لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم

غني أمينة
طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة وهران2، محمد بن احمد

مقدمة:

كان الأفراد قبل ظهور الدولة، يفضون نزاعاتهم عن طريق التحكيم، بسبب عدم وجود هيئة رسمية تتولى ذلك، و بعد إنشاء هذه الأخيرة أصبحت السلطة القضائية هي التي تتولى هاته المهمة، وبقي التحكيم طريقا بديلا، يلجأ إليه الأفراد بإرادتهم الحرة أو بموجب نصوص قانونية، بل وقد أصبح الوسيلة المفضلة للكثيرين، خاصة منهم أولئك الذين يعملون في حقل التجارة، وعندما تتعدى العلاقة حدود الدولة التي ينتمون إليها، ولم يقتصر التحكيم على الأفراد، بل تعداه إلى الأشخاص المعنوية العامة، هذه الأخيرة، وإن كانت التشريعات و القضاء على حد سواء قد وضعوا لها قضاء خاصا بها، نظرا لارتباط أعمالها بمبدأ المشروعية، وضرورة تحقيقها للمصلحة العامة، إلا أن هذا لم يمنع من لجوئها إلى التحكيم لفض منازعاتها .

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية هذه الدراسة في أن اللجوء إلى التحكيم و اتساع آفاقه قد أصبح من أهم الظواهر القانونية المعاصرة [1] ، و ذلك بسبب تطور العلاقات الاقتصادية والانفتاح نحو اقتصاد السوق، من جهة، ولاعتبار أنه يعد من أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين الأطراف خارج النطاق القضائي[2] ، لتميزه بالسرية والسرعة في البت وتفعيله لمبدأ سلطان الإرادة ، من جهة أخرى، ولقد شمل هذا الاتساع مجالات متعددة ، حتى تلك التي كانت غير

[1]- علي سليمان الطماوي ، (مدى تأثر نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم : دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2012 ، ص.11.

[2]- إبراهيم حسن الملا ، قضاء التحكيم في اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة ، دور المحكمة الاتحادية العليا في تطوير الفكر القضائي الإماراتي ، مجموعة أوراق بحثية أعدت بمناسبة الاحتفال بمرور أربعين عاما على إنشاء المحكمة ، أبو ظبي ، 2013 ،ص. 17.

قابل للانفتاح ، إذ أنه لم يعد مقتصرا على المنازعات المدنية و التجارية [3]، بل تعدى حدود الدولة ومختلف الأشخاص المعنوية العامة الأخرى .

إشكالية الدراسة :

إذا كان اللجوء إلى التحكيم وحتى وقت قريب محظورا على الأشخاص المعنوية العامة، ومرد ذلك هو أنه مخالف لسيادة الدولة، باعتبار أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة التي لا يجوز للدولة أن تتنازل عنها [4]، فإن السؤال المطروح هو :

هل إجازة لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم يعد تنازلا عن السيادة؟

المنهج المتبع :

اعتمدنا في هذه الدراسة على المناهج التالية :

المنهج التحليلي: و يظهر ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية و كذا الآراء الفقهية .

المنهج المقارن: اعتمدنا على المنهج المقارن ، نظرا لحداثة هذه الدراسة في التشريع الجزائري، وخاصة أمام عدم وجود اجتهاد قضائي لمجلس الدولة الجزائري أو المحكمة العليا في هذا المجال .

المنهج التاريخي: استعرضنا في هذه الدراسة تطور إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم والتي تأرجحت ما بين الحظر المطلق والإباحة النسبية .

الخطة المتبعة : من أجل الإحاطة بجميع جوانب هذه الدراسة ، قمنا بتقسيمها إلى مبحثين :

المبحث الأول ، و تطرقنا فيه إلى لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم بين الحظر و التقييد .

أما المبحث الثاني ، فتناولنا فيه : خضوع لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم للرقابة القضائية .

---

[3]- خلف الله كريمة ، (منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري) ، مذكرة ماجستير ، تخصص التنظيم الاقتصادي ، القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، 2013 ، ص.66 .

[4]- عدلي محمد عبد الكريم ، " خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 04 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2010 ، ص.210 .

المبحث الأول : لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم بين الحظر و التقييد

تباينت الآراء واختلفت التشريعات وتناقض الاجتهاد القضائي حول مسألة لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وبين الحظر والإباحة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى منح الأشخاص المعنوية العامة الحرية إذا ما أرادت اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتها لكن تحت طائلة قيود وشروط فرضتها بعض التشريعات .

المطلب الأول : حظر لجور الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

قبل التطرق إلى مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم (Principe de prohibition de l'arbitrage) ، وجب علينا البحث عن المقصود بالأشخاص المعنوية العامة، هل هي نفسها الأشخاص المعنوية العامة التقليدية، المتمثلة في الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؟ أم تمتد لتشمل حتى الأشخاص المعنوية التي تخضع للقانون الخاص ؟

بالرجوع إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1957، بقضية الشركة الوطنية لبيع الفوائض SNVC، نجد أنه قد قضى بأن المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري، هي أيضا معنية بمبدأ الحظر، وجاء تبريره لهذا المنحى كالتالي: " حيث وإن كانت الشركة محل النزاع، هي مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، فإن ذلك لا ينفي عنها صفة المؤسسة العمومية، وبالتالي فإنه يطبق عليها مبدأ الحظر"[5]، غير أنه تراجع عن هذا المبدأ وأجاز لهذا النوع من المؤسسات إمكانية اللجوء إلى التحكيم .

كما أنه و بالرجوع إلى قضية جمعية الشركات الإيطالية Dipenta وL.E.S.I ضد الجزائر، نجد بأنه قد تم القضاء بأن الوكالة الوطنية للسدود ANB ، وبالرغم من أنها مؤسسة مستقلة وتتمتع بالشخصية المعنوية، إلا أن هذا لا يعني انتفاء مسؤولية الدولة [6].

[5]-Jacques Ribs , « Ombre et incertitude de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français » , La Semaine Juridique , Edition Générale , n°41 ,10 Octobre 1990 , Doctr.3465,N°05.
[6]-http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن الوكالة الوطنية للسدود كانت تعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، وذلك بمقتضى المرسوم رقم 163/85[7]، لكنها أصبحت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 101/05، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، وأصبح يطلق عليها "الوكالة الوطنية للسدود و التحويلات ANBT"[8]، نلاحظ أن هذا التغيير في طبيعة الوكالة الوطنية للسدود جاء بعد ثلاثة أشهر فقط من إرسال الحكم التحكيمي المتعلق بقضية جمعية الشركات الإيطالية المذكور أعلاه.

الفرع الأول : تطبيقات مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

هذا المبدأ تم تأكيده من طرف مجلس الدولة الفرنسي، حيث كان يقضي ببطلان الشروط التي تتضمنها صفقات الأشغال وصفقات اللوازم والتي تنص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع بين المتعاقدين، نذكر من بين هذه القرارات، قرار كلوزار Clouzard، الصادر بتاريخ 17 جويلية 1896 ، حيث قام مجلس الدولة في هذه القضية بإلغاء أحد بنود دفتر الشروط ، المتضمن منح مجلس محافظة ايون L'yonne، الفصل بصفة تحكيمية في جميع النزاعات التي يمكن أن تثور بين الإدارة و المتعامل المتعاقد [9].

وكذا القرار الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1887 في قضية [10] Evêques de moulins ، بل وذهب إلى حد اعتباره من المبادئ العامة في القانون العام الفرنسي، وذلك في الرأي الصادر عنه بتاريخ 06 مارس 1986 بخصوص قضية اوروديزني Eurodisey، وذلك بالرغم من نص المادة 69 من القانون الصادر في 17 أفريل 1906 ، التي كانت تجيز للدولة والمحافظات و البلديات، اللجوء إلى التحكيم، من أجل تصفية نفقاتها المتعلقة بالأشغال العمومية والتوريدات، ووصل الحد بقضاة مجلس الدولة إلى إعدام أي قرار يتضمن لجوء

[7]-المرسوم رقم 163/85 ، المؤرخ في 11 /1985/06 ، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للسدود ، ج.ر ، عدد 25 ، مؤرخة في 1985/06/12.

[8]- المرسوم التنفيذي رقم 101/05 ، المؤرخ في 2005/03/23 ، المتضمن تعديل القانون الأساسي للوكالة الوطنية للسدود ، ج.ر ، عدد 21 ، مؤرخة في 2005/03/23.

[9]-Jacques Ribs ,Op.cit.

[10]- Edouard Laferriére, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux , Tome 2 , Librairie éditeurs ,2éme édition , Paris , P.153 .

الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وذلك في قرار ديباشي Debachy ، الصادر بتاريخ 22 جانفي 1937 [11].

الفرع الثاني : أسس مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

يقوم مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم على مجموعة من الأسس، وتتمثل في :

أولا : سيادة الدولة:

يرى الفقه أن اللجوء إلى التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة، ويظهر ذلك من خلال سلبه لاختصاص القضاء الوطني، الذي يعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ، من جهة، ومن جهة أخرى فإن استبعاد تطبيق القانون الوطني من طرف المحكم على النزاع من شأنه أيضا المساس بسيادة الدولة [12].

ثانيا : الحصانة القضائية

من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي العام، مبدأ تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، وذلك انطلاقا من فكرة السيادة والمساواة بين الدول، ويقصد به أن النزاع الذي يكون أحد أطرافه الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، لا يخضع لاختصاص قضاء دولة أجنبية [13].

ثالثا : النظام العام :

إن النظام العام من زاوية القانون الإداري يقصد به تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[14]، واعتبر مفوض الحكومة غازيي Gazier أن لجوء الإدارة إلى التحكيم من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة [15].

---

[11]-Jacques Ribs ,Op.Cit.

[12]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص.71 .

[13]- بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006 ، ص.385 .

[14]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،المرجع نفسه، ص. 75.

[15]-Jacques RIBS, Ibid.

رابعا : الاختصاص المطلق للقاضي الإداري

تساءل الفقيه لافريير Laferriére قائلا: "كيف يمكن للدولة أن تقبل بمحكمين في قضايا لا يسمح لها فيها حتى بقبول القاضي العادي ؟" [16].

فقد استقر التشريع و القضاء على أن تعهد المنازعات التي تكون أحد أطرافها أشخاص معنوية بالنظر إلى المعيار العضوي إلى القاضي الإداري .

فاختصاص القاضي الإداري بالنظر في المنازعات التي تكون أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها ، على اختلاف درجاته، هو من النظام العام، ويقع باطلا أي اتفاق على مخالفته، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

وقد ذهب البعض إلى اعتبار لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم فيه مساس بالدستور، على أساس أن هذا الأخير قد خول اختصاص الفصل في المنازعات الإدارية لجهات قضائية محددة [17].

المطلب الثاني : تقييد لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

سنتطرق في هذا المطلب إلى إجازة اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في التشريعات المقارنة (الفرع الأول) وإلى مدى تطبيق هذه الإجازة في التشريع الجزائري (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم على ضوء التشريعات المقارنة.

سنتناول في هذا الفرع التطرق للتغير الذي عرفه التشريع الفرنسي و المصري بالنسبة للتحكيم في القانون العام .

[16] - Edouard LAFERRIERE, Op.cit. P.152.

[17]- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص227.

أولا : التشريع الفرنسي

بدأ المشرع الفرنسي بالتراجع عن مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، خاصة بعدما أقره المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 2004، رقم 2004-506، حيث اعتبر أن مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم ليس له أي قيمة دستورية، هذا إلى جانب النصوص القانونية التي تجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم والمتمثلة في المادة 311-6 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، وكذا أحكام الأمر الصادر بتاريخ 17 جوان 2004، حيث أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى التحكيم في إطار عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص [18] ، إلا أن ذلك لاقى اعتراضا من قبل بعض الفقه .

أمام هذا التضارب التشريعي والفقهي والقضائي، قام وزير العدل بتاريخ 07 أفريل 2006، بإرسال رسالة إلى نائب رئيس مجلس الدولة، طلب من خلالها إنشاء فريق عمل من أجل تحديد شروط لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم بالنسبة لتسوية منازعاتهم، باستثناء تلك المتعلقة بالمنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية الانفرادية[19].

وانتهى هذا التقرير بمجموعة من النتائج مضمونها تعميم أهلية أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم من أجل تسوية منازعاتها التعاقدية[20].

ولقد اعتبر أغلب الفقه وسايره في ذلك القضاء بأن النصوص القانونية التي تمنع على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم غير مبررة وتسير ضد التيار وأن مفهوم الحصانة القضائية الذي أرست دعائمه مبادئ القانون الدولي العام ، قد أصبح محل جدل، وبرأيهم لا مانع من أن تلجأ الدولة أو إحدى الأشخاص المعنوية الأخرى إلى التحكيم [21].

---

[18]-Arbitrage et personnes publiques, Droit administratif, N°12 , Décembre 2006.

[19]-Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage, 13 Mai 2007 ,P.01.

[20] - Jacques Béguin,JérômeOrtscheidt , Christophe Seraglini , « Droit de l'arbitrage », La semaine juridique, Edition Générale , N°51-52, 19 Décembre 2007 ,doctr.216.

[21]- طالب حسن موسى ، " التحكيم التجاري الدولي : خيار أم فرض " ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد 29 ، العدد 01 ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2014 ، ص.05 .

وبالرغم من كل هذا بقي المشرع الفرنسي متمسكا بمبدأ الحظر، بل إنه ضيق من مجال لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم وأبقى عليه فقط فيما يخص عقود الشراكة ، المنصوص عليها في المادة 90 من المرسوم المؤرخ في 23 جويلية 2015 ، والتي ألغت إمكانية اللجوء إلى التحكيم في بعض النزاعات التي تطرأ بسبب بعض الصفقات العمومية [22].

ثانيا : التشريع المصري

لم يكن ينص المشرع المصري على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم من عدمه وذلك إلى غاية 1997، حيث نص صراحة على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم مع مراعاة بعض الشروط [23]، إذ نصت المادة 01 من الفقرة 02، من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية لسنة 1997، على أنه : " بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص ، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة و لا يجوز التفويض في ذلك " . [24]

و لقد اعترف القضاء المصري بجواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم قبل هذا التاريخ ، و ذلك في عدة قرارات نذكر منها : القرار الصادر عن محكمة القضاء الإداري ، بتاريخ 18 مايو 1987، وتتلخص وقائع القضية، في أنه تم إبرام عقد امتياز بين شركة أجنبية ووزارة التعمير والإسكان، وتضمن العقد في مواده، إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع بين الطرفين .

ولما حدث نزاع بينهما، طلبت الشركة من الوزارة عرض النزاع على هيئة التحكيم، طبقا لما تم الاتفاق عليه، إلا أن الوزارة لم ترد على طلبها، فاعتبرت الشركة سكوتها ردا ضمنيا بالرفض، على إثر ذلك قامت الشركة برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري طالبت من خلالها إلغاء قرار الرفض، فأصدرت المحكمة حكما يقضي بوقف تنفيذ القرار

---

[22]- Malik Laazouzi , « Marché de partenariat er arbitrage :L'arbitrage international des marchés de partenariat soumis au régime du code de procédure civile » , AJDA,2016 ,P.1163.

[23]- شريف يوسف خاطر ، " التحكيم في مجال العقود الإدارية : دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي و المصري " ، المؤتمر السنوي 16 حول : التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، جامعات الإمارات العربية المتحدة ، 28 و 30 أفريل 2008 ، ص.308 .

[24]- أشرف عبد العالي الرفاعي ، اتفاق التحكيم و المشكلات العلمية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2003 ، ص.ص.293-294 .

السلبي للوزارة، وهو ما اعتبره الفقه المصري اعترافا ضمنيا بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية [25].

وبالرغم من وجود هذا الاجتهاد القضائي الذي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم إلا أنه تم صدور قرارات مناقضة، رفضت لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم لفض منازعاتها نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 20 فيفري 1990 وكذا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1990 [26].

الفرع الثاني : لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم على ضوء التشريع الجزائري

بدوره كان المشرع الجزائري يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم حتى في علاقاتها الدولية، انطلاقا من نص المادة 2/442 من قانون الإجراءات المدنية القديم، التي كانت تنص على أنه: " لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " وهو ما جعل الأجانب يعزفون عن الاستثمار في الجزائر [27] .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه وبالرغم من نص المادة إلا أن محكمة الجزائر قد قامت باستبعادها في حكمها الصادر بتاريخ 03 مايو 1973، وقضت بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين سوناطراك وشركة SMC [28] .

وقد أعاد تأكيد مبدأ الحظر قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 975 منه على أنه: " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما "

لكنها أضافت بعض الحالات التي يمكن فيها اللجوء للتحكيم: "إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية"، وهو ما أكدته المادة 1006 فقرة 03 من ق.إ.م.إ، حيث نصت على أنه: "ولا يجوز للأشخاص المعنوية

---

[25]- شريف يوسف خاطر ،المرجع السابق ، ص.ص.312-313 .

[26]- محمد عبد المجيد اسماعيل ، القانون العام الاقتصادي و العقد الإداري الدولي الجديد ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 ،ص. 91.

[27]- بن سهلة ثاني بن علي ، نعيمي فوزي ، " تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 03 ، الجزائر ، 2008 ، ص. 19 .

[28]- حكم صادر عن محكمة الجزائر ، بتاريخ 1973/05/03 ، أشار إليه : قمر عبد الوهاب : التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2009 ، ص.188.

العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية" .

ونتيجة لذلك يمكن للأشخاص المعنوية العامة، أن تلجأ إلى التحكيم فقط إذا كان الأمر متعلقا بالصفقات العمومية، أو الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر[29]، عندما تتضمن هذه الأخيرة شرطا تحكيميا، أو بخصوص علاقاتها الاقتصادية ذات الطابع الدولي .

مما سبق نلاحظ أن جل التشريعات قد بدأت تتراجع عن مبدأ الحظر المطلق للجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، لكن هذا التراجع كان نسبيا فقط، إذ تمت إجازة اللجوء إلى التحكيم في حالات معينة أو وفق شروط معينة، وسنتطرق فيما يلي إلى حالات لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في التشريع الجزائري، ولكن قبل الخوض في ذلك، نشير بداية إلى أن الأستاذ "أحمد محيو" قد وصف التحكيم في التشريع الجزائري، بأنه يحمل في طياته رائحة البترول[30]، تعبيرا عن حساسية هذه الآلية في المنظومة التشريعية الجزائرية .

أولا: الاتفاقيات الدولية: يجوز استثناء للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود اتفاقية تتضمن إمكانية اللجوء إلى التحكيم، ومثل ذلك الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين، حيث نصت المادتين 08 و 09 من الاتفاقية على اللجوء إلى التحكيم في حالة حصول نزاع بين الطرفين[31].

ثانيا : العلاقات الاقتصادية الدولية

ذكرت المادة 975 من ق.إ.م.إ المذكورة أعلاه مجالين يمكن فيهما للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ويتعلق الأمر بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وبالصفقات العمومية، أما المادة 1006 في فقرتها الثالثة ، فقد تضمنت مجالين هما العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية، وبالتالي فإن السؤال المطروح في هذا الصدد هو هل هناك تناقض بين المادتين؟

---

[29]- عبد الحميد الاحدب ،" قانون التحكيم الجزائري الجديد "، مجلة التحكيم ، العدد 02 ، أفريل 2009 ،ص.68 .

[30]-Ahmed Mahiou, « Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie : Remarque sur les positions de l'arbitrage en matière d'arbitrage international » ,Revue Mutations, N°44,2éme trimestre , 2003,P.12.

[31]- مناني فراح ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات : حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الهدى ، الجزائر ،2010 ، ص.ص.350-358 .

لا يوجد تناقض بين المادتين لأن العقود الخاضعة لقانون الصفقات العمومية ولقانون الاستثمار يطلق عليها العلاقات الاقتصادية الدولية [32].

وبالرجوع إلى المادة 1039 من ق.إ.م.إ نجد أنها ذكرت مصطلح المصالح الاقتصادية، حيث نصت على أنه : "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل المعيار الاقتصادي كمعيار للتمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي[33]، ونقصد به عقود التجارة الدولية في إطار العلاقات الاقتصادية بين الدول[34]، فمتى توفر المعيار الاقتصادي في العلاقة القانونية تعاقدية أو غير تعاقدية، وكانت حركة الأموال عبر الحدود، كنا بصدد عقد دولي[35].

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

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

---

[32]- محمد بن عمر ، (أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن : الصفقات العمومية نموذجا) ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، 2014-2015 ، ص.21.

[33]- عبد الحميد الأحدب ، " قانون التحكيم الجزائري الجديد " ، يومين دراسيين حول : الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح و الوساطة و التحكيم ، المحكمة العليا ، يومي 15 و 16 جوان 2008 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الجزء الأول ، 2009 ، ص.24 .

[34]- عجابي إلياس، " النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010 ، ص61-62.

[35]- العيساوي حسين ، " التحكيم و حصانة الدولة " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 03 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سبتمبر 2011 ، ص.497.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الفقه الفرنسي قد اعتبر أنه في حالة غياب الشروط غير المألوفة في العقد الإداري الدولي، فإنه لا يمكن أن ينطبق عليه الصبغة الإدارية، ونتيجة لذلك تطبق عليه أحكام التجارة الدولية [36].

وفيما يلي سنحاول توضيح كيف يتم اللجوء إلى التحكيم في مجالي الاستثمار والصفقات العمومية :

الاستثمار :يعتبر التحكيم الوسيلة الأكثر قبولا لدى المستثمرين لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن الاستثمار خاصة إذا كانت الدولة أو أحد أجهزتها طرفا في العقد [37] ، و هو ما جعل المشرع الجزائري يفتح الباب أمام التحكيم ، من أجل جذب المستثمرين الأجانب .

حيث نصت المادة 17 من الأمر 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار[38]، المعدل والمتمم، على أنه: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذنه الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعطى اختصاص الفصل في النزاعات المتعلقة بالاستثمار للقضاء الوطني[39]، كأصل وذلك تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها [40].

ولقد انتقد الفقه منح مهمة الفصل في منازعات الاستثمار للقضاء الوطني للدولة، واعتبروا أن ذلك من شأنه أن يجعل من الدولة خصما وحكما في آن واحد [41].

---

[36] - Eric LOQUIN, « De la dualité de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage administratif », RTD, Com.2010, P.525.

[37]- محمد الروبي ، " التحكيم في عقود التشييد و الاستغلال و التسليم B.O.T " ، المؤتمر السنوي 16 حول : التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، جامعات الإمارات العربية المتحدة ، 28 و30 أفريل 2008 ، ص.156 .

[38]- ج.ر ، عدد 47 ، مؤرخة في 22 أوت 2001 .

[39]- سلامي ميلود ، المرجع السابق ، ص. 84 .

[40]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي: المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006 ،ص314.

وبالرغم من الانتقادات الموجهة لإعطاء الأولوية للقاضي الوطني في حل منازعات الاستثمار في الجزائر ، إلا أن هذا لم يمنع المشرع الجزائري من التمسك بهذه الأولوية في قانون الاستثمار الأخير ، الصادر في 03 أوت 2016 [42]، حيث نجد المادة 24 منه ، تنص على ما يلي : *" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر ، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه ، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا ، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم ، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص "*

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

1- الصفقات العمومية:

إن إجازة المشرع للتحكيم في مادة الصفقات العمومية، جاء متوافقا مع أحكام تنظيم الصفقات العمومية، الذي نص على إمكانية الحل الودي للنزاع .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو أن الصفقة العمومية تمر بعدة مراحل، ابتداء من الإعداد لها وإلى غاية تنفيذها، فهل يمكن أن يشمل التحكيم جميع مراحل الصفقة العمومية أم أنه مقتصر على إحداها؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المشرع قد استحدث مؤخرا صيغة أخرى من العقود الإدارية ويتعلق الأمر بتفويضات المرفق العام، فهل يمكن للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم عندما يتعلق النزاع بأحد عقود تفويضات المرفق العام ؟

---

[41]- دريد محمود السامرائي ، المرجع نفسه، ص317.

[42]- القانون رقم 09/16، المؤرخ في 03 أوت 2016 ، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر ، عدد 46 ، مؤرخة في 03 أوت 2016 .

أ- حدود اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية

نجيب عن هذا السؤال من منظورين، المنظور الأول متعلق بطبيعة القرارات الإدارية المنفصلة، هذه الأخيرة لا يمكن مراقبة مشروعيتها إلا من طرف القاضي الإداري، ولا يمكن للمحكم بأي حال من الأحوال أن يحل محله [43].

أما المنظور الثاني، فإن كان التحكيم هو أحد وسائل التسوية الودية لحل النزاعات، الهدف منه، تجنب الإجراءات الطويلة والبطيئة والمكلفة [44] التي تتسم بها الإجراءات القضائية .

إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 153 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[45]، والمتعلقة بالحل الودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة.

فإنه من خلال استقراء نص المادة نلاحظ أن المشرع قد ميز بين نوعين من الصفقات:

- **الصفقات التي يتم إبرامها مع متعاملين جزائريين :**

فإن الهيئة التي تتولى حل النزاع وديا، تتمثل حسب المادة 153، المذكورة أعلاه في لجنة التسوية الودية للنزاعات، وهذه الهيئة لا يمكن أن ينطبق عليها وصف الهيئة التحكيمية لأنها تصدر مجرد رأي وذلك حسب المادة 154 من نفس القانون، أما الهيئة التحكيمية فهي تصدر حكما حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.

- **الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب** :

أجاز المشرع بالنسبة لها إمكانية اللجوء إلى التحكيم . و أشار قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في الفقرة الأخيرة من المادة 153 المذكورة أعلاه بأنه فيما يخص النزاعات التي تنتج بسبب صفقة عمومية مبرمة مع متعامل متعاقد أجنبي ، فإن تسوية النزاع بموجب آلية التحكيم ، يتم من طرف هيئة تحكيم دولية ، بناء على اقتراح من الوزير المعني ، و يخضع هذا الأخير للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

---

[43]- جبيلي صبرينة وبوعبد الله مختار ، " التحكيم و اختصاص القاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08" ، مجلة العلوم الإنسانية ، عدد 43 ، جامعة قسنطينة 01 ، جوان 2015، ص.225.

[44]- Mohamed Nabih, Droit des marchés publics :Aspects juridiques , financiers et contentieux , KonardAdenaverStiftung ,Maroc, 2014 , P.308.

[45]- المرسوم الرئاسي 247/15 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج.ر ، عدد 50، مؤرخة في 2015/09/20.

وهناك من رأى بأن اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية يقتصر على ما يتمخض عن العقد من حقوق مالية[46]، على أساس أن المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه يجوز لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، واعتبروا أن الحقوق المالية من بينها، وهذا الرأي وإن كان يصدق على الأشخاص الخاصة غير أنه لا يمكن تطبيقه على الأشخاص العامة تطبيقا لقاعدة عدم جواز التصرف في المال العام .

برأينا فإن اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية، يقتصر فقط على مرحلة التنفيذ والتي يستثنى منها أيضا القرارات الإدارية القابلة للانفصال، لكن حسب نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يستثنى منها الصفقات المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين من جنسية جزائرية فهي تقتصر بالإضافة إلى مرحلة التنفيذ على الصفقات العمومية المبرمة مع متعامل أجنبي.

ب- تفويضات المرفق العام و آلية التحكيم

استحدث المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، المذكور أعلاه عقود تفويضات المرفق العام، وجاءت النصوص المتعلقة بها ضمن أحكام الباب الثاني منه، وقد تضمن هذا الأخير أربع مواد (المادة 207 إلى المادة 210)، ومن استقراء نصوص هذه المواد لا نجد أية إشارة إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم بخصوص النزاعات التي تطرأ بسبب هذه العقود .

المبحث الثاني : خضوع لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم للرقابة القضائية

إن الأشخاص المعنوية العامة تخضع في أعمالها لرقابة القاضي الإداري، ولما كان اللجوء إلى التحكيم ينطوي على حساسية كبيرة لإمكانية مساسه بالمصلحة العامة، وجب إخضاعه بدوره لرقابة القاضي، وتحديد القاضي المختص لرقابة الحكم التحكيمي الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، ليس من السهولة بمكان لأنه من جهة صادر عن هيئة

[46]- موساوي مليكة ، " التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية " ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، العدد 09 ، سبتمبر 2015 ، ص.228.

أو شخص خاص ومن جهة أخرى فهو يصدر لصالح أو ضد شخص معنوي عام، وهو ما سنحاول تناوله في المطلب الأول من هذا المبحث، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لدراسة السلطات التي يملكها القاضي في مواجهة هذا النوع من الأحكام التحكيمية .

المطلب الأول : القاضي المختص

المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن أحكام التحكيم أمام الجهات القضائية الإدارية إلى قواعد التحكيم التي جاءت ضمن الباب الثاني من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات تحت عنوان " في التحكيم " .

وبالرجوع إلى المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها قد نصت على أن الطعن في أحكام التحكيم يتم أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم التحكيمي وذلك في مهلة شهر من تاريخ صدورها [47].

من استقراء هذا النص نلاحظ أنه لم يشر البتة إلى الجهات القضائية الإدارية، فهل هذا يستفاد منه أن جميع أحكام التحكيم سواء كان أطرافها من أشخاص القانون الخاص أو العام، يتم الطعن فيها أمام المجلس القضائي؟

إذا كانت الإجابة عن هذا السؤال بالإيجاب، فإن ذلك يتناقض مع قواعد الاختصاص القائمة على أطراف النزاع، التي أخذ بها المشرع من أجل توزيع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي .

كتب لحسين بن شيخ آث ملويا في هذا الصدد، أن أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية، تبقى غير قابلة للاستئناف، إلى غاية تدخل المشرع لوضع حكم خاص بها [48] .

---

[47]- المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها ، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم "

[48]- لحسين بن شيخ آث ملويا ، قانون الإجراءات الإدارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص.638.

كما أن المادة لم تتطرق لأحكام التحكيم الصادرة في الخارج ، وهو ما جعل المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 مايو 2011، ترفض الطعن ضد الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم الدولي بباريس بتاريخ 25 أكتوبر 2007[49]، وجاءت حيثياتها كما يلي: "حيث لا يوجد أي نص بقانون الإجراءات المدنية والإدارية يسمح بالطعن فيه بالاستئناف أمام المجالس الوطنية وبالأحرى مجلس قضاء الجزائر .

وعليه وبقبولهم للطعن في قرار تحكيمي صادر بباريس حتى ولئن كان على النفاذ المعجل، يكون قضاة المجلس بالقرار المطعون فيه، قد تجاوزوا سلطتهم بفعلهم ما كان عليهم تركه وعرضوه بذلك للنقض والإبطال ".

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

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

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

انطلاقا من قرار جلاكيس الشهير(Galakis)، بتاريخ 02 ماي 1966، والذي بموجبه قضت محكمة النقض الفرنسية ضمنيا بأن القاضي العادي يكون مختصا للفصل في الطعن بالإلغاء ضد الأحكام التحكيمية المتعلقة بالنزاعات التي تثور بسبب العقود المبرمة بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة و المتعاقدين الأجانب .

غير أن القاعدة التي جاء بها قرار جلاكيس، كانت متعلقة فقط بالتجارة البحرية، وبالتالي فإن النزاع ليس ذو طبيعة إدارية [50].

وقد ذهب دانيل لابتول إلى أن الاختصاص يتحدد من خلال طبيعة النزاع، إلا أن ذلك لم يفد بشيء[51] .

لكن ذهبت محكمة التنازع الفرنسية في قرار اينزرم INSERM الشهير، بتاريخ 17 مايو 2010، إلى توزيع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي وهو ما زاد الأمر تعقيدا.

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

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

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

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

---

[50]- Eric Loquin, Op.Cit, P.525.

[51]-Daniel Labetoulle , « Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs contractants pour régler leurs litiges », AJDA,2007,P.772.

أما جهة القضاء الإداري (محكمة الاستئناف الإدارية لباريس)، قررت إحالة الدعوى إلى مجلس الدولة، هذا الأخير قام بدوره بإحالتها إلى محكمة التنازع [52].

فجاء قرار محكمة التنازع كما يلي :

- إن كان الحكم التحكيمي يتعلق بمصالح التجارة الخارجية، فإن الاختصاص يعود لجهات القضاء العادي حتى ولو كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما .
- أما إذا كان الحكم التحكيمي يتعلق بعقود خاضعة لنظام قانوني إداري متعلق بالنظام العام، فالاختصاص في هذه الحالة يكون لصالح جهات القضاء الإداري، وتتمثل هذه العقود في صفقات الأشغال العامة وصفقات اللوازم أو عقود الشراكة.

إن قرار محكمة التنازع الذي رفض الحكم بوضوح إما لصالح الجهات القضائية العادية وإما لصالح الجهات القضائية الإدارية قد أثار غضب الفقهاء [53]

في مقابل ذلك فقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المنحى، من خلال قراره الصادر بتاريخ 19 أفريل 2013، في قضية النقابة المختلطة لمطار تشارونت[54] Charente، حيث أكد بمقتضاه على اختصاصه للفصل في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي المتعلق بصفقة عمومية، بشرط أن يتم إصداره داخل الإقليم الفرنسي، أما إذا تم إصداره من طرف هيئة يكون مقرها في الخارج (محكمة لندن للتحكيم الدولي)، فإن الجهة القضائية الإدارية الفرنسية تكون غير مختصة للنظر فيه .

المطلب الثاني : سلطات القاضي

الأصل أن التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، لكن ذكرنا فيما سبق، أن من بين أهم الأسباب التي أدت إلى إعمال مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم هو التخوف من الإضرار بالمصلحة العامة، وهو الأمر الذي أدى إلى إخضاع الحكم التحكيمي

[52]-Yves Godmet-Anne Steimer, « Les personnes publiques et l'arbitrage international »,Recueil Dalloz,2011,P.2552.
[53]-Maxence Chambon, « L'arbitrage international en droit administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes », CivitasEuropa , 2013/2,N31.
[54]-https://actuarbitragealtana.files.wordpress.com/2013/06/ce-19042013.pdf

للرقابة اللاحقة وذلك في حالة الطعن بالبطلان، وإذا ما اكتشف القاضي أنه مخالف للنظام العام، فإن ذلك سيؤدي إلى بطلانه[55].

ومؤخرا قام مجلس الدولة الفرنسي بتحديد المقصود بمخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام، ويتعلق الأمر بقراره الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 2016، قضية شركة فوسماكس Fosmax ، حيث اعتبر أن الحكم التحكيمي يكون مخالفا للنظام العام إذا ما جاء : "تطبيقا لعقد محله غير مشروع أو أنه مشوب بعيب جسيم متعلق بالخصوص بالظروف التي عبر فيها الأطراف عن إرادتيهما ، أو عندما يكون مخالفا للقواعد التي لا يجوز للأشخاص العامة مخالفتها مثل حظر التبرعات أو التنازل عن الأملاك الوطنية أو الامتيازات التي تتمتع بها أثناء تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة أو في حالة مخالفته لقواعد النظام العام لقانون الاتحاد الأوربي " [56]

ولقد تناول المشرع الجزائري حالات البطلان الخاصة فقط بالأوجه الخارجية، وذلك في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الداخلية فقد أغفل ذكرها، وتتمثل هذه الحالات في:

- عدم وجود اتفاق التحكيم: ويتحقق ذلك إما في حالة عدم وجوده تماما أو في حالة بطلانه أو في حالة انقضاء مدته.
- مخالفة القانون: سواء من حيث التشكيلة الجماعية أو الفردية.
- تجاوز السلطة: وذلك من خلال مخالفة هيئة التحكيم للمهام المسندة إليها.
- خرق مبدأ الوجاهية.
- انعدام التسبيب أو تناقض الأسباب.
- مخالفة النظام العام الدولي.

[55]- Charles Jarrasson , « L'arbitrage en droit public »,AJDA,1997,P.16.
[56]- Jean-Marc Pastor , « Le contrôle du conseil d'état sur une sentence arbitrale », AJDA,14Novembre 2016, P.2133.

الخاتمة :

من خلال دراستنا توصلنا إلى نتيجة مفادها أن لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم لا يعد تنازلا عن سيادة الدولة بقدر ما هو آلية تحقق منافع مرتبطة خاصة بالتجارة وبعلاقاتها مع الدول الأخرى، وبرأينا يجب أن تبقى هذه الآلية مقتصرة على المجال التجاري والاقتصادي دون أن تتعداه إلى جميع نزاعات الأشخاص المعنوية العامة نظرا لارتباطها بالمصلحة العامة من جهة ، ومن جهة أخرى حماية لمبدأ المشروعية، ولقد توصلنا من خلال دراستنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجزها فيما يلي :

- تناقض القانون الإجرائي الجزائري مع القوانين الخاصة المتعلقة بالاستثمار والصفقات العمومية، حيث أنه وبالرغم من أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أجاز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية والاستثمار، إلا أنه وبالرجوع إلى القوانين الخاصة بهما نجد بأنها قد جعلت اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الناتجة عن عقود الاستثمار طريقا استثنائيا، ويبقى الطريق الأصلي هو القضاء الوطني، وهو ما يجعل الأجانب يعزفون عن الاستثمار في الجزائر تخوفا من عدم حياد القضاء الوطني، أما بالنسبة للصفقات العمومية، فإنه من خلال ما سبق لاحظنا بأن المشرع قد قصر إمكانية اللجوء إلى التحكيم على النزاعات التي تطرأ أثناء مرحلة التنفيذ بخصوص الصفقات المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الأجانب فقط أي الصفقات العمومية الدولية، مع اشتراط الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة، وهو ما يتعارض مع خاصية السرعة التي يتميز بها التحكيم، وتجعل الأفراد يفضلونه عن القضاء، وعليه نقترح تعديل مواد قانون الاستثمار وقانون الصفقات العمومية، بما يتلاءم مع نهج المشرع في فتح هذا الطريق من طرق تسوية النزاعات أمام الأشخاص المعنوية العامة، في مجال الاستثمار والصفقات العمومية، وذلك من أجل النهوض بالقطاع الاقتصادي، حتى بالنسبة للصفقات المبرمة مع متعاملين اقتصاديين من جنسية جزائرية .

- عدم وضوح نصوص القوانين الإجرائية و الاجتهاد القضائي المقارن و كذا القانون الإجرائي الجزائري بخصوص الطعن في الأحكام التحكيمية سواء بالبطلان أو الاستئناف ، كما أن عدم تحديد الجهة القضائية المختصة لمراقبة الحكم التحكيمي الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما من شأنه إيقاع القاضي في جريمة إنكار العدالة أو تجاوز الاختصاص ، و عليه نقترح تعديل نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و ذلك بإضافة مواد خاصة بالطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة لصالح أو ضد الأشخاص المعنوية العامة ، مع تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر فيها .
- قصور القانون الإجرائي الجزائري ، بخصوص الرقابة التي يمارسها القاضي على الحكم التحكيمي ، و ذلك بذكر أوجه الرقابة الخارجية دون الداخلية من شأنه بقاء الحكم التحكيمي ساريا بالرغم من مخالفته للنظام العام ، و عليه نقترح إضافة مادة تتعلق بالرقابة الداخلية للحكم التحكيمي .

قائمة المراجع :

باللغة العربية :

أولا : التشريع

1- القوانين :

- الأمر رقم 03/01 ، المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار ، المعدل و المتمم ، ج.ر ، عدد 47 ، مؤرخة في 22 أوت 2001 .
- القانون رقم 09/16 ، المؤرخ في 03 أوت 2016 ، المتعلق بترقية الاستثمار ، ج.ر ، عدد 46 ، مؤرخة في 03 أوت 2016 .

2- *التنظيمات* :

أ- المراسيم الرئاسية :

- المرسوم رقم 163/85 ، المؤرخ في 11 /1985/06 ، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للسدود ، ج.ر ، عدد 25 ، مؤرخة في 1985/06/12.
- المرسوم الرئاسي 247/15 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج.ر ، عدد 50، مؤرخة في 2015/09/20 .

ب-المراسم التنفيذية :

- المرسوم التنفيذي رقم 101/05 ، المؤرخ في 2005/03/23 ، المتضمن تعديل القانون الأساسي للوكالة الوطنية للسدود ، ج.ر ، عدد 21 ، مؤرخة في 2005/03/23.

ثانيا : المؤلفات

- أشرف عبد العالي الرفاعي،اتفاق التحكيم والمشكلات العلميةوالقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية، 2003
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي : المعوقات و الضمانات القانونية ،الطبعة الأولى ، مركز دراسات الوحدة العربية ، لبنان ، 2006 .
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة،التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006.
- محمد عبد المجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- ـ لحسين بن شيخ آث ملويا ، قانون الإجراءات الإدارية ، دار هومة ،الجزائر ، 2013 .

- مناني فراح ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات : حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الهدى ، الجزائر ،2010 .
- نصر الدين بشير،غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2007.

ثالثا : الرسائل العلمية

- علي سليمان الطماوي ، (مدى تأثر نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم : دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2012 .
- خلف الله كريمة ، (منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري) ، مذكرة ماجستير ، تخصص التنظيم الاقتصادي ، القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، 2013 .
- محمد بن عمر ، (أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن : الصفقات العمومية نموذجا) ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، 2014-2015.

رابعا : المقالات

- العيساوي حسين ، " التحكيم و حصانة الدولة " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 03 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سبتمبر 2011 .
- بن سهلة ثاني بن علي ، نعيمي فوزي ، " تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 03 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2008 .

- جبيلي صبرينة و بوعبد الله مختار ، " التحكيم و اختصاص القاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08" ، مجلة العلوم الإنسانية ، عدد 43 ، جامعة قسنطينة 01 ، جوان 2015 .
- غالب محمصاني ، " مدى اختصاص القضاء الإداري بالنظر في دعاوى بطلان القرارات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية " ، مجلة التحكيم ، العدد 08 ، 2010 .
- طالب حسن موسى ، " التحكيم التجاري الدولي : خيار أم فرض " ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد 29 ، العدد 01 ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2014 .
- عبد الحميد الاحدب ،" قانون التحكيم الجزائري الجديد "، مجلة التحكيم ، العدد 02 ، أفريل 2009 .
- عجابي إلياس ، " النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد" ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 03 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2010.
- عدلي محمد عبد الكريم ، " خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 04 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2010 .
- موساوي مليكة ، " التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية " ، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، العدد 09 ، سبتمبر 2015.

خامسا : المؤتمرات

- إبراهيم حسن الملا ، قضاء التحكيم في اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة ، دور المحكمة الاتحادية العليا في تطوير الفكر القضائي الإماراتي ، مجموعة أوراق بحثية أعدت بمناسبة الاحتفال بمرور أربعين عاما على إنشاء المحكمة ، أبو ظبي ، 2013 .
- شريف يوسف خاطر ، " التحكيم في مجال العقود الإدارية : دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي و المصري " ، المؤتمر السنوي 16 حول : التحكيم التجاري

الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، جامعات الإمارات العربية المتحدة ، 28 و 30 أفريل 2008.

- عبد الحميد الأحدب ، " قانون التحكيم الجزائري الجديد " ، يومين دراسيين حول : الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح و الوساطة و التحكيم ، المحكمة العليا ، يومي 15 و 16 جوان 2008 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الجزء الأول ، 2009 .
- محمد الروبي ، " التحكيم في عقود التشييد و الاستغلال و التسليم B.O.T " ، المؤتمر السنوي 16 حول : التحكيم التجاري الدولي : أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، جامعات الإمارات العربية المتحدة ، 28 و 30 أفريل 2008 .

سادسا : الاجتهاد القضائي

- قرار صادر عن المحكمة العليا ، بتاريخ 2011/05/05 ، رقم 662514 ، أشار إليه : عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد : ترجمة للمحاكمة العادلة ، الطبعة 03 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2012 .
- حكم صادر عن محكمة الجزائر ، بتاريخ 1973/05/03 ، أشار إليه : قمر عبد الوهاب : التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2009 .

سابعا : مواقع الإنترنت

- http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf
- https://actuarbitragealtana.files.wordpress.com/2013/06/ce-19042013.pdf

باللغة الفرنسية :

1- Ouvrage :

- Edouard Laferriére, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux , Tome 2 , Librairie éditeurs ,2éme édition , Paris.
- Mohamed Nabih, Droit des marchés publics :Aspects juridiques , financiers et contentieux , KonardAdenaverStiftung ,.Maroc, 2014

-2 Articles :

- Ahmed Mahiou, « Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie : Remarque sur les positions de l'arbitrage en matière d'arbitrage international » ,Revue Mutations, N°44,2éme trimestre , 2003.
- Arbitrage et personnes publiques, Droit administratif, N°12 , Décembre 2006.
- Charles Jarrasson , « L'arbitrage en droit public »,AJDA,1997.
- Daniel Labetoulle , « Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs contractants pour régler leurs litiges », AJDA,2007
- Eric Loquin, « De la dualité de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage administratif », RTD, 2010.
- Jacques Béguin,JérômeOrtscheidt , Christophe Seraglini , « Droit de l'arbitrage », La semaine juridique, Edition Générale , N°51-52, 19 Décembre 2007
- Jacques Ribs , « Ombre et incertitude de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français » , La Semaine Juridique , Edition Générale , n°41 ,10 Octobre 1990.

- Jean-Marc Pastor , « Le contrôle du conseil d'état sur une sentence arbitrale », AJDA,14Novembre 2016.
- Malik Laazouzi , « Marché de partenariat er arbitrage :L'arbitrage international des marchés de partenariat soumis au régime du code de procédure civile » , AJDA,2016 .
- Maxence Chambon, « L'arbitrage international en droit administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes », CivitasEuropa , 2013.
- Yves Godmet-Anne Steimer, « Les personnes publiques et l'arbitrage international »,Recueil Dalloz,2011.

3- Rapports :

- Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage, 13 Mai 2007.