شبكة المعلومات الجامعية

التوثيق الإلكتروني والميكروفيلم

بسم الله الرحمن الرحيم

HANAA ALY

شبكة المعلومات الجامعية

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

HANAA ALY

شبكة المعلومات الجامعية

التوثيق الإلكتروني والميكروفيلم

جامعة عين شمس

التوثيق الإلكتروني والميكروفيلم

قسم

نقسم بالله العظيم أن المادة التي تم توثيقها وتسجيلها
علي هذه الأقراص المدمجة قد أعدت دون أية تغيرات

يجب أن

تحفظ هذه الأقراص المدمجة بعيدا عن الغبار

HANAA ALY

كلية الحقوق
قسم القانون العام

النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

"دراسة مقارنة"

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

حمد علي خليفه خلفان بوعميم

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ أحمد قسمت الجداوى (**مشرفاً ورئيساً**)

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص - كلية الحقوق جامعة عين شمس.

أ.د/ محمد أنس قاسم جعفر (**عضواً**)

أستاذ القانون العام- كلية الحقوق- جامعة بني سويف.

أ.د/ حسام أحمد صبحي العطار (**عضواً**)

أستاذ قانون المرافعات المدنية والتجارية المساعد - ورئيس القسم بكلية الحقوق جامعة عين شمس.

١٤٤٢ هـ – ٢٠٢١ م

كلية الحقوق
قسم القانون العام

صفحة العنوان

اسم الطالب: حمد علي خليفه خلفان بوعميم

اسم الرسالة: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

"دراسةمقارنة"

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: القانون العام

اسم الكلية: الحقوق

الجامعة: عين شمس

سنة التخرج:

سنة المنح: ٢٠٢١

كلية الحقوق
قسم القانون العام

النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

"دراسة مقارنة"

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

حمد علي خليفه خلفان بوعميم

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ أحمد قسمت الجداوى (**مشرفاً ورئيساً**)

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص - كلية الحقوق جامعة عين شمس.

أ.د/ محمد أنس قاسم جعفر (**عضواً**)

أستاذ القانون العام- كلية الحقوق- جامعة بني سويف.

أ.د/ حسام أحمد صبحي العطار (**عضواً**)

أستاذ قانون المرافعات المدنية والتجارية المساعد - ورئيس القسم بكلية الحقوق جامعة عين شمس.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: **أجيزت الرسالة:** **بتاريخ / /**

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**

المقدمة

يعرف التحكيم بأنه إقامة نظام قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في المنازعات والأطراف هم الذين يقيمونه ويحددون اختصاصه.

وقد اعتبر التحكيم من أنجح الوسائل لحل النزاعات بالطرق السلمية منذ أقدم العصور، فقد أخذ به رجال الحكم في الصين القديمة، وقبل أن تفرض الدولة اللجوء إلى القضاء بسن القوانين، اتخذه اليونان منذ عهودهم الأولى وسيلة لتسوية سياسية وقضائية، كما لجأت إليه الأقليات الدينية والعرقية في أوروبا التي لم تكن تعترف بسلطة الكنيسة أو سلطة الملك، وفى القانون الأوروبى القديم أعتبر أمر " مولان " الصادر سنة ١٥٦٦ التحكيم ضروريا ليس فقط في القضايا التجارية، وإنما في جميع التسويات الأخرى ومن جهتها اعتبرت المادة ١ من المرسوم الفرنسي المؤرخ في ١٦-٢٠ أوت ١٧٩٠ أن التحكيم هو الوسيلة الأكثر عقلانية لإنهاء نزاعات الأفراد.

وقد عرف العرب التحكيم قبل مجيء الإسلام داخل القبيلة الواحدة حيث يحتكم أفرادها لشيخ القبيلة، وكذا بين القبائل المتعددة حينما تثور النزاعات بينها، وكرس الإسلام هذا الأمر مثلما ورد في الآية 35 من سورة النساء "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا أصلاحا يوفق الله بينهما".

ويتميز نظام التحكيم ببعض الخصائص كالسرعة في الإجراءات والمرونة والسرية بالإضافة إلى الحرية الكبيرة التي يتمتع بها أطراف التحكيم في الاتفاق على القواعد القانونية التي تحكمهم، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة.

وتنقسم عقود الدولة من الناحية الفنية وتبعا للأهداف التي تسعى هذه العقود إدراكها إلى عقود دولية تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة، مع صعوبة تكييفها بأنها عقود إدارية نظرا لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري

لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود، إلى جانب هذه الطائفة من العقود، هناك طائفة أخرى تتوافر على جميع المعايير المتطلبة من أجل إلحاق هذا الوصف بها، على نحو يمكن أن يطلق عليها عقود ذات الطبيعة الإدارية، ذلك أن الفقه والقضاء يكاد يجمع على إسباغ الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرفا فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

تزايدت أهمية العقود الإدارية باعتبارها وسيلة من وسائل الإدارة في ممارسة نشاطها واقتداء حاجاتها خاصة في ظل توجه الدولة نحو سياسة الاقتصاد الحر، والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام في حالات ضيقة ومحدودة، ولقد أسفر الواقع العملي عن تطور مستمر في العلاقات الاقتصادية بين الدول عبر الحدود، علاوة على التقدم المذهل لوسائل النقل، وحجم المبادلات بين الدول، ونزول الدولة إلى ميدان التجارة، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجات العامة وجذب فرص الاستثمار، الشيء الذي ترتب عليه ظهور علاقات بين الدول وأشخاص القانون الخاص وطنية أو أجنبية.

إضافة إلى أن دراسة التحكيم في العقود الإدارية الدولية تستمد أهميتها من الدور الذي تؤديه في اقتصاديات الدول النامية والمتطورة على حد سواء، وذلك لارتباط الدول في كثير من الأحيان باتفاقيات ثنائية أو جماعية تهدف لحماية تنظيمها من خلال إبرام العقود بين الدولة، أو أحد رعايا الدولة الأخرى، وتعد هذه العقود ذات أهمية قصوى بالنسبة للدول الآخذة في النمو، لأنها تعد في الكثير من الأحيان الركيزة التي من خلالها يتم بناء هياكلها الاقتصادية وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة، على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق خطتها الاقتصادية.

وفي ظل اعتقاد سائد لدى المستثمر الأجنبي بأن الأجهزة القضائية في الدولة لا تتمتع باستقلال كامل في مواجهة السلطة السياسية فيها، فضلا عن جهله بقواعد القانون المطبق بمعرفة هذه الأجهزة، بالإضافة إلى بطء إجراءات التقاضي وعدم تجاوب الأنظمة القانونية الداخلية مع متطلبات التجارة الدولية، ومن هنا أصبح التحكيم في المنازعات الإدارية ضرورة ملحة، إذ يشترط المستثمر الأجنبي إدراجه ضمن بنود العقد ،حتى يحقق له الطمأنينة في حالة نشوب نزاع مع الدولة المتعاقدة، وذلك لصعوبة مثول الدولة أمام قضاء أجنبي أو قبول تطبيق قانون أجنبي عليها، هذا بالإضافة إلى أن التحكيم تشارك فيه الدولة في اختيار المحكمين، واختيار القانون الواجب التطبيق وعليه فهو الوسيلة المثلى كما يرى البعض لحسم ما يثور من نزاع مع الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى.

فعلا، تظهر أهمية العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بالنظر لما يتضمنه من الشروط الجديدة، كالتحكيم وشرط الثبات التشريعي وغيرها من الشروط غير المألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية، مما يؤدي للتساؤل فيما إذا كانت الدولة ما زالت تحتفظ بسلطتها تجاه المتعاقد معها، بأن يتضمن هذا النوع من العقود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص وارتباطه بفروع كثيرة ومتنوعة من القوانين كالقانون الدولي العام والخاص والقانون التجاري والمدني وغيره من الفروع، الشي الذي ترتب عليه ظهور مفهوم جديد للعقود الإدارية الدولية، ينظر إليها من الجانب الدولي وتوازن مصلحة الدولة من ناحية، وعلاقتها بالدول الأخرى من ناحية أخرى، ما جعل تشريعات العديد من الدول تعمل على تطوير أساليب تسوية المنازعات في العقود الإدارية الدولية.

إن الإشكال الذي يثور بالنسبة لتشريعات الدول التي تأخذ بفكرة ازدواجية القضاء والقانون وتأخذ بفكرة العقد الإداري، قد تخلت عن الحظر الوارد على قبول

الدولة والأشخاص المعنوية العامة شرط التحكيم في العقود الإدارية، فهل هذا يعني خضوعها لنظام قانوني متميز خاص بها في القانون الداخلي على الرغم من وجود شرط التحكيم؟

أم أن إدراج هذا الشرط في هذه العقود من شأنه افتراض التنازل الضمني من قبل الدولة أو أشخاص القانون العام، عن إعمال القواعد القانونية الخاصة التي توجد في القانون الإداري والمتعلقة بالعقود الإدارية؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

متى نكون بصدد عقد إداري ذو طابع دولي؟ وكيف يتم إدراج شرط التحكيم في هذه العقود؟

لما كان العقد الإداري الدولي يجتذبه أكثر من نظام قانوني لدولة واحدة، فما هو القانون الواجب التطبيق عليه؟ وما مدى تأثير غياب الاتفاق الصريح أو الصياغة الغير دقيقة لشرط أو اتفاقية التحكيم؟

لما كانت الأحكام التحكيمية في بعض الفقه ليست أحكام قضائية بالمعنى الفني الدقيق، وذلك لافتقادها قوة الإجبار على التنفيذ، بالإضافة أن مهمة المحكمين تنتهي بمجرد صدور حكم التحكيم، فما هو مصير حكم التحكيم في حالة امتناع أحد أطراف النزاع عن تنفيذه أو إنكاره؟ وهل يمكن الطعن فيه طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

بما أن غالبية الدول قد انضمت إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم، فما مدى انعكاس ذلك على قوانينها الداخلية خصوصا فيما يتعلق باتفاق التحكيم أو حكم التحكيم بمناسبة الخصومة التحكيمية؟

منهج الدارسة:

المنهج الوصفي في كل فصول الدراسة، وكذلك تحليل المضمون ونحن بصدد تحليل النصوص القانونية في التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية، والمنهج المقارن عند مقارنة ما أخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية ونتتبع التطور التاريخي الحأصل في النصوص والتوجهات التشريعية والفقهية بهدف الإلمام بالمشاكل القانونية، وتحديدها وعرضها من خلال الاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية والتحكيمية.

أسباب اختيار موضوع البحث

تنقسم الأسباب التي دعتنا لاختيار موضوع البحث، إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فالأسباب الذاتية، تتمثل في ندرة البحوث التي تناولت موضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية بالدراسة والتحليل المستفيض الذي يتناسب والدور الذي تضطلع به هذه الأخيرة، على عكس موضوع التحكيم التجاري الدولي، أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء للتحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا دراسة مدى فعالية التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الاعتبارية بصفتها طرفا في النزاع، وما يثور حول أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها على الاتفاق للجوء إليه، ، وكذا مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، مما يؤدي لتدويله وخضوعه لأكثر من نظام قانوني، الشيء الذي قد يترتب عليه غياب التحديد الدقيق للقانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على التحكيم أثر سلبي على طبيعة العقد الإداري عند إخضاعه لقانون أو قواعد لا تتناسب مع طبيعته.

صعوبات البحث

من بين الصعوبات التي واجهتنا خلال هذا البحث، حداثة التجربة الجزئية في مجال التحكيم حيث لمسنا قلة الدراسات القانونية والفقهية في موضوع التحكيم عموما، وخاصة في العقود الإدارية الدولية بالإضافة لارتباط موضوع البحث بفروع كثيرة ومتنوعة من القوانين كالقانون الدولي بقسميه الخاص والعام، والقانون الإداري والقانون المدني والقانون التجاري وغيره من الفروع، ومن أهم الصعوبات تتمثل في إعمال نظرية العقد الإداري في المجال الدولي .

تقسيم الدراسة:

فصل تمهيدي: إطلالة على العقود الدولية

فصل أول: الإطار القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

فصل ثاني: دراسة عملية عن التحكيم في العقود الإدارية الدولية