



أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم

فرضيات وإشكالات التطبيق

لعجال يسمينة، دوفان ليديّة

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح - الجزائر

ladjal2000@gmail.com

الملخص -

تعدّ تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية عن طريق التحكيم، أحد أهم الضمانات المنصوص عليها في قانون الاستثمار، إلا أنّها تثير العديد من الصعوبات المرتبطة بوجود الدولة كطرف في العقد، وقابلية خضوعها للتحكيم الذي يتطلب تمتّع أطراف النزاع بأهلية قانونية. كانت محل اهتمام الاتفاقات الدولية حيث ظهرت محاولات لتوسيع نطاق هذه الأهلية، يقابلها قيود وضوابط في التشريع الوطني، قد تفقد فاعليتها، عندما تطرح فكرة النظام العام الدولي أمام هيئة التحكيم.

الكلمات المفتاحية-

شرط التحكيم، العقد الإداري الدولي، النظام العام الدولي قانون الاستثمار، الأهلية.

Eligibility of persons to undergo a general moral Arbitration Hypotheses and problematic application

Abstract-

The disputes contracts administrative International settled by arbitration, one of the most important guarantees stipulated in the Investment Law, but it raises many difficulties because of the existence of the state as a party in the contract And the ability undergo arbitration, Which requires obtaining a legal capacity. This issue was and still is the focus of international agreements, where appeared expand the scope of this capacity, offset restrictions and controls in national legislation, This issue was and still focus of international agreements, where attempts to broaden the scope of this capacity emerged, offset restrictions and controls in national legislation, may lose their effectiveness ; When the issue of public order raised before the arbitral tribunal.

Key words -

arbitration clause , Administrative International Public, International public order, transactions person, , Investment Law, aptitude .

مقدمة -

يُعَدُّ التحكيم التجاري الدولي أحد أهم أساليب التسوية في المنازعات الدولية الخاصة، بعيداً عن القضاء، حيث يسمح بسلب الاختصاص في فضّ نزاع معين من المحاكم الوطنية لصالح هيئة التحكيم، التي يختارها الأطراف أنفسهم من حيث المبدأ العام¹. استناداً إلى ما تتميز به إجراءاته من سهولة وسرعة جعلت منه ليس فقط آلية لتسوية النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية بل يُشكّل أهم ضمانات الاستثمارات الأجنبية المنصوص عليها في العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين.

حيث جاء نصّ المادة 1006 مُحدّداً وعلى سبيل الحصر حالة خضوع الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم فيما يتعلّق بعلاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصّفقات العمومية، ثم جاء نصّ المادة 17 من قانون الاستثمار ليحتوي مضمونها على ضوابط متعلّقة بالطبيعة القانونية لهذه النزاعات من حيث كونها تصرفات إرادية، وهذا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو في حالة وجود اتفاقية بين الطرفين على تسوية النزاعات عن طريق تحكيم خاص. كما أنّ ضرورة الضبط القانوني جعلت المشرّع ينصّ على الضوابط المحدّدة لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم بما يتناسب مع الحياة القانونية والاقتصادية في الجزائر، من خلال القانون الإجمالي 08- 09 ومع ذلك تظل مسألة خضوع الأشخاص المعنوية للتحكيم تطرح تساؤلاً حول تأثير هذه النصوص على القابلية الشخصية والموضوعية كمعيارين لتحديد هذه الأهلية؟ ونجد أنّ هذا التأثير يظهر جلياً عند تحديد الأشخاص المعنويين بإبرام اتفاق التحكيم (المبحث الأول) وهو ما يُسمّى بالقابلية الشخصية والتي أضاف إليها المشرّع، مجموعة من الضوابط المحدّدة لسلطة الشخص المعنوي العام عند إبرام العقد موضوع التحكيم (المبحث الثاني) القابلية الموضوعية.

¹TARKI Nouredine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, p. 01.

المبحث الأول: أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم

"القابلية الشخصية للتحكيم (L'arbitrabilité subjective)"

القابلية الشخصية للتحكيم هي تمتّع أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم بالأهلية القانونية للفصل فيه. ويكون الاعتراف بهذه الأهلية غالبا لفضّ النزاعات الناتجة عن تطبيق عقود الدولة¹، وتتأصل أهلية أشخاص القانون العام الجزائرية، من أسس تاريخية واقتصادية أثّرت على استقرار الأهلية القانونية في الخضوع للتحكيم، خاصة وإنّ الدولة قد عدلت عن العمل بالتحكيم بتكريسها لعدم القابلية للتحكيم من الناحية الشخصية في فروض محددة.

المطلب الأول: عدم استقرار القابلية الشخصية في الخضوع للتحكيم

لعدم استقرار أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، سبب تاريخي (الفرع الأول)، وآخر اقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السبب التاريخي

يرجع السبب التاريخي في عدم استقرار مبدأ الاعتراف بأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم إلى مرحلة ما بعد الاستقلال مباشرة، حين بقي قطاع المحروقات الميدان الذي تتضارب فيه المصالح الاقتصادية في العلاقات الجزائرية الفرنسية، خاصة بعدما كرس المستعمر الفرنسي مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقية إيفيان²، وهذا نتيجة افتقار الجزائر للتقنيات الحديثة لتسيير قطاع المحروقات، وكذا معاناة الاقتصاد الوطني من نتائج الهيمنة³. للدول المستوردة للنفط، ما دفع الدولة الفرنسية إلى إحالة الاختصاص في حل المنازعات المتعلقة بالمحروقات، التي كان يفصل فيها مجلس

¹Ibidem, p. 12.

²يعود أساس اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في النّظر في المنازعات الناشئة في مجال المحروقات إلى المادة 41 من الأمر 58- 1111 الصادر في 22 نوفمبر 1958 المتضمّن القانون البترولي الصّحراوي، والتي نصّت على: "تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنّتع به إلى مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا". أنظر في ذلك عليوش قربوع كمال، التّحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 3، الجزائر، 2005، ص 2.

³Salah MOUHOUBI, préface de Mohamed BEDJAOUI, La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives, O.P.U, Alger, 1986, p. 22.

الدولة الفرنسي أثناء فترة الاستعمار، إلى التحكيم الدولي، عوضا من الانتقال إلى المحكمة العليا الجزائرية¹، وهذا حفاظا على مصالحها الاقتصادية في الجزائر.

ليتدارك المشرع الجزائري الوضع، بالتراجع عن فكرة التحكيم نهائيا باتخاذ موقف رافض ومناهض له خاصة عندما يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا في المنازعة²، وكان هذا بصدور قانون الإجراءات المدنية³. ويرجع الدافع وراء استغناء الدولة عن قابليتها الشخصية للتحكيم في هذه المرحلة إلى تمسكها بمفهوم استرجاع السيادة، التي هدفت إليها الثورة التحريرية. فخضوع أشخاص القانون العام للتحكيم سيؤدي إلى المساس بسيادة القانون الوطني، مما استوجب رفضا كلياً للتحكيم كقضاء موازي، وتجنب فرضية تطبيق قانون أجنبي على الدولة صاحبة الكيان السيادي. غير أن الواقع أثبت عدم توقف الدولة عن اللجوء للتحكيم، رغم إسقاط أهليتها، إلى غاية استرجاع سيادتها الكلية على قطاع المحروقات، بعد تأميمه سنة 1971⁴.

لذلك نُعدُّ الأهلية في هذه المرحلة الممتدة بين صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966 إلى غاية تأميم المحروقات سنة 1971، غير مبررة لأنَّ القابلية الشخصية للتحكيم قد شابها عيب قانوني، وهو عدم توفر الأهلية القانونية والتي توقف بالضرورة التعبير عن الإرادة عند إبرام اتفاقية التحكيم.

ليتجسّد هذا الحظر المفروض بمجرد إلغاء قانون البترول الصحراوي لسنة 1958⁵. لتخضع بذلك النزاعات الناشئة بموجب العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب للقانون الوطني الداخلي، ومن ثَمَّ القضاء الوطني

¹ عليوش قريوش كمال، المرجع السابق، ص 3.

² المرجع نفسه، ص 3.

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

⁴ Abdelmadjid Belkherroubi, l'arbitrage commercial en droit algérien, par Mohamed MENTALECHTA, RASJEP, Algérie, p. 927.

⁵ Mostefa TRARI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, 1er édition, Alger, 2007, p. 20.

المختص، سواء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية، إذا ما كانت الدولة طرفا في العقد، وإلى اختصاص المحاكم الجزائرية، فيما إذا تعلّق النزاع بمؤسسة¹ سوناطراك آنذاك².

تشبّث المشرع الجزائري بعدم القابلية الشخصية للتحكيم، لحقبة من الزمن، قدّمت فيها الحكومة سياسة التأميم كمبرر وأساس للأعمال السيادية. إلا أنّها تراجعت عن موقفها، خاصة بعد حدوث الأزمة الاقتصادية الناتجة عن نزول سعر البترول في السوق الدولية.

الفرع الثاني: السبب الاقتصادي

أيضا لعبت العوامل الاقتصادية دورا هاما في تحديد مدى خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم، سواء الدولي أو الداخلي. فطبيعة الاقتصاد المزدوج بين الدولة الجزائرية والفرنسية إبان الاستقلال، والذي هيمنت عليه فرنسا³ هو الذي أوجد لاحقا الخيار الاقتصادي والاجتماعي، والذي منح دورا أساسيا للدولة بصفقتها المحرك الأساسي للتطور، وبالتالي المتعامل الوحيد في التجارة الدولية⁴. كان هذا العامل نتيجة حتمية لانتهاج الدولة للنظام الاشتراكي بعد الاستقلال مباشرة، سعيا منها للنهوض بالاقتصاد الوطني من خلال التدخل الاحتكاري في مجالات اقتصادية متنوعة، وبصفة خاصة احتكار التجارة الدولية. تكون الحقائق دائما معروفة⁵، فبعد أن كانت حادثة الدولة والظروف التاريخية سببا في عدم قابلية الدولة للجوء إلى التحكيم، تأتي حقيقة أخرى وقفت أمامها الدولة لتعيد نظرتها حول موضوع النزاعات الناشئة بموجب علاقاتها الاقتصادية الدولية، ليكون سبب لعودة التحكيم للمنظومة القانونية

¹ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 5-6.

² أصبحت سوناطراك حاليا، شركة وطنية ذات أسهم، تخضع بذلك في تصرفاتها القانونية إلى قواعد القانون التجاري، وهذا بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الاول 1426 الموافق ل 28 أبريل 2005، يتعلّق بالحروقات، ج.ر عدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005.

³ Salah MOUHOUBI, op.cit., p. 23.

⁴ Mostefa TRARI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit., p. 17.

⁵ Mostefa TRARITANI, clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume xxxvii, n° 4, Algérie, 1999, p. 49.

الجزائرية¹. حيث تم الاعتراف بالقابلية الشخصية للدولة في الخضوع للتحكيم، بسبب أزمة اقتصادية واجتماعية وضغوطات خارجية، أرغمت الجزائر لفتح السوق الاقتصادية أمام الاستثمار الخارجي، وتشجيعه². ليكون بذلك المعيار الاقتصادي هو المعيار المحدد لدولية التحكيم، وبدأت المفاهيم المتعلقة بالحصانة القضائية والتنفيذية، وكذا مفاهيم السيادة الوطنية³ تتقلص حدتها في ضوء المتغيرات الجديدة.

المطلب الثاني: البعد القانوني للقابلية الشخصية للتحكيم

ترتب على تطور العلاقات الاقتصادية الدولية، تطور للبعد القانوني المحدد لأشخاص القانون العام الذين يتمتعون بأهلية إبرام عقد خاضع للتحكيم وقد ظهر ذلك في أحكام اتفاقية واشنطن (الفرع الأول) إلا أن هذا البعد أخذ طابعا مختلفا في النصوص الداخلية التي سيطر عليها طابع مزدوج عند تحديد القابلية الشخصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور اتفاقية واشنطن في توسيع نطاق الأهلية.

حاولت اتفاقية واشنطن التوسع في تحديد الأشخاص المعنوية المؤهلة لإبرام شرط التحكيم الدولي، ولكن بشكل يحافظ على السلطة التقديرية للدولة في هذا الخصوص، ليس فقط لكونها مشرعا أو قاضيا، بل قدرتها على أن تكون متعاملا اقتصاديا دوليا⁴. لذا فإن موقف الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، لم يهمل إطلاقا مركز الدولة في المنازعة التحكيمية. حيث التزمت الدول المصادقة على اتفاقية واشنطن دون غيرها⁵ بالاعتراف بأهليتها في الخضوع للتحكيم، في النزاعات الناشئة بينها وبين رعايا الدول الأخرى الأعضاء. مع إمكانية تمديد أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم إلى المؤسسات والهيئات العمومية التابعة لها، تحت شرط عدم اعتراض الدولة على ذلك. إن امتداد أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم والخضوع

¹Ibidem, p. 49.

²عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 6.

³المرجع نفسه، ص 23.

⁴Stéphane Chatillon, le contrat international, Vuibert, 3^e édition, Paris, 2007, p. 75.

⁵المرسوم الرئاسي رقم 95- 346 المؤرخة في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية

تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر 66 مؤرخة في 05 نوفمبر 1995.

لهيئة تحكيمية إلى الهيئات والمؤسسات العمومية التابعة لها والتي تبرم عقود استثمار دولية يتوقف حسب الاتفاقية، على إقرار الدولة تبعية هذه المؤسسات لها وفقا للفقرة 3 من المادة 25¹.

وبالتالي على الدولة المؤهلة للامتثال أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، أن تعين الجهات الإدارية التابعة لها، والتي تمتد لها أهليتها في أن تكون طرفا في إجراءات التحكيم أمام المركز، تعيينا رسميا، مع شرط مصادقة الدولة على اتفاقية التحكيم الصادرة عن الهيئة الإدارية التابعة لها².

غير أن اعتبار أهلية الدولة هي نفسها أهلية الأشخاص العامة المعنوية، ستتعارض لا محال مع الاستقلالية التي تتمتع بها بعض المؤسسات والهيئات العامة، خاصة لما للدولة من سلطة تقديرية مطلقة في تحديد نوع الاستثمارات غير القابلة للفصل في منازعاتها أمام المركز وفقا للفقرة الرابعة³ من المادة 25، كما أن سيطرتها على أهلية الأشخاص العامة، قد تمنعهم من الامتثال أمام المركز دون موافقتها. وهو ما يهدد بعدم استقرار العلاقة التعاقدية، بل التقليل من حجم الثقة المشروعة بين أطراف العقد.

الفرع الثاني: ازدواجية الأحكام المنظمة للقابلية الشخصية في التشريع

الداخلي

بالرغم من أن المشرع تبني تعديلا للأمر 66- 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بالمرسوم 93- 09، حيث تراجع عن الموقف المانع للتحكيم التجاري

¹ أنظر الفقرة 3 من المادة 25، اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع نفسه، ص 24.

² المرجع نفسه، ن ص.

³ أنظر الفقرة الرابعة من المادة 25، اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، المرجع نفسه، ن ص.

الدّولي على الدّولة والأشخاص المعنويّة العامّة الأخرى، وهذا من خلال إلغائه المادة 442، واستبدالها بأحكام المادة الأولى من هذا المرسوم¹.

وأزال من خلال هذا النصّ اللبس والغموض حول أهلية الدّولة في اللجوء إلى التّحكيم التجاري الدّولي. ليكون إصدار المرسوم التشريعي 93- 09 خروجاً من مرحلة المنع والحظر إلى مرحلة الإجازة والإباحة، باعتبار أن المشرع الجزائري لم ينكر التّحكيم التجاري الدّولي، بقدر ما هو نقلة نوعية للنّظام القانوني التّحكيمي الجزائري، كأول قانون إجرائي خاصّ بالتّحكيم عرفه النّظام القانوني الجزائري².

إلا أن تنظيم القانون الحالي 08- 09 والمتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتّحكيم، قد وقع في إشكالية ازدواجية نصوصه، كما سجّل تراجعاً مقارنة بأحكام المرسوم التشريعي 93- 09، وتقييداً للتّحكيم.

فبالرجوع للقانون 08- 09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاءت أحكام المادة 1006 تنصّ على أهلية الدّولة في الخضوع للتّحكيم، في مجالات محدّدة حصراً النصّ في علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصّفقات العمومية³. ولا يُعدّ هذا النصّ أوّل من تناول أهلية الدّولة في الخضوع للتّحكيم، فقد وردت الأهلية الشّخصية قبل ذلك في المادة 975 حيث اعتبر التّحكيم أحد المحاكم الإدارية الفاصلة في النزاعات، على اعتبار أن الأشخاص المعنويّة العامّة المذكورة في نصّ المادة 800 منه، لها أن تجري تحكيماً في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادّة الصّفقات العمومية⁴.

¹ المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93- 09، المؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدّل ويتمّم الأمر 66- 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. عدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993، ص 58.

² باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التّحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014- 2015، ص 154.

³ أنظر القانون 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

⁴ أنظر نصّ المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

ومن الظاهر، من أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنها اعتمدت في نصّها على أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتّحكيم، إلا أنّ تقسيمها جاء وفقا لطبيعة التّحكيم. حيث اعتمدت المادة 975 من هذا القانون أهلية اللّجوء للتّحكيم لتسوية النزاعات التعاقدية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها، والواردة على سبيل الحصر في المادة 800 من نفس القانون. على أن يتمّ اللّجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التّحكيم متعلّقا بالدّولة، وبمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلّق التّحكيم بالولاية والبلدية، أمّا بالنّسبة للمؤسسة العمومية ذات صبغة إدارية، فيتمّ من خلال ممثّلها القانوني أو من السّلطة الوصيّة التي يتبعها¹.

بالمقابل اعتمدت المادة 1006، على المصطلح العام والمتمثّل في الأشخاص المعنويّة العامّة، ما يعتبر خروجاً عن القيد الذي فرضته سابقتها، وتماشيا مع تطوّر المنظومة القانونية الوطنية والدّولية، ممّا يبيح لعدد أكبر من أشخاص القانون العام الأخرى أن تجري تحكما عملا بأحكام هذا النّص، خصوصا مع ما تتمتع به الشركات الوطنية والوكالات الوطنية من صلاحيات في إبرام العقود الدّولية باسم الدّولة، والتي قد يؤدّي عدم التّنصيب على أهليتها نفّي المسؤولية المباشرة للدّولة عن أعمال المؤسسات التابعة لها أمام هيئة التّحكيم الدّولية، خاصّة عندما يتمّ الاتّفاق على التّحكيم دون الموافقة المسبقة للهيئة الوصيّة.

وعليه، فخلافا لفكرة الدّولة التي لا تثير أيّة مشكلة، يصعب قانونا تحديد المقصود بأشخاص القانون العام الاعتبارية²، خاصّة في غياب نصّ تشريعيّ حاصر لها، ممّا قد يجعل الفقه والقضاء يجتهد في تحديدها ثمّ حصرها. وعموما تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة، الدّولة والدّوائر التابعة لها ذات

¹ أنظر نصّ المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

² حسن طالبي، خصوصيّة التّحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 01، سنة 2008، ص

الطابع الإداري، إلى جانب المؤسسات العمومية الاقتصادية، التي لها صلاحية إبرام عقود مع مستثمر أجنبي في إطار النشاطات التي تقوم بها¹.

المبحث الثاني: الضوابط الموضوعية للشخص المعنوي العام لإبرام شرط التحكيم "القابلية الموضوعية للتحكيم" L'arbitrabilité objective

تعتبر مسألة القابلية الموضوعية من أصعب المسائل القانونية المتعلقة بالتحكيم². والتي أثارت جدلا واسعا، حيث تتحدد بموجبها طبيعة المنازعات التي تدخل في اختصاص المحكم الدولي عند النظر في النزاع³. وقد حدد المشرع بعض الضوابط في العلاقة القانونية موضوع التعاقد، والتي لا يجوز الخروج عليها، وإلا فقد الشخص المعنوي العام أهليته لإبرام الاتفاق (المطلب الأول)، ومع ذلك هناك حالات أخرى تنفي فيها القابلية الموضوعية للتحكيم كأن تقوم الدولة بتعديل تشريعها المنظم للأهلية أو إلغائه، أو تكون هذه القابلية مخالفة للنظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحديد التشريعي كأساس لأهلية التعاقد

كما سبق وأوضحنا، فمسألة خضوع الدولة للتحكيم، جاءت على سبيل الحصر وبشكل محدد، وقد نظم المشرع العقود التي يمكن للأشخاص المعنوية العامة، إبرام شرط التحكيم بشأنها، وهو بذلك تبنى الاتجاه السائد حول تقييد أهلية أشخاص القانون للجوء إلى التحكيم⁴، (الفرع الأول)، وبالرغم من النقد الذي وجهه للمشرع حول تلك القيود والآثار المترتبة عليها، إذا فالفصل النهائي في هذه المسألة يدفع للبحث عن مراد المشرع في النص الأصلي لهاتين المادتين في قانون الإجراءات المدنية (الفرع الثاني) ومن ثم في أحكام قانون الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

¹ المرجع نفسه، ص ص 101 و 102.

² HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial, Thèse pour le Doctorat, Université Mouloud MAMMERI de Tizi-Ouzou, 20 Juin 2012, p. 112.

³ Isabelle HAUTOT, op.cit., p. 15.

⁴ Jean Michel Jacquet, L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international, revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial 2, février 2010, p. 122.

الفرع الأول: أهلية الخضوع للتحكيم من الحظر التأم إلى الممارسة المقيّدة

ويكمن أساس هذا الحظر في موضوع النزاع القابل عرضه على المحكمة التحكيمية. وهو ما جعل المشرّع متشدداً نوعاً ما عند تحديده لموضوع التحكيم في عقود الأشخاص العامة، حيث حصرها، في الفقرة 3 من المادة 1006 ق.إ.م.إ. عندما اشترط على أشخاص القانون العام طلب التحكيم في علاقاتهم الاقتصادية الدولية، وفي إطار الصفقات العمومية.

وقد انتقد الفقه المشرّع في القانون الجديد، حين وضع تصنيفاً جديداً في مادة التحكيم، توجه فيه نحو الإباحة المقيّدة، على عكس المرسوم التشريعي 93-09، حيث خصّ الأشخاص العامة الخاضعة للتحكيم بالمواد 975 و 976 في سياق عام الذي تحدّث عن الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية. ثمّ عاد المشرّع الجزائري وتكلّم عن الأشخاص المعنوية العامة في الفقرة الثالثة من المادة 1006، وهنا اشترط أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي، على أن تتمّ في إطار الصفقات العمومية.

إنّ هذا التّنصيص، يثير الغموض حول المادة الأصلح للتطبيق، فالمشكلة الأساسية لا تثيرها الإباحة المقيّدة، لأهلية الدولة في طلب التحكيم في القانون الجديد، مقارنة بالمرسوم التشريعي 93-09، ولا بازدواجية النصوص، بقدر ما يثيره تناقضها، فبالعودة للنصين 975 و 1006 من القانون 08-09، نجد أنّ للأشخاص المعنوية العامة أن تجري تحكيماً في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية، هذا بالنسبة للمادة 975. أمّا المادة 1006 فقد ورد فيها، أنّ جواز طلب التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة يكون فقط في علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية، في حين أنّ إبرام هذه النشاطات تحت إطار عقود الصفقات العمومية حسب الحالة الأولى، كما ورد في نصّ المادة 975 السالفة الذّكر، يتناقض مع ما ورد في أحكام المادة 1006، هذه الأخيرة الفاصلة في طلب الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، وطلبها له في مادة الصفقات العمومية، باستعمال المشرّع لحرف العطف "أو" بدلا من "والأو".

ففرضية أنّ المشرّع لم يتراجع عن موقفه السّابق الوارد في المرسوم التشريعي 93-09، وإنّه اكتفى بمجرد تعداد الحالات التي للدولة أهلية الخضوع

للتحكيم بموجبها، لا تعدّ كافية من دون الوصول إلى تفسير النصّين حسب المعنى المراد به من المشرّع، في القانون 08-09، خاصّة وأنّ اعتبار الدولة، أو أحد الأشخاص المعنويّة العامّة، ذات أهلية في طلب خضوع منازعاتها في عقود الصّفقات العمومية للتحكيم، سيمنّد منطقيا للتحكيم الداخلي وهذا ما يُعدّ مرحلة جديدة، لم يشهدها التحكيم في الجزائر من قبل.

الفرع الثاني: أثر تفسير النصوص من المصدر الأصلي

خلاف الغموض الذي وقع فيه المشرّع الجزائري في أحكام المادتين 975 و 1006 من القانون 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في نصّه الرّسمي، يظهر النصّ الأصلي¹، انسجاما بينهما، وهذا من خلال تطابق عبارات النصّين، فترجمة المادة 975 الواردة في النصّ الأصلي جاءت متطابقة مع النصّ الرّسمي، ما يؤكّد أنّ إرادة المشرّع تكمن في حصر الحالات الواردة في الاتفاقيات الدّولية المصادقة عليها، في إطار إجراءات إبرام الصّفقات العمومية، على اعتبار أنّ المشرّع في النصّ الأصلي استعمل عبارة (...ainsiqu'en matière de marches publics)² والتي لا تعني عند ترجمتها إلى اللغة العربية إضافة إلى عقود الصّفقات العمومية كأسلوب تعاقدّي تمارسه الدّولة، منفصلا تماما عن الحالات الواردة في الاتفاقية الدّولية، أي أنّ الدّولة في علاقاتها التّعاقدية الدّولية تتصرّف، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في مادّة الصّفقات العمومية.

نفس الأحكام جاءت بها المادة 1006 في النصّ الأصلي من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على عكس المادة في نصّها الرّسمي التي ظهرت متناقضة مع سابقتها (المادة 975). فقد تبنّى المشرّع الطّرح نفسه فيما يتعلّق بالعلاقات الاقتصادية الدّولية، التي لم يفصلها عن مادّة الصّفقات العمومية، بل أكّد على ضبطها في إطار الصّفقات العمومية، بهذا التعبير:

Art. 1006: «.... Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés public»³.

الفرع الثالث: موقف المشرّع في قانون الصّفقات العمومية

¹Loi n° 08-09 du 18 safar 1429 correspondant au 25 février 2008 portant code de procédure civil et administratif, JORA, n° 21, 28 avril 2008.

²Art. 975 de la loi n° 08-09, op.cit., p. 77.

³Art. 1006 de la loi n° 08-09, op.cit., p. 79.

بالعودة لأحكام المرسوم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن أهلية المصلحة المتعاقدة والتي تتمثل حسب المادة 6 منه في الدولة، والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تُكلفُ بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أو من الجماعات الإقليمية، في اللجوء للتحكيم وفقاً لأحكام المادة 153 من هذا المرسوم، وهذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، وأمام هيئة دولية، بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة¹. فعقود الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب تكون موضوع دعوى للمنافسة الدولية، تطبيقاً لسياسات التنمية العمومية، عن طريق الالتزام بالاستثمار في شراكة². وعلى أساس ذلك، تبرم عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية المؤهلة لأن ينظر في منازعاتها أمام التحكيم الدولي وفقاً لإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: عدم فعالية التحديد التشريعي لأهلية الشخص المعنوي العام بالرغم من أهمية التحديد التشريعي على النحو السابق، ومن حيث تضييقه لنطاق أهلية الدولة، التي تقيدت بموضوعات معينة وعلى سبيل الحصر، وباعتباره يرتب آثاراً هامة في مواجهة أطراف التعاقد، وبالتالي لا يستطيع أيّ منهما إبطال شرط التحكيم إلا خارج دائرة القابلية الموضوعية، إلا أن هناك فروض أخرى قد تدفع الدولة فيها بعدم أهلية الشخص المعنوي العام، وذلك في حالة تعديل أو إلغاء التشريع المانع للأهلية (الفرع الأول)، أو في حالة تعارضه مع النظام العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر التغيير التشريعي على أهلية الشخص المعنوي العام

قد يحدث وأن تقوم الدولة بتعديل تشريعاتها الداخلية، وهي مسألة لا تطرح أيّ إشكالات قانونية إذا كانت تتعلق بنزاع ذي طبيعة وطنية بحتة، أما في حالة عقود الدولة مع الأشخاص الأجنبية، هنا تظهر بعض الصعوبات الناجمة عن

¹ أنظر الفقرة الأخيرة المادة 153 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، ص 38.

² أنظر المادة 84 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، ص 24.

قدرة الدولة على إصدار قانون جديد، يتضمن حظراً على خضوعها للتحكيم أو الأجهزة التابعة لها بشكل كلي، أو في موضوعات معينة كانت قد أجازتها في التشريع السابق، وهو ما يطرح تساؤلاً حول مدى تأثير هذا التعديل على أهلية الشخص المعنوي الخاضع للتحكيم في مواجهة المستثمر الذي يعتبره أحد الضمانات الهامة عند التعاقد¹. الإجابة على هذا التساؤل ترتبط بضمانة أخرى يلجأ إليها عادة المستثمر، وهي شروط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني للقانون، حيث تبقى هذه الشروط بمثابة العامل الأساسي المحدد لحل إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، من حيث الزمان، ومن بينهم النصوص الناطقة لأهلية الشخص المعنوي الخاضع للتحكيم.

وقد تبنت المشرع الوطني شروط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار، من خلال نص المادة 15 "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، فشروط الثبات أو عدم المساس تعدّ ضمانة لازمة للمستثمر لمواجهة تدخلات الدولة، سواء بتعديل التشريع أو تعديل نصوص العقد، والتغيير التشريعي في هذه الحالة يعدّ مخالفة لشروط الثبات، وبالتالي تتولّى هيئة التحكيم النظر في النزاع، وتحدّد طبيعة الجزاء بالنظر لطبيعة المزايا والضمانات. وإن كانت لا تملك إجبار الدولة على الاستمرار في العقد.

الفرع الثاني: التعارض بين موضوع التحكيم والنظام العام

يُعدّ النظام العام من أهم موضوعات التحكيم التجاري الدولي وأكثرها تعقيداً بسبب نسبية مفهومه، فهو يختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر². ويتدخل النظام العام في التحكيم، إذا ما واجه المحكم في حكمه قاعدة من

¹SCHW ARZENBERGER, The protection of British property abroad, in current Legal problems, London, 1952, p.313.

²لا في محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة". جامعة الإمارات العربية المتحدة 25- 2011/04/27، ص 1374.

قواعد النظام العام¹. فأهميته تكمن في أنه يمثل قاعدة قانونية فضفاضة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وإلا حكم القضاء ببطلان ما يخالفها من تلقاء نفسه².

ويحد النظام العام من أهلية الخضوع للتحكيم وفقا للفقرة الثانية من المادة 1006 ق.ج.م.؛ بسبب موضوع النزاع القابل عرضه على التحكيم وليس لشخص المائل أمام التحكيم، لأن اكتمال الأهلية القانونية للدولة، أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى يتوقف على التكامل بين القابلية الشخصية والقابلية الموضوعية للتحكيم مع ضرورة صحة هذه الأخيرة، وعلى هذا الأساس، تعمل فكرة النظام العام بمعناها الدقيق على إيقاف القابلية للتحكيم الموضوعية، من خلال آليتين:

الآلية الأولى: ارتباط النظام العام بمصلحة المجتمع العامة، والنزاع في هذه الحالة يطرح فقط أمام القاضي الوطني المختص، مع استحالة عرضه أمام التحكيم، لما للنزاع من علاقة وثيقة بالسيادة الوطنية للدولة، أو المؤسسات العامة، والتخوف من المساس المباشر بحقوق المجتمع³. فحق التصرف في الحقوق المانحة لأهلية اللجوء إلى التحكيم كما وردت في الفقرة 1 من المادة 1006 ق.ج.م.؛ ليست بالإطلاق الممكن تصوّره، إنما قد قيّدتها الفقرة الثانية من نفس المادة، بما يُسمّى النظام العام المعمول به في الدولة. ما يستخلص أن أشخاص القانون العام لا يمكنها التصرف في الحقوق العامة للمجتمع بصفة مطلقة، كما هو متصور، فهي مجرد راعية لهذه الحقوق. ونظرا لقداستها أطرها المشرع تحت فكرة النظام العام.

الآلية الثانية: دور المحكم في إثارة فكرة النظام العام عند فصله في النزاع الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه. ليكون دور النظام العام هنا ليس بالمانع القانوني، إنما قيّدا على الحكم فقط، وللمحكم بذلك تحديد عواقب مخالفة النظام العام في اتفاقية التحكيم، وعليه فالمحكمة التحكيمية لها

¹HOCINE Farida, op.cit., p. 112.

²لا في محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1375.

³HOCINE Farida, op.cit., p. 116.

صلاحية تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام، ومعاقبة انتهاكها بإبطال اتفاقية التحكيم¹.

ومع ذلك يتخللها مجموعة من الصعوبات عند التطبيق، فقانون الدولة أحيانا غير فعال أمام هيئات التحكيم الدولي، خاصة إذا ما تعلق النظام العام الداخلي بمسألة قانونية داخلية لا يمكن اعتبارها دوليا من قواعد النظام العام الدولي، فالاتجاه السائد في التحكيم الدولي هو تبني النظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي، لتفسيره التطبيقات العملية على ضوء القيم والمصالح العليا للدول المتقدمة دون باقي الدول، لتكون بذلك الدولة المضيفة الطرف الأضعف عند مواجهة المستثمر الأجنبي أمام هيئات التحكيم الدولية².

وهذا ما ذهب إليه أحكام المحكمين في قضية *Omnium de Traitement et de Valorisation SA Hilmarton LTD*³، والتي كان

موضوعها عقد استثمار بين الحكومة الجزائرية، وأحد المستثمرين الأجانب في موضوع الصرف الصحي لمدينة الجزائر العاصمة، مع وجود وسيط كطرف ثالث في إبرام هذا العقد مقابل مبلغ معين، وبعد إبرام العقد حصل الوسيط على جزء من المبلغ المتفق عليه وامتنع الطرف المتعهد بدفع باقي المبلغ، ونتيجة لذلك أحيل النزاع للتحكيم مرتين، وأخيرا قدم حكم التحكيم الصادر للتنفيذ أمام القضاء الإنجليزي، ليتبين بعد ذلك أن العقد الأصلي غير قانوني، لمخالفته النظام العام في الجزائر، إلا أن هيئات التحكيم لم تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الدولي وحسنت النزاع لصالح المستثمر الأجنبي.

وعليه، ينفي هذا الحكم الآلية الثانية المطروحة أعلاه، بسبب ضعف القانون الوطني في مواجهة سلطات هيئات التحكيم الدولي المطلقة، لذا فإن حظر أهلية الدولة دوليا، يكون عند مخالفة موضوع اتفاقية التحكيم للنظام العام الدولي دون الداخلي.

¹Ibidem, p. 116.

²لا في محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1376.

³المرجع نفسه، ص 1376.

خاتمة -

يكفي في نهاية هذا البحث أن نشير إلى أن أهلية أشخاص القانون العام لعرض نزاعاتها أمام التحكيم، ما هي إلى نتيجة لمبدأ أساسي في النظام الدولي المتعلق بالتحكيم، والذي يطلق عليه القابلية للتحكيم. حيث أن هذه الأهلية لا تكتمل إلا بتوافر نوعي هذا المبدأ، وتكاملهما. فأي عيب قانوني في القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم، يبطل تلقائيا أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم. وهذا البطلان، يسرى في مواجهة المتعاقد الاقتصادي الدولي أو غيره، حتى أمام هيئات التحكيم، تأسيسا على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، يبقى فقط الفرض التي قد تقوم فيه الدولة بتعديل تشريعاتها، أو إلغائها، في هذه الحالة يتدخل شرط الثبات التشريعي ليصبح قيда على الدولة في هذا الشأن وفقا للصورة التي تم إدراجه بها.

وعليه، يمكن القول أن أهلية أشخاص القانون العام، غلب عليها الطابع المقيّد. خاصة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، والذي اعتمد على حلول جوهرها خلق التوازن بين مصالح الدولة الحيوية، وبين الحفاظ على سيادتها، لتبقى هذه الأشخاص مقيّدة، غير أن ما يؤخذ على هذه الأهلية، رغم محاولة المشرّع الواضحة لفرض شكل نظامي أدق، أنها قد تعاني من الحظر القانوني نظرا لمحدودية موضوع القابلية للتحكيم، والذي حدّده المشرّع في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية التي تبرم وفقا لإجراءات إبرام الصفقات العمومية تحت طائلة بطلان الأهلية. هذا الحظر الذي يعدّ الثاني من نوعه بعد ما تطرّق المشرّع لضرورة عدم مخالفة النظام العام الداخلي، والذي يضع في بعض الأحيان الدولة في موضع الطرف الضعيف، نتيجة عدم تطابق قواعده مع قواعد النظام العام المعترف به دوليا.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

- 1- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2005.
- 2- باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014- 2015.

- 3- حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 01، سنة 2008.
- 4- عدلي محمد عبد الكريم، خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 04، 2010.
- 5- لافي محمد درادكة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية، وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة". جامعة الإمارات العربية المتحدة 25- 2011/04/27.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

- 1- Salah MOUHOUBI, préface de Mohamed BEDJAOUI, La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives, O.P.U, Alger, 1986.
- 2- Stéphane Chatillon, le contrat international, Vuibert, 3e édition, Paris, 2007.
- 3- Mostefa TRARI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, 1er édition, Alger, 2007.
- 4- TARKI Nouredine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger 1999.
- 5- Abdelmadjid Belkherroubi, l'arbitrage commercial en droit Algérien, par Mohamed MENTALECHTA, RASJEP, Algérie.
- 6- Jean Michel Jacquet, L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international, revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial 2, février 2010.
- 7- Mostefa TRARITANI, clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume xxxvii, n° 4, Algérie, 1999.
- 8- HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial, Thèse pour le Doctorat, Université Mouloud MAMMERI de Tizi-Ouzou, 20 Juin 2012.
- 9- SCHW ARZENBERGER, The protection of British property abroad, in current Legal problems, London, 1952, p.313.

ثالثا: النصوص القانونية

- الأمر 66- 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر 47 الصادرة في 09 يونيو 1966.
- القانون 05- 07 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005.
- القانون 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

- المرسوم التشريعي 93- 09، المؤرخ في 25 ابريل 1993، يعدل ويتمم الأمر 66- 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993.
- المرسوم الرئاسي رقم 95- 346 المؤرخة في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر 66 مؤرخة في 05 نوفمبر 1995.
- المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- Loi N° 08-09 du 18 safar 1429 correspondant au 25 février 2008 portant code de procédure civil et administratif, JORA, N° 21, 28 avril 2008.