مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

تسوية النزاعات الناشئة عن عقد البناء والتحويل والتشغيل بواسطة التحكيم

Settlement of disputes arising out of the construction, conversion and operation contract by arbitration

بعوش دليلة *

المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف ميلة (الجزائر)، **d.baouche@centre-univ-mila.dz**

تاريخ ارسال المقال: 2021/09/01	تاريخ القبول: 2021/10/25	تاريخ النشر: 01/ 2021/12

*المؤلف المرسل

الملخص:

أدى تطور الحياة الاقتصادية وتغيير أنماط العلاقات التجارية، إلى ظهور وسائل بديلة يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم، لفض النزاعات التي تنشأ بينهم بدلا من لجوئهم إلى نظام التقاضي أمام المحاكم.

ويأتي نظام التحكيم في المرتبة الأهم ضمن هذه الوسائل، باعتباره الوسيلة المثلى لحسم المنازعات على الصعيد الدولي فقد ارتبط هذا النظام في الفترة الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية، لما يحمله من مميزات لا تتوفر في قضاء الدولة.

الكلمات المفتاحية: التحكيم ; تسوية النزاعات ; عقد B.O. T ; المرافق العامة الاقتصادية

Abstract:

The evolution of economic life and the changing patterns of commercial relations have led to the emergence of alternative means for the parties to voluntarily resolve disputes that arise between them rather than to resort to court litigation.

As the best means of resolving disputes at the international level, the arbitration system has recently been linked to the idea of economic development and the attraction of foreign investment, as it carries features that are not available in the jurisdiction of the State.

Keywords: arbitration; conflict resolution; B.O.T; Economic utilities.

مقدّمة:

أصبح الاستثمار في مشروعات البنية الأساسية ضرورة لتحقيق النمو الاقتصادي والحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام، في سبيل تقديم الخدمات للمواطنين بصورة تواكب تطورات العصر، والانفتاح على السوق الحر. حيث كانت المرافق العامة تدار من قبل الأشخاص العامة، حتى ارتبط تطبيق القانون الإداري بفكرة المرفق العام، من ثم برزت إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة، والتي تعني أن يعهد أحد الأشخاص العامة إدارة أحد المرافق العامة المرتبطة به إلى أحد أشخاص القانون الخاص. إلا أن تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لا يعني تخلي الشخص العام عن المرفق العام المرتبط به، بل يبقى مسؤولا عن حسن إدارته وتأمين استمرارية تشغيله، لذلك تمارس رقابة على إدارة الأشخاص الخاصة للمرافق العامة. وتتلاءم إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة مع طبيعة المرافق العامة الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري، لأن موضوع نشاط هذه المرافق يحتاج إلى إدارة مرنة ومتحررة من القيود التي تكبل أشخاص القانون الخاص[1].

إن تزايد حاجة المواطنين إلى المرافق العامة والبنى التحتية، وضعف إمكانيات الدولة المالية، حمل هذه الأخيرة على اللجوء إلى القطاع الخاصة لإقامة المرافق العامة والبنى التحتية الجديدة، بحيث لا تتحمل الدولة أعباء التمويل أو نفقات التشغيل. ويعد عقد ال B. O. T من أهم الوسائل التي تمكن الدولة من إقامة بناها التحتية وإنشاء

مرافقها العامة وتشغيلها دون أن تتحمل أية أعباء مالية، لأن المتعاقد معها سيتحمل أعباء البناء والتشغيل، وعند انتهاء مدة العقد سيعيد المرفق العام إلى الدولة[2].

وبذلك شكل عقد B.O. T منعطفا جوهريا في كيفية إدارة المرافق العامة في الدول، فهو عقد جديد في حلته انتشر في مختلف دول العالم بما فيها الدول العربية ومنها الجزائر، انتشارا واسعا خلال العقدين الماضيين. ومن هنا تتجلى أهمية عقد البوت عمليا، في أنه يعتبر من بين أهم الموضوعات الخاصة في المجال الاقتصادي العالمي الحديث المحلي والدولي، إذ يعد عقد البوت عقد إداري يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تمنحها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة بعد انقضاء المدة المتفق عليها.

أما المنازعات التي تنشأ بين طرفي عقد البوت، فإنها تحل وفقا لعدة طرق تختلف عن طرق حل المنازعات الناشئة عن العقود الادارية التقليدية. فهذه الأخيرة تحل منازعاتها عن طريق اللجوء إلى القضاء الإداري. أما في عقدBOT، فإن منازعاته تحل وفقا لعدة طرق، منها الوساطة والتوفيق وصولا إلى التحكيم الذي يحتل جزءا مهما في حل منازعات العقود الادارية المعاصرة. غير أننا سنقتصر في هذه الدراسة على تناول موضوع التحكيم كآلية لفض المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتحويل و التشغيلB. O.T.

وينشأ عن عقود البوت نزاعات متنوعة، يقتضي الاسراع في حلها كي لا تؤثر على مراحل المشروع اللاحقة أو تنال من الأطراف الأخرى المساهمة في تنفيذ المشروع، وهذا ما يستوجب اللجوء إلى حلول عملية وسريعة، قد لا تتحقق في اللجوء إلى القضاء الذي يحتاج التقاضي أمامه إلى إجراءات متعددة وإلى وقت طويل.

وتنص معظم عقود البوت، على تسوية منازعاتها بالطرق السلمية قبل اللجوء إلى التحكيم، وذلك بهدف المحافظة على ودية العلاقات بين الأطراف المشاركة في تنفيذ المشروع. ونظرا للأهمية الخاصة التي يتمتع بها نظام التحكيم فقد أبرمت بشأنه العديد من الاتفاقيات الدولية، وأنشأت له الكثير من المراكز الدولية لتقديم الخدمات التحكيمية. كما سعت أغلب تشريعات الدول إلى وضع تنظيم خاص به[3].

وقد لاقت فكرة التحكيم في العقود الادارية مواجهة من جانب الفقه، الذي اعتبر بأن التحكيم بصدد هذه العقود من شأنه أن يؤثر سلبا على خصائصها الذاتية. لذا كان من غير المستغرب أن يصف الفقهاء الفرنسيون الذين عالجوا إشكالية التحكيم في العقود الإدارية، العلاقة القائمة بين التحكيم والعقد الإداري بأنها علاقة صراع دائم، ويوجد استحالة للتعايش بينهما[4].

وتتلخص أهمية الدراسة في كون التحكيم يشكل الطريقة الأهم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، إلا

أن للتحكيم تأثير كبير على امتيازات الدولة صاحبة السيادة والسلطان، وعلى تطبيق قواعد القانون الاداري. لأن القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع التحكيم هو القانون الذي تحدده إرادة الأطراف المتنازعة، وهذا الأمر يهدد بعدم تطبيق القانون الإداري والمبادئ العامة للمرافق العامة التي تعطي الدولة امتيازات على المتعاقد معها بهدف تمكينها من تحقيق المصلحة العامة وتأمين استمرارية تشغيل المرفق العام باضطراد وانتظام. لذلك يقتضي على المشرع أن يحيط عملية التحكيم في العقود الادارية بضمانات تفرض تطبيق القانون الاداري على المنازعات الناشئة عن روابط القانون العام[5].

مما سبق ذكره نصل لطرح **الاشكالية التالية**: مادي نجاح آلية التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد البناء و الشغيل التحويل، وهل وضع المشرع الجزائري آلية كفيلة بتطبيق آلية التحكيم لفض النزاعات الناجمة عن عقد BOT؟

وتتفرع عن الاشكالية الرئيسة مجموعة من **التساؤلات الفرعية** من بينها:

-متى يتم إدراج شرط التحكيم في عقود البوت؟

- ما هو النظام القانوني للتحكيم؟

- ما مدى مشروعية التحكيم في العقود الادارية؟

أما بالنسبة للمنهج المعتمد في الدراسة هو المنهج التحليلي لكونه الأنسب في تحليل النصوص القانونية لأجل تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، والإجراءات القانونية للتحكيم وطرق الطعن فيه، إضافة إلى المنهج الوصفي لما له من أهمية في تحديد مفهوم التحكيم وأنواعه ومبررات اللجوء إلى التحكيم و معوقاته.

وسنجيب على الاشكالية السابقة من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية التحكيم

المبحث الثاني: النظام القانوني للتحكيم

المبحث الأول: ماهية التحكيم

تعددت محاولات تعريف التحكيم، فقد عرفه البعض بأنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض نزاعهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر من المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي، ويصدر أمر تنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها[6].

وسنتناول في هذا المبحث مفهوم التحكيم وأنواعه، ثم نتطرق إلى مدى أهمية التحكيم في تسوية منازعات عقود البوت.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

لدراسة مفهوم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الداخلية والدولية على حد سواء، لما يتميز به من مزايا تعالج تلك العيوب التي تشوب القضاء العادي وأهمها سرعة الفصل في المنازعات المطروحة علية مما يستلزم منا تسليط الضوء على مختلف التعريفات التي أوردها الفقه والقضاء، لننتقل بعد ذلك لدراسة أنواع التحكيم.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

التحكيم بالمعنى اللغوي كلمة مشتقة من " حكم" بالأمر حكما: أي قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم، وحكم فلانا: منعه عما يريد ورده، وحكم فلانا في الشيء والأمر جعله حكما، ويقول ابن منظور في لسان العرب إنه: " إذا قال حكمت فلانا في مالي تحكيما أي فوضت إليه الحكم فيه[7].

وفي اللغة الفرنسية التحكيم arbitrageمشتقة من كلمة arbitre والتي تعني المحكم، وإذا نظرنا إلى أصل الكلمة نجدها مشتقة من الأصل اللاتيني لكلمةarbitre، والتي استخدمت بمعان كثيرة، منها juge وهي تعني تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر الذي أو اللذين قرر الأطراف باتفاق مشترك بينهم أن يخضعوا له أو يتقبلوه[8].

وعرف جانب من الفقه التحكيم على أنه: " نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة، أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها "[9].

وقد جاء في تعريف التحكيم كذلك، أنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه، دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح على محكم أو أكثر ليفصلوا بحكم ملزم للخصوم، وتسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم[10].

ويعرف التحكيم على أنه اتفاق أطراف النزاع على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما مستقبلا أو نشأت بالفعل نتيجة وجود علاقة قانونية بين الأطراف، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية. وذلك بعرض هذا النزاع على أشخاص يتم اختيارهم بمعرفة الأطراف يتولون العملية التحكيمية[11]، كما يعرفه البعض الآخر على أنه اتفاق أطراف العقد على فض منازعاتهم التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما على جهة خاصة بدلا من القضاء، لتفصل بينهما في كل أو بعض منازعاتهم بمقتضى حكم تحكيمي منهي للخصومة بينهما[12]. وتطرق إليه المشرع الجزائري في القسم الثاني المتعلق باتفاق التحكيم من الباب الثاني المتعلق بالتحكيم من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية[13]، وقد عرفه بموجب المادة 1007منه كما يلي: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة في

مفهوم المادة1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". وتنص المادة 1006من نفس القانون على ما يلي: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم[14].

الفرع الثاني: مدى أهمية التحكيم في تسوية منازعات عقود البوت

يرى الفقه[15]، على أنه على الرغم من أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فيما يتعلق بالسلطتين القضائية و التنفيذية، حيث أن لجوء الحكومة إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الادارية يعتبر تحييدا للسلطة القضائية المختصة أصلا بالفصل في المنازعات كافة، ومنها تلك المتعلقة بالفصل في العقود الادارية بصفة عامة، وعقود البوت بصفة خاصة، إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد البوت باعتباره من عقود الاستثمار الدولية خاصة عندما يكون الشريك الخاص من جنسية أجنبية، فإن التحكيم يعتبر الوسيلة الأفضل و الطريق الأحسن لفض المنازعات الناشئة عنه، ويرجع ذلك لعدة اعتبارات:

أولا: خوف المستثمر الأجنبي من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المضيفة

تعتبر الدولة في حالة تعاقدها وفقا لأي نمط، طرفا غير عاديا من حيث المزايا خاصة السيادية التي تتمتع بها ، وخاصة تلك الغير مألوفة في القانون الخاص، بحيث يمكن لها أن تخل بحياد القضاء خاصة إذا كان نظام الفصل بين السلطات غير مطبق بالشكل اللازم فيها، أو غياب الشفافية و النزاهة لدى القضاء الوطني، أو حتى ولو كان قضاء الدولة يتصف بالحياد والنزاهة فإنه في نظر الشخص الخاص الأجنبي يعتبر قضاء غير محايد، خاصة عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بالمصالح الاقتصادية لبلده، و بالتالي في حالة اعتياد الدولة باللجوء إلى القضاء لتسوية نزاعاتها التي قد تثور بمناسبة تعاقدها خاصة في إطار الصفقات العمومية، فإن عقد البوت يمتاز بميزة أساسية وهي توفره في العديد من الحالات على العنصر الأجنبي، كما أنه يعتبر عقد استثمار، فالتحكيم و إن كان يعتبر في نظر الشخص العام كطريق اختياري ثانوي، فإنه بالنسبة للمستثمر يعتبر كشرط أساسي للتعاقد، وعليه فإن المستثمر عند تفاوضه مع الدولة، فإنه في غالب الأحيان ما يضع شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع قد يثور في المستقبل بين الطرفين كبند أساسي في البنود التي يتضمنها العقد، ويستبعد اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة خوفا من ميله لصالح دولته، وبالتالي تخوفه من أن تكون الحكومة خصما وحكما في آن واحد، وأيضا خوفه من طول إجراءات التقاضي التي قد تؤدي إلى الإضرار بمصالحه[16].

وبذلك أصبحت معظم الشركات العالمية تطلب إدراج البند التحكيمي في العقود التي تبرمها، وتعلق إبرام العقد على ذلك. وهذه الشركات توفر استثمارات مهمة بالنسبة للدول النامية، فتجبر هذه الدول على الموافقة على اللجوء للتحكيم بدلا من القضاء بهدف تأمين استثمارات هي بأمس الحاجة إليها[17].

ثانيا: التحكيم يمتاز ببساطة وسهولة اللجوء إليه

إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء، فإجراءات اللجوء إلى التحكيم لا تنطوي على التعقيد الذي ينطوي عليه اللجوء إلى القضاء. كما أن التحكيم يتسم بقدر كبير من المرونة في نظر المنازعات التي تطرح عليه، ويتضمن القيام بالتوفيق بين المصالح المتضاربة والآراء المختلفة لا سيما في مجال التجارة[18].

ثالثا: إجراءات التحكيم لا تحتاج إلى وقت طويل

يشوب اللجوء إلى القضاء استغراقه الكثير من الوقت والجهد والمال، لأن اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى جهد كبير ويكلف نفقات كثيرة من رسوم قضائية وأتعاب المحامي وغيرها، كما يستغرق وقتا طويلا. أما في ظل التحكيم فإن إجراءاته لا تحتاج إلى وقت طويل وغالبا ما يحدد اتفاق التحكيم المهل التي يجب ضمنها إصدار الحكم في النزاع القائم، وعادة تكون نفقات التحكيم أقل من نفقات اللجوء إلى القضاء باستثناء التحكيم الدولي الذي يكلف نفقات باهضة[19].

رابعا: التحكيم يحافظ على سرية المعلومات

يحافظ التحكيم على سرية المعلومات التي تبرز أثناء حل النزاع القائم. أما في القضاء فيسود مبدأ علنية الجلسات وهذا الأمر يمكن الغير من الاطلاع على أسرار الأطراف المتنازعة لا سيما ما له علاقة بالأسرار المهنية التي تسعى الشركات التجارية إلى المحافظة عليها وعدم البوح بها.

خامسا: كفاءة المحكمين

يعتبر المحكم خبيرا في مجال اختصاصه، وفي حالة قيام نزاع بين طرفي عقد البوت في مجال ما، فإنها يقومان بعرض هذا النزاع على محكم خبير مختص في موضوع النزاع المعروض أمامه، بحيث يتيح نظام التحكيم للطرفين المتنازعين اختيار من يشاؤون من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت، كما أن تعدد المحكمين يتيح الفرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة التحكيمية الأمر الذي يؤدي إلى الفصل في النزاع على نحو أفضل، كما أنه لا يشترط في المحكم أن يكون رجل قانون فقط، و إنما أن يكون متمتعا بالإضافة إلى المجال القانوني بالكفاءة والدراية بالأمور التجارية و الاقتصادية، و الأهم من ذلك أن تكون له مؤهلات تمكنه من فهم طبيعة النزاع المعروض أمامه، والتي غاليا ما تتطلب مؤهلات عالية التكوين[20].

سادسا: المحافظة على العلاقات الودية

يحافظ التحكيم على العلاقات الودية بين أطراف النزاع لا سيما وأن اللجوء إلى التحكيم يستند إلى اتفاق الأطراف المتنازعة. أما اللجوء إلى القضاء فلا يحتاج إلى هذا الاتفاق وإنما يجري بعد الفشل في تسوية النزاع القائم ويكون اللجوء إليه الطريق الأخير لفض النزاع.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

لا يتخذ التحكيم في الواقع العملي صورة واحدة، وإنما ينقسم إلى صور وأشكال متعددة بحسب الزاوية التي يمكن النظر إليه من خلالها. فهو ينقسم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى التحكيم الطليق والتحكيم بالقانون. ومن حيث تنظيمه وإدارته إلى تحكيم الحالات الخاصة، والتحكيم المؤسسي[21].

وبناء على ما تقدم فلا يوجد تقسيم ثابت لأنواع التحكيم، وإنما بالرجوع إلى النظم التي صاغت ونظمت التحكيم، ومن خلال تحليلها واستنباط أنواع التحكيم منها، فإننا نقسمها كالآتي:

الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري

معيار التمييز بين هذين النوعين هو مدى خضوع التحكيم لنظام وقواعد محددة. ففي التحكيم المؤسسي يوجد في كنف نظام قائم لا سيما عندما تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية، وفقا لقواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا. أما التحكيم الحر فإن المتنازعين يحددون المحكمين والقواعد الواجب تطبيقها على موضوع النزاع والإجراءات الواجبة الإتباع دون التقيد بنظام ثابت، بحيث يجري اختيار المحكمين من قبل المتنازعين ويتولى هؤلاء المحكمين الفصل في النزاع المعروض عليهم وفقا لما حدده لهم الخصوم من قواعد وبالاستناد إلى القواعد العامة للتحكيم[22].

الفرع الثاني: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

إن معنى الدولية هو محل اجتهاد، لاسيما عند عدم وجود نص أو اتفاقية دولية تنتمي إليها الدولة تحدد معنى الدولية، واعتبر الفقهاء التقليديون أن ضابط الدولية يتعلق في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإذا كان القانون هو قانون الدولة كان التحكيم وطنيا، وإذا كان قانونا غير قانون هذه الدولة كان التحكيم دوليا. إلا أن الفقه الحديث بدأ يأخذ بالمعيار الجغرافي وليس القانوني إذ يكفي في نظره اشتمال النزاع أو التحكيم على عنصر يخرجه عن النطاق الوطني كاختلاف جنسية الخصوم أو المحكمين أو اختلاف مراكز أعمال الخصوم أو أجنبية القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع[23].

التحكيم الوطني هو ذلك النوع من التحكيم الذي تم تنظيمه بموجب القانون الوطني لدولة ما بغية فض النزاعات التي تنشأ بين أطراف النزاع الواحد من رعاياها، وعلى أرضها، وهو 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[24].

وتظهر أهمية التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في الرقابة التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم. وفي هذا الخصوص تختلف الأنظمة الثانوية بشأن هذه الرقابة من زاويتين: الزاوية الأولى تتعلق بنطاق الرقابة. والثانية تتعلق بنوع الرقابة[25].

الفرع الثالث: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

معيار التمييز بين هذين النوعين هو مدى خضوع التحكيم لنظام وقواعد محددة. ففي التحكيم المؤسسي يوجد في كنف نظام قائم لا سيما عندما تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية، وفقا لقواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا. أما التحكيم الحر فإن المتنازعين يحددون المحكمين والقواعد الواجب تطبيقها على موضوع النزاع والإجراءات الواجبة الاتباع دون التقيد بنظام ثابت، بحيث يجري اختيار المحكمين من قبل المتنازعين ويتولى هؤلاء المحكمين الفصل في النزاع المعروض عليهم وفقا لما حدده لهم الخصوم من قواعد وبالاستناد إلى القواعد العامة للتحكيم.

الفرع الرابع: التحكيم العادي والتحكيم المطلق

الأصل في التحكيم أن يكون عاديا يلتزم فيه المحكم أو المحكمين شأنهم شأن القضاة إصدار حكم في النزاع المعروض عليهم على ضوء القانون واجب التطبيق والقواعد العامة للتحكيم. أما التحكيم المطلق أو ما يطلق عليه" التحكيم مع التفويض بالصلح".

فإنه يقوم على اتفاق طرفي النزاع على تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون معين باستثناء القواعد العامة للتحكيم والقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام[26].

المطلب الثالث: مشروعية اللجوء إلى التحكيم في عقود البوت

تعددت الآراء حول مشروعية التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقود البناء والتحويل والتشغيل أو ما يعرف ب عقود البوت بشكل خاص، كما اختلفت التشريعات بين الدول حول جواز الأخذ بها في العقود العامة، واختلفت أحكام القضاء العادي عن أحكام القضاء الاداري في هذا الإطار.

الفرع الأول: موقف الفقه

سنتطرق في هذا الفرع إلى الاتجاهات المختلفة والتي تعددت ما بين مؤيد للتحكيم ومعارض له.

أولا: الاتجاه المؤيد

لقد استند أنصار الرأي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية على عدة حجج[27] :

-لا يوجد نص تشريعي يمنع التحكيم في العقود الادارية.

-إن اللجوء إلى التحكيم لا يعني عدم صلاحية القضاء الوطني للنظر في مثل هذه المنازعات، بقدر ما يعني أن القضاء الوطني لا يواكب و لا يحقق السرعة التي تقتضيها المصلحة العامة.

-التحكيم لا يشكل مساس بسيادة الدولة، طالما أن القضاء احتفظ بحقه في الرقابة عن أعمال المحكمين وحكم التحكيم.

-لا بد من الأخذ بعين الاعتبار حاجات التنمية، لا سيما في دول العالم النامي التي تحتاج إلى ابرام عقود دولية لتأمين الاستثمارات الأجنبية، وتعلق الشركات الأجنبية قبولها لإبرام هذه العقود على إدراج البند التحكيمي، و بالتالي يقتضي إجازة التحكيم مراعاة لهذه الاعتبارات.

ثانيا: الاتجاه المعارض

ذهب هذا الاتجاه إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، اذ اعتبر أحد القانونين أنه لا يجوز خصخصة الفصل في المنازعات الإدارية، وأيد هذا الاتجاه وجهة نظره بعدد من الحجج، أهمها[28]:

-اصطدام نظام التحكيم بمبدأ سيادة الدولة و الاختصاص الأصيل لقضائها. وبالتالي فإن التحكيم يتعارض مع النظام العام.

-إخلال التحكيم بمبدأ الفصل بين السلطات وبالتحديد بين السلطتين الإدارية والقضائية، لأن هذا المبدأ يحول

دون خضوع الإدارة في قضاياها لقضاء خاص. على اعتبار أن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص في نظر المنازعات الإدارية، والاتفاق على التحكيم يشكل اعتداء على هذا الاختصاص.

-عدم أهلية الأشخاص العامة في مجال اللجوء إلى التحكيم، لأن المشرع لم يمنح هذه الأشخاص الأهلية الازمة من الناحية القانونية لإبرام اتفاق التحكيم .

الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري والفرنسي

سنتعرض إلى موقف كل من التشريع الجزائري والفرنسي على التوالي.

أولا: التشريع الجزائري

1-الاتفاقيات الدولية :

إن المعاهدات المصادق عليها تتمتع بقيمة قانونية أعلى من القوانين، وذلك بحسب المادة 132 من التعديل الدستوري لسنة 1996 (معدل ومتمم)[29]، وبالتالي بمجرد المصادقة على المعاهدة التي تجيز التحكيم فإنه يرفع الحظر على القوانين الوطنية، وسنقوم بعرض بعض الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر:

-الاتفاقية التي صادقت عليها في مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، وتعد هذه الاتفاقات من أهم الاتفاقيات الدولية التي عنيت بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، ومن استقراء نصوص هذه الاتفاقية يتبين أنه بالرغم من أن هدفها هو تنشيط التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية، إلا أنها لم تنص على قصر نطاقها على المنازعات التجارية فقط، و بالتالي فإن هذه الاتفاقية تسري على كافة المنازعات ومنها منازعات العقود الادارية والتي تعتبر عقود البوت جزء منها [30].

-اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى : حيث نصت صراحة على التحكيم في العديد من موادها فنجد المادة 1 الفقرة 2 تنص على : " وغرض المركز هو توفير طريقي التوفيق و التحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات". وأضافت المادة 26 أيضا: " موافقة أطراف النزاع على طرحه في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر ما لم ينص على غير ذلك تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية، ويجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط موافقتها على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، استيفاء طرق التسوية الداخلية سواء إدارية أو قضائية[31] .».

2 -القوانين

بعد صدور قانون الاجراءات المدنية عام 1966 أين جاءت المادة 452الفقرة 3 والتي نصت على منع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم. وعلى الرغم من هذا الرفض القانوني للتحكيم، فإن الجزائر لجأت إليه في منازعاتها مع الشركات الأجنبية بموجب التزاماتها الناجمة عن اتفاقيات ايفيان، بالإضافة إلى الاتفاقيات الاقتصادية الأخرى منها، الاتفاقية المبرمة مع الشركة الأمريكية في أكتوبر 1968. وحقيقة الأمر أن رفض السلطات الجزائرية لفكرة التحكيم يرتبط ارتباطا وطيدا بفكرة السيادة، الذي يقتضي عدم إخضاع أي منازعة تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرف فيها لأي جهة إلا لقضائها وتطبيق قانونها[32].

لكن استدرك المشرع الجزائري موقفه بعد إصداره قانون الاجراءات المدنية والإدارية، عندما نص صراحة على عدم جوازية طلب الأشخاص المعنوية العامة التحكيم ما عدا في علاقاتهم الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية (المادة 3/1006 من القانون رقم 08-09)، وما يلاحظ أن قانون الإجراءات المدنية والادارية لم يورد نصوص قانونية تبين كيفية تطبيق هذه المادة.

وباعتبار أن الدولة الجزائرية قد خطت خطوات متقدمة نحو التفتح الاقتصادي، و تشجيع الاستثمار الأجنبي، فقامت بإصدار قوانين تحفيزية، ومنح ضمانات و امتيازات متنوعة، وخاصة في كيفية تسوية المنازعات الناشئة عنها: فجاءت المادة 13 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بترقية الاستثمار [33]تنص على: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي، والدولة الجزائرية يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضد الجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص ."

ثانيا: التشريع الفرنسي[34]

حظر التشريع الفرنسي التحكيم في العقود التي تكون الدولة أو الأشخاص العامة الاعتبارية طرفا فيها، وقضت المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي على أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا تستطيع أن تعفى نفسها من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني وأن تلجأ إلى التحكيم لحل المنازعات التي تكون طرفا فيها والتي ترتبط بعلاقات تخضع للنظام القانوني الداخلي.

إلا أن الفقرة الثانية من المادة ذاتها المذكورة أعلاه أجازت لبعض الفئات من المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم بعد الترخيص وذلك بموجب مرسوم.

كما توجد بعض القوانين الفرنسية التي أجازت لبعض المؤسسات العامة الفرنسية اللجوء إلى التحكيم كالمادة 25 من القانون الصادر في 30 أيلول من العام 1982 والمتعلق بالشركة الوطنية لسكة الحديدSNCF، والمادة 28 من القانون الصادر في1990 العائد لهيئة البريد والاتصالات.

وأصدر المشرع الفرنسي في عام 2004 مرسوما نص على أن النزاعات الناشئة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص خاضعة للتحكيم. وكما هو معروف فإن عقود الشراكة المذكورة هي عقود إدارية، وبالتالي يعد هذا النص القانوني خروجا على القاعدة العامة القاضية يعد خروجا على القاعدة العامة القاضية بعدم جواز التحكيم في العقود الادارية.

وأكد القضاء الإداري الفرنسي على مبدأ حظر التحكيم في العقود الادارية، وذهب إلى أن هذا المبدأ يتعلق بالنظام العام.

كما اعتبر مجلس الدولة في رأي استشاري له إلى أن مبدأ حظر التحكيم في العقود الادارية هو نتاج المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي والذي تؤكده الفقرة الأولى من المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات التي تقضي بها الأحكام التشريعية الصريحة وبنود الاتفاقيات الدولية التي تصبح جزء من النظام القانوني الداخلي. وبالتالي لا يستطيع أشخاص القانون العام اختزال قواعد الاختصاص العائدة للقضاء الوطني

واللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي يكونون طرفا فيها، وكل اتفاق على التحكيم أو أي بند تحكيمي يتجاهل هذه المبادئ يعد باطلا.

كما أن القضاء العادي يؤد على حظر التحكيم في العقود الادارية الداخلية، إلا أن محكمة التمييز الفرنسية ذهبت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية حيث اعتبرت أن الند التحكيمي مشروع في العقود الدولية، وحظر التحكيم المتعلق بالأشخاص المعنوية العامة غير مطبق بالنسبة للعقود الدولية المبرمة وفقا لشروط وحاجات التجارة الدولية.

ويبرز الحكم السابق الصادر عن القضاء العادي الاختلاف بين القضائيين العادي والاداري، لأن القضاء الاداري ما زال يصر على عدم جواز التحكيم في العقود الادارية بصورة مطلقة سواء كانت داخلية أو دولية إلا إذا وجد النص القانوني أو الاتفاقية الدولية المصدقة التي تجيزه. في حين أكد القضاء العادي على جواز التحكيم بالنسبة للعقود الدولية دون حاجة لوجود نص قانوني أو اتفاقية دولية تجيزه.

المبحث الثاني: النظام القانوني لاتفاق التحكيم

تمهيد حول المبحث الثاني والمسائل التي سوف تعالج فيه، تمهيد حول المبحث الثاني والمسائل التي سوف تعالج فيه.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم

تعددت النظريات التي حددت الطبيعة القانونية للتحكيم وأثارت جدلا فقهيا واسعا، لأن قيامه على عقد وترتيبه لحكم أدى إلى اختلاف.

الفرع الأول: النظرية التعاقدية

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وليست قضائية، لأن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع التحكيم ليسوا من القضاة وإنما هم أفراد عاديين، والأحكام الصادرة عن التحكيم ليست أحكاما قضائية وإنما استمدت هذه الأحكام قوتها التنفيذية من القضاء الذي يصدر أمرا تنفيذيا بعد التحقق من انتفاء ما يمنع تنفيذها، ولا يؤدي هذا الأمر إلى جعل أحكام التحكيم أعمالا قضائية، لأن حكم التحكيم الصادر في النزاع يبقى مرتبطا مصيره وتفسيره بعقد التحكيم من بعد صدور الأمر بتنفيذه[35].

وذهب فريق من الفقهاء[36] إلى القول إن التحكيم ما هو إلا عقد كبقية العقود. ولا يؤثر في كونه منتجا لحكم فالحكم لا يعتبر سوى أثر له. واستندوا في قولهم هذا إلى الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في التحكيم وإلى تمايزه عن العمل القضائي ويتجلى دور الإرادة في التحكيم في اختيار التحكيم كوسيلة للفصل في النزاع بدل القضاء واختيار شخص المحكم، وتحديد المدد والمواعيد لإصدار قرار التحكيم.... إلخ

وهذا يعني أن أنصار هذه النظرية يضفون الطابع الاتفاقي على خصومة التحكيم حيث يحدد نطاقها الشخصي والموضوعي بالاتفاق بين طرفي النزاع.

الفرع الثاني: النظرية القضائية

ذهب اتجاه آخر إلى أن للتحكيم طبيعة قضائية، باعتباره قضاء ملزما للخصوم متى اتفقوا عليه، وانه يحل محل الدولة وأن حكم المحكمين هو عمل قضائي شأنه شأن الحكم القضائي الصادر عن السلطة القضائية في الدولة. كما يرى أنصار هذه النظرية أن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم، وبالتالي فإن القرار الصادر عن التحكيم هو قرار قضائي ويكون قابلا للتنفيذ بذاته، ولا يحتاج الأمر إلى تقديم طلب إلى القضاء لإعطائه الصيغة التنفيذية[37].

واستند الفقهاء الذين يعتبرون عقد التحكيم ذو طبيعة قضائية إلى العديد من الحجج من بينها، أن التحكيم ليس في حقيقته سوى وسيلة لفض النزاعات، فالهدف الذي يصبو إليه هو الفصل في النزاع وهو الذي يميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له ومن ذلك الخبرة والصلح، فالهدف من التحكيم هو ذات الهدف من القضاء، فمهمة المحكم هي ذاتها مهمة القاضي وهي الفصل في النزاع. وقد اختلف الفقهاء في مصدر سلطة المحكم، فمنهم من يرى أن المحكم هو من أجاز للأفراد اختيار المحكم ومنحه سلطة القضاء، وآخر يرى أن المحكم يستمد سلطته هذه كنتيجة لقيامه بالفصل في النزاع وبهذا يشترك مع القضاء لأن الهدف من كل منهما الفصل في النزاع، على خلاف ما ذهب إليه أنصار النظرية التعاقدية حينما ذهبوا إلى أن تصرف المحكم ليس سوى تجسيد لإرادة الأطراف وهي تكليفه بالفصل في النزاع[38].

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن للتحكيم طبيعة مختلطة، فيكون له الطبيعة التعاقدية بالنظر إلى الاتفاق الذي يبرم بين أطراف النزاع حول التحكيم، ويكون له الطبيعة القضائية بالنظر إلى أن الحكم الصادر عن التحكيم لا يكتسب القوة التنفيذية إلا بعد عرضه على المحكمة المختصة وصدور أمر تنفيذه[39].

ولكن وجه إلى هذا الرأي انتقادات منها وصف هذا الاتجاه على أنه اعتراف بالعجز ومحاولة الهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة لأن القول بالطبيعة المختلطة لا معنى له، إذ يجب تحديد هذه الطبيعة وليس الاكتفاء بوصفها أنها مختلطة. ووجه انتقاد آخر لهذا الاتجاه بالقول إن هذا التجاه يمثل الحد السهل لأنه لا يمكن الجمع بين أحكام العقد الناشئة عن الجزء القضائي والذي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و ما بين أحكام العمل الإجرائي الناشئة عن الجزء القضائي و التي يحكمها اتصالها بالنظام العام و كونها آمرة[40].

المطلب الثاني: احكام التحكيم في عقود البوت

يقوم نظام التحكيم على جملة من المراحل المتتالية حيث يكون أولها في اتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم للتحكيم عن طريق ابرام الاتفاقية التحكمية والالتزام بمختلف شروطها المترتبة عنها. ويتضمن هذا الاتفاق عدد المحكمين ومواصفاتهم والقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. ويصدر القرار عن المحكمين الذي يلزم طرفي النزاع، إلا أنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد عرضه على القضاء والأمر بتنفيذه.

الفرع الأول: اتفاق التحكيم

أولا: شروط صحة اتفاق التحكيم

-أن يصدر اتفاق التحكيم عن شخص كامل الأهلية أي صالح لمباشرة حقوقه والتصرف فيها، وبالنسبة للدولة أو أشخاص القانون العام لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم إلا من قبل الجهة الادارية المختصة بعد الحصول على الترخيص أو الإذن الذي تقتضيه الأنظمة والقوانين النافذة[41]. وبالعودة إلى المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها...." وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حدد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم على أنها أهلية التصرف.

- أن ينصب التحكيم على المسائل التي يجوز أن يتم الصلح فيها، وبالتالي لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية أو المتعلقة بالنظام العام كالمسائل المتعلقة بالسيادة أو بالتجريم والعقاب والضرائب والرسوم المستحقة[42]. تنص المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: "..... لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم ....."

-أن يكون الاتفاق مكتوبا. وهذا ما أكد عليه التشريع الجزائري. وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع الجزائري نص على إلزامية أن يكون التحكيم سواء في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها.

ثانيا: أشكال التحكيم

قد يجري الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع ويدرج العقد المبرم بين طرفي النزاع ويطلق عليه تسمية:

بند أو شرط التحكيم، ويمكن أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع ويطلق عليه تسمية: مشارطة التحكيم.

1-شرط (بند) التحكيم

إذا كان الاتفاق مدرجا في العقد الأساسي المبرم بين طرفي النزاع كنا بصدد بند التحكيم. ونصت المادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على ما يلي: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم. وعليه يكون شرط التحكيم سابقا على قيام النزاع بين الطرفين في العقد.

وفي الواقع فإن شرط التحكيم كثيرا ما يندرج في العقد بل أصبح هذا الشرط هو القاعدة في ميدان التجارة الدولية، حيث أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم وخاصة الدولي تنشأ استنادا إلى اتفاق لاحق على نشوء النزاع.

2-مشارطة التحكيم

يقصد باتفاق التحكيم ذلك الاتفاق الذي يبرمه طرف العقد بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد ويحيلان بموجبه نزاعها إلى التحكيم. ومثال ذلك طرفا التحكيم عقدهما لم يتضمن شرط لتسوية المنازعات بينهما، وفي مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية منازعة مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى هيئة التحكيم[43].

وهذا ما جاء في نص المادة 1001من قانون الاجراءات المدنية والادارية حيث نصت المادة على ما يلي: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ".

ويجوز للأطراف المتنازعة الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية، وفي هذه الحالة بإمكان الخصوم التماس إجراء الفصل في الخصومة وفقا للمادة 214 من قانون الاجراءات المدنية والادارية إلى انتهاء أجل التحكيم المنصوص عليه في المادة 1018من نفس القانون على اعتبار أن التحكيم طريق بديل لحل النزاعات.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكيم

يتمتع أطراف النزاع بحرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بينهم. وطبقا للمادة 1043من قانون الاجراءات المدنية والادارية و التي تنص: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الاجراءات إلى القانون الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم".

وعليه فقد عددت هذه المادة حالات لاختيار القانون الإجرائي، بحيث كرست مبدأ سلطان الإرادة لما منحت الأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات في اتفاق التحكيم مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي، وأخذت المادة نفسها في الحسبان عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الإجرائي، فهنا تتولى محكمة التحكيم تحديده مباشرة، أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي.

أما فيما يخص موضوع النزاع تنص المادة1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذه الاختيارات فصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ".

وعليه وطبقا لهذه المادة هناك حالتين يستطيع من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وهما:

-القانون المتفق عليه من الأطراف: تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، قد يكون القانون الجزائري، وقد يكون أي قانون آخر، فالمادة 1050المذكورة أعلاه تؤكد حرية الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، فقد خول الأطراف إنشاء قواعد قانونية مختلفة لكي تنظم وتطبق موضوع النزاع المعروض على التحكيم.

وقد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة ليكون المطبق في النزاع أو لقانون أحد الأطراف، ومثال الأحكام الصادرة في هذا الشأن الحكم الصادر عام 1993لصالح الطرف الأجنبي مجهز السفينة، وشركة الملاحة الفرنسية، بحيث قضت محكمة التحكيم بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري، إذ كان الطرف الجزائري قد دفع بالمادة 5 من العقد الذي يرتبط بالجانب الفرنسي والتي مفادها أن يخضع النزاع للقانون المختار من طرف المحكمين[44].

وتنص المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

يتضح من خلال النص أن المحكم في ظل القانون الجزائري يتمتع بسلطة واسعة، فهو يختار القانون الذي يرى أنه أكثر ارتباطا واتصالا بالنزاع.

المطلب الثالث: إجراءات التحكيم وطرق الطعن فيها

سنتطرق في هذا المطلب إلى كل من إجراءات التحكيم وفق لما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإداري (الفرع الأول). إضافة إلى طرق الطعن فيها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات التحكيم

وفقا لما جاء في المادة 1008، والمادة 1002 الفقرة الأولى من ق. إ. م. إ، يبين شرط واتفاق التحكيم كيفية تعيين محكم، أسمائهم، وموضوع النزاع، تحت طائلة البطلان. وتتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي طبقا للمادة 1017 من ق. إ. م. إ، حيث تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي متمتعا بحقوقه المدنية، وإذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا يتولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر كمحكم طبقا للمادة 1014 ق. إ. م.إ.

وقد حددت المادة 1018 ق إ م إ، أجل 4 أشهر لإنهاء اتفاق التحكيم، تبدأ من تاريخ إخطار محكمة التحكيم غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل.

وجاءت المادة 1044 ق. إ. م. إ، تقيد اختصاص محكمة التحكيم لتفصل إلا في اختصاصاتها، هذا ويجب على الأطراف إثارة الدفع بعد الاختصاص كدفع أولي قبل إثارة دفوع في الموضوع، بالإضافة إلى ذلك يجب على محكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصاتها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.

ويعتبر التنفيذ في مجال التحكيم الداخلي أو الدولي امتداد لدور القاضي إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي، إذ أن أحكام التحكيم لا تكتسب بذلك القوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر قضائي من الجهة المختصة لمنحها الصيغة التنفيذية[45].

الفرع الثاني: طرق الطعن

أقرت التشريعات والمعاهدات الدولية طرقا مختلفة للطعن ضد قرارات التحكيم في عقود الإدارة الدولية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، حيث ميز بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج، والأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالجزائر.

أولا: طرق الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر

أقر المشرع الجزائري بحق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056السابقة الذكر.

وتنص المواد من 1032إلى 1034 من ق إ م إ، على أن:

-أحكام التحكيم الداخلي غير قابلة للمعارضة.

-قابليتها لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.

-قابلة للاستئناف في أجل شهر من تاريخ النطق بالقرار، ما لم يتنازل الأطراف عن هذا الحق باتفاقية التحكيم.

-يكون القرار الصادر في الاستئناف قابلا للطعن بالنقض.

ثانيا: الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج

تنص المادة 1058من قانون الاجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 " بمفهوم المخالفة يفهم أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لا يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان في الجزائر.

وهكذا نستنتج أن أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر قابلة للاستئناف، ويكون القانون الصادر والفصل بالاستئناف قابل للطعن بالنقض.

خاتمة:

تتميز عقود البوت بالضخامة والتعقيد، بما قد يفتح الباب أمام نشوء منازعات بين الأطراف سواء في مرحلة إبرام العقد أو الانشاء أو التشغيل وما يرتبط بهم من عقود، بما يستلزم أن تكون هناك آلية قانونية قادرة على تسوية المنازعات بسرعة، حتى لا تؤثر على سير المرفق باستمرار وانتظام.

ويهتم هذا البحث بدراسة التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البناء والتحويل والتشغيل (عقد البوت) التي تمثل أحد أشكال إدارة المرافق العامة التي تلجأ إليها الدولة بمساهمة القطاع الخاص، سواء كان الشخص محلي أو أجنبي وذلك من أجل التخفيف من الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها.

من بين أهم **النتائج** المتوصل إليها في هذا البحث:

-اختيار أطراف عقد البوت التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات التي تنشأ بينهم نظرا للدور الذي يقدمه كمنظام استثنائي خاص يختلف عن قضاء الدولة وهذا راجع لما يتسم به التحكيم من سرعة في الفصل ومن بساطة الاجراءات.

-أهم آثار استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي.

-وفق المشرع الجزائري، من خلال فتح المجال للطعن في أحكام التحكيم كغيره من الأنظمة الأخرى غير أنه فرق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر وبين الأحكام الصادرة خارج الاقليم الجزائري، إذ جعل الاختصاص لإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الادارية وعقود البوت خاصة لجهة القضاء العادي يستند إلى حجة رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم.

-عدم وجود نظام قانوني شامل يحكم إبرام العقود وتنفيذها الأمر الذي قد يؤدي إلى مخالفات قانونية.

- لا تذكر بعض الحقوق والالتزامات في اتفاقيات عقود البوت بشكل دقيق مما يؤدي إلى نشوء بعض النزاعات أثناء تنفيذ المشروع. كما قد تبرز بعض العراقيل عند تسليم المشروع وإعادة ملكيته إلى الجهة المانحة.

-إن المستثمر في عقود البوت سواء كان وطنيا أو أجنبيا لا يرغب بوسائل التسوية القضائية الداخلية، لأنها لا توفر له الأمان القانوني، وذلك بسبب اختلاف المراكز القانونية للأطراف المتنازعة، كما أن التسوية القضائية في نظر المستثمر ليست لديها الكفاءة والخبرة، ناهيك عن كون القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الداخلي، مما ينزل الشك والريبة بنظر المستثمر، مما يجعل اللجوء إلى الوسائل الودية التحكيم هو الحل الأمثل.

التوصيات:

-إصدار تشريع خاص بعقد البوت، يعرفه ويغطى جوانبه القانونية، ويحدد دفاتر شروطه النموذجية، للمنع من التلاعبات، مما يزيد من فعالية المرفق العمومي ومردوديته.

-يجب على أطراف عقد البوت بذل العناية القصوى في اختيار المحكمين أو المحكم الذي يتمتع بالخبرة والاستقلالية، ويجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة استعمال كافة الحقوق المكفولة لها في تحديد هيئة التحكيم.

قائمة المراجع:

1-القوانين

-القانون 08-09المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 الصادر في 23 أبريل 2008.

2-الكتب

- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة-دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية 2015.

- العصار، يسري محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

- طه محيميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية المنازعات، دار الكتب القانونية مصر، سنة 2013.

- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

- ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر.

- مناني فراح، التحكيم بديل لحل المنازعات، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، طبعة 2010.

- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة 2011.

- الحداد، حفيظة السيد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2003.

- أحمد سي أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.

- ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

- الشيخ، عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.

- التحيوي، محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2003

3-الرسائل والأطروحات

- حنان أحمد ضيا، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء –التشغيل ونقل الملكية (B.O.T) -دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في الحقوق، 2016.

- يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

- سفيان سوالم، المنازعات المدنية في العقود المدنية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة بسكرة، 2014.

-شماشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B. O. T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي أم بواقي، 2013، 2014.

4-المقالات

أحمد حرير، النظام القانوني لعقود البوت ودورها في تمويل الاستثمار في مجال إنجاز مشاريع البنية التحتية، مجلة القانون العام الجزائري المقارن،

الهوامش:

[1] مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة–دراسة مقارنة– منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية 2015، ص 289.

[2] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص ص 7 ، 8.

[3] من أهم هذه المراكز: مركز التجارة الدولية بباريس CCI، جمعية التحكيم الأمريكية AAA ، جمعية التحكيم الفرنسية AFA ، جمعية التحكيم الايطالية AIA ، غرفة التحكيم البحري بباريس CAMP ، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

[4] حنان أحمد ضيا، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء –التشغيل ونقل الملكية (B.O.T) –دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في الحقوق، 2016، ص 196.

[5] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص ص 410 ،411.

[6] العصار، يسري محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 14.

[7] ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص ص 688، 689.

[8] حنان أحمد ضيا، مرجع سابق، ص 202.

[9] مناني فراح، التحكيم بديل لحل المنازعات، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، طبعة 2010، ص 15.

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

[11] طه مجيميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية المنازعات، دار الكتب القانونية مصر، سنة 2013، ص 287.

[12] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة 2011، ص 236.

[13] القانون 08-09المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 الصادر في 23 أبريل 2008.

[14] مناني فراح، مرجع سابق، ص ص 18، 19.

[15] أحمد سي أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص 25.

[16] أحمد حرير، النظام القانوني لعقود البوت ودورها في تمويل الاستثمار في مجال إنجاز مشاريع البنية التحتية، مجلة القانون العام الجزائري المقارن، ص 118.

[17] الحداد، حفيظة السيد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2003، ص 6.

[18] ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، 67.

[19] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 416.

[20] أحمد حرير، مرجع سابق، ص 120.

[21] حنان أحمد ضيا، مرجع سابق، ص205.

[22] الشيخ، عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 21.

[23] الشيخ، عصمت عبد الله، مرجع سابق، ص ص 34، 35.

[24] حنان أحمد ضيا، مرجع سابق، ص 205.

[25] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 95.

[26] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 413.

[27] شماشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B. O. T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي أم بواقي، 2013، 2014، ص110.

[28] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 422.

[29] آخر تعديل للدستور الجزائري في 2020، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، جريدة رسمية جزائرية عدد 82.

[30] المرسوم رقم 88-233مؤرخ في 5 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، الصادر في 23 نوفمبر 1988.

[31] جريدة رسمية عدد 66، الصادر في 5 نوفمبر1995.

[32] شماشمة هاجر، مرجع سابق، ص 113.

[33] جريدة رسمية عدد 47، الصادر في 22 غشت2001.

[34] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 417 وما بعدها.

[35] التحيوي، محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2003، ص 263.

[36] يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 51.

[37] الشيخ، عصمت عبد الله، مرجع سابق، ص 46.

[38] يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، مرجع سابق، ص 52.

[39] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 410.

[40] يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، مرجع سابق، ص 54.

[41] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 424.

[42] دامية أشهيبو، التحكيم وشروط صحته، مجلة الفقه والقانون www.naw.majalah

[43] سفيان سوالم، المنازعات المدنية في العقود المدنية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة بسكرة، 2014، ص 145.

[44] قرار رقم 34776 صادر بتاريخ 23 مارس 1985، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1989، ص 129.

[45]شماشمة هاجر، مرجع سابق، ص 116.