جامعـــــــة أحمد دراية أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قســـم الحقوق

عقود التنمية الاقتصادية

من إعـداد الطالبة:

- جعفري فاطمة

تحت إشراف:

د.أزوا عبد القادر

لجنة المناقشـــــة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
مسعودي يوسف	أستاذ التعليم العالي	جامعة ادرار	رئيساً
أزوا عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة ادرار	مشرفاً ومقرراً
الصادق عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة ادرار	عضواً مناقشاً

الموسم الجامعي **2017 – 2018م**

إهداء

أهدي ثمرة عملي هذا إلى:

من ناضل من أجلي لأرتاح وهيأ لي أسباب النجاح الذي سعى جاهدا إلى تربيتي و تعليمي، و توجيهي و الوقوف إلى جانبي بكل ما أوتي من قوة الى *أبي* العزيز حفظه الله و رعاه و أطال في عمره أمين.

******

إلى أعز ما أملك في الدنيا إلى من تجلت الجنة تحت اقدامها الى *أمي* الحبيبة أسأل الله أن يحفظها و يرعاها و يمد في عمرها أمين.

****

إلى النجوم التي أهتدي بها و أسعد برؤيتهم و أنسهم الذين اشتركت فيهم صفتي الأخوة و الاصدقاء أهدي عملي المتواضع هذا إلى * المثابرة و القدوة إلى أختي و رفيقتي الغالية حفصة ،أهدي عملي المتواضع إلى شقيقتي و أنسي أختي العزيزة الغالية حفيظة ، إلى أخي الغالي زكرياء حفظه الله ، إلى أختي الثمينة و العزيزة نفيسة ،إلى حبيبتي الصغيرة و الرائعة هاجر*.

****

جعفري

كلمة شكر و امتنان

قال الله تعالى:{ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ}

الحمد الولي الحميد المبدئ المعيد الفعّال لما يريد أحاط بكل شيء علما وهو على كل شيء شهيد وهو أقرب الى الانسان من حبل الوريد أحمده سبحآنه على فضله المديد وأشكره طالبة بشكره المزيد وأشهد أن لا اله الله وحده لا شريك له لا ضد ولا نديد وأشهد أن سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وعلى أله وأصحابه ومن تبعهم من صالح العبيد و سلم تسليما كثيرا.

****

أتقدم بعميق شكري وامتناني إلى **الاستاذ المحترم و الدكتور الموقر المشرف / أزوا عبد القادر** على تكرمه بالإشراف على مذكرتي ألمتواضعة، و أشكره على دعمه و تشجيعه الكبير لي وعلى تواضعه اللامتناهي في المعاملة منذ بداية تسجيل موضوع البحث وحتى الانتهاء منه وعلى تقديمه لي يد العون >

****

وأخيرا أسدي عبارات العرفان لكل من ساهم سواء من قريب أو بعيد في إتمام هذا العمل المتواضع

أشكر كل هؤلاء وجزاهم الله عني كل خيرا ***الطالبة جعفري فاطمة***

مقدمة

مقدمة

يعد قطاع التنمية الاقتصادية من أهم القطاعات الرئيسية التي تنهض باقتصاديات الدول وخاصة الدول النامية بهدف استقطاب رأس المال الأجنبي من أجل تحقيق نموها وتطورها اقتصاديا وتكنولوجيا حيث تعد التنمية الاقتصادية من الأهداف الرئيسية التي تسعى الدول إلى تحقيقها ، غير أن المجتمع الدولي ينقسم من الناحية الاقتصادية إلى دول متقدمة اقتصاديا تمتلك رأس المال والخبرة الفنية والعلمية ودول متخلفة تفتقر إلى أحد هذين العنصرين أو كلاهما معا مما أذى إلى وجود فجوة اقتصادية شاسعة بين الدول .

فالدول النامية وإن توافرت لديها الثروات الطبيعية اللازمة والكافية لإحداث التنمية الاقتصادية إلا أن ذلك لم يؤهلها إلى أن تتطور وتتقدم إذ ينقصها الكثير من الإمكانيات التي تمتلكها الدول الصناعية المتطورة ، ونتيجة لذلك أصبح للمشروعات الأجنبية دورا حيويا في إنعاش التنمية الاقتصادية لهذه الدول في إطار ما يسمى بعقود التنمية الاقتصادية والتي تبرم بين الدولة والأشخاص الأجنبية .

وأن سبب شح رؤوس الأموال في هذه الدول وضعف مدخراتها الوطنية هو بسبب أمرين يعيقان إقامة البنية الأساسية لتحقيق التقدم الاقتصادي المنشود حتى وأن توافرت لدى بعض الدول النامية الثروات الطبيعة اللازمة والكافية لتطوير التنمية الاقتصادية ، ولكن ذلك لم يؤهلها إلى أن تتطور وتتقدم مثل الدول المتقدمة إذ ينقصها الكثير من الإمكانيات التي تمتلكها الدول الصناعية المتطورة ، وذلك ما أدى بالدول النامية باللجوء إلى الاقتراض من أجل تمويل التنمية الاقتصادية بشروط قاسية مالية وسياسية مما يترتب عليها فوائد ومديونية ثقيلة جدا .

وتعد المشاريع الأجنبية الوسيلة الأمكن إذا ما كانت الوسيلة الوحيدة التي تسعى اليوم إلى اجتذابها كافة الدول المتخلفة لتحقيق التنمية الاقتصادية وذلك عن طريق إبرام عقود التنمية الاقتصادية بين الدول المضيقة وبين الأشخاص الأجنبية ، ولعل الدافع الأكبر إلى انتهاج هذا الأسلوب هو أن التنمية الاقتصادية في الدول النامية لا يمكن تحقيقها اعتمادا على استغلال الموارد الذاتية والخبرات الوطنية فحسب وإنما تلعب المشروعات الأجنبية دورا حيويا في إنعاش المستوى الاقتصادي بالإضافة تعد هذه العقود بالنسبة للدول النامية الركيزة التي بواسطتها يتم بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة .

ولقد عرفت الجزائر بعد الاستقلال تغيرات عديدة ساهمت بشكل كبير في تغير المفاهيم الواجب إتباعها لبناء الدولة الحديثة في الجانب الاقتصادي لذلك سعت الجزائر كغيرها من الدول النامية التأقلم مع التحديات التي فرضتها التحولات الاقتصادية الجديدة بمحاولة فتح المجال للمبادرات الأجنبية في شكل إبرام عقود التنمية الاقتصادية بين الدولة والشخص الأجنبي .

ومن حيث أهمية موضوع فإن دراسة موضوع عقود التنمية الاقتصادية لم يعد مقتصرا على القانون الدولي الخاص فقط بل حظى باهتمام الكثير من المختصين في القانون العام أيضا ، وذلك نظرا لما تثيره هذه العقود من إشكالات قانونية نابعة عن التفاوت في المراكز القانونية لأطرافه .

فالدولة المتعاقدة أو المضيفة تتمتع بمزايا سيادية لا يتمتع بها المتعاقد الأجنبي ، وبالمقابل فإن هذا الأخير يتمتع بقوة اقتصادية رغم افتقاده للقوة السيادية . حيث أن هذا التفاوت في المراكز القانونية يضفي على عقود التنمية الاقتصادية استقلالية تميزها عن غيرها من التصرفات التعاقدية الأخرى وتخضع إلى نظام قانوني ذاتي مستمد من مبدأ سلطان الإرادة .

وإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من الإشكالات فإن الأمر يزداد تعقيدا بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة في إطار العلاقات الدولية مع المتعاقد الأجنبي المنتمي لدولة أخرى .

وتبقى مشكلة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على هذه العقود مسألة شائكة لا يمكن تسويتها تسوية حاسمة وقطعية لأنها تثير الكثير من المسائل المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية بشأن إبرامها وتسوية النزاعات الناجمة عن تفسيرها وتنفيذها وتتيح غالبة القوانين الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية نظاما مزدوجا فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية .

كما أن الشخص الأجنبي يفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي كهيئة مستقلة لفض المنازعات مع الدولة المضيفة أو إحدى الهيئات الممثلة لها ، حيث يعد التحكيم الدولي الوسيلة المثلى لإرساء القانون في مجال عقود التنمية الاقتصادية .

وعلى هذا الأساس فإن الغاية من دراسة هذا الموضوع هي دراسة وتحليل الإشكالات الناتجة عنه خاصة ، وأن المشكلة الحقيقية التي يواجهها الأطراف هي ليست التعرف بحقوقهم والتزاماتهم أو تحديد مداها ، بقدر البحث عن وسائل مستقلة ومحايدة وفعالة يمكن اللجوء إليها في ضبط هذه العقود والفصل في المنازعات الناتجة عنها .

وأن الهدف من موضوع البحث هو التعرف أكثر على عقود التنمية الاقتصادية وبيانها وذلك في ضوء القانون الذي يساهم في تطويرها سواء في القوانين الدولية أو في القانون الجزائري من أجل توفير بيئة خصبة ومناسبة لهذه العقود في الدول النامية وتشجيع تدفق المشاريع التنموية الاقتصادية الأجنبية.

ومن حيث أسباب اختيار الموضوع فإن ذلك راجع إلى دوافع علمية تتمثل في الرغبة في بحث عن إشكالات عقود التنمية الاقتصادية وإثراء المكتبة العلمية في هذا المجال .

ومن الصعوبات التي واجهتني في هذا الموضوع هو قلة المراجع والدراسات المتعلقة والمتخصصة في عقود التنمية الاقتصادية خاصة المراجع الجزائرية .

وعلى أساس ما تقدم فإن إشكالية البحث كالآتي :

ما المقصود بعقود التنمية الاقتصادية ؟ وما هو القانون المناسب لحكمها ؟ وما مدى فعالية التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عنها ؟

وللإجابة على هذه الإشكالات تم الاعتماد على المنهج التحليلي ، حيث ارتأيت تقسيم بحثي إلى فصلين أساسين يتضمن الفصل الأول : ماهية عقود التنمية الاقتصادية ، أما الفصل الثاني فيتضمن : القانون الواجب التطبيق والتحكيم كآلية لحل منازعات عقود التنمية الاقتصادية .

الفصل الاول :

ماهية عقود التنمية الاقتصادية

لقد أدى التطور في ظروف الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وما شهده العصر الحديث من سهولة الاتصال بين المجتمعات المختلفة إلى ظهور علاقات اقتصادية وقانونية لم تكن معروفة من قبل ، ونظرا لما تعول عليه الدول المضيفة من دفع عجلة التنمية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي فقد منحت عقود التنمية الاقتصادية كثيرا من المزايا والتسهيلات بهدف جذب رؤوس الأموال إليها حيث تؤدي هذه العقود دورا حيويا في إنعاش المستوى الاقتصادي والاجتماعي للدول من خلال تطوير البنية الأساسية للمجتمع وتطوير الإنتاج وتحويله من إنتاج استهلاكي إلى إنتاج تصديري [1].

إن ضبط النشاط الاقتصادي من منظوريه الاقتصادي والقانوني يرتكز أساسا على زاويتين ، حيث تتمثل الزاوية الأولى في تحرير وفتح المجال الاقتصادي والمالي للمنافسة ، وتتمثل الزاوية الثانية في حلول الضبط محل التوجيه الاقتصادي عن طريق إحداث سلطات ضابطة للناشط الاقتصادي والمالي[2] ، ومن جهة ثانية فالملاحظ أن أغلب اقتصاديات الدولة النامية تتميز بتركيزها على التجارة الخارجية ،كما أن نظرة عدم الاطمئنان اتجاه هذه العقود تغيرت نسبيا وازدادت الرغبة في الاعتماد عليها بغية تطوير القطاعات الاقتصادية [3] ، وتعد هذه العقود عقود فعالة للنهوض بالاقتصاد وباقي المجالات الأخرى فلقد أصبحت موضوعا من المواضيع التي تحتل مكانة هامة وأساسية وأولويات الدراسات الاقتصادية والمالية والقانونية وغيرها من التخصصات [4] ، وعلى الرغم من اتفاق الفقه على ذاتية عقود التنمية الاقتصادية وتميزها عن غيرها من العقود يوجد هناك جانب من الفقه يحدد

---

[1] نور الدين بوسهوة ، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في القانون الدولي والجزائري ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة ، 2005/2004 ، ص 26.

[2] منصور داود ، الاليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون الاعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016/2015 ،ص 1.

[3] بوجلطي عز الدين ، النظام القانوني للاستثمار في قطاع الطاقة في الجزائر والمتغيرات الدولية ، مذكرة لنيل شاهدة دكتوراه في العلوم فرع قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2016/2015 ، ص 12.

[4] محمد سارة ، الاستثمار الاجنبي في الجزائر – دراسة حالة اوراسكوم – ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الاعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2010/2009 ، ص 6.

ذاتية هذه العقود من خلال وضع تعريف شامل لها على نحو جامع مانع وهناك من الفقه ذهب إلى تحديد ذاتية عقود التنمية الاقتصادية عن طريق حصر وتعداد خصائصها[1].

وعليه سنعالج هدا الفصل من خلال مبحثين حيث يتضمن الاول : مفهوم عقود التنمية الاقتصادية ، أما المبحث الثاني يتضمن : أنواع عقود التنمية الاقتصادية و خصائصها.

المبحث الاول : مفهوم عقود التنمية الاقتصادية .

إن مصطلح التنمية مر بمراحل في القرن العشرين والذي أطلق على نظم اقتصادية متماسكة ، ولقد أستخدم مصطلح التنمية في علم الاقتصاد من أجل أن يكون دليل على عملية إحداث تغيرات جذرية في مجتمع معين بهدف إكسابه القدرة على التطور الذاتي والمستمر الذي يضمن التحسن المتزايد للحياة الاقتصادية لكل دولة [2].

إن عقود التنمية الاقتصادية تختلف عن غيرها من العقود الأخرى المبرمة بعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة ، فإن أحد أطراف هذه العقود هو الدولة التي تعد شخص سيادي وتتمتع بمزايا خاصة ، أما الطرف الثاني فهو شخص أجنبي الذي يمتاز بقوته الاقتصادية دون تمتعه بالسيادة [3].

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى تعريف عقود التنمية الاقتصادية وأبرز صورها الذي هو موضوع المطلب الأول من هذا المبحث ، بالإضافة إلى تميزها عن غيرها من العقود المشابهة لها الذي هو مضمون المطلب الثاني .

المطلب الاول : تعريف عقود التنمية الاقتصادية وأبرز صورها

تعتبر عقود التنمية الاقتصادية من الصور المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية المعاصرة ، كما أن هذه العقود أصبحت صورة قانونية محل اهتمام فقهي مع أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، ولعل أحكام محاكم التحكيم ، وكذا مجهودات المنظمات الدولية التي أوكلت مهمة دراسة وإيجاد الحلول لهذه العقود ، كما أنها ساهمت في بلورة أحكام خاصة تختلف في كثير من الأحيان عن أحكام العقود الدولية العادية ، ويرجع مصطلح عقود التنمية

[1] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الاجانب – تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها – ، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 30 و 31.

[2] - محي الدين حمداني ، حدود التنمية المستدامة في الاستجابة لتحديلت الحاضر والمستقبل – دراسة حالة الجزائر – مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية فرع تخطيط ،كلية العلوم والاقتصاد وعلوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2009/2008 ، ص 13.

[3] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 35.

الاقتصادية إلى أصل انجليزي فهو مأخوذ من state contacts ويقصد بها العقود التي تبرمها الدولة .

ومن هدا المصطلح الانجليزي اشتق المصطلح الفرنسي contrats d etat على أنه يمكن الإشارة إلى أن هنالك من يطلق على تسمية هده العقود بمصطلح le contrat gouvernental ، ولقد تناولت الدراسات عقود التنمية الاقتصادية باستخدام مصطلح اتفاقات بدلا من مصطلح العقود ، مع أن هناك فرق ظاهر بين الاتفاق والعقد ، ومن بين هذه الدراسات الدراسة التي قام بها الأستاذ berlin حيث أستند في استخدامه لمصطلح الاتفاق على أن هذه التعاقدات تفتقد لمبدأ المساواة القانونية بين الأطراف و الذي يعد من بين أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد ، لأن مرجع هذه التعاقدات يكون أحد طرفيها سلطة عامة ذات سيادة و الطرف الأخر لا يتمتع بهذه الميزة [1] .

وعليه فإن المشرع الجزائري نص على العقد من خلال نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري التي تنص على { العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما }[2].

ومن جهة أخرى يرى الأستاذ عوض الله أن ما ذهب اليه غالبية الفقه من تسمية عقود التنمية الاقتصادية بالعقود هو الأجدر بالمناصرة ، لأنها لا تفتقر إلى مبدأ المساواة بين أطرافها إذ أن الدولة عند إبرامها لعقود التنمية الاقتصادية تتخلى عن صفتها السيادية ، وتقف على قدم المساواة مع المتعاقد الخاص ، ودليل ذلك أن معظم هذه العقود تتم بواسطة الأشخاص المعنوية التابعة للدولة، وفي واقع الأمر هناك إجماع ينفي وجود عقود التنمية الاقتصادية كعقد مسمى ، أي إن هذا المصطلح أبتدعه الفقه لتمييزه عن طائفة العقود التي تتخذ نماذج عدة [3] ، وذهب الفقه إلى أن هذه العقود يقصد بها كل عقد يكون أحد أطرافه الدولة ، وإن التنمية الاقتصادية هي عبارة عن عملية جوهرها اقتصادي وحتى يتم تحققها لا بد من وضع وإتباع أساليب متعددة وذلك يكون

[1] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 315 .

[2] المادة 54 من الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

[3] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 316 .

بالقانون الذي يعد الأداة التنظيمية لهذه العقود [1] ، ومن هنا سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى تعريف عقود التنمية الاقتصادية الذي هو مضمون الفرع الأول و يتضمن الفرع الثاني صور عقود التنمية الاقتصادية .

الفرع الاول : تعريف عقود التنمية الاقتصادية

لقد ذهب الفقه إلى تعريف عقود التنمية الاقتصادية من بداية ظهورها في العلاقات الاقتصادية الدولية ، فلقد عرفها الأستاذ p. Juillard هذه العقود بأنها { العقد المبرم بين الدولة ورعية دولة اخرى } وعرفها بعض الفقهاء أيضا بأنها هي { تلك العقود التي تبرم بين دولة نامية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص عادة ما يكون أجنبي موضوعه إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشئات صناعية تهدف كلها إلى تحقيق التنمية } وهذا التعريف يبين دولية عقود التنمية الاقتصادية وذلك لاتصالها بأكثر من نظام قانوني و الملاحظ هنا استبعاد العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص ، حتى ولو كان لاتفاق الطرف صفة دولية ، فعقود التنمية الاقتصادية ترتكز على الغاية التي ابرمت من أجلها .

و يرى جانب من الفقه أن عقود التنمية الاقتصادية بالمعنى الدقيق هي العقود تبرم بين الشخص الأجنبي والدولة كشخص قانوني دولي ، وهذه العقود تختلف عن العقود الإدارية التي تبرمها الدولة بحيث تخضع هذه الأخيرة إلى القانون الداخلي للدولة ، وعليه فإن عقود التنمية الاقتصادية حسب رأي الفقه تخرج عن النظام الداخلي للدولة وإنما تخضع للقانون الدولي ، كما ذهب الأستاذ leben إلى إبراز الأشخاص الخاصة لاسيما الأجنبية منها حيث يمكن أن تكون لها حقوق و تحميلها بالتزامات نتيجة تصرف دولي ولقد أثبتت الممارسة التعاقدية والقضاء التحكيمي بأن هذه الأشخاص مؤهلة لمقاضاة الدولة أمام هيئة تحكيم دولية مما يعطي للشخص الخاص المتعاقد مع الدولة إمكانية التمتع بالشخصية الدولية [2].

ويعرف بعض الكتاب عقود التنمية الاقتصادية على أنها العقود التي يكون فيها أحد المتعاقدين على الأقل دولة نامية أو أي مشروع تابع لها حيث يكون موضوعه المساهمة في عملية

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص – دراسة انتقاديه – مكتبة النصر بالحي الجامعي، القاهرة ، ص 17 .

[2] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 318 و 319 .

التنمية ، و يذهب فريق آخر من الفقه إلى أن هذه العقود من الناحية الاقتصادية تشمل العقود ذات النطاق الواسع والتي تتم في إطار خطة محددة و أولويات الدولة تكون في التنمية الاقتصادية وبذلك تشمل العقود التي تمس القطاع الأساسي والمهم المتمثل في استغلال الموارد الأولية أو تمس القطاع الثانوي والمتمثل في توريد الأجهزة الصناعية الثقيلة .

كما أضاف الفقه أنه يلزم أن تتوفر في عقود التنمية الاقتصادية عناصر وهي :

1–أن تكون عقودا دولية و هذه الدولية يمكن تحديدها بمعيار قانوني أو بمعيار اقتصادي. ويعني ذلك أن يكون العقد دوليا من الناحية القانونية إدا أستند إلى أكثر من نظام قانوني صادر عن أكثر من دولة أو هو العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية .

2–أن تكون عقودا دولية ذات أجل طويل ويعني ذلك أن يكون تنفيذها يستغرق وقتا طويلا أي عدة سنوات .

3–إن عقود التنمية الاقتصادية تتم بين متعاقدين من أشخاص القانون الخاص وأخر له صفة الدولة أو أحد أجهزتها .

وتحاول الدولة الجمع بين صفة الدولة وبين صفة المتعاقد لتضمن التنمية الاقتصادية لذلك يكون هناك تنازع بين مصالح الدولة في تأكيد سيادتها على مواردها الطبيعية وبين حق المشروعات الخاصة في حفظ حقوقها وتحقيق أرباحها [1] .

ولا يثير تحديد الدولة على اعتبار أنها طرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية أية صعوبة تذكر إذ كانت الدولة قد قامت بنفسها عن طريق من يمثلها سواء كان رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء بإبرام عقود التنمية الاقتصادية ، لأن الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام وهذا مفهوم قانوني لا يحتاج إلى إيضاح أو أشارة خاصة في هذا المجال ، ولكن قد تثور الصعوبة إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس هو الدولة ذاتها ، وإنما جهاز تابع لها ويعمل لحسابها ، ولا ندري إذا ما كانت عقود التنمية الاقتصادية تشمل هذه الطائفة الأخيرة من العقود ، ولذلك ذهب الفقه إلى التفرقة في هذا الصدد بين اتجاهين هما : اتجاه مضيق لنطاق عقود التنمية الاقتصادية واتجاه موسع لنطاقها .

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 18 و 19.

1-الاتجاه المضيق لعقود التنمية الاقتصادية :

ويقتصر هذا الاتجاه عقود التنمية الاقتصادية على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها من خلال من يمثلها فعقود التنمية الاقتصادية يقصد بها العقود التي تقوم بإبرامها مع طرف أجنبي ، أما العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بإبرامها مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى فإنها تعد عقودا من عقود التجارة الدولية التقليدية لا تدخل في إطار طائفة عقود التنمية الاقتصادية بالمعنى الضيق [1] .

2-الاتجاه الموسع لعقود التنمية الاقتصادية :

فإن هذا الاتجاه يعد عقود التنمية الاقتصادية تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها كذلك العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة للدولة [2] .

وفي الأخير يمكن إعطاء عقود التنمية الاقتصادية التعريف الذي هو أقرب لها و هو { ان العقود التي تبرم بين دولة نامية أو من يعمل باسمها ولحسابها ومشروع خاص أجنبي يكون موضوعه أما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشات صناعية بهدف التنمية لأجل طويل }.

الفرع الثاني : صور عقود التنمية الاقتصادية

لقد رأينا كما تقدم أنه لا يوجد اصطلاح يتفق مع تكييف قانوني سليم لعقود التنمية الاقتصادية ، لهذا توجد عدة أساليب تعاقدية لعقود التنمية الاقتصادية ونذكر منها :

أولا : **المشروعات المشتركة**

في الحقيقة أصبح من الصعب تصور قيام مشروع أجنبي بإنشاء فرع له يسيطر عليه بنسبة 100 % وذلك انه من النادر وجود دولة لم تضع تنظيما اقتصاديا ، ينظم مثلا نقل التكنولوجيا واستثمارات الأجنبية لذلك تأخذ معظم الدول النامية بفكرة المشروع ، و إذا كان المشروع تنظيم يتمتع باستقلال مالي معد للإنتاج أو تقديم سلع أو خدمات للأسواق ، ويكون المشروع في الغالب له الشخصية المعنوية ، وذلك أن هذا النوع من السلعة بحيث يمكن إن يغطي إشكالا قانونية مختلفة وهو يضع الاستثمار الأجنبي تحت رقابة الدولة الإجمالية أو الجزئية حسب نسبة مساهمة رأس المال

[1] - حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 37 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 38

الوطني ، وذلك جاء نتيجة أزمة عقود الامتياز والتي قلبت نوازن اقتصاديات العقد لصالح الامتياز خلال مدة طويلة تراوحت بين 50 و 100 سنة ، وعدم النص على مراجعتها مع نصها على شرط تثبيت قانوني وضريبي ، ولذلك أصبحت الشركات متعددة الجنسية مالكة للموارد الأولية بدلا من استخراجها وقصرت الفوائد والأرباح على المشروع والإدارة على كل المستويات بالإضافة إلى سيطرتها الكاملة على حجم الإنتاج وتوسيعه ، وحتى تتحول عقود الامتياز إلى عقود مشروعات مشتركة يجب أن يكون للدولة سند شرعي في ملكية رأس المال وإنتاجه وكذلك يحق للدولة الرقابة على إدارة المشروع لأنها تملك أغلبية رأس المال وتحوز على اغلب أجهزة الإدارة في المشروع [1] .

وقد تحولت بعض عقود الامتياز إلى مشروعات مشتركة مثال ذلك الاتفاق بين دول الخليج وبين الكارتل الأمريكي في نيويورك سنة 1972 الذي أصبحت بمقتضاه هذه الدولة مالكة الأكثر من 51% في عام 1983 مع الملاحظة عدم مساهمة الحكومات في الإدارة وإدانة الكويت لهذا الاتفاق ، ويعتبر أول هذه المشروعات المشتركة هو الاتفاق بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول nioc و agip الذي قامت به إيران وانتهى بإنشاء المشروع siip الشركة الإيرانية الدولة للبترول ، وفي عام 1972 على اثر التأميمات الجزئية الجزائرية قصرت المساهمة الأجنبية على 49% من خلال شركة مساهمة جزائرية [2] .

ثانيا : عقود نقل التكنولوجيا

إن التطور التقني الناتج عن نقل التكنولوجيا يساعد على تحقيق السرعة في التنمية الاقتصادية والاستثمارات الأجنبية يمكن إن تساهم في سد النقائص الموجودة هدا المجال نظرا للتكنولوجيا المتطورة التي تستعملها في التنظيم والتسيير والإنتاج .

ومن خلال نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية تساهم الاستثمارات الأجنبية في تحقيق التنمية الاقتصادية و أذا كانت لا تعتبر قاعدة أساسية للتنمية فإنها تساعد على تحقيق التطور والتنمية في بعض القطاعات الاقتصادية أو انجاز مشاريع ذات أهمية للاقتصاد الوطني ، حيث تستفيد الدولة من الاستثمارات الأجنبية في التنمية الاقتصادية من خلال مساهماتها المالية خاصة في مجال المحروقات

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 22

[2] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، المرجع نفسه ، ص 28 و 29 و 30

وذلك من خلال الضرائب المرتفعة التي تستفيد منها خزينة الدولة ، ولقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على حق الدول في المساعدة بموجب التوصية رقم 2626 { د 25 } الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 1970 حول الإستراتيجية المحددة للتنمية إما الحق في التنمية فانه مكرس ضمنيا في المادتين 55 و 73 من ميثاق الأمم المتحدة والتوصيات الأولى الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تشكل أساس مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعة ، ثم تم التأكيد على الحق في التنمية بموجب التوصية رقم 3201 { د 06 } حول النظام الاقتصادي الدولي الجديد { noei } والتوصية رقم 3281 { د 24 } الخاصة بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية [1] .

وتعد عقود نقل التكنولوجيا عقود تسمح للدول النامية بالحصول على التقنية الحديثة من الدول المتقدمة أو احد الأشخاص التابعيين لهذه الدول الذي يملك هده التقنية ، أو براءة اختراعها ،ومن أمثلة هذه العقود ما قامت بإبرامه دولة ماليزيا عن عقود لإقامة مشروعات المياه النقية وتحليه مياه البحر،وكذلك ما قامت به الحكومة الصينية من توريد التقنية المتعلقة بتوليد الكهرباء بالفحم لدولة تركيا وأيضا نقل التقنية الزراعية لدولة الكويت من شركة أوتيا الهولندية ، وتشمل عقود نقل التكنولوجيا كل ما يتعلق بإمكان نقل تطبيقات المعرفة العلمية ، ومثال ذلك الترخيص و المساعدة الفنية وعقود المفتاح في اليد وعقود الإنتاج في اليد [2] .

1-عقود الترخيص :

وهي اتفاقات بمقتضاها يتنازل مشروعا أجنبيا لمشروع محلي عن حق استعمال تكنولوجيا لمدة محددة ، وموضوع التنازل يمكن أن يكون حقوق ملكية ذهنية ، علامات تصنيع ، براءات اختراع ، كيفية المعرفة أو تداخل كل هذه الإشكال المختلفة ، ويمكن أن ينص العقد على حق التنازل له عن كل التحسينات في التكنولوجيا التي تكون موضوع العقد ، وكذلك مساعدة فنية تكميلية والمقابل الذي يحصل عليه المتنازل قد يأخذ أشكلا مختلفة كمبلغ إجمالي جزافي أو نسبة من الأرباح أو نسبة من المبيعات أو نسبة من الإنتاج أو دين يدفع على أقساط .

[1] - عيبوط محند وعلي ، الاستمارات الاجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 162 و 164 و 165

[2] - ابرهيم محمد الفعود ، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية ، مجلة العلوم القانونية والشرعية ، كلية القانون ، جامعة الزاوية ، ص 297

2-عقود الإدارة : بموجب هذا النمط من العقود يضمن الشخص الأجنبي إدارة المشروع المحلي أو القيام بمشروع صناعي أو غير ذلك والتي تنتقل سلطاته خلال مدة معينة إلى الدولة والتي تضمن الحركة الفعالة المشروع .

3-عقود المفتاح في اليد :

لقد لجأت الجزائر إلى هذا الأسلوب في التعاون الاقتصادي بعد تحسن أوضعها المالية وارتفاع أسعار النفط والمداخل بالعملة الصعبة ابتداء من عام 1973 ، والمقصود بعقود المفتاح في اليد هي تلك الاتفاقيات التي بموجبها يتعهد طرف أجنبي بالقيام بعدة بناءات أو بعضها وتجهيز المركب الصناعي ثم تسليمه إلى المشتري وهو في حالة عمل أو تشغيل .

مع تحمل المسؤولية المترتبة في حالة عدم مطابقته للمواصفات العقدية ويكون هذا مقابل ثمن جزافي يتم تحديده من كلا الطرفين وبشرط مشاركة الطرف الوطني في عمليات الانجاز مع التكفل بتكوين عدد من الموظفين ، وكذلك يلتزم الطرف الأجنبي بتوفير الآلات الصناعية المطابقة للمواصفات التقنية المتفق عليها بين الأطراف تكون جاهزة للدخول في مرحلة الاستغلال بالإضافة إلى العمال الذين سيشرفون على تسيير المصنع [1].

4-عقود الإنتاج في اليد :

قامت الجزائر بتبني أسلوب جديد من اجل تحقيق التنمية الاقتصادية يتمثل في عقود الإنتاج في اليد الذي يلتزم فيه الطرف الأجنبي بالإضافة إلى تجهيز المصنع بالآلات الصناعية والإمكانيات الضرورية للإنتاج وتكوين العمال الذين سيشرفون على سير المصنع بالإشراف على تسيير المصنع حتى يتمكن العمال الذين تم تكوينهم من التحكم في تقنيات التسيير والإنتاج إي أن تسليم المركب الصناعي يؤجل إلى غاية تكوين العمال المؤهلين واكتسابهم الخبرة الضرورية للإشراف عليه [2] .

ثالثا : عقود الخدمة

يطلق هدا الاصطلاح ليشمل عقود الاستغلال وعقود العمليات وعقود المشروع وعقود الأعمال أو المخاطرة , وتعرف عقود الخدمة على أنها عمل قانوني تعهد بمقتضاه الدولة إلى شركة

[1] - عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 36 و 37 .

[2] - عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 40 و 41

أجنبية تعمل لحساب شركة محلية استغلال مورد طبيعي في نطاق معين ولمدة محددة ولا تختلط هده العقود أيضا وعقود تقسيم الإنتاج حيث تقوم الشركة باستثمار رأس مال للتنقيب على مسئوليتها وللإنتاج في حالة الكشف ويكون للمشروع الأجنبي حصة من الإنتاج في حالة النجاح التنقيبي.

المطلب الثاني : تمييز عقود التنمية الاقتصادية عن غيرها من العقود المشابهة

إن عقود التنمية الاقتصادية من العقود الدولية و لذلك نجد أنها تقع في تشابه بينها وبين عقود دولية أخرى ولذلك كان من الضروري تمييز عقود التنمية الاقتصادية عن غيرها من العقود الدولية المشابهة لها ، ويلاحظ أن أكثر العقود الدولية التي تقع في شبه مع عقود التنمية الاقتصادية هي العقود التجارة الدولية وعقود الإدارة المتمثلة في الصفقات العمومية وعقود الإذعان .

و من هنا سنقسم هدا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث نتناول في الفرع الأول عقود التجارة الدولية ، وفي الفرع الثاني عقود الصفقات العمومية ، وفي الفرع الثالث عقود الإذعان .

الفرع الأول : عقود التجارة الدولية

إن عقود التجارة الدولية لها دور هام على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية وهذا لكونها أداة تسيير التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود ، ونظرا للدور الكبير الذي تحتله هذه العقود في اقتصاديات الدول ، أصبح الاهتمام بها يزداد يوما بعد يوم و لذلك تعد عقود التجارة الدولية الأداة الأساسية التي يتم من خلالها التبادل التجاري عبر الحدود ، والعقود التجارية الدولية هي اتفاق بين شخصين احدهما مقيم والأخر غير مقيم يخضع [1] .

وأن عقود التجارة الدولية هي تلك العقود المنصبة على معاملات تجارية موجهة لأن تتخطى حدود الدولة لتنتج أثارها في دولة أخرى فان عقد التجارة الدولية يعتبر دوليا إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد وتتمثل هده العناصر ، أما في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم ومثال دلك : يعد عقد البيع دوليا وذلك وفقا للمعيار القانوني لدولية العقد ، حيث إذا تم إبرام العقد في باريس بين فرنسي مقيم في فرنسا وبلجيكي يقيم في بلجيكا ، ويتعلق موضوع العقد ببضاعة كانت بايطاليا ومطلوب تسليمها في ايطاليا على أن يتم دفع الثمن في فرنسا ، ولهذا فان هذا العقد يتسم بالطابع الدولي لاتصال عناصره بثلاثة دول أي أكثر من

[1] - عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 34.

نظام قانوني واحد ، والعقد التجاري الدولي يستمد صفته الدولية في واقع الأمر من طبيعة العلاقة التي يحكمها .

كما أن عقود التجارة الدولية وفقا للمعيار الاقتصادي لدولية العقد على أن العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي المتمثلة في مصالح التجارة الدولية.حيث اتبعت المحكمة الفرنسية في قضائها الى تحليل المحامي matter الذي يتلخص رأيه في ان العقد يعد دوليا اذا ترتب عليه تحركات للأموال عبر الحدود الدولية ، أي أن المعيار الاقتصادي لعقود التجارة الدولية ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة ودلك بان تتضمن مثلا استيراد بضائع من الخارج او تصدير منتجات وطنية الى دولة اجنبية اي يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود [1] .

وبناء على تعريف عقود التجارة الدولية نستخلص من خلاله ان عقود التنمية الاقتصادية تتميز عن عقود التجارة الدولية من عدة جوانب منها :

1–إن عقود التنمية الاقتصادية يتم إبرامها بين الدولة و شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية ولذلك فان عقود التنمية الاقتصادية يتكون إطرافه من الدولة ومن الشخص الأجنبي [2]، بينما أطراف عقود التجارة الدولية قد يكون شخص طبيعي او اعتباري و الشخص الاعتباري قد يكون من إحدى الاجهزة او المؤسسات التابعة لدولة او من اشخاص القانون الخاص كالشركات والجمعيات وكذلك المنظمات الدولية والإقليمية وان تسميات اطراف عقود التجارة الدولية تتنوع وذلك حسب طبيعته وموضوعه مثل المستورد والمصدر والمورد و المرخص والمرخص له ، المتلقي والناقل ، والبائع والمشتري المؤجر والمستأجر ، الوكيل والوسيط ....الخ ، اي يتم اختيار المسمى بحسب طبيعة العقد والمتعارف عليه دوليا وما هو متعارف عليه في منطقة ابرام العقد. [3] .

2– تتميز كذلك عقود التنمية الاقتصادية عن عقود التجارة الدولية من حيث موضوع العقد حيث ان موضوع عقود التنمية الاقتصادية يتضمن اما استغلال للموارد والثروات الطبيعية او اقامة منشآت وتجهيزات صناعية دائمة بهدف التنمية [4]، بينما عقود التجارة الدولية يتنوع مضمون العقد

---

[1] - بكاكرية حسيبة ، عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل رسالة الماستر في الحقوق تخصص قانون العام للأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013/2012 ،ص 7 و 8 و 9

[2] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 27

[3] - بكاكرية حسيبة ، المرجع السابق ، ص 20 و 21

[4] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 22 .

حسب تنوع عناصره حيث يتولى الاطراف وضع الاحكام والشروط المعبرة عن مصالحهم وتتوافق مع الاهداف والسياسة المنشودة [1] .

3–تتسم عقود التنمية الاقتصادية بطول مدتها فهي لا تنصب على عملية واحدة كعملية شراء القطن أو بناء سفينة مثلا وإنما تتعلق باستغلال للموارد الطبيعية والتي تتم خلال فترة زمنية طويلة[2] ،بينما عقود التجارة الدولية يتم بيان مدة العقد بمجرد انتهاء الاطراف من المفاوضات وصدور الايجاب المشترك [3] .

4–تخضع عقود التنمية الاقتصادية في جانب منها للقانون العام بينما بسري القانون الخاص على بعض جوانبها الاخرى [4]، حيث ان عقود التجارة الدولية تخضع لأحكام موضوعية نجد مصدرها سواء في التشريع القضائي الداخلي أو قد تنبع عن مصدر دولي كما هو الحال في المعاهدات أو الاعراف والعادات التجارية التي تنشا تلقائيا من خلال ما جرى عليه العمل داخل المجتمع الدولي لرجال الاعمال والتجار والتي تشكل جزءا هاما من قواعد القانون التجاري الدولي [5] .

الفرع الثاني : الصفقات العمومية { العقود الإدارية }

يعتبر قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قانونا متميزا في طبيعته ومستقلا في احكامه عن قواعد القانون المدني التي تحكم العقود المدنية ، حيث يطبق على نوع هام من العقود الادارية هي الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنبع اهمية هذه العقود من اطرافها التي غالبا ما يكون احدها من الاشخاص المعنوية العامة ومن موضوعها ينصب على انشاء وإدارة و معاونة وتسيير المرافق العمومية ، وتعد الصفقات العمومية من ابرز العقود التي تبرمها الادارة العامة مع المتعاملين معها وتصنف ضمن اهم الوسائل القانونية التي تستخدمها لتنفيذ البرامج الاقتصادية ، كما تعد من ابرز اوجه اتفاق الاموال العمومية على اعتبار ان هذا النوع من العقود عادة ما يتطلب اعتماد مالي ضخم ، ولقد عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية على انها

[1] - بكاكرية حسيبة ، المرجع السابق ، ص 42

[2] - حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 27 و 28

[3] - بكاكرية حسيبة ، المرجع السابق ، ص 38

[4] - حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 28

[5] بكاكرية حسيبة ، المرجع السابق ، ص 48 و 49

عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، حيث تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الاشغال واللوازم والخدمات والدراسات [1].

وأكد المشرع على الشكل الكتابي لعقود الصفقات العمومية وهدا خروجا عن الاصل العام المتعارف عليه حيث تتحرر العقود التي تبرمها الادارة من الشكليات ويكفي توافق الارادتين لإبرامها ما لم يرد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك [2].

كما تجدر الاشارة الى ان القانون الاداري الجزائري قد عرف الصفقات العمومية انها عقد يربط الدولة بأحد الخواص حول مقاولة او انجاز مشروع او اداء خدمات .

ومن خلال التعريف التشريعي يتضح ان عقود الصفقات العمومية تتميز عن عقود التنمية الاقتصادية وذلك من خلال عدة جوانب :

1–إن عقود الصفقات العمومية تبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين وبذلك فان اطراف عقود الصفقات العمومية يتمثلون في المتعاملين الاقتصاديين والمصلحة المتعاقدة [3] ، بينما عقود التنمية الاقتصادية يتم ابرامها بين الدولة والشخص الاجنبي الذي يتمتع بالشخصية القانونية [4].

2– تتميز عقود الصفقات العمومية كذلك عن عقود التنمية الاقتصادية من حيث موضوع العقد حيث ان موضوع الصفقات العمومية ينصب على الاشغال واللوازم والخدمات والدراسات التي تتعلق بالمرافق العامة [5] ، بينما موضوع عقود التنمية الاقتصادية يتضمن اقامة منشات وتجهيزات صناعية دائمة او استغلال للموارد والثروات الطبيعية بهدف التنمية [6] .

---

[1] خلاف فاتح ، محاضرات في قانون الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل 2016/2015 ، ص 2 و 8 .

[2] - خالد خليل الطاهر ، القانون الاداري دراسة مقارنة – الكتاب الثاني – ، المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان – الاردن ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 ، ص 239

[3] - عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، –دراسة تشريعية قضائية فقهية ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الاولى ، سنة 2007 ، ص 29 .

[4] - حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 27

[5] - عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 29

[6] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 22

ومن السمات المميزة لعقود الصفقات العمومية هي انفراد الإدارة العامة بتحديد الشروط التي تحكم الصفقة مسبقا دون اشترك المتعاملين الاقتصاديين في وضعها حيث تحرر تلك الشروط كتابة في وثائق يطلق عليها تسمية دفاتر الشروط ، و بهذا المعني يقصد بدفاتر الشروط الوثائق الرسمية التي تتضمن قواعد و أحكام تضعها الادارة مسبقا بإرادتها المنفردة مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة تحدد من خلالها الشروط المتعلقة بالمنافسة بمختلف جوانبها و شروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها وتعد من العناصر المكونة للصفقات العمومية و جزء لا يتجزأ منها ، حيث تلتزم الادارة ببنودها كما يلتزم المتعاملين الاقتصاديين بمضمونها متى وقعوا على العقد المتعلق بها ، وعليه يتضح ان دفاتر الشروط التي تضعها الادارة وتحينها بصفة دورية تتولى توضيح شروط ابرام الصفقات العمومية وتنفيذها كتحديد موضوع الصفقة.

ومدة العقد وحقوق والتزامات المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين ، حيث يتعين ان تتقيد بالمبادئ التي ينبغي مراعاتها في الصفقات العمومية لضمان مراقبة فعالة والاستخدام السليم للأموال العامة [1] .

الفرع الثالث : عقود الاذعان

لقد كان ظهور عقد الاذعان نتيجة لتطورات اقتصادية ، حيث تلك التطورات ادت الى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وبالتالي الى تفاوت خطير بين الطرفين المتعاقدين من الناحية الاقتصادية مما لاشك فيه ان للتطور الصناعي والتكنولوجي الهائل ، وما نشأ عنه تطور في الخدمات والسلع والمنتجات الاثر الفاعل في تطور صيغ العقود وتقوية النزعة الاستهلاكية لدى الافراد وحثهم على التعاقد دون مناقشة او مفاوضة ، ودلك بالتحديد ما ساهم في اتساع نطاق التعاقد وفق شروط موحدة عامة مجردة معدة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين ، حيث أن واضع هده الشروط في الأغلب هو الطرف المتمتع بالقوة التعاقدية سواء كان دلك من الناحية القانونية أو الاقتصادية أو التقنية ، لقد استمدت التشريعات القانونية العربية أحكام هذا النوع من العقود من

[1] - عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 142

القانون الفرنسي ، حيث سماها القانون اللبناني بعقود الموافقة إلا أن أوفق هذه التسميات هو ما اختاره العلامة السنهوري اذا اطلق عليها عقود الاذعان [1] .

وتم تعريف عقود الاذعان من الناحية القانونية ، حيث عرفه الفقيه الفرنسي *ساليي* الذي يجمع كل الفقهاء على انه صاحب اول فكرة للاذعان بقوله { عقد الاذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تنصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى اذعان من يقبل العقد } [2] .

كما عرفه السنهوري وهو اول من اطلق عليه تسمية الاذعان بقوله { قد يكون القبول مجرد اذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا ان يأخذ او يدع ، و لا كان في حاجة الى شيء لاغنى عنه فهو مضطر الى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه , ومن تم سميت هده العقود بعقود الاذعان} ، وهذا بعني ان القبول في عقد الاذعان وصفة القابل في هذا العقد من حيث انها مجرد تسليم لشروط مقررة او موضوعه سلفا من فبل الموجب ولا يملك القابل اي مناقشة او اعتراض على ما ورد في العقد دون التطرق الى موضوع العقد .

وتم تعريف عقد الاذعان ايضا انه { العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يصنعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة او مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني او فعلي او تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها } ، ومن خلال هدا التعريف نجده مجمل لكل صفات عقد الاذعان ، حيث ذكر محل العقد الذي يرد عليه والمتعلق بسلعة او مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني او فعلي ، و كذلك العلاقة بين طرفي العقد اي الموجب والقابل [3] .

أما عقد الإذعان في التقنين الجزائري فنجد إن المشرع الجزائري عالج هدا العقد في ثلاثة نصوص قانونية دون وضع تعريف محدد له مثل باقي التشريعات ، وأكتفى بتنظيم أحكامه وهي الوظيفة

---

[1] - السنهوري عبد الرزاق احمد ، نظرية العقد – الجزء الاول – ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1998 ، ص 279

[2] - لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1990 ، ص 23

[3] - عامر رحمون ، عقد الاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة – , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاسلامية تخصص شريعة وقانون ،كلية العلوم الاسلامية ، جامعة الجزائر ، 2013/2012 ص 15 و 16 .

المنوطة به من خلال وضع نصوص قانونية تكون اطارا للأحكام [1] ، فقد نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على انه { يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها } ،كما نصت المادة 110 من التقنين المدني الجزائري ايضا على ما يلي { اذا تم العقد بطريقة الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك } ، اما المادة 112 منه فقد نصت على انه { يؤول الشك في مصلحة المدين ، غير انه لا يجوز ان يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن }[2].

ومن خلال هذه النصوص القانونية نجد ان المشرع الجزائري قد حرص على معالجة عقد الاذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من الاصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وما تقتضيه هذه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل مضمون العقد او الغائه وذلك احتراما لإرادة المتعاقدين ، اذ انه بموجب الحكم الذي تضمنت النصوص الخاصة بعقد الاذعان قد خول القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن منها [3].

وبناء من تعريف عقود الاذعان نستخلص ان عقود التنمية الاقتصادية تتميز عن عقود الاذعان من عدة جوانب نذكر منها :

1–إن عقود الاذعان عقد نموذجي يعده الموجب وينضم اليه القابل المتمثل في المستهلك دون مناقشة أو مفاوضات ، كما أن القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بشروط مقررة أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين [4]، بينما عقود التنمية الاقتصادية يتم إبرامها بين الدولة والشخص الأجنبي وبذلك فإن العقد يعده الموجب والقابل معا ويكون القبول فيها مطابقا تماما للإيجاب وناتجا عن حرية تامة ، حيث يكون هناك مفاوضات بين الطرفين على وضع الشروط ومناقشتها[5].

---

[1] - عامر رحمون ، المرجع السابق ، ص 17

[2] المواد 70 و 110 و 112 من الامر 75-58 .

[3] - عامر رحمون ، المرجع السابق ، ص 18

[4] - علي فيلالي ، الالتزامات – النظرية العامة للعقد – موفم للنشر ، الجزائر ، سنة 2010 ، ص 74

[5] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 27

2–إن عقد الإذعان لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة التي يتمتع بها الطرف الأخر بحكم وضعه الفعلي أو القانوني بوضع شروط العقد بجملتها إلا حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته [1]، بينما عقود التنمية الاقتصادية يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده عن طريق المفاوضات إذ يساهم كل متعاقد في وضع الاتفاق وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل المتعاقد الثاني .

3–إن مضمون عقد الإذعان يتعلق بسلعة أو بخدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة او المنتفعين [2] ، بينما مضمون عقود التنمية الاقتصادية يتضمن إقامة منشات وتجهيزات صناعية دائمة أو استغلال للموارد والثروات الطبيعة بهدف التنمية الاقتصادية [3].

4–إن الإيجاب في عقود الإذعان هو إيجاب عام موجه إلى الجمهور كله وليس إيجابا موجها إلى شخص معين بذاته ، كما أنه يكون من عمل الطرف القوي وحده فهو وحده من يضع شروط العقد ولا يشاركه المتعاقد الأخر في وضعها [4]، بينما عقود التنمية الاقتصادية يكون الإيجاب موجه لشخص معين بذاته ومحدد وهو الشخص الأجنبي او المؤسسة أو الشركة التي يكون هدفها التنمية في أي مجال اقتصادي ،كما أنه يكون من عمل الطرفيين العقد معا حيث تقوم الدولة والشخص الأجنبي بوضع شروط العقد معا ومناقشتها والمفوضة عليها .

5–إن القانون الذي يسري على عقود الإذعان هو القانون المدني [5]، بينما تخضع عقود التنمية الاقتصادية في جانب منها للقانون العام بينما يسري القانون الخاص على بعض جوانبها الأخر[6].

المبحث الثاني : أنواع عقود التنمية الاقتصادية و خصائصها

إن عقود التنمية الاقتصادية تنقسم الى عدة أنواع تختلف باختلاف المعيار الذي يستخدم في تقسيمها وتؤثر عوامل كثيرة في انواع عقود التنمية الاقتصادية من حيث فلسفة النظام السياسي

---

[1] خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري – مصادر الالتزام – ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1991 ، ص 27 .

[2] لعشب محفوظ بن حامد ، المرجع السابق ، ص 59 .

[3] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 22 .

[4] محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، سنة 2007 ، ص 57

[5] عامر رحمزن ، امرجع السابق ، ص 17 و 18 .

[6] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 28 .

ودرجة التطور الاقتصادي ، و الأهداف التي تسعى البلدان إلى تحقيقها من خلال إبرام عقود التنمية الاقتصادية ولذلك يكون من الضروري محاولة استظهار أنواعها وخصائصها ، وبناء عليه سنقوم بتقسيم المبحث إلى مطلبين إذا يتضمن المطلب الأول أنواع عقود التنمية الاقتصادية ،أما المطلب الثاني فيتضمن خصائص عقود التنمية الاقتصادية .

المطلب الاول : أنواع عقود التنمية الاقتصادية

جرى العرف الدولي على تقسيم عقود التنمية الاقتصادية من حيث طبيعتها إلى نوعين عقود تنموية اقتصادية مباشرة وعقود تنموية اقتصادية غير مباشرة ، ولكن نجد بعض القوانين مثل القانون المقارن فإنها لا تعنى في الغالب بوضع معيار فاصل بين عمليات التنمية الاقتصادية المباشرة وعمليات التنمية الاقتصادية غير المباشرة ،كما ان لهذا التقسيم اهمية في تعيين الضمانات القانونية والمالية التي يتمتع بها المشرع التنموي ،كما يساعد ذلك في تحديد طرق وأساليب الرقابة القانونية للدولة على كل هاتين الصورتين وفي بيان أثاركل منهما في تنمية اقتصاد وتجارة الدولة المضيفة [1] ، ومن هنا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين حيث يتم التطرق في الفرع الاول إلى عقود التنمية الاقتصادية المباشرة و في الفرع الثاني إلى عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة .

الفرع الاول : عقود التنمية الاقتصادية المباشرة

ينظر إلى عقود التنمية الاقتصادية المباشرة على أنها مصدر رئيسي من مصادر التمويل الخارجي لبعض الدول ذات الدخل المتوسط ، حيث من المتوقع أن تحصل هذه الدول من خلاله على التقنية الحديثة والمهارات التنظيمية و الإدارية ،كما أنه يعمل على زيادة استخدام الموارد المحلية وفرص العمل للمواطنين في الدول المضيفة فضلا على أنه يساعد على عمليات التكييف الهيكلي فهو بذلك يعمل على دعم موازين مدفوعاتها وبالتالي قدرتها على سداد ديونها الخارجية [2] .

وفيه يقوم الشخص الأجنبي بنفسه وبأمواله الخاصة بإنشاء مشروع جديد أو توسعة مشروع قائم وقد يطلق على هذا النوع ايضا بالتنمية الاقتصادية المادية أو الفنية أو الاشتراكية في إدارته بأية وسيلة بهدف انشاء علاقات اقتصادية او استمرارها بين صاحب المال او المشروع في احد

[1] محمد سارة ، المرجع السابق ، ص 11 و 12 .

[2] صفوت احمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، سنة 2005 ، ص 21 .

مجالات التنمية ،كما أن الصندوق النقد الدولي قام بتعريف هذا النوع من التنمية بقوله { التنمية التي يتم الحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم بعمليات في اطار اقتصادي خلاف اقتصاد الشخص الاجنبي الذي يستهدف الدولة المضيفة للتنمية الاقتصادية الحصول على الحق في القيام بدور فعال في إدارة المشروع }، ويعني ذلك أن هذا النوع من عقود التنمية الاقتصادية المباشرة هدفه حيازة فوائد دائمة في المؤسسة التي تكون نشاطاتها في الميدان الاقتصادي خارج ميدان الشخص الاجنبي صاحب التنمية الاقتصادية من تكون له القدرة على اتخاذ القرارات الفعلية في تسيير المؤسسة [1] .

كما تعد عقود التنمية الاقتصادية المباشرة على انها تلك العقود التنموية الموجهة لإنشاء او زيادة منفعة في مؤسسة تقوم بنشاطات في الاقليم الاقتصادي لبلد اخر غير البلد الشخص الاجنبي ، و الذي يؤدي بنوع من المراقبة الفعالة في تسيير المؤسسة ومحركها الاساسي هو تحويل حجم معين من رأس المال ومؤهلات الادارة ومؤهلات المعرفة التقنية للبلد المستقبل [2] .

ولذلك فإن اهتمام الدول النامية و لمتقدمة على السواء أخد يتزايد إلى إبرام عقود التنمية الاقتصادية المباشرة في الوقت الحاضر التي لها الدور الكبير في تطوير البلد اقتصاديا ، اضافة إلى تهيئة كوادر وطنية ذات كفاءة يمكن لها المشاركة مستقبلا في ادامة عملية التنمية كما انه يساعد الدول النامية في القضاء على مشكلة المديونية الخارجية التي تعاني منها هذه الدول ويساعدها ايضا في القضاء على البطالة [3] .

و من أجل الوقوف على تفاصيل اكثر عن عقود التنمية الاقتصادية المباشرة تتبلور في شكليين هما

اولا : الشركات المتعددة الجنسية

تعتبر الشركات المتعددة الجنسية من اهم الاشكال التي تأخذها عقود التنمية المباشرة وهي عقود تنموية اقتصادية يملك اصولها او يساهم في رأسمالها اكثر من بلد ، حيث تتمتع بقدرات تمويلية وتكنولوجية وتنظيمية عالية الامر الذي يمكنها من الاستحواذ على نحو 80 % من

[1] صفوت أحمد عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 22 .

[2] حسين نوارة ، الامن القانوني للاستثمارات الاجنبية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون الاعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سنة 2003 ، ص 24 .

[3] صفوت احمد عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 35 .

المشروعات التنموية الاقتصادية المباشرة على مستوى العالم [1]، وهي الشركات التي تملك مشاريع كثيرة في دول مختلفة من العالم ، وتتميز هذه الشركات بضمانة اعمالها وأنشطتها وان عقود التنمية المباشرة لا تتم إلا من خلال شركات كبيرة متعددة الانتشار في انحاء العالم ولها العديد من الفروع ويطلق على هذه النوعية من الشركات شركات عابرة القارات او الدول واغلب الفقه بطلق عليها الشركات متعددة الجنسيات او الشركات متعددة الاوطان ، بأنها الشركات التي تملك او تدير او تمارس بصورة مباشرة نشاطا تنمويا{ انتاج , تسويق , خدمات وغيرها } خارج حدود الدولة الام ، وهناك من يستند في تعريفه الى عدد من الدول التي تمارس فيها تلك الشركات نشاطها لكي تسمى شركات متعددة الجنسية ، و لا تنقل هذه الشركات نشاطها الى البلدان الاخرى إلا بعد توفير البيئة السياسية الاقتصادية المناسبة فضلا من الاستقرار المالي والنقدي وحجم السوق وطبيعة القوانين التي تنظم وتشجع وتراقب مشروعات التنمية الاقتصادية في البلد المضيف [2].

و يعد ظهور الشركات متعدد الجنسيات احد الاشكال الحديثة لتقدم الكثير من دول العالم مثل كوريا الجنوبية و البرازيل و الأرجنتين و جنوب افريقيا ، وقد ساهمت هذه الشركات في الكثير من المجالات ولاسيما نقل التكنولوجيا ، وتطوير الادارة والتدريب ، و خلق فرص عمل جديدة ، و زيادة الكفاءة الانتاجية عن طريق رفع حدة المنافسة وان رفع حدة او شدة المنافسة يؤدي الى حدوث الانتعاش في المشروعات الاجنبية التي تؤدي بدورها الى زيادة تدعيم الانتاج الدولي.

كما تعد هذه الشركات مرحلة من مراحل تطور النظام الرأسمالي التي تتميز بدولته الانتاج على اعتبار ان العملية الانتاجية داخل المشروع الرأسمالي لا تتم على المستوى القومي ، وإنما على المستوى العالمي ، و كانت هذه الشركات العملاقة هي اداة هذا التحول و كان النمو السريع لهذه الشركات ما يزال واحدا من التطورات الرئيسية التي صاغت النظام الاقتصادي الدولي [3] .

---

[1] ساعد بوراوي ، الحوافز الممنوحة للاستثمار الاجنبي المباشر في دول المغرب العربي – الجزائر ، تونس ، المغرب – دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل رسالة الماجستير في العلوم الاقتصادية تخصص اقتصاد دولي ،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير جامعة الحاج الخضر ، باتنة ، 2008/2007 ، ص 9، 10 .

[2] عرفان تقي الحسيني ، التمويل الدولي ، دار المجدلاوي للنشر ، عمان – الاردن ، الطبعة الاولى ، سنة 1999 ، ص 60

[3] هشام السيد احمد عيسى ، دور الاستثمار الاجنبي المباشر لدول الاتحاد الاوروبي ، مذكرة لنيل رسالة الماجستير ،كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ، جامعة القاهر ، 2007 ، ص 34 .

كما تعد الشركات متعددة الجنسية من اهم ملامح ظاهرة العولمة او النظام الاقتصادي المعاصر على الرغم من ظهورها بشكلها الحديث في اواخر القرن 19 وشكلت نقطة مهمة في النشاط الاقتصادي الدولي الذي كان سائدا و في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية تزايد عدد هذه الشركات وازدادت فروعها في العالم الى وصل عددها في اواسط التسعينات ما يقارب 35 الف شركة متعددة الجنسية تتوزع على u s a ، و أوروبا الغربية واليابان ، وهناك 32 شركة امريكية منها تحتل المرتبة الاولى ،كما يعمل في الشركات متعددة الجنسية نحو 73 مليون عامل على الصعيد العالمي ، و بسبب تعاظم دورها الاقتصادي سيطرت مند اوائل التسعينات على ما يقارب 3/2 التجارة الدولية للسلع والخدمات ، ونظرا انها تحقق مصالح لدولها التي تحمل جنسيتها وهي دول صناعية متقدمة لا غرابة ان نجدها وراء اتفاقيات و منظمة التجارة العالمية وإقامة التكتلات الاقتصادية .

ويثير تعبير الشركة متعددة الجنسية الاعتقاد بأننا امام شركة واحدة و الحقيقة اننا امام عدة شركات تتمتع كل منها بشخصية معنوية مستقلة عن الاخرى وتعمل كلا منها في دولة مختلفة عن الاخرى وبالتالي كلا منها تتمتع بجنسية تختلف عن الاخرى ، لكن هذه الشركات متعددة ترتبط ببعضها بروابط قانونية واقتصادية مما يجعلها تشكل مجموعة شركات واحدة يطلق عليها الشركة متعددة الجنسية .

ولذلك تعرف على انها مجموعة من الشركات الوليدة او التابعة التي تزاول كل منها نشاطها انتاجيا في دولة مختلفة وتتمتع كل منها بجنسية مختلفة وتخضع لسيطرة شركة واحدة هي شركة الام التي تقوم بإدارة هذه الشركات الوليدة كلها في اطار استراتجية عالمية ، وقامت الامم المتحدة سنة 1979 في ابداء اهتمام بنشاط هذه الشركات وتم بالفعل طرح هدا الموضوع في مطلع السبعينات من قبل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ocde والسوق الاوروبية المشتركة والجمعية العامة للأمم المتحدة [1].

[1] نور الدين بوسهوة ، المرجع السابق ، ص 64 و 65 و 66 .

ثانيا : المشروعات المشتركة

يقصد باصطلاح المشروعات المشتركة ، هو نوع من التعاون بين الطرفين أو أكثر في نشاط تنموي اقتصادي أيا كان شكل القانوني او لهذا النشاط الذي قد ينحصر في بلد واحد او يمتد إلى بلدان عدة [1] .

كما يعرف بأنه احد مشروعات الاعمال الذي يمتلكه او يشارك فيه طرفان او اكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة اي الشخص الاجنبي ورأس المال المحلي او الوطني و المشاركة هنا لا تقتصر على الحصة في راس المال بل تمتد الى الادارة والخبرة وبراءة الاختراع والعلامات التجارية [2]، ولا يشرط ان يقدم كلا الطرفين حصة في رأس المال فقد تكون حصة احدهما عينية او في شكل الخبرة او المعرفة الفنية او التسويقية ، و لكن في جميع الاحوال ينبغي ان يكون لأطراف المشروع الحق في المشاركة في إدارته [3].

من خلال التعريفات السابقة يمكن القول بان المشروع المشترك يقوم على الشراكة بين الشخص الاجنبي سواء ان كان شخصا طبيعيا او معنويا و الدولة ، ويمكن ان يكون شخصا طبيعيا او مجموعة اشخاص طبيعيين او شخصا معنويا او مؤسسة حكومية او شركة خاصة اما بالنسبة لحصة كل شريك فيمكن ان تكون اموالا نقدية او عينية ويمكن لها ان تكون خبرة او معرفة اقتصادية اما فيما يتعلق بالإدارة فان الشراكة في المشروع المشترك تمتد ايضا الى الادارة وما يتحصل عنها من الخبرة وبراءات الاختراع والعلامات التجارية وغيرها ، وتعد المشروعات المشتركة الشكل الامثل الذي يمكن الدول المضيفة من فرض رقابة فعلية على الاقتصاد الاجنبي وذالك من خلال مشاركة ممثليها في ادارة المشروع فضلا عن اكتساب الكادر الوطني الإداري والفني الخبرة والمهارة الكافية لإدارة وتشغيل المشروعات التنموية الاقتصادية [4] .

---

[1] عبد الوهاب حميد رشيد ، الدور التكاملي للمشروعات العربية المشتركة – الطموحات والأداء – ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الاولى ، سنة 1985 ، ص 153 .

[2] محمد عبد العزيز عبد الله ، الاستثمار الاجنبي المباشر في الدول الاسلامية في ضوء الاقتصاد الاسلامي ، دار النفائس ، الاردن ، الطبعة الاولى ، سنة 2005 ، ص 38 .

[3] عبد السلام ابو قحف ، السياسات المختلفة للاستمارات الاجنبية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ستة 1989 ، ص 25 .

[4] رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي – دراسة مقارنة – ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، سنة 2012 ، ص 132 .

ولقد أصبح من الصعب قيام مشروع اجنبي و إنشاء فرع له يسيطر بنسبة 100% ، لأنه من النادر وجود دولة تضع تنظيما اقتصاديا ينظم نقل التكنولوجيا و جميع المشروعات الاجنبية لذلك تأخذ معظم الدول النامية بفكرة المشروع المشترك في محاولة لتنظيم التعاون التقني والمالي والتجاري تحت شكل قانوني مناسب لذلك هو صورة لشركة الاموال و بالذات شركة المساهمة التي يشارك فيها رأس المال الاجنبي ورأس المال المحلي في الدولة المضيفة وتتحدد هذه النسبة في ضوء القانون الداخلي للدولة المضيفة ، و هي واحدة من اهم الادوات القانونية التي تستخدم في عمليات التنمية الدولية و خاصة بعد ازمة عقود الامتياز التي قلبت توازن اقتصاديات العقد لصاحب الامتياز خلال مدة طويلة تراوحت بين خمسين الى مئة سنة وعدم النص على مراجعتها لذلك هذه المشروعات المشتركة اعطت الدولة حق الرقابة على ادارة المشروع و ملكية أغلبية راس المال .

ويتخذ المشروع المشترك شكلا قانونيا معينا وينشأ نتيجة اتفاق بين حكومة وشخص اجنبي او اكثر من جهة ثانية و يشترك بموجبه الطرفان في تمويل المشروع المقام في اقليم الطرف الاول او يستقل الطرف الاول بملكية المشروع و يتولى الطرف الثاني خدمات الادارة و التوزيع ، لذلك يتعين استبعاد المشروعات التي يشترك في انشائها دولتان او اكثر بقصد ممارسة نشاط اقتصادي ، لأنه يعد مشروع اقتصادي عام وليس مشروع مشترك ، اذا هو علاقة تعاقدية تقوم على الاستغلال المشترك لما يقدمه اطراف العلاقة من مال ومهارات وجهد في نشاط اقتصادي معين بغرض اقتسام ما ينشأ على النشاط من ارباح ويشترط ان يكون له طابع محدود من حيث محله و مدته و ضرورة التزام الاطراف بالإخلاص والولاء لبعضهم البعض [1] .

الفرع الثاني : عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة

إذا كان معيار عقود التنمية الاقتصادية الاجنبية المباشرة يتجسد في حيازة الشخص الأجنبي قدرا من السلطة تمكنه أدارة المشروع او المشاركة فيها ، فمعيار عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة هو ان تقتصر عقود التنمية الاقتصادية دورها على مجرد تقديم رأس المال الى جهة معينة

[1] نور الدين بوسهوة ، المرجع السابق ، ص 67 و 68 .

لتقوم بهذا المشروع دون ان يكون للشخص الاجنبي اي نوع من الرقابة او تنظيم ادارة المشروع التنموي الاقتصادي [1] .

ونتيجة التطور الذي حدث في مجال التمويل الدولي في أعقاب الحرب العالمية الثانية نتيجة تطبيق البرامج التي تهدف الى اعادة بناء اقتصاديات الدول الأوروبية التي دمرتها الحرب ، حيث تبوأ رأس المال العام مكان الصدارة بعد ان كانت التنمية الاقتصادية الخاصة هي التي تحتل هذا المركز سواء كان ذلك في صورة مساعدات اقتصادية او مالية او فنية حكومية دون التزام بالوفاء بها او بدفع فوائد عليها او على صورة قروض تقدمها هيئات مالية دولية يتم تنميتها اقتصاديا [2] ، وتزايدت عدد عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة في القرن السابع عشر وحتى نهاية النصف الاول من القرن العشرين ، إذ كان الجزء الأكبر من هذا المشروع الذي تقوم به الشركات المتعددة الجنسية في هذه الفترة يتم في شكل اوراق مالية بمعنى ان هذا المشروع كان يتم بغرض الحصول على عائد رأسمالي دون ان يصاحبه سيطرة الشخص الاجنبي على مشروع إنتاجي معين [3].

وتعرف عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة هو ذلك المشروع الذي يحصل فيه الشخص الاجنبي على عائد رأسمال دون ان تكون له السيطرة على المشروع و لا تنتقل على اثر هذه المشروعات المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة المرافقة لراس المال كما هو الحال في عقود التنمية الاقتصادية الاجنبية المباشرة [4].

ويقصد بعقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة عقود التنمية الاقتصادية في المحفظة او عقود التنمية الاقتصادية في الاوراق المالية ، وذلك عن طريق شراء السندات الخاصة باسهم الحصص او سندات الدين او سندات الدولة من الاسواق المالية ، لكن هذه الملكية لا تعطي للأفراد او الهيئات الشركات حق ممارسة اي نوع من الرقابة او المشاركة في تنظيم و إدارة المشروع التنموي ،كما يعتبر هذا النوع من العقود قصير الاجل اذا ما قارنا مع عقود التنمية الاقتصادية الاجنبية المباشرة [5]

---

[1] صفوت احمد عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 46 .

[2] نور الين بوسهوة ، المرجع السابق ، ص 76 .

[3] محمد غانم ، الاستثمار في الاقتصاد السياسي و الإسلامي وتشريعات و اتفاقيات الاستثمار ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، الطبعة الاولى ، سنة 2011 ، ص 74 .

[4] نزيه عبد المقصود مبروك ، دور السياسة الضريبية في تشجيع الاستثمارات الاجنبية ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهر ، 2002 , ص 56 .

[5] عبد السلام ابو قحف ، نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الاجنبية ، مؤسسة شباب الجامعة ، مصر ، سنة 1989 ص 14 .

، و يعرف هذا النوع بان عقود التنمية الاقتصادية التي تأخذ شكل قرض خاص لأفراد اجانب او يكون على هيئة اكتتاب في صكوك تلك الهيئات ومشروعاتها سواء أكان ذلك عن طريق السندات ذات الفائدة الثابتة او عن طريق الاسهم بشرط إلا يحوز الاجانب من الاسهم ما يخوله حق ادارة المشروع .

و هذا ما يميز عقود التنمية الاقتصادية المباشرة عن عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة ذلك ان الشخص الاجنبي في الثانية يقتصر دوره على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة لتقوم بهذا المشروع دون أن يكون للشخص الاجنبي أي نوع من الرقابة ،والمشاركة في تنظيم إدارة المشروع الاقتصادي لذلك تسمى أو توصف بالعقود التنمية الاقتصادية الحافظة او القروض .

و تتخذ عدة صور منها شراء السندات الدولية و شهادات الايداع والمصرفية الدولية المقدمة بالعملات الاجنبية ، و شهادات الايداع وسوق العملات الدولية ، وشراء سندات الدين العام او الخاص وقروض للحكومات الاجنبية او لهيئاتها العامة او الخاصة او الافراد سواء كانت قصيرة او متوسط او طويلة الاجل بهدف المضاربة فقط ، و شراء القيم المنقولة ، و غالبا ما تكون في صورة قروض تقدمها البنوك الخاصة والتي تلجأ أليها الدول النامية لتمويل العجز الموسمي في موازين مدفوعاتها أو العجز المؤقت الذي قد يطرأ على هذه الموازين نتيجة لانخفاض حصيلتها من النقد الاجنبي [1] .

وقد تكون عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة في صورة قروضا من الشخص الاجنبي للدولة المضيفة لراس المال وقد تكون قروضا خاصة كتلك المقدمة من قبل الشركات الاجنبية الخاصة والمؤسسات المالية الخاصة او الافراد من اصحاب رؤوس الاموال او قروضا عامة اي تلك التي تقدم من قبل حكومة الدولة من خلال عقود قرض خاصة ثنائية او متعددة الاطراف ،وقد تقدم هذه القروض من قبل المؤسسات المالية الدولية مثل صندوق النقد والبنك الدوليين او من قبل منظمات رسمية أخرى ، ولبيان أهم أشكال عقود التنمية الاقتصادية الاجنبية غير المباشرة الذي لا يخول لأشخص الأجنبي الحق في التملك أو السيطرة أو المساهمة في إدارة المشروع التنموي الاقتصادي ولذلك تنقسم عقود التنمية الاقتصادية الاجنبية غير المباشرة إلى الأشكال التالية :

[1] نور الدين بوسهوة ، المرجع السابق ، ص 76 و 77 .

اولا : شركات التنمية الاقتصادية

إن من شأن هذه الشركات المساهمة في جذب الموارد المالية من الاشخاص الاجنبية ،كما ان تنوع مشاريعهم من شأنه ان يساهم في تخفيض المخاطر التي يتعرض لها عائد اسهمها وهو ما يعد بدوره عامل جذب للاقتصاديين قليلي الخبرة و الدراية في شؤون التنمية الاقتصادية [1] .

وإن شركات التنمية الاقتصادية لا تقوم بصفة مباشرة بأي نشاط انمائي لثروة صناعية وإنما تعني كلمة التنمية الاقتصادية هنا توظيف اموالها في تكوين حوافظ من القيم المنقولة و تعرف شركات التنمية الاقتصادية بأنها شركات غالبا ما تكون مساهمة ويكون غرضها تكوين حافظة منقولة و إدارتها وتحديد المخاطر و توزيعها توزيعا قانونيا و اقتصاديا و جغرافيا وتمتنع عن التمويل او السيطرة او المضاربة [2] .

ثانيا : القروض الخارجية

وتتنوع هذه القروض بتنوع مصادرها وهي ثلاثة انواع :

1- القروض الخارجية العامة : وهي القروض التي تعقد مابين الدولة المقترضة و الدولة المصدرة لراس المال ، وتدع بالقروض العام نظرا للجهة المقترضة التي تكون الحكومات او الهيئات العامة .

2- القروض الخارجية الخاصة : وهي القروض التي تقدمها الشركات و كبار المصدرين و غيرهم من الموردين الاجانب لتوريد السلع والخدمات للدول المقترضة بشرط ان تكون هذه القروض مضمونة من قبل الحكومات.

3- القروض الدولية التي تقدم للدول من المؤسسات والهيئات الدولية : وهي القروض التي تحصل عليها الدول المقترضة من المؤسسات والمنظمات الدولية ، و التي منها صندوق النقد الدولي و البنك الدولي للإنشاء و التعمير و منظمة الامم المتحدة [3].

---

[1] عرفان تقي الحسيني ، المرجع السابق ، ص 54 .

[2] حسني المصري ، شركات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1986 ، ص 19 .

[3] فاضل حمه صالح الزهاوي ، المشروعات المشتركة و فقا لقانون الاستثمار ، دار الحكمة ، بغداد ، سنة 1990 ، ص 110 .

ثالثا : التنمية الاقتصادية في حافظة الاوراق المالية

والتنمية الاقتصادية في الاوراق المالية يعد الاسلوب الذي تستطيع به الدولة النامية أن تحصل على رأس مال أجنبي عن طريق إصدار السندات وطرحها للاكتتاب في الأسواق الدولية ، لتحدد الدولة في هذه الحالة القيمة الخاصة بالسندات و السعر فائدته و أجله .

المطلب الثاني : خصائص عقود التنمية الاقتصادية

لعل من اهم خصائص عقود التنمية الاقتصادية انه عقد معقد ويحتاج مدة طويلة لتنفيذه ، فعندما تبرم الدولة عقود التنمية الاقتصادية مع الاشخاص الاجنبية لتنفيذ احد مشروعات البنية الاساسية الكبرى فقد يستغرق المشروع عدة سنوات لتنفيذه ، وان العقود التنمية الاقتصادية تتميز بخصائص تختلف عن غيرها من العقود الاخرى ، ومن هنا نقسم خصائص عقود التنمية الاقتصادية الى خصائص مستمدة من صفة الاشخاص المتعاقدة الاطراف فيها و خصائص مستمدة من سبب العقد و محله و أثاره و خصائص مستمدة من الشروط غير مألوفة المدرجة فيها، و بالتالي سيتم تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع حيث يتم التطرق في الفرع الاول الى عقود التنمية الاقتصادية القائمة على صفة الاشخاص و في الفرع الثاني عقود التنمية الاقتصادية القائمة على سبب العقد و محله و في الفرع الثالث عقود التنمية الاقتصادية القائمة الشروط [1].

الفرع الاول : من حيث صفة الاشخاص المتعاقدة

تتميز عقود التنمية الاقتصادية عن غيرها من العقود الاخرى المبرمة في اطار العلاقات التجارية الدولية بعدم التساوي بين الاطراف المتعاقدة في عقود التنمية الاقتصادية فان احد اطراف هذه العقود هو الدولة و هي شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في اطار القانون الداخلي او في اطار القانون الدولي العام ، اما الطرف الثاني في هذه العقود فهو عادة شخص اعتباري اجنبي لا يتمتع بأية سيادة او ميزة و لا يعد شخصا من اشخاص القانون الدولي كقاعدة عامة على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية ، ولذلك سنبين في هدا الفرع ذاتية عقود التنمية الاقتصادية وتبيان المقصود بالدولة كطرف في هذه العقود ومعرفة اذا ما كانت عقود التنمية الاقتصادية تقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها عن طريق من يمثلها اما ان هذا المصطلح يشمل ايضا

[1] رواء يونس محمود النجار ، المرجع السابق ، ص 199 و 200 .

العقود التي تبرمها الاجهزة التابعة للدولة ، بالإضافة الى تبيان المقصود بالطرف الاجنبي المتعاقد مع الدولة في عقود التنمية الاقتصادية.

اولا : الدولة كطرف في عقود التنمية الاقتصادية المبرمة بينها وبين الاشخاص الاجنبية

لا يثير تحديد الدولة على اعتبار انها طرف في عقود التنمية الاقتصادية المبرمة بينها وبين الاشخاص الاجنبية اية صعوبة تذكر اذ كانت الدولة قد قامت بنفسها عن طريق من يمثلها ،{ رئيس الدولة او رئيس الوزراء او احد الوزراء } بإبرام عقود التنمية الاقتصادية و لأن الدولة بوصفها شخص من اشخاص القانون الدولي العام مفهوم قانوني لا يحتاج الى ايضاح او اشارة خاصة في مجال التنمية الاقتصادية ، و لكن قد تثور الصعوبة اذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الاجنبي ليس هو الدولة ذاتها و إنما جهاز تابع لها و يعمل لحسابها ، لذلك هناك اتجاه يرى ان عقود التنمية الاقتصادية هي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها من خلال من يمثلها مع الطرف الاجنبي .

ويذهب اتجاه اخر الى ان عقود التنمية الاقتصادية تشمل على جميع العقود التي تقوم بإبرامها الاجهزة التابعة للدولة اي اضافة الى العقود التي تقوم الدولة بإبرامها ، وتعتبر مسالة العقود التي تقوم الاجهزة التابعة للدولة بإبرامها بمثابة عقود تنمية اقتصاد من المسائل الشائكة نظرا لضرورة الفصل في مسالة جوهرية و أولية و هي مسالة المعايير التي بتوافرها يمكن اعتبار الجهاز المتعاقد جهاز تابع للدولة ومنبثق عنها حيث توصف تصرفاته مع الطرف الاجنبي بأنها عقود تنمية اقتصادية ، اذ انه من غير المقبول اعتبار اي تصرف يبرمه اي جهاز تابع للدولة مع طرف اجنبي بمثابة عقد تنمية اقتصادية بل لا بد ان يكون الجهاز المتعاقد تتوافر فيه صفات دقيقة محددة وتقترب مسالة البحث عن المعايير التي لا بد من توافرها في الجاهز التابع للدولة من مسالة وثيقة الصلة بها ألا وهي مدى تمتع المشروعات العامة وشبه العامة التي تعهد اليها الدولة بممارسة النشاط التجاري والاقتصادي على صعيد العلاقات الاقتصادية والدولية بالحصانة القضائية [1] .

ثانيا : الشخص الاجنبي كطرف في عقود التنمية الاقتصادية المبرمة بينه وبين الدولة

لا يثير تحديد الطرف الاخر المتعاقد مع الدولة صعوبات كتلك التي اثارها تحديد المقصود بالدولة و خاصة الاجهزة التابعة لها كطرف في عقود التنمية الاقتصادية ، اذ انه من المتفق عليه ان الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط فيه ان يكون شخص تابع لدولة اخرى ، ويستوي ان يكون في

[1] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 35 و 36 و 37 .

هذا الشأن شخص طبيعي أو معنوي ويستوي ايضا ان يكون الشخص المعنوي التابع لدولة اخرى شخص خاص او عام وعلى الرغم من المبادئ السابقة إلا ان وضعها موضع التطبيق العملي قد يثير بعض المشاكل القانونية والتي تتمثل في:

1-العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاعتبارية الاجنبية :

لا يثير تحديد المقصود بالشخص الاعتباري الاجنبي التابع لدولة اخرى اية صعوبة تذكر في الكثير من الحالات إلا انه قد يحدث من الناحية العلمية في بعض الحالات ان العقد المبرم مع الدولة يتفق فيه ، على انشاء شركة في الدولة المتعاقدة تساهم هذه الدولة في راس مالها بنسبة معينة يتوقف تحديدها على قانون هذه الدولة او على بعض الاعتبارات الاخرى [1] .

2-العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الطبيعية الاجنبية :

تجب الإشارة إلى أنه ليس كل عقد تبرمه الدولة مع شخص طبيعي يعد عقدا من عقود التنمية الاقتصادية بالمعنى المتعارف عليه ، فقد تبرم الدولة عقدا مع شخص طبيعي و مع ذلك فان العقد على الرغم من ان الدولة طرفا فيه لا يعد عقدا من عقود التنمية الاقتصادية ، و ابرز الامثلة في هذا الاطار العقد الذي ابرمته الحكومة الفرنسية بواسطة سفارتها في اسرائيل مع محامي اسرائيلي للدفاع عن مصالحها امام المحاكم الاسرائيلية و أيضا العقد الذي ابرمته الحكومة الكويتية عن طريق وكالة الانباء الكويتية مع الصحفي البريطاني ، اذ ان هذه العقود على الرغم من اطرافها هما الدولة و شخص طبيعي تابع لدولة اخرى إلا انها تفتقد العناصر الاخرى التي تشترط بجانب هذا العنصر الشخصي البحث المتمثل في صفة اطراف العقد اذ لا بد من ان يكون العقد محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها على نحو ما ، و لعل من ابرز العقود المبرمة بين الدولة وشخص طبيعي وينطبق عليها تكييف عقد تنمية اقتصادية ، العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية وأناسيس [2] .

الفرع الثاني : من حيث سبب العقد و محله

تتميز عقود التنمية الاقتصادية عن غيرها من العقود المبرمة في اطار العلاقات التجارية الدولية بخصوصية الاسباب الدافعة الى ابرامها وبكثرتها وتنوعها بالنظر للمحل الذي تتعلق به هذه العقود

[1] رواء يونس محمود النجار ، المرجع السابق ، ص 214 و 215 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 38 و 43 و 111 و 112 .

اولا : عقود التنمية الاقتصادية القائمة على السبب و الدافع من ابرامها

إن السبب في القانون الداخلي هو الباعث الدافع الى التعاقد ونعتقد ان هذا التعريف يمكن الاستناد اليه لتحديد العوامل التي تدفع الدولة والطرف الاجنبي الى ابرام هذه العقود ، اذ ان اظهار هذه العوامل ما يؤكد ذاتية عقود التنمية الاقتصادية ، ويبدو على الرغم من التطور الذي لحق بأشكال وأنماط العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاجنبية التابعة لدولة اخرى ،وإن الباعث وراء هذه العقود جميعها هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ولذلك من غير المقبول التركيز على هذا الباعث فقط في العقود المسماة بالتنمية الاقتصادية ، اذ ان هذا الباعث كان موجودا وقائما ولو بشكل غير ظاهر منذ مرحلة عقود امتياز البترول المبرمة مع بداية هذا القرن ، و لكنه لم يكن محلا للتركيز عليه إلا في الاونة الاخيرة ، فتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة هو السبب الذي يدفعها الى ابرام عقود التنمية الاقتصادية في جميع المراحل ، بينما تباين السبب الذي يدفع الطرف الاجنبي المتعاقد معها الى ابرام عقود التنمية الاقتصادية نظرا لتغيير الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدول المتعاقدة [1] .

ثانيا : عقود التنمية الاقتصادية القائمة على المحل

تتسم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاجنبية بكثرتها وتنوعها بالنظر الى المحل الذي تنصب عليه هذه العقود اذ تشمل عقود التنمية الاقتصادية الى جانب عقود امتياز البترول العديد من عقود نقل التكنولوجيا وأيضا عقود التشييد والبناء و يمكن في هذا المجال التفرقة بين عقود امتياز البترول باعتبارها الشكل الاول من عقود التنمية الاقتصادية المختلفة [2] .

1-عقود امتياز البترول : تعتبر عقود امتياز البترول من اهم العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الاجنبية التابعة لدولة اخرى و ترجع اهمية هذه العقود الى اكثر من عامل فمن ناحية تعد هذه العقود اولى عقود التنمية الاقتصادية من ناحية الترتيب الزمني فعقود البحث عن البترول و التنقيب عن و اكتسابه و استخدامه و تسويقه هي من اولى عقود التنمية الاقتصادية [3] .

[1] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 320 و 221 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 164 و 165 و 171 و 172 .

[3] فاضل حمه صالح الزهاوي ، المرجع السابق ، ص 130 .

ومن ناحية اخرى فان صراع المصالح بين الدول المنتجة للبترول والشركات الاجنبية المتعاملة في هذا المجال كان العامل الاساسي الذي نجم عنه تطور عقود البترول من شكلها التقليدي من عقود امتياز الى عقود المشاركة و عقود المشروعات المشتركة و هي الصور المختلفة التي تتخذها الاتفاقات المبرمة بين الدولة و الشركات الاجنبية المتعاملة معها في هذا المجال.

2-من عقود البترول الى عقود التنمية الاقتصادية : مرت العلاقات بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الاجنبية المتعاقدة معها و التي ادت الى تعديل العلاقات التعاقدية بينهما بأزمات خطيرة و لكنها كانت تتميز دائما بطابع اقليمي يجعل اثرها قاصرا على منطقة محددة كأصل عام وأول هذه الازمات وأهمها الازمة الايرانية [1] .

الفرع الثالث : من حيث الشروط

تتميز عقود التنمية الاقتصادية عن غيرها من العقود المبرمة في اطار العلاقات التجارية الدولية باحتوائها على العديد من الشروط غير المعتاد توافرها في هذه الاخيرة و حتى على افتراض معرفة عقود التنمية الاقتصادية تختلف عن الاسباب التي قد تدعو الى وجودها في عقود التنمية الاقتصادية المعتادة على نحو يجعل من وجود هذه الشروط في التنمية الاقتصادية سببا يضفي على هذه الاخيرة ذاتية تفصل بينها وبين غيرها من العقود الاخرى و من ابرز الشروط التي ينص عليها في عقود التنمية الاقتصادية على نحو مألوف و مستمر شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي او تجميد القانون الحاكم للعقد

اولا : شرط التحكيم

تتميز العقود المبرمة بين الدولة او الاجهزة التابعة لها و طرف اجنبي بان المنازعات الناشئة عنها يختص قضاء التحكيم بالفصل فيها على نحو يمكن معه ان قضاء التحكيم يعتبر الجهة المعتادة للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود التنمية الاقتصادية ، وعلى الرغم من ان الاطراف المتعاقدة في الغالبية العظمى من العقود المبرمة في نطاق التجارة الدولية ، حيث تتفق على خضوع المنازعات الناشئة عنها و المتصلة بها الى قضاء محايد هو قضاء التحكيم للمزايا العديدة التي يوفرها هذا النظام من السرية والسرعة وتخصص المهني [2] .

[1] فاضل حمه صالح الزهاوي ، المرجع السابق ، ص 130 و 131 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 173 .

وهي مزايا قد لا تتحقق في القضاء الوطني في اي دولة من الاطراف المتعاقدة نظرا لطبيعة المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية فان لجوء الاطراف المتعاقدة في عقود التنمية الاقتصادية الى التحكيم بصدد المنازعات المتصلة بهذه العقود لا يستند الى الاسباب السابقة فحسب وإنما يقوم بصفة اصلية على اسباب اخرى ذاتية بهذه العقود .

1-اسباب لجوء الاطراف المتعاقدة في عقود التنمية الاقتصادية الى التحكيم: يتراوح تقدير الاسباب التي تدفع الاطراف المتعاقدة في عقود التنمية الاقتصادية الى قبول التحكيم وسيلة لفض المنازعات المحتمل قيامها بصدد تنفيذ او تفسير هذا العقد فالدولة على الرغم من انها مجرد طرف متعاقد في عقود التنمية الاقتصادية إلا انها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها ، والتي تمكنها بالإضافة الى امكانية الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وا لإخلال ايضا بالحياد الذي يجب ان يتوافر للسلطة القضائية و التي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشأته فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة و أيا ما كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها فانه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة او احد اجهزتها طرفا فيها مع متعاقد اجنبي و تكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية و بسيادة الدولة [1] .

وإن ابعاد هذا الانحياز في القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لمصالحها لا يكون إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه الى قضاء اخر محايد هو قضاء التحكيم و هو الهدف الذي تتمسك به الاطراف الاجنبية المتعاقدة مع الدولة و تصر عليه و لو على حساب عدم اتمام التعاقد ، و لذلك كان حرص المشروعات المتعاقدة مع الدولة او اجهزة التابعة لها على ضرورة ادراج شرط التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية المبرمة بينها لتفادي الاخطار الناجمة عن طبيعة شخص الطرف المتعاقد معه و كونه دولة تتمتع بالسيادة فدرء المخاطر المتولدة عن هذه السيادة و المتمثلة في امكانية اهدار حياد القضاء الوطني او اعمال الحصانة القضائية تعد من الاسباب التي تدفع المشروع المتعاقد مع الدولة على عدم ابرام العقد إلا بوجود شرط التحكيم وان ادراج شرط التحكم في عقود التنمية الاقتصادية يعد وسيلة لتشجيع الاستثمار الاجنبي في الدول الاخذة في النمو[2] .

[1] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 174 و 176 .

[2] نور الدين بسهوة ، المرجع السابق ، ص 156 و 257 و 258

من اجل قيام الدول التي تجذب الاستثمار الاجنبي على اراضيها تضمن القوانين الوطنية الصادرة عنها نصوصا صريحة تقضي بقبول شرط التحكيم [1] .

2-الاشكال المتنوعة للاتفاق على التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية: لا تختلف العقود المبرمة بين الدولة والطرف المتعاقد معها عن العقود الاخرى المبرمة في اطار التجارة الدولية من حيث النص في العقد على الالتجاء الى التحكيم لحل المنازعات الناجمة عن العقد المبرم سواء فيما يتعلق بتفسيره وتنفيذه و تختلف الاشكال الخاصة بالتحكيم فقد يكون تحكيم ad hoc او تحكيم مؤسسي ، ففي التحكيم ad hoc فقد تتفق الاطراف المتعاقدة على انه في حالة نشأة النزاع بينها تختص هيئة التحكيم يتم تعيينها في العقد او يعهد الى هيئة دولية كمحكمة العدل الدولية ، و كذلك التحكيم المؤسسي فقد تلجأ الاطراف الى اختيار غرفة التجارة الدولية بباريس مثلا للتحكيم فيما قد ينشأ بينها من منازعات [2] .

ثانيا : شرط الثبات التشريعي

يسعى الطرف الاجنبي المتعاقد مع الدولة الى تفادي اختيار قانونها الوطني كقانون حاكم للعقد وذلك درءا للمخاطر الناجمة عن هذا الاختيار و التي تتمثل في ضرورة خضوع العقد لكافة التغييرات و التعديلات التي قد تلحق هذا القانون و لاسيما تلك التي قد تعمد الدولة الى اجرائها للإخلال بالتوازن التعاقدى بينها وبين الطرف الاجنبي و أيضا لتفادي انهاء الدولة العقد بإرادتها المنفردة ، و لأن المشروع الاجنبي فشل في الكثير من الحالات في اقناع الدولة المتعاقدة معه في اختيار نظام قانوني اخر غير قانونها الوطني او حتى قبول خضوع العقد لقانون وطني اخر لدولة اخرى فلم يكن هناك حل اخر للطرف الاجنبي المتعاقد مع الدولة سوى محاولة تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقانون حاكم للعقد ، و ذلك عن طريق غل يد الدولة عن المساس بالتوازن العقدي ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة هذا من ناحية و من ناحية اخرى تأكيد عدم سريان اية تعديلات او تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد المبرم بين الدولة والطرف الاخر المتعاقد معها وهذا هو ما يعرف بشروط عدم المساس بالعقد بالثبات التشريعي [3] .

---

[1] نور الدين بسهوة ، المرجع السابق ، ص 258 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 259 و 261 .

[3] بوجلطي ، المرجع السابق ، ص 325 .

الفصل الثاني :

القانون الواجب التطبيق والتحكيم كآلية لحل منازعات عقود التنمية الإقتصادية

إن مسألة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية من أهم المسائل القانونية التي يتم طرحها في هذه العقود ، إذ أن مسالة اختيار نظام قانوني معين ليحكم العقد ، يبرز أهمية الاثار الناجمة عن العقد فيما يخص تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه ، وكذلك فيما يخص بحقوق الطرف المضرور المترتبة على فسخ العقد ، كما أن لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية آثارا هامة و تتمل في مدى امكانية تعديل شروط العقد نتيجة تغير الظروف ، وكذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للطرف المضرور [1] .

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، حيث سنعالج في المبحث الاول : القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية ، أما المبحث الثاني : التحكيم كآلية لحل منازعات عقود التنمية الاقتصادية .

المبحث الاول : القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

إن هدف تشجيع عقود التنمية الاقتصادية التي سعت إليها الدول وجعلها تتوسع في سن قوانين على نحو يجعلها تتلاءم الوسيلة مع الهدف ، وفي ظل نمو العلاقات الاقتصادية و الاهتمام الدولي المرافقة لها نشأت إشكالات قانونية معقدة شعارها تنازع بين قوانين الدولة المتداخلة في العملية التنموية ذات الطابع الدولي التي تتميز بتعقد عمليات التنمية الاقتصادية ، وتباين الانتساب القانوني للمشروع التنموي أي الشخص الأجنبي ، وأن عقود التنمية الاقتصادية مجال جدير باهتمام المختصين في إطار المعاملات التجارية الدولية ، كما أن التعامل في مجال التنمية الاقتصادية الدولية من الأصول التأسيسية لنشوء هذا الفرع من القانون وهو القانون الدولي الخاص الذي موضوعه الرئيسي تنازع القوانين [2] .

[1] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 407 .

[2] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 368 .

و لعل مسألة اختيار أطراف عقد التنمية الاقتصادية القانون المختص مسبقا على ما قد يثور من نزاعات من أهم البنود التي يتفاوض عليها الأطراف ويكون سببا في تعثر أبرام الكثير من العقود ، وأن إشكالية اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مجرد اختيار قانون على أخر ،و أنما من الضرورة أن يكون للقانون المختار صلة بالعقد [1] .

وإن مسالة القانون الواجب التطبيق على العقود بشكل عام تزداد تعقيدا عندما يكون أحد طرفي العقد دولة ذات سيادة أو أحد أجهزتها التابعة لها كما هو الحال في عقود التنمية الاقتصادية حيث أن الدولة تتجنب خضوع العقد لغير قانونها الوطني خصوصا قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص الأجنبي من جهة ، و من جهة أخرى فإن الشخص الأجنبي المتعاقد يسعى لأجل استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة إذ يشكل تطبيق قانون الدولة المضيفة مساسا بالتزاماته التعاقدية ، و بالتالي أن عقود التنمية الاقتصادية كبقية العقود الدولية تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، كما ينعدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق و ذلك راجع لرغبة أطراف عقود التنمية الاقتصادية في تحاشي الوقوع في مسائل خلافية ، من شأنها أن تؤدي إلى إفشال عملية التعاقد ، ومن هنا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين حيث نعالج في المطلب الاول : اتفاق الاطراف على القانون الواجب التطبيق في عقود التنمية الاقتصادية ، أما المطلب الثاني : عدم اتفاق الاطراف على القانون الواجب التطبيق في عقود التنمية الاقتصادية .

المطلب الاول : اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى جمع القواعد التي تنظم المعاملات الدولية الخاصة و لاسيما التنمية الاقتصادية وتأكد ذلك فيما عمدت إليه المعاهدات الدولية بمحاولات إيجاد قانون يوحد تنظيم روابط العلاقات الخاصة الدولية [2] .

[1] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 108 .

[2] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 368 و 369 .

منها ما جاء في نصوص اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي بتسوية منازعات التنمية الاقتصادية. ولقد كان الحرص على تضيق فرص التنازع أمرا ملازما للفقه والمجامع القانونية مثل ما جاء به مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979 المخصصة لدراسة العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية إذ جاءت التوصية في هذا الشأن في المادة الثانية : { تخضع العقود المبرمة بين دولة وشخص خاص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة وتسري عليها القواعد القانونية التي يتصل بها العقد على نحو أوثق ...} ، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة { يكون للأطراف الحق في الاختيار – كقانون حاكم للعقد – إما قانون واحد أو عدة قوانين ، وإما المبادئ العامة للقانون ، أو المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية و إما القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر القانونية } [1] .

وتعد إرادة الأطراف حرة في تنظيم العقود المبرمة بينهم وفي تحديد القانون الذي يطبق على عقود التنمية الاقتصادية ، لأن إرادة الأطراف هي أساس التصرف القانوني فهي التي تنشئه وتحدد أثاره وقد تبني التشريع الجزائري شأنه في ذلك شأن العديد من التشريعات الدولية مبدأ سلطان الإرادة [2] .

حيث نصت المادة 106 من القانون المدني على أن { العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون } [3] ، ومن هنا نقسم هذا المطلب إلى فرعين حيث يتضمن الفرع الاول : دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية ، أما الفرع الثاني فيتضمن : اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية .

[1] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 369 و 370 .

[2] سراج حسين ابو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2004 ، ص 563 .

[3] المادة 106 من الامر 75-58 .

الفرع الاول : دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

إن لمبدأ سلطان الإرادة دورا بارزا في الاتفاق على شروط عقود التنمية الاقتصادية في ظل عدم توازن المراكز بين الطرفين ، حيث يقوموا الأطراف بالاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة المتعاقدة أو قانون أخر ، ولذلك فإن دور مبدأ سلطان الإرادة هو احترام وضمان التوقعات المشروعة للمتعاقدين باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من جهة ، وإعطاء الأطراف فرصة التحكم في هذا القانون من ناحية أخرى ، كما أن مبدأ سلطان الإرادة يعطي للأطراف الحق في تغيير طبيعة القانون المختار من نصوص تشريعية تكتسب قوتها من صدورها عن مشرع وطني أو دولي معين لتكتسب الزاميتها من كونها شروط تعاقدية ، إذ يسمح مبدأ سلطان الإرادة للإطراف بأن يدرجوا القواعد القانونية التي اختاروها في شروطهم مثلها مثل أي شرط أخر من الشروط التعاقدية [1] .

ولقد طرح الفقيه سافيني نظرية{المقر المكاني للعلاقات القانونية }كأساس لتحديد القانون المختص ، حيث قد قرر خلالها خضوع العاقد لقانون مكان تنفيذه استنادا لإرادة المتعاقدين ذاتها ، لأن من كان يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقا الخضوع لقانون مركزها [2] ، وذهب الفقيه مانشيني بحسب نظريته { شخصية القوانين } أي تطبيق قانون الجنسية على نحو يخالف مبدأ إقليمية القوانين إلا أنه لم يتجاهل قانون الإرادة فأوردها كأحد الاستثناءات المقررة على نظريته ، ومند القرن التاسع عشر استقرت قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين وتبنها كل من

[1] صلاح الدين جمال الدين محمد ، نظريات في القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية ، مجلة كلية الشريعة والقانون ، طنطا – مصر ، سنة 1997 ، ص 611 و 612 .

[2] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 370 .

الفقيه الإيطالي savigny والفقيه mancini ، وذهب الفقيه savigny إلى إخضاع العقد إلى مكان تنفيذه [1] .

حيث يعتد في ذلك بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في المكان الذي تنتج فيه الرابطة أثارها ثم يقوم بإخضاع الرابطة لقانون المكان ، و بعد تركيز الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسر إخضاعها لقانون هذا المكان على أساس فكرة الخضوع الاختياري أي من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها ، بينما رأى mancini أن إخضاع العقد للقانون المختار من قبل المتعاقدين عملا بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته [2] ، ومند تلك الفترة استقرت هذه القاعدة فقها وقضاء و تشريعا حتى ظهر مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العلاقات التعاقدية بمثابة عرف أو مبدأ معترف به في كافة النظم القانونية [3] .

أولا : تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

إن الطبيعة الخاصة لعقود التنمية الاقتصادية على غرار العقود الدولية الأخرى تجعل مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق أمر في غاية الحساسية إلا أن أغلب التشريعات والاتفاقيات تعترف للأطراف بحرية الاختيار ، ومن المستقر عليه فقها و قضاء و تشريعا وجوب مراعاة الرغبة الشخصية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما [4]، غير أن الرأي الراجح في الفقه المقارن يرى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية و من بينها عقود التنمية الاقتصادية يكون خلال أعمال قواعد تنازع القوانين ، ومن المسلم به أن القاعد المستقر عليها في الفقه والقضاء والتشريع في جميع النظم القانوني بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية

---

[1] بشار محمد الاسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الاولى ، سنة 2006 ، ص 96 .

[2] بشار محمد الاسعد ، المرجع السابق ، ص 96 و 97 .

[3] بجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 370 .

[4] صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الاولى ، سنة 2005 ، ص 193 .

هي أن ضابط الإسناد في العقود الدولية هو إرادة الأطراف والذي يعني بضرورة خضوع العقود الدولية ومن بينها عقود التنمية الاقتصادية [1] .

ولقد أكدت الاتفاقيات الدولية ومحاكم التحكيم على حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، فلقد أخذت العديد من الاتفاقيات الدولية بمبدأ الاستقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد [2] ، حيث نصت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم الدولي العام سنة 1961 على أن { للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع ...} ، كما نصت المادة 41 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول على أنه { تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف } ، وبهذا تكون الاتفاقية قد قررت وبشكل صريح أن للدولة والأشخاص العامة القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتها التعاقدية واضعة بذلك الدولة على قدم المساواة مع الأشخاص الأجنبية ، وعند قيام مجمع القانون الدولي في البحث عن مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول وأحد الأشخاص الأجنبية في دورته المنعقدة بمدنية أثينا فقد ركز على دعوة الأطراف إلى أن يعينوا بأنفسهم وبشكل صريح القانون الواجب التطبيق ، حيث نصت المادة 04 من قرار المجمع القانون الدولي على أنه { من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم} .

كما نص القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1985 في المادة 28 فقرة 1 على أنه { تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفق لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، وأي اختيار لقانون دولة ما ، أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على انه أشارة مباشرة إلى القانون لتلك الدولة ، وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك } . ولقد أقر المشرع الجزائري مبدأ

[1] محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم bot ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2004 ، ص 217 و 218..

[2] محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص 2018 .

سلطان الإرادة في أن يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق ، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 18 من فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري [1] .

حيث نصت المادة 1/18 المعدلة على أنه { يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد }[2] .

ونصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه{ تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة }[3] ، أي أن المشرع الجزائري مكن المتعاقدين من اختيار القانون الذي يحكم علاقتهما التعاقدية وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات الوطنية .

وإن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة راجع إلى أسباب علمية ونظرية ، إذ أن فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يسري على عقدهم تستجيب للاختلافات في التعاملات العقدية الدولية ، لأن مبدأ سلطان الإرادة يسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم من أجل تحقيق نتيجة مثلى ، حيث يلجأ الأطراف إلى اختيار تطبيق قانون دولة أخرى أجنبية عنهم نظرا لما يتضمن من أحكام تتعلق بتنظيم عقدهم بصورة معينة أو مفصلة إذ يكون أفضل من الأحكام التي وردت في قوانينهم الوطنية [4] .

---

[1] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 372 و 373 .

[2] المادة 18 من الأمر 75-58 .

[3] المادة 1050 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية رقم 21 ا، لسنة 2008 .

[4] عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،الطبعة الاولى ، سنة 2008 ، ص 213 و 214 .

ثانيا : دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

قد يتفق أطراف هذه العقود على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم في حل النزاع ، فإن اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد يتم على صورتين فقد يكون صريحا حيث تعد الصورة الأوضح التي تبين اختيار القانون الواجب التطبيق [1] .

وقد يكون ضمنيا حيث لا يعبر أطراف النزاع عن إراداتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما [2] ، ولقد نصت بعض القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام هيئات التحكيم بحق الأطراف في اختيار قانون العقد ، وذلك بأن يتضمن العقد نص صريح يشير إلى القانون الواجب التطبيق ، حيث يلزم كل من القاضي الوطني و المحكم الدولي إذا أحيل النزاع الى هيئة تحكيم باحترام ارادة المتعاقدين ، ويكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح وبعبارة تعبر بوضوح عن النية وتعلن بصورة عامة عن القانون الحاكم للعقد [3] .

وهكذا فان تحديد القانون الذي يحكم العقد يكون سهلا طالما اعلن الطرفان صراحة المنظومة القانونية التي سيخضع لها العقد ، ويرى بعض الفقهاء ان على المتعاقدين ان يتضمن عقدهم شرطا او بندا يحدد الاختصاص التشريعي فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تامين على الحياة تحوطا للمستقبل وما يكتنفه من اخطار محتملة [4] ، والوقت الذي يقوم فيه المتعاقدين بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد فإننا نكون امام الاختيار الصريح ، حيث تتضمن عادة عقود التنمية الاقتصادية بندين إذ يتعلق البند الأولى بتحديد القضاء الذي له ولاية الفصل في النزاع إذا نشأ حول الالتزامات

[1] ايهاب عمرو ، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية مؤسسة الوراق ، الأردن ،الطبيعة الاولى ، سنة 2014 ، ص 66 .

[2] مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، الطبعة الاولى ، سنة 2010 ، ص 492 .

[3] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 371 .

[4] بشار محمد الاسعد ، المرجع السابق ، ص 107 .

التعاقدية وهذا ما يعرف باسم {الاختصاص القضائي }، ويتضمن البند الثاني القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يحدده الاطراف وهذا ما يعرف باسم { شرط الاختصاص التشريعي }[1].

الفرع الثاني : اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

لقد أكد الفقه والتشريع والقضاء على حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية بينهما ويكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ على عقدهما أمام كل من القضاء والتحكيم [2] .

وبما أن هذا الاختيار محددا بشكل صريح و واضح ينتفي معه اي لبس او غموض وذلك بإدراجه كشرط او بند في العقد ، حيث يتوجب على الاطراف تحديد في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق الذي يتوجب عليهم اتباعه .

اولا : اختيار الاطراف احد القوانين الداخلية

لقد اكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكميها 14 و 15 الصادرين بخصوص قضيتين هما القروض البرازيلية والقروض الصربية عام 1929 الى انه { كل عقد ليس عقد بين دولتين بصفتهما من اشخاص القانون الدولي العام يجد اساسه في قانون وطني ...} وهذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ يونيو 1950 على انه { كل عقد يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة } [3] ، وهذا ما يستند عليه في اخضاع عقود التنمية الاقتصادية لقانون وطني لدولة معينة ، وذلك أما بإخضاعه لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص الاجنبي او قانون الدولة المضيفة او قانون دولة اخرى محايدة .

1- اختيار تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود التنمية الاقتصادية : أن اغلبية عقود التنمية الاقتصادية يتم فيها اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة ليكون هو القانون الواجب التطبيق على

[1] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 372 .

[2] مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 487 .

[3] مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 487 .

موضوع العقد وهذا اكثر قانون يتم اختياره من قبل اطراف العقد في ابرام عقود التنمية الاقتصادية [1].

ومن الأمثلة على الاختيار الصريح للقانون الدولة المضيفة هو ما نصت عليه المادة 25 من العقد المبرم بين الحكومة السيرلانيكة مع الشركة اليابانية elcricco nppon الى انشاء محطة أرضية للاتصالات التجارية بالأقمار الصناعية ، حيث جاء نص المادة كالأتي { تخضع المناقصة وما ينشأ عنها من عقود تحرر وفقا للقوانين السيرلانكية } ، وكذلك الاتفاق الذي تم بين شركة إنجليزية وشركة عمانية في عقد توريد وتشييد وتشغيل وصيانة مصنع لإنتاج الجير المائي والجير المحروق [2] .

لفائدة الشركة العمانية والذي ابرم سنة 1978 حيث كان من مضمون العقد ، شرط يقضي باتفاق المتعاقدين على اسناد موضوع النزاع الى القانون العماني باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد وكذلك ما جاءت به المادة 9 من العقد المبرم بين دولة غينيا وشركة atlantic tnton company limited التي تضمنت ان القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على العقد وأيضا العقد المبرم بين شركة corporation and mobil petropum company lnc mobil oil وحكومة نيوزلندا على ان يخضع العقد الى القانون النيوزلندي حسب نص المادة 7/7 ، وأيضا العقد الذي تم ابرامه من طرف حكومة غانا وشركة ltd vacoum salt products حيث نصت المادة 39 من العقد على ان القانون الغاني هو القانون الواجب التطبيق [3] ، وهذا في الحالات التي يتم النص فيها صراحة على القانون الواجب التطبيق أي بإرادة المتعاقدين الصريحة ، اما في حالة عدم توافر هذا الاختيار الصريح فأوجب على المحكم ان يبحث عن الارادة الضمنية لأطراف العقد من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد .

وهناك عدة قرائن لدلالة على الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد اوضحها الفقه والقضاء التحكيم ومثال ذلك يمكن الاخذ بقانون مكان ابرام العقد او قانون مكان تنفيذ العقد او قانون الدولة التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم .

---

[1] محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص 255 .

[2] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 206 و 207 .

[3] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 207 .

وإن وجود الدولة في عقود التنمية الاقتصاد كطرف في العقد يجعل القانون الذي تربطه صلة جوهرية بالعقد هو قانون الدولة المضيفة حيث يكون هو قانون محل وموضوع العقد لذلك هناك الكثير من الاحكام التحكمية لمنازعات عقود التنمية الاقتصادية طبقت هذا الاتجاه ومن الأمثلة على احكام التحكيم التي طبقت فيها قوانين الدولة المضيفة باعتبارها القوانين التي انصرفت اليها الارادة الضمنية لطرفين هي شركة amirol ضد الحكومة الكويتية على الرغم من انعدام النص الصريح على القانون الواجب التطبيق[1] .

إلا أن محكمة التحكيم قد استخلصت ضمنا ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي لأنه القانون الأكثر ارتباطا بالعقد ، وكذلك قضية العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية واحدى الشركات الامريكية ، وبالرغم من عدم وجود اختيار صريح ، إلا ان محكمة التحكيم الدولية بباريس icc قامت بتطبيق القانون الجزائري لأنه مكان وإبرام تنفيذ العقد [2].

وكذلك قضية letco ضد ليبيريا ، التي تم النظر فيها امام المركز الدولي لتسوية منازعات ، حيث ان الإشارة الى القانون الواجب التطبيق لم تكن واضحة لذلك رأت هيئة التحكيم ان الاتفاق المبرم بين الشركة وليبيريا هو عقد مبرم وفق القانون الليبيري استنادا لما ورد في ديباجة العقد [3] .

2-اختيار تطبيق قانون الشخص الاجنبي على عقود التنمية الاقتصادية : إن اختيار تطبيق قانون الشخص الاجنبي على عقود التنمية الاقتصادية يعد في الواقع من الحالات النادرة التي يلجأ اليها اطراف العقد ، إلا ان هناك امثلة عرضت على التحكيم و منها النزاع الذي نشأ عن الاتفاق الذي أبرم بين الكاميرون واحدى الشركات الأمريكية ، حيث تم الاتفاق على ان تقوم الشركة الأمريكية بإنشاء محطة رابطة للاتصالات بالأقمار الصناعية وتركيبها و تسليمها جاهزة للتشغيل ، ولكن تبين فيما بعد انها غير صالحة بسبب عيوب فنية نتيجة خطأ الشركة الامريكية ومنه تبين

[1] علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المرجع السابق ، ص 351 و 353 .

[2] علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المرجع السابق ، ص 354 .

[3] بشار محمد الاسعد ، المرجع السابق ، ص 122 .

للمحكمة ان العقد قد تضمن شرطا للتحكيم وتم الاتفاق على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الامريكية [1] .

3-اختيار قانون دولة ثالثة اجنبية على عقود التنمية الاقتصادية : إن أطراف العقد يمكن لهم ان يختاروا قانون داخلي لدولة ثالثة اجنبية على العقد إذا وجد ان هذا القانون ملائما لتحقيق النتيجة التي يهدفان إليها [2] .

وذلك نظرا لما يتضمنه من احكام تنظم عقدهما بصورة اكثر تفصيلا ويحقق لهم نتيجة أفضل من النتيجة التي كانت ستحققها الاحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية ، ومثال ذلك كأن يقومان المتعاقدان باختيار القانون السويسري نظرا لما يحققه من قيود أقل وخاصة بعد صدور قانون جديد للالتزامات العقدية سنة 1985 ، حيث تتضمن أغلب عقود المشروعات الصناعية الامريكية والأوروبية مع دول العالم الثالث بند او شرط ينص على ان القانون الواجب التطبيق هو القانون السويسري للالتزامات [3] .

ثانيا : اختيار الأطراف القانون الدولي العام

إن من الاختيارات الممنوحة لأطراف عقود التنمية الاقتصادية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد هو اختيار قواعد القانون الدولي العام ، ويقصد بالقانون الدولي العام هو مجموعة القواعد العرفية و المعاهدات خاصة تلك التي تتصل بالتجارة الدولية [4] ، ويكون اتفاق أطراف العقد على القانون الدولي العام باعتباره القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية اما باتفاق على تطبيق مبادئ القانون الدولي العام أو الاتفاق على تطبيق احد مصادر القانون الدولي العام ، كما انه قد يأتي اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية

[1] صلاح الدين جمال الدين ، دور احكام التحكيم في تطور حلول مشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، سنة 2004 ، ص 55 .

[2] صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 208 .

[3] صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 208 .

[4] صلاح الدين جمال الدين ، دور احكام التحكيم في تطور حلول مشكلة تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 64 .

الاقتصادية مستقلا او مقرونا مع مبادئ القانون الوطني [1] ، حيث يختار أطراف العقد تطبيق القانون الداخلي لدولة المتعاقد مضاف اليه قواعد القانون الدولي العام ومثال ذلك الاتفاق المبرم بين شركة اجيب agip والحكومة الكونغولية حيث اتفق طرفي العقد على أنه { تسوى الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف بشأن تطبيق او تغيير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفقا لاتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الاخرى من خلال تحكيم من ثلاث محكمين يعينون وفقا لأحكام الاتفاقية ، على ان تطبق الهيئة للقانون الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بأي من مبادئ القانون الدولي العام } [2] .

المطلب الثاني : عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

قد يغفل اطراف عقود التنمية الاقتصادية ذكر القانون الواجب التطبيق اثناء ابرام العقد وذلك خوفا من ان يكون سببا في فشل عملية ابرام العقد ، حيث ان مهمة ابرام عقود التنمية الاقتصادية قد يعهد بها الى فنيين من دون استشارة رجال القانون مما يؤدي الى اغفال الاشارة الى القانون المختص ، كما ان عدم ذكر القانون المختص يسهل تخطي عقبة ابرام العقد خاصة لو تم الاتفاق الكلي على مسائله المالية والفنية التفصيلية .

و إذا ما أغفل المتعاقدون الاشارة الصريحة الى القانون الواجب التطبيق فيصبح ذلك من مهمة القاضي او المحكم الذي يستدل عليه من خلال تحليله المنطقي لظروف وملابسات العقد ، ولقد اوضح كل من الفقه والقضاء والتحكيم ان هناك عدة قرائن لتحديد الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد [3]، حيث يمكن الاخذ بقانون ابرام العقد او مكان تنفيذه أو قانون

[1] مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة ، الأردن الطبعة الاولى ، ،سنة 2010 ، ص 238 .

[2] صلاح الدين جمال الدين ، دور احكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 69 .

[3] علاء محي الدين مصطفى ابو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية و احكام محاكم التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة 2008 ، ص 351 .

الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم التي اختارها الاطراف ، كما انه لا يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية للأطراف حول اختيار القانون الواجب التطبيق في اطار اتفاقية واشنطن وذلك راجع للأسباب التي تضمنتها المادة 1/42 من الاتفاقية .

وإن الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق تظهر في الحالة التي لا يوجد فيها اي اتفاق بين الطرفين ، حيث يكون عدم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق راجعا الى عدة اسباب فقد يكون نتيجة إهمال الطرفين ، لذلك لقد اختلفت الآراء الفقهية وقرارات التحكيم الدولية يشأن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الاتفاق بين الطرفين فهناك من نادى بتطبيق قانون الدولة المضيفة ، وهناك من نادى إلى التدويل المباشر للعقد وإخضاعه للقانون الدولي.

أما قرارات التحكيم الدولية فأنه بالرجوع الى نص المادة 42-1 من اتفاقية واشنطن في جملتها الثانية فإنها تقيد محكمة التحكيم بتطبيق { قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، بما في دلك قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع }[1] ، ومن هنا نقسم هذا المطلب الى فرعين فرعيين حيث يتضمن الفرع الاول : إخضاع عقود التنمية الاقتصادية للقانون الدولة المضيفة ، وفي الفرع الثاني : إخضاع عقود التنمية الاقتصادية للقانون الدولي العام .

الفرع الاول : إخضاع عقود التنمية الاقتصادية لقانون الدولة المضيفة

لقد ذهب جانب كبير من الفقه الى ان تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود التنمية الاقتصادية يعد أمر جد ضروري في حالة عدم اتفاق الدولة المضيفة والشخص الاجنبي على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التنمية الاقتصادية المبرم بينهما ، واستند الفقه على هذا الرأي من خلال الحكم الصادر من قبل محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية والبرازيلية لسنة

[1] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 372 و 384 .

1929 حيث ذهبت المحكمة الى انه { كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد اساسه في القانون الوطني ...}[1] .

كما أن محكمة العدل الدولية باستنادها الى فكرة السيادة قد أكدت في نفس القضية على انه { لما كان الطرف المفترض في عقود القرض ذات سيادة ، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قابلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون أخر غير قانونيها}[2].

وعلى الرغم من ان العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاجنبية لم تشير صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة غير أن بعض العقود تظهر بأن إرادة الاطراف انصرفت ألى قانون الدولة المضيفة من أجل إعماله في العقد و يتضح دلك من خلال الشروط التي يتضمنها العقد حيث تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء العقد او تعديله لإرادتها المنفردة أو إصدار تشريعات أو لوائح تسري على العقد على نحو يؤدي إلى تغير مضمونه دون الاتفاق مع الشخص الاجنبي المتعاقد معها.

كما أن هذه الشروط معروفة بشروط بالثبات التشريعي حيث لا ينص عليها عادة إلا إذا كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العقد ، لذلك نجد أن تغير الظروف السياسية للعديد من الدول المبرمة لهذه العقود دفع بها إلى التمسك بتطبيق قانونها على العقود المبرمة مع الاشخاص الأجنبية كصورة لتأكيد سيادتها على اعتبار ان إعمال القانون الوطني هو اسمي تعبير عن السيادة ، ولقد عالجت اتفاقية المركز الدولي مشكلة خلو اتفاق الأطراف من النص على القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلك بوضع قاعدة موضوعية احتياطية بموجبها تلزم محكمة التحكيم في حالة غياب الاتفاق الصريح أن تطبيق قانون الدولة المضيفة للعقود التنمية الاقتصادية بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الوردة فيه [3].

ولقد اكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 12 يوليو 1929 على انه { لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تستند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها

[1] علاء محي الدين مصطفى ، المرجع السابق ، ص 365 .

[2] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 208 .

[3] بوجلطي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 385 .

الخاص ، وان بإمكان الدولة أن تختار قانون أخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار ...}
ويتضح من خلال هذا الحكم أنه في حالة عدم اختيار قانون ليكون واجب التطبيق على موضوع العقد يكون قانون الدولة المضيفة لعقود التنمية الاقتصادية هو القانون الواجب التطبيق [1]، ويتبين من هذه الأحكام أن محكمة العدل الدولية قد جعلت أن هناك قرينة مفترضة تشير دائما إلى خضوع عقود التنمية الاقتصادية المبرمة من طرف الدولة إلى القانون الوطني للدولة المضيفة .

ولقد أخذت بهذه الفكرة محكمة استئناف باريس فقد قضت في حكم لها على أنه كل شخص أجنبي يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة وأقرته أيضا محكمة النقض الفرنسية [2] ، وذهب بعض الفقهاء إلى أن اتجاه الشخص الأجنبي لعقود التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة يتضمن في العادة رضاء الشخص الاجنبي بالاختصاص القضائي للدولة المضيفة وبتطبيق قانونها الوطني [3] .

على هذه العقود بما في ذلك تسوية ما ينشأ عنه من المنازعات مبرزين ذلك على أنه من المنطقي أن يكيف الشخص الأجنبي نفسه مع قوانين الدولة التي يرغب في الدخول معها في علاقة تعاقدية وذلك بالتنمية فيها ، أي أن الاختيار الإرادي من قبل الشخص الأجنبي لأن يكون طرفا في عقد من عقود التنمية الاقتصادية يؤدي إلى افتراض أنه أخضع نفسه لاختصاص قانون الدولة المضيفة للتنمية الاقتصادية فيما يرتبط بكل المسائل التعاقدية إذا تضمن العقد او المشارطة التحكمية بندا يقضي بأن قانون أخر كان واجب التطبيق أي أن على هيئة التحكيم أن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة دون أن يكون مسموحا لها تطبيق أي قانون أخر مادام العقد لم يتضمن اتفاقا يسمح لها بتطبيقه [4].

---

[1] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 208 .

[2] علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المرجع السابق ، ص 366 .

[3] صلاح الدين جمال الدين ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 22 .

[4] صلاح الدين جمال الدين ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، المرجع نفسه ، ص 33

وهذه القرينة هي مجرد وجود الدولة كطرف في العقد ، حيث ذهب بعض الفقهاء على أحكام القضاء الدولي وقرارات القضاء التحكيمي التي يتضح منها أن المحكمة قد فصلت بشكل قاطع باستبعاد عقود التنمية الاقتصادية من الخضوع للقانون الدولي هذا من جهة .

ومن جهة أخر فعلى الرغم من أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد أقرت بشكل صريح أن هذه العقود تجد أساسها في القانون الوطني ، إلا أنها ونظرا لذاتية هذه العقود أخضعتها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، وقد أشار إلى وجود هذه القرينة حكم التحكيم { أرامكو } حيث ساير الرأي الذي تبنته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في القضية الصربية و البرازيلية ، وكذلك قرار محكمة التحكيم حيث ذهبت ألى أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز ، إذا أنه من المتفق عليه أن الدولة ذات السيادة يقترض خضوعها للقانون الوطني ليحكم النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية [1] .

الفرع الثاني : إخضاع عقود التنمية الاقتصادية لقانون الدولي العام

إن تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود التنمية الاقتصادية عند خلو العقد من النص على القانون الواجب التطبيق عند نشوب النزاع يؤدي إلى الوقوع في عدة إشكالات خصوصا في حالة عدم وجود قواعد تفصل في هذا النزاع في القانون الوطني للدولة المضيفة ومن المتصور عمليا أن معظم القوانين الوطنية يشوبها قصور في تنظيم عقود التنمية الاقتصادية إضافة إلى حالة تعارض قانون الدولة مع أحكام القانون الدولي [2] .

وإن محدودية هذه النظم القانونية الوطنية وما فيها من ثغرات شجعت بعض الفقه إلى الدعوة إلى اتجاه آخر يدافع عن مصالح الشخص الأجنبي ، حيث يتمثل هذا الاتجاه في الدعوة إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة المضيفة مع

[1] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 417 و 418 .

[2] عمر هاشم محمد صدقة ، المرجع السابق ، ص 216 و 217

الأشخاص الاجانب والفصل في المنازعات الناشئة عنها لا سيما إذا ما تخلف الاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة [1] .

و بالتالي فإن القانون الدولي العام غني بالقواعد الكفيلة على تصدي لكافة المنازعات القانونية التي تثيرها عقود التنمية الاقتصادية فالمحكم لن يجهد نفسه بالبحث عن الحلول في القوانين المختلفة فقواعد القانون الدولي العام كفيلة بحل النزاع [2]، كما أن تطبيق قانون الدولي العام يحرر العلاقة التعاقدية من القوانين الوطنية فيحول بين الدولة المضيفة وإسناد عقد التنمية الاقتصادية إلى نظامها القانوني الوطني لتبرير تقصيرها في تنفيذ الالتزامات اتجاه الشخص الأجنبي ، بالإضافة أن تطبيق القانون الدولي العام يجنبنا المشكلات التي تنجم عن الإسرار الدولة المضيفة على إخضاع العقد لقانونها الوطني ورفض تطبيق قانون أية دولة أخرى رغم ما قد يعيب قانونها الوطني من نقص في تنظيم المسألة محل التعاقد ، بالإضافة إلى ان تطبيق هذا القانون على العقد يصبح ضروريا في بعض الأحيان لتكملة ما قد يشوب نظام القانون الوطني الواجب التطبيق من نقص وقصور في تنظيم المسألة محل التعاقد [3] .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن مشروع التنمية لاقتصادية يدخل في إطار السياسة الاقتصادية التنموية للبلاد إي أن عقود التنمية الاقتصادية تندرج في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية لذلك يجب إخضاع هذه العلاقة التعاقدية لنظام القانون الدولي [4] ، كما أنهم يرون أن من حق الشخص الأجنبي المتعاقد وبمساهمته في تحقيق خطط التنمية في المجالات الحيوية للدولة المضيفة أن يضمن استقرار مركزه القانوني وحمايته ضد المخاطر وهذا لا يتحقق إلا بإسناد عقده إلى نظام من النظم القانونية الدولية لسد النقص وتعويض الثغرات في القوانين الوطنية [5] .

---

[1] صلاح الدين جمال الدين ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 32 .

[2] علاء محي الدين مصطفى ابو أحمد ، المرجع السابق ، ص 361 .

[3] صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 227 و 228 .

[4] عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 226 .

[5] صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 237 .

ويذهب الأستاذ mann الذي يعد من ابرز أنصار هذا الفقه غير انه سلم بأن عقود التنمية الاقتصادية تجد أساسها في القانون الوطني إلا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قانون الدولي العام باعتباره القانون المناسب للعقد ، في خضم رفض كل من المتعاقدين تطبيق قانون الأخر على العقد المبرم بينهما لذلك فإن اللجوء إلى تطبيق القانون الدولي العام من شأنه أن يحقق مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم [1] .

بالإضافة إلى نظرية weil التي تهدف إلى تدويل العقد حيث أنها تعتمد أساسا على التفرقة بين النظام القانوني الأساسي للعقد و القانون الواجب التطبيق عليه حيث أن هذه التفرقة حسب الأستاذ weil تتضح عند إعمال قانون الإرادة أثر في تحديد هذا القانون فإن هناك عناصر موضوعية تحدد النظام الأساسي للعقد بعيدا عن الإرادة وبالتالي فإن العقد لا يتضمن اتفاق على اختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق ، ولا يتضمن شرط اللجوء للتحكيم الدولي يمكن وصفه بأنه عقد دولي بطبيعته ونظرا للخصائص الموضوعية التي تجعله يدخل ضمن عقود التنمية الاقتصادية طويلة الأمد وهذا ما ذهب اليه تحكيم revere ، إن العقد المتصل بالقانون الدولي حسب نظرية weil هو العقد الذي وتبعا لطبيعته ولموضوعه يتركز بالنظام الدولي .

بينما يعد العقد المدول هو ذلك العقد الذي تؤدي إرادة الأطراف إلى خضوعه لقواعد القانون الدولي ولو بشكل جزئي و هذه التفرقة تميز بين العقد الخاضع للقانون الدولي العام بناء على اتجاه إرادة الطرفين المتعاقدين إلى ذلك وبين العقد كطرف قانوني دولي بطبيعته ، و يؤكد weil أن هذه التفرقة تسمح باستيعاب مشكلة جوهرية وهي التي تتعلق بعقود الدولة والتي ترتبط بمدى سيطرة الدولة المتعاقدة وهيمنتها على قدرات العقد المبرم بينها وبين الشخص الاجنبي ذلك أن قدرة الدولة في المساس بهذا العقد تتوقف على القانون الواجب التطبيق على العقد إذ يحدد قدرة الدولة في تعديل شروط التعاقد بإرادتها المنفردة وقدرتها على إنهاء العقد [2] .

[1] علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد ، المرجع السابق ، ص 361

[2] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 241 .

ولقد ذهب الأستاذ bourquih ألى أن عقود التنمية الاقتصادية تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام وأن و أن أي إخلال بالتزام التعاقدي من جانب الدولة يشكل إخلال بالتزام الدولة على نحو يسبب انعقاد المسؤولية الدولية للدولة لمخالفتها لمبدأ الاحترام المطلق للعقد ، وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فالعقد يتصف بالقوة الملزمة على نحو يمنع الدولة منعا باتا من تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة فالدولة بتوقيعها على العقد تتنازل عن تمسك بجميع مزاياها بالشكل [1] .

ولقد توصل الأستاذ weil إلى إن النظام الأساسي لعقود التنمية الاقتصادية هو القانون الدولي لأن هذه العقود التي تبرمها الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها التابعة لها مع الشخص الأجنبي بطبيعتها تتصل بالنظام القانوني الدولي إذ يعتبر القانون الدولي هو النظام القانوني الأساسي لها بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود سواء المحدد عن طريق اتفاق الأطراف أو بناءا عن قاعدة الإسناد ، ومنه فأن عقود التنمية الاقتصادية تخضع برأي الأستاذ weil لنظام القانوني الأساسي المستمد من القانون الدولي العام بمجرد تحقق بعض السيمات الذاتية في هذه الطائفة من العقود وهو ما يترتب عليه وجوب التمييز بين النظام القانوني الأساسي لهذه العقود والقانون الواجب التطبيق عليها [2] .

كما أضاف الأستاذ prosper weil بأن عدم تنفيذ هذه العقود يعتبر عملا مخالفا للقانون الدولي العام ويترتب عليه مسؤولية الدولة التي رفضت التنفيذ في مواجهة الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي لأن هذه العقود تنتمي بطبيعتها إلى القانون الدولي العام حيث تفرض مجموعة قواعد ينبغي احترامها من طرف الدولة المضيفة و إلا انعقدت المسؤولية الدولية لها [3] .

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق ، ص 362 .

[2] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 235 .

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق ، ص 362 و 363 .

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية

إن خضوع عقود التنمية الاقتصادية في الجزائر إلى القانون الواجب التطبيق يعتمد على عدة أسانيد لإقرار المبدأ العام إضافة إلى ذلك فإن تطبيق القانون الجزائري على هذه العقود يكون بطرق و أساليب مختلفة .

فإن علاقة الجزائر بالشركات الأجنبية تدخل في إطار مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية حيث أكدته العديد من المواثيق الدولية والقرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة [1]ومن بين هذه القرارات القرار رقم 3171 الصادر عن الجمعية في دورتها الثانية والعشرين حول السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية و أنشطتها الاقتصادية ويمثل أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي الجديد [2].

ولقد أوضح تطبيق مبدأ التأميم بواسطة الدولة على اعتبار أنه تعبير عن السيادة بغية المحافظة على الثروات بالإضافة إلى حقها في تحديد قيمة التعويض وكيفية الوفاء به وأن تفصل في النزاع الناشئ عن المسألة وفقا لقانونها الوطني ، والقرار رقم : 3281 الذي أقر ان المنازعات الناشئة عن التأميم تفصل فيها الدولة وفقا لقانونيها الوطني وبواسطة محاكمها [3] ، والملاحظ أنه بعد تأميمات 1971 فإن كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية تؤكد على تطبيق القانون الوطني الجزائري [4] .

ويكون خضوع عقود التنمية الاقتصادية للقانون الوطني وفق أسلوبين ، الأسلوب الأول تكون هذه العقود خاضعة للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر والأسلوب الثاني في هذه العقود تكون خاضعة للقانون الجزائري بشكل نسبي ، حيث أنه من الأهمية أن يتضمن العقد شرطا أو بندا يحدد

---

[1] عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 239 .

[2] مراد محمود المواجدة ، المراجع السابق ، ص 207 .

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، المرجع السابق ، ص 368 و 369 .

[4] عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 239 .

الاختصاص التشريعي والقواعد القانونية التي تساعد على حل ما يمكن أن يثور مستقبلا من منازعات حول العقد ، وبذلك يستجيبون لقاعدة التنازع الموجهة لهم وذلك بأن يختاروا أو يعينوا صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم [1] .

ومن أمثلة ذلك الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمار apsi المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية إذا نصت المادة 8 من هذا الاتفاق صراحة على أن القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق وإذ جاء في نصها { يعترف للأطرف أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظميها }.

وتخضع هذه العقود للقانون الجزائري بشكل نسبي عندما تلتزم الدولة والهيئات التابعة لها بعدم تعديل التوازن العقد من خلال ممارستها لسلطاتها التشريعية والتنظيمية وذلك بإدراج ما يسمى بشرط الثبات التشريعي ، وكنتيجة ذلك فإن الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة الصادرة من قبل الدولة لا تطبق على العلاقات التعاقدية التي تظل خاضعة للنظام القانوني الساري المفعول وقت إبرام العقد إلا إذا طلب الشخص الأجنبي ذلك صراحة خاصة في الحالة التي تتضمن فيها هذه الأحكام الجديدة امتيازات إضافية [2] .

وتتعدد أشكال شرط الثبات التشريعي إلى :

- النص في العقد على أنه لا يمكن أن يحتج بأي قانون جديد في مواجهة المتعاقد الأجنبي ما لم يبدي موافقته على ذلك .
- إخضاع قانون الدولة المتعاقدة المضيفة إلى شرط عدم مخالفة نصوص الاتفاق المبرمة بين الطرفين .

[1] محمود الروبي ، المرجع السابق ، ص 223 .

[2] عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 240 .

- قيام الدولة في تجميد القوانين والتشريعات الاقتصادية الموجودة وقت التعاقد مما يعمل على جذب الطرف الأجنبي للمساهمة في التنمية الاقتصادية [1] .

ومثال ذلك نجده في المادة 02/06 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة والتي نصت حينها على ما يلي { إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار افضل من النظام المقرر في هذه الاتفاق يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات وتنظيماتها التطبيقية } [2] ، من خلال هذه المادة نلاحظ تجسيد مبدأ استقرار النظام التنموي الاقتصادي بحيث تمنع السلطة على نفسها اتخاذ إجراءات تمس بالحقوق والامتيازات التي تحصلت عليها الشركة ، بالإضافة إلى منح الشركة حق الحصول على امتيازات إضافية في حالة إذا ما تضمن نظام تنموي اقتصادي جديد في المستقبل امتيازات أفضل [3] ، ونصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أنه { تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه .

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية } [4] .

إن الجانب الشكل للعقد يخضع للقانون محل إبرام العقد بالإضافة تضمنت المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تجيز للأطراف المتعاقدة الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق ، حيث نصت المادة 18 على أنه { يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد .

---

[1] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 233 .

[2] الاتفاقية أوراسكوم تيليكوم القابضة ، ش.م.م ، الخاصة بترقية الاستثمارات ودعمها ومتبعتها aapsi ،الجريدة الرسمية 80 ،لسنة 2001 .

[3] محمد سارة ، المرجع السابق ، ص 95 .

[4] المادة 19 من الأمر 75-58 .

وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة .

وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد

غبر أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه .} [1] .

ويتضح من نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أن القانون الجزائري يكرس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة [2] ، شرط أن يكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ، وهذا ما يوضح جليا أن المشرع الجزائري قد حسم مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود وذلك بوضع قاعدة إسناد مرنة ذات خيارات متعددة قادرة على حل مشاكل تنازع القوانين [3] .

أما إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فإن المادة 18 من القانون المدني الجزائري تشير إلي تطبيق قانون مكان إبرام العقد وعندما يتضمن العقد الدولي شرط التحكيم فإن المادة 1050 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تسمح بتطبيق القانون الذي أتفق الأطراف على اختياره أو المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي تحدده محكمة التحكيم [4] ، ويتضح من نص المادة 1050 أن المشرع الجزائري أخذ بالاتجاه الذي يتسم باحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي [5] .

أما في حالة تخلف أتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الأكثر اتصالا بالنزاع أو الأكثر ملائمة ، فقد تلجأ هيئة التحكيم إلى اختيار قانون دولة معينة وقد تطبق العادات والأعراف الجارية المتعلقة بموضوع النزاع .

---

[1] المادة 18 من الأمر 75-58 .

[2] عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2001 ، ص 54 .

[3] بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2011 ، ص 36 و 37 .

[4] عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 241 .

[5] لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2012 ص 315 .

أما بخصوص امتناع هيئة التحكيم من تطبيق القانون المختار ، فإن المشرع الجزائري وبخصوص تحديد للأسباب التي يمكن من خلالها إبطال الحكم التحكمي الدولي الصادر في الجزائر أو استئناف الأمر القضائي بإعطاء الصيغة التنفيذية أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر فإنه منح هذا الحق للأطراف في حالة إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها إذ يعتبر تطبيق قانون غير قانون المختار خروجا عن المهمة المسندة لمحكمة التحكيم وهو السبب الثالث {3} من الأسباب الستة {6} التي أحصاها المشرع الجزائري وذلك من خلال نص المادة 1056 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1] .

حيث نصت المادة 1056 من الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه { لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :

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

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

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .

5-إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب .

6-إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي . } [2] .

المبحث الثاني : التحكيم كآلية لحل منازعات عقود التنمية الاقتصادية

يعد التحكيم الوسيلة المعتمدة لحل المنازعات بين الأطراف إلا أن أهميته قد ازدادت حديثا بعد إنشاء الأمم المتحدة عام 1945 ، فهو يعتبر إحدى وسائل حسم المنازعات وهو طريق استثنائي على إرادة الأطراف ، حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة ، ولقد تأكدت أهمية

[1] مناني فراح ، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات ، دار الهدى ، الجزائر ، سنة 2010 ، ص 156 و 157 .

[2] المادة 1056 من القانون رقم 08-09 .

التحكيم في مجال الاستثمار والتجارة الدولية كوسيلة لحل ما ينشأ عن هذه العلاقات الدولية من منازعات ، حيث أصبح القضاء الأصيل لحل هذه المنازعات بوجود الدولة طرفا في النزاع .

وأرتبط تطور التحكيم بتطور العلاقات الاقتصادية الدولية ، الذي وجد فيه الأطرف مقصدهم بوصفه قضاء يتميز بالمرونة والسرية و البساطة والسرعة في الإجراءات ، حيث يعد التحكيم قضاء متخصصا يقوم بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقود التنمية الاقتصادية [1] ، وسنقسم هذا المبحث إلي مطلبين حيث نعالج في المطلب الأول : مفهوم التحكيم ، وفي المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم .

المطلب الأول : مفهوم التحكيم

إن آلية التحكيم تعتبر إحدى الوسائل البديلة عن القضاء في الفصل في المنازعات بطريقة سلمية وذلك عن طريق اللجوء شخص أو عدة أشخاص من ذوي الرأي ، حيث يسمى {محكما} أو {هيئة التحكيم} للفصل في النزاع الذي ينشأ بين الطرفين بعيدا عن القضاء العادي وذلك وفقا لاتفاق يبرم بين الأطراف [2]، ومن هنا سنتناول في هذا المطلب أربعة فروع حيث يتضمن الفرع الأول تعريف التحكيم ، أما الفرع الثاني فيتضمن : تميز التحكيم عن غيره من المفاهيم المشابهة له ومضمون الفرع الثالث : صور التحكيم ، ويتضمن الفرع الرابع : أنواع التحكيم

الفرع الأول : تعريف التحكيم

لقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف التحكيم على أنه الآلية الأنسب للفصل في المنازعات الدولية وتحقيق العدل بين الأطراف حيث تتجلى من خلاله حرية الإرادة الفردية ، كما ذهب الفقه إلى فكرة مركبة تتمثل في أن التحكيم عمل من أعمال الإرادة الفردية تستوعبه فكرة العقد في القانون الخاص التي تستوعب الاتفاق التحكيمي الذي يتضمن بدوره كامل فكرة التحكيم بما

[1] منى بوختالة ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع التنظيم الاقتصادي ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1 ، سنة 2013 / 2014 ، ص 6.

[2] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 21 .

في ذلك العمل التحكيمي الذي لا يعد في نظر هذا الفقه إلا عملا تنفيذيا لاتفاق التحكيم أي العقد .

وذهب الأستاذ محمد نور شحاتة {تتجسد فكرة التحكيم التعاقدي في حالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعا لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قانون المرافعات ، وهذا الغير لا يتصرف كقاضي فرأيه أو قراره يندرج في الأتفاق المبرم بين الأطراف فيصبح بندا من بنوده} [1] ، وهكذا يكون التحكيم عقديا ويكون العمل التحكيمي عملا خاصا ، حيث ينتفي عنه الطابع العمومي والطابع الرسمي .

وذهب الفقيه كلاين إلى القول بأن التحكيم في أطواره المختلفة إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف ، وأنه من الضروري إقامة نظام واحد موحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله وخصوصا مسائل التنازع في مجال التحكيم باعتماد قاعدة إسناد واحدة [2] .

وقام الأستاذ محمد كامل مرسي باش بتحديد موضوع التحكيم في النظام القانوني بقول {إنه وأن كانت إجراءات التحكيم من مسائل المرافعات ، فلا شك أن عقد التحكيم من موضوعات القانون المدني لأنه عقد كغيره من العقود ...} ، حيث يعرف الأستاذ محمد كامل مرسي باش التحكيم على أنه { عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على إحالة نزاع بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على المحكمين للفصل فيه بدلا من اللجوء إلى القضاء المختص وإذا حصل الإتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين سمي شرط التحكيم }[3].

ويعرف التحكيم أيضا على أنه اتفاق أطراف العقد على علاقة قانوني عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في منازعة ثارت بين الأطراف بالفعل أو يحتمل أن تثور بينهم من طرف

---

[1] الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الأول ، بيروت ، سنة 2009 ، ص 65 .

[2] باسود عبد المالك ، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014 / 2015 ، ص 15 و 16 .

[3] محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة الجزء الأول المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والوديعة والحراسة ، دار المنشأة المعارف ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية ، سنة 2005 ، ص 541 .

أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ، حيث يتولى الأطراف تحديد المحكمين أو يعهدون لهيئة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفق قواعدها الخاصة ، كما عرف التحكيم على أنه النظام الذي بموجبه يقوم طرف بتسوية نزاعا أو خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ، حيث يكون هذا الطرف من الغير ممارسا مهمة قضائية عهدت إليه من قبل الأطراف المتنازعة .

وهناك جانب من الفقه عرف التحكيم بأنه تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر [1] ، والذي يتولاه شخص أو أكثر أي محكم أو محكمان يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه ، ولقد عرف أحمد بجاوي التحكيم بأنه {... تلك العدالة الخاصة التي يسلب فيها الاختصاص من المحاكم الوطنية العادية للدولة ويجعله من اختصاص أشخاص خواص يختارهم الأطراف المتنازعة }، وعليه يمكن القول بأن التحكيم نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بموجب اتفاق مكتوب بين طرفين أو أكثر بمهمة الفصل في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلا عوضا عن القضاء العادي بحكم أو قرار تحكيمي مماثل للحكم القضائي الملزم [2] .

الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن غيره من المفاهيم المشابهة له

إن الحديث عن المفاهيم المشابهة للتحكيم يتوجب علينا تميزه عن غيره من المفاهيم الأخرى المشابهة والتي من أهمها الخبرة والصلح والقضاء الوطني .

أولا : التحكيم والخبرة

-إن الخبرة تعني تثمين الشيء أو معينته أو تقدير حالته بناء على ما يتمتع به الخبير من قدرات علمية وبناء على ما يعاينه شخصيا وبناء على ما يقدم له الخصوم من معلومات ، لذلك تعد الخبرة من أدلة الإثبات التي تساعد على حسم النزاع صلحا أو تحكيما ، والالتزام بالخبرة يقتضي إصدار

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 8 .

[2] باسود عبد المالك، المرجع السابق ، ص 24

حكم أو قرار من القضاء أو من محكمة التحكيم باعتماد ما تضمنته الخبرة أو برفضها أو الفصل في النزاع بما يقتنع به المحكمون من الأدلة المقدمة للمناقشة ، فالخبرة تعد من أدلة الإثبات التي ينظمها في الغالب قانون إجراءات المدنية والإدارية كما انها تلعب دورا هام في مجال التحكيم التجاري الدولي [1].

– أما التحكيم فهو وسيلة حل نزاع ذو طابع قضائي أي أنه يضع حلا للنزاع بواسطة حكم يمكن أن يكون خاضعا للمحاكم أو غير خاضع لها فالمحكم عندما يبث في قضية قانونية يكون ملزم باحترام قواعد الإجراءات والنصوص القانونية المنظمة للموضوع المتفق عليه من الأطراف واحترام القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام [2] .

وبالرغم من أن المحكم والخبير يشتركان في كونهما ليسوا أعضاء في الجهاز القضائي إذ كل منهما شخص يصدر رأيا في النزاع المعروض عليه ويخضع كل منهما لمبادئ الاستقلال والحياد والموضوعية إلا أن هناك فرق وتمييز بين المحكم والخبير حيث يختلف كل منهما عن الأخر في عدة نواحي ، فالخبير هو شخص يعبر عن الرأي أو وجهة النظر فحسب [3] .

ولا يمكن اعتبار الخبير محكما لأن الخبير لا يعدو أن يكون مجرد شخص تقني يقوم بمعاينة الوقائع وإبداء ملاحظاته وما يراه قائما دون البث في النتائج التي تترتب على هذه المعاينة التي يتضمنها تقرير الخبرة الذي يلحق في الغالب بالملف الأصلي للنزاع ليعرض على المحكمة للبث فيه لذلك فالخبير ينظر في النزاع ويبدي رأيه في الوقائع دون القانون لأن رأي الخبير استشاري لمحكمة التحكيم وغير ملزم للأطراف والقضاء [4] ، وذلك طبقا لنص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه { يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة .القاضي

[1] باسود عبد المالك، المرجع السابق ، ض 25 .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 14 .

[3] بوصنوبرة خليل ، القرار التحكمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل دكتوراه تخصص القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة 1 ، 2007 / 2008 ، ص 22 .

[4] بوصنوبرة خليل ، المرجع السابق ، ص 23 .

غير ملزم برأي الخبير ، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة }[1] ، ومعنى ذلك أنه يمكن للقاضي أن يأخذ بنتائج الخبرة ورأي الخبير أو أن يرفضه ، حيث يلتزم الخبير بالمهمة المحددة في الحكم الذي انتدبه سواء من محكمة التحكيم أو من القضاء ، وتقتصر سلطته على البحث التقني العلمي القانوني في المسألة المطلوبة منه في إبداء رأيه بشأنها بموجب المهمة المكلف بها .

أما المحكم فهو قاضي قراراته ملزمة للمعنيين به ، حيث هو ملزم بإبداء رأيه في الوقائع وفي القانون ،كما أن المحكم هو الذي يعاين ويفحص الوقائع والأدلة المقدمة إليه ويستعمل خبرته العلمية والعملية ليقرر في النهاية مثله مثل القاضي تماما إصدار حكم ملزم للأطراف والجهات القضائية المختلفة ما لم يكن مخالفا للنظام العام ويفصل في النزاع المعروض عليه في الأجل الممنوح له [2] .

ثانيا : التحكيم والصلح

يعرف الصلح بأنه ذلك العقد الذي يحسم به الأطراف نزاعا قائما أو محتمل الوقوع بأن يتنازل كل واحد منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعاءاته وإيجاد حل ودي يقبل به الخصوم أنفسهم تسوية النزاع القائم بينهما [3] .

فالصلح عادة يكون سابقا على إجراءات التحكيم ،وحسم النزاع في الصلح يتم بالتنازل المتبادل عن جزء من إدعاءات الطرفين لذلك فإن الصلح يلجأ في الغالب إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة من أجل الحصول على حل ودي يرضي الطرفين ، وفي حالة رفض أحد الأطراف التنازل عن جزء من ادعاءاته وبقي متمسكا بكل طلباته ففي هذه الحالة يبقى النزاع قائما لذلك يعرض هذا الأخير إما على القضاء أو التحكيم [4] ، ولقد أوضح المشرع الجزائري في

[1] المادة 144 من القانون رقم 08-09 .

[2] بوصنوبرة خليل ، المرجع السابق ، ص 23 و 24 .

[3] هاشم محمود ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية –اتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1990 ، ص 05 .

[4] هاشم محمود ، المرجع السابق ، ص 06 .

المادتين 971 و 972 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الصلح يتم في أي مرحلة من مراحل الخصومة وذلك بسعي من الخصوم [1] ، حيث نصت المادة 971 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه {يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة } ونصت المادة 972 من نفس القانون على أنه {يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم } [2] .

و يتم حسم النزاع في الصلح بالتضحية المتبادلة للأطراف وبالتالي يكون للصلح له أثر كاشف لما يتناوله من حقوق للأطراف كما أن النتيجة في الصلح لا تتحقق إلا بتدخل القضاء بعمل ولائي وهو التصديق على عقد الصلح والاعتراف به وإصدار الأمر بتنفيذه [3] ، حيث نصت المادة 973 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه { إذا حصل صلح يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضرا يبين فيه ما تم الاتفاق عليه ، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف ، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن }[4]

أما التحكيم فهو عقد بين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ينصب أساسا على اختيار شخص {المحكم } لكي يفصل في النزاع سواء أكان النزاع قائما أو محتمل الوقوع وذلك بقرار أو حكم ملزم للأطراف ، حيث من يقوم بحسم النزاع بين الأطراف في التحكيم هو شخص من الغير وذلك بمقتضى ما خوله اتفاق التحكيم من سلطة قضائية [5] .

لذلك فهو يختلف عن الصلح باعتبار أن الصلح يهدف إلى تقريب وجهات النظر وصولا إلى حل يرتضيه الخصوم ، كما أن حسم النزاع في التحكيم يتم بقرار تحكيمي يعتمد فيه المنهج المتبع في إصدار الأحكام القضائية وتطبق فيه القواعد القانونية مع تبني إدعاءات أحد الطرفين وطرح

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 15 .

[2] المادتين 971 و 972 من القانون رقم 08-09 .

[3] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 17 .

[4] المادة 973 من القانون رقم 08-09 .

[5] منى بختالة ، المرجع السابق ، ص 17 .

إدعاءات الأخر جانبا فيخسرها ، اي أن نتيجة التحكيم تكون مجهولة بالنسبة للأطراف إلى حين تاريخ صدور حكم قرار التحكيم حيث يكون له أثر منشئ وملزم [1] ، كما أن وسيلة أو أداة الحسم في التحكيم هي القرار أو الحكم التحكيمي الذي له طابع قضائي ويحوز على حجية الشيء المقضي فيه ويكون واجب النفاذ بالقوة العمومية بعد حصوله على الصيغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة ، وبالرغم من التباين الموجود بين التحكيم والصلح فإنه عادة ما تقرر لوائح ونظم التصالح بمراكز وهيئات التحكيم الدولية والإقليمية على اعتبار ما توصل إليه المصالح دليلا من أدلة الإثبات [2] .

ثالثا : التحكيم والقضاء الوطني

إذا كان الأصل أن تقوم الجهات القضائية بالفصل في المنازعات فإن القانون يسمح للمتنازعين باختيار عدالة جديدة بعرض قضاياهم على محكمين لتسويتها وفق إجراءات يرونها سهلة وبسيطة وسريعة في نفس الوقت هذه العدالة هي التحكيم ، ويسمح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري باللجوء إلى التحكيم وبالتعاون بين القضاء الوطني ، لاسيما فيما يتعلق بتعيين المحكم أو المحكمين وفي الإجراءات التحفظية كأن تأمر بتدابير مؤقتة المادة 1046 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية [3] .

ونصت المادة 1046 من نفس القانون على أنه { يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ، ما لم ينص اتفاق التحكيم .

إذا لم يقدم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا ، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي

[1] منى بختالة ، المرجع السابق ، ص 17 و 18 .

[2] هاشم محمود ، المرجع السابق ، ص 06 .

[3] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 19 .

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذه التدبير }[1] .

على خلاف ذلك حيث يحق لكل طرف أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية للمطالبة بتعيين المحكم من الجهة المختصة سواء كان التحكيم الدولي يجري بالجزائر أو بالخارج ، وفي هذه الحالة برفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة وفقا للمادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي المحكمة التي يجري التحكيم بدائرة اختصاصها [2]، حيث نصت المادة 1041 من نفس القانون على أنه { يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم

في غياب التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

1-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .

2-رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر } [3] .

ويختلف التحكيم عن القضاء الوطني من حيث التشكيل ولإجراءات والآثار المترتبة عن الحكم وطرق الطعن ، وذلك يمكن أن يكون المحكم أو المحكمين من الخصوم أو من الجهة المكلفة بتعيين المحكمين على أن يكون الاختبار نتيجة لاتفاق الأطراف على التحكيم هذا الاتفاق يتضمن بالضرورة إما تعيين المحكم أو المحكمين أو كيفية التعيين وذلك ما نصت عليه المادة 1041 من

[1] المادة 1046 من القانون رقم 08-09 .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 19 و 20 .

[3] المادة 1041 من القانون رقم 08-09 .

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدولة للفصل في المنازعات التي تطرح عليه فهو مفروض على المتقاضين [1] .

كما أنه لا يتقاضى أتعابه من الخصوم كما في التحكيم ، كما أن الأحكام الصادرة من القاضي على مستوى المحاكم تعد أحكام ابتدائية تقبل الاستئناف بشكل عام أمام الدرجة الثانية من القضاء، كما أنها تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وباستنفاذ ولاية القاضي لموضوع النزاع وهو نفس الشيء بالنسبة لقرارات المحكم الصادرة في مجال التحكيم لأن حجية الشيء المقضي فيه تتعلق بالنظام العام بالنسبة لحكم القاضي والمحكم على حد سواء ، أما القرارات التحكمية الداخلية قد تكون نهائية ما لم يتفق الأطراف على الاستئناف وبالتالي تكتسي الحجية القضائية لكنها تقبل الطعن غير العادي بالتماس إعادة النظر وفي التحكيم التجاري الدولي القرارات التحكمية تصدر نهائية لا تقبل طرق الطعن [2] .

كما أن الأحكام القضائية تقبل التنفيذ الجبري بمجرد حصولها على الحجية بفوات أجال الطعن الممكنة ، بحيث يحق لكاتب الضبط تسليم المحكوم لصالحه النسخة التنفيذية ، بينما القرارات التحكمية أنها لا تشكل في حد ذاتها سندا تنفيذيا بل لابد أن يستصدر المحكوم لصالحه أمرا بالتنفيذ من رئيس المحكمة المختص حيث يحق لرئيس المحكمة أن يجري رقابة قضائية على قرار التحكيم ويصدر أمره بمنح الصيغة التنفيذية إذا تبين له أن القرار التحكمي صدر وفقا للقانون وغير مخالف للنظام العام .

ونجد أن هناك أيضا تمييز بين المحكم و القاضي ، حيث تكون ولاية القاضي عامة ويكون ملزما بتطبيق قواعد القانون و مكلف بالنظر إلى جميع الخصومات التي تعرض عليه فهو مؤهل قانونا بالفصل فيها طبقا لقانون التنظيم القضائي ما لم يتم عزله أو نقله ووفق الإجراءات القانونية السارية لمفعول في النظام القضائي المطبق ، كما أن للقاضي الحق في الأمر بإدخال الغير في

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 20 .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 20 و 21 ..

الخصومة من أجل أن تظهر الحقيقة أو لمصلحة العدالة وذلك طبقا للمادة 201 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري [1] .

حيث نصت المادة 201 من نفس القانون على أنه { يمكن للقاضي ، ولو من تلقاء نفسه ، أن يأمر أحد الخصوم عند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية ، بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة }[2] ، كما أن القانون لم يحدد للقاضي مدة معينة لإصدار الحكم حيث أبقى له المجال مفتوحا ولم يقيده بالوقت ولم يرتب على ذلك أي أثر قانوني .

أما المحكم فإن ولايته قاصرة فقط على موضوع النزاع المختار والمحال عليه ، حيث أنه يعد شخصا فنيا يمكن عزله باتفاق الخصوم ، كما أن المحكم غير ملزم بالتقييد بالنصوص الإجرائية إذ يمكن أن يكون مفوضا بالصلح من الخصوم وبالتالي فهو غير ملزم بتطبيق القواعد القانونية ويمكنه القضاء بقواعد العدالة والإنصاف والأعراف التجارية التي يراها المحكم ملائمة ،كما أنه يكون المحكم مقيدا بما هو وارد في اتفاق التحكيم من حيث الموضوع والأشخاص والمدة الزمنية التي يجب عليه الفصل خلالها في النزاع وبالتالي فإنه لا يملك حق إدخال الغير في الخصومة لعدالة أو لإظهار الحقيقة ويلتزم المحكم بالمدة المحددة من الأطراف اتفاقا أو قانونا لإصدار الحكم [3] .

وذلك حسب ما نصت عليه المدة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها على أنه { يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه ، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم ...} [4] .

---

[1] مجول محمد ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي ، مذكرة لنيل رسالة ماستر تخصص قانون علاقات دولية خاصة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2015/2014 ، ص 04 .

[2] المادة 201 من القانون رقم 08-09 .

[3] منى بختالة ، المرجع السابق ، ص 19 .

[4] المادة 1018 من القانون رقم 08-09 .

الفرع الثالث : صور التحكيم

للاتفاق على التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية يوجد صور لابد من إتباعها هي : شرط التحكيم ، ومشارطة التحكيم ، وكيف ما كانت الصورة التي يأخذها الاتفاق على التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية ، فإنه من غير المتصور أن يجري التحكيم أو يتم دون وجود أتفاق حول اللجوء إليه .

اولا : شرط التحكيم

شرط التحكيم هو ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي والمتفق عليه من الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم ، فشرط التحكيم هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقود التنمية الاقتصادية المبرمة بين الدولة المضيفة للتنمية الاقتصادية والشخص الأجنبي الذي تتعهد بمقتضاه الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشأن هذا العقد .

فالعبرة هي بلحظة إبرام اتفاق التحكيم فإذا جاءت هذه اللحظة قبل نشوء النزاع فذلك هو شرط التحكيم . حيث نصت المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه { شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم}[1] ، فهذا الاتفاق ليس مستقلا عن العقد الأصلي وإنما يندرج ضمنه في شكل بند يذكر فيه صراحة أنه في حالة نشوء نزاع بينهم يعرض على التحكيم للفصل فيه .

وذلك حسب ما نصت عليه المادة 1008 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه{ يثبت شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها .}[2] ، ويتعين إثبات شرط التحكيم كتابة تحت طائلة البطلان سواء كان

[1] مجول محمد ، المرجع السابق ، ص 04 و 05 .

[2] المادة 1008 / 01 من القانون رقم 08-09 .

ضمن العقد الأصلي أو ضمن الوثيقة التي يستند إليها ، وتحت طائلة البطلان كذلك يتعين أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم إن كان فردا أو المحكمين إن كانوا مجموعة أو تحديد طريقة و كيفية تعيينهم [1] .

وذلك ما نصت عليه المادة 1008 الفقرة الثانية من نفس القانون على أنه {يجب أن يتضمن شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، تعيين المحكم أو المحكمين ،أو تحديد كيفيات تعيينهم }[2] . وإذا صدر حكم هيئة التحكيم في الخارج فإنه لا ينفذ في الداخل إلا بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام الأجنبية وفي العادة ما يحيل شرط التحكيم إلى الإجراءات السارية لدى منظمة دولية للتحكيم ومثال ذلك محكمة الغرفة التجارية الدولية بباريس ، ويحدد نظام هذه المحكمة كيفية عرض الأمر على التحكيم وكيفية اختيار المحكمين وكيفية سماع دفاع الطرفين وإصدار الحكم في النزاع ، ولقد أكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي [3] .

وفي المادة 1040 من نفس القانون على أنه { تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية . يجب من حيث الشكل ، وتحت طائلة وتحت طائلة البطلان ، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة ، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة .

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع ، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم ، بسبب عدم صحة العقد الأصلي } [4] .

---

[1] لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2012 ، ص 52 و 53 .

[2] المادة 1008 / 2 من القانون رقم 08-09 .

[3] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 53 .

[4] المادة 1040 من القانون رقم 08-09 .

ولكي يكون أتفاق التحكيم صحيحا لابد أن تتوفر فيه شروط شكلية وشروط موضوعية ، حيث تتمثل الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في القانون الجزائري في الشروط التي تم تحديدها في نص المادة 1008 فقرة 1 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه {يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان ، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها}، وكذلك نص المادة 1012 فقرة 1 من نفس القانون على أنه { يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا } [1] .

وتتمثل الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم في القانون الجزائري في القانون الذي اتفق عليه الأطراف ، وفي القانون الذي ينظم قانون النزاع ، وفي القانون الذي يراه المحكم مناسبا ، بالإضافة إلى توافر أركان العقد [2] .

ولقد اختلفت الاتفاقات الدولية حول شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ، فمنها من اعتبر عدم وجود الكتابة يؤدي ألى البطلان المطلق للاتفاقية ، وبعضها الأخر اعتبرها شرط للإثبات ، حيث نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 { المراد بالاتفاقية هو الكتابة ، هو الشرط المدرج في اتفاق التحكيم الموقع من الاطراف أو متضمن في رسائل أو برقيات متبادلة }،.

كما أشترطة اتفاقية واشنطن لسنة 1965 { الكتابة في الاتفاقية عند اللجوء للمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخر } ، وجاء في المادة 36 من اتفاقية واشنطن {-الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء لإلى طريق التحكيم ، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام .

-يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم .} [3].

---

[1] المادتين 1008 /1 و 1012 / 1 من القانون رقم 08-09 .

[2] مجول محمد ، المرجع السابق ، ص 06

[3] إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات الأجنبية المنشأة في 10 جوان 1958 .

ثانيا : مشارطة التحكيم

مشارطة التحكيم هي ذلك الاتفاق الذي تبرمه الأطراف بعد قيام النزاع يتضمن اللجوء إلى التحكيم ويتضمن موضوع النزاع أسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم والقانون الذي يطبقه المحكمون ، ولقد أشار المشرع الجزائري إلى مشارطة التحكيم [1] ، في المادة 1040 الفقرة الاول من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه {تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية} [2].

ويعنى بالمستقبلية مشارطة التحكيم ، ولابد أن يكون مجسدا في عقد مكتوب وباعتباره عقدا لاحقا ومستقلا عن العقد الأصلي ، فلابد أن تتوفر فيه الشروط العامة التي تتوفر في العقود من رضا خال من العيوب ومحل وسبب مشروعين لأن شروط العقد الأصلي لا تنصرف إليه باعتباره منفصلا عنه ، وعلى غرار شرط التحكيم فإن اتفاق التحكيم لابد أن يتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم [3] .

وهذا ما حددته الفقرة الثانية من المادة 1012 من قانون إجراءات المدنية والإدارية الجزائري {يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ، أو كيفية تعيينهم} [4] ، وتجدر الإشارة إلى جواز اتفاق الأطراف على التحكيم ولو أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية بشأن العقد الذي يربطهما طبقا لأحكام المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإداري الجزائري {يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم ، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية [5] .

---

[1] مجول محمد ، المرجع السابق ، ص 06 .

[2] المادة 1040 / 1 من القانون رقم 08-09 .

[3] مجول محمد ، المرجع السابق ، ص 07 .

[4] المادة 1012 / 2 من القانون 08-09 .

[5] المادة 1013 من القانون 08-09 .

ومن جانب أخر يتعين الإشارة إلى أن الاتفاق على التحكيم ينشأ عنه الالتزام عدم اللجوء إلى القضاء ، غير أنه وتماشيا مع مبدأ سلطان الإرادة فإن الأطراف بإمكانهم التخلص من هذا الالتزام والتخلي عن التحكيم باللجوء إلى القضاء بدلا عنه لحل النزاع ، ويتم ذلك بعدم دفع المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم سواء ضمنا أو صراحة .

أما إذا دفع المدعى عليه بوجود اتفاق سابق على التحكيم فإن دفعه لا يكيف بأنه دفع بعدم الاختصاص النوعي طالما أن هذا الأخير يظل مختص بنظر النزاع في حالة عدول الأطراف على الطرح نزاعهم على التحكيم ، بل إنه ليس للقاضي حكم تلقائيا بعدم اختصاصه بالفصل في نزاع تم الاتفاق بشأنه على التحكيم وإلا سيكون ناكرا للعدالة ، وليس ذلك لكون مرفق القضاء هو الميدان الأصلي لحل النزاعات ، وأن التحكيم مجرد طريق بديل استثنائي عنه [1].

بل كذلك لعدم تعلق هذا النوع من الاختصاص بالنظام العام وإثارته و التمسك به يكون من قبل صاحب المصلحة فقط كما أن دفع المدعى عليه لا يمكن تكييفه على أنه دفع بالبطلان طالما أن البطلان ، لا بد وأن يقرر بنص صريح ، ومن ثم لم يبق لدفع المدعى عليه إلا أن يكيف على أنه دفع بعدم القبول لانعدام الحق في التقاضي في ظل وجود قيد على اللجوء إلى القضاء والذي يمثل في اتفاق التحكيم [2] .

وذلك تماشيا وأحكام المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري التي تنص صراحة على أن {الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم القبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام المصلحة والتقادم و انقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه ، وذلك النظر في موضوع النزاع} [3] .

[1] نريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، سنة 1996 ، ص 221 .

[2] نريمان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 222 .

[3] المادة 67 من القانون 08-09 .

الفرع الربع : أنواع التحكيم

يتخذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بصفة عامة عدة أنواع فهناك التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح ، وهناك التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي ، أما في التشريع الجزائري فهو نوعان فقط تحكيم داخلي وتحكيم دولي [1]، والمنظم بالقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث خصص له المشرع الجزائري الفصل السادس : تحت عنوان في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري ، من الباب الثاني بعنوان : في التحكيم ، من الكتاب الخامس : تحت عنوان في الطرق البديلة لحل المنازعات ، حيث يتضمن 23 مادة بداية من المادة 1039 إلى 1061 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2]. ومن هنا سنتناول هذه الأنواع كالتالي :

أولا : التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح

ينقسم التحكيم من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى نوعين هما تحكيم بالقانون وهو الذي يفصل فيه المحكم في النزاع المطروح أمامه وفقا لأحكام القانون ، وتحكيم مع التفويض بالصلح وهو الذي يتم بناء على تفويض أطراف النزاع المحكم بالفصل قيه وفقا لقواعد العدالة والأنصاف ، حيث أن التحكيم بالقانون هو ذلك التحكيم هو ذلك التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم أو المحكم بالفصل في النزاع وفق قواعد القانون الوضعي أو الإجرائي الذي يتم تحديده من قبل الأطراف ، أو من قبل محكمة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف وعدم تحديد القانون الواجب التطبيق ويترتب على التزام المحكمة أو المحكم بذالك أنه يمكن الطعن في أحكامها بالاستئناف في النظم القانونية التي تسمح بذلك كالقانون الجزائري والقانون الفرنسي .

فالمشرع الجزائري أعتبر التحكيم الداخلي كقاعدة أساسية فأحكامه وقراراته تقبل الطعن فيها بالاستئناف ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك وبالتماس إعادة النظر إذا كان الحكم نهائيا ،

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 27 .

[2] القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية العدد 21 ، 2008 .

بينما في التحكيم التجاري الدولي استبعد كل طرق الطعن واقتبس طريقا وحيدا من القانون الفرنسي وهو الطعن بالبطلان كدعوة أصلية في القرار التحكيمي الصادر في الجزائر [1]،وذلك طبقا للمادة 1056 الفقرة الاولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي نصت على أنه { لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ...}[2] .

فالأصل أن التحكيم بالقانون يعني أن محكمة التحكيم أو المحكم ملزم ومقيد بأحكام القانون وبالتالي تكون المحكمة ملزمة بالبحث عن قواعد القانون التي يجب عليها تطبيقها في الإجراءات أو في الموضوع ، وتجدر الإشارة إلى أن التزام المحكم أو محكمة التحكيم بقواعد القانون هو ضمانة للخصوم أنفسهم الذين اختاروا التحكيم بديلا عن القضاء ، وتطبيق القانون الموضوعي والإجرائي ضروري لأداء وظيفة التحكيم وتحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها [3] .

-أما التحكيم مع التفويض بالصلح وه ذلك النوع من القضاء التحكيم الذي يفصل فيه المحكمون في النزاع الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ وفقا لمبادئ العدالة والأنصاف دون التقييد بقواعد القانون وتجيز هذا النوع من التحكيم مختلف التشريعات ومنها التشريع الفرنسي وكذلك التشريع الجزائري [4] .

حيث نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه { تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة }[5]، كما أن هناك نصوص مماثلة في الاتفاقيات الدولية مثل الاتفاقية الاوروبية للتحكيم لسنة 1961 ، واتفاقية واشنطن لسنة 1965 ولوائح ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة .

---

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 27 و 28 .

[2] المادة 1056 من القانون رقم 08-09 .

[3] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 57

[4] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 29 .

[5] المادة 1050 من القانون رقم 08-09 .

وبالرجوع إلى هذه النصوص يتبين بأن الأصل في التحكيم هو التحكيم وفقا للقانون ، بحيث إذا اختار الأطراف في اتفاق التحكيم {شرط أو مشارطة } على إحالة النزاع على التحكيم دون تحديده للقانون يكون المراد هو التحكيم بالقانون ، أما اللجوء إلي التحكيم مع التفويض بالصلح فيجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بالضرورة من نيتهم الظاهرة ، كما أن الاختلاف بين التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح يكمن في السلطة المخولة لهيئة التحكيم فالمحكم بالقانون يلتزم بأن يبث في النزاع وفقا لقواعد القانون الموضوعي والإجرائي المتفق عليه بينما المحكم المفوض بالصلح فيستطع الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدالة والأنصاف والأعراف السائدة في أوساط معينة [1] .

وهذا يعني أن التحكيم مع التفويض بالصلح أكثر حرية من التحكيم بالقانون لأنه لا يلتزم بالقوانين الوضعية ، وبالتالي يفتح المجال لازدهار المبادلات التجارية بشكل أفضل فأصحاب عقود التنمية الاقتصادية والعقود الدولية بشكل عام يمكنهم التحرر من تطبيق القانون.

ولقد ورد في إحدى العقود الدولية المبرمة بين مغربي وبائع أوروبي أنه { يجب على محكمة التحكيم أن تقضي كمفوض بالصلح وهي غير ملزمة بتطبيق تشريع البائع أو المشتري بل يمكنها تطبيق أي نص يتلاءم مع النزاع}.

ثانيا : التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي

ينقسم التحكيم من حيث وجود منظمة تديره إلى نوعين تحكيم حر وهو الذي يقوم على اسناد أطراف النزاع لمهمة الفصل في النزاع الناشئ لشخص ثالث ، وتحكيم مؤسسي هو الذي يتم فيه اتفاق الأطراف على اختيار منظمة أو مركز دائم للتحكيم ، فالتحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي تنعقد فيه المحكمة لحسم نزاع محدد أي حالات فردية تنقضي بعدها ، فبحسب طبيعته يتولى الأطراف تنظيم عملية التحكيم من بدايتها إلى صدور حكم التحكيم ، فهم الذين يتولون إبرام

[1] جلال وفاء محمدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، سنة 2001 ، ص 12 .

اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع وبعدها يختارون أعضاء هيئة التحكيم أو طريقة تعيينهم ويحددون زمان ومكان ولغة التحكيم والقواعد الإجرائية التي تنظم الخصومة التحكمية والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإذا صدر حكم التحكيم انتهت مهمة التحكيم وأنفض الأطراف والمحكمون إلى حال سبيلهم [1].

ويعد التحكيم الحر سابق على التحكيم المؤسساتي بل أنه كان النوع الوحيد المعروف كقضاء للفصل في المنازعات الناشئة عن المعاملات بين الأفراد قبل ظهور الدولة الحديثة بين الأفراد بمفهومها المعاصر أي أنه كان الأسبق من القضاء نفسه ، فالتحكيم الحر أو الخاص يمنح الحرية الكاملة للخصوم ، خاصة في التحكيم التجاري الدولي في تحديد القواعد الإجرائية التي يتبعها المحكم أو المحكمة الذي يختار للفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان والزمان الذي يختارونه ما لم يتعارض مع القواعد الآمرة والنظام العام الدولي [2] .

-أما التحكيم المؤسساتي هو التحكيم المنظم وهو الأكثر شيوعا في مجال تحكيم المنازعات التي تنشأ عن عقود التنمية الاقتصادية والعقود الدولية ، فهذا النوع من التحكيم تشرف عليه مراكز وهيئات دائمة للتحكيم أنشئت خصيصا لتقديم خدمات استشارية وقضائية للمتعاملين في التجارة الدولية وللصناعيين ورجال الأعمال في مختلف القطاعات الإنتاجية والخدماتية [3] .

سواء في المعاملات الوطنية أو الدولية ، ولقد تم الاعتراف بالتحكيم المؤسسي في التشريعات الوطنية والدولية بموجب اتفاقيات دولية وإقليمية ومنها اتفاقية نيويورك لسنة 1958/06/10 الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها إذ نصت المادة 2/1 على أنه { يقصد بقرار التحكيم ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين معينين لحالة محددة بل أيضا القرارات التي تصدرها أجهزة التحكيم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف}، وهو ما أخد به المشرع الجزائري من

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، 29 و 30 .

[2] جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق ، ص 14 .

[3] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 31 .

خلال نص المادة 1041 الفقرة الأول من القانون 08-09 على أنه { يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط عزلهم أو استبدالهم }[1].

ويوجد العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة والمتواجدة في بعض الدول المعروفة لدى المتعاملين الاقتصاديين ورجال الأعمال والمستثمرين ، والمتمثل في غرفة التجارة الدولية بباريس وهي الأكثر انتشار بنشاطها المهني ، وكذلك المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى [2] .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم

يعد التحكيم آلية لحل المنازعات من طرف أشخاص طبيعية مختارين من قبل أشخاص آخرين بموجب اتفاق على اللجوء إلى التحكيم ، وقد تم تعريفه من قبل الفقه ، أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا للتحكيم بل أكتفى بالنص على أنه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها [3] .

وذلك حسب نص المادة 1006 الفقرة الأول من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري على أنه { يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها } [4] .

وعليه فالتحكيم يتطلب وجود ثلاثة عناصر أساسه هي خصومة تحكمية ، ومحكم مخول بسلطة الفصل بقرار ملزم ، واتفاق بين الخصوم على التحكيم {شرط أو اتفاق التحكيم}، وقد اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، فهناك جانب من الفقه يرى أنه ذو طبيعة تعاقدية بناء على اتفاقية الأطراف التي يستمد منها المحكم سلطاته ، وهناك من ذهب إلى ترجيح الطابع

[1] المادة 1041 من القانون 08-09 .

[2] جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق ، ص 16 .

[3] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 20 .

[4] المادة 1006 /1 من القانون رقم 08-09 .

القضائي للتحكيم باعتباره يحل محل القضاء والمنصوص عليه تشريعيا ، وهناك من الفقه يرى في التحكيم نظاما مختلطا من قواعد العقد وقواعد التحكيم [1] .

ومن هنا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، حيث نتناول في الفرع الأول : نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، وفي الفرع الثاني : نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم ، وفي الفرع الثالث : نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم ، وفي الفرع الرابع : النظرية الخاصة للتحكيم ، وفي الفرع الخامس : الترجيح بين نظريات الطبيعة القانونية للتحكيم .

الفرع الأول : نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

ان نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم تقوم أساليب أساسها الدور الجوهري لإرادة الأطراف في التحكيم ، فهم الذين يخولون هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع ، وهم الذين يتولون تشكيل المحكمة أو المشاركة في تشكيلها ، ويتحملون نفقاتها وأتعابها ، وهم الذين يحددون لهذه الهيئة الإجراءات التي يتعين عليها إتباعها وكذلك القانون الواجب التطبيق على هذه الإجراءات [2] .

وعليه فهم يؤكدون على أن أغلبية المشرعين في مختلف الدول في تنظيمها للتحكيم تشريعيا وكذا الحال في الاتفاقيات الدولية ، لا تضع أحكام أمرة إلا في أضيق الحدود ما لم يخدم تحقيق إرادة الأطراف في اللجوء الاختياري للتحكيم [3] .

ويجمع أنصار هذا الاتجاه حسب ما جاء على لسان الاستاذ رضوان أبو زيد على اعتبار ما ينتهي إليه المحكم أو المحكمين من نتائج قرارا تحكيما وليس حكما تحكميا لأن القرار التحكيمي ذو طبيعة تعاقدية وأن التشابه بينه وبين الحكم القضائي لا يكون إلا من حيث إجراءات التقاضي ، ويترتب على ذلك فصل القرار التحكيمي عن البلد الذي صدر فيه وعدم الربط بينهما لأن القرار التحكيمي لا يشكل جزءا من النظام القضائي لتلك الدولة كما أنه لا يصدر باسمها ، لذلك عند

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 20 .

[2] محمد إبراهيم نادر ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية ، سنة 2002 ، ص 29 .

[3] محمود مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، سنة 2004 ، ص 07

تنفيذه في دولة أخرى لا يتقيد قاضي التنفيذ بأحكام قاضي البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي كما أن القوة الإلزامية لقرار التحكيم ناتجة عن اتفاق الأطراف خصوصا عدم قابليته للطعن بالاستئناف مثل ما هو الحال في التحكيم الداخلي في التشريع الجزائري باعتبار القانون خول للأطراف حرية الاتفاق على استبعاده وهو ما أخذت به معظم التشريعات الأخرى [1] .

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة فالأطراف أحرار في جعل الحكم قابلا للاستئناف من عدمه في التحكيم الداخلي أما في التحكيم التجاري الدولي فقد حسم المشرع ذلك بعدم قابلية القرار الصادر في الجزائر للطعن بالاستئناف وهي نتيجة تتلاءم مع اختيار الأطراف للتحكيم كما أن معظم أحكام التحكيم يتم تنفيذها طواعية ودون اللجوء إلى القضاء الوطني للحصول على الصيغة التنفيذية كما يرتب على الطبيعة التعاقدية ، وأن أنصار هذه النظرية انتهوا إلى القول بأن النظام التحكيم ككل نظام تعاقدي لإعلائه لمبدأ سلطان الإرادة

فالدولة لا تتدخل إلا في حالة المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم أو في عملية التنفيذ الجبري لهذه الأحكام والقرارات بعد حصولها على الصيغة التنفيذية فالتحكيم في ذاته عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة بعقد التحكيم والنظرية العامة للعقد [2] .

الفرع الثاني : نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

لقد أعتمد أنصار نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم على حسب ما جاء به الأستاذ رضوان في أسانيدهم على الدور الجوهري الذي تلعبه الوظيفة القضائية للمحكم فحسب هذا الاتجاه يتم التركيز على المهمة الممنوحة للمحكم ، وهي في نظرهم وتصورهم مهمة قضائية ولا يؤخذ بعين الاعتبار ما إذا كان المحكم قاضيا ام لا ، فالمهمة القضائية في رأيهم تستمد من معيار موضوعي هو فكرة حسم النزاع وليس معيار شكلي يتمثل في أننا أمام قاضي وفقا لقانون دولة ما ، إذ لا يجوز

[1] أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1993 ، ص 24 .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 21 و 22 .

حصر الاعمال القضائية في قضاء الدولة فقط ، والحال أن التحكيم هو الشكل الاساسي لإقامة العدل قبل ظهور تنظيم السلطة القضائية في الدولة الحديثة [1] .

غير أن انصار هذه النظرية اختلفوا حول اساس الوظيفة القضائية للتحكيم وانقسموا الى اتجاهين حيث يقوم الاتجاه الأول على اساس التفويض الجزئي من سيادة الدولة عن طريق التشريع المنظم للتحكيم وقد أنتهى إلى القول بأن اختصاص التحكيم استثناء على محاكم الدولة ، أما الاتجاه الثاني يقوم على اساس التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي أو الدولي ، وبذلك يري هذا الاتجاه أن التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية يكون شبيه بقضاء الدولة أما التحكيم الدولي فيرون بأنه مستقل تماما عن قضاء الدولة وأحكامه ذات طبيعة خاصة تعتمد كمصدر لقضاء المحكمين كما أنها تتمتع بحجية فيما تقضي به فور صدورها وهذه الحجية مسلم بها أنها لا تكون إلا للأعمال القضائية [2] .

أي أن أنصار هذا الاتجاه يعتبرون التحكيم موازيا لمحاكم الدولة وفي هذا المقام يقول الأستاذ ابو زيد رضوان {لقد اصبح التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا عالميا يسموا على النظم القضائية الوطنية } كما أن المحكم في التحكيم يأخذ منزلة القاضي ويملك ولاية البت في اختصاصه وهو يمارس في ذلك وظيفة تعود في الأصل لقضاء الدولة [3] .

فإذا كان التحكيم ينشأ في بداية الأمر بعمل إداري بموجب بند أو عقد تحكيم فإن هذا التصرف يعتبر مجرد بداية لوضع هذا النظام موضع حركة التى تهيمن عليها الطبيعة القضائية شأنه في ذلك شأن العمل الإداري للخصوم في اللجوء إلى قضاء الدولة ، فهو يبدأ بإجراء بسيط هو التسجيل الدعوى القضائية بالمحكمة ثم تتلوها باقي الإجراءات وبالتالي جوهر النظامين واحد سواء من حيث الاجراءات المتبعة أو من حيث الموضوع وهو الفصل في النزاع [4] ، و إن الطبيعة القضائية

[1] أبو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص 28 و 29 .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 23 .

[3] أبو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص 7 و 8 وص 19

[4] محمد إبراهيم نادر ، المرجع السابق ، ص 34

للتحكيم تحظى بتأييد واسع في القضاء الفرنسي حسب ما جاء به الأستاذ بوصنوبرة خليل في رسالته ولاسيما في التحكيم التجاري الدولي وذلك بالنظر إلى عدد القضايا التي تعرض عليه في مجال الطعن في قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم التجارية الدولية بباريس[1].

ولقد تم اعتبار التحكيم القضائي خاصا يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في النزاعات التي يطرحها عليه الخصوم ، كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قراراها الصادر في 25 ماي 1962 أن أطراف الخصومة بلجوئهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير أي المحكم سلطة قضائية وبالتالي تبدو الطبيعة القضائية للتحكيم جليا بمجرد صدور القرار التحكيمي وقبل تنفيذه أو منحه الصيغة التنفيذية.

وبالرغم من ذلك فإن الاعتراف للقرار التحكيمي بالطابع القضائي يجعله شبيها بالحكم العادي الذي يكتسب مند صدوره على حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للمنازعة التي يفصل فيها مع إمكانية استئنافه في التحكيم الداخلي وجواز الطعن فيه بالبطلان في المجال الدولي مند صدوره كالأحكام القضائية العادية [2] .

الفرع الثالث : نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم

لقد ذهب أنصار النظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم إلى اعتبار أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة تعاقدية وقضائية مختلطة تستمد أساليبها من الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم بالإضافة إلى المهمة القضائية الممنوحة للمحكم سواء من قي الأطراف في اتفاق التحكيم أو من ناحية التشريع المنظم للتحكيم ، فأصحاب هذه النظرية منقسمين إلى اتجاهين ، حيث يرى أنصار الاتجاه الأول أن التحكيم بناء مركب يجمع بين عدة عناصر منها ما هو ذو طبيعة تعاقدية كإرادة الأطراف في اختيار اللجوء إلى التحكيم عن طريق الشرط أو الاتفاق التحكيمي فالإرادة هي التي

[1] بوصنوبرة خليل ، المرجع السابق ، ص 40 .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 25 .

تحرك إجراءات التحكيم وتجد المسار الطبيعي والقانوني للتحكيم وتجد مصدر سلطتها مباشرة في إرادة الخصوم وبطريقة غير مباشرة في إرادة المشرع الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم عوضا عن القضاء الوطني .

أما أنصار الاتجاه الثاني ذهب إلى أنه إذا كان التحكيم ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء خاص مؤسس على إرادة الأطراف يستمد أساسه من اتفاق الأطراف أي أنه عمل قضائي لكنه ناتج عن تصرف تعاقدي [1] ، وإن أهم ما وصل إليه أنصار النظرية الطبيعية المختلطة باتجاهيها الأول والثاني هو أن الدول عندما تختار التحكيم لا تنطلق من مفهوم أحادي لطبيعة التحكيم وبالتالي من الطبيعي أن نجد أثار الطبيعة التعاقدية والقضائية متواجدة بنسب مختلفة في كل نظام قانوني وهو سبب اختلاف أصحاب النظرية المختلطة للتحكيم .

خاصة في مدى قبول التحكيم الإجباري بشكل من أشكال التحكيم ، لذلك يتم التفريق في مراحل التحكيم فهو يبدأ باتفاق على التحكيم ثم يصبح إجراء لينتهي بقضاء وهو قرار أو حكم التحكيم ، لهذا أختلف الفقه في تحديد العلاقة بين التحكيم والقضاء فالبعض يرى أن التحكيم استثناء من قضاء الدولة التي يجري التحكيم فيها [2] .

حيث يذهب الرأي الآخر للقول بأن التحكيم نظام قانوني مستقل يماثل قضاء الدولة ويعمل معه على سبيل التوازن ، غير أن الذين ركزوا على المهمة القضائية للتحكيم يرون أن التحكيم مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية وهذا ما أنتهى أليه الأستاذ هشام صادق في قوله { أن الطبيعة الاتفاقية لوظيفة المحكم التي تستوجب احترامه للاختيار الإرادي للقانون العام وهو اختيار مادي يقوم على مبدأ حرية التعاقد وحماية توقعات المتعاقدين ولا يهدف إلى مجرد وضع حل

[1] محمد نور شحاتة ، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للتحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1993 ، ص 473 .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 25 و 26 .

لمشكلة تنازع القوانين وهذا ما يفسر الحرية الواسعة التي يملكها المتعاقدين في اختيار قانون العقد أمام المحكمين} [1] .

وبالتالي فأن وظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها ، لأن المحكم يقوم بالبحث والتحري في صحة أو شرعية إدعاءات الخصوم المعروضة أمامه ، لكن يبقى مصدرها تعاقديا باعتبار التحكيم نابع أصلا من اتفاق إرادات الخصوم ، لذلك فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان هما الصفة التعاقدية والتي تتمثل في اختيار الخصوم للتحكيم بديلا عن القضاء لحل منازعاتهم واختبارهم للمحكمين أو تحديد كيفية هذا الاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الموضوع ، وكذلك تتعاقب على التحكيم الصفة القضائية والتي تتمثل فيما يصدره المحكم أو محكمة التحكيم من أحكام وقرارات قضائية وتنفيذها طواعية وبلجوء الأطراف أو أحدهم للمطالبة بالصيغة التنفيذية للحكم أو القرار التحكيمي.

وفي حالة عدم التنفيذ الطوعي عندها يتحول الحكم إلى عمل قضائي نهائي ملزم بحيث يمكن تنفيذه بالقوة العمومية مثل أي حكم أو قرار قضائي صادر عن الدولة المراد تنفيذه فيها [2] .

الفرع الرابع : النظرية الخاصة للتحكيم { المستقلة }

يري أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة ويجب النظر إلية نظرة مستقلة ، حيث لا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي الصادر عن القضاء في الدولة ، كما لا يمكن إدماج هذا النظام في أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى [3] .

لأن أتفاق التحكيم نوع من أنواع العقود لكن له خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود في أمور عديدة منها أن هدفه تسوية النزاع الناشئ حول علاقة سابقة قائمة فعلا وليس إقامة علاقة

---

[1] هشام صادق علي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشآت المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1995 ، ص 132 و 133 .

[2] منى بوختالة ن المرجع السابق ن ص 26 و 27 .

[3] محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 2003 ، ص 604

قانونية جديدة ، وموضوعه لا يشمل في قبول تسوية محددة مسبقا لهذا النزاع ، إنما في اختيار محكم يعرض عليه النزاع ليتولى مهمة الفصل فيه بإرادة مستقلة عن إرادة أطراف هذا النزاع [1] .

وهذا الاتفاق لا يعني أن نظام التحكيم وما يصدر عنه من أحكام ذو طبيعة عقدية لأن إرادة الأطراف لا تفسر جميع جوانب هذا النظام ، فهو يخضع لقواعد مستقلة خاصة به [2].

الفرع الخامس : الترجيح بين نظريات الطبيعة القانونية للتحكيم .

انطلاقا من هذه النظريات التي يرى فيها الفقه كلا على حدى أنها النظرية الأنسب لتحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، تبين أن نظام التحكيم لا يتسم بالطبيعة العقدية لأنه لا يعد عقدا ولا يتمتع بخصائص العقود ولا يخضع لأحكامها ، ولا يتسم بالطبيعة القضائية لأن أحكامه لا تصدر من جهة قضائية كما أنه لا يعد نظاما قضائيا [3] .

ولا يتسم التحكيم بالطبيعة المختلطة التي تجمع بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية لأن عدم اتسامه بإحدى هاتين الطبيعتين منفردتين يعني عدم اتسامه بهما مجتمعتين من باب أولى [4] .

وعليه أرى أن التحكيم يتسم بالطبيعة الخاصة أو المستقلة عن الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية، لأنه يخضع لقواعد قانونية تتضمن أحكاما خاصة به تميزه عن غيره .

والطبيعة الخاصة للتحكيم لا يعني أن يكون بعيدا عن رقابة القضاء في جميع الأحوال ، فقد تظهر هذه الرقابة عند اللجوء إلى المحكمة المختصة بهدف تنفيذ حكم التحكيم تنفيذا جبريا للتأكد من مراعاة الشروط التي حددها القانون لإصدار أمر بهذا التنفيذ ، أو بهدف الطعن في الحكم للتأكد من مدى احترام القواعد سواء كانت متعلقة باتفاق التحكيم أم بحم التحكيم وإجراءات صدوره مما يدعم فعالية التحكيم .

---

[1] أشجان فيصل شكري داود ، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به – دراسة مقارنة – مذكرة لنيل رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية نابلس ، فلسطين ، سنة 2009/2008 ، ص 49 .

[2] محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 604

[3] أشجان فيصل شكري داود ، المرجع السابق ، ص 27 و 28 .

[4] أشجان فيصل شكري داود ، المرجع السابق ، ص 29 و 30 .

فالعلاقة ليست منقطعة بين التحكيم والقضاء لأن اللجوء إلى التحكيم بهدف حسم النزاع بعيدا عن القضاء لا يعني الاستغناء الكامل عن القضاء ، وإنما يتم اللجوء إليه في جميع الأحوال التي تستدعي ذلك سواء يهدف استمرار إجراءات التحكيم بما يكفل إصدار الحكم الفاصل في النزاع أو بهدف تنفيذ الحكم تنفيذ جبريا في حال تعذر التنفيذ الاختياري [1] .

[1] محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 606 .

الخاتمة

خاتمة

من خلال معالجتي لهذا الموضوع توصلت إلى استخلاص جملة من النتائج نلخصها في النقاط التالية :

– أن أهمية عقود التنمية الاقتصادية من جانب الشخص الأجنبي تكمن في إنتاج قيمة مضافة تزيد من ثروته ويحقق له عائدا معقولا ومستمرا وقدرا كبيرا من الأمان ، وتكمن أهميتها أيضا بالنسبة للدولة المضيفة في تحقيق التنمية الاقتصادية ونقل الخبرة الفنية والتقنية .

– تكون عقود التنمية الاقتصادية ذا طبيعة ازدواجية لاحتوائها على إجراءات متعلقة بالقانون العام وكذلك الإجراءات والقواعد المتعلقة بالقانون الخاص .

– تحتاج عقود التنمية الاقتصادية من أجل إبرامها إلى مناخ ملائم مكون من مجموعة القوانين والسياسات والمؤسسات الاقتصادية إذ تتدخل هذه العوامل لتشكل وحدة واحدة لا يمكن التغاضي عنها في مجمل الوضع التنموي والاقتصادي للدول المضيفة .

– يعتبر الاستقرار التشريعي من أهم عوامل جذب المشاريع الاجنبية ، فلا يتوقع أن يتجه الشخص الأجنبي إلى دولة تشريعاتها غامضة وغير مستقرة أو كان نظامها القانوني لا يضمن حق الأشخاص الأجنبية في حالة نشوب نزاع .

– إن عدم استقرار التشريعات يؤدي إلى تولد عدم الثقة في القوانين الدول فلابد من توافر بعض الشروط التشريعية التي تحد من حالات التعديل أو تساعد على استقرار هذه التشريعات ومن هذه الشروط المتعلقة بالثبات التشريعي .

– إن التعديلات التي عرفتها الجزائر في القانون الاستثمار لتسهيل وتخفيض العراقيل للأشخاص الأجنبية يبين بوضح أن السلطات الجزائرية ترى بأن إبرام عقود التنمية الاقتصادية ضرورة لإنعاش الاقتصاد .

– إن القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية ، إلا في حالة إذا أتفاق الأطراف على تطبيق القانون الأجنبي أو قانون آخر غير قانون الدولة المضيفة

فإنها تتنزل عن تطبيق قانونيها بمحض إرادتها وبقرار سيادي وهذا في الحالات التي تكون الدولة المضيفة مجبرة على ذلك بصفتها الطرف الأضعف بسبب حاجتها للتنمية الاقتصادية ، لأن قانون الدولة المضيفة هو القانون المناسب باعتباره الأكثر صلة بالعقد فهو مكان التنفيذ ومكان الالتزام الرئيسي وفي أغلب الأحيان يكون مكان الإبرام .

– إن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ سلطان الإرادة بصفة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق ، وذلك بمنح الأطراف الحرية الواسعة لاختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع نزاعاتهم .

– قيام المشرع الجزائري بتحقيق التوازن بين إرادة الأطراف وسلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك بتكريسه لاستقلالية هيئة التحكيم .

وبناء على النتائج المتوصل إليها من خلال تناولي لهذا الموضوع ، ارتأيت أن أقدم مجموعة من التوصيات أراها ضرورية ومفيدة لبعض المسائل الهامة ونوجزها فيما يلي :

– ضرورة إيجاد إطار منظم في داخل الدول النامية يتوفر على وسائل جديدة وفعالة بإمكانه تطوير المؤهلات والعمل على جمع وترجمة المعلومات الهامة حول عقود التنمية الاقتصادية .

– ضرورة إعداد الإطارات والكوادر المتخصصة والمتسلحة بالعلم العميق والخبرة الواسعة من طرف الدولة النامية وتقديمهم إلى العالم الخارجي وذلك من خلال إعداد الدورات التدريبية لهم والمشاركة في الندوات الداخلية والخارجية.

– محاولة الاعتماد على القدرات المحلية الوطنية في تحقيق التنمية الاقتصادية وعدم الاعتماد كليا على تنمية الأشخاص الأجنبية من أجل تجنب قدر المستطاع النزاعات القائمة بين أطراف هذه العقود.

– وجوب عمل الدولة على إشراك رجال القانون في المفاوضات قبل إبرام عقود التنمية الاقتصادية مراعاة للأشكال التي يجب قانون الدولة اتخاذها عند الإبرام ، ولما يتمتع به رجال

القانون من خبرة وتخصص في هذا المجال تجعل من العقد محكم الصياغة ويتجنب أي ثغرات قد تستغل ضدها .

– وجوب التروي الشديد وبذل العناية القصوى عند صياغة شرط التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية ذلك أن وجود بعض الثغرات في مضمونه أو صياغته قد تميل بالتحكيم عن مساره الطبيعي .

– ضرورة بذل العناية القصوى من قبل الأطراف عند اختيار المحكمين مع مراعاة أن يتمتع المحكم المختار بالخبرة والتخصص والاستقامة والحيادية ووجوب استبعاد فكرة النظر إلى المحكم من قبل الأطراف على أنه محامي الدفاع عنهما .

– ضرورة ايجاد صيغة دولية قادرة على تقنين الكثير من القواعد المادية الفاعلة لحماية الشخص الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها الدولة النامية وعلى رأسها الجزائر .

– لابد من المراجعة الدائمة والمستمرة لتشريعات الدولة النامية حتى لا تدع مجالا للقول بأنها متخلفة ولا تواكب التطورات المستجدة بحيث أن تبقى مدة زمنية طويلة دون تغيير أو تحديث ولا شك أن ذلك يزيد من استقلالية التحكيم.

– ضرورة تأسيس لنظام خاص لعقود التنمية الاقتصادية من خلال إسهام المحاكم التحكمية كهيئات دولية في إرساء قواعد دولية تصبح جزءا من القوانين الداخلية للدول ، وتكون معالم نظام عقود التنمية الاقتصادية هي السبيل الأمثل لتحقيق نوع من التوازن القانوني والاقتصادي بين التباين الحاصل في التشريعات المختلفة وبين صراع المصالح .

– على المشرع الجزائري تنظيم التحكيم في إطار المؤسسات الاقليمية والدولية ليكون الوسيلة الاجرائية للأشخاص الأجانب وعاملا شاملا للتنمية في الجزائر .

– ضرورة تنظيم التحكيم في تقنين مستقل تضمن بقاءه كاستثناء عن الأصل المتمثل في أن الولاية العامة للقضاء الوطني في حل المنازعات وعدم السماح لهذا النوع من آليات التسوية البديلة بأن يصبح قضاءا خاصا موازيا ومنافسا للقضاء الوطني .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا : الاتفاقيات

1– اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 95 – 346 بتاريخ 30 أكتوبر 1995 ، الجريدة الرسمية رقم 66 ، سنة 1995 .

2– اتفاقية أوراسكوم تيليكوم القابضة { ش.م.م } الخاصة بترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها { aapsi } ، الجريدة الرسمية 80 ، سنة 2001 .

3– اتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات الأجنبية المنشأة في 10 جوان 1958 .

ثانيا : المصادر

أ– القوانين

- القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية 21 ، سنة 2008

ب– الأوامر

- الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية 31 ، سنة 2007 .

ثالثا : الكتب

أ– الكتب العامة .

1– السنهوري عبد الرزاق أحمد ، نظرية العقد – الجزء الأول – ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية ، سنة 1998 .

2– بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2011 .

3– لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1990 .

4– عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر – دراسة تشريعية قضائية فقهية – ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2007 .

5– على فيلالي ، الالتزامات – النظرية العامة للعقد – ، موفم للنشر ، الجزائر ، سنة 2010 .

6– خالد خليل الطاهر ، القانون الإداري دراسة مقارنة – الكتاب الثاني – ، المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان – الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 .

7– خليل قدادة وأحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، – مصادر الالتزام – ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1991 .

ب– الكتب الخاصة .

1– إيهاب عمرو ، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية ، مؤسسة الوراق ، الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2014 .

2– الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 .

3– أحمد أنعم الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة – ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، صنعاء ، سنة 1994 .

4– أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1993 .

5– بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة – ماهيتها ، القانون الواجب التطبيق عليها ، وسائل تسوية منازعتها – ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2006 .

6- جلال وفاء محمدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، سنة 2001 .

7- هاشم محمود ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية – أتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1990.

8- هشام صادق علي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشآت المعارف، الإسكندرية ، سنة 1995 .

9- حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب – تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها – ، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض ، الإسكندرية ، سنة 2007 .

10-حسني المصري ، شركات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1986 .

11-لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2012 .

12-محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، سنة 2007 .

13-محمد عبد العزيز عبد الله ، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي ، دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2005 .

14-محمد غانم ، الاستثمار في الاقتصاد السياسي والإسلامي وتشريعات واتفاقيات الاستثمار ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة 2011 .

15-محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم bot ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2004 .

16-مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2010 .

17–مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2010 .

18–مناني فراح ، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات ، دار الهدى ، الجزائر ، سنة 2010 .

19–محمود كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة الجزء الأول المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والوديعة والحراسة ، دار المنشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، سنة 2005 .

20–محمد إبراهيم نادر ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، سنة 2002 .

21–محمود مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، سنة 2004 .

22–محمود نور شحاتة ، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للتحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1993 .

23–محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 2003 .

24–نريمان عبد القادر ، أتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،الطبعة الأولى ، سنة 1996 .

25–سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2004 .

26–عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص – دراسة أنتقادية – ، مكتبة النصر بالحي الجامعي ، القاهرة .

27–عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر .

28–عبد الوهاب حميد رشيد ، الدور التكاملي للمشروعات العربية المشتركة – الطموحات والأداء – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1985 .

29–عبد السلام أبو قحف ، نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الأجنبية ، مؤسسة شباب الجامعة ، مصر ،سنة 1989 .

30–عرفان تقي الحسيني ، التمويل الدولي ، دار المجدلاوي للنشر ، عمان – الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 1999 .

31–عبد السلام أبو قحف ، السياسات المختلفة للاستثمار الأجنبية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ستة 1989 .

32–عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 .

33–علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة 2008 .

34–عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2001 .

35–فاضل حمه صالح الزهاوي ، المشروعات المشتركة وفقا لقانون الاستثمار ، دار الحكمة ، بغداد ، سنة 1990 .

36–صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 2005 .

37–صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة 2005 .

38–صلاح الدين جمال الدين ، دور أحكام التحكيم في تطور حلول مشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة 2004 .

39–رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي ، – دراسة مقارنة – ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة 1989 .

رابعا : الرسائل العلمية

أ: رسائل الدكتوراه .

1– باسود عبد المالك ، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2015/2014 .

2– بوصنوبرة خليل ، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه تخصص القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطية 1 ، 2008/2007 .

3– بوجلطي عز الدين ، النظام القانوني للاستثمار في قطاع الطاقة في الجزائر والمتغيرات الدولية ، مدكرة لنيل رسالة دكتوراه في العلوم فرع قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2016/2015 .

4– نور الدين بسهوة ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي والجزائر ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة ، 2005/2004

5– نزيه عبد المقصود مبروك ، دور السياسة الضريبية في تشجيع الاستثمارات الأجنبية ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2003/2002 .

6– منصور داود ، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكر ، 2016/2015 .

7– محي الدين حمداني ، حدود التنمية المستدامة في الاستجابة لتحديات الحاضر والمستقبل – دراسة حالة الجزائر – مدكرة لنيل رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية فرع تخطيط ، كلية العلوم والاقتصاد وعلوم والتسيير ، جامعة الجزائر ، 2009/2008 .

8– صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، الإسكندرية ، 2006/2005

ب : رسائل الماجستير .

1– أشجان فيصل شكري داود ، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به – دراسة مقارنة – مذكرة لنيل رسالة الماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية نابلس ، فلسطين ، 2009/2008 .

2– هشام السيد أحمد عيسى ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر لدولة الإتحاد الأوروبي ، مذكرة لنيل رسالة الماجستير ، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ، جامعة القاهرة ، 2008/2007 .

3– حسين نوارة ، الأمن القانوني للاستثمار الأجنبية في الجزائر ، مذكرة لنيل رسالة الماجستير في القانون تخصص قانون الأعمال ، جامعة مولود معمر ، تيزي وزو ، 2004/2003 .

4– محمد سارة ، الاستثمار الأجنبي في الجزائر – دراسة حالة اوراسكوم – ، مذكرة لنيل رسالة الماجستير تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2010/2009 .

5– منى بوختالة ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار ، مذكرة لنيل رسالة الماجستير في القانون العام فرع التنظيم الاقتصادي ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1 ، 2014/2013 .

6- ساعد بوراوي ، الحوافز الممنوحة الاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي – الجزائر، تونس ، المغرب – دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل رسالة الماجستير في العلوم الاقتصادية تخصص اقتصادي دولي ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة الحاج الخضر ، باتنة ، 2008/2007 .

7- عامر رحمون ، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة – مذكرة لنيل رسالة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر ، 2013/2012 .

ج : رسائل الماستر .

1- بكاكرية حسيبة ، عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل رسالة الماستر في الحقوق تخصص القانون العام للأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013/2012

2- مجول محمد ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي ، مذكرة لنيل رسالة الماستر تخصص قانون علاقات دولية خاصة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، لسنة 2015/2014 .

خامسا : المقالات العلمية

-صلاح الدين جمال الدين محمد ، نظريات في القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية ، مجلة كلية الشريعة والقانون ، طنطا – مصر ، سنة 1997 .

سادسا : المحاضرات

-خلاف فاتح ، محاضرات في قانون الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، لسنة 2016/2015 .

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

إهداء.....أ

شكر .....ب

مقدمة 1

الفصل الأول : ماهية عقود التنمية الاقتصادية

المبحث الاول : مفهوم عقود التنمية الاقتصادية.....6

المطلب الاول : تعريف عقود التنمية الاقتصادية وابرز صورها.....6

الفرع الاول : تعريف عقود التنمية الاقتصادية 8

الفرع الثاني : صور عقود التنمية الاقتصادية 10

المطلب الثاني : تمييز عقود التنمية الاقتصادية عن غيرها من العقود المشابهة 14

الفرع الاول : عقود التجارة الدولية.....14

الفرع الثاني : الصفقات العمومية { العقود الادارية } 16

الفرع الثالث : عقود الاذعان.....18

المبحث الثاني : انواع عقود التنمية الاقتصادية و خصائصها 21

المطلب الاول : انواع عقود التنمية الاقتصادية 22

الفرع الاول : عقود التنمية الاقتصادية المباشرة.....22

الفرع الثاني : عقود التنمية الاقتصادية غير المباشرة 27

المطلب الثاني : خصائص عقود التنمية الاقتصادية 31

الفرع الاول : من حيث صفة الاشخاص المتعاقدة 31

الفرع الثاني : من حيث سبب العقد و محله 33

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق والتحكيم كآلية لحل منازعات عقود التنمية الاقتصادية

المبحث الاول : القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية 39

المطلب الاول : اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية 40

الفرع الاول : دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية 42

الفرع الثاني : اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية 47

المطلب الثاني : عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية 51

الفرع الاول : إخضاع عقود التنمية الاقتصادية لقانون الدولة المضيفة 52

الفرع الثاني : إخضاع عقود التنمية الاقتصادية لقانون الدولي العام 55

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية 59

المبحث الثاني : التحكيم كألية لحل منازعات عقود التنمية الاقتصادية 63

المطلب الأول : مفهوم التحكيم 64

الفرع الأول : تعريف التحكيم 64

الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن غيره من المفاهيم المشابهة له 66

الفرع الثالث : صور التحكيم..... 74

الفرع الربع : أنواع التحكيم 79
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم 83
الفرع الأول : النظرية الطبيعية التعاقدية للتحكيم 84
الفرع الثاني : النظرية الطبيعية القضائية للتحكيم 85
الفرع الثالث : النظرية الطبيعية المختلطة للتحكيم 87
الفرع الرابع : النظرية الخاصة لتحكيم { المستقلة } 89
الفرع الخامس : الترجيح بين نظريات الطبيعة القانونية لتحكيم 90
خاتمة 93
قائمة المصادر والمراجع 97
فهرس الموضوعات 106