

التحكيم في العقود الإدارية الخاصة بنظام البوت

B.O.T

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون إداري

إعداد الطالب:
فضيل مناوي

لجنة المناقشة :

الصفة	الجامعة	الاسم واللقب
رئيسا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	د/: فائزة جروني
مشرفا ومقررا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	د/: مليكة بطينة
مناقشا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	أ/: غنية نزلي

السنة الجامعية: 2017 / 2018

سُبْحَانَ اللَّهِ عَمَّا يُشْرِكُونَ
اللَّهُ أَحَدٌ
لَمْ يَلِدْ وَلَمْ يُولَدْ
لَهُ كُنُوزٌ غَيْرُ مَعْدُودٍ
سُبْحَانَ اللَّهِ عَمَّا يُشْرِكُونَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ ﴾

﴿ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمَا لِلَّهِ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(سورة الشورى: آية رقم 10)

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين (أمي و أبي) رحمهم الله عرفانا وإحسانا

إلى جميع إخوتي وأخواتي صحبة ومودة

إلى زوجتي و ابني "عبد الفتاح"

إلى كل من علمني حرفا

من المدرسة القرآنية إلى الطور الابتدائي و متوسط و ثانوي و

الجامعي

إلى كل من ساهم في انجاز هذا العمل

إلى كل طالب للعلم مثني في تحصيله

شكر و تقدير

مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم

"من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

أسجد لله عز وجل، شاكرا أن وهبني القوة والمقدرة والبحث ويسر لي طريق النجاح.

كما أتوجه بخالص الشكر و التقدير و العرفان والامتنان

إلى الأستاذة المشرفة جزاها الله عنا كل خير الدكتورة: مليكة بطينة التي تابعت عملي هذا و لم

تبخل علي بنصائحها و توجيهاتها القيمة و المفيدة

وإلى أعضاء لجنة المناقشة على توجيهاتهم وتصحيحاتهم و إضافاتهم وتقديرهم

كل من الدكتورة: فايذة جروني رئيسا و الأستاذة: غنية نزلي مناقشا

و إلى من قدموا لي بعض المراجع، والتوجيهات والتجارب

إلى كل من أمّدي يدّ المساعدة من قريب أو من بعيد كان سند لي بعد الله في هذا

المشوار الدراسي

لهم ألف تحية و شكر و عرفان

فضيل مناوي

مقدمة

يعتبر إنشاء وتشغيل وإدارة المرافق العامة التي تقدم الخدمة للشعب كان ولا يزال الشغل الشاغل للدولة القديمة والحديثة على حد سواء، ولم تتخلى الدولة يوما عن مسؤولياتها تجاه هذه المشاريع التي تمس البنية الأساسية للدولة.

لكن في ظل نظام العولمة وتحرير التجارة الدولية بين الدول فقد ازدادت الأعباء على الدولة مما أثقل كاهلها وأصبحت لا تستطيع تمويل كافة مشاريع البنية الأساسية وتشغيلها بصورة دائمة بما يوفر الخدمات المطلوبة منها على الوجه الأكمل وبما يواكب تطورات العولمة والانفتاح على السوق وخاصة أن هناك العديد من الدول قد وجدت نفسها عاجزة ماليا عن متابعة قيامها بإدارة المرافق العامة الاقتصادية بسبب الخسائر الضخمة للقطاع العام، وقد أثبتت التجربة عدم نجاح إدارة الدولة وأشخاص القانون العام للمرافق العامة الاقتصادية في معظم دول العالم المتقدمة والنامية فهي تعاني من انخفاض العائد من الاستثمارات التي تدار بواسطة القطاع العام إضافة إلى عدم قدرة هذا القطاع على الاستخدام الأمثل للموارد.

إزاء ذلك وجدت معظم الدول نفسها تتجه نحو مشاركة القطاع الخاص في تقديم وتنمية وتطوير الخدمات العامة الأساسية ذات الطابع الاقتصادي ولم يقتصر هذا الاتجاه على الدول الصناعية وحسب بل امتد ليشمل البلدان النامية على اختلاف درجات تقدمها وتطورها وملاءتها المالية، لذلك فقد انصرفت الأفكار إلى ضرورة إيجاد آليات قانونية واقتصادية توافق ما بين متناقضين بحيث يتدخل القطاع الخاص في إنشاء وإعداد المرافق العامة وإدارتها، وفي الوقت نفسه لا يتم التفريط في ملكية هذه المرافق وتنظيمها والتي تشكل رأس مال اجتماعي مهم وكذلك لا تفرط في الدور الاجتماعي الذي قامت لأجله هذه المرافق والمتجسد في تحقيق النفع العام ضمن ظروف الاستمرار والانتظام والمساواة بين المواطنين في اقتضاء الخدمات من هذه المرافق.

وقد ظهر نظام عقود البوت B.O.T باعتباره الأسلوب الذي يتناسب مع ضخامة المشروعات المطلوبة من الدولة وإقامتها وغزارة الأموال اللازمة لتمويلها فيسمح للدول بإقامة تلك المشروعات بدون أن تتكبد ميزانيتها أعباء التمويل.

وبذلك شكل عقد البوت B.O.T منعطفا جوهريا في كيفية إدارة المرافق العامة في الدول فهو عقد جديد في حلته انتشر في مختلف دول العالم بما في ذلك الدول العربية ومنها الجزائر

انتشارا سريعا خلال العقدين الماضيين، وقد وفدت هذه الآلية العقدية إلى العالم العربي وانتشرت في كل أنحاء العالم إلا أن المشكلة الحقيقية التي ثارت في هذا النطاق أن هذه الآلية ذاتها قد جاءت على أرضية قانونية انكلوأمريكية تلك الأرضية القائمة أساسا على مبدأ القدسية المطلقة للعقد لتطبق في مجال هو حكر لنظرية أصلية أبدعها النظام القانوني اللاتيني واستقر تطبيقها في الدول العربية هذه النظرية هي نظرية العقد الإداري والتي تقع ضمن مشتقات القواعد المتعلقة بعقد الالتزام الذي لا يكيف عقد البوت B.O.T إلا على أساس أحكامه المختلفة.

ومن هنا تتجلى أهمية موضوع عقود البوت عمليا، في أنه يعتبر من بين أهم الموضوعات الخاصة في المجال الاقتصادي العالمي الحديث المحلي والدولي، إذ يعد عقد البوت عقد إداري يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهدها أو تمنحها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية والأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة أو الهيئة العامة بعد انقضاء المدة المتفق عليها.

غير أن في إبرام هذه العقود بين الدول ولأشخاص القانون الخاص سواء كانت محلية أو أجنبية، قد تدور بعض المنازعات بينها مما يستوجب اللجوء إلى وسيلة أخرى دون القضاء لحل أو تسوية منازعات البوت ولهذا ظهر التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات ومن ثم تكمن الأهمية العلمية لدراسة الية التحكيم فيه-تحديدا- كطريق بديل لحل نزاعات عقود البوت، لما يمتاز بالسرعة وسرية المحاكمة، التي لا يمكن أن يتسم بها القضاء.

من هذه الأهميتين تولدت رغبتنا الذاتية في البحث في هذا الموضوع ودراسته وهذا لحدثة موضوع عقود البوت إذ تعتبر من العقود الحديثة في مجال المعاملات الاقتصادية وكذلك حداثة موضوع التحكيم كطريق بديل في حل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بالأخص عقود البوت.

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

هل أن المشرع وضع قواعد قانونية كفيلة بتطبيق آلية التحكيم لفض نزاع الناجمة عن عقد البوت؟

وتتفرع هذه الإشكالية إلى مجموعة من التساؤلات التالية:

- ما هو عقد البوت؟ ما طبيعته القانونية؟
 - متى يتم إدراج شرط التحكيم في عقود البوت؟
 - وهل آلية التحكيم كفيلة لتسوية منازعات عقود البوت؟ أم يوجد وسيلة تسوية أخرى؟
- تهدف دراسة عقود البوت عمليا- التي فرضت نفسها في الحياة العامة و خاصة مع التطورات الحاصلة في العالم-، إلى البحث عن طرق حل منازعات هذه العقود بطريق اللجوء إلى طرق تتناسب مع مبادئ سير المرفق العام من جهة والمحافظة على المال العام من جهة اخرى، فكان التحكيم الطريق البديل لحل منازعات العقود الإدارية، وعليها تبرز الاهداف العلمية للدراسة بالبحث عن النصوص القانونية - أيا كانت درجتها في التشريع- التي تحدد ممارسة الية التحكيم في هذه العقود وجمعها في مدونة تسهّل العمل بها للقاضي والمتقاضي ودراسة افاقها لرجل القانون.

ولأجل تقديم الدراسة في صورة علمية كان علينا الاعتماد على منهج تحليل مضمون كونه المنهج الأنسب في تحليل النصوص القانونية لأجل تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت، ومن ثم تحديد النصوص القانونية لدراسة إجراء الية التحكيم فيها، موضوعية كانت أم اجرائية خاصة ما يتعلق بأحكام القانون الاجراءات المدنية و الإدارية 09/08

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا ندرة المؤلفات القانونية ذات الجزائري التحليل الفقهي الجزائري التي تخص التحكيم في عقود البوت لحدثة موضوع التحكيم كطريق بديل في حل المنازعات العقود الإدارية، وذلك لنقص الأحكام الصادرة في هذا الصدد.

وللإجابة عن إشكالية مذكرتنا قمنا بتقسيم خطة الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول مفهوم التحكيم في عقود البوت، مبرزين مفهوم عقود البوت، وتعريف التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على التحكيم، وتناولنا في الفصل الثاني أحكام التحكيم في عقود البوت، مبرزين فيه أشكال التحكيم وإجراءاته وطرق الطعن في أحكامه .

الفصل الأول

الفصل الأول

مفهوم التحكيم في عقود البوت

للحديث عن التحكيم في عقود البوت هي تعريف عقود البوت و طبيعته القانونية ثم تعريف التحكيم في عقود البوت حيث أن تعريف التحكيم و القانون الواجب التطبيق على التحكيم وللوقوف على مفهوم التحكيم في عقد البوت يستوجب أن نتطرق إلى مفهوم عقد البوت (المبحث الأول)، تعريف التحكيم و القانون الواجب التطبيق على التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم عقود البوت

إن دراسة مفهوم عقود البوت يستلزم كأولوية التطرق إلى تحديد مفهوم هذه العقود باعتبارها وسيلة بدأ اللجوء إليها يعرف انتشار على المستوى الدولي، ذلك أن هذا الأسلوب التعاقدى يقدم حلاً لولا تنمية فعالة خاصة للدول النامية، من حيث كونه وسيلة لتغطية الأعباء الثقيلة الناتجة عن إقامة مشاريع البنية التحتية من جهة و باعتباره كذلك وسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة وتأهيل اليد العاملة الوطنية على استعمال الطرق الحديثة في إقامة المشاريع وتسييرها من جهة أخرى. ولذلك كله سوف نتطرق إلى تعريف عقود البوت وتمييزه عن غيره من العقود (المطلب الأول)، والطبيعة القانونية لعقود البوت (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تعريف عقود البوت وتمييزه عن العقود الأخرى

فرض القطاع الخاص وجوده في بعض المشاريع التي كانت فيما مضى حكراً للدولة وذلك بتمويل إنشائها وتشغيلها لمدة محددة قبل إعادتها للجهة الحكومية المتعاقدة، ما يعرف بعقود البوت (الفرع الأول)، وتمييزه عن غيره من العقود (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف عقود البوت

تمثل عقود البوت صورا جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية، تستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الأجنبية أو الوطنية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها.¹

وإصطلاح أ ل B.O.T هو اختصار لثلاث كلمات انجليزية وهي :

البناء بمعنى (Build): انجاز هذه المهمة يقع عاتق المستثمر من القطاع الخاص الذي يسمى في إطار عقد البوت بشركة المشروع، وتبرم العادة هذه الشركة اتفاقا مع شركة مقاولات متخصصة لغرض بناء المرفق.²

التشغيل بمعنى (Operate): إذ تتولى شركة المشروع و بعد انتهاء مرحلة بناء المرفق وتشبيده إدارته واستغلاله، وغالبا مايجري الاتفاق مع مقاولات متخصصة لغرض بناء المرفق.

ونقل الملكية بمعنى (Transfer): وفي هذه الناحية يتشابه عقد البوت مع عقد تفويض المرافق العامة واستغلاله من جهة ، ويتميز بها عن الخصوصية، إذ انه بانتهاء مدة العقد تلتزم شركة المشروع بإعادة المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة من دون مقابل وبحالة جيدة.³

لذا فان معظم التعريفات الفقهية لهذه العقود تصبو كلها حول هذا المضمون، فقد قام الفقه بوضع تعريفات لعقد البوت وكما قامت بعض المنظمات الدولية بتعريف هذا الشكل من أشكال التمويل، لذا سنتناول تعريف الفقه والمنظمات الدولية.

أولا : التعريف الفقهي لعقد البوت

اكتسبت عقود البوت أهميتها الخاصة نظرا لأنها تكفل للدولة تقديم الخدمات العامة وفقا لمخططاتها التنموية، لذا أصبحت هذه العقود موضع اهتمام من الفقه سواء في فرنسا أو في مصر، لذا سوف نتناول تعريف الفقه الفرنسي والمصري لهذه العقود.

¹ الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 81.

² أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية عقود البوت وعقود الشراكة: دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 21.

³ المرجع نفسه، ص 21.

فلقد عرفه الأستاذ J.M. Loncle عقد امتياز البوت بأنه : " عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وإنشاء واستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد ".¹

أما الأستاذ B. AUBY ز فقد عرفه أنه "عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولى الملتزم تمويل إنشاء المشروع (البناء) ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الإستغلال) وفي نهاية المدة يلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة المانحة (تحويل) ".²

وفي مصر فلقد عرفه الأستاذ سامي عبد الباقي أن عقد امتياز البوت هو: " العقد الذي تقوم السلطة المانحة (أحد أشخاص القانون العام بتكليف احد الأشخاص القانون الخاص - شخص طبيعي أو معنوي، وطني أو أجنبي- ، بمهمة إنشاء أو استغلال المرفق العام وعلى مسؤوليته ولمدة محددة ويحصل على المقابل المالي من المنتفعين بالمرفق وفي نهاية مدة الإلتزام يلتزم بإعادة المرفق بحالة جيدة وبدون مقابل مالي في الجهة المانحة ".³

كما عرفه أغلب الفقه بأنه: " نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل شركة المشروع، بموجب اتفاق بينهما يسمى (اتفاق الترخيص)، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم و بناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش من الربح ".⁴

¹ LONCLE (J.M), Grands Projets d'infrastructures: le ,Montage Build ,Operate , Transfer (BOT),R.A.D.L ,n8, Paris , 1997,p.946 .

² AUBY(J.B), Bilan et Limites de l'analyse de la Gestion Déléguee du service, public, la Gestion du service, public, actes du colloque le 14 et 15 novembre 1996 au Sénat Organisé par l'institut Français des Sciences Administratives, R.F.D.A, n3, Paris, 1997, P.30.

³ ABDEL BAKI (s), Les Projets l'internationaux de Construction Menés Selon la Formule de (B.O.T) Build. Operate:Droit égyptien – Droit français .paris .2000 . p 60 et 70

⁴ هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع: "قانون التعاون الدولي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011،

ثانيا: تعريف المنظمات الدولية

أولت المنظمات الدولية المهتمة بالتنمية وقطاعات مرافق البنية التحتية ، اهتماما واضحا بعقد البوت بوصفه أحد أهم صور مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ البنية التحتية، إذ عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي UNCITRAL عقد البوت بأنه: " شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه الحكومة لفترة من الزمن أحد الاتحاديات المالية الخاصة ويدعي شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناءه وتشغيله وإدارته وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الدولة".¹

أما منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (unido)، فعرفت عقد البوت " هو اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية للدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين في هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العقد، لتمكين هذا الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب للاستثمار وفي نهاية المدة الزمنية المحددة، يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق للدولة، أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره طبقا لقاعدة المنافسة".²

و كذلك تطرق أيضا إلى تعريف عقد البوت البنك الدولي، على أنه : (البناء - التشغيل - النقل شكل من أشكال الامتيازات يقصد به عادة المشروعات الجديدة كلية وهو أن يقوم طرف خاص أو اتحاد شركات (كونسورتيوم) بتمويل وبناء وتشغيل وصيانة مرفق ما لفترة محدودة وبعد ذلك ينقل المرفق إلى الدولة أو هيئة عامة أخرى).³

¹ تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) الدورة التاسعة والعشرين بعنوان الأعمال الممكنة مستقبلا -

مشاريع البناء والتشغيل و نقل الملكية ، نيويورك ، 1996 ، المنشور على الموقع الآتي : www.uncitral.org

² دليل منظمة اليونيد، (unido منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية)، ص 288، نقلا عن ضريفي نادية، المرجع السابق، ص 144.

³ أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق ، ص 18.

الفرع الثاني: تمييز عقد البوت عن غيره من العقود

نجد أن هناك عدة عقود تشابه مع عقد البوت وبالتالي سوف نبين هذه العقود على النحو التالي:

أولا : عقد البوت وعقد الصفقات العمومية

تعرف عقود الصفقات العمومية حسب نص المادة الثانية من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على: " هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم مع متعاملين اقتصاديين وفقا لشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات".¹

فنجد أن كلا من العقدين يتشابهان في كون أن الإدارة طرفا في العقد، كما أن كلا من العقدين يدخل ضمن عقود القانون العام، هذا بالإضافة إلى أن كلاهما يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة. غير أن عقد الصفقات العمومية وعقد البوت يختلفان في كون أن عقود الصفقات العمومية لا ينصب على استغلال المرفق على عكس ما يتضمنه عقد البوت أين تقوم شركة المشروع ببناء واستغلال المرفق، كما أن من ناحية المقابل المالي فنجد أن في عقود الصفقات العمومية يكون الأجر متفق عليه في دفتر الشروط بينما في عقود البوت يتم تحصيل الأجر من المنتفعين بالمرفق من خلال الرسوم.

ومن أوجه الاختلاف أيضا فنجد أن عقود الصفقات العمومية ينصب في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات، بينما في عقود البوت تنصب أساسا في مشاريع البنية التحتية.

ثانيا : عقد البوت وعقد الامتياز

يعرف عقد الامتياز حسب الأستاذ لباد الناصر على أنه: " عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية، بموجبه شخصا طبيعيا (فردا) أو شخصا معنويا من القانون العام (البلدية) أو من أشخاص القانون الخاص (شركة المشروع مثلا) يسمى صاحب الامتياز تسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب المشروع بإدارة المرفق مستخدما عماله وأمواله، و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل القيام بهذه الخدمة

¹ مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر.ج.ج. العدد 50، لسنة 2015 .

اي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد ، يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق ".¹

كما نصت المادة 155 من قانون البلدية 11-10² على أنه: "يمكن للمصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم"، وأضافت المادة 156 من نفس القانون على ما يلي: " يمكن البلدية أن تفوض التسيير المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها " وبالرجوع أيضا إلي ما تضمنه قانون الولاية 12-07³ فلقد نصت المادة 149 منه على الامتياز كمايلي: " إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها".

وبالتالي فنجد أن عقد البوت وعقد الامتياز يتشابهان في كون أن كلاهما يندرجان ضمن عقود القانون العام، كما نجد أنهما يتعلقان بإنشاء وتسيير مرفق عام. ويختلفان في كون أن الإدارة تتمتع بالسلطات التقليدية -امتيازات السلطة العامة - في عقود الامتياز، بينما في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ونظرا لجذوره التاريخية فان ممارسة فان ممارسة الإدارة لسلطاتها التقليدية ينص عليها في محتوى العقد لذا فان المستثمرين الأجانب لا يقبلون عادة بممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة⁴، فضلا عن ذلك فان المنازعات الناجمة بين الطرفين في عقد البوت تخضع لإجراءات التحكيم، بينما في عقود الامتياز فإنها تخضع لقانون الداخلي للدولة المضيفة، كما أن في عقود البوت يتم التعاقد بين الطرفين بعد مفاوضات شاقة بينهما.

¹ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار الجامعة الجديدة، منشورات لباد، الجزائر، 2006، ص212.

² قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج، عدد37، لسنة 2011.

³ قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فيفري 2010، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج، عدد 12 ، لسنة 2012.

⁴ أبو بكر أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص26.

والملاحظ انه بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹، فنجد أنه يأتي بتعريف عقد لامتياز الذي ينصب على استغلال المرفق دون إنشائه، على عكس ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247²، والذي عرفه في المادة 210 الفقرة الأولى منه حيث تنص على ما يأتي : "الامتياز : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز المنشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام ويستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه".

ف نجد ان هناك قفزة نوعية حيث أشار المشرع الجزائري بصفة ضمنية إلى عقد البوت في المادة السالفة الذكر من خلال استقراء الإجراءات المتبعة لعقد الامتياز - اين تظهر مراحل عقد البوت - حيث جاء تعريف عقد البوت متشابكا مع عقد الامتياز غير ان هذه المادة اتت بصفة عامة أين قد لا تتعلق بمشاريع البنية التحتية .

ثالثا : عقد البوت وعقد التأجير التمويلي

إن عقد التأجير التمويلي هو من العقود الحديثة التي تعتمد على تداخل العديد من العلاقات القانونية والتعاون الإيجابي بين عدد من الأطراف، حيث يتضمن هذا العقد، في مرحلته المختلفة، تطبيقا لبعض العقود التقليدية، ومنها عقد بيع وعقد وعد بالبيع، وعقد إيجار، فضلا عن خيارات ثلاثة معطاة للمستأجر عند نهاية مدة العقد وهي: إما إعادة العتاد المستأجر إلى المؤجر او تجديد استئجاره لمدة جديدة، أو شراؤه بثمن منخفض .

ويشتمل عقد البوت بعقد الإيجار التمويلي على أن كلا من هما هو وسيلة من وسائل تمويل المشاريع، كما أن كلا من المقاول والمستأجر يتولى إدارة المشروع واستثماره في أثناء تنفيذ العقد، وكذلك نجد أن كلا من المقاول والمستأجر يستثمر المشروع لمصلحته الخاصة أثناء تنفيذ العقد، فالمقاول يستثمره عن طريق امتياز ممنوح له من الغدارة يخوله استيفاء رسوم الجمهور لمصلحته الخاصة والمستأجر يتعاط مع الجمهور ويتعاقد معه. ولكن العقدين يختلفان

¹ مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج ، عدد 58 ، لسنة 2010 (ملغى) .

² مرسوم رئاسي رقم 15-247 ، المرجع السابق .

من حيث أن عقد الإيجار التمويلي يخير المستأجر في نهاية مدة العقد إما بشراء الآلات والمعدات والعقارات وبإعادتها على المؤجر، بينما لا خيار للمقاول أو الملتزم، بل هو يمتلك المشروع في اثناء مدة العقد، ثم يلتزم في نهاية العقد بإعادة تملكه إلى الإدارة المختصة.¹ غالبا ما يجري تنفيذ عقد ال BOT لمصلحة الإدارة العامة و يتناول مرفقا عاما، وغالبا ما يجري تنفيذ عقد الإيجار التمويلي لمصلحة اطراف القطاع الخاص ولا يتناول مرفقا عاما (غير أن الأمر ليس جازما فقد يجري لمصلحة الإدارة).²

رابعا : عقد البوت وعقد الخصصة

تعتبر الخصصة عقدا إداريا تبرمه الإدارة كطرف أول مع طرف آخر من القطاع الخاص كطرف ثاني. وبمقتضى هذا العقد يتصرف الطرف الآخر في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كليا أو جزئيا. ويعتبر الطرف الثاني مساهما في رأس المال و شريكا في إدارة الشركة بنسبة ما يملكه، أما في حالة نقل ملكية المشروع كليا إلى الطرف فتقطع صلة الإدارة نهائيا بالمشروع. ويشتهر عقد البوت بعقد الخصصة³ في كون أن كلا العقدين يتناولان أمولا عامة تملكها الدولة، كما يجري تملك الأموال العامة في كلا العقدين للقطاع الخاص. ودائما نجد أن هناك أوجه اختلاف، حيث نجد أن عقد البوت ينصب على تسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة ملتزم ، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة من خلال وضع شروط تتصل بإنشائه و تشغيله، أما في عقد الخصصة فقد تنتقل ملكية المشروع نهائيا الى الخاص وتقطع صلة الدولة به، ولا يحق لها بعدئذ مراقبته والإشراف عليه .

خامسا : عقد البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص

يعرف عقد الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص " PPP " أنه : " عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية لمرفق عام، وإدارتها وتشغيلها وصيانتها خلال مدة العقد

¹ الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص 129 .

² المرجع نفسه ، ص 130.

³ المرجع نفسه ، ص 131.

المحددة، في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، وذلك مقابل مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية".¹

تنفق عقود البوت مع عقود الشراكة من ناحية الأطراف والعمليات والمهام المقامة في كلا العقدين التي تستهدف تمويل وإدارة مشاريع البنية التحتية، كما أنهما يتفقان في طول المدة التعاقدية باعتبارهما من عقود الإدارة والتمويل للمشاريع الضخمة. ورغم اعتبار البعض أن عقود البوت نموذجاً من عقود الشراكة، فالعقدين يختلفان في كون المقابل المالي المستحق للمتعاقد في عقود الشراكة، يتحدد في شكل ثمن مجزأ تدفعه الإدارة بصفة دورية - شهرية أو نصف سنوية - طوال مدة العقد، ولا تنشأ أي علاقة بينه وبين المنتفعين بخدمات الإنشاءات والتجهيزات محل العقد، بعبارة أخرى فإن هذا المقابل المالي لا يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال كما هو الحال في عقود البوت، إنما يرتبط بتكلفة الاستثمار والاستغلال.

ضف إلى ذلك، فإن عقود الشراكة تنص على تقاسم المخاطر والاستثمارات والأرباح التي تحدد قواعدها في نصوص العقد، كميز أساسي لعقود الشراكة عن غيرها من العقود² خلافاً لعقود البوت أين يقع على عاتق شركة المشروع تحمل المخاطر المالية ومخاطر التشغيل والإدارة، على أن تمتلك كل العائدات التي يدرها المشروع طوال الفترة التعاقدية لتغطية تكاليف المشروع وتحقيق الأرباح المرجوة.³

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقد البوت

تعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود ال B.O.T باختلاف أشكالها من أدق الإشكاليات التي أفرزتها هذه النوعية من العقود، وبالأخص في النظم اللاتينية ومنها مصر

¹ إسماعيل محمد عبد المجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 176-177.

² أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 111.

³ طاجن رجب محمود، عقود الشراكة PPP: دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 191.

حيث الازدواج القضائي¹، وتتمحور تلك الإشكالية فيما يترتب من آثار هامة حول ما إذا كان عقد ال B.O.T من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام ولهذا اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت ومرجع هذا الاختلاف هو المقارنة بين نظرية العقد الإداري وبين نظرية العقد في الفقه المدني لما يترتب عليها تلك التفرقة من آثار خصوصا في دول القانون اللاتيني حيث الازدواج القضائي.

ولهذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء في القانون المقارن

الفرع الاول: موقف المشرع الجزائري

فبالعودة إلى ما تضمنه التشريع الجزائري في تكييف هذا النوع من العقود ، يتضح أن عقد البوت يبرم وفقا لقواعد القانون العام و ذلك من خلال ما تضمنه الأمر رقم 04-08² وذلك في المادة 10 منه على : " يكرس الامتياز المذكور في المادة 4 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز " وكذلك نص المادة 21 من دفتر الشروط المتعلقة بمنح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، على مايلي: " يمكن للأشخاص المؤهلين لممارسة الرقابة، المعينين من طرف الوزير المكلف بالطاقة أو رئيس لجنة ضبط الكهرباء والغاز، ان يقوموا في أي وقت بكل الفحوص المفيدة في أداء مهمتهم وعلى وجه الخصوص أن يجروا التجارب و القياسات الضرورية وأن يطلعوا في عين المكان على جميع الوثائق التقنية و ان يحتفظوا بنسخة منها..

¹ وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يمثّلها (دراسة مقارنة)، دار الجامعة، 2011، ص32

² امر رقم 04-08، مؤرخ في 1 سبتمبر 2008 ، يحدد شروط وكيفيات منح امتياز على الأراضي التابعة للدولة والموجهة لانجاز استثمارية ، ج.ر.ج.ج، عدد 49 ، لسنة ، 2008.

وبالرجوع أيضا إلى المرسوم التنفيذي رقم 04-417¹ فهناك مجموعة من القواعد التي تترجم بوضوح ميل المشرع الجزائري إلى اعتبار العقود المبرمة وفق هذا الأسلوب بشأن هذه المشاريع من العقود الإدارية كونها يترجم الخصائص والمميزات التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، منها ما جاءت به المادة 6 من نفس المرسوم والتي تنص على: " يمنح الامتياز موضوع هذا المرسوم، عن طريق المزايدة" ، ما يدل على اللجوء إلى الأساليب المتبعة في إبرام عقود القانون العام.

ومع التغيرات التي عرفها الاقتصاد الوطني، والانفتاح على اقتصاد السوق بفضل عملية الإصلاح الشاملة التي مست مختلف مجالات وقطاعات النشاط الاقتصادي،² فبالرجوع إلى ما تضمنه المرسوم التشريعي رقم 93-09³ الذي أحدث بموجب المادة 2 منه فصلا رابعا ضمن الكتاب الثامن من الامر 66-154 بعنوان " الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي "، إذ جاء في المادة 458 مكرر على انه: " يعتبر العقد دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر احد الطرفين على الأقل في الخارج ".

الملاحظ من نص المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 أن المشرع الجزائري تبني معيار مصالح التجارة الدولية الذي يعد من المعايير المعتمد عليها لإضفاء صفة الدولية على العقد طبقا للمعيار الاقتصادي، كما أخذ فضلا عن ذلك بالمعيار القانوني الذي يعتمد على العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية والمتعلق بمقر أو مواطن أحد الأطراف، وهذا من خلال الشرط الثاني من المادة ذاتها، هكذا نجد أن المشرع الجزائري في ظل هذا المرسوم جمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد دولية النزاع، وبالتالي دولية التحكيم، وهو ما يضيق من مجال عقود التجارة الدولية بالتالي المنازعات التي تعرض على التحكيم، وذلك لاشتراطه توفر

¹ مرسوم تنفيذي رقم 04-417 مؤرخ في 20 ديسمبر 2004 ، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها ، ج.ر.ج.ج ، عدد 82 ، لسنة 2004.

² عيوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر ، " المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، العدد 1، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جانفي 2001 ، ص 63-64 .

³ مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل و يتم الأمر رقم 66-54 المؤرخ في 8 يونيو 1966. المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج.ر.ج.ج، عدد 27 ، لسنة 1993 (ملغى).

قرينة على إدارية العقد، وبالتالي تكون عقود البوت عقود إدارية وتخضع لقواعد القانون العام وإلا أن هذه الحجج قد رد عليها بما يلي.

بالنسبة للحجة الأولى ففي عقد التزام المرفق العام بمفهومه التقليدي يتم التمييز بين طائفتين من النصوص نصوص تعاقدية وأخرى لائحية فالنصوص التعاقدية هي البنود المنقح عليها بين الجهة المانحة والملتزم وعليه لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا باتفاق الطرفين.

أما النصوص اللائحية فهي المتعلقة بتنظيم المرفق وتظهر فيها مظاهر السلطة العامة لذا وتطبيق ذلك على عقود البوت تصبح التفرقة بين النصوص التعاقدية واللائحية أمر صعب.

أما بالنسبة للرد على الحجة الثانية فالواقع أن ممارسة الرقابة من قبل الجهة المانحة لا يعد من قبيل الشروط الاستثنائية وهذا ما أكده البعض من أن الرقابة والإشراف لا تعتبر شروط استثنائية في كل.

الرأي الثاني: عقود البوت ذات طبيعة خاصة

ويذهب أنصار الرأي الثاني إلى القول بأن عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة وتختلف العقود من مشروع لآخر، لذا يجب أن تتحدد الطبيعة القانونية لكل عقد على حده.

الرأي الثالث: عقود البوت من عقود القانون الخاص

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن عقود البوت من عقود القانون الخاص واستند أنصار هذا الرأي إلى أن عقود البوت من عقود الاستثمار فلا تستطيع الدولة تضمينها شروطا غير مألوفة والتي تضمنها في العقود الإدارية حيث أن وضع تلك الشروط لا تناسب هذه النوعية من العقود وهذا ما يميزها عن عقد التزام المرفق العام في صورته التقليدية، ونظرا لعدم وجود شروط استثنائية في عقود البوت فقد ذهب بعض الفقه إلى أن عقد البوت من عقود القانون الخاص في مصر ولكنه عقد إداري في فرنسا ويخلص هذا الرأي إلى أن عقد البوت من عقود القانون الخاص وبالتالي يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أضف إلى ذلك عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام باستثناء وجود بعض القوانين التي تعالج جزئيات صغيرة متعلقة بنوعية مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها. كما استند أنصار هذا الرأي على خلو نصوص القانون المدني من أية إشارة إلى هذه النوعية من العقود.

ومن جانبنا فإننا نؤيد ونرجح ما ذهب إليه الرأي الثاني القائل بأن عقود البوت ذات طبيعة خاصة وتختلف العقود من مشروع إلى آخر، لذا يجب أن تتحدد الطبيعة القانونية لكل عقد على حده.

فالواقع أنه ليس كل العقود التي تبرمها الإدارة عقوداً إدارية فالإدارة وهي تمارس نشاطها قد ترى أنه من الأصلح لها في بعض الأحوال أن تخلى عن امتيازاتها وعن مظاهر السلطة العامة وتنزل منزلة الأفراد لتبرم عقداً مدنياً فتكون بذلك على قدر المساواة مع الأفراد العاديين وبالتالي تخضع لنفس القواعد التي يخضع لها الأفراد في عقودهم أي الخضوع لقواعد القانون الخاص، إلا أنها في أحيان أخرى قد تفضل ارتداء لباس السلطة العامة لكي تكون في مركز متميز عن الأفراد مستخدمة في ذلك وسائل وأساليب القانون العام لتبرم عقوداً إدارية وبالتالي يكون الاختصاص للقانون الإداري والقانون العام وذلك في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج والتي منها مصر.

غير أن الوضع في فرنسا يتمثل في أن القانون والقضاء قد حددا معيار العقد الإداري فالقانون قد حدد عقود إدارية بنصه عليها والتي تكون دائماً إدارية، أما بالنسبة للمعيار القضائي فنجد أنه قد تطلب حتى يكون العقد إداري ضرورة وجود شخص عام كطرف في العقد وهذا الشرط مفترض، بالإضافة إلى معيار إضافي وهو كون العقد متصل بمرفق عام أو يتضمن شروط استثنائية أو غير مألوفة، أي أن المعيار القضائي للعقد الإداري في فرنسا يستلزم وجود شخص عام كطرف في العقد بالإضافة إلى أحد الشرطين وهما اتصال العقد بمرفق عام أو تضمين العقد شروطاً غير مألوفة، وبالتالي فقد ذهب الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد تفويض المرفق العام إلى القول بأن عقد تفويض المرفق العام هو عقد إداري.

أما عن موقف المشرع في النظم الأمريكية فنجد أنه يوجد ما يسمى بالعقد الحكومي ويؤكد الفقه والقضاء هناك على ضرورة الاحترام الكامل لما ورد فيه من التزامات على عاتق الطرفين بحيث يكون لكل طرف إلزام الطرف الآخر بما اتفق عليه دون زيادة أو نقصان، وبالتالي إذا قام أحد الطرفين بتعديل العقد دون موافقة الطرف الآخر فإنه يعد منتهكاً لالتزامه التعاقدية، كل ذلك نتيجة لأن النظام الأمريكي يجهل فكرة العقد الإداري الذي يعلى إرادة الإدارة على إرادة المتعاقدين معها.

المبحث الثاني

تعريف التحكيم والقانون الواجب التطبيق على التحكيم

للدراصة تعريف التحكيم و القانون الواجب التطبيق على التحكيم، يستلزم منا تحديد مفهوم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الداخلية والدولية علي حد سواء، لما يتميز به من مزايا تعالج تلك العيوب التي تشوب القضاء العادي وأهمها سرعة الفصل في المنازعات المطروحة عليه كما يستلزم منا إيضاح القانون الواجب التطبيق على التحكيم، ولهذا سوف نتطرق إلي مفهوم التحكيم في (المطلب الأول) و القانون الواجب التطبيق على التحكيم في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التحكيم

يعتبر التحكيم كآلية ووسيلة فعالة في إنهاء الخلافات التعاقدية بعيدا عن مرفق القضاء ودون تدخل من القاضي، هذا ما جعل له دورا مهما في النشاط الاقتصادي، إذ أن المستثمرين وطنيين كانوا أم أجانب يبحثون دائما على حماية استثماراتهم عن طريق قانون مرن وسريع. وهذا ما يأخذنا إلى تسليط الضوء على مختلفة التعريفات التي أوردها الفقه والقضاء ومن بين المميزات التي يتميز لها، لنصل في الأخير إلى معرفة الطبيعة القانونية له.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

يتلخص التحكيم في ثلاثة مفاهيم: لغوي، فقهي، وقضائي، نوجزها فيما يلي :

أولا : التعريف اللغوي للتحكيم :

التحكيم: مصدر -حكم-بتشديد الكاف مع الفتح، يقال: حكمت فلانا مالي تحكما إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم على في ذلك.

فالتحكيم معناه لغة: التفويض في الحكم، حكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم.

والمحكم: هو الشيخ المجرب المنسوب إلى المحكمة والحكمة في العدل، ورجل عدل حكيم، وأحكم الأمر أي أتقنه. وكلمة تحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية من فعل حكم Arbitre وهي

من الأصل الفرنسي اللاتيني من كلمة Arbitraire وتعني التّدخل بصفة حكم والتحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه .¹

يقول سبحانه وتعالى في كتابه الكريم : " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما بينهم " .²

ثانيا : التعريف الفقهي للتحكيم :

عرّف جانب من الفقه إلى أنّ التحكيم: " هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة، أو عن طريق وسيلة أخرى يرضونها " .³

ويذهب الأستاذ Robert "في تعريف التحكيم على أنه: "منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة القضاء" .

وقد جاء في تعريف التحكيم كذلك، أنّه الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معيّنين ليفصلوا فيه، دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح على محكم (Arbitre) أو أكثر ليفصلوا بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمّى في هذه الحالة مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم .⁴

ولقد عرّف التحكيم بأنّه آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدّة أطراف، بواسطة شخص أو عدّة أشخاص -المحكم أو المحكمين-، والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على الاتفاق، دون أن يكونوا مخوّلين بهذه المهمة من قبل الدولة .

ويعرف جانب من الفقه التحكيم بأنّه نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في النزاعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الشيء المقضي .

¹ مناني فراح، التحكيم بديل لحل النزاعات، دار الهدى للطباعة والنشر التوزيع ، عين مليلة، طبعة 2010، ص 15.

² سورة النساء ، الآية رقم 65 .

³ مناني فراح ، المرجع نفسه ، ص 16-17 .

⁴ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 43-45.

ويتضح من خلال التعاريف السابقة أنّ التحكيم يتميز بالخصائص التالية :

- 1- التحكيم هو قضاء خاص.
- 2- يجد التحكيم مصدره في اتفاق الأطراف .
- 3- التحكيم وظيفة حسم النزاع الناشئ بين الأطراف .
- 4- لزومية الحكم الصادر عن المحكم على الأطراف

ثالثا : التعريف القضائي للتحكيم :

عرّفت المحكمة الدستورية العليا بمصر التحكيم بأنه " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار مجرد من التحايل وقاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة " ¹.

وعرّفته كذلك محكمة النقض بأنه " اتفاق على نزاع معين على محكمين والترود على حكمهم "، وبأنه " طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكلفه من ضمانات .

وعرّفت محكمة التمييز (النقض) بدبي التحكيم أنه " طريق إستثنائي لفض المنازعات يتعين أن يتم الإتفاق عليه صراحة " .

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنّ التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم " ².

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم

غداة الاستقلال كان المشرع الجزائري حذرا وتطور واصبح عدائيا، بعد صدور قانون الاجراءات المدنية و الادارية عام 1966، فجاءت المادة 3/442 منه يمنع الدولة والاشخاص المعنوية العامة من اللجوء للتحكيم، و رغم هذا الفرض الا اننا نجد ان الجزائر قد لجأت له في نزاعاتها مع الشركات الاجنبية.

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 41- 44 .

² مناني فراح ، المرجع السابق ، 18-19.

ورفض المشرع لفكرة التحكيم الدولي نظرا لمبدأ السيادة، الذي يقضي عدم اخضاع أي منازعة تكون الدولة طرفا فيها لأي جهة أخرى غير قضائها الداخلي الذي يضمن تطبيق القانون الوطني.

وقد اقرت بالتحكيم لأول مرة بموجب الامر مرسوم 93/09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية (الملغي بموجب الامر 08/09) والحقت له قوانين الاستثمار وأكد المشرع الجزائري على مبدأ الاستقلالية اتفاق التحكيم لمسايرة متطلبات التجارة الدولية فجاء في نص المادة 4/1040 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية بسبب عدم صحة العقد الاصلي".¹

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على التحكيم

يتمتع أطراف النزاع بحرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بينهم² سواء فيما يخص القانون الإجرائي أو القانون المطبق على موضوع النزاع، وقد يعود الاختصاص في تحديد هذا القانون إلى الهيئة التحكيمية.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية

طبقا للمادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم"

وعليه فقد عدت هذه المادة حالات لاختيار القانون الإجرائي، بحيث كرست مبدأ سلطان الإرادة لِمَا منحت الأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات في اتفاق التحكيم مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي، وأخذت المادة نفسها في الحسبان عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون

¹ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص105.

² فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولية "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص166.

الإجرائي، فهنا تتولى محكمة التحكيم تحديده مباشرة، أو بالاستناد إلى قانون معين أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي.

يتبين من هذه المادة أنها تعطي للأطراف ثلاثة خيارات لاختيار القانون الإجرائي وهي:
الخيار الأول: أن يضبط الأطراف الإجراءات اللازمة لاتباع بصفة مباشرة في اتفاق التحكيم، وهذا المأخوذ به في أغلب القوانين المقارنة ومنها القانون الفرنسي في المادة 1494.
الخيار الثاني: مفاده أن يحدد للأطراف في اتفاق التحكيم قواعد الإجراءات المعمول به في نظام تحكيمي معين، بمعنى أن للأطراف حرية الأخذ بنظام معين أو هيئة تحكيمية في اتفاق التحكيم، وإن كان هذا يؤدي إلى توسيع مجال حرية الإرادة في قانون التحكيم، وما ينجر عنه من آثار ايجابية تجعل التحكيم أكثر مرونة، إلا أن هذا الخيار قد ينجر عنه مساوئ وعراقيل كما هو الحال في إغفال إجراء جوهري أو إدراج إجراء مخالف للنظام العام ولحقوق الدفاع في نظام معين.

الخيار الثالث: يمكن الأطراف من تحديد قانون الإجراءات وفقا لقانون وطني معين، قد يكون قانون الطرف الجزائري الأجنبي ونلاحظ بوضوح استبعاد تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما استبعد الإحالة المباشرة إلى قواعد إجرائية لقانون مكان التحكيم.

إلا أننا نشير إلى بعض الأحكام المنظمة لهذه المسألة في المادة 1046 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص التحكيم على خلاف ذلك" فهذه المادة تعطي لمحكمة التحكيم اختصاص البت في التدابير الوقائية والتحفظية.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ والتي تنص: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذه الاختيارات فصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

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

¹ القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

أولاً: القانون المتفق عليه من الأطراف

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، قد يكون القانون الجزائري، وقد يكون أي قانون آخر، فالمادة 1050 المذكورة أعلاه تؤكد حرية الأطراف تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فقد خول الأطراف إنشاء قواعد قانونية مختلفة لكي تنظم وتطبق موضوع النزاع المعروض على التحكيم، ومثال على ذلك أن ينفق الأطراف في عقد نموذجي أو قواعد محددة وضعتها منظمة متخصصة كمنظمة التجارة الدولية، أو مزيجاً من القواعد كأن يختار الأطراف القانون المدني الجزائري لكي يحكم ضمان العيوب، ويختاروا لمسألة التأخير نصوص القانون الفرنسي... الخ، وعليه فهذه التحكيم تطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون المختار دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف صراحة على ذلك.

ويرى بعض الفقه ضرورة تقييد هذه الحرية وعدم تركها على إطلاقها على أنه في جميع الأحوال يجب أن يراعي الأطراف في اختيارهم القانون المطبق على موضوع النزاع القواعد المتعلقة بالنظام العام، فإذا كان التحكيم يجري في الجزائر فإنه يجب مراعاة المصالح العليا للمجتمع الاقتصادية كانت أو اجتماعية أو سياسية، فعلى سبيل المثال، المنازعات المتعلقة بالعقار لا تقبل التسوية بطريق التحكيم ولا يجوز للمحكمن الفصل فيها وفقاً للقانون الأجنبي إذ تعتبر العقارات جزء من إقليم الدولة فلا يصح أن تخضع التصرفات الواردة عليها إلا للقانون الجزائري.

وقد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة ليكون المطبق في النزاع أو لقانون أحد الأطراف، ومثال الأحكام الصادرة في هذا الشأن الحكم الصادر عام 1993 لصالح الطرف الجزائري مجهز السفينة، وشركة الملاحة الفرنسية، بحيث قضت محكمة التحكيم بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري، إذ كان الطرف الجزائري قد دفع بالمادة 5 من العقد الذي يربطه بالجانب الفرنسي والتي مفادها أن يخضع النزاع للقانون المختار من طرف المحكمن.¹

ثانياً: عدم تحديد القانون المطبق

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

¹ قرار رقم 34776 صادر بتاريخ: 1985/03/23، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1989، ص 129

يتضح من النص أن المحكم في ظل القانون الجزائري يتمتع بسلطة واسعة، فهو يختار القانون الذي يرى أنه أكثر ارتباطا واتصالا بالنزاع، وأمام مرونة النص الجزائري قد يجد المحكم أن القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع هو قانون إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، المهم أن المشرع لم يقيد إرادة الأطراف وبالتالي قد يختار الحكم أي قانون، لكن الواقع العلمي أثبت على صعيد التحكيم الإداري الدولي أن التحكيم يميل أكثر إلى قانون محل إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ تأسيسا على الإرادة الضمنية للأطراف.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

أحكام التحكيم في عقد البوت

تطرقنا في الفصل الأول مفهوم التحكيم في عقود البوت، الذي يعد من عقود الدولة الاستثمارية التي تتميز بطول مدتها ما يؤدي إلى ظهور منازعات بشأنها، ولما كان قضاء الدولة المضيفة غير مرغوب فيه لتسوية هذه المنازعات ظهرت وسائل بديلة منها التحكيم التجاري الدولي، الذي يعد أكثر اعتمادا وفعالية في مجال المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ أثناء تنفيذ عقود البوت، لهذه الأسباب ومن أجلها سلطنا الضوء في هذا الفصل على إجراءات التحكيم في عقود البوت، والذي من خلاله قسمنا الدراسة إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : آلية التحكيم في عقود البوت .

المبحث الثاني : طرق الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت .

المبحث الأول

آلية التحكيم في عقود البوت

يقوم نظام التحكيم على جملة من المراحل المتتالية حيث يكون أولها في اتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم للتحكيم عن طريق إبرام الاتفاقية التحكيمية والالتزام بمختلف شروطها المترتبة عنها (المطلب الأول)، وقد يقع اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع بين الأطراف حيث يكون شرطا ضمن شروط العقد، أو يقع الاتفاق عليه بعد نشوء النزاع بينهم وهذا ما ندعوه بمشارطة التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إبرام اتفاقية التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم كنقطة بداية في نظام التحكيم، حيث اهتم كل من الفقه والقانون اهتماما كبيرا به، ونظمه تنظيما يتلاءم مع أهميته نظرا لكونه جوهر التحكيم، بحيث لا يعرض أي نزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا صريحا على الفصل فيه بطريق التحكيم.

ويعرف اتفاق التحكيم على أنه الاتفاق الذي يحيل بمقتضاه الأطراف على التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أو تنشأ بينهما في خصوص علاقة قانونية تعاقدية.¹ و يمكن القول كذلك بأن اتفاق التحكيم هو: "اتفاق الخصوم في نزاع معيّن قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المحكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص". و يتطلب لصحة اتفاق التحكيم توفر جملة من الأركان والشروط اللازمة له، وهذه الأركان و الشروط نحددها في الفروع التالية:

الفرع الأول: أركان اتفاق التحكيم

يقوم اتفاق التحكيم على ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب ويترتب على تخلف أي من هذه الأركان انعدام اتفاق التحكيم أو عدم وجوده وهو ما نتناوله على النحو التالي :

أولا الرضا:

يتحقق الرضا باتفاق التحكيم بتلاقي إرادة الأطراف على عقد اتفاق التحكيم سواء في صورة شرط أو مشاركة، ويعتبر جمهور الفقه الرضا من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد اتفاق التحكيم، ويتحقق تلاقي الإيجاب والقبول في اتفاق التحكيم في شكل أو صورة كموافقة أطراف الخصومة على تدخل الشخص في الخصومة التحكيمية، كما يعتبر الخضوع لنظام قانوني معيّن وقبول التعامل في هذا النظام من قبيل الرضا بالتحكيم.²

ولم يشترط المشرع شكلية محددة لكتابة اتفاق التحكيم، فيجوز إيراد اتفاق التحكيم في أي شكل أو صورة، العبرة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إلا كان باطلا.³

وإذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود باعتبار أنّ الطرفين سينتهيان لوضع اتفاقية مكتوبة، سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه ، لكنّ الصعوبة تثار في حالة ما إذا اقتصر لاتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة والبرقيات ... الخ ، وحتى يقع الإيجاب صحيحا لا بدّ أن يشير صراحة إلى كون الهدف من وراء اتفاق التحكيم هو نتيجة النزاع عن ولاية القضاء وأن يتم تحديد النزاع بدقّة.

والأصل أنّ صاحب الرسالة غير ملزم بالبقاء على إيجابه ، بل يمكنه الرجوع عنه ما دام الموجه إليه لم يقبله، لكنّ الوضع يختلف في حالة تحديد مدّة معينة فإنه يتعين عليه البقاء على

¹ الحسين السالمي ، التحكيم و قضاء الدّول ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات ، ط1، لبنان ، 2008 ، ص 142.

² فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف ، ط1، الإسكندرية، 2007، ص 105-106

³ أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم و الدفوع المتعلقة به ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، 2009، ص 393.

إيجابه، ولا يستطيع الرجوع عن إيجابه طوال المدة المتفق عليها، أما القبول الذي ينعقد به اتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب ويشترط فيه ان يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كل ما تناوله من مسائل (جوهرية او ثانوية) وأن يصدر القبول خلال الأجل المحدد.¹

ثانيا: المحل

الواقع أن محل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعة وموضوع اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف بالاتجاه إلى التحكيم والاستمرار فيه دون قضاء الدولة، ويتعين أن يتعلق اتفاق التحكيم من حيث محله بنزاع يجوز فيه الصلح ولا يتعارض مع نظام العام وهو ما يتعلق بمحل التحكيم²، وإلا وقع اتفاق باطلا، والحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها، والتي يعينها أن تسري عليها قواعد محدّدة هو الامر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل، فالمشرّع الجزائري عندما أجاز اللجوء إلى التحكيم للأشخاص المعنوية العامة، فقد حصرها في مجالين هما: النزاعات الناجمة عن تطبيق الاتفاقيات الدولية أو النزاعات الناجمة عن طريق الصفقات العمومية.³

ثالثا: السبب

يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله التزم العاقد، والسبب في اتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى قضاء خاص لما فيه من مميزات وتقادي قضاء الدولة لما فيه من تعقيدات إجرائية ووقتيّة، ولما يحققه من سرية مطلوبة مع فرض حسن النية، ونتيجة لما سبق فإنّ اتفاقية التحكيم عقد لا بدّ من توافر فيه أركان العقود بصفة عامة.⁴

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 271-272.

² أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق ، ص 328.

³ المادة 975 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

⁴ نبيهة بومعزة ، المجلة التوصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، عدد 35، سبتمبر 2013، ص 226.

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم

ميّز بعض الفقه بين الشروط العامة والشروط الخاصة لاتفاق التحكيم، وشروط صحة اتفاق التحكيم قد تتعلق بشكل اتفاق التحكيم وقد تتعلق بموضوع اتفاق الأطراف على التحكيم، ومن ثم تنقسم إلى شروط شكلية وشروط موضوعية على النحو التالي:

أولاً : الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في عقد البوت :

يتطلب القانون الجزائري و المقارن لصحة اتفاق التحكيم أن يتضمن مجموعة من الشروط الشكلية و التي تتمثل في أن يكون مكتوباً وأن يكون صادراً ممن له أهلية التصرف في الحق محل اتفاق التحكيم،¹ بالإضافة إلى ضرورة وجود محكم أو محكمين يتم تعيينهم،² وهذا ما سنتناوله على النحو التالي :

1- شرط الكتابة:

يقصد بكتابة اتفاق التحكيم أن يرد هذا الاتفاق محرر ومكتوب وتعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرطاً لصحته.

وبالرجوع إلى أحكام القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد بأن المشرع الجزائري نصّ على إلزامية ان يكون اتفاق التحكيم سواء في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها.³

2- شرط الأهلية :

الأهلية " la capacité " هي القدرة أو الصلاحية على إبرام التصرف القانوني والأهلية من شروط صحة اتفاق التحكيم في عقد البوت و يترتب على تخلفها بطلان الاتفاق، ويشترط فيمن يكون طرفاً في لاتفاق التحكيم ان يكون لديه أهلية التصرف في الحق موضوع الإتفاق،⁴ وهذا إعمالاً لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي تنصّ على : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "،⁵ وبهذا يكون

¹ أحمد إبراهيم عبد التواب ، المرجع السابق ،ص 392.

² عبد الرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغداد ، ط4، البليدة ، 2013،ص 574.

³ المواد 1040/1012/1008 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

⁴ أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع نفسه ،ص 408.

⁵ المادة 1006 من القانون رقم 09/08، المرجع نفسه.

المشرع الجزائري قد حدّد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم على أنّها أهلية التصرف والأهلية التي نحن بصدد دراستها هي أهلية المصلحة المتعاقدة (الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية)، وأهلية المتعاقدة معها سواء كان فردا أو هيئة شركة أو كان وطنيا أو أجنبيا.

أ- أهلية المصلحة المتعاقدة :

جاء في أحكام القانون 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية أذنه عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة فيتم اللجوء إليه بمبادرة المعني أو الوزراء المعنيين، أما إذا تعلق التحكيم بالولاية أو البلدية فيكون اللجوء إليه على التوالي بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إليه عن طريق مبادرة من ممثلها القانوني أو من السلطة الوصية التي يتبعها.¹

ب- أهمية المتعامل المتعاقد:

تتمثل اهلية المتعامل المتعاقد حسب نص المادة 1006 في أنّه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم... " وما يمكننا إستخلاصه من هذه المادة أن المتعامل المتعاقد إذا كان شخصا طبيعيا فإنّ أهليته تكون بمجرد بلوغه سن 19، ويكون أيضا متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، وفي حالة إذا لم تتوافر فيه شرط كمال الأهلية فهو ممنوع من إبرام اتفاق التحكيم وينطبق ذلك على القاصرين وناقصي الأهلية الذين ليس بإمكانهم إبرام هذا الاتفاق إلا إذا أذن لهم بذلك أو قضي بترشيدهم أو بأشروا هذا الأمر بواسطة نائبهم القانوني.²

أما أهلية المتعامل المتعاقد باعتباره شخصا معنويا فأهليته يستمدّها من خلال نص قانوني أو العقد الذي أنشئ على أساسه.³

3- اختيار المحكم :

المحكم " L'arbitre " هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من قبل المحكمة.

¹ المادة 976 من القانون رقم 09/08 ، المرجع السابق .

² دامية أشهبويو، " التحكيم و شروط صحته " ، مجلة الفقه و القانون ، مأخوذة من موقع naw.mawww.majalah .

³ أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم و إجراءاته منشورات الزين الحقوقية ، ط1 ، العراق، 2012 ، ص90.

ومن بين الشروط التي يجب ان تتوافر في المحكم هي على النحو التالي :

- تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين عملا بنص المادة 1017 من ق.إ.م.إ.
- في قانون التحكيم الجزائري قد يكون المحكم شخصا طبيعيا أو معنويا، وفي الحالة الأخيرة يجب على الشخص المعنوي تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم، عملا بأحكام المادة 1014 من ق.إ.م.إ.
- قبول المحكم لمهمته، بحيث لا يعدّ تشكيل محكمة التحكيم صحيحا¹ إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم.²

ثانيا : الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد البوت

ذهب جمهور من الفقه إلى أن الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم تتمثل في تعلق اتفاق التحكيم بموضوع يجوز فيه الصلح وعدم تعارضه مع النظام العام، وأنّ يكون ممكنا للتحكيم لا مستحيلا، وهذا سنوضحه على النحو التالي:

أ- عدم تعلق إتفاق التحكيم بموضوع لا يجوز فيه الصلح و لا يخاف النظام العام :

يشترط لصحة اتفاق التحكيم ان يكون الاتفاق من حيث موضوعه غير مخالف للنظام العام ، و إلا وقع الاتفاق عليه باطلا وينسحب هذا البطلان إلى قرار التحكيم.³

إنّ النّظام العام فكرة نسبية تختلف من نظام لآخر، إذ يتصور اتفاق موضوع التحكيم مع الأعراف الدولية و تعارضه مع النظام العام الداخلي، وقد ذهب البعض لتعريف النّظام العام بأنه مجموعة القواعد المعيارية التي تمثل الحدّ الأدنى أو المقياس الذي يفرضه المجتمع الدولي لحماية حقوق الانسان، وقد ذهب البعض الآخر لتعريف النّظام العام في إطار التجارة الدولية بأنه مجموعة المبادئ التي تشكل الأسس التي يقوم عليها المجتمع التجاري الدولي، والواضح من هذه التعريفات السابقة أنها تتصرف لتعريف النظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية، وهذه المبادئ ولأسس قد تتفق مع النظام العام الداخلي للدول وقد تختلف عنه ، فالنظام العام في الدول الإسلامية يختلف عن النظام العام في الدول غير الإسلامية، والنّظام العام في نطاق

¹ فراح مناني، المرجع السابق، ص 125.

² سفيان سولم ، المنازعات المدنية في القانون الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص قانون خاص جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014 ، ص 150.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2006، ص 38.

الدول الأنجلو أمريكية يختلف عن دول الرأع اللاتينية والجرمانية وغيرها من النظم وأيا كان الخلاف بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي.¹
ب- إمكانية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود البوت:

نظرا لأن الطرف الاخر في عقد البوت أجنبي ، فإن ثقته في القضاء الوطني وعدالة القانون الداخلي غالبا ما تكون منعدمة، لذا فإنه يشترط أن تتم تسوية منازعات هذا العقد عن طريق التحكيم نظرا لما يتسم به من سرعة تتوافق مع الطبيعة الزمنية لتلك العقود، وتوافق الدولة المضيفة على هذا الشرط رغبة منها في تشجيع الاستثمارات الاجنبية على الدخول في مشروعات لن تستطيع هي القيام بها نظرا لضعف إمكانياتها المادية او التقنية، إضافة إلى أنّ التحكيم ليس فيه اعتداء أو إنقاص من السيادة الوطنية .

إضافة إلى معيار الموافقة الأولية اللازمة لإجازة اللجوء للتحكيم بشأنها من المائل التي تقبل التصرف والتصالح بشأنها، وهذا للتحكيم الشرط ينطبق على العقود الإدارية وطنية كانت أم دولية، مثل عقود البوت .

و واقع الأمر أن تلك العقود يتولد عن تنفيذها مراكز قانونية شخصية أو ذاتية، ومن ثم تدور المنازعات فيها حول حقوق مالية، وتلك الحقوق لصفقتها الذاتية قابلة للصلح و التنازل الأمر الذي يجوز معه الاتفاق على التحكيم.²

المطلب الثاني

أشكال اتفاق التحكيم وإجراءاته

بما أنّ دراستنا تتعلق بالتحكم في عقد البوت فإنّ اتفاق التحكيم يتمثل في الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه طرفي النزاع (الجهة الإدارية و شركة المشروع) على عرض ما ينشأ بينهما من نزاعات على التحكيم من أجل الفصل فيه فهو بذلك يأخذ شكلين، إما يكون في شكل شرط أو يكون في شكل مشاركة و هذا ما سنوضحه على النحو التالي :

الفرع الأول: أشكال التحكيم

يقوم اتفاق التحكيم على صورتين إما يكون في شكل شرط منصوص عليه ضمن شروط العقد او يكون في شكل مشاركة تبرم بعد نشوء النزاع بين طرفي عقد البوت .

¹ إبراهيم عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 114,113 .

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 158,159.

أولا : شرط التحكيم : La Clause Compromissoire

إن شرط التحكيم هو اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفين على اللجوء للتحكيم الجزائري دون قضاء الدولة.¹

نصّ قانون التحكيم الجزائري الجديد في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي : "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متّصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

وعليه يكون شرط التحكيم سابقا على القيام النزاع بين الطرفين في العقد ويهدف إلى إحالة المنازعات المستقبلية التي تثار بشأن ذلك العقد.²

في الواقع أنّ شرط التحكيم كثيرا ما يندرج في العقد بل أصبح هذا الشرط هو القاعدة في ميدان التجارة الدولية ، حيث أنّ الغالبية العظمى من قضايا التحكيم و خاصة الدولي تنشأ استنادا إلى اتفاق لاحق على نشوء النزاع.³

ثانيا : مشاركة التحكيم : La Compromis

يقصد باتفاق التحكيم ذلك الاتفاق الذي يبرمه طرف العقد بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد ويحيلان بموجبه نزاعهما إلى التحكيم، ومثال ذلك طرفا التحكيم عقدهما دون أن يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات بينهما، وفي مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعة مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى هيئة التحكيم.⁴

وهذا ما جاء في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث نصت المادة على مايلي : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ."

ويجوز للأطراف المتنازعة الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية، وفي هذه الحالة بإمكان الخصوم التماس إجراء الفصل في الخصومة وفقا للمادة 214 من ق.إ.م.إ إلى انتهاء اجل التحكيم المنصوص عليه من المادة 1018 من نفس القانون

¹ إبراهيم عبد التواب ، المرجع السابق، ص 193 .

² سفيان سولم ، المرجع السابق، ص 145.

³ Mostafa tarari, droit algérien de i 'arbitrage commerciale internationale, Berti 1^{er} Edition ; 2007, p36.

⁴ سفيان سولم ، المرجع نفسه ، ص146.

على اعتبار أنّ التحكيم طريق بديل لحل النزاعات مثل الوساطة التي يباشرها شخص أجنبي عن القضاء دون أن يترتب على ذلك تخلي القاضي عن القضية.

فإذا انتهت الخصومة التحكيمية بـ صور حكم يتم التنازل عن الخصومة القضائية، أما في حالة فشل التحكيم يعاد السير في الخصومة القضائية.¹

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم

يتم تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة أسسا من قبل الأطراف انفسهم وفي غياب ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات وتضبط الإجراءات في صلب اتفاقية التحكيم مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم .

والأطراف النزاع مباشرة أو الرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين، او تحيد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم ويعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الطرفين معا أو من الطرف الذي يهّمه التعجيل إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، ويجوز للطرف المعني بالتعجيل في رفع الأمر إلى :

1- رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم وإذا كان التحكيم يجري في الجزائر .
2- رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

3- في حالة عدم تحديد الجهة القضائية في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.²

و يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 04 أشهر تبدأ من يوم تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل إما بموافقة الاطراف أو من طرف رئيس المحكمة المختصة، ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الاجل إلا باتفاق جميع الأطراف، كما لا يجوز للمحكمين التخلي عن هذه المهمة إذا شرعوا فيها.³

ويترتب على صدور حكم التحكيم أثرين هما:

¹ عبد الرحمن بريارة ، المرجع السابق ، ص 584 .

² المادة 1041-1042 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

³ المادة 1010-1018 من القانون رقم 09/08، المرجع نفسه.

أولاً: انتهاء مهمة التحكيم

ونصت على هذا الأثر المادة 1030 الفقرة 1 من ق.إ.م.إ. ، والتي تنص على : " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه، وعليه فبمجرد صدور الحكم التحكيمي وحسمه للنزاع فإنه يضع حدا لمهمة الهيئة التحكيمية و يكون بمثابة إذن بنهاية إجراء التحكيم .

ثانيا : اكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه

نصت على ذلك المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه ، فقد أحسن المشرع الجزائري بالنص صراحة على حجية أحكام التحكيم معتبرا هذه الحجية أثرا من آثار الاحكام التحكيمية .¹

المبحث الثاني

طرق الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت

إنّ مبدأ عدم المساس بالأحكام التحكيمية بعد صدورها ضرورة ملحة لاستقرار الحقوق، والمراكز القانونية، وهذا الاستقرار لا يتحقق إلا إذا اكتسب الحكم المعني حصانة تحول دون المساس به سواء بتعديله أو بإلغائه، غير أنّه من ناحية أخرى نجد هذه الحكام تصدر من بشر غير معصومين من الخطأ ، سواء كان متعمداً أو غير متعمد.²

على هذا الأساس أقرت التشريعات و المعاهدات الدولية طرقا مختلفة للطعن ضدّ قرارات التحكيم في عقود الإدارة الدولية، وذلك لكي لا يصدر المحكمين قراراتهم باستخفاف وخارج مبادئ الإنصاف و بطريقة غير شرعية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الوطنية الأخرى، حيث ميّز بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج، والأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالجزائر والتي ستتطرق إليها كالاتي :

¹ منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص إدارة أعمال، خميس مليانة، 2014 ، ص 77، 78.

² فراح مناني، المرجع السابق، ص 178.

المطلب الأول

الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج

تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الأولى: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 " أعلاه .

فبمفهوم المخالفة يفهم ان حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لا يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان في الجزائر، وهو الحال المعتمد في القانون الفرنسي في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد.¹

ومن هذا نستنتج أن أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر قابلة للاستئناف، ويكون القانون الصادر والفصل بالاستئناف قابل للطعن بالنقض، وهذا ما سنبينه من خلال الفروع التالية:

الفرع الاول: الطعن بالاستئناف

طبقا لأحكام المادة 1055 منق.إ.م.إ فإن الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ يكون قابلا للاستئناف، غير أنّ المشرع الجزائري قيد الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ واستلزم فيه الشروط ذكرت على سبيل الحصر:

أولاً: إستئناف أمر القاضي برفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر

إن من بين الشروط لتي أوجدها المشرع الجزائري للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه هو إثبات وجود الحكم التحكيمي وأن لا يكون هذا الحكم مخالفا للنظام العام الدولي ولا يتم الاعتراف والتنفيذ إلا هذه توفرت هذه الشروط.²

ويكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف أمام الجهة القضائية المختصة التي تعلو المحكمة التي صدر عنها برفض الاعتراف أو تنفيذ وذلك في أجل 15 يوما من تاريخ صدور الأمر بالرفض.³

يسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة، يبرز فيها المعني أسباب الاستئناف أو بالأحرى اوجه الطعن المستند إليها، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية و تكون مرفقة

¹ Fauchard Philippe Gaillard, et Berthold, op cite, p904.

² المادة 1051-1053 من القانون رقم 08/08 و المرجع السابق.

³ المادة 1035 من القانون رقم 09/08، المرجع نفسه.

بالأمر محل الاستئناف، وكذا الحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم، على أن تحترم جهة الاستئناف مبدأ الوجاهية .

ثانيا : إستئناف أمر القاضي بالاعتراف و تنفيذ الحكم الأجنبي :

إن رئيس المحكمة عادة ما يستجيب عند فصله في الطلب المقدم إليه طلب الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بعد مراقبته الملف المقدم إليه.¹ والتأكد من عدم وجود ما يمنع الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر، وفي هذه الحالة فإنّ المشرع الجزائري منع مبدئيا استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ وأجار ذلك استثناء على سبيل الحصر في نصّ المادة 1056 والتي جاء فيها : " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية :

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

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

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكما، أو إذا وجدت تناقضا في الأسباب.

6- إذا كان الحكم التحكيم للنظام العام الدولي .

وخلافا للاستئناف ضد الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ الذي يكون خلال 15 يوما، فإن الاستئناف ضد الأمر القضائي بالاعتراف أو التنفيذ يرفع أمام المجلس القضائي خلال شهر (01) واحد من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة طبقا لما جاء في أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.²

الفرع الثاني: الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في احكام التحكيم الدول الصادر في الخارج، ونصّت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على : " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض ".³

¹ المادة 1051-1052 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

² المادة 1056-1057 من القانون رقم 09/08، المرجع نفسه.

³ عبد الرحمن بريارة ، المرجع السابق ،ص566.

وبالتالي فإنّ القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة برفض الاعتراف أو التنفيذ أو أمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض.

وبما أنّ المشرّع الجزائري لم يجدّد الحالات التي يجوز فيها الطعن بالنقض في القرار الفاصل في استئناف الحكم التحكيمي الصادر بالخارج يتعين الرجوع إلى الاحكام العامة المنصوص عليها في القانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

يرفع الطلب بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المختصة بنظر الطعون بالنقض في القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية إثر الاستئناف ضدّ الأمر القاضي برفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي أو تلك التي تسمح بذلك، وذلك بعريضة موقعة من محام معتمد لدى المحكمة العليا، ويرفع الطعن بالنقض طبقا للمادة 354 في أجل (02) شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تمّ شخصيا، ويمدّد الأجل إلى (03) أشهر إذا تمّ التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار ولا يترتب على الطعن بالنقض وفق تنفيذ الحكم في مجال التحكيم الإداري الدولي طبقا للمادة 361.²

المطلب الثاني

الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية الصادر بالجزائر

حسب نص المادة 1058 من ق.إ.م.إ التي مفادها أنّ الحكم التحكيمي الدولي الصادر بالجزائر يمكن ان يكون محل طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056، ولا يقبل القرار الصادر و الفاصل في الطعن بالبطلان إلاّ الطعن بالنقض، وهذا ما سنتطرق إليه فيمايلي :

الفرع الأول: الطعن بالبطلان

أقرّ المشرّع الجزائري بحق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 السابقة الذكر، وفيما يلي سنفصّل في هذه الحالات على النحو التالي :

¹ المادة 358 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

² المادة 361-354 من القانون رقم 09/08، المرجع نفسه.

أولاً: الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم:

يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة الدستور الذي تستمد منه عملية التحكيم شرعيتها وبالتالي أي عيب يؤثر على وجوده أو صحته ينال من حكم التحكيم و يجوز الطعن فيه بالبطان .
ويكون ذلك إذا فصلت هيئة التحكيم دون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو بعد انقضاء مدة التحكيم.¹

1- فصل محكمة التحكيم في النزاع دون اتفاقية تحكيم :

إذا دفع أحد الخصوم أمام القضاء بعد وجود اتفاق و تأكد القاضي من ذلك قضى ببطان حكم التحكيم، وعدم وجود اتفاق على التحكيم، وتثور مسألة عدم وجود اتفاق التحكيم في عدة مسائل منها: هذا كان هذا الاتفاق يسري على غير العقد الذي تضمنه، او كان العقد الذي تمّ تنفيذه بواسطة شخص غير الذي وقعه، وثار النزاع حول سريان اتفاق التحكيم عليه.
أو أن يثور الخلاف حول طبيعة هذا الاتفاق من حيث أنه اتفاق تحكيم أو وساطة أو اتفاق على اللجوء إلى الخبرة الفنية.

الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم والتمسك به قبل صدور حكم التحكيم، لان حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم دون أي إجراءات و التحفظ والسير في إجراءات الخصومة يفسر على أنه رضا ضمني بالتحكيم، كما أنّ الانتظار لحين صدور حكم التحكيم يعدّ رضا باللجوء إلى التحكيم وبالتالي عدم وجود اتفاق تحكيم لا يصح سببا للبطان الا إذا لم يكن أحد الاطراف يحضر امام هيئة التحكيم أو كان يحضر أو يدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم.²

2- فصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع بناء على اتفاقية تحكيم باطلة:

إن لاتفاق التحكيم أركان و شروط لازمة أي أنّ اتفاق التحكيم يجب ان تتوفر فيه الرضا والمحل والسبب، والشكلية، حيث تنص المادة 1040 على: " يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطان، ان تبرم اتفاقية التحكيم كتابه، أو بأي وسيلة اتصال اخرى تجيز الاثبات بالكتابة " و تنص كذلك : " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت

¹ المادة 1056 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

² فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 574.

للشروط التي يضعها أما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً¹.

ولمعرفة مضمون هذه الأركان وما توافر شروطها يتم الرجوع إلى القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره ليحكم إجراءات التحكيم، وفي حالة غياب هذا الاتفاق تطبق هيئة التحكيم القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً، ويرى البعض أن قانون الدولة التي تنظر محكمتها دعوى البطلان هو الواجب التطبيق إذا لم يتفق أطراف النزاع على قانون آخر².

3-فصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع بناء على اتفاقية تحكيم انقضت مدتها:

ويكون سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته في حالتين:

الحالة الأولى: أن يحدد الاتفاق مدة لبدء التحكيم إذا رغب أحد الطرفين اللجوء إليه وإذا انقضت هذه المدة دون اللجوء إليه، سقط اتفاق التحكيم واسرد كل طرف من الطرفين حقه في اللجوء إلى قضاء الدولة.

الحالة الثانية : أن يحدّد اتفاق التحكيم أجلا لصدور حكم التحكيم و ينقضي هذا الاجل دون صدور حكم التحكيم ، ويلحق بهذه الحالة تحديد أجل التحكيم بنص قانوني إذا لم يتم تحديده اتفاقا .

وبناء على ما تقدّم يتّضح الفرق بين الحالة الأولى هي حالة سقوط اتفاق التحكيم لانتهاء المدة المحددة للجوء بالتحكيم ، والحالة الثانية وهي انقضاء ميعاد إصدار حكم التحكيم، إذ تفرض هذه الحالة الأخيرة أنّ هيئة التحكيم انعقدت و اتصلت بالنزاع إلا ان الحكم قد صدر بعد انتهاء المدة المحددة للتحكيم مما قد يعرض الحكم للبطلان .

ثانيا : حالات المتعلقة بحكم التحكيم :

وتتمثل حالات البطلان المتعلقة بحكم التحكيم بحسب المادة 1040 فيمالي :

¹ المادة 1040، ف 2-3 من القانون رقم 09/08 ، المرجع السابق .

² حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص 241.

1- تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد بشكل مخالف للقانون :

وترجع هذه الحالة إلى عدم مراعاة الشروط القانونية التي توافرها في المحكمين و القواعد التي تحكم عددهم حيث تفرض المادة 1014 عدم إسناد مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية، وتشترط المادة 115 من نفس القانون قبول المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم من يعتبر تشكيل هيئة التحكيم صحيحاً ، كما أنّها تلزم المحكم إذا علم أنّه قابل للردّ بإخبار الاطراف بذلك، وإذا لم يطلب أيّاً منهم ردّه سقط حقهم في الطعن بالبطلان.¹

لما تشترط المادة 1017 من ق.إ.م.إ تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو محكمين بعدد فردي، وعليه في حالة مخالفة الشروط المنصوص عليها جاز للطرف الذي يهيمه الأمر الطعن في حكم التحكيم الدولي بناء على أنّه صدر على هيئة التحكيم تشكيلها مخالفاً للقانون.²

2- فصل هيئة التحكيم لما يخالف المهمة المسندة إليها :

إنّ فصل هيئة التحكيم أو المحكم بما يخالف المهمة المسندة إليه أن يتعلق بالشكل أو الموضوع، أما من حيث الشكل فيقصد بذلك إجراءات التحكيم المتفق عليها بين الأطراف³ كالقانون الواجب التطبيق على النزاع مثلاً، فإذا اتفق تطبيق قانون معين بشأن النزاع الذي ثار بينهم وجب على هيئة التحكيم الفصل في هذا النزاع وفقاً لهذا القانون تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلاّ كان هذا الحكم عرضة للطعن.

وأما من حيث الموضوع فيكون ذلك إما في حالة فصل هيئة التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أي لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسائل لم يتفق الأطراف على طرحها عليها، أو في حالة تجاوز هيئة التحكيم لحدود اتفاق التحكيم، ويكون هذا التجاوز نقصاً بإغفال طلب أو أكثر من طلبات الخصوم أو إعطاء الخصوم أكثر مما طلبوه.⁴

¹ المادة 1014-1015 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

² المادة 1017 من القانون رقم 09/08، المرجع نفسه.

³ احمد بشير الشرايري ، بطلان حكم التحكيم و مدى رقابة محكمة النقض (التمييز /عليه)، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2011، 73-75.

⁴ حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ج1، ط1، بيروت، 2007، ص440.

3- عدم مراعاة مبدأ الوجاهية :

يقتضي مبدأ الوجاهية تمكين الأطراف من تقديم دفاعهم بالكامل ودعوتهم لكل جلسة تعقدها هيئة التحكيم، واتخاذ الإجراءات في مواجهتهم و كذا تخويلهم فرصة كافية للاطلاع والرّد على كل ما يقدّم في القضية من مذكرات أو مستندات.¹

وقد جعل المشرع الفرنسي كغيره من القوانين المقارنة، من بين الأسباب التي يجوز الاستناد عليها في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، عدم احترام مبدأ الوجاهية و تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بناء على عدم احترام مبدأ الوجاهية إذا كانت إذا كانت هيئة التحكيم قد أتاحت للخصم الدفاع عن نفسه، لكنه لم يقدّم بذلك من تلقاء نفسه، كان يتمتع عن حضور الجلسات دون مبرر بهدف عرقلة الإجراءات متى كان تبليغه صحيحاً.²

4- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب:

يقصد بالتسبب مناقشة الوقائع و النقاط القانونية التي أثارها الأطراف و توضيح كيف أنها ادت إلى ما استخلص منها.³

وعيوب التحكيم التي يمكن أن تبطل حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر عديدة منها: قصور التسبب، غموض الأسباب أو ورودها بشكل عام أو افتراضي يقوم على مجرد التخمين الذي يتناقض مع الواقع، أما تناقض الأسباب فمثاله استناد هيئة التحكيم إلى استخلاص من الوقائع يختلف من استخلاص إلى آخر انتهت إليه في موضوع آخر من الحكم كأحد أسبابه مما يؤدي إلى نسخ ماسبق وتوصلت إليه ويجعلها تبدو مناقضة لنفسها.

وبناء على ما سبق ذكره إذا لم يكن حكم التحكيم مسبباً او وجد تناقض في تسببيه جاز الطعن فيه بالبطلان لأن التسبب يتعلق بإحدى ضمانات التقاضي المتمثلة في حق أطراف النزاع عن حقوقهم .

5- مخالفة النظام العام:

يعتبر النظام العام أحد الضوابط الأساسية في كافة التصرفات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية، بحيث تؤدي مخالفته إلى بطلان التصرف أو الطعن فيه وفق الوسيلة المتاحة

¹ Rêne Davide, i 'arbitrage dans le commerce internationale Edition Economica, paris, 1982, p541.

² احمد بشير الشرايري ، المرجع السابق ، ص 192.

³ عبد الرحمن بريارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي . ط1، الجزائر ، 2009 ، ص 204.

قانونا، وعليه إذا وجدت حالة تتطلب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي ولكنها لا تندرج ضمن الحالات التي سبق الإشارة إليها، يمكن اللجوء إلى فكرة النظام العام لإبطال ذلك الحكم.¹

وكأصل عام يمكن القول أنّ النظام العام مرتبط بالأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في كل دولة من الدول مما يتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع، ومنه فإن حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام في الدولة التي طعن فيها بالبطلان أمام محاكمها قد يكون صحيحا في دولة أخرى نظرا لعدم مخالفته للنظام العام فيها.²

ثالثا: إجراءات الطعن بالبطلان :

جاء في نص المادة 1059 من ق.إ.م.إ على أن الطعن بالبطلان يرفع في حكم التحكيم أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم، وترفع دعوى بطلان القرار التحكيمي خلال (01) شهر واحد يبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.³

وفي حالة صدور الأمر الفاصل في الطعن بالبطلان تكون أمام حالتين، في حالة قبول الطعن بالبطلان او حالة رفض الطعن بالبطلان، فبالنسبة للحالة الأولى يؤدي قبول الطعن بالبطلان إلى الغاء القرار التحكيمي المطعون فيه وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه دون النظر في صلب الموضوع وفي ذلك احترام المشرع الجزائري لإرادة الأطراف في تشكيل هيئة تحكيم من جديد أو اللجوء إلى القضاء الوطني.

أما في حالة رفض الطعن بالبطلان فيترتب عليه آثار معاكسة لقبول الطعن بالبطلان بحيث في حالة كون المحكمة قد تخلت عن طلب التنفيذ بعد الطعن بالبطلان، فإن قرار المجلس برفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي.⁴

¹ أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، ص 147-148.

² حمزة أحمد حداد ، المرجع السابق ، ص 10.

³ المادة 1058-1059 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

⁴ خليل بوصنوبرة ، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني، 2006، ص 144.

الفرع الثاني: الطعن بالنقض

إن القرارات الصادرة عنة المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة بالنقض، ويؤسس الطعن على الأوجه الواردة في المادة 338 من ق.إ.م.إ المشار إليها آنفا.

يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل (02) شهرين، يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصياً، ويمدّد أجل الطّعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تمّ التبليغ في المواطن الحقيقي أو المختار، ولا يترتب عن الطعن بالنقض وقف تنفيذ القرار الصادر عن المجلس.¹

مع الإشارة أن اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، لا يسمح بأي طعن امام الجهات القضائية الوطنية طبقاً لنص المادة 52 منها و التي تنص على أنّه يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلباً كتابياً إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب التالية :

- خطأ في تشكيل المحكمة
- استعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصاتها.
- عدم صلاحية عضو من اعضاء المحكمة .
- إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحاكمة.
- فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها .

¹ المادة 354-361 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

الخاتمة

يهتم هذا البحث بدراسة التحكيم في مجال العقود ذات الطابع الدولي وبالأخص عقود البوت B.O.T التي تمثل أحد أشكال إدارة المرافق العامة التي تلجأ إليها الدول بمساهمة القطاع الخاص سواء كان الشخص محلي أو أجنبي وذلك من أجل التخفيف من الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها و تحقيق إدارة سليمة لمشاريعها.

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

فالإشكالية المطروحة في هذه الدراسة تتمحور حول : هل أن المشرع وضع قواعد قانونية كفيلة بتطبيق آلية التحكيم لفض نزاع الناجمة عن عقد البوت؟

فإن دراستنا تسعى جاهدة من خلال تسليط الضوء على هذا الموضوع و إبراز لأهمية التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشأ في هذا النوع من العقود .

1- تتمحور عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة، حيث تستعين الدولة بالقطاع الخاص لإنشاء مشروعات البنية الأساسية على نفقته الخاصة بمقابل الحصول على حق الاستغلال لمدة زمنية معينة ثم إعادة المشروع للدولة في حالة جيدة .

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

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

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

5- اختيار أطراف عقد البوت كطريق بديل لحل المنازعات التي تنشأ بينهم نظرا للدور الذي يقدمه كنظام استثنائي خاص يختلف عن قضاء الدولة.إصرار المستثمر الأجنبي وسعيه في اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود البوت لما يتسم به من سرعة في الفصل وبساطة الإجراءات، ولهذا يفضله أطراف العقد المتنازعة لتفادي ما تتسم به طرق التقاضي الأخرى من بطء وتعقيد ومماثلة وتكاليف وضياع للوقت .

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

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

8- إن المشرع الجزائري أحسن التصرف من خلال فتح المجال للطعن في أحكام التحكيم كغيره من الأنظمة الأخرى غير انه فرق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر وبين الأحكام الصادرة خارج الإقليم الجزائري إن جعل الاختصاص لإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الإدارية و عقود البوت خاصة لجهة القضاء العادي، يستند إلى حجية رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم و ارتباطه بالقانون الخاص.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

* القرآن الكريم

1- سورة النساء ، الآية رقم 65 .

النصوص القانونية :

* النصوص التشريعية

1- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل و يتم الأمر رقم 66-54 المؤرخ في 8 يونيو 1966. المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج.ر.ج.ج، العدد 27، لسنة 1993 (ملغى).

2-قانون رقم 09/08 مؤرخ في فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر، العدد21.

3-أمر رقم 04-08 ، مؤرخ في 1 سبتمبر 2008 ، يحدد شروط و كفاءات منح امتياز على الأراضي التابعة للدولة والموجهة لإنجاز استثمارية ، ج.ر.ج.ج، العدد 49، لسنة، 2008.

4-قانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فيفري 2010، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج، العدد 12، لسنة 2012.

5-قانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج، العدد37، لسنة 2011.

* النصوص التنظيمية

1- مرسوم تنفيذي رقم 04-417 مؤرخ في 20 ديسمبر 2004 ، يحدد الشروط المتعلقة بامتنياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها ، ج.ر.ج.ج ، العدد 82 ، لسنة 2004.

2- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج ، العدد 58 ، لسنة 2010 (ملغى)

3- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج. العدد 50، لسنة 2015 .

* الوثائق

- 1- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) الدورة التاسعة والعشرين بعنوان الأعمال الممكنة مستقبلا - مشاريع البناء و التشغيل و نقل الملكية ، نيويورك ، 1996 ، المنشور على الموقع الآتي : www.uncitral.org
- 2- دليل منظمة اليونيد، (unido منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية).

ثانيا: المراجع باللغة العربية

* الكتب

- 1- أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية عقود البوت و عقود الشراكة (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2014 .
- 2- أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم و الدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2009.
- 3- الحسين السالمي، التحكيم و قضاء الدّول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، ط1، لبنان، 2008.
- 4- الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد الBOT، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
- 5- أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2012.
- 6- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت (B.O.T) ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
- 7- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1، ط1، بيروت، 2007.
- 8- خليل بوصنوبرة، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2006.
- 9- عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، ط1، الجزائر، 2009 .

- 10- عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداد، ط4، البليدة، 2013.
- 11- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 12- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 13- مناني فراح، التحكيم بديل لحل النزاعات، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، عين مليلة، طبعة 2010.
- 14- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار الجامعة الجديدة، منشورات لباد، الجزائر، 2006.
- 15- هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني لمشروعات البنية الأساسية الممول عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام التملك و التشغيل ونقل الملكية B.O.O.T و غيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 16- وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T و ما يماثلها " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة 1، مصر، 2005، ص32.
- 17- إسماعيل محمد عبد المجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 18- جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية) دار النهضة 2002.
- 19- طاجن رجب محمود، عقود الشراكة PPP: دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 20- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الداخلية و الدولية، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2006.
- 21- عبيوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، العدد 1، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جانفي 2001.

* الرسائل والمذكرات

- اطروحات الدكتوراه

- 1- اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار " التجربة الجزائرية نموذجاً"، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006
- 2- سفيان سوام، المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.

- مذكرات الماجستير

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

- المقالات العلمية

- 1- دامية أشهبو، " التحكيم وشروط صحته "، مجلة الفقه والقانون، مأخوذة من موقع www.majalah.naw.ma.
- 2- نبيهة بومعزة، المجلة التوصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، عدد 35، سبتمبر 2013.

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

- 1- ABDEL BAKI (s), Les Projets l'international de Construction Menés Selon la Formule de (B.O.T) Build. Operate:Droit égyptien – Droit français. Paris. 2000.
- 2- AUBY(J.B), Bilan et Limites de l'analyse de la Gestion Délégée du service, public, la Gestion du service, public, actes du colloque le 14 et 15 novembre 1996 au Sénat Organisé par l'institut Français des Sciences Administratives, R.F.D.A, n3, Paris, 1997.
- 3- LONCLE (J.M), Grands Projets d'infrastructures: le, Montage Build, Operate, Transfer (BOT), R.A.D.L, n8, Paris, 1997.
- 4- Mostafa tarari, droit algérien de i 'arbitrage commerciale internationale, Berti 1^{er} Edition ; 2007.
- 5- Rêne Davide, i 'arbitrage dans le commerce internationale Edition Economica, paris, 1982.

الفهرس

الصفحة	المحتوى
	إهداء
	شكر و تقدير
01	مقدمة
الفصل الأول: مفهوم التحكيم في عقود البوت	
05	المبحث الأول: مفهوم عقود البوت
05	المطلب الأول: تعريف عقود البوت وتمييزه عن العقود الأخرى
06	الفرع الأول: تعريف عقود البوت
09	الفرع الثاني: تمييز عقد البوت عن غيره من العقود
13	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت
14	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري
16	الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء في القانون المقارن
19	المبحث الثاني: تعريف التحكيم والقانون الواجب التطبيق على التحكيم
19	المطلب الأول: مفهوم التحكيم
19	الفرع الأول: تعريف التحكيم
21	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم
22	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكيم
22	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية
23	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
الفصل الثاني: أحكام التحكيم في عقد البوت	
27	المبحث الأول: آلية التحكيم في عقود البوت
27	المطلب الأول: إبرام اتفاقية التحكيم
28	الفرع الأول: أركان اتفاق التحكيم
30	الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم
33	المطلب الثاني: أشكال اتفاق التحكيم وإجراءاته
33	الفرع الأول: أشكال التحكيم
35	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم

الفهرس

36	المبحث الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم في عقود البوت
37	المطلب الأول: الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج
37	الفرع الأول: الطعن بالاستئناف
38	الفرع الثاني: الطعن بالنقض
39	المطلب الثاني: الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية الصادر بالجزائر
39	الفرع الأول: الطعن بالبطلان
45	الفرع الثاني: الطعن بالنقض
47	الخاتمة
50	قائمة المصادر والمراجع
55	الفهرس
	الملخص

المخلص:

يتناول هذا البحث و يهتم بدراسة التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي و بالأخص عقود البوت B.O.T التي تمثل أحد أشكال المرافق العامة التي تلجأ إليها الدولة بمساهمة القطاع الخاص سواء كان الشخص محلي أو أجنبي و ذلك من أجل تخفيف الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها و تحقيق إدارة سليمة لمشاريعها.

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

فالإشكالية المطروحة في هذه الدراسة تتمحور حول: هل أن المشرع وضع قواعد قانونية كفيلة بتطبيق آلية التحكيم لفض نزاع الناجمة عن عقد البوت.

ودراستنا هذه تسعى جاهدة من خلال تسليط الضوء على هذا الموضوع و إبراز لأهمية التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ في هذا النوع من العقود.

Abstract:

This study deals with the study of arbitration in the field of administrative contracts of an international character, in particular BOT (**Build–operate–transfer**) contracts, which represents one of the forms of public utilities used by the State with the contribution of the private sector, whether a local or foreign, in order to alleviate the financial burdens borne by the budget and achieve sound management of their projects.

And contracts of pot of international investment contracts, which are characterized by a length of time leading to the emergence of disputes on them, which requires the parties to the dispute contract resort to arbitration as a mechanism and an effective way to terminate contractual disputes away from the Judicial Facility.

The question raised in this study is: Does the legislator establish legal rules that can apply the arbitration mechanism to resolve a dispute arising from the BOT contract?

Our study strives to highlight this issue and to highlight the importance of arbitration in the settlement of disputes arising or arising in this type of contract.