على تطبيق قانون أجنبي على العقد، وذلك مع تصور اختياره من قبل المحكم الذي لا تتفق ثقافته القانونية مع طبيعة العقد الإداري.[2]

لا شك أن هذه المشكلات تظهر عند لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الدولي مع شخص خاص أجنبي، حيث لا يمكن التسليم بهذه الحقوق غير المألوفة إلى الدولة، وهذه الحقوق يمكن التسليم بها فقط في التحكيم الداخلي حين يعرض نزاع نشأ عن عقد من عقود الدولة الداخلية عليه، حيث يخضع العقد لنظام الدولة وتطبيق القواعد الموضوعية على النزاع، وهنا يمكن الحفاظ على خصائص العقد الإداري مع وجود شرط التحكيم حيث يكون اللجوء إلى التحكم الداخلي واستبعاد الاختصاص الإداري هادفا إلى حل النزاع بسرعة ودون استبعاد القواعد الموضوعية وتطبيقها على النزاع.[3]

---

[1] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 124.

[2] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 77.

[3] جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة،1997 ، ص 18.

المطلب الثاني: موقف الاتجاه المؤيد للتحكيم في عقود الدولة.

يؤسس هذا الاتجاه تأييده للجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن التعاقد مع شخص أجنبي خاص على عدة حجج أبرزها أن التحكيم في هذه العقود لا يتعارض مع سيادة الدولة، ولا وجود لتعارض بين لجوء الدولة إلى التحكيم واختصاص القضاء الإداري بنظر تلك المنازعات وكذا لعدم وجود أصل قانوني يبرر رفض فكرة التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي،[1] وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة وسيادتها.

يرى هذا الاتجاه بأن التحكيم يعد أكثر تواؤما مع سيادة الدولة لأنه حائز على إرادتها ذلك أنه وبمجرد قبول الدولة لإدراج شرط التحكيم في العقد يعتبر تنازلا منها عن التمسك بمبدأ السيادة، والدولة تمتلك دائما حق التنازل عن سيادتها بمجرد توقيعها على اتفاق التحكيم، أو بإصدارها قانون يسمح لها ولهيئاتها باللجوء إلى هذا التحكيم في عقودها المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية.[2]

إن الدولة وبنزولها إلى ميدان التجارة الدولية أصبحت تبرم عقودا مختلفة من أجل تلبية حاجياتها ودخلت في مشروعات مشتركة مع أشخاص مختلفة، مما جعل المنازعات الناتجة عن تلك العقود أكثر تعقيدا لأن سيادة الدولة تلعب دورا حاسما في هذا المجال والالتجاء إلى قضاء الدولة الوطني قد لا يعمل على إقناع الطرف الأجنبي، لأنه لا ينظر إلى هذا القضاء على أنه الوسيلة المثلى لحل النزاع بسبب اتهامه بعدم الحياد الكامل وتحيزه لدولته باعتبارها أحد أطراف النزاع، وكذلك خوفا من إصدار حكم يكون في صالحها مما يؤثر على استثمارات الطرف الأجنبي في هذه الدولة.[3]

---

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 78.
[2] نفس المرجع، ص 78.
[3] محمد ماجد محمود: المرجع السابق، ص 236.

وباعتبار المنازعات التي تنشأ عن دخول الدولة في ميدان التجارة الدولية منازعات ذات طبيعة تجارية خالصة فهي لا تنال من سيادة الدولة إذا ما عرضت على التحكيم ولذلك يجب العمل على التفرقة بين الأمور التي تتعلق بالسيادة والأمور التي تنال من السيادة فالدولة عندما تقوم بتقييد نشاطها بخصوص عمل تجاري بناء على نص تعاقدي إنما تقوم بذلك في حالة من الرضائية وبموجب ما تملك من سيادة، فهي تتفق على عرض أمور تتعلق بسيادتها على التحكيم استناد إلى ما تملك من سيادة لا إهدارا منها لهذه السيادة.[1]

كما أن الدولة تعد طرفا غير عادي في عقود الدولة ذات الطابع الدولي حيث تتمتع بالمزايا السيادية التي تمكنها من الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإخلال بالحياد الذي يجب أن يتوفر للسلطة القضائية-لهذه الدولة-التي يعرض على محاكمها النزاع، وبالتالي يجب تفويت الفرصة على الدولة والعمل على إخضاع النزاع إلى التحكيم بدلا من قضاء الدولة.[2]

إن معظم دول العالم الثالث وأمام التطورات العالمية وحاجتها إلى رؤوس الأموال لتحقيق التنمية لجأت إلى التوفيق بين اعتبارات السيادة وبين الإعتبارات التي تتعلق بجذب الاستثمارات الأجنبية، ولا شك أن هذا التوفيق ليس بالأمر الهين، ولقد تم وضع عدة ضوابط منها وجوب موافقة أعلى الهيئات السياسية في الدولة عند إبرام أحد عقود الدولة-مع شخص خاص أجنبي-والذي يتضمن شرط التحكيم، ويتعلق بسيادة الدولة كتلك التي تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية أو التي تتصل بتسيير المرافق الأساسية في الدولة.[3]

وإذا كان الفقهاء والمعارضون لفكرة التحكيم في عقود الدولة يحتجون بأن المحكم الأجنبي يطبق على النزاع قانونا أجنبيا غير قانون الدولة الطرف في النزاع وهذا يتعارض مع سيادة الدولة، فإن الطرف المؤيد للتحكيم في عقود الدولة يرى أنه يمكن للمحكمين أن يلتزموا بتطبيق القانون العام على المسائل التي تكون من اختصاص القاضي الإداري ويتم

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 80.
[2] حفظة السيد الحداد: الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 ، ص 6.
[3] جابر جاد ناصر: المرجع السابق، ص 28-29.

إعمال رقابة القاضي الإداري على قراراتهم وبالتالي لا يترتب على الالتجاء إلى التحكيم تغير في القانون الواجب التطبيق على النزاع.[1]

إن فكرة سيادة الدولة في العصر الحاضر قد أصابها شيء من التآكل وأخذت بالتراجع إلى الخلف وأصبح ما يعد تدخلا في شؤون الدولة الداخلية ليس بنفس المفهوم السابق، وذلك بسبب تأثر سيادة الدولة بالعولمة حيث تناقصت بشكل تدريجي وبدرجات متفاوتة، حتى أن مدى قدرة الدولة على ممارسة سيادتها على إقليمها- كما كانت سابقا- قد أصابها بعض التغير وذلك بسبب إعطاء الدول الكبرى لنفسها حق التدخل في شؤون الدول النامية بدوافع إنسانية أو غيرها وبدون أي التزام بالقانون الدولي، وتحت مظلة الشرعية الغربية المزعومة.[2]

الفرع الثاني: عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة واختصاص القضاء الإداري.

التحكيم في تطور باعتباره نشأ قبل نشأة قضاء الدولة في مادة التجارة الداخلية وهو يتمتع بثقة كبيرة بين المتعاقدين ويشكل البديل الوحيد للقضاء الوطني في منازعات التجارة الدولية، ويعد ضمانة حقيقية ومهمة لازدهار وتقدم الاستثمارات عبر العالم، وإذا كان التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، فإن ذلك ناتج عن أن قضاء الدولة الوطني أصبح غير متماش مع وضعية النزاعات الدولية ووسائل حلها، لأن قوانينها التي تعمل على تطبيقها تعد قواعد محلية جامدة.[3]

واللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة لا يؤدي إلى إهدار قوانين الدولة، بل على العكس هي تلزم المحكم بتطبيقها وهو يلتزم باحترامها، والاتفاق على التحكيم في ذاته لا يعني أبدا النزول عن اختصاص المحاكم الوطنية للدولة الطرف في النزاع حتى ولو كان المحكمون أو بعضهم من الأجانب، أما الاتفاق على إجراء تحكيم في بلد أجنبي يفهم منه أن

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 82.
[2] نفس المرجع، ص 83.
[3] عبد الحميد الأحدب: المرجع السابق، ص 347.

الدولة قد تنازلت عن اختصاص محاكمها الوطنية، لأن إجراء التحكم في خارج الدولة يقتضي حتما من جانب المحكم أن يتبع ويحترم الإجراءات المقررة في ذلك البلد.[1]

أضف إلى ذلك أن حكم التحكيم لا يمكن تنفيذه إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ من القاضي الرسمي في الدولة، ويعد ذلك نوعا من الرقابة اللاحقة على التحكيم وبذلك يتفوق القاضي على المحكم، لأن هذا الأخير بمفرده لا يستطيع أن يعطي معنى كامل للقرار نتيجة لاحتكار القاضي للأمر بالتنفيذ، وبالتالي لا يجوز حرمان الدولة والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم.[2]

والتحكيم بما يتمتع به من مزايا وضمانات عديدة لصالح الشخص الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، يجب أن يؤدي دوره في حماية مصالح الطرف الخاص الأجنبي من المخاطر السياسية الخاصة التي قد يتعرض لها.

من هنا فإن تفضيل اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقود الدولة من قبل الطرف الأجنبي يعد طريقا للهروب من تطبيق قوانين الدولة عليه ولعدم ثقته في القضاء الوطني للدولة المتعاقدة وحتى يعمل على ضمان حقوقه في مواجهة ما قد تصدره الدولة في حقه من قرارات مفاجئة أو تعسفية بما تملكه من سيادة، وذلك من أجل تحقيق اعتبارات سياسية أو اجتماعية أو غيرها.[3]

ودرء هذا الخطر الكامن في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لمصالحها لن يكون إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم، وهو الهدف الذي تتمسك به الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه ولو على حساب عدم إتمام التعاقد.[4]

أخيرا ومهما كان الرأي حول جواز التحكيم أو عدم جوازه، فإن نظام التحكيم قد اتجه ليصبح نظاما قضائيا عالميا يكمل النظم القضائية الوطنية، ويجب على الدولة أن تأخذ

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 87.
[2] نفس المرجع، ص 87.
[3] إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 5.
[4] حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 7.

به وإلا خسرت مجيء الشخص الخاص الأجنبي لاستثمار أمواله فيها، وبالتالي تعطلت مشاريع التنمية التي تسعى لإيجادها الدول النامية من أجل تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية.[1]

الفرع الثاني: عدم وجود أصل قانوني يبرر رفض فكرة التحكيم في عقود الدولة.

إن المشرع الدستوري أو العادي هو الذي يملك الفصل في وجود نص يحرم الدولة والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ عن العقد المبرم مع الشخص الخاص الأجنبي من منازعات، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد حيث إنه لا حاجة لكي يكون التحكيم داخلا في دائرة المشروعية أن ينص المشرع الدستوري على جوازه وما دام أن لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لا ينطوي على مخالفة دستورية، فإنه يكون قد دخل في إطار دائرة المشروعية وفق المبادئ الدستورية العامة.

وعند البحث عن أصل قانوني يبرر حظر لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم مع شخص خاص أجنبي متعاقد معها فإننا لا نجد هذا الأصل بل نجد ترددا وتخبطا حتى على مستوى أحكام القضاء، فبعض هذه الأحكام تبرر الحظر عن طريق ربط هذه القاعدة ببعض النصوص القانونية التي لا تمُت إلى هذا الموضوع بصلة، في حين أن بعض الأحكام الأخرى تفصلها عن هذه النصوص حتى إن الدارس لهذه الأحكام يصعب عليه أن يكشف عن وجود مبدأ تتضمنه يقضي بتحريم لجوئها إلى التحكيم.[2]

وحتى لو كان هناك حظر مفروض على الدولة والأشخاص المعنوية العامة يقرر عدم لجوئها إلى التحكيم بموجب التشريع الداخلي، فإنها إن أبرمت اتفاق تحكيم دولي رغم هذا الحظر، فإن ذلك يعد من جانب الدولة تنازلا عما قرره القانون الوطني لمصلحتها من وراء هذا الحظر، ويعد هذا التنازل أمرا جائزا لأن الدولة هي التي قامت بوضع هذا الحظر ويجوز لها أن تتحرر منه.

[1] مراد محمود المواجدة: الرجع السابق، ص 88.
[2] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 130.

المبحث الثاني: موقف بعض الأنظمة القانونية المقارنة من التحكيم في عقود الدولة.

لقد اختلفت مواقف الأنظمة القانونية في الدول حول مسألة التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ما بين الإجازة والمنع لأسباب مختلفة كمخالفة اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود للنظام العام الداخلي أو تعارض ذلك مع ما تتمتع به الدولة من سيادة.

وقد كان لظهور المفاهيم الدولية الحديثة تأثير كبير على اتجاه الدول المختلفة نحو إلغاء المنع أو إزالة القيد المفروض على الدولة والأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن تلك العقود.

من خلال هذا المبحث سيتم دراسة مواقف الأنظمة القانونية لبعض الدول على هذا النحو:

المطلب الأول: موقف المشرع والقضاء الفرنسي.

لقد تدرج المشرع الفرنسي في إباحة التحكيم في مجال عقود الدولة، فمن الحظر المطلق على حرية لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم إلى تخفيف هذا الحظر نسبيا عبر إجراء عدة استثناءات على هذا المبدأ، بينما نجد للقضاء الفرنسي مواقف متباينة ما بين القضاء المدني والقضاء الإداري.

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي.

القاعدة العامة للتحكيم في العقود الدولية في القانون الفرنسي هي عدم جواز التحكيم في هذه العقود ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك.

ورغبة من المشرع الفرنسي في جذب رؤوس الأموال الأجنبية فقد استثنى العقود الإدارية الدولية من هذه القاعدة، وذلك 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 وشركة "والت ديزني" الأمريكية بهدف إنشاء مدينة ملاهي في هذه المحافظة.[1]

وبناءً على ذلك صدر القانون رقم 972 الصادر بتاريخ 19 أوت 1986 الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية، وذلك استثناءا من أحكام المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.

فلقد نصت المادة التاسعة من القانون المشار إليه على ما يلي: "إنه بالمخالفة لأحكام المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التي تبرمها مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار عند تنفيذ مثل تلك العقود".

الملاحظ من هذا النص أن المشرع لم يقصر مجال التحكيم على نوع معين من العقود الإدارية الدولية بل وسَع من نطاق اللجوء إلى التحكيم، بحيث يشمل جميع صور العقود الدولية ويشمل كذلك كافة المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود.

ولقد اشترطت المادة سابقة الذكر عدة شروط للتحكيم في العقود الإدارية الدولية تتمثل في:

-أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أن يكون عقدا دوليا، ومن تم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التي تبرم بين الشركات الوطنية.

-أن يكون العقد بخصوص مشروع اقتصادي ذو نفع وطني.

-اشتراط المشرع الفرنسي إصدار مجلس الوزراء بالموافقة لمرسوم يتعلق بتضمين العقد شرط التحكيم لتطبيق المادة التاسعة، وأن تؤخذ هذه الموافقة في كل حالة على حدة.[2]

جدير بالذكر أنه يجوز التحكيم في العقود الإدارية الدولية إذا كانت ناشئة عن اتفاقية أو معاهدة دولية قد صادقت عليها فرنسا، بشرط أن تجيز هذه الاتفاقية تسوية النزاع الذي ينشأ بين أطرافها عن طريق التحكيم، مثال على ذلك "معاهدة كانت وبوري" الصادرة في

[1] قمر عبد الوهاب: المرجع السابق، ص 229.
[2] جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص 54.

12 فبراير 1986، والمتعلقة بالنفق الذي يربط فرنسا وإنجلترا تحت "بحر المانش"، والتي صودق عليها بمقتضى القانون الصادر في 15 يونيو 1987.[1]

لكن السؤال المطروح هو: لماذا أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 972 سابق الذكر بالرغم من أن فرنسا صادقت على اتفاقية جنيف الصادرة في 21 أفريل 1961 واتفاقية واشنطن الصادرة في 18 مارس 1965 واتفاقية نيويورك الصادرة بتاريخ 10 جوان 1958؟

بالنسبة لاتفاقية جنيف: المادة الثانية أجازت لأشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم، إلا أنها غير قابلة للتطبيق على علاقات الأشخاص العامة الفرنسية والشركات الأمريكية، لأن الولايات المتحدة الأمريكية لم تصادق عليها، وبالتالي لا يمكن الاستناد عليها لإدراج شرط التحكيم في عقد شركة "والت ديزني".

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن فإن التفسير الذي قرره مجلس الدولة بخصوصها هو أنه لا تأثير لها على الحظر المفروض على الدولة وسائر أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم، وبالنسبة لاتفاقية نيويورك فالفقرة الثانية من المادة الخامسة منها أجازت للدول رفض التحكيم إذا تبين لها أن النزاع لا يجوز عرضه على التحكيم وفقا للقانون الوطني للدولة.[2]

إضافة إلى ذلك فإن الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية أعطت الدول المتعاقدة الحق في اشتراط أن يكون النزاع تجاريا وفقا للتشريع الوطني، ولقد استخدمت فرنسا هذا التحفظ فعلا، فقصَرت التحكيم على المسائل التجارية فقط.[3]

الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي.

ذكرنا أن هناك تباين في مواقف القضاء الفرنسي بخصوص مسألة التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، حيث يجيزها القضاء المدني بخلاف عقود الدولة الداخلية التي

[1] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 207.
[2] عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص 196.
[3] قمر عبد الوهاب: المرجع السابق، ص 231.

يعتبرها متعلقة بالنظام العام، بينما نجد إفتاء مجلس الدولة الفرنسي يرفض جواز التحكيم في تلك العقود ويرفض التفرقة بين الطائفتين.

بالنسبة للقضاء المدني فيقدر أن الأحكام الواردة في قانون المرافعات والتي تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة أن تدرج شرط التحكيم في اتفاقاتها تكون فقط في التحكيم الداخلي، أما التحكم الدولي فلا يمتد إليه هذا الحظر، واعتبر أنه يجوز مخالفة تلك الأحكام لأنها لا تعد من قبيل النظام العام الدولي.[1]

فلقد قررت محكمة استئناف باريس في دعوى (tasis) الشهيرة، والتي كان النزاع فيها ناشئ حول عقد شحن بحري موقع عليه قبل معاهدات الصلح، وعندما وقعت فرنسا وألمانيا على تلك المعاهدات سنة 1940 ألغت الدولة الفرنسية كل العقود المبرمة سابقا وعللت ذلك بالقوة القاهرة، وتقدم مجهز السفينة بدعوى ضد الدولة الفرنسية مطالبا تعويضه عن فسخ العقد، وفي الوقت نفسه جرى التحكيم رغم إبداء الدولة الفرنسية اعتراضها وصدر الحكم حيث أعطى مجهز السفينة بعض الحقوق، وتقدم هذا الأخير بطلب لإعطاء الحكم الصيغة التنفيذية فاعترضت وزارة البحرية الفرنسية ودفعت بأن الدولة والأشخاص المعنوية العامة لا تستطيع اللجوء إلى التحكيم، وأصدرت محكمة الاستئناف حكمها الشهير الذي اعتبرت بموجبه شرط التحكيم صحيحا، وذكرت أن حظر التحكيم على الدولة محصور في العقود الداخلية وهو بدون أي مفعول فيما يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولي.[2]

كما أخضع القضاء المدني الفرنسي مسألة التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي لقواعد تنازع القوانين حيث استبعد بموجب هذه القواعد تطبيق أحكام القانون الفرنسي وعمل على تطبيق أحكام قوانين أخرى لا تحظر شرط التحكيم المدرج في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مستبعدا منهج التنازع ومقررا قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي تؤكد إدراج شرط التحكيم في تلك العقود.[3]

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 12.
[2] عبد الحميد الأحدب: المرجع السابق، ص 329.
[3] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 102.

حيث اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تطبيق قاعدة موضوعية مباشرة أجازت من خلالها التحكيم في المعاملات الدولية دون الوقوف أمام أهلية الدولة وهيئاتها لإبرام اتفاق التحكيم، وتم تفسير هذا الاتجاه بوجود قاعدة دولية تقضي بأن للدولة والأشخاص المعنوية العامة أهلية إبرام اتفاق التحكيم في المجال الاقتصادي إذا ما دخلت هي وهيئاتها في هذا المجال، ويعد هذا الاتفاق ملزما لها لأنها تتعامل فيه وفقا لقواعد التجارة الدولية.[1]

وانتهت المحكمة في الحكم الصادر في قضية san carlo إلى أن الحظر الوارد في قانون المرافعات على الدولة وهيئاتها في قبول شرط التحكيم لا يسري عليها في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث أخضعت المحكمة مسألة صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد وليس للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة.[2]

وفي حكم آخر صدر في 4 أفريل 1964 ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (المادة 83، 1004) يتعلق بالحفاظ على النظام العام الداخلي، أما إذا تعلق الأمر بعقد من عقود التجارة الدولية التي يكون طرفها أجنبيا وقبلت فيه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة شرط التحكيم فإن هذا الحظر لا يسري وتلتزم بمقتضيات هذا الشرط، مستندة-محكمة النقض- على تنازع القوانين، ومؤكدة على أن النظام العام الدولي لا يمنع من تطبيق قانون أجنبي يقبل صحة شرط التحكيم الذي أبرمته الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة.[3]

فيما يخص مجلس الدولة استقر قضائه منذ القرن التاسع عشر على بطلان شرط التحكيم في عقود الدولة إلا بوجود نص صريح يجيزه، واعتبر ذلك من النظام العام بحيث يجوز لأطراف الدعوى التمسك به في أية مرحلة من مراحل الدعوى كما يجوز للقضاء الحكم ببطلانه من تلقاء نفسه.[4]

وقد رتب مجلس الدولة على بطلان شرط التحكيم عدة نتائج منها:

---

[1] محمد ماجد محمود: المرجع السابق، ص 128.
[2] حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 20.
[3] جابر جاد ناصر: المرجع السابق، ص 42-43.
[4] عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال: المرجع السابق، ص 140.

-أن شرط التحكيم لا يشكل عائقا يقف دون التجاء الأطراف مباشرة إلى القضاء الإداري.

-إذا تم التحكيم بناء على وجود شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم في العقد فإنه يجوز للخصوم الدفع ببطلان حكم التحكيم.

-في حالة عدم تنفيذ المحكوم عليه لحكم التحكيم فإنه لا ينسب الخطأ إليه.

ويعد أول حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي الحكم الصادر في قضية Ouvrard عام 1824 وانتهى إلى عدم جواز لجوء الدولة في منازعاتها لمحكمين.[1]

ولقد عبر المجلس عن موقفه المتشدد تجاه لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في قضية والت ديزني-ذكرت سابقا-بسب وجود مبدأ عام يقضي باختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بأشخاص القانون العام، وأضاف بأنه يجب لكي يلجأ هؤلاء الأشخاص إلى التحكيم أن يصدر ترخيص خاص بذلك من المشرع.[2]

وترجع هذه المواقف المتشددة لمجلس الدولة إلى النشأة القضائية للقانون الإداري حيث تعد فرنسا مهد هذا القانون الذي يستمد أحكامه من القضاء الإداري وهذا ما أدى إلى وجود ارتباط بين العقد الإداري والقضاء الإداري.[3]

المطلب الثاني: موقف المشرع والقضاء المصري.

أحدثت مسألة جواز التحكيم أو عدم جوازه في عقود الدولة ذات الطابع الدولي مواقف متباينة لدى كل من المشرع والقضاء المصريين. بل نجد اختلافات في المواقف عند القضاء نفسه من محكمة لأخرى، إلى أن حسم الأمر عام 1997 من قبل المشرع، وعليه سنتطرق إلى موقف المشرع المصري في الفرع الأول وموقف القضاء المصري في الفرع الثاني.

[1] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 128.
[2] عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال: المرجع السابق، ص 142.
[3] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 110.

الفرع الأول: موقف المشرع المصري.

تطور موقف المشرع المصري تجاه التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي من صمت مطلق إلى سماح كامل باللجوء إلى هذا النوع من طرق حل النزاعات، وانتهى هذا التطور إلى إرساء مبدأ جواز التحكيم في هاته العقود والذي أصبح هو القاعدة العامة.[1]

فالقانون رقم 125 لسنة 1912 أجاز للدولة والأشخاص المعنوية العامة الانتفاع من التحكيم طبقا لما ورد في قانون المرافعات فيما يتصل بالمنازعات التي تنشأ عن العقود المتعلقة بالأشغال العمومية، كأعمال الحفر والتطهير أو المتعلقة بالتوريد أو العطاء على العموم.[2]

كما صدر القانون رقم 77 لسنة 1949 والذي نظم التحكيم في الباب الثالث من الكتاب الثالث في المواد 818 إلى 850 وتناول التحكيم الاختياري، إلا أن اللجوء إليه كان ضعيفا، ثم صدر القانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية في ظل التوجه الاشتراكي للدولة وتدخلها في كافة النشاطات الاقتصادية فكان أقل تنظيما من سابقه ولم تتعرض هذه القوانين لموضوع التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي فلم ترد نصوص تحرمه أو تبيحه.

إلا أن البعض استند إلى نص المادة 501 من قانون 1968[3] للقول بجواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ما عدا ما يتصل منها بالنظام العام وأمام عدم وجود قانون خاص ينظم التحكيم في منازعات تلك العقود تعين الرجوع إلى ما ورد في قانون المرافعات بشأن التحكيم طبقا لنص المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972.[4]

---

[1] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 198.

[2] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 112.

[3] "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين..."

[4] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 112-113.

في مرحلة الانفتاح الاقتصادي أجاز القانون رقم 43 لسنة 1974 بشأن استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون حتى لو كانت الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، من أجل تهيئة المناخ المناسب لتشجيع الاستثمار الأجنبي.[1]

وحاول قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 إنهاء الجدل حول جواز لجوء الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في عقودها، حيث جاء في نص المادة الأولى منه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون."

من خلال هذا النص يبدو من الصعوبة بما كان القول بتفسير آخر غير جواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيه، إذ أن القانون رقم 27 لسنة 1994 نفسه قد حرص في المادة الثالثة من قانون إصداره على النص صراحة على أنه تلغى المواد من 501 إلى 513 من قانون 1968 (قانون المرافعات)، كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون، وتعني هذه الفقرة الأخيرة وفقا للتفسير الذي يبدو متماشيا مع نص المادة الأولى من قانون التحكيم، أنها تلغي الحظر الذي يرى البعض أنه رد على الدولة وأجهزتها العامة في قبول التحكيم، وبالتالي عدم اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية طالما اتفق بشأنها على التحكيم.[2]

إلا أن هذا التفسير ترد عليه بعض التحفظات، ذلك أن شرط إعمال هذا التفسير يتقيد بأن يكون التحكيم الذي اتفقت عليه الدولة أو أحد أجهزتها يخضع للقانون المصري رقم 27 لسنة 1994، وذلك في الحالتين التاليتين:

[1] عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال: المرجع السابق، ص 146.
[2] حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 36-37.

1- إذا كان التحكيم يجري في مصر.

2- إذا كان التحكم تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

وبذلك فالتحكيم الذي يتم في الخارج ولا يخضع لأحكام هذا القانون يخرج من نطاق إعمال هذا القانون.[1]

رغم هذا وجد رأي معارض للجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، مؤسس على أن عنوان القانون يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية ولا تشمل أحكامه القانون الإداري.

فالمادة الأولى سابقة الذكر لم تجز صراحة اللجوء إلى التحكيم، وإنما نصت على سريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، ولذلك فالمادة لا تنصرف لمسائلة مدى جواز أو عدم جواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي وإنما قضت بسريان أحكامه على التحكيم في حالة سبق الاتفاق عليه وفي حالة اللجوء إليه.[2]

وفي أعقاب هذا الجدل الذي دار حول التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي في ظل القانون رقم 27 كان على المشرع أن يتدخل ليحسم الأمر، وانقسم الرأي إلى اتجاهين هما:

-اقتراح مشروع قانون لتفسير المادة الأولى من قانون التحكيم ينص على جواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي.

-اقتراح مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم وكان هذا هو الاقتراح الأمثل، حيث تقدمت الحكومة بمشروع قانون إلى مجلس الشعب ووافق عليه في 13 ماي 1997، ويتكون من مادتين:

[1] نفس المرجع، ص 38.
[2] جورجي شفيق ساري: المرجع سابق، ص 208.

-المادة الأولى: "تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية، نصها الآتي" وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

-المادة الثانية: "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره".[1]

وعلى الرغم من أن هذا القانون يعتبر أكثر مرونة من غيره من قوانين الدول المختلفة، وخصوصا القانون المدني الفرنسي الذي يتطلب صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص لترخيص اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، إلا أن هناك عدة انتقادات وجهت إليه منها:

-أن المشرع وجب عليه إحاطة هذه العقود بعدة ضمانات أكثر جدية تستشعر خطورة التحكيم في هذه العقود، وتعمل على تعزيز قدرة الدولة كطرف أساسي في هذه العقود.

-وجب على المشرع جعل الجهة المختصة بإعطاء الموافقة على التحكيم مجلس الوزراء وليس الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة لتعلق هذه العقود بالتنمية ونقل التكنولوجيا واستغلال الثروات الطبيعية، واتصالها بمصالح الدولة العليا والأمن القومي.[2]

الفرع الثاني: موقف القضاء المصري.

يختلف موقف القضاء المصري حول التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي فبينما يجيزه القضاء المدني، نجد تباينا في موقف محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، أما مجلس الدولة فيعارضه لعدم وجود نص يجيزه ولتعارضه مع نص المادة 172.

[1] مواد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 120.
[2] نفس المرجع، ص 122.

أولا: بالنسبة لموقف القضاء المدني، نجد أن هذا الأخير يعمل على تطبيق قواعد القانون الخاص على المنازعات المعروضة عليه، ويطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية على التحكيم، مما يجعله يجيز شرط التحكيم الوارد في العقد رغم وجود شخص عام كطرف فيه.[1]

فلقد قضت محكمة استئناف القاهرة بجواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي في حكمها الشهير في 19 مارس 1997[2]، في قضية النزاع الذي وقع بين المجلس الأعلى للآثار وشركة المقاولات الإنجليزية، حيث تضمن العقد قيام الشركة الإنجليزية ببعض الأعمال والإنشاءات وأدرج فيه الطرفين شرط التحكيم، وعند نشوء النزاع لجأت الشركة إلى هيئة التحكيم المتفق على تشكيلها في العقد التي أصدرت حكما لصالح شركة المقاولات الإنجليزية، فقام المجلس الأعلى للآثار بالطعن أمام محكمة استئناف القاهرة مستندا على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد لعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

رفضت المحكمة دعوى البطلان التي أقامها المجلس، ووضعت مبدأ عاما مقتضاه صحة شرط التحكيم الذي تدرجه الدولة أو الأشخاص العامة سواء ورد في عقودها المدنية أو الإدارية، مستندة على نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 -ذكرت سابقا- و هو ما يتفق مع الجهود المبذولة من الدولة المصرية لجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال، وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين العرب والأجانب عن طريق تنظيم قواعد التحكيم لكي تلائم طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها.

كما استندت المحكمة على اعتراف المادة 58 من قانون مجلس الدولة ضمنا بشرط التحكيم والصلح في العقود الإدارية، ولا يجوز الاستناد إلى المادة العاشرة منه للقول بغير ذلك لأنها لم تقض بحظر شرط التحكيم في العقود الإدارية، بل المقصود منها بيان الحد

[1] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 177.
[2] حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في 19 مارس 1997، قضية رقم 64، سنة 113 قضائية.

الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء المدني، فضلا عن أن المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم قضت بإلغاء أي نص يخالف أحكامه.[1]

ولقد أثار هذا الحكم جدلا كبيرا لأن المحكمة ناقضت موقف القضاء الإداري فالبعض أيده واعتبره خطوة هامة نحو تطور موقف القضاء المصري من التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وقد يكون للمحكمة دور كبير يشبه الدور الذي تلعبه محكمة استئناف باريس في تدعيم قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، وهذا يعطي ثقة كبيرة للمتعاملين في التجارة الدولية في اللجوء إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري.[2]

والبعض الآخر انتقده لافتقاده البناء القانوني لأسس قضائية، وإقامته على اعتبارات أخرى مثل تهيئة مناخ الاستثمار وجذب رؤوس الأموال، كما أهدر الحكم التفسير الصحيح لنص المادة 58 من قانون مجلس الدولة[3]، وذهب إلى أن المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم قضت بإلغاء أي نص قانوني يخالف أحكامه، ملمحا إلى إهدار نصوص الولاية والاختصاص الوارد بقانون مجلس الدولة وهي من النظام العام، ولم يقصد المشرع ذلك بهذا النص.[4]

وردا على هذا الحكم أصدرت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة فتوى في أفريل 1997 أكدت بمقتضاه أن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن تنفيذ عقود الدولة، وأنه لا يسوغ الاحتكام إلى محكمة غير مختصة بنظر المنازعات التي تنشب في مجال هذه العقود، كما أنه من المقرر قانونا أن حجية الأمر المقضي لا تثبت إلا حين يكون لجهة القضاء الولاية في إصدار الحكم، فإن انتفت ولايتها لم يجز حكمها.[5]

---

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 127-128.

[2] مراد محمود المواجدة: المرجع نفسه، ص 128-129.

[3] "... ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

[4] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 129.

[5] جورجي شفيق ساري: المرجع السابق، ص 181.

ثانيا: موقف القضاء الإداري وهو ما يتمثل في الأحكام الصادرة عن محكمتي القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا ومجلس الدولة.

فلقد عرضت على محكمة القضاء الإداري عدة قضايا تمثلت في طعون من جانب الدولة والأشخاص المعنوية العامة في صحة شرط التحكيم كانت قد وافقت على إدراجه في العقد عند إبرامه، وكانت المحكمة تقبل الطعن وتحكم ببطلان شرط التحكيم طبقا للمبدأ السائد بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، عدا بعض الأحكام القليلة التي قضت فيها بصحة شرط التحكيم.

من الأحكام التي لم تجز فيها محكمة القضاء الإداري اللجوء إلى التحكيم نجد الحكم الصادر في 20 يناير 1991 [1] في النزاع المتعلق بنفق الشهيد أحمد حمدي وتلخصت وقائعه في أنه تم إبرام عقد في 18 أكتوبر 1975 بين شركة المقاولون العرب وسير وليام هالك رو وشركائه من أجل القيام بأعمال التصميم والإنشاء وبتاريخ 11 مارس 1976 تم إبرام عقد بين وزارة الإسكان والتعمير بصفتها المالك وصاحب العمل وبين الاتحاد المكون من كل من شركة المقاولون العرب وشركة تارماك الإنجليزية عبر البحار المحدودة من أجل القيام بعمل محدد يتمثل في إجراء أعمال أبحاث التربة اللازمة والتصميم والتنفيذ والصيانة للنفق.[2]

تم التسليم الابتدائي للنفق في 31 مارس 1982 والنهائي بعد انتهاء فترة الصيانة في 30 جوان 1983، ونقلت ملكية النفق من وزارة التعمير إلى هيئة قناة السويس، إلا أنه تبين لها بعض العيوب التي قد تهدد سلامته وعمره نتيجة تأثير الأملاح المحيطة به والمتسربة بداخله، وتم تحديد مسؤولية شركة المقاولون العرب والاتحاد المكون منها والشركة الإنجليزية والممثل القانوني للشركة المصممة والمشرفة على التنفيذ باعتبارهم قاموا بأعمال المهندس والمقاول، فأقامت الدعوى ضدهم.

[1] حكم محكمة القضاء الإداري، صدر بجلسة 20 يناير 1991، الدعوى رقم 5429، سنة 43 قضائية.
[2] حمدي ياسين عكاشة: العقود الإدارية في التطبيق العملي،دار النهضة العربية، القاهرة،دون تاريخ نشر،ص113-114.

دفع المدعين بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم في المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد، ودفعت شركة تارماك الأمريكية بعدم اختصاص القضاء الإداري ولائيا بنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم بين طرفي النزاع، وهو ما دفع به أيضا المهندسون الاستشاريون العرب.[1]

تصدت المحكمة للدفع بعدم الاختصاص الولائي وبعدم القبول لوجود شرط التحكيم، ورفضته في حكمها الصادر في 20 يناير 1991، وأكدت بطلان هذا الشرط ووجوب الالتفات عنه لعدم جوازه في ظل وجود نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة لسنة 1972.

وأرست المحكمة المبدأ المتمثل بأن "شرط التحكيم في منازعات العقد الإداري لا يقوي على سلب اختصاص مجلس الدولة بنظر تلك المنازعات التي حددها قانون مجلس الدولة، ويتعين الالتفات عنه".[2]

ومن الأحكام التي أجازت فيها محكمة القضاء الإداري شرط التحكيم نجد الحكم الصادر في 28 يناير 1996[3]، وتتلخص وقائع هذه الدعوى بأن وزير الأشغال العامة والموارد المائية أقام دعواه ضد ممثلي مجموعة الشركات الأوروبية المنفذة لمشروع قناطر اسنا، طالبا الحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر في 15 يناير 1994 في القضية رقم 29 لسنة 1993 المقامة أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري.

دفع المدعي ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقد، وبعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى لتعلقها بعقد إداري لا شبهة فيه بين الطرفين، حيث يختص بنظر ما ينشأ عنه من منازعات مجلس الدولة وقضت هيئة التحكيم برفض الدفع المقدم من الوزارة وباختصاصها بنظر النزاع المطروح عليها.

---

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 131-132.

[2] نفس المرجع، ص 132.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة 1996/01/28، في الدعوى رقم 4188 لسنة 48 قضائية.

ورأت المحكمة بعد استعراضها وقائع الدعوى وقانون المرافعات أن حكم هيئة التحكيم المتمثل برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع لا تنتهي به الخصومة وانتهت المحكمة إلى عدم انتهاء الخصومة في قضية التحكيم رقم 29 لسنة 1993، والذي صدر الحكم فيها في الدفع محل النزاع، ورأت المحكمة أنه من المتعين القضاء بعدم قبول الدعوى.[1]

بالنسبة لمجلس الدولة فموقفه من أكثر المواقف تشددا في مسألة عدم جواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، باعتباره بقي الحارس الأمين الذي يدافع عن هذه الفكرة في جل أحكامه، مقتديا بذلك بموقف مجلس الدولة الفرنسي مع أنه يوجد في قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 ما يقطع صراحة بجواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في منازعاتها الناشئة عن عقودها ذات الطابع الدولي، حيث ألزمت المادة 58 الوزارات والهيئات العامة أو أية مصلحة من مصالح الدولة بأن لا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة.[2]

المطلب الثالث: موقف المشرع والقضاء الجزائري.

لقد كان موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية أكثر مرونة مقارنة بالتحكيم الداخلي ومر بمراحل عدة، ولقد ساير القضاء الجزائري موقف المشرع في هذه المسألة.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري.

مر نظام التحكيم في الجزائر بعدة مراحل يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل:

أولا: المرحلة الممتدة من الاستقلال سنة 1962 إلى غاية سنة 1969، حيث جاء الباب التاسع من اتفاقية إيفيان تحت عنوان "إعلان مبادئ التعاون من أجل استثمارات باطن الأرض بالصحراء"، والذي يعالج موضوع التحكيم بالنص على أن "جميع التنظيمات

[1] مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 133.
[2] نفس المرجع، ص 137.

المخالفة والدعاوى والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المنصوص عليها في الباب الأول يتعين عرضها على محكمة تحكيم دولية..."[1]

كما أن الاتفاق الخاص بتسوية المنازعات قد تطرق إلى هذه التسوية عن طريق المصالحة أو التحكيم وذلك في حالة عدم وجود اتفاقا لرفع الدعاوى أمام القضاء، وتستطيع كل من الدولتين الالتجاء إلى محكمة العدل الدولية.[2]

الملاحظ من الإعلان سابق الذكر أن اختصاص مجلس الدولة الفرنسي المنصوص عليه في قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 قد استبدل باختصاص محكمة التحكيم الدولية لعدم وجود محكمة إدارية في الجزائر، لأن المنطق يقتضي نقل الاختصاص لهذه الأخيرة.

ويرجع سبب قبول الجزائر عرض اتفاقية إيفيان-أي التحكيم بدل مجلس الدولة-رغم رفضها نظريا التحكيم، إلى أن الهدف منه هو التخلص من النظام القانوني الفرنسي وهذا بالأخذ بالتحكيم كمرحلة مؤقتة، لكن الواقع أن تلك المرحلة طالت، وإذا كانت الجزائر قد لجأت إلى التحكيم مع بعض دول العالم الثالث فمبرر ذلك آنذاك هو معاملة هذه الدول على أساس أنها متساوية السيادة، وبالتالي لا يؤثر التحكيم عليها وإن كان هذا المبرر غير كاف ما دامت السيادة فوق كل اعتبار.[3]

في 14 ديسمبر 1963 صدر مرسوم تحت رقم 364/63 مطبقا لاتفاقية إيفيان، إذ تعلق باتفاق جزائري فرنسي يخص موضوع التحكيم، حيث تحيل المادة الأولى منه فيما يخص تنظيم وسير عمل محكمة التحكيم إلى الباب الرابع من الإعلان سابق الذكر، غير أنها حددت بصفة دقيقة محل سكرتارية محكمة التحكيم الدولية بأن جعلته في الجزائر.[4]

في 19 أكتوبر 1968 أبرمت "سوناطراك" الجزائرية وجيتي Getty الأمريكية اتفاقية خاصة بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر تضمنت عدة أحكام لكيفية تسوية

[1] قمر عبد الوهاب: المرجع السابق، ص 240.
[2] عمار معاشو: النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1989 ،ص 121.
[3] محمد كولا: المرجع السابق، ص13.
[4] قمر عبد الوهاب: المرجع السابق، ص 241.

المنازعات بين الطرفين، حيث أشارت إلى عدة طرق من بينها التوفيق والتحكيم رغم وجود قانون الإجراءات المدنية الذي يمنع لجوء المؤسسات العامة إلى التحكيم، فكيف يتم نظام تسوية النزاعات حسب هذا الاتفاق؟

لقد نصت أحكام هذا الاتفاق على ثلاث طرق أساسية لتسوية النزاعات هي:

1- عرض النزاع على مجلس الإدارة وهو مجلس مشترك لهذه الشراكة والذي يصدر قرارا بأغلبية ثلاث أرباع الحاضرين أو الممثلين حسب نص المادتين 56 و 57 من الاتفاق المذكور.

2- إعمال إجراء المصالحة حسب نص المادة 57.

3- إذا لم تنجح المصالحة يحق لكل طرف اللجوء إلى التحكيم حسب نص المادة 58 من الاتفاق.

واعتبر هذا الاتفاق الجزائر مقرا لإجراء التحكيم، ولرئيس المحكمة العليا دور في تعيين المحكم الثالث وهو ما يخدم شركة سوناطراك أكثر.[1]

ثانيا: المرحلة التي سايرت النظام الاشتراكي: بعد فشل التجربة الجزائرية في مواجهة ممارستها للسيادة من خلال اتفاقية 1962 واتفاق 1963 وبدرجة أقل اتفاق 1968 تفطنت الجزائر إلى هذه الحالة فكرست أكثر مبدأ العداء للتحكم حيث لجأت إلى عملية التأميم وذلك بإصدار الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12 أفريل 1971[2] المعدل للقانون البترولي لسنة 1958، لا سيما المادة 71 منه، فأممت قطاع المحروقات بنسبة 51% وأكدت بذلك على مبدأ سيادتها على الثروات الطبيعية من حيث خلق شركات المشروع المشترك وأصبحت تأخذ بمبدأ المشاركة.[3]

[1] محمد كولا: المرجع السابق، ص 18-19.

[2] الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 1971/04/12 المتضمن تعديل الأمر رقم 11/11/58 المؤرخ في 1958/11/22 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة قنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية للجمهورية لجزائرية، العدد 30، السنة الثامنة، بتاريخ 1971/04/13، ص 492.

[3] محمد كولا: المرجع السابق، ص 23.

وقد نصت المادة السابعة من الأمر سالف الذكر على إخضاع المنازعات المتعلقة بالجباية البترولية لاختصاص المحكمة العليا أولا وأخيرا، حيث تدعم هذا الموقف بقانون المالية لسنة 1972.[1]

وباستقراء بعض العقود التي أبرمتها الجزائر منذ 1971 إلى غاية 1983 يمكن أن نستنتج تذبذب موقف المشرع الجزائري، رغم إخضاعه مبدئيا المنازعات للقضاء الوطني إلا أن الواقع يبين عكس ذلك، حيث نجد أن من العقود التي نصت على شرط التحكيم لفض المنازعات رغم رفض التحكيم، العقد المبرم بين شركة رفينة وشركة سونباك، حيث جاء فيه ما يلي: يسري على هذا العقد القانون الجزائري، وفي حالة الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان إلى التحكيم عن طريق الغرفة التجارية الدولية بباريس ويتم اختيار المحكمين حسب هذا النظام، ويفضل أن يكون محل التحكيم بالجزائر.[2]

كما نص الاتفاق الجزائري المغربي حول النقل الجوي على شرط التحكيم في حالة النزاع، وكذلك الاتفاق الجزائري مع غينيا بيساو المتعلق بالنقل الجوي والموقع عليه بمدينة الجزائر بتاريخ 1975/02/05 المتضمن شرط التحكيم كوسيلة لحل النزاع.

وفي المقابل أخذت الجزائر بأولوية القضاء والقانون الوطنيين في بعض العقود، إذ نجد العقد المبرم بين الجزائر وشركة CFPA الفرنسية الذي بموجبه تم إنشاء شركة مختلطة ALREP، وكذلك بعض العقود التي أبرمتها الجزائر مع توتال الجزائر في 1971/08/17 والعقد المبرم مع سوفربال وسوفيتال الفرنسيتين.[3]

رغم هذا التذبذب فقد بينت الدراسات التي أجريت في هذا المجال أن أغلب العقود المبرمة تأخذ بأولوية القانون والقضاء الوطنيين على حساب التحكيم، مما يجعل القول بأن الرجوع إلى التحكيم حسب القوانين الجزائرية هو استثناء من الأصل.[4]

---

[1] الأمر رقم 86/71 المؤرخ في 1971/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1972، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 108، السنة الثامنة، ص 187.

[2] عمار معاشو: المرجع السابق، ص 125.

[3] محمد كولا: المرجع السابق، ص 25.

[4] عمار معاشو: المرجع السابق، ص 118.

مع بداية الثمانينات كرس التحكيم في العقود الدولية بموجب الاتفاق بين فرنسا والجزائر سنة 1982، والذي أدى إلى ظهور هذا النظام لأول مرة سنة 1983، حيث أنه وفي إطار المعاهدات الثنائية لأجل حل منازعات المؤسسات المختلطة، وبمقتضى الاتفاق المبرم في 27 مارس 1983 قبلت الجزائر التحكيم في إطار حل النزاعات التي تنشأ بين المؤسسات العمومية الجزائرية وشركائها العموميين أو الخواص الفرنسيين.[1]

لهذا فإن تبني القانون الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي جاء في مرحلة متأخرة، إذ أن قانون الإجراءات المدنية (الأمر 66-154) المعدل والمتمم كان إلى وقت قريب يرفض هذا النظام، ويمكن ملاحظته من خلال المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية سابقة الذكر التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء.

ثالثا: التحكيم في ظل الإصلاحات الاقتصادية الجديدة: بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر في 25 أفريل 1993 خضعت الفقرة الأخيرة من المادة 442 إلى التعديل، حيث أصبحت صياغتها الجديدة "... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

يلاحظ إذن من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري قد عدل وبشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى، وذلك حينما أعلن بشكل صريح عن إمكانية لجوء هذه الأشخاص إلى نظام التحكيم في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية.[2]

كما أضافت المادة الثانية من المرسوم التشريعي 09/93 فصلا كاملا يتضمن 29 مادة (المواد من 458 مكرر إلى 458 مكرر 28).

ليأتي بعد ذلك القانون 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لينص في المادة 1006 على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء

---

[1] Mahiou Ahmed: l'arbitrage en algérie, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume XXVII, décembre, 1984, p 702.

[2] عدلي محمد عبد الكريم: المرجع السابق، ص 183.

إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".[1]

وقد تم تكريس التحكيم من خلال نص المشرع الجزائري في مقام الضمانات الممنوحة للمستثمرين من خلال المادة 17 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمارات إذ تنص على أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالتحكيم والمصالحة أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح في للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناءا على تحكيم خاص".

كما كرس التحكيم في العقود الدولية ذات الطابع الدولي من خلال القانون المتعلق بالمحروقات رقم 07/05 المؤرخ في 18 أفريل 2005 حيث جاء في مادته 58 ما يلي: "يسوي كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينسجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد.

في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.[2]

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري.

لقد ساير القضاء الجزائري موقف المشرع المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها، فقد رضيت الجزائر بالتحكيم في كثير من عقودها التجارية الدولية، حيث أنه وفي 17 عقدا من عقود التجارة الدولية فإن عشرة عقود تضمنت شرطا تحكيميا يحيل إلى غرفة التجارة الدولية، و أربعة

[1] نفس المرجع، ص 183.
[2] نفس المرجع، ص 184.

عقود فقط أحلت النزاع إلى القضاء، ثلاثة منها إلى القضاء الجزائري و واحد إلى القضاء الإنجليزي.[1]

و مهما يكن من أمر فالجزائر عرفت التحكيم بشكل محتشم، و من أمثلة النزاعات المعروضة على القضاء الجزائري النزاع الذي ثار بين المؤسسة الجزائرية société DIALIM IMPORT و الشركة اليوغسلافية RUDNAP EXPORT، حيث أنه و بعرض النزاع على المحاكم الجزائرية أصدر مجلس قضاء الجزائر قراره رقم 119 بتاريخ 04 جويلية 1973، و الذي فصل فيه بالنزاع مستندا إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية ومقررا عدم الاختصاص بالموضوع، و بالتالي اعترف بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف، وهو ما أحدث أثر المنع الذي ينزع الاختصاص من محاكم القضاء الجزائري.[2]

[1] عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم- التحكيم في البلاد العربية-، الجزء الأول، دار المعارف، 1998، ص266.
[2] قمر عبد الوهاب: المرجع السابق، ص248.

خـــاتمة

خـــاتمة

إنَ التوسع في اللجوء إلى التحكيم إن من حيث الأشخاص أو الموضوع يعتبر من أهم الظواهر المعاصرة في نطاق آليات حل المنازعات الناشئة في إطار العلاقات القانونية الداخلية أو الدولية، و قد اكتسبت هذه الظاهرة فعاليتها القصوى بتقبل الاجتهاد القضائي في معظم الدول و خصوصا الغربية منها لفكرة توسيع نطاق القابلية الشخصية للتحكيم، وكذلك عدم ممانعته بل إقراره والترحيب به.

حيث يلاحظ مدى التطور الحاصل في مجال القابلية الشخصية للتحكيم سواء في ذلك قابلية الأشخاص الطبيعيين و المعنويين الخصوصيين أو المعنويين العامين، إلى درجة وصلت حد دفع الدول قسرا إلى تبني تشريعات توسع نطاق القابلية الشخصية للتحكيم و هذا لتأمين الأرضية التشريعية الملائمة للاستثمارات وتدفقات رؤوس الأموال و هو ما حصل مع المشرع الفرنسي سنة1986 عقب صدور الرأي الاستشاري عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية والت ديزني المذكورة سابقا، وأعقبه قرار المشرع الجزائري بتعديل المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وهذا من خلال المرسوم التشريعي 09/93 بالإضافة إلى إصدار المشرع المصري للقانون رقم 27 لسنة 1994.

لقد ترتب على هذه الاتجاهات تحول كبير في سيادة الدول من الإطلاق إلى النسبية وهو ما يتلاءم مع متطلبات العولمة، حيث أن التحكيم الدولي أداة من أدواتها ومن البديهي أن تطبع العولمة النظام القانوني و القضائي بطابعها الخاص و تجعله ينسجم مع توجهاتها.

و قد أصبحت هناك علاقة ارتباط شديدة الوثاق بين الأشخاص الخاصة الأجنبية وظاهرة العولمة و التحكيم الدولي بصفته أحد أدواتها، وما إجبار الدولة والأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية إلا نتاج هذه العلاقة، على الرغم من الرفض الدائم من قبل الدول النامية لقبول هذه الفكرة ولم يقتصر الأمر على هذه الدول حيث أن هناك دولا متقدمة حاولت رفض هذا الاتجاه ولكنها لم تقدر على الصمود في مواجهته كفرنسا.

عندما أجبرت الدول النامية على اللجوء إلى التحكيم في تلك العقود خسرت العديد من قضاياها، و لم يكن ذلك نابع عن مؤامرة حاكها الغرب ضدها، و إنما خسرتها بسبب ما

يعتري قوانينها و نظمها من عيوب تبدت لدى المحكمين الذين نظروا في هذه القضايا وهم مدفوعون وراء مصالح الأشخاص الأجنبية الخاصة.

هذه الدراسة خلصت إلى مجموعة من التوصيات تعمل على تحقيق فاعلية التحكيم وقراراته سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، تمثلت في:

- على الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها احترام تعهداتها و التزاماتها التعاقدية فيما يتعلق بشرط التحكيم، وألا تقوم بأعمال تؤدي إلى تعطيل التحكيم و الحد من فاعليته، كأن تدفع بعدم صحة شرط التحكيم بسبب نقص أهليتها في هذا الشأن لأن قانونها لا يسمح لها باللجوء إليه، أو أن تتذرع بالحصانة السيادية أو القضائية، حيث أنها ما دامت قد وافقت على اللجوء إليه عند إبرام العقد، فإن ذلك يكون ملزما لها ولهيئاتها العامة حتى ولو كان قانونها الداخلي يحظر عليها ذلك، وإذا ما لجأت الدولة لهذه الأساليب فإنها ستفقد مصداقيتها وبالتالي تحجم الأشخاص الخاصة الأجنبية عن القدوم للاستثمار لديها.
- على المشرع الجزائري إعادة النظر في قانون التحكيم المدرج ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وخاصة الفقرة الثانية من المادة 1006، والتي أجاز فيها للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية حيث أنه لم يبين ما إذا كان يقصد الصفقات العمومية الدولية أم الوطنية، ذلك أنه وبتركها على عموميتها فهو يجيز جر الدولة إلى التحكيم من قبل المتعاملين الوطنيين.
- يجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة العمل على إشراك رجال القانون المتخصصين في المفاوضات السابقة لإبرام العقود الدولية، و هذا لمراعاة الأشكال الواجب اتخاذها عند الإبرام، وكذا لما يتمتع به هؤلاء القانونيين من خبرة في هذا المجال، والتي تجعل من العقد محكم الصياغة و يتجنب أي ثغرات قد تستغل ضدها وما القضايا التحكيمية التي خسرت فيها الجزائر ملايير الدولارات إلا دليل على ذلك كقضية أناداركو الأمريكية التي تحصلت على 4.4 مليار دولار كتعويضات بعد لجوئها للتحكيم الدولي بسبب قانون المحروقات 2006 الذي أقر برفع الضرائب على الأرباح النفطية.

المراجع باللغة العربية:

المراجع العامة:

- إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة 2005.
- أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.
- أحمد شرف الدين: طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار –تشخيص الحالة المصرية-مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة 1993.
- أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2006.
- حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- حمدي ياسين عكاشة: العقود الإدارية في التطبيق العملي،دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- لزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي: دار هومة، الجزائر.
- محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.
- محمد ماجد محمود: مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، مطبوعات وزارة العدل، الكويت، 1997.
- محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004.
- محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
- ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة أولى، مصر، 1996.

- موسى شحاته: القانون الإداري، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، الطبعة الأولى، 1996.
- عبد الحميد الأحدب: التحكيم أحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل.
- عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم-التحكيم في البلاد العربية-، الجزء الأول،دارالمعارف،1998.
- عمار معاشو: النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1989.
- فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى/الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- يوسف سعد الله الخوري: مجموعة القانون الإداري، الجزء الثاني، المنشورات الحقوقية، بيروت، 1999.

المراجع المتخصصة:

- إياد محمود بردان: التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.
- جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى القاهرة،1997.
- حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2010.

- عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، دون ناشر،1998.
- عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- قمر عبد الوهاب: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري دار المعرفة.
- سامية راشد: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار منشاة المعارف، مصر 1984.

المذكرات والرسائل:

- عدلي محمد عبد الكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد كلية الحقوق والعلوم السياسية،تلمسان،2010 /2011.
- عمار معاشو: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية،1998.

المقالات:

- محمد كمال منير: مدى جواز الاتفاق على التحكيم الاختياري في العقود الإدارية مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية العدد الأول، 1991.
- سعيد الستاتي: التحكيم في العقود الإدارية، مقال منشور في موقع برلمان.com

الأحكام القضائية:

- حكم محكمة القضاء الإداري، صدر بجلسة 20 يناير 1991، الدعوى رقم 5429، سنة 43 قضائية.

- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة 1996/01/28، في الدعوى رقم 4188 لسنة 48 قضائية.
- حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في 19 مارس 1997، قضية رقم 64، سنة 113 قضائية.

النصوص القانونية:

- الأمر 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 1971/04/12 المتضمن تعديل الأمر رقم 11/11/58 المؤرخ في 1958/11/22 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة قنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية للجمهورية لجزائرية، العدد 30، السنة الثامنة، بتاريخ 1971/04/13.
- الأمر رقم 86/71 المؤرخ في 1971/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1972، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد، 108 السنة الثامنة.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق 26 سبتمبر سنة1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام1429 الموافق25 فبراير سنة2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993.
- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
- القانون المدني المصري.
- القانون المدني الفرنسي.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- نظام غرفة التجارة الدولية.

الإتفاقيات:

- مرسوم رئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، جريدة رسمية، عدد 48 لسنة 1988.

المراجع باللغة الأجنبية:

الكتب:

- Cohen (Daniel): arbitrage et sociétés L.G.D.J Paris 1992.
- David(R) :L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris 1982.
- De boisséson (Mathieu): le droit français de l'arbitrage interne et international GLN. Paris 1990.
- Mahiou Ahmed: l'arbitrage en algérie, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume XXVII, décembre, 1984.
- Mayer (pierre): Droit international privé. Manchester, 6ème édition, Paris 1998.
- Terki Nour eddine: L'arbitrage commercial international en Algérie OP, Alger 1999.

المجلات:

- journal de droit international.

فهـــرس

مقدمة..... **01**

المبحث التمهيدي: التحكيم و عقود الدولة "دراسة في المفاهيم"..... **02**

المطلب الأول: مفهوم التحكيم.....

الفرع الأول: تعريف التحكيم.....

الفرع الثاني: مميزات و سلبيات التحكيم.....

المطلب الثاني: أنواع التحكيم.....

الفرع الأول: التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري.....

الفرع الثاني : التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي.....

الفرع الثالث: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي.....

المطلب الثالث: التحكيم و قضاء الدولة و عقودها.....

الفرع الأول: التحكيم و قضاء الدولة.....

الفرع الثاني: عقود الدولة.....

الفصل الأول: القابلية الشخصية للتحكيم.....

المبحث الأول: أهلية الأشخاص الخصوصيين للجوء إلى التحكيم و القانون الواجب التطبيق عليها.....

المطلب الأول: أهلية و سلطة الأشخاص الخصوصيين للجوء إلى التحكيم.....

الفرع الأول: أهلية الأشخاص الطبيعيين للجوء إلى التحكيم.....

الفرع الثاني: أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة للجوء إلى التحكيم.....

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية و سلطة الأشخاص الخصوصيين.....

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على أهلية و سلطة الأشخاص الطبيعيين.....

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية و سلطة الأشخاص المعنوية الخاصة.....

المبحث الثاني: أهلية الدولة و الأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم و القانون الواجب التطبيق عليها.....

المطلب الأول: أهلية الدولة و الأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم.....

الفرع الأول : أهلية الدولة و الأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم في إطار العلاقات القانونية الداخلية.....

الفرع الثاني: أهلية الدولة و الأشخاص العمومية باللجوء إلى التحكيم في إطار العلاقات الدولية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية.....
الفرع الأول: المبدأ واستثناءاته.....
الفرع الثاني: التطبيقات التحكيمية.....
الفصل الثاني: تطبيقات القابلية الشخصية للتحكيم على عقود الدولة.....
المبحث الأول: موقف الفقه من التحكيم في عقود الدولة.....
المطلب الأول: موقف الاتجاه المعارض للتحكيم في عقود الدولة.....
الفرع الأول: اصطدام التحكيم في عقود الدولة مع سيادتها.....
الفرع الثاني: التحكيم في عقود الدولة يعتبر اعتداءا على اختصاص القضاء الإداري.....
الفرع الثالث: التحكيم في عقود الدولة يتعارض مع نظرية العقد الإداري.....
المطلب الثاني: موقف الاتجاه المؤيد للتحكيم في عقود الدولة.....
الفرع الأول: عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة و سيادتها.....
الفرع الثاني: عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة و اختصاص القضاء الإداري.....
الفرع الثالث: عدم وجود أصل قانوني يبرر رفض فكرة التحكيم في عقود الدولة.....
المبحث الثاني: موقف بعض الأنظمة القانونية المقارنة من التحكيم في عقود الدولة.....
المطلب الأول: موقف المشرع و القضاء الفرنسي.....
الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي.....
الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي.....
المطلب الثاني: موقف المشرع و القضاء المصري.....
الفرع الأول: موقف المشرع المصري.....
الفرع الثاني: موقف القضاء المصري.....
المطلب الثالث: موقف المشرع و القضاء الجزائري.....
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري.....
الفرع الثاني:موقف القضاء الجزائري.....
خاتمة .....
قائمة المراجع.....
الفهرس.....