أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم

"دراسة نقدية لأحكام قانون التحكيم الجزائري "

دوفان ليدية "باحثة دكتوراه "
د. لعجال ياسمينة أستاذ محاضر "أ"
جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)

ملخص:

نظرا لمقتضيات توفير الحماية القانونية و جذب الإستثمارات الأجنبية، يلجأ المشرع الى منح الدولة و أشخاص القانون العام الأخرى أهلية قانونية لعرض النزاعات التي قد تنشأ بينها و بين المستثمرين الأجانب بموجب عقود الإستثمار على هيئة تحكيم دولية. فقد صرحت المادة 17 من قانون الإستثمار الجزائري عل أهلية الدولة لعرض منازعاتها المتعلقة بالإستثمارات أمام التحكيم، و يكون مصدر هذه الأهلية الإتفاقيات الدولية أو الثنائية التي صادقت عليها او عقد الإستثمار الذي أبرمته. في حين أن القانون الإجرائي 08_09 قد ضبط من خلال أحكام المادة 1006 منه أهلية أشخاص القانون العام من خلال وجوب التكامل بين القابلية الشخصية للتحكيم و القابلية الموضوعية له. غير أن نفس المادة قد وضعت قيودا على أهلية أشخاص القانون العام في حالة مخالفتها للنظام العام الداخلي و الدولي، كما أن الحضر من خلال حصر مجالات منح هذه الأهلية يعد عيبا يجب تداركه خصوصا مع تطور النشاطات الإقتصادية للدولة الحديثة.

Résumé :

En raison de la nécessité de protéger les droits des investisseurs étrangers ainsi que la polarisation de leurs investissements, le législateur autorise l'Etat et les autres personnes de droit public de tenir devant le tribunal arbitral international pour régler les différends relatifs aux contrats d'investissement. Dans ce contexte, l'article 17 de la loi d'investissement algérienne a accordé aux personnes de droit public une aptitude de tenir devant l'arbitrage international. les sources de cet article sont les conventions multilatérales et bilatérales ratifiées par l'Etat ou par le contrat conclus entre cette dernière et l'investisseur étrangers. Alors que la loi procédural 08-09 a ajusté par l'article 1006 l'aptitude des personnes morales de droit public en imposant l'intégration entre l'arbitrabilité subjective et l'arbitrabilité objective. Cependant que la même article a imposé des restrictions sur cette aptitude, en cas de violation de l'ordre public national et international. En outre le législateur doit redresser la prohibition imposé sur l'aptitude des personnes de droit public dans la dernière alinéa de l'article 1006 .

Abstract :

Due to the necessity to protect the rights of foreign investors and the polarization of their investments, the law authorizes the State and the other persons of public law to stand before the international arbitration for settling disputes related to investment contracts. In this context, Article 17 of the Algerian investment law has granted the public persons the ability to stand before international arbitration. The sources of this article are multilateral and bilateral conventions ratified by the State or by the contract concluded between the latter and the foreign investor. While 08-09 procedural law adjusted by section 1006 the ability of legal persons of public law by imposing the integration between the subjective and the objective arbitrability. Yet the same article imposed restrictions on the ability, for violations of public order national and international. In addition the legislature must remedy the prohibition imposed on the ability of person's public law in the last paragraph of Article 1006.

مقدمة

دأبت الدولة على توفير مناخ قانوني مناسب لجذب الإستثمارات على إقليمها، من خلال إبرامها لعقود إستثمار توفر فيها قدرا معتبرا من الحماية القانونية لحقوق المستثمرين الأجانب مقابل مساهمة هذه الإستثمارات في التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة. إلا ان نهاية هذه الإستثمارات لا تكون دائما سلمية، فقد لا تنتهي إلا بعد نشوء نزاع حولها، يتطلب بذلك تدخل محكمة مختصة لفضه.

و نظرا لعدم ثقة المستثمر الأجنبي بحيادية قضاء الدولة المتعاقدة، سعى المجتمع الدولي من خلال العديد من الإتفاقيات الدولية إيجاد طرق ودية و بديلة عن القضاء التقليدي لحل هذه النزاعات التي قد تنشا من جراء مخالفة الدولة أو المستثمر لأحد إلتزاماتهم في عقد الإستثمار.

و اعتبارا لذلك، يعد التحكيم التجاري الدولي أحد أهم أساليب التسوية الودية، بإعتباره نظام لعدالة خاصة، يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من المحاكم الوطنية لصالح أشخاص خواص، يختارهم الأطراف أنفسهم من حيث المبدأ [1] العام. فهو بذلك يتمتع بدور هام في تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات و عامل جذب رئيسي للاستثمار الأجنبي، و محط أنظار المشرع على الصعيد الدولي و الداخلي.

فعلى الصعيد الوطني، عرفت الجزائر التحكيم منذ الإستقلال، فوراثة التحكيم من قبل المستعمر الفرنسي في قطاع المحروقات، جعل قضاء التحكيم يتأثر سلبيا أمام المنظومة القانونية الرافضة لخضوع الدولة المستقلة له. و مبرر ذلك التوجه الإقتصادي الإشتراكي آنذاك، و مفهوم السيادة التقليدية.

و في القوانين السارية، أولى المشرع أهمية بالغة عند تنظيم أهلية لأشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم، نظرا للأهمية التي توفرها هذه الأهلية لأطراف العلاقة التعاقدية. فإن كان المستثمر الأجنبي ينتظر الحماية القانونية لإستثماره من تعسف القضاء الوطني، فإن أهمية هذه الاهلية بالنسبة لأشخاص القانون العام و الدولة خصوصا لا تقل أهمية، فهي تساعد على حل النزاع المتعلق بالمشروع الإستثماري بطريقة سلسة بعيدة عن إجراءات القضاء المعقدة، مما يساعد على تنفيذ الإستثمار، و تحقيق الأهداف المرجوة منه.

ومن أجل ذلك، عمل المشرع في المادة 17 من قانون الإستثمار على التصريح بهذه الأهلية، و هذا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف و في حالة وجود اتفاقية بين الطرفين على تسوية النزاعات عن طريق تحكيم خاص. غير أن هذه الأهلية ليس بالإباحة المطلقة، فقد تواجه من الناحية الإجرائية بعض الضبط، لكي لا نجزم من البداية أنها قيود و حضر قانوني.

و على هذا الأساس ضبطت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أهلية الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى لطلب التحكيم، من ناحيتين، تمثلت الأولى في ضبط الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم، ما يسمى فقهيا القابلية الشخصية للتحكيم. أما الناحية الثانية فتعلقت بقابلية محل النزاع لفصل فيه أمام التحكيم مراعيا في ذلك عدم مخالفة قواعد النظام العام.

وعليه، فمناقشة أهلية أشخاص القانون العام الجزائرية في الخضوع للتحكيم، تتطلب دراسة نقدية لأحكام قانون التحكيم، ليطرح تساؤل حول: كيف أثرت هذه الأحكام على القابلية الشخصية و الموضوعية عند ضبطها لأهلية اشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم ؟

و من ثم سيناقش هذا البحث، تناول المادة 1006 لأهلية اشخاص القانون العام في طلب التحكيم، أخذا بالإعتبار التجربة الجزائرية مع التحكيم التي ساهمت في صنع الأهلية المصرح بها (المحور الأول). في حين أن الفقرتين الثانية و الثالثة من نفس المادة، فرضت حدود على هذه الأهلية ما يدفع إلى تحليل أثارهما القانونية (المحور الثاني).

المحور الأول: التصريح بأهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم

"القابلية الشخصية للتحكيم (L'arbitrabilité subjective) "

القابلية الشخصية للتحكيم هو تمتع أطراف النزاع امام هيئة التحكيم بالأهلية القانونية للنظر في النزاع، كطريقة من طرق فض النزاعات. و تمنح هذه الإجازة لأشخاص القانون العام غالبا لفض منازعات الإستثمار، و بصفة عامة بالنزاعات الناتجة عن تطبيق عقود الدولة[2]. و تتأصل اهلية اشخاص القانون العام الجزائرية، من أسس تاريخية و إقتصادية أثرت على إستقرار الأهلية القانونية في الخضوع للتحكيم، خاصة و ان الدولة قد تملصت من التحكيم بتكريسها لعدم القابلية للتحكيم من الناحية الشخصية في مطارح معينة.

أولا: التأصيل القانوني للقابلية الشخصية للتحكيم

لقابلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، تأصيل تاريخي (أ)، و اقتصادي (ب)، ساهم كليهما في التأثير سلبا و إيجابا على اهلية أشخاص القانون العام.

أ: عدم القابلية الشخصية للتحكيم وفقا للعامل التاريخي

بعد الاستقلال مباشرة، بقي قطاع المحروقات الميدان الحساس في العلاقات الجزائرية الفرنسية، خاصة بعدما كرس المستعمر الفرنسي مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقية افيان[3]، و هذا نتيجة افتقار الجزائر للتقنيات الحديثة لتسيير قطاع المحروقات، و كذا معانات الاقتصاد الوطني من نتائج الهيمنة العلمانية التي خلفتها الثورة[4]. ما دفع الدولة الفرنسية إلى إحالة الإختصاص في حل المنازعات المتعلقة بالمحروقات، التي كان يفصل فيها مجلس الدولة الفرنسي أثناء فترة الاستعمار، إلى التحكيم الدولي ، عوضا من الانتقال إلى المحكمة العليا الجزائرية[5]، وهذا حفاظا على مصالحها [6]الاقتصادية في الجزائر.

من الملاحظ، أن القابلية الشخصية للتحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام كانت منحصرة في المنازعات المتعلق بميدان المحروقات، لإعتبار أنه المجال الأكثر حيوية و حداثة في تلك الفترة .ما جعل الدولة بحاجة إلى استغلاله بوسائل تقنية حديثة لم تكن تملكها بسبب مخلفات الثورة التحريرية من جهة ، و من جهة أخرى، العقود البترولية التي أبرمتها الدولة الفرنسية و التي بقيت سارية بعد الإستقلال، ما قد يكلف الدولة الجزائرية في حالة فسخها لتلك العقود تعويضات تقع على عاتق الخزينة العمومية الجزائرية. كل هذه الأسباب جعلت الدولة، تتغاضى عن تعديل أو إلغاء التشريعات الفرنسية التي بقيت سارية رغم وضوح نية المستعمر في الحفاظ على الروابط الاقتصادية الفرنسية بالبترول الجزائري، و تخوفه من استرجاع الجزائر لسيادتها على هذا القطاع، عند إخضاع مثل هذه العلاقات الاقتصادية للتحكيم الدولي بدلا من القضاء الجزائري، ما يؤكد أن أهلية الدولة كشخص معنوي عام في الخضوع للتحكيم الدولي في هذه الفترة ، كان مفروضا على الدولة الجزائرية و ليس خيارا.

تدارك المشرع الجزائري الوضع، بالتراجع عن فكرة التحكيم نهائيا، باتخاذ موقف رافض و مناهض له خاصة عندما تكون احد أشخاص القانون العام طرفا في المنازعة[7]، و كان هذا بصدور قانون الإجراءات المدنية[8]. و يرجع الدافع وراء استغناء الدولة عن قابليتها الشخصية للتحكيم في هذه المرحلة الى تمسكها بمفهوم استرجاع السيادة، التي هدفت إليها الثورة التحريرية. فخضوع أشخاص القانون العام للتحكيم سيؤدي إلى المساس بسيادة القانون الوطني، مما استوجب رفض كلي للتحكيم كقضاء موازي، و تجنب فرضية تطبيق قانون أجنبي على الدولة صاحبة الكيان السيادي .

واقعيا لم تتوقف الدولة عن اللجوء للتحكيم، رغم إسقاط أهليتها ، إلا بعد استرجاع سيادتها الكلية على قطاع المحروقات، بعد تأميمه سنة [9]1971. حيث أن تفوق إرادة الأطراف على التشريع و إعمال مبدأ قدسية العقد عند إبرام الدولة لإتفاقية التحكيم، في المرحلة الممتدة بين صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966 إلى غاية تأميم المحروقات سنة 1971 ، غير مبررة لأن القابلية الشخصية للتحكيم قد شابها عيب قانوني، و هو عدم توفر الأهلية القانونية و التي

توقف بالضرورة التعبير عن الإرادة عند إبرام إتفاقية التحكيم. و من ثم عدم الإعتراف بحكم هيئة التحكيم أمام القضاء ، بسبب عيب قد شاب إتفاقية التحكيم في حد ذاتها.

لم تستقر أهلية اشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم إلا في ظل الأمر 71-24 المتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية، حيث أخضعت النزاعات الناشئة بموجب العقود المبرمة بين الدولة و المستثمرين الأجانب للقانون الوطني الداخلي، و من ثم القضاء الوطني المختص و هو سواء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية ، إذا ما كانت الدولة طرفا في العقد، و إلى اختصاص المحاكم الجزائرية، فيما إذا تعلق النزاع بمؤسسة[10] سونطراك آنذاك[11]. بهذا الشكل تم إلغاء قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 و استعادة اختصاص المحاكم الجزائرية على جميع منازعات المحروقات[12].

تشبث المشرع الجزائري بعدم القابلية الشخصية للتحكيم، لحقبة من الزمن، قدمت فيها الحكومة سياسة التأميم كمبرر و أساس للأعمال السيادية. إلا أنها تراجعت عن موقفها، خاصة بعد حدوث الأزمة الاقتصادية الناتجة عن نزول سعر البترول في السوق الدولية.

ب: تكريس القابلية الشخصية للتحكيم وفقا للعامل الإقتصادي

لعبت العوامل الإقتصادية ، دورا هاما في تحديد مدى خضوع اشخاص القانون العام للتحكيم سواء الدولي أو الداخلي. فطبيعة الإقتصاد المزدوج بين الدولة الجزائرية و الفرنسية إبان الإستقلال، و الذي هيمنت عليه فرنسا[13] هو الذي أوجد لاحقا الخيار الاقتصادي و الاجتماعي، و الذي منح دورا أساسي للدولة بصفتها المحرك الأساسي للتطور، و بالتالي المتعامل الوحيد في التجارة الدولية[14] . كان هذا العامل نتيجة حتمية لإنتهاج الدولة النظام الإشتراكي بعد الإستقلال مباشرة، سعيا منها للنهوض بالاقتصاد الوطني من خلال التدخل الإحتكاري في مجالات اقتصادية متنوعة، و بصفة خاصة إحتكار التجارة الدولية.

ومن ثم كان التحكيم الداخلي إجباريا بين الشركات الوطنية الاشتراكية سابقا[15] ، أما الدولي ، فالواقع أثبت أن فقط المؤسسات العمومية هي الأهلة للخضوع له، دون إمكانية تمييزها عن الدولة التي تمارس عليها وصاية[16].

و على أساس ذلك ، تكون الحقائق دائما معروفة [17]، فبعد أن كانت حداثة الدولة و الظروف التاريخية سببا في عدم قابلية الدولة للجوء الى التحكيم ، تأتي حقيقة أخرى وقفت أمامها الدولة لتعيد نظرتها حول موضوع النزاعات الناشئة بموجب علاقاتها الاقتصادية الدولية، لكن عامل عودة التحكيم للمنظومة القانونية الجزائرية اختلف[18]. ليأتي الإعتراف بالقابلية الشخصية للدولة في الخضوع للتحكيم، نتيجة أزمة اقتصادية واجتماعية و ضغوطات خارجية ، أرغمت الجزائر لفتح السوق الاقتصادية أمام الاستثمار الخارجي، و تشجيه[19]. لعب بذلك المعيار الاقتصادي المحدد لدولية التحكيم، دورا هاما في تلاشي المفاهيم المتعلقة بالحصانة القضائية و التنفيذية، و كذا مفاهيم السيادة الوطنية، خاصة في العلاقات الاقتصادية الدولية التي تكون الدولة كطرف فيها[20].

ثانيا: التكييف القانوني للقابلية الشخصية للتحكيم

لأهلية اشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم تكييفا قانونيا دوليا ، إذ يعبر عن موقف الدولة من اللجوء للتحكيم على المستوى الدولي(أ) ، و الذي يعتبر بدوره الساند الرئيسي في صناعة احكاما قانونية منظمة لهذه الأهلية داخل التشريع الوطني (ب) .

أ: تنظيم إتفاقية واشنطن لأهلية اشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم

إن الدولة في عالم الأعمال الدولية، ليست فقط مشرعا أو قاضيا، بل تستطيع أن تكون متعامل إقتصاديا دوليا[21]. ويزداد مركزها أهمية عند إبرامها لعقود إستثمار دولية. لذا فإن نظرة الإتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم ، لم تهمل

إطلاقا مركز الدولة في المنازعة التحكيمية التي تربطها بأشخاص القانون الدولي الخاص، لما لها من أهلية التصـــرف ، و أهلية التعاقد ، و من ثم أهلية التقاضي على الحقوق التي تكتسبها على إقليمها و المتنازع عليها .

فالدولة المقصودة في هذه الإتفاقيات هي الدول المصادقة عليها فقط ، و هذا ما أشارت إليـــه إتفاقيـــة تســـوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى[22] ، في مقدمتها و التي جـــاءت فيهـــا: "إن الـــدول المتعاقدة... تأخذ في الإعتبار أن المنازعات يمكن أن تنشأ في أي وقت بشأن الإستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايـــا الدول المتعاقدة الأخرى. " و ما أكدته أيضا المادة الأولى منها عند نصها على الغرض من إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، حيث جاء فيها " ... غرض المركز هو توفير طريقي التوفيق و التحكيم مـــن اجـــل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدولة المتعاقدة من ناحية و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى مـــن ناحية ثانية، طبقا لأحكام الاتفاقية الحالية."

و على أساس ذلك، يظهر أن تنفيذ أحكام هذه الإتفاقية أو التنازع أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، يكون ملزما فقط على أطراف هذه الإتفاقية من الدول، و من ثم يسري على رعايـــاه مـــن المســـتثمرين المتعاقدين مع دول أجنبية . إلا أن طبيعة الدول المخاطبة بهذه الإتفاقية ، لا تعتمد بتاتا علـــى المعيـــار الكمـــي، إنمـــا بالإعتماد على معايير نوعية للدول التي يمكن أن تكون عضوا في هذه الإتفاقية **(أ-1)**. في حين يحسب لصالحها انهـــا مددت من أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم لتشمل المؤسسات والهيئات العمومية التابعة لها (أ-2)، تحت شرط عـــدم إعتراض الدولة على ذلك.

أ_2: طبيعة الدول المخاطبة بإتفاقية واشنطن

حسب نص المادة 67 من إتفاقية تسوية منازعات الإستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايـــا الـــدول المتعاقـــدة الأخرى، فإن مجال فتح التوقيع في هذه الإتفاقية ، يكون حصرا للدول الأعضاء في البنك الدولي للإنشاء و التعميـــر، و كذلك الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، و الدول التي يقـــر المجلـــس الإداري بأغلبيـــة ثلثـــي أعضائه دعوتها للتوقيع على الإتفاقية، مما يعني أن الدول المرحب بتوقيعها تكون إما:

- الدول الأعضاء في البنك الدولي للإنشاء و التعمير بإعتبار انه موقع المركز الدولي CIRDI [23] هو موقع البنك.
- الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، بإعتبار أن هذه الأخيرة هي صاحبة الاختصاص فـــي الفصل في أي نزاع قد ينشا بين الدول المتعاقدة من حيث تفسير أو تطبيق اتفاقية واشنطن ما لم يتفق الأطراف المعنيـــة على طريق اخر لتسويه[24] .
- الدول المدعوة من قبل ثلثي أعضاء المجلس الإداري المنصوص عليه في القسم الثاني من الاتفاقية[25] .

و على أساس ذلك، يتوقف ممارسة الدول لأهليتها في طلب التحكيم، وفقا لإتفاقية واشنطن على نوعيتها، حسب معايير التصنيف الواردة فيها. لذا يرى الفقه أن تسمية إتفاقية دولية لا تعني بالضرورة المعنى الإصـــطلاحي لهـــا، لأن الواقع العملي لا يعتد بالمعيار الكمي، فالمسألة أكثر تعقيدا، لضرورة الأخذ بالإعتبار نوعية الدول المصادقة ، من خلال الظروف السياسية و الإقتصادية و الثقافية لها، و كذا مكانتها الدولية[26].

كما أن للاتفاقية قابلية صنع قواعد قانونية لها حظوظ قوية في الأخذ بها و تطبيقها في عدة قوانين الوطنيـــة[27]، و ان كانت غير مصادقة عليها . فالدولة غير طرف في الإتفاقية واشنطن مثلا، لا يجوز لهـــا أن تصـــبح طرفـــا فـــي إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز الدولي CIRDI. في حين إلا أن نشوب خلاف فيما إذا كان يجوز للـــدول غيـــر متعاقدة إستعمال التسهيلات التي يقدمها المركز، جاء إستقرار الأعضاء على منحها هـــذه الرخصـــة دون الحـــق فـــي الوقوف كطرف أمام تحكيم المركز[28].

أ_2 : إمتداد أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم لأشخاص القانون العام الأخرى

إن امتداد أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم و الخضوع لهيئة تحكيمية إلى الهيئات و المؤسسات العامة التي تبرم عقود استثمار دولية، يتوقف حسب الإتفاقية، على إقرار الدولة تبعية هذه المؤسسات لها. إذ جاءت الفقرة 3 من المادة 25 منها كالتالي: " موافقة المؤسسات العامة و الأجهزة التابعة للدول المتعاقدة، لا تكتمل إلا بعد إقرارها من تلك الدولة، فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة، للمركز أن مثل هذا الإقرار غير ضروري."

و عليه فعلى الدولة المؤهلة للإمتثال أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى، أن تعين الجهات الإدارية التابعة لها، و التي تمتد لها أهليتها في أن تكون طرفا في إجراءات التحكيم أمام المركز، تعيينا رسميا، مع شرط مصادقة الدولة على إتفاقية التحكيم الصادرة عن الهيئة الإدارية التابعة لها[29] .

غير أن إعتبار أهلية الدولة هي نفسها أهلية الأشخاص العامة المعنوية، ستتعارض لا محال مع الإستقلالية التي تتمتع بها بعض المؤسسات والهيئات العامة، خاصة لما للدولة من سلطة تقديرية مطلقة في تحديد نوع الاستثمارات غير القابلة للفصل في منازعاتها أمام المركز دون إبلاغها وفقا للفقرة الرابعة[30] من المادة 25 . كما أن سيطرتها على أهلية الأشخاص العامة، قد تمنعهم من الامتثال أمام المركز دون موافقتها، حتى و لو تم إعمال الفقرة الأولى من نفس المادة[31]، و رغم عضويتها فيها.

ب: القابلية الشخصية للتحكيم استناد لأحكام القانون الداخلي

تعديلا للأمر 66_154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بالمرسوم 93-09 ، تراجع المشرع الجزائري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة و الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، و هذا من خلال إلغائه المادة 442، و إستبدالها بالأحكام الآتية[32] :

"يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

و لا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

و لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

أزال هذا النص اللبس والغموض على أهلية الدولة في اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي . فلم يكن إصدار المرسوم التشريعي 93-09 خروج من مرحلة المنع والحظر إلى مرحلة الإجازة والإباحة ، باعتبار أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي، بقدر ما هو نقلة نوعية للنظام القانوني التحكيمي الجزائري ، بإعتباره أول قانون إجرائي خاص بالتحكيم عرفه النظام القانوني الجزائري[33].

غير أن إلغاء الأمر 66-154 المعدل والمتمم، و حلول القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مكانه، قد وقع في إشكالية إزدواجية نصوصه المنظمة لأهلية الدولة و التحكيم عدم مسؤولية الدولة عن أعمال الأشخاص التابعين لها نتيجة الإستقلال القانوني و المالي عنها. مما جعل الفقه يرى أنه تراجع عن أحكام المرسوم التشريعي 93-09، و تقييدا للتحكيم.

ب_1: إزدواجية الأحكام المنظمة لأهلية اشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم

يتميز كل نظام قانوني على الأخر في تبنيه للتحكيم كنظام قضائي موازي للعدالة التقليدية، و في حدود أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع له، و حتى في حصر هذه الأشخاص. ففي النظام القانوني الجزائري تعتبر المادة 49 من القانون المدني[34]، الأساس العام في تحديد الأشخاص الإعتبارية، فتتقرر صفة الشخص الاعتباري بموجبها إذا كان يتمتع بحقوق في الحدود التي يقرها القانون، من أهمها الذمة المالية و الأهلية و الموطن و نائب عن إدارتها، بالإضافة الى حق التقاضي.

و بالرجوع الى الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، تشير المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، على إختصاصها في الفصل في المنازعات الإدارية في جميع القضايا التي تكون الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

و إن إفترضنا أن هذه الأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في هذه المادة، هي الأشخاص المعنوية العامة الوحيدة صاحبة الأهلية للخضوع للتحكيم، سنقع لا محال أمام نزع هذه الأهلية عن العديد من الاشخاص المعنوية العامة التي تمارس نشاطات اقتصادية لصالح الدولة مثل الوكالات الوطنية المبرم لعقود دولية لصالح الدولة[35] و المؤسسات العمومية الاقتصادية، و الشركات الوطنية التي يكون نشاطها موجه نحو استغلال الثروات الطبيعية أو تلك التي تقوم بإدارة مرفق عام حيوي، لذا فهي تحل في أغلب الأحيان محل الدولة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية[36].

ففي الكتاب الخامس من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و تحت عنوان " **في الطرق البديلة لحل النزاعات**" ، جاءت أحكام المادة 1006 من الفصل الأول المعنون ب " **في إتفاقيات التحكيم**" من الباب الثاني تحت عنوان " **في التحكيم** " ، تنص على أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم في مجالات محددة حصرها النص في علاقاتها الإقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية[37].

غير أن هذا النص لا يعد أول من تناول أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم، فقد وردت الأهلية الشخصية في قبل ذلك في الكتاب الرابع من نفس القانون ، تحت عنوان "**الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية**"، حيث إعتبر التحكيم أحد هذه الجهات، باعتبار أن الأشخاص المعنوية العام المذكورة في نص المادة 800 منه، لها أن تجرى تحكيما في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية[38].

فمن الظاهر، من أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أنها اعتمدت في نصها على أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، إلا تقسيمها وفق لطبيعة التحكيم. حيث إعتمدت المادة 975 من هذا القانون أهلية اللجوء للتحكيم **كمحكمة إدارية** لتسوية النزاعات التعاقدية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها و الواردة على سبيل الحصر في المادة 800 من القانون 08-09، و المتمثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية. على أن يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، و بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بالولاية و البلدية ، أما بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات صبغة إدارية ، فيتم من خلال ممثلها القانوني أو من السلطة الوصية التي يتبعها[39].

بالمقابل اعتمدت المادة 1006 من قانون 08_09، على المصطلح العام و المتمثل في الأشخاص المعنوية العامة، ما يعتبر خروجا عن القيد الذي فرضته سابقتها، و تماشيا مع تطور المنظومة القانونية الوطنية و الدولية، مما يبيح لعدد اكبر من أشخاص القانون العام الأخرى ان تجري تحكيما عملا بأحكام هذا النص، خصوصا مع ما تتمتع به الشركات الوطنية و الوكالات الوطنية من صلاحيات في إبرام العقود الدولية بإسم الدولة، و التي قد يؤدي عدم التنصيص على أهليتها نفي المسؤولية المباشرة للدولة عن أعمال المؤسسات التابعة لها أمام هيئة التحكيم الدولية، خاصة عندما يتم الاتفاق على التحكيم دون الموافقة المسبقة للهيئة الوصية.

و عليه، فخلافا لفكرة الدولة التي لا تثير أية مشكلة، يصعب قانونا تحديد المقصود بأشخاص القانون العام الإعتبارية[40]، خاصة في غياب نص تشريع حاصر لها، مما قد يجعل الفقه و القضاء يجتهد في تحديدها ثم حصرها. و عموما تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة، الدولة و الدوائر التابعة لها ذات الطابع الإداري، الى جانب المؤسسات العمومية الاقتصادية ، التي لها صلاحية إبرام عقود مع مستثمر أجنبي في إطار النشاطات التي تقوم بها[41] .

ب-2: مسؤولية الدولة عن أعمال الأشخاص التابعة أمام هيئة التحكيم الدولية

تم تأكيد عدم قيام هذه المسؤولية في المادة السابعة من قرار مجمع القانون الدولي لسنة 1989 ، عندما اقر عدم إمتداد نطاق إتفاق التحكيم الذي تكون أحد أجهزة الدولة مبرمة له إلى مواجهة الدولة ذاتها[42].

أما قضائيا، يمكن أن نعطي مثال حول قضية "واست لاند" ، ضد الدول العربية المشتركة في إنشاء الهيئة العربية للتصنيع و هي مصر و السعودية و الإمارات و قطر ، حيث تعاقدت هذه الهيئة مع شركة "واست لاند" لإنتاج الطائرات الهيلكوبتر، مع الاتفاق على شرط التحكيم ، إلا أن انسحاب الدول العربية الثلاثة عن مصر من الهيئة عقب اتفاق "كامب ديفيد" ، توقف المشروع و لجأت الشركة الى غرفة التجارة الدولية بباريس، تطبيقا لشرط التحكيم ، و تمسكت في ذات الوقت بمسؤولية الدول الأربعة لتعويضها عن الأضرار التي لحقتها و قد انتهت هيئة التحكيم الى أن الأمر مشابه لشركة التضامن و أقرت بمسؤولية هذه الدول[43].

في حين أن التكييف القانوني لهيئة التحكيم هذه، جاء غير صائب لأنه لم يأخذ بعين الإعتبار الشخصية القانونية الممنوحة لهيئة التصنيع، و أقام مسؤولية الدول المتشاركة. فالحقيقة هي أن هذه الدول تعاقدت فقط من أجل إنشاء شخص معنوي دون أن يحمل جنسية أحدها أو أن يكون تابعا لها، مما جعل الإنسحاب من تسييره ، واقعة قانونية منفصلة عن العقد المبرم مع الشركة "واست لاند"، التي كان عليها الطعن في بنود العقد ضد الهيئة التي تعاقدت معها و ليس الأشخاص المكونة لها، لذا جاء الطعن في حكم هيئة التحكيم إيجابي لصالح الدول الثلاثة.

المحور الثاني: حدود أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم

"القابلية للتحكيم الموضوعية L'arbitrabilité objective "

تعتبر مسألة القابلية الموضوعية من اصعب المسائل في قانون التحكيم[44]. حيث نلمس في إطارها حدود إختصاص المحكم الدولي. هذه المسألة المعقدة لطالما اثارت جدلا واسعا حيث نستشف منها حدود نطاق اختصاص المحكم الدولي عند النظر في النزاع[45]. هذا التحديد هو نتيجة حتمية للحدود التي يفرضها النظام العام (أولا) و من ثم الحضر الوارد (ثانيا).

أولا: إنعكاسات النظام العام على القابلية الموضوعية للتحكيم

يعد النظام العام من أهم موضوعات التحكيم التجاري الدولي و اكثرها تعقيدا بسبب نسبية مفهومه، فهو يختلف من زمان لاخر و من مكان لآخر[46]. و يتدخل النظام العام في التحكيم حين يوقف الحكم التحكيمي إذا ما واجه المحكم في حكمه قاعدة من قواعد النظام العام[47]. فأهميته تكمن في أنه يمثل قاعدة قانونية فضفاضة لا يجوز الإتفاق على خلافها، و إلا حكم القضاء ببطلان ما يخالفها من تلقاء نفسه[48].

و يحد النظام العام **من أهلية الخضوع للتحكيم** وفقا للفقرة الثانية من المادة 1006 ق إج م إ، ، بسبب موضوع النزاع القابل عرضه على التحكيم و ليس لشخص الماثل أمام التحكيم، لذا فلإن إكتمال الاهلية القانونية للدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى يتوقف على التكامل بين القابلية الشخصية و القابلية الموضوعية للتحكيم مع ضرورة صحة هذه الأخيرة .

و على هذا الأساس، تعمل فكرة النظام العام بمعناها الدقيق على إيقاف القابلية للتحكيم الموضوعية، من خلال:

الألية الأولى : ارتباط النظام العام بمصلحة المجتمع العامة، و النزاع في هذه الحالة يطرح فقط أمام القاضي الوطني المختص، مع إستحالة عرضه أمام التحكيم، لما للنزاع من علاقة وثيقة بالسيادة الوطنية للدولة او المؤسسات العامة، و التخوف من المساس المباشر بحقوق المجتمع[49]. فحق التصرف في الحقوق المانحة لأهلية اللجوء إلى التحكيم كما وردت في الفقرة 1 من المادة 1006 ق إ ج إ ليست بالإطلاق الممكن تصوره، إنما قد قيدتها الفقرة الثانية من نفس المادة، بما يسمى النظام العام المعمول به في الدولة. ما يستخلص أن أشخاص القانون العام لا يمكنها التصرف

في الحقوق العامة للمجتمع بصفة مطلقة كما هو متصور، فهي مجرد راعية لهذه الحقوق. و نظرا لقداستها أطرها المشرع تحت فكرة النظام العام.

الآلية الثانية: دور المحكم في إثارة فكرة النظام العام عند فصله في النزاع الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه. ليكون دور النظام العام هنا ليس بالمانع القانوني، إنما قيدا على الحكم فقط، و للمحكم بذلك تحديد عواقب مخالفة النظام العام في إتفاقية التحكيم، و عليه فالمحكمة التحكيمية لها صلاحية تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام، و معاقبة إنتهاكها بابطال إتفاقية التحكيم[50].

في حين ان المسألة ليست بالسهولة المتوقعة، فقانون الدولة أحيان غير فعال أمام هيئات التحكيم الدولي، خاصة إذا ما تعلق النظام العام الداخلي بمسألة قانونية داخلية لا يمكن إعتبارها دوليا من قواعد النظام العام الدولي، لتطرح بذلك المسألة بشكل أكثر تعقيدا من الحد من هذه الأهلية بموجب نص قانوني داخلي.

فالإتجاه السائد في التحكيم الدولي هو تبني النظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي ، لتفسره التطبيقات العملية على ضوء القيم و المصالح العليا للدول المتقدمة دون باقي الدول، لتكون بذلك الدولة المضيفة الطرف الأضعف عند مواجهة المستثمر الأجنبي أمام هيئات التحكيم الدولية[51].

هذا ما يستشف من قضية Omnium de Traitement et de Valorisation SA Hilmarton LTD [52]، و التي كان موضوعها عقد إستثمار بين الحكومة الجزائرية و أحد المستثمرين الأجانب في موضوع الصرف الصحي لمدينة الجزائر العاصمة، مع وجود وسيط كطرف ثالث في ابرام هذا العقد مقابل مبلغ معين، و بعد إبرام العقد حصل الوسيط على جزء من المبلغ المتفق عليه و امتنع الطرف المتعهد بدفع المبلغ باقي المبلغ، و نتيجة لذلك احيل النزاع للتحكيم مرتين و أخيرا قدم حكم التحكيم الصادر للتنفيذ أمام القضاء الإنجليزي ، ليتبين بعد ذلك أن العقد الأصلي غير قانوني لمخالفته النظام العام في الجزائر إلا أن هيئات التحكيم لم تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الدولي و حسمت النزاع لصالح المستثمر الأجنبي.

وعليه، ينفي هذا الحكم الالية الثانية المطروحة أعلاه، و يعود السبب في ذلك إلى ضعف القانون الوطني في مواجهة سلطات هيئات التحكيم الدولي المطلقة، لذا فإن الإنعكاس ضد أهلية الدولة دوليا، يكون عند مخالفة موضوع اتفاقية التحكيم للنظام العام الدولي دون الداخلي.

ثانيا: الحظر المفروض على القابلية الموضوعية للتحكيم

يثير الحضر تلقائيا عدم أهلية أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم[53]. و يكمن أساس هذا الحضر في موضوع النزاع القابل عرضه على المحكمة التحكيمية. و في سبيل ذلك، حضر المشرع في الفقرة 3 من المادة 1006 ق إ ج م إ القابلية الموضوعية للتحكيم عندما إشترط على أشخاص القانون العام طلب التحكيم في علاقاتهم الإقتصادية الدولية و في إطار الصفقات العمومية .

إنتقد الفقه المشرع في القانون الجديد، حين وضع تصنيفا جديدا في مادة التحكيم ، توجه فيه نحو الإباحة المقيدة، على عكس المرسوم التشريعي 93-09، حيث خص الأشخاص العامة الخاضعة للتحكيم بالمواد 975 و 976 في سياق عام الذي تحدث عن الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية. ثم عاد المشرع الجزائري وتكلم عن الأشخاص المعنوية العامة في الفقرة الثالثة من المادة 1006 وهنا اشترط أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي على أن تتم في إطار الصفقات العمومية.

إن هذا التنصيص حسب رأينا، يثير الغموض حول المادة الأصلح للتطبيق، فالمشكلة الأساسية لا تثيرها الإباحة المقيدة لأهلية الدولة في طلب التحكيم في القانون الجديد مقارنة بالمرسوم التشريعي 93-09، و لا بإزدواجية النصوص، بقدر ما يثيره تناقضها، فبالعودة للنصين 975 و 1006 من القانون 08-09، نجد أن للأشخاص المعنوية

العامة أن تجري تحكيما في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية، هذا بالنسبة للمادة 975. أما المادة 1006 فقد ورد فيها، أن جواز طلب التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة يكون فقط في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

و بعد قراءة لهذه النصوص، نفترض أن المشرع أدرج حالتين يكون للدولة أهلية إجراء و طلب التحكيم في المنازعات الناشئة عن النشاطات الواردة فيهما، و تتمثلان في:

الحالة الأولى: النشاطات التي تمارسها الدولة و المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها .

الحالة الثانية: نشاطات الدولة المدرجة في إطار علاقاتها الإقتصادية الدولية.

في حين أن إبرام هذه النشاطات تحت إطار عقود الصفقات العمومية حسب الحالة الأولى كما ورد في نص المادة 975 السالفة الذكر، يتناقض مع ما ورد في أحكام المادة 1006، هذه الأخيرة الفاصلة في طلب الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العلاقات الإقتصادية الدولية، و طلبها له في مادة الصفقات العمومية، بإستعمال المشرع لحرف العطف **"أو"** بدلا من **"الواو"** ، التي وردت كالتالي: "...و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في الصفقات العمومية" ، ما يعني أن للدولة أيضا طلب التحكيم في منازعاتها الناتجة عن إبرامها عقود الصفقات العمومية، فإن فسرنا النص على هذا الأساس نكون أمام حالة ثالثة للدولة أهلية الخضوع للتحكيم في منازعاتها.

و مبررنا في ذلك أن النص الأول قيد هذه الأهلية، بإجراء أخر و هو خضوع الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لقانون الصفقات العمومية، و من ثم جاءت المادة 1006 لتوسع من هذه الأهلية على أساس أن الدولة لا تبرم فقط عقود صفقات عمومية دولية، بل لها أيضا علاقات إقتصادية دولية شاملة، تمارس فيها نشاطات بصفتها بائع أو مشتري مثل عقود الإسترداد و التصدير ، و تبرم عقود إدارية دولية تهدف بها لتحقيق مصلحة عامة بإستعمال مرفق عام تكون غير خاضعة لقانون الصفقات العمومية.

ففرضية أن المشرع لم يتراجع عن موقفه السابق الوارد في المرسوم التشريعي 93-09 ، و انه قام فقط بتعداد الحالات التي للدولة أهلية الخضوع للتحكيم بموجبها، لا تعد كافية من دون الوصول إلى تفسير النصين حسب المعنى المراد به من المشرع في القانون 08-09، خاصة و أن إعتبار الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ذات أهلية في طلب خضوع منازعاتها في عقود الصفقات العمومية للتحكيم سيمتد منطقيا للتحكيم الداخلي، و هذا ما يعد مرحلة جديدة لم يشهدها التحكيم في الجزائر من قبل. لذا فالفصل النهائي في هذه المسألة، يستوجب تفسير أحكام المواد 975 و 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نصها الأصلي**(أ)**، و من ثم تأكيد النتيجة المتوصل إليها من خلال البحث عن هذه أهلية الدولة في أحكام قانون الصفقات العمومية **(ب).**

أ: القابلية الموضوعية للتحكيم في النص الأصلي

خلافا للتناقض و الغموض الذي وقع فيه المشرع الجزائري في أحكام المادتين 975 و 1006 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، في نصه الرسمي، يظهر النص الأصلي[54]، إنسجاما بينهما، و هذا من خلال تطابق عبارات النصيين، فترجمة المادة 975 الواردة في النص الأصلي جاءت متطابقة مع النص الرسمي، و هذا ما يؤكد أن إرادة المشرع تكمن في حصر الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية المصادقة عليها بمادة الصفقات العمومية، على إعتبار أن المشرع في النص الأصلي إستعمل عبارة (...ainsi qu'en matière de marches publics) [55] و التي لا تعني عند ترجمتها الى اللغة العربية إضافة إلى عقود الصفقات العمومية كأسلوب تعاقدي تمارسه الدولة منفصل تماما عن الحالات الواردة في الإتفاقية الدولية، بل تعني تنظيم الحالات الواردة في الإتفاقية الدولية تحت إطار مادة الصفقات العمومية، و بمعنى أخر أن الدولة في علاقاتها التعاقدية الدولية تتصرف وفقا

لإجراءات المنصوص عليها في مادة الصفقات العمومية ، و كل إجراء تحكيمي مخالف لذلك فهو باطل تطبيقا لنص المادة 975.

نفس الأحكام جاءت بها المادة 1006 في النص الأصلي من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على عكس المادة في نصها الرسمي التي ظهرت متناقضة مع سابقتها (المادة 975) . فقد تبنى المشرع الطرح نفسه فيما يتعلق بالعلاقات الإقتصادية الدولية التي لم يفصلها عن مادة الصفقات العمومية ، كما ورد في النص باللغة العربية ، بل أكد على ضبطها في إطار الصفقات العمومية، بهذا التعبير :

Art. 1006 : « …. Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés public »[56]

و عليه فإن تأويل إرادة المشرع في النصين لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، يكون في العقود الدولية المبرمة وفقا لإجراءات الصفقات العمومية، مما يفرض أن كل عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية هي عقود صفقات عمومية. أما فيما يتعلق بأهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع لتحكيم في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر، فأغلبها و إن لم نقل كلها ، تتعلق بإستقطاب الجزائر للإستثمار الأجنبي. و لا تعد أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم إلا نتيجة لإنضمامها لمثل هذه الإتفاقيات الدولية ، و مساهمة منها في تسهيل إجراءات التقاضي دوليا في المنازعات التي قد تنشأ نتيجة عقود الإستثمار التي تبرمها.

ب: تنصيص قانون الصفقات العمومية على قابلية الموضوعية للتحكيم

إن الملاحظ مما سبق، هو أن أهلية اشخاص القانون العام في إجراء أو طلب التحكيم منحصر في عقود الإستثمار و العلاقات الإقتصادية الدولية تحت شرط إبرامها وفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية، ما يخولنا أن نعتبر هذه العلاقات التعاقدية التي للدولة أهلية الخضوع للتحكيم في منازعاتها، هي في الأصل عقود دولية ذات طبيعة إدارية. فرغم ما أثارته هذه الأهلية من إشكالات قانونية لدى الفقه، خاصة ما تعلق منها بعقود الإمتياز المذكورة في قانون البلدية و الولاية و التي لا تعتبر من عقود الصفقات العمومية[57]. إلا أن المشرع تداركها في القانون الجديد ، بجعل تفويضات المرفق العام خاضعة لنفس إجراءات تنظيم الصفقات العمومية[58].

و بالعودة لأحكام المرسوم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، نجد أن أهلية المصلحة المتعاقدة و التي تتمثل حسب المادة 6 منه في الدولة، و الجماعات الإقليمية، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، و المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، في اللجوء للتحكيم وفقا لأحكام المادة 153 من هذا المرسوم ، و هذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، و أمام هيئة دولية، بناءا على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة[59]. فعقود الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب تكون موضوع دعوى للمنافسة الدولية، تطبيقا لسياسات التنمية العمومية، عن طريق الإلتزام بالاستثمار في شراكة [60]. و على أساس ذلك ، تبرم عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية المؤهلة لأن ينظر في منازعاتها أمام التحكيم الدولي وفقا لإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

الخاتمة : يكفي في نهاية هذا البحث أن نشير إلى أن أهلية أشخاص القانون العام لعرض نزاعاتها أمام التحكيم، ما هي إلى نتيجة لمبدأ أساسي في النظام الدولي المتعلق بالتحكيم، و الذي يطلق عليه القابلية للتحكيم. حيث أن هذه الأهلية لا تكتمل إلا بتوافر نوعي هذا المبدأ، و تكاملهما. فأي عيب قانوني في القابلية الشخصية و الموضوعية للتحكيم، يبطل تلقائيا أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم.

و بين درجة الإباحة و الحضر تمحورت أهلية أشخاص القانون العام الجزائرية. خاصة في ظل القانون الإجرائي 08-09، و الذي إعتمد بعد التحليل و المناقشة على الحل الوسط، أو ما أطلق عليه الفقه الإباحة المقيدة، التي تبناها في أحكامه المنظمة لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم.

غير أن ما يؤخذ على هذه الأهلية، رغم محاولة المشرع الواضحة لفرض شكل نظامي أدق، أنها قد تعاني من الحضر القانوني نظرا لمحدودية موضوع القابلية للتحكيم ، و الذي حدده المشرع في اطار العلاقات الاقتصادية الدولية التي تبرم وفقا لإجراءات ابرام الصفقات العمومية تحت طائلة بطلان الأهلية. هذا الحضر الذي يعد الثاني من نوعه بعد ما تطرق المشرع لضرورة عدم مخالفة النظام العام الداخلي، و الذي يضع في بعض الأحيان الدولة في موضع الطرف الضعيف نتيجة عدم تطابق قواعد النظام العام الخاصة بها مع النظام القانوني المعترف به دوليا.

الهوامش:

1. الهوامش:

2. TARKI Noureddine , L'arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U , Alger 1999, p 01.

3. bidem, p 12.

4. يعود أساس اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في النظر في المنازعات الناشئة في مجال المحروقات إلى المادة 41 من الامر 58-1111 الصادر في 22 نوفمبر 1958 المتضمن القانون البترولي الصحراوي ، و التي نصت على : "تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز و المنتفع به الى مجلس الدولة ابتدائيا و نهائيا". أنظر في ذلك عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2005، ، ص 2.

5. Salah MOUHOUBI , préface de Mohamed BEDJAOUI , La politique de coopération Algéro-Francaise bilan et perspectives, o,p,u, ALGER , 1986, p 22.

6. عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص3.

7. المرجع نفسه، ص 3.

8. تنص المادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية: " ...و لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتبارية العمومية أن يطلبوا التحكيم." الأمر 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر 47 الصادرة في 09 يونيو 1966.

9. Abdelmadjid Belkherroubi, l'arbitrage commerciale en droit algérien, par Mohamed MENTALECHTA , RASJEP , Algérie, p 927.

10. عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 5-6.

11. أصبحت سونطراك حاليا، شركة وطنية ذات أسهم، تخضع بذلك في تصرفاتها القانونية إلى قواعد القانون التجاري، و هذا بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الاول 1426 الموافق ل 28 ابريل 2005 ، يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005.

12.Mostefa TRAKI TANI , Droit algerien de l'arbitrage commercial international, Berti édition , 1er édition , Alger, 2007, p 20.

13. Salah MOUHOUBI , op.cit, p 23.

14.Mostefa TRAKI TANI , Droit algerien de l'arbitrage commercial international, op.cit, p 17.

15.ibidem, p 17.

16.ibidem, p 18

17.Mostefa TRARI-TANI, clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume xxxvii, n 4, Algérie,1999, p49.

18.ibidem, p 49.

19. عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 6.

20. عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 23.

21. Stéphane Chatillon, le contrat international, Vuibert, 3edition, Paris, 2007, p75.

22. المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخة في 30 اكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، ج ر 66 مؤرخة في 05 نوفمبر 1995.
23. انظر المادة 2 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى، المرجع السابق.
24. انظر المادة 64 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى، المرجع السابق.
25. انظر المواد 4، 5 6، 7 و 8 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى، المرجع السابق.
26. Karim MEDJAD , droit international des affaires, Nathan université, Paris , 2008, p 8.
27. ibidem p 8.
28. حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 23.
29. المرجع نفسه، ص 24.
30. تنص الفقرة الرابعة من المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى ، على : تستطيع كل دولة متعاقدة ، عند تصديقها أو انضمامها الى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بنوع آو أنواع المنازعات التي تقدر انه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها ..." المرجع السابق .
31. تنص الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، على:" ...بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز . و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فانه لا يجوز لآي أن يسحبها بمفرده".المرجع السابق .
32. المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-09، المؤرخ في 25 ابريل 1993، يعدل و يتمم الامر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 المؤرخة في 27 ابريل 1993، ص 58.
33. باسود عبد المالك، حماية الإستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، جامعة ابو بكر القايد تلمسان، 2014-2015، ص 154.
34. المادة 49 من الأمر 75-58 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ص 17، http://www.joradp.dz/TRV/ACivil.pdf، أطلع عليه يوم 2015/09/09.
35. كمثال عن الوكالات الوطنية المبرمة لعقود إستثمار لصالح الدولة، نجد الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات، التي لا تخضع لقواعد الإدارة لاسيما في تنظيمها و سيرها و القانون الأساسي للعمال المشتغلين بها، ما يفيد أنها تخضع للقانون الخاص في هذه المجالات. أما بالنسبة لعلاقاتها مع الغير فتخضع للقواعد التجارية ، و تتمتع هذه الوكالة بعدة اختصاصات في مجال المحروقات من بينها، ترقية الإستثمارات في مجال البحث و استغلال المحروقات ، القيام بعمليات طرح المناقصات و تقييم العروض المتعلقة بنشاطات البحث و إستغلال المحروقات ، كما تختص بمتابعة و مراقبة عقود البحث و استغلال المحروقات بصفتها طرفا في هذه العقود ، و تحديد و جمع الإتاوات و إعادة دفعها للخزينة العمومية ، بالإضافة إلى التعاون مع وزير القطاع في مجال السياسة القطاعية و إعداد النصوص التنظيمية التي تحكم نشاطات المحروقات... ، و عليه يظهر من هذه الصلاحيات أن البعض منها ذو طابع إقتصادي ، أما البعض الأخر فيؤكد على طبيعتها الإدارية رغم خضوعها للقانون الخاص ، من خلال مظاهر الرقابة الإدارية الممارسة على المجال التي تظهر فيها سلطة الدولة على العقد . أنظر في ذلك المادة 12 و المادة 14 من القانون 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق ل 28 ابريل 2005 ، يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005.
36. حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، كلية الجقوق جامعة الجزائر، عدد 01، سنة 2008، ص 102.
37. أنظر القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر 21 المؤرخة في 23 ابريل 2008.
38. انظر نص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع نفسه.

39. انظر المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.
40. حسن طالبي، المرجع السابق، ص 101.
41. المرجع نفسه، ص 101 و 102.
42. نصت المادة 7 من مجمع القانون الدولي لسنة 1989 على: " موافقة الهيئة التحكيمية على التحكيم لا تنطوي في حد ذاتها على موافقة الدولة كطرف في التحكيم "، أنظر في ذلك عدلي محمد عبد الكريم ، خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 04، 2010، ص 211.
43. عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 211 و 212.
44. HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial, Thèse pour le Doctorat, Université Mouloud MAMMERI de Tizi-Ouzou, 20 Juin 2012, p 112.
45. Isabelle HAUTOT, op.cit, p 15.
46. لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الإتفاقيات و العقود الغستثمارية و مخاطره على التنمية الإقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للإستثمار الاجنبي ، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر" قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة ". جامعة الإمارات العربية المتحدة 25-2011/04/27،ص 1374.
47. HOCINE Farida, op.cit,p 112 .
48. لافي محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1375.
49. Ibidem, p116.
50. Ibidem, p116.
51. لافي محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1376.
52. المرجع نفسه، ن ص.
53. Jean Michel Jacquet,L'aptitude des personnes morales de droit public a compromettre dans l'arbitrage international, revue comeronnaise de l'arbitrage, numéro spécial 2, février 2010,p 122.
54. Loi N 08-09 du 18 safar 1429 correspondant au 25 février 2008 portant code de procédure civil et administratif , JORA , N 21 , 28 avril 2008.
55. ART 975 du la loi N 08-09, op.cit, p 77.
56. Art 1006 du la loi N 08-09, op.cit, p 79.
57. باسود عبد المالك، حماية الإستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، جامعة ابو بكر القايد تلمسان، 2014-2015،ص 163.
58. المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .
59. انظر الفقرة الأخيرة المادة153 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، ص 38.
60. - انظر المادة 84 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، ص 24.