التحكيم في عقود البوت

Arbitration in Bot Contracts

وزاني حنان *
مخبر المرافق العمومية والتنمية
جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، الجزائر
hananeouazzani1989@gmail.com

بن ديدة نجاة
مخبر المرافق العمومية والتنمية
جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، الجزائر
nabendida@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2021/08/04 - تاريخ القبول: 2021/11/08 - تاريخ النشر: 2021/11/13

الملخص: يعد القضاء الوسيلة الأساسية لحل النزاعات ، لكن مع تطور ظروف التجارة والاستثمار وعصرنة المرافق العامة، نشأت إلى جانبه وسائل أخرى لحسم المنازعات، وبذلك ظهر التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات.

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة نظام التحكيم في عقود البوت B.O.T (عقد البناء والتسيير ونقل الملكية) باعتباره نموذج مستحدث لعقود الامتياز التقليدية من اجل تسيير وإنشاء وترقية المرافق العامة، مع إخضاعه لمجموعة من الشروط والضمانات القانونية التي تمنح للدولة حق مراقبة التنفيذ في جميع مراحله.

الكلمات المفتاحية: العصرنة، عقد البوت، عقد الامتياز، ترقية المرافق العامة، التحكيم.

Abstract: The judiciary is the main means of settling disputes, but with the development of trade and investment conditions and the modernization of public services, other means of settling disputes have appeared in parallel, and thus arbitration is emerged as alternative means of resolving disputes.

This study aims to address the arbitration system in B.O.T contracts (Construction ,Management and Transfer of Ownership Contract) as an updated model of traditional concession contracts for the management, establishment and modernization of public services, subject to a set of legal conditions and guarantees that grant the State the right to monitor implementation at all stages.

Keywords: modernization, B.O.T contract, concession contract, upgrade of public services, arbitration.

* المؤلف المرسل: وزاني حنان.

مقدمة:

تعتبر عقود الامتياز المبرمة وفقا لنظام البوت B.O.T من أهم الآليات التي تفعل دور القطاع الخاص في تسيير المشاريع الضخمة، وخلق مناخ استثماري دون إرهاق ميزانية الدولة، ما دفع اغلب الدول منها الجزائر إلى تبني هدا النوع من العقود لتطوير بنيتها التحتية وتحديث وتطوير مرافقها العامة، بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يضع نظام قانوني خاص لهذا النوع من العقود.

تتجلى أهمية الدراسة كون عقود البوت B.O.T وسيلة عرفت انتشارا واسعا على المستوى الدولي والوطني، باعتباره أسلوب تعاقدي حديث يعمل على إشراك القطاع الخاص في بناء وتسيير المرافق العامة وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية خاصة الدول النامية، غير أنه في إبرام هذه العقود بين الدول وأشخاص القانون الخاص سواء كانت وطنية أو أجنبية ،قد تدور بعض المنازعات بينها مما يستوجب اللجوء إلى وسيلة أخرى دون القضاء لحل أو تسوية منازعات البوت، ولهذا ظهر التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات ومن ثم تكمن الأهمية العلمية لدراسة آلية التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الناشئة عن عقود البوت باعتباره من العقود الحديثة في مجال المعاملات الاقتصادية.

ولأجل تقديم الدراسة في صورة عملية كان علينا الاعتماد على **منهج تحليلي** كونه الأنسب في تحميل النصوص القانونية لأجل تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت، ومن ثم تحديد النصوص القانونية لدراسة إجراء آلية التحكيم فيها.

وهذا ما دفعنا لدراسة هذا الموضوع بمعالجته من خلال الإجابة على الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية تطبيق التحكيم كآلية لفض النزاعات الناجمة عن عقد البوت؟

وهو ما ستتم معالجته وفق نقطتين تضمنت الأولى المفاهيم العامة للتحكيم في عقد البوت(المبحث الأول)، والثانية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن عقد البوت (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المفاهيم العامة للتحكيم في عقد البوت.

لدراسة المفاهيم العامة للتحكيم في عقد البوت، يستلزم منا تحديد تعريف التحكيم في عقد البوت كوسيلة لفض المنازعات، لما يتميز به من مزايا تعالج تلك العيوب التي تشوب القضاء العادي وأهمها

سرعة الفصل في المنازعات المطروحة عليه، كما يستلزم منا إيضاحا للقانون الواجب التطبيق على التحكيم، ولهذا سوف نتطرق إلى مفهوم التحكيم وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له في (المطلب الأول)والقانون الواجب التطبيق على التحكيم في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له.

من خلال هذا المطلب يتم التطرق إلى تحديد تعريف التحكيم في عقد البوت (الفرع الأول)،وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التحكيم في عقد البوت:

التحكيم في نطاق عقد ال BOT هو اتفاق طرفي العقد وهما الدولة وشركة المشروع على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ اتفاقية المشروع، ويكون اللجوء إلى التحكيم سواء كان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة أو عن طريق أفراد عاديين، ويتفق طرفا العقد على اختيار هيئة التحكيم لاحقا أو تحديدها عند بداية إبرام العقد وذلك بغرض إصدار قرار ملزم لطرفي العقد، في شأن المنازعة المطروحة، وعليه فإن للتحكيم في عقد الBOT وجهان:

الوجه الأول هو الطابع الاتفاقي للتحكيم في عقد الBOT إذ أن الإرادة الحرة هي الركيزة الأساسية للتحكيم، ويبدو الوجه الثاني للتحكيم، في الطابع القضائي من خلال الإلزام الذي يرد في قرار المحكم عن طريق استبدال القاضي العادي المختص أصلا بنظر المنازعة بالقاضي المحكم الذي تتوافق إرادة طرفي النزاع في العقد على اختياره، ليصبح قاضيا للخصومة المطروحة بين الطرفين.[1]

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

هناك العديد من الأنظمة التي يلتبس مفهومها مع مفهوم التحكيم، لذا ولإزالة هذا اللبس وجب تمييز التحكيم عن هذه الأنظمة، بإبراز أوجه الشبه والاختلاف بينهم وذلك على النحو التالي:

1- صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام فرع :الإدارة العامة، القانون وتسيير الإقليم، 2012-2013، ص 156-157.

أولا- تمييز التحكيم عن الصلح:

يعرف الصلح بأنه ":عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.[2]

يظهر مما سبق بأن الصلح يتشابه مع التحكيم فيكون أن كلاهما يعتبر وسيلة بديلة لفض النزاعات، بدلا للجوء إلى القضاء، كما أن كلاهما يؤدي إلى إنهاء النزاع، في حين أنهما يختلفان في عدة نقاط أهمها ما يلي:

أ – **من حيث محل كلاهما:** فمحل التحكيم طرح النزاع للفصل فيه من قبل محكم أو عدة محكمين بدلا عن القضاء، في حين أن محل الصلح هو تسوية النزاع مباشرة.

ب – التحكيم لا ينهي النزاع بمجرد الاتفاق عليه وإنما بعد قيام المحكمين بالإجراءات اللازمة وإصدار الحكم، في حين أن الصلح وبمجرد الاتفاق عليه ينتهي النزاع مباشرة.

ج – **من حيث سلطة القضاء** :إن سلطة القضاء في مراقبة حكم التحكيم قبل السماح بتنفيذه تخص الجانب الإجرائي فيه فقط، دون أن ينظر القضاء في موضوع النزاع، في حين أن الصلح لا ينفذ إلا بعد تصديق القضاء بعد النظر في الجانب الإجرائي والموضوعي للإتفاق.

د – الفصل في النزاع عن طريق التحكيم يرجح كفة طرف على حساب الطرف الآخر، في حين أن الفصل فيه عن طريق الصلح، يؤدي إلى تنازل الطرفين معا على وجه التبادل عن حقيهما.[3]

2ـ قانون رقم05 ـ 10مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 عام 1424 الموافق ل 20 يوليو سنة2003 يعدل ويتمم الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جر جج، العدد44 ، بتاريخ 19 جمادى الأولى عام1426

هـ الموافق ل 26 يونيو سنة2005 ، المادة 549.

3 ـ حمزة وهاب، محاضرات التحكيم التجاري الدولي، ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون أعمال وقانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2018–2019، ص 13–16.

ثانيا: تمييز التحكيم عن الوكالة:

لقد عرف المشرع الجزائري الوكالة من خلال نص المادة **571** من القانون المدني والتي يتضح منها بأن الوكالة عقد يكلف بموجبه شخص ما شخصا آخر للقيام بتصرف ما، طرفاه هما الموكل والوكيل، حيث يتصرف هذا الأخير لحساب موكله وباسمه.

فتتشابه الوكالة مع التحكيم في أن كلاهما عقد نابع من إرادة الأطراف، في حين أنهما يختلفان في أن الوكيل ليس مستقلا عن موكله وإنما هو تابع له يدافع عن مصالحه ويتعاقد باسمه ولحسابه، في حين أن المحكم وبمجرد إسناد مهمة الفصل في النزاع إليه فإنه يصبح مستقلا تماما عن الطرف الذي قام بتعيينه، بحيث لا يدافع عن مصالح هذا الطرف وإنما يصبح بمثابة القاضي، يتمتع بالاستقلالية ويلتزم بالحياد تجاه الخصمين ولا ينحاز إلى الطرف الذي قام بتعيينه، فهو بذلك ليس وكيلا عن الخصوم.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكيم في عقد البوت

قد يتفق طرفا المنازعة في عقد ال BOT على تطبيق قانون معين أو المبادئ العامة للقانون أو قانون دولة مقر المشروع، وهنا لا توجد مشكلة حقيقية إذ يلتزم المحكم بتطبيق قانون إرادة طرفي المنازعة، أما عندما لا يتفق الطرفان على القانون الذي يحكم العقد، فهنا يجد المحكم نفسه في حرج بين تطبيق المبادئ العامة للقانون أو تطبيق قانون الدولة المضيفة باعتباره القانون الأقرب لموضوع المنازعة[4].

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن غالبية التشريعات في العالم تمنح أطراف العقود التي تتضمن طرفا أجنبيا ومنها عقد ال BOT حق تعيين القانون الواجب التطبيق، وفي الغالب يختار الأطراف القانون الوطني لأحدهم أو قانون محل تنفيذ العقد، أو محل إبرامه، أو قانونا محايدا.[5]

إن القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم يختلف عن القانون الذي يحكم عقد ال BOT، فقد جرى العرف في التحكيم الدولي على حرية المتعاقدين في الاتفاق على اختيار القانون المنظم لقواعد الإجراءات

4 – صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 158–159.

5– نصت المادة 44 فقرة 8 من اتفاقية الاستثمار المتعلقة بإنجاز محطة تحلية مياه البحر بالحامة إلى أنه "يجب على الحكام أن يفصلوا في كل خلاف بتطبيق أحكام القانون الجزائري و أحكام هذه الاتفاقية وإذا اقتضى الأمر بالمبادئ العامة للقانون الدولي".

الواجب اتباعها في التحكيم، وعند خلو اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو اتفاقا في تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية الإجرائية يطبق قانون البلد الذي تباشر فيه الإجراءات.

وفي هذا الصدد نصت المادة 1043 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية[6] إلى أنه" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم..."

وعند غياب إرادة الطرفين في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات فإن الفقه الغالب يذهب إلى ضرورة خضوع إجراءات التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم، وعند عدم كفاية القواعد المتفق عليها لحكم الإجراءات هنا يخضع الأطراف والمحكمون للقواعد الشكلية والموضوعية المتبعة عادة أمام المحاكم في البلد الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم[7].

المبحث الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن عقد البوت.

تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم التحكيم في عقود البوت، الذي يعد من عقود الدولة الاستثمارية التي تتميز بطول مدتها ما يؤدي إلى ظهور منازعات بشأنها، لذلك جاء التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات الناشئة عن عقد البوت، وهو ما دفعنا إلى معالجة آلية التحكيم في عقد البوت (المطلب الأول) وطرق الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آلية التحكيم في عقد البوت

يقوم نظام التحكيم على جملة من المراحل المتتالية حيث يكون أوليا في اتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم للتحكيم عن طريق إبرام اتفاق التحكيم والالتزام بمختلف شروط صحته وأركانه (الفرع الأول)، وما يترتب عنه من آثار (الفرع الثاني).

6- القانون رقم 05-10، المرجع السابق.

7- صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 165.

الفرع الأول:اتفاق التحكيم

وجب قبل الحديث عن أركان اتفاق التحكيم وشروط صحته وإجراءاته، وجب علينا تعريف اتفاق التحكيم وهو الاتفاق الذي يحيل بمقتضاه الأطراف على التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما في خصوص علاقة قانونية تعاقدية.[8]

ويتطلب لصحة اتفاق التحكيم توفر جملة من الأركان والشروط اللازمة له، وهذه الأركان والشروط تتمثل في النقاط التالية:

أولا :الأركان الموضوعية لاتفاق التحكيم.

اتفاق التحكيم كغيره من العقود، يقوم على ثلاثة أركان موضوعية لكي ينعقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية، تتمثل هذه الأركان في ركن الرضا وركن المحل وركن السبب.

ويقصد بالرضا في اتفاق التحكيم هو تطابق إرادتي طرفي العلاقة القانونية الأصلية على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات التي ثارت أو يمكن أن تثيرها هذه العلاقة مستقبلا، مع استبعاد القضاء من الفصل فيها على أن يتم ذلك في شكل إيجاب وقبول يتبادلهما الطرفان ويتطابقان حول الفصل في النزاع عن طريق التحكيم[9]، ولكي يتم التراضي بين الطرفين بشكل صحيح وجب أن يتوفر فيهما الأهلية المتطلبة قانونا، والتي تثبت للشخص الطبيعي بمجرد بلوغه سن تسعة عشر سنة كاملة مع التمتع بكامل أما بالنسبة للأشخاص المعنوية وباعتبار أن عقد البوت **B.O.T** طرفاه شخصان معنويان وهما المصلحة المتعاقدة بوصفها شخصا معنويا عاما، وشركة المشروع بوصفها شخصا معنويا خاصا، فإنه ينظر إلى أهليتهما من خلال صلاحية كل منهما للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم دون القضاء.

فينظر إلى أهلية الأشخاص المعنوية العامة من خلال صلاحيتها للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، فالأصل في الأشخاص المعنوية عدم أهليتها للجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات التي تثار بشأن علاقاتها القانونية مع الغير، إلا أنه واستثناءا يسمح لها بذلك متى دخلت في علاقة ذات طابع اقتصادي

8- الحسين السالمي، التحكيم و قضاء الدّول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، ط 1، لبنان، 2008، ص 142.

9 - وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 23 .

مع الغير أو في حالة إبرامها لصفقة عمومية[10]، وباعتبار أن إبرام عقد البوت**B.O.T** بين المصلحة المتعاقدة وشركة المشروع يمر عبر نظام الصفقات العمومية، فإن هاتين الأخيرتين لهما كامل الحرية في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي يثيرها هذا العقد، ويكون بمبادرة من الممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة حسب الحالة، أما بالنسبة لأهلية الأشخاص المعنوية الخاصة لإبرام اتفاق التحكيم فينظر إليها من خلال قانون الدولة التي يوجد بها مقرها الاجتماعي والفعلي.[11]

ويقصد بركن المحل في اتفاق التحكيم أن يكون النزاع الذي تم الاتفاق حول اللجوء إلى التحكيم للفصل فيه من المسائل التي تقبل التحكيم فيها، وذلك تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالبنسبة إلى عقد البوت فإنه يقبل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأن النزاعات التي يثيرها، باعتبار أنها نزاعات ذات طابع مالي للأطراف مطلق التصرف فيها.

ويتمثل السبب من اتفاق الأطراف على طرح النزاعات التي ثارت أو يمكن أن تثار بشأن العلاقة القانونية التي تربطهم على التحكيم، هي استبعاد القضاء من النظر فيها وإسناد أمر الفصل فيها إلى أشخاص آخرين يكونون محل اتفاق بين الأطراف، وهو سبب مشروع يؤدي إلى مشروعية اتفاق التحكيم، أما إذا كان السبب هو التهرب من تطبيق القانون الذي كان سيطبقه القضاء لو عرض عليه النزاع أي حالة الغش نحو القانون، ففي هذه الحالة يعتبر سبب اتفاق التحكيم غير مشروع، فيؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق ومنه استبعاد اللجوء إلى التحكيم وطرح النزاع أمام القضاء.[12]

ثانيا :الأركان الشكلية لاتفاق التحكيم.

يقوم اتفاق التحكيم على ركنين شكليين يتمثلان في ركن الكتابة والبيانات الشكلية الواجب توفرها في هذا الاتفاق، بالنسبة للكتابة اعتبرها المشرع الجزائري ركنا لانعقاده بشكل صحيح منتج لآثاره القانونية تحت طائلة بطلانه، وتستوي كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في عقد ملحق يتم الاستناد إليه بموجب العقد الأصلي.

10- القانون رقم08 -09 المؤرخ في 18 سفر 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد21 ، الصادرة بالتاريخ 17 ربيع الثاني عام1429 ، الموافق ل 23 أفريل2008 ، المادة 1006.

11- المادة 10 من القانون 05-10.

12- وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 29.

كما اشترط المشرع الجزائري مجموعة من البيانات الإلزامية الواجب توفرها في اتفاق التحكيم تحت طائلة بطلان الاتفاق، سواء اتخذ هذا الأخير صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم والمتمثلة في تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم[13]، وإضافة موضوع النزاع فيما تعلق بمشارطة التحكيم باعتبارها تكون بعد وقوع النزاع تحت طائلة البطلان.[14]

ثالثا شروط صحة اتفاق التحكيم: وتتمثل في:

أ –عدم تعلق إتفاق التحكيم بموضوع لا يجوز فيه الصلح ولا يخالف النظام العام من حيث موضوعه، وإلا وقع الاتفاق عليه باطلا[15].

ب –إمكانية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود البوت: نظرا لكون الطرف الآخر في عقد البوت أجنبي، فإنّه يشترط أن تتم تسوية منازعات هذا العقد عن طريق التحكيم نظرا لما يتسم به من سرعة تتوافق مع الطبيعة الزمنية لتلك العقود، وتوافق الدولة المضيفة عليه رغبة منها في تشجيع الاستثمارات الأجنبي.[16]

رابعا: إجراءات اتفاق التحكيم في عقد البوت: يتم تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة أساسا من قبل أطراف عقد البوت أنفسهم (الجهة الإدارية وشركة المشروع)، وفي غياب ذلك تتولى محكم التحكيم ضبط الإجراءات في اتفاقية التحكيم مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيمي، يتم الرّجوع إليه في تعيين المحكم أو المحكمين، أو شروط تعيينهم وعزلهم أو استبدالهم، ويعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الطرفين معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل إلى:

1–رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2–رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

13 – المادة 1008 من قانون 09/08.

14– المادة 1012 من نفس المرجع.

15– عبد العزيز عبد المنعم خليفة ,التحكيم في منازعات العقود الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، ط1 ، الإسكندرية، 2006 ، ص38.

16– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 158–159.

3-في حالة عدم تحديد الجهة القضائية في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.[17]

و يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 04 أشهر قابلة للتجديد من تاريخ تعيينهم أومن تاريخ إخطار محكمة التحكيم، وبصدور حكم التحكيم تنتهي مهمة المحكم ويتخلى عن النزاع، وبذلك يكتسب حكم التحكيم حجية الشيء المقضي فيه[18]، وهي من آثار الأحكام التحكيمية.[19]

الفرع الثاني آثار اتفاق التحكيم تتمثل في:

1-الأثر المانع لإنفاق التحكيم في حال اتفاق طرفي عقد البوت اللجوء إلى التحكيم بدلا عن القضاء وهو ما نصت عليه المادة **1045** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نزعت الاختصاص عن القاضي من النظر في مثل هذه النزاعات، على الرغم من أنه صاحب الاختصاص الأصيل[20]، بشرط إثارته من طرف أحد الخصوم بوجود خصومة تحكيمية قائمة أو وجود اتفاق تحكيم.

2 مبدأ استقلالية شرط التحكيم وهو ما أقره المشرع صراحة في نص المادة **1040** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فاستبعد بذلك أن تكون عدم صحة وزوال العقد الأصلي لأحد الأسباب المقررة قانونا ذريعة أمام أحد الأطراف للدفع بعدم صحة شرط التحكيم، ويعتبر هذا المبدأ عاملا محفزا للمستثمرين الأجانب للتعاقد بموجب عقد البوت نظرا لكون اتفاق التحكيم بموجب هذا العقد عادة ما يتخذ صورة شرط التحكيم[21].

3- مبدأ نسبية اتفاق التحكيم وقصوره على أطرافه فقط دون أن يمتد إلى غير الموقعين عليه ولم ينص عليه المشرع، إلا أن هناك بعض الحالات الاستثنائية التي تنصرف فيها الآثار القانونية لاتفاق التحكيم إلى غير الأطراف الموقعة عليه، ومنها:

17- المادة 1041-1042 من القانون 09/08 .

18- المادة 1030-1031 من القانون 09/08.

19- منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص إدارة أعمال، خميس مليانة، 2014، ص 77-78.

20- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 123.

21- وهاب حمزة، المرجع السابق، ص32 .

أ- **الخلف العام:** وهم الورثة، فإذا كان مورثهم قد أبرم اتفاق تحكيم مع شخص آخر حول علاقة قانونية تربطهما وتوفي بعد ذلك، جاز لورثته التمسك بوجود هذا الاتفاق تجاه الطرف الآخر.[22]

ب- الخلف الخاص: ويقصد به جماعة الدائنين والمدينين، إذ يحق لجماعة الدائنين الذين لديهم حق في ذمة مدين واحد التمسك بوجود اتفاق التحكيم متى أبرمه أحدهم مع هذا المدين، أما في الحالة الثانية، فإن جماعة المدينين يمكن لهم التمسك بوجود اتفاق التحكيم الذي يبرمه أحدهم مع الدائن المشترك لهم متى كان هذا الاتفاق فيه نفع لهم.[23]

ج- اتفاق التحكيم الذي تبرمه النقابات العمالية: وهي الحالة التي تبرم خلالها إحدى نقابات العمال الناشطة بصفة قانونية لاتفاق تحكيم مع الهيئة المستخدمة، ففي هذه الحالة يحق لكل عامل من هؤلاء العمال التمسك بوجود هذا الاتفاق تجاه الهيئة المستخدمة.

د- العقود المركبة: وهي العقود التي يتطلب تنفيذها تدخل العديد من الأشخاص والشركات كما هو الحال بالنسبة لعقد البوت **B.O.T**، فمتى أبرمت شركة المشروع اتفاق تحكيم مع المصلحة المتعاقدة جاز لشركات والأشخاص الآخرين المتعاقدين مع شركة المشروع من الباطن التمسك بوجود هذا الاتفاق تجاه المصلحة المتعاقدة، كما يجوز لهذه الأخيرة التمسك بوجود هذا الاتفاق تجاه الأطراف الفرعية لعقد البوت **B.O.T**.[24]

المطلب الثاني: الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت

ميّز المشرع الجزائري بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج (الفرع الأول)، والأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالجزائر (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج

يفهم من نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر قابلة للاستئناف في أجل 15 يوما من تاريخ صدور الأمر برفض الاعتراف أو

22- وهاب حمزة، المرجع السابق، ص35 .

23- بومدين بلباقي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، رسالة دكتوراه إشراف الأستاذ محمد كحلولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2017 -2018، ص267 .

24- وهاب حمزة، المرجع نفسه، ص ص 35 -36.

رفض تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر أمام الجهة القضائية المختصة التي تعلو المحكمة التي صدر عنها رفض الاعتراف أو تنفيذه، بشرط إثبات وجود الحكم التحكيمي وأن لا يكون هذا الحكم مخالفا للنظام العام الدولي، بموجب عريضة مكتوبة ومعللة تتضمن أوجه الطعن المستند إليها والبيانات القانونية ومرفقة بالأمر محل الاستئناف، وكذا الحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم، مع مراعاة مبدأ الوجاهية، أما إذا تعلق الأمر باستئناف أمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي، فإنه لا يجوز ذلك إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أجل شهر واحد من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة أمام المجلس القضائي، وتتمثل هذه الحالات في:

*إذا فصّلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

*إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

* إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

* إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

* إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكميا، أو إذا وجدت تناقضا في الأسباب.

* إذا كان الحكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

وتكون هذه الأحكام والقرارات الصادرة قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا طبقا للقواعد العامة بعريضة موقعة من محام معتمد لدى المحكمة العليا في أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تمّ شخصيا وثلاثة أشهر إذا تمّ التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار ولا يترتب عليه وفق تنفيذ الحكم.[25]

الفرع الثاني: الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية الصادر بالجزائر

تكون الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالجزائر طبقا للمادة 1058 من نفس القانون قابلة للطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 المذكورة أعلاه أمام المجلس القضائي الذي

25- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، ط1 ،الجزائر، 2009، ص 566.

صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، خلال شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.

في حالة قبول الطعن بالبطلان يترتب عنه إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه دون النظر في صلب الموضوع وهنا يمكن للأطراف تشكيل هيئة تحكيم من جديد أو اللجوء إلى القضاء الوطني، أما في حالة رفض الطعن بالبطلان فيترتب عليه إضفاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي[26].

وتكون هذه القرارات الصادرة قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا طبقا للقواعد العامة وفق ما سبق ذكره.

الخاتمة

تمثل عقود البوت B.O.T أحد أشكال إدارة المرافق العامة التي تلجأ إليها الدول بمساهمة القطاع الخاص سواء كان الشخص محمي أو أجنبي وذلك من أجل التخفيف من الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها وتحقيق إدارة سليمة لمشاريعها.

وعقود البوت تعد من العقود الدولية الاستثمارية التي تتميز بطول مدتها ما يؤدي إلى ظهور منازعات بشأنها مما يستوجب على أطراف العقد المتنازعة اللجوء إلى التحكيم كآلية ووسيلة فعالة في إنهاء الخلافات التعاقدية بعيدا عن مرفق القضاء.

وخلصت الدراسة إلى إبراز أهمية التحكيم في عقود البوت من خلال:

* كون الدولة تستعين بالقطاع الخاص لإنشاء مشروعات البنية الأساسية على نفقته الخاصة بمقابل الحصول على حق الاستغلال لمدة زمنية معينة ثم إعادة المشروع للدولة في حالة جيدة.

*إعطاء القطاع الخاص فرصة لإدارة وتسيير مرافق الدولة بعد أن كانت حكرا طبيعيا لها.

* إن الدافع الوحيد للتعاقد بنظام البوت هو الرغبة في تحقيق التنمية الاقتصادية.

26- خميل بوصنوبرة , التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2006،ص 144.

* تحوز عقود البوت على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وتكون إجراءات وطرق إبرامها مماثلة للعقود الإدارية.

* اختيار أطراف عقد البوت التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات التي تنشأ بينهم نظرا للدور الذي يقدمه كنظام استثنائي خاص يختلف عن قضاء الدولة.

* إن أحد أهم الآثار التي تترتب على استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي عقد البوت هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي.

*يجب على أطراف عقد البوت بذل العناية القصوى في اختيار المحكمين أو المحكم الذي يتمتع بالخبرة والاستقلالية والحيدة، ويجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة استعمال كافة الحقوق المكفولة لها في تحديد هيئة التحكيم وأن تضع الشروط والضمانات التي تراها مناسبة.

* إن المشرع الجزائري أحسن التصرف من خلال فتح المجال للطعن في أحكام التحكيم كغيره من الأنظمة الأخرى غير انه فرق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر وبين الأحكام الصادرة خارج الإقليم الجزائري.

*إن جعل الاختصاص لإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الإدارية وعقود البوت خاصة لجهة القضاء العادي، يستند إلى حجية رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص.