جامعـة قاصـدي مربـاح ورقلـة

كليـة الحقوق و العلوم السياسية

قســم الحقوق

مذكـرة مقدمة ضمن استكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

فـــي الحقوق.

التخصص: قانون اداري

من إعداد الطالبة: خلفاوي كريمة

بعنـــوان

أهلية الاشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم

نوقشت و اجيزت بتاريخ : 2017/05/22

أمام اللجنة المكونة من السادة الاعضاء:

د.مجوج انتصار	أستاذ محاضر " ب "	رئيسا
د.لعجال يسمينة	أستاذ محاضر " أ "	مشرفا
د.قدة حبـيبة	أستاذ مساعد " أ "	مناقشا

السنة الجامعية: 2017 / 2016

الاهداء

الى روح ابي اسكنه الله فسيح جناته.

الى من ساندتني بالدعاء امي حفظها الله وأطال عمرها.

الى من وقف بجانبي دائما وكان سندي الدائم الى زوجي.

الى من تحملوا مشقة اهمالي لهم اثناء فترة دراستي الى ابنائي:

هبة الرحمان ،الياس،اخلاص،ندى الريحان،محمد عبد القدوس.

الى اخوتي ادريس و ياسين و زوجاتهم و ابناءهم.

الى اخواتي فايزة و سامية و زوجها و ابناءها.

الى صديقتي و اختي التي دعمتني بالدعاء عائدة خلفاوي.

الى عائلتي الثانية التي اكن لها كل الاحترام و التقدير والدا زوجي وعائلته.

الى كل زملائي وزميلاتي دفعة قانون اداري .الى كل زملائي في العمل.

الى كل اساتذتي على مدى المسار الدراسي .

الى كل من هم في ذاكرتنا و لم تسعهم مذكرتنا الى كل هؤلاء اهدي ثمرة عملي

كريمة

شكر وتقدير

الحمد لله الذي انار دربي و يسر لي السبيل لاتمام هذا العمل المتواضع.

اتوجه بخالص شكري و تقديري الى الاستاذة يسمينة لعجال على تكرمها بالاشراف على بحثي هذا ، و تقديمها للنصح و التوجيه و الارشاد.

كما اتوجه بالشكر و التقدير لاعضاء لجنة المناقشة لتكرمهم على قبول مناقشة هذه المذكرة ، لهم مني عظيم شكري و امتناني

كما لا يفوتني ان اتوجه بشكري لكل من ساعدني من قريب او بعيد على اعداد هذه الرسالة.

كريمة

مقدمة

مـقدمـــــة :

نتيجة للتطورات التي طرأت على النظام الاقتصادي العالمي وانتقاله من نظام الاقتصاد الموجه الى نظام الاقتصاد الحر وكذا ظهور منظمة التجارة العالمية،كان لابد من انتهاج استراتجيات جديدة بما يلائم هذه التغيرات،ونجد من ابرز هذه الاستراتجيات تحول الدور الاقتصادي للدولة و مؤسساتها–بعد الدور المهيمن وذلك بالحد من هذا الدور و اعطاء فرصة اكبر للقطاع الخاص في النشاط الاقتصادي،وهذا ما سعت اليه الدولة الجزائرية في نهاية ثمانينات القرن الماضي،إذ حاولت مثلها مثل معظم الدول النامية جذب الاستثمار و تشجيعه،وذلك من خلال تحرير التجارة الخارجية ،و إلغاء القيود و تشجيع القطاع الخاص وكذا سن التشريعات المنظمة للاستثمار و غيرها من الاجراءات التي تهدف الى تشجيع الاستثمار.

وقد حرصت الدول النامية وعلى اثر اصدارها لقوانين تنظيم الاستثمار، الى تضمين هذه القوانين بمجموعة من الضمانات و الحوافز المشجعة لجذب المستثمرين ،وذلك لتوفير المناخ المناسب للاستثمار بعيدا عن المخاطر،لعل من ابرز الضمانات التي وضعتها الدول في هذا المجال شرط التحكيم،حيث يعد التحكيم وسيلة فعالة لحسم منازعات الاستثمار لما يتميز به من مزايا عديدة كضمان السرية و سرعة البث و الفصل في النزاع مقارنة بالقضاء .

الى جانب هذا كله فإن للتحكيم دور مهم يتمثل في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار،إذ يعد هذا الاخير من العناصر الهامة في هذه العقود لكونها تتأثر بفعل التغير في ظروف ابرام العقد ، مما يعرض التوازن للانهيار، ومن هنا تبرز اهمية ادراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود، لقدرته على اعادة التوازن الاقتصادي و استقرار العقود ، وذلك بتحقيق التوازن بين حقوق المستثمر وبين متطلبات التنمية الاقتصادية لدولة ما.

و لكن رغم المزايا التي يتميز بها نظام التحكيم في عقود الدولة إلا انه لاقى اعتراض من قبل الفقه و بعض التشريعات خاصة منها اللاتينية إلا ان التطورات الاقتصادية الحديثة ادت الى الاهتمام بالتحكيم على الصعيد الدولي مما ادى الى ابرام اتفاقيات دولية عديدة منظمة لكافة جوانب التحكيم مثل اتفاقية واشنطن 1965 و اتفاقية نيويورك 1958 .

و الجزائر كغيرها من الدول في بداية الاستقلال لجأت إلى حظر نظام التحكيم إلا أنها عدلت فيما بعد عن هذا الموقف و اصدرت قوانين تجيز اللجوء الى التحكيم بداية بالمرسوم 93–09 وصولا الى قانون 08–09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية إضافة الى قانوني ترقية الاستثمار و كذا قانون الصفقات .

والهدف الأساسي من هذه الدراسة هو ا زالة الغموض الذي يشوب مسألة أهلية اشخاص القانون العام للخضوع لابرام اتفاق التحكيم و التي تجعلها تتعارض في بعض الاحيان ببعض الاحكام التحكيمية التي تصدر ضد الدولة الجزائرية.

من ابرز الاسباب التي ادت الى البحث في اهلية الاشخاص المعنوية العامة للخضوع التحكيم :

- مواكبة الاحداث الدولية الاقتصادية و القانونية.
- إثراء المكتبة القانونية بمرجع جديد في هذا المجال

و رغم وفرة المراجع في مجال التحكيم إلا أنها كانت بشكل عام لدى فإن من اكثر الصعوبات التي واجهت البحث المراجع القانونية النادرة حول التحكيم في المنازعات الادارية الخاصة منها الجزائرية تكاد تكون معدومة اضافة الى الاحكام التحكيمية الوطنية النادرة .

و لقد تم الرجوع الى عدة مراجع لها صلة بالتحكيم في المجال الاداري بصفة عامة نذكر اهمها :

1. أهلية الاشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم فرضيات و اشكالات التطبيق للدكتورة لعجال يسمينة والطالبة دوفان ليدية ، بحث مقدم في مجلة الواحات للبحوث و الدراسات المجلد 9 العدد 2 جامعة غرداية 2016 حيث قسمت الباحثتين الدراسة الى مبحثين اثنين تناول المبحث الاول القابلية الشخصية للتحكيم وتم التطرق فيه الى عدم استقرار القابلية الشخصية في الخضوع للتحكيم وذلك لاسباب تاريخية واسباب اقتصادية ، وكذا البعد القانوني للقابلية الشخصية للتحكيم ، اما المبحث الثاني ، فتناول القابلية الموضوعية للتحكيم و تم التطرق فيه الى الضوابط الموضوعية لابرام شرط التحكيم ، و يعتبر بحثي هذا اتمام لبحثهما.
2. التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في المؤسسات الادارية و السياسية للطالبة نويوة هدى ، جامعة منتوري قسنطينة ،قسمت الباحثة الدراسة الى فصلين ، تناولت في الفصل الاول النظام القانوني الموضوعي للتحكيم في الصفقات العمومية وتطرقت فيه الى خصوصية نظام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية،اما الفصل الثاني فتناولت الباحثة فيه النظام الاجرائي للتحكيم، و تطرقت الى اجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، والى حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية وكل ما يتعلق به من الصدور الى التنفيذ.

خص المشرع الجزائري مسألة اهلية الاشخاص القانون العام للخضوع للتحكيم بنص خاص في قانون الاجراءات المدنية والإدارية وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي:

ماهو الاطار القانوني الناظم لأهلية الاشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم واثره على قدرة هولاء الاشخاص في ابرام عقد الاستثمار؟

ويتفرع عن هذه الاشكالية التساؤلات التالية :

ما هي ضوابط تطبيق نص المادة المتعلقة بالأهلية ؟ و هل هذا النص كافيا لحماية المصلحة الوطنية امام هيئات التحكيم هل يمكن الدفع بعدم الاهلية امام القضاء الوطني؟ وهل يمكن الدفع بعدم الاهلية امام هيئات التحكيم ؟

وللإجابة على الإشكالية السابقة قمنا بدراسة تحليلية تأصيلية بحيث :

اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال استقراء و تحليل المواد القانونية و الاحكام القضائية .

كما اعتمدنا المنهج التأصيلي لمعرفة مراحل التي مرت بها مسالة الأهلية من الرفض الى الاعتراف .

و سنقوم بتقسيم البحث الى فصلين :

الفصل الأول : ضوابط خضوع الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم وقسمناه إلى مبحثين:

المبحث الاول حول الضوابط الدولية من الرفض الى الاعتراف الدولي و المبحث الثاني حول الضوابط الداخلية و احترام التوقعات .

أما الفصل الثاني : الدفع بعدم اهلية الشخص المعنوي للتحكيم وقسمناه الى ثلاث مباحث:

المبحث الأول حول المنازعة امام القضاء الوطني و المبحث الثاني حول المنازعة امام هيئات التحكيم اما المبحث الثالث حول اثار الدفع بعدم الاهلية

و أخيرا الخاتمة.

الفصل الاول

ضوابط خضوع الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم

إن خضوع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم لم يكن بالأمر السهل ، إذ كان اتخاذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بالنسبة لتلك الأجهزة أمرا محظورا باعتبارها هيئات ذات سيادة ، ولكن بمرور الوقت ، بدأت تتلاشى فكرة الحظر و تتحول من الحظر المطلق ، إلى الحظر النسبي في بعض التشريعات ، و الإباحة في التشريعات الأخرى بعد جدل و اختلاف كبير في أوساط الفقه الدولي و المقارن، وبعد مصادقة معظم الدول على الاتفاقيات التحكيمية ، و من بينها الجزائر التي قامت بإصلاحات جذرية في تشريعها بداية بتعديل قانون الإجراءات المدنية 66-154 بالمرسوم التشريعي 93- 09 وصولا إلى إصدار القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و أصبح بإمكان الدولة الجزائرية اللجوء إلى التحكيم الدولي و الداخلي.

المبحث الأول : الضوابط الدولية من الرفض إلى الاعتراف

يعد اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية من أهم الإشكالات التي واجهت الفقه الدولي ،وساهمت في انقسام الفقهاء بين مؤيد لخضوع الدولة و الهيئات التابعة لها للتحكيم، و بين الرافض له(المطلب الاول)،إلا ان الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا المجال كرست مسالة الاهلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:الفقه و الاختلاف بين المشروعية و عدم المشروعية

اختلف الفقه في شأن مدى إمكانية لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم وانقسم في ذلك إلى وجهين:اتجاه يعارض بشدة لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم مستندين في ذلك الى حجج و أسانيد عدة (الفرع الأول) في حين نجد الاتجاه الثاني كرد على الاتجاه الأول يؤيد إمكانية لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة لإبرام أتفاق التحكيم ويبني حججه وأسانيده على نقد حجج الاتجاه المعارض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الفقه المعارض للجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم.

استند أنصار الاتجاه الرافض لأهلية الأشخاص المعنوية العامة في ابرام اتفاق ا لتحكيم رفضهم على جملة من المبادئ ،كمبدأ السيادة (اولا)، و مبدأ الخروج على قواعد الاختصاص للقضاء الاداري(ثانيا)،وتعارض التحكيم مع مبد النظام العام(ثالثا).

أولا: تعارض أهلية اللجوء للتحكيم مع مبدأ السيادة:

السيادة ركن أساسي من أركان الدولة، وهو مبدأ لصيق بالدولة، [1] وهي تعني سلطة عليا مطلقة للدولة داخل إقليمها[2]،اعتبرها الفقه التقليدي مطلقة و شاملة:

« la notion de souveraineté signifie une puissance suprême globale et qui ne souffre d'aucune concurrence » [3]

في حين يميز بعض الفقه الحديث بين المجال الداخلي و المجال الدولي فيعرفها بأنها:

---

[1] Pauline mortier : **les métamorphoses de la souveraineté**, thèse de doctorat, **droit** public, Ecole doctorale Pierre Couvrat, année 2011,P5.

[2] محمود نوري حسن :**التحكيم في تسوية منازعات العقود الادارية الدولية"دراسة مقارنة"** ، دارالجامعة الجديدة، مصر،2015،. ص 177

و انظر كذلك : مراد محمود المواجدة : **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)** ، ط (1) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن 2010 . ص 61

[3] عيبوط محند وعلي :**الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري** ، دار هومة، الجزائر ،2013، ص43.وانظركذلك

Remigiusz Checinski,Alexandre Ddepartout,Tymoteusy Madry :**la souveraineté ou les souverainetés ?Reflexions surles relations entre souveraineté de l'état et souveraineté de la nation**,Université Adam Mickiewicz de poznan,P235 .

« le pouvoir supreme dans la relation interne entre l'etat et les sujets, l'autonomie ,la liberté ou l'absence de subordination dans la relation externe entre l'etat et les puissances étrangéres »[4]

من المبادئ المستقرة في القانون الدوعلي العام ، ان كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الاجنبية ،ويقوم هذا المبدأ تأسيسا لفكرة السيادة و الاستقلال و المساواة الدولية[5].

وخضوع الدولة أو أحد أشخاصها العامة حسب هذا الاتجاه للتحكيم يعني خضوعه لاختصاص هيئة قضائية غير القضاء الوطني، فهذا الاتجاه يبني حججه على أساس الحصانة القضائية للدولة فالتحكيم يجري خارج الدولة ويطبق فيه قوانين أجنبية، والمحكمين من جنسيات مختلفة، فبالتالي الدولة ومؤسساتها العامة و بحكم تمتعها بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية لا يمكن لها اللجوء إلى التحكيم لأنه أجنبي.[6]

ثانـــيا: الخروج على قواعد الاختصاص للقضاء الإداري:

يرى أصحاب هذا الرأي أن لجوء الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم يعد اعتداء على الولاية العامة للقضاء الوطني بصفة عامة وعلى اختصاص القضاء الإداري بصفة خاصة [7].وفي تعليلهم لرأيهم ذهبوا إلى أن العقود الإدارية هي عقود ذات طبيعة خاصة وتتضمن شروط خاصة استثنائية غير مألوفة وبالتالي يجب أن تحكمها قواعد خاصة، وهي قواعد القانون الإداري [8] و كنتيجة لذلك فلابد من خضوع منازعاتها للقضاء الإداري.

ويرى الفقه أن لجوء أشخاص القانون العام إلى جهة قضائية ذات ولاية عامة في نزاع يتعلق بعقد إداري،هو الطريق الحقيقي و الأمثل لحق التقاضي، أما لجوئها إلى التحكيم فيعني ذلك تخليها عن القضاء و تعويضه بهيئة ذات ولاية خاصة في أمور تتعلق بتسيير مرفق عمومي [9]، فإذا كان التحكيم لا يصح إلا ممن له مطلق التصرف في ذاتهفإنه من باب الأولى لا يصح إجازة التحكيم من جهة عامة بشأن عقد إداري بغير أن يكون موافقا على ذلك بعمل تشريعي [10] ، ضف إلى ذلك أن المحكم الأجنبي الذي ينظر

---

[4] عيبوط محند وعلي ،المرجع السابق ، ص 44.

[5] حسان نوفل:**التحكيم في منازعات عقود الاستثمار** ، دار هومة ، الجزائر،2010، ص 40.

[6] صبرينة جبايلي: **إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية** ،ط(1)،مركز الدراسات العربية،مصر،2016،ص 47

و انظر أيضا: محمود نوري حسن، المرجع السابق ،ص 181

[7] صبرينة جبايلي ، المرجع السابق . ص 48

و انظر كذلك : أشرف محمد خليل حماد :**التحكيم في المنازعات الادارية و اثاره القانونية "دراسة مقارنة"** ،ط(1)،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2010،ص 36.

[8] عبد العزيز عبد المنعم خليفة : **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية** ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2007، ص 73

[9] اشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق . ص 39

[10] وليد محمد عباس ، **التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010 . ص 198، 129.

في النزاع لا يستوعب طبيعة العقد الإداري و القواعد الخاصة به [11] مقارنة بالقاضي الإداري الذي تلقى تكوينا متخصص في هذا المجال.وهذا ما ذهب إليه الفقيه (fernand) حيث قرر أن القضاء الإداري يستطيع إن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة أفضل من المحكمين [12].

ثالثـــا: تعارض لجوء الأشخاص العامة للتحكيم مع النظام العام:

اتسمت فكرة النظام العام بالمرونة فهي تتغير حسب الزمان والمكان فما يعد من النظام العام في دولة ما لا يعتبر كذلك في الدولة الأخرى وفي نفس الدولة ما يعد من النظام العام في وقت ما قد يتغير في وقت لاحق، لهذا اختلف الفقهاء في وضع تعريف لفكرة النظام العام إلا أن غالبية الفقه وخاصة الفرنسي منهم انتهوا إلى تعريف النظام العام على أنه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.[13]

ونحن نعلم أن العقود الإدارية الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامة وكنتيجة لذلك فإن قواعد الخاصة بالعقود الإدارية تكون من النظام العام وبالتالي فمن غير الممكن أن يتم اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية [14] وهذا م انصت عليه المادة 1006 قانون إجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية.فكل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم و هذا ما تواترت عليه التشريعات الوطنية.

وتجدر الاشارة انه يمكن اثارة فكرة النظام العام امام القاضي الوطني ، كما يمكن اثارته امام هيئة التحكيم،فإثارته امام القاضي الوطني يكون في موضعين ، مرحلة انشاء الحقوق و مرحلة التمسك بآثار هذه الحقوق،و تختلف آثار الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق ،عن مرحلة التمسك بآثارها ، ففي المرحلة الاولى ينتج الدفع بالنظام العام آثاره كاملة فيمنع إنشاء العلاقة، اما في المرحلة الثانية فالدفع يتعلق بمدى قبول التمسك بآثاره في بلد القاضي [15].أما بالنسبة لإثارته امام هيئة التحكيم فيظهر من خلال دور المحكم في اثارة فكرة النظام العام عند فصله في النزاع الذي يكون احد أشخاص القانون العام طرفا فيه.دور النظام العام هنا يعد قيدا على الحكم فقط و على المحكم تحديد عواقب مخالفة النظام العام في اتفاقية التحكيم ، وبالتالي يكون للمحكمة التحكيمية صلاحية تطبيق قواعد النظام العام ، و تسليط عقوبة على مخالفها و ذلك بإبطال اتفاقية التحكيم.

الفرع الثانـــي: الاتجاه المؤيد للجوء أشخاص القانون العام للتحكيم.

---

[11] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق . ص 75

[12] محمود نوري حسن ، المرجع السابق، ص 180

[13] وليد محمد عباس ، المرجع السابق . ص129.

[14] وليد محمد عباس ، المرجع السابق . ص130.

[15] سمية صخري:**التحكيم في منازعات العقود الادارية** ، مذكرة ماستر اكاديمي،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013، ص35.

يستمد أنصار هذا الاتجاه حججهم وأسانيدهم من خلال النقد الموجه للاتجاه الرافض لاهلية الاشخاص المعنوية العامة لابرام اتفاق التحكيم واستندوا هم بدورهم الى عدة اسانيد كعدم وجود تعارض بين أهلية الأشخاص المعنوية العامة في التحكيم ومبدأ السيادة(اولا)،وان لجوء اشخاص القانون العام الى التحكيم لا يعد خروجا عن قواعد القضاء الاداري(ثانيا)،عدم تعارض اهلية الاشخاص المعنوية العامة مع النظام العام(ثالثا).

أولا: عدم وجود تعارض بين أهلية الأشخاص المعنوية العامة في التحكيم ومبدأ السيادة.

يرُدَ أنصار هذا الاتجاه على المعارضين لإبرام اتفاق التحكيم بحجه تعرضه مع مبدأ السيدة بما يلي:

أن التمسك بالسيادة لا تعتبر حجة إذ أنه بمجرد قبول الدولة أو الشخص المعنوي العام لشرط التحكيم فهذا يعني أنه قد تنازل ضمنيا عن سيادته[16] لان التحكيم يقوم على إدارة الطرفين فالشخص المعنوي غير مجبور على الموافقة على التحكيم[17] إلا إذا كان التحكيم إجباريا.

ويرى جانبا من الفقه أنه يجب التفريق بين الأمور التي تنال من السيادة وبين الأمور التي تمس السيادة، وإدراج شرط التحكيم في عقود الدولة يمكن أن يمس السيادة لكنه لا يمكن أن ينال منها[18].

اما جانب آخر من الفقه فذهب الى القول بأن الحصانة القضائية ميزة لا تتمتع بها الدولة إلا في مواجهة قضاء دولة أخرى تتساوى معها في السيادة ، و بالنظر الى التحكيم فإنه لا يعد قضاء خاضعا لسيادة اية دولة من الدول ، بل هو قضاء من نوع خاص.[19]

ثانيا: اللجوء إلى التحكيم لا يعد خروجا على قواعد اختصاص القضاء الإداري

إن لجوء الدولة و هيئاتها إلى التحكيم لا يعني أبدا التقليل من شأن القضاء الوطني أو من اختصاصه أو الحد من سلطانه لصالح التحكيم ،كما لا يعني التسليم من جانب الدولة بعدم صلاحية قضائها ، إنما الأمر يقتضي توفير الوقت و الجهد فيما هو انفع للدولة و الشخص الخاص الأجنبي، و بالتالي فالدولة في هذه الحالة تعمل على تحديد الوسيلة المثلى التي تتفق عليها مع الشخص الخاص لحسم النزاع في اتفاق التحكيم[20].

ضف إلى ذلك أن المحكم ملزم بتطبيق قوانين الدولة و احترامها ، وهذا ما نصت عليه المادتين 976 و977 ق إ م إ حيث قضت انه تطبيق نفس الأحكام العامة و الخصومة التحكيمية و أحكام التحكيم كما تطبق مقتضيات مواد نفس القانون من 1032 إلى 1038 ،المتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم و طرق الطعن

---

[16] محمود نوري حسن ، المرجع السابق . ص 179.وانظر ايضا نجم الاحمد:**اشكاليات اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية** ، مقال منشور في:**http://jle .gov .sy/index .php/2013-08-31-22-18-22**

[17] اشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق . ص35

[18] مراد محمود المواجدة ،المرجع السابق، ص 80

[19] حسان نوفل، المرجع السابق ، ص41.

[20] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق . ص 85.

فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية [21].كما أن حكم التحكيم لا يمكن تنفيذه إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ من القاضي الرسمي في الدولة[22].

و بالتالي وبالرغم من كون التحكيم قضاء خاص ، الا انه لا يمكنه ان يظل بمعزل عن رقابة قضاء الدولة ، حيث يستمد فاعليته م سلطة هذا القاء باعتبارها تمتلك الالزام في تنفيذ القرارات و الاحكام ، لذا فقد اعطى التنظيم القانوني للتحكيم دور فعال لقضاء الدولة في عملية التحكيم سواء قبل بدايتها ام اثناء سيرها ام بعد اصدار الحكم [23].

ثالثا : لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم لا يتعارض مع فكرة النظام العام:

إذا كان النظام العام الداخلي بالمرونة و النسبية التي ذكرناها سابقا فإن النظام العام الدولي مشترك بين جميع الدول ، و الاتجاه السائد في التحكيم الدولي هو تبني النظام العام الدولي و ليس الداخلي ، و هذا ما يستشف من قضية omnium de traitement et de valorisation SA Hilmarton LTB،والتي كان موضوعها عقد استثمار بين الحكومة الجزائرية ، و احد 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 ،و امتنع الطرف المتعهد بدفع المبلغ عن دفع باقي المبلغ ،ونتيجة لذلك أحيل النزاع للتحكيم مرتين و أخيرا حكم التحكيم الصادر للتنفيذ أمام القضاء الانجليزي ، ليتبين بعد ذلك أن العقد الأصلي غير قانوني لمخالفته للنظام العام في الجزائر ،إلا أن هيئات التحكيم لم تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الدولي ، وحسمت النزاع لصالح المستثمر الأجنبي[24] .وبالتالي فهناك نظامين عامين ، نظام عام دولي و نظام عام داخلي ، فالحكم التحكيمي الدولي يبطل إذا كان مخالفا للنظام العام الدولي ،ولا يبطله مخالفته للنظام العام الداخلي ، أما الحكم التحكيمي الداخلي فيبطله النظام العام الداخلي دون الدولي[25].

وتجدر الاشارة هنا، ان الحظر المفروض على الاشخاص المعنوية العامة للجوء للتحكيم ينحصر على التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، وهذا ما ذهب اليه الفقه الفرنسي ،إذ يرى ان الحظر الوارد في القانون

---

[21] بربارة عبد الرحمان : **شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية** ، ط (1) ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2009 . ص 562

[22] مراد محمد المواجدة ، المرجع السابق ص87

[23] اشرف محمد خليل حماد، المرجع السابق ، ص345.

[24] دوفان ليديا و لعجال ياسمينة : أهلية اشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم"دراسة نقدية لاحكام قانون التحكيم الجزائري" ، **مجلة دفاتر السياسة و القانون**، العدد(16)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،2017 ص 301 .

و انظر كذلك نويوة هدى :**التحكيم في منازعات الصفقات العمومية** ، مذكرة ماجستير في المؤسسات الادارية و السياسية ، جامعة منتوري قسنطينة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، السنة الجامعية 2012/2011 . ص 42

[25] عبد الحميد الاحدب : **موسوعة التحكيم التحكيم الدولي** ،ط(3)،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2008، الكتاب الثاني، ص 542 .

المدني ينحصر اعماله في مجال التحكيم الداخلي دون الدولي [26].أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لا يجيز التحكيم الداخلي و هذا ما يستشف من خلال المادتين 1006 و 975 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، إذ اشارت المادة 975 انه لا يجوز لأشخاص القانون العام ان تلجأ الى التحكيم إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية و الصفقات العمومية، اما المادة 1006 فقضت انه لا يجوز للاشخاص المعنوية العامة ان تلجأ الى التحكيم الا في علاقاتها التجارية الدولية او في اطار الصفقات العمومية، قد يطور السؤال حول مجال الصفقات العمومية فهي تشمل عقود داخلية و دولية ،و بالتالي يمكن ان يتم فيها اللجوء للتحكيم الداخلي ،الا ان هذا الامر غير وارد ، لان المشرع حسم هذا الامر في المادة 976 /1 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية،إذ تنص " تطبق الاحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، امام الجهات القضائية الادارية".[27]

المطلب الثانـــي: الاتفاقيات الدوليـــة و التنازل عن فكرة السيادة.

من ابرز الاتفاقيات الدولية التي نادت باللجوء للتحكيم نجد اتفاقية نيويورك سنة 1958 (الفرع الاول) واتفاقية جنيف الأوربية لسنة 1961 (الفرع الثاني) واتفاقية واشنطن 1965 (الفرع الثالث).

الفرع الأول: اتفاقية نيويورك1958

جاءت هذه الاتفاقية كخطوة ثانية لتكريس التحكيم الدولي بعد اتفاقية جنيف 1927، إثر مؤتمر دولي دعت إليه الأمم المتحدة للبحث في موضوع التحكيم الدولي في 20 ماي 1958 وثم وضع نص الاتفاقية في 10 جوان 1958 تحت عنوان الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وانضمت العديد من الدول من بينهم الجزائر[28].

وأهم ما ميز هذه الاتفاقية أنها لم تكن مختصة فقط بالاعتراف بإحكام التحكيم بل كان نطاقها أوسع من عنوانها[29].

وقد نصت اتفاقية نيويورك في مادتها الأولى على : " تطبق هذه الاتفاقية لاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم ....."

---

[26] حفيظة السيد الحداد: **الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية واثرها على القانون الواجب التطبيق** ،ط(د-ط)،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية ،2001،ص18.

[28] عبد الحميد الاحدب :**موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي** ،ط(3)،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت 2008، ص 96 ومابعدها. وانظر كذلك Philippe Fouchard/EmmanuelGaillard et Berthold Goldman :**Traité de l'arbitrage commercial international** ,litec liberaire de la cour de cassation ,Paris ,1996,P980.

[29] عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 97

اختلف الفقه في تفسير هذه المادة فمنهم من يرى أنها دلالة واضحة على جوازية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لكون النص جاء عام، ومنهم من يرى عكس ذلك وأن المادة لم تشر إطلاقا إلى جوازية التحكيم في العقود الإدارية، في حين يرى اتجاه ثالث أن المادة تطبق فقط على المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية لان الاتفاقية أعطت الحق للدولة التي هي طرف في العلاقة التعاقدية مراعاة الصفة التجارية لتطبيق الاتفاقية[30].

و نحن نضم رأينا للرأي الأول القائل بعمومية النص، فنص المادة الأولى من الاتفاقية لا نجد فيه أي إشارة إلى طبيعة النزاع ولا لشرط النزاع التجاري وبالتالي فقد جاء النص عام ويطبق على كافة النزاعات مهما كانت طبيعتها.

وقد انضمت الجزائر لاتفاقية نيويورك 1958 بموجب القانون رقم 233/88 الذي ينص في مادته الأولى " تنضم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها"[31].

الفرع الثاني: اتفاقية جنيف الأوربية 1961

وقعت اتفاقية جنيف في 21 افريل 1961 وكان هدفها هو تسهيل تطور التجارة بين دول الاقتصاد الحر والدول الاشتراكية ولم تكن هذه الاتفاقية الأولى من نوعها بل سبقتها اتفاقيتين دوليتين بخصوص التحكيم الدولي وهما: برتوكول جنيف 1923 المتعلق بشروط التحكيم الدولي، وكذا اتفاقية جنيف 1927 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية [32] والتي كانت كخطوة أولى لاتفاقية نيويورك، وتميزت اتفاقية جنيف 1958 بأنها كانت أشمل من اتفاقية نيويورك وهذا ما أكدته المادة الأولى من الاتفاقية [33]، أما المادة الثانية منها والتي جاءت تحت عنوان أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم فقد نصت على :

" 1. Dans les cas vises a l'article 1 paragraphe 1 le présente convention ; les personnes morales qualifiés par la loi qui leur est applicable ; de (personnes morales de droit public)ont la faculté de conclure valablement des conventions

---

[30] اشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق، ص 94

[31] المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها ، ج ر عدد 48.

[32] عبد الحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم . ص 93 .و انظر ايضا

Philippe Fouchard/EmmanuelGaillard et Berthold Goldman :**Traité de l'arbitrage commercial international** ,P1015 .

[33] المادة 1 من اتفاقية جنيف 58

D’arbitrage.

2. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, tout ɛtat pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration.." (34)

فوفقا لهذه المادة يمكن للأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة متى سمح لها بذلك القانون الداخلي المطبق عليها(35).

الفرع الثالــث: اتفاقية واشنطن 1965

بموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)[36]، حيث تنص المادة 2/25 من هذه الاتفاقية على :

" Toute personne Morale qui possède de nationalité d’une contractant autre que l’état partie au différend à la date à la quelle les parties ont consenti à soumettre le différent à la conciliation ou à l’arbitrage et toute personne morale qui posséde la nationalité contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues ; aux fins de présente convention de consideren comme ressortissant d’un autre état contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers" (37)

فهذه المادة أجازت لأطراف العلاقة التعاقدية والمتمثلين في كل من الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة والطرف الأجنبي في حالة وجود اتفاق بالتحكيم أمام المركز اللجوء إلى التحكيم إذا ثارت بينهما أي منازعة بخصوص العقد القائم بينهما وبالتالي فالدول التي تلجأ إلى هذا المركز لابد أن تكون قد صادقت على هذه الاتفاقية، وتجدر الإشارة أنه على هذه الدول الخضوع للتحكيم أمام المركز حتى وإن كان ذلك مخالفا لقانونها الداخلي (38).

---

[34] المادة 2 من اتفاقية جنيف 58

[35] اشرف محمد عبد الخليل ، المرجع السابق . ص 96

[36] Dorothé C .Sossa , **L’aptitude des personnes morales des droit public a compromettre dans l’arbitrage international OHADA :les mobiles d’une telle option**,revue camerounaise de l’arbitrage,numéro spécial 2, fevrier 2010

[37] Article 25 de convention pour le règlement des différents relatifs aux investissement entre étals et ressortissement d'autres p119.

[38] اشرف محمد عبد الخليل ، المرجع السابق . ص 97. وانظر كذلك

وقد انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بمقتضى المرسوم رقم 346/95 المتضمن المصادقة على الاتفاقية [39].

المبحث الثانـــــــــي: الضوابط الداخلية واحترام التوقعات

يعرف العقد بأنه (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة اشخاص آخرين بمنح او فعل او عدم فعل شيء ما)[40].والعقود الإدارية سواء أكانت داخلية أو دولية هي عقود رضائية كغيرها من العقود الأخرى لابد من توافق إرادتي طرفي العقد لإحداث أثر قانوني، وطرفي العقد إما أن يكونا الدولة أو احد الأشخاص المعنوي العام وطرف الثاني شخص طبيعي أو اعتباري خاص ونكون بصدد عقد إداري داخلي ،أو يكون أحدا الطرفين الدولة أو شخص معنوي عام والطرف الأخر أجنبي وتكون بصدد عقد إداري دولي، الأشكال لا يثور متى كانت الدولة طرف في كل من الحالتين بينما يثور عندما يكون أحد أطراف النزاع شخص معنوي عام ، لذا و مراعاة لتوقعات المتعاقدين التي تعد اساس من اسس الامن القانوني،حاول المشرع تحديد الاشخاص التي لها صلاحية اللجوء الى التحكيم في العقود الدولية (المطلب الاول)، و الاشخاص التي لها صلاحية اللجوء الى التحكيم في العقود الداخلية (المطلب الثاني) مبرزا بذلك اهم الضوابط و القيود.

المطلب الأول: تحديد الأشخاص في العقود الإدارية الدولية

اقترح الفقه الدولي عدة تعريفات للعقود الإدارية الدولية فالفقيه Piére Regli عرفها على أنها " عقود طويلة المدة طرفاها هي الحكومة أو جهاز تابع إليها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتيادي من جهة أخرى وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة " [41].

Hocine farida ;**l'infficacité de l'accueil de la sentence arbitrage par le juge Algerien sur l'efficacité de l'abitrage commercial international** ,these pour le doctorat droit ,Université Mouloud Mammeri Tizi-Ouzou ,20juin 2012 .

[39] المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 اكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 66 المؤرخة في 5 نوفمبر 1995.

[40] المادة 54 قانون المدني الجزائري.

[41] محمود نوري حسن ، المرجع السابق . ص 79

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العقود الإدارية الدولية " هي العقود التي تبرمها الدولة بوضعها سلطة عامة مع أطراف أجنبية " كما عرفها الأستاذ الدكتور ماجد راغب الحلو على أنها " عقود تجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيها شخصا معنويا ".

و بالتالي فمعظم فقهاء القانون يجمعون على أن العقد الإداري الدولي هو عقد قائم بين شخص تابع القانون العام [42]وشخص أجنبي.

ما يهمنا في هذا الصدد هو الشخص التابع للقانون العام، لهذا سنتناول الحديث عن الدولة المتعاقدة والأجهزة التابعة لها وفقا للقانون الدولي ثم وفقا للقانون الداخلي.

الفرع الأول: تحديد الأشخاص المعنوية العامة وفقا للقانون الدولي

نصت المادة 1/25 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى على " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحدى رعايا متعاقدة أخرى والتي تتصل اتصالا مباشرا بأخذ الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابيا على طرحها على المركز ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتها المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده ".

ونصت نفس المادة في الفقرة 3 على : " موافقة المؤسسات العامة و الأجهزة التابعة للدول المتعاقدة لا تكتمل إلا بعد إقرارها من ذلك فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أن مثل هذا الإقرار غير ضروري".

إذن فقد أصبح من المعلوم لدينا أن هذه الاتفاقية لا تسري في مواجهة الدول الموقعة عليها سواء كانت مضيفة أو ينتمي إليها المستثمر مع إلزامية إعلان الطرفين برغبتهما للخضوع للتحكيم كتابيا كما أنها مددت أهلية الدول للخضوع للتحكيم لتشمل الأجهزة التابعة لها[43].

أولا: النطاق الشخصي لسريان اتفاقية واشنطن

أشارت المادة 67 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمارات إلى الدول المعنية بالتوقيع على الاتفاقية على سبيل الحصر وهي: كل دولة عضو بالبنك الدولي أو عضو في النظام الأساسي لمحكمة العدل

---

[42] Ibrahim Réfaat Mohamed EL-BéHéRRY ,**Theorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux** ,these pour le doctorat droit ,Université de Nice Sophia-ANTIPOLIS,mars 2004 ,p26 .

[43] دوفان ليديا و لعجال ياسمينة :اهلية اشخاص القانون العام في اللجوء الى التحكيم، المرجع السابق، ص 297.

الدولية وبعد أن يقرر المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضاءه دعوتها للتوقيع على الاتفاقية [44]، فالملاحظ ومن خلال استقراء نص هذه المادة أن هناك تناقض بين تسمية الاتفاقية بكونها دولية و عدد الدول التي تضمها هذه الاتفاقية بمعنى أن هذه الاتفاقية لم تقم على أساس الكم بل على أساس النوع [45].

و كنتيجة لما سبق فإن الدول غير الموقعة على اتفاقية واشنطن لا يمكن لها أن تكون طرفا في إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز ،وهنا يطرح التساؤل: هل يعني هذا أن هذه الدول ليس لها الاستفادة من التسهيلات المقدمة من طرف المركز ولو بصفة مؤقتة ؟

اختلف الفقه في هذه المسألة لكن جاء استقرار الأعضاء على إمكانية منح الدول غير المتعاقدة الرخصة دون إعطائها الحق في الوقوف كطرف أمام تحكيم المركز[46].

ثانـــــيا: امتداد أهلية الدولة للخضوع للتحكيم لأشخاص القانون العام الأخرى

بالرجوع إلى نص المادة 25 السابقة من اتفاقية واشنطن نجد أن تعبير الدولة المتعاقدة لا يقتصر فقط على حكومة الدولة المضيفة للاستثمار بل يمتد إلى أبعد من ذلك ليشمل المؤسسات العامة والأجهزة التابعة لهذه الدولة، وهذا طبعا بعد إقرارها من تلك الدولة [47].

إذ تنص المادة 25 في فقرتها 3 على ما يلي: " موافقة المؤسسات العامة والأجهزة التابعة للدول المتعاقدة لا تكتمل إلا بعد إقرار من تلك الدولة فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أن مثل هذا الإقرار غير ضروري" يبقى لنا في هذه الحالة أن نبحث عن معايير تحديد هذه الأجهزة وعن موقف المركز منها.

1. معايير تحديد الأجهزة التابعة للدولة المتعاقدة

---

[44] المادة 67 من اتفاقية واشنطن ، و انظر كذلك : مصلح احمد الطراونة و فاطمة الزهراء محمودي ، **التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي** ، ط(1)،دار وائل للنشر ،، الاردن ،2013، ص 22و انظر كذلك : دوفان ليديا ،أهلية اشخاص القانون العام للجوء الى التحكيم، المرجع السابق . ص 297

[45] دوفان ليديا و لعجال ياسمينة ، المرجع السابق . ص 297.

[46] الطراونة مصلح : **نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الاجنبية لاتفاقية واشنطن (ICSID)** ، بحث مقدم للمؤتمر الدولي التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية واثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة ، الجزء الثالث ،جامعة الامارات العربية المتحدة، 2011، ص 1465

و انظر كذلك : دوفان ليديا ، المرجع السابق . ص 297

[47] مصلح احمد الطراونة و فاطمة الزهراء محمودي **التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي** :، المرجع السابق . ص 31

تنازع في هذا المجال معياران أحدهما قانوني يقوم على اساس تمتع الشخص المعنوي العام بالشخصية القانونية المستقلة(ا)، و الأخر اقتصادي ويرتكز بدوره على معيارين عضوي ووظيفي(ب).

أ –المعيار القانوني:

حسب هذا المعيار فإن الجهاز إذا كان يتمتع بالشخصية القانونية مستقلة عن شخصية الدولة فإنه يتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقده دون أن تكون للدولة أي مسؤولية، أما إذا كان لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة فتكون المسؤولية على عاتق الدولة [48].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الجهاز وبما أنه مرفق من مرافق الدولة فإنه يتمتع بالحصانة القضائية حتى وإن لم تكن له شخصية قانونية مستقلة [49].

وقد وجه نقد لهذا المعيار لأنه لا يوفر الأمان للمتعاقد الأخر كما أن العقود المبرمة من طرف أشخاص القانون العام التي لا تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة حسب هذا المعيار تعتبر من عقود الدولة رغم كونها لم تبرم لحساب الدولة [50].

ب المعيار الاقتصادي:

ظهر هذا المعيار كبديل للمعيار القانوني، واثر فشله في تحديد المؤسسات التابعة للدولة، وسمي كذلك بمعيار التبعية ،يشمل هذا المعيار كل من المعيار العضوي و المعيار الوظيفي.

المعيار العضوي: حسب هذا المعيار فإن تبعية المؤسسات والوكالات للدولة تحدد من خلال مجموعة من العناصر من بينها: النظام الأساسي أو القانون أو القرار الذي أنشأها ويتصدر هذه العناصر ملكية رأس مال الجهاز وكيفية إدارته والنظام القانوني الذي يحكمه و وسائل تمويله [51]، إلا أن المعيار العضوي وحده غير كافي لتحديد تبعية هذه الأجهزة للدولة وهذا ما يدفعنا للبحث عن معيار آخر.

المعيار الوظيفي أو معيار طبيعة النشاط: تحديد تبعية الأجهزة للدولة وفق هذا المعيار تكون حسب طبيعة النشاط الذي تقوم به، بمعنى إذا كانت هذه المؤسسات تقوم بنشاطها باسم ولحساب الدولة فهي تابعة للدولة، أما إذا تصرفت هذه الأجهزة باسمها ولحسابها الخاص أو لحساب الغير فلا تعد تابعة للدولة [52].

---

[48] حفيظة السيد الحداد :**العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية** ،ط(1)،دار النهضة العربية ،القاهرة . ص 56

[49] الطراونة مصلح ، **نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الاجنبية لاتفاقية واشنطن** المرجع السابق . ص 1470

[50] الطراونة مصلح ، **نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الاجنبية لاتفاقية** ، المرجع السابق . ص 1470

و انظر كذلك : لعجال ياسمينة ، **أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم** ،المرجع السابق. ص 252

[51] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق . ص68

انظر كذلك : مصلح احمد الطراونة ، **التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي** ،المرجع السابق، ص 45

[52] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق . ص69

2. موقف المركز من معايير تحديد الأشخاص:

تبنى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المعيار الاقتصادي و ظهر ذلك جليا في قضية السيد MAFFIZINI و هو مواطن أرجنتيني قدم طلب للتحكيم أمام المركز ضد دولة اسبانيا ، و دفعت هذه الأخيرة أن النزاع يخرج من اختصاص المركز لأنه ينشأ بين مواطن و شركة خاصة SODIGA و ليس مع دولة إسبانيا ، لكن هيئة التحكيم قضت انه لتحديد ما إدا كانت الشركة تابعة للدولة لابد من استخدام المعيارين العضوي و الوظيفي ، فإذا كانت الشركة مملوكة للدولة و تخضع لرقابتها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و لها أهداف حكومية عادة ما تقوم الدولة بها بنفسها فإنها تعد تابعة للدولة .

و قد توصلت هيئة التحكيم أن الشركة أنشئت بموجب مرسوم صادر للصناعة التي تعتبر كيان تابع للدولة كما أن المؤسسة الوطنية للصناعة تمتلك ما لا يقل عن 51٪ من رأسمال الشركة و بتاريخ 31-12-90 أصبحت الدولة تمتلك 88٪ من أسهم الشركة لكن المعيار العضوي وحده غير كافي لتحديد التبعية بل لابد من المعيار الوظيفي ، و من خلال الوقائع اتضح للهيئة أن نية الدولة الاسبانية من إنشاء الشركة هو إنشاء كيان للقيام ببعض الوظائف الحكومية .

و بناءا على ذلك خلصت الهيئة انه وقفا للمعياريين العضوي و الوظيفي فإن الشركة تعتبر كيانا مملوكا للدولة و من ثم فإن المركز مختص بالنظر في النزاع وفقا للمادة 25\1 من الاتفاقية [53].

الفرع الثاني : في القانون الداخلي

بعد تعديل القانون الإجرائي 66-154 بالمرسوم التشريعي 93-09 حسم المشرع الجزائري مسألة مدى جوازية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم الدولي و ذلك بإلغائه للمادة 442 و استبدالها بالمادة التالية : « يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها . و لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم . و لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية »

و بعد إلغاء الأمر 66-154 و إصدار القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدينة و الإدارية أبقى على جوازية لجوء الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم الدولي لكنه في ذات الوقت حدده في مجالات معينة كما انه وقع في إشكالية ازدواجية النصوص فتارة يذكر الأشخاص المعنوية العامة التي لها أهلية التحكيم بصفة عامة و تارة يذكرها على سبيل الحصر[54].

اولا – ازدواجية نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية :

---

[53] مصلح احمد الطراونةو فطمة الزهراء محمودي: **التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي** ،المرجع السابق، ص49 و50.

[54] دوفان ليديا ، **أهلية اشخاص القانون العام للجوء للتحكيم** ،المرجع السابق . ص299

نصت المادة 975 على « لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في مادة الصفقات العمومية »
فالمشرع هنا حدد الأشخاص على سبيل الحصر و المتمثلة في الأشخاص المذكورة في المادة 800 من نفس القانون و هي الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية على أن يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من الوزير المعنى إذا تعلق التحكيم بالدولة و بمبادرة من الوالي إذا تعلق بالولاية و برئيس المجلس الشعبي البلدي إذا تعلق بالبلدية أما بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية فيتم من خلال ممثلها القانوني أو من السلطة الوصية التي يتبعها[55].

إلا أن المادة 975 تتناقض كليا مع اتفاقية واشنطن التي صادقت عليها الجزائر إذ تعتمد الاتفاقية في تحديد الأشخاص التابعين للدولة على معياريين كما سبق القول العضوي و الوظيفي و بالتالي فهذه المادة أهملت تماما المؤسسات العمومية الاقتصادية و الشركات الوطنية التي تصنف حسب اتفاقية واشنطن من الأجهزة التابعة للدولة.

في حين نجد المادة 1006 من نفس القانون قد خرجت من القيد في تحديد الأشخاص المعنوية إلى العمومية مما يسمح لعدد اكبر من الأشخاص القانون العام الأخرى للجوء للتحكيم[56]

يبدو أن المشرع وقع في تعارض في تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ، فمن جهة يذكر الأشخاص المعنوية العامة و من جهة أخرى يذكر الأشخاص المذكورة في المادة 800 فقط مع أن هذه المادة لم تشمل إلا بعض الأشخاص المعنوية العامة،كما وقع كذلك في تعارض فيما يخص المجال الذي يجوز فيه لهذه الأشخاص طلب التحكيم ففي المادة 975 يحصره في مجال الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليه الجزائر و الصفقات العمومية، في حين يحصره في المادة 1006 في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية و مجال الصفقات ، و هذا يؤدي بطبيعة الحال إلى إقصاء باقي المجالات[57].

ثانيا – موقف قانون الصفقات العمومية :

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15–247 نجده قد قام بتعداد الأشخاص المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية في المادة 6 منه و التي نصت: لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة
- الجماعات الإقليمية
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

---

[55] المادة 976 قانون اجراءات مدنية و ادارية

[56] لعجال ياسمينة ، **اهلية الاشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم** ،المرجع السابق . ص 254

[57] موساوي مليكة ، التحكيم كطريق البديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية ، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية** ، العدد(9) ،المركز الجامعي لتامنغست،سبتمبر 2015، ص 188.

– المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري

و بمقابلة أحكام المادتين 975 و 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأحكام المادة 6 من قانون الصفقات نجد أن هناك اختلاف كبير بين تنظيم الصفقات و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فبعد التضييق من أهلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة في المادة 975 جاء تنظيم الصفقات [58] العمومية ليوسع في النطاق الشخصي و ذلك طبقا للمعيارين العضوي و الوظيفي، إلا أنه قيدها في المادة 153 في فقرتها الأخيرة إذ نصت على :" يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب ، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

فمن خلال استقراء نص هذه المادة يتضح لنا أن القانون وضع شرط لجواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي و هو موافقة الوزير المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

المطلب الثاني : تحديد الأشخاص في العقود الإدارية الداخلية

حتى يتسنى لنا تحديد الأشخاص التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية لا بد لنا من الوقوف على المراحل التي مر بها التحكيم في القانون الجزائري.

الفرع الأول : مرحلة ما قبل المرسوم التشريعي 93-09

و تنقسم بدورها إلى مرحلتين[59]:

1 -مرحلة ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و كان قانون المرافعات الفرنسي هو المطبق ، ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية ، و إذا كان القانون الفرنسي آنذاك يعترف بالتحكيم التجاري الدولي ، فالجزائر اعتبرته مخالف للسيادة [60] .

---

[58] عمار بوضياف : **شرح تنظيم الصفقات العمومية** . ط(4) ،الجسور للنشر و التوزيع ،الجزائر 2011،ص345 و مابعدها.و انظر كذلك بحث لعمار بوضياف :**منازعات الصفقات العمومية في الجزائر** **www .alkanounia.com**

[59] سمية صخري:،**المرجع السابق**، ص62.

[60] محمد كولا: **تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري** ،بدون ط،منشورات بغدادي ،الجزائر،2008، ص8،

2 -مرحلة صدور قانون الإجراءات و الذي قضى في مادته 422 على عدم الجواز للدولة و الأشخاص المعنوية العامة ، ان يطلبوا التحكيم [61] و كانت المادة السابعة 07 من نفس القانون تحدد الأشخاص الاعتباريين و تعتبر العقود التي تبرمها عقود إدارية تخضع للقانون و القضاء الداخليين.

الفرع الثاني : مرحلة صدور المرسوم التشريعي 93-09

يعتبر المرسوم التشريعي 93-09 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم في الجزائر [62] إذ نص في مادته الأولى فقرة 2 التي تلغي المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية على: " لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم الدولية ".

فهذه المادة رغم أنها تشير إلى العقود الدولية إلا أنها تعد تغيير جذري في النظام التحكيمي الجزائري ، و بذلك يكون المرسوم التشريعي 93-09 قد ادخل الجزائر ميدان التحكيم من بابه الواسع [63] و ذلك بالسماح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم الخارجية.

الفرع الثالث : مرحلة صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09

أهم ما يميز قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه قد فتح المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة من اجل اللجوء إلى التحكيم في منازعاتهم مع أشخاص طبيعيين أو معنويين من جنسية جزائرية أو أجنبية مقيمين في الجزائر أو خارجها [64] و هذا يعني أن القانون الجديد يجيز للأشخاص المعنوية العامة الخضوع للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية،على ان يكون امام الجهات القضائية الادارية [65] .وقد حددت المادة 800 من نفس القانون الأشخاص المعنوية العامة التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم ، إلا أن قانون الصفقات 15-247 كان أشمل في هذا المجال و أكثر دقة في تحديد الأشخاص التي لها الحق في اللجوء إلى التحكيم.

---

[61] نويوة هدى : **التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في الجزائر** ، مذكرات ماجستير ، جامعة منتوري قسنطينة ، كلية الحقوق 2012 . ص19 .

[62] نويوة هدى ، المرجع السابق . ص 21

[63] سمية صخري، المرجع السابق، ص63

[64] نويوة هدى ، المرجع السابق . ص 24

[65] المادة 976 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

خلاصة الفصل الاول

حاولنا في هذا الفصل القاء نظرة خاطفة على موقف الفقه المعارض لاهلية الاشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم مبرزين بذلك حججهم و النقد الموجه لهم ، والذي يعد في ذات الوقت اسانيد الاتجاه المؤيد للأهلية .

كما القينا الضوء على موقف الاتفاقيات الدولية في هذا المجال و الذي كان ، بإعطائه الحق للشخص المعنوي العام للجوء الى التحكيم ، ثم تطرقنا الى موقف المشرع الجزائري الذي اجاز لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم في كل من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ' وقانون ترقية الاستثمار و كذا قانون الصفقات العمومية ، لكنه قيد هذا اللجوء بشروط. ثم اشرنا الى الاشخاص المعنوية العامة الذين لهم صلاحية ابرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الداخلية و الدولية.

الفصل الثاني

الدفع بعدم أهلية الشخص المعنوي العام للتحكيم

تنص المادة 1007 ق إ م إ على : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطرف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض النزاعات التي تثو بشأن هذا العقد على التحكيم"

فشرط التحكيم يقوم أساسا على سلطان إدارة طرفي العقد إذ لا يتصور اللجوء للتحكيم من دون موافقة احد الطرفين لكن قد يلجا احد طرفي العقد الى التهرب من المسؤولية وعدم قبول شرط التحكيم بالنسبة للمستثمر بعد التحكيم ضمانة اجرائية و حماية فعالة لا استثماره و بالتالي فمن غير الممكن ان يدفع بعد قبول التحكيم انما الدفع بأنه من الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة التابع لها بهدف التهرب من المسؤولية و التحلل من شرط التحكيم بحجة عدم اهليتها للخضوع للتحكيم التساؤل المطروح اثر هدا الدفع على الاستثمار و هل يختلف هدا الدفع ادا ما اشير امام القضاء الوطني او امام هيئات التحكيم ؟

المبحث الأول : الدفع بعدم الاهلية امام القضاء الوطني

للوهلة الأولي قد يبدو غريبا ان يكون الدفع في خصومة تحكيمية امام القضاء الوطني ولكن لإغرابه في ذلك فالقضاء الوطني قد ينظر في الخصومة الناشئة عن العقد في عدة مناسبات ،[66]فقد ينظر فيها أثناء سير الخصومة(المطلب الاول)، كما قد ينظر فيها بعد صدور الحكم التحكيمي(المطلب الثاني).

المطلب الأول : اثارة الدفع اثناء سير الخصومة التحكيمية

هناك مبدأ في قوانين التحكيم ألا وهو ان وجود اتفاق تحكيم نزاع ما ، يولد على عاتق طرفيه الالتزام بعدم اللجوء الى القضاء الوطني (الفرع الاول)،ألا انه لكل مبدأ استثناءا (الفرع الثاني).

الفرع الاول : قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطني

ان مبدأ عدم تدخل قضاء الدولة في النزاع المشمول باتفاقية التحكيم يمثل ضمان جوهرية لنجاعة و فاعلية هذا النظام [67] لذا اكدته الاتفاقية الدولية ان نصت المادة 2 فقرة 3 من اتفاقية نيويورك 58 على: " تقوم اية دولة متعاقدة بدفع اليها بشان قضية ابرام الاطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هده المادة بإحالة الاطراف على التحكيم ، بناء على طلب احد الاطراف إلا اذا لاحظ ان الاتفاقية المذكورة باطلة او عديمة التأشيرة او لا يمكن تطبيقها " [68] ، كما نصت المادة 8 من القانون النموذجي للتحكيم التجارية الدولة للجنة الامم المتحدة قانون التجارة الدولة لسنة 1985 على : " على المحكمة التي ترفع امامها دعوى في مسالة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم ان تحيل الطرفين إلى التحكيم ، اذا طلب منها ذلك احد الطرفين في موعد اقصا ه تاريخ تقديم بيانه الاول في موضوع النزاع ، ما لم يتضح لها ان الاتفاق باطل ولاغ او عديم الاثر او لا يمكن تنفيذه" [69]

وبالرجوع الى نص المادة 1045 ق إ م إ نجدها تنص على : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، او اذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على ان يثار من احد الاطراف ".[70]

فمن خلال المواد السابقة نجدها تجمع على ان اي نزاع اتفق بشأنه طرفية على اللجوء الى التحكيم لا يكون للقضاء الوطني النظر في ذلك النزاع ، ولكن لكل قاعدة استثناء .

---

[66] حفيظة السيد الحداد :**العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية** ، المرجع السابق ، ص 279.

[67] حدادن طاهر : **دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2014 . ص 13

[68] المرسوم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية

[69] حدادن طاهر ، المرجع السابق . ص13

[70] التحكيم في القانون الجزائري بحث منشور في :**http://www.tribunaldz .comforum/ti707**

الفرع الثاني : اختصاص القضاء الوطني في الفصل في الدفع بعدم اهلية الشخص المعنوي للتحكيم

لقد سبقا القول بان القضاء الوطني لا يكون مختص مع وجود اتفاق التحكيم ، الا انه استثناء قد يترتب على اتفاق الاطراف على التحكيم عرض النزاع امام القضاء الوطني الدولة اجنبية مكان مقر هيئة التحكيم ودلك في الحالات التي يطلب فيها من القضاء المساعدة و التدخل من اجل تحقيق فاعلية التحكيم و الهدف منه [71].

لا يعد شرط التحكيم قرينة في حد ذاته على تنازل الدولة على حصانتها امام القضاء الوطني ، إلا ادا كان هدا التنازل بشكل صريح [72] ولكن ما هو الحال في حالة ما ادا قام الطرف الاخر برفع دعوة امام القضاء الوطني فهل يعد ادراج شرط التحكيم بمثابة تنازل الدولة عن التمسك بحصانتها امام القضاء الوطني؟

يذهب جانب من الفقه الى جواز الدفع بالحصانة القضائية امام القضاء الوطني لدولة اجنبية و التمسك به ويشد على ان تنازل الدولة عن حصانتها القضائية امام قضاء الدولة لابد ان يكون صريحا وليس مفترضا .ويذهب جانب اخر الى ان خضوع الدولة لقضاء دولة اجنبية لا يمس حصانتها القضائية إلا ادا كانت المسالة المعروضة من المسائل المتعلقة بالسيادة و النظام العام [73]

أما الجانب الثالث ، فيرى أن وجود شرط التحكيم بحد ذاته يعتبر تنازلا ضمنيا عن الحصانة القضائية ، ليس فقط أمام هيئة التحكيم ، ولكن ايضا أمام القضاء الوطني الدولة أجنبية إ ذا عرض عليها النزاع في اي مرحلة ، فلا يجوز الدفع به أمامه [74].

وهدا ما سارت عليه بعض الاتفاقيات الدولية ، منها اتفاقية و اشنطن 1965 ، فهي لم تتنا ول بنصوصها مسالة التنازل الضمني عن الحصانة القضائية بشكل صريح ، إلا أن النظام العادي الذي وضعته لعقد الاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يتعارض مع الدفع بالحصانة ، و باعتراف الدولة باختصاص المركز تكون قد تنازل ت عن اي دفع بما في ذلك الدفع بحصانتها القضائية ، فتمسك الدولة بالحصانة يعني سحب الرضا باختصاص المركز ، وهذا غير مقبول طبقا للمادة 25 من الاتفاقية [75] .

المطلب الثاني : إثارة الدفع بعد صدور الحكم التحكيمي

---

[71] اشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق . ص 290

[72] حفيظة السيد الحداد :**العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية** ، المرجع السابق . ص 279

[73] اشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق . ص 291

[74] اشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق . ص 291

و انظر كذلك : صبرينة جبايلي ، المرجع السابق، ص 162.

[75] اشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق ،ص 292.

وهنا يكون الدفع إما برفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي أمام القضاء الوطني(الفرع الاول)، أو برفض الاعتراف به وتنفيذه(الفرع الثاني).

الفرع الاول : رفع دعوى البطلان في مواجهة الحكم التحكيمي

دعوى البطلان ليست في الحقيقة طريقة من طرف الطعن ، ولكن هي طريقة خاصة تتمثل في رفع دعوى جديدة أمام القضاء الابطال الحكم التحكيمي الادارى ، وهي الطريق الوحيد الذي قرره المشرع الجزائري للطعن في احكام التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي [76] ادا نصت المادة 1058 ق إ م إ على : "يمكن ان يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 اعلاه " .

لايقبل الامر الذي يقض بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار اليه اعلاه اي طعن غير ان الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوه القانون الطعن في امر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ ادا لم يتم الفصل فيها ،و الطعن بالبطلان يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم [77] وهدا ما اشارت اليه المادةَ 1059 ق إ م إ .

الفرع الثاني: الاعتراف بالإحكام التحكيمية و تنفيذها .

الحكم التحكيمي هو النهاية الطبيعة لأي خصومة تحكيمية ، وح تي يؤتي هدا الحكم ثمارهـ، لابد من تنفيذ احكامه، ان المحكم ليس لديه سلطة الامر و الاجبار التي يتمتع بها قضاة الدولة ل ذلك كان لابد من تدخل القاضي الوطني ، لإعطاء القوة التنفيذية لقرار المحكمين عن طريق الامر بالتنفيذ ووفق شروط [78] تنص عليها القوانين الداخلية و اتفاقية نيويورك 1958 : " تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم و تآمر بتنفيذ طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الاقليم المطلوب اليه التنفيذ وطبقا شروط المنصوص عليها في المواد التالية.

ولا يفرض للاعتراف أو تنفيذ احكام المحكمين التي تطبق عليها احكام الاتفاقية الحالية شروط اكثر شدة و لا رسوم قضائية اكتر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الوطنيين" [79] .

كما تنص كذلك المادة 5 من نفس الاتفاقية في فقرتها الاولي :

---

[76] صبرينة جبايلي ، المرجع السابق ، ص 161.

[77] بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص860.

[78] عامر فتحي اليطاشة ،دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، ط (1) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن 2008 . ص 244

[79] المادة 3 من اتفاقية نيويورك 1958

1 - لا يجوز رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم يناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف و التنفيذ الدليل على :

أ -ان اطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة 2 كانوا طبقا للقانون ينطبق عليهم عديمي الاهلية او ان إلا تفاق المدكور غير صحيح وفقا للقانون الذي اخضعه له الاطراف او عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

فطبقا لهده المادة فانه بإمكان الدولة او الهيئات التابعة لها الاحتجاج او الدفع بعدم اهليتها بعد ابرام اتفاق التحكيم وفق لقانون بلدها و بالتالي يجوز للمحكمة ان ترفض تنفيذ الحكم اذا قدم لها دليل على عدم الاهلية او ان الاتفاق كان غير صحيح [80]، الا ان المادة 1051 قدام تنص على ان يتم الاعتراف باحكام التحكيم الدولية في الجزائر ادا اثبت من يتمسك بها وجودها وكان هدا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ادن فالعبرة بالنظام العام الدولي وليس الداخلي و بالتالي لا يجوز للدولة او الاجهزة التابعة لها الدفع بعدم الاهلية بعد ابرام اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني : الدفع بعدم اهلية الشخص المعنوي امام هيئات التحكيم

قد تلجأ الدولة الى الدفع بعدم اهليتها للتحكيم امام هيئة التحكيم مستندة في دلك الى عدة أسباب، كالتمسك بإحكام القانون الوطني(المطلب الاول) ،او التمسك بأن موضوع النزاع غير قابل للتحكيم(المطلب الثاني).

المطلب الاول : التمسك بإحكام القانون الوطني

فقد يتمسك الشخص المعنوي للتخلص من التزامه مع الطرف الاخر بالقول ان قانونه الداخلي يحظر عليه اللجوء الى التحكيم(الفرع الاول) او ان هدا القانون تم تعديله بعد ابرام اتفاق التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الاول : القانون الداخلي يحظر اللجوء الى التحكيم

[80] عبد الحميد الاحدب ، المرجع السابق . ص 513

اثبت العمل الدولي في عدد غير قليل من الحالات التجاء الدولة المعنية الى انكار شرط التحكيم بعد قبوله بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية [81]

ويعتبر قضاء محكمة النقض الفرنسية في القضية المعروفة باسم galakis التعبير الامثل عن هده الحالات ، ادا ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان محكمة استئناف باريس كان عليها فقط الفصل في مسالة ما ادا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب ان تطبق ايضا على العقد الدولي المبرم من اجل احتياجات التجارة و وفقا للشروط التي تتطلبها عادات التجارة البحرية وهو الامر الذي اجابت عليه المحكمة العليا بالنفي ادا قضت ان الحظر المدكور ولايعمل به بصدد العقود الدولية وهو ما يفيد ان الدولة الفرنسية تلتزم بترتيب كافة الاثار المترتبة على شرط التحكيم ال ذي قبلة دون ان تتذرع بالحظر القا ئ في القانون الفرنسي و الذي يمنع الدولة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها [82].

وأيضا طرح امام القضاء التونسي حول صحة اتفاق تحكيم ، ابرم بين شركة الكهرباء و الغاز التونسية و شركة فرنسية ، تمسكت الشركة التونسية ببطلان اتفاق التحكيم ، على اساس الحظر الوادر في القانون التونسي الذي يمنع المؤسسات العامة التونسية من اللجوء للتحكيم ، الا ان المحكمة التونسية استندت الى واقعة انضمام تونس لمعاهدة نيويورك ، و قررت ان الحظر القائم في القانون الداخلي لا يسري على التحكيم المتعلق بالمعاملات الدولية ، وقضت ان اتفاق التحكيم يعد صحيحا و ملزما.[83]

لكن التساؤل المطروح هو هل يمكن تقيم هذا المبدأ على كل الاحكام التحكيمية ؟

اتجه القضاء الفرنسي الى تعميم هذا المبدأ و هو الحظر الوارد على الدولة و مؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في اطار العلاقات الوطنية البحثة دون العلاقات الدولية على النصوص الاجنبيةِ التي تتبني هدا الحظر وعلى النحو الذي يمكن معه القول بان قاعدة عدم سريان الحظر الوارد على الدولة او اجهزتها العام في قبول التحكيم قد اضحت قاعدة من قواعد النظام العام الدولي [84].

الفرع الثاني : تعديل القانون الوطني بعد ابرام الاتفاق التحكيم

ونذكر في هذا الصدد واقعة عرضت على قضاء التحكيم يتعلق الامر بقضية ELF Aquitaine ضد الشركة الايرانية للبترول " و تتخلص وقائع هذه القضية في ان المجلس الثوري للجمهورية الاسلامية الايرانية اصدر قانون يتضمن مادة وحيدة في 8 يناير 1980 تم بمقتضاه انشاء لجنة خاصة تملك سلطة

---

[81] المشاكل الخاصة بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، موقع مراجع قانونية :

http://marajizkanon.blogspot.co.uk/2016/01/blog_post95.html

[82] حفيظة السيد الحداد :**العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية** ، المرجع السابق . ص299

[83] فؤاد محمد محمد ابو طالب : **التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي (دراسة مقارنة**)،ط (1)،دار المناهج ، الاردن ،2009، ص203.

[84] المشاكل الخاصة بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، المرجع السابق

ابطال كافة عقود البترول التي تعتبرها هذه اللجنة غير متماشية مع القانون الايراني الصادر عام 1951 والذي تم بمقتضاه تأميم صناعة البترول في ايران و اعمالا لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة ب إبطال العقد المبرم بين شركة (EIF Aquitaine) والشركة الوطنية الايرانية للبترول في عام 1966 و هو ما دفع بشركة (EIF Aquitaine) الى التحكيم اعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرمة بينها وبين الشركة الوطنية الايرانية للبترول و الذي تم ابطاله ولقد تمسكت هذه الشركة الايرانية بعدم اختصاص المحكم اعمالا للقانون الايراني الذي صدر بعد توقيع العقد .

و لقد اثبت المحكم الوحيد ان الشركة الوطنية الايرانية للبترول تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة ، الا انه توصل مع ذلك بالنظر الى الصلا ت الوثيقة القائمة بين الشركة الايرانية والدولة الايرانية ذاتها و ذلك فيما يخص الالتزام الناجم عن القانون الدولي باحترام الاتفاقيات الناشئة عن التحكيم

و ترتيبا على ذلك فقد توصل المحكم الى الاعتراف بالاختصار لنفسه اذا انه من المبادئ المعترفة بها في القانون الدولي العام ان الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في عقد مبرم بواسطة الدولة ذاتها او من خلال جهاز خاضع لها لا يمكن بإدارة المنفردة في تاريخ لاحق ان تمنع الطرف الاخر المتعاقد معها من الالتجا ء الى الوسيلة المتفق عليها بين الاطراف لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما "[85]

وبالتالي ومن خلال هذا الحكم و احكام اخرى مماثلة يذهب جانب من الفقه الى القول بان هذه الاحكام تظهر وجود مبدأ يقضي بعدم جواز للدولة او الشخص المعنوي العام اتخاد اجراءات او قوانين لاحقة من اجل التخلص من التزاماتها باللجوء الى التحكيم مادام هذا الالتزام صدر صحيح من ذ البداية، وهو ما يسمى بشرط الثبات التشريعي . [86] لانه بالاتفاق على هذا الشرط الطرف الاجنبي يكون مطمئن الى تسوية النزاع عن طريق التحكيم، و من تم لا يجب ان يفاجأ بالقانون الداخلي ، بناءا على مبدأ حسن النية .

وهذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري في قانون الاستثمار اذ نصت المادة 22 منه على : " لا تسري الاثار الناجمة عن مراجعة او الغاء هذا القانون التي قد تطر أ مستقبلا على الاستثمار في اطار هذا القانون الا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة" [87]

المطلب الثاني: التمسك بعدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم

---

[85] حفيظة السيد الحداد :**العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية** ، المرجع السابق ،ص 291 و 292.

[86] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 293.

[87] المادة 2 من قانون رقم 16 – 09 المؤرخ في 3 اوت 2016 ، و المتضمن لقانون ترقية الاستثمار،الجريدة الرسمية عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 3 اوت 2016 . ص 22

وحتي يتسنى لنا دارسة هذه العقبة لابد من القاء الضوء على قضية (Fromatome) كأحسن مثال (الفرع الاول) ثم نتطرق الى موقف القانون و الاتفاقيات الدوليين من اعمال هذه العقبة للتخلص من شرط التحكيم(الفرع الثاني) .

الفرع الاول : قضية Fromatome ضد ايران

ويتخلص النزاع المعروض على محكمة التحكيم و المكونة من الاساتذة (picne la live) رئسيا و (Jacques Robent ,B ,Goldman) في الدعوى المرفوعة من الشركة الفرنسية (Fromatome, Alsthom – Atlantique et Spie Batignales) ضد المنظمة الايرانية للطاقة الذرية والتي قامتها الشركات الفرنسية الثلاثة ضد المنظمة المذكورة للمطالبة بالزام المنظمة بدفع مبالغ مستحقة لها ناجمة عن العقد المبرم بين الطرفين في 28 سبتمبر 1977 بغرض انشاء مفاعل ذرى مركزي و الذي تم الاتفاق عليه بين تحت مظلة الاتفاقيات الدولة الموقعه بين الدولتين الفرنسية و الايرانية .

ولقد دفع الطرف الايراني في هذه الدعوى ببطلان العقد الاصلي المبرم في 7 سبتمبر 1977 بين المنظمة الايرانية للطاقة الذرية و الشركات المذكورة استنادا الى عدم اهلية رئيس المنظمة الايرانية للطاقة الذرية في ابرام هذا العقد اذ انه قام بالتوقيع على هذا العقد دون الحصول على اذن سابق من مجلس المنظمة و ايضا من البرلمان الايراني نفسه وهو الامر الذي يرتب القانون الايراني الصادر في 11 يوليو 1974 على تخلفه بطلان التصرف الصادر عن رئيس المنظمة بطلان مطلقا غير قابل للإجازة.كذلك تمسك الطرف الايراني بأن بطلان العقد الاصلي المبرم في 18 سبتمبر 1977 يرجع ايضا الى ان رئيس المنظمة قام بتفويض سلطاته الى المدير العام بالمنظمة و ذلك رغم عدم حصوله على التصريح السابق من قبل مجلس المنظمة و ايضا من البرلمان وهي امور يتطلبها القانون الايراني المذكور ويترتب على تخلفها بطلان التصرف ..... [88]

فلقد تمسكت ايران بعدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها نظر لان الفصل في ذلك النزاع سوف يؤدي بالمحكمة الى المساس بالسيادة الوطنية لدولة ايران ، وهو الدفع الذي لم تلتفت اليه المحكمة[89]. لكن محكمة التحكيم تنص بانه اذا كان قرار الحكومة الايرانية بوقف سياستها النووية بعد قرار سيادي ولا يجوز خضوعه للتحكيم فان الاثار المالية لهذا القرار تكون قابلة للبث فيها بواسطة التحكيم .

الفرع الثاني : موقف القانون و الاتفاقيات الدوليين من التشكيك في عدم قابلية النزاع

---

[88] انظر القضية كاملة : حفيظة السيد الحداد :**العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية** ، المرجع السابق . ص 89 و ما بعدها.

[89] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق . ص 287.

للتحكيم.

في هذا الصدد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في اطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به احدى الدول الافريقية في نزاعها مع شركة فرنسية ، على اساس ان حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء اجنبي ،واستندت الهيئة الى كون هذه الدولة لم تكن مجبرة على ابرام اتفاق التحكيم، بل كان ابرامها له وفق ارادتها. كما ان اتفاقية نيويورك لسنة 1958 قد نصت في مادتها الخامسة على امكانية لجوء الدولة لابرام اتفاق التحكيم الدولي،وكذلك اتفاقية جنيف 1961 في مادتها الثانية التي تنص صراحة على اهلية الشخص المعنوي في اللجوء الى التحكيم .[90]

وبالتالي فلا يمكن للدولة او الشخص المعنوي العام التابع لها التمسك بسيادتها و بحصانتها القضائية في مواجهة الطرف الاخر وامام دولة متعاقدة اخرى يتم التحكيم على اقليميها او بموجب قانونها ، متى قبلت صراحة منذ البداية على إخضاع النزاع الناشئ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم.[91]

ومن تم فانه لكي يحدث التمسك بعدم قابلية النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم اثاره المرجوة فانه لابد حتي عند ممارسة الدولة لسيادتها ان تكون مقيدة في ممارسة هذه الحقوق وهذا ما يفترض ان يوجد داخل فكرة السيادة ذاتها منقطة لا يمكن خضوعها للممارسات الحرة من قبل الدولة ،و بالتالي فان تمسك الدولة بعدم قابلية النزاع القائم بينها وبين المستتمر الاجنبي للفصل فيها بواسطة التحكيم لا يحدث اثره في سلب المنازعة من التحكيم [92]

---

[90] عدلي محمد عبد الكريم : **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية،** رسالة دكتوراه في القانون الخاص ،جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2011 ، ص203.

[91] عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق ،ص 203.

[92] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق . ص 288.

المبحث الثالث : آثار رفض الدفع بعدم الاهلية للخضوع للتحكيم.

سبق القول بان الدولة ليس لها ان تدفع بعدم اهليتها للخضوع لاتفاق التحكيم تأسيسا لمبدأ حسن النية في المعاملة بين المتعاقدين، وبناءا عليه فإنه يترتب على هذا الرفض انه يتعذر على الشخص المعنوي العام تغير شروط العقد بالارادة المنفردة(المطلب الاول)،كما يترتب عليه ايضا امكانية رجوع الدولة على الشخص المعنوي العام متى كان هو او ممثله المتسبب في الحكم (المطلب الثاني).

المطلب الاول : تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالارادة المنفردة كأساس لحماية الاستثمار

التحكيم نظام رضائي يقوم على مبدأ سلطان الارادة ’و الفكرة الاساسية في هذا المبدأ هي ان العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية للارادة ، بمعنى ان الارادة هي وحدها من تحكم في مصير هذا العقد، اي لا يجوز تعديل و لا إلغاء هذا العقد إلا بناءا على ارادة اطراف العقد مجتمعة ’ فلا يجوز لأحد الاطراف ان يقوم بصورة منفردة بهذا العمل ، كما يجوز ذلك للقانون و لا للقاضي .[93]

يعد مبدأ سلطان الارادة في ميدان العلاقات التعاقدية بمثابة عرف دولي او مبدأ عام معترف به في كافة النظم القانونية وتعزى دوافع تفضيل اطراف العقد لهذا المبدأ الى عدة اعتبارات ، يأتي في مقدمتها الرغبة في اختيار افضل القواعد التي تحكم عقدهم دون التقيد بقوانين دولة معينة (كقانون الجنسية مثلا)رغم عدم ملاءمتها.لذلك يعتقد البعض مثل الفقيه philipe fouchard ان غياب قانون الارادة يعد خيارا سيئا،خاصة على مستوى القضاء التحكيمي لان مبدأ سلطان الارادة عندما يظهر على مستوى التشريعات الوطنية ، يظهر مقيدا بمجموعة من الضوابط اللازمة لاعماله لدرجة قد تصل الى حد استبعاده نهائيا في مجالات معينة .[94]

الفرع الاول : القيود الواردة على ارادة الاطراف

---

[93] فؤاد محمد محمد ابو طالب ، المرجع السابق ،ص 200.

[94] وفاء مزيد فلحوط: **النظام القانوني الواجب التطبيق في اطار التحكيم التجاري الدولي** ، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي

لضمان فعالية نظام التحكيم ،كان من الضروري وضع قيود على ارادة اطراف العلاقة التعاقدية ، و من الامثلة الواردة في هذا المجال نجد المادة 25 فقرة 1 من اتفاقية البنك الدولـــي للإنشـــاء و التعمير [95] إذ تنص في اخر الفقرة على انه عندما يعطى الطرفان موافقتهما ،لا يجوز لأحدهما ان يسحب موافقته بإرادته المنفردة [96] .

كما انه يوجد مبدأ مهم من مبادئ التحكيم الا و هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص و الذي يمنح هيئة التحكيم الفصل في مسألة اختصاصها ، وهذا يعني ان يختص المحكم بتحديد اختصاصه و نظر المنازعات المتعلقة باختصاصه ،و تحديد نطاق سلطته، وتقرير مدى صحة النزاع و هذا ما أكدته معاهدة جنيف لسنة 1961 حيث نصت المادة 5 منها على : " لا يلتزم المحكم الذي ينكر عليه الاطراف الاختصاص ان يتخلى عن نظر المنازعة و له ان يفصل في مسألة اختصاصه ، وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم او في وجود و صحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزء منه وذلك دون اخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي " [97].

الفرع الثاني : مدى سلطة هيئة التحكيم في مواجهة التدابير الانفرادية

من ابرز الاسباب التي تجعل الدولة او الشخص المعنوي العام الى اتخاد تدابير انفرادية بالرجوع عن اتفاق التحكيم نجد مثلا تأميم او المصادرة او نزع ملكية المشروع محل الاتفاق لأجل المصلحة العامة اي بشكل عام عمل سيادي. يرى غالبية الفقه ان اختصاص هيئة التحكيم في مثل هذه المنازعات تنصب فقط في البحث عن التعويض المناسب لجبر الضرر الناجم عن الاجراء المتخذ من قبل الشخص المعنوي ، دون النظر الى امر شرعية الاجراء نفسه، اذ ان المحاكم الدولية او محاكم التحكيم لا يدخل في اختصاصها ارغام الدولة على الرجوع عما اتخذته من اقرارات و الزامها بتنفيذ العقد، بمعنى انه لا يجوز لهيئة التحكيم ان تتعرض لشرعية التأميم او المصادرة و انما يتعين ان يقف اختصاصها عند حدود نظر التعويضات الملائمة.وبالتالي فان الاجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة، بهدف وضع حد لالتزاماتها ،لا تخرج بطبيعتها من قضاء التحكيم ، كما ان مبادئ القانون الدولي لا تحول دون تقرير الحق للطرف المضرور ، بان تقوم الدولة وهي الطرف الاخر في العقد ، بتنفيذ عين التزاماتها و المترتبة على هذا العقد،الا اذا كان ذلك التنفيذ بطبيعته، او حسب الظروف، يوصف بالاستحالة المطلقة.([98])

---

[95] الاتفاقية المنشأ للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965

[96] فؤاد محمد محمد ابو طالب، المرجع السابق ،ص202

[97] ايناس هاشم رشيد : التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة ،**مجلة رسالة الحقوق** ،السنة السابعة، العدد الاول ،جامعة كربلاء ، سنة 2015 ص 280

[98] عصام الدين القصبي : **التحكيم الدولي و الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار**، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، ص 246.

وبالتالي فإن اتفاق التحكيم لا ينتهي الا بأحد الحالتين :

- إما بصدور حكم التحكيم الذي يحسم النزاع و ينهي الخصومة .
- وإما بإتفاق جميع الاطراف ،على انهاء الاجراءات قبل صدور الحكم .([99])

المطلب الثاني : حق الدولة في الرجوع على الشخص المعنوي العام بعد صدور حكم التحكيم

رغم ان المشرع الجزائري استثنى اشخاص القانون العام من المسؤولية الجزائية في قانون العقوبات [(100)]، وطبقا للمادة 51 مكرر منه ، إلا انه بالرجوع الى قانون الوقاية من الفساد و مكافحته ،نجده قد أقر بمسؤولية الشخص المعنوي و ممثله متى ابرم صفقة غير قانونية(الفرع الاول)،وفرض عقوبات على كل منهما (الفرع الثاني).

الفرع الاول : الاقرار بمسؤولية الشخص المعنوي العام و ممثله القانوني.

تنص المادة 53 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته [(101)]،على :"يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات".

فباستقراء هذه المادة نجد أنها جاءت بشكل عام و لم تحدد نوع الشخص المعنوي المقصود، هل هو عام ام خاص ، و بالتالي لا يوجد اي مانع من تطبيقها على الشخص المعنوي العام ،التساؤل المطروح هنا هو : ماهي الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ؟نص قانون مكافحة الفساد على العديد من الجرائم،لكن ما يهمنا هنا هي جرائم الصفقات العمومية ،إذ تنص المادة 9 من مكافحة الفساد على "يجب ان تؤسس الاجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية .ويجب ان تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية؛
- الاعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء؛
- معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية؛
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد ابرام الصفقات العمومية"

---

[99] فؤاد محمد محمد ابو طالب ، المرجع السابق ،202.

[100] الامر 66 -156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد (49)، لسنة 1966.

[101] القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد ()،

فمن خلال هذه المادة فإن عدم احترام اجراءات ابرام الصفقات العمومية من قواعد الشفافية والعلانية و الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء والمنافسة وكل ما يخص اتخاد القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية يعد جريمة يعاقب عليها القانون .[102]

كما جاء قانون مكافحة الفساد بجريمة أخرى تخص الصفقات هي جريمة منح الامتيازات غير مبررة أو ما سمـي بجريمة المحاباة التي نصت عليها فـي المـادة 26 ، و جنحة المحاباة هي ابرام عقد او صفقة أو مراجعتها او تأشيرها بشكل مخالف لأحكام المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجاري بها العمل [103] ،ويعد مخالفة من هذا القبيل إبرام صفقة دولية والإتفاق على شرط التحكيم فيها دون إخضاعها إلى الشروط الواردة في المادة 153 فقرة أخيرة من تنظيم الصفقات العمومية بخصوص موافقة مجلس الوزراء حول اتفاق التحكيم بعد إقتراح الوزير المختص ، فمتى تم قبول شرط التحكيم في صفقة دولية دون اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة اثناء اجتماع الحكومة [104]، فإن هذا الشرط يعد مخالفا لأحكام التشريع ويعد جريمة من الواجب المعاقبة عليها، كما نص قانون مكافحة الفساد كذلك على جريمة اخرى هي جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في مادته 27 ، حيث ان رشوة ممثل الشخص المعنوي العام ستؤثر لا محال على مجريات ابرام الصفقة العمومية ،و بالتالي ستكون الصفقة بلا منازع مخالفة لاحكام التشريع.

الفرع الثاني: العقوبات المقرر لكل من الشخص المعنوي العام وممثله

نص القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على عدة عقوبات تسلط على الشخص المعنوي (اولا) ،وعلى ممثله (ثانيا) في حالة ارتكابهما لجرائم الصفقات العمومية.

اولا:الجزاء المقرر من الشخص المعنوي

طبقا للمادة 53 من القانون رقم 06-01 التي تنص على " يكون اعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات " فالمشرع في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته لم يعف الشخص المعنوي من العقوبة ، ولكن احال معاقبته الى قانون العقوبات ، و بالرجوع لنص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات ، نجدها تنص على " العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات و الجنح و هي : 1- الغرامة التي تساوي مرة (1) الى (5)مرات الحد

---

[102] نبيل صقر :**الوسيط في شرح الجرائم المخلة بالثقة العامة (الفساد-التزوير-الحريق)** ،ط(د.ط)،دار الهدى،الجزائر، 2015،ص77.

[103] نبيل صقر، المرجع السابق ، ص69 .

[104] المادة 153 فقرة اخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

الاقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة .....".[105]
فبحكم طبيعة الشخص المعنوي العام ، التي تجعل من الاستحالة تطبيق العقوبات السالبة للحرية ، كما بالنسبة للشخص الطبيعي[106].

ثانيا : الجزاء المقرر لممثل الشخص المعنوي العام.

تنص المادة 34 من قانون 06 -01 على :" يعاقب بالحبس من 6 اشهر الى سنتين و بغرامة من 50.000 دج الى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون " كما تنص المادة 1/26 :" يعاقب بالحبس من سنتين الى 10 سنوات و بغرامة من 200.000 دج الى 1.000.000 دج". فمن خلال هذه المواد نلاحظ ان العقوبات المقررة لممثل الشخص المعنوي الذي ارتكب جريمة من جرائم الفساد المعلقة بالصفقات المعنوية ،تراوحت بين الحبس من 06 اشهر الى 10 سنوات ،حسب نوع الجريمة ، و بغرامة من 50.000 دج الى 1.000.000 دج.

و تجدر الاشارة هنا ،ان العقوبة تشدد كلما كان مرتكب الجريمة من ذوي الوظيفة العليا، او ضابطا عموميا،لترتفع الى الحبس من 10 سنوات الى 20 سنة ، مع الاحتفاظ بنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة ،وهذا ما نصت عليه المادة 48 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته [107].

---

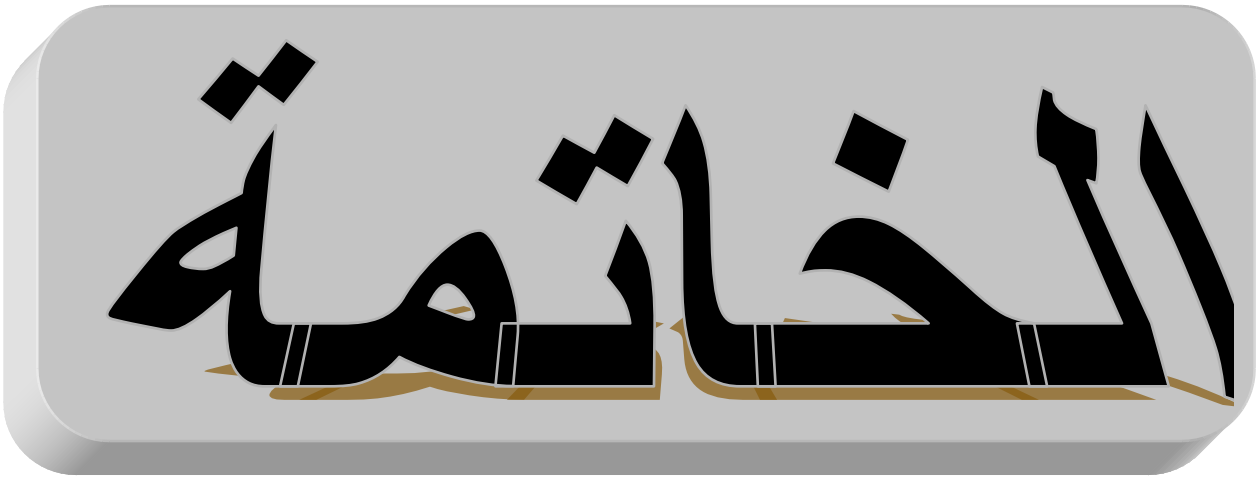
[105] احمد دغيش :**الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في اطار قانون الوقاية من الفساد و مكافحته** ،المداخلة 9،الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ،جامعة د. يحي فارس بالمدية ، 30 ماي 2013، ص11.

[106] معمر سايح:**جرائم الصفقات العمومية في قانون الفساد** ، مذكرة ماستر،جامعة محمد خيضر بسكرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2014 ، ص94.

[107] احمد دغيش ، المرجع السابق ، ص11.

خلاصة الفصل الثاني:

حاولنا في هذا الفصل التطرق الى المنازعات التي تنشأ بسبب تمسك الاشخاص المعنوية العامة بعدم الاهلية لابرام التحكيم بعد قبول اتفاق التحكيم ،و خلصنا الى انه لا يمكن التمسك بهذا الدفع سواء امام القضاء الوطني، او امام هيئات التحكيم ، اذ لايجوز للدولة و لا للاشخاص التابعين لها الرجوع عن قبول التحكيم بعد الموافقة عليه،بحجة ان قانونها الداخلي لا يسمح لها باللجوء الى التحكيم ، او ان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم ، وذلك حماية للاستثمار و المستثمر على حد سواء ، كما انهذا الدفع يتعارض و النظام العام الدولي ، و العبرة بالنظام العام الدولي لا الداخلي ، ولقد قمنا بالاشارة الى القيود الواردة على ارادة الاطراف لضمان فعالية التحكيم،وبناءا عليه فإنه بمجرد قبول اتفاق التحكيم ، يعني ذلك قابلية النزاع للتحكيم ،حتى و ان كان القانون الداخلي لا يجيز ذلك.


الخاتمة

الخـــــاتـــــمة

في نهاية هذا البحث و بعد استعراضنا لمسألة اهلية الشخص المعنوي العام لخضوعه للتحكيم من خلال آراء الفقه و الاتفاقيات الدولية و موقف المشرع الجزائري ،خلصنا الى ان اهلية اشخاص القانون العام ليست مطلقة ، فهي لا تكتمل الا باكتمال تحديد اشخاص القانون العام الذين يكون لهم حق اللجوء للتحكيم ، و كذا بتحديد الشروط و القيود التي يضعها المشرع لامكانية اللجوء للتحكيم ،و توصلنا الى عدة نتائج و خرجنا بعدة اقتراحات نوجزها فيمايلي:

النتـائج:

- جوهر الخلاف القائم بين الفقهاء في مسألة اهلية اللجوء الى التحكيم كان اساسه سيادة الدولة و حصانتها القضائية.
- اعتراف الاتفاقيات الدولية بلجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم مرتبط باعتراف القانون الداخلي للدولة الطرف في المعاهدة.
- رغم ان المشرع الجزائري اعترف بخضوع اشخاص القانون العام للتحكيم في العقود الادارية الدولية الا انه حصره في مجالات معينة كما انه قيده بشروط وضوابط محددة وبالتالي فالمشرع الجزائري انتقل من الحظر المطلق الى الحظر النسبي .
- تحديد الاشخاص التابعة للدولة والتي لها صلاحية ابرام اتفاق التحكيم بمقتضى اتفاقية واشنطن يكون وفقا لمعيارين هما المعيار العضوي و المعيار الوظيفي.
- وجود اختلاف وتعارض بين القوانين التي اعترفت باللجوء للتحكيم في القانون الجزائري بل وجود تعارض بين مواد القانون الواحد و كذا بين المادة ونصها الاصلي .
- لا يمكن للدولة او للشخص المعنوي الطرف في عقد الاستثمار التحلل من التزاماته بعد قبوله للتحكيم بحجة قانونه الداخلي .
- اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية لا تكون خاضعة الا للنظام العام الدولي و بالتالي لا يمكن للشخص المعنوي العام الرجوع عن اتفاق التحكيم ولا التمسك بالقانون الداخلي الا في حالة الاستحالة المطلقة وفي هذه الحالة تبقى دائما هيئة التحكيم مختصة في تحديد التعويض اللازم للطرف المضرور.

الاقتراحات

- ضرورة اعادة النظر في النصوص القانونية و توحيد النصوص الواردة بشأن التحكيم خاصة احكام المادتين 975 و1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ،اضافة الى ضرورة اعادة صياغة هذه المواد وفقا لنصها الاصلي.
- تعديل المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية بما يتماشى مع باقي التشريعات الخاصة كتنظيم الصفقات مثلا.
- التخفيف من القيود الواردة على مسألة لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم.
- سن تشريعات جديدة بغرض حماية المصلحة الوطنية،أو تعديل القوانين الموجودة بما يتلاءم مع الامن القومي.

Les références

قائمة المراجع بالعربية

النصوص القانونية:

الاتفاقيات:

1. اتفاقية نيويورك لسنة 1958.
2. اتفاقية جنيف الأوربية لسنة 1961.
3. اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

القوانين

1. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.
2. قانون رقم 16 – 09 المؤرخ في 3 اوت 2016 ، و المتضمن لقانون ترقية الاستثمار،الجريدة الرسمية عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 3 اوت 2016 .
3. القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد (14)،الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

الاوامر

1. الامر رقم 66-154 المؤرخ في03 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءا ت المدنية ، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد(47) لسنة 1966.
2. الامر 66 -156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم،
3. الجريدة الرسمية عدد (49)، لسنة 1966.
4. الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد(78)، لسنة 1978.

المـــراســيـــم

1. المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 اكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 66 المؤرخة في 5 نوفمبر 1995.
2. المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها ، ج ر عدد48.
3. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر عدد(50) المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

الكتب:

1. أشرف محمد خليل حماد :**التحكيم في المنازعات الادارية و اثاره القانونية "دراسة مقارنة"**،ط(1)،دار الفكر الجامعي، .الاسكندرية،2010.
2. بربارة عبد الرحمان : **شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية** ، ط (1) ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2009 .
3. حسان نوفل:**التحكيم في منازعات عقود الاستثمار** ، دار هومة ، الجزائر،2010.
4. حفيظة السيد الحداد :**العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية** ،ط(1)،دار النهضة العربية ،القاهرة.
5. حفيظة السيد الحداد: **الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية واثرها على القانون الواجب التطبيق**،ط(د-ط)،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية ،2001.
6. صبرينة جبايلي: **إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية**،ط(1)،مركز الدراسات العربية،مصر ،2016.
7. عامر فتحي اليطاشة ،دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، ط (1) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن 2008 .
8. عبد الحميد الاحدب : **موسوعة التحكيم التحكيم الدولي** ،ط(3)،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2008، الكتاب الثاني

9. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية** ،ط(بدون ط)، ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2007
10. عمار بوضياف : **شرح تنظيم الصفقات العمومية** . ط(4) ،الجسور للنشر و التوزيع ،الجزائر 2011.
11. عيبوط محند وعلي :**الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري** ،ط(ب،ط)،دار هومة، الجزائر ،2013.
12. فؤلد محمد محمد ابو طالب :**التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي (دراسة مقارنة)**،ط (1)،دار المناهج ، الاردن ،2009.
13. محمد كولا: **تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**،بدون ط،منشورات بغدادي ،الجزائر،2008
14. محمود نوري حسن :**التحكيم في تسوية منازعات العقود الادارية الدولية"دراسة مقارنة"**،ط(ب ط)،دارالجامعة الجديدة، مصر،2015.
15. مراد محمود المواجدة : **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)** ، ط (1) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن 2010
16. مصلح احمد الطراونة و فاطمة الزهراء محمودي ، **التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي** ، ط(1)،دار وائل للنشر ،، الاردن ،2013.
17. نبيل صقر:**الوسيط في شرح الجرائم المخلة بالثقة العامة (الفساد،التزوير،الحريق)**، ط(د.ط)،دار الهدى،الجزائر،2015.
18. وليد محمد عباس ، **التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية** ،ط (بدون ط) دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010 .

<u>المذكرات و الرسائل الجامعية</u>

1. حدادن طاهر : **دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2014 .

2. سمية صخري:**التحكيم في منازعات العقود الادارية،** مذكرة ماستر اكاديمي،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،2013.
3. عدلي محمد عبد الكريم : **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية،** رسالة دكتوراه في القانون الخاص ،جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2011.
4. نويوة هدى :**التحكيم في منازعات الصفقات العمومية** ، مذكرة ماجستير في المؤسسات الادارية و السياسية ، جامعة منتوري قسنطينة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، السنة الجامعية 2012/2011 .
5. معمر سايح:**جرائم الصفقات العمومية في قانون الفساد،** مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر بسكرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2014 .

المقالات و الدوريات

1. دوفان ليديا و لعجال ياسمينة : أهلية اشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم"دراسة نقدية لاحكام قانون التحكيم الجزائري" ، **مجلة دفاتر السياسة و القانون،** العدد(16)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،2017.
2. لعجال يسمينة و دوفان ليدية: اهلية الاشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم فرضيات و اشكاليات،**مجلة الواحات للبحوث و الدراسات**،المجلد 9 العدد (2)،جامعة غرداية ، سنة 2016.
3. موساوي مليكة ، التحكيم كطريق البديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية،** العدد(9) ،المركز الجامعي لتامنغست،سبتمبر 2015.
4. ايناس هاشم رشيد : التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة ،**مجلة رسالة الحقوق** ،السنة السابعة، العدد الاول ،جامعة كربلاء ، سنة 2015.

المؤتمرات

1. احمد دغيش :**الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في اطار قانون الوقاية من الفساد و مكافحته** ،المداخلة 9،الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ،جامعة د. يحي فارس بالمدية ،30 ماي 2013.

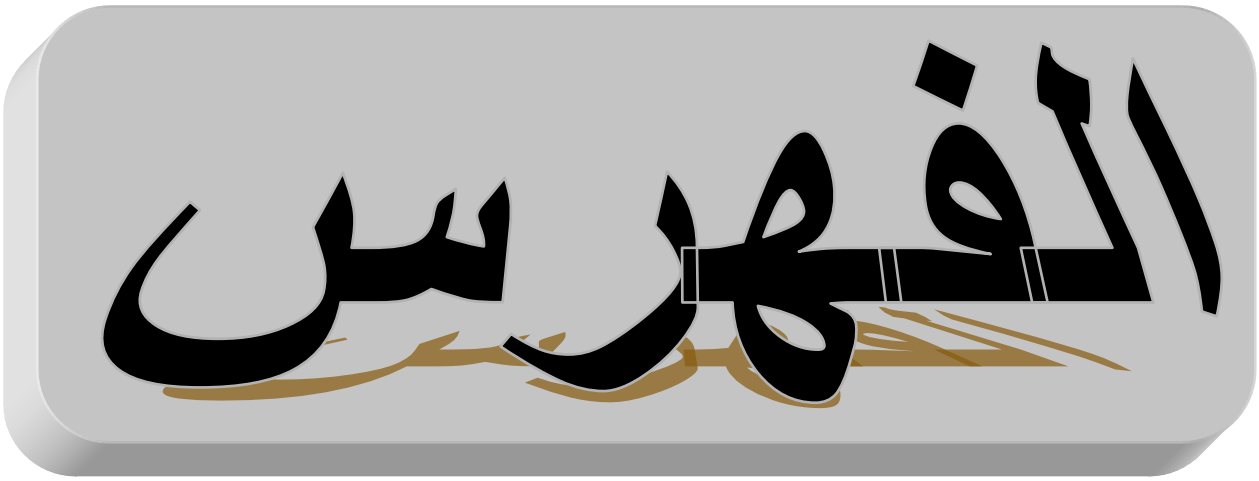
2. الطراونة مصلح : **نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الاجنبية لاتفاقية واشنطن (ICSID)** ، بحث مقدم للمؤتمر الدولي التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية واثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة ، الجزء الثالث ،جامعة الامارات العربية المتحدة،2011.
3. وفاء مزيد فلحوط: **النظام القانوني الواجب التطبيق في اطار التحكيم التجاري الدولي** ، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي.
4. عصام الدين القصبي : **التحكيم الدولي و الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار**،المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي).

المراجع باللغة الاجنبية

1. Philippe Fouchard/EmmanuelGaillard et Berthold Goldman :**Traité de l'arbitrage commercial international ,**litec liberaire de la cour de cassation ,Paris ,1996.
2. Hocine farida **;l'infficacité de l'accueil de la sentence arbitrage par le juge Algerien sur l'efficacité de l'abitrage commercial international** ,these pour le doctorat droit ,Université Mouloud Mammeri Tizi-Ouzou ,20juin 2012 .
3. Ibrahim Réfaat Mohamed EL-BéHéRRY ,**Theorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux** ,these pour le doctorat droit ,Université de Nice Sophia-ANTIPOLIS,mars 2004 .
4. Dorothé C .Sossa , **L'aptitude des personnes morales des droit public a compromettre dans l'arbitrage international OHADA :les mobiles d'une telle option**,revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial 2, fevrier 2010 .
5. Pauline mortier : **les métamorphoses de la souveraineté,** thèse de doctorat**, droit** public, Ecole doctorale Pierre Couvrat, année 2011.
6. Remigiusz Checinski,Alexandre Ddepartout,Tymoteusy Madry :**la souveraineté ou les souverainetés ?Reflexions surles relations entre souveraineté de l'état et souveraineté de la nation**,Université Adam Mickiewicz de poznan .

المواقع الالكترونية

http://jle .gov .sy/index .php/2013-08-31-22-18-22
www .alkanounia.com
http://www.tribunaldz .comforum/ti707
http://marajizkanon.blogspot.co.uk/2016/01/blog_post95.html


الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	ا – جـ
الفصل الاول :ضوابط خضوع الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم	04
المبحث الاول:الضوابط الدولية من الرفض الى الاعتراف	06
المطلب الاول :الفقه و الاختلاف بين المشروعية و عدم المشروعية	06
الفرع الاول :الفقه المعارض للجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم	06
أولا: تعارض أهلية اللجوء للتحكيم مع مبدأ السيادة	06
ثانيا:الخروج على قواعد الاختصاص للقضاء الاداري	07
ثالثا:تعارض لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم مع النظام العام	08
الفرع الثاني :الاتجاه المؤيد للجوء اشخاص القانون العام للتحكيم	08
اولا :عدم وجود تعارض بين اهلية الاشخاص المعنوية العامة في التحكيم ومبدأ السيادة	08
ثانيا :اللجوء الى التحكيم لا يعد خروجا على قواعد الاختصاص الاداري	09
ثالثا :لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم لا يتعارض مع فكرة النظام العام	10
المطلب الثاني :الاتفاقيات الدولية و التنازل عن فكرة السيادة	11
الفرع الاول :اتفاقية نيويورك 1958	11
الفرع الثاني : اتفاقية جنيف الاوروبية 1961	12
الفرع الثالث :اتفاقية واشنطن 1965	12
المبحث الثاني :الضوابط الداخلية واحترام التوقعات	14
المطلب الاول :تحديد الاشخاص في العقود الادارية الدولية	14
الفرع الاول :تحديد الاشخاص المعنوية العامة وفقا للقانون الدولي	14
اولا :النطاق الشخصي لسريان اتفاقية واشنطن	15
ثانيا :امتداد اهلية الدولة للخضوع للتحكيم لاشخاص القانون العام الاخرى	16
1 – معايير تحديد الاجهزة التابعة للدولة المتعاقدة	16
2 – موقف المركز من معايير تحديد الاشخاص	17
الفرع الثاني : تحديد الاشخاص وفقا للقانون الداخلي	17
اولا :ازدواجية نصوص قانون الاجراءات المدنية و الادارية	18
ثانيا :موقف قانون الصفقات العمومية	19
المطلب الثاني : تحديد الاشخاص في العقود الادارية الداخلية	20

الفرع الاول :مرحلة ما قبل المرسوم التشريعي 93 –09	20
الفرع الثاني :مرحلة صدور المرسوم التشريعي 93 – 09	20
الفرع الثالث :مرحلة صدور قانون الاجراءات المدنية و الادارية 08 – 09	20
خلاصة الفصل	22
الفصل الثاني :الدفع بعدم اهلية الشخص المعنوي العام للتحكيم	23
المبحث الاول : الدفع بعدم الاهلية امام القضاء الوطني	25
المطلب الاول : اثارة الدفع اثناء سير الخصومة التحكيمية	25
الفرع الاول :قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطني	25
الفرع الثاني :اختصاص القضاء الوطني في الفصل في الدفع بعدم اهلية الشخص المعنوي للتحكيم	26
المطلب الثاني :اثارة الدفع بعد صدور الحكم التحكيمي	27
الفرع الاول :رفع دعوى البطلان في مواجهة الحكم التحكيمي	27
الفرع الثاني :الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها	28
المبحث الثاني : الدفع بعدم اهلية الشخص المعنوي العام امام هيئات التحكيم	29
المطلب الاول : التمسك بأحكام القانون الوطني	29
الفرع الاول :القانون الداخلي يحظر اللجوء الى التحكيم	29
الفرع الثاني :تعديل القانون الوطني بعد ابرام اتفاق التحكيم	30
المطلب الثاني :التمسك بعدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم	31
الفرع الاول :قضية fromatome ضد ايران	31
الفرع الثاني :موقف القانون و الاتفاقيات الدوليين من التشكيك في عدم قابلية النزاع للتحكيم.	32
المبحث الثالث : اثار رفض الدفع بعدم الاهلية للخضوع للتحكيم	34
المطلب الاول : تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالارادة المنفردة كأساس لحماية الاستثمار	34
الفرع الاول :القيود الواردة على ارادة الاطراف	34
الفرع الثاني :مدى سلطة هيئة التحكيم في مواجهة التدابير الانفرادية	35
المطلب الثاني :حق الدولة في الرجوع على الشخص المعنوي العام بعد صدور حكم التحكيم	36
الفرع الاول :الاقرار بمسؤولية الشخص المعنوي العام و ممثله القانوني	36

الفرع الثاني :العقوبات المقررة لكل من الشخص المعنوي العام و ممثله	37
اولا :الجزاء المقرر للشخص المعنوي العام	37
ثانيا :الجزاء المقرر لممثل الشخص المعنوي العام	38
خلاصة الفصل الثاني	39
الخاتمة	40
المراجع	43
الفهرس	50
الملخص	54

الملخص

تعتبر مسألة أهلية الاشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم من ابرز المشكلات التي تعترض قضاء التحكيم بمناسبة النظر في منازعات العقود الادارية الداخلية او الدولية، وذلك لما لها من تأثير على الاستثمار و على الاستقرار الاقتصادي ، لذا كانت هذه المسألة محل جدل كبير بين فقهاء القانون،وسعت الدول الى تكريسها وذلك بإبرام معاهدات والتصريح بشأنها في قوانينها الداخلية ، و لقد التحق المشرع الجزائري بركب الدول المعترفة بالأهلية بعد الحظر المطلق لها ، وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية و في قوانين خاصة كقانون الاستثمار في المادة 24 منه ، إلا ان المشرع الجزائري و في نفس النصوص التي اجازت اللجوء الى التحكيم ،وضع قيود و ضوابط تضيق من نطاق الاهلية.واستنادا لمبدأ حسن النية المستقر دوليا، فإنه ليس لأشخاص القانون العام التذرع بعدم اهليتها للخضوع للتحكيم بهدف التنصل من التزاماتها ، بعد ان تم قبول الشرط.

الكلمات المفتاحية: اهلية اشخاص القانون العام – العقود الادارية – العقود الدولية – عقود الاستثمار – المنازعات الادارية.

Résumé:

L'aptitude des personnes morales de droit public a se soumettre à l'arbitrage est un élément qui entrave la justice arbitrale a connaitre des litiges en matière de contrats administratifs internes ou internationaux, ce qui a des conséquences sur l'investissement et la sécurité des transactions commerciales. cette question a nécessite controversées entre juristes au point ou les écarte ont fini par acceptes le recours a l'arbitrage, en adoptant les traites internationaux, puis en l'incluant dans leurs législations internes , comme la fait l'Algérie après s'y être opposé avec force. L'aptitude des personnes morales publiques a se soumettre a l'arbitrage est prévu désormais dans le code de procédure civile et administrative Algérien, et a l'article 24 de la loi au l'investissement, mais avec les règles et des restrictions qui rétrécissent son champ d'application et son efficacité. Sur la base du principe internationalement admis et constant de la bonne foi, les personnes morales publiques n'ont aucune excuse pour refuses l'arbitrage afin de se soustraire à leurs obligations contractuelles, après en avoir accepté le principe.

Mots-clés :L'aptitude des personnes de droit public - Contrats administratifs - Contrats internationaux - Contrats d'investissement - Contentieux administratifs.

Abstract:

The ability of legal persons of public law has to submit to arbitration is an element which hampers justice arbitration know of administrative contracts, internal or international disputes, which has implications for investment and security of commercial transactions .This question has requires controversial among lawyers at the point or out ended by accept the appeal a arbitration, by adopting international treaties, then including it in their domestic laws, as does the Algeria after be opposed with force .The ability of public corporations has Stoops arbitration is now provided for in the code of civil procedure and administrative Algerian, and article 24 of the Act to the investment, but with rules and restrictions that narrow its scope and effectiveness .On the basis of the internationally accepted and constant of the good faith principle, public corporations have no excuse to refuse arbitration to evade their contractual obligations, after agreeing in Principe.

Keywords: The ability of the persons of public law - administrative contracts - international contracts - investment contracts - administrative disputes.