

جامعة قاصدي مرباح ورقلة-
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث LMD في القانون، فرع تحولات الدولة

إشراف
الدكتورة لعجال يسمينة

إعداد الطالبة
دوفان ليديّة

لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	الأستاذ الدكتور نصر الدين الأخضرى
مشرفاً ومقرراً	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	الدكتورة لعجال يسمينة
مناقشاً	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	الأستاذ الدكتور بن محمد محمد
مناقشاً	جامعة حمه لخضر الوادي	الأستاذ الدكتور فاروق خلف
مناقشاً	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	الدكتور خويلدي السعيد
مناقشاً	جامعة مولود معمري تيزي وزو	الدكتورة حسين نوار

السنة الجامعية 2017-2018

نوقشت يوم 16 أبريل 2018

مقدمة

إن الممارسة الإدارية لوظائف الدولة قد تقودها إلى إبرام عقود دولية و تعد هذه الأخيرة آلية لتنفيذ مشاريع الدولة ذات البعد الإقتصادي الدولي و البعد التنموي المحلي، و يتم تحقيق هذه الأبعاد من خلال تطبيق سياسة إعداد ، إبرام و تنفيذ عقود إدارية ذات صفة دولية يكون أطرافها مصلحة إدارية أو سلطة عمومية مفوضة و متعاقد أجنبي، تسير طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها و أحكام قانون الصفقات العمومية، و تساعد بذلك سياسة إبرام العقود الإدارية الدولية في تمويل وإدارة المرافق العمومية و تنفيذ مشاريع البنية التحتية و تلبية الحاجيات العمومية للدولة، و هذا تطبيقا للسياسات العمومية التنموية المنتهجة من قبل الدولة و الخاصة بالتسيير أو الإستثمار.

فمواجهة العديد من الدول حول العالم للأزمات الإقتصادية أثرت على خططها التنموية ، و من هنا بدأت في البحث عن وسائل بديلة لتمويل التنمية الاقتصادية، والتي اعتمدت خلال حقبتين من الزمن على أسلوبين الاقتراض الخارجي الذي خلق في فترة الثمانينيات من القرن الماضي أزمة مديونية عالمية، أما البديل الثاني فتمثل في الإستثمار الأجنبي الذي أعتبر عمود عملية التنمية الاقتصادية.

لذا فقد اظهر التحول الاقتصادي و القانوني الذي عرفته الجزائر في ثمانينات القرن الماضي العديد من التوجهات الجديدة للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، لتتوجه رسميا من سياسة اقتصادية غير فعالة إلى تبني استثمار فاعل، و تجدر الإشارة في هذا الموضع، أن مشكل الاشتراكية في الجزائر لم يكن منحصرا في الإحتكار العمومي، بل قد خلق مجموعة أخرى من العوائق أثرت على تكوين العقود الإدارية الدولية وحدث بالمقابل من مساهمتها في بناء مشاريع استثمارية فعالة في مجال التنمية الاقتصادية المحلية في تلك الفترة .

و قد أسفر هذا التحول الإقتصادي عن تطور مستمر في العلاقات الإقتصادية الجزائرية الدولية فلم تكن العقود الإدارية الدولية وليدة نظام قانوني أو إقتصادي حديث، إنما ذات بعد تاريخي يمتد إلى ما قبل الإستقلال، و هذا نتيجة تدخل الدولة في الإقتصاد و الذي شهد عدة تطورات أثرت على النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في الجزائر سواء بالسلب أو الإيجاب.

فعقب الإستقلال مباشرة أخذت الجزائر موقفا رافضا للاستثمارات الأجنبية، على إعتبار أنها شكل من أشكال الهيمنة و الإستغلال و المساس بالسيادة الإقتصادية، خاصة المتعلقة منها بالعقود البترولية التي أبرمتها فرنسا غداة الفترة الإستعمارية و التي بقيت سارية المفعول بموجب اتفاقية افيان بعد الإستقلال.

غير أنها تراجعت عن ذلك بعدما أصبح الإستثمار في الوقت الراهن من المسلمات الأساسية في عملية التنمية الإقتصادية و الاجتماعية ، و هذا نتيجة التحولات الإقتصادية التي شهدتها الجزائر عقب الأزمة الإقتصادية لسنة 1986، جراء انهيار سعر النفط في السوق الدولية، و التي ازدادت حدتها بسبب مشكلة المديونية و ندرة رؤوس الأموال الضرورية لتلبية حاجيات الدولة الإجتماعية و الإقتصادية، ما جعل الدولة تحدث تحولات اقتصادية كبيرة و التي شملت تغيير النظام الإقتصادي ككل.

هذه التحولات كانت ضرورة حتمية للخروج من الأزمة الإقتصادية، و التي لم تتم إلا بمساعدة المؤسسات المالية الدولية و التي كانت ترى بدورها أن النظام الإقتصادي الرأس مالي هو الحل الأمثل لحل مشكلات التنمية في الدول النامية.

لقد كان لهذه المؤسسات المالية الدور الأهم في نشر الفكر الإقتصادي الرأس مالي داخل الدول النامية، و من أبرزها صندوق النقد الدولي الذي كان وراء إعادة الهيكلة الإقتصادية في الجزائر، و تبني سياسات الإصلاح الإقتصادي عن طريق الخصخصة و فتح السوق الخارجية للتجارة الدولية في سبيل الخروج من الأزمة.

و قد شملت التحولات قطاعات اقتصادية كانت للدولة السلطة الإحتكارية فيها، بما فيها تفويض المرافق العامة و الإعتماد على الإستثمار الأجنبي، و هذا نتيجة عدم تحمل الدولة لتكلفة المشاريع التنموية و التي كانت بدورها السبب وراء خلق آليات للتعاقد أدت إلى إخراج العقد الإداري إلى المنظومة الدولية شريطة الإحتفاظ بالصفة الإدارية للدولة فيه.

و على العموم، بدأ ظهور العقود الإدارية الدولية كآلية للدفع بعجلة التنمية الإقتصادية في الجزائر بشكل واضح مع الامتيازات البترولية، و التي تمنحها الدولة جراء إبرامها لعقود شراكة مع شركات أجنبية خاصة، بإعتبار أن قانون المحروقات هو أول قانون مسته الإصلاحات الإقتصادية بعد الأزمة مباشرة، وهذا بموجب القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 أوت 1986 و الذي سمح بفتح مجال الإستثمار الخارجي في

قطاع المحروقات بالشراكة مع شركة سونطراك كممثلة للدولة في القطاع، و الذي أحدث بدوره نتائج فعلية بدأت تظهر بعد سنة 1990 مع برنامج إعادة الهيكلة، وصولا إلى قانون المحروقات لسنة 2005 و الذي غير مفهوم الشراكة إلى التعاقد من خلال تمثيل الدولة بصفتها الإدارية من قبل سلطات إدارية مستقلة، بعيدا عن الدور الإداري و الإقتصادي المزدوج الذي خصه قانون 1986 لشركة سونطراك.

إن قانون المحروقات ينظم النوع التقليدي في هذه العقود، و المتعلقة بالاقتصاد الريعي، أما عن المجالات التنموية الإقتصادية الحديثة، فتستوجب وجود قواعد قانونية متطورة، تسيير القطاعات الإستثمارية خارج قطاع المحروقات، و تساهم في تنظيم العقود المبرمة بين الجزائر و المستثمرين الأجانب كنوع من أنواع العقود الإدارية الدولية، و هذا من خلال كل من قانون الصفقات العمومية وقانون الإستثمار، و اللذان يمثلان الركيزة الأساسية في وضع قواعد مصدرة لهذه العقود، في سبيل تنظيمها و ضمان صفتها المزدوجة و تقادي الوقوع في نفي طبيعتها القانونية من الناحية الموضوعية ، كل هذا من اجل تحقيق هدفها التنموي الإقتصادي بالنظر لأهميتها الخاصة للإقتصاد الوطني.

فوفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، وصف في المادة 28 منه على أن شكل و موضوع الصفقات العمومية متعلق بتلبية حاجة معينة خاصة بالتسيير أو الإستثمار، و تضيف المادة 84 منه على وجوب النص في دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الإلتزام بالإستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها.

و على نفس المسار، عمد قانون ترقية الإستثمار رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016، على ضمان المزايا الإستثنائية لفائدة الإستثمارات ذات الأهمية الخاصة للإقتصاد الوطني، كما تبنى مجمل الضمانات القانونية الممنوحة للاستثمار من خلال الإتفاقيات الثنائية و الجهوية و المتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية في سبيل التعاقد السلس بين هذه الأخيرة و المستثمرين الأجانب. و من الناحية الإجرائية، يمثل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية القانون الأساسي في خلق قواعد قانونية إجرائية، تضمن بها الأطراف المتعاقدة شفافية إجراءات تنفيذ العقد الإداري الدولي.

غير أن وجود هذه النصوص القانونية المنظمة لمراحل تكوين و تنفيذ العقود الإدارية الدولية، قد لا تعد كافية في حالة إثبات عدم توازن قانوني لأطراف العلاقة التعاقدية خاصة عند وجود سلطة واضحة للدولة في العقد، ما يجعل كفتها متميزة عن شريكها الأجنبي، وهذا بإستغلال إدارية العقد لصالحها و وضع بنود غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، من بينها حق تعديل أو فسخ العقد بإرادة منفردة، و التي تؤثر على توازن العقد و المتمثل في عدم تكافئ حقوق و إلتزامات العقد، و من ثم التوازن المالي للعقد في حالة إمساك حق التعديل دون إشراك المتعاقد الأجنبي معها، عن طريق تقبل شروط جديدة، في العقد مثل شرط إعادة التفاوض أخذا بصفته الدولية.

لذا فإن الحقوق و الإلتزامات المنبثقة أساسا عن الرضا بين الطرفين، تستدعي في حالة إبرام العقود الإدارية الدولية توازنها، نظرا لطبيعة العقد المزدوجة، فإستعمال الإدارة لسلطاتها العامة و التي تعبر عن الخاصية الذاتية للعقود الإدارية، عليها أن تكون أقل حدة عند إضفاء الصبغة الدولية على العقود الإدارية.

و على هذا الأساس تعتمد فكرة التوازن في العلاقة التعاقدية، المراد مناقشتها في هذا البحث على إرساء قواعد قانونية تنفي فكرة تميز سلطة الدولة في العقد على حساب المتعاقد الأجنبي، لصالح تحقيق الأهداف المرجوة من هذه العقود، و تنطلق فكرة التوازن من اعتراف المشرع الوطني بالخاصية الذاتية لهذه العقود، و تبني كل القواعد المكرسة لها في التنظيم المعمول به، و التي تحد من إشكالات الإبرام و التنفيذ.

لذا فإن أهمية البحث في النظام القانوني لهذه العقود، تتلخص في ضرورة صياغة نظام قانوني للعقود الإدارية الدولية متكامل و ملاءم لطبيعة هذه العقود المزدوجة، بحيث يضمن هذا النظام قواعد قانونية موضوعية و إجرائية تحقق التوازن القانوني للعلاقة التعاقدية بين المصلحة الإدارية الممثلة للدولة و المتعاقد الأجنبي معها، و تقلل من مخاوف كلا الطرفين سواء القانونية أو الإقتصادية، و تضمن الحد الأدنى لتوافق إرادة الأطراف في العقد من إبرامه إلى تنفيذه، هذا لا يعني خلق نظام قانوني جديد، أو استنباط نظام قانوني أجنبي ، أو إنكار نظام قانوني موجود، إنما محاولة حل المشكلات القانونية التي واجهتها و تواجهها هذه العقود على المستوى الداخلي و الدولي ، من خلال عدم الاكتفاء بتشريعات داخلية أو باجتهادات القضاء الوطني في حل النزاعات.

و بخصوص أهداف البحث فقد اتجهت في مجملها إلى حصر القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية المناسبة للحفاظ على ميزة هذه العقود "الإدارية" و "الدولية" ، و التي ستلائم أطرافها بالضرورة، نظرا

للتمايز غير المتجانس الذي يسجله تواجدها، و هذا من خلال تنظيم العلاقة التعاقدية المسيرة لأطراف العقد من حيث كفاءة تقارب في مراكزها القانونية، و انطلاقا من التشارك في وضع بنود العقد كمرحلة أولية، كما قد يساعد الدمج السلس للقواعد العامة و الخاصة عند التعاقد و عند التنفيذ في وضع نظام قانوني مرن، و التي تساعد في الأخير على إظهار نتيجة ملموسة و فعالة عند التنفيذ، أو في حل المنازعات و إنفاذ العقد أمام القاضي المختص، مع شرط أن يكون هذا الأخير محايدا، من خلال:

- تنظيم العلاقة التعاقدية المسيرة لأطراف العقد، و كفاءة تقارب في مراكزها القانونية، انطلاقا من التشارك في وضع بنود العقد.

- النظر في موضوع الامتيازات التي تمنحها قوانين الاستثمار للطرف الأجنبي في العقد الإداري الدولي، عن طريق تحليل مراد المشرع من ذلك و مدى تحقيقها لمبدأ التوازن العقدي.

- إسقاط الجانب النظري للعقد الإداري الدولي على جانبه التطبيقي، عن طريق قياس مدى مساهمة القانون الواجب التطبيق في صناعة بنود العقد الإداري الدولي.

- الدمج السلس للقواعد العامة و الخاصة عند التعاقد و عند التنفيذ، و استخلاص تأثيرها على مبدأ التوازن العقدي.

- لتظهر نتيجة البحث عند تحديد مدى فاعلية البنود العقدية عند التنازع أمام القضاء المختص في سبيل إنفاذ العقد.

بالمقابل، تعددت الأسباب الموضوعية الدافعة لإختيار الموضوع، نظرا للأبعاد القانونية للعقود الإدارية الدولية و علاقتها بالاقتصاد الوطني و الدولي، ما جعل المنظومة القانونية بصددها تشهد تطورا متسارعا و غير مستقر، و يمكن اختصار هذه الأسباب في رغبتنا في البحث عن المكانة القانونية التي تحتلها العقود الإدارية الدولية في الأنظمة القانونية المتميزة بالازدواجية القانونية و القضائية، و التي تتجاذب القواعد القانونية الإدارية و القواعد القانونية الدولية في تنظيمها ، ما قد يؤدي إلى تناقضها و تفرغها في محتوى قانوني قد لا يكون مناسباً لطبيعتها القانونية ، و تعطيل أهدافها الإقتصادية التنموية بالخصوص لذا فإن ضرورة توضيح مسألة النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية، مسألة شائكة لا يمكن حسمها على نحو قاطع إلا بقواعد قانونية تعترف لهذه العقود بوجودها القانوني.

أما عن أسباب إختيار الموضوع من الناحية الذاتية ، فإن التخصص في مجال تحولات الدولة، دفع برغبتنا للخروج عن ما هو متداول في الدراسات في هذا التخصص، و المتعلقة بالتحولات الدستورية والخوض في التحولات الإقتصادية للدولة، خاصة أن الأزمات الإقتصادية التي شهدتها الجزائر، كانت تظهر تحولات قانونية في الجوانب الإقتصادية و المالية للدولة، حتى أن تبني الدولة للنظام الإشتراكي ثم تخليها عنه عقب الأزمة كان من بين الفواعل التي شدتنا لهذا البحث.

إن كون العقد الدولي إداري، يضع صفته هذه في النظام الدولي غير مؤكدة، مما قد يمكن من تصنيفه في إطار القانون الخاص إذا ما تم إنكار الصبغة الإدارية له بسبب دوليته، و نفس الشيء بالنسبة لدوليته في النظام الداخلي، حيث يعد الإختصاص القانوني و الإختصاص القضائي، العنصرين الأساسيين في سن نظام قانوني مناسب للعقد الإداري الدولي بالنظر لطبيعته المزدوجة، دون المنع من إمكانية خضوعه لنظام قانوني شامل تتداخل فيه القواعد القانونية و القضائية الوطنية و الدولية ، ليكون أكثر ملائمة.

و في ظل غياب نظام قانوني مستقل للعقود الإدارية الدولية و عدم كفاية النصوص القانونية التي تحدثت بصفة الإيجاز عن طبيعة العلاقة التعاقدية بموجب عقد إداري دولي، دون الفصل الصريح فيه أو الإعتراف بوجوده كأحد العقود المسماة سواء في قانون المحروقات أو الصفقات العمومية أو قانون الإستثمار، حيث اعتبرته هذه النصوص إما عقد شراكة ، إمتياز ، صفقة دولية أو عقد استثمار، دون أن يكون لكل هذه العقود نظام قانوني موحد لها، تشترك فيه على إعتبار أن غايتها واحدة، و هي الدفع بعجلة التنمية الإقتصادية في الجزائر، فمن الناحية الموضوعية و الإجرائية لم تستفرد هذه العقود بضوابط تعاقدية تضمن توحيد نظامها القانوني، لذا فإن أهمية توحيد القواعد القانونية لمختلف أشكال العقود الإدارية الدولية يعد بدوره إعترافا بوجودها داخل المنظومة القانونية، و التي يجب أن تمثل بالمقابل نظاما حمائيا للعلاقة التعاقدية للحد من التخوف الناتج من الصفة الإدارية للدولة في العقد، على أن تكريس فكرة التوازن القانوني للعقد يجب أن ينتج أثارها عند الإبرام و من ثم معالجة إشكالات التنفيذ، ليكون أساسا للتعاقد، هذا ما يسوق إلى طرح الإشكالية التالية:

ما هو الإطار القانوني المنظم للعقود الإدارية الدولية في الجزائر؟ و ما مدى فاعليته في توفير الأمن القانوني للعلاقة التعاقدية ؟ و هل يستوجب مراجعة قواعده بما يتلاءم و طبيعة هذه العقود ؟

اعتمدت هذه الدراسة على مجموعة من **المناهج القانونية**، حيث ساعد المنهج الشكلي في دراسة النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية الدولية، أما المنهج التحليلي فعلى تفسير القواعد القانونية التنظيمية ، نقدها و استنباط القواعد القانونية الملائمة من خلال رصد مواطن الخطأ و الصواب في التنظيم المعمول به، إلى جانب اعتماد المنهج المقارن و الذي يهدف إلى تطوير التشريع الوطني و الوقوف عند الثغرات القانونية التي وقع فيها المشرع الجزائري في تنظيم العقود الإدارية الدولية.

استند البحث على مجموعة من **الدراسات السابقة** في هذا المجال، لتكون عاملا مساعدا في تحديد النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، من أهمها:

- Malik Laazouzi, les contrats administratifs a caractère international.
- Ibrahim Elbeherri, théorie des contrats administratifs et marches publics.

-الطيب زروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن.

- محمد عبد الكريم عدلي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجنبية .

غير أنها سارت أغلبها إما لإمالة الكفة للطبيعة الإدارية للعقود الدولية، و بالتالي إبقاها في ظل النظام القانوني الداخلي، و بالخصوص إعتبرها صفة عمومية داخلية، تخضع للقانون الإداري واختصاص القاضي الإداري، أو إلى إنكار الصفة الإدارية و مصطلح العقود الإدارية الدولية ككل، و هذا بإعتبرها عقود دولة تعمد إليها الدولة في إطار مبادلاتها الدولية، منكرة لسلطتها ومعتبرة إياها أحد أشخاص القانون الدولي الخاص، تخضع كليا لقانون إرادة أطرافها إقتداء بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و لإختصاص التحكيم الدولي دون أدنى تدخل للقضاء فيه، فهذه الدراسات لم تعترف بوجود نظام قانوني مستقل لهذه العقود، و إن كانت قد أثارت مسألة إختصاص القضاء عند اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة الظروف الطارئة، لكنها لم تشر إلى وجود توازن قانوني في العلاقة التعاقدية.

منهجيا، و انطلاقا من المادة العلمية التي تتكون أساسا من المراجع العلمية المتخصصة في موضوع بحثنا، تم التعرف على العناصر المكونة للموضوع وجمعها وتقسيمها وفقا للإشكالية المطروحة غير أن هذه المادة العلمية كانت في الأغلب نظرية ، مما جعلنا نواجه صعوبات عند الإسقاط التطبيقي لهذه العقود ، و استخلاص نتائج عملية تفسر الظواهر النظرية، خاصة عندما يتعلق الأمر بالقاعدة القانونية

الجزائرية، و التي تفتقر إلى اجتهادات قضائية تفسرها ، و إن وجدت فإننا قد واجهنا صعوبة كبيرة للحصول على الأحكام القضائية المتعلقة بالرقابة القضائية على أحكام التحكيم الفاصلة في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية، ما جعلنا بالنسبة للدراسة في ظل النظام القانوني الجزائري الإكتفاء بالاستناد على المراجع النظرية التي لها علاقة بالموضوع، و إبداء رأي الإجتهد القضائي الفرنسي في حالة تفسير النصوص القانونية المتشابهة.

و إنطلاقا مما سبق ، وبغرض التوصل للنتائج التي يمكن أن تجيب على الإشكالية المطروحة تم الاعتماد على خطة ثنائية توزعت فيها مضامين البحث على بابين:

تناولنا في الباب الأول الضوابط الموضوعية للتعاقد، بالتركيز على الإطار القانوني لمرحلة تكوين العقود الإدارية الدولية في القانون الجزائري و نظيره الفرنسي .

بالمقابل تناولنا في الباب الثاني الضوابط الإجرائية للفصل في المنازعات، و اعتمدنا فيه إلى تحليل ما جاء في القوانين الإجرائية و المتعلقة بالإطار القضائي لحل المنازعات الذي قد تطرأ عند تنفيذ هذه العقود.

الباب الأول:

الضوابط الموضوعية للتعاقد " بعث للتوازن و إرساء لمبدأ الإرادة "

يعتمد المشرع عند وضع قواعد قانونية لتنظيم عقد معين على وصف و تحديد طبيعته القانونية وكذا طرق التعاقد و آثارها، تكون هذه القواعد بالنسبة للعقد المراد تنظيمه أساسا قانونيا ضابطا لتكوين العقد، يضعه و أطرافه تحت حماية قانونية مضمونة.

غير أن التحديد الموضوعي للعقود الإدارية الدولية لا يتم بمجرد استقراء النصوص القانونية، و هذا راجع بالأساس إلى عدم الإعراف بالتسمية في القانون المقارن بسبب غياب مبدأ التوازن العقدي المستمد من الطبيعة المزدوجة لهذه العقود، حيث لتزال سلطة الدولة الإدارية تغلب على مبدأ إرادة الأطراف في النصوص التشريعية.

هذا الإنكار التشريعي يفتح المجال أمام الفقه و القضاء إلى تحديد الضوابط الموضوعية إنطلاقا من تفسير القواعد القانونية التي وردت بصفة العموم و إسقاطها على الواقعة القانونية الممثلة للعقد، و من ثم إستخلاص إزدواجية طبيعته الإدارية و الدولية من خلال وجود عناصر قانونية تثبت ذلك، ليحدث التكافؤ المفترض آثاره القانونية و التي ستمثل العامل الإيجابي لعملية التعاقد بموجب عقد إداري دولي كامل الأركان.

لذا تعد القواعد القانونية المؤيدة لفكرة التوازن العقدي و المستمدة من تكافؤ الأطراف و مصالحهم الإقتصادية عند التعاقد أمرا غير منافي لطبيعة العقد الإدارية، نظرا لوجود مصالح إقتصادية مشتركة ذات طبيعة دولية بالنسبة للدولة من جهة و المتعاقد الأجنبي من جهة أخرى. و عليه فإن بعث مبدأ التوازن في العلاقة التعاقدية سيساهم في حل مسألة سيطرة الدولة على العقد الإداري الدولي (الفصل الأول)، مما سيفتح المجال للصفة الدولية في هذه العقود أن تساهم بوضع بنود العقد من خلال إدراج شروط عقدية إستثنائية تكرر للصفة الدولية في العقد، محدثة أثرا إيجابيا في عملية التعاقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول: بعث مبدأ التوازن في العلاقة التعاقدية

إن إعتبار قواعد التوازن في عملية التعاقد لدى النظرية التقليدية للعقد الإداري، معيار غير معترف به، على الأقل عند تصادمه مع معيار البنود غير مألوفة، الذي يمثل مظهرا من مظاهر السلطة العامة و التي تميل الكفة لصالح قواعد القانون العام و من ثم كفة الإدارة¹ في العقد .

غير أن إمكانية إرساء قواعد التوازن لم يعد بالأمر المنافي لطبيعة العقد الإدارية، نظرا لخروج العقد الإداري عن أهداف الدولة التقليدية²، و إسهامها في بناء مشاريع استثمارية فعالة للدفع بعجلة التنمية الاقتصادية المحلية، و التي جعلتها في الأخير عقودا منظمة للنشاط الإقتصادي الدولي للدولة.

فتنظيم العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأجنبي و الشخص المعنوي العام في ظل عقد إداري دولي أصبح يقف عند مسألة التفاوت في المراكز القانونية لأطرافه، فصعوبة تحقيق المساواة بين أطراف العقد عند التعاقد، جعلت الأنظمة القانونية تبحث عن بديل لمعالجة إختلال التوازن الناتج عن سلطة الإدارة عند التعاقد .

هذا ما يلمس من طبيعة العقد المزدوجة، التي أثبتت فشلها في بعث التوازن للعلاقة التعاقدية فلتنال الكفة لصالح الشخص المعنوي العام المكرس لسلطة الدولة، وفقا للطبيعة الإدارية ذات الأسس القانونية الثابتة في العقد (المبحث الأول) على حساب إرساء مبدأ الإرادة، فهل يتدارك المشرع الخلل الناتج عن عدم التكافؤ بين الأطراف وفقا للطبيعة الإدارية و الدولية للعقد بمنح إمتيازات تشريعية تحت إطار التعاقد للإستثمار تخفيفا لحدة سلطة الدولة (المبحث الثاني) ؟

¹ - من مبررات وجود هذه البنود ، انها اوجدت لمصلحة الادارة ، فطبيعة هذه العقود مخالفة للمساواة بين الاطراف و تبرر فقط الأشخاص العامة. انظر في ذلك احمد محيو : محاضرات في المؤسسات الادارية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2009، ص 350.

² - و تتمحور الأهداف التقليدية في تحقيق أشغال او توريدات او خدمات، إشغال أملاك عامة، تسيير المرافق العامة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية المزدوجة للعقود الإدارية الدولية

لا تثير العقود الخاصة الداخلية أو الدولية إشكالية التجانس بين أطرافها، فهي تخضع بالضرورة إلى مبادئ و قواعد القانون الخاص الداخلي أو الدولي المنظم للعلاقات التعاقدية بين الخواص، تحدد هذه المبادئ و القواعد القانونية مسبقا من قبل التشريع، أو وفقا لإرادة الأطراف ، ما يجعل تكوين العقد واقفا على إيجاب و قبول أطرافه.

إلا أن العلاقة التعاقدية في مجال العقود الإدارية الدولية، تتميز بوجود صنفين من المتعاقدين غير متساويين لا من الناحية القانونية و لا من الناحية الإقتصادية، ما يجعل اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية أمرا واردا، لا يمكن تداركه بالنصوص التشريعية، لأن خصوصية العلاقة التعاقدية في هذه العقود تفرض وجود قواعد سلسلة ملائمة لكلا الطرفين غير المتجانسين.

فعدم التجانس بين أطراف العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية الدولية المطروح، يعود بالضرورة إلى المشرع، و الذي لم يفصل في طبيعة هذه العقود القانونية ، ما أدى إلى فشلها في بعث مبدأ التوازن في العلاقة التعاقدية، خاصة و أنه لم يعط معايير دقيقة لتوضيحها بشكل يضمن التوازن بين الصفتين ما جعل الفقه و القضاء ينصرفان إلى وضع معايير لتحديد كل طبيعة في العقد منفصلة عن الأخرى وكأن هذا العقد يضم في طياته عقدين مختلفين، ما دفع إلى اعتبار بعث مبدأ التوازن التعاقدية من خلال الأخذ بطبيعتي العقد أمرا فاشلا، في ظل غياب نص قانوني صريح (المطلب الأول)، و عدم تحديد المراكز القانونية للأطراف العقد بنص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المعايير النظرية المحددة للطبيعة المزدوجة للعقد

ما يثير الإنتباه، في إزدواجية طبيعة العقد، هو التصادم المحتمل عند إضفاء الطبيعة الإدارية على العقد الدولي، و التي ستؤثر سلبا على توازن العلاقة التعاقدية (الفرع الأول) لصالح الشخص المعنوي العام. بالمقابل، ستكبح الطبيعة الدولية للعقد الإداري من سلطة الدولة في العقد، لتسمح للمستثمر الأجنبي المساهمة في وضع بنود العقد، ما يفيد أن الطبيعة الدولية ستعتمد على معايير، تمنح القاعدة الأولى للتوازن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التأثير السلبي للصفة الإدارية على توازن العلاقة التعاقدية

يستمد هذا التأثير من معيارين أساسيين الأول عضوي (أولا)، يتمثل في وجود شخص معنوي عام و الثاني موضوعي (ثانيا)، يتعلق بتسيير مرفق عام، و شروط غير مألوفة¹ في عقود القانون الخاص و بذلك، تفرض الطبيعة الإدارية للعقد وجود تراكمي و تكاملي لهذين المعيارين²، ما يجعل اختلال احدها تجريدا من الصفة الإدارية للعقد المبرم.

أولا: المعيار العضوي

يعد العقد الإداري اتفاق تعاقدية بين طرفين، احدهما من أشخاص القانون العام، تعاقد بوصفه سلطة عامة³، و الآخر من أشخاص القانون الخاص، يخضع وجوبا لأحكام العقد الإداري التي صنعتها الإدارة العامة، وعليه، فإن وجود شخص عام كطرف في العقد يعد عنصرا ضروريا من أجل توصيفه⁴.

فوجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة في هذا العقد، يمثل المعيار العضوي، و الذي يعد أحد الأسس التي تكسب العقد الطبيعة الإدارية، أما عن مبرر وجودها كطرف في العلاقة التعاقدية الدولية

¹ - Ibrahim Elbeberry , théorie des contrats administratifs et marches publics internationaux, thèse de doctorat, Université Nice Sophia Antipolis ,France, 2004, p 26 .

² - Ibid, p 27.

³ الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه الدولة، جامعة الجزائر، 1991/1990، ص 4.

⁴ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، المرجع السابق ، ص 353.

يقوم في إطار إقتصادي محدد ، بالنظر إلى سياق التنمية، و لمبررات أخرى تتعلق بالسياسة الإقتصادية¹، المنتهجة من قبل الدولة نفسها.

و اعتبارا لذلك، فإن تواجد الدولة في العقد وفقا للمعيار العضوي، سيجعلها في مركز قانوني داخلي و دولي متميز عن الطرف الأجنبي المتعاقد معها، نظرا لتمتعها بالسيادة و السلطة العامة معا، لذلك تضع في سبيل تحقيق مهامها، خططا تنموية للعديد من المشاريع التعاقدية ، فهي تتعاقد عبر هيئاتها العليا، أو بواسطة شركاتها الوطنية، من أجل تحقيق هذه المشاريع خاصة منها الإستثمارية و التنموية .

فوجود الدولة ليس بأمر غير منطقي في العلاقات ذات الطابع الدولي²، و المعروف أن الدولة شخص معنوي من أشخاص القانون العام، و تعاقدتها مع الطرف الأجنبي في ظل عقد إداري، لن يقلل من مركزها القانوني، بل سيفرض على هذا الأخير احترام سيادتها و سلطتها العامة.

إلا أن هذا التصور التقليدي، سي طرح لاحقا إشكالات قانونية، عند التصادم بين الطبيعة الإدارية والدولية للعقد، فعند تقديم فرضية العقد الإداري معناه أننا بصدد عقد بطبيعته يتمتع بالصبغة الإدارية بغض النظر عن كل العناصر الأجنبية، و عليه فإن دخول الطبيعة الدولية على العقد الإداري ستكون لا محال موضع إشكال و نقاش فقهي وقضائي³، ليأتي دور القانون في المركز الأكثر أهمية لمعالجة الإشكال المطروح من خلال فرض توازن تعاقدية لأطراف العلاقة التعاقدية إنطلاق من وجود الطبيعة الدولية و الإدارية في العقد .

تعتبر معطيات الإشكال بسيطة عند سردها، في ظل واقعة قانونية داخلية⁴، لأن القاضي الإداري هو من سيفصل في النزاع، كلما كانت جهة إدارية حاضرة في عقد ما، فاخصاصه معين بالقانون تمثله المحاكم الإدارية⁵، و دور القاضي المخاطر هنا، هو التحديد في حكمه إذا ما كان العقد إداريا أم لا⁶، و

¹- Ibrahim Elbehery, théorie des contrats administratifs et marches publics internationaux, op., cit, p 28.

²-Ibid , p 31.

³- Malik Laazouzi, les contrats administratifs a caractère international, édition Economica, paris, 2008, p 133.

⁴ - Ibid, p 133.

⁵ - احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية ، المرجع السابق، ص 345.

⁶ - Malik Laazouzi, op . Cit, p133.

هذا بالعودة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، إذ ما كان قانونا عاما أم لا، دون أن يكون وجود صفة الشخص المعنوي العام في العلاقة التعاقدية مبررا مطلقا على إدارية العقد.

سيساعد تكييف النزاع على تحديد القانون الواجب التطبيق، فتساءل القاضي الإداري عما إذا كان العقد قد اجري في ظل قواعد القانون الإداري أو في ظل قواعد القانون الخاص¹، سيمنح القاضي حلا إما للفصل في النزاع بتطبيق قواعد القانون الإداري، أو إعلان عدم إختصاصه في الفصل، إذ أن الإجابة على هذا التساؤل تكون بواسطة الاعتماد بالأساس على القانون الواجب التطبيق على العقد، و إختصاص المحكمة²، الفاصلة في النزاع.

و في حالة ما إذا جرى العقد خارج إطار القانون الإداري، فإن القاضي المختص حينئذ سيبحث عن القواعد التي يمكن تطبيقها عليه، و التي أخرجت العقد الذي كانت الإدارة العمومية طرفا فيه عن إختصاص القانون الإداري و قاضيه، و مع غياب الإجتهد القضائي في الجزائر سيواجه القاضي بعض الصعوبات في التوصيف و سيتساءل عن المعايير التي ينبغي تطبيقها³، و قد يصل الأمر هنا إلى وجود عقد بدون قانون، في مقابل ذلك، نفس المهمة تقع على عاتق القاضي الفرنسي، الفاصل في إدارية العقد خاصة عندما يصادف عناصر أجنبية، تضي على العقد الإداري الطبيعة الدولية.

و يطرح الفقه الفرنسي⁴ مثلا على ذلك ، عند إبرام عقد توظيف لعون إداري، من قبل مرفق عام خارج الدولة الفرنسية مثلا، يمثل مكان الإبرام عنصر أجنبي يضي طابع دولي على العقد، و من جانب آخر وجود معيار إداري، يتمثل في عقد توظيف أعوان إداريين المنصوص عليه في ظل النظام الداخلي.

و ما يزيد الأمر غموضا، هو قرارات مجلس الدولة الفرنسي، التي وضعت الطبيعة الإدارية للعقد في الصدارة، و من بين هذه القرارات " قرار حبيب بشارة"⁵، ففي هذا القرار واجه مجلس الدولة طلب

1 - احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، المرجع السابق، ص 354.

2 - Malik Laazouzi, les contrats administratifs a caractère international, op., Cit, p 133.

3 - احمد محيو، المرجع السابق، ص 354.

4- Malik Laazouzi, op , cit, p 133.

5 - قرار حبيب بشارة صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 11 جانفي 1952 ، أنظر

مقاول تعاقد مع الدولة الفرنسية، و طالبها بالتعويض عن التأخر في تسديد سعر خدماتها، هذا العقد ابرم سنة 1944 بين مديرية بريد عسكرية في الشرق الأوسط، التي تم استبدالها فيما بعد بإدارة البريد الفرنسية من جهة، و السيد بشارة تاجر لبناني من جهة ثانية.

و قد كان موضوع الصفقة توريد السيد بشارة لأكياس بريدية تسلم و تدفع قيمتها في بيروت، غير أن الدفع من قبل الدولة تأخر لأشهر معدودة مما احدث النزاع، ليطالب السيد بشارة بدفع فوائد على هذا التأخر، و طالب أيضا بتطبيق قيمة الخدمة وفقا للسعر المستخدم في بيروت، و ليس المعمول به في فرنسا ، الذي كان قد طبق عليه.

و بعد دراسة الطعن ضد الرفض الضمني للوزير بمنح الدفعة بالمعدل القانوني المعمول به في لبنان، فصل مجلس الدولة في القانون الواجب التطبيق على سعر الفوائد عن التأخر، حيث اعتبر المجلس أن العقد موضوع النزاع صفقة إدارية للتوريد ، تمول من قبل الدولة الفرنسية، و من ثم فالقانون الفرنسي هو المختص الوحيد في تحديد الآثار، على الرغم من انه ابرم و نفذ في لبنان، و أن مكان إقامة المورد كانت أجنبية و كذا مكان الدفع .

إن الإجابة على التساؤل المطروح أعلاه من قبل القاضي، و المتعلق بالقانون الواجب التطبيق قد أجب عليه من خلال طبيعة العقد الإدارية، فلم يعطي القاضي أي إعتبار للعناصر الأجنبية الموجودة في هذا العقد، رغم تعددها.

و من ثم فإن العقد بموجب هذا القرار، عقد إداري ابرم في ظل قانون داخلي بحت، لم تؤثر العناصر الأجنبية فيه لا على القانون الواجب التطبيق، و لا على القاضي المختص، و عليه فإن هذه المقاربة عبرت عن سيطرة الصفة الإدارية على العقد ، و إنكار لجميع العناصر الدولية فيه ، لتجعل من مبدأ التوازن في المراكز القانونية أمرا مرفوضا من قبل القضاء، و هذا باستعماله لمعيار وجود الإدارة في العقد، و التي احتفظ بموجبها للعقد الإداري التقليدي بإمميّزاته، مما جعل اصطدامه بعناصر دخيلة غير كافية لإضفاء الطبيعة الدولية عليه.

ثانيا: المعيار الموضوعي

تقاس إدارية العقد، وفقا للمعيار الموضوعي، بالنظر إلى طبيعة النشاط أو موضوع المؤسسات العمومية (الشخص المعنوي العام)، الذي يغلب عليها طابع المصلحة العامة، و تظهر المصلحة العامة داخل العقد، بوجود مرفق عام أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص تسعى لتحقيقها، فكل عقد ابرمه الخواص لفائدة تسيير مرفق عام يوضع في إطار عمل إداري، و كل مفهوم لهذا الفعل لا يجب أن يضع حدودا للطبيعة القانونية للهيئة التي تموله، و بذلك يسمح المعيار الموضوعي بتكميل أو الحلول مكان المعيار العضوي¹.

لم يعتمد مجلس الدولة الفرنسي، على المعيارين معا، و اعتبر أن وجود احدهما في العقد يعد كافيا لإضفاء الطبيعة الإدارية عليه، و هذا بنصه في قرار الشركة صاحبة الامتياز الفرنسية لبناء و استغلال نفق في (Mont Blanc)، على أن كل عقد إداري يجب أن يتضمن شروط غير مألوفة أو يفوض إلى احد المتعاقدين تسيير أو المشاركة في تسيير مرفق عام²، و هذا ما يوضحه القانون أيضا، عند اعترافه لبعض العقود بالصفة الإدارية، و الذي أرجع الاختصاص القضائي فيها إلى القاضي الإداري، كعقود تسيير المرافق العامة³.

و كمحاولة لتحليل تأثير الصفة الإدارية للعقد وفقا للقانون الجزائري، يتضح أن الإعتماد عليها كان بتوفر المعيارين معا، لأن المصلحة المتعاقدة بموجب صفقة عمومية داخلية كانت أو دولية، ستحقق

1- Ibrahim Elbeherly , théorie des contrats administratifs et marches publics internationaux, op., cit, p 27.

2- Conseil d'Etat, du 24 avril 1968, 70188, publié au recueil Lebon ,
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007638731&fastReqId=951087860&fastPos=7> , consulter le 18-septembre-2015.

3- Ibrahim Elbeherly , op. cit, p 27.

مصلحة عامة عن طريق تلبية حاجات المرفق العام¹ الضرورية، و باستعمالها لشروط غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.

و يظهر ذلك جليا عند اعتماد موضوع المؤسسة العمومية كمقياس لتحديد المعيار الموضوعي حيث يؤكد أن المشرع بنصه على عدم خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية قد كيف إدارية العقد بضرورة وجود المعيار العضوي و الموضوعي معا، فوجود مؤسسة عمومية طرفا في العقد لا يعد كافيا لإضفاء الصبغة الإدارية.

و للإشارة فالمشرع الجزائري بموجب المرسوم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام رقم 15-247 ، قد أوقع العقد في غموض عندما إستثنى عقود المؤسسات العمومية الإقتصادية من الخضوع لهذا القانون، و هذا ما يظهر في النصين الآتيين:

ففي المادة 9 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تقويضات المرفق العام، جاء فيها: " لا تخضع المؤسسات العمومية الإقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب، و مع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها ، على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المرشحين و شفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئات إجتماعية.²" في حين أن نص المادة 6 من نفس المرسوم قد نص على أن أحكام الصفقات العمومية تسري على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية³.

¹ - تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تقويضات المرفق العام ، ج ر 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص 5 ،على أن : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات".

² - المادة 9 من المرسوم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص 6.

³ - المادة 6 ، المرجع السابق ، ص 5 .

فالتركيز مع النصين يكشف عن قيام تناقض بينهما، فمن جهة اعتبر المشرع المؤسسات العمومية الممولة من قبل الدولة و الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري لأحكام هذا المرسوم، و التي يتطابق معها مصطلح المؤسسات العمومية الإقتصادية، نتيجة دورها و الهدف من إنشائها ، ليعود في نص لاحق إلى إستبعاد هته المؤسسات كليا عن الخضوع لأحكام قانون الصفقات العمومية، و كأن المؤسسات العمومية التي تمارس نشاطا تجاريا في الجزائر قد تبرم عقودا لصالح الدولة سواء بتمويل كلي أو جزئي بمساهمة مؤقتة أو نهائية للدولة رغم خضوعها للقانون خاص و هو القانون التجاري، في حين أن المشرع عند استبعاد المؤسسات العمومية الإقتصادية عن أحكام هذا المرسوم، كان يوحي إلا أن هته المؤسسات مستقلة ماليا و إداريا عن الدولة أو الجماعات المحلية، دون أن يوضح القانون الذي تخض إليه، فبديهيها القانون الواجب التطبيق على هذه المؤسسات هو القانون التجاري، إلا إذا كانت طبيعتها العمومية ستخضعها للقانون العام، و هو الأمر غير مقترح أصلا و الذي يمكن تأكيده بأحكام المادة 9 من المرسوم 15-147.

و بحثا وراء ذلك، تفسر المادة 8 من المرسوم 15-247 بمفهوم عكسي قصد المشرع في البند الأخير من المادة 6 أعلاه ، حيث أن إبرام صفقة عمومية من قبل مؤسسة عمومية خاضعة للقانون التجاري تكون غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من قبل الدولة أو الجماعات الإقليمية هي عملية غير ملزمة بالخضوع لأحكام هذا المرسوم، إلا عند تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية و العمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة تحت مراقبة سلطة وصية عليها.

ومن ثم، يعد إنتقال المشرع في المواد 6، 9، 8 من المرسوم 15-247 على التوالي ، إنتقال من الاستثناء إلى الأصل، فالأصل هو عدم كفاية المعيار العضوي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وهو ما كان واضحا في المادة 9 حيث يعد وجود الصفة العمومية للمؤسسة في العقد غير كاف لان يكون عقدا إداريا، بالمقابل لا يعد عدم خضوع المصلحة المتعاقدة في تنظيمها إلى القانون العام مانعا لان يتصف العقد بالإدارية، فوجود الصفة العمومية لأحد أطراف العلاقة التعاقدية و إثبات المصلحة العامة في إبرام العقد بمثابة معيار عضوي و موضوعي لإضفاء الصبغة الإدارية على العقد، هذا ما يعد استثناء لصالح المؤسسات العمومية الإقتصادية.

إن هذا الغموض التي ظهرت به النصوص المذكورة أعلاه في القانون الجديد تعد بمثابة تراجع للمشرع الجزائري الذي استعمل مصطلحين لنفس الهيئة العمومية، فالمؤسسة العمومية الاقتصادية هي بالضرورة مؤسسة خاضعة للقانون التجاري، و ميزانياتها تصب في غالب الأحيان في الخزينة العمومية مما يجعلها تتلقى دعما مباشرا أو غير مباشر من قبل الدولة نظرا لعدم استقلالها المالي الفعلي ما يجعل استبعادها عن أحكام الصفقات العمومية رأي غير موفق، لما لها من علاقة مباشرة بالمال العام و من ثم المصلحة العمومية، لذا تعد أحكام المادة 6 من المرسوم 15-247 أكثر واقعية لتنظيم التعاقد الذي تكون المؤسسة الاقتصادية طرفا فيه، و هو ما جاء عند تعديل المشرع للمادة 2 من المرسوم 10-236 الملغى¹ و التي أوضحت موقف المشرع من المؤسسات العمومية الاقتصادية بشكل واضح ، و هذا عند إخضاعها لأحكام قانون الصفقات العمومية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة كلية او مؤقتة أو نهائية من الدولة، على أنه يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما لا تكون خاضعة لأحكام هذا المرسوم أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية

والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة ، تحت جهاز للمراقبة، و عليه يعد هذا الطرح هو الأنسب في ما يتعلق بتنظيم تعاقد مؤسسة عمومية اقتصادية تلبى مصلحة عامة بإنفاق عمومي.

لنخلص إلى أن استناد المعيار الموضوعي في تحديد إدارية العقد كان أساسه مستمدا من متغيرات الحياة الدولية المعاصرة و التي طغت على إدارية العقد، خاصة مع ظهور أشكال جديدة للعقود الإدارية أكثر تعقيدا، كما أنها أصبحت تتعلق بصفة مباشرة بالاستثمار، ما دفع المشرع إلى الإحتفاظ للدولة ببعض من صلاحياتها في العقد، و هذا بسبب عدم كفاية المعيار العضوي في تحديد إرادة الدولة الحقيقية من إبرامها للعقد الإداري، لذا فقد كان المعيار الموضوعي عاملا مناسبا إلى جانب المعيار العضوي لإكمال وصف العقد بالطبيعة الإدارية، و التمهيد إلى قابلية دخول صفة ثانية على العقد الإداري الذي لم يعد مقتصرًا في الإطار الداخلي للدولة، بحيث ستدفع هذه الصفة الجديدة في العقد إلى ضمان توازن بين الأطراف المتعاقدة، خاصة عندما تكون الدولة أضعف اقتصاديا من الطرف الأجنبي المتعاقد معها.

¹ - انظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي 12-23 ، المؤرخ في 18 يناير 2012 المعدل و المتمم للمرسوم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 04 المؤرخة في 26 يناير 2012، ص 4.

الفرع الثاني: التأثير النسبي للصفة الدولية على توازن العلاقة التعاقدية

تأثر الصفة الدولية بشكل نسبي على مبدأ التوازن التعاقدية، هذا على عكس السلبية التي ظهرت في الصفة الإدارية، و هذا نتيجة العناصر الجديدة التي ستضيفها على العلاقة التعاقدية مما قد يمهّد لقواعد التوازن الخوض في تنظيم العقود الإدارية الدولية، و يظهر هذا التأثير من خلال دخول صفة أجنبية على العقد الإداري، و التي مثلت المعيار القانوني في تحديد دولية العقود الإدارية الدولية، غير أنها بقيت في نظر الفقه معياراً قاصراً (أولاً) يتعين على المشرع البحث عن معيار جامع و مانع، يفسر في ظلّه التوجهات الاقتصادية و الاستثمارية للدولة المبرمة للعقد، و هو ما تم الإعتماد عليه كأساس في المعيار الاقتصادي المحدد لدولية العقود الإدارية الدولية (ثانياً).

أولاً: المعيار القانوني

يعد المعيار القانوني المحدد لدولية العقد الإداري وليد النظرية الشخصية، و التي تبرر اعتقادها على أساس الجوانب الظاهرة في العقد، فحسب أنصار النظرية فإن هذه الجوانب تتمثل في جنسية وموطن الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الإدارة¹، فدولية العقد تكيف بمجرد توافر العنصر الأجنبي كجنسية الأطراف أو موضوع العقد، أو مكان الإبرام و التنفيذ²، إلا أن هذه النظرية شهدت اختلاف من حيث فاعلية العنصر الأجنبي في تحديد دولية العقد، فرغم أخذ الكثير من الفقه بالنظرية الشخصية في تحديد الصفة الدولية غير أنهم لم يتفقوا حول العناصر التي تؤخذ في الاعتبار عند تحديدها.

و أعطى الفقيه رابل RABEL تفسيراً للعنصر الأجنبي الذي يضفي الصفة الدولية على العقد من خلال طرحه لمفهوم مخالفتها للعقد الداخلي، حيث اعتبر هذا الأخير، عقداً ارتبطت كافة عناصره ذات الأهمية بسيادة واحدة، و بالتالي يكون خالياً من كل عنصر أجنبي يؤخذ في الإعتبار³ عند تحديد دولية

1 - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 10 .

2 - محمد البشير و حمان، العقود الإدارية الدولية، موقع العلوم القانونية، مجلة الكترونية صادرة عن كلية العلوم القانونية و

الاقتصادية و الاجتماعية سلا ، جامعة محمد الخامس السويسي، المغرب، 2012، ص 5 .

3 - الطيب زروتي، المرجع السابق ، ص 12.

العقد ، بمعنى أن دخول عنصر أجنبي على العقد الداخلي يعد كافيا لإضفاء الصبغة الدولية عليه، لأنه سيخرجه من دائرة السيادة الواحدة إلى سيادة مشتركة بتسيير من الأطراف أو الأنظمة القانونية.

هذا لم يمنع أيضا فريق من فقه النظرية الشخصية من التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بمجرد توفر الصفة الأجنبية، و التي تكفي لوحدها إصباغ الصفة الدولية على العقد¹، ورغم وضوح هذا الرأي وسهولته العملية، إلا أنه تعرض للانتقاد من جانب أنه يتسم بالجمود، ويؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص كلما توافر العنصر الأجنبي في العلاقة التعاقدية أيا كانت نسبة أهميته في العقد²، وكذلك لكونه غير كاف لوحده في إقرار السمة الدولية للعقد ، لأن وجود العنصر الأجنبي قد يكون مجرد أمر عرضي .

و لتفادي هذا الإنتقاد، خصوصا عند إضفاء الصبغة الدولية لعقد إداري ، نشير إلا أن الصفة الأجنبية للمتعاقد مع الإدارة في القانون الجزائري لا تعد كافية لإضفاء الصبغة الدولية للعقد الإداري، لأن المشرع قد ساوى بين المتعاملين المتعاقدين الطبيعيين و المعنويين، دون وضع أي تمييز بين الوطنيين والأجانب³، كما ساوى بين المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و المؤسسات الأجنبية⁴، جاعلا أهداف المصلحة المتعاقدة هي المحدد الوحيد لطبيعة العقد الدولية.

حتى انه ساوى في سبيل ترقية الإنتاج الوطني و الأداة الوطنية للإنتاج ، عن طريق منح هامش أفضلية بنسبة 25% للمنتجات الوطنية⁵، في الإستفادة من هذا الهامش بين المؤسسات الخاضعة للقانون

1 - هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر، 2007، ص 98.

2 - المرجع نفسه، ص 99.

3 - تنص المادة 37 من المرسوم رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى و إما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81 أدناه" ، المرجع السابق ، ص 11 .

4 - تنص المادة 38 ، المرسوم 15-247: " يمكن المصلحة المتعاقدة من اجل تحقيق أهدافها ، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها الى ابرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري او المؤسسات الأجنبية طبقا لأحكام هذا المرسوم" ، المرجع السابق، ص 11 .

5 - المادة 83 ، من المرسوم 15-247 ، المرجع السابق، ص 24 .

الجزائري و المؤسسات الأجنبية، مما يؤكد على أن معيار الجنسية او توفر العنصر الأجنبي في العقد لا يعد كافيا لإضفاء الصبغة الدولية للعقد على الأقل في القانون الجزائري.

في المقابل لم يؤكد المشرع الفرنسي إذا ما كانت جنسية المتعامل المتعاقد ستضفي الطبيعة الدولية على الصفقة العمومية بصفقتها نوع من أنواع العقود الإدارية، و هذا عند تعريفه للصفقات العمومية في الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية على أن " الصفقات العمومية عقود تبرم بمقابل مالي بين السلطات المتعاقدة المنصوص عليها في المادة 2 و متعاملين اقتصاديين عامين أو خواص ، لتلبية حاجياتها في مواد الأشغال ، التوريدات أو الخدمات "¹.

إن سكوت المشرع الفرنسي في نص المادة عن تحديد جنسية المتعامل المتعاقد مع الإدارة، يعني بالضرورة أنه قد ساوى هو أيضا بين المتعاملين الوطنيين، و الأجانب في المشاركة في الصفقة، مع إبقاءها خاضعة للنظام القانوني الوطني، مما يعني أن جنسية المتعامل المتعاقد مع الإدارة لا تكفي بحسب النص إضفاء الصبغة الدولية على العقد، إذ قد يكون في اشتراطه الصفة الاقتصادية بالتحديد في المتعامل تعني ضرورة توفر معيار آخر في تحديد دولية العقد.

فالأساس أن تظهر دولية العقد في نقاط العقد المرتبطة بقوانين عدة دول أو بالقانون الدولي²، فلا تكفي جنسية الطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة لإضفاء الصبغة الدولية للعقد الإداري، حيث أن تأثير جنسية الطرف الأجنبي على القانون الوطني، و مدى قدرتها على تعديله أو إلغائه، و إحلال قانون آخر مكانه ، ومن ثم إخراج العقد من حدود القانون الوطني إلى الدولي، هو الهدف المرجو من تدويل العقد وفقا للمعيار القانوني.

هذا ما إعتده الفقه الفرنسي عند وصفه لدولية العقد التي ربطها بعدة قوانين وطنية، أو في إطار تطبيق لمعاهدة دولية، أو عندما يتجاوز العقد حدود الدولة، أو عند إثارة مصالح التجارة الدولية³.

1- veuillez voir, l'article 1 du code des marches publics, édition 2006, dernière modification le 1 octobre 2014 , file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrateur/Mes%20documents/Downloads/LEGITEXT000005627819.pdf , documents généré le 16/10/2015, p 1.

2 -Stéphane Chatillon , le contrat international , 3 édition , Vuibert , PARIS 2007, p 5.

3 - Ibid, p 10.

فالصفة الدولية، لا تقوم على مجرد جنسية المتعاقد مع الإدارة، أو توفر عنصر أجنبي داخل العقد سواء تعلق بمكان التنفيذ أو الإبرام ، فقد تبرم الدولة عقدا إداريا في سبيل تشييد مبنى في الخارج، أو تبرم عقد توظيف مع شخص أجنبي دون أن تكون لهذه العقود الصفة الدولية، وهذا بسبب عدم تأثير العنصر الأجنبي في العقد الإداري، بحيث يعبر عن إرادة قانونية تظهر في إخراج العقد من القواعد العامة للقانون الوطني إلى قواعد خاصة تتحكم فيها إرادة الأطراف قد تكون بالمقابل ذات بعد دولي.

ثانيا: المعيار الإقتصادي

إن وجود عناصر أجنبية في العقد و التي توجي إلى ارتباطه بعدة نظم قانونية ، الأمر الذي يجعله متعدي لحدود دولة معينة، يبرر من خلالها إصباغ الصفة الدولية عليه¹، بالإعتماد على وجود معايير موضوعية، تستلزم بالضرورة نظام قانوني خاص² بهذا العقد، فعلى نقيض أنصار النظرية الشخصية يعطي فقهاء النظرية الموضوعية³ للعقد محتوى إقتصادي واقعي ، لأن العقد حسب النظرية الموضوعية تصرف قانوني إرادي يرتب آثار إقتصادية على المستوى الدولي⁴.

أحدث هذا المعيار تطورا في المذهب التقليدي إلى أن وصل إلى أحدث تعريف للعقود الدولية والذي وضع مصالح التجارة الدولية أولوية لهذه العقود⁵. و من ثم اعتبار عملية دخول وخروج رؤوس الأموال بين الدول و تعدي أثارها خارج حدود الدولة ، عناصر إقتصادية للعقد، تؤدي به للخروج من مجال الإقتصاد الوطني إلى مجال الإقتصاد الدولي، لتفسر فيما يلي على أنها عملية مد و جزر فيما وراء الحدود⁶.

1 _ هشام خالد، ماهية العقد الدولي، المرجع السابق ، ص 75.

2 _ Stéphane Chatillon, op ., cit , p 10.

3 _ من الفقهاء الفرنسيين المؤيدين للنظرية الموضوعية، ب جولدمان GOLDMAN . B ، ف. فوشار PH .FOUCHARD ، باتريك تفراري PATRICH THIEFERY ، انظر الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية

في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 18.

4 _ الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص 18.

5 _ من مؤيدي هذا المعيار نجد: (J .Pierre, R. Fabre, J .Raynard, J_M . Mousseron) أنظر في ذلك :

Malik Laazouzi, op, cit , p128 .

6 _ الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 18.

و علاوة على ذلك، يبين أحد الباحثين، أن عبارة التجارة الدولية حسب النظرية الموضوعية يجب أن تفهم بمعناها الواسع، و عليه تدخل عمليات الإستثمارات ذات الطابع الإقتصادي ضمن هذا المعيار. و يذهب إلى أبعد من ذلك ، بعض الفقهاء المتأثرين بقضاء التحكيم الدولي، إلى إدخال عقود الإمتياز و عقود التنمية الإقتصادية التي تكون الدولة طرفا فيها¹.

على هذا الأساس، تبنى المشرع الجزائري في حديثه عن دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية رأيا مشابها لما تم ذكره أعلاه، حيث ربط إبرام هذه العقود بالسياسة العمومية للتنمية و الإلتزام بالإستثمار في شراكة ، بالنسبة للمتعاملين الأجانب، و المتعاقدين مع الشخص المعنوي العام².

يعد هذا بمثابة الإعتراف بدولية العقد من قبل المشرع، موضحا عدة عوامل مؤثرة في الطابع الدولي للعقد الإداري ، فمن جهة أولى، إعلانه الدعوى للمنافسة الدولية ، بالإضافة إلى حصره لمثل هذا النشاط الإقتصادي في العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المستثمر الأجنبي دون سواه.

كما يعد هذا دليلا كافيا على دولية العقد ، ليس لإعتبار وحيد متمثل في جنسية المتعاقد، و ليس لتعدد العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية ، إنما النص الصريح من قبله على أن المنافسة في هذا العقد الإداري قابلة لأن تكون مناقصة دولية، هذا من جهة، و من جهة ثانية ، جاء الإعتراف بدولية العقد وفقا للمعيار الإقتصادي، في ربطه لمشروع العقد الإداري بمبادئ إقتصادية و إستثمارية تسعى الدولة من خلال التعاقد بموجبه، تحقيق سياساتها الإقتصادية المنتهج .

لذا يتجلى أن المشرع يمزج بين العنصر الأجنبي الفعال في المشروع الإستثماري وفقا لمعيار القانوني، إن وجد، و بين ضرورة وجود عناصر المعيار الإقتصادي، و التي تحدد التوجهات الإقتصادية الدولية للعقد الإداري.

و من الجانب الإجرائي، يمكن أن نستخلص البعد القانوني لهذا المعيار حيث أن العودة إلى نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹ ، و التي تنص على أن التحكيم الدولي هو الذي

¹ _ المرجع نفسه، ص 19.

² - انظر المادة 84 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، المرجع السابق ص 24.

يختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل، بما معناه أن المشرع قد أكد بموجب هذا النص، على أن التحكيم الدولي لا يرتبط بأجنبية أحد أطراف العلاقة التعاقدية ، إنما يقوم على معيار الدولية عندما تتحرك المصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل.

و يظهر أيضا من خلال هذا النص، أن المشرع قد تراجع عن موقفه السابق بموجب قانون الإجراءات المدنية الملغى، و الذي أخذ بموجب المادة 458 مكرر² منه ، بكلا المعيارين، حيث جمع بين المعيار الاقتصادي بأخذه بمصالح التجارة الدولية، والمعيار القانوني المستمد من اختلاف مقر أو موطن المتعاقدين، ودليل ذلك في المادة هو " واو الربط " ، التي تربط بين المعيارين فلو أراد المشرع استعمال معيار واحد منهما فقط، لوضع "أو" بدلا من "الواو"³.

لنصل بنتيجة، أن هذا التراجع في الأخذ بكلا من المعيارين الإقتصادي و القانوني معا، جاء صائبا، لأن استعمال المشرع الجزائري للمعيارين ليس له فائدة، بل بالعكس ، قد تكون محل خلافات خاصة أمام القضاء الجزائري ، مما لا يستلزم الأخذ بكليهما مادام أن مصدر كل منهما و المتمثل في القانون الفرنسي بالنسبة للمعيار الإقتصادي، و القانون السويسري بالنسبة للمعيار القانوني، لم يأخذا إلا بمعيار واحد⁴.

¹ _ القانون 08_09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، المؤرخة في 23_04_2008.

² - تنص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93_09 المؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 افريل 1993 ، يعدل و يتم الأمر رقم 66_154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر 27 المؤرخة في 5 ذي القعدة 1413، ص 58 على: "يعتبر بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارة الدولية، و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد طرفين على الأقل في الخارج".

³ - خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، 2008_2009 ، ص 28.

⁴ _ المرجع نفسه، ص 29.

قضائيا، كان تأييد المعيار الاقتصادي في الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية منذ بداية هذا القرن الماضي¹، في حكم صادر سنة 1927 للمدعي العام (Matter)² و الذي أقر أن العقد يكون دوليا وفقا لنظرية مايتير³، عندما يتضمن مدا و جزرا للقيم الاقتصادية المختلفة عبر الحدود الدولية، سواء تعلق الأمر بدخول و خروج نقود أو بضائع ، شريطة أن تكون الدولة الفرنسية طرفا في العلاقة التعاقدية⁴.

و أصدرت محكمة النقض الفرنسية من وقائع القضية ، قرارها بوضع أسس و معايير العقد الدولي، نتيجة لإقرارها أن العملية المتمثلة في الدفع بالذهب لا يؤخذ بها إلا في العقود الدولية وحدها ومن ثم فالقرار لم يتعرض فقط لتحديد ماهية العقد الدولي، بل أوضح المعيار الذي من خلاله يتم تحديد الوفاء، والعملية التي يتعين علي أساسها الوفاء بالالتزامات النقدية في العلاقة الدولية الخاصة وهذه الليونة تظهر واضحة من خلال المعيار الاقتصادي⁵.

و علاوة على ذلك، يثبت موقف المشرع الفرنسي من معيار الدولية، في المعيار الذي إستعمله عند تحديد دولية التحكيم ، حيث نص بموجب المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " يعتبر دوليا التحكيم الذي تحرك فيه مصالح التجارة الدولية"⁶.

و يظهر جليا من مضمون المادة أن المشرع أخذ بالمعيار الإقتصادي كمعيار وحيد في تحديد الصفة الدولية، و بذلك اعتبر كل من الاجتهاد القضائي و التشريع الفرنسيين أن مفهوم العقد الدولي متوقف على مصالح التجارة الدولية.

¹ _ هشام خالد، ماهية العقد الدولي، المرجع السابق ، ص 39.

² _ خالد شويرب، المرجع السابق، ص 19.

³ _ Malik laazouzi , les contrats administratifs a caractère international, op.cit ., p 128 .

⁴ _ هشام خالد، المرجع السابق، ص 39.

⁵ _ خالد شويرب، المرجع السابق، ص 19.

⁶ _ l'article 1505 du code des procédures civile français , dernière modification du texte le 01 /10/ 2015 , <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151017>, document généré le 05/10/ 2015 . p 408 .

و بالتالي فإن إجتماع الصفة الإدارية و الدولية في العقد، ستؤثر على التفاوت في المراكز القانونية لأطرافه، لأنها ستفرض نوعا من التوازن عليهما، يجعل العقد أكثر مرونة ، يلي بذلك مصالح إقتصادية وطنية و دولية، بدلا من احتفاظه بمبادئ تقليدية جامدة ، قد كانت سابقا سببا من أسباب فشل هذا النوع من العقود .

و إجمالا ، ساعدت الخاصية المزدوجة للعقد في إرساء قاعدة من قواعد التوازن التعاقدية و التي تعتمد على التلاؤم القانوني بين إدارية و دولية العقد، رغم تعارض المصالح القانونية و الإقتصادية عند التعاقد.

المطلب الثاني: الضبط النصي لمراكز الأطراف

ساعدت الخاصية المزدوجة للعقد في إرساء قاعدة من قواعد التوازن الإقتصادي و التي اعتمدت على التلاؤم القانوني بين إدارية و دولية العقد، و إكمال سبب التعاقد رغم تعارض المصالح القانونية والإقتصادية، جاعلة مراكز الأطراف متكافئة قانونيا عند التعاقد بتحقيقها لركن الرضا في العقد.

و على عكس المطالبين بالمساواة الكلية بين أطراف العقد الإداري الدولي، يرى الفقه المعاصر¹ كل من الدولة و الأجهزة التابعة هي زبائن للشركات الأجنبية ، فإذا تعاقدت معهم فإن الهدف هو الربح لأن العلاقة التعاقدية تكون في إطار السياسة الاقتصادية العامة للدولة، و بذلك فعلى الشركة الأجنبية أن تعلم أن هذه السياسة ستتغير يوما ما، فرغم ضخامة المركز الإقتصادي المستثمر الأجنبي في بعض الأحيان، إلا أنه يبقى محددًا بضوابط قانونية موضوعية معينة حسب حاجة الدولة إلى استثماره (الفرع الثاني)، و التي تضبط بدورها المركز القانوني للشخص المعنوي العام في العقد (الفرع الأول).

الفرع الأول: مركز الأشخاص المعنوية العامة عند التعاقد

لن تقتصر دراسة ضبط مركز هاته الأشخاص قانونيا و إقتصاديا، على سرد لمفهوم الدولة التقليدي، لأن الوصول إلى تحديد مركزها القانوني و الإقتصادي داخل العقد الإداري الدولي، تحدده

¹ - Ibrahim Elbeberry , théorie des contrats administratifs et marches publics internationaux, op. cit., p 43 .

أهداف الدولة الإقتصادية، و صلاحياتها القانونية بموجب هذا العقد، و التي تحدد بذلك المراد من علاقة الدولة بالعقد الإداري الدولي (أولاً)، ومن ثم رأي القانون المقارن في ذلك (ثانياً).

أولاً: علاقة الدولة بالعقد الإداري الدولي

إن الدولة كانت و لتزال من ضمن أهم الفاعلين في مجال العلاقات الإقتصادية، و تزداد أهمية مركزها الإقتصادي على المستوى الدولي مع تصنيف العقود الإدارية الدولية كأحد عقود التجارة الدولية التي تكون طرفاً فيها.

و نظراً لإعتبارات تؤثر بقوة على مبدأ التعاقد مع الدولة و المتعلقة بالسياسة العامة المتعلقة بمشاريع الإستثمار الأجنبي أو الوظائف الإقتصادية الأخرى التي تديرها هيئة من الهيئات التابعة للدولة، يعد التمييز بين مختلف العقود التي تبرمها الدولة أمر معترف به على نطاق دولي و في إطار نظم قانونية داخلية عديدة ، و لاسيما في إطار مفهوم العقد الإداري الفرنسي¹.

فالتمييز بين ما هو إداري وما هو تجاري في مهام الدولة الإقتصادية، أمر سهل الفصل على اعتبار الأخذ بمعيار المصلحة العمومية عند التعاقد بصفة إدارية و معيار الربح عند التعاقد بصفة تجارية، غير أن الأمر الذي أثاره الفقه فيما يخص مهمة الدولة عند التعاقد بصفة إدارية يكمن في تسمية هذا النوع من التعاقد.

في البداية، يلاحظ أن أغلب الفقه² قد أطلق تسمية عقد الدولة على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، بدلاً من تسمية العقد الإداري الدولي، نسبة إلى وجود الدولة طرفاً في هذا النوع

1 - سلسلة دراسات الأونكتاد، العقود الحكومية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، الأمم المتحدة، نيويورك و جنيف، 2004، ص 15.

2 - من بين هؤلاء ، أ-د حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2003، ص 35. د- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة دكتورا، جامعة تلمسان ، 2010، ص 71. د عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، ط2، دار هومة، 2009، ص192.

من العقود، و يعاب على هذه التسمية أنها تبرز أحد طرفي العقد¹ دون الآخر، كما أنها قد ترجح الكفة للطرف الحكومي، لأسباب تتعلق بالسياسة العامة، ما يجعل الطرف الأجنبي معرضا لخطر التدخل في التوقعات التجارية، التي رغبته في التعاقد².

و إن كانت هذه التسمية تسيير على نطاق واسع دوليا، إلا أنها ستمنع الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية التابعة للدولة من إبرام العقود ذات الطابع الدولي، على الأقل، في النظامين القانونيين الجزائري و الفرنسي القائمين على ازدواجية قانونية و قضائية، لذلك، كان من الأفضل، أن يتم الربط بين تسمية عقد الدولة و عبارة العقد الدولي، لتكون أكثر صحة³، أو الأخذ بما ذهب إليه جانب من الفقه حين سعوا إلى إيجاد معايير للتفرقة، بل أكثر من ذلك، حين تم الفصل بين ما هو عقد دولة و ما هو عقد إداري دولي، و ما هو طلب عروض دولية⁴.

غير أن الاختلاف لا يظهر بالضرورة بين طلب العروض الدولية و العقود الإدارية الدولية باعتبار أن الأول مجرد إجراء سابق لإبرام المصلحة المتعاقدة لعقد إداري، في حين أن الاختلاف قد يكون شديد الوضوح إذا ما قسنا بمقياس أن عقد الدولة ليس بعقد إداري دولي، على اعتبار أن التبادل الإقتصادي الدولي و الذي ينشأ من خلال عمليات الاستثمار، و بالإستعانة بمستثمر أجنبي له مصلحة إقتصادية دائمة على إقليم دولة لا ينتمي إليها، هو الجزء اللاحق في عملية التنمية الإقتصادية.

و يعد توفر عنصر جذب الاستثمار، و البيئة القانونية و الإقتصادية الدافعين الأساسيين لتحقيق التنمية، لذا فإن إيجاد عنصر الاختلاف بين العقد الإداري الدولي، و عقد الدولة لا يتوقف عند موضوع الخدمة المراد تحقيقها من خلال إبرام العقد، إنما في التنظيم القانوني لكلا منهما، و من ثم الإجابة على ما إذا كان يمكن اعتبار عقد الدولة عقدا إداريا دوليا.

-
- 1 - قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين و رعايا دول أخرى في مجال الإستثمارات الدولية "عقد الدولة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 7، العدد 1، الجزائر، 1997، ص 32.
 - 2-سلسلة دراسات الأونكتاد، المرجع السابق، ص 4.
 - 3 - قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 32.

4 -Mathias Audit , Sylvain Bollée, Pierre Callé, droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ , France, 2014 , p 197.

و قياسا بالعقد الإداري الدولي و الذي يستوجب توفر معيارين لإضفاء الصبغة الإدارية عليه ومعيارا دوليا يوفره العنصر الأجنبي الفعال في العقد، يعرف عقد الدولة بأنه عقد طويل المدة يبرم بين الدولة و مستثمر أجنبي له مصلحة اقتصادية دائمة على إقليم دولة لا ينتمي لها، و يتعلق موضوع هذا العقد باستغلال الموارد الطبيعية، أو أبعد من ذلك، إلى إنشاء و تنفيذ و استغلال مشاريع كبرى صناعية¹.

نفس هذه المشاريع تكون موضوع عقد إداري دولي وفقا لتصنيف قانوني تقليدي يتمثل في الصفقات العمومية وعقود الإمتياز و تفويض المرافق العامة، و تصنيف حديث و المتمثل في عقود الشراكة، فعقود الدولة لا تخرج عن إحدى هته التصنيفات عند الإبرام، لذا فإن عدم إعتبار عقد الدولة عقد إداري دولي فرضية لا تثبت إلا عند إثبات نظام قانوني يعكس اختلافهما.

و عليه تعد تسمية العقد الإداري الدولي هي الجامعة لمجمل خصائص موضوع التعاقد، كما أنها لا تحصر المصلحة المتعاقدة في الدولة و كأنها صاحبة السلطة العامة المطلقة في إبرام هذا النوع من العقود، خاصة و أن القانون قد كان صريحا في منح حق إبرام عقود دولية لهيئات عمومية أخرى.

و إعتبارا لما سبق ، توسع طبيعة العقد الإدارية من نطاق الأشخاص المعنوية العامة القابلة لإبرام عقود إدارية دولية، تخفف بدورها من عبء الدولة عن طريق تفويض جزء من اختصاصها للهيئات العمومية التابعة لها، تحت إشرافها و رقابتها، هذا ما ذهب إليه الفقه عند تبنيه للإتجاه الموسع، الذي يقضي بأن هذا النوع من العقود لا ينحصر على العقود التي تبرمها الدولة بنفسها أو عن طريق من يمثلها و لكن تشمل أيضا العقود التي يقوم شخص اعتباري عمومي أنشأته الدولة² بإبرامها.

و من ثم ، تبنت المادة 25 من إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، هذا المبدأ، بنصها على : " يمتد إختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني

¹- Mathias Audit ,op.cit., p 196 .

² _عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 192.

التي تنشأ بين دولة متعاقدة و أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، و التي تتصل مباشرة بأحد الإستثمارات...¹.

ما يفيد أن هذا النص قد حصر اختصاص مركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى، في المنازعات الناشئة بين الدول المستقبلية للاستثمار، المصادقة على هذه الاتفاقية و المستثمرين الأجانب التابعين لدول أجنبية، بحيث تكون هذه الدول أيضا أعضاء في هذه اتفاقية، على أن يتصل موضوع المنازعات بصفة مباشرة بالإستثمارات المقامة على إقليم تلك الدول.

و كأساس لذلك، حصرت المادة 49 من القانون المدني، الأشخاص الإعتبارية العامة، بالدولة الولاية، البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري²، و في ظل الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، أشارت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³ لنفس الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في المادة 49 السالفة الذكر.

و إن افترضنا أن هذه الأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في نص المادتين المذكورتين هي الهيئات العمومية الوحيدة صاحبة الإختصاص في إبرام العقود الإدارية الدولية ، سنقع لا محال أمام نزع صفة العقد الإداري الدولي على الكثير من العقود التي أبرمتها الدولة الجزائرية بواسطة وكالات وطنية تابعة لها، أو مؤسسات عمومية اقتصادية .

حيث أن الواقع العملي، أثبت وجود عقود لها من الخصوصية ما يجعلها تتمتع بالطبيعتين الإدارية و الدولية، وفقا للمعايير السالفة الذكر ، إلا أن الطرف المتعاقد بوصفه شخص معنوي عام، ليس بالضرورة الدولة، أو الولاية، أو البلدية، أو مؤسسة عامة ذات طابع إداري. و من أمثلة ذلك، عقد البحث

1 _ المرسوم الرئاسي رقم 95_346، المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1416، و الموافق ل 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66، المؤرخة في 1995/11/05.

2 - 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.

3 - المادة 800 من قانون 08-09 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المرجع السابق ، ص 75.

عن المحروقات و استغلالها في المساحة المسماة " بوغزول" المبرم بالجزائر في 29 أكتوبر سنة 2014 بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات و الشركة الوطنية سونطراك شركة ذات أسهم و شركتي " ريبصول اكسلوراثيون ارخليا"، و "شال اكسلوريشن نيو فانتورس وان ج م ب ح"¹، شركتين اسبانييتين الأصل.

كما أن اتفاقيات الاستثمار تعد هي أيضا من قبيل العقود الإدارية الدولية، نظرا لتمتعها بمميزات العقد الإداري الدولي، و نجد مثل ذلك اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات و دعمها و متابعتها و شركة اوراسكوم تيلكوم الجزائر، و هي شركة مصرية الأصل لخدمة الهاتف المحمول².

و بالعودة إلى فترة ما قبل إنشاء هذا النوع من الوكالات، نجد أن سونطراك، المؤسسة الوطنية الإقتصادية سابقا³، قد أبرمت عقد في 13 ديسمبر سنة 1995 للبحث عن المحروقات و استغلالها في

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 05-15 المؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 11 يناير سنة 2015، يتضمن الموافقة على عقد البحث عن المحروقات و استغلالها في المساحة المسماة " بوغزول" (الكتل : 104 د و 117 و 133 ج و 135 ب و 137 ب) المبرم بمدينة الجزائر في 29 أكتوبر سنة 2014، بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) و الشركة الوطنية سونطراك شركة ذات أسهم، و شركتي " ريبصول اكسلوراثيون ارخليا س.أ" و "شال اكسلوريشن نيو فانتورس وان ج م ب ح"، ج ر 02، المؤرخة في 4 ربيع الثاني عام 1436 هـ الموافق ل 25 يناير 2015، ص 18.

² - المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 5 شوال عام 1422 الموافق ل 20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات و دعمها و متابعتها و شركة اوراسكوم تيلكوم الجزائر، ج ر 80، المؤرخة في 11 شوال عام 1422 الموافق ل 26 ديسمبر سنة 2001.

³ - 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 الأول عام 1426، الموافق ل 28 ابريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005.

المساحة المسماة "غورد_ يعقوب" مع الشركة "لاكومبانيا اسبانيولا دي بيروليوس س.أ " الإسبانية الأصل¹.

و الملاحظ من هذه الأمثلة ، أن الدولة كانت طرفا غير مباشر في كل هذه العقود، إلا أن ممثليها الذين أبرموا العقد، ليسوا بالضرورة الأشخاص المعنوية العامة المذكورة على سبيل الحصر في نص المادة 49 من القانون المدني ، فمفهوم المتعاقد العمومي، في ظل عقد إداري دولي، يتطلب ليونة قانونية و سيرورة مع الأوضاع الإقتصادية المعاصرة ، لتلبية حاجيات الدولة الحديثة.

و عليه فإن الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في كل من نص المادة 49 من القانون المدني و كذا 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لا تعبر إلا على مؤسسات الدولة السيادية، و إن كانت من صلاحياتها إبرام هذا النوع من العقود، إلا أن قانون الصفقات العمومية وفقا للمادة السادسة منه و التي تمت الإشارة إليها سابقا، لم تخرج المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري من إبرام الصفقات العمومية ذات الطبيعة الدولية في حالات معينة.

أما بالنسبة للوكالات الوطنية، سواء المتعلقة بترقية الإستثمار أو بتثمين موارد المحروقات، فإن طابعها العمومي يستمد من إطارها المؤسساتي الممثل لنشاط الدولة و الذي يؤدي الى تطبيق مبدأ الحركية و القابلية للتطور، خاصة في مجال المحروقات الذي أعيدت الصلاحيات الإدارية فيه إلى الدولة²، بدلا من شركة سونطراك، التي كانت تمارس سابقا ، وظيفتين إدارية و اقتصادية معا¹.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 96-269 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1417 الموافق ل 3 غشت سنة 1996 ، يتضمن الموافقة على الملحق رقم 2 بالعقد المؤرخ في 25 مايو سنة 1992 للبحث عن المحروقات و استغلالها في المساحة المسماة "غورد_ يعقوب" (الكتلة : 406أ) المبرم بمدينة الجزائر في 13 ديسمبر سنة 1995 بين المؤسسة الوطنية " سونطراك" من جهة، الشركة "لاكومبانيا اسبانيولا دي بيروليوس س.أ(سيبسا) " من جهة أخرى، ج ر 48 ، المؤرخة في 29 ربيع الأول عام 1417 هـ، ص 6.

² - أنظر المادة 02 من القانون 05-07 ، المرجع السابق، ص 05.

بالإضافة، فإن اتجاه المشرع لإنشاء هذا النوع من الوكالات الوطنية، يهدف بالأساس إلى ضمان ترقية الإستثمارات²، و الذي يعد هدفا من أهداف العقد الإداري الدولي، و بالتالي فإن عملية إعادة هيكلة أجهزة الدولة المعنية مباشرة أو غير مباشرة بإبرام هذه العقود، أصبحت مهمة و ضرورية بالنسبة لتنظيم العلاقات الإقتصادية و الإستثمار الأجنبي في الدولة .

ثانيا: مركز الدولة في القانون الفرنسي

إن الدولة المبرمة لعقود مع شركات أجنبية، و التي تهدف من خلالها إلى الإستثمار في إقليم الدولة المتعاقدة، تعد منطقيا عقود تبرم من طرف الإدارة تتضمن عنصر أجنبي³، حيث و حسب هذا الرأي يجب على الهيئة المتعاقدة بموجب عقد إداري دولي، أن تتسم بالطابع الإداري، غير أن الحسم في صحة هذا الرأي سيثبتته الواقع التطبيقي للعقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الفرنسية طرفا فيها.

و قبل ذلك يعد موقف المشرع الفرنسي الأصل في تحديد هذه الأشخاص فالدولة والجماعات المحلية، هي من قبيل أشخاص القانون العام بدون نقاش، أما المؤسسات المتخصصة قد تكون أشخاص معنوية عامة، كما قد تكون مؤسسات عمومية خاضعة للقانون الخاص⁴، اما في حالة سكوت المشرع

¹ - تجرد الفقرة 2 من المادة 02 من القانون 05-07، المتضمن قانون المحروقات، شركة سونطراك من تسميتها السابقة، المؤسسة الوطنية ، لتصبح شركة ذات أسهم، ليتحول دورها الى دور إقتصادي محض، و هذا بنصها على " و هكذا ، تستفيد سونطراك، شركة ذات أسهم ، بعد التخلي عن مهمة تعاكس و تعرقل مهمتها الإقتصادية الطبيعية ، بموجب هذا القانون، من تقوية متزايدة و ديمومة دورها الأساسي في خلق الثروات لصالح الجماعة الوطنية" .

² - أنشأت الوكالة الوطنية للإستثمار بموجب احكام المادة 6 من الأمر 01-03، المؤرخ في 1 جمادى الثانية الموافق ل 20 اوت 2001، ج ر عدد 47، المؤرخة في 22 أوت 2001 المعدل و المتمم و التي جاء فيها على انها: " مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية و الإستقلال المالي. لتضيف المادة 26 من القانون 09/16 المؤرخ في 3 اوت 2016 يتعلق بالإستثمار، مصطلح مؤسسة عمومية إدارية في تعريفها للوكالة، ما يعد امرا منطقيا و إعترافا بوظيفتها الإدارية الخالصة ، ج ر 46 المؤرخة في 3 اوت 2016 ، ص 26 . و تنص المادة 14 من القانون 05-07 على " تكلف الوكالة الوطنية لتتمين موارد المحروقات (النفط) خصوصا بما يأتي...ترقية الإستثمارات في مجال البحث و استغلال المحروقات ..."، المرجع السابق، ص 11.

³ -Malik LAAZOUZI, les contrats administratifs a caractère international, op.cit, p (préface) .

⁴- Anne GAZIER ,les personnes morales de droit public (les personnes publiques) , institutions administratives France , 2007 , p 1.

https://www.francejus.ru%2Fupload%2Ffiches_fr%2FLes%2520personnes%2520morales%2520de%2520droit

يختص القاضي في تحديدها، لأن التحديد القضائي، سيساعد في التأكيد على فكرة إستقلالية المؤسسات العمومية عن الدولة، ومن ثم إحداث حالة توازن في ممارسة النشاطات بين مؤسسات الدولة في العالم الإقتصادي المعاصر¹، و هذا عن طريق البحث في مجموعة المميزات التي تأهل الشخص المعنوي لأن يكون عمومي، و التي يمكن حصرها في أصل المؤسسة إذا كان إنشائها بموجب قانون أو عقد إداري يضيف عليها الطابع العمومي، و هدف النشاط الذي تمارسه المؤسسة حين يحقق مصلحة عامة، و التي ستضيف بدورها الطابع العمومي عليها، و كذا مظاهر السلطة العامة كسلطة اتخاذ قرارات مثلا².

و إعتبارا لذلك، تقسم الأشخاص المعنوية العامة إلى أشخاص عامة ذات الدور العام و تتضمن الدولة، التي تمثلها القطاعات الوزارية عندما يتعلق إبرام العقد بالمصلحة القومية³، و الجماعات المحلية⁴ و تتضمن البلديات المقاطعات و الأقاليم و الجماعات ذات الوضع الخاص، و الجماعات الواقعة فيما وراء البحر⁵، و أشخاص عامة متخصصة لتدخل ضمنها المؤسسات المتخصصة في ممارسة نشاط في مجال محدد، و هي أساسا المؤسسات العمومية. و استثناءا، البنك الفرنسي، و نادرا السلطات الإدارية المستقلة التي تتمتع بالشخصية القانونية⁶.

تطبيقيا، تجاوزت العقود الإدارية الحدود الدولية، منذ القرن 19، و هذا بوجود صفقات التوريدات و النقل المبرمة بين الدولة الفرنسية و التي لها صبغة دولية⁷، و من هذه العقود عقد التوريد في اسبانيا المبرم مع وزير الحرب¹، و عقد بناء فندق للقنصلية الفرنسية بشنغهاي².

<http://www.snd11.arn.dz/11722>، اطلع عليها يوم 2015/02/07، ص 52.

¹ - العياشي عنصر، الدولة وعلاقات العمل في إقتصاد السوق : مثال بريطانيا العظمى ، مجلة إنسانيات الإلكترونية <http://insaniyat.revues.org>، اطلع عليها يوم 2015/02/07، ص 52.

² - Anne GAZIER , op.cit , p 1.

³ - مي محمد عزت على شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة ، مصر 2010، ص 61 و 62.

⁴ - veuillez voir, l'article 72 de la constitution du 04 octobre 1958 , version consolidée au 26 septembre 2015, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>, p 28.

⁵ - veuillez voir, l'article 74 , op.cit, p 32.

⁶ - Anne GAZIER , op.cit , p 2.

⁷ - Malik LAAZOUZI, les contrats administratifs a caractère international, op.cit, p 2.

و كذلك سفارة فرنسا ببنوم بن³، و مع ظهور أشكال جديدة للعقود الإدارية الدولية، نجد عقد المقابلة مثل الإتفاقية المبرمة بين مستشفى فرنسي، و عيادة للأشعة ألمانية، لإستلام و استغلال عتاد طبي في ألمانيا⁴.

حيث نلاحظ أن النظام القانون الفرنسي، قد أعطى رؤية واضحة، للأشخاص المعنوية العامة التي لها صلاحية إبرام العقود الإدارية الدولية، رغم حصر النص التشريعي لها، إلا أن الخروج على النص جاء موفقا، خاصة عند التأكيد على ضرورة اتصاف الشخص المعنوي العام بالخاصية العمومية والإدارية بصفة أدق، فنجد أن إبرام الدولة للعقود الإدارية الدولية في النظام القانوني الفرنسي مضبوط في جهات معينة لها علاقة مباشرة بالعقد المبرم، دون أي تعقيدات و عراقيل قد تقلل من فعالية المشروع موضوع العقد، و من هذه الجهات نجد بالإضافة إلى المنصوص عليها قانونا، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، الوزير الأول ممثل الدولة في العقود المشتركة بين القطاعا، و وزراء القطاعات المبرمة للعقود⁵ باسم الدولة.

فعلى عكس نظيره الجزائري، التي شابت الأشخاص المعنوية العامة، نوعا من الغموض فيه والتضارب بين النصوص القانونية والواقع العملي التطبيقي، مع وجود مفارقة يجب الحذر منها، عندما يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الإقتصادية لأن اغلبها أشخاص معنوية خاضعة للقانون الخاص يشارك في رأس مالها بنسبة النصف أو اقل شخص معنوي عام، و عليه فإن، إضفاء الطبيعة العمومية عليها، لا يكفي لإخضاعها للقانون العام.

1 - CE, 15décembre 1824, , marché de fournitures passé entre l'administration de la guerre et un individu demeurant a Constantinople et portant sur des livraisons a l'étranger, Malik LAAZOUZI, op.cit, p 2.

2- CE , 9 avril 1873 , Malik LAAZOUZI, op.cit, p 3.

3 - CE, 7 octobre 1970, litige relatif au règlement du marché conclu avec l'ambassadeur de France pour la construction des bâtiments de l'ambassade de France à Phnom Penh, Malik LAAZOUZI, op.cit, p 3.

4 - CE, n262964, 30 mars 2005,

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008160569&fastReqId=2077247097&fastPos=1> consulter le 26_09_2015.

5 -L'Etat est représenté par le ministre chargé de l'aviation civile, et le ministre chargé de la défense, d'une part, Et La société d'exploitation de l'aérodrome de Toulon-Hyères SAS, représentée par M. Nicolas Notebaert dûment habilité à cet effet, dénommée dans le présent document et dans le cahier des charges joint «le Concessionnaire», d'autre part, Décret no 2015-319 du 20 mars 2015 approuvant la convention passée entre l'Etat et la société d'exploitation de l'aérodrome de Toulon-Hyères SAS pour la concession de l'aérodrome de Hyères-Le Palyvestre et le cahier des charges annexé à cette convention.

الفرع الثاني : ضبط المركز القانوني للأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة

تضع اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى في الفقرة الثانية من المادة 25 منها¹، وصفا لهؤلاء الرعايا ، بإعتبارها كل شخص طبيعي أو معنوي، يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى، خلاف الدولة الطرف في النزاع، غير أن تدخل الشخص الطبيعي الأجنبي في هذا النوع من العلاقات التعاقدية، نادرا جدا² (أولا)، بالمقابل تحتكر الشركات الأجنبية مكانة قانونية فيها (ثانيا).

أولا: الشخص الطبيعي الأجنبي طرف نادر في العقد

لا يوجد في القانون الدولي معيار واضح و محدد للعنصر الأجنبي، فهذا الأخير يتوقف على الهدف من الاستثمار، كما قد يقوم على جنسية الشخص المتعاقد مع الدولة، لكن بالعموم، يعتبر مركز الإقامة هو العنصر الأساسي للتمييز بين الاستثمار الوطني و الأجنبي³ و من ثم، يبرم الشخص الأجنبي الطبيعي أو الاعتباري المتمتع بالشخصية القانونية، العقد الإداري الدولي بهدف الاستثمار في إقليم الدولة المتعاقدة غالبا⁴.

و في سبيل تفسير ذلك، تضع اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى وصفا لهؤلاء الرعايا و ضوابط قانونية تحدد صفتهم، ليعد تاريخ إكتساب الرعية الأجنبية للجنسية المخالفة للدولة المتعاقدة معها منذ تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، أو من تاريخ تسجيل الطلب في المركز، مع ضرورة استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

1 - المرسوم الرئاسي 95-346، المتضمن اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المرجع السابق، ص 28 .

2 - امحمد توفيق بسعي، أطراف التجارة الدولية: عن بعض التطورات في مركزها القانوني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01 ، الجزائر، 2008، ص 327.

3 - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 136.

4 - عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 192.

و لكل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ، الحق في إبرام هذه العقود وفقا لنص المادة، على أن يتفق باعتباره احد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.

و يلاحظ من نص المادة أعلاه، أن إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، قد إعتمدت على تقسيم الأشخاص الأجنبية المتعاقدة بموجب هذا النوع من العقود إلى أشخاص معنوية و طبيعية، وفقا لثلاثة معايير محددة لجنسيتها المغايرة، انطلاقا من إكتساب الشخص المعنوي و الطبيعي، الجنسية الأجنبية عن الدولة المتعاقدة قبل التعاقد ، و من ثم إكتساب الشخص المعنوي و الطبيعي، الجنسية الأجنبية عن الدولة المتعاقدة منذ تاريخ إعطاء الأطراف الموافقة على طرح النزاع أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات، أو في تاريخ تسجيل الطلب أمام السكرتير العام، وصولا إلى التمتع بجنسية الدولة المتعاقدة في تاريخ طرح النزاع أو تسجيل الطلب بالإتفاق على أنه شخص معنوي يتمتع بالجنسية الأجنبية، وفقا للرقابة الممارسة عليه من قبل المصالح الأجنبية.

غير أن فرضية وجود الأشخاص الطبيعية كطرف في العقود الإدارية الدولية قد أثارت آراء فقهية بين مؤيد و رافض لوجودها، ليذهب مفكرو المدرسة الوضعية، إلى إنكار تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية تحت أي ظرف من الظروف¹، أما مفكرو المدرسة الإجتماعية، فيعتبرون أن الفرد هو حقيقة موجودة داخل المجتمع الدولي المعاصر، على أساس أنه صاحب الشخصية الأولى فيه².

إلا أن إسقاط أحد هذه الآراء على الأشخاص الطبيعية، التي قد تكون طرفا في العقد الإداري الدولي، لا يشكل عائقا ما دام على الأشخاص المعنوية الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، التمتع بالشخصية القانونية الدولية، محل النزاع الفقهي.

لذا، فإن الطبيعية الدولية لهذه الأشخاص تستمد بالضرورة من معايير دولية محددة حسب اعتماد القانون المنظم لها لهذه المعايير، و يقصد هنا المعايير نفسها التي تم اعتمادها عند تحديد تأثيرها على

1- محمد عبد الكريم عدلي ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، ص 111.

2 - المرجع نفسه، ص 112.

أطراف العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية الدولية، المذكورة سالفًا، أما في حالة عدم تطابق الأشخاص الأجنبية بصفة عامة مع هذه المعايير، يعدّ تعاقدًا مع الدولة، عقد إداري أو عقد من عقود القانون الخاص، يخضع من حيث الإختصاص، إلى القانون و القضاء الوطنيين، بإعتبارها أشخاص وطنية.

ثانيا: الشخص المعنوي الخاص طرف في العقد

جاء نص المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي، بتعريف الشركة، "على أنها الاتفاق من قبل شخصين أو أكثر ، بواسطة عقد، لإنشاء مؤسسة مشتركة لأملاكهم أو لصناعاتهم، بهدف تقاسم الربح أو الاستفادة من الإقتصاد الذي قد ينتج عن ذلك"¹، و يلاحظ أن نفس الطرح، قد اعتمده المشرع الجزائري في تعريفه للشركة، لكن بنوع من التفصيل، حيث إعتبر الشركة، " عقد بين شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة"².

كما أعطى المشرع الفرنسي ، على عكس نظيره الجزائري، إمكانية إنشاء الشركة في الحالات التي يحددها القانون ، بإرادة منفردة لشخص واحد³، و هو ما لم تتطرق له نص المادة 416 من القانون المدني.

و تعد الشركة شخص قانوني، و الأصل أن لكل شخص قانوني جنسية واحدة هي جنسية الدولة التي يرتبط بها مع اختلاف في المعايير المطبقة لتحديد هذا الارتباط⁴، دون أن ننكر، انه باستطاعة

1 - جاء النص الفرنسي بهذه الصياغة:

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». code civil , Dernière modification du texte le 22 mars 2015 - Document généré le 24 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance , p 533 .

2 - المادة 416 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 65.

3 - « Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. » l'article 1832, op,cit, p 533.

4 - شريفة جعدي، محمد الخطيب نمر، محمد بركة، أثر استثمار الشركات المتعددة الجنسيات على التنمية المحلية في الجنوب الشرقي الجزائري خلال الفترة 2006-2012 ، المجلة الجزائرية للتنمية الإقتصادية، عدد 01، الجزائر 2014، ص 16.

الشركة أن تقيم في الخارج ، إذ يكفي لذلك أن تفتح مكتبا أو فرعا في الخارج، دون أن تتمتع عن هذه الفروع بالشخصية القانونية¹.

و على إعتبار ذلك، تثير جنسية الشركة، إشكالية القانون الواجب التطبيق عليها، بين تفتح الأنظمة القانونية على بقائها خاضعة إلى قانون مكان تأسيسها، و بين قيود أخرى تفرض عليها الخضوع لقانون مكان الإقامة، تحدد هذه المعايير قابلية الشركة لإكتساب جنسية البلد المخالفة لجنسيتها الأصلية.

ستحدد في ما يلي هذه المعايير قابلية الشركة لإكتساب جنسية الدولة مكان وجود أحد فروعها، عن طريق ملاءمة ضابط الإسناد مع مبدأ تعدد الجنسيات للشركة، حيث تقسم هذه المعايير إلى ثلاثة، حسب تبني الأنظمة القانونية الدولية لها.

1: معيار الرقابة

من خلال هذا المعيار، تكتسب الشركة جنسية من يراقبها، المتمثلة في المساهمين الرئيسيين، وأهم مسيرها²، و يهدف هذا المعيار إلى فرض شرط يقضي بنزع الشخصية القانونية للشركات التابعة التي لا تتمتع بصلاحيات الرقابة و التوجيه و تنظيم العمل، و الإبقاء على الشركات المتكاملة تقنيا و المستقلة ماليا³.

استعمل هذا المعيار من قبل القضاء الفرنسي، من خلال حجه أملاك ألمانية أثناء الحرب العالمية الثانية⁴، بحجة أن الشركة تحت رقابة أيادي فرنسية، و يستعمل حاليا هذا المعيار من قبل المشرع الفرنسي، لرفض بعض الحقوق أو منع الشركة من التدخل في نشاطات إقتصادية حساسة للدولة⁵.

1 - امحمد توفيق بسعي، أطراف التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 328 .

2 - المرجع نفسه، ص331.

3 - Note sur les entreprises multinationales établies dans le canton de Genève , Service centrale de statistique Genève, http://www.ge.ch/statistique/tel/publications/1984/hors_collection/ocstat/hc-ocstat-1984-01.pdf, consulter le 05-10-2015, P 2.

4 - يشير الكاتب إلى أن استخدام هذا النوع من الإجراءات في تلك الفترة، كان بغرض إحصائي أو سياسي، امحمد توفيق بسعي، المرجع السابق، ص 331.

5 - المرجع نفسه، ص 331 و 332 .

يعد هذا المعيار معيب، من ناحية أنه لم يأتي بتفسير دقيق لإكتساب جنسية الدولة، بإعتبار أن المسيرين أو المؤسسين للشركة قد يتمتعون بجنسية مغايرة للقانون الذي أنشأت في ظلها الشركة ، كما قد تكون مغايرة عن مقر تواجد الشركة الجديد، بالإضافة إلى أن هؤلاء أشخاص طبيعيين، يتمتعون بشخصية قانونية منفصلة تماما عن شخصية الشركة المسيرة.

أضف إلى ذلك، إن تبني التشريعات لهذا المعيار لا يضمن الإستقرار الإقتصادي للشركة، لأنها ستقع عند تغييرها لمسيرها، أمام وجوب تغيير جنسيتها، و من جانب آخر، يعد عدم تمتع أحد فروع الشركة بصلاحيه الرقابة، هو تحرر من تطبيق قانون الدولة المراد إكتساب جنسيتها ، بحجة أن ضابط الإسناد في تشريع الدولة، يقوم على أساس وجود رقابة، كما أن الواضح من تبني القضاء و المشرع الفرنسيين، لهذا المعيار، انه جاء نتيجة إحتكار الدولة لمجالات إقتصادية معينة، في فترات محددة، الغاية منه كانت سياسية.

2: معيار الإندماج

هو معيار من أصل أنجلو سكسوني، و يناسب الإندماج تماما إرادة المؤسسين للشركة، لأنه يخضع الشركة إلى قانون مكان تأسيسها و تسجيلها¹، و يرجع السبب في ذلك أن للشركات المتعددة الجنسيات مركزا رئيسيا يقرر أهداف و خطط الشركة المطلوب من فروعها اعتمادها و تحقيق النتائج المتوقعة و المرجوة منها²، ما يجعل من ضابط الإسناد المعتمد من قبل المشرع، هو مركز الإدارة الفعلي و الرئيسي للشركة، في مجال قواعد تنازع القوانين³.

سيطرح هذا المعيار في المجال التطبيقي جملة من العوائق، من أهمها، حجية الإندماج لدى دول أخرى تربطها مع الشركة صلات أقوى ، أو ترفض الإعتراف بهذا المعيار قطعاً⁴، ما يظهر لنا أن هذا

1 - امحمد توفيق بسعي، المرجع السابق، ص332.

2 - Note sur les entreprises multinationales établies dans le canton de Genève, op.cit,p 3.

3 - جورج حزبون، رضوان عبيدات، الوضع القانوني للشركات متعددة الجنسيات بالمقارنة مع الشركات ذات الجنسية الواحدة في ضوء قواعد التنازع وقانون الشركات الأردني ، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33 ، العدد 1 ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية، 2006 ، ص 54.

4 - المرجع نفسه ، ص 54.

المعيار لا يعد صالح و موقفا عند تطبيقه على النظام القانوني للشركات المتعددة الجنسيات لأنه سيتناقض مع الصفة المميزة لها و هي تعدد الجنسيات، و الذي سيضع عائقا أمام إكتسابها جنسية الدولة التي تعتمد على هذا المعيار كضابط إسناد، كما أنها ستبقى في ظل تلك الدولة مجرد شركة أجنبية، دون الأخذ بالإعتبار أنها تمارس نشاطا إقتصاديا فيها.

3: معيار المقر الإجماعي

يعد هذا المعيار أكثر موضوعية و واقعية، إذ يعبر عن رابطة حقيقية اقتصادية غير مفتعلة بين الشركة و الدولة¹، و يعني هذا المعيار أن اكتساب جنسية الدولة، يكون محددًا بمركز الاستغلال الذي تحقق فيه الشركة أعمالها².

و قد جاء في نص المادة 10 من القانون المدني في فقرته الثانية³ أن الأشخاص الإعتبارية من شركات و جمعيات و مؤسسات و غيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الإجماعي الرئيسي و الفعلي .

إن إخضاع النظام القانوني للشركات إلى قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الإجماعي الرئيسي والفعلي في نص المادة السالفة الذكر، يوحي لوهلة أن المشرع قد تبنى معيار الإنماج، إلا أنه رجع مرة ثانية لتقييد هذا المقر الإجماعي الرئيسي، من خلال ربطه بعنصر أكثر أهمية، و هو مركز مصالح الشركة، و هذا بإستعماله لعبارة " إذا مارست نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري " ⁴، ما يغير من الإعتقاد الأول، و يظهر أن مجرد إخضاع الشركة للقانون الجزائري، سيمنحها بطريقة تسلسلية الجنسية الجزائرية بإعتبار أن المقر الإجماعي الذي عرضه المشرع هو مكان الإستغلال و ممارسة النشاط الإقتصادي أو الخدماتي.

1 - امحمد توفيق بسعي، المرجع السابق، ص 332 ، جورج حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق ، ص 57 .

2 - جورج حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص 57 .

3 - المادة 10 الفقرة 2 من الأمر 58-75، المرجع السابق، ص 3 .

4 - غير أنه إذا مارست الأشخاص الإعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري". المادة 10

الفقرة 3 من الأمر 58-75، المرجع السابق، ص 3 .

و تأكيدا لذلك، يظهر مرة أخرى في المادة 50 من القانون المدني عند نصها على حقوق الشخص الاعتباري، و هذا من خلال الحق في المواطن ، و الذي عرفه على أنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها، و يحدد فيما يلي أنها إذا كانت تمارس نشاطا في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر¹.

لتصب نصوص القانون التجاري بدورها، نحو اعتماد معيار المقر الإجتماعي، لكن بصفة أدق بالإشارة بطريقة شبه صريحة على الشركات المتعددة الجنسيات، من خلال منح الجنسية الجزائرية للشركة عن طريق التسجيل في السجل التجاري، و إخضاعها بذلك للقوانين الجزائرية المعمول بها في النشاط التجاري الممارس، إذ تنص المادة 20 منه، على أن هذا الإلتزام بالتسجيل في السجل التجاري، يسري على كل مقولة تجارية يكون مقرها في الخارج و تفتح في الجزائر وكالة أو فرع أو أي مؤسسة أخرى².

إلا أن ما يلاحظ في الفقرة الموالية، و التي تخضع بدورها كل ممثلية أجنبية تمارس نشاطا تجاريا على التراب الوطني لهذا الإلتزام، دون أن تحدد المقصود من هذه الممثلة، و الذي قد يظهر نوعا من الغموض عند البحث عن المعنى الحقيقي الذي أراده المشرع .

و بالعودة للنص قبل تعديله بالأمر رقم 96-27³، نجده ، يقصد بممثلية تجارية أجنبية وكالة تجارية تابعة للدولة أو الجماعات أو المؤسسات العمومية الأجنبية، التي تزاوّل نشاطا في القطر الجزائري، ما يطرح لنا تساؤل جديد، و هو مدى قابلية الشخص الاعتباري العمومي لإكتساب جنسية دولة مخالفة، خصوصا عندما يترتب عليها، خضوعها لقانون أجنبي، و ما محل مبدأ المعاملة بالمثل مع الشركات الوطنية الجزائرية خصوصا إذا ما إعتبرناها وسيلة للمساس بسيادة الدولة ؟ .

¹ - انظر الفقرة 4 من المادة 50 من الأمر 75-59، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم، <http://www.joradp.dz/TRV/ACom.pdf> ، أطلع عليه بتاريخ، 05 أكتوبر 2015 ، ص 10.

² - انظر في ذلك، الفقرة 2 من نص المادة 19، المادة 21، و المادة 20 من الأمر 75-59 ، المرجع نفسه، ص 6 .

³ - الأمر 96-27 ، المؤرخ في 09/12/1996، المعدل للأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون التجاري ، ج ر عدد 77، المؤرخة في 11/12/1996، ص 5.

إن الإجابة عن التساؤل المطروح، يكمن في طبيعة النظام الاقتصادي المنتهج من قبل الدولة ومدى تأثير عوامل تاريخية و اقتصادية على هذا النظام، فسيادة الدولة على إنتاج صناعي أو خدمة مرفقية معينة، تظهر من خلال التوجه الإقتصادي لها، و مدى قابلية الدولة للتوجه نحو العالمية من خلال هذا الإقتصاد.

و يعد تدخل الدولة في الصناعة النفطية، أهم مظاهر تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي و يجد هذا التدخل أساسه في سيادتها على مواردها الطبيعية¹، و تشمل هذه الموارد، باطن الأرض و المناجم و المقالع، و الموارد الطبيعية للطاقة، و الثروات المعدنية الطبيعية و الحية، و في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية و المياه و الغابات²، فالملكية العامة لهذه الموارد، لا تقبل أي تجاوزات و مبرر ذلك فقهيًا، هو أن حق الملكية حق طبيعي مطلق، سابق على وجود القانون³.

و يهدف التدخل في الصناعة النفطية إلى تحقيق فعالية للثروة الوطنية من خلال عائد مالي واقتصادي، كما يهدف إلى المحافظة على الثروة النفطية عن طريق وسائل قانونية، و وسائل عضوية تتمثل في الإشراف و الوصاية العمومية و خلق مؤسسات صناعية و تجارية لتسيير هذا النشاط.

نفس التدخل، نجده في مجال النقل، رغم التراجع عن إحتكاره الكلي من قبل الدولة، و يعد هذا التراجع نوع من أنواع التطور الذي قد تشهده الدولة في فترات معينة، خاصة التي تؤدي إلى اعتبار الملكية العامة، مجرد وظيفة إجتماعية يتباين مداها بحسب النزعة الإشتراكية و الخيارات السياسية والإقتصادية للدولة⁴، ما جعل الدولة الحديثة، تتخلى عن إحتكارها لمثل هذه النشاطات، لتفتح المجال أمام

¹ - عبد الرزاق المرتضي سليمان، الأشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ليبيا، 2010، ص 17.

² - المادة 17 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق ل 07 ديسمبر سنة 1996، و الذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر عدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدل ب: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002. و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج ر 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

³ - عبد الرزاق المرتضي سليمان، المرجع السابق، ص 19 .

⁴ - المرجع نفسه، ص 21 .

المنافسة، لكن قوة التنافس في بعض المشاريع الإستثمارية، قد تؤثر على المكانة الإقتصادية للمؤسسة أو الشركة العمومية، مما يجعلها أمام إحتمالين، التخلي نهائيا عن ممارسة النشاط التجاري و الإقتصادي، أو الخوض في أساليب هذه المنافسة.

و إعتبارا لذلك، و في مجال قابلية الشركة العمومية لإكتساب جنسيات مختلفة، تتخلى الدولة عن الطابع الإداري للمؤسسة الوطنية، و تجعلها ذات طابع إقتصادي محض¹، مما يخول لها التصرف كشركة تجارية وفقا للقانون المدني و التجاري للدولة، إذ تستطيع بذلك فتح فروع لها في دولة أخرى تسعى من خلالها إلى الإستثمار في مجال تخصصها.

إلا أن هذه الفروع، و رغم قابلية تسجيل الفرع في السجل التجاري للدولة المضيفة، إلا أن هذا التسجيل لا يتعدى أن يكون إجراء تجاري فحسب، لأن إنشاء الشركة الفرع التابعة للشركة الوطنية، تكون بموجب إتفاقية أو معاهدة دولية، يكون الهدف منها التعاون بين الدول في مجال إختصاص الشركة الوطنية. و بذلك تظل خاضعة للأحكام التي احتوتها معاهدة أو إتفاقية تأسيسها.

و كمثال على ذلك، الأعمال التي تقوم بها شركة سونطراك، بواسطة فرعها الدولي، في عدة دول أجنبية²، و نفس الملاحظ عند وكالات شركات الطيران الموجودة في دول عدة، تهدف من خلالها الدول

1 - هذا ما نستشفه من نص المادة 02 من القانون 05-07، المرجع السابق، ص 5، عندما صرح المشرع على تخلي شركة سونطراك عن مهامها الإدارية لصالح الدولة .

2 - نذكر في سبيل ذلك، الإستثمارات التي تقوم بها شركة سونطراك دوليا، حيث تنشط في عدة بلدان في العالم منها إفريقيا (مالي، النيجر، ليبيا، مصر)، أوروبا (إسبانيا، إيطاليا، البرتغال، بريطانيا العظمى)، أمريكا اللاتينية (البيرو) بالإضافة إلى الولايات المتحدة الأمريكية. برقم أعمال يقارب 56,1 مليار دولار محقق خلال سنة 2010، و تحتل بذلك سونطراك المرتبة الأولى إفريقيا، الثانية عشر في العالم، هي أيضا رابع مصدر للغاز الطبيعي المميع و ثالث مصدر عالمي لغاز البترول المميع و خامس مصدر للغاز الطبيعي. أنظر في ذلك الموقع الرسمي لشركة سونطراك، <http://www.sonatrach.com/ar/sonatrach-en-bref.html>، أطلع عليه يوم 05-10-2015.

المتعاقد، لفتح المجال الجوي بين تلك الدول، بغية إستعماله في النقل التجاري¹، أو نقل الأفراد بين الدول.

و على هذا الأساس ، يعد خضوع الشركات الوطنية للقانون الخاص، غير مؤثر على طبيعة إنشاء فروعها الدولية لأن هذه الفروع خاضعة لإتفاقية دولية ذات طابع تعاوني، يرجع الإختصاص التشريعي والقضائي، الواجب إخضاعه على الفرع الدولي، إلا بنود الإتفاقية المبرمة بين الدول.

¹ - على سبيل المثال، المرسوم الرئاسي 11-434 المؤرخ في 16 محرم 1433، الموافق ل 11 ديسمبر 2011 ، يتضمن التصديق على إتفاق تنظيم الخدمات الجوية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و حكومة دولة الكويت ، الذي وقع في الكويت بتاريخ 2 يونيو 2010. ج ر عدد 71، المؤرخة في 28 ديسمبر 2011.

المبحث الثاني: تدارك اختلال التوازن من خلال الإمتيازات التشريعية

إن مشكلة اختلال توازن العلاقة التعاقدية عند التعاقد بموجب عقد إداري دولي ليست وليدة العقد بحد ذاته، إنما أطرافه التي تسعى طوال مدة العقد فرض كيانها في إعداد بنود العقد، لذا فإن الدولة و في سبيل تقادي اختلال التوازن التعاقدية الذي قد يفرضه وجودها كطرف في العقد، تتدارك بصفتها سلطة تشريعية هذا الاختلال في التوازن التعاقدية مخففة بذلك من تأثيرها السلبي على العقد، و الذي ظهر في طبيعة العقد الإدارية و عدم تكافئ المراكز القانونية لأطرافه رغم الصفة الدولية، بإستعمال آليات لجذب وإثارة دوافع المستثمر الأجنبي للتعاقد.

هذا ما يستدعي تقبل المتعاقد الأجنبي لوضعه الحالي في العقد، و التخلي عن فكرة البحث في وضعه القانوني عند إبرامه للعقود الإدارية الدولية، من خلال وجود إمتيازات تشريعية تسهل من عملية الإستثمار و تقلل أعبائه الإقتصادية و الإدارية ، ما يجعله يرضخ لإرادة الدولة عند التعاقد، فتلجأ هذه الأخيرة إلى صنع بدائل قانونية في قوانينها الداخلية، تقرب من تحقيق مبدأ التوازن بإحداث أثر قانوني له في العلاقة التعاقدية، و هذا بإستغلال العامل الأكثر جذبا للإستثمار الأجنبي و المتمثل في التحفيز المالي (المطلب الأول)، و كذا حماية ملكية الإستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحفيز المالي ضمان، و إمتياز

للتبادل¹ في معناه الحقيقي الذي ظهر في ظل القانون الروماني، شروط، و ما العقد إلى نوع من أنواع تبادل المصالح بين الأطراف²، يخول بموجبه إدراج الشروط التي يراها أطراف العلاقة التعاقدية ضرورية لحماية مصالحهم الاقتصادية في العقد³ وفقا لأراء الفقه و القضاء¹، لذا فان المتعامل الأجنبي

¹ - ظهر مصطلح permutado و الذي يعني التبادل، في ظل القانون الروماني القديم، و كان يقصد به العقد بمفهومه الحالي ، أنظر في ذلك:

Ghestin Jacques, Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'économie industrielle, Vol 92, 2e et 3eme trimestres, 2000, p 83. Consulter le 15-04-2015, sur le site

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_2000_num_92_1_1039

² - Ibid, p 83.

³ - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق ، ص 5.

كطرف خاص متعاقد مع الدولة بموجب عقد دولي ذو طبيعة إدارية متميزة ، يعمل جاهدا على إكتساب أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الدولة المتعاقدة بموجب قوانينها الداخلية أو قراراتها الإدارية².

و تعد بذلك، المزايا المقررة لصالح المستثمر الأجنبي كالإعفاء الضريبي أو الجمركي أو منح تراخيص الاستغلال، من بين أهم هذه التحفيزات³، و تعتبر من قبيل الإمتيازات المالية المقررة في القانون بصفة عامة (الفرع الأول)، إلا أن موضوع بعض العقود الإدارية الدولية المنجزة في مناطق تتطلب تميمتها مساهمة خاصة من قبل الدولة، أو لها أهمية خاصة بالنسبة لإقتصادها الوطني، أو تلك المتعلقة بالمنشآت الأساسية، تضع لها الدولة تحفيزات إضافية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: المزايا المالية العامة

حاولت الجزائر من خلال عدة تشريعات وطنية وضع نطاق جديد لاستقطاب الاستثمار الأجنبي⁴، خاصة بعد تخليها على الهياكل المؤممة، و التحول رسميا من الإقتصاد المسير إلى اقتصاد السوق⁵ بالمقابل تضع وكالة الاستثمار الفرنسية (AFI) بالاشتراك مع عدة مختصين في هذا المجال، دليلا مرجعيا عمليا يهدف إلى تصميم هيكل قانوني لتشجيع الاستثمار في فرنسا من خلال جميع الإصلاحات التي أجرتها في هذا المجال⁶.

1 - بين الأستاذ George Jessel M.R. موقفه أن رجال المقاولات في إبرامهم لعقود التي تعد مقدسة و يجب أن تحصل على الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم العدلية . أنظر في ذلك

A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies, EjiI, vol 12, n 2 , ejiI.oxfordjournals.org.www.snd11.arn.dz/content/12/2/309.full.pdf; Accessed 07-03-2015, p 2.

2 - عبد الله كعباش، مسؤولية الدولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 ، 2013/2012 ، ص 461 و 495.

3- المرجع نفسه، ص 495.

4 - بلوج بولعيد ، معوقات الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير جامعة قسنطينة، عدد 4 ب ت، ص 79.

⁵ -Mohammed BENTOUMI, notes sur les mutations récentes du droit de l'investissement étranger, R.A.S.J.E.P, faculté de droit, université d'Alger, n1, 2010, p 21.

⁶ -Serge Boscher , doing business in France , Éditorial du directeur général , agence française pour les investissements internationaux, janvier 2014, http://sayouitofrance-innovation.com/wp-content/uploads/2014/10/Doing-Business_version-FR_2014.pdf, consulter le 07-10-2015. P 3.

و إنطلاقاً من ذلك، تأخذ هذه الحوافز المالية شكل مزايا جبائية، تظهر من خلال الأدوات الضريبية أو الجمركية (أولاً) ، و من خلال حرية تحويل و نقل الحقوق (ثانياً).

أولاً: الأدوات الضريبية

ترغب الدولة في تحقيق هدف التنمية بمفهومها الواسع من جراء إبرامها للعقود الإقتصادية الدولية و تقدّم من أجل ذلك أشكال مختلفة من الحوافز الضريبية، التي تشكل امتيازات لصالح المستثمرين الأجانب المتعاقدين معها.

و تظهر من خلال الأحكام العامة في العديد من القوانين الداخلية، من أهمها قوانين المالية والإستثمار العديد من التحفيزات الضريبية، حيث تفضل البلدان المضيفة، في كثير من الأحيان، اللجوء إلى الأدوات الضريبية مثل الإجازات الضريبية ومعدلات الضرائب الإمتيازية و الإعفاءات الجمركية كأهم حوافز مالية و أكثرها استخداماً و التي يمكن للبلد المضيف أن يتخذها لتشجيع الاستثمار الأجنبي¹.

و إعتباراً لذلك ، يتعامل المشرعين الفرنسي و الجزائري مع الأدوات الضريبية الملقاة على عاتق المستثمر الأجنبي بحذر، و هذا بتجنب عدم التمييز في المعاملة الضريبية (أ) بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب، و كذا الإستفادة من الإعفاءات و الخصوم الضريبية (ب) عند القيام بهذا النوع من المشاريع الإستثمارية.

أ: العدالة في المعاملة الضريبية

تبنى المشرع الجزائري مبدأ العدالة بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم، وهذا مراعاة للإتفاقيات الثنائية و الجهوية و المتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة، و قد جاء طرحه لهذه العدالة بصفة العموم حين خص كل الإلتزامات و الحقوق من خلال

1 - محمد منير حساني، اعتماد الجزائر القانون الاتفاقي الاستثماري لتشجيع الاستثمار، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يوم 18 نوفمبر 2015، غير منشورة.

المادة 21 من القانون 16-19 المتعلق بترقية الاستثمار¹ و التي نصت على " مراعاة للإتفاقيات الثنائية و الجهوية و المتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة يتلقي الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة و عادلة فيما يخص الحقوق و الواجبات المرتبطة باستثماراتهم".

في حين يعتمد النظام القانوني المحدد للضريبة في فرنسا على نظام ضريبي عادل، يتمشى مع النظم الضريبية الدولية، ما يمكنها من توفير حماية متميزة للمستثمرين الأجانب من الإزدواج الضريبي نتيجة توقيعها لإتفاقيات دولية² في هذا المجال، لأن الأصول المقررة في القانون الدولي تلزم الدولة في معاملتها مع الأجانب احترام مبدأ المساواة، وعدم التمييز³، فمبدأ المعاملة الوطنية و مساواة المستثمرين الأجانب بالمحليين في تحمل الأعباء الضريبية، يمثل بالأساس قاعدة قانونية دولية على المشرع الأخذ بها عند وضع القانون.

و تجدر الإشارة، إلى أن مبدأ المعاملة العادلة في الخضوع للضريبة بما يحمله من عدالة و مساواة بين المستثمرين، سيكون غير فعال عند إعتباره حافزا ماليا، عند عدم ثبوته او استقراره و هذا نتيجة ارتباطه بإرادة المشرع الوطني الذي له السلطة التحكيمية في زيادة أو نقصان قيمة الضريبة المفروضة على الإستثمار، ما يجعلها إمتياز لا يرقى أن يكون حافز و ضمان مالي مشجع على إستقطاب رأس المال الأجنبي، خاصة عندما نكون بصدد جذب الإستثمار في مشروع وطني عمومي، له بمقابل الإمتيازات، قيود مفروضة من قبل المصلحة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة تهدف بالأساس إلى تحقيق مصلحة عمومية.

1 - المادة 21 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق ل 3 اوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 المؤرخة في 3 اوت 2016، ص 21.

² - Serge Boscher, doing business in France , op. cit , p 66.

3 - سعاد مالح، المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يوم 18 نوفمبر 2015، غير منشورة.

ب: نظام التخفيض، الخصم و الإعفاء الضريبي

يعتمد نظام التعاقد مع الشخص المعنوي العام، على إدراج القوانين الوطنية المتعلقة بالنظام الجبائي و الإستثمارات أحكام تتضمن تحفيزات مالية مشجعة و جاذبة للإستثمار الأجنبي، لذا يظهر نظام تخفيض الضريبة التكميلية على مشاريع استثمارية معينة (1) كنوع من أنواع التحفيز الجبائي ، و يعتمد المشرع الفرنسي على الخصومات الضريبية في مجالات محددة على سبيل الحصر (2) على أن يشارك المستثمر الأجنبي أيضا في الإستفادة من الإعفاءات الضريبية المؤقتة (3) .

1: تطبيق النسبة المنخفضة للضريبة على الناتج

بموجب القانون الفرنسي تستفيد الشركة المتعاقدة، من آلية قانونية تسمى دمج الضرائب تهدف هذه الآلية إلى تخفيض العبء الضريبي عن طريق إختيار الضريبة الشاملة من قبل الشركات، خاصة إذا كانت مستفيدة من خصم ضريبي، ما يسمح لها بموجب هذا التخفيض إمكانية تعويض الدخل و الخسائر من نشاطها مع الدولة الفرنسية¹، و يعود تطبيق القانون الفرنسي نظام الدمج الضريبي كآلية لتخفيض العبء الضريبي على الشركة المستثمرة ، و على الشركات التابعة الفرنسية المملوكة لشركة رئيسة فرنسية بنسبة 95 %².

كما يبقى التطبيق صالحا عندما تكون الشركة تابعة لدولة عضو في الإتحاد الأوروبي³، أو قد وقعت الدولة الفرنسية مع دولتها الأصلية إتفاقية ثنائية في هذا المجال، ما يفيد أن الإستفادة من هذه الضريبة يكون وفقا لثلاثة مراحل الشركات الفرنسية بنسبة 95% و من ثم الشركات التابعة لدول الإتحاد الأوروبي، و من ثم الشركات التابعة لدول متعاقدة مع الدولة الفرنسية بموجب إتفاقية ثنائية، فمصدر هذه الضريبة ليس بقاعدة دولية إنما مستمدة من قاعدة داخلية تم توسيعها على نطاق جهوي وفقا للعضوية الفرنسية في الإتحاد الأوروبي و دولي بإدراجها تلقائيا في الإتفاقيات الثنائية.

¹ - Serge Boscher, doing business in France , op. cit , p 66.

² - Ibid, p 69.

³ - و بذلك لا تخضع هذا النوع من الشركات للضريبة على الشركة المنصوص عليها بموجب القانون الفرنسي ، و من ثم تستفيد بإعتبارها جزء من مجموعة مدموجة من آلية دمج الضريبة التي تقع على الشركة الرئيسية، و تطبق هذه الضريبة حصرا على الشركات التابعة الفرنسية المملوكة لشركة أوروبية مقيمة بالإتحاد الأوروبي أو النرويج أو أيسلندا.

بالمقابل إعتد المشرع الجزائري نموذجا صريحا للتخفيض من نسبة الضريبة على الناتج، و هذا في نصوص قانونية مختلفة، و يظهر هذا النظام التحفيزي من خلال آلية دعم نتائج نشاطات معينة ظهرت من خلال تحديد النشاطات التي تستفيد من آلية دعم النتائج¹، و المنظمة بموجب القانون 01-02 المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات المعدل و المتمم² و القانون 05-07 المتعلق بالمحروقات المعدل و المتمم³، في النشاطات التي يمكن تدعيمها، و من ثم تطبيق النسبة المنخفضة للضريبة التكميلية على الناتج على النشاطات المحددة.

إلا أن بروز نظام التحفيز الجبائي من خلال تخفيض نسبة الضريبة، لا يقتصر فقط في مجال القانونين المذكورين أعلاه، فالمشرع قد نص صراحة على الإستفادة من التخفيض في الربح الخاضع للضريبة بموجب القانون 03-10، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁴، بنصه على إستفادة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بأنشطة ترقية البيئة من تخفيض في الربح الخاضع للضريبة⁵ تاركا تحديد هذا التخفيض لقوانين المالية.

كما أن المادة 12 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الإستثمار، قد منح تخفيضات ضريبية تتصل إلى 90% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة إنجاز الإستثمار، و كذا 50% من نفس الإتاوة و لمدة 3 سنوات بعنوان مرحلة الإستغلال.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 01-08 المؤرخ في 24 ذي الحجة 1428 الموافق ل 2 يناير 2008، يحدد قائمة النشاطات التي يمكن تدعيمها و كفاءات تنفيذ عملية دمج النتائج و تطبيق النسبة المنخفضة للضريبة التكميلية على الناتج، ج ر عدد 1 المؤرخة في 6 يناير 2008، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 15-282 المؤرخ في 3 نوفمبر 2015، ج ر عدد 59 المؤرخة في 8 نوفمبر 2015.

² - القانون رقم 01-02 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق ل 5 فبراير 2002 يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08، المؤرخة في 06 فبراير 2002.

³ - القانون 05-07، المتعلق بالمحروقات، المرجع السابق .

⁴ - القانون 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003، يتعلق بالبيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003 .

⁵ - المادة 77 من القانون 03-10، المرجع نفسه، ص 18.

و على هذا الأساس، يمكن أن نقيم نظام التحفيز المالي من خلال التخفيض الضريبي بالنسبة للمشرع الفرنسي ، أنه نظام تحفيز خاص بمجموعة من المستثمرين الأجانب دون سواهم، وضع نتيجة علاقات اقتصادية دولية محددة، غير قابل للتطبيق خارج هذه العلاقات.

بالمقابل، و إن كان التخفيض الضريبي على الناتج عند المشرع الجزائري لم يميز بين المستثمرين، إلا أنه كان محصورا في مجالات محددة ، مما يحيل أنه نظام تحفيزي خصص بالدرجة الأولى لإبرام عقود الطاقة ، تتحكم فيه قوانين المالية غالبا بشكل قد لا يضمن الإستقرار التشريعي للعقد.

2: نظام الدين الضريبي

عمل النظام الجبائي الفرنسي منذ سنة 2013 على تشجيع الإستثمار في مجالات معينة، عن طريق وضع حوافز ضريبية من أهمها نظام الخصومات الضريبية، و يطبق الخصم الضريبي على مشاريع البحث¹ العلمي و التكنولوجي التي تنفق عليها الشركات الإستثمارية أموال قد لا تنتج أرباح في نفس السنة، مما يؤهل الشركة للحصول على خصم ضريبي يمكن تعويضه بعد ذلك من مستحقات الضريبة في حالة الحصول على أرباح².

ما يفيد أنه عند عدم حصول الشركة المستثمرة في مشروع بحثي ذو فائدة علمية و تكنولوجية للدولة المستقبلية للإستثمار على أرباح، تعتبر غير مدينة بأية ضرائب بسبب انخفاض الأرباح مما سيسمح بأن تستفيد من الخصم الضريبي على الأبحاث الذي تمنحه لها الدولة في السنة الأولى من دفع النفقات.

و بالإضافة إلى الخصم الضريبي على الأبحاث، يستفيد المستثمر الأجنبي من نفس الخصم إذا تم توفيره من خلال المشروع الإستثماري موضوع العقد، مناصب شغل، و تدفع الدولة خلال مدة الإنفاق على الأجرور تعويض يصل في السنة الأولى إلى 4 % من الحد الأدنى القانوني للأجرور، و 6 % من

¹ - للتأهيل للحصول على الخصم الضريبي على الأبحاث يجب أن تنفق الأموال على بحث أساسي أو بحث تطبيقي كإختيار لمنتج معين عند تنفيذ العقد أو البحث عن تقنية جديدة. كما قد يكون موضوع البحث تطوير تجريبي لنماذج أولية و معدات تجريبية . و على الشركة أن تطلب ترخيصا مسبقا من إدارة الضرائب التي لها السلطة التقديرية في تأهيل نشاط البحث أو التطوير للحصول على الخصم الضريبي على الأبحاث.

² - Serge Boscher, doing business in France , op. cit , p 77 .

التعويض المدفوع في السنوات اللاحقة ، و يتم تعويض هذا الخضم من ضريبة الشركات المستحقة على الشركة للسنة التي تمت فيها المدفوعات، على أن تبقى القيمة المتبقية من الخضم الضريبي سلفة من الدولة يمكن إستخدامها لدفع الضرائب المستحقة في ثلاث السنوات المقبلة¹.

يتضح مما سبق ، أن هذا النوع من التحفيزات الضريبية، يمثل نوع من الدعم المقدم من قبل الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي من أجل إنجاز المشروع الإستثماري، خاصة أن الخصومات الضريبية التي تعمدنا التركيز عليها، تصب مباشرة على الهدف المرجو تحقيقه بموجب إبرام العقد الإداري الدولي بشرط أن تسترد الإدارة الضريبية حقوقها المالية بمجرد حصول الشركة على أرباح.

و يتبادر أن هذا التحفيز يشبه إلى درجة ما الإعفاء من الضريبة على نشاطات معينة، إلا أنه ليس بذلك، خاصة أنه يبقى سلفة من قبل إدارة الضرائب التي دعمت النشاط المحفز، بمقابل حصولها على مستحقاتها عن طريق إقطاعها من الضريبة على الشركات في السنة الأولى، و بقاء باقي قيمة الدين على عاتق المستثمر قابل للتسديد في أجل ثلاث سنوات.

3: نظام الإعفاء الضريبي

يعرف الإعفاء الضريبي بأنه إسقاط حق الدولة عن بعض المكلفين في مبلغ الضريبة الواجب تسديدها، مقابل التزامهم بممارسة نشاط معين في ظروف معينة، و يكون الإعفاء الضريبي إعفاء دائما(1-3) أو مؤقتا (2-3)².

3-1: الإعفاء الدائم

من ميزات العقود الإدارية الدولية التي يتعلق موضوعها بالإستثمار، أنها مرتفعة التكلفة نتيجة لهدفها في تحقيق تنمية إقتصادية وطنية تدفع بعجلة الإستثمار لصالح الدولة المبرمة للعقد، مما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تخفيض العائدات التي يطمح لها المستثمر الأجنبي .

¹ - Ibid, p 77.

² - مالح سعاد، المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 15.

كما تثار حالة عدم القدرة على تحديد الأرباح في مجال عقود الصفقات العمومية التي يكون لها طابع دولي، بصفتها أحد أهم العقود الإدارية الدولية، و هذا راجع لتقنين المشرع لمبالغ الصفقات مسبقا و لذلك يعد الإعفاء الضريبي الدائم آلية لرفع نسبة أرباح المستثمر المتعاقد مع الدولة نظير ما قد يقابله من عراقيل مالية خاصة في بداية المشروع موضوع التعاقد.

و يقصد بالإعفاء الدائم، إسقاط حق الدولة في مال المكلف بالضريبة، طالما بقي سبب الإعفاء قائما، و يطبق نظام الإعفاء الضريبي الدائم، على حالة الإستثمارات التي يتجنبها المستثمرين الأجانب بالخصوص ، نظرا لإرتفاع تكاليفها الإستثمارية أو إنخفاض العائد الذي يتحقق منها أو في الحالتين معا و كذا في حالة الإستثمارات التي يصعب تحديد الأرباح التي تتحقق منها¹.

إعتمد المشرع الجزائري بالإضافة إلى الحوافز الجبائية و شبه الجبائية و الرسوم الجمركية التي جاء بها القانون العام، على إعفاءات جبائية دائمة للراغبين في الاستثمار في الجزائر بموجب قانون الاستثمار الجديد²، فنص المادة 12 منه قد مكنت المستثمر الأجنبي من مجموعة من الإعفاءات الدائمة و هذا بعنوان مرحلة الإنجاز³.

1 - مالح سعاد، المرجع السابق، ص 16.

2 - القانون رقم 09-16 يتعلق بترقية الإستثمار، المرجع السابق.

3- و التي تتمحور اساسا في :

- الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيها يخص السلع و الخدمات المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار،
- الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض أو الرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني،
- الإعفاء من حقوق التسجيل و الرسم على الإشهار العقاري و مبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الإمتياز على الأملاك العقارية المبنية و غير المبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية، و تطبق هذه المزايا على المدة الدنيا لحق الإمتياز الممنوح،
- الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات و الزيادات في رأس المال.

مقابل ذلك، لم يعتمد المشرع الفرنسي على الإعفاء الدائم في الخضوع للضريبة ، و يعود ذلك إلى المناخ المناسب للإستثمار و حالة الإقتصاد الفرنسي، حيث لا يحتاج تضمين المشرع لمثل هذا النوع من الإعفاءات، خاصة في مرحلة الإنجاز و التي قد تدخل إيرادات إضافية للدولة و التي تكون في بعض الأحيان أهم مورد لها، هذا لا يعني أن عدم وجودها في النظام القانوني الفرنسي يعد أمرا ايجابيا، فقد تساعد هذه الإعفاءات إلى استقطاب مشاريع معينة خاصة ذات الأهمية القصوى للإقتصاد الوطني، لكن بشرط أن يكون نتائجها أضخم من تأثير هذه الإعفاءات على الجانب الإيرادي لخزينة الدولة.

و من ثم يظهر الإختلاف بين سبب اعتماد القانون الجزائري، و عدم اعتماد القانون الفرنسي للإعفاء الكلي، الذي يرجع إلى أن الدولة الجزائرية لا تعتمد في إيراداتها بشكل كبير على التحصيل الجبائي، لما لها من بديل في مجال المحروقات، مما أدى بها إلى البحث عن إنعاش اقتصادها من خلال الإستثمارات الأجنبية في مجالات أخرى ، عن طريق التنازل عن الحقوق الجبائية والتي نجحت الدولة الفرنسية في تحقيقها، إذ لم تعد بحاجة إلى وضع هذا الحافز في مناخ إستثماري متطور تمتاز به.

و رغم ذلك، و إن كان المشرع الجزائري تناول هذا الحافز من أجل جذب الإستثمارات، إلا أنه كان موقفا في جعله مرتبطا بمرحلة إبتدائية في العقود الإدارية الدولية، و هي مرحلة الإنجاز، دون الإستغلال، ما يجعل العقود طويلة الأمد، و التي تمنح للمستثمر الأجنبي حق إستغلال المشروع، من عدم الإستفادة من هذا الإعفاء.

3-2: الإعفاء المؤقت

يعد إسقاط حق الدولة في مال المكلف بالضريبة لمدة معينة من حياة النشاط المستهدف بالتشجيع تحفيز جبائي يعطي للمستثمر الأجنبي إجازة ضريبية تسمى بالإعفاء الضريبي المؤقت¹، تكون الإجازة الضريبية عادة في بداية النشاط، و قد تكون كلية أو جزئية، تستهدف الدولة من خلالها جذب الإستثمارات في المشاريع و النشاطات التي لها أهمية بالنسبة للإقتصاد الوطني، و تعود الضريبة من جديد بعد إنتهاء مدة الإعفاء المؤقت، إما بصفة كلية ، أو تدريجيا حسب إرادة المشرع الوطني.

¹ - مالح سعاد، المرجع السابق، ص 16.

أدرج كل من المشرعين الجزائري و الفرنسي هذا النوع من الإعفاء، إلا أنه نظام مرن، يتغير بتغير قوانين المالية في الدولة، لذا يعتمد المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، بموجب عقد إداري دولي والمستفيد من هذا الإعفاء، أن يضمن في بنود العقد، بالإضافة إلى شرط الإستفادة من هذا الإمتياز شرط الثبات التشريعي، لضمان إستقرار هذا الحافز الجبائي مستقبلا.

و على أساس ذلك، أدرج قانون الإستثمار الجزائري، مجموعة من الإعفاءات الضريبية المؤقتة في نصوص منقرقة، من أهمها الإعفاء الكلي لمدة ثلاث سنوات من الضريبة على أرباح الشركات، والإعفاء من الرسم على النشاط المهني¹ و هذا في مرحلة الإستغلال و كذا الإنجاز².

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد أقر هو أيضا الإعفاء من الضريبة المؤقتة، لكنه ربط الإستفادة منه، بشرط أن يكون النشاط الممارس واقع في مناطق معينة ، تتطلب تنميتها من قبل الدولة، لتمييزها بظروف إقتصادية ضعيفة، تتطلب على الدولة مراعاتها عند إعدادها للضريبة ، ما جعل المشرع يحصر الإستفادة من الإعفاء الضريبي المؤقت، وفقا لهذه المناطق و الظروف، مع تأكيده على أن هذا الإعفاء يكون كليا في بداية المشروع ليتناقص تدريجيا بمرور الوقت¹.

و من ثم ، تعد أهداف الإعفاء الضريبي المؤقت من قبل النظامين محل الدراسة، موسعا بالنسبة للقانون الجزائري، على إعتبار أنه يعتمد هو أيضا على الإعفاء الضريبي في مناطق التي تتطلب تنميتها من قبل الدولة، وفقا للمادة 13 من قانون تطوير الإستثمار، بالإضافة إلى توظيف هذا الحافز في مجالات المذكورة أنفا، غير أن المشرع الفرنسي، حصره في حاجة المناطق وفقا لظروفها الإقتصادية دون الأخذ بمعايير أخرى، و مبرره الوحيد في ذلك هو ما يمثله الإعفاء الضريبي كحافز قوي للإستثمار الأجنبي في هذه المناطق التي تتطلب تنميتها، في التقليل من المخاطر التي يتحملها المستثمر بالنسبة للإستثمارات الجديدة.

1 - راجع المادة 12 و المادة 13 من القانون 16-09، المتعلق بتطوير الإستثمار، المرجع السابق، ص20.

2 - و من اهم هذه الإعفاءات، الإعفاء لمدة 10 سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الإستثمار ، ابتداء من تاريخ الاقتناء و الإعفاء و لمدة ثلاث سنوات و بعد معاينة الشروع في مرحلة الإستغلال بناء على محضر تتعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر من: الضريبة على أرباح الشركات، و الرسم على النشاط المهني.

ثانياً: تحويل مكاسب رأس المال

إن حرية تحويل الأموال يعد أكثر أهمية من تحقيق الأرباح نفسها لدى المستثمر الأجنبي، لذا فهو يبدي إهتماماً خاصاً على ما يتيح قانون الإستثمار في الدولة المضيفة من حرية تحويل و نقل أصل الإستثمار وعوائده إلى الخارج¹.

لذا فإن إعاقة هذا التحويل يعد عقبة في سبيل جذب رأس المال الأجنبي²، و في سبيل تجنب ذلك شهدت الفترة الممتدة بين 1990 و 2002 تطبيقاً لبرنامج إصلاح إقتصادي واسع النطاق، و الذي ألزم السلطات على الإهتمام ببعض المؤشرات التي همشت في السابق ومن بينها الإستثمار الأجنبي المباشر³.

فقد كان قانون النقد و القرض⁴ أول قانون منح هذا الترخيص، و إن كان لم يشر له كحافز مالي لجذب الإستثمار الأجنبي، هذا لأنه لم يعطي تمييزاً لصالح المستثمر الأجنبي، فما يستتج من أحكام هذا القانون أنها جاءت تتسم بالعموم و التجريد من خلال الترخيص للأشخاص الطبيعية و المعنوية التي تمارس نشاطات إقتصادية في الجزائر، بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطهم في الخارج تكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر⁵.

² - لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 23.

² - المرجع نفسه، ن ص.

³ - زغيب شهرزاد، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر واقع وآفاق، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 8، 2005، ص 14.

⁴ - الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض.

⁵ - http://www.bank-of-algeria.dz/pdf/ordre_10-04-26-08-2010.pdf اطلع عليه، يوم 16-10-

2015.

⁵ - أنظر المادة 126، من قانون النقد و القرض، المرجع السابق، ص 41.

و إن كان الفقه يرى في أحكام هذا النص تمسك السلطة النقدية في الجزائر بتسيير صارم لشؤون النقد و المال، نتيجة حصولها على رضا صندوق النقد الدولي، و عمله على الترويج لجذب الإستثمارات الأجنبية¹، إلا أنه و حسب رأينا، أن منح هذا الحافز وفقا لمعيار المقر الإجتماعي²، غير مبرر لان النشاط الاقتصادي غير المقيم في الجزائر خاصة المتعلق ببعض العقود الدولية ذات الطابع الإداري القصيرة المدة ، التي لا تتطلب من المتعاقد مع الدولة أن يكون له سجل تجاري في الجزائر، له الحق في تحويل المقابل المالي المحصل من جراء تنفيذه للعقد للخارج، بحكم جنسيته وفقا للمعيار القانوني و بحكم النشاط الإقتصادي ذو الطابع الدولي وفقا للمعيار الإقتصادي.

بالإضافة إلى ذلك، تستفيد الإستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانونا، من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر و العائدات الناتجة عنه³.

فمن خلال هذا الضمان يتمتع المستثمر الأجنبي بحرية كاملة في تحويل رؤوس الأموال المستثمرة، التي هي أمواله في الأصل، نفذ بواسطتها المشروع الإستثماري، بالإضافة إلى عائدات هذه الأموال من مداخيل وفوائد وأرباح من الإيرادات المتصلة⁴ بالمشروع الإستثماري، و تقاس هذه الأموال المراد تحويلها بالعملة الصعبة حسب تسعيرة يحددها بنك الجزائر .

و إعتبارا لذلك، يعد قانون الإستثمار، أكثر وضوحا من سابقه في مسألة منح إمتياز تحويل رؤوس الأموال و العائدات إلى الخارج، دون أن يضمن هذا الحافز أية قيود، مقارنة بقانون النقد والقرض الذي

¹ - عجة الجبالي، الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد و القرض، مجلة إقتصادية شمال إفريقيا، عدد 4، جامعة الشلف، ص 300.

² - كرسن المادة 125 من قانون النقد و القرض، هذا المعيار في أحكامها، و هذا ب النص " يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا الأمر، كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر". المرجع السابق، ص 41.

³ - المادة 25 من القانون 16-09 ، المتعلق بتطوير الإستثمار، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - لعماري وليد ، الحوافز و الحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي ، المرجع السابق، ص 24 .

ربط تحويل الأموال بالعلاقة الإقتصادية بين الإستثمار الممارس في الجزائر و آخر بالخارج، مما يجعل منه أكثر جذبا للإستثمار .

غير أن مدة تنفيذ التحويل التي قد تستغرق مدة طويلة، نتيجة تماطل المؤسسات المكلفة بالتحويل تثير تخوف المستثمر الأجنبي، حول مصداقية هذا الحافز، خاصة في غياب نص يحدد المدة القانونية للتحويل التي تلتزم بها البنوك و المؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة، إلا أن هذا لا يمنع من أن المستثمر الأجنبي لا يواجه عقبات كبيرة¹ من خلال وضوح كفيات تحويل الأسهم و الأرباح .

و على عكس النظام القانوني المالي الجزائري، يعتبر تحويل مكاسب رأس المال من الحوافز الضريبية في النظام القانوني الفرنسي، ما يعني أن تغطية المكاسب الصافية من نقل أسهم المستثمر يكون بمقابل ضريبي، و يأخذ الحافز المالي في هذا التحويل شكلين متكاملين، يتعلق الأول بالإستفادة من نظام تخفيضات لضريبة التحويل، أما الثاني فهو زيادة نسبة هذه التخفيضات الضريبة حسب مدة إمتلاك المستثمر للأسهم المراد تحويل مكاسبها² .

و إعتبارا لذلك ، يتضح أن مضمون الحافز المالي في كلا النظامين محل الدراسة هو نفسه حيث يستفيد منه المستثمرين الأجانب الممارسين لنشاطات إقتصادية في إقليم الدولة، إلا أن الإختلاف يظهر في أهمية هذا الحافز من جهة جذب الإستثمارات الأجنبية في الدولة، و من حيث تنظيم الدولة له حيث أن منح هذا الإمتياز كان له معيارين مميزين محددتين لمدى مساهمته كحافز في جذب الإستثمارات الأجنبية في فرنسا.

بحيث يفهم من مراد المشرع ان حق تحويل و نقل الحقوق المالية ليس بحد ذاته الحافز، كما تبناه النظام القانوني الجزائري ، إنما يكمن الحافز في نسبة الضريبة المخفضة عن عملية التحويل، والتي خصصت فقط للإستثمارات الأجنبية طويلة الأجل، و التي سكت المشرع الجزائري عن الفصل فيها إلا أن أحكام العقود طويلة المدة تظهر إستفادة المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة من الإستفادة من هذا

1 - لعماري وليد ، المرجع السابق، ص 24.

2 -Serge Boscher, doing business in France , op. cit , p 84.

الإمتياز¹، دون وجود أثر لمثل هذا الإمتياز في العقود القصيرة المدة ، خاصة المتعلقة بإنجاز الصفقات العمومية، أو عقود التوريد² الغير خاضعة لقانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: المزايا الإستثنائية

يمكن للمشاريع الإستثمارية، موضوع العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الممثلة لها، مع الأطراف الأجنبية، أن تمنح لهذه الأخيرة ، حوافز إستثنائية تظهر من خلال الإعفاء أو التخفيضات المالية بجميع أنواعها، التي قد تمس النشاط الإستثماري مستقبلا، و هذا حسب التوقيع الجغرافي (أولا) و أثر المشاريع على التنمية الإقتصادية للدولة المتعاقدة (ثانيا).

أولا: الحوافز المالية وفقا للمناطق المتعثرة

يفرض إنجاز بعض النشاطات الإستثمارية موضوع عقود إدارية دولية، في مناطق معينة من إقليم الدولة المستثمرة، مشقة و عقبات تحول دون إنجذاب المستثمرين الأجانب إلى مثل هذه المشروعات المراد إقامتها في هذه المناطق المتعثرة. و من أجل ذلك، يشجع المشرع الجزائري الإستثمار في المشاريع المقامة في مناطق تتطلب تنميتها حسب، مساهمة خاصة من الدولة³.

لذا وضع في سبيل ذلك تحفيزات معظمها مالية لجذب المستثمرين في مثل هذه المشاريع. لكن عدم توضيحه لخصائص هذه المناطق، قد يترك السلطة التقديرية في ذلك إلى أطراف العقد، مما قد يمس في طبيعة القاعدة القانونية التي جاءت بهذه الإمتيازات، و يجعلها مرنة تتأثر في كل مرة بإرادة الأطراف المتعاقدة.

1 - تستفيد شركة حامة واطر ديسالنايشن المتعاقدة مع الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، القائمة لحساب الدولة الجزائرية ، من هذا الحافز، طبقا للمادة 3 من الإتفاقية التي حددت مدتها ب 30 سنة في المادة 2 من إتفاقية الإستثمار، أنظر في ذلك ، الجريدة الرسمية رقم 07، المؤرخة في 28 يناير 2007، ص 27.

2- Veuillez voir le Contrat Guide Partenaire étranger, La Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures, société par actions, par abréviation « SONATRACH », Dossier Type d'Appel d'Offres pour marchés de Fournitures et leurs Services liés , p3.

3- أنظر المادة 13 من القانون 09-16، المتعلق بتطوير الإستثمار، المرجع السابق، ص 20.

إن المشرع الجزائري في نصوص قانون الإستثمار لم يحدد طبيعة هذه المناطق، خاصة في نص القانون الجديد الذي لم يليه التنظيم الذي يحدد كيفية تطبيق هذه المادة الى حد اليوم، مما يجعلنا نسرد ما كان عليه الوضع بالنسبة لهذه المناطق في ظل الأمر 03-01، و الذي تكفلت به الوكالة الوطنية للإستثمار التي تتصرف باسم الدولة في هذا المجال من خلال تقسيمها للمناطق التي تحتاج مساهمة خاصة من قبل الدولة إلى ولايات¹ و بلديات² ، 19 ولاية معنية بهذا الإمتياز تستفيد المشاريع المقامة على مستوى جميع بلدياتها من النظام الإستثنائي في منح الضمانات المالية، بالإضافة إلى 125 بلدية على مستوى 10 ولايات أخرى.

1 - الولايات المعنية بالمزايا الخاصة للنظام الإستثنائي هي ولاية أدرار، بسكرة، بشار، الوادي، غرداية، إليزي، الأغوط، ورقلة، تمنراست، تندوف، ولاية باتنة، الجلفة، البيض، خنشلة، المسيلة، النعامة، سعيدة، تبسة، تيارت. أنظر في ذلك موقع الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار <http://www.andi.dz/index.php/ar/regimes-d-avantages?id=769>، أطلع عليه يوم 20 أكتوبر 2015.

2 - البلديات المعنية بالمزايا الخاصة للنظام الإستثنائي هي: على مستوى ولاية البويرة : برج أخريس، الدشمية، ديرة، الحكيمية، الحجرة الزرقاء، المعمورة، مزدور، الريدان، سور الغزلان، تاقديت. على مستوى ولاية برج بوعريج: الياشير، بليمور، بوج بو عريج، العاش، العناصر، الحمادية، القصور، الربطة. على مستوى ولاية المدية: عين بوسيف، عين أوقصير، عزيز، بوايشون، بوقزول، الشلبونية، شلالة الأدهورا، شنيقل، دراق، جواب، العوينات، الكاف الأخضر، قصر البوخاري، مفتاح، أم الجليل، أولاد معراف، سانغ، سيدي دامد، سيدي زهار، طافراوت. على مستوى ولاية ميله: المشيرة، واد خلوف، تاجنانت . على مستوى ولاية أم البواقي: عين البيضاء، عين الزيتون، بحير شرقي، بريش، الظلة، البلالة، الجازية، الفجوج بوغراة، سعودي، فكيرينة، مسكيانة، وادي ناني، راحية، زرق . على مستوى ولاية سطيف: عين أزال، عين الهجار، عين ولمان، بيضة برج، بوطالب، الولج، حامة، حمام السخنة، أولاد سي أحمد، أولاد تبان، الرسفة، صالح باي، تلة، طاية . على مستوى ولاية سيدي بلعباس: عين تيدامين، بن عشية شلية، بئر الحمام، شتوان بليلة، ضاية، الحصيية، حاسي دحو نمرحوم، المسيد، المرين، مزاورو نمولاي سليس، واد السبع، واد سفيون، واد تاويرة، رأس الماء، رجم داموش، سيدي علي بن يوب، سيدي شعيب، تافيسور، تاغودموت، تيغاليمت، تلاف، تنيرة. على مستوى ولاية سوق أهراس: بئر بوهوش، درية، مداوروش، أم الديم، واد كبريت، سافل الويدان، سيدي فرج، تيراغيلت، التاورة. على مستوى ولاية تلمسان: عين الغورابة، عين التالوت، أزليس، بني سميل، بني سنوس، بني بهدل، بني بوسعيد، العريشة، البويهي، القور، سبدو، سيدي الجليلي. على مستوى ولاية تيسيمسيلات: عماري، برج الأميرعبد القادر، خميستي، لعيون، معصم، أولاد بسام، سيدي عابد، ثنية الحد، تيسيمسيلات. المرجع نفسه.

غير أن الملاحظ عند تحديد طبيعة هذه المناطق، هو التقسيم الجغرافي المحض المعتمد في منح الضمانات المالية الإستثنائية، ما قد يثير عدم طمأنة توقعات المستثمر الأجنبي نتيجة غموض أهداف الدولة في مثل هذه المناطق، فالدراسة التنموية بمختلف أبعادها غائبة في نص القانون، و في تقسيم الوكالة الوطنية للإستثمار للمناطق التي تتطلب تدخل الدولة من أجل تنميتها و دعمها عن طريق منح الضمانات المالية الإستثنائية.

فالواضح من التقسيم إلى ولايات و بلديات، هو إعتقاد الوكالة على معيار الجغرافي، فنجد في تبرير رأينا أن معيار الطبيعة الصحراوية كان سائدا على وضع خريطة الإستفادة من النظام الإستثنائي المعمول بها من قبل الوكالة الوطنية للإستثمار و المفسرة لأحكام المادة 10 من قانون تطوير الإستثمار و إن كان للوهلة الأولى يثير إدماجها في هذه المادة الإستغراب، لما تتمتع به من موارد نفطية هي في حد ذاتها جاذبة لأضخم الشركات العالمية.

و على أساس ذلك، كان على المشرع و من ثم الحكومة و من بعدهما الوكالة، تفسير الهدف التنموي الإقتصادي و الإجتماعي و السياسي من وضع الضمانات المالية الإستثنائية، بطريقة تسلسلية تكون أكثر واقعية وإقناعا للمستثمر الأجنبي من مجرد الإكتفاء بسرد الطبيعة الجغرافية لهذه الأقاليم.

فإختيار معيار وضع الحافز المالي، يكون وفقا لأهداف إقتصادية تسعى من خلالها الدولة جذب المستثمرين في قطاعات إنتاجية خارج قطاع المحروقات، و تطوير مثل هذه المناطق النامية لتساير مناطق أخرى على إقليم الدولة، في إطار خطط و برامج سياسية توجي إلى وجود أبعاد إقتصادية وإجتماعية و قانونية بواسطة توقع مدة الإنجاز و التنفيذ و تحقيق التنمية بمختلف جوانبها، خاصة إذا ما أخذنا بعين الإعتبار ما تضخه المناطق الصحراوية لخزينة الدولة من موارد مالية ضخمة، التي يضع الواجب الإجتماعي للدولة، إشراكها في العملية الإستثمارية تجعلها ذات ذمة مالية مستقلة عن الخزينة، على المدى البعيد.

و على عكس ذلك ، تخلت الوكالة الوطنية للإستثمار بعد تحيين موقعها الإلكتروني عن هذه التقسيمات، و هذا عندما اكتفت بتقسيم الإمتيازات على المشاريع المنجزة في الشمال و الاستثمارات المنجزة في الجنوب والهضاب العليا، و المناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة في الموقع الجديد.

و التي كانت مقسمة كالآتي:

بالنسبة للمشاريع المنجزة في الشمال و بعنوان مرحلة الإنجاز ، تمثلت الإعفاءات في الإعفاء من الحقوق الجمركية، فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ، الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة، فيما يخص السلع والخدمات المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار، الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني ، الإعفاء من حقوق التسجيل والرسم على الإشهار العقاري و مبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية. وتطبق هذه المزايا على المدة الدنيا لحق الامتياز الممنوح، تخفيض بنسبة % 90 من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة إنجاز الاستثمار ، الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار، ابتداء من تاريخ الاقتناء، الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأسمال .

و بعنوان مرحلة الإستغلال، و لمدة ثلاث (3) سنوات بالنسبة للإستثمارات المحدثة حتى مائة (100) منصب شغل إبتداء من بدء النشاط و بعد معاينة الشروع في النشاط الذي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر ، الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات ، الإعفاء من الرسم على النشاط المهني، تخفيض بنسبة % 50 من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة.

أما بالنسبة للمناطق الجنوبية و الهضاب العليا و بعنوان مرحلة الإنجاز، الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة وغير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار، الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار، الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني ، الإعفاء من حقوق التسجيل و مصاريف الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية

المبينة وغير المبينة الممنوحة الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية. تطبق هذه المزايا على المدة الدنيا لحق الإمتياز، الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار، ابتداء من تاريخ الاقتناء ، الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأسمال، التكفل الكلي أو الجزئي من طرف الدولة بنفقات الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار، وذلك بعد تقييمها من قبل الوكالة، التخفيض من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة، بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية .

و بعنوان مرحلة الاستغلال و لمدة عشر (10) سنوات، إعفاء من الضريبة على أرباح الشركات، إعفاء من الرسم على النشاط المهني، تخفيض بنسبة 50% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة .

بالمقابل، عمل المشرع الفرنسي هو أيضا على جذب الإستثمار من خلال الإعفاء المؤقت من الضريبة و الرسوم الجمركية، في مناطق معينة من الإقليم الفرنسي، إلا أن الإختلاف يظهر في طبيعة هذه المناطق المحفزة من خلال النص الفرنسي، و التي لم تعتمد على المعيار الجغرافي بالأساس مما يوحي أن وضع مثل هذه التحفيزات على الإستثمار في تلك المناطق جاء نتيجة دراسات إستراتيجية متعددة الجوانب. و قد قسمت إلى مناطق المساعدات الإقليمية (zones AFR) ، و هي مناطق تتطلب مساهمة خاصة من الدولة و الجماعات المحلية، و الهيئات العامة، و الشركات الموجودة على مستوى الإقليم، من أجل الدفع بعجلة الإستثمار في هذه المناطق، وفقا برنامج مسطر من قبل المشرع مسبقا ومحدد ب فترة زمنية تمتد من سنة 2014 إلى 2020¹ .

¹ - Pour plus de motivations, veuillez voir le Décret n° 2014-758 du 2 juillet 2014 relatif aux zones d'aide à finalité régionale et aux zones d'aide à l'investissement des petites et moyennes entreprises pour la période 2014-2020. <http://www.datar.gouv.fr/observatoire-des-territoires/sites/default/files/D%C3%A9cret%20n%C2%B02014-758%20AFR%202014-2020%20paru%20au%20JO%20le%2007-2014.pdf> , consulter le 20/10/2015.

إلى جانب مناطق المشروعات الحضارية (ZFU)، و هي المناطق المحرومة بشكل خاص مقارنة بغيرها من المدن، وفقا للخصائص الاقتصادية والتجارية¹، و هي تعرف بمعايير إرتفاع نسبة السكان حي تبلغ 10000 في الحي الواحد، البطالة، نسبة الأشخاص المتوقعين عن الدراسة و غير الحاملين لشهادات²، و عليه فإن الشركات المستثمرة في هذه المناطق تستفيد من نظام كامل من الإعفاءات الضريبية و الرسوم لمدة خمسة سنوات.

فضلا عن المناطق ذات الأولوية في التوظيف (BER) ، حيث تستفيد من الإعفاء عن الرسوم المالية إلى غاية 31 ديسمبر 2017 ، بالنسبة للمستثمرين في المناطق التي يعاني سكانها من البطالة والانخفاض الديموغرافي، و هذا من خلال تنشيط مجالات العمل في هذه المناطق³.

و أخيرا المناطق المتأثرة بإعادة الهيكلة العسكرية⁴ و هي مناطق متضررة من انتشار المستوطنات العسكرية، و من إنخفاض للنشاطات الإقتصادية، و عليه فالإستثمار في مثل هذه المناطق يمكن من الإستفادة من الدعم الضريبي و الإجتماعي⁵.

1 - veuillez voir le site d'impôts de gouvernement français , http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/popup.jsessionid=UTEXO3YU0NQCQNQFIEIPSFQ?espId=1&typePage=cpr02&docOid=documentstandard_5749 , consulter le 20-10-2015.

2 - veuillez voir la définition des zones franches urbaines (ZFU) sur le site de l'institut national des statistiques et des études économiques français, <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/zone-franche-urbaine.htm> , consulter le 20-10-2015.

3 - Exonération de charges fiscales dans les BER, http://www.editions-tissot.fr/droit-travail/afb_aide.aspx?AID_ID=32 consulter le 20-10-2015.

4Quelles sont les exonérations dans les zones de restructuration de la défense ? , Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre) , Vérifié le 08 septembre 2014, <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31177>, consulter le 21-10-2015.

5 - و تتمحور مجمل الإعفاءات في :

الإعفاء من الرسم العقاري على المباني، لمدة 5 سنوات.

الإعفاء الكلي من الضريبة على الأرباح لمدة 5 سنوات، و التقليل منها في السنتين اللاحقتين.

الدين على المستحقات العقارية للشركات للحرفيين و التجار في المؤسسات الصغيرة لمدة 3 سنوات .

و إعفاءات و تأمينات أخرى للعمال في هذه المناطق ، المرجع نفسه.

ثانيا: المزايا الإستثنائية وفقا لأهمية المشاريع الإستثمارية للدولة المتعاقدة

إن ما يلاحظ بالنسبة لأهمية المشروع الإستثماري المراد تحقيقه بموجب احد أنواع العقود الإدارية الدولية للإقتصاد الوطني، هو الإختلاف من حيث إستراتيجيات الدولة الممثلة في العقد، فقد لاحظنا أعلاه أن فتح المجال الإقتصادي في الجزائر مراعاة لقواعد إقتصاد السوق، يعد الركيزة الأولى التي تسعى الدولة لتحقيقها، و هذا من خلال جذب الاستثمارات الأجنبية في القطاعات الإستراتيجية التي تفتقر فيها الدولة المتعاقدة لأحدث التكنولوجيات الحديثة .

غير أن، و إعتبارا أن الإقتصاد الفرنسي ، إقتصاد رأسمالي بالأساس، فإن الإمتياز الإستثنائي في المشاريع ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني، لا يتوقف عند مجرد منح المزايا الضريبية والرسوم الجمركية ، بل يتعدى ذلك إلى نظام دعم شامل (ب)، إلا أن هذا لا يمنع من تنفيذ إيجابية الإمتيازات الإستثنائية في المشاريع ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للإقتصاد الجزائري ، في جذب الإستثمار خاصة و أنها تنتج بعد إبرام إتفاقية متفاوض عليها بين ممثل الدولة و المستثمر الأجنبي (أ).

أ: إكتساب المزايا عن طريق التفاوض بين المستثمر و الدولة

تعد عملية إزالة القيود من خلال فتح المجال الاقتصادي من المقترضات الأساسية في قواعد اقتصاد السوق، خاصة بالنظر للإمكانيات المحدودة للبلدان النامية، التي لا تسمح لها تحقيق نمو اقتصادي مناسب، دون الانفتاح على الإقتصاد العالمي و الاستفادة من الإمكانيات المالية و التكنولوجية¹ المتاحة، تتعلق بذلك الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية، وتدخر الطاقة وتؤدي إلى تنمية مستدامة، من الإمتيازات الإستثنائية التي حددها قانون ترقية الإستثمار²، و قوانين الضرائب والمالية.

فالمسلم به في مرحلة إبرام العقود الخاصة، هو تبادل الإيجاب و القبول بين أطراف العقد، دون أن تحدث مرحلة الفصل بين الإيجاب و القبول أثرا على العقد، من خلال تقريب وجهات النظر بين

¹ - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 107

² - انظر أحكام المادة 17 من القانون 16-09، المتعلق بترقية الإستثمار، المرجع السابق، ص 21.

الأطراف¹، و لا ينطبق هذا المبدأ على العقد الإداري الداخلي الذي لا يكون للمتعاقد مع الإدارة حرية وضع ما يناسبه من الشروط²، غير أن إعماله في العقود الإدارية الدولية المتعلقة بمشاريع إستثمارية ضخمة تكون طويلة المدة في الغالب، أمر محبذ لدى المستثمر الأجنبي الذي لا يتحمل القيود الإدارية التي تميل الكفة في العقد لصالح الدولة.

لذا يترتب على الاستثمارات التي لها أهمية بالنسبة للإقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة، و تحمي الموارد الطبيعية، و تدخر الطاقة و تقضي إلى تنمية مستدامة³، إبرام اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة القائمة لحساب الدولة⁴، و عليه تعد مرحلة التفاوض من أهم المراحل التي يكتسب فيها المستثمر الأجنبي المزيد من الامتيازات المالية دون التي اقراها المشرع الوطني من قبل⁵.

و وقفا عند طبيعة المشاريع المستفيدة من نظام الإمتيازات الإستثنائية، و من اجل تحديد مدى أهمية هذه الإستثمارات بالنسبة للإقتصاد الوطني الجزائري، خصوصا و أن معايير ضبط هذا النوع من الإستثمارات أحييت إلى التنظيم بموجب الفقرة 03 من المادة 17 من قانون تطوير الإستثمار، و التي نصت على أن تحديد معايير تأهيل الاستثمارات المذكورة في الفقرة الأولى و كذا محتوى و إجراءات معالجة ملف طلب الاستفادة من المزايا الاستثنائية يحال إلى التنظيم. غير أن هذه الإحالة لم تتم إلى حد الآن رغم مرور أكثر من سنة على صدور القانون 09-16، مع العلم أن التنظيم قد فسر العديد من المواد التي جاء بها القانون الجديد مثل المادة 16 من خلال المرسوم التنفيذي رقم 105/17 المؤرخ في

1 - علي احمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012، ص 23.

2 - المرجع نفسه، ن ص.

3 - تراجع المشرع في القانون 09-16 على ربط المشاريع الاستثمارية التي لها أهمية بالنسبة للإقتصاد الوطني بالمفاهيم المتعلقة بالتكنولوجيا و البيئة و التنمية المستدامة و التي نصت الفقرة 2 من المادة 10 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار، المؤرخ في 20 أوت 2003 الملغى، مكتفيا بذكرها دون تحديد اهدافها.

4 - المادة 17 من القانون 09-16 المتعلق بتطوير الإستثمار، المرجع السابق، ص 21.

5 - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 23.

5 مارس 2017¹، وكذا المواد 5 ، 6 ، 9 ، 18، 14 من خلال المرسوم التنفيذي 101/17 المؤرخ في 5 مارس 2017².

و لذلك يبقى تحقيق هذه المشاريع التي تمثل أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني، على ما كانت تهدف إليه في ظل الأمر 03/01 المتعلق بتطوير حتى يصدر التنظيم المراد من هذه المزايا ، و عليه تقوم هذه المزايا بمدى إستعمالها لتكنولوجيات خاصة عندما تفضي إلى تحقيق تنمية مستدامة للدولة في إطار ثلاثة فواعل رئيسية، لها علاقة مباشرة بمفهومى حماية البيئة، حماية الموارد الطبيعية و إدخار الطاقة . و يتوقف بالتالي تحديد مدى أهمية المشروع على مدى التطبيق الفعلي لأحد أو كل هذه الفواعل، و مدى إدراجها كبند مقابل منح الإمتيازات الإستثنائية، و كذا نجاح عملية التفاوض في تحقيق الشروط المكسبة لإمتيازات إضافية بالنسبة لكلا الطرفين.

توحي هذه الفرضيات الثلاث إلى عملية تكاملية، يقاس من خلالها أهمية الإستثمار بالنسبة للاقتصاد الوطني، و هي النتيجة المتوصل إليها من خلال قراءة لبنود بعض النماذج التطبيقية من العقود الإدارية الدولية المتعلقة بالإستثمار، و التي أبرمتها الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، لحساب الدولة الجزائرية ، و خاصة منها إتفاقية الإستثمار المبرمة مع شركة حامة واطر ديسالنايشن Hamma «³ Water Désaliénation، و التي كانت طبيعة المشروع الاستثماري محل العقد الإداري الدولي هي تحلية مياه البحر عن طريق إنشاء مصنع لذلك موقعه في الحامة بالجزائر العاصمة بسعة اسمية تقدر ب 200.000 م³ في اليوم و بقيمة إجمالية تقدر ب 256 مليون دولار أمريكي⁴، و إتفاقية الإستثمار مع

1 - المرسوم التنفيذي 105-17 المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1438 الموافق ل 5 مارس 2017 ، يحدد كفاءات تطبيق المزايا الاضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لاكثر من 100 منصب شغل، ج ر عدد 16 المؤرخة في 8 مارس 2017.

2 - المرسوم التنفيذي 101-17 المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1438 الموافق ل 5 مارس 2017، يحدد القوائم السلبية و المبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا و كفاءات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات، ج ر عدد 16 المؤرخة في 8 مارس 2017.

3 - إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية للإستثمار و حامة واطر ديسالنايشن ، الجريدة الرسمية عدد 07، المؤرخة في 28 يناير 2007، ص 21.

4 - المادة 11 من إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية للإستثمار و حامة واطر ديسالنايشن ، المرجع نفسه، ص 24 .

شركة كهرا¹ KAHRAMA، و التي كان نوع الاستثمار محل العقد هو إنشاء مركب بأرزو يشمل مصنعا لتحلية مياه البحر، بسعة اسمية تقدر ب 88.888 م³ في اليوم، و مركز توليد الكهرباء بقوة اسمية تعادل 321 ميغاواط، و ذلك بمبلغ إجمالي قدره 27.750 مليون دينار، و يمثل ما يعادل 370 مليون دولار أمريكي².

و عليه، يظهر و بعد تأكيد ديباجة كلا الاتفاقيتين، على أهمية المشروع الإستثماري بالنسبة للإقتصاد الوطني، بالنظر إلى الطبيعة الإستراتيجية لقطاع تزويد المياه بالجزائر و للتكنولوجيات المستعملة التي تسمح بحماية الموارد الطبيعية ، أن التطبيق الفعلي لأحد أو كل الفواعل المتعلقة بإستخدام تكنولوجيات خاصة في إطار تنمية مستدامة، بالإضافة إلى الديباجة، تم إدراجها كبنء³ في الاتفاقيتين.

فضلا عن الإستفادة من الإمتياز الإستثنائي تطبيقا لأحكام المادة 2/10 و المادة 12 من الأمر 03-01 الملغى، مقابل استخدام تكنولوجيات خاصة تفضي إلى تحقيق تنمية مستدامة في إطار حماية البيئة و الموارد الطبيعية و ادخار الطاقة ، إكتسب المستثمرين بموجب الاتفاقيتين الإمتيازات المالية المقررة في ظل النظام الاستثنائي⁴.

¹ - إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية للإستثمار و كهرا ، الجريدة الرسمية عدد 07، المؤرخة في 28 يناير 2007، ص 33.

² - المادة 07 ، المرجع نفسه، ص 35.

³ - تحت عنوان، إحترام المقاييس ، تتعهد شركات المشروعات 'بإحترام المقاييس و المواصفات التقنية و البيئية المعمول بها الناجمة عن القوانين و التنظيمات و الإتفاقيات الدولية التي تعد الدولة الجزائرية طرفا فيها. و على وجه الخصوص تلترم شركة المشروع بانجاز الإستثمارات الضرورية في مجال مكافحة التلوث الصناعي و حماية البيئة و الوسط البحري و الساحل و الشاطئ، تطبيقا للتنظيم المعمول به"، أنظر المادة 11 من إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية للإستثمار و كهرا، المرجع السابق، ص 35 ، و المادة 14 من إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية للإستثمار و حامة و استر ديسالنايشن ، المرجع السابق، ص 25 .

⁴ - إكتسبت شركة كهرا، بموجب نص المادة 6 من الإتفاقية، إمتيازات إستثنائية زيادة على الإمتيازات المقررة بالقانون العام ، إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية للإستثمار و كهرا ، المرجع السابق، ص 34.

في الأخير نتج عن مرحلة التفاوض إنشاء حقوق جديدة كرسست على شكل بنود في إتفاقيات إستثمار، و على أساس ذلك، تقاس الإستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني والمستفيدة من النظام الإستثنائي، على نجاح مرحلة التفاوض في إنشاء حقوق متكافئة لأطراف العقد الإداري الدولي ، من خلال تكريسها في بنود إلزامية في العقد.

ب: نظام دعم شامل في النظام الفرنسي

إستجابة لإحتياجات المستثمرين ، تم إنشاء نظام مالي إستثنائي متنوع لدعم الدولة الفرنسية لنشاطات الإستثمارية، وفقا لمكان المشروع كما سبق و أن أشرنا أعلاه، و وفقا لنوع المشروع.

فعلى غرار الإعفاءات و الخصوم الضريبية، تتخذ الإمتيازات الإستثنائية أشكال متنوعة حسب نوع النشاط المدعم، فتكون على شكل قروض بدون فوائد، منح لمشاريع الإستثمار في البحث و التطوير تكاليف عقارية منخفضة، إعفاء من الإسهامات في الضمان الإجتماعي لصالح أرباب العمل و تغطية بعض التكاليف من بينها تكاليف تدريب الموظفين الجدد، و ضمانات حكومية أخرى¹.

تلعب وكالة الإستثمار في فرنسا دور الوسيط بين المستثمرين الأجانب و الهيئات العمومية الفرنسية، و هذا عند تحديد أحد أشكال الدعم الحكومي التي تستفيد منها المشاريع المؤهلة بصفقتها ذات أهمية للإقتصاد الوطني²، و جاء تنوع أشكال الدعم الحكومي نتيجة أهداف و إستراتيجيات مدروسة تسعى الدولة إلى تحقيقها تدريجيا في مجال تطوير الإقتصاد الوطني³، يمكن حصرها في تنمية مهارات القوى

بالإضافة إكتسبت شركة حامة وستر ديسالنايشن، هي أيضا إمتيازات إستثنائية إضافة لإمتيازات القانون العام، و هذا بموجب المادة 9 من إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية للإستثمار و حامة وستر ديسالنايشن ، المرجع السابق، ص23 و 24.

¹ - Serge Boscher, op.cit, p 88.

² - ibid, p 88.

³ - تتمثل أشكال الدعم الحكومي في :

- توفير حوافز مالية للشركات في سبيل خلق الوظائف وتدريب الموظفين: و يكون هذا من خلال الإعفاء أو التخفيف من الإسهامات الضمان الإجتماعي خاصة في مناطق المساعدات الإقليمية، كما أن الدولة تتكفل جزئيا بتغطية بتكاليف تدريب الموظفين. و هذا بهدف تنمية مهارات القوى العاملة.

العاملة في فرنسا و تطوير تقنيات البحث و الإختراع و هذا في إطار الإتحاد الأوروبي و تحت إشراف وزارات الإقتصاد و الصناعة و البيئة¹ ، و هيئة OSEO² ، بالإضافة إلى حماية البيئة وفقا للمعايير الدنيا الدولية المطلوبة.

و على أساس ذلك، يستفيد المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة الفرنسية، من إمتيازات إستثمارية مالية مزدوجة، بإعتبار أن الإمتيازات الإستثنائية تختلف عن نظيرتها المتعلقة بأصل الإستثمار، و بالتالي نكون لا محال أمام حوافز حقيقية جاذبة للإستثمار الأجنبي في المشاريع الإقتصادية ذات الأهمية الخاصة للإقتصاد الفرنسي و الموزعة على أقاليم تتطلب تنميتها تدخل الدولة المباشر في الإستثمار، ما يجعل منه نظام دعم شامل للإستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي

في ظل تحقيق المصلحة العامة من الإستثمارات الأجنبية موضوع العقود الإدارية الدولية، و تقبل فكرة أن كل طرف من العلاقة التعاقدية يسعى لتحقيق أهدافه الخاصة، و التي من أهمها تحقيق أعلى معدلات الربح ، أصبح من الواجب توفير حماية و ضبط لمفاهيم معينة.

و اعتبارا لذلك، تعتبر التشريعات الداخلية من أهم الحواجز التي تحد من حماية حقوق الملكية (الفرع الأول) ، لذا تقوم عملية الإصلاح الاقتصادي على مجموعة من المبادئ معترف بها دوليا ، مبنية على أساس مشترك يتمثل في انسحاب الدولة من المجال الاقتصادي، و تحرير الاقتصاد عن طريق التخفيف من القيود، و إدخال قواعد المنافسة³، هذا لا يمنع من كون الإستثمار الأجنبي رأسمال خارجي

- الدعم عن الإبتكار و البحث و التطوير: و هذا في جميع إقليم الدولة ، من خلال الخصم الضريبي على الأبحاث، كما يمكن أن تغطي الإعانات جزءا من المصروفات البحث و التطوير المتعلقة بشراء المعدات و مصاريف الأبحاث المتعاقد عليها و حقوق الملكية الفكرية و حقوق الإختراع...

- دعم الإستثمارات البيئية الجاري تطويرها: من خلال تقديم منح للإستثمارات التي تغطي الحد الأدنى من المعايير البيئية المطلوبة قانونا، المرجع نفسه ص 94 - 97.

¹ - <http://investissement-avenir.gouvernement.fr> , consulter le 20/11/2015.

² - OSEO : Agence française de l'innovation /Banque Publique d'Investissement, www.oseo.fr.

³ - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 67.

وافد إلى الدولة المتعاقدة بموجب عقد الإستثمار، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد القانونية السارية فيها، لان هذه القواعد المفروضة من قبل المشرع الوطني تمثل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة و حقا مشروعاً من حقوقها القانونية لا يمكن إنكاره، رغم أنها قد تشكل في الوقت ذاته معوقات أمام المستثمر الأجنبي تدفعه إلى الهروب من الأقاليم المقيدة للاستثمار ، والبحث عن وسائل قانونية توفر له الأمن¹ القانوني لإستثماره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيود حماية الملكية

يعد النظام المالي الذي يدخل في إطار الإمتيازات التحفيزية الممنوحة من قبل الدولة غير كافي نظرا للإضطدام الذي قد يحدث عند المساس بحقوق الملكية المتعلقة بالخصوص بأموال و عقارات المستثمر المتعاقد مع الدولة، و عليه فالتكامل بين المزايا المالية و الحماية القانونية للحقوق الملكية التابعة للإستثمار ضروري لإنجاح مشروع الإستثمار موضوع العقد.

و السبب في ذلك، أن ملكية المستثمر الأجنبي في تشريعات الإستثمار الحديثة تعد مرادفة للإستثمار، لأن هذا الأخير يعني خلق ملكية جديدة هي ملكية المشروع الإستثماري، فوفقاً للمفهوم الحديث للإستثمار الأجنبي الذي تبنته التشريعات و الفقه و العرف الدولي، و الذي لا يقصر حق الملكية في الأموال المادية و الأموال العينية، و إنما يشمل مظاهر السيطرة المباشرة و غير مباشرة على عناصر الإستثمار ذات القيمة الإقتصادية، لتشمل بذلك الحماية أكبر جانب من النشاط الإقتصادي².

و رغم ذلك، يواجه حق الملكية قيود على هذه الحماية، و إن كانت مخففة مقارنة بالمرحلة السابقة، أين كانت الدول تسعى إلى طرد المستثمرين الأجانب بدل جذبهم، و هذا نتيجة سياسة التأميمات التي تبنتها الدول النامية في سنوات السبعينات من القرن الماضي.

¹ -لعماري وليد ، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 86.

² - حسين نواره، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 5،6.

و ينتقد الفقه هذه القيود، و يعتبرها حواجز و صعوبات تحول دون نجاح المشروع الإستثماري¹ خاصة و أن على الدولة النامية مواجهة المشاكل و الصعوبات التي تمس النشاط الاقتصادي² على إقليمها، فان كانت بعض الدول حاليا تعاني من مشاكل سياسية و اقتصادية ، قد تؤثر بشكل مباشر على استقطاب الاستثمار الأجنبي، فإن الجزائر قد واجهت فيما سبق مثل هذه الأزمات الاقتصادية، في مرحلتين تاريخيتين ساهمت كليهما في التأثير على الإستثمار.

نشير هنا، إلى مرحلة ما بعد الإستقلال و الى ما بعد حدوث أزمة انخفاض أسعار البترول ابتداء من عام 1986، حيث شهدت الحواجز القانونية المفروضة على المستثمر الأجنبي انخفاضا محسوسا بعد هذه الأزمة إلى غاية اليوم، لكن الإشكالات التي يطرحها النظام القانوني الجزائري، هو عدم القناعة التامة بضرورة وجود قيود أو عدمها.

و عليه، يعد شرط نزع الملكية و الإستيلاء و التأميم القائم في العقود الإدارية الدولية قيدا تشريعا يبعث حالة من عدم الإطمئنان لدى المستثمر الأجنبي، إلا أن عملية الضبط القانونية التي قيدت حق الدولة في نزع الملكية، أصبحت توحى أنه التزام بحماية الملكية أكثر من أنه حقها السيادي في العقد.

و يقصد بنزع الملكية بمختلف أشكالها، تحويل الملكية الخاصة إلى الدولة خدمة للمصلحة العامة فإن تم ذلك بموجب إجراء انفرادي نكون أمام ما يسمى ب "نزع الملكية من أجل المنفعة العامة"، أما إذا شمل الإجراء كل أملاك الأجانب أو كل القطاع الاقتصادي فنكون أمام ما يسمى "تأميم"³.

1 - من بينهم، د. بلوج بولعيد، معوقات الإستثمار في الجزائر، المرجع السابق. د. وصاف سعدي و د.قويدري محمد، واقع مناخ الإستثمار في الجزائر، بين الحوافز و العوائق، مجلة العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، عدد 08، جامعة ورقلة، 2008. د. خوادجية سميحة حنان، مداخلة بعنوان: تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر المنعقد بورقلة يومي 18 و 19 نوفمبر 2015.

2 - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 152.

3 - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 179.

حيث أن الفرق بينهما هو أن إجراء نزع الملكية يكون محله عقار في الغالب و يكون الهدف منه تحقيق مصلحة عامة، أما التأميم فله بعد آخر، سواء في محله أو هدفه الذي يكون المراد به في الأغلب، القضاء على سيطرت الرأسمال الأجنبي على الاقتصاد الوطني.

أما بالنسبة للإستيلاء، فهو ذلك الإجراء الذي تتخذه السلطة الإدارية المختصة في الدولة، عن طريق وضع اليد على إحدى الأموال المملوكة للخوادم، عقارية كانت أو منقولة، بقصد تحقيق لمصلحة عامة مستعجلة، مقابل تعويض، بشرط أن يسترجع المالك أملاكه متى انقضت الأسباب الشرعية للإجراء¹.

و بذلك يشترك كل من هذه الإجراءات في أن نزع الملكية في الحالات الثلاث يكون بمقابل تعويض عادل، غير أن إجراء الإستيلاء يكون نزع لملكية بصفة مؤقتة، ينقضي بمجرد إنتهاء السبب المشروع وراء ذلك ، لتعود الأملاك مرة أخرى لصاحبها الأصلي.

و رغم ذلك، تعتبر الملكية الخاصة لدى المستثمر الأجنبي، حق مقدسا، مما يجعل تمسك سلطات الدولة بالإجراءات السابقة الذكر، خاصة في العقود الإدارية الدولية، أمر غير محبذ لديه، لإعتباره أن مثل هذه الإجراءات تمس بحريته الاستثمارية و استقرار مشروعه الاستثماري.

إلا أن تقديس الملكية الفردية و وصفها بأنها حق قانوني واجب الإحترام، لم يمنع التشريعات المختلفة ومنذ القدم من الإعتراف للدولة بحقها في نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض يدفع للمالك²، و هو ما اقره النظام القانوني الجزائري أيضا بداية من الدستور³ إلى قانون الإستثمار⁴.

1 - امزيان وهيبية، نزع الملكية بين الشرعية و المشروعية و حقوق الغير في التشريع الجزائري و القانون الدولي، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة بومرداس، 2009، ص 8.

2 - لعماري وليد، المرجع السابق، ص 87.

3 تتص المادة 20 من الدستور على " : لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. و يترتب عليه تعويض قبلي عادل، و منصف"، المرسوم 96-438 المتضمن نص تعديل الدستور ، المرجع السابق، ص 10.

4 - المادة 23 من القانون 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق، ص 22.

و تأكيداً لذلك، نجد أن الدولة الجزائرية لازالت تتمسك بحقها في نزع الملكية و الإستيلاء و التأميم و هذا بتضمينها كبنود في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها، و هذا و إن كانت القراءة الأولية لهذه البنود توحي بالعكس، إلا أن الإستثناء الوارد عن المنع هو الذي يمثل القيد الذي يخيف المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الإدارة.

و كمثال على ذلك نجد المادة 07 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة حامة و اتر ديسالنايشن، و المعنونة ب " نزع الملكية و الإستيلاء و التأميم¹، و التي نصت الفقرة الأولى منها على: "... لا يمكن أن تكون أصول و أسهم شركة المشروع محل أي نزع للملكية خارج الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"، فللهذه الأولى يتبادر إلى الذهن أن نزع الملكية محرم على الدولة بموجب هذا البند، إلا أن الشرط الثاني من الفقرة يحيل إلى أن هذا الحكم مرتبط بشرط مانع فقط، و هو عدم مشروعية نزع الملكية إذا ما كانت خارج الحالات المنصوص عليها في التشريع، و تكمن هذه الحالات² فيما إذا أدت كل الوسائل الأخرى لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية إلى نتيجة سلبية، و في حالة تنفيذ لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير و التهيئة العمرانية و التخطيط المتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية كبرى ذات منفعة عمومية.

و ختاماً، يعد حق نزع الملكية عامل مقيد لأحد حقوق المستثمر الأجنبي و ليس حاجز للإستثمار الأجنبي ككل، لأن تنظيم المشرع لحق نزع الملكية لصالح الدولة، هو بدوره يفرض ضوابط تشريعية ضد الكيان العمومي، فبالإضافة الى الحالتين المذكورتين في المادة 2 من قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، يتضمن القانون نفسه، في المادة 32، التي تجبر الدولة على الإلتزام بتنفيذ المشاريع التي نزعت من أجلها الملكية الخاصة في الأجال المحددة لذلك في العقد أو القرارات، و إلا تسترجع ملكية العقار لصاحب الحق³، و زيادة على ذلك، يعد التعويض حق يضمنه الدستور⁴ و التشريع¹، و حتى العقد².

-
- 1- انظر المادة 07 من اتفاقية الإستثمار بين الدولة الجزائرية و شركة حامة و اتر ديسالنايشن، المرجع السابق.
 - 2 - المادة 2 من القانون رقم 91-02 المؤرخ في 27 ابريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 21، المؤرخة في 8 مايو 1991، ص 694.
 - 3 - المادة 32 من القانون رقم 91-02، المرجع نفسه، ص 697.
 - 4 - المادة 20 من الدستور، المرجع السابق، ص 10.

أما عن حق الإستيلاء الواردة مثلا في إتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة حامة و اتر ديسالنايشن، يظهر إشكال التناقض في المصطلحات بين النص الأصلي و النص الرسمي، بحث تضع أمامنا إحتمالين خاصة و أن ترجمة مصطلح " Requisition " إلى النص العربي، ترجم على أساس انه " مصادرة" في المادة 16 من قانون الإستثمار، على عكس الاتفاقية في مادتها 7 ، التي جاءت بمصطلح " اللإستيلاء " .

و الإختلاف في إستعمال المصطلحين، يعود للأثر الذي يحدثانه على أملاك المستثمر الأجنبي فمصادرة السلطة العامة في الدولة لملكية كل أو بعض الأموال و الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص يكون بدون مقابل، حيث يعد عنصر التعويض هو ما يميزها عن نزع الملكية و التأميم بإعتبارها عقوبة اقتصادية³.

فإن كان المراد من الإجراء هو العقوبة، و ليس وضع اليد على الأملاك بصفة مؤقتة، كان على المشرع في النص الأصلي⁴ استعمال مصطلح " Confiscation " بدلا من " Requisition ".

وعليه و بالعودة إلى الفقرة 2 من المادة 7 من الإتفاقية⁵ نجد أنها كانت تقصد الإستيلاء بمفهوم القانون المدني⁶، و هو ما ظهر أيضا في نص الإتفاقية باللغة الرسمية، و مبرر ذلك أن البند جاء كنوع

1 - تنص المادة الأولى من القانون رقم 91-02، على " عملا بالمادة 20 من الدستور، يحدد هذا القانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، و شروط تنفيذه و الإجراءات المتعلقة به، و كليات التعويض القبلي العادل و المنصف".

2 - جاء إتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة حامة و اتر ديسالنايشن، متضمنة لشرط التعويض العادل و المنصف مع أخذ بعين الإعتبار الحالة المادية للمصنع و الوضعية المالية للشركة يوم واحدا قبل تاريخ نزع الملكية ، أنظر في ذلك المادة 7 من الإتفاقية، المرجع السابق.

3 - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 276، 277.

4 - Veuillez consulter l'article 16 de l'ordonnance 01-03 du 20 aout 2001, jora n 47, du 22 aout 2001, p 5.

5 - Veuillez consulter l'alinéa 2 de l'article 7 de la convention d'investissement entre l'agence nationale de développement de l'investissement, par abréviation "A.N.D.I." et Hamma Water Desalination SPA, par abréviation HWD SPA, jora n 07, du 28 janvier 2007, p 20.

6 - l'article 679 du code civil utilise le terme réquisition de biens, dans les cas de circonstances exceptionnelles , d'urgence et pour assurer la continuité du service public, ordonnance n° 75-58 du 26 /09/1975 portant code civil, modifiée et complétée. <http://www.joradp.dz/TRV/FCivil.pdf>, p 111.

من الحماية التي توفرها الدولة للمتعاقد معها من إجراء الإستيلاء، و أيضا عندما أدرجت هذا الأخير تحت عنوان مشترك و هو " نوع الملكية و الإستيلاء و التأميم" .

ففقها ، يعد الإستيلاء إجراء مشابه لنزع الملكية، تتمسك به الدولة كطرف في العقد، إلا انه إجراء مؤقت و يشمل الأموال العقارية و المنقولة، و يحدد التعويض قياسا لمدة الإستيلاء، عكس نزع الملكية¹ رغم أن المشرع في القانون المدني، لم يحدد ذلك²، و بالتالي فإنه حق أقل تقييدا من نزع الملكية إذا ما اعتبرناه إجراء مؤقت و ليس نهائي.

جاء أيضا، إجراء التأميم ضمن بنود اتفاقية الإستثمار محل المناقشة³ و يمكن هذا الإجراء الدولة من تأميم شركة الإستثمار في حالة إصدار نص قانوني يتيح ذلك⁴، و يعتبر التأميم من النظم القانونية الحديثة نسبيًا، حيث يرجع أولى تطبيقاته إلى عام 1917، عندما تعرض مبدأ الملكية الفردية للإلتهام و يعد من أخطر أنواع نزع الملكية إذ يكون استثنائيا و في حالات معينة متعلقة بتغيير نظام الدولة الإقتصادي والسياسي، و هو ما حدث في الجزائر عند تبنيها النهج الإشتراكي الذي تبعه تأميم المحروقات و بالتالي تأميم الشركات الأجنبية⁵.

و إعتبارا لما سبق، أثارت إشكالية الاعتراف بحق تأميم و نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية لصالح الدولة اختلاف الفقه، بحيث يتمسك البعض بعم مشروعية هذه الإجراءات استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب التي تأخذ بعين الاعتبار الآثار المترتبة عنها، و المتمثلة في إثراء الدولة المضيفة على حساب

1 - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 287.

2 - لا تفصل نصوص القانون المدني في طبيعة المؤقتة للإستيلاء، لا في المادة 679 و لا عند نصها على التعويض في المادة 681 مكرر 2 .

3 - انظر الفقرة 3 من المادة 7 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة حامة و اتر ديسالنايشن، المرجع السابق .

4 - انظر أحكام المادة 678 من القانون المدني، المرجع السابق .

5 - لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 89.

دولة المستثمر، أما البعض الآخر فيتمسك بحق الدولة في التأميم استنادا إلى سيادتها الإقليمية و ما يترتب عنها من سلطة في تنظيم النشاط الاقتصادي خدمة لأهدافها و أولوياته¹.

نفس الرأي تبنته محاكم و هيئات التحكيم الدولية و اعتبرته تعبيرا عن سيادة الدولة الإقليمية المكرسة في القانون الدولي²، و سبق لمحكمة العدل الدولية الدائمة التأكيد على حق التأميم باعتباره من الحقوق السيادية للدولة³، كما اعترفت بحقها أيضا بعدم ممارستها من اجل جذب رؤوس الأموال الأجنبية دون أن تتضمن أية تنازلات في هذا المجال، و يتم ذلك عن طريق معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف أو بواسطة العقد المبرم بين الدولة و المستثمر، أو عن طريق التشريع الداخلي⁴.

و عليه، نلاحظ أن تمسك الدولة بهذه الشروط في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها، لا يعد أمر غير مشروع بالنسبة للنظام الدولي، و إن كان باستطاعتها التنازل عنه سواء في الإتفاقية الثنائية أو العقد، إلا أن منعه يعد تعدي على أحد حقوق السلطة العامة.

و بالتالي يترك لها الإختيار في تضمينه داخل العقد أو لا، و هو ما عملت به الدولة الفرنسية في اتفاقية الامتياز المبرمة بين الدولة و شركة تشغيل المطارات⁵، و التي جاءت الإتفاقية خالية من هذا الشرط. بالمقابل اعتمدت على أساليب رقابة إدارية أخرى.

الفرع الثاني: الضمانة الدولية عامل استقرار للملكية

لطالما ظلت الضمانات الداخلية للاستثمار مقصرة في طمأنة المستثمرين¹، فقوانين الإستثمار في الدول المضيفة لا تحقق لوحدها الحماية الكافية، بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء²، فالهلع

1 - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 280.

2 - من بين هذه الأحكام الصادر في قضية TOPCO وقضية Clasiatic Texaco، المرجع نفسه ص 280، 281.

3 - و هذا في قضية les intérêts allemands en haute Silésie polonaise، المرجع نفسه ص 281.

4 - المرجع نفسه ص 282.

⁵ - décret n° 2015-319 du 20 mars 2015, op.cit.

من بسط سلطان الدولة، كان الدافع وراء البحث عن ضمانات دولية تحمي الإستثمارات الأجنبية ، و تخلق نوع من التوازن القائم على تلبية مصالح الطرفين³، في العقد.

لذا اهتمت المصادر الدولية اهتماما كبيرا بتوفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي بصفة عامة فخلق المجتمع الدولي لهذه المصادر، يهدف إلى وضع آليات قانونية من أجل إنشاء بيئة مستقطبة للإستثمار داخل الدول، تضمن للمستثمر الأجنبي إمتيازات أكثر استقرارا، من خلال التعاقد فيما بين الدول على شكل تكتلات جماعية أو ثنائية، تعطي أبعاد قانونية للحماية الدولية للاستثمار.

و تعتبر الحقوق المكتسبة تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين و التي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد⁴، فبدافع الرغبة في طمأنة المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، تلجأ هذه الأخيرة إلى التعاقد مع دولته الأصلية عن طريق اتفاقيات دولية من أجل ضمان أكثر رعاية له في سبيل تشجيعه و إستقطاب استثماراته على إقليمها.

إن توجه الدول إلى التكتل فيما بينها يحقق أبعادا اقتصادية تنموية مشتركة، خاصة و أنها تحقق نظام حماية شامل لحقوق المستثمر الأجنبي المكتسبة بواسطة عقده الإداري الدولي و المنظمة بموجب التشريع الوطني، بالإضافة إلى إمكانية إضافة حقوق جديدة و إلغاء ما يخالف أحكام الاتفاقية الدولية في التشريع الوطني، لسموها عليه.

و من بين أهم الإتفاقيات التي تضمن الحماية القبلية للحقوق المكتسبة، الإتفاقيات الإقليمية و الثنائية ، نظرا لمحدودية المستثمر المعني بهذه الإتفاقيات، ما يكسبه معاملة قانونية و مالية تمييزية لمشروعه الإستثماري المقام على إقليم الدولة الأجنبية، و المتعاقدة مع دولته الأصلية.

1 - عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص 109.

2 - لعماري وليد، المرجع السابق، ص 26.

3 - عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 109.

4- عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 211.

و يقصد بالاتفاقيات الإقليمية، تلك التكتلات التي تعقدها الدول نظرا لإنتماؤها إلى أقاليم جغرافية ذات طبيعة مشتركة من الناحية الثقافية و الاقتصادية و الإجتماعية، منشأة بذلك إتحاد لها في العديد من القضايا و المسائل المشتركة، تهدف من خلالها إلى تحقيق أهدافها المشتركة في مختلف المجالات.

و إعتبارا لذلك، يعد مجال الإستثمار من أهم المجالات التي تهدف إليها هذه الإتفاقيات، لما له من أبعاد في الحياة الاقتصادية للدول الأعضاء، غير أن تقييم مدى فعاليته و مردوديته على إقتصاداتها يختلف بحسب بنود الإتفاقية و تطبيقها على أرض الواقع.

و من أجل ذلك، قد توفر كل من الإتفاقيات الإقليمية الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي، لكن هذا لا يكفي إذا ما إفترضنا أن هذه الحماية تشجع في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، لكن بالمقابل قد لا تكون فعالة لإنجاح المشروع الاستثماري موضوع العقد الإداري الدولي، نظرا لعدم وجود أبعاد تنموية اقتصادية حقيقية للدولة المستقطبة داخل الإتفاقية.

و انطلاقا من انتماء الجزائر لإتحاد الدول المغاربية، و انطلاقا من فحوى المادة الثالثة من معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي، ورغبة من دول الاتحاد في توثيق العلاقات الاقتصادية وتكثيف التعاون المثمر بينها، واقتناعا منها بتشجيع وضمان الاستثمارات، وقعت اتفاقية¹ تشجيع و ضمان الإستثمار بين دول المغرب العربي².

و يعد هذا بمثابة تنويع أولي للتوجه الوحدوي على المستوى الجهوي و الإقتصادي³، فالمراد من هذه الإتفاقية، توثيق العلاقات الاقتصادية و تكثيف التعاون المثمر بين دول إتحاد المغرب العربي⁴، من

1 - حساني محمد منير، المرجع السابق، ص 5.

2- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي، الموقعة بالجزائر بتاريخ أول محرم 1411، و الموافق ل 23 يوليو 1990، المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج ر عدد 06 المؤرخة في 6 فبراير 1991، ص 203.

3 - علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني و القانون الدولي "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 13 ديسمبر 2008، ص 78.

4- دول اتحاد المغرب العربي هي، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المملكة المغربية، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجمهورية التونسية، والجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى.

خلال تدعيم و تشجيع الإستثمار فيما بينها، و تحقيقا لأفضلية في معاملة رؤوس الأموال و الإستثمارات التابعة لهذه الدول، على إقليم الدولة المستقبلة لها¹.

و عليه، تضمنت هذه الإتفاقية، العديد من الأحكام و التي تضمن بها حماية و تشجيع الإستثمار في الدول المغاربية عامة، و الجزائر خاصة، حيث كفلت للمستثمر المغاربي تمييز في المعاملة داخل احد أقاليم دول الإتحاد المغاربي، من خلال تكريس حرية حركة رأس المال المغاربي من و إلى دول الإتحاد²، و توفير الإمكانات اللازمة و الملائمة لاستثمار هذه الرؤوس وفقا لطبيعة الإستثمار، و بما لا يقل عن ما قد يتاح للمستثمر الوطني، كالمساواة مع هذا الأخير في تحمله الرسوم التأسيسية و رسوم وأجور الخدمات.

تظهر هذه المعاملة العادلة و المنصفة، حسب ما ورد في الإتفاقية، في مجموعة من التسهيلات من أهمها، إصدار التراخيص و الموافقات اللازمة لقيام الإستثمار، و حق استرداد المعدات و الموارد اللازمة للإستثمار، بالإضافة إلى حق امتلاك الأراضي اللازمة للمشروع، ما يجعل المستثمر المغاربي مستفيد من أي مزايا يقدمها الطرف المتعاقد لمواطني أية دولة أخرى وفقا لمبدأ المعاملة الأكثر رعاية³.

أما بالنسبة لحماية الحقوق المالية، قد كرست الإتفاقية الضمانات المالية التقليدية، مثل حرية تحويل الأموال و بدون أجال، بالإضافة إلى مبدأ حماية إستثماره من الأضرار التي قد تلحقه من قبل الدولة المتعاقدة، حيث يثير تدخلها في الإستثمار بطريقة تعسفية تمس بالحقوق المكتسبة مسؤوليتها الدولية نتيجة ما أحدثته من ضرر، و احتراما لإلتزاماتها الدولية تجاه المستثمر المغاربي، يتوجب عليها تعويض ذلك الضرر⁴.

¹ - أنظر ديباجة اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول الإتحاد المغرب العربي، المرجع السابق، ص 203.

² - لتفصيل أكثر، أنظر المادة الأولى من إتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول الإتحاد المغرب العربي، المرجع نفسه، ص 204.

³ - المواد 02 و 06 ، اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول الإتحاد المغرب العربي، المرجع نفسه، ص 204.

⁴ - لتفصيل أكثر انظر المواد 11، 12، 13، ، المرجع نفسه، ص 205.

و على الرغم من التنصيص على مبدأ المعاملة أكثر رعاية، إلا أنها تبقى معاملة محدودة يحكمها مبدأ المساواة بين المستثمر الوطني و المستثمر الأجنبي، أي عامل تقييدي قد لا يخلق حوافز جديدة تستقطب المستثمر بموجب هذه الإتفاقية نتيجة ارتباطها الدائم بأحكام التشريع الوطني، دون إنكار أهمية التفاوض على إمتيازات مالية إضافية¹.

أما بالنسبة للضمانات القانونية، فتحمي الإتفاقية الإستثمار من التأميم و انتزاع إستثمارات احد رعايا الأطراف المتعاقدة إلا في حالة كانت هذه الإجراءات لفائدة المصلحة العامة و طبقا للصيغ التي ينص عليها قانون الدولة المضيفة للإستثمار، مع شرط أن تتم هذه الإجراءات دون تمييز بين المستثمرين، و مقابل تعويض عاجل و عادل و فعلي خلال مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفته القطعية.

إلا أن ما يلاحظ أن تكريس حماية الإستثمارات من إجراءات نزع الملكية أو التأميم ليس مطلق بموجب هذه الإتفاقية، و هذا ما يفسر احتفاظ الدولة في عقدها على نسبة معينة من سلطتها العامة في العقد مبررة ذلك بالمصلحة العامة، ما يكرس الطبيعة الإدارية لعقد الإستثمار الدولي الذي تكون الدولة طرفا فيه، خاصة و أن مثل هذه الإجراءات تعتبر من القيود التي تفرضها الدولة على الإستثمارات.

الفصل الثاني: إرساء بنود العقد لمبدأ الإرادة و الأمن القانوني

إذا كانت العلاقة التعاقدية في العقد الإداري الدولي وليدة قواعد القانون العام، تكشف لنا مرحلة إعداد العقد تدخل قواعد خاصة في تنظيمه، و إن كانت القواعد العامة قد تسترت على مبدأ التوازن بين أطراف العقد من حيث الالتزامات و الحقوق القانونية و المالية، معوضتا إياه بالحوافز و الامتيازات التشريعية، تلعب القواعد القانونية الخاصة أو الإستثنائية دورا هاما في صياغة بنود العقد، بحيث تمنح صلاحية الإشتراك في وضع شروط التعاقد داخل العقد الإداري.

¹ - المادة 14، المرجع نفسه، ص 205.

و عليه تعد بنود العقد الإداري الدولي أهم المؤشرات القانونية الكاشفة عن القواعد القانونية الموضوعية في النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية ، لأنها وليدة إرادة الأطراف التي تفاوضت من أجل سنها، بعدما مكنها المشرع من ذلك في التشريعين الأساسيين في تنظيم العقود الإدارية الدولية.

ففي قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام منح المشرع حق التفاوض حسب كيفية إبرام الصفقات العمومية، فنجد هذا الحق عند إجراء المسابقة أو عند التراضي، أما قانون تطوير الإستثمار قد أعطى المتعاقد مع الوكالة الوطنية لترقية الإستثمار و التي تتصرف باسم الدولة إمكانية التفاوض عند إبرام الاتفاقية .

و اعتبارا لذلك، تكون البنود المتفق عليها في العقد وليدة الإرادة القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية وهذا تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة المعترف به في العقود الخاصة، و تعد بذلك هذه المشاركة بمثابة فرصة للمتعاقد الأجنبي مع الدولة لإرجاع العقد إلى حالة التوازن، مستعينا في ذلك بمبدأ ثان، و هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين¹، و عليه يعد التفاوض الإنطلاقة الأولى لإحداث أثر قانوني يكفل توازنا عقديا عند التعاقد عملا بمبدأ الإرادة (المبحث الأول) ، الذي يظهر من خلال الضمانات التعاقدية التي ستحمي هذه العقود من خلال توفير أمن قانوني و كذا الحد من مشكلة إختلال التوازن المالي للعقود الإدارية الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دور التفاوض في إرساء مبدأ الإرادة

رغم انطواء العقد الإداري الدولي على حصص كبيرة من موارد الدولة المالية و غير المالية² التي تعطي للمصلحة المتعاقدة حق وضع شروطا للحفاظ على هذه الموارد، إلا أن للمتعاقد الأجنبي الحق في وضع ما يحميه من الشروط المعترف بها دوليا للحفاظ على العقد من عدم التوازن القانوني لصالح الدولة المتعاقدة.

لذا فإن للتفاوض السليم دور من حيث الإجراءات القانونية في تكريس مبدأ سلطان الإرادة عند إبرام العقود الإدارية الدولية و من ثم ضمان توازن قانوني لها، حيث يعطي الأطراف عند التعاقد حق وضع ما

¹A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies,op.cit, p2.

² عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 208.

يناسب مصالحها من بنود عقدية خاصة، في حين تضع المصلحة العمومية المتعاقدة شروطا للحفاظ على مواردها و تحقيقا لمصلحتها الإقتصادية تظهر عند إعلان الدعوى للتعاقد، مع منح الحق للمتعاقد الأجنبي مناقشة هذه الشروط و التفاوض على بنود جديدة توفر له حماية قانونية ذات بعد دولي وبذلك كيفت القوانين الوطنية هذا التدخل على أنه تفاوض بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد الأجنبي يتوقف على إجراءات إبرام العقد وفقا لقانون الصفقات العمومية (المطلب الأول)، ليبقى هذا النص آلية نظرية صعبة التفسير، في حين أن أثره يظهر عند تفعيل هذه الآلية في إبرام عقود خارجة عن وصف الصفقة العمومية مثل عقود الإمتياز او تفويض المرافق العامة التي تضمن حقيقة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التفاوض وفقا لقانون الصفقات العمومية

مست التطورات الإقتصادية و القانونية الشروط غير المألوفة في العقد الإداري، و التي كانت تصب في صالح الطرف الإداري في العقد، و يعود السبب في ذلك إلى تبني قانون الصفقات العمومية بالأخص آلية التفاوض عند إبرام الصفقة العمومية، إلا أن هذا الأخير، قد وضع التفاوض كإجراء تابع يشوبه الغموض عند تفسير النص، ليمنع عن المتعاقد الأجنبي المشاركة في وضع بنود العقد في إجراء طلب العروض¹ ، بإستثناء إجراء المسابقة (الفرع الأول) ، و عدم فصله عن الإستشارة كمفهوم منفصل عنه عند التراضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التفاوض عند المسابقة

تعد المسابقة، أحد أشكال طلب العروض الوطنية أو الدولية²، و رغم عدم سماح المشرع في المادة 80 من قانون الصفقات العمومية التفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض³، إلا أنه وضع

1 - أنظر الفقرة 1 من المادة 80 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 22.

2 - أنظر المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15/247 ، المرجع نفسه، ص 12 .

3 - يتم طلب العروض حسب أحد الأشكال التالية : طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، المرجع نفسه، ن ص.

استثناءات على ذلك في أحكام نفس المرسوم و التي تبدو واضحة عند إختيار المتعامل المتعاقد وفقا لإجراء المسابقة.

فالمسابقة هي إجراء تضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة¹، بعد رأي لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني و مستقلين عن المرشحين²، و يتم منح الصفقة بعد المفاوضات مع العارض الذي قدم أحسن عرض من الناحية الإقتصادية .

و تبدأ المفاوضات مع المؤسسات الأجنبية التي شاركت في عملية إيداع العروض، بعد عملية فتح الأظرفة، و إنتقاء مجموعة من المتعاهدين من قبل لجنة التحكيم ، و الذين وافقت على عروضهم بعد تقييمها من حيث العرض التقني و المالي.

سمح المشرع في قانون الصفقات العمومية عند إدخاله لجنة التحكيم لتقييم العروض، لهذه اللجنة بإبداء رأيها و من ثم إمكانية طلب توضيحات فيما يتعلق ببعض جوانب الخدمات، و التي يجيب عنها المعنيون كتابيا.

و يعد هذا الرأي غير إلزامي للمصلحة المتعاقدة، بحكم أن المشرع لم يمنح لها الصلاحية النهائية في منح الصفقة، حيث أن رأيها إستشاري فقط من جانب عرض الخدمات، دون أن يكون لها رأي شامل حول العرض، ما يعني، أن صلاحية التفاوض التي منحتها المادة 47 من قانون الصفقات العامة في إبرام العقد بعد إجراء مسابقة، هي من نصيب المصلحة المتعاقدة، دون تدخل للجنة التحكيم .

إن ما يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تدقيقه لعمل اللجنة، و كذا غموض النص فيما يتعلق بدور اللجنة الإستشاري، و كذا مصير العرض المالي و التقني الذي بقيت صلاحية النظر فيه مبهمة .

1 - أنظر المادة 47 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، المرجع نفسه، ص 13.

2 - أنظر الفقرة 8 من المادة 48 ، المرسوم الرئاسي 247/15 ، المرجع نفسه، ص 14.

و على عكس ما كان عليه النص الجزائري، لم يترك المشرع الفرنسي غموضاً في شرح إجراء المسابقة، إبتداءً من إعتبارها طريقة لإبرام الصفقة و إنفصالها التام عن الدعوى للمنافسة، وصولاً إلى نطاق التفاوض فيها ، حيث أن العارض يقدم عند إجراء مسابقة مفتوحة ثلاث أطراف ، تتعلق الأولى بعرض الخدمة، و الثانية للعرض التقني، أما الثالثة فتتضمن العرض المالي ، أما في المسابقة المحدودة فيقدم العارضون عرضاً للخدمات فقط¹ .

و إن كان الإختلاف بارزاً عند تقديم العروض في كلا النوعين، غير أن إجراء تقييمها لا يختلف كثيراً، بحيث و على عكس لجنة التحكيم في الجزائر، و التي يبدو من قراءة النصوص أن دورها إستشاري محض، خاصة و أن المشرع لم يوضح عملها بدقة، ارتأى قانون الصفقات العمومية الفرنسي، على إيضاح الدور الفاعل للجنة، بحيث يعود إليها القرار في القبول الأولي للعروض من خلال النظر في الطرف الأول، و إبداء رأيها برفض أو قبول المترشحين وفقه، بحيث تعاد أطراف العروض التقنية المالية في المسابقة المفتوحة² لعارضيه دون فتحها في حالة رفض اللجنة لعرض الخدمات.

لستدعي اللجنة المترشحين، اما لفتح الأظرفة المالية و التقنية في حالة المسابقة المفتوحة أو إكمال الأظرفة المالية في حالة المسابقة المحدودة ، و من ثم إختيار أفضل العروض بعد مرحلة التفاوض مع المترشحين و الذين قد يكون العدد في المسابقة المحدودة لا يتجاوز الثلاثة ، مع إمكانية تقليص العدد إلى اقل من ذلك من قبل المصلحة المتعاقدة³.

و إن كان كلا المشرعين لم يفصلا في المقصود بالتفاوض بعد إختيار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء مسابقة، إلا أن ما يأخذ لصالح الفرنسي، أنه راعا التطور الذي شهدته هذه العقود وهذا عندما خصص إجراء التفاوض⁴ كإجراء لإبرام الصفقة منفصل تماماً عن باقي إجراءات الإبرام.

¹ -alinéa I du l'article 70, code des marchés publics, Dernière modification du texte le 01 octobre 2014 - Document généré le 23 mars 2015 , <https://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.dom> p 60-61.

² - alinéa III -2 du l'article 70, code des marchés publics, op ; cit.p 61.

³ - alinéa VIII du code des marchés publics,op.cit, p 62.

⁴ - l'article 65 et 66 du code des marchés publics, op.cit, p 53.

الفرع الثاني: التفاوض عند التراضي

على غرار الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة لإجراء التراضي¹، تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء مفاوضات حسب شروط معينة و التي حددتها المادة 52 من قانون الصفقات العمومية، معتبرة التفاوض نوعا من أنواع الاستشارة في بداية المادة ، لتفصل في المقصود منه في اخر فقرة من النص.

ففيما يخص العروض التي تستجيب لحاجات المصالح المتعاقدة و التي تكون مطابقة بصفة جوهرية للمقتضيات التقنية و المالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة مع المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، و تجرى هذه المفاوضات من طرف لجنة تعيينها و ترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام الأحكام المنصوص عليها في المادة 5 و المتعلقة بمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات، على أن تسهر المصلحة المتعاقدة على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

و على عكس التنظيم الجزائري، إعتد المشرع الفرنسي على التفاوض كإجراء منفصل عن التراضي و عن الدعوى للمنافسة، و هذا بوصفه إجراء لإختيار متعاقد معها يحترم فيها كل إجراءات الإعلان عن صفقة ، و هذا وفقا للمادة 40 من قانون الصفقات ، ما يخدم مستقبلا طبيعة العقد الإداري الدولية ، بحيث سيساهم في إشراك المتعاقد مع الإدارة في إنشاء بنود العقد.

و على غرار إعتراف المشرع بحق التفاوض في وضع شروط التنفيذ، إلا أن تعقيد الإجراء يخرج الدولة من الرضوخ التام لقانون الصفقات العمومية بحجة الإستثمار، دون أن تتخلى على مبادئ قانون الصفقات العمومية على إعتبار أن طبيعة العقود الإدارية الدولية المبرمة مع الأجانب، لها من الخصوصية ما يجعلها في مرحلة التعاقد صفقة إقتصادية و فنية و تقنية مبرحة للدولة خاصة إذا كان المتعاقد معها يمارس نشاطا إقتصاديا إحتكاريا.

¹ - انظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 15.

و عن الملاحظ في بعض النماذج التطبيقية، اعتمدت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة، على إبرام اتفاقية استثمار مع شركة KAHRAMA لإنجاز مركب لتحلية مياه البحر وإنتاج الكهرباء، و هذا عن طريق مناقصة للشراكة الصادرة عن سونطراك و سونلغاز في شهر ديسمبر 1997، فهي بذلك عملت على تكييف إجراءات التعاقد وفقا لتنظيم الصفقات العمومية.

و عليه فإن اعتماد المصلحة المتعاقد على إجراء المناقصة لإبرام إتفاقها، يعد إقرارا كاملا بخضوع العقد إلى بنود قانون الصفقات العمومية عند الدعوى للتعاقد، بحيث تحترم مجمل إجراءات إبرام الصفقات العمومية كمرحلة أولية¹، ومن ثم اللجوء إلى مرحلة التفاوض و التي تنتج شروط جديدة للتنفيذ تختلف عن ما ورد في دفتر الشروط، لتصنع من الإتفاق العقدي مزيجا سلسا تتجاذب القواعد العامة والقواعد الخاصة لضمان حسن التنفيذ، كنتيجة أولية، لأن الفصل في مدى تحقيق التوازن لا يتم إلى من خلال التدقيق في الشروط الإستثنائية التي تدخل على العقد .

و على أساس ذلك، تضع مثلا، شركة سونطراك دليلا للشريك الأجنبي، توضح فيه عملية إختيار المتعاقد معها، و هذا من خلال الدعوى للمشاركة عن طريق إجراء طلب العروض الدولي، محددة فيه بنود العقد من حيث الإلتزامات و الحقوق التقنية و المالية، تاركة المجال في المرحلة الموالية للتفاوض حول بعض شروط العقد².

المطلب الثاني: تثبيت القواعد العامة عند التفاوض في عقود الإمتياز و التفويض

على غرار عقود الصفقات ، تأخذ العقود الإدارية الدولية ، شكل عقود أكثر شيوعا ، ألا و هي عقود الإمتياز و التفويض، حيث ساهم التعاقد بموجبها في خلق قواعد قانونية موضوعية ملائمة لطبيعة العقود الإدارية الدولية، غير أن فتح المجال للتفاوض للمتعاقد الأجنبي في العقد و تكريس حقه في وضع

¹ - نفس المبدأ عبرت عنه المادة 8 من المرسوم الرئاسي 247/15 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و التي نصت على ان على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا او جزئيا بمساهمة مؤقتة او نهائية من الدولة او من الجماعات الإقليمية أن تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية و العمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة ، المرجع السابق، ص5.

² - Contrat Guide Partenaire étranger, op.cit.

ما يلاءم تنفيذ العقد من شروط مزال قائما على إجازة القواعد العامة لذلك و تبعيتها المباشرة للتعاقد بموجب تنظيم الصفقات العمومية ، هذا ما يستشف في عقود تفويض المرافق العامة (الفرع الأول) وعقود الإمتياز البترولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عقود تفويضات المرفق العام

لم يحض أي تصرف إداري بالاهتمام الفقهي كما حضي به الإمتياز¹ كونه التصرف الذي ظهر كنتاج للحتميات التاريخية للإدارة التي أدخلته كوسيلة مناهضة للوسائل المشهورة في عملية التسيير الإداري كأسلوب المؤسسة العامة²، حيث تميل السلطة العامة بموجب عقد الإمتياز إلى التخلي عن بعض الأنشطة العامة أو ذات المصلحة العامة لصالح الأفراد³ بغية تنفيذ مرفق عام سواء من خلال تنظيمه أو استثماره أو تسييره أو إنشائه أو إدارته تحت إشرافها.

غير أن تنظيم عقود الإمتياز قد أثار تساؤلات عديدة، سواء في النظام القانوني الجزائري أو الفرنسي ، خاصة من ناحية أبعاده الاستثمارية ، و ظهور مفاهيم جديدة له ، خاصة وأنه عقد تاريخي مستأصل من أهداف العقود الإدارية (أولا)، ما دفع القانون الفرنسي إلى التخلي عن المفهوم التقليدي للإمتياز و الأخذ بنظام مستحدث لعقود تفويض المرافق العامة (ثانيا) .

1 - بالأخص رجال القانون الإداري المختصين في النشاط الإداري، أمثال الأستاذة أندري دولو باديبير، جورج فدال، فرانك مود أرن، و بيار دالفولفيه و غيرهم، و أهم ما خاض فيه هؤلاء هو دراسة الطبيعة القانونية للإمتياز و على الأخص طبيعة العلاقة الغريبة التي تربط السلطة الإدارية مانحة الإمتياز و صاحب الإمتياز ، ليرسوا بعد مناقشات كثيرة إلى إعتباره لائحة إدارية تحتوي على نوعين من الشروط ، تنظيمية و تعاقدية، بن علية حميد ، إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، عدد 3، الجزائر، سنة 2009، ص 115.

2 - بن علية حميد ، إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز دراسة التجربة الجزائرية، المرجع السابق ، ص 115.

3 - هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 44.

أولاً: التأصيل القانوني لعقود تفويض المرافق العامة

في أزمة مفاهيم ناجمة عن عدم التوصل إلى تعريف شامل للامتياز، و الإقتصار على تعريف الجانب التعاقدية فيه بإهمال الطابع التركيبي¹، إعتبر الفقه الفرنسي² عقد الإمتياز أحد أشهر عقود تفويض المرافق العامة³، دون الإعتراف بأن للعقدين نفس الهدف، حيث أن تطور النظام القانوني لعقود الإمتياز التقليدية و تبنيه لمفاهيم قانونية من جميع فروع القانون، هو من صنع ما يسمى بعقود تفويض المرافق العامة المتداولة حالياً.

فإن كانت تختلف من الناحية التعاقدية، فإن الناحية التنظيمية هي نفسها أو يمكن أن نقول عنها تأصيل و تحديث و إجمال لأنواع عقود الإمتياز التي عرفتها و أبرمتها كل من الجزائر و فرنسا على المدى الطويل .

ليثير الأستاذ AUBY مسألة تأصيل عقود تفويض المرافق العامة التي هي في الأصل عقود إمتياز، حين قال أن لفكرة التفويض في فرنسا جذورا تمتد إلى بداية القرن الماضي، عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري عن طريق عقود الإمتياز⁴، حيث يتبين أن الإختلاف إنما حدث عند تدخل المشرع لتنظيم عقود الإمتياز و طرح تنظيم قانوني مختلف عن ما كان عليه سابقاً، تقاديا للثغرات القانونية التي كانت تشوبه، لكن فرنسا لم تغلح في حل معضلتها في تسيير المرافق العامة من خلال إبقائه مجرد عمل مختلط مزج بين النشاط التنظيمي و التعاقدية للإدارة، ما قد اثر على الإدارة الجزائرية عند تبنيها لنفس المفاهيم التي جاءت بها نظيرتها الفرنسية.

1 - بن عليّة حميد، المرجع السابق، ص 118.

2 - من بينهم الأساتذة، BRACONNIER و CHENAUD، فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، المجلة الاكاديمية للبحث القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، مجلد 10، عدد 02، 2014، ص 245.

3 - فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، المرجع السابق، ص 245.

4 - فوناس سوهيلة، المرجع السابق، ص 246.

فالحديث عن سياسة التعاقد عن طريق الامتياز جعل المشرع الفرنسي ينظم الإجراءات التعاقدية المتخذة لإدارة المرافق العامة من خلال القانون المؤرخ في 1993/01/23 و القانون رقم 222/92 المؤرخ في 1993/12/29، الذي يدخل بذلك الامتياز في فئة عقود إدارة المرافق العامة، ليطلق عليها تسمية موحدة هي عقود تفويض المرافق العامة.

و بالتالي فإن عقود تفويض المرافق العامة اليوم في فرنسا تنظم كل أنواع العقود التي تكون من شاكلة عقود الامتياز¹، حيث يلاحظ أن هذا القانون أدرج نفس المعايير التي تتوفر و بشكل مطلق في عقد الامتياز، فمنذ 1993 خضع الامتياز للقيود و الضوابط الواردة في القانون الناظم للتفويض، وأصبح بذلك الفرق واضح بين ما كان عليه امتياز المرفق العام في صورته التقليدية، و امتياز المرفق العام باعتباره عقد تفويض لمرفق عام، مما يظهر أهم الفروق بينهما، و المتمثلة في أن عقود تفويض المرافق العامة تخضع لنظام قانوني وضعه المشرع، في حين أن امتياز المرفق العام التقليدي يخضع لأحكام العقد و المبادئ العامة للقانون الإداري ، كما يخضع صاحب الامتياز في امتياز المرفق العام التقليدي إلى مبدأ الاختيار الشخصي لصاحب الامتياز، في حين يفرض النظام القانوني للتفويض خضوع صاحب الامتياز للإعلان المسبق و إجراءات المنافسة².

على عكس الفرنسيين، لم يلق الإمتياز في الجزائر نفس الإهتمام من قبل الفقه، و اقتصر على جعله أسلوباً لإدارة المرافق العامة، و يرجع السبب في ذلك إلى وضعية المرفق العام المتردية في الجزائر و عدم إقبال المشرع على تنظيم أحكامه كما فعل في الصفقات العمومية³، و هذا إلى غاية صدور قانون الصفقات العمومية و تفويض المرافق العامة سنة 2015.

لم يتطرق المشرع في المرسوم الرئاسي 15_247 إلى تعريف عقود تفويضات المرفق العام رغم تخصصه الباب الثاني منه للأحكام المطبقة على هذه العقود، حيث حصرت المادة 207⁴ عقود تفويضات المرافق العامة في أنها عقود تبرم من أجل تسيير مرفق العام تابع لشخص معنوي خاضع

1 - بن علية حميد، إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز دراسة التجربة الجزائرية، المرجع السابق، ص 117.

2 - فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، المرجع السابق، ص 247.

3 - بن علية حميد، المرجع السابق ، ص 129.

4 _ أنظر أحكام المادة 207 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرافق العامة، المرجع السابق، ص 46.

للقانون العام مقابل أجر يحصل بصفة أساسية من إستغلال هذا المرفق، دون أن يحدد المشرع صفة المفوض له، مما يوسع من دائرة المتعاملين المتعاقدين المخاطبين بنص هذا القانون.

ترجعنا فحوى المادة إلى نفس التعاريف الفقهية التي أطلقت على عقود الإمتياز، ذلك التصرف القانوني الذي تتعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مهمة عامة بشكل اتفاقي إلى شخص آخر تنتقيه في سبيل أن يؤمن الملتزم على نفقته و مسؤوليته سير المرفق طبقا لدفتر شروط في مقابل ان تمكنه الإدارة من جباية إتاوات من المنتفعين بالمرفق للمدة المحددة في العقد¹.

فأسلوب الإمتياز في الجزائر شهد تحولات عديدة لم تسمح بتكوين فكرة عامة له و ذلك رغم محاولات الباحثين في هذا المجال، ما جعلهم يحملون على عاتقهم التلميح للوضع الإستثنائية في الجزائر، فهو لا يمثل السعي في الرؤية من الزاوية الفرنسية على الخصوص، لأن ما كان عليه عقد الامتياز في الجزائر ما هو إلا من أجل أن يوضع موضع العقد الإداري.

تلك هي النتيجة المتوصل إليها من قبل الفقه الجزائري دفاعا عن القانون الإداري الجزائري من المنطلقات الفرنسية ، دون أن يستطیع هؤلاء تجنب نفس النظرة الفرنسية له، على أسسا انه ليس فقط أداة لإدارة المرافق العامة بل و أيضا أداة للنشاط الإداري².

و بالعودة إلى مراد المشرع في المرسوم 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بمصطلح التسيير الوارد في شرح المقصود من عقود تقويضات المرفق العام ، هو مصطلح عام و شامل لعمليات انجاز منشآت و اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و كذا صيانتها و استغلاله³.

¹ _ بن علية حميد، المرجع السابق ، ص 117.

² _ من بين هؤلاء الفقيه محمد لمين بوسماح ، الاستاذ رجال بن عمر، الاستاذ شريف بن ناجي ، المرجع نفسه، ص 116.

³ _ أنظر الفقرات 2،3،4،5 من المادة 210 من تنظيم الصفقات العمومية و تقويضات المرفق العام ، المرجع السابق،ص 46.

فلم يفصل بين جميع أنواع عقود التفويضات الواردة في نص المادة 210 و التي تأخذ شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير، و التي جعلها تسري كلها في نفس السياق العام الذي ورد في المادة 207، فلا يظهر المشرع فروقا جوهرية للتمييز بين أنواع هذه العقود، حيث أن هذا التفريع لا يمكن إستخلاصه إلا من خلال التسمية التي أدرجها المشرع و عند الدعوى للمنافسة من أجل إبرامها.

و بمناسبة إدماج المشرع عقود تفويضات المرافق العامة مع عقود الصفقات العمومية في تشريع واحد، يظهر جانب التنظيم عملية غموض بالنسبة لعقود تفويضات المرفق العام، حيث لم يخصص لها المشرع القدر ذاته من النصوص المخصصة لعقود الصفقات العمومية رغم تشابهها من حيث الهدف المرجو من إبرامها، و هو تحسين نشاط المرفق العام و تطويره، و كأن صياغة المشرع لها جاء لمجرد إسكات الانتقادات الفقهية المنادية بعدم تنظيمها بقانون خاص إلى غاية صدور هذا المرسوم.

فما عدا الإشارة إلى المبادئ التي جاءت بها أحكام المادة 5 من هذا المرسوم¹، لم يتطرق المشرع لا إلى طرق إبرامها و لا إجراءاتها، مما يتيح للإدارة السلطة التقديرية في تحديد الإجراء المناسب لعملية الإبرام، مما يستبعد احتمالية إستخلاصها من عقود الصفقات العمومية، و يبقئها النموذج الثاني للعقد الإداري من حيث المرتبة بعد عقود الصفقات العمومية².

نفس المفهوم، أعطاه المشرع الفرنسي لتفويضات المرفق العام في المادة 1411 من القانون 2001_1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001، و المتعلق بالتقنين العام للجماعات المحلية³، في حين أن مهمة التسيير هنا حصرت في عملية البناء أو إقتناء ممتلكات للمرفق، و هو نفس التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري في الفقرة 210 من المرسوم 14_247 عند تعريفه لعقد الإمتياز.

¹ _ تنص المادة 5 من المرسوم 14_247 على وجوب إحترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الاجراءات ، و هذا لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام، المرجع نفسه ، ص 5.

² _ بن علية حميد، المرجع السابق ، ص 116.

³ _ L'article 1411 du code général des collectivités territoriales, loi n° 2001_1168 du 11 décembre 2001.

ما يوضح أن توجه المشرع الفرنسي هنا جاء بدافع الإستقرار على تطوير المضمون التقليدي لعقد الإمتياز، و توسيع نطاقه ليشمل أكبر عدد من العقود التي قد تظهر اختلافا طفيفا مع المفهوم التقليدي لعقد الإمتياز.

بمقابل ذلك، يظهر الإختلاف الأساسي بين الصنف العمومية و تفويض المرفق العام حسب النظام القانوني الفرنسي، في مقابل الخدمة المحصل عليها ، ففي الصنف العمومية يرد المقابل من قبل المشتري العمومي، أما في عقود تفويضات المرفق العام فإن المقابل يحصل من إستغلال المرفق العام¹.

نفس المعنى بينه مجلس الدولة الفرنسي عند تمييزه لعقود تفويضات المرفق العام، و معارضتها مع عقود الصفقات العمومية و الأصناف الأخرى للعقود ، و هذا من خلال موضوعها، و الذي يتعلق بتنفيذ مرفق عام² ، و من حيث مكافأة المتعاقد التي تحصل جوهريا من نتاج إستغلال المرفق³ ، كما قد يعترض عقد التفويض بعض من مخاطر الإستغلال⁴.

و عليه، يعد التآصيل القانوني لعقود تفويضات المرفق العام نتيجة لتطور عقد الإمتياز التقليدي ذلك العقد الإداري الذي كان الفاعل الأول في تحسين خدمة المرافق العامة و تطويرها، خاصة عند ربط المفهوم الإداري للمرفق العام التقليدي بالإستثمار هذا المسعى الإقتصادي الدولي. مما يجعل هذه المرافق تتكيف مع المفاهيم القانونية الدولية الحديثة، نتيجة الدمج الحاصل بين مبادئ القانون العام و القانون الخاص عند تكوينها، ما يجعلها منافسة للقطاع الخاص في ظل إحترام مبادئ الإستمرارية و القابلية للتكيف.

¹ - Manuel d'application du Code des Marchés Publics, <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>, 2016_04_5 أطلع عليه يوم

² - conseil d'Etat, 22 mars 2000, Epoux Lasaulce. <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>, 2016_04_05 أطلع عليه يوم

³ - Conseil d'Etat, 15 avril 1996, préfet des Bouches du Rhone et 30 juin 1990, SMITON . <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm> 2016_04_05 أطلع عليه يوم ,

⁴ _ Conseil d'Etat, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transport publics de la région de DOUAI . <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm> أطلع عليه يوم 2016_04_05

ثانيا: التنظيم المستحدث لعقود تفويضات المرفق العام

تأخذ عقود التفويض على غرار عقد إمتياز المرفق العام و عقد إيجار المرفق العام، صور أخرى وتنظيما قانونيا مستحدثا ، خاصة عند إرتباط موضوعها بتكوين مشروع إستثماري ناجح و فاعل داخل إقليم الدولة المتعاقدة، و المستأصلة من تنظيم عقد الإمتياز خاصة من ناحية التمويل.

و إعتبارا لذلك، يقع على عاتق الدولة في أغلب الأحيان إنشاء العديد من المرافق العامة من محطات كهرباء و صرف و إنشاء الطرق و الأنفاق و الموانئ البحرية و غيرها من صور المرافق العامة الضرورية لحياة المواطنين¹، إلا أن تمويل هذه الطلبات تتطلب استثمارات ضخمة، ما جعل الدول تستقطب الاستثمارات الأجنبية لتمويلها من خلال إبرام عقود إدارية دولية.

فإنشاء هذا النموذج من العقود يسمح للمستثمر ببناء و تشغيل و من ثم نقل ملكية المشروع للدولة مع امكانية حق تملك المشروع (أ)، فرغم تسميته الأنجلوساكسونية BOT إلا أن هذا لا يمنعه من امكانية اعتباره عقد امتياز مستحدث يتماشى مع التحولات القانونية التي يشهدها عالم العلاقات الاقتصادية الدولية، خاصة و أن له أهمية في تفعيل و تنمية الإقتصاد الوطني من خلال المشروع الإستثماري موضوع العقد، على أن يضمن النظام القانوني للدولة المتعاقدة إطارا قانونيا محكم عند تطبيق هذا النموذج العقدي (ب) .

أ: المقصود بالتعاقد بأسلوب البوت

يعتمد كل عقد بوت بالأساس على الإمتياز الذي يعد احد معاملات التجارة الدولية²، و بذلك يركز أغلب المهتمين في البحث عن طبيعة هذا العقد بالتركيز على ربطه بالمفهوم القانوني لعقود الإمتياز نظرا لغياب تعريف قانوني متفق و مجمع عليه (1)، كما تسجل إشكالية القابلية لتملك المشروع الإستثماري تعارضا فقهييا (2)، ما يساعد في تأطير هذا العقد قانونيا.

¹ - عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 05.

²- Nimrod Roger TAFOTIE YOUSMI, Build , Operate ,and Transfer (BOT) Projects « Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics », these de doctorat, université du Luxembourg , 2012, p22.

1- غياب تعريف قانوني لعقد البوت

عقد البوت حسب تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هو شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح الدولة بموجبه لمجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الإتحاد المالي للمشروع امتيازاً لبناء مشروع استثماري معين و تشغيله و إدارته و استغلاله تجارياً، لمدة معينة تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل أو من مزايا أخرى ممنوحة لهم ضمن عقد الإمتياز، و في نهاية الإمتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الدولة المتعاقدة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة يكون قد تم الإتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح المشروع¹.

كما تعرفه منظمة اليونيدو² بأنه اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى احد أشخاص القطاع الخاص إنشاء احد المرافق الأساسية في الدولة، من عمليات التصميم و التمويل و القيام بأعمال التشغيل و الصيانة كل هذا خلال فترة زمنية محددة يسمح للمستثمر فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق منصوص عليها في اتفاقية المشروع، ومن ثم تمكينه من استرجاع الأموال التي استثمرها و مصاريف التشغيل و الصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، ليلتزم عند نهاية المدة الزمنية المحددة بإعادة المرفق العام إلى الحكومة³.

فلا يعتبر مصطلح البوت مصطلحاً قانونياً، نظراً لغياب تعريف قانوني محدد في التشريعات الوطنية. إلا أنه شهد البوت كمصطلح شهرة واسعة في عالم العلاقات الاقتصادية، و هذا نظراً لدقة دلالات حروفه، فإصطلاح BOT هو إختصار لثلاث كلمات إنجليزية « **BUILD , OPERATE , TRANSFER** »⁴، و التي تعني ترجمتها إلى اللغة العربية البناء بمعنى بناء المشروع، التشغيل أو إدارة المشروع الذي تم بناءه و نقل الملكية و التي يقصد بها نقل الملكية ممن قام بإنشائه إلى الدولة صاحبة المرفق الأصلي بعد نهاية مدة العقد.

1 - عصام احمد البهجي ، المرجع السابق، ص 13.

2 - UNIDO منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية .

3 - الياس ناصيف، عقد ال BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 83.

4 - مي محمد عزت علي شرباش، المرجع السابق، ص 6 ، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 81، عصام أحمد

البهجي، المرجع السابق، ص 18.

يقابلها باللغة الفرنسية مصطلح CET بما معناه¹ « Construire , exploiter, transférer » ويعتبر التعاقد وفق لهذا الأسلوب في النظام القانوني الفرنسي، من بين المظاهر الأساسية لعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص في مجال تمويل إقامة المرافق العامة « Partenariat Public Privé ».

و إعتبارا لما سبق، يعود السبب في عدم وجود تعريف قانوني لهذا النوع من العقود إلى عدم وجود إجماع دولي يعطي تعريفا لمفهوم الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، نظرا لطبيعة القانون العرفية التي يتميز بها النظام الأنجلوسكسوني و سيادة مبدأ حرية إرادة الأطراف المتعاقدة، مقابل الطبيعة المقننة للقانون في الأنظمة الفرنكوفونية².

هاته الخصائص المتصادمة بين العائلتين القانونيتين صعبت من مهمة تعريف هذا الأسلوب التعاقد في جانبه القانوني، خاصة عندما لا نجد في الإنجليزية ما يقابل مفهوم المرفق العام، علما أن التطبيق الفني و الإقتصادي هو نفسه في كليتهما، ليتفق في النهاية على التخلي عن مصطلح المرفق العام على المستوى الأوروبي و تعويضه بمفهوم إقتصادي بديل أطلقت عليه تسمية " مرفق المصلحة الإقتصادية العامة"³.

2_ التصادم الفقهي حول ملكية المشروع الإستثماري موضوع عقد البوت

في الحقيقة يعد إعتبار نظام البوت مبتكرا في مجمله ليس بالأمر المطلق، حيث يرجع إنتشاره إلى أواخر القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين فيما يسمى بعقود الإمتياز في فرنسا ، فلقد إستخدمته هذه الأخيرة في مشاريع بناء السكك الحديدية و التزويد بمياه الشرب، ليختفي مع ظهور الإمتياز البترولي في أواخر ثلاثينيات القرن العشرين⁴، لتحصل تطورات مهمة في أواخر الثمانينات على صعيد تطبيق هذا

¹ - الياس ناصيف ، عقد ال BOT ، المرجع السابق، ص 82.

² -Typologie des PPP : Comparaison juridique et terminologique des PPP dans les conceptions françaises et anglo-saxonne, Version du 06-05-2013,

اطلع عليه يوم 2016/04/08، p2, http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/glossaire_fr_en.pdf,

³ -service d'intérêt économique général .

⁴ _الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 93.

النظام ، كان أوله توقيع إتفاقية تنفيذ نفق " المانش" الرابط بين كل من فرنسا و بريطانيا، و ذلك بين كل من الحكومة الفرنسية و البريطانية و شركة EUROTUNNEL من جهة ثانية¹.

ساهم كل هذا التطور في إحداث تصادم فقهي، خاصة عند إطلاق مصطلح بوت لأول مرة من قبل رئيس الوزراء التركي TURGOT OZAL على أسلوب تنفيذ مشاريع البنية الأساسية في تركيا والذي يرجع له الفضل في استخدام كلمة بوت لأول مرة للإشارة إلى هذا النوع من المشاريع²، نظرا لظهور تصنيف فقهي آخر لعقود البوت و هذا عند زيادة حرف O إلى مصطلح BOT و المستخلص من كلمة OWN و التي تعني تمليك المشروع الذي تم إنشائه ، ليصبح المصطلح BOOT³ ، هذه الإشكالية التي ساهمت في إتساع دائرة النقاش حول ملكية الشركة للمشروع من الأرض و ما عليها من معدات.

و يتجلى هذا الخلاف في أن ملكية الشركة للمشروع من الأرض و ما عليها من معدات هو قول محاط بالشكوك، لأن هذه الملكية عند إستعمال الصياغة الأولى BOT غير مصرح بها، في حين أن عقود البوت تسمح بإمتلاك المشروع طوال مدة العقد⁴.

لذا فالمصطلح الأنسب هو BOOT لأنه النموذج الواضح للخصخصة الكاملة لمشروعات البنية التحتية، في حين أن الإختلاف يثور عند البعض الآخر في طبيعة الملكية بحد ذاتها، حيث شهد إختلاف حول ما إذا كان للمستثمر المتعاقد ملكية دائمة أو مؤقتة لأرض المشروع و معداته.

و إعتبارا لذلك، يذهب أنصار صيغة العقد BOOT للقول بأنها الصورة الواضحة للخصخصة الكاملة للمشروع الإستثماري، تلتزم بموجبه شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية، و من ثم تنتقل لها ملكية المنشأة بصفة نهائية، بحيث تكون لها السيطرة الفعلية والنهائية

¹ _ المرجع نفسه، ص 94.

² _ عصام احمد البهجي ، عقود البوت BOT ، المرجع السابق، ص 31.

³ _ عصام احمد البهجي ، المرجع نفسه، ص 18.

⁴ _ مي محمد عزت علي شرياش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT ، المرجع السابق، ص 15.

على تشغيل المرفق لصالح القطاع الخاص¹، غير أن هذا التوجه منتقد بدليل أن المصطلح غير دقيق ولا يعبر عن واقع هذه العقود التي تعطي للمستثمر حق الإنتفاع بالمشروع، و الذي يخول له حيازة المشروع بغرض الإستغلال و ليس التملك².

في خصوص هذا النقاش، ذهبت الدولة الجزائرية ممثلة بالوكالة الوطنية للاستثمار عند إبرامها إتفاقية إستثمار مع شركة³ KAHRAMA من اجل انجاز مركب لتحلية مياه البحر و إنتاج الكهرباء، إلى إعتبار أن موضوع المشروع الإستثماري هو إستعمال الموقع و التنمية و التصور و الهندسة و شراء الأجهزة و المعدات و التصنيع و التمويل و الحصول على الرخص و البناء و الإتمام و التجارب و التشغيل و التأمين و الحيازة و الإستغلال و الصيانة اليومية و الصيانة الدورية و تفكيك المصنع و كل نشاط يترتب عن ذلك⁴.

ما يفسر أن الدولة الجزائرية في هذا العقد، ذهبت إلى إعتباره أحد عقود تفويض المرافق العامة ومن ثم فإن عملية تنفيذ هذا العقد تتم على ثلاث مراحل أساسية حسب نص الإتفاقية، و هي مرحلة إنشاء المصنع، و مرحلة التشغيل، ومن ثم مرحلة إعادة الملكية للدولة، و هي المراحل الثلاث التي تميز عقد البوت.

و لتثبيت موقف التشريع الجزائري من نقل الملكية من عدمها في مثل هذه العقود، نلاحظ ان نص الإتفاقية استعملت مصطلح الحيازة، بمعنى أن إنتقال ملكية المشروع للمستثمر الأجنبي تكون في إطار إستغلال مدة العقد ، و التي حددتها الإتفاقية ب 30 سنة من تاريخ دخولها حيز التنفيذ⁵، ما يفيد أن تطبيق النموذج العقدي في الجزائري يفسر على أساس المصطلح BOT ، ما يعني أن ملكية المستثمر للمشروع الإستثماري هي حيازة مؤقتة و ليست فعلية أو كلية للمشروع.

¹ _ المرجع نفسه ، ص 15.

² - عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 19

³ _ اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للإستثمار و شركة KAHRAMA ، المرجع السابق، ص 33.

⁴ _ الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للإستثمار و شركة KAHRAMA ، المرجع السابق ، ص 34.

⁵ _ المادة 2 من اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للإستثمار و شركة KAHRAMA ، المرجع السابق، ص34.

أما عن قابلية التملك المطلق للعتاد المستعمل في المشروع الإستثماري موضوع العقد، فإن المرسوم التنفيذي رقم 54_08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب و نظام الخدمة المتعلق به، قد فصل في أملاك المستفيد من الإمتياز و هذا من خلال المادة 8 من دفتر الشروط النموذجي المرفق ، على أن الأملاك و المنشآت والهياكل المنجزة للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب من ميزانية الدولة ملكا للسلطة المانحة للإمتياز في حين أن الأملاك المكتسبة أو المنجزة من الأموال الخاصة تشكل أملاك صاحب الإمتياز¹.

كما أشار دفتر الشروط النموذجي المطبق في منح الإمتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، في مادته 3 بصفة صريحة أن أملاك التي تشملها البنية التحتية محل الإمتياز وضعت تحت تصرف صاحب الإمتياز مع توثيقها في محضر، كما أن أي تعديلا على هذه الأملاك من قبل المستفيد من الإمتياز ، يجب أن يذكر في ملحق بإتفاقية منح الإمتياز وهذا بصفة إجبارية²، مما يعني، أن المشرع لم يعترف بانتقال ملكية المشروع للمستثمر الأجنبي لا الأرضية ولا العتاد، إنما أعطى له حق إمتلاك الأرباح، و العوائد المكتسبة من استغلال المشروع.

نظم المشرع الفرنسي الإطار القانوني لهذه العقود بالأمر 559_2004³ المنظم لعقود الشراكة والتي تسمى أيضا بالعقود الشاملة⁴، تسمح من خلالها الدولة أو احد مؤسساتها العامة للمستثمرين خواص سواء وطنيين أو أجنبين لفترة محددة بتمويل الاستثمارات أو استخدام ترتيبات تمويل ناجحة من اجل القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمارات بالمعدات و الموارد و كذا القيام بأعمال الصيانة و التشغيل و

¹ _ المرسوم التنفيذي رقم 54_08 المؤرخ في 2 صفر 1429 الموافق ل 9 فبراير 2008 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب و نظام الخدمة المتعلق به، ج ر، عدد 08 ، المؤرخة في 13 فبراير 2008. ص 16.

² _ مرسوم تنفيذي رقم 15_ 305 مؤرخ في 24 صفر 1437 الموافق ل 6 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط و الإتفاقية النموذجيين المطبقين في منح حق الإمتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية. ج ر عدد 66 المؤرخة في 9 ديسمبر 2015، ص 4.

³ _ ordonnance n° 2004_559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF , 19 juin 2004, texte 2/118 .

⁴ _ Nimord Roger Tafotie Youmsi, Build , Operate ,and Transfer (BOT) Projects « Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics » op.cit, p85.

التسيير¹، هذا دون الإشارة إلى حق إمتلاك المشروع الإستثماري بعد انتهاء مدة العقد عند تعريفه لهذا النوع من العقود .

و تنص المادة 13 منه² انه في حالة تضمن العقد استغلال لأملاك الدولة، لصاحب العقد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك حقوق حقيقية على الأعمال و المعدات التي ينفذها يكون له إلتزامات وصلاحيات المالك الأصلي في الشروط و الحدود المتفق عليها في العقد لضمان سلامة و تخصيص القطاع العام .

ما يفيد أن المشرع الفرنسي قد إعترف بالملكية المؤقتة للمشروع الإستثماري، و هذا ما جاء به مناهضي فكرة امتلاك المستثمر الأجنبي للمشروع الإستثماري بصفة كلية، و التي دعا إليها أنصار مصطلح BOOT، و على عكس المشرع الجزائري الذي لم يتبنى على الإطلاق فكرة التملك، ما يظهر أن الدافع وراء المشرع الفرنسي عند منحه ملكية محددة بمدة العقد، هو دفع المستثمر الأجنبي إلى تحسين المرفق العام و حسن تنفيذ المشروع عن طريق التصرف كالمالك الأصلي دون أي قيود تتجم عن تدخل الشخص المعنوي العام في التسيير، مع احتفاظ هذا الأخير بوظيفته التقليدية و هي الرقابة على التنفيذ.

ب: الإطار القانوني للتفاوض بأسلوب البوت

لاقت هذه العقود رواجاً لا نظيراً له، خاصة بعد تطوير الدولة لوظائفها، و تحولها من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، حيث أصبح هذا النوع من العقود النموذج المتدرج في العديد من النشاطات الإقتصادية و الإدارية و الخدماتية للدولة، هادفاً إلى تحقيق وظائف الدولة الحديثة دون أن يرتب على الدولة تضخيم ميزانيتها العمومية لإنجاح المشروع الإستثماري موضوع هذه العقود³، إلا أن طرح المشروع الإستثماري للتعاقد لا يتم إلا من خلال إتباع إجراءات قانونية محددة.

لتواجه مرحلة إبرام عقود البوت تعقيدات فنية و إدارية نظراً لأهميتها و حساسية المرافق التي تنظمها هذه العقود، لذا فإن الدولة المتعاقدة تحرص على وضع إجراءات قانونية محددة لإبرام عقود البوت من خلال مرحلة الإعداد الفني و القانوني للمشروع (1) قبل ان يتم الإعلان عن المشروع للجمهور (2) .

¹ _ ibid, p 85.

² _ article 13 de ordonnance n° 2004_559, op.cit, p05.

³ - الياس ناصيف، عقد ال BOT، المرجع السابق، ص 6.

1: الإعداد الفني و القانوني للمشروع

لمرحلة إعداد المشروع أهمية كبيرة، لأنها تعبر عن خطة الدولة الاقتصادية ، و أهدافها وتطلعاتها و قدرتها على إنشاء المرفق العام ، وأهمية تنفيذه في ضوء حاجات المجتمع و أولوياته¹، و تتم هذه المرحلة من خلال قيام الدولة المتعاقدة بتحديد مشاريع البنية التحتية التي تحتاج إلى تمويل من القطاع الخاص من بين المرافق ، و التي تعاني من سوء تقديم الخدمات أو قصورها².

فالشروع مثلا في إقامة منطقة سكنية أو عمرانية جديدة، تقوم الجهات الفنية بتحديد المرافق المطلوبة من كهرباء و طرق و مياه، في ظل دراسة مسبقة للإمكانيات المالية المراد تخصيصها للمشروع من قبل الدولة و على هذا الأساس تلجا إلى البحث عن الأسلوب الأمثل للتمويل³، مع إمكانية لجوء الدولة في هذه المرحلة إلى الإستعانة بمستشارين فنيين و ماليين و قانونيين للقيام بالدراسات القانونية والتقنية اللازمة، من أجل دراسة جدوى المشروع و تحضير مستندات العطاء على نحو يتفق مع المعايير الدولية⁴.

يلي مرحلة إعداد المشروع مرحلة دراسة الجدوى منه في مختلف الجوانب الاقتصادية ، القانونية الإجتماعية، البيئية، المالية و الفنية و الهندسية⁵، و يقصد بدراسة الجدوى مجموعة الأساليب العلمية

1 - الياس ناصيف، عقد ال BOT، المرجع السابق ، ص175.

2 - صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2012-2013، ص79.

3 - عصام احمد البهجي، عقود البوت BOT ، المرجع السابق، ص 112.

4 - صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 79.

5 - و يقصد بهذه الدراسات كل على حدة مايلي:

* دراسة الجدوى الاقتصادية: و هي أسلوب علمي لتقدير احتمالات نجاح فكرة استثمارية قبل التنفيذ الفعلي للمشروع، فهي إذا تعد أداة عملية لاستشراف المخاطر و تفادي تحميل الاستثمار الخسائر، و هي بالتالي تساهم في عملية توجيه اتخاذ القرارات الاستثمارية كما أنها تسبق عملية التشغيل .

* دراسة الجدوى القانونية: و هي دراسة البيئة القانونية للدولة المضيفة، و مدى تأثيرها على الجوانب القانونية للمشروع، كالتدفقات النقدية و تحويل الأموال و النظام المصرفي إضافة إلى حجم الإعفاءات و الامتيازات الضريبية التي تنطوي عليها قوانين الاستثمار في الدولة المضيفة .

المستخدمة في جمع المعلومات و البيانات و تحليلها بهدف التوصل إلى نتائج قاطعة عن مدى صلاحية هذه المشروعات من عدة جوانب قانونية، تسويقية ، بيئية ، مالية و اجتماعية¹.

و على هذا الأساس، نجد أن الدولة الفرنسية تطور قطاع الطرق بإستعمال أسلوب البوت، من خلال إجرائها لدراسات قبلية لحاجات الدولة لخدمات هذا القطاع، و هذا من خلال تخصيص 8500 كم من الطرق السريعة الفرنسية من أصل 11000 كم للقطاع الخاص، في حين ان 2500 كم من هذه الطرق بقيت مموله من قبل الدولة، كل هذا بعد دراسة جدواها من السلطات المعنية بذلك، و المتمثلة في كل من الوزير المكلف بالطرق الوطنية و وزير البيئة، الطاقة، التنمية المستدامة، و وزير التخطيط من خلال المديرية العامة للبنية التحتية، و وزير النقل².

* دراسة الجدوى البيئية: و تهدف إلى الحصول على المعلومات و المعطيات المتعلقة بالتأثير البيئي للمشروع المزمع تنفيذه من خلال معرفة تكاليف أضرار التلوث المتوقع، و التكاليف اللازمة لمعالجته .

*دراسة الجدوى التسويقية: تهدف دراسة الجدوى التسويقية إلى وضع سياسات تسويقية ناجعة لهذه المنتجات و الخدمات .

*دراسة الجدوى الفنية و الهندسية: و تتم عن طريق تقدير كافة العناصر التقنية و الهندسية الداخلة في إنجاز المشروع، كاختيار المباني المناسبة للموقع و طبيعة الإنتاج و حجمه و نوع التكنولوجيا المستعملة و الآلات و المعدات و الخدمات اللازمة للعنصر البشري و المستلزمات التي يحتاجها المشروع، و كيفية تصريف المنتجات الضارة بالبيئة، إضافة إلى هندسة الصيانة و الهندسة المدنية المتعلقة بتصميم المباني و الطرق و غيرها و تقدير تكاليفها .

*دراسة الجدوى المالية: تهتم دراسة الجدوى المالية للمشروع بمعرفة التكاليف المبدئية للمشروع، بما في ذلك الأرض و المعدات و الآلات و غيرها من العناصر الداخلة في تكوينه، إضافة إلى قياس مدى الربحية المتوقعة لهذا المشروع بالنسبة للشركة المنفذة، لما له من تأثير على رغبة المستثمرين في المجازفة في هذه المشاريع .

* دراسة الجدوى الاجتماعية: وتهتم هذه الدراسة بتقدير التأثير الذي يشكله تنفيذ المشروع على المجتمع ككل .

انظر في ذلك، صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 80-81-82، و عصام احمد البهجي، المرجع السابق ، ص 114، 115.

1 - عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 114.

² -Samira Irsane Semaan, Partenariats public-privé (PPP)- expériences nationales des PPP France, conférence Européenne des Directeurs des Routes

[http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Parteneriats_public-privé_\(PPP\).pdf](http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Parteneriats_public-privé_(PPP).pdf), p27.

2: الدعوى للمنافسة على المشروع الإستثماري موضوع العقد

تعد الدعوى إلى المنافسة القاعدة العامة للتعاقد بأسلوب البوت، بإعتبار أن مثل هذا النموذج العقدي ذو طبيعة إدارية بالدرجة الأولى، حيث يتم اختيار المتعاقدين في هذه المشروعات عن طريق المنافسة، و بواسطة الإعلان المسبق، مع تحديد وثائق التعاقد و دفتر الشروط ، التي تتضمن المواصفات التقنية و الشروط اللازمة لإبرام العقد¹، على إعتبار أن إجراء الدعوى إلى المنافسة يراعي القواعد المتعلقة بالمنافسة و العلانية.

تطبيقيا، تبرم عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية غالبا عن طريق مناقصات دولية ، نظرا لتعلق موضوع اغلب هذه العقود بمشاريع استثمارية ضخمة، و التي تتطلب قدرا من التكنولوجيا المتقدمة كما هو الحال في إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات تحلية مياه البحر².

تشريعيا، و عند تعريف قانون الصفقات العمومية الجزائري لإجراء طلب العروض، كإجراء شكلي للدعوى إلى المنافسة، يظهر استبعاد المفوضات عند إبرام الصفقة العمومية، و الإقتصار على إختيار المتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، استنادا إلى معايير إختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء³، في حين يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا، حسب الأشكال المحددة في المادة 42 من هذا القانون⁴.

في حين سكت المشرع في الباب الثاني من هذا التشريع، رغم أنه التأسيس القانوني المباشر لأسلوب التعاقد البوت، عن النص على إجراءات الإبرام، و اكتفى بإخضاع اتفاقيات تفويض المرفق العام

1- إلياس ناصيف، عقد ال BOT ، المرجع سابق، ص 179-180.

2 - المرجع نفسه، ص 188.

3 - أنظر المادة 40 من المرسوم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 12.

4 - انظر المادة 42 من المرسوم 15-247، المرجع نفسه، ص 12.

عند إبرامها للمبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم 15-247¹، و من ثم فإن الإجراء الأنسب بديها هو الدعوى للمنافسة، لما يحققه من احترام للمبادئ التي أكد عليها المرسوم.

و إن كان هذا الإجراء يتماشى مع طبيعة العقد الإدارية، غير أنه سيواجه إشكالات عندما يتعلق الأمر باستقطاب إستثمارات أجنبية من أجل تحسين نوعية الخدمة العمومية للمرفق المفوض، لذلك يعد استبعاد المشرع للتفاوض كإجراء قد يساعد في إبرام عقد البوت خاصة عندما يتصف بالطبيعة الدولية يعدا تقييدا لمشروع الاستثماري موضوع العقد من خلال عدم إمكانية تحقيق الهدف الأساسي لإبرام عقود البوت.

و إنطلاق مما سبق، يرى الفقه أن التفاوض في عقود البوت ينطلق بعد مرحلة إبرام العقد و عند إعداده، فتبدأ عملية التفاوض بعد البت في العطاء و اختيار شركة المشروع ، حيث تهدف المفاوضات إلى تقريب وجهات النظر بين الطرفين، قصد التوصل إلى إبرام العقد بحسب ما يتناسب مع أهداف الدولة الأساسية من وراء التعاقد².

و يشكل التفاوض مسألة شائكة في عقود البوت ذات الطبيعة الدولية، نظر لصعوبة التفاوض مع الشركات العالمية العاملة في مجال نقل التقنيات الحديثة، و ذلك لأن صاحب المعرفة الفنية، غالبا ما يتعامل بنوع من التحفظ ، من خلال السعي للحصول على ضمانات كافية تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلي بها في مرحلة التفاوض، واضعا في الحسبان أن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد أو بعدم إبرامه³.

و إعتبار لما تم ذكره أعلاه، يعد الدمج الواقع عند إبرام عقد البوت فيما بين مرحلتي طرح المشروع للمنافسة عن طريق الدعوى للمنافسة، و مرحلة إعداد العقد من خلال التفاوض على صياغة بنوده، شبيه بما ذهبت إليه المادة 47 من المرسوم 14-247، عند تعريفها لإجراء المسابقة كشكل من أشكال طلب

¹ - مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين، مبدأ شفافية الإجراءات.

² - عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT ، المرجع سابق، ص 483 .

³ -إلياس ناصيف، المرجع سابق، 200-201.

العروض ، حيث إعتبرها إجراء شكلي أولي لإختيار العروض، في حين أن المنح النهائي للصفقة مرتبط بالمفاوضات، و التي يقوم فيها الفائز في المسابقة بتقديم أحسن عرض من الناحية الإقتصادية.

إذ يستخلص أن المسابقة، هي المثال الأنجع لإبرام عقود البوت في النظام القانوني الجزائري، نظرا لما تتميز به من إزدواجية إجراءات الإبرام، رغم ترك المشرع مجال الأخذ بها أمرا جوازيا، عندما استثنى العقد المتعلق بمنشأة بنية تحتية في الفقرة الرابعة من المادة 47، من خلال البند الثاني منها.

على عكس المشرع الجزائري، أدمج المشرع الفرنسي إجراء المناقصة و التفاوض معا، و هذا في الأمر رقم 2004-559 المتعلق بعقود الشراكة، و هذا بالنص على أنها هذه العقود خاضعة لمبدأ حرية و المساواة في إختيار المترشحين و موضوعية الإجراءات، فعملية الإبرام تتم من خلال الإعلان عن عرض مجموعة عروض المنافسة تحت شروط ينص عليها عن طريق مرسوم¹.

و في حالة ما إذا تطلبت تعقيدات المشروع، يلجأ الشخص المعنوي العام عند استحالة تحديد الإمكانيات التقنية الضرورية لتلبية حاجته و التركيبية المالية و القانونية للعقد، و بكل موضوعية ، و في الإعلان عن طلب العروض، على أنها ستلجأ إلى مرحلة التفاوض لمناقشة جوانب العقد²، في سبيل إيجاد الحلول الملائمة لتنفيذ المشروع، و هذا بالمقارنة مع ما تم طرحه من قبل كل المتعاهدين، قبل أن تختار احدهم بصفة نهائية، محترمة في ذلك مبدأ الشفافية في اختبار أحسن عرض. بالمقابل لكل الأعضاء المتفاوض معهم، و في اجل شهر على حد أقصى، تقديم عروضهم النهائية بعد استدعائهم مرة أخرى من قبل الهيئة المتعاقدة³.

و عليه نخلص أن عقود البوت، و رغم عدم التصريح بالتسمية تشريعا لدى المشرعين الفرنسي والجزائري، إلا أن البحث المعمق يوجد تنظيمات متفرعة لهما، رغم الإختلاف الملاحظ عند كليهما، في حين أن مرحلة إبرامه لدى المشرع الفرنسي كانت أوضح و أكثر تنظيما منها على ما جاء به المشرع الجزائري، خاصة و أنها تتماشى مع الأبعاد القانونية الداخلية و الدولية للمثل هذه العقود.

¹- article 3 de l'ordonnance n 2004-559, op.cit, p 2.

² - article 5 de l'ordonnance n 2004-559, op.cit, p 2.

³ - Ibid, article 7 , p 2-3.

الفرع الثاني: عقود الإمتياز النفطية

تعتبر عقود الامتياز النفطية من اقدم النماذج العقدية التي تيرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية فلقد أثبتت على المدى الطويل صمودها، و استمرارية ، و تطور نظامها القانوني بشكل متسارع على المستوى الدولي، لتصبح من احد أهم أسباب الخلافات القانونية و الاقتصادية ، و حتى السياسية الدولية المعاصرة .

فصراع المصالح بين الدول المنتجة للبتروول و الشركات الاستثمارية في هذا المجال كان العامل الأساسي في تطور عقود البتروول من شكلها التقليدي إلى الحالي¹. و على غرار دول العالم يعد عقد الإمتياز في النظام القانوني الجزائري الشكل التقليدي لعقود المحروقات (أولاً). لتبرز أهمية التفاوض في مثل هذا العقود من الناحية القانونية و الإقتصادية، و كذا تفسير الغموض الوارد في قانون الصفقات العمومية (ثانياً) .

أولاً: المرجعية القانونية لعقد الإمتياز البتروولي

نظرا للمرجعية القانونية لعقود الإمتياز الجزائرية التي تعتبر وليدة الحقبة الإستعمارية، و من دافع البحث عن التأسيس القانوني للعقود الإمتياز البتروولية في الجزائر، تعد الوصاية الفرنسية على النفط الجزائري مرحلة مؤثرة سلبا على المنظومة القانونية للعقد في تلك المرحلة (أ)، غير أن تأميم المحروقات جاء بمنظومة قانونية جزائرية تتخللها بعض العيوب نتيجة الانغلاق المفروض (ب).

أ: الوصاية الفرنسية على النفط الجزائري

تاريخيا، ارتبط البحث عن البتروول بعقود الإمتياز، و التي كانت الحكومات و الهيئات الحكومية بموجبها تمنح مسؤولية كافة الأعمال اللازمة من حفر و تنقيب و استخراج للشركات البتروولية العالمية وهذا خلال أواخر القرن التاسع عشر².

1 - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، المرجع السابق، ص 175 .

2 - عاشور فاطيمة، العقد الدولي للنفط ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2010/2011، ص 78-79.

فتقليديا هو عقد يمنح حق البحث عن البترول، واستغلاله، لشركة أجنبية، يكون لها حق مطلق في التصرف في عمليات تنمية المورد البترولي، على أن يقتصر دور الدولة مانحة الامتياز على الإشراف العام في إطار القوانين العامة للدولة، مقابل جزء من العائد¹.

في حين، أن منح الإمتيازات البترولية في العالم قد ارتبط بشكل عام بالفكر السياسي الذي كان سائدا في مناطق إنتاج البترول، حيث أن الهيمنة السياسية و الإستعمارية قد وفرت مجالا واسعا و بيئة مواتية لشركاتها، ما أدى إلى نهب ثروات الدول المنتجة الضعيفة سياسيا².

لذا وجدت الحكومة الفرنسية في اكتشاف النفط الجزائري سنة 1956 فرصة لتمويل مشاريعها التنموية الداخلية³، لتتعمد بعد ذلك تقييده بطرق قانونية عبر إتفاقية إفيان و تحت عنوان التعاون بين الجزائر و فرنسا، بدءا بضمان الجزائر لمصالح الفرنسية و حقوق الأشخاص المعنوية و الطبيعية في إطار الشروط المتفق عليه، بمقابل ان تمنح فرنسا للجزائر المساعدة التقنية و الثقافية و المساعدة المالية لتطورها الإقتصادي و الإجتماعي⁴.

و بصفة عامة استهلّت إتفاقية إفيان الحديث عن الوصاية الفرنسية من خلال التصريح بأن الثروات الباطنية في منطقة الواحات و الساورة، تخضع لمجموعة من المبادئ، من أهمها، الشراكة الفرنسية الجزائرية و التي تؤمن من خلال هيئة تقنية مشتركة الأعضاء، تتمحور في تطوير البنية التحتية الضرورية لاستغلال الثروات الباطنية، و إبداء الرأي حول مشاريع القوانين المتعلقة بالمناجم ، كما أشارت إلى أن لفرنسا مصالح مضمونة من خلال أحكام القانون البترولي الصحراوي ما يسمح لها ممارسة

1 - نذير بن محمد الطيب أوهاب، عقد الامتياز دراسة تأصيلية للعقود النفطية، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية في الرياض، ص 9، <http://elibrary.medi.u.edu.my/books/MAL06747.pdf> اطلع عليه يوم 2016/06/15.

2 - عاشور فاطيمة، المرجع السابق ، ص 78 .

3 - بن الشيخ عصام ، قرار تأميم النفط الجزائري 24 فيفري 1971، دفاثر السياسة و القانون ، مجلة محكمة صادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ورقلة، عدد 06 جانفي 2012، ص 188-198.

4- Chapitre II –b du déclarations gouvernementales de 19 mars 1962 relative a l'Algérie , J.O.R.F, n 67 , du mardi 20 mars 1962 , p 3021.

حقوقها في القطاع ، و أكثر من ذلك، منحت الإتفاقية الأفضلية لعروض الشركات الفرنسية في قطاع المحروقات¹.

أما و بصفة خاصة، و تحت عنوان " إعلان مبادئ بشأن تطوير التعاون فيما يخص الثروات الباطنية للصحراء "، ركزت فرنسا علاقاتها بالبتروال الجزائري من خلال منح شرعية قانونية لحقوقها الباطنية في الجزائر و هذا بالالتزام بقواعد القانون البتروالي الصحراوي ، و عدم أحقية المشرع و لا الحكومة الجزائرية تعديله، حيث أن هذه الحقوق قد مست المحروقات السائلة و الغازية، تحت مفهوم التعاون السائد آنذاك².

و عليه، و رغم إسترجاع الجزائر لسيادتها كما تصرح الإتفاقية السابقة الذكر في الكثير من المواضيع، إلا أن بقاء التدخل القانوني و الإقتصادي في إستغلال قطاع المحروقات في الجزائر من قبل الدولة الفرنسية، و من ثم الإلتزام بعدم تعديل القانون البتروالي الصحراوي الفرنسي ، قد عزز لا محال الوصاية الفرنسية على البتروال الجزائري، و من ثم حق الإنفعا الحصري للشركات الفرنسية تحت غطاء التعاون و الشراكة و إمتلاك التقنيات الفنية لإستغلاله.

لتثبت هذه الوصاية بعد الإستقلال من خلال إبرام إتفاقية ثنائية بين الجزائر و فرنسا في سنة 1965 و المتعلقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود و التنمية الصناعية الجزائرية³، و مفادها تأسيس شركة مختلطة و هذا بالنيابة عن شركة سونطراك من جهة و ERAP نيابة عن فرنسا من جهة أخرى⁴

¹ - Ibid, p 3021.

² - chapitre II –b du déclarations gouvernementales de 19 mars 1962 relative a l'Algérie, op.cit , p 3026- 3028.

³ - المرسوم 67-133 المؤرخ في 31 يوليو 1965 يتضمن نشر اتفاقية التطبيق الموقعة في 31 يوليو 1956 الخاصة بكيفيات تأسيس و تشغيل الشركة المختلطة المنصوص عليها في المادة 11 من إتفاقية 29 يوليو 1965 المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الفرنسية و المتعلقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود و التنمية الصناعية الجزائرية، ج ر عدد 64 ، المؤرخة في 8 أوت 1967.

⁴ - المادة الأولى من المرجع نفسه، ص 958.

و سميت بذلك SOMALGAZ ، و يعد تمويل السوق الفرنسية بالغاز الجزائري أحد أهم أهداف هذه الشركة، أما عن مدتها فقد كانت 99 عاما¹.

إلا أن الإمتيازات النفطية و التفاوض حولها بين الجزائر و فرنسا، و ارتكازها على اقتسام الإمتيازات الممنوحة للشركات الفرنسية، أدت أواخر سنة 1970 إلى أفق مسدود²، لتتخذ الدولة الجزائرية قرار تأميم المحروقات يوم 24 فيفري 1971، لتكون بذلك مرحلة إنتقالية لعقود المحروقات في الجزائر .

ب: المرحلة الانتقالية في عقود المحروقات

" القانون الأكثر قوة هو دائما الأفضل " هذا هو المبدأ الرئيس الذي سير السياسة الفرنسية في علاقاتها مع مستعمراتها³، فالعلاقات الجزائرية الفرنسية بعد الإستقلال لم تستند على القانون بل على القوة، ما يجعل البحث عن آلية لمواجهة المجموعات البترولية آنذاك و التي حاولت أن تضع الإدارة الجزائرية تحت موضع الفشل، أمر محتوم من قبل السلطات الجزائرية و الذي ترجم بقرار التأميم.

ساهم الاتفاق الأمريكي الجزائري " جيتي سوناطراك " في وضع الأرضية المناسبة لعملية التأميم حيث تم الإعلان عن تأميم المحروقات في 24 فيفري 1971 ، و بذلك تم إلغاء القانون الصحراوي والمرتكز على نظام الامتيازات التقليدية الحديثة، وتعويضه بنظام استغلال جديد، يرتكز أساسا على عقود المشاركة وفاعلها الأساسي سوناطراك⁴.

فكمرحلة أولى تم إلغاء جميع عقود الامتياز التقليدية الحديثة، وإعطاء أكثر أهمية للشركة الوطنية سوناطراك ، الممثل الوحيد للدولة في توقيع عقود المشاركة بأنواعها مع الشركاء الأجانب و الذين كانت جنسية فرنسية في الغالب⁵.

1 - المادة 2، المرجع نفسه، ص 962، 963.

2 - بن الشيخ عصام، المرجع السابق، ص 193.

3 - L'arbitrage et les rapports pétroliers Algéro-Français, document, RASJEP, volume VI N° 1 , Algérie, mars 1969, p 197.

4 - أمينة مخلفي ، أثر تطور أنظمة إستغلال النفط على الصادرات، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإقتصادية ، جامعة ورقلة، 2013، ص 300.

5 - المرجع نفسه، ن ص.

و في إطار صدور قانون جديد سنة 1986¹ الذي ألغي بموجبه الأمر 1971²، و الذي تضمن أهم البنود الخاصة لفتح القطاع أمام الاستثمار الأجنبي المباشر، وحدد إطار الشراكة بين الشركة الوطنية سونطراك والشركات النفطية الأجنبية، بحيث سمح هذا القانون بأربع صيغ للشراكة³.

ما ساهم في بداية التفتح على هذا القطاع بعد قرار التأميم، و الذي شهد في ما يلي مجموعة من التطورات القانونية ساهمت بشكل واسع في جعل عقد النفط الدولي، العقد التقليدي الأنجع من الناحية الإقتصادية للدولة الجزائرية.

ثانيا: التفاوض في عقود الإمتياز النفطية آلية لتفسير العقد

للتفاوض عند إبرام عقود النفط الدولية أهمية بالغة، تعمل على كشف الجوانب الفنية و التقنية القانونية و المالية، كما أن أهميتها تزداد عندما يتعلق العقد بطرف إقتصادي عملاق، و دولة نامية بحيث يهدف شريك الدولة هنا إلى الوصول إلى أفضل الشروط لتنفيذ العقد .

و تعتمد الدول طريقتين عند التفاوض إنطلاقا من قوانينها الداخلية، طريقة غير منظمة¹ و طريقة منظمة ، لتقسم دورها الطريقة المنظمة إلى اختيارية² و إجبارية³ .

1 - قانون رقم 86-14 مؤرخ في 19 أوت 1986، المتضمن أعمال التقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنايب، ج ر 35 ، المؤرخة في 27 أوت 1986.

2 - أمر رقم 71-22 مؤرخ في 12 أفريل 1971 والمتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، ج ر 30 ، المؤرخة في 13 أفريل 1971.

1- تتمثل هذه الصيغ في:

- الشراكة في صيغة عقد تقاسم الإنتاج، وهي الصيغة الرئيسية والوحيدة تقريبا التي تم استعمالها.

- الشراكة في صيغة عقد خدمات.

- الشراكة في صيغة شركة تجارية تخضع للقانون الجزائري ويكون مقرها بالجزائر، لكنها لا تحمل الشخصية المعنوية.

- الشراكة في صيغة شركة أسهم تخضع للقانون الجزائري ويكون مقرها بالجزائر

أنظر في ذلك، أكلي نعيمة، الإطار القانوني الناظم للقطاع عقود الشراكة، البحث و/أو الاستغلال والامتياز نمودجا، الملتقى الدولي حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر: كيف يصبح الاستثمار الخاص الأجنبي في خدمة التنمية الوطنية؟، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18-19 نوفمبر 2015.

و اعتبارا لذلك، يرى الفقه أن التفاوض في إبرام العقود النفطية، ينطلق في الأساس من قانون العام، حيث أن الدعوى للتفاوض، تكون من خلال الدعوى للمنافسة كأصل عام، و تعتبر بذلك دعوى عامة و ليست مباشرة للتعاقد⁴، وفقا لقبول شروط التعاقد الأولية المحددة في دفتر الشروط، لتحدد الدولة في الأخير الطرف المناسب للتفاوض معه.

بمقابل ذلك، يعد التراضي الأسلوب الثاني للدعوة للتفاوض في العقود النفطية، و هذا من خلال ما جاء به قانون الصفقات العمومية من شروط للجوء للتراضي، و من بين أهمها حالة التعاقد مع متعامل أجنبي في إطار إتفاقية ثنائية بين الدولة الجزائرية و دولته الأصلية ، فإسقاط هذا الشرط لن يكن أكثر فاعلية من تطبيقه على عقود الشراكة في مجال المحروقات⁵.

فجل ما ورد في شروط إبرام العقود عن طريق التراضي، سواء من خلال تقديم خدمات إقتصادية ذات طابع إحتكاري، أو الحالة الإستعجالية الهادفة إلى حماية الإقتصاد ، تساعد في تحويل العقد، وتمهد للإتفاق المباشر مع الطرف الآخر ، مما قد يخلق شروط عقدية جديدة تساعد في إعادة الكفة غير المتوازنة إلى مستوى متقارب مع كيان الدولة في العقد.

و رغم عدم إستقلالية إجراء التفاوض عن أحكام قانون الصفقات العمومية، إلى أن مجرد الإعتراف القانوني به و تكريسه في القواعد العامة هو خطوة تحسب لصالح النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية خاصة و أن هذا الإجراء ضمان لإرساء مبدأ سلطان الإرادة، و الذي بدوره سيفتح المجال للتنظيم القانوني

1 - لا تعتمد بعض الدول على طريقة منظمة للتفاوض ، بحيث لا يلحظ إجراءات محددة للتعاقد في قوانينها الداخلية، و أمثال ذلك بريطانيا، فنندا، حيث تترك الحرية للمتعاقد في إختيار الطريقة التي يراها مناسبة للتعاقد، محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 80.

2 - تعتمد هذه الطائفة على قواعد منظمة في قوانينها الداخلية، إلا أنها تترك المجال إختياريا في الأخذ بها مثل: اليونان، هولندا، ألمانيا.

3 - أما الطائفة الأخرى، فهي التي تستعمل الأسلوب الجبري للقاعدة القانونية ، فليس للمتعاقد إلا إتباعها ، و من بين أهم هذه الأنظمة النظامين الفرنسي و الجزائري.

4- محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 91.

5- عاشور فاطمة، العقد الدولي للنفط ، المرجع السابق، ص 18.

للعقود الإدارية الدولية إلى تبني قواعد قانونية مرنة و متوازنة عند تكوين العقد و تنفيذه، فالقانون العام أو الإداري بالخصوص و إن كان صاحب الأصل في تنظيم العقود الإدارية الدولية، إلا أن إخلاله بمبدأ التوازن العقدي كأهم عامل لقيامه، ساهم في حصر هذه العقود وعدم تحقيق النتيجة المرجوة من إبرامها خاصة بالنسبة للدولة، ما يفيد أن دخول قواعد قانونية موضوعية جديدة على العقد ليس من شأنه أبعاد القانون العام إنما سبيل لتطور الضمانات القانونية للتعاقد و تحقيق لأمن قانوني.

المبحث الثاني: دور الشروط التعاقدية في تطور الضمانات القانونية وتوفير الأمن قانوني

إن التلاشي التدريجي لمفهوم امتيازات الدولة في العقد، مقابل اعتمادها آليات الجذب لإستقطاب أكبر عدد من المستثمرين الأجانب، قد سمح للقواعد الخاصة التدرج إلى العقد الإداري الدولي، خاصة بعد أن إستمدت قوتها و مشروعيتها من القانون الدولي.

و عليه تتجزع العقود الدولية ذات الصفة الإدارية الحديثة، بين الشروط الأصلية ذات التأهيل الإداري ، على أن يصنع التفاوض مع المتعاقد الأجنبي شروطا تتوافق مع السابقة و تسير معها بشكل متوازي ، مترجما فيها عن إرادته في العقد المبرم .

و لا تقتصر الشروط التعاقدية في تحديد نوع الخدمة و سعرها و المدة القصوى لتنفيذها، فهذه الشروط هي ثابتة منذ إعلان الدولة عن رغبتها في التعاقد بموجب دفتر الشروط المرفق و الذي يعبر عن مرحلة إعداد العقد.

غير أن التفاوض بين الطرفين و الذي يتم بعد إختيار الدولة المتعامل المناسب لتحقيق رغباتها، يضع شروط تعاقدية إستثنائية لصالح المتعاقد الأجنبي تتعلق بالأساس في توفير حماية قانونية و ضمان التوازن المالي للعقد (المطلب الثاني)، دون أن تمس الشروط الأصلية ذات التأهيل الإداري التي تعبر عن إرادة الدولة عند التعاقد (المطلب الأول).

المطلب الأول: إرادة الدولة عند التعاقد

من المسلمات القانونية التي لا تتنازل عليها الدولة في العقد الإداري هي تنظيم شروط العقد مسبقا (الفرع الأول)، و هذا نتيجة إعتبار هذا العقد عقدها، على أن تبقى بعض الشروط الأخرى مجرد إجراءات إدارية تظهر فيها سيادة الدولة على العقد (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الشروط الإدارية في العقد

إن الدولة منظومة موضوعية مكونة في فروع خاصة، تفصح العلاقات فيما بينها عن وحدة داخلية محددة، تخضع إلى حد كبير لمنطقها الخاص¹، هذا ما يبرره وجود مظاهر السلطة العامة للدولة داخل العقد الإداري الدولي، بعدما تحتفظ لنفسها ببعض الإمتيازات التي تظهر في تكوينه و تنفيذه، و تضي بذلك بعض الخصوصية على العقد الإداري الدولي .

يأخذ تمييزها لنفسها في العقد ، في صلاحياتها المخولة كشخص معنوي عام ، فلها حق مطلق في حصر تطبيق العقد وفقا لقانونها (أولا) ، و من ثم حقها النسبي في فسخ أو تعديل العقد (ثانيا) .

أولا: إمتياز تحديد القانون الواجب التطبيق

رغم تراجع دور الدولة في الممارسات الاقتصادية الدولية مقابل نمو دور الأشخاص الخاصة الأجنبية سواء من حيث حمايتها أم من حيث دورها في إعداد القواعد القانونية، و الذي أدى إلى فقدانها حق إحتكار إيداع القواعد القانونية²، إلا أن هذا لا يمنعها بصفقتها طرفا في العقد ، من المساهمة في وضع القانون الذي تختاره بحرية³، بإستعمالها أساليب معينة، من أهمها إخضاع العقد الذي تكون أحد أشخاصها المعنوية العامة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية لهذا القانون ، كما يمكن أن تخضع المؤسسة الأجنبية الناشطة في الدولة إلى قانون الدولة المتعاقدة ، و بذلك تفرض قانونها الوطني سواء العام أو الخاص على المستثمر الأجنبي، و يعود السبب في ذلك، أن تمسك الدولة بسيادتها

1 - العياشي عنصر، الدولة وعلاقات العمل في إقتصاد السوق ، المرجع السابق، ص 52 .

2 - امحمد توفيق بسعي، أطراف التجارة الدولية ، المرجع السابق، ص 322.

3 - Stéphane Chatillon, le contrat international , op,cit, p 75.

يدفعها إلى إستعمال أحد هذه الوسائل، أو حتى وضعها هذا الشرط بمفردها، دون إمكانية حق التفاوض في هذا المبدأ مع المستثمر الأجنبي كما سيظهر لاحقاً.

ثانياً: نسبة سلطة التعديل أو الفسخ الانفرادي للعقد

تعد فكرة المصلحة العامة أساساً لسلطة الدولة في التعديل أو الفسخ بصفة انفرادية¹ للعقد الإداري الدولي. و هذا لما تتميز به العقود الإدارية التقليدية من تطبيق مبادئ قانونية غير معروفة في القانون المدني، مثل ذلك، نجد مفهوم السلطة العامة التنظيمية التي للدولة ، تطبيق شروط التوازن في العقد والقوة القاهرة و عدم التوقع ، و من ذلك أيضاً تضمين العقد شروط مراجعة الأسعار لتتواءم مع نتائج التطور التكنولوجي المحتمل².

إن هذا الشرط، يرتبط بتصورات متعلقة بالمصلحة العام، وقد يؤدي هذا إلى الأخذ بقواعد القانون المدني لتحديد الأضرار تحت إثارة المسؤولية الإدارية للمصلحة المتعاقدة، فإمكانية إلغاء العقود الإدارية الدولية محتملة في أي مرحلة في العقد، و يعود السبب وراء ذلك، إلا استحالة التنفيذ إما كلياً أو جزئياً بموجب إجراء تتخذه الدولة³.

غير أن صياغة شروط التوازن في العقد، و القوة القاهرة و عدم التوقع ، و تضمين العقد شروط مراجعة الأسعار أصبحت تضمن لصالح المستثمر الأجنبي في العقد الإداري الدولي رغم أنها أصيلة في العقد الإداري التقليدي ، و تهدف بذلك إلى حماية المتعاقد الأجنبي مع الدولة من تعسف هذه الأخيرة في حالة فسخ العقد أو تعديله.

و اعتباراً لذلك تعد هذه الصلاحية نسبية من حيث التطبيق و الإدراج داخل العقد الإداري الدولي و قد وصل بها المطاف إلى تعويضها ببند إعادة التفاوض عند التفاوض لتوفير حماية أكبر للمتعاقد مع الدولة نظير إنهاء العقد بصفة انفرادية .

1 - أنظر الفقرة الثالثة من المادة 84 و المادة 150، من المرسوم 15-247، المرجع السابق، ص 24، 37.

2 - عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية ، المرجع السابق، ص195.

3 - سلسلة دراسات الأونكتاد، العقود الحكومية ، المرجع السابق، ص 15.

الفرع الثاني: الشكلية الإجرائية لسيادة الدولة

عادة ما تفرض النظم القانونية الداخلية قيودا على طريقة إنفاق الأموال العامة و قبضها، لذا تتواجد إجراءات محددة يجب على الدولة إحترامها عند إبرام العقد، و تتعلق بعض منها، باستعراض العقد وتدقيقه، أو بذل عناية في مراقبة مراحل التنفيذ وإجراءاته، وقد يمثل توقيع الوزير على العقد واحدا من هذه الإجراءات¹، وكذا ضبط مدتها القانونية، و نشرها في الجريدة الرسمية .

حيث تتسم هذه العقود بطول مدتها، و قد وصل بعضها إلى 60 سنة، لأنها تقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة و استثمارات كبيرة مما يجعل هذه العقود طويلة المدة نسبيا²، كما أن تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة من بين الأسباب المهمة المؤثرة في طول مدة العقود الإدارية الدولية، أما في مجال الصفقات العمومية³، فإن المصلحة المتعاقدة قد تضبط تنفيذ العقد بأقل مدة ممكنة، لإنجاز الصفقة خاصة التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار⁴، أو قد تتسم في بعض الحالات بالإستعجال.

لتخضع هذه العقود إلى موافقة مجلس الوزراء كإجراء شكلي وجوبي، و قد سجل هذا الإجراء في قراءة لبنود إتفاقية الإمتياز المبرمة بين الدولة الفرنسية و شركة الطيران، من أجل إستغلال و تسيير مطار Hyeres- le Palyvestre، حيث تم الموافقة عليها بتوقيع كل من الوزير الأول، وزير المالية و المحاسبة العامة، وزير الدفاع، وزير الإقتصاد، أمين الدولة المكلف بالميزانية، و أمين الدولة المكلف بالنقل و البحر و الصيد⁵، و لم يلاحظ هذا الإجراء في نماذج العقود الإدارية الدولية الجزائرية، حيث أن القول بخضوع هذه العقود للمصادقة من قبل المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة في الجزائر⁶ يبقى رأي فقهي لم يتم تأكيده بنص قانوني .

1 - المرجع نفسه، ص 15.

2 - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 194.

3 - veuillez voir, l'article 16 du code des marches publiques, op.cit, p13 .

4 - انظر المادة 23، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 7.

5 Décret no 2015-319, op,cit, p 2.

6 - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 194.

أما بالنسبة أن النشر في الجريدة الرسمية، إجراء تتخلى عنه الدولة في عقود الصفقات العمومية الدولية، في حين تتميز باقي العقود المصنفة ضمن العقود الإدارية الدولية بأنها تنشر في الجريدة الرسمية، يعود السبب في ذلك إلى تميزها من حيث موضوعها بأنها تحقق مصلحة عامة إقتصادية كانت أو إجتماعية، و من حيث أحد أطرافها، بأن الدولة أو أحد هيئاتها العامة طرفا فيها، و يشار في نهاية العقد إلى ذلك بعبارة ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلا أن ما يعد مميذا عند المشرع الفرنسي أنه لا يكتفي بالإشارة إلى النشر، إنما ينص حتى على مصاريف نشر و طبع العقد الإداري الدولي¹.

المطلب الثاني: إرادة المستثمر الأجنبي عند التعاقد

تظهر إرادة المستثمر الأجنبي عند التعاقد في مساهمته بوضع بنود جديدة في العقد بعد التفاوض مع الدولة، تستمد هذه الشروط مشروعيتها من قواعد القانون الدولي الخاص، نظرا لتمتع العقد بالصفة الدولية.

فلقد أطلق على هذه الشروط صفة الشروط الإستثنائية، رغم أنها في الحقيقة من القواعد الأساسية للتعاقد مع المستثمرين الأجانب، حيث يعد عدم الرضوخ إلى إرادة هؤلاء موت للعقد قبل ولادته، غير أن الإبقاء على هذه التسمية يعود إلى مصدرها، و هو تفعيل قواعد القانون الدولي الخاص إلى جانب قواعد القانون العام في العقد.

فلتطبيق هذه الشروط، يتمسك المستثمر الأجنبي بهذه القواعد وتضمينها في العقد إقتداء بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذه الحالة ستنشأ مظلة من الحماية القانونية الدولية للعقد الموقع بين الطرفين و تسمى بذلك شروط المظلة (الفرع الأول)، مقابل ذلك، يتم مراجعة العقد عند وقوع أحداث معينة ذات طبيعة خاصة خارجة عن إرادة و توقعات الأطراف تفاديا لإختلال التوازن الإقتصادي للعقد و هذا بإدراج شرط إعادة التفاوض (الفرع الثاني) .

¹ - les frais de publication au journal officiel de la république française et d'impression du présent décret, du contrat de concession et du cahier des charges annexé , de timbre, d'enregistrement des documents afférents a la concession sont a la charge du concessionnaire. Voir l'article 2, et 91 du Décret no 2015-319, op.cit, p 1 et 68.

الفرع الأول: شروط المظلة

تشير تسمية شروط المظلة التشريعية إلى شمولية الحماية المقررة للعقد، فقد أطلقها الفقه الغربي على قواعد القانون الدولية و التي تأخذ طابعا احتياطيا، بحيث تحمي المستثمر الأجنبي متى لم تتجح القواعد القانونية الوطنية في تأمين الحماية¹.

فعادة ما تستخدم هذه الإتفاقيات مصطلحات مختلفة ، نجد منها "المعاملة العادلة والمتساوية" " عدم التمييز" ، "مبدأ حسن النية في تنفيذ الإتفاقيات"، وهنا قد تنثور إشكالية تفسير مثل هذه العبارات إذا اعتمدنا على القواعد الوطنية نظرا لإختلاف الشروط المحققة لهذه المظلة ، و بالعموم يعد شرط الثبات التشريعي الشرط الأكثر ضمانا للحماية القانونية (ثانيا)، و هذا بالعودة إلى قانون العقد الذي عبرت من خلاله الأطراف عن إرادتها (أولا).

أولا: قانون العقد

إذا كان العقد وليد قانون إرادة أطرافه، فإن تحديد هذا القانون له من الأهمية ما يؤثر إيجابا و سلبا على التوازن العقدي، حيث يعد البحث عن طبيعة هذا القانون، إذا ما كان وطنيا أو غير ذلك ، من المفاهيم الرئيسية في معالجة إختلال التوازن العقدي، بإعتبار أكثر البنود أهمية في العقد، و أكثرها تحديدا لمصيره، لذا تظهر طبيعة قانون الإرادة في العقد من خلال موقف القانون الداخلي (أ)، و الدولي منه(ب).

أ: موقف القانون الداخلي من طبيعة قانون الإرادة

يعتبر مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، من بين المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، بإعتباره عصب المبادلات التجارية الدولية، نظرا لاتساع نطاق استعماله في التجارة الدولية¹

¹ - محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي 21 'الطاقة بين القانون و الإقتصاد' ، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 20-2013/05/21، ص 223.

فهو بذلك إسناد لمهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لإرادة الأطراف، و الذي يكرس مبدأ "سلطان الإرادة"².

و من الثابت أن فكرة قانون الإرادة تعود في أصل نشأتها إلى القانون الداخلي، أين طبق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الداخلية وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين³، رغم ما أثارته مسألة التطبيق المطلق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، على العلاقة التعاقدية بين الدولة والمستثمر الخاص الأجنبي و التي وضعت الفقهاء في جدل بين دعم المفهوم المقدس للعقد معتمدين في ذلك على مجموعة من القرارات التي أصدرتها المحاكم الدولية و التي أيدت هذا المفهوم، و بين الوسطية في تفعيل المبدأ باللجوء إلى وصفه في كل من الأنظمة القانونية الكبرى⁴.

ويعد هذا المبدأ أنسب لتحقيق الموازنة في المعاملات المالية للأفراد، ما دام أن العقد يتم إبرامه بتراضي الطرفين و الذي يخول لهم إمكانية تضمين عقدهم شروطا تكفل مصالحهم، فمن الطبيعي أن يرتضي الفرد التعاقد كلما كان ذلك في مصلحته⁵، فيرى الفقه أن تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مناسب في العلاقة التعاقدية بين طرفين على قدر من المساواة، لذا فإن أصل المبدأ ينطبق على علاقة التعاقدية بين أطراف القانون الخاص⁶.

لكن الجدل يظهر عند تطبيقه على العلاقة التعاقدية بين الأطراف غير متكافئة، أي بين الدولة كطرف من جهة و الطرف الخاص الأجنبي من جهة أخرى، أين يذهب جانب من الفقه بعد دراسة أصل

1 - عبد الناصر بالميهوب ، دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 و 22 أفريل 2010، ص 165.

2 - خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، المرجع السابق، ص 10.

3 - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18-19 نوفمبر 2015 ، غير منشورة .

4 - A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies op, cit, p1.

5 - مسعودي يوسف، المرجع السابق.

6 -A.F.M. Maniruzzaman, ,op.cit, p1.

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلى صلاحية المبدأ بنفس الطريقة بالضبط، سواء كان فيما يتعلق بالعقود بين الدول أو فيما يتعلق بالعقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة¹.

لينا في فقهاء آخرون ذلك، من خلال إعتبار المبدأ مبدأ فاشل لأنه لا يميز بين العقود الخاصة والعامّة، و هو ما ذهبت إليه النظرية الكلاسيكية للعقد، التي ترى أن فكرة العقد تم التوصل إليها من قبل الأطراف و هي راسخة الجذور في الإرادة الحرة لهم ، لذا تعتبر النظرية الكلاسيكية أن العقد قدسي اقتداء بمبدأ دعه يعمل دعه يمر ، و الذي بموجبه يكون إبرام الصفقة في القطاع الخاص يعتمد على تكافؤ القوة التفاوضية الراسخة في الإرادة الحرة للأطراف²، على عكس ما هو معروف في الصفقة العمومية، بحيث يستحيل تطبيق المبدأ عليها بشكل متكافئ.

و بالعودة إلى القوانين الداخلية، تعتمد قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة الى قواعد الإسناد التي أقرها القانون المدني، لتسمح بحل مشكلة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية وتحديد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العقود، إلا أن التساؤل الذي يفرض نفسه، هو مدى ملائمة تطبيق هذه القاعدة على العقود الإدارية الدولية؟

فباعتبار أن نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري هو أساس قواعد الإسناد، تخضع العقود بصفة عامة لقانون الإرادة³، فقانون العقد وفقا لمفهوم نظرية الإسناد، أصبح قاعدة تقليدية مكرسة فقها وقانونا و تشريعا في نظرية تنازع القوانين، و هو الأمر الذي يفضي إلى تحقيق أثر إيجابي في تطبيق القانون المتفق عليه بين المتعاقدين⁴.

¹ - A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies op, cit, p 2.

² - Covey T. Oliver, Standardization of Choice-of-Law Rules for International Contracts: Should there be a New Beginning?, The American Journal of International Law, Vol. 53, No. 2 (Apr., 1959), <http://www.jstor.org/stable/2195811>, Accessed: 07-03-2015 00:58 UTC, p 386.

³ - تنص المادة 18 من القانون المدني على: يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او العقد . و في حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة . و في حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد... " المرجع السابق.

⁴ - الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، الجزء 36 -رقم3- 1998، ص 133.

و يكتفي المشرع الجزائري بذكر القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية على عكس بعض التشريعات الأخرى التي تفرق بين الالتزام التعاقدى و مصدره من حيث القانون الواجب التطبيق، فتصاغ قاعدة إسناد خاصة بوجود التصرف القانوني أي العقد، و أخرى خاصة بآثاره و التي نجدها على سبيل المثال في القانون الكويتي أو الألماني¹ .

إن إعمال ضوابط الإسناد وفقا للمادة 18 من القانون المدني على العقود الإدارية الدولية، يضع القانون الجزائري أكثر حضا في أن يكون قانون العقد، نظرا لاحتمالية تطبيقه على العقد بنسبة مرتفعة بإعتبار أن القانون الجزائري هو القانون ذو صلة المباشرة مع المتعاقدين، و هذا من جهة الشخص المعنوي العام في العقد ، كما أنه يعد ذو صلة مباشرة بالمستثمر الأجنبي في حالة ما إذا كان موقع إستثماره في الجزائر و الذي يسري عليه القانون التجاري الجزائري كما ذكرنا أعلاه، بالإضافة إلى الصلة الحقيقية مع موضوع العقد و الذي يتعلق في الغالب بتحقيق مصلحة عمومية، كما ترتفع حظوظ القانون الوطني وفقا لضوابط الإسناد المتعلق بقانون محل إبرام العقد.

من جهة أخرى ينتقد إعمال مبدأ قانون الإرادة في العقد من الناحية العملية، نظرا لما ثبت من تعسف في استعمال هذه الحرية من قبل أطراف العقد، حيث أنها تعتمد أكثر على القدرة على المساومة و ليس المساواة²، فاللغو في الرفع من شأن سلطان الإرادة حسب النزعة الذاتية المطلقة ينجر عنه أيضا أثر سلبي و هو إمكان إفلات العقد من حكم القانون الوضعي مادام العقد شريعة المتعاقدين³.

وبالتالي أصبح تدخل التشريعات و الهيئات القضائية لتحقيق التوازن على نحو أفضل ضروري وقد حل التدخل في إبرام العقود و القائمة على أساس النظرية الموضوعية محل نظرية الإرادة الشخصية و التي ترى أن العقد يجب أن يعد على أسس العدالة⁴.

1 - الطيب زروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 90.

2- A.F.M Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies, op.cit, p2.

2- الطيب زروتي مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 134، 133.

4 - A.F.M. Maniruzzaman , op.cit, p2.

عمد المشرع الفرنسي إلى إعتبار القانون الداخلي هو قانون سريان العقد الدولي، و هذا بوضع العقد ذو الطابع الدولي و الإلتزامات الناشئة عنه خاضعة للقانون الذي اختاره الأطراف ، و ففي حالة عدم الاختيار الصريح ، يحكمه القانون الذي يرتبط به العقد اقتصاديا ارتباطا وثيقا، و لاسيما قانون محل التنفيذ الرئيسي¹.

و عليه فإن القانون الفرنسي قد تعمد إخضاع العقد الدولي لقانون داخلي في كل الأحوال، غير أن موقف هذا الأخير، لم يبقى بهذا الجمود، حيث أن آراء الفقه و القضاء ، جعله يوفق بين القانون الداخلي و خصوصيات المعاملات الدولية، كما سيظهر فيما يلي.

ب: موقف التطبيق الدولي من طبيعة قانون الإرادة

ذهب أصحاب نظرية تدويل العلاقة العقدية إلى إعتبار المشروع الإستثماري جزءا من السياسة الإقتصادية التنموية للبلاد، و أن إخضاع العلاقة العقدية للنظام القانوني الدولي أمر واجب، و يقترح أصحاب هذه النظرية وسيلتين، تتمثل الأولى في الإعتراف للشركة الأجنبية بالشخصية القانونية الدولية عند التعاقد معها، و الثانية تتمثل في اعتبار العقود الإقتصادية اتفاقيات دولية².

لقد تم تدعيم هذه النظرية في قضية (TEXACO) بحيث أكدت هيئة التحكيم على: "متى قبلت الدولة المتعاقدة تضمين قواعد القانون الدولي و القواعد العامة للقانون، دون أي حصر أو إستثناء لقانونها الداخلي"³.

غير أن مواجهة هذه النظرية بمجموعة من الانتقادات أدت إلى فشلها، بإعتبار أن تشبيه العقد بالاتفاقية ليس له أي تطبيق من الناحية العملية، كما أن القانون الدولي ليس له من القواعد الكافية ما ينظم به العلاقات التعاقدية.

لتؤكد محكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1929 في قضية القروض الصربية و البرازيلية أن القانون الذي يحكم العقود الدولية يجب أن يكون قانونا داخليا لدولة معينة، فقد جاء في هذا الحكم أن كل عقد

¹ - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 190.

² - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 229.

³ - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 229.

غير مبرم بين الدول، بإعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي، يجب أن يكون مصدرها قانون وطني، و أن مسألة تحديد هذا القانون تدخل اليوم ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص¹.

حاول القضاء الفرنسي التوفيق بين القانون الداخلي و مقتضيات التجارة الدولية من خلال لجوءه إلى إقرار قواعد خاصة بالعقود الدولية مستهدفا حاجات تلك المعاملات، و هذا بإقراره شرط التحكيم الوارد في عقد دولي، مميزا إياه عن العقد الداخلي.

ففي قرارات لمحكمة النقض، شهد تطور القضاء الفرنسي في تبنيه لمبادئ جديدة مصدرها قانون التجارة الدولية وحده. ففي حكم جوسي و جلاكيسي و حكم جيريستي ، أشارت محكمة النقض صراحة إلى العادات التجارية الدولية مقررة الأفضلية لصالحها على القواعد الداخلية، حينما تعلق الأمر بإجراءات التحكيم أو إستقلالية الشرط القاضي به، أو عدم سريان المنع الوارد في القانون الداخلي².

و انطلاقا مما سبق، يعد توافق إرادة الأطراف المتعاقدة كافيا بحد ذاته ليكون مصدرا للإلتزام³ حسب ما ورد في التشريع و القضاء و الفقه، بإعتبار أن القانون الذي تحدده الإرادة هو الأنسب للتعاقد حيث ينسجم بموجبه العقد و يحقق عدالة افتراضية على الأقل في نظر أطرافه.

و إن كانت الدولة أو أحد مؤسساتها طرفا في العقد، فهذا الوجود لن يؤثر على تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، تدعيما بما اقره مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أئينا لعام 1979، و الذي جاء في نص المادة الثانية منه أنه: " تخضع العقود المبرمة بين الدول وشخص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة..."⁴.

¹ - و رغم ذلك وجه لهذا الحكم إنتقاد في أنه لا يستجيب للتطورات الحديثة و لا ينسجم مع الاراء الفقهية المعاصرة و الداعية إلى ضرورة توسيع معنى القانون الذي يحكم العقود الدولية. زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن ، المرجع السابق، ص 206/207.

² - نقض مدني فرنسي 1963/5/7 و 1966/5/2 و 1966/11/22 ، الطيب زروتي ، المرجع نفسه، ص 193.

³ - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار ، المرجع السابق، ص 6.

⁴ - المرجع نفسه، ص 6.

تطبيقاً، تظهر من العقود المبرمة مع الدولة الجزائرية في هذا المجال، إخضاع العقد للقانون الوطني بصفة مطلقة، فيظهر مثلاً في اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعهما و متابعتها و اوراسكوم تيلكوم الجزائر¹، أن الطرفين قد اعترفا أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية و تنظيماتها².

و كذا في العقد المبرم بين الدولة الجزائرية و شركة حامة و اتر ديسالنايشن، في مادتها 17، و التي نصت تخضع هذه الإتفاقية لقوانين و تنظيمات الجمهورية الجزائرية، كما نلاحظه في دليل الشراكة الأجنبية لشركة سونطراك، و الذي أوضح في مادته الثالثة، أن هذا العقد خاضع للتشريع الجزائري في كل أحكامه³.

ما يلاحظ مما سبق، أن المشرع الجزائري ، لم يعترف بالأساس بإرادة المستثمر الأجنبي في إقتراح قانون، و هذا ما يؤكد تضمين شرط القانون الوطني في مرحلة إعداد العقد، بحيث لا يسمح بالتفاوض على هذا البند، إلا أن هذا لا ينفي أخذ المشرع الجزائري، خصوصاً في قانون الإستثمار بالقواعد القانونية الدولية الخاصة و المعترف بها في المعاملات التجارية الدولية، كالثبات التشريعي، و التحكيم .

لذلك و انطلاقاً من حرص الدولة على تطبيق قوانينها الوطنية قدر الإمكان عند إبرامها للعقود الإدارية الدولية، الأمر الذي يتعارض مع مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة، والتي ترى أن إخضاع هذه العقود ذات الطابع الدولي لقوانين وطنية لا ينسجم ولا يتلاءم مع خصوصية العلاقات الدولية⁴، لذلك تسعى إلى تضمين العقد شرط يقيها من التغيير المستقبلي للتشريع⁵، و الذي قد ينجر عنه إلحاق أضرار اقتصادية كبيرة تمس بمصالحها⁶.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 416/01 يتضمن الموافقة على إتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعهما و متابعتها و اوراسكوم تيلكوم الجزائر، المرجع السابق.

2 - المادة 8 ، المرجع نفسه، ص 13.

3 - Contrat Guide Partenaire étranger, op.cit, p 7.

4 - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار ، المرجع السابق، ص 10.

5 - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 216.

6 - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 10.

و إن تمسكت الدولة بقانونها الوطني في العقد، معبرة بذلك عن سيادتها فيه، إلا أن تجميد دورها التشريعي أمر محسوم لصالح المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، و يطلق على هذا الشرط "التجميد التشريعي" و هو الذي يتم الإتفاق عليه بين المتعاقد الأجنبي والدولة المضيفة، بحيث يتفق الطرفان بموجبه على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي.

و يهدف هذا التجميد إلى الحفاظ على التوازن في العلاقة التعاقدية و ذلك من خلال ثبات الإطار التشريعي و التنظيمي الذي سيتم فيه تنفيذ هذا العقد¹، و عادة ما يتم الإتفاق على مثل هذه الشروط في العقود الزمنية الطويلة، و عقود الإستثمار الدولية التي تخشي فيها الشركات الأجنبية المستثمرة من تأثر وضعها القانوني والمالي في البلد المضيف بتعديلات تشريعية لم تكن في الحسبان عند التعاقد².

و يظهر من خلال ذلك، أن الاتفاق على تجميد دور الدولة التشريعي في العقد، وسيلة يهدف بها المتعاقد الأجنبي إلى تجميد القانون الوطني المختار من حيث الزمان، و تقادي تطبيق التعديلات المستقبلية لقانون العقد.

إن تجميد السلطة التشريعية للدولة المتعاقدة في العقود التي تبرمها الدولة مع مستثمرين أجنب آية لإفراغ قانون الإرادة من مضمونه، بتحويل العقد الإداري الدولي إلى عقد حر أو طليق، و يعود السبب وراء ذلك، إلى اقتناع المستثمر الأجنبي بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و الذي روج له بمبدأ تحييد العقد، متذرعاً بحجج واقعية³، فقد لاحظ الفقهاء أن تنوع أنماط العقود الدولية الحديثة و صعوبة تكييفها و تصنيفها ضمن طوائف العقود التقليدية المعروفة في القانون الداخلي، جعل المتعاملين الدوليين يعزفون

1 - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 217.

2 - محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق، المرجع السابق، ص 607.

3 - الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 134.

عن القانون و يهتمون بالاشتراطات المفصلة و يحررون عقودهم بمنتهى الدقة تلافيا للرجوع لحكم القانون¹.

و عليه فإن نتيجة التجميد التشريعي ستكون نتيجة سلبية ، للإنتقال المحسوم للتجميد من قانون العقد إلى العقد نفسه، بحيث تصبح القواعد الواجبة التطبيق على العقد قواعد فردية ملزمة للمتعاقدين لينتج عنها تقييد العقد، و يصبح عقدا بدون قانون.

ثانيا: إختلاف في تصنيف شرط الثبات التشريعي

يختلف التصنيف القانوني لشرط الثبات التشريعي بإختلاف مصدره ، الذي يقسم على أساسه (أ) لتعتمده الدول المتعاقدة كأحد بنود التعاقد إما تشريعاتها و إما في إتفاقاتها التعاقدية (ب).

أ: مصادر الثبات القانونية

يأخذ شرط الثبات التشريعي وفقا لمصدره ثلاثة أنواع، بين ما هو شرط تعاقدى ، تشريعي و من ثم ذو مصدر دولي، حيث يكون مصدر شرط الثبات بند تعاقدى، و هذا بالنص عند التعاقد على تجميد قانون الإرادة زمنيا بموجب شروط أو بنود داخل العقد الإداري الدولي²، و يرد هذا الشرط صراحة ضمن نصوص العقد الموقع بين الدولة و المتعاقد الأجنبي، على أن يتضمن نفس العقد بندا ينص صراحة على سريان القانون الوطني الناظم للعلاقة التعاقدية ليبقى في حالة تعديله أو إلغائه ساري النفاذ على العقد³.

من جهة ثانية تستمد شروط الثبات من التشريع ، ففي هذه الحالة يعد قانون الدولة المتعاقدة مصدرا لشرط الثبات، لتتعهد هذه الأخيرة بموجب هذا النص عدم إلغاء قانونها الواجب التطبيق على

1 - يقول الفقيه فوشار في التجارة الدولية يعد من أحسن الوسائل للإفلات من قوانين الدول اشتراط الأقصى من الأحكام الفنية و التجارية و تسوية الصعوبات الأكثر توقعا و يستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصيا بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة ... المرجع نفسه.

2 - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 12.

3 - محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق، المرجع السابق، ص 615.

العقد¹، و عادة ما يدرج هذا النص في قانون الاستثمار للبلد المضيف، إلا أن الفقه يرى أن ضمان التزام الدولة بهذا النص ضئيلة ، بحيث يمكن لها تعديل نظامها القانوني متى شاءت و كيفما شاءت دون الالتفاف إلى مصالح بعض المؤسسات الخاصة مع التزامها في هذه الحالة بتعويض كل من تضرر جراء هذا التعديل² .

علاوة على ذلك، يكون شرط الثبات ذو مصدر دولي، و هذا كنتيجة لتعهدات الدولة المتعاقدة لحماية استثمارات الدولة أو الدول الأخرى الأعضاء في اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة، و تتضمن هذه التعهدات حظر التعديلات التشريعية أو اتخاذ الإجراءات التي قد تضر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء المتعاقدون إلى جانبها، و تعمل بذلك أحكام القانون الدولي العام على حماية و استقرار الاستثمارات ، و تقيد دور الدولة التشريعي³.

ب: الثبات التشريعي بين التجميد الكلي و الجزئي

لدى المشرع الجزائري يبدو الأمر مختلط و غير محدد، و هذا نظرا لما يلتبس من العقود التي أبرمتها الجزائر و بين النص ، حيث و إن كان قانون الإستثمار قد نص صراحة على تجميد قانون العقد في حالة إلغاء القانون الوطني و تعديله⁴، يبقى المستثمر الأجنبي غير واثق بعودة الدولة التشريعية ليبقى متمسكا بشرط الثبات التعاقدية ، على أن يظهر نوع آخر في النص التشريعي و هو شرط التدعيم التشريعي .

فبالعودة إلى العقد المبرم بين الدولة الجزائرية و شركة كاهرما و في المادة 4 من إتفاقية الإستثمار اعتمد الطرفين على ما ورد في نص المادة 15 من الأمر 03/01 المتضمن قانون الإستثمار الملغى والتي جاءت تنص أن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لا تلغي الإمتيازات الممنوحة في هذه الإتفاقية ، و من جهة أخرى يمكن لشركة المشروع و بطلب صريح

1 - غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق المجلد الأول، العدد 2، 2009، ص 173.

2- محمود فياض ، المرجع السابق، ص621.

3 - المرجع نفسه، ص 622.

4 - المادة 22 من القانون 16- 09 المتضمن قانون الإستثمار، المرجع السابق، ص 22.

منها أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي و التنظيمي للإستثمار و الذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الإتفاقية حيز التنفيذ¹، و عليه يعتمد المشرع الجزائري على الشرط حسب طبيعة تجميده، فيأخذ شكل التجميد التشريعي الكلي في النص القانون، و شرط التجميد الجزئي في شرط الثبات التعاقدية.

و من ثمن يهدف التجميد الكلي، إلى تجميد النظام القانوني بمجمله في مواجهة المستثمر الأجنبي و تحصين الإتفاق الموقع بين المستثمر و الدولة المضيفة من تطبيق أية تعديلات تشريعية مستقبلية دون موافقة المستثمر، و مقابل ذلك لهذا الأخير طلب الإستفادة من أية تعديلات تشريعية مستقبلية متى كانت في صالحه و يكون طلبه بقوة القانون دون اشتراط موافقة الدولة²، و هو النوع الذي نصت عليه المادة 22 من قانون الاستثمار " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلاً...إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

في حين يهدف التجميد الجزئي للقانون إلى حماية المستثمر الأجنبي من أعمال قواعد تشريعية معينة قد تنشأ في النظام القانوني للدولة المضيفة من خلال حضر تطبيق تعديلات تشريعية ترد في حقل قانوني معين، مثل قانون الضرائب³، و هو ما ذهب إليه اتفاق الاستثمار بين الدولة الجزائرية و شركة كهروما في المادة 4 منها، بحيث نصت على "فإن المراجعات أو الإلغاءات... لا تلغي الإمتيازات الممنوحة في هذه الإتفاقية"، و يقصد بالامتيازات هنا الامتيازات المالية و الضريبية.

بالمقابل يتمسك المشرع الفرنسية بقابلية تعديل قانونه عند إبرام العقد إداري دولي، على عكس القانون الجزائري، و الذي تبنى احد نوعي التجميد التشريعي، و هذا من خلال الإعتماد على شرط الثبات الجزئي فقط.

1 - اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار و شركة كهروما، المرجع السابق.

2 - محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق، المرجع السابق، ص 630، 631.

3 - المرجع نفسه، ص 632.

فقد وضعت القرارات التي أدل بها مجلس الدولة الفرنسي بعض المبادئ المتعلقة بالقابلية لتغيير العقود الإدارية، فلمقتضيات المصلحة العامة يمكن للإدارة التعديل من جانب واحد العقود الإدارية المبرمة مع الأفراد، و هذا من خلال التدخل و ضبط بنود الاتفاق مع الاحتياجات المتغيرة للخدمة العام، وبطبيعة الحال فإن ممارسة هذه السلطة تخضع للمراجعة من قبل المحاكم الإدارية وفي المقام الأول من قبل مجلس الدولة، لكن بالمقابل لا يسمح للإدارة تقييد، و تغيير أو إلغاء شروط منح مزايا مالية للمتعاقد معها. فعلى الإدارة احترام التوازن المالي أو مبلغ العقد¹.

الفرع الثاني: دور شرط إعادة التفاوض في معالجة إختلال التوازن الإقتصادي

بعيدا عن الصفة العمومية الدولية، تأخذ باقي العقود الإدارية الدولية خاصية طول مدة الإنجاز لهذا فإن طول هذه المدة تتطلب ثباتا و اتزاناً عند تنفيذ العقد، غير أن هذا الأمر قد يكون صعب التحقيق نظرا لحصول إختلال في توازن إلتزامات الأطراف، و الذي يكون وليد عوامل خارجية قد تؤثر على حياة العقد، من خلال نشأة نزاع بين الأطراف و من ثم إنهاء العقد من قبل المحكمة المختصة.

و عليه يؤدي شرط إعادة التفاوض دورا هاما في حماية العقد ، بإعتبره آلية قانونية للتسوية الودية للنزاعات الناشئة (أولا) ، و التي ينتج عنها علاج لإختلال التوازن الإقتصادي في العقد (ثانيا).

أولا: التسوية الودية للنزاع

يضع الأطراف شرطا عقديا ذو طبيعة مرنة في الفصل في الإشكالات التي قد تطرأ على العقد في المستقبل، متوقعان بذلك الظروف الخارجية التي قد تمس مرحلة تنفيذ العقد ، ليشيع بذلك استخدام شرط إعادة التفاوض في العقود المبرمة بين الدول و المتعاقدين الأجانب، من خلال إدراج شرط يحمل مختلف التسميات ، منها شرط المشقة، شرط الطوارئ، شرط العدالة و الإنصاف، و شرط التحفظ، إلا أن التسمية الراجحة هي شرط إعادة التفاوض أو شرط (Hardship).

و يقصد بشرط إعادة التفاوض، انه ذلك الشرط الإرادي الذي يلتزم بموجبه الأطراف بإعادة التفاوض و مراجعة العقد عند وقوع أحداث معينة ذات طبيعة خاصة خارجة عن إرادتهم و توقعاتهم

1 - A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies op.cit, p7.

يكون من شأنها أن تحدث اختلالاً في التوازن الإقتصادي للعقد، و إضراراً بالمستثمر الأجنبي عند الاستمرار في تنفيذ العقد¹.

ليؤدي شرط إعادة التفاوض دوراً هاماً في تسوية منازعات العقود ، بسبب المزايا العديدة التي يوفرها لأطراف العقد من سرعة و سهولة في حل منازعاتهم العقدية، حيث يفرض شرط إعادة التفاوض على الأطراف أن يجتمعا في مواعيد محددة أو دورية ، أو عند تحقق سبب من أسباب تطبيقه المحددة سالف عند وضعه، لفحص و تحليل العمليات المنفذة و تلك التي يجري تنفيذها أو المنتظر تنفيذها ومقارنتها مع الظروف المصاحبة للتنفيذ و إعادة التفاوض من شأنها²، ليعمل هذا الشرط على تقريب الحلول المناسبة للنتائج و الآثار التي يسببها التغيير في الظروف ، و من ثم على إنقاذ العقد³.

و بالنسبة لتوقع الإختلال في العقد عند وضع شرط إعادة التفاوض ، لم يصرح القانون الفرنسي في البداية على تنظيم هذا الشرط ، و مشكلة تغيير الظروف التي تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً، إلا أن الفقه أجمع على ضرورة أن يتصف الحادث الطارئ الموجب لتطويع العقد بعدم التوقع، و من ثم تبنى القانون المدني الفرنسي في سنة 2005 مشكلة تغيير الظروف عن طريق إعادة التفاوض و بشكل صريح في المادة 1135 من مشروع كاتال⁴.

و في إطار وجود شرط إعادة التفاوض في العقد، قررت المحكمة العليا في قضية E.D.F/SHELL⁵، و التي تتمحور في إبرام الشركة البترولية SHELL مع E.D.F مؤسسة الكهرباء و الغاز الفرنسية عقد توريد زيت الوقود الثقيل (FUEL OIL) ، و قد تضمن العقد شرط فهرسة الأسعار و كذا شرط الحماية فيما يتعلق بالإجتماع من أجل إعادة النظر التغييرات التي قد تطرأ على العقد بالنسبة للأسعار أو شرط آخر إذا ارتفع سعر زيت الوقود بستة فرنكات بالمقارنة لسعره الأصلي.

1 - ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017/2016، ص 35.

2 - المرجع نفسه، ص 25.

3-Denis PHILIPPE, les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats a long terme, après midi d'étude relative aux contrats internationaux, université de Louvain, le 27 janvier 2009, p10.

4 - ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 226.

5 -Denis PHILIPPE, op.cit, p 18.

و بعد نظر المحكمة في النزاع اعتبرت العقد ملغى بسبب انقضاء شرط أساسي في العقد و هو عدم تحديد السعر، في حين أن قرار المحكمة العليا جاء ليؤكد على ضرورة تنفيذ الأطراف لالتزامهم بالتفاوض لأن ذلك الشرط يعبر عن إرادة الأطراف في تنفيذ عقدهم، مادامت شركة SHEEL بقيت توزع الوقود رغم تغيير السعر .

فقرار المحكمة هنا جاء مقدسا لإرادة الأطراف في العقد ، و ليس لوضع نهاية لعلاقتهم التعاقدية كما حثت على تبني الظروف الجديدة و تعديل العقد لإعادة التوازن المالي فيه.

إعتمدت الدولة الجزائرية عند إبرامها لعقودها، على هذا الشرط لتسوية النزاعات التي تطرأ عند التنفيذ بطرق ودية ، دون التصريح به، فيفهم من بند تسوية الخلافات المنصوص عليه في المادة 18 من إتفاقية الإستثمار المبرمة بين الدولية الجزائرية و شركة حامة و اتر ديسالنايشن¹ ، و في فقرتها الأولى أن الأطراف يبذلون كل ما بوسعهم لتسوية كل الخلافات التي قد تنشأ فيما بينهما و التي تنجر عن هذه الإتفاقية أو لها علاقة بها، و ذلك في إطار محادثات تجري في ظرف 15 يوم من تاريخ إستلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه ، و في فترة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ إستلام التبليغ بالخلاف و يعد بذلك تصريح بقابلية إعادة النظر في بنود العقد، رغم أن هذا النص قد جاء بصفة العموم و لم يعرض جانب إعادة التوازن للعقد خاصة من جانبه المالي .

و تضيف المادة 21 من نفس الإتفاقية في فقرتها الأولى، أن إمكانية تعديل هذه الإتفاقية في المستقبل متوقع، بشرط أن يتم ذلك بعد موافقة المجلس الوطني للإستثمار CNI و بوثيقة مكتوبة و موقعة من قبل الأطراف.

¹ - إتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، و شركة حامة و اتر ديسالنايشن، المرجع السابق.

ثانيا: تسوية إختلال التوازن الإقتصادي في العقد

يؤيد أغلب الفقه، سواء في الجزائر أو في فرنسا، إلى جانب القضاء و التشريع سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري¹، حيث أن هذه السمة مرسخة في العقد الإداري إلى اليوم، مع تحديدها و ضبطها، و هذا نظرا للمتغيرات تقنية و مالية في العقد.

إن مزاعم الإدارة في سلطتها هذه، هو عدم الرضوخ لمزاعم المتعاقد معها القائمة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين ، و السير وفقا لخطة أو شروط لا تلاءم حاجات المرفق العام²، لكن هذا الشرط لن يدوم طويلا بموجب عقد إداري دولي، فالأجنبي في العقد لن يرضى بتعديل العقد بشكل إفرادي من قبل الإدارة خاصة عندما يتعلق بالجانب المالي، و سيلزمها بالتعويض في حالة قيامها به، و لهذا فإن شرط إعادة التفاوض سيكون الشرط الأنسب للطرفين خاصة و أن اغلب تدخلات الإدارة تكون للتعديل المالي للعقد.

و يعد نجاح عملية إعادة التفاوض، خلفا لترتيبات جديدة من أجل معالجة توقف التنفيذ، نظرا لاختلال التوازن الإقتصادي في العقد ، و يحتل التوازن الإقتصادي للعقد أهمية كبيرة في مجال العقود فكل عملية تعاقدية دولية، يجب أن تقوم و تأسس على مبدأ التوازن و التناسب بين الأداءات التعاقدية المتقابلة³.

و لهذا ينبغي الحفاظ على توافر هذا التوازن بدءا من إبرام العقد حتى إتمام عملية تنفيذه، و يتفق الأطراف على شرط إعادة التفاوض لتحقيق ذلك الغرض غالبا، لاسيما فيما يتعلق بضمان تحقيق التوازن في مرحلة تنفيذ العقد⁴.

1 - أنظر في هذه الأراء، محفوظ عبد القادر ، وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة بين الفقه و التشريع و القضاء في الجزائر و فرنسا و مصر، مجلة الفقه و القانون، العدد 28 فبراير 2015 ، مجلة إلكترونية www.majalah.new.ma، ص 66.

2 - المرجع نفسه، ص 49.

3 - ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق، ص 793.

4 - المرجع نفسه، ص 794.

غير أن الفقه الغربي، يذهب إلى إعتبار إعادة التوازن الإقتصادي، الجزء غير المعني في شرط الثبات التشريعي، بحيث لا يعفى المستثمر الأجنبي من الإلتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للإتفاق، بل على العكس من ذلك سيؤكد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لمثل هذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة المضيفة، مقابل التزام هذه الأخيرة بالتعويض عن الخسائر المالية التي أصابت المستثمر الأجنبي جراء هذه التعديلات¹، لنكون أمام تعويض كلي أو تعويض جزئي.

لكن هذا الرأي لا يصب بتاتا في المراد بإعادة التوازن الإقتصادي للعقد بموجب شرط الثبات التشريعي، إلا من جانب التعويض، فهو شرط منفصل تماما على شرط الثبات التشريعي في العقد، هدفه حماية المستثمر الأجنبي و ليس فرض السلطة الإلزامية للدولة في التعديل الإفرادي للعقد.

إلا أن رأي الكاتب أعلاه، فيه جانب من الصحة على مستوى التطبيق العملي للشرط في العقود الدولية ذات الصفة الإدارية، حيث يختلف الأمر، نتيجة عدم التصريح بهذا الشرط، و تشبيهه بسلطة الدولة في التعديل الإفرادي للعقد، خاصة عندما تكون النتيجة نفسها، أي إما إعادة بعث العقد بصيغ جديدة و أرقام جديدة تعيد التوازن المالي إليه، من خلال تعويض جزئي عن الأضرار الناجمة عن طارئ دخل على العقد في مرحلة التنفيذ، أو إلغاء العقد لإستحالة تنفيذه ، و هنا نكون أمام تعويض كلي للأضرار التي لحقت بالمستثمر المتعاقد.

و استنادا لذلك، تتم معالجة الهيمنة التي فرضتها الإدارة على العقد من خلال تثبيت القوة الإلزامية للعقود الإدارية، بسعي المتعاقد المضرور من تدخلها، الحصول على تعويض كرد عن الأعباء الإضافية غير المتوقعة التي قد تنجم.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه عندما تكون الإدارة أو السلطة العامة المتعاقدة مسؤولة عن حدوث خسارة أو زيادة عبء غير منصوص عليه في العقد الأولي على الطرف الآخر، ينبغي منح تعويض

1 - محمود فياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق، المرجع السابق، ص 634.

كامل، اقتداء بنظرية فعل الأمير، وعندما تكون أسباب تلك الخسارة أو العبء خارجية، أي على أساس المخاطر، ينبغي منح تعويض جزئي أو تعويض يقتصر على الخسائر اللاحقة¹.

ففيما يتعلق بتطبيق نظرية فعل الأمير، فإن هذا المذهب يتعلق بالتدخل المباشر في العقد الإداري بأي شكل من أشكال تعديل أو إنهاء من قبل السلطة المتعاقدة نفسه، لذا تعد ممارسة الإدارة السلطة الكاملة في إنهاء العقد، لا يكون إلا وفقا لوجوبية احترام الإدارة "التوازن المالي" للعقد، ليكون المتعاقد معها مؤمنا تماما فيما يتعلق بالنتائج التي قد يلحقها إلغاء أو تعديل العقد من خسارة للأرباح، و في حالة التدخل غير المباشر، من خلال الإجراءات التشريعية أو التنفيذية أو ممارسة امتيازات السلطة العامة على الحقوق التعاقدية، فالمقرر أن التعويض يكون فقط عندما يمس التوازن الاقتصادي للعقد في حالة التأثير الخطير جراء التعديل².

و عملا بنظرية المخاطر، التي تقوم على الحالة التي يتم فيها قلب موازين العقد الإداري نتيجة لحدث ذو طابع عمومي، ويكون هذا الطابع في غالب الأحيان سياسي أو اقتصادي، وهو على أي حال مستقل عن نية الأطراف، يكون غير متوقع عند توقيع العقد، و لا ينتج عنه استحالة تنفيذ العقد من قبل الإدارة المتعاقدة، لكن قد يجعل بالمقابل تنفيذ الالتزام مرهقا لها و لا يطابق.

تمت صياغة هذه النظرية وتطويرها من قبل مجلس الدولة الفرنسي³، وشرحت للمرة الأولى في القضية الشهيرة لشركة جاز بوردو⁴، حيث ينطبق هذا القرار على جميع أنواع العقود الإدارية، لأن أساس النظرية يقوم على الحاجة إلى ضمان استمرارية الخدمة العمومية⁵.

و وفقا للنظرية، فان تعديل التزامات الأطراف المتعاقدة في العقد الإداري ممكن إذا كان التغيير في العقد غير متوقع، و جاء نتيجة ظروف أثرت بشكل خطير على التوازن الاقتصادي للعقد، وهو ما جاء

¹ - A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies , op.cit ,p7.

² -A.F.M. Maniruzzaman, op.cit, p 6.

3 - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية ، المرجع السابق ، ص 391.

⁴ -مسألة تتعلق بإمدادات الطاقة

⁵ - A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies, op.cit, p8.

في الحالة المذكورة أعلاه، حيث أبرم مقاول دخل في عقد طويل المدى لتوريد غاز الفحم بمعدلات ثابتة لمدينة بوردو هذا العقد قبل الحرب العالمية الأولى عندما كان سعر الفحم بين 23 و 26 فرنك للطن قبل عام 1917، ومن ثم ارتفع السعر إلى 117 فرنك لطن أي أكثر من أربعة أضعاف السعر الأولي، لترفع شركة الغاز أي المقاول الخاص دعوى أمام المحاكم الإدارية للمطالب بالزيادة في مبلغ العقد على ضوء الزيادة في أسعار الفحم، نتيجة إرهاب الشركة عند تنفيذ التزاماتها العقدية، وقد طلبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقد معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك، وتمسكت بشروط العقد استناداً إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتبعة في عقود القانون الخاص، إلا أن قرار مجلس الدولة في الحكم التالي قد أنصف المقاول، و هذا بنصه من حيث المبدأ، عقد منح الامتياز ينظم بشكل قاطع حتى انتهاء التزامات كل من الطرفين، لأن التقلبات في تكلفة المواد الخام في المجال الاقتصادي شكلت خطر على المتعاقد مع الإدارة ، تبعاً لهذه الحالة التي قد تكون مواتية أو غير مواتية لصاحب الامتياز وتبقى على عاتقه المخاطر.

يبرر ذلك، نتيجة لاحتلال العدو الجزء الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام، وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وأن الشركة إذن على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفالة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلاً طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه و خلص المجلس من ذلك إلى قوله بالالتزام الشركة بضمان المرفق محل الالتزام، ومن ناحية أخرى بأن عليها أن تتحمل فقط خلال هذه الفترة الوقتية جزء من النتائج الباهظة لمبدأ القوة القاهرة، الذي يسمح بالتفسير المتزن للعقد بتركه على عاتقها¹.

1 - أحمد محيو، المرجع السابق ، ص 392، 393.

ومن هذا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً مثلما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة ، التي تعفي المتعاقد من التنفيذ، فالتنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكناً ولكنه مرهق، وعلى ذلك لا تعفى المتعاقد من تنفيذ العقد، إلا أنها تمنح المتعاقد الحق في الطلب من الإدارة أن تساهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به، ضماناً لحماية المرفق العام واستمراره في أداء خدماته دون انقطاع.

خاتمة الباب الأول

لقد أظهر تحليل طبيعة العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية الدولية تصورا لوجود توازن قانوني واقتصادي في هذه العلاقة، غير أن فرض هذا التوازن قد كان نسبيا نظرا لسلبية الفقه الإداري ، الذي أظهر رفضه لخصائص الطبيعة الدولية في هذه العقود، ما جعل تثبيت الطبيعة الدولية فيها ذو بعد نظري تشارك فقهاء القانون الدولي الخاص في صنعه دون إحداث أثر قانوني ملموس لذلك في النصوص القانونية الداخلية، حيث لم تعترف هذه الأخيرة بمبدأ التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية الدولية، و بمقابل ذلك سعت على إيجاد بديل يغني المتعاقد الأجنبي عن المطالبة بمبدأ التوازن ترجم هذا السعي في مجموعة من الإمتيازات و الضمانات القانونية، تدعم فيها القواعد العامة المنظمة للعقود الإدارية الدولية، المصالح الإقتصادية للمستثمر الأجنبي المتعاقد، دون إمكانية موازنة مكانته القانونية في العقد مع الدولة.

فجل التوجهات القانونية التي جاء بها التشريعين محل المقارنة ، جاءت في سبيل المحافظة بقوة على الطبيعة الإدارية في العقود الإدارية الدولية، و عدم تقبل فكرة توازن الطبيعتين فيها ، رغم عدم التعبير الصريح بذلك.

فتجنب المشرع الفرنسي مثلا، الأخذ بمعيار واحد عند تحديد جنسية الشركة المستثمرة ، من خلال تبنيه لمعيار الرقابة و معيار المقر الإجتماعي معا ، هو المحافظة على الممتلكات الفرنسية من خلال حماية الاقتصاد الوطني والمصالح الإستراتيجية¹ للدولة، لأن معيار الرقابة سيضمن الإشراف على الشركات الفرنسية لتبقى تحت حراسة الإدارة المساهمة فيها، من جهة، و من جهة أخرى، إستبعاد الشركات الأجنبية التي قد يكون لها تأثير سلبي على إقتصاد الدولة، في حالات معينة، مما يبقيها خاضعة لقانون المقر الإجتماعي الرئيسي، عند ممارستها لنشاطات إقتصادية خارج الدولة .

¹ - جورج حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص 56.

ويعود التوجه الفرنسي في تبنيه هذا المعيار، إلى أسباب تاريخية و سياسية ، كان منبعها الأصلي الحرب العالمية الأولى، ففي سنة 1919 و بموجب معاهدة فرساي¹، تم تصفية الأموال و المصالح الموجودة على أراضي الحلفاء و المملوكة لشركات يشرف عليها الألمان، و نفس المعيار أخذت به فرنسا أثناء الحرب العالمية الثانية ، ما يعني أن المشرع قد يلجأ إلى تطبيق معيار الرقابة في الحالات الضرورية لذلك، و التي تمس بالأخص إقتصاد الدولة².

بالمقابل، و خروجاً من حالة الحرب ، استعمل المشرع الفرنسي معيار المقر الإجتماعي لتحديد جنسية الشركة، من خلال إخضاع كل شركة يوجد مقرها على الإقليم الفرنسي، للقانون الفرنسي و كما كان للشركات الأجنبية بموجب التشريع المدني الفرنسي الإستفادة من مقر قانوني في فرنسا ، على أن لا يتعارض مع الشركة إذا كان مقرها الحقيقي في مكان آخر³.

و منه فإن مبرر المشرع في تبنيه معيار المقر الإجتماعي، بإخضاع الشركة التي يكون مقرها على الإقليم الفرنسي للقانون الفرنسي، هو تحقيق عنصر الثبات المنشود الذي يشترط في معيار الجنسية أما من جانب ترك المجال أمام تبني معايير أخرى، فقد كان سببه تعارض المقر الإجتماعي الجديد مع نظام الشركة، و مع القانون مكان المقر الفعلي لها.

و نتيجة عدم قوة المعايير المحددة لدولية العقود الإدارية، و اعتبار هذه صفة الدولية خاصة دخيلة على العقد الإداري خاصة بالنسبة للمشرع الوطني، اعتمد المشرعين محل الدراسة المقارنة على التحفيزات المالية و حماية الملكية الإستثمارية كضمانات حمائية للحقوق المكتسبة للمستثمر المتعاقد مع الدولة دون أن ترقى لجعل العلاقة التعاقدية علاقة متوازنة بين طرفي العقد، و كان مراد المشرع بموجب هذه القواعد العامة، و التي تتخللها إستثناءات خاصة لصالح المتعاقد الأجنبي، تتدارك ما أشيع عن طبيعة العقد الإدارية، مع الحفاظ للدولة في مرحلة التعاقد عن مكانته السلطوية.

1 -Traité de Versailles 1919, librairie militaire berger levrault, Nancy, Paris , Strasbourg, 1919 ,
<http://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>, consulter le 05-10-2015, p 21.

² - جورج حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص 56.

3 - « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu » . l'article 1837 du code de civil français, op.cit, p 534.

و رغم ذلك إلا أن النظام التحفيزي في الجزائر، نظام متذبذب، و من ثم فهو معرض لعدم الإستقرار نتيجة تحكم الدولة بصفة مطلقة فيه، ودون تبيان لأية إلتزامات قد تقع على عاتقها في المستقبل في حال ما إذا تعدت على الضمانات المالية بواسطة تعديل أو إلغاء القواعد القانونية المنظمة لها.

كل هذا سيبعث في نفس المستثمر الأجنبي الشعور بعدم الأمن القانوني، نتيجة عدم دقة المشرع في تنظيمه لقواعد إحترام التوقعات المالية.

ما يؤكد فشل هذه الآلية كضمان إستقرار تشريعي لتوقعات المستثمر الأجنبي في الدولة، لغياب حصر هذه الأخيرة لأهدافها التنموية في مدة معينة تقف ندا لإرادتها المطلقة، ما سيوجه في الأخير إرادة المستثمر إلى الحل الفعال للحفاظ على حقوقه المالية المكتسبة بإدراج شرط التجميد التشريع في عقد استثماره مع الدولة .

و عليه، تميزت العلاقة التعاقدية للعقد الإداري الدولي عن غيره من العقود في إطار العلاقات التجارية الدولية على أساس عدم التكافؤ الكلي بين الأطراف المتعاقدة، الدولة من جهة ككيان سيادي سواء في نظر القانون الدولي العام أو في إطار القانون الدولي الخاص، و الطرف الثاني المتمثل في الشخص المعنوي الأجنبي الخاص، الذي يتمتع بالقوة الإقتصادية و المالية في غالب الأحيان، و لكنه يبقى بعيدا عن إعتباره أحد أشخاص القانون العام الدولي رغم ضخامة كيانه من الناحية الإقتصادية.

من أجل ذلك، يعد التحديد الدقيق للشكليات التطبيقية للعقود الإدارية الدولية أمر في غاية الأهمية، على أساس أن الدولة قد تبرم عقود تطبق فيها مميزات القانون الخاص، بالإضافة إلى منحها إمتيازات لضمان إستقرار العلاقة التعاقدية.

حيث يظهر أن الدولة عند إبرامها للعقد أنها تسعى بكل السبل إلى تنفيذه، مستعملة في ذلك سلطتها التشريعية، غير أن هدف المستثمر في الوصول إلى مرتبة الدولة في العقد الإداري الدولي يبدو أنه صعب التحقيق، نظرا لطغيان سلطة الدولة التشريعية، فبعد أن تمنحه هذه الأخيرة إمتيازات لجذبه وغضه عن تحقيق مبدأ التوازن العقدي، تحد من سلطة إرادته كلما أبدى ذلك في العقد.

إلا أن ما يحسب لصالح المستثمر المتعاقد، هو فرضه شرط تجميد قانون العقد الوطني، بحيث
سيجعل العقد الإداري عقدا بدون قانون، ما سيرفع من حظوظه أمام المحكم الدولي في حالة إثارة نزاع
عند تنفيذ العقد.

الباب الثاني: الضوابط الإجرائية للفصل في المنازعات" تكامل وظيفي و إرساء لعدالة قضائية"

قد يشوب مرحلة التعاقد خلل ما ، تؤثر في ما يلي على مرحلة تنفيذ العقود الإدارية الدولية، فكل ما كانت مرحلة التكوين مضبوطة كان التنفيذ سلسا و العكس، لذا كان على الأطراف عند اتفاهم على بنود العقد توقع حدوث إشكالات في التنفيذ، خاصة و أن مرحلة التكوين لم تحكمها قواعد قانونية خاصة بهذه العقود نابعة من تشريع موحد بالنسبة للأطراف في سبيل تقادي اقل عدد ممكن من النزاعات القضائية التي ستؤثر على التنفيذ.

هذه النزاعات التي قد تطرأ في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية الدولية تحكمها كسابقتها قواعد قانونية غير مستقرة في تشريع واحد، لها طبيعة قضائية في غالب الأحيان، تراعى فيها إرادة الأطراف عند تأسيس العقد، ووضع بنوده، و كذا قانونه.

و يعود سن هته القواعد بالدرجة الأولى إلى المحكمة المختصة في الفصل في النزاع المتوقع حدوثه في مرحلة الإبرام، فالاختصاص القضائي هو الأساس الذي ترتكز عليه أطراف العقد لتنفيذ الإلتزامات التعاقدية عند التنازع، فضرورة ملاءمة إختصاص الهيئة القضائية سواء الوطنية أو الدولية لطبيعة العقد و بنوده هو الذي يحول دون عرض النزاع على قاضي غير مختص و إن كانت تلك رغبة الطرف العام في العقد.

فإعمال القانون العام و توجيه الإختصاص القضائي للقضاء الإداري يتوقف بقوة العقد ، خاصة عند إدراج شرط التحكيم الدولي و الإتفاق على طرح النزاع أمام هيئة تحكيم دولية ، و هذا ما يضع النظام القانوني الداخلي في مأزق أمام التحكيم الدولي عند مواجهته بالحظر أو الرقابة.

و عليه عالج هذا الباب القواعد المادية المثبتة لإختصاص المحكم الدولي كقاضي أصلي مختص في النزاع، انطلاقا من حظر التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلى قابليته كقضاء موازي(الفصل الأول). و من ثم تحديد دور القاضي الوطني في المنازعة التحكيمية، ما بين الرقابة على الحكم التحكيمي و ضرورة تكريس دور القضاء الإداري في ذلك ، و بين الدور الإشرافي أو المساند للتحكيم الدولي و الذي يدعم تحقيق القواعد الإجرائية المدعمة لإرادة الأطراف من خلال إقامة العدالة القانونية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: المحكم الدولي كقاضٍ أصلي في النزاع

تسير في الوقت الحالي، عبر حركة قوية عالمياً، تحرير القوانين الوطنية للتحكيم الدولية، حركة تتماشى في نفس المسار مع عولمة الإقتصاد¹، هذا ما وصل إليه التحكيم الدولي اليوم كأسلوب تقني في حل المنازعات على المستوى الدولي.

و يعبر شرط التحكيم في العقد الإداري الدولي عن إتفاق على إبعاد النزاع الذي قد ينشأ بموجب العقد من قضاء الدولة إلى هيئة تحكيم دولية، لتصبح صاحبة الإختصاص الأصلي في النظر للنزاع على أن يكون هذا الشرط واضحاً و أن يمتد عند عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها في العقد². فالتحكيم كإجراء لحل المنازعات، هو نظام لعدالة خاصة، يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من المحاكم الوطنية لصالح أشخاص خواص، يختارهم الأطراف أنفسهم من حيث المبدأ³.

و يعد بذلك شرطاً عقدياً يصب لمصلحة كلا الطرفين من خلال توفير أمن قانوني للطرف الأجنبي، إذ يبدد مخاوفه بشأن خضوع النزاع المتوقع حدوثه عند التنفيذ لقضاء الدولة الوطني، ومن جهة ثانية تستفيد الدولة من مزايا التحكيم لمواجهة تدخل الدول بذريعة حماية رعاياها و المطالبة بالتعويض بحجة الحماية الدبلوماسية.

غير أن من ضروريات قيام التحكيم وجود قواعد مادية مثبتة له كقضاء موازي داخل النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، من خلال تنظيم التحكيم في القوانين الوطنية و ضبط الجانب الإجرائي لضمان السير الحسن للمحكمة التحكيمية، للوصول إلى حكم تحكيمي خالي من العيوب خاصة منها المتعلقة بمخالفة النظام العام، و يعتبر بذلك تكريس أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم من أهم القواعد المادية المثبتة للتحكيم في النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية (المبحث الأول)، إلى جانب التمديد القانوني لإتفاق التحكيم كهيئة قضائية و هذا من ناحية التنظيم الشكلي و تكريس مبدأ إستقلالية التحكيم و تحديد القانون الواجب التطبيق عليه (المبحث الثاني).

¹ - jeans Baptiste RACINE, les raisons de la libéralisation de l'arbitrage internationale dans les pays émergents (le cas particulier de l'Algérie), RAJEP , volume xxxxiv N°4-2000 , faculté de droit université d'Alger, p 267.

² - Conférence des nations unies sur le commerce et le développement , contrats d'Etat, collection de la CNUCED sur la question des accords internationaux d'investissement, Nations Unies, New York et Genève , 2004.

³ - TARKI Noureddine , L'arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U , Alger 1999, p 01.

المبحث الأول: أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم الدولي

سواء كان النظام إشتراكي أو ليبراليا، يعد تدخل الدولة في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية مشكلة مستمرة و ثابتة الوجود، ففي مجال التحكيم الدولي يبقى مركزها مثيرا لمسألة مدى فاعلية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تكون طرفا فيها، لينتج عن وجود الدولة في العقد الإداري الدولي و وجود شرط التحكيم عاملين قد يظهران بشكل متكامل في حالة وجود أهلية قانونية مكرسة لقابلية الدولة في الخضوع لهيئة تحكيم دولية .

و على الدولة الوقوف أمام ضرورة تكريس قانونها الداخلي لقابليتها في الخضوع للتحكيم كقضاء موازي، حيث تعد النظم القانونية الداخلية صاحبة الإختصاص في الإعتراف بهذه القابلية، ما يفيد أن المصادر الوطنية ستكشف عن تطور سريع في حالة ظهورها بعدة إصلاحات قانونية ، تتدخل فيها الدولة لجعل التحكيم الدولي أكثر جاذبية على إقليمها¹.

هذا التدخل لم يكن لصالح الأشخاص المعنوية العامة في بداياته، خاصة عند حظر خضوعها للتحكيم من قبل المشرع و القضاء بسبب تكريس سلطة الدولة في هذا النوع من العقود (المطلب الأول)، غير أن التراجع عن الحظر سجل كقاعدة مادية مثبتة للتحكيم كشرط لفض نزاعات العقود الإدارية الدولية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مرحلة حظر التحكيم في العقود الإدارية الدولية

لم يكن اكتساب الأشخاص المعنوية العامة لأهلية الخضوع للتحكيم المستقر عليها حاليا تلقائيا، فقد واجهت هذه الأشخاص في النظام القانوني الجزائري حظرا على أهليتها في الخضوع للتحكيم، ليعود سبب ذلك إلى عوامل تاريخية و إقتصادية أثرت على استقرار القابلية القانونية للتحكيم في العقود الإدارية الدولية (الفرع الأول)، نفس الحظر كان محل نزاع بين القضاء العادي و الإداري الفرنسي قبل الإعتراف بالتحكيم الدولي في هذا النوع من العقود (الفرع الثاني).

¹ -Philippe Fauchard, Emmanuel Gaillard , Berthold Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international , édition Litec , Paris , 1996, p 72.

الفرع الأول: حظر التحكيم في النظام القانوني الجزائري

يعود ظهور التحكيم في الجزائر إلى فترة ما قبل الاستقلال، و التي شهد منذ ذلك الحين إلى اليوم جميع التطورات الاقتصادية و التشريعية¹، إلا أن هذه التطورات قد أثرت على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم، نتيجة ظروف و عوامل نشأة التحكيم في الجزائر، ومن ثم فان موقف المشرع الجزائري جاء بين رافض و مكرس لهذه الأهلية، بسبب عاملين أساسيين، الأول تاريخي (أولا) و الثاني اقتصادي (ثانيا).

أولا: التأثير السلبي 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 افيان²، و هذا نتيجة افتقار الجزائر للتقنيات الحديثة لتسيير قطاع المحروقات، و كذا معانات الاقتصاد الوطني من نتائج الهيمنة العلمانية التي خلفتها الثورة³، 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 الجزائرية⁴، وهذا حفاظا على مصالحها الاقتصادية في الجزائر.

و يظهر بذلك، أن أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن علاقاتها الاقتصادية، كان تحكيما خاصا بالمحروقات، لإعتبار أنه المجال الأكثر حيوية و حداثة في تلك الفترة

1 - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2005، ص 1.
2 - 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 ، المرجع السابق، ص 2.

3 - Salah MOUHOUBI , préface de Mohamed BEDJAOUI , La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives, O.P.U, Alger , 1986, p 22.

4 - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 3.

مما 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، و كذا علاقات التعاون في مجال المحروقات بين الدولة الجزائرية و نظيرتها الفرنسية.

كل هذه الأسباب جعلت الدولة الجزائرية، تتفاوضى عن تعديل أو إلغاء التشريعات الفرنسية التي بقيت سارية المفعول رغم وضوح نية المستعمر في الحفاظ على الروابط الاقتصادية الفرنسية بالبتروال 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، و قام بالتراجع عن فكرة التحكيم نهائيا، باتخاذ موقف رافض ومناهض له خاصة عندما تكون الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة طرفا في المنازعة¹، و كان هذا بصدور قانون الإجراءات المدنية².

و يرجع الدافع وراء إستغناء الدولة الجزائرية عن أهليتها في الخضوع للتحكيم في هذه المرحلة إلى 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 وتجنب فرضية تطبيق قانون أجنبي على الدولة صاحبة الكيان السيادي .

واقعيًا لم يتوقف خضوع الدولة الجزائرية للتحكيم، رغم إسقاط أهليتها ، إلا بعد استرجاع الدولة سيادتها الكلية على قطاع المحروقات، بعد تأميم المحروقات سنة 1971¹، حيث أن تفوق إرادة الأطراف

1 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 3.

2 - 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.

على التشريع و أعمال 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 أهلية الدولة قد شابها عيب قانوني، ما قد يقف عائقا أمام القدرة على التعبير عن إرادتها تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، و من ثم عدم الاعتراف بحكم هيئة التحكيم أمام القضاء، بسبب عدم صحة إتفاق التحكيم في حد ذاته.

لم تستقر أهلية الدولة 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 طرفاً في العقد، و إلى اختصاص المحاكم الجزائرية، فيما إذا تعلق النزاع بمؤسسة² سونطراك آنذاك.

بهذا الشكل تم إلغاء قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 و استعادة اختصاص المحاكم الجزائرية على جميع منازعات المحروقات³، و عليه، و كنتيجة للأمر 71-24، يتوجب على كل مستثمر أجنبي مهتم بنشاط البحث، الإنتاج و النقل و التحويل و التجارة في مجال المحروقات، التعاقد مع المؤسسة الوطنية، و الشركة الوحيدة الخاضعة للقانون الجزائري، و يكون مقر التعاقد في الجزائر⁴.

تشبث المشرع الجزائري برأيه الرفض لأهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع 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، مما فرض إعادة الأهلية لأشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، لكن العامل المؤثر في هذه المرة يتعلق بتتمية الاقتصاد الوطني و تشجيع الاستثمار الأجنبي، من خلال وضع التحكيم كحافز جاذب لإستثمار الأجنبي، و ضمان للتعاقد مع الدولة.

¹ - Abdelmadjid Belkherroubi, par Mohamed MENTALECHTA, l'arbitrage commerciale en droit algérien, RASJEP, Algérie, p 927.

² - عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 5-6.

³ - Mostefa TRAKI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, 1^{er} édition, Alger, 2007, p 20.

⁴ - Ibid, p 20.

ثانيا : التأثير الإيجابي للعامل الاقتصادي

لعبت العوامل الإقتصادية ، دورا هاما في تحديد مدى خضوع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم سواء الدولي أو الداخلي، فطبيعة الإقتصاد المزدوج بين الدولة الجزائرية و الفرنسية إبان الإستقلال، و الذي هيمنت عليه فرنسا¹، هو الذي أوجد لاحقا الخيار الاقتصادي و الاجتماعي الذي ظهر بعد ذلك، و الذي منح دورا أساسيا للدولة بصفقتها المحرك الأساسي للتطور، و بالتالي المتعامل الوحيد في التجارة الدولية².

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 سابقا³، أما بالنسبة للتحكيم الدولي، فالواقع أثبت أن فقط المؤسسات العمومية هي التي لها أهلية الخضوع له، دون إمكانية تمييزها عن الدولة التي تمارس عليها وصاية، و بذلك تعتبر العقود الدولية الموجودة في تلك الفترة، عقود دولة⁴ أو بصفة أدق عقودا إدارية دولية.

و عليه فان أهلية الدولة في الخضوع لتحكيم في فترة ما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية إلى تعديل المادة 442 منه بالمرسوم التشريعي 93-09⁵، مبررة رغم عدم مشروعيتها القانونية، و ذلك تحقيقا لأهداف إقتصادية كانت الدولة بحاجة إليها بعد الإستقلال، خاصة و أنها المتعامل الدولي الوحيد آنذاك تطبيقا للسياسة الإشتراكية المنتهجة.

1 -Salah MOUHOUBI , La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives,op.cit, p 23.

2 -Mostefa TRAKI TANI , Droit algérien de l'arbitrage commercial international , op.cit, p 17.

3-4 -Ibid ; p 17-18

5 -Décret législatif no 93-09 modifiant et complétant l'ordonnance no 66-154 du 8 juin 1966 portant le code de procédure civile, j.o.r.a, no 27 du 27 avril 1992, p 42.

لتكون الحقائق دائما معروفة¹، فبعد أن كانت حداثة الدولة و الظروف التاريخية سببا في عدم قابلية الدولة لإبرام شرط التحكيم، تأتي حقيقة أخرى وقفت أمامها الدولة لتعيد نظرتها حول موضوع النزاعات الناشئة بموجب علاقاتها الاقتصادية الدولية، لكن عامل عودة التحكيم للمنظومة القانونية الجزائرية اختلف²، فكان ظهور أهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم، نتيجة أزمة اقتصادية و اجتماعية و ضغوطات خارجية، أرغمت الجزائر لفتح السوق الاقتصادية أمام الاستثمار الخارجي، و تشجيعه³.

كانت الأسباب الاقتصادية متنوعة، و في اغلب الأحيان كانت ملائمة المتعاقد المستهلك للتكيف مع شرط التحكيم، هو الدافع وراء التعاقد مع الكيان العام بالنسبة للمؤسسة الأجنبية⁴، ما يعني أن ليس الدولة فقط من تسعى إلى تحقيق غاياتها كسلطة عامة مطالبة بتلبية الصالح العام، بل أن المستثمر له مصلحة في إخضاع الدولة للتحكيم، فمن جهة سيبعدها عن القضاء الوطني الذي قد لا يثق بحيدته، ومن جهة أخرى سيدفع عنه الإجراءات القضائية المعقدة للقضاء التقليدي، و هذا لأن علاقته التعاقدية مع الدولة مرتبطة بمصالح تجارية و مالية متميزة بالمرونة.

و على هذا الأساس، يلعب 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 فيها⁵.

و عليه يهدف البحث في الأسس التاريخية و الاقتصادية لأهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم، هو تحديد طبيعة أهلية التصرف التي تتمتع بها الدولة عند إختيارها التحكيم للفصل في نزاعاتها الناتجة عن عقود تبرمها مع الخواص سواء على مستوى وطني أو في مجال علاقاتها الدولية، الواردة في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و من ثم إكتشاف

¹ - Mostefa TRARI-TANI, clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume xxxvii, n 4, Algérie, 1999, p49.

² - Mostefa TRARI-TANI, clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, op., cit , p 49.

³ - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 6.

⁴ - Mostefa TRARI-TANI, op., cit, p49.

⁵ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 23.

الضوابط و الآليات القانونية التي تحكم هذه الأهلية سواء في النصوص الداخلية أو الدولية، كمرحلة ثانية.

الفرع الثاني: مرحلة حظر التحكيم في النظام القانوني الفرنسي

لا يمكن الاعتراف بأهلية الدولة للخضوع للتحكيم دون التطرق للصعوبات التي واجهت هذه الأهلية و المتعلقة بإزدواجية الإجتهااد القضائي(أولا) فالتعارض بين القضاء العادي و الإداري الفرنسيين ، ساق إلى خلق قاعدة مادية تكرر أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم (ثانيا).

أولا: انشقاق الاجتهاد القضائي حول الاعتراف بأهلية الخضوع للتحكيم

إن مصدر حظر أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم في النظام القانوني الفرنسي تعود أسسه إلى المادة 1004 و المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية القديم ، إلى جانب ذلك تمديد القاضي الإداري هذا الحظر على الحالات التي مستها أحكامه القضائية¹، و كذا المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي و التي منعت عن الجماعات و المؤسسات العمومية الخضوع للتحكيم مع وجود بعض الاستثناءات، و التي وردت على سبيل المثال في قانون 17 افريل 1906 و الذي سمح للأشخاص المعنوية العامة في الصفقات العمومية الخضوع للتحكيم بعد صدور مرسوم يتيح ذلك بناء على تقرير الوزير المختص و الوزير المكلف بالمالية².

غير أن الحظر أصبح خاليا من الاستثناءات و مطبقا لحرفية الحضر الوارد في أحكام المواد 1004 و 83 و هذا عند تكريس القضاء الإداري له، دون أن يعني ذلك أن تطبيق أحكام هذه المواد جاء صارما من قبل القاضي الإداري، فما حكم القاضي الإداري إلى واجهة تشريعية تضاف إلى المبدأ العام في القانون الفرنسي، و التي تمنع التحكيم بمجرد أن يكون أحد الأشخاص العامة طرفا في النزاع³.

فتطبيق هذا الحظر من قبل الاجتهاد القضائي الإداري لاسيما ضد المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري أثار الكثير من الجدل، ففي سنة 1957 و في قرار لمجلس الدولة في يخص شركة

¹ - Benoit le Bars et Joseph Dalmasso , arbitrage commercial international « les grands arrêts du droit français » , bibliothèque Sainte Genévière, paris 2016,p 180.

² -Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international, Joly édition, France 2015, p 93.

³ - Benoit le Bars et Joseph Dalmasso, op.cit ,p 180.

وطنية قام بإصدار حكم من أجل تكريس حضر التحكيم على الأشخاص العمومية بصفة عامة، و هذا عند قيامه في هذا القرار بإلغاء شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم ، بحجة أن " المؤسسة عامة تبقي صفتها هذه على تطبيق المبدأ الذي جاءت به أحكام المواد 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية إلا إذا سمحت لها الأحكام التشريعية بصفة خاصة ذلك، فالمؤسسات العمومية لا تخضع للتحكيم"، انتقد حكم مجلس الدولة بأنه تقليدي نظرا لتطبيقه لمبدأ كان يعمل به في مرحلة كانت الدولة فيها قليلة التدخل في عالم الأعمال¹ .

وعليه أعطى الاجتهاد القضائي الإداري نظرة حول أهلية غامضة عند تفسير النصوص القانونية خاصة عند عدم التعمق في الاستثناءات التي ذكرتها المادة 2060 من القانون المدني و التي لم تمنع التحكيم بصفة الإطلاق كما جاء في الاجتهاد، لهذا يعد موقف القضاء الإداري يصب في قلب المادة الإدارية دون أن يأخذ بالمصالح الاقتصادية الدولية المراد تحقيقها من العقد المبرم من قبل الأشخاص المعنوية العامة، حيث أعلن بطريقة غير مباشرة اختصاصه المطلق في النظر في هذا النوع من النزاعات² .

لكن و في نفس السنة، و قبل أشهر قليلة من قرارا مجلس الدولة، أصدرت محكمة الاستئناف لباريس في قضية Myrtoon Steamship ، و هذا باستبعاد هذا الحظر في مجال العلاقات الدولية وهذا عندما قام المحكم سنة 1951 النظر في قضية ضد الدولة الفرنسية، و عند الطعن ضده أمام محكمة الاستئناف أصدرت هذه الأخيرة في سنة 1957 قرارا يقضي أن الحظر محدود في العقود الداخلية بدون أن تطبق في الاتفاقيات ذات الطبيعة الدولية، هذا القرار جاء مؤيدا لأهلية الدولية بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، على أساس أن العقود المبرمة بين الدولة و المتعاملين الأجانب تتعلق بالقانون الواجب التطبيق، بحجة أن المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية لا تتعلق بنظام قانوني دولي و التي أيدت قرارها انه ذات الحظر وفقا للمادة 69 من القانون 17 افريل 1906 لا يتعلق إلا ببعض العقود الإدارية المتعلقة بالنظام الداخلي³ .

¹ - Benoit le Bars et Joseph Dalmasso, op ; cit ,p 181.

² -Marie Elodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, Droit des contrats internationaux, Dalloz, Paris, 2017, p 700-701.

³ - Benoit le Bars, Joseph Dalmasso, op.cit, p 181-182.

انتقد قرار محكمة الإستئناف القائم على القانون الواجب التطبيق على العقد بسبب عدم احترام التزامات الدولة نحو التحكيم، و التي تثمن في الواقع أهليتها¹، فالحقيقة أن أهليتها هي التي أوقفت و ليس شرط التحكيم في العقد.

ثانيا: تعزيز قاعدة مادية للاعتراف بأهلية الدولة للتحكيم في علاقاتها الدولية

خلق القانون الدولي للتحكيم التجاري قاعدة مادية تمنع للدولة أو احد الأشخاص المعنوية الأخرى الموقعة لاتفاقية تحكيم عندما ينص قانونها على حظر هذا الإلتزام، و هذا عندما نصت اتفاقية جنيف لسنة 1961 على أنه يدخل في اختصاصها النظر في الاتفاقيات التحكيمية التي تبرمها الأشخاص الخاضعة للقانون العام المؤهلة وفقا لقانونها للخضوع للتحكيم²، و لم تضع الدولة الفرنسية عند توقيعها هذه الاتفاقية أية تحفظات على ذلك، مما جعلها تعترف بأهلية الدولة في ذلك، بالإضافة إلى اعتراف اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بأهلية الدولة الكاملة في المشاركة في التحكيم في مجال الاستثمارات، ما جعلها مثال إضافيا لتبني المشرع الوطني الفرنسي في مجال العلاقات الدولية الاعتراف بأهلية الدولة في الخضوع للتحكيم³.

و في قرار شهير للقضاء الإداري الفرنسي و هذا في سنة 1986 اخذ مجلس الدولة موقفا مميزا وفقا للطبيعة الداخلية أو الدولية لعلاقات الأشخاص المعنوية العامة، ففي الأولى منع التحكيم مسببا ذلك من المبدأ العام للقانون العام الفرنسي إلا في حالة الاستثناء المنصوص عليها قانونا أو مبرر مرتبط بطبيعة النزاع و في الثانية توقف على مدى تأهيل القانون لهذه الأشخاص على نطاق دولي⁴.

يظهر من ذلك أن القضاء الإداري إلى صدور هذا القرار مزال متمسكا بإختصاصه الأصلي في النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية رغم دوليتها و رغم توجه إرادة الدولة الدولي و إن تنازله عن ذلك لا إلى بموجب استثناء مقرر.

¹ - Benoit le Bars, Joseph Dalmaso, op.cit, , p182.

² - Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international, op, cit, p 94.

³ - Benoit le Bars, Joseph Dalmaso, arbitrage commercial international , op.cit, p184.

⁴ - Marie –Elodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, Droit des contrats internationaux, op.cit, p 701-702.

لم يدم رأي مجلس الدولة الفرنسي في التمسك بالقاضي الإداري كقاضي أصلي لمنازعات العقود الإدارية الدولية ، حيث أصبح أقل حدة بصدور التنظيم 44/2001 ل 22 ديسمبر 2000 والمسمى BRUXELLES I أو الإتفاقية LUGANO المعدلة في 30 أكتوبر 2007 ، ليعبر الإجتهااد الفرنسي في آخر رأي له، أن العقود المبرمة من قبل الأشخاص العامة الفرنسية و المنفذة في الخارج تستطيع أن تفضل قانونا أجنبيا، مما سيوقف إختصاص القانون الإداري المطلق و كذا إختصاص قضائه¹، إذ أنه بالإمكان حاليا أن يعرض النزاع بصفة عامة على القضاء الفرنسي أو على التحكيم الدولي.

المطلب الثاني: تثبيت أهلية الأشخاص العامة في القانون الجزائري

يقصد بأهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم أهلية التصرف في الحقوق المتنازع عنها و المراد الفصل فيها أمام هيئة التحكيم، و التي لا يمكن لأي شخص إبرام إتفاقية تحكيم دون التمتع بهذه الأهلية بحكم القانون² ، لتعد بذلك قاعدة مادية ذات بعد دولي (الفرع الأول)على المشرع تثبيتها في النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية الدولية وفقا لضوابط معينة (الفرع الثاني)، لتصبح بذلك ذات طبيعة خاصة .

الفرع الأول: أهلية الدولة وفقا لإتفاقية واشنطن

كانت هذه الإتفاقية السبابة لتنظيم أهلية الدولة لعرض نزاعاتها أمام هيئة تحكيم الدولي، وعلى أساسها تم اعتراف الدول في تشريعاتها بقبالية النظر في النزاع من قبل التحكيم الدولي عندما يتعلق بالإستثمارات التي تبرمها الدولة مع متعاقد أجنبي، و يعد هذا بمثابة الإعتراف بالدولة كمتعامل اقتصادي دولي، فهذه الأخيرة ليست بمشرع أو بقاضي في عالم الأعمال الدولية، بل أصبحت متعامل إقتصاديا دوليا³.

1 - Mathias Audit et autres, droit du commerce international et des investissements étrangers, op,cit, p 193.

2 - حسيني يمينه، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 23.

3 -Stéphane Chatillon, le contrat international , op.cit, p75.

و تخاطب الدول في هذه الإتفاقية على أساس تعاقدها، ومن ثم لا تعتمد طبيعة أهليتها المعترف بها في هذه الإتفاقية على معيار كمي، بل على معايير نوعية للدول التي يمكن أن تكون عضوا في هذه الإتفاقية (أولا)، مقابل تمديد الأهلية في الخضوع للتحكيم لتشمل المؤسسات و الهيئات العمومية التابعة لها (ثانيا)، تحت شرط عدم إعتراض الدولة على ذلك.

أولا : أهلية الدولة وفقا لإتفاقية واشنطن

إن الدول المخاطبة في هذه الإتفاقية هي الدول المصادقة عليها فقط ، و هذا ما أشارت إليه إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، في مقدمتها و التي جاءت فيها: "إن الدول المتعاقدة... تأخذ في الإعتبار أن المنازعات يمكن أن تنشأ في أي وقت بشأن الإستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا 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 من اجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدولة المتعاقدة من ناحية و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقا لأحكام الإتفاقية الحالية."

حيث 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 رعاياه من المستثمرين المتعاقدين مع دول أجنبية.

و حسب نص المادة 67 من الإتفاقية، فإن مجال فتح التوقيع في هذه الإتفاقية ، يكون حصرا للدول الأعضاء في البنك الدولي للإنشاء و التعمير، و كذلك الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، و الدول التي يقر المجلس الإداري بأغلبية ثلثي 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 CIRD¹ هو موقع البنك، الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل

¹ - انظر المادة 2 من الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995، يتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 15 فبراير 1995.

الدولية ، باعتبار أن هذه الأخيرة هي صاحبة الاختصاص في الفصل في أي نزاع قد ينشا بين الدول المتعاقدة من حيث تفسير أو تطبيق اتفاقية واشنطن ما لم يتفق الأطراف المعنية على طريق آخر لتسوية¹، بالإضافة إلى الدول المدعوة من قبل ثلثي أعضاء المجلس الإداري المنصوص عليه في القسم الثاني من الاتفاقية².

و على أساس ذلك، فممارسة الدول لأهليتها في طلب التحكيم، وفقا لاتفاقية واشنطن ، يتوقف على نوعيتها، حسب معايير التصنيف الواردة فيها، ليرى الفقه أن تسمية إتفاقية دولية لا تعني بالضرورة المعنى الإصطلاحي لها، 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 الدولية³.

غير أن للاتفاقية قابلية صنع قواعد قانونية لها حظوظ قوية في الأخذ بها و تطبيقها في عدة قوانين الوطنية⁴، رغم عدم إمكانية المصادقة عليه، فالدولة غير طرف في الإتفاقية واشنطن مثلا، لا يجوز لها أن تصبح طرفا في إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز الدولي CIRDI، إلا أن نشوب خلاف فيما إذا كان يجوز للدول غير متعاقدة إستعمال التسهيلات التي يقدمها المركز، جاء إستقرار الأعضاء على منحها هذه الرخصة دون الحق في الوقوف كطرف في تحكيم المركز⁵.

ثانيا: إمتداد أهلية الخضوع للتحكيم لأشخاص القانون العام الأخرى

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 بتعبية هذه المؤسسات لها إذ جاءت الفقرة 3 من المادة 25 منها كالتالي: " موافقة المؤسسات العامة و الأجهزة التابعة للدول

1 - انظر المادة 64 ، من الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995، المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى ، المرجع السابق .

2 - انظر المواد 4، 5، 6، 7 و 8 ، من الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995، يتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى، المرجع السابق.

3 - Karim MEDJAD , droit international des affaires, Nathan université, Paris , 2008, p 8.

4 - Ibid, p 8.

5 - حسيني يمينة، المرجع السابق، ص 23.

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 للائتمثال 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 لها¹.

غير أن إعتبار أهلية الدولة هي نفسها أهلية الأشخاص العامة المعينة، ستتعارض لا محال مع الإستقلالية التي تتمتع بها بعض المؤسسات والهيئات العامة، خاصة لما للدولة سلطة تقديرية مطلقة في تحديد نوع الاستثمارات غير القابلة للفصل في منازعاتها أمام المركز دون إبلاغه وفقا للفقرة الرابعة² من المادة 25 ، كما أن سيطرتها على أهلية الأشخاص العامة، قد تمنعهم من الائتمثال أمام المركز دون موافقتها، حتى و لو تم إعمال الفقرة الأولى من نفس المادة³، و رغم عضويتها فيها.

الفرع الثاني: أهلية الأشخاص المعنوية العامة استنادا لأحكام القانون الوطني

وقع المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في إشكالية ازدواجية نصوصه المنظمة لأهلية الدولة في الخضوع للتحكيم (أولا)، ليترب عن هذه الأهلية في الخضوع للتحكيم وفقا لهذين النصين نتائج قانونية مقيدة (ثانيا)، ما جعل الفقه يرى أن تنظيم التحكيم الجديد يظهر تراجع عن أحكام المرسوم التشريعي 93-09، و تقييدا للتحكيم.

1 - حسيني يمينة، المرجع السابق، ص 24.

2 - تنص الفقرة الرابعة من المادة 25 من إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى ، على : تستطيع كل دولة متعاقدة ، عند تصديقها أو انضمامها الى هذه الإتفاقية أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر انه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها "... المرجع السابق .

3 - تنص الفقرة الأولى من المادة 25 من إتفاقية 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 موافقتهم المشتركة فانه لا يجوز لأي أن يسحبها بمفرده"، المرجع نفسه .

أولاً: ازدواجية الأحكام المنظمة لأهلية الأشخاص المعنوية العامة

تعديلاً للأمر 66/154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بالمرسوم 09-93، تراجع المشرع الجزائري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة و أشخاص المعنوية العامة الأخرى، و هذا من خلال إلغائه المادة 442.¹

فرغم عدم توقف العمل بالتحكيم التجاري الدولي واقعياً في المرحلة التي سبقت إصدار هذا النص، إلا أنه أزال اللبس والغموض على أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم الدولي، فلم يكن إصدار المرسوم التشريعي 09-93 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 من خلال إباحته للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية، و بإعتبره أول قانون إجرائي خاص بالتحكيم عرفه النظام القانوني الجزائري².

غير أن إلغاء الأمر 154-66 المعدل و المتمم، و حلول القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مكانه، قد جعل الفقه يكيّفه على أنه تراجع تقييد للتحكيم.

ففي الكتاب الخامس من القانون 09-08 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"، تتص على أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم في مجالات محددة حصرها النص في علاقاتها الإقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية.

¹ - المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09-93، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، و التي نصت على أنه 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 بالسكن 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. المرجع السابق، ص 58.

² - باسود عبد المالك، حماية الإستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، جامعة ابو بكر القايد تلمسان، 2014-2015، ص 154.

لكن ليس هذه أول مادة تتطرق للموضوع محل دراستنا، فأهلية الأشخاص المعنوية العامة قد وردت في قبل ذلك في الكتاب الرابع من القانون 08-09، 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 العمومية¹.

إنقد 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، من خلال الأشخاص ثم عاد المشرع الجزائري وتكلم عن الأشخاص المعنوية العامة في الفقرة الثالثة من المادة 1006 وهنا اشترط أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي وأضاف إليها شرطا آخر، وهو أن تتم في إطار الصفقات العمومية، وتسأول حول طرق إبرام عقود الدولة، بحيث إذا كانت تبرم إلا في إطار الصفقات العمومية، فإن هذا الشرط لا جدوى له في نص المادة 1006²، و طرحه ووجها من الغموض حول المادة الأصلح للتطبيق، خاصة عند إعتبر أحدها حكما عام و الآخر خاص.

لكن المشكلة 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، نلاحظ أن المشرع أدرج حالتين يكون للدولة أهلية إجراء و طلب التحكيم في المنازعات الناشئة عن النشاطات الواردة فيهما، و تتمثلان في النشاطات التي تمارسها الدولة

1 - انظر نص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع نفسه.

2 - باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 154.

و المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها، و نشاطات الدولة المدرجة في إطار علاقاتها الإقتصادية الدولية.

إلا 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، التي فصلت بين طلب الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العلاقات الإقتصادية الدولية ، و طلبها له في مادة الصفقات العمومية، بإستعمال المشرع لحرف العطف "أو" بدلا من "الواو" ، الذي ورد 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 أساس ذلك، فإننا نكون أمام حالة ثالثة للدولة أهلية الخضوع للتحكيم في منازعاتها.

و مبررنا في ذلك أن النص الأول قيد هذه الأهلية، بإجراء آخر و هو خضوع الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لقانون الصفقات العمومية، و من ثم جاءت المادة 1006 للتوسع من هذه الأهلية على أساس أن الدولة لا تبرم فقط عقود صفقات عمومية دولية، بل لها أيضا علاقات إقتصادية دولية شاملة، تمارس فيها لنشاطات بصفتها بائع أو مشتري مثل عقود الإستيراد والتصدير، و تبرم عقود إدارية دولية تهدف بها لتحقيق مصلحة عامة بإستعمال مرفق عام غير خاضعة لقانون الصفقات العمومية، مما يجعلنا نفترض أن المشرع لم يتراجع عن موقفه السابق الوارد في المرسوم التشريعي 93-09 ، بل قام بتعداد الحالات التي للدولة أهلية الخضوع للتحكيم بموجبها.

غير أن الوصول إلى تفسير النصين حسب المعنى المراد به من المشرع في القانون 08-09 والمتعلق بموضع أهلية الدولة للتحكيم، لا يكفي تصور إفتراض له، 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.

و عليه فالفصل في هذه المسألة، يستوجب علينا البحث في أحكام المواد 975 و 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نصه الأصلي، أي الصادر باللغة الفرنسية ، و من ثم التأكد من

النتيجة المتوصل إليها من خلال البحث عن هذه أهلية الدولة في أحكام قانون الصفقات العمومية و في الأخير إستخلاص ما إذا كان للدولة أهلية الخضوع لنوعي التحكيم معا أو أحدهما فقط.

ففيما يخص أهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم في النص الأصلي و 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 من النص الأصلي¹ 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 marchés publics*)² و التي لا تعني عند ترجمتها إلى اللغة العربية إضافة 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 آخر 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** »³.

1 - 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.

2 - Art 975 du la loi N 08-09, op.cit, p 77.

3 - Art 1006, code de procédure civil et administratif ,p 79.

و عليه فإن تأويل إرادة المشرع في النصين لأهلية الدولة في الخضوع للتحكيم، يكون في العقود الإدارية الدولية المبرمة وفقا لإجراءات الصفقات العمومية، مما يفرض أن كل عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية هي عقود صفقات عمومية، خاصة بعد التعديل الجديد لقانون الصفقات العمومية و الذي نظم عقود الصفقات و تفويضات المرافق العامة.

أما فيما يتعلق بأهلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم 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 ومساهمة منها في تسهيل إجراءات التقاضي دوليا في المنازعات التي قد تنشأ نتيجة عقود الإستثمار التي تبرمها.

و بالنتيجة، نجد أن عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة الجزائرية مع رعايا دول أخرى، هي من بين أهم الحالات التي جاءت بها الإتفاقيات الدولية ، غير أن تكييفها على أساس أنها عقود إدارية دولية، لا يتم إلا بالعودة إلى طبيعة تنظيمها الداخلي من قبل المشرع ، خاصة و أنه في أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جعل أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم في هذه الحالات متعلقة بمادة الصفقات العمومية.

وبالعودة إلى أهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم وفقا لقانون الصفقات العمومية فإن الملاحظ مما سبق، هو أن أهلية الدولة في إجراء أو طلب التحكيم منحصر في عقود الإستثمار والعلاقات 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.

و رغم 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 العمومية¹، إلا أن المشرع تداركها في التعديل الأخير للقانون ، بجعل تفويضات المرفق العام خاضعة لنفس إجراءات تنظيم الصفقات العمومية.

فبالعودة 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 كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، في اللجوء للتحكيم وفقاً لأحكام المادة 153 من هذا المرسوم ، و هذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبياً وأمام هيئة دولية، بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة²، فعقود الصفقات المبرمة مع متعاملين أجنبياً تكون موضوع دعوى للمنافسة الدولية، تطبيقاً لسياسات التنمية العمومية عن طريق الإلتزام بالاستثمار في شراكة³.

و على أساس ذلك ، تيرم عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية المؤهلة لأن ينظر في منازعاتها أمام التحكيم الدولي وفقاً لإجراءات إبرام الصفقات العمومية. غير أن هذا التقييد الذي جاء به المشرع، رغم تنظيمه المحكم ، يطرح في حد ذاته صعوبات عند تنفيذها على أرض الواقع، خاصة و أن الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة لهذا المرسوم جاءت فضفاضة، على عكس المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي حصرتها ، مما قد ينفي المسؤولية المباشرة للدولة عن أعمال المؤسسات التابعة لها أمام هيئة التحكيم الدولية، خاصة عندما يتم الاتفاق على التحكيم دون الموافقة المسبقة للهيئة الوصية.

1 - باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 163.

2 - انظر الفقرة الأخيرة المادة 153 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 38.

3 - انظر المادة 84 ، المرجع نفسه، ص 24.

بالمقابل ، سيسمح هذا التقييد، الاصطدام بالنظام العام الدولي الخاص بالتحكيم الدولي، لأن العقد الإداري الدولي هو من عقود التجارة الدولية، فهو يخضع وجوباً لقانون التجارة الدولية، ووجود أي شرط أو قيد يحد من إعمال قانون التجارة الدولية يعتبر باطلاً في نظر القانون الدولي للتجارة¹.

و عليه فتنظيم العقد الإداري الدولي من قبل الدول المتبينة لإزدواجية القضاء بالقانون الداخلي قد خلق قاعدة قانونية مادية تمنع هذا الحضر الممارس من قبل المشرع الوطني، و هذا نتيجة إصدار محكمة استئناف باريس حكماً قضائياً اعتبر فيما بعد قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، و تم تكييفها على أنها قاعدة من قواعد النظام العام الدولي ولا يعمل بها فقط في مواجهة النصوص المقيدة للتحكيم في القانون الفرنسي بل في مواجهة جميع الدول التي تعرف قوانينها مثل هذا التقييد².

ليتين من تحليل النصوص أعلاه، أن مقصود المشرع من منحه أهلية للدولة في الخضوع للتحكيم هو التحكيم الدولي، رغم تنظيمها بموجب القانون العام الداخلي، لكن هذا لم يمنع المشرع في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، أن يشير و لو بصفة غير صريحة، إلى أهلية الأشخاص المعنوية العامة ، التي لها صلاحية إبرام عقود الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، أن تحيل النزاع إلى لجان أنشأت بموجب المادة 154 من المرسوم نفسه³ ، بغية الحصول على تسوية ودية للنزاعات التي قد تنشأ بينها و بين المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين، بشرط أن يتم إدراج اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات في دفتر الشروط قبل أي مقاضاة أمام العدالة⁴.

فلا يزال تدخل الدولة في العلاقات الإقتصادية الدولية قائماً، رغم إنقضاء النظام الإشتراكي و حلول النظام الليبرالي مكانه، فالحقيقة التي يمكن إثباتها هي تخليها فقط عن إحتكار التجارة الدولية، لذا فان أهليتها للخضوع للتحكيم لم يعد أكثر تعقيداً، خاصة أن نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فتح مجال طلب الخضوع للتحكيم أمامها في مجالين اقل ما يقال عنهما، هو دورهما الفعال في إنتعاش الإقتصاد الوطني.

1 - باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 162.

2 - المرجع السابق، ص 162.

3 - أنظر المواد، 154، و 155، من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 38.

4 - الفقرة 4 المادة 153 ، المرجع نفسه، ص 37.

ثانيا: مفاعيل أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم

يترتب عن الإعراف بأهلية الدولة للخضوع للتحكيم ترك السلطة التقديرية للشخص المعنوي العام في اللجوء إلى التحكيم في مجالات محددة على سبيل الحصر في نص المادة 1006 ، غير أن تحديد المقصود بالأشخاص المعنوية العامة في هذا النص قد يطرح إشكالات قانونية في أهليتها (أ)، مما قد يربط مسؤولية الدولة المباشرة عن تصرفها أمام المحكم الدولي (ب).

أ: إشكالية تواجد الأشخاص المعنوية العامة في اتفاقية التحكيم

خلافاً لفكرة الدولة التي لا تثير أية مشكلة، يصعب قانوناً تحديد المقصود بأشخاص القانون العام الاعتبارية¹ ، خاصة في غياب نص تشريع حاصر لها، مما قد يجعل الفقه و القضاء يجتهد في تحديدها ثم حصرها، و عموماً تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة، الدولة و الدوائر التابعة لها ذات الطابع الإداري، إلى جانب المؤسسات العمومية الاقتصادية ، التي لها صلاحية إبرام عقود مع مستثمر أجنبي في إطار النشاطات التي تقوم بها² .

و من الظاهر، من أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، محل الدراسة، أنها اعتمدت في نصها على أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، إلا تقسيمها وفق للطبيعة التحكيم.

حيث إعتمدت المادة 975 من هذا القانون أهلية اللجوء للتحكيم كمحكمة إدارية لتسوية النزاعات التعاقدية التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً 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 بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة، و بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بالولاية

¹ - حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 01، سنة 2008، ص 101.

² - المرجع نفسه، ص 101 و 102.

و البلدية ، أما بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات صبغة إدارية ، فيتم من خلال ممثلها القانوني أو من السلطة الوصية التي يتبعها¹.

بالمقابل اعتمدت المادة 1006 من قانون الإجراءات، على المصطلح العام و المتمثل في الأشخاص المعنوية العامة، ما يعتبر خروجاً عن القيد الذي فرضتها سابقتها، و تماشياً مع تطور المنظومة القانونية الوطنية و الدولية، مما يجعلها تبيح طلب التحكيم لعدد أكبر من الأشخاص التي تتميز بصفة الشخص المعنوي العام، على غرار المذكورة في المادة 800، فوجه الاختلاف بين النصين التشريعيين سيظهر لاحقاً عند تنفيذ حكم الهيئة التحكيمية.

و لتفسير ذلك، و بالعودة إلى المادة 49 من القانون المدني² ، و التي تعد الأساس العام في تحديد الأشخاص الاعتبارية، و تنقرر بموجبها صفة الشخص الاعتباري إذا كان يتمتع بحقوق في الحدود التي يقرها القانون، من أهمها الذمة المالية و الأهلية و الموطن و نائب عن إدارتها، بالإضافة إلى حق التقاضي. فعلى الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام أن تتمتع بحق التقاضي بالإضافة إلى الحقوق الأخرى.

و بالنسبة للإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، تشير المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على إختصاصها في الفصل في المنازعات الإدارية في جميع القضايا التي تكون الدولة والجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها، و بذلك يعد التحكيم بحكم المادة 975 إجراء قضائي موازي للمحكمة الإدارية الذي يختص في الفصل في منازعات هذه الأشخاص.

و إن إفتراضنا أن هذه الأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في هذه المواد، هي الأشخاص المعنوية العامة الوحيدة صاحبة الأهلية للخضوع للتحكيم، سنقع لا محال أمام نزع هذه الأهلية للكثير من الأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطات اقتصادية لصالح الدولة مثل الوكالات الوطنية

¹ - انظر المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

² -المادة 49 من الأمر 75-58 ، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 17.

المبرم لعقود دولية لصالح الدولة¹ و المؤسسات العمومية الاقتصادية و الشركات الوطنية، التي تكون تابعة للدولة الجزائرية و التي تتصرف باسمها في علاقاتها الاقتصادية الدولية.

تقليديا، جاءت نشأت المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر نتيجة إحتكار الدولة لبعض أوجه النشاطات الاقتصادية في مجالات إستراتيجية ، كالشركات 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 الدولية².

فالتوجه الإقتصادي للدولة الجزائرية، و تخليها عن النظام الإشتراكي، لم يعد يسمح لها بالتصرف بأسلوب الرجل الإشتراكي، خاصة عندما أسقطت المهام الإدارية عن المؤسسات التابعة لها و المحتكرة لنشاط إقتصادي، كشركة سونطراك.

هذا التصرف القانوني و الذي أبعد المؤسسة الاقتصادية العمومية عن الخضوع للقانون العام، و إعتبرها أحد أشخاص القانون الخاص، يبعدها بالضرورة عن أحكام المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فبقوة القانون هي غير معنية بأحكام المواد 975 و 1006، مما يجعلها مستبعدة عن القيود الواردة فيهما و المتعلقة في الخضوع للتحكيم الدولي، لأنها لا تعتبر بهذه الصفة ممثلة للدولة

1 - 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 يتعلق بالمحروقات، المرجع السابق.

2 - حسن طالبي، المرجع السابق، ص 102.

الجزائرية في تصرفاتها الدولية، إنما أحد رعاياها، لا يرتب الإخلال بالتزاماتها إقامة مسؤولية الدولة رغم تبعية المرفق المسير لها .

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

إن عدم التحديد الصريح للأشخاص المعنوية العامة من قبل المشرع قد يخلق مستقبلا إنعدام المسؤولية المباشرة للدولة أمام هيئة التحكيم الدولي، خاصة إذا كان هذا الشخص المعنوي العام غير مستقلا ماليا عن الدولة رغم تمتعه بالشخصية القانونية، خاصة عند 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 ذاتها¹.

أثيرت هذه المسألة في 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 الهليكوبتر 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 الدول².

و يظهر أن التكييف القانوني من قبل هيئة التحكيم جاء غير صائبا لأنه لم يأخذ بعين الإعتبار الشخصية القانونية الممنوحة لهيئة التصنيع، و أقام مسؤولية الدول المتشاركة، إلا أن الحقيقة 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

1 - نصت المادة 7 من مجمع القانون الدولي لسنة 1989 على: " موافقة الهيئة التحكيمية على التحكيم لا تتطوي 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.

2 - عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 211 و 212.

عليها الطعن في بنود العقد ضد الهيئة التي تعاقدها معها و ليس الأشخاص المكونة لها، لذا جاء الطعن في حكم هيئة التحكيم إيجابيا لصالح الدول الثلاثة.

و على أساس ذلك، يظهر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وكذا في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، يصب في حصر الأشخاص المعنوية العامة المؤهلة لإبرام إتفاقية التحكيم ، لكن هذا يتصادم مع الواقع العملي، نتيجة وجود أشخاص إعتبارية تتصرف بإسم الدولة و لحسابها، و إن هذا الحل ناجع مع الشركات الوطنية مثل شركة سونطراك أو شركة الطيران الجزائرية، إلا أنه يتنافى مع العقود التي تبرمها الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار¹ والوكالة الوطنية لتتمين المحروقات، بصفتها ممثلتان للدولة، و التي تخضع نزاعاتها للتحكيم الدولي.

إن الحل المراد الوصول إليه للحد من العراقيل التي تثيرها أهلية الأشخاص المعنوية العامة عند لجوءها للتحكيم، هو الضبط القانوني لهذه الأشخاص الخاضعة للتحكيم، عن طريق تحديد طبيعتها القانونية بدقة من قبل المشرع هذا من جهة، و من جهة أخرى الإعتراف بالتحكيم كقضاء موازي للقضاء التقليدي، و ليس كحل بديل تسعى المصلحة المتعاقدة من خلاله تسهيل تلبية خدماتها العمومية.

فالتحكيم سيعمل لمصلحة الشخص المعنوي العام و الطرف الأجنبي معا، حيث سيوفر لهذا الأخير الأمن القانوني و القضائي، أما الدولة فستتمتع بمزايا التحكيم، لمواجهة تدخل الدول بذريعة حماية رعاياها، و المطالبة بالتعويض بحجة الحماية الدبلوماسية².

و بالنتيجة تعد أهلية الدولة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ملمة لتجربة الجزائر كدولة مستقلة مع نظام التحكيم كقضاء موازي للعدالة التقليدية ، خاصة عند تدافع العوامل التاريخية والإقتصادية التي شهدتها الدولة الجزائرية على التأثير سلبي و إيجابيا على النظام القانوني للتحكيم فيها.

فبين مرحلة المنع و الإباحة و التقييد التي أثرت على أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة الأخرى في طلب اللجوء للتحكيم، على طول مدة حياة التحكيم في الجزائر، شهد القانون الإجرائي الحالي

1 - المادة 1039 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص 93.

2 - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 214.

خلفيات قانونية في تنظيمه لهذه الأهلية، خاصة و أنه إعتد الحل الوسط، أو ما أطلق عليه الفقه الإباحة المقيدة، التي جاءت واضحة في أحكامه.

كما قد ساهم توريث المستعمر الفرنسي لنظام التحكيم تأثيرا سلبيا على حياته في المنظومة التشريعية الجزائرية، فما لبث المشرع أن أصدر قانونا يمنع الدولة فيه اللجوء للتحكيم، و هذا لتمسكه بمفاهيم السيادة المطلقة المتداولة آنذاك، لكن هذا المنع لم ينتج أثره على أرض الواقع، إلا بعد تأميم المحروقات سنة 1971.

لكن ما لبث أن عاد حق الخضوع للتحكيم من قبل الدولة إلى المنظومة القانونية الجزائرية لإختلاف الظروف و التوجهات السياسية و الإقتصادية للدولة، التي أباحت بشكل مطلق التحكيم الدولي.

و رغم إيجابية الأثر الذي أحدثته الظروف الإقتصادية على أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم، إلا أن القانون الإجرائي 08-09 ، حاول تقييده، بفرض شكل نظامي أدق، إلا أنه وقع في بعض الأحيان في مشكلة عدم التكامل بين القوانين الوضعية ، و بين العرف العملي المنظم لأهلية الدولة في اللجوء للتحكيم، بحيث أغفل العديد من الأبعاد القانونية الناتجة عن منح أهلية للدولة في اللجوء للتحكيم، من أهمها، حصر الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، التنصيص الإستثنائي على الخضوع للتحكيم الدولي دون الداخلي، لعدم الحاجة لمثل هذا التحكيم داخليا على الأقل في الوقت الحالي، خاصة مع وجود لجان طعن في مادة الصفقات العمومية ، و في الأخير كان من واجب المشرع النص صراحة على أن الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة ضد الدولة يكون أمام القضاء الإداري.

المبحث الثاني: المجال الممدود لإتفاقية التحكيم في العقود الإدارية الدولية

يعبر الأطراف عند إبرامهم اتفاق التحكيم على غرار أطراف العقود الإدارية الدولية، على حريتهم في إختيار التحكيم المناسب لعقدهم، و كذا الضوابط القانونية له، و عليه فإن طبيعة العقد الدولية الإدارية، لا تمنع من إمتداد إتفاق التحكيم، ليشمل كل الضوابط المناسبة و الملائمة لطبيعة العقد المتميزة.

و لهذا فإن أطراف العقد يختارون الضوابط الشكلية الملبية لمصالحهم المشتركة عند الإتفاق على إخضاع نزاعاتهم التي قد تنشأ بموجب عقدهم للتحكيم (المطلب الأول)، كما يمتد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من قانون العقد إلى قواعد قانونية ذات طبيعة دولية تساهم في حسن سير عمل هيئة التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضوابط الشكلية لإتفاق التحكيم

إن ما يميز إجراءات التحكيم بوجه عام هي الحرية الممنوحة للأطراف من أجل تقديم ما لديهم من مؤيدات تساند ادعاءاتهم مع عرض للطلبات التي يودون تقديمها¹، إلا أن هذه الحرية قد تقيدها شكلية الإجراءات التي تستوجب لصحة اتفاقهم التحكيمي، و التي يلعب فيها شكل اتفاق التحكيم دورا هاما بحيث يعبر عن مدى اعتراف الدولة بالتحكيم و استقلاله عن العقد الأصلي (الفرع الأول)، و كذا منح الإختصاص لهيئة التحكيم المناسبة حسب ميول إرادة الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اتفاق التحكيم و مدى استقلاليته

للأطراف العقد الإداري الدولي الحق في اللجوء إلى التحكيم بعد تضمين عقدهم لإتفاقية التحكيم، و تأخذ هذه الأخيرة شكلين، إما شرطا أو مشاركة (أولا)، غير أن حماية هذا الإتفاق من تتصل الدولة التي قد تنهي العقد بسلطتها المنفردة، إذا ما كان اتفاق التحكيم غير مستقل عن العقد الأصلي ، يستوجب منها الإعتراف باستقلاله في قوانينها الوطنية (ثانيا).

1- حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، ص 122.

أولاً: التمييز بين شرط و مشاركة التحكيم

على عكس القضاء، أساس التحكيم رضا طرفي الإتفاق، فإختيار التحكيم حرية و الإتفاق عليه رضائي، فليس لقوة القانون أن تتدخل في فرض إجبارية الخضوع له.

و يكون هذا الإتفاق إما شرطا و إما مشاركة، و يقصد بالأول، ذلك الإتفاق الذي يتم النص عليه في العقد ذاته، و يتفق الطرفان إلى إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهما على التحكيم، و يكون هذا الشرط قبل نشوء النزاع المحتمل، أما مشاركة التحكيم فتكون على شكل إتفاق مستقل عن العقد، و عادة ما تكون لاحقة على نشوب النزاع¹.

غير أن دوافع أطراف العقد الإداري الدولي في إبرام إتفاقية التحكيم، و التي تظهر في رغبة الدولة توجيه العقد الذي أبرمته إلى هيئة تحكيمية²، في حالة نشوء نزاع ، هو إستبعاد الإختصاص القضائي لدولة أجنبية، لتعمد منذ البداية على إدراج شرط التحكيم في مرحلة إبرام العقد، و بالمقابل تخوف المستثمر الأجنبي من حالة النزاع التي قد يؤول الإختصاص فيها وفقا لقانون العقد الوطني لقضاء الدولة، و الذي لن يضمن حيده.

فهو أيضا لن يخاطر بعقده، خاصة و أن شرط التحكيم هو الشرط الأكثر قابلية لتحقيق التوازن الذي يسعى إليه في العقد، لهذا يعد شرط التحكيم ، الشكل الأنسب في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية نظر لخصوصية العلاقة التعاقدية، و إختلاف مراكز الأطراف فيها.

لتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كان شرط التحكيم مجرد تعبير عن نية الأطراف في اللجوء الى التحكيم لحل نزاع، دون تفصيل لهذا الشرط من حيث الإجراءات و تشكيل المحكمين ، و القانون الواجب التطبيق على النزاع، سيكون "شرط تحكيم فارغ"، على أن يكون الشرط مفصلا متى تضمن جوانب التحكيم كلها³.

1 - قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ، ط2 ، دار هومة ، 2006 ، ص260.

2 - L'article 1505-3 du code de procédures civil français, op.cit, p 407.

3 - قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 261.

فعلى شرط التحكيم المفصل، إعتمدت الجزائر في عقدها المبرم مع شركة اوراسكوم تسليكوم الجزائر، و الذي إعترف بموجب المادة 9 منه على تسوية الخلافات عن طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات (CIRDI)، و عن طريق حكم أو عدة حكام يعينون وفقا لتنظيم اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمار بين الدول و مواطني دول أخرى¹.

و في عقد آخر²، جاء شرط التحكيم أكثر تفصيلا و دقة من سابقه، بحيث نص الشرط على الهيئة الفاصلة في النزاع و التي عادت إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات (CIRDI)، كما توقع الأطراف تصريح المركز بعدم إختصاصه، ليحول بعد هذا إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية CCI، بباريس. و حدد الشرط موقع المركزين بباريس فرنسا، وفقا لإجراءات المركزين في كلتا الحالتين، و كذا لغة إجراءات التحكيم و التي تمثلت في اللغة الفرنسية، و طبيعة الحكم، الذي يكون نهائيا حسب العقد، دون أن يغفل الشرط على القانون الواجب التطبيق عند الحكم في النزاع.

في فرنسا، كانت البداية مع شرط التحكيم غير موفقة مع قضاء الدولة، حيث لم تعترف محكمة النقض الفرنسية سنة 1943 بصحة شرط التحكيم، و هذا بإجازة الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع، و كان العمل السائد هو أن النص على التحكيم في العقد هو مجرد وعد باللجوء للتحكيم، يتوجب تأكيده بمشاركة تحكيم يبرمها الطرفان بعد قيام نزاع بينهما³.

إلا أن التمسك بهذا المبدأ لم يدم طويلا، حيث أن بمجرد إنضمامها إلى بروتوكول جنيف، أصدرت تشريعا يقضي بصحة شرط التحكيم في المسائل التجارية. ليتم توسيع هذه المسائل في سنة 1980 بعد

1 - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و اوراسكوم تيلكوم الجزائر، المرجع السابق، ص 13.

2 - انظر المادة 18 من اتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار و شركة حامة وستر ديسالنايشن، المرجع السابق.

3 - قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 262.

تعديل قانون مرافعاتها، إلى كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص صريح يتيح اللجوء إلى التحكيم، و بذلك أصبح قبول شرط التحكيم قاعدة و حظره استثناء¹.

فالسعي منذ البداية إلى وضع شرط التحكيم، هو الأصل عند إبرام العقود الإدارية الدولية، نظرا لأهمية هذه الشكلية في ضمان الحماية المشتركة للأطراف، و ما يؤخذ لصالح الدولة الجزائرية هو اعتمادها شرط التحكيم المفصل، على غرار الفرنسية التي أقرت بشرط التحكيم لكن بصفته الوعدية او التمهيديّة، على أن يتم الأطراف عند حدوث النزاع إجراءات التحكيم بإبرام مشاركة التحكيم.

ثانيا: إستقلال شرط التحكيم

خلافًا لما كان مقررا سابقا من تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي من حيث الصحة و الآثار² اعتمدت التشريعات الحديثة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي³، بحيث أصبح الشرط مستقلا عن العقد الأصلي الذي تقرر التحكيم بسببه⁴، ليكون هدف العقد تحديد حقوق و التزامات الأطراف الموضوعية، أما إتفاق التحكيم فهو عقد يتولى تحديد الجهة المختصة بالفصل فيما يثور بين الطرفين من نزاع⁵، و قد اقره المشرع الفرنسي، و أخذ به الانجليزي، و القانون الأمريكي، كما أخذت به دول أخرى من أنظمة قانونية مختلفة، بما فيها القانون الجزائري⁶.

و يقصد بمبدأ استقلالية إتفاق التحكيم أن لا يتأثر ذلك الإتفاق سواء كان في صورة شرط تحكيم أو مشاركة التحكيم، بصحة العقد المتعلق به⁷، و يترتب على اعتماد مبدأ الإستقلالية، إعطاء شرط التحكيم الدولي مفهوما موحدا من حيث نطاقه و آثاره، ما يجعل التحكيم الصادر بموجبه قرارا طليقا عن أي نظام

- 1 - - قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 262-263.
- 2 - الطيب زوتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 138.
- 3 - علاء محي الدين مصطفى ابو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 248.
- 4 - الطيب زوتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 138.
- 5 - علاء محي الدين مصطفى ابو حامد، المرجع السابق، ص 247.
- 6 - الطيب زوتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 138.
- 7 - قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 266.

قانوني وضعي¹، كل هذا تفاديا لتعلق شرط التحكيم بالعقد الأصلي، فإن قيل أن العلاقة بينهما تبعية، فإن بطلان العقد يعد بطلان إتفاق التحكيم²، أما عند إستقلاله فبطلان العقد لن يمنع هيئة التحكيم في أن تفصل في النزاع القائم³.

تم الدفاع عن هذه القضية في مجال المحروقات، بحيث خصت نزاع الشركة الوطنية سونطراك و K.C.A Drilling Ltd ، في اطار عقد ابرم سنة 1974 لتنفيذ هذه الأخيرة أعمال الحفر في الجزائر لتتم الأطراف هذا العقد في المستقبل بمجموعة من الملاحق، ليتم الإعلان عن إرادة الأطراف في فسخ العقد بموجب الملحق رقم 5 ، و في وقت لاحق دفعت الشركة الأجنبية طلبا لغرفة التجارة الدولية بسبب مبلغ مالي. غير أن شركة سونطراك دفعت بعدم قبول الطلب مبررة ذلك أن شرط التحكيم المصرح به في عقد 1974/04/12 قد تم فسخه مع العقد في الملحق رقم 5، و عند النظر في النزاع في 1988/09/16 أعلنت هيئة التحكيم اختصاصاها، لأن فسخ العقد لا يسري على شرط التحكيم⁴.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ عند إقراره الصريح في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بعدم إمكانية الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم ، بسبب عدم صحة العقد الأصلي فهو بذلك لا ينفي الاختصاص للمحكم في تحديد الحقوق للأطراف و الفصل في ادعاءاتهم و طلباتهم⁵.

بالعبارة العكسية "إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر غير مكتوب"، عبر المشرع الفرنسي على عدم بطلان العقد الأصلي و لو بطل شرط التحكيم⁶.

1 - الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 139.

2 - علاء محي الدين مصطفى ابو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم ، المرجع السابق، ص 247

3 - الطيب زروتي، مناهج تنازع في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 139

4 - Mostefa TRARI TANI , Droit algérien de l'arbitrage commercial international , op.cit, p 39.

5 - عجابي الياس، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، العدد 2010/03، ص 63.

6 - قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 266.

و يرى الفقه أن إستقلالية شرط التحكيم يمثل الآن قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي، كما إستقر القضاء الفرنسي على هذا المبدأ ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 مايو 1963 في قضية GOSSET إلى انه في إطار التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم الدولي سواء تم هذا الإتفاق على نحو منفصل عن التصرف الأصلي ، أو تم إدراجه به فإنه يتمتع بإستقلال كامل¹.

و عليه، تعد ضرورة إستقلال اتفاق التحكيم الركيزة القانونية الأساسية للفصل في النزاع أمام هيئة التحكيم المختارة، فللمبدأ قوة فعالة في حماية المصالح المكتسبة في العقد، كما تمهد الطريق للمحكمة التحكيمية للنظر في مشكلة اختلال التوازن العقدي و المساهمة في وضع حلول لذلك.

الفرع الثاني: المفاضلة بين التحكيم الخاص و التحكيم المؤسسي

يمكن لأطراف العقد عند إبرامهم إتفاق التحكيم إختيار هيئة تحكيمية خاصة ، أو توجيه نزاعهم إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة ، لتولى الفصل في النزاع المطروح. فالتحكيم الخاص أو التحكيم الحر، هو الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم، خارج إطار أية مؤسسة أو مركز تحكيم²، وفي هذا النوع من التحكيم يحدد أطراف النزاع المواعيد، ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، كما يتم تحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم .

ويعتبر التحكيم خاصا ولو تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية، طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة³، فالمراد من التحكيم الخاص إذن، هو إختيار محكمين و من ثم إجراءات وقواعد تطبق على التحكيم ، دون تبعية لأي هيئة تحكيمية نظامية، مع قابلية الإستفادة من الإجراءات و القواعد التي تمارسها تلك الهيئة عند النظر في النزاع ، كما

1 - علاء محي الدين مصطفى ابو حامد، المرجع السابق، ص 238-239.

2 - بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009، ص28.

3- Mostefa TRARI TANI , Droit algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit, p 94.

هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976¹ ، و بذلك يتميز التحكيم الخاص بأنه يغلب أن يكون اقل تكلفة و أكثر مرونة، و يسود اللجوء إليه في بعض المنازعات كما هو الحال في المنازعات البحرية الدولية و منازعات التأمين².

و في هذا الإطار تكفل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بتنظيم هذا النوع من التحكيم، حيث نص في المادة 1041، على أن للأطراف إمكانية تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم، و هذا إما بصفة مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم.

في حين تضيف الفقرة الثانية إمكانية رفع طلب لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم أو رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج بتطبيق قواعد القانون الجزائري في حالة تعذر التعيين أو الاستبدال أو العزل و هذا تحت طائلة الاستعجال³.

على عكس التحكيم الخاص يظهر التحكيم المؤسسي أكثر تنظيماً، حيث يوضع من قبل مؤسسات كما هو الحال في غرفة التجارة الدولية CCI⁴، لتصب ارادة الاطراف في اختيار إجراءات التحكيم وفقاً لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة و بمساعدتها⁵ ، كما يحمل هذا التحكيم في طياته بعض القواعد التي تسهل للطرفين الإجراءات ، و إعلان القرار ثم تنفيذه⁶.

و يرى البعض بأن النزاع أمام تحكيم مؤسسي، ليس مجرد قواعد تنظيمية أو وضع مكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل أنها ذات إختصاص تعترف به لنفسها في النظر والفصل في النزاع متى اتفق الأطراف صراحة على توجيه نزاعهم لتحكيم مؤسسي⁷.

1 - بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 31.

2 - المرجع نفسه، ن ص.

3 - انظر المادة 1041 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

4 - محمد علي جواد ، العقود الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ، 2010، ص 226.

5 - بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 32.

6 - محمد علي جواد، العقود الدولية، المرجع السابق ص 226.

7 - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 33.

فنظرا لأهمية التحكيم و ضرورته في مجال العلاقات الدولية، يعد قيام مؤسسات و مراكز متخصصة في مجال التحكيم، تنظيم محكم قائم على أسس قانونية و فنية و مادية ، تحكها قواعد خاصة ذات مصدر دولي، تساهم في إنجاح عملية التحكيم و تحقيق أثر إيجابي على حياة العقد.

و في إطار المفاضلة بين نوعي التحكيم المذكورين أعلاه، في إطار مدى ملاءمتهما لطبيعة العقود الإدارية الدولية، ظهر في الواقع العملي على الأقل حتى أواخر السبعينات يعكس ميول اتفاقات الأطراف إلى التحكيم الخاص و الذي كان يمثل الصورة المعروفة أصلا للتحكيم، لكن كثيرا ما تضمنت اتفاقات التحكيم شروطا تحكيمية غير سليمة، لتسبب مشاكل¹ أكثر من رسمها لطريق ميسر لحسم المنازعة، لذا فتغير المسار نحو التحكيم المؤسسي، يعود لاعتباره الأكفأ في إدارة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية.

و إنطلاقا من ذلك، يمكن القول أن إتفاق التحكيم في العقد الإداري الدولي، إذا ما جاء فارغا، فإن المصلحة المتعاقدة ستفرض إجراءات قانونها الوطني النازمة للتحكيم أو حتى دعوة قضائها لتعيين محكمين.

غير أن المتعاقد إلى جانبها لن يقبل إلا التحكيم الذي يساهم هو في تنظيمه وتشكيل محكمته التحكيمية بحيث يختار هو محكميه، و لن يقبل اتفاقا يخضع لرقابة القضاء الوطني، لذا و رغم الحرية التي يضعها التحكيم الخاص إلى أن أغلب النزاعات التي تثور بموجب العقود الإدارية الدولية تتحلّى بالوسطية من حيث الجهة الفاصلة فيها، لذا فإن التحكيم الخاص قد يفسر لصالح الدولة في حالة إعمالها لقانونها الإجرائي في تحديد إجراءات التحكيم، أو لصالح المستثمر الأجنبي في حالة الاختيار الحر لهيئة التحكيم، و بذلك سيكون غير مناسب لحل منازعات هذه العقود، نظرا لمركز الدولة التي لا يمكن أن تتنازل على سلطتها القضائية لصالح أشخاص غير خاضعين لتنظيم إجرائي قانوني مضمون.

1 - حيث يصعب التنبؤ بهذه المشكلات مما يؤدي الى عدم القدرة على حسمها عن طريق التحكيم الخاص فضلا عن تطراً مسائل لا يغطيها القانون المحلي و كذلك صعوبة تنفيذ الحكم التحكيمي. المرجع نفسه ، ص 36-37.

المطلب الثاني: ازدواجية القانون الواجب التطبيق عند النظر في النزاع

أصبح إتفاق التحكيم من البديهيّات في كل عقد يتصف بالطابع الدولي. فالاعتراف للدولة بصلاحيّة توجيه العقد الذي أبرمته إلى هيئة تحكيمية، وفقاً لإتفاقية التحكيم¹ مكرساً قانوناً، و كأن الدولة في هذا الشرط تستبعد بطريقة غير مباشرة الإختصاص القضائي لدولة أجنبية، من خلال النص على حل النزاع بواسطة هيئة تحكيمية، و هذا انطلاقاً من الإعتراف بوجود الدولة في العقد ، سواء في القوانين الإجرائية²، أو القوانين المنظمة للصفقات العمومية³، إلا أن هذا الإعتراف لن يكتمل إلا مع ضبط القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم (الفرع الأول) أو على موضوع النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يعد أساس وجود التحكيم في العقد اتفاق صبت فيه الأطراف إرادتها، و يعبر القانون الإجرائي للتحكيم عن إرادة أطرافه في تنظيم إجراءات قيام الدعوى أمام هيئة التحكيم، ابتداء من تعيين المحكمين إجراءات الفصل في النزاع، طبيعة الحكم و تنفيذه، و يتم تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على التحكيم من خلال التعبير عن إرادة الأطراف، و هذا إما بسن و وضع قواعد إجرائية ، أو بتطبيق قانون إجرائي لدولة معينة ، أو إختيار تطبيق الإجراءات الواردة في لوائح التحكيم المؤسساتي.

1 - L'article 1505-3 du code de procédures civil français, op.cit, p 407.

2 - أنظر ، المادة 1039 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص 93.

3 - تنص المادة 153 في فقرتها الأخيرة، من المرسوم الرئاسي 14-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على: "إخضاع تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على إقتراح الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة"، المرجع السابق، ص 38.

و تنص المادة 128، من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، على إخضاع جميع منازعات الصفقات التي تبرمها الدولة ، الجماعات الإقليمية، و المؤسسات العمومية المحلية، للتحكيم المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية . و يتم هذا الطعن بالنسبة للدولة ، بموجب ترخيص بواسطة قرار صادر وفقاً لتقرير الوزير المختص و الوزير المكلف بالإقتصاد"، code des marches publiques, op.cit, p87

يسن الأطراف قواعد إجرائية من صنع إرادتهم المطلقة، مستعينين بذلك بقواعد إجرائية داخلية لدول معينة، أو من مؤسسات التحكيم الدولية دون أن يتم التصريح بمصدر هذه القواعد ، مستهدفة الإجراءات السابقة لإتفاق التحكيم و التي تتمثل في الأساس في اللغة التي ستطبق بها هذه الإجراءات، ومكان التحكيم التجاري الدولي، و مدة بداية إجراءاته و نهايتها.

و كأول إجراء شكلي، تترجم اتفاقية التحكيم كتابة، فعلى وثيقة التحكيم أن تكون مكتوبة، و هذا باستعمال أية وسيلة تثبت ذلك ، و ينجر عن عدم احترام الأطراف مثل هذا الإجراء خروجاً بشرط التحكيم إلى طائفة البطلان ، و يقصد باستعمال وسائل إثبات الكتابة حسب اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخطابات المتبادلة و البرقيات و التيلكس¹، و يأخذ شرط الكتابة جانبا نظاميا يعود أصله إلى القوانين الوطنية، لأن شرط الكتابة مطلوبة لوجود شرط التحكيم و ليس لإثباته، فصب إرادة الأطراف هنا تكون نابعة من قانون وطني .

أقر المشرع الجزائري بشرط الكتابة في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وهذا من خلال تثبيت شرط الكتابة تحت طائلة البطلان ، نفس الموقف اتخذه المشرع الفرنسي حيث أكد على ضرورة أن يكون شرط التحكيم مكتوباً، لكن الغريب في الأمر أنه نفى هذا الشرط عن التحكيم الدولي والذي يخضع للقانون الفرنسي .

و عليه أجزم الفقه أن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي هو عدم اعتماد أية قاعدة تتعلق بالشكل في التحكيم الدولي و يترتب على ذلك أن الكتابة ليست ضرورية لصحة اتفاق التحكيم، غير أن الإنتقاد جاء ليؤكد انه و إن كانت الكتابة ليست شرطاً من شروط صحة اتفاق التحكيم إلا انها لازمة لإثباته².

أما الإجراء الثاني فيتمثل في إرادة الأطراف في تحديد لغة التحكيم ، و يقصد بلغة التحكيم لغة إجراءات التحكيم و المرافعات و تقديم المستندات و الوثائق و الحكم، و قد تكون لغة واحدة في كافة

1 - عجابي إلياس، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المرجع السابق، ص 62.

2 - علاء محي الدين مصطفى ابو حامد، المرجع السابق، ص 263.

المراحل و قد تتعدد بتعدد لغات الأطراف، و لا تأثير لهذه اللغة في تحديد طبيعة الحكم، أي لا يمكن اعتبار الحكم أجنبيا أو غير أجنبي¹ بناء على اللغة التي كتب بها.

و تؤكد المادة 22 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي² ، على أن للأطراف حرية اللغة التي تستخدم في إجراءات التحكيم، و في حالة تعذر ذلك تقوم محكمة التحكيم بتعيين لغة أو لغات إجراءات التحكيم، و يسري هذا التعيين على كل بيان كتابي يقدمه الطرفين و على المرافعة الشفوية و على أي قرار تحكيمي و على أي بلاغ صادر من هيئة التحكيم، ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك، كما أن تقديم السندات أمام الهيئة يتم بعد ترجمتها للغة و اللغات التي اتفق عليها الأطراف و تم تعيينها من قبل هيئة التحكيم.

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة لغة التحكيم في تنظيمه للتحكيم، و يعود ذلك في المرتبة الأولى إلى دولية العلاقة التي تضع عدة لغات محل تنازع، و كذا ترك ذلك خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة، أما تطبيقيا، لوحظ إدراج لغة التحكيم، و التي حددت بالفرنسية في العقد المبرم بين الدولة و شركة و اتر ديستلنايشن، كما إعتد المشرع الفرنسي على نفس المسار و هذا تركا لحرية الأطراف في تحديده أو هيئة التحكيم.

و علاوة على ذلك، يعد أعمال قواعد التحكيم عند تحديد البدء و اجل الفصل في النزاع، إجراء ثالث، فمن الطبيعي جدا أن تتطرق بداية إجراءات التحكيم من إبلاغ احد الطرفين الطرف الآخر بعزمه على عرض النزاع على التحكيم.

1 - علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص 13-14.

2 - قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1985 و المعدل سنة 2010، الأمم المتحدة، فيينا ، 2008، ص 15.

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

فعملية التحكيم تبدأ بإبلاغ المعدي الطرف الآخر بعرض النزاع على التحكيم، و في نفس الوقت محكمة التحكيم المؤسسي إذا كان التحكيم أمام محكمة دائمة¹، هذا ما أكدته المادة 21 من قانون الأونسترال النموذجي بنصها على أن تاريخ البدء في التحكيم ينطلق من يوم تسلم المدعي عليه بإحالة ذلك النزاع على التحكيم، متى لم يتفق الأطراف على ذلك²، اليوم الذي يتم فيه إعلان المدعي عليه بطلب التحكيم.

حدد المشرع الجزائري أجل الفصل في النزاع و هذا في ظرف 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم ، و عليه فإن ميعاد بدء إجراءات التحكيم يحتسب من تاريخ قيام الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الحر، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم في التحكيم المؤسسي .

و ما دامت المادة 1015 من القانون نفسه لا تعتبر تشكيل هيئة التحكيم صحيحا ما لم يعلن المحكمون قبولهم القيام بالمهمة المسندة إليهم، فإن بدء سريان إجراءات التحكيم لا يكون بمجرد الإعلان عن المحكم، و إنما من تاريخ قبول هذا الأخير لمهمة التحكيم.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

يفرض القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم، وجود فرضيتين تتمثل الأولى في إختيار قانون لموضوع النزاع (أولا)، و الثانية في عدم إختيار قانون (ثانيا).

أولا: صب موضوع النزاع في قانون إرادة الأطراف

إن من يختار القاضي يختار قانونه³، لذا يعد تحديد القانون أمر رئيسي لمباشرة هيئات التحكيم عملها، فتطبيق النظام القانوني الصحيح هو مطلب أساسي لإصدار حكم تحكيمي شرعي، و الفشل في

1 - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية ، المرجع السابق ، ص 288.

2 - قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص14.

3 - الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 142.

تطبيق القانون الصحيح و المناسب يعد إفراطا في استعمال السلطة و قد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر¹.

و كمبدأ عام، لطرفي العقد اختيار أي قانون إجرائي مستقل عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، و عموما يكون هذا القانون قانون المكان الذي تقع فيه المحكمة، و قد يؤخذ بقانون البلد الذي يجب تنفيذ الأحكام فيه².

و على ذلك فإن اللجوء إلى قضاء التحكيم الدولي قرينة على إختيار تطبيق القواعد السارية والمتعارف عليها فيه، و التي تكون في مجموعها نظاما قانونيا مستقلا عن نظم القوانين الداخلية، فمهما كانت تسمية هذا النظام يبقى نظام خاص بالعقود الدولية³.

منحت إتفاقية واشنطن أطراف عقود الإستثمار قدرا واسعا من الحرية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تترتب على علاقة الإستثمار التي تربطهما، و تمت حرية الأطراف لتشمل حق إختيار القانون الواجب على موضوع النزاع⁴، لتتص المادة 42 منها أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع المعروف عليها وفقا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف صراحة أو ضمنا، و في حالة عدم إتفاقهما على ذلك تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما فيما من قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق إذ يمكنها أن تطبق مبادئ و أعراف العلاقات التجارية الدولية.

1 - بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 153.

2- محمد علي جواد، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 51-52.

3 - الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، ص 142.

4 - بن سهلة ثاني بن علي، نعيمة فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مجلة إدارة، الصادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 17، العدد 2/2007، ص 41-42.

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على أصل النزاع هو السائد اليوم خاصة على مستوى العقود الاقتصادية الدولية¹، غير أن تطبيق مبدأ حرية الأطراف على العقود الإدارية الدولية قد يلقى مصاعب نظرا لوجود الدولة في العقد، و فرضها لسلطتها التشريعية على قانون العقد.

لكن و إنطلاقا من مبدأ إستقلالية التحكيم المذكورة أنفا، ليس من الضروري أن يكون القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم هو نفسه قانون العقد، لأن كل واحد منهما مستقل عن الآخر². فالإستقلالية هي مصدر شرط التحكيم و الذي عمل به تطبيقا لمبدأ قانون الإرادة، ليعتبر بذلك استثناء عن اختصاص القانون المطبق على العقد.

غير أن الظاهر من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو التعبير الضمني عن مبدأ الحرية الكافية للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، وهذا نظر للصفة المبهمة الواردة في المادة 1023، و التي جاء فيها، "يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون".

إلا أن المادة 1043³ قد أشارت ضمينا إلى اتفاق الأطراف على قانون معين من أجل الفصل في الخصومة التحكيمية، و هذا بضبط اتفاقية التحكيم ، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، للقانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف.

و هنا يظهر أن المشرع الجزائري قد انتهج نفس توجه نظام التحكيم الدولي المعمول به عالميا والقائم على تحرير الأطراف و المحكمين من أية قيود قد يفرضها عليهم القانون الخاضعين له، من خلال إعطاء الأولوية لإرادة الأطراف و المحكم في أعمال و تطبيق الأعراف التجارية المعمول بها⁴.

1 - حسن طالبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 124.

2 - الطيب زروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 364.

3 - القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

4 - حرية يسعد، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01 ، الجزائر، 2010 ، ص 343.

على عكس الجزائري، نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي أن لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان و إذا تعذر ذلك، فوفقا للقواعد التي تراها مناسبة، لتأخذ بالإعتبار في جميع الحالات، أعراف التجارة¹.

و خلافا لذلك، يعود بنا إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم الدولية، إلى القانون الوطني كأصل عام، و إلى قواعد القانون الدولي كاستثناء، و يعود السبب في ذلك أما نتيجة صب الأطراف إرادتهم في هذا القانون نظرا لوجود الدولة في العقد، و إعتقادا بذلك على ضابط الإسناد القانوني لقانون احد الأطراف من جهة، و من جهة ثانية الإعتقاد على قانون مكان إبرام اتفاق التحكيم، على أن تعمل هيئة التحكيم² على تفضيل القانون الوطني متى ظهرت علاقة بينه و بين القانون الدولي ، بحيث تمنح الأولوية للقانون الوطني للدولة المضيفة في حين يأخذ القانون الدولي شكل قانون إضافي أو تصحيحي.

ثانيا: موضوع النزاع بدون قانون

للمحكم أن يضع قانونا في حالة عدم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل الأطراف³، فغياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يضع على عاتق المحكم الدولي التصدي لمثل هذا الإجراء، حيث يظهر سلطته التقديرية الواسعة في ذلك، من خلال توقع إرادة الأطراف، و إقتراح القانون المناسب لذلك⁴.

فيمكن للمحكم عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب إختيار الأطراف، أن يطبق قانونا وطنيا له علاقة بالنزاع أو أن ينطلق من تصور مغاير، مبتعدا بذلك عن القواعد القانونية الوطنية، بإختيار قانون محايد، أجنبي تماما يهدف الى تقديم عدة قواعد⁵.

1 - l'article 1511 du code des procédures civile français, op, cit. p409.

2 - ظهر تأييد هذا الرأي في قرارات المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار .

3 - Yacoute AKROUN, L'arbitrage commercial international en Algérie, RASJEP, volume xxxiv N°4-2000, p 292.

4 - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص 4.

5-Yacoute AKROUN,op.cit, p292.

فإذا كان القاضي مقيدا بإتباع القواعد القانونية لقانون دولته و عليه إعمال قواعد الإسناد في قانونه لوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص، ولا يصدر أحكامه باسم أية دولة، وهو غير مقيد بإتباع منهج تنازع القوانين في قانون معين ليحدد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، و إنما هو ملزم بتحديد القانون الذي يتناسب مع الأطراف¹ والذي يحترم مبدأ التوازن و العادلة عند الفصل في النزاع.

و إعتبار لذلك، يعد مصدر المحكم في اختيار القانون، تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية أو بشكل عام القواعد الدولية الخاصة التي تحكم عقود التجارة الدولية بصفة عامة.

و عن الطرق المنتهجة في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع من قبل هيئة التحكيم المادة 35 من قانون الأونستراي النموذجي على : "...فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً".

و بمقارنة نص هذه الفقرة بصيغتها القديمة القاضية بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التقليدية²، يتضح أن هيئة التحكيم في الصيغة المنقحة قد أصبحت تتمتع بحرية وبسلطة تقديرية واسعة فهي تختار القانون الذي تقدر أنه مناسباً.

بينما نجدها ملزمة بتطبيق القانون الذي تفضي إليه قواعد التنازع في القانون الذي ترى أنه الواجب التطبيق في الدعوى، وأمام مرونة النص في الصيغة المنقحة قد تجد محكمة التحكيم أن القانون المناسب للمنازعة هو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو قانون البلد التي يجري فيها التحكيم.

ليأخذ المشرع الجزائري بهذه الطريقة، و هذا في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و التي نصت على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، ليعطي بذلك

1 - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 5 ، 6.

2 - بوالصالح نور الدين، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونستراي - دراسة مقارنة ، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية العدد 10 ، جامعة سكيكدة، 2015، ص 104.

المحكم الحق في أن يحدد مباشرة القانون واجب التطبيق، دون إلزامه باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين،
تماشياً مع التطور القانوني و الدور الذي يوفره التحكيم كهيئة مستقلة عن مراكز الأطراف من عدالة
قضائية.

الفصل الثاني: القاضي الوطني من الدور المساند إلى المراقب

للخصومة التحكيمية الدولية

على عكس العقود الإدارية الداخلية، أصبح التحكيم صاحب الإختصاص الأصلي في النظر في منازعات العقود الإدارية الدولية، نظرا لدوره الهام في كفالة الضمانات القانونية المكتسبة لأطراف العلاقة التعاقدية في ظل العقد.

و يقوم اختصاص التحكيم على أساسين يتمثلان في إرادة الخصوم في اللجوء إليه، وسماح المشرع لهذه الإرادة بترتيب أثارها¹، و هذا راجع لطبيعة التحكيم الدولي الخاصة ، التي تعتمد لقيامها على توافق إرادة الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، و على كون الحكم التحكيمي عملا مجردا قابل للتنفيذ على الأطراف المتعاقدة دون أي تمييز، خاصة إذا كانت نتيجته ضد الطرف العام في العلاقة التعاقدية .

و إن كان التحكيم الدولي هو صاحب الإختصاص الأصلي في النظر في النزاع الناشئ بموجب إبرام العقود الإدارية الدولية، إلا أن هذا لا يعني إستبعاد دور القاضي الوطني و الإداري بالخصوص من النزاع الناشئ ، خاصة و أن العقود محل الدراسة ليست بعقود بسيطة من حيث تركيبتها.

ومنه تبرز أهمية تجسيد التداخل الوظيفي بين التحكيم الدولي و القضاء الوطني، من خلال الموازنة بين اعتبارين، يتمثل الأول في احترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم ، أما الثاني فيتمثل في تثبيت المصلحة العامة في العقد و تأثير قواعد النظام العام عليها، لذلك فإنه لا مفر من تقرير حق القضاء الوطني من التدخل في عمل التحكيم.

و يظهر تدخل القضاء في عمل هيئة التحكيم، من خلال دور القضاء المساعد لهيئة التحكيم الدولية (المبحث الأول) ، في حين أن هذا التدخل قد يشتد ليشمل العمل الرقابي على أحكام هيئة التحكيم الدولية (المبحث الثاني).

¹ تعويلت كريم، الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة بجاية، عدد01-2010، ص 198.

المبحث الأول: الدور المساند للقاضي الوطني

نظرا لعدم خلو وقائع الدعوى التحكيمية من وجود إشكالات إجرائية قد تؤثر عند عدم إزالتها في إختلال ميزان العدالة، أو تكون سبباً في إلحاق الضرر بالحق أو المركز القانوني لأحد الأطراف، كان من واجب المشرع سن قواعد إجرائية تعطي للقاضي الوطني التدخل في مساندة التحكيم الدولي ، من خلال سن أوامر قضائية في سبيل الإبقاء على إختصاص الهيئة التحكيمية الدولية المختصة المراد توجيه النزاع إليها.

لذا يمكن أن نلمس تدخل القاضي المساند من خلال قيامه بدور مساعد في تأسيس محكمة التحكيم الدولية ، و النظر في طلبات الأطراف المطالبة بتدخله لضمان السير الحسن للخصومة التحكيمية (المطلب الأول)، على أن يلتزم بالإمتناع عن النظر في الخصومة متى وجهت إليه للفصل في مبدأ الإختصاص (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: المساندة في تشكيل هيئة التحكيم الدولية

في إطار صفته التعاقدية، و التي تقوم على أساس اتفاق الطرفين، يظهر دور القضاء الوطني كدور مساند لأطراف العقد في تشكيل هيئة التحكيم الفاصلة في نزاعهم، و هذا عند عدم تقريرهم ذلك في العقد، و يتم ذلك غالبا في إطار التحكيم الخاص، غير أن الدولة المتعاقدة بموجب العقد الإداري الدولي في حالة مصادقتها على اتفاقية دولية لتسوية منازعاتها مع الأجانب في إطار التحكيم المؤسسي، سيؤول الإختصاص للمركز بحكم هذه الإتفاقية.

وفي هذا الإطار اهتم المشرعين الجزائري و الفرنسي بالمشاكل المتصلة بتشكيل هيئة التحكيم، على أساس مساعدة الأطراف المتعاقدة، و يكون تدخل القاضي المختص حسب الحالة وحسب الصعوبة التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، و بالنظر إلى القوانين الإجرائية نجد أن المشرع خص القضاء بهذا التدخل عند غياب تعيين هيئة التحكيم (الفرع الأول)، أو في إجراءات سير الخصومة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعيين رئيس المحكمة التحكيمية

على الأطراف أو أحدهم في حال عدم القدرة على التوصل فيما بينهما إلى الاتفاق على المحكمين أن يتقدموا بطلب لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم لتعيين هذا المحكم¹، وعندها يتدخل القضاء لإزالة هذا العائق بتعيين عضو هيئة التحكيم.

فاتساع نطاق تدخل القضاء يشمل الإجراءات والأسس المتعلقة بتعيين المحكمين، و مهمة اختيار المحكمين في حالة عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم بهذا الشأن، و يكون أيضا مرتبطا إما باختلاف الأطراف حول اختيار المحكمين أو إجراءات هذا الاختيار أما في حالة اتفاقهم فلا داعي لتدخل القضاء في الإجراءات التحكيمية².

و إعتبارا لذلك، يعد التدخل في تشكيل الهيئة التحكيمية متى كان الجو ملائما لذلك، و هذا إما بتوفر نزاع بين الخصوم حول اختيار المحكمين ، أو صعوبة التعيين، مع ضرورة أن يعرض الطلب على رئيس المحكمة المختصة إقليميا ، تفاديا لمأزق عودة النزاع إلى القضاء لتعذر إنشاء هيئة تحكيم فدور القضاء الوطني يكون لحل ذلك الإشكال³.

و يعود معالجة القضاء للنزاع القائم بصفة الاستعجال كما ورد في المواد 1040 من ق.إ.م.إ 1505 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، تكريسا و تماشيا لخصوصية وميزة التحكيم من حيث السرعة في النظر في النزاعات.

ذلك أن الهدف من تدخل القضاء هو تشكيل هيئة التحكيم أو استكمال النقص فيها أو وضع حل للمحكمة التي تتعرض لتشكيلها وعندما يقوم القضاء بتعيين الحالات التي يسمح له فيها القانون بذلك.

¹ - انظر المادة 1041 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق. و المادة

1505 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، المرجع السابق، ص 407.

² - رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم ، دار النهضة العربية الطبعة ، لبنان، 1989، ص31.

³ - قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص278.

إن مصدر هذا التدخل ليس وليد القضاء إنما إرادة الأطراف، و التي تركت الاتفاق على تحديد شكل الهيئة، أو على إرجاء تعيين المحكمين لحين نشوب النزاع، لتسمح بالنتيجة بتدخل القضاء، لذا فإن مثل هذا النزاع قليل ما نصادفه في العقود الإدارية الدولية، نظراً لتعيين شرط التحكيم مسبقاً في العقد الأصلي، و امتداده في أغلب الأحيان لتفسير إجراءات و الهيئة المختصة في ذلك في إتفاق التحكيم¹ .

فالعلاقة بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم فيما يتعلق باتخاذ مثل هذه الإجراءات يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك، فيكون من حق أي طرف اللجوء إلى الجهات القضائية لطلب اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، ولا يعد ذلك تنازلاً عن الاتفاق إلى اللجوء للتحكيم للفصل في موضوع النزاع الأصلي²، فمسألة اختيار المحكمين بعد نشوب النزاع، تظل فكرة نسبية و تفرغ التحكيم من محتواه القانوني، لأنه من النادر أن يتفق الأطراف بعد نشوب النزاع بينهم .

الفرع الثاني: ضمان حسن سير إجراءات الخصومة التحكيمية

يظهر تدخل القضاء في عمل هيئة التحكيم الدولية في دور يسهل من خلاله للأطراف حماية الخصومة التحكيمية، وهذا من خلال ضمان السير الحسن لإجراءات التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف، دون أن يكون هذا التدخل تلقائياً من قبل القضاء، و يظهر هذا التدخل في الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة (أولاً)، و البحث عن الأدلة (ثانياً).

أولاً: الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

الدعوى التحكيمية مثلها مثل دعاوي القضاء العادي، تطرأ عليها حالات طارئة قد تهدد مصالح الخصوم، أو تكون سبباً في إلحاق الضرر بالحق أو المركز القانوني للخصم، و يكون الضرر أحياناً ناشئاً عن المدة الزمنية اللازمة لفصل الدعوى، فيكون تأخير الفصل في الدعوى سبباً في الإضرار بمصالح الخصوم ضرراً لا يمكن تلافيه، وقد توجهت التنظيمات القضائية إلى إيجاد حل بجانب القضاء يتخذ فيه الخصم إجراءات وقتية سريعة صيانة لمصلحته دون المساس بأصل الحق، مع القصد في الوقت

¹ - Malik LAAZOUZI , les contrats administratifs a caractère international, op.cit, p 310.

² - Phillipe Fouchard et autres, Traité de l'arbitrage commercial international , op.cit., p661.

والإجراءات، و الهدف من هذه الإجراءات الوقتية التوفيق بين الآلية اللازمة لحسن سير القضاء، وبين نتائج هذه الآلية التي قد تسبب ضررا للخصوم.

غير أن صلاحية القاضي الوطني هنا لم تأت من عدم، بل بعد مناقشات فقهية أدلت في الأخير بالإعتراف بصلاحية القاضي المشتركة مع التحكيم، بعد أن انقسم الفقه إلى جانب يعترف بمثل هذه الإجراءات لهيئة التحكيم، و في أن المحكم يملك سلطة البث في الأحكام الوقتية والتحفظية، في مواجهة رأي يخول سلطة القضاء بذلك، و يعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أن الأحكام الصادرة في المسائل الوقتية والمستعجلة لا تنتهي بإصدار القرار فحسب، ولكن تمتد إلى تنفيذه، والتنفيذ يقتضي أن يكون لمصدره سلطة الأمر، وهي سلطة يفترق إليها المحكم¹.

و إنطلاقا مما سبق، يظهر من نص المادة 1046 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، و إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي، بالإضافة إلى ذلك يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير.

وعليه، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد عمل بالرأي الواسطي، حين صرح بدور القضاء المساعد لهيئة التحكيم في اتخاذ إجراءات وقتية، معتبرا أن ممارسة هذه الإجراءات من قبل التحكيم أمر جائز قانونا ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، على أن اختصاص القضاء جاء كدور تكميلي في حالة عدم الخضوع إراديا.

و هو ما يمثل التوجهات التي سارت عليها معظم الدول الحديثة اقتداء منها بالقانون الأونسترال القاضي بتبني فكرة الدور المشترك، وهي بذلك جمعت بين حاجة الهيئة التحكيمية للقوة الآمرة والسلطة الملزمة باعتبار المحكم شخصا عاديا لا يملك قوة التنفيذ دون أن يكون لجوء الطرف إلى القضاء سببا في

¹ - حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996، ص8-9.

تتازله عن اتفاق التحكيم، وبين صحة اختصاص الهيئة التحكيمية بالنظر في الأحكام الوقتية سواء بطلب من أحد الأطراف أو بإصدار الأمر الوقتي من تلقاء نفسها بحسب ما تقتضيه طبيعة النزاع.

ثانياً: المساندة من خلال تقديم الأدلة

تفرض طبيعة عمل المحكم أثناء إدارته لجلسة التحكيم أن يكون مطلعاً على كافة الظروف المحيطة بموضوع النزاع ليقرر الإجراءات اللازمة للتحقيق وكافة الحجج والمستندات اللازمة للإثبات، سواء كانت هذه الحجج أو الإيضاحات مقدمة ابتداءً من الخصوم أو أثارها لجنة التحكيم بحسب الحاجة إليها، فقد تكون الحاجة تقتضي سماع شاهد أو تعيين خبير أو معاينة بضاعة، وغير ذلك من إجراءات.

لذا فإن تبليغ الشاهد تبليغاً صحيحاً في أي دعوى قضائية منظورة أمام محكمة الدولة، وتخلفه عن الحضور دون مبرر لذلك، يجوز للمحكمة أن تصدر مذكرة إحضار بحقه تتضمن تفويض الشرطة إخلاء سبيله بالكفالة، وإذا حضر الشاهد ولم تقنع المحكمة بمعذرتة فلها أن تحكم عليه بالحبس مدة معينة¹.

مثل هذه الصلاحية معدومة بالنسبة للمحكم و الذي لا يملك أدنى سلطة في إجبار الشهود على المثول أمام الهيئة أو إلزامهم بحلف اليمين، وفي حال الحاجة مثلاً إلى تعيين خبير أو فني متخصص بعيداً عن القواعد الشكلية المعمول بها أمام قضاء الدولة سواء بطلب من أحد الخصوم أو من هيئة التحكيم ثم تخلف الخبير أو لم يقدم التقرير الخاص بخبرته في الموعد المحدد و لم يبد عذراً مقبولاً فإن هيئة التحكيم لا يمكن أن توقع بالخبير الجزاءات المنصوص عليها في قوانين المرافعات القضائية، و قد تطرأ أن يرفض احد الخصوم إبراز مستند أو دليل، ليكون للمحكمة أن تلزم الطرف بتقديم الدليل أو المستند².

و على هذا الأساس، أوجد قانون الأونيسترال النموذجي حلين³ أمام هيئة التحكيم الدولية، فإما أن تكفي بحكمها في القضية المعروضة أمامها بالأدلة المتوفرة، و هذا ما جاء في المادة 30 من هذا القانون حين نصت على أنه في حالة دعوت هيئة التحكيم أحد الأطراف إلى تقديم وثائق أو مستندات أو أدلة أخرى

¹ - سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز، سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، مجلد 12، عدد 1، 2016، ص 92.

² - المرجع نفسه، ص 93، 94.

³ - المادة 30 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق.

وقصر في تقديمها خلال المدة المحددة دون إبداء عذر مقبول، جاز لهيئة التحكيم أن تصدر قرار التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها.

أما عن الحل الثاني، فيطراً عندما تكون الأدلة غاية في الأهمية، بحيث إنها تمس أصل الحق الذي تقوم عليه الدعوى، وأن هذا الدليل لا تستقيم الدعوى والمطالبة بالحق بغيره، أو أن شهادة الشاهد ينطوي عليها غياب حق أحد الأطراف أو أن تقرير الخبير من شأنه المساس في تغيير وقائع مطالبة الطرف الآخر، وغير ذلك من الاحتمالات المهمة والأساسية والتي تجد الهيئة أنها في وضع صعب بأن تتخذ إجراء إلزامياً لا تقدر عليه، وأنها في ذات الوقت لا تجد تجاوباً ممن قام به الدليل أو من الطرف الذي يملك الدليل بالمثل أمام إجراءات التحقيق التي تسير فيها الهيئة¹، عندئذ لا مانع من اللجوء إلى قضاء الدولة لاستكمال مثل هذه الإجراءات، فاللجوء إلى القضاء من قبل هيئة التحكيم للحصول على دليل معين لا يتعارض مع اختصاص الهيئة أو عملها.

ليعترف المشرع الجزائري لمحكمة التحكيم بالبحث عن الأدلة ، مع الإمكانية في حالة الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين، بحيث يلاحظ أن المشرع الجزائري في إقراره بهذه المساعدة ، لن يكون إلى في صالح المحكمة التحكيمية ، حيث أن الدور لم يقتصر في مساعدته على البحث في أدلة، إنما إلى تمديد مهمتهم في البحث عنها بتقديم تراخيص تساعد في الممارسة السلسة للعمل.

المطلب الثاني: حظر دور القاضي وفقاً لمبدأ الإختصاص بالإختصاص

إن الغاية من وجود مبدأ "الإختصاص - بالإختصاص" هو الوصول إلى تحقيق فعالية اتفاق التحكيم الدولي بصفة خاصة، و نظام التحكيم بصفة عامة، و ذلك بتقاضي البحث عن المحكمة المختصة بالنظر في مسألة اختصاص المحكم الدولي مهما كان السبب الذي يؤسس عليه الدفع بعدم إختصاصه²

1 - سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز، سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المرجع السابق، ص 94.

2 - تعويلت كريم، الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة بجاية، عدد 01-2010، ص 199.

و لم يستند مضمون مبدأ الإختصاص بالإختصاص لأي سند نظري (الفرع الأول)، ما جعل قانون الدولة المعنية صاحبة الإختصاص في تحديد نطاقه و أثره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون مبدأ الإختصاص بالإختصاص

تتنوع النزاعات المعروضة أمام هيئة التحكيم بما قد لا يتفق أحيانا مع ولاية الهيئة أو اختصاصها في النظر في تلك الخصومة، مما يؤدي إلى وجود عيب في قرار التحكيم ويكون بذلك سببا في إبطال الحكم التحكيمي من قبل الهيئة القضائية.

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم الدولي والذي يعني اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه¹، أي سلطة المحكم في الفصل في مدى اختصاصه في النزاع المعروض أمامه، مما يعني أن المحكم دون غيره ، هو الذي يختص بفحص صحة و نطاق اختصاصه، و بالتالي يقع على قضاء الدولة واجب الامتناع عن قبول أي دفع أو النظر في النزاع إلى حين انتهاء هيئة التحكيم من البث في مسألة اختصاصها² .

و يهدف مبدأ الإختصاص بالإختصاص إلى غلق الباب أمام كل الإجراءات و الوسائل الإحتيالية الرامية إلى المماطلة لإفقاد التحكيم الغاية من وجوده، و هي سرعة الفصل في المنازعات، فلقد نص نظام الأوكسيد بشكل صريح على هذا المبدأ في المادة 41 من اتفاقية واشنطن إذ جاء فيها أن محكمة التحكيم هي قاضي اختصاصها، وعلى انه إذا أثار أحد الطرفين أي دفع يستند إلى عدم اختصاص المركز أو محكمة التحكيم بالنزاع ، كان لهذه المحكمة أن تتظر في هذا الدفع وأن تقرر ما إذا كانت تعتبره متعلقا بمسألة فرعية أو بمسألة أولية³.

تأسيسا على ذلك، يجوز لمحكمة التحكيم اعتبار الدفع بعدم اختصاصها بالنزاع متعلقا بمسألة أولية، وحينئذ لا تضطر لإيقاف خصومة التحكيم لحين الفصل فيها من قبل المحكمة الوطنية المختصة وعليه

1 - نور الدين بوالصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونسترال، المرجع السابق، ص 106.

2 - المرجع نفسه، ص 106.

3 - تعويلت كريم، الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المرجع السابق، ص 199

فهي الجهة المخولة بالفصل في أي دفع متعلق باختصاصها¹، في حين أن قانون الأونسترال قد نص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، و الذي أسند صلاحية البث في الاختصاص لهيئة التحكيم بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق لتحكيم أو صحته².

وعليه، ينطوي مبدأ الإختصاص بالإختصاص على جانبين، جانب ايجابي يهدف إلى الاعتراف للمحكم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصه ، و جانب سلبي يمنع القضاء الوطني من النظر في مسألة الإختصاص، حتى يفصل المحكم فيها بالأولوية.

و إذا كان الأثر الإيجابي لهذا المبدأ مكرس في جل القوانين الوطنية و الإتفاقيات الدولية، فإن الجانب السلبي يشكل خصوصية فرنسية، كرسته محكمة النقض، قبل أن يدرج في قانون الإجراءات المدنية، و هذا بإحالة الإختصاص إليها ، بالتصريح أن المحكمة التحكيمية هي المختص الوحيد في النزاعات المتعلقة بتحديد إختصاصها³.

و من ثم فإن أولوية الفصل في مسألة الإختصاص تعود للمحكم وفقا لهذا النص، تحت الرقابة القضائية اللاحقة بمناسبة رقابة البطلان أو التنفيذ، في حين أن هذا الأثر مؤشر هام على الثقة التي تضعها مختلف الأنظمة القانونية في التحكيم، و بالتالي فإن الانخراط في السياسة التشجيعية لهذه الوسيلة من وسائل حل المنازعات⁴ .

و بالعودة إلى التشريع الجزائري، تشهد المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على اخذ المشرع الجزائري بالأثر الإيجابي، عند عدم نصه صراحة على منع تدخل القضاء في تحديد اختصاص التحكيم، و هذا عند الإكتفاء بالنص على أنه تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها.

1 - نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق، ص 106.

2 - انظر الفقرة 1 من المادة 23 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق.

³ - Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel. L'article 1465 du code des procédures civil , op.cit ; p398.

4 - تعويلت كريم، الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المرجع السابق، ص 200.

و عليه، فإن عدم منع المشرع الجزائري القضاء التصدي لمسألة اختصاص المحكم قبل أن يفصل هذا الأخير في ذلك، يطرح مسألة الرقابة التي قد يمارسها القضاء في حالة ما تم عرض النزاع عليه قبل صدور حكم التحكيم الفاصل في الموضوع.

الفرع الثاني: تكييف اثر اختصاص المحكم في النظر في النزاع

إن مسألة تنظيم اختصاص هيئة التحكيم يقوم على الأثر المترتب على عدم نفاذ حكم الهيئة خارج حدود اختصاصها، فلا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماهم، وفي الخصوص الذي حكماهم به فقط¹، و يستوجب ضمان احترام اتفاق التحكيم و إعماله، مقابلة بين الأثر الإيجابي المتمثل في اختصاص محكمة التحكيم ، و أثر سلبي هو عدم إختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي اتفق الأطراف على حله عن طريق التحكيم.

هذا الأثر كرسه أغلب التشريعات الوطنية الحديثة و كذا الإتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، الشيء الذي أدى ببعض الفقهاء إلى اعتباره من المبادئ المادية في القانون الدولي للتحكيم²، إلا أن تقرير صحة ونطاق اختصاص المحكمين عند المنازعة فيها، يشوبه نوع من الغموض خاصة عند التمسك بحيادية القضاء في هذا النطاق، و الذي لا يملك صلاحية تقرير صحة نطاق الاختصاص نظرا إلى قدسية التعاقد في اتفاقية التحكيم.

فإذا أخذنا بالجانب الإيجابي لأثر الاختصاص، أثرت منازعة تتعلق بصحة ونطاق اختصاص المحكمين أمام قضاء الدولة، فيتعين على هيئة التحكيم وقف السير في الخصومة التحكيمية إلى حين الفصل في هذه المنازعة أمام قضاء الدولة³.

و كمثال لذلك عارض قضاء محكمة النقض الفرنسية سلطة المحكمين في فحص اختصاصهم بالنظر لشروط التحكيم، والاستحالة بالنسبة لهم في الفصل في صحة اتفاق التحكيم مصدر اختصاصهم في قضية

1 - سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز، سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المرجع السابق، ص 92.

2 - تعويلت كريم، الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المرجع السابق، ص 203.

3 - تعويلت كريم ، المرجع السابق، ص 203.

"Courtieu"، حيث قضت المحكمة بأن تقرير بطلان الشركة موضوع الدعوى يدخل في اختصاص المحكمة التجارية، وأن شرط التحكيم المدرج في أنظمة هذه الشركات لا أثر له، نظرا لأن النزاع أثار الشك حول مشروعية هذه الأنظمة، وعليه فإنه كان ينبغي أن يتوقف تشكيل المحكمة التحكيمية من اللحظة التي تم فيها رفع الدعوى، وإبطال حكم المحكمين بحجة أن المحكمين تجاوزوا مهمتهم عندما فصلوا في وجود هذه السلطات بدلا من وقف الفصل بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة، هذا ما دفع التشريعات الفرنسية إلى تأكيد مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالنسبة للمحكم، بعد خلاف طويل في الفقه والقضاء الفرنسي¹.

و عليه تظهر مزايا هذا المبدأ من خلال قانون الأونيسترال للتحكيم التجاري الدولي²، فبداية يجد هذا المبدأ أساسه في استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المتعلق به، ومن ثم يبقى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، و حتى على فرض بطلان العقد الأصلي، فيخضع النزاع للمحكمين ويكون لهم الفصل في مسألة اختصاصهم والتصدي لكافة الاعتراضات المثارة أمام التحكيم بما في ذلك تلك الناشئة عن مدى التأثير المتبادل بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم.

و علاوة على ذلك، يدعم المبدأ المذكور سرعة الإجراءات التي تسهم في البث في النزاع ولو مرحليا وقطعا لسوء النية الذي قد ينشأ من أحد الأطراف والذي قد يرغب بإطالة النزاع لسبب أو آخر، فيثير بين الحين والآخر دفعا بعدم الاختصاص ليرتب عليه وقف الإجراءات في التحكيم، وتعطيل الفصل في النزاع إلى أمد لا يعرف نهايته، وهذا يظهر فائدة كبيرة في أحقية هيئة التحكيم في أن تنتظر هي ذاتها في ادعاءاتها دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم أو طرح تلك المشكلة على القضاء الوطني ليفصل فيها.

و عليه فإنه فيما يخص الوقت الذي يسمح فيه بإبداء الدفع بعدم الاختصاص، فإن هذا الأمر كذلك يختلف عن المعمول به في المحكمة الوطنية، إذا قررنا أن الدفع بعدم الاختصاص ليس من النظام العام، وإذا قررنا أيضا أن عمل سلطة المحكم في الإجراءات غير مقيدة بأن تواكب الإجراءات المعمول بها في المحكمة الوطنية، وإذا قررنا أن المحكم هو بالفعل قاضي اختصاص نفسه.

¹ - سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز، سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المرجع السابق، ص 93.

² - حددتها المادة 23 من قانون الأونيسترال، المرجع السابق.

و رغم كل هذه المزايا، يعد الأخذ بالجانب الإيجابي دون السلبي للمبدأ، تصريح بالرقابة على إختصاص المحكم المطلقة، و هو ما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك لعام 1958 ، و مفادها أن المحكمة القضائية لها سلطة فحص اتفاق التحكيم للتأكد من مدى صحته أو بطلانه، و ما إذا كان قابلا للبطلان من عدمه، سواء رفع إليها النزاع قبل البدء في إجراءات التحكيم او بعد أن تكون محكمة التحكيم قد شرعت في الفصل في النزاع¹، فإذا وجدت المحكمة القضائية أن الإتفاق صحيح حكمت بعدم اختصاصها، أما في الحالة العكسية فإنها تتصدى للموضوع و تفصل في النزاع.

و خلاصة لذلك، يظهر التشريع الفرنسي تجاوبا مع مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، حيث نجد من خلال العودة إلى المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، أن المشرع قد فرق بين الحالة التي يكون فيها النزاع قد طرح على محكمة التحكيم قبل رفع الدعوى أمام القاضي، و التي لا يمكن فيها البحث في صحة اتفاق التحكيم أو وجوده . أما في حالة التي يرفع فيها النزاع أمام القاضي قبل البدء في إجراءات التحكيم ، يتوجب على القاضي أن يقضي بعدم اختصاصه كقاعدة عامة، إلا في حالة البطلان الظاهر لإتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن المراحل التي مر بها التحكيم في الجزائر ، أثرت على مبدأ الإختصاص بالإختصاص، ابتداء بإنكاره، وصولا إلى الأخذ بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في الإعتراف بالمبدأ في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، غير أنه لم يعتمد على فكرة البطلان الظاهر كما جاء بها المشرع الفرنسي، نظرا لتعويضها بفكرة الوجود الشكلي لاتفاق التحكيم ، من أجل استبعاد اختصاص القاضي في النظر في النزاع لصالح المحكمة التحكيمية.

و يعود هذا الفرق الظاهر بين المشرعين في الأساس، إلى اشتراط المشرع شرط الكتابة لاتفاق التحكيم، دون ما ذهب إليه المشرع الفرنسي كما سلف الذكر عندما لم يشترط شرك الكتابة عند الاتفاق على التحكيم، ما يبرر النتيجة التي تكيف على أن رقابة المشرع الفرنسي هي رقابة سطحية على اختصاص المحكم قبل صدور الحكم.

¹ - تعويلت كريم، الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المرجع السابق، ص 204.

المبحث الثاني: الدور الرقابي للقاضي الوطني

لم يعد هناك جدل في أن التحكيم الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات العقود الإدارية الدولية، فلقد بات معروفا مدى ازدهار التحكيم في العصر الحالي كنتيجة منطقية لتزايد التبادلات و المعاملات على المستوى الدولي ، فكلما كان التحكيم مرنا و سلسا، أفضى بنتيجة إيجابية على العقد و كلما كان مقيدا ظهرت سلبياته.

و يتم تقييم دور التحكيم الدولي هنا حسب الدور الذي يلعبه القضاء الوطني فإما أن يجعل نتيجة التحكيم سلبية من خلال تكثيف الرقابة على الحكم التحكيمي ، و إما ايجابيا بوضع كل التسهيلات القضائية لذلك.

و على هذا الأساس، يختلف الفقه في مسألة فرض الرقابة على أحكام التحكيم، إذ يؤيد بعضهم فرض هذه الرقابة بحجة أن لها دورا وقائيا وآخر علاجيا، فيتمثل الوقائي في حث المحكم الدولي على تحري الدقة والتطبيق السليم للقانون حتى لا يؤول حكمه إلى البطلان أو رفض التنفيذ ، وأما العلاجي فهو القضاء ببطلان الحكم أو رفض تنفيذه عند وجود حالة من حالات البطلان أو حالة من حالات رفض التنفيذ¹.

حيث يبدأ دور القاضي الرقابي بعد صدور قرار هيئة التحكيم الدولية، و هذا من خلال رقابته على ذلك القرار والتحقق من موافقته للقانون، حيث ينتج عن ذلك إما إصدار أمرا بتنفيذه أو حكما بإبطاله، و يعد هذا الدور أهم الأدوار التي يمارسها في مواجهة التحكيم الدولي، بل و أخطرها، حيث ان جميع إجراءات التحكيم التي تمت بداية من اتفاق التحكيم إلى غاية صدور قرار التحكيم تتوقف على دور القضاء في هذه المرحلة، فإما أن يجيز أحكام التحكيم الدولي او يفتح مجالا للطعن أمام الهيئة القضائية المختصة، خاصة و أن المنازعات محل المناقشة تتعلق بتنفيذ عقود إدارية دولية (المطلب الأول)، هذا القضاء هو نفسه من يأمر بفحص مدى مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام (المطلب الثاني).

¹ عبد الله السوفاني، الرقابة القضائية على هيئة التحكيم: دراسة نظرية وفقا لقانون التحكيم الأردن، مجلة المنازعة ، المجلد 20، العدد 3، الأردن 2014، ص 18.

المطلب الأول: إقرار الإختصاص للقاضي الإداري

تقضي رقابة أحكام التحكيم الدولي الفاصلة في نزاع متعلق بعقد إداري دولي إلى ضرورة وجود إختصاص للقضاء الإداري بحكم ازدواجية الهيكله القضائية في النظامين القانونيين محل المقارنة، ما يدفع إلى تحديد مبرر وجود هذا الإختصاص (الفرع الأول)، و من ثم الفصل في آليات ممارسة هذه الهيئة للرقابة على أحكام التحكيم الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبررات إختصاص القاضي الإداري

إن إعطاء الأولوية لدولية التحكيم على حساب الصفة الإدارية للعقد المنشئ للنزاع، جعل محكمة التنازع الفرنسية تستبعد الخيار المزدوج لإختصاص المحاكم حول النزاع الناشئ، و هذا بطرح مبررات تعتمد بالأساس على الطبيعة الدولية و الإدارية للعقود، في سبيل إعطاء الفرصة لمجلس الدولة كقاضي استئناف ضد بعض الأحكام الدولية¹.

يعود مصدر هذه المبررات إلى قرار *INSERM* الصادر عن محكمة التنازع في 17 ماي 2010 في ما يتعلق بالتحكيم الدولي، ففي هذا القرار أكدت المحكمة أن الطعن ضد الأحكام التحكيمية يكون على أساس اتفاقية التحكيم في النزاع الناتج عن تنفيذ العقد المبرم بين أشخاص القانون العام و شخص من أشخاص القانون الأجنبي المنفذ على الإقليم الفرنسي، و الذي أثار مصالح التجارة الدولية و الطابع الإداري وفقا لخصائص القانون الداخلي الفرنسي²، على أن يقدم الطلب إلى رئيس محكمة الإستئناف في ظل اختصاصه القضائي وفقا لشروط للمادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية³ دون تكريس لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية الإدارية و العادية في هذه المادة.

¹ - Paul Cassia, Les sentences arbitrales internationales : une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises, AJDA , France, 2017 , p 1567.

² - Stéphane Braconnier, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI, paris , 2010, p 552.

³ - تنص هذه المادة على مجموعة من الشروط و هذا عندما يكون التحكيم في فرنسا أو عندما يتفق الأطراف على إخضاع التحكيم لقانون الإجراءات الفرنسي أو عندما ينص الأطراف صراحة على اختصاص القضاء الوطني الفرنسي للنظر في النزاعات المتعلقة بإجراء التحكيم أو عندما يتعرض احد الأطراف إلى خطر إنكار العدالة .

لتعود محكمة التنازع من جديد إلى هذا القرار و من خلال تقديم استثناء قوي لهذا النص، و هذا عندما يتعلق الطعن ضد نفس الأحكام و وفقا لنفس الشروط فيما يتعلق بمطابقة الحكم للقواعد الآمرة في القانون العام الفرنسي في العقود الإدارية الدولية المتعلقة بالنزاعات الناشئة بموجب عقود الصفقات العامة و عقود الشراكة و عقود تفويض المرافق العامة ، بحيث يؤول الإختصاص إلى القاضي الإداري الذي يغطي الإختصاص الحصري في النظر في الحكم المطعون ضده¹.

و عليه يستمد مبرر إختصاص مجلس الدولة الفرنسي من الطبيعة الإدارية للعقد، و هذا من خلال عاملين مساعدين في تحديد هذا الإختصاص، فإما أن يتعلق النزاع بعقود إدارية منظمة وفقا للقانون الداخلي، أو بعقود مبرمة من قبل أحد الأشخاص العامة أو لصالحها تتضمن شرطا من شروط القانون المشترك² ، فاتجاه القرار هنا يذهب إلى إسقاط الإختصاص في النظر للمحكمة المختصة وفقا لشرط بسيط و هو طبيعة النزاع ، مؤكدا عدم تأهيل موضوع العقد في تحديد إختصاص القضاء المختص.

بالمقابل نصت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن تطبق مقتضيات الواردة في هذا القانون و المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم و طرق الطعن فيها ، على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية وهذا بالعودة إلى المواد 1057 ، 1058 ، 1059 نجدها قد منحت الإختصاص للمجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصه ، دون التفصيل في دور القاضي الجزائري لا الإداري و لا العادي في التدخل في النزاع التحكيمي، خاصة و أن التحكيم المتعلق بمنازعات العقود الإدارية الدولية التي أبرمتها الأشخاص العامة الجزائرية مع أجنب كان جلها تحكيم دولي أجري خارج الإقليم ما يبعده عن دائرة اختصاص القضاء الجزائري بالنظر في الطعون المقدمة ضده.

هذا ما يبرر وقوع الدولة الجزائرية في مأزق أمام التحكيم الدولي بموجب قانونها الإجرائي الذي لم يضع استثناءات لصالح قضائها الإداري، وهذا ضمن الأحكام المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ و الطعن في أحكام التحكيم الدولي، خاصة في ظل غياب إجتهد لمجلس الدولة قد يضمن تفسيراً للمادة 976 و التي توحى بإختصاصه كجهة قضائية إدارية، حين نصت على أن تطبيق الأحكام المتعلقة بالتحكيم

¹ - Stéphane Braconnier, op.cit, p 552.

² - Paul Cassia, op.cit, p 1567-1568.

المنصوص عليها في هذا القانون يكون أمام الجهات القضائية الإدارية، عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة، الولاية، البلدية و بمؤسسة عمومية من خلال ممثليها القانونيين.

الفرع الثاني: آليات النظر في الحكم التحكيمي من قبل القاضي الإداري

حكم التحكيم حكم قضائي يقوم على إرادة الأطراف، فانتهاء هذه الطبيعة القضائية هو تنافي لما اتجهت إليه إرادة الأطراف¹، ذلك أن حكم التحكيم الدولي يمثل الهدف النهائي لتسوية المنازعات، و يرى جانب من الفقه أن الحكم بعد صدوره يكتسي قوة الشيء المقضي فيه مثلما يحدث في الأحكام القضائية، كما أنه قابل للطعن فيه أمام المحاكم العادية².

قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تسهيلاً ملحوظاً لتنفيذ أحكام التحكيم فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي الدولي ، و الاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الإتفاقية على سبيل الحصر³.

غير ان ذلك لا يعني أن هذا الحكم قابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره، وإنما يتطلب إجراءات محددة بحسب طبيعته، ليحوز على صيغة التنفيذ، لذلك فإن مجلس الدولة كقاضي إداري يمارس رقابته على الحكم التحكيمي الدولي الفاصل في النزاع الناشئ بموجب العقد الإداري الدولي عبر مراحل تعبر إما عن إيجابية التداخل الوظيفي، أو سلبيته، من خلال الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها الجبري (أولاً) أو الطعن ضدها (ثانياً).

¹ - اسكندر احمد ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، الجزء 37، عدد 4، 1999، ص ، 175.

² - قادري عبد العزيز ، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 290.

³ - بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، المرجع السابق، ص 128.

أولاً: مهر الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية

قد يتمتع من صدر ضده حكم تحكيم عن التنفيذ اختيارياً ، فلا يكون أمام من ربح الدعوى إلا اللجوء إلى التنفيذ جبرياً، و يكون ذلك عن طريق تقديم طلب الى القضاء الوطني في الدولة التي يرغب تنفيذ الحكم فيها يطالب فيه إصدار أمر بتنفيذ الحكم.

فالتحكيم كإجراء قضائي لحل المنازعات، هو نظام لعدالة خاصة، يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من المحاكم الوطنية لصالح أشخاص خواص، يختارهم الأطراف أنفسهم من حيث المبدأ¹ العام. و يجد التحكيم أساسه في النظم القانونية للدول، ما يفيد أن المصادر الوطنية كشفت عن تطور سريع ، ظهرت من خلالها عدة إصلاحات قانونية ، تدخلت فيها الدولة لجعل التحكيم، و التحكيم الدولي خاصة أكثر جاذبية على إقليمها².

و يعمل التحكيم لمصلحة كل من الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها ، حيث يسعى إلى تحقيق التوازن بين هذه الأطراف، من خلال توفير عدالة قانونية لكليهما، و عن تحقيق هذا التوازن، يأخذ التحكيم الدولي في العقود الإدارية الدولية نظاما خاصا لإعادة التوازن للعقد، خاصة و أن الدولة في الوقت الراهن، لا يمكنها التوصل من هذا الشرط، بسبب أن شرط التحكيم في العقد يحافظ على سيادتها ك شخص من أشخاص القانون الدولي، و هذا تقاديا للحماية الدبلوماسية التي قد تفرض عليها أحكام دولية عند نشوء نزاع بينها و بين المستثمر الأجنبي.

لذلك يتوجب عليها الإقرار بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها الجبري بوضع قواعد إجرائية تساعد في اللجوء إلى القضاء الوطني و الإداري بالخصوص، لطلب ذلك، فقرار القاضي سيضفي على الحكم التحكيمي الصادر بموجب النزاع القائم صيغة تنفيذية إضافة إلى حجية الأمر المقضي فيه التي يتمتع بها بمجرد صدوره، فحكم التحكيم حكم قضائي يلبي إرادة الأطراف عند التعاقد، لذا فإن نفي العدالة القضائية للحكم التحكيمي يتنافى مع ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، و يرى جانب من الفقه أن الحكم بعد صدوره يكتسي قوة الشيء المقضي فيه مثلما يحدث في الأحكام القضائية، كما أنه قابل للطعن فيه أمام المحاكم العادية.

¹ - TARKI Noureddine , L'arbitrage commercial international en Algérie , op.cit, p 01.

² -Philippe Fauchard, Emmanuel Gaillard , Berthold Goldman, Traité de l'arbitrage commercial, op.cit, p 72.

و تعد حجية الحكم التحكيمي من أهم الآثار المترتبة عند صدوره ، و هي نفس الحجية التي يتمتع بها الحكم القضائي، و تبدأ هذه الحجية بمجرد صدور الأمر بتنفيذه حتى لو كان قابلا للطعن فيه وتبقى هذه الحجية بقاء الحكم و تزول بزواله، و يترتب عليها أيضا منع الخصوم من عرض النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم على القضاء و منعهم من مناقشة ما قضت به هذه الهيئة ، إلا بالطرق التي حددها القانون¹.

و في سبيل ذلك، قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إجراء يساعد في تسهيل تنفيذ أحكام التحكيم الدولي، فجعلت القاعدة هي تقرير الدولة المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة فيها الذي يستهدف هذا القرار وفقا للشروط المقررة في هذه الإتفاقية الإجرائية²، وتعمل بذلك قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على وضع ما يناسب أهداف الإتفاقية من أجل تنفيذ أحكام التحكيم الدولي ، حيث جاء فيها انه يتم الإعراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر متى اثبت من تمسك بوجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي³ كما نصت المادة 1487 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قابلية القضاء منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم، عن طريق أمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة⁴.

و يظهر من خلال ذلك، أن منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي لا يعني تمكين القاضي من التحقق من عدالة المحكم، فلا ينظر في سلامة أو صحة الحكم الصادر في موضوع الدعوى، لاعتبار انه هيئة استئناف، وعليه لا يعد صدور الأمر بالتنفيذ دليلا على سلامة حكم التحكيم.

1 - صبرينة جبايلي ، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مركز الدراسات العربية، ط1، مصر، 2016، 173.

2 - المادة 3 من المرسوم 233/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج ر عدد 48 المؤرخة في 23 نوفمبر 1988، ص 1599.

3 - أنظر في ذلك، المادة 1051 من قانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

4 - Code des procédures civil, op.cit, p 403.

فالأصل إعتبار منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي رقابة شكلية من قبل القضاء ، لأنها لا تعبر عن عمل قضائي، إنما هي نتاج تصرفات الدولة الخارجية، جراء التصديق على الإتفاقيات الدولية في هذا المجال. فيجوز اعتبار الإجراء المتعلق بمنح الصيغة التنفيذية، أنه إجراء يقتضي التحقق من أن هناك مشاركة أو شرط تحكيم بصدد نزاع معين، وأن هذا النزاع هو الذي طرح بالفعل على المحكم وفصل فيه في مواجهة من اتفق على التحكيم ، وأن الحكم يتمتع بالشكل المقرر بالنسبة للأحكام، وأنه لم يبين على إجراء باطل¹.

ونظرا للطبيعة التعاقدية التي استمدت منها هيئة التحكيم سلطتها للفصل في النزاع المطروح أمامها، رأى المشرع ضرورة مراقبة عمل المحكم، فأوجب قبل تنفيذ حكمه وقبل إضفاء الصيغة التنفيذية أن يخضع لرقابة الجهاز القضائي وإشرافه، كإجراء تمهيدي أولي يسبق وضع الصيغة التنفيذية لمجرد التحقق أن الحكم قد صدر بالفعل تنفيذا لاتفاقية تحكيم، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه منه القانون، سواء عند الفصل في النزاع أو عند كتابة حكمه²، ويتضح ذلك من خلال توجه أغلب القوانين المقارنة، إلى عدم الاستقلالية المطلقة للتحكيم، و يعود ذلك إلى أن ثقة المشرع في هذا النوع من القضاء ليست كاملة، وهو ما يعطي للتحكيم استقلالية نسبية عن القضاء الرسمي، على أن المبدأ في مادة التحكيم هو التنفيذ التلقائي للقرارات التحكيمية الصادرة عنه³.

و ما يلاحظ أيضا أن العديد من اتفاقات التحكيم تنص على ضرورة الإمتثال للحكم و تنفيذه، ففي العمل الدولي واقع يكشف هذا الأمر، و ما العقد المبرم بين الجزائر و شركة اوراسكوم تليكوم إلا مثال على حجية الحكم التحكيمي، حيث نصت المادة 9 في فقرتها الأخيرة، على أن القرار التحكيمي نهائي ومفروض على الطرفين، و يمكن إصدار حكم لتنفيذه أمام المحكمة المختصة ، و بالتوقيع على هذه

¹ - عبد الله السوفاني، الرقابة القضائية على هيئة التحكيم: دراسة نظرية وفقا لقانون التحكيم الأردن، مجلة المنارة ، المجلد 20، العدد 3، الأردن 2014، ص 19.

² - Phillip Fouchard et autres, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit,620.

³ - Phillip Fouchard et autres, op.cit,p621.

الاتفاقية يخضع كل طرف نفسه بصفة لا رجعة فيها لاختصاص المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات و كذلك لاختصاص كل محكمة قد تكون مختصة بناء على الحكم التحكيمي¹.

لذلك اقتضت الاتفاقيات الدولية و أنظمة الغرف التجارية للتحكيم وحتى القوانين الوطنية إمكانية التخلي اتفاقيا عن الطعن في قرارات المحكمين، كما نصت بعض النظم للغرف التجارية على التزام الأطراف بتنفيذ القرارات الصادرة عنها بصفة تلقائية، وعلى سبيل الذكر جاء بالمادة 24 من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية أنه يلتزم الأطراف، نتيجة إخضاع نزاعهم لتحكيم غرفة التجارة الدولية بتنفيذ الحكم الذي يصدر دون إبطال، وبتنازلهم عن كافة طرق الطعن التي يجوز لهم التنازل عنها قانونا².

و تكريسا لذلك نصت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على عدم جواز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التي فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية .

وفقا لما تمت الإشارة له سابقا، فإن المشرع قد قرر أن حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم يقبل التنفيذ جبرا، كقاعدة عامة، على أن تحصل قابلية النفاذ هذه من محكمة أطلق عليها المشرع تسمية "المحكمة المختصة"، وهذا يتم كقاعدة عامة، من خلال طلب يقدم خصيصا لهذا الغرض من قبل المحكوم له، وذلك ما لم يقر المحكوم عليه بتنفيذ القرار التحكيمي طوعا بمحض إرادته .

لكن كل هذه القواعد جاءت بصيغة العموم، دون وضع قواعد إجرائية خاصة بالأحكام الصادرة في المواد الإدارية، و التي تصنف تحتها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية، ما يجعل التساؤل حول القاضي المختص في منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي غائب التحديد في النصوص القانونية.

فالأحكام التحكيمية التي يكون أحد أطراف النزاع الذي فصلت فيه شخص معنوي عام يثير مسألة المحكمة المختصة بالإعتراف، و بالرجوع لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نجد انه اكتفى في

¹ - المرسوم التنفيذي 01-416، المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية للاستثمار و

اوراسكوم تيليكوم الجزائر، المرجع السابق، ص 13.

² - عبد الله السوفاني، المرجع السابق، ص 20.

المادة 1051 منه بالإشارة إلى أن الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي يكون بإثباتها من الطرف المتمسك بوجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، و من ثم يتم تنفيذه سواء بأمر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو من قبل المحكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني، دون أن يحدد الاختصاص النوعي لهذه المحكمة.

و تظهر معالجة المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لهذا الإجراء في الفصل الثاني من الباب الخامس من الكتاب الرابع، و الذي حمل عنوان " في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية" ، نجد أن نتيجة هذه الإزدواجية تكمن في إعتبار الحكم التحكيمي الفاصل في المنازعة العقدية التي تكون الدولة طرفا فيها هو تحكيم صادر في المادة الإدارية ، فرغم إحالة المادة 977 من القانون 08-09، إلى المقترضات الواردة في هذا القانون و المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم و المنظمة بالمواد 1035 ، 1036 ، 1037 و 1038، إلا أن مقر التنفيذ هنا سيكون له تأثير أيضا على نوعية المحكمة التي يصدر منها الأمر بالتنفيذ ، على أساس أن مواجهة الدولة أمام القضاء يكون أمام المحكمة الإدارية المختصة حسب موقع تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، لذا فإن هذه المادة قد تفسر لصالح القضاء الإداري في حالة تدعيمها من قبل القضاء .

لذا يعد المعيار المعتمد أساسا لتحديد المحكمة المختصة هو معيار مقر التحكيم ، فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر فرئيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصه هو المختص، أما إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر فرئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص، و هو المعيار الذي اعتمده قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة في 2006 و الذي أشارت المادة 35 منه إلى أن طلب الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها يقدم إلى المحكمة المختصة، والتي تكون مرتبطة بمقر التحكيم.

بالمقابل لم تتطرق اتفاقية نيويورك الصادرة في 10 يونيو 1958 المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها إلى تحديد الأحكام الصادرة في هذا النوع من النزاعات، تاركة المجال مفتوح أمام القواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار¹.

و إن كان للمصادر الدولية مبرر لعدم الخوض في الاختصاص النوعي للمحاكم، في مخاطبتها بصفة العموم لجميع الدول المتعاقدة، دون الأخذ بطبيعة النظام القضائي داخلها، و تطبيقا لقانون التجارة الدولية على جميع المعاملات الاقتصادية الدولية دون تمييزها عن الأعمال الإدارية للدولة إلا أن إهمال المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لمثل هذا التخصيص يعد تقصيرا منه، خاصة و أن الدولة و الأشخاص المعنوية العامة في النزاعات الناتجة عن تصرفاتها القانونية خاضعة للقضاء الإداري.

فتنفيذ أحكام التحكيم الدولي يعتبر إمتدادا لدور القاضي المتعلق بإرساء العدالة القانونية في جانبها الإجرائي، توفيراً للأمن القانوني. فعدم إعطاء الأهمية الكافية لإجراء معين قد يخل بهذا المبدأ، خاصة عندما يتعلق الأمر بهيكله قضائية مزدوجة، ما يعني أن إنكار إختصاص القضاء الإداري هو إنكار لأحد صفتي العقد، فالمشرع بتركيز الصفة الإدارية عند التعاقد، و إهمالها عند التنفيذ سيدفع العقد من جديد إلى نفي مبدأ التوازن عن العقد، فكان من الضروري توضيح الإختصاص الرقابي للقضاء الإداري على حكم التحكيم الدولي من أجل تبيان دور الطبيعة الإدارية و الدولية للعقد في خلق قواعد تنظيمية متميزة ومختلفة عن باقي العقود، هذا ما ظهر في مبررات وجود إختصاص مجلس الدولة الفرنسي كسلطة رقابية على أحكام التحكيم.

بالمقابل قد تمتنع الدولة عن التنفيذ و هذا عند الدفع بحصانتها ضد الأحكام الأجنبية، على إعتبارها احد أشخاص القانون العام ، و تعترف معظم الأنظمة القانونية الوطنية، بوجود حدود لمبدأ الحصانة التنفيذية للدولة ، من خلال معالجة تشريعية للمسألة حتى يتقيد القضاة ولا يترك أمرها إلى

¹ - عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة ، دفاثر السياسة و القانون، مجلة صادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ورقلة، العدد 12، جانفي 2015 ، ص 229.

العرف أو الاجتهاد فقط، لما لهذه المسألة من حساسية على العلاقات الدولية كما أنها ضرورة ملحة في مجال حماية حقوق الإنسان في الالتجاء إلى القضاء.

فقد ارتبطت الحصانة القضائية منذ بداية القرن العشرين بأموال الدولة الأجنبية، و هذا من خلال اعتراف المحاكم بهذه الحصانة و وضع حدود و استثناءات لها، ففي فرنسا ميز القضاء بين الأموال المخصصة لنشاط تجاري وتلك المخصصة لغرض سيادي فأجاز التنفيذ على الأولى بينما منع التنفيذ على الصنف الثاني، و لا يزال القضاء الفرنسي متمسكا بالمبدأ ذاته ، ففي القضية التي تخص شركة سوناطراك الجزائرية تم الحجز على أرصدها لدى البنك الفرنسي الخارجي لصالح أحد دائنيها وهو السيد Migeon وقد تمسكت بحصانتها ، غير أن القضاء الفرنسي رفضها بحجة أن شركة سوناطراك تمارس نشاطا تجاريا¹ .

قد تدفع الدولة بحصانتها عندما يراد تنفيذ حكم التحكيم ضدها، و تعتبر هذه الحصانة ضد إجراءات التنفيذ، غير أن رأي القضاء الفرنسي يكشف عن أن إمكانية الدفع بالحصانة تقف عند إدراج شرط التحكيم، ما يفيد أن تعبير الدولة عن إرادتها في الخضوع للتحكيم يعبر ضمنا عن قبولها بالحكم و تنفيذه²، و هو ما أقرته محكمة النقض بإجراءات الحصول على أمر التنفيذ من القضاء من طرف المحكوم له.

و في قرار آخر نقضت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف في قرارها الصادر بباريس في 24 فيفري 1994 ، فالتزام الدولة الموقعة على شرط تحكيمي لتنفيذ القرار التحكيمي في إطار المادة 24 من نظام غرفة التجارة الدولية يستلزم بالضرورة تنازل هذه الدولة عن حصانتها التنفيذية أيضا³.

1 - العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية و الحصانة التنفيذية أمام القاضي و المحكم، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014-2015. ص 159.

2 - المرجع نفسه، ن ص.

3 - علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، المرجع السابق، ص 433.

و قياسا على التنازل عن الحصانة القضائية، فإن الحصانة التنفيذية بدورها تقبل التنازل قبل ميلاد النزاع أو بعده ويتم ذلك إما بموجب شرط يدرج في العقد أو بمقتضى نص ضمن اتفاقية بين الدول، ثنائية كانت أو متعددة الأطراف.

و قد يأخذ التنازل على الحصانة التنفيذية شكل بند في العقد الإداري الدولي المبرم ، و نتيجة لذلك لا يمكن للدولة أن تثير حصانتها التنفيذية أمام المحكم الدولي، فلا يمكن القبول و التسليم بهذه الحصانة لما فيه من مساس خطير بحقوق و مصالح المتعاقد الأجنبي، لذلك يؤخذ عن هذا الدفع على أنه تراجع من قبل الدولة عن إرادتها عند التعاقد، و إخلال بها في حال قيام النزاع. ما يفيد منح الدولة المتعاقدة إمكانية تعديل العقد بصفة منفردة، و قطع توازن العقد إخلالا بمبدأ التوازن الذي يعد ركنا أساسيا لتمام العقد و تنفيذه.

و عليه فإن دفع الدولة بحصانتها ضد التحكيم الدولي بهذا الأسلوب سيؤدي إلى القضاء على الأمن القانوني الذي دفع المتعاقد الأجنبي إلى التعاقد، و الذي يفاجئ عند التنازع و صدور الحكم التحكيمي لصالحه بحصانة تنفيذية، لذا فإن التنازل عن الحصانة التنفيذية بموجب شرط تعاقدي بين الدولة و المتعاقد الأجنبي، بند يجب تكريسه عند التعاقد، لتفادي وقوع العقد في إشكالية عدم التنفيذ.

قضائيا ، و في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/04/01 في قضية عامل مكلف بأعمال التسيير العادية ضد سفارة البرازيل و في موضوع الدفع بالحصانة الدبلوماسية من قبل هذه الأخيرة في القضية محل النزاع، اقرت هيئة المحكمة بتمسك القاضي الجزائري الفاصل في المسائل الاجتماعية باختصاصه دون التطرق للمادة 30 من اتفاقية فيينا ، حيث لا يمكن ان تستفيد الهيئة الدبلوماسية من الحصانة القضائية إلا إذا كان العامل يمارس مهام ذات طابع سياسي او نشاط يندرج ضمن أعمال سيادة الدولة الأجنبية¹.

¹ قرار رقم 490051 الصادر بتاريخ 2009/04/01 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، انظر في ذلك الطيب زروتي اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص ، ط2، دار هومة، الجزائر، ص 274.

و إن كان هذا القرار اجتماعيا، إلى أن المحكمة في تفسيرها للدفع بالحصانة القضائية، يوضح في طياته أن هذه الحصانة تتعلق بالأساس بأعمال السيادة ، و ما دامت طبيعة العقود الإدارية الدولية وموضوعاتها لا تتعلق بذلك، فإن الدولة المتعاقدة لا يمكن لها الدفع بحصانتها لإنكار الحكم التحكيمي.

ثانيا: طرق الطعن ضد أحكام التحكيم الدولي

إن الطعن هو وسيلة قانونية لحماية المحكوم عليه من خطأ المحكم الدولي، من خلال المطالبة بإعادة النظر فيما قضي به عليه ، سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضده أو إلغاءه كليا أو جزئيا. و يظهر إختصاص النظر في الطعون ضد الأحكام التحكيمية كآلية رقابية في يد القاضي الوطني من أكثر مظاهر الرقابة شدة، و بذلك يأخذ الطعن شكل الطعن بالإستئناف (أ) أو دعوى البطلان (ب).

أ: الطعن بالإستئناف

يوجه الطعن بالإستئناف ضد الأوامر الصادرة من الجهة القضائية المختصة سواء تضمن الأمر الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي أو رفضه، ففي نص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أكد المشرع ذلك من خلال النص على أن يكون الأمر القاضي برفض الإعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للإستئناف، فقرار الفصل في طلب الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يعد عرضة للإستئناف¹. و لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية ، و في حالة ما إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون، و كذا في حالة فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها و عدم مراعاتها لمبدأ الوجاهية و عدم تسبب الحكم أو تناقض الأسباب، بالإضافة إلى كون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي².

و بعد إحالة الفقرة الرابعة من المادة 1525 إلى المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي³ و التي نصت على الحالات التي يمكن فيها إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف و التنفيذ، لا

¹ - ما أخذ به المشرع الفرنسي أيضا في نص المادة 1525 من قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 412.

² - أنظر المادة 1056 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المرجع السابق.

³ - Code des procédures civile , op,cit, p411.

نجد ما يخالف ما جاء به المشرع الجزائري في هذا الجانب، ما يفيد أنه أخذ أسوة بالمشرع الفرنسي عند تكريس نظام الإستئناف في الرقابة على التحكيم الدولي¹.

و يرفع هذا الطعن أمام محكمة الاستئناف التي يمتد اختصاصها إلى المحكمة التي أصدرت الأمر، هذا ما يكرس إختصاص مجلس الدولة في النظر في الاستئناف و الذي فصل فيه أعلاه، خاصة بعد تأييد القضاء الفرنسي لهذا الإختصاص، هذا وقد أحال المشرع الفرنسي إلى الطعن بالإستئناف عند إتفاق الأطراف على ذلك، حيث ينظر قاضي محكمة الاستئناف كمفوض بالصلح إذا كانت هذه المهمة مخولة للمحكمن، ما يعد موقفا انفرد به المشرع الفرنسي دون غيره².

إن مبدأ إستئناف الأمر الصادر عن رئيس المحكمة المتعلق بالإعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، حسب قرار المحكمة العليا في قضية مؤسسة (ع.ص) ضد شركة ميلتمان أنديكوجي، لا يعد أمرا ولأئيا، و يمكن بالتالي استئنافه أمام المجلس القضائي.

و فيما يخص وقائع هذا الطعن وفقا للقرار³، " تتمثل في نزاع خاص بصفقة توريد كمية من السكر، من طرف شركة أجنبية لصالح مؤسسة (ع.ص)، حيث عرض هذا النزاع على هيئة تحكيم تابعة لجمعية مصفي السكر بلندن التي أصدرت قرارا تحكيميا في 27-05-1999 يقضي بإلزام مؤسسة (ع.ص) بدفع مبالغ مالية على سبيل الدين الأصلي و التعويض عن الضرر و مصاريف التحكيم.

و بعد إيداع القرار التحكيمي بمحكمة مقر التنفيذ استصدرت أمرا استعجاليا يأذن لها بتسليم نسخة رسمية من قرار التحكيم ممهورة بالصيغة التنفيذية (أمر 20-10-2001)، و على إثر استئنافه اصدر مجلس قضاء باتنة قرارا في 12-06-2002 يقضي بتأييد الأمر ، و لكن المحكمة العليا بقرراها في 29-12-2004 نقضت القرار السابق على أساس خرقه لقواعد الاختصاص الوظيفي و أحالت القضية

¹ - صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 157.

² - Terki Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie , op, cit, p142.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 543309 صادر بتاريخ 18-03-2010، قضية مؤسسة (ع.ص) ضد شركة ميلتمان أنديكوجي ، غير منشور ، أورده الطيب زروتي ، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه المرجع السابق ، ص 388-393.

لنفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل طبقا للقانون، و لكن بعد الترجيح قضى المجلس في 24-2005-12 بعدم قبول الترجيح لفساد الإجراءات .

هذه تشكل المرحلة الأولى من النزاع أما المرحلة الثانية فتخص استصدار من جديد أمر على عريضة يأذن للمحكوم لها تسليم نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من قرار التحكيم، و على إثر إستئناف هذا الأمر اصدر مجلس باتنة قرارا في 29-12-2007 يقضي بعدم قبول الإستئناف شكلا وبعد الطعن بالنقض في هذا القرار أصدرت المحكمة العليا قرارها " .

و في تفسير ما قضت به المحكمة العليا من نقض القرار لخرق الاختصاص الوظيفي و ما قضى به مجلس باتنة من رفض الترجيح شكلا لفساد الإجراءات تطبيق سليم للنصوص القانونية، وفي ما يتعلق خاصة بالجهة المستأنف لديها هي المجلس القضائي، فإن القرار فصل في ذلك بالكشف على أنه ما دام الأمر، و لو كان صادر من رئيس المحكمة و بموجب أمر على عريضة أو على هامش قرار التحكيم يثير نزاعا جديا، فيتم الاستئناف لدى الغرفة المختصة بالمجلس القضائي بحسب طبيعة النزاع، و هذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها هذا، و أرست بذلك اجتهادا قضائيا في هذه النقطة الملتبس فيها¹.

و عليه يمكن قياس هذا الاجتهاد القضائي على إختصاص القضاء الإداري وفقا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 1035، على إعتبار أن هذا القرار صدر فاصلا في قضية رفعت في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، و لم يتضمن بذلك إعادة الهيكلة القضائية التي تبنتها الجزائر، في انتظار تعديل النصوص القانونية الإجرائية، و فصل الإختصاص بين القضائيين العادي و الإداري وفقا لطبيعة النزاع.

ب: دعوى البطلان

ترفع دعوى البطلان أمام القضاء بغية إبطال الحكم التحكيمي الصادر في النزاع القائم، و هي الطريق الوحيدة التي اقرها المشرع الجزائري للطعن في أحكام التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي معتمدة بذلك على الاتجاه الموسع لنطاق البطلان² .

¹ - الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ص 396.

² - صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 161.

و من خلال استقراء المادة 1058 نجدها قد نصت على إمكانية الطعن بالبطلان ضد التحكيم الدولي الصادر في الجزائر وفقا للحالات المحددة في المادة 1056 السالفة الذكر، نفس الإجراء جاء على سبيل الحصر في النص 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و هذا فيما يتعلق بأحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا¹.

هذا ما يفيد أن الطعن بالبطلان دعوى قضائية تنتظر من جديد في موضوع النزاع الدولي الفاصل فيه من قبل بحكم تحكيمي دولي صادر في الدولة ، ما ينفي إختصاص القضاء الوطني في النظر في حكم التحكيم الدولي الأجنبي .

في الحقيقة يعد الطعن بالبطلان الآلية الوحيدة الممكنة لإعادة النظر في النزاع من قبل القضاء الوطني المختص، حيث تبقى مظاهر الرقابة الأخرى المذكورة سالفا، رقابة ذات طابع شكلي إجرائي، و هذا في سبيل ضمان فاعلية التحكيم، لذا فإن حصر الطعن في دعوى بالبطلان وفقا لحالات مذكورة على سبيل الحصر في النصوص التشريعية الإجرائية يؤخذ لصالح النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في كلا النظامين.

ففاعلية أحكام التحكيم، هو في حد ذاته تعزيز للتحكيم في النظام القانوني الدولي، بحيث تقوم هذه الفاعلية على التقليل الصارم لطرق الطعن ، هذا ما كرسته أحكام قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و المدعمة بالمرسوم 13 جانفي 2011 ، غير أن هذه الفاعلية قد تقل عند الرقابة المشددة من قبل القاضي المختص في ظل غياب تفصيل موسع لهذه الدعوى من قبل المشرع²، فعلى هذه الرقابة أن تمس الحل المعتمد من قبل المحكم، و ليس منطق المحكم، لنتوقف عند رقابة مدى مطابقة الحل في الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي، فالقاضي الفاصل بالبطلان ليس بقاضي موضوع إنما قاضي حكم .

1 - La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation, art 1518, code des procédures civil, op,cit, p 411.

2 - Yves Gaudemet, Les personnes publiques et l'arbitrage international, Recueil Dalloz, Paris , 2011, p 2555.

المطلب الثاني: رقابة مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي

استبعاد المحكم لقواعد النظام العام مبرر بإرادة الأطراف، فهذه الإرادة هي من تمنعه من تطبيق قواعد النظام العام، فالخشية من عدم احترام القواعد الأمرة تجعل المحكم تحت رقابة القاضي الوطني سواء عند التنفيذ أو عند الطعن، و بالتدقيق عندما يسمح المشرع للقاضي الوطني من مراقبة مطابقة الحكم للنظام العام و هذا بالنظر في صحة الحكم التحكيمي¹، وهو ما يتضح من خلال السلطة التي أعطاها المشرع للقاضي، حيث يمنع على القاضي تنفيذ حكم التحكيم إذا ثبت له أن هذا الحكم مخالف للنظام العام، فإذا تضمن الحكم ما يخالف النظام العام، و أمكن فصل الجزء الذي تضمن المخالفة عن الجزء غير المخالف جاز للمحكمة أن تأمر بتنفيذ الجزء غير المخالف.

أراد مجلس الدولة الفرنسي تجنب الحد الأدنى من الرقابة مثل الطعن بالبطلان أمام القاضي ضد حكم التحكيم الدولي ، فالأخطاء الجسيمة التي ارتكبت من قبل التحكيم في إطار تطبيق النظام العام الدولي هي من تخضع لرقابة القاضي الوطني، و الخروج بالتالي من قضاء متحرر و الذي لا يراقب عمليا النظام العام، إلى رقابة عن بعد يمارسها المجلس على الجانب الإجرائي و على موضوع الحكم التحكيمي² .

ووفقا لقرار لمحكمة النقض الفرنسية ، فسر بشكل أكثر وضوحا مخالفة قواعد النظام العام، و هذا بالقول أن التعدي على هذه القواعد لا تتعلق بالتحكيم لوحده، بل أيضا قد تكون إرادة الأطراف سببا في ذلك، ليستقر هذا الإجتهد على أن منع القابلية للخضوع للتحكيم وفقا للنظام العام لا يتعلق و لم تتعلق أبدا بإتفاقية أو حكم تحكيمي خالف جزء منهما تنظيم يتضمن طابع النظام العام، و بالتالي لا يعد إبطال حكم التحكيم قائما على هذه المخالفة إنما على التعدي على قواعد النظام العام من قبل إرادة الأطراف نفسها³.

1 - Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international, op.cit, p 81.

2 - Benoit Delaunay, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif, RFDA, Dalloz, Paris , 20017 , p 117.

3 - Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international, op.cit, p82.

و عليه يراقب القاضي أولاً مجموعة من العناصر المتعلقة بتنظيم الإجراءات، و المتعلقة باحترام المحكمة لاختصاصها و وظيفتها، و صحة المبادئ المتعلقة باستقلالية و نزاهة المحكمين، و كذا مدى تسبب الحكم، و من ثم ينظر في الموضوع من حيث عدم مخالفة الحكم للنظام العام، و المرتبطة في الأساس بالعقد، بمعنى أنه لم يكن منذ البداية مرتبط بعيب جسيم، خاصة عندما يخالف قاعدة تمنع خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم¹.

فرقابة القاضي لا تعد بذلك محكمة موضوع، فليس لها صلاحية تقدير الوقائع المعروضة على المحكم الدولي، أو التحقق من الأدلة التي قدمت للحكم، و لا إعمال قناعاتها فيها، لكن لها أن تراقب صحة اتفاق التحكيم وتطبيق أحكام القانون عند الفصل في النزاع، و لا يعد أمر التنفيذ أو قرار الطعن هنا مجرد إجراء مادي يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية أو إبطال الحكم التحكيمي إنما يرتبط في الأساس بالتأكد من توافر الشروط المطلوبة لصحة الحكم، هادفاً بذلك إلى إرساء قواعد العدالة القانونية.

وعليه يعد النظام العام من أهم موضوعات التحكيم الدولي، وأكثرها تعقيداً، بسبب نسبية مفهومه فهو يختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر²، ويتدخل النظام العام في التحكيم، إذا ما واجه المحكم في حكمه قاعدة من قواعد النظام العام³، فأهميته تكمن في أنه يمثل قاعدة قانونية لا يجوز الاتفاق على خلافها، وإلا حكم القضاء ببطلان ما يخالفها⁴.

و يعد النظام العام أيضاً، من أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم وفقاً للفقرة الثانية من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بسبب موضوع النزاع القابل عرضه على التحكيم و طبيعة الشخص المائل أمام التحكيم، لأن اكتمال الأهلية القانونية للدولة، أو أحد أشخاص

¹ - Benoit Delaunay, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international , op.cit, p 117.

² - لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية و مخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة". جامعة الإمارات العربية المتحدة 25-27/04/2011، ص 1374.

³ - Hocine Farida, Influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse de doctorat, université Mouloud Mammeri Tizi ouzou, Algérie , 2012, p112 .

⁴ - لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الإتفاقيات و العقود الإستثمارية، المرجع السابق، ص 1375.

القانون العام الأخرى يتوقف على التكامل بين القابلية الشخصية والقابلية الموضوعية للتحكيم مع وجوب صحة هذه الأخيرة، وعلى هذا الأساس، تعمل فكرة النظام العام بمعناها الدقيق على إيقاف القابلية للتحكيم الموضوعية، من خلال آليتين.

تتمثل الأولى في ارتباط النظام العام بمصلحة المجتمع العامة، والنزاع في هذه الحالة يطرح فقط أمام القاضي الوطني المختص، مع استحالة عرضه أمام التحكيم، لما للنزاع من علاقة وثيقة بالسيادة الوطنية للدولة، والتخوف من المساس المباشر بحقوق المجتمع¹.

فحق التصرف في الحقوق المانحة لأهلية اللجوء للتحكيم كما وردت في الفقرة 1 من المادة 1006 ق.إ.م.إ ليست بالإطلاق الممكن تصوره، إنما قد قيدتها الفقرة الثانية من نفس المادة، بما يُسمى 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. ونظرا لقدسيته أطرها المشرع تحت فكرة النظام العام.

و تتمثل الآلية الثانية في 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 قيادا على الحكم فقط، وللمحكم بذلك تحديد عواقب مخالفة النظام العام في اتفاقية التحكيم، وعليه فالمحكمة التحكيمية لها صلاحية تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام، ومعاقبة انتهاكها بإبطال اتفاقية التحكيم².

ومع ذلك يتخللها مجموعة من الصعوبات عند التطبيق، فقانون الدولة أحيانا غير فعال أمام هيئات التحكيم الدولي، خاصة إذا ما تعلق النظام العام الداخلي بمسألة قانونية داخلية لا يمكن اعتبارها دوليا من قواعد النظام العام الدولي، فالأجانب السائد في التحكيم الدولي هو تبني النظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي، لتفسيره التطبيقات العملية على ضوء القيم والمصالح العليا للدول المتقدمة دون باقي الدول، لتكون بذلك الدولة الطرف الأضعف عند مواجهة المتعاقد الأجنبي أمام هيئات التحكيم الدولية³.

¹ - Hocine Farida, de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, op. Cit, P, 116.

² Hocine Farida, Influence ,op. Cit, P 116.

³ - لافي محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1376.

وهذا ما ذهبت إليه أحكام التحكيم، ففي قضية Omnium de Traitement et de Valorisation SA Hilmarton LTD¹، والتي كان موضوعها عقد استثمار بين الحكومة الجزائرية، وأحد المستثمرين الأجانب في موضوع الصرف الصحي لمدينة الجزائر العاصمة، مع وجود وسيط كطرف ثالث في إبرام هذا العقد مقابل مبلغ معين، وبعد إبرام العقد حصل الوسيط على جزء من المبلغ المتفق عليه وامتنع الطرف المتعهد بدفع باقي المبلغ، ونتيجة لذلك أحيل النزاع للتحكيم مرتين، وأخيرا 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 وحسبت النزاع لصالح المتعاقد الأجنبي.

وعليه، ينفي هذا الحكم الآلية الثانية المطروحة أعلاه، بسبب ضعف القانون الوطني في مواجهة سلطات هيئات التحكيم الدولية المطلقة، لذا فإن حظر أهلية الدولة دوليا، يكون عند مخالفة موضوع اتفاقية التحكيم للنظام العام الدولي دون الداخلي.

¹ - لافي محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1376.

خاتمة الباب الثاني

إن كان وجود الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة في التبادل الإقتصادي مع المتعاقد الأجنبي، قد رجح لها الكفة عند إرسائها لقواعدها الوطنية في مرحلة التعاقد ، مخلة بالتوازن العقدي، من خلال تقوية قواعدها العامة مقابل تضعيف القواعد الخاصة، يظهر بالمقابل اتفاق التحكيم و كأنه شرط إجباري فرض نفسه بقوة القانون الدولي على النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، ليكون بذلك المعالج الحقيقي لإختلال التوازن في العلاقة التعاقدية.

و انطلاقا مما جاء أعلاه، لم يظهر اتفاق التحكيم ميولا لأي جهة في العقد، حيث أنه ساهم وبطريقة مرنة المزج بين ما هو إداري وطني ، و ما هو دولي خاص، فرغم دوره الذي يدخل على العلاقة التعاقدية كطرف ثالث، لينصف في طياته الطرف المتضرر في العقد، إلا انه يحقق ما لم يستطع القانون تحقيقه، من تكريس لمبادئ لظالما تسعى المصلحة المتعاقدة إنكارها.

و عليه يمكن أن نخلص إلى أن الضوابط القانونية الفاصلة في المنازعات القائمة بين أحد أشخاص القانون العام و المتعاقد الأجنبي و المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية الدولية قد عبرت عن نظام قضائي متكامل من حيث الوظائف الممارسة من قبل المحكم الدولي و القاضي الوطني، بإعتبار الوظيفة الأولى ممارسة أصلية لقواعد العدالة القضائية، في حين تتمثل الوظيفة الثانية في السهر على حسن تطبيق هذه العدالة.

حيث يظهر دور التحكيم الدولي كقاضي أصلي في النزاع، يستمد إختصاصه من إتفاقية التحكيم في العقد المبرم، مع مراعاة القابلية الشكلية و الموضوعية المعتمدة في القانون الواجب التطبيق، فهذه القابلية هي من تؤدي إلى فاعلية التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية.

في حين أن حدوث أي خلل قد يؤدي بالضرورة إلى تدخل القضاء الوطني، و الإداري بالتحديد نظرا لطبيعة العقد المنشئ للنزاع، لينظر وفقا لإختصاصه بالإستعانة بآليات قضائية تساعد من جهة في ضمان السير الحسن للمنازعة التحكيمية، و من جهة ثانية رقابة مدى تطبيق قواعد العدالة القانونية في الحكم التحكيمي .

فالتكامل الوظيفي لا يعد تنافس في النظر في موضوع النزاع بين القضاء الوطني و التحكيم الدولي، إنما يهدف إلى إيجاد حماية قضائية تتناسب مع طبيعة منازعات العقود الإدارية الدولية، وما تتضمنه من توازنات في العلاقة التعاقدية بين الشخص المعنوي العام والمتعاقد الأجنبي ، فهي بذلك توسيع لنطاق الحماية القضائية.

لذا ظهرت العلاقة الوظيفية بين القضاء و التحكيم ، كعلاقة مساندة من قبل القضاء الوطني للتحكيم، و كعلاقة رقابية إيجابية من جهة الإعتراف دون النظر في الموضوع في الحكم التحكيمي وسلبية عند الدفع بعدم احترام النظام العام الدولي .

خاتمة

إن الأساس الذي يخلص اليه البحث في النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، هو أن هذا النظام القانوني لم يكن محل اهتمام القوانين الوطنية إلا من ناحية أهمية العقود الإدارية الدولية بالنسبة للإقتصاد الوطني، و هذا من خلال دورها في النهوض بالتنمية الوطنية و تخفيف الأعباء العامة بمساهمة مباشرة من قبل الدولة التي تضع سياسات إقتصادية تضمن بها مصلحتها الخاصة، والتي تعتمد فيها على عامل الجذب الإقتصادي ، إضافة إلى متغيرات أخرى تتعلق بالإستثمار، تحت إطار قانوني يلاءم إرادتها.

لذا فإن صحتها لإرادتها في التنظيم القانوني لعقود إدارية تحمل صفة دولية كان عكس إرادة المتعاقد الأجنبي الذي سعي هو الآخر من خلال فرض قانون الإرادة إلى إخراج العقد من التركيز الإداري للدولة إلى ما هو دولي وفقا لصفته الثانية.

هذا ما دفع الدولة المبرمة لمثل هذه العقود إلى تغيير توجهاتها من خلال تنمية مصالحها الإقتصادية من خلال تبنيتها للتحويلات الإقتصادية و المالية و كذا القانونية الدولية، مراعاة في ذلك إرادة المتعاقدين الأجانب الذين يصعب ارضاخهم للقانون العام.

فبقاء العقد الإداري الدولي عقدا إداريا من الناحية القانونية، قد ناقض صفته الدولية المرتبطة بتسميته ، و التي تعتمد في الأساس على مبدأ التوازن القانوني لأطراف العلاقة التعاقدية، ما استوجب وضع قواعد قانونية ملائمة عند تنظيم العقود الإدارية الدولية لابد أن تتجاوز معيارها الكمي، إلى معيار نوعي تقني يجمع خصائص صفتيها معا و هذا في سبيل ضمان أكثر فاعلية لهذه العقود، و إلا فإن تسميتها ستصبح غير سليمة من الناحية القانونية، ما يجعلنا نكتفي بتسميتها بعقود الدولة.

و إسقاطا لذلك، و كنتيجة للمقارنة المنتهجة في مراحل هذا البحث، نلاحظ أنه من جانب المشرع الجزائري قد وقع التنظيم القانوني لهذه العقود في عدم الإستقرار على رأي محدد، فمن جهة تراه يمدد في القواعد التنظيمية للعقود الإدارية الدولية، ليعود مرة أخرى للتشديد أو الحصر في نفس النص التشريعي ما لوحظ بالخصوص في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ليجعل القواعد التنظيمية المسقطة على العقود الإدارية الدولية غامضة و متضاربة في غالب الأحيان.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فالمشكل لا يطرحه النص دائما، إنما التدخل السلبي للقضاء الإداري من خلال الإجتهد بالتمسك بإختصاصه القضائي و من ثم إختصاص القانون الإداري كقانون واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.

و بالنتيجة لا يمكن دوما التمسك بتبرير عدم الإستقرار للنظامين محل الدراسة على أساس الطبيعة المزدوجة للقانون و القضاء، لأن ذلك سيجعل النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية غير مرن كفاية للاعتراف بقواعد قانونية موضوعية و إجرائية ذات طبيعة إدارية و دولية في نفس الوقت، على إعتبار أن إمكانية إنكار هذه القواعد الدخيلة محتملة من قبل القانون الإداري و قاضيه.

لا يعني إنكار ما وصل إليه النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في هذان النظامين، خصوصا أن الصفة الإدارية الموجودة في العقد مستأصلة من هذا النوع من الأنظمة القانونية، و التي تخاطب في الأصل أشخاص القانون العام التي تعاقدت مع متعاملين متعاقدين أجنب، لذا فإن تسجيل بعض النقائص التي لا توفر حماية قانونية ملائمة للعلاقة التعاقدية في مجمل مراحلها، من تكوين العقد إلى تنفيذه ، لا يعني نفي ما سار عليه النظام القانوني المنتقد، لأنه لا يمكن الوقوف فقط عند نقد القواعد إنما تفسير خصائص النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية لدى مشرعين و دولتين قد تكونا من أكثر الدول خبرة في إبرام هذا النوع من العقود.

و عليه و بعد هذه الدراسة تمّ التّوصل إلى جملة من النتائج تعلقت بتقييم القواعد القانونية المؤطرة للعقود الإدارية الدولية في النظامين المقارنين على حد سواء ، خاصة من ناحية غموض النصوص القانونية و تصادمها أحيانا أخرى في النظام الجزائري، و تركيز هذه العقود في ظل قواعد القانون العام في النظام الفرنسي، لتبرز أهمها فيما يلي:

➤ يعد التنظيم القانوني للعقود الإدارية الدولية أكثر أهمية في ظل التحولات القانونية الدولية الآنية و الذي أصبح العامل الأكثر جذبا للمتعامل الإقتصادي الأجنبي، على عكس ما كان عليه عند ظهور هذا النوع من التعاقد.

➤ رغم توفر النصوص التنظيمية سواء الموضوعية أو الإجرائية في النظامين القانونيين محل المقارنة إلا أن التمسك بسلطة الإدارة في العقد جعلتها أقل فاعلية، هذا ما ناقض مبدأ التوازن في العلاقة التعاقدية، و صعب تجاوز المعيار الكمي للنصوص، إلى معيار نوعي .

➤ فوقع المشرع الجزائري في عدم الإستقرار على رأي محدد، فمن جهة تراه يمدد في القواعد التنظيمية للعقود الإدارية الدولية، ليعود مرة أخرى للتشديد أو الحضر في نفس النص التشريعي ليجعل القواعد التنظيمية المسقطة على العقود الإدارية الدولية غامضة و متضاربة في بعض الأحيان.

➤ أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فالمشكل لم يطرحه النص دائما، إنما التدخل السلبي للقضاء الإداري، من خلال الإجتهد بالتمسك بإختصاصه القضائي و من ثم إختصاص القانون الإداري كقانون واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.

➤ أثبتت المعايير الفقهية المحددة لإدارية و دولية العقد على حد سواء فشل في بعث التوازن التعاقدى على العلاقة التعاقدية خاصة عند عدم استقرار المشرع في الأخذ بها عند التحديد القانوني لمراكز الأطراف.

➤ فيما يتعلق بتدخل قانون الإستثمار في تنظيم هذه العقود فإن قواعده لا تعدو ان تكون عوامل جذب للإستثمار الأجنبي من خلال الإمتيازات المالية المدرجة في العقد.

➤ ان إرادة الأطراف تعد المصدر المفعل للقواعد القانونية الضامنة لحقوق الأطراف في العقد مثل شروط الثبات التشريعي ، إعادة التفاوض، و التحكيم التي تعد آليات توفر الأمن القانوني والتوازن في العلاقة التعاقدية بقوة العقد، غير أن رضوخ الدولة لإرادة المتعاقد الأجنبي المطلقة قد تؤدي إلى ظاهرة وجود عقد بدون قانون.

➤ من الناحية الإجرائية و المتعلقة بالفصل في منازعات هذه العقود، و إن كان التحكيم صاحب الإختصاص الأصلي بحكم قوة العقد و كذا إعتراف المشرعين محل المقارنة بذلك سواء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو قانون الصفقات العمومية، إلا أن هذا لا يعد انفصالا مطلقا عن القضاء الوطني و هذا بحكم طبيعة هذه العقود و كذا القانون الواجب التطبيق عليها الذي يكون في الغالب قانون الدولة المتعاقدة.

➤ إن الضوابط الإجرائية الفاصلة في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية الدولية تعبر عن نظام قضائي متكامل من حيث الوظيفة بين التحكيم و القضاء الوطني كما جاء في اجتهادات

القضاء الفرنسي الذي ساهم في ضبط هذه العلاقة الوظيفية و تفسير أحكام القانون في هذا الصدد.

➤ توصل البحث ايضا و في اطار الفصل في النزاعات على تحديد دور التحكيم الدولي و الذي يتمثل في ممارسة قواعد العدالة القضائية كصاحب اختصاص حصري في النزاع، في حين يتمثل دور القضاء الإداري في تكريس التطبيق الصحيح لهذه العدالة، من خلال الدور المساند من حيث إجراءات الفصل و دور المراقب للحكم.

➤ على عكس ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من عدم وضوح القاضي المختص في التدخل، ساهم الاجتهاد القضائي الفرنسي في ضبط هذه العلاقة الوظيفية و تفسير أحكام القانون في هذا الصدد، بتمسك القاضي الإداري بإختصاصه القضائي، و من ثم إختصاص القانون الإداري كقانون واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.

➤ دفعت الدراسة المقارنة التي سارت عليها مراحل هذا البحث، إلى وصف النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في الجزائر على أنه نظام قانوني في إطار التطور، يقف على تجربة نصوص قانونية قبل الإرساء على قواعد موضوعية و إجرائية تصب في صالح ابرام هذه العقود.

➤ في حين أن التجربة الفرنسية كانت ذات أقدمية، حيث أنه و بحكم اجتهاد قضائها تغلبت عن عدم تكثيف النصوص القانونية في تشريعاتها، ليكون بذلك القضاء أكثر نشاطا في تفسير الإطار القانوني لهذه العقود و هذا من خلال خلق قواعد قانونية مادية مساعدة للقاضي.

بناء على النتائج السابقة تقدم الدراسة مجموعة من الاقتراحات تتمثل في:

➤ ضرورة استقرار المشرع على رؤية تشريعية واضحة في سنه للقواعد الناظمة للعقود الإدارية الدولية من خلال الحرص على عدم الاندفاع عند اقتباس القواعد القانونية، و الإنطلاق من واقع ممارسة هذه النشاطات بضبط أحكام قانونية تتسجم مع خصوصية هذه العقود، خاصة لما لها من أهمية و خطورة في نفس الوقت لإرتباطها بالتنمية الإقتصادية و المحافظة على المال العام.

➤ على المشرع في تنظيم مجال الصفقات العامة و تفويضات المرفق العام ضبط المصطلحات والإجراءات ، خاصة لتعلقها المباشر بالمال العام و الخدمة العامة. فغموض بعض نصوصها

وعدم التنظيم الكافي للمناقصة الدولية من حيث الإجراءات سيدفع بالدولة إلى التنازل لصالح المستثمر الأجنبي عن المبادئ القانونية المكرسة في هذا القانون كإبرام العقد الإداري الدولي من خلال إجراء التراضي دون المرور بالمناقصة. كما أن تبيان الاختلاف بين التراضي و التفاوض أمر لا بد من تكريسه، خاصة و أن التفاوض لا يهدف إلى إختيار متعامل متعاقد، إنما إلى وضع شروط العقد.

➤ بالمقابل و إن كان المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 قد خصص الباب الثاني منه للأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام ، إلا أن تخصيص اربع مواد 207-210 يعد غير كافي و يجعل هذه العقود أكثر غموض، و يقلل من أهميتها كعقود إدارية ذات بعد دولي جد مهم في الوقت الراهن ، لذا يعد تنظيمها ضمن هذا المرسوم قاصر و غير واضح من حيث أهداف هذا العقد، و إجراءات إبرامه، و التي على المشرع تداركها.

➤ ضرورة التنسيق بين النصوص القانونية النازمة لأحكام الاستثمار و الصفقات العمومية، و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في سبيل توفير إطار قانوني متكامل و غير متناقض خاصة و أن هذه القوانين تلعب دورا ثلاثيا في تنظيم العقود الإدارية الدولية .

➤ على المشرع تخصيص جزء أكبر للمنازعة التحكيمية في المجال الإداري تفسيرا للمواد 976 و 977، خاصة مع غياب الإجتهد القضائي المؤثر في الجزائر.

➤ العمل على جمع القواعد القانونية المتفرقة في مختلف النصوص التشريعية الوطنية و الاتفاقيات الدولية المنظمة للعقود الإدارية الدولية في دليل وطني نظامي يسهل على المتعاقدين الأجانب الراغبين التعاقد مع الدولة الجزائرية، فهم السياسة المنتهجة، و توقع الشروط و المبادئ المسيرة لهذه العقود.

➤ إلزام الإدارات و المؤسسات العمومية على نشر مثل هذه العقود على مواقعها الرسمية أو في الجريدة الرسمية لمساعدة الباحثين في دراسة مثل هذه العقود من جانبها القانوني، والإفصاح عنها بأكثر مصداقية و شفافية.

قائمة المراجع

ا. باللغة العربية

أولاً: النصوص القانونية

أ- الدستور

المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق ل 07 ديسمبر سنة 1996،
و الذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة
1996، ج ر 76 ل 8 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بالقانون المتضمن تعديل
الدستور 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002 .
المعدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري ج ر
63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

ب- الإتفاقيات الدولية

1- الأمر رقم 95-04 مؤرخ في 21 يناير 1995 ، يتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات
المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 07، المؤرخة في 15
فبراير 1995.

2- المرسوم الرئاسي رقم 95_346، المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1416، و الموافق ل 30 أكتوبر
1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و
رعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66، المؤرخة في 05/11/1995.

3- المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 ، المتضمن اتفاقية تشجيع وضمان
الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر بتاريخ أول محرم 1411، و
الموافق ل 23 يوليو 1990، ج ر عدد 06 المؤرخة في 6 فبراير 1991.

4- المرسوم الرئاسي 67-133 المؤرخ في 31 يوليو 1965 يتضمن نشر اتفاقية التطبيق الموقعة في 31 يوليو 1956 الخاصة بكيفيات تأسيس و تشغيل الشركة المختلطة المنصوص عليها في المادة 11 من إتفاقية 29 يوليو 1965 المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الفرنسية و المتعلقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود و التنمية الصناعية الجزائرية، ج ر عدد 64 ، المؤرخة في 8 أوت 1967.

5- المرسوم الرئاسي 11-434 المؤرخ في 16 محرم 1433، الموافق ل 11 ديسمبر 2011 ، يتضمن التصديق على إتفاق تنظيم الخدمات الجوية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و حكومة دولة الكويت ، الذي وقع في الكويت بتاريخ 2 يونيو 2010. ج ر عدد 71، المؤرخة في 28 ديسمبر 2011.

ج- القوانين

1- القانون رقم 91-02 المؤرخ في 27 ابريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، ج ر عدد 21 المؤرخة في 8 مايو 1991.

2- القانون رقم 86-14 مؤرخ في 19 أوت 1986، المتضمن أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر عدد 35 المؤرخة في 27 أوت 1986.

3- القانون رقم 02-01 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق ل 5 فبراير 2002 ، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08 المؤرخة في 06 فبراير 2002.

4- القانون 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 ، يتعلق بالبيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003 .

5- 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.

6- القانون 08_09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

7- القانون رقم 09-16 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق ل 3 اوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 المؤرخة في 3 اوت 2016.

د- الأوامر الرئاسية

1- الأمر 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47 المؤرخة في 09 يونيو 1966.

2- الأمر رقم 71-22 مؤرخ في 12 أبريل 1971 والمتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، ج ر عدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1971.

3- الأمر 58-75 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، <http://www.joradp.dz/TRV/ACivil.pdf>

4- الأمر 59-75 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم، <http://www.joradp.dz/TRV/ACom.pdf> .

5- الأمر 96-27 ، المؤرخ في 09/12/1996، المعدل للأمر 59-75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون التجاري ، ج ر عدد 77، المؤرخة في 11/12/1996.

6- الأمر رقم 01 _ 03 مؤرخ في 20 اوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر 47 مؤرخة في 22 أوت 2001.

7- الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض.

هـ- المراسيم التشريعية، الرئاسية و التنفيذية

1- المرسوم التشريعي رقم 93_09 المؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 افريل 1993، يعدل و يتم الأمر رقم 66_154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 المؤرخة في 5 ذي القعدة 1413.

2- المرسوم الرئاسي 12-23 ، المؤرخ في 18 يناير 2012 المعدل و المتمم للمرسوم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 04 المؤرخة في 26 يناير 2012.

3- المرسوم الرئاسي رقم 15-05 المؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 11 يناير سنة 2015، يتضمن الموافقة على عقد البحث عن المحروقات و استغلالها في المساحة المسماة " بوغزول" (الكتل: 104 د و 117 و 133 ج و 135 ب و 137 ب) المبرم بمدينة الجزائر في 29 أكتوبر سنة 2014، بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) و الشركة الوطنية سونطراك شركة ذات أسهم، و شركتي " ريبصول اكسلوراثيون ارخليا س.أ" و "شال اكبلوريشن نيو فاننتورس وان ج م ب ح"، ج ر عدد 02، المؤرخة في 4 ربيع الثاني عام 1436 هـ الموافق ل 25 يناير 2015.

4- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

5- المرسوم التنفيذي رقم 96-269 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1417 الموافق ل 3 غشت سنة 1996 ، يتضمن الموافقة على الملحق رقم 2 بالعقد المؤرخ في 25 مايو سنة 1992 للبحث عن المحروقات و استغلالها في المساحة المسماة "غورد_ يعقوب" (الكتلة : 406أ) المبرم بمدينة الجزائر في 13 ديسمبر سنة 1995 بين المؤسسة الوطنية " سونطراك" من جهة، الشركة "لاكومبانيا اسبانيولا دي بيروليوس س.أ(سيبسا) " من جهة أخرى، ج ر عدد 48 ، المؤرخة في 29 ربيع الأول عام 1417 هـ.

6- المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 5 شوال عام 1422 الموافق ل 20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات و دعمها و متابعتها و شركة اوراسكوم تيلكوم الجزائر، ج ر عدد 80 المؤرخة في 11 شوال عام 1422 الموافق ل 26 ديسمبر سنة 2001.

7- المرسوم التنفيذي رقم 08-01 المؤرخ في 24 ذي الحجة 1428 الموافق ل 2 يناير 2008 ، يحدد قائمة النشاطات التي يمكن تدعيمها و كفاءات تنفيذ عملية دمج النتائج و تطبيق النسبة المخفضة للضريبة التكميلية على الناتج ، ج ر عدد 1 المؤرخة في 6 يناير 2008 ، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 15-282 المؤرخ في 3 نوفمبر 2015 ، ج ر عدد 59 المؤرخة في 8 نوفمبر 2015.

8- المرسوم التنفيذي رقم 08_54 المؤرخ في 2 صفر 1429 الموافق ل 9 فبراير 2008 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب و نظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 08 المؤرخة في 13 فبراير 2008.

9- المرسوم التنفيذي رقم 15_305 مؤرخ في 24 صفر 1437 الموافق ل 6 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط و الإتفاقية النموذجيين المطبقين في منح حق الإمتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر عدد 66 المؤرخة في 9 ديسمبر 2015.

ثانيا: المؤلفات القانونية

أ- الكتب

- 1- أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2009.
- 2- أشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.

- 3- الطيب زروتي : اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2، دار هومة الجزائر، 2016.
- 4- إلياس ناصيف: عقد ال BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
- 5- بشار محمد الأسعد: الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009.
- 6- حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 7- حفيظة السيد حداد : مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996.
- 8- رضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية الطبعة ، لبنان، 1989.
- 9- صبرينة جبايلي : إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مركز الدراسات العربية، ط1، مصر، 2016.
- 10- عبد الرزاق المرتضي سليمان: الأشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة ، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ليبيا، 2010.
- 11- عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.
- 12- عصام أحمد البهجي: عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- 13- علاء محي الدين مصطفى ابو حامد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2008.
- 14- علي احمد صالح: المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012.

15- عليوش قربوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2005.

16- عمر سعد الله: قانون التجارة الدولية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.

17- عيبوط محند وعلي: الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011 .

18- قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية ، ط2 ، دار هومة ، 2006 ، ص260.

19 - محمد علي جواد: العقود الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن ، 2010.

20- محمودي مسعود: أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006 .

21- مي محمد عزت على شرباش: النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، مصر 2010.

22- ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري: شرط إعادة التفاوض في عقود التجارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016.

23- هاني محمود حمزة: النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

24- هشام خالد: ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر، 2007.

ب- الأطروحات و المذكرات

1- الطيب زروتي: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، أطروحة دكتوراه الدولة جامعة الجزائر، 1990_1991.

2- أمينة مخلفي: أثر تطور أنظمة إستغلال النفط على الصادرات، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإقتصادية، جامعة ورقلة، 2013.

- 3- **خالد شويرب**: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، 2008_2009 .
- 4- **عبد الله كعباش**: مسؤولية الدولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 ، 2012_2013.
- 5- **عبد المالك باسود**: حماية الإستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر القايد تلمسان، 2014_2015.
- 6- **فاطيمة عاشور**: العقد الدولي للنفط ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2010_2011.
- 7- **محمد عبد الكريم عدلي**: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان ، 2010.
- 8- **نورة حسين**: الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.
- 9- **سعيدة علي شريف**: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2013_2014.
- 10- **صهيب صبوع**: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2012_2013.
- 11- **عمر علة** : حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني و القانون الدولي " دراسة مقارنة" ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2008.
- 12- **وليد لعماري**: الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ، 2010_2011.

13- وهيبة امزيان: نزع الملكية بين الشرعية و المشروعية و حقوق الغير في التشريع الجزائري و القانون الدولي، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة بومرداس، 2009.

14- يمينة حسيني: تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011.

د- المقالات العلمية

1- اسكندر احمد : التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، الجزء 37، العدد 4، 1999.

2- الجيلالي عجة: الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد و القرض، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير جامعة قسنطينة ، العدد 4، ب ت.

3- الطيب زروتي: مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، الجزء 36 رقم 3، 1998.

4- العياشي عنصر: الدولة وعلاقات العمل في إقتصاد السوق : مثال بريطانيا العظمى ، مجلة إنسانيات الإلكترونية ،

<http://insaniyat.revues.org.www.snd11.arn.dz/11722>، اطلع عليها يوم

. 2015/02/07

5- الياس عجابي: النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، العدد 03، 2010.

6- احمد توفيق بسعي: أطراف التجارة الدولية عن بعض التطورات في مركزها القانوني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01 ، جامعة الجزائر، 2008.

- 7- **بعلوج بولعيد:** معوقات الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير جامعة قسنطينة، العدد 4 ، ب ت.
- 8- **بن سهلة ثاني بن علي، نعيمة فوزي:** تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مجلة إدارة، الصادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 17، العدد 2، 2007.
- 9- **تعوليت كريم:** الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة بجاية، العدد 01، 2010.
- 10- **جورج حزبون:** رضوان عبيدات، الوضع القانوني للشركات متعددة الجنسيات بالمقارنة مع الشركات ذات الجنسية الواحدة في ضوء قواعد التنازع وقانون الشركات الأردني ، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33 ، العدد 1 ، كلية الحقوق بالجامعة الأردنية، 2006.
- 11- **حرية يسعد:** التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01 ، الجزائر، 2010 .
- 12- **حسن طالبي:** خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2008.
- 13- **حميد بن علي:** إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 3، جامعة الجزائر، سنة 2009.
- 14- **سعيدي وصاف و محمد قويدري :** واقع مناخ الإستثمار في الجزائر، بين الحوافز و العوائق، مجلة العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، عدد 08، جامعة ورقلة، 2008.
- 15- **سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز:** سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، مجلد 12، عدد 1، 2016.

16- **سوهيلة فوناس**: عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، مجلد 10 ، العدد 02 جامعة بجاية، 2014.

17- **شريفة جعدي، محمد الخطيب نمر، محمد بركة**: أثر استثمار الشركات المتعددة الجنسيات على التنمية المحلية في الجنوب الشرقي الجزائري خلال الفترة 2006-2012، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، عدد 01، جامعة الجزائر، 2014.

18- **شهرزاد زغيب**: الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر واقع وآفاق، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 8 جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2005.

19- **عبد العزيز خنفوسي**: القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة ، دفاثر السياسة و القانون، العدد 12، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ورقلة، 2015 .

20- **عبد العزيز قادري**: دراسة في العقود بين و رعايا دول أخرى في مجال الإستثمارات الدولية "عقد الدولة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 7، العدد 1، الجزائر، 1997.

21- **عبد القادر محفوظ** : وجود سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة بين الفقه و التشريع و القضاء في الجزائر و فرنسا و مصر، مجلة الفقه و القانون، عدد 28 فبراير 2015 ، مجلة إلكترونية www.majalah.new.ma .

22- **عبد الله السوفاني**: الرقابة القضائية على هيئة التحكيم دراسة نظرية وفقا لقانون التحكيم الأردن، مجلة المنارة ، المجلد 20، العدد 3، الأردن، 2014.

23- **عصام بن الشيخ**: قرار تأميم النفط الجزائري 24 فيفري 1971، دفاثر السياسة و القانون ، عدد 06، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ورقلة، ، 2012.

24- **غسان عبيد محمد المعموري**: شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 01، العدد 2، 2009.

25- محمد البشير وحمّان: العقود الإدارية الدولية، موقع العلوم القانونية، مجلة الكترونية صادرة عن كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية سلا ، جامعة محمد الخامس السويسي، المغرب، 2012.

26- محمد عبد الكريم عدلي : خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، العدد 04، جامعة الجزائر ، 2010.

27- نور الدين بوالصالح : التسوية التحكيمية في كل من نظام الاوكسيد ونظام اليونسترال دراسة مقارنة ، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، العدد 10 ، جامعة سكيكدة، 2015.

هـ - الملتقيات العلمية

1- سعاد مالح: المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يوم 18-19 نوفمبر 2015.

2- سميحة حنان خوادجية: تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، يومي 18 - 19 نوفمبر 2015.

3- عبد الحميد الأحذب: إجراءات التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، الإمارات،

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/abed%20hamid%20alahdab.pdf>

4- عبد الناصر بلميهوب: دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري عن المغالاة في تقييد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بعد تعديل المادة 18 من التقنين المدني، الملتقى وطني حول تنظيم

العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، كلية الحقوق و العلوم السياسة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 - 22 أبريل 2010.

5- **لافي محمد درادكه:** أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية و مخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية و الاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، يومي 25-26-27 أبريل 2011.

6- **محمد منير حساني:** اعتماد الجزائر القانون الاتفاقي الاستثماري لتشجيع الاستثمار، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسة جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يوم 18- 19 نوفمبر 2015.

7- **محمود فياض:** دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي 21 حول الطاقة بين القانون و الإقتصاد ، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 20-21 ماي 2013.

8- **نعيمة أكلي:** الإطار القانوني الناظم للقطاع عقود الشراكة البحث و/أو الاستغلال والامتياز نموذجا، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، يومي 18-19 نوفمبر 2015.

9- **يوسف مسعودي :** القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18-19 نوفمبر 2015.

و- الوثائق

1- **الجريدة الرسمية:** عدد 07، المؤرخة في 28 يناير 2007.

2- قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1985 و المعدل سنة 2010، الأمم المتحدة، فيينا ، 2008.

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/0786996_Ebook.pdf

3- سلسلة دراسات الأونكتاد: العقود الحكومية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، الأمم المتحدة، نيويورك و جنيف، 2004.

4- نذير بن محمد الطيب أوهاب: عقد الامتياز دراسة تأصيلية للعقود النفطية، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية في الرياض.

<http://elibrary.medi.u.edu.my/books/MAL06747.pdf>

II. باللغة الأجنبية

A. Constitution

1- la constitution du 04 octobre 1958 , version consolidée au 26 septembre 2015
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>.

B. Législations

a. Ordonnances

1- Ordonnance n° 2004_559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF , 19 juin 2004, texte 2/118 .

2- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

b. Décrets

1- Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 Instituant un nouveau code de procédure civile, JORF du 9 décembre 1975 page 12521.

2- Décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile.

3- Décret législatif no 93-09 modifiant et complétant l'ordonnance no 66-154 du 8 juin 1966 portant le code de procédure civile, J.O.R.A, no 27 du 27 avril 1992.

4- Décret n°2006-975 du 1 août 2006 portant code des marchés publics version consolidée au 14 avril 2015.

5- Décret n° 2014-758 du 2 juillet 2014 relatif aux zones d'aide à finalité régionale et aux zones d'aide à l'investissement des petites et moyennes entreprises pour la période 2014-2020.

6- Décret no 2015-319 du 20 mars 2015 approuvant la convention passée entre l'Etat et la société d'exploitation de l'aérodrome de Toulon-Hyères SAS pour la concession de l'aérodrome de Hyères-Le Palyvestre et le cahier des charges annexé à cette convention.

c. Arrêtés

1- Arrêté du 30 décembre 2009 portant désignation des personnes n'appartenant pas à l'administration centrale de la gendarmerie nationale et délégués en matière de marchés publics et d'accords-cadres

d. Codes

1- Code de justice administrative Dernière modification du texte le 22 mars 2015 - Document généré le 23 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance.

2- Code des procédures civile français , dernière modification du texte le 01/10/ 2015.

3- Code de civil français, Dernière modification du texte le 22 mars 2015 Document généré le 24 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance.

4- Code de l'énergie Dernière modification du texte le 01 janvier 2015 - Document généré le 24 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance.

C. OUVRAGES

1- CHATILLON Stéphane: le contrat international, Vuibert, 3 édition , Paris, 2007.

2- FAUCHARD Philippe , GAILLARD Emmanuel , GOLDMAN Berthold : Traité de l'arbitrage commercial international , édition Litec , Paris , 1996.

3- **LAAZOUZI Malik** : Les contrats administratifs à caractère international, Economica, France , 2008.

4- **LOQUIN Eric** : L'arbitrage du commerce international, Joly édition, France 2015.

5- **MEDJAD Karim** : Droit international des affaires, Nathan université, Paris , 2008.

6- **MOUHOUBI Salah** : La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives, O.P.U, Alger , 1986.

7- **TARKI Noureddine** : L'arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U, Alger 1999.

8- **TRARI TANI Mostafa** : droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, 1^{ère} édition, Alger,2007.

D. Thèses

1- **ELBEHERRY Ibrahim** : Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat, Université Nice Sophia Antipolis, 2004.

2- **HOCINE Farida** : Influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse de doctorat, université Mouloud Mammeri Tizi ousou, Algérie ,2012.

3- **TAFOTIE YOUMSI Nimrod Roger**: Build , Operate ,and Transfer (BOT) Projects « Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics » ,thèse de doctorat, université du Luxembourg , 2012.

E. Articles

1- **AF M Maniruzzaman**: state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies, Ejl oxford journals, vol12, n 2. [org.www.snd11.arn.dz/content/12/2/309.full.pdf](http://www.snd11.arn.dz/content/12/2/309.full.pdf); Accessed 07-03-2015.

2- **AKROUN Yacoute** : L'arbitrage commercial international en Algérie, RASJEP, volume XXXIV N°4, université d'Alger, 2000.

- 3- **ANCEL Marie Elodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik** : Droit des contrats internationaux, Dalloz, Paris, 2017.
- 4- **AUDIT Mathias, BOLLEE Sylvain , CALLE Pierre** : droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ , France, 2014.
- 5- **BELKHERROUBI Abdelmadjid** : l'arbitrage commerciale en droit algérien, RASJEP , volume XXXXVI , n 03, université d'Alger , 1986.
- 6- **BENOIT le Bars , DALMASSO Joseph** : Arbitrage commercial international « les grands arrêts du droit français, bibliothèque Sainte Genévrière, paris ,2016.
- 7- **BENTOUMI Mohammed** : notes sur les mutations récentes du droit de l'investissement étranger, RASJEP, n1, université d'Alger, 2010.
- 8- **BRACONNIER Stéphane** : Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI, paris , 2010.
- 9- **CASSIA Paul** : Les sentences arbitrales internationales , une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises, AJDA , France, 2017.
- 10- **COVEY T. Oliver** : Standardization of Choice-of-Law Rules for International Contracts, Should there be a New Beginning?,The American Journal of International Law, Vol. 53, No. 2 , 1959, <http://www.jstor.org/stable/2195811>.
- 11- **DELAUNAY Benoit** : Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international le contrôle du juge administratif, RFDA, Dalloz, Paris , 2007.
- 12- **GAUDEMET Yves** : Les personnes publiques et l'arbitrage international, Recueil Dalloz, Paris , 2011.
- 13- **GAZIER Anne**: les personnes morales de droit public (les personnes publiques) , institutions administratives France , 2007.

14- **GHESTIN Jacques** : Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'économie industrielle, Vol 92, 2e et 3eme trimestres, 2000, p 83.

15- **IRSANE SEMAAN Samira** : Partenariats public-privé (PPP)- expériences nationales des PPP France, conférence Européenne des Directeurs des Routes.
[http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Parteneriat_s_public-privé_\(PPP\).pdf](http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Parteneriat_s_public-privé_(PPP).pdf)

16- **LEMAIRE Sophie** : Les contrats internationaux de l'administration, LGDJ , paris 2005.

17- **TRARI TANI Mostefa** : clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume XXXVII, n 4, université d'Alger, 1999.

F. Etudes

1- DENIS Philippe : les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, après midi d'étude relative aux contrats internationaux, université de Louvain, le 27 janvier 2009.

G. Jurisprudence

1- CONSEIL D'ETAT : CE n° 70188, publié au recueil Lebon , 24 avril 1968 .
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&iDTexte=CETATEXT000007638731&fastReqId=951087860&fastPos=7>.

2- CONSEIL D'ETAT: Syndicat intercommunal des transport publics de la région de Douai , 15 juin 1994 . <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>.

3- CONSEIL D'ETAT: préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1990, SMITON, 15 avril 1996 . <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm> .

4- CONSEIL D'ETAT: Epoux Lasaulce, 22 mars 2000 .
<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>.

5- CONSEIL D'ETAT: CE N° 262964 du 30 mars 2005

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008160569&fastReqId=2077247097&fastPos=1>.

H. Documents

1- BOSCHER Serge : Doing business in France , agence française pour les investissements internationaux, Éditorial du directeur général, janvier 2014, http://sayoutofrance-innovation.com/wp-content/uploads/2014/10/Doing-Business_version-FR_2014.pdf.

2- CHAPITRE II –B du déclarations gouvernementales : Relative a l'Algérie, le 19 mars 1962 , J.O.R.F, n 67, du mardi 20 mars 1962.

3- CONFERENCE des nations unies : Le commerce et le développement, contrats d'Etat, collection de la CNUCED sur la question des accords internationaux d'investissement, Nations Unies, New York et Genève 2004.

4- CONTRAT Guide Partenaire étranger : La Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures, société par actions, par abréviation « SONATRACH », Dossier Type d'Appel d'Offres pour marchés de Fournitures et leurs Services liés.

5- CONVENTION d'investissement : entre l'agence nationale de développement de l'investissement, par abréviation "A.N.D.I." et Hamma Water Desalination SPA, par abréviation HWD SPA, J.O.R.A , n 07, du 28 janvier 2007.

6- L'ARBITRAGE et les rapports pétroliers Algéro-Français : Document, RASJEP, volume VI N° 1 , Algerie, mars 1969.

7- MANUEL d'application du Code des Marchés Publics :
<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>.

8- NOTE sur les entreprises multinationales établies dans le canton de Genève : Service centrale de statistique Genève,

http://www.ge.ch/statistique/tel/publications/1984/hors_collection/ocstat/hc-ocstat-1984-01.pdf

9- Quelles sont les exonérations dans les zones de restructuration de la défense ?: Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31177> .

10- TRAITE de Versailles 1919 : librairie militaire berger levrault, Nancy, Paris , Strasbourg, 1919 , <http://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>.

11- TYPOLOGIE des PPP : Comparaison juridique et terminologique dans les conceptions française et Anglo- saxonne, Version du 06-05-2013, http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/glossaire_fr_en.pdf.

III. المواقع الإلكترونية

1- موقع الجريدة الرسمية الجزائرية :

<http://www.joradp.dz>

2- موقع الجريدة الرسمية الفرنسية:

<http://www.journal-officiel.gouv.fr>

3- الموقع الرسمي للشركة الوطنية سونطراك:

<http://www.sonatrach.com/ar/sonatrach-en-bref.html>.

4- الوكالة الوطنية للإستثمار:

<http://www.andi.dz/index.php/ar>

5- Impôts de gouvernement français :

http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/popup;jsessionid=UTEXO3YU0NQCNOFIEIPSFFQ?espId=1&typePage=cpr02&docOid=documentstandard_5749 .

6- L'institut national des statistiques et des études économiques français :

<http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/zone-franche-urbaine.htm> .

7- OSEO : Agence française de l'innovation /Banque Publique d'Investissement, www.oseo.fr.

فهرس المحتويات

2	مقدمة
10	الباب الأول: الضوابط الموضوعية للتعاقد " بعث للتوازن و إرساء لمبدأ الإرادة "
11	الفصل الأول: بعث مبدأ التوازن في العلاقة التعاقدية
12	المبحث الأول: الطبيعة القانونية المزدوجة للعقود الإدارية الدولية
13	المطلب الأول: المعايير النظرية المحددة للطبيعة المزدوجة للعقد
13	الفرع الأول: التأثير السلبي للصفة الإدارية على توازن العلاقة التعاقدية
13	أولاً: المعيار العضوي
17	ثانياً: المعيار الموضوعي
21	الفرع الثاني: التأثير النسبي للصفة الدولية على توازن العلاقة التعاقدية
21	أولاً: المعيار القانوني
24	ثانياً: المعيار الإقتصادي
28	المطلب الثاني: الضبط النصي لمراكز الأطراف
28	الفرع الأول: مركز الأشخاص المعنوية العامة عند التعاقد
29	أولاً: علاقة الدولة بالعقد الإداري الدولي
35	ثانياً: مركز الدولة في القانون الفرنسي
38	الفرع الثاني : ضبط المركز القانوني للأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة
38	أولاً: الشخص الطبيعي الأجنبي طرف نادر في العقد
40	ثانياً: الشخص المعنوي الخاص طرف في العقد
48	المبحث الثاني: تدارك اختلال التوازن من خلال الإمتيازات التشريعية
48	المطلب الأول: التحفيز المالي ضمان، و إمتياز
49	الفرع الأول: المزايا المالية العامة
50	أولاً: الأدوات الضريبية
50	أ: العدالة في المعاملة الضريبية
52	ب: نظام التخفيض، الخصم و الإعفاء الضريبي
59	ثانياً: تحويل مكاسب رأس المال
62	الفرع الثاني: المزايا الإستثنائية
62	أولاً: الحوافز المالية وفقاً للمناطق المتعثرة

68	ثانيا: المزايا الإستثنائية وفقا لأهمية المشاريع الإستثمارية للدولة المتعاقدة
68	أ: إكتساب المزايا عن طريق التفاوض بين المستثمر و الدولة
72	ب: نظام دعم شامل في النظام الفرنسي
73	المطلب الثاني: الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي
74	الفرع الأول: قيود حماية الملكية
80	الفرع الثاني: الضمانة الدولية عامل استقرار للملكية
84	الفصل الثاني: إرساء بنود العقد لمبدأ الإرادة و الأمن القانوني
85	المبحث الأول: دور التفاوض في إرساء مبدأ الإرادة
86	المطلب الأول: التفاوض وفقا لقانون الصفقات العمومية
86	الفرع الأول: التفاوض عند المسابقة
89	الفرع الثاني: التفاوض عند التراضي
90	المطلب الثاني: تثبيت القواعد العامة عند التفاوض في عقود الإمتياز و التفويض
91	الفرع الأول: عقود تفويضات المرفق العام
92	أولا: التأصيل القانوني لعقود تفويض المرافق العامة
97	ثانيا: التنظيم المستحدث لعقود تفويضات المرفق العام
97	أ: المقصود بالتعاقد بأسلوب البوت
103	ب: الإطار القانوني للتفاوض بأسلوب البوت
109	الفرع الثاني: عقود الإمتياز النفطية
109	أولا: المرجعية القانونية لعقد الإمتياز البترولي
109	أ: الوصاية الفرنسية على النفط الجزائري
112	ب: المرحلة الانتقالية في عقود المحروقات
113	ثانيا: التفاوض في عقود الإمتياز النفطية آلية لتفسير العقد
115	المبحث الثاني: دور الشروط التعاقدية في تطور الضمانات القانونية وتوفير الأمن قانوني
116	المطلب الأول: إرادة الدولة عند التعاقد
116	الفرع الأول: الشروط الإدارية في العقد
116	أولا: إمتياز تحديد القانون الواجب التطبيق
117	ثانيا: نسبية سلطة التعديل أو الفسخ الانفرادي للعقد
118	الفرع الثاني: الشكلية الإجرائية لسيادة الدولة
119	المطلب الثاني: إرادة المستثمر الأجنبي عند التعاقد

120.....	الفرع الأول: شروط المظلة.....
120.....	أولاً: قانون العقد.....
120.....	أ: موقف القانون الداخلي من طبيعة قانون الإرادة.....
124.....	ب: موقف التطبيق الدولي من طبيعة قانون الإرادة.....
128.....	ثانياً: إختلاف في تصنيف شرط الثبات التشريعي.....
128.....	أ: مصادر الثبات القانونية.....
129.....	ب: الثبات التشريعي بين التجميد الكلي و الجزئي.....
131.....	الفرع الثاني: دور شرط إعادة التفاوض في معالجة إختلال التوازن الإقتصادي.....
131.....	أولاً: التسوية الودية للنزاع.....
134.....	ثانياً: تسوية إختلال التوازن الإقتصادي في العقد.....
140	خاتمة الباب الأول
144	الباب الثاني: الضوابط الإجرائية للفصل في المنازعات" تكامل وظيفي و إرساء لعدالة قضائية"
145	الفصل الأول: المحكم الدولي كقاضي أصلي في النزاع
146	المبحث الأول: أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم الدولي
146.....	المطلب الأول: مرحلة حظر التحكيم في العقود الإدارية الدولية
147.....	الفرع الأول: حظر التحكيم في النظام القانوني الجزائري.....
147.....	أولاً: التأثير السلبي للعامل التاريخي.....
150.....	ثانياً : التأثير الإيجابي للعامل الاقتصادي.....
152.....	الفرع الثاني: مرحلة حظر التحكيم في النظام القانوني الفرنسي
152.....	أولاً: انشقاق الاجتهاد القضائي حول الاعتراف بأهلية الخضوع للتحكيم
154.....	ثانياً: تعزيز قاعدة مادية للاعتراف بأهلية الدولة للتحكيم في علاقاتها الدولية.....
155.....	المطلب الثاني: تثبيت أهلية الأشخاص العامة في القانون الجزائري.....
155.....	الفرع الأول: أهلية الدولة وفقاً لإتفاقية واشنطن.....
156.....	أولاً : أهلية الدولة وفقاً لإتفاقية واشنطن
157.....	ثانياً: إمتداد أهلية الخضوع للتحكيم لأشخاص القانون العام الأخرى
158.....	الفرع الثاني: أهلية الأشخاص المعنوية العامة استناداً لأحكام القانون الوطني
159.....	أولاً: إزدواجية الأحكام المنظمة لأهلية الأشخاص المعنوية العامة.....
166.....	ثانياً: مفاعيل أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم
166.....	أ: إشكالية تواجد الأشخاص المعنوية العامة في إتفاقية التحكيم

169.....	ب: مسؤولية الدولة عن أعمال الأشخاص التابعة أمام هيئة التحكيم الدولية
172	المبحث الثاني: المجال الممدود لإتفاقية التحكيم في العقود الإدارية الدولية
172.....	المطلب الأول: الضوابط الشكلية لإتفاق التحكيم
172.....	الفرع الأول: اتفاق التحكيم و مدى استقلاليته
173.....	أولاً: التمييز بين شرط و مشاركة التحكيم
175.....	ثانياً: إستقلال شرط التحكيم
177.....	الفرع الثاني: المفاضلة بين التحكيم الخاص و التحكيم المؤسسي
180.....	المطلب الثاني: ازدواجية القانون الواجب التطبيق عند النظر في النزاع
180.....	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
183.....	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
183.....	أولاً: صب موضوع النزاع في قانون إرادة الأطراف
186.....	ثانياً: موضوع النزاع بدون قانون
189	الفصل الثاني: القاضي الوطني من الدور المساند إلى المراقب للخصومة التحكيمية الدولية
190	المبحث الأول: الدور المساند للقاضي الوطني
190.....	المطلب الأول: المساندة في تشكيل هيئة التحكيم الدولية
191.....	الفرع الأول: تعيين رئيس المحكمة التحكيمية
192.....	الفرع الثاني: ضمان حسن سير إجراءات الخصومة التحكيمية
192.....	أولاً: الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية
194.....	ثانياً: المساندة من خلال تقديم الأدلة
195.....	المطلب الثاني: حظر دور القاضي وفقاً لمبدأ الإختصاص بالإختصاص
196.....	الفرع الأول: مضمون مبدأ الإختصاص بالإختصاص
198.....	الفرع الثاني: تكييف اثر اختصاص المحكم في النظر في النزاع
202	المبحث الثاني: الدور الرقابي للقاضي الوطني
203.....	المطلب الأول: إقرار الإختصاص للقاضي الإداري
203.....	الفرع الأول: مبررات إختصاص القاضي الإداري
205.....	الفرع الثاني: آليات النظر في الحكم التحكيمي من قبل القاضي الإداري
206.....	أولاً: مهر الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية
214.....	ثانياً: طرق الطعن ضد أحكام التحكيم الدولي
214.....	أ: الطعن بالإستئناف

216.....	ب: دعوى البطلان.....
218.....	المطلب الثاني: رقابة مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي.....
222	خاتمة الباب الثاني
224	خاتمة
229	قائمة المراجع