

# مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961/71053262 - www.jilrc-magazines.com - law@jilrc-magazines.com

العدد 19 - نوفمبر 2017





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

## رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

## أسرة التحرير:

- د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)  
د. شريف أحمد بعلوشة وكيل. النائب العام، غزة (فلسطين)  
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)  
د. فاطيمة حميدي، جامعة مستغانم، (الجزائر)

## التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت / الجزائر)  
د. سهل ليلي (جامعة محمد خيضر بسكرة / الجزائر).  
د. هامل شيخ (المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت / الجزائر)

## اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. بسمة نوري جامعة عمان العربية / الأردن.  
د. بوزيد سراغني، جامعة قسنطينة 2 / الجزائر.  
د. خليفي عبد الرحمن المدرسة العليا للضمان الاجتماعي / الجزائر.  
د. ماشاء الله الزوي، كلية الحقوق - جامعة بنغازي / ليبيا.  
د. محمد بوطوبة، المركز الجامعي بعين تموشنت / الجزائر.  
د. معداوي نجية، جامعة البليدة 2 / الجزائر.  
د. موسى محمد بلنغو، الجامعة الإسلامية العالمية / ماليزيا.  
د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين، جامعتي حلوان وبها / مصر.

## التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه الدورية العلمية تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

## قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:  
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).  
بالنسبة للأعمال المترجمة:
- تقيل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية.
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقى مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون أسبوع من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

#### شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث بالباعت مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

#### نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
  2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
  3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
  4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
  5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
  6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

## الفهرس

### الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الاردني والمصري والفرنسي والانجليزي" - د. معين عمر المومني / دائرة الجمارك الأردنية.
- 51 • جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص - أ. حمّاس عمر أستاذ مساعد تخصص قانون جنائي للأعمال / جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان/ الجزائر.
- 73 • عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T وتكييفها القانوني دراسة تحليلية د. جمال عمران المبروك، جامعة طرابلس/ ليبيا.
- 115 • La reconnaissance du gouvernement provisoire de la République algérienne Dr.Brahmia zohra, Université Badji Mokhtar / Algérie.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية  
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017



## الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي فضل علينا الصالحات

تضمن العدد التاسع عشر من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة مواضيع مهمة جدا على الصعيدين النظري والتطبيقي في مختلف فروع القانون العام والخاص، الداخلي والدولي.

فلقد تناول البحث الأول منه دور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في مجال التحكيم التجاري الدولي، من خلال عقد مقارنة ما بين قوانين التحكيم الأردني والمصري وكذلك الفرنسي والإنجليزي، ودورها في مواكبة التطورات الاقتصادية العالمية، مستعرضا أنظمة ولوائح وقواعد مراكز وهيئات ومؤسسات وغرف التحكيم العالمية.

أما البحث الثاني فلقد سلط الضوء على جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص وفقا للقانون الجزائري للوقاية من الفساد ومكافحته متوقفا عند أركان هذه الجريمة ومبيناً أحكام الجرائم الجديدة التي أوردها هذا القانون لمواكبة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

فحين تناول البحث الثالث دراسة التكييف القانوني لعقود التشييد والاستغلال والتسليم كإحدى الأنظمة التعاقدية الرائدة في وقتنا الحديث والذي أبرمتها العديد من الدول النامية مع قطاعها الخاص أو مع المستثمرين الأجانب بهدف التقليل من الأعباء المادية عند إنجازها لبعض المشاريع الحيوية، متوقفا عند أضرار ومخاطر هذه العقود وكيفية اجتنابها.

أما البحث الأخير باللغة الفرنسية، فلقد أرجعنا بالتاريخ إلى فترة الاستعمار الفرنسي للجزائر وللحنكة الدبلوماسية للحكومة المؤقتة في اقتلاع الاعتراف الدولي بها وبالجزائر كدولة قائمة قبل الاستعمار، متوقفا عند طبيعة هذا الاعتراف والآثار القانونية المترتبة عليه وكذلك موقف فرنسا منه ومن الدول التي اعترفت بهذه الحكومة المؤقتة.

وأغتنم الفرصة في افتتاحية هذا العدد لأجدد شكري لأسرة تحرير المجلة وللجنة العلمية على دقتهم وصراحتهم في التحكيم سيما باكتشافهم للأبحاث المنتحلة والمسروقة من المراجع الورقية والتي يصعب على برامج البلاجيا اكتشافها.

وباعتبار أن دورنا الأساسي كمؤسسة بحثية هو نشر ثقافة البحث العلمي فإن محاربة السرقات العلمية هو كذلك من أولوياتنا كونها أول خطوة نحو تحسين ورفع مستوى النشر في الوطن العربي في زمن كثرت فيه الرداءة وقلت فيه الأبحاث الأصيلة.

وأذكر في الأخير بأن هذه المجلة وباقي مجلات مركز جيل البحث العلمي مفتوحة لكل الباحثين الجديين الذين يطمحون لنشر نتائج أبحاثهم ضمن المواضيع التي تدخل في مجالات النشر فيها.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالبی المل

هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي: "دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الاردني والمصري والفرنسي والانجليزي"  
د. معين عمر المومني / دكتوراة قانون خاص (تجاري وتحكيم) / دائرة الجمارك الأردنية

### **Abstract**

Praise be to Allah, the Lord of the worlds, the end is for those who guard, and Prayer and Peace be upon our Prophet Mohammad Ashraf prophets, his family and companions, all of them.

This research deals with a scientifically important subject, both at the theatrical and practical level: It is "the role of the arbitral tribunal in determining the law that is applicable to the a procedures in the field of international commercial , through comparison between the Arbitration Act Jordanian and Egyptian as well as French and English in some cases and the rules and regulations and the rules of centers and bodies and institutions and chambers of international arbitration.

This subject has not been dealt before, to this degree of theatrical and practical detailing that is of significant of interest to researchers, arbitrators, lawyers, and Judges, as well as all the parties concerned with the Jordanian arbitration law, and Egyptian, English, French, and the laws, regulations, and chambers of international arbitration.

The importance of this subject springs from the importance of arbitration which provides an alternative method for litigation, to resolve disputes, where the role of the arbitral tribunal arbitral tribunal stems from the agreements between dispute parties in the arbitration contract, or in the regulation which requires that each arbitration party shall sign an arbitration document at the beginning of the procedures. The procedures start when one of the parties presents a notification of his desire to settle the dispute until the final judgment of the arbitral tribunal arbitral tribunal is passed.

The research has addressed also the role of arbitration in determining the law to be applied to the arbitration procedures, through comparison between the Jordanian and Egyptian arbitration laws, as well as the French, the English, in some cases, the rules and regulations, and the rules of centers, bodies, and the international chambers of arbitrations.

It has become clear that intention, has a key role to play in determining the law to be applied to the procedures, where, we have divided the research into four chapters and a conclusion: In the first chapter we have addressed how the arbitral tribunal may apply the law of intention, the second chapter has dealt with the views of the international accords regarding the discretionary authority of the arbitral tribunal, and in the third chapter, we have discussed the role of regulations in the discretionary authority of the arbitral tribunal, and in the fourth chapter, we have focused on the discretionary authority according to the provisions of the law of arbitration courts.

Finally, We have come through this study to a number of conclusions and recommendations, thus a noble reader will find in this study that we have not preserve any effort in order to achieve the aim of this study, Intending to all that the face of God Almighty.

## ملخص البحث

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يتناول هذا البحث موضوعاً علمياً مهماً، على الصعيدين النظري والعملي، هو موضوع دور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في مجال التحكيم التجاري الدولي من خلال عقد مقارنة مابين قوانين التحكيم الأردني والمصري وكذلك الفرنسي والإنجليزي في بعض الحالات، وأنظمة ولوائح وقواعد مراكز وهيئات ومؤسسات وغرف التحكيم العالمية.

ونتناول بالبحث موضوعاً لا تتم معالجته بهذا القدر من التفصيل النظري، والعملي الذي يهم الباحثين والمحكمين، والمحامين، والقضاة وكل المتعاملين في ظل قانون التحكيم الأردني والمصري والإنجليزي، والفرنسي وأنظمة ولوائح وقواعد مؤسسات وغرف التحكيم الوطنية والدولية، وكذلك أهمية هذا الموضوع تنبع من أهمية التحكيم الذي يمثل طريقاً بديلاً عن التقاضي لفض النزاعات، حيث ينبع دور هيئة التحكيم من اتفاق أطراف الخصومة التحكيمية وماورد في العقد التحكيمي أو وثيقة التحكيم في الأنظمة التي تقتضي بأن يوقع أطراف التحكيم وثيقة تحكيم في بداية الإجراءات، والإجراءات تبدأ منذ إبداء أحد أطراف الخصومة التحكيمية رغبته في تسوية النزاع بالتحكيم أي بمعنى منذ طلب التحكيم لحين إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية.

وتعرض البحث لنطاق دور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في مجال التحكيم التجاري الدولي من خلال عقد مقارنة مابين قوانين التحكيم الأردني والمصري وكذلك الفرنسي والإنجليزي في بعض الحالات، وأنظمة ولوائح وقواعد مراكز وهيئات ومؤسسات وغرف التحكيم العالمية.

حيث تبين أن للإرادة دور كبير ومهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وقد قسمنا هذا البحث إلى أربعة مطالب وخاتمة: تناولت في المطلب الأول تطبيق هيئة التحكيم لقانون الإرادة، أما في المطلب الثاني فقد خصصته لموقف المعاهدات الدولية والهيئات الدائمة من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، وأما المطلب الثالث فقد بحثت فيه موقف الأنظمة القانونية، من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، وركزنا في المطلب الرابع على السلطة التقديرية لهيئة التحكيم وفقاً لأحكام محاكم التحكيم، وأخيراً توصلنا من خلال هذا البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات، هذا وسيجد القارئ الكريم في هذا البحث أننا لم نأل جهداً في سبيل تحقيق الغاية التي قصدناها، مبتغين بكل ذلك وجه الله سبحانه وتعالى.

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، مما لا شك فيه أن مصطلح التحكيم بات أمراً متكرراً وهذا ما نلمسه في الكثير من لمواقع، فهو مهم وفعال في مواكبة تطورات العصر، لا سيّما في مجالات التعاقد اليومي وتزايد نطاق التجارة الدولية ودخول أطراف خارجية في التعاقدات.

ويعد التحكيم<sup>(1)</sup> من الطرق الاستثنائية لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية<sup>(2)</sup> وما تكفله من ضمانات، ويقتصر على ما تنصرف إليه إرادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم<sup>(3)</sup>، الذي يقوم بدوره بالفصل في النزاع المعروض عليه، حسب ما يتفق عليه الأطراف.

## أهمية الموضوع:

يأتي هذا البحث لإلقاء الضوء على موضوع من الموضوعات التي تتسم بالأهمية الكبيرة في التحكيم التجاري الدولي .

(1) لا يعد التحكيم وليد اليوم، فالتحكيم وجد قبل وجود القضاء النظامي، لجأ إليه الإنسان لفض منازعاته، فقد عرف قدماء المصريين نظام التحكيم إلى جانب القضاء العادي وذلك في مصر الفرعونية، فكان للخصوم حق اللجوء إلى التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء العادي، وذلك بأن يختار المتخاصمون حكماً من بينهم ليقرر من منهما صاحب الحق، وقد ظهر الالتجاء إلى التحكيم بكثرة مع بداية الأسرة الرابعة، وكان منصباً على عقود الإيجار الخاصة بالأرضية الزراعية، وعقود الإنشاء، وكان ينص في اتفاق التحكيم على اسم الحكم الذي ينظر الخصومة وعدد المحكمين وموضوع النزاع والإجراءات المتبعة، د. على بدوي: أبحاث في تاريخ الشرائع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة، 1931، ص 327، د. زكي عبد المتعال: تاريخ النظم القانونية، 1935، ص 213 وما بعدها، د. فتحي المرصفاوي: فلسفة نظم القانون المصري، د.ن - 1979، ص 277، عبد الكريم محمد عبد الكريم: التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة طنطا، 1996، ص 25، د. فايز محمد حسين:، تاريخ النظم القانونية، د.ن، ط 2010، ص 271 - 276.

(2) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة 2002، بند 11، ص 17 وما بعدها، وقد كان السائد في المجتمعات القديمة أن التحكيم أداة للتسوية الودية لمنازعات الأفراد عن طريق الغير، د. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2006، بند 1 ص 5، وقضت محكمة النقض بأن " التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام " نقض جلسة 6 يناير 1976 في الطعن رقم 9 لسنة 42 ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 27- الجزء الأول، القاعدة 38، ص 138، 145، نقض جلسة 26 مارس 1981 في الطعن رقم 698 لسنة 47 ق- مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 32، الجزء الأول - القاعدة - 176 - ص 953 - 959.

(3) - قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2002/2923) تاريخ (2003/1/20) منشورات عدالة على الموقع الإلكتروني :

## أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختيارنا هذا الموضوع الى عدة أسباب أهمها:

- 1- قلة -بل ندرة- المؤلفات المتخصصة التي تناولت المواد المتعلقة بهذا الموضوع بالتفصيل .
- 2- غياب التنظيم التشريعي بشكل كافٍ لهذا الموضوع في كل من القانون الأردني، والمصري على السواء.
- 2- قلة الأحكام التحكيمية الصادرة بهذا الموضوع .

## منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن.

## خطة البحث :

نعالج هذا البحث في أربعة مطالب، ونهيه بخاتمة نتناول من خلالها أهم النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي يرجو الباحث أن تكون تحت نظر المشرع مستقبلا.

المطلب الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقانون الإدارة في اختيار القانون الواجب التطبيق .

المطلب الثاني: موقف المعاهدات الدولية و الهيئات الدائمة من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي .

المطلب الثالث: موقف الأنظمة القانونية من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي .

المطلب الرابع: السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لأحكام محاكم التحكيم.

## تمهيد وتقسيم :

بداية يمكن تعريف خصومة التحكيم على إنها مجموعة من الإجراءات، والخطوات والأوضاع والمواعيد، التي يحددها الإتفاق، والقانون حيث يقوم ببعضها أطراف التحكيم، أو من يمثلهما والبعض الآخر المحكم أو هيئة

التحكيم وأعوانه، تبدأ بالطلب وتنتهي عادة بصدور حكم في موضوعه<sup>(1)</sup>، وهناك أنواع عديدة من القرارات التحكيمية التي يمكن ان يصدق عليها حكم التحكيم وهذه الأنواع هي حكم التحكيم النهائي والمؤقت والجزئي والغياي<sup>(2)</sup>.

ويقصد بإجراءات التحكيم بداية المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي و تشكيل محكمة التحكيم و اختصاصها و إجراءات المرافعات التي تتبع لديها حتى إصدار الحكم بالنزاع<sup>(3)</sup> وهو ما يعرف في الحق الإجرائي، الذي يمتد سواء في المنازعات الداخلية، أو التحكيمية لينظم عمل الخصوم وهيئة التحكيم، ويضع قواعد ضابطة للعمل القضائي<sup>(4)</sup>

وتعتبر إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم، و هي السياج الذي يضمن شرعيته، وبتأخذ الاجراءات خلال مدة التحكيم فإنه يمكن وضع التحكيم موضع التطبيق للوصول الى حكم التحكيم<sup>(5)</sup>

وأهمية المسائل الإجرائية في مجال التحكيم تبدو من خلال ما تقرره التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية، و لوائح مراكز التحكيم الدائمة، من ضرورة مراعاة هذه المسائل، و إلا ترتب على مخالفة هذه الاجراءات بطلان الحكم و رفض الاعتراف به او تنفيذه<sup>(6)</sup>

ولا يكون العمل إجرائيا إلا اذا كان الشخص يقوم به بصفته خصما في الدعوى (مدعيا او مدعى عليه محتكما أو محتكما ضده، أو خصما مت دخلا أو مت دخلا في الدعوى) ولا يكون العمل اجرائيا كذلك إلا إذا كان جزء من الخصومة التي يراد اعتباره اجراء من اجراءاتها و لذلك لا يعتبر عقد التحكيم أو الاتفاق عملا اجرائيا بينما

1. د. سيد أحمد محمود: خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995 م. الناشر: دار النهضة العربية القاهرة. الطبعة: الأولى. سنة: 1997 م، ص 97

2. للمزيد من التفصيل راجع د.محمود مصطفى يونس، المرجع في اصول التحكيم، دار النهضة العربية، 2009، ص311 ومابعدها .

3. د. عز الدين عبد الله ، تنزاع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص ، مجلة العدالة السنه السادسة – العدد الحادي والعشرين ، أكتوبر 1979 ، ص 96

4. Pierre Mayer et Vincent Heuze, Droit international privé, Montchrestien, 2007, p. 371

5. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دارالنهضة العربية، الطبعة (4) 2005، ص 149

6. د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

Fouchard (Philipp) et Gaillard (E.) et Goldman (Berthold) : Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, 1996., P.669.NO.1207)

تعتبر مشاركة التحكيم التي تعدها هيئة التحكيم و يوقعها الخصوم عملا اجرائيا لأنها تحكم عمل هذه الهيئة و يتم التمسك بها امامها و امام القضاء عند الحاجة (1).

وتعد هذه المسألة من أعقد المسائل التي تواجه التحكيم التجاري الدولي و التي تمس الكثير من الاعتبارات التي تتعارض أحيانا مع بعضها البعض منها أن استقلال شرط التحكيم يمنح أطراف العقد اختيار قانون مغاير للقانون المفترض ان يحكم هذا العقد وفقا لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص كذلك في حالة عدم الاختيار الصريح للخصوم لأي قانون يحكم منازعاتهم التحكيمية اذ يصبح من الضروري البحث عن القانون الانسب موضوعيا لحكم التحكي

وبناء على ما تقدم سيتم تقسيم هذا المبحث على النحو الآتي :

**المطلب الأول : تطبيق هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق وفقا لقانون الارادة**

**المطلب الثاني : موقف المعاهدات الدولية و الهيئات الدائمة من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق .**

**المطلب الثالث : موقف الأنظمة القانونية من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق .**

**المطلب الرابع : السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لأحكام محاكم التحكيم.**

**المطلب الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقانون الإرادة**

حرص المشرع الاردني والمصري في قانون التحكيم على مبدأ رضائية التحكيم منذ بدايته وأثناء سير إجراءاته فتضمنت أحكامه التأكيد على حرية طرفي التحكيم ، في تحديد القانون الواجب التطبيق اجراءاته على النزاع التحكيمي، وبالتالي فإنه في هذه الحالة تلتزم هيئة التحكيم باحترام إرادة اطراف الخصومة التحكيمية وعدم مخالفة احكام سير التحكيم لاتفاقها (2).

1. د. محمد سليم العوا ، إجراءات التحكيم في القانون المصري ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.eastlaws.com

2. د.سميحة القليوبي: الاسس القانونية للتحكيم التجاري الدولي وفقا للقانون رقم (27) لسنة 1994، دار النهضة العربية، 2013، ص 192 ومابعدها.

وبسبب أن مصدر التحكيم هو الإرادة ، فقد أعطى مشرعوا الدول وواضعوا الاتفاقيات الدولية هذه الإرادة دورا مهما، و حاسما في تحديد القانون الواجب التطبيق، و يجري الفقه في غاليته نحو هذا الاتجاه ، كما ان هذا هو ما يجري عليه العمل في التحكيم التجاري الدولي<sup>(1)</sup> بمعنى إن لهيئة التحكيم في هذه الحالة أن تضع بنفسها ولنفسها القواعد الإجرائية التي ترى أنها الأنسب لظروف النزاع التحكيمي<sup>(2)</sup> ، مع وجوب احترام الضمانات الأساسية في التقاضي<sup>(3)</sup>.

وفي ظل الصلاحية الواسعة الممنوحة للأطراف، فيما يتعلق باختيار القواعد الاجرائية، التي تنظم عملية التحكيم، نجد أن للأطراف الحق في ممارسة هذه الحرية، بالطريقة التي يرونها مناسبة، و ذلك وفقا للاحتتمالات التالية :

أولا : قد يتولى الأطراف في إتفاقهم ،عملية تحديد اجراءات التحكيم من خلال الافصاح فيما بينهم و بالطرق القانونيه عن الاجراءات الواجب اتباعها في حال حدوث نزاع فيما بينهم.

ثانيا : قد يتفق الاطراف على إسناد هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم أي الاحالة الى هيئة التحكيم كل ما يتعلق بإجراءات التحكيم بغض النظر عن أي تفصيل لهذه الاجراءات فيعتبر الاطراف ان ما تتخذه هيئة التحكيم من اجراءات امر متفق عليه بإرادتهم ابتداء.

ثالثا : قد يتفق الأطراف على اتباع الاجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين ، ومن المتصور أن أطراف الخصومة التحكيمية يختارون قانوناً وطنياً معيناً لحكم إجراءات التحكيم لغايات عديدة منها ، إعتقاد الأطراف أن هذه الإجراءات هي المناسبة للتحكيم أكثر من غيرها مثل بساطة الإجراءات وبعدها عن التعقيد ، وقد يختار الأطراف نفس القانون لحكم موضوع النزاع ، وقد يختارون القانون نفسه ليطبق على الإجراءات<sup>(4)</sup>

1. د. أحمد السمدان ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 175

2. Philippe PINSOLLE , et , Prichard .H.Kreindler , Les L IMITES Du rôle de volonté des parties dans la conduit de l'instance arbitrale , op.cit .p.49

3. د. منير المناصير، سلطة المحكم في الاثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2014، ص 147 ومابعدها

4. ومن أمثلة ذلك القضية رقم 603 لسنة 2008 حكم نهائي بتاريخ 14 مارس 2010" بتاريخ 10 أغسطس سنة 2008 تعاقدت الشركتان المحتكمة (شركة أفريقية للأسمدة والكيماويات) والمحتكم ضدها ( شركة أفريقية لتكرير البترول ) على كمية من خام الكبريت تقوم المحتكم ضدها بتسليمها للمحتكمة خلال ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ التعاقد وتنتهى في 2008/11/9 ، بمعدل ثلاثة آلاف طن شهرياً ، ونظراً لما نسبته الشركة الى الشركة المحتكم ضدها من إخلال بالتزاماتها الناشئة عن عقد البيع الأمر الذي سبب لها أضراراً بالغة ، فقد لجأت الشركة المحتكمة إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، طالبة إحالة هذا النزاع الى هيئة تحكيم طبقاً للمادة 16 من العقد والتي تقضي بأنه :

، بل من الممكن لأطراف الخصومة التحكيمية الاتفاق على إخضاع التحكيم، لإجراءات كان ينص عليها قانون ملغي وبالتالي فمن الممكن الاتفاق على إخضاع اجراءات التحكيم للإجراءات والمواعيد التي كان ينص عليها بالرغم من إلغاء هذه النصوص بصدور قانون التحكيم<sup>(1)</sup>.

رابعاً : ان ينتقي الأطراف القواعد الاجرائية من بين مجموعه من القوانين الوطنية و لوائح هيئات التحكيم الاقليمية، او الدولية، بحيث تكون مزيجاً منها جميعاً، ويلجأ أطراف الخصومة التحكيمية أحياناً لهذه الطريقة بهدف الوصول الى إجراءات سريعة بعيدة عن التعقيد فعلى سبيل المثال " قاعدة تشكيل هيئة التحكيم، قد يرى أطراف الخصومة التحكيمية أخذها من قانون التحكيم الإنجليزي لأنهم يرونها الأنسب ، وقواعد المرافعات أمام هيئة التحكيم قد يختارونها من قانون التحكيم الفرنسي، وهكذا حتى تكتمل قواعد الإجراءات : وهذه كلها من صور التعبير الصريح عن الإرادة في مجال القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي .

وهو ما يطلق عليه " التحكيم المطلق " أو " تحكيم بلا قانون " وهذه التسمية أخذت من كونه لا يتقيد بنظام قانوني أو قواعد إجرائية معينة وإنما هو مزيج من جميع القوانين والقواعد المختارة من الأطراف<sup>(2)</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل للإرادة الضمنية دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أم إنها مقتصرة على الإرادة الصريحة ؟

“ The law of the Arab Republic of Egypt shall govern this Agreement .All disputes or differences arising out of or in connection with this Agreement , which could not be settled amicably between the parties hereto shall be finally settled under the rules of the Region center of International commercial Arbitration in cairo that shall govern all aspects of this Agreement .The award of the arbitrator shall be final and binding on the parties “ .

بحيث يمكن ترجمة النص اعلاه على إنه " قوانين جمهورية مصر العربية هي التي تحكم هذا الاتفاق ، وكل المنازعات والخلافات التي تنشأ عن هذا الاتفاق أو تتعلق به والتي يمكن حسمها ودياً سوف يتم حسمها نهائياً طبقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، والتي سوف تحكم كل جوانب هذا الاتفاق ويكون حكم المحكم نهائياً وملزماً للطرفين "

د. محي الدين اسماعيل علم الدين: احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984 – 2000)، مكتبة الكتب العربية ، الطبعة الاولى 2000 ، ص 261

<sup>1</sup>.د. فتحي والي: التحكيم ، المعارف، 2014، ص 384

<sup>2</sup>..Caprioli (e) Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du cyber Tribunal) , rev.arb .1999 p.232

للإجابة على هذا التساؤل يذهب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> إلى أنه يمكن ان تقوم ارادة الخصوم بوظيفتها، في تحديد القواعد الاجرائية فإنه يتعين ان تكون هذه الاراده صريحة و واضحة و إذا كان من الممكن في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود البحث عن الارادة الضمنية للمتعاقدين اذا لم توجد ارادة صريحة لها، فإنه في مجال التحكيم يتعذر القول بإمكانية اللجوء إلى الإرادة الضمنية للخصوم.

في حين يرى اتجاه اخر من الفقه الفرنسي ان قاعدة تطبيق قانون الارادة على المسائل الاجرائية في مجال الحكيم، وفقا لما ورد النص عليه في المادة ( 5/1/د) من اتفاقية نيويورك لعام 1958م لا تعني إلزام القاضي فقط بالقانون الذي حددته ارادة الاطراف صراحة كما قد توصي به ظاهر نصوص الاتفاقية و انما هي تعني ايضا تخويل القاضي فرصة الكشف عن القانون الذي عينته الارادة الضمنية للأطراف في حال سكوتهم عن اختيار هذا القانون صراحة<sup>(2)</sup>.

**ويرى الباحث** أن الرأي الثاني الذي يأخذ بالإرادة الضمنية هو الأقرب للصواب ، وذلك لأن التعبير الصريح هو التعبير المباشر عن الإرادة ، والتعبير المباشر كما هو متعارف عليه بين الناس يكون بالكتابة والإشارة ، وبخلاف ذلك يكون التعبير غير المباشر وهو بقبول الشيء أو رفضه ، وهنا يجب على هيئة التحكيم البحث عنها ، فقد يقوم اطراف الخصومة بتحديد القانون الواجب التطبيق صراحة في اتفاق التحكيم كأن ينصوا على ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني، او المصري، و هذا على سبيل المثال و قد يتفق الأطراف على هذا القانون بطريقة ضمنية و ذلك بأن يتفق الأطراف على إختيار القانون الأردني او المصري لإجراء التحكيم فيه و قد لا يتفقان في الوقت نفسة على خضوع الإجراءات لقانون آخر فيكون اتفاقهم هذا دليل على تطبيق قانون مكان التحكيم، ومن الثابت ان مجرد الاتفاق على اسناد التحكيم الى مركز من مراكز التحكيم يعني ضمنيا الاتفاق على اتباع لائحة وما تشتمل عليه من قواعد تتعلق بالاجراءات.

ونورد أمثلة على صور التعبير الصريح في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك عندما يعين المتعاقدان في العقد قانونا ما بالإسم، على ان يخضع له النزاع التحكيمي، و يمكن ان يكون ذلك بصورة واضحة في مجال التجارة و النقل الدولي، حيث شاع استعمال العقود النموذجية ، التي يخضع كل منها لقانون منصوص عليه فيه، ويجري اخضاع كل النزاعات التي تثور بشأن هذا العقد للقانون المنصوص عليه فيه ، و مثال على ذلك ،العقود الخاصة بتجارة القطن ، و المطاط، و الحبوب ، أو عقود الشحن البحري، و كذلك قد

<sup>1</sup>.د. أبو العلا علي أبو العلالنمر ، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم ، المرجع السابق ، ص

<sup>2</sup>.د. هشام صادق ، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة ، مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي و القانون الدولي ، العريش ، ص 58 ، Julian D .M. Lew, Loukas Mistelis , Stefan M kroll, comparative ,

يكون اختيار القانون الواجب التطبيق، هو اختيار ضمني يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد مثال ذلك جعل النظر في المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينه أو إخضاعها للتحكيم لدى محكم من دولة معينة، أو في دولة معينه يمكن أن يستخلص منه إنصراف نية الاطراف لإخضاع العقد لقانون دولة القاضي أو قانون دولة المحكم، و توثيق العقد لدى موثق معين أو تحريره بلغة معينة، أو الاتفاق على الوفاء بعمله معينه، قد يستخلص القاضي منها وجود نية ضمنية في تطبيق قانون الدولة التي يتبعها هذا الموثق، أو قانون الدولة التي تستعمل فيها هذه اللغة او تلك العمله<sup>(1)</sup>.

و يذهب جانب من الفقه<sup>(2)</sup> على انه من الضروري وجود علاقة بين قانون الارادة و العقد محل النزاع التحييي ، على ان دور الارادة في تحديد القانون او القواعد واجبة التطبيق لا تخرج عن كونها مجرد تركيز للعقد في مكان معين وفقا للظروف الواقعيه المحيطة بالعقد.

ونظرا للصعوبة التي يواجهها الأطراف عند اختيار القواعد التي تحكم اجراءات التحكيم وذلك لأنها غالبا ما تكون قاصرة عن الاحاطه بجميع التفاصيل المتوقع ان يثيرها النزاع او انهم قد لا يكون لديهم الامام الكافي بالجوانب القانونية فيختارون قواعد غير ملائمة للنزاع المعروض على التحكيم فقد تم وضع قواعد استرشادية يتم الاستعانة بها في تحكيم الحالات الخاصه و هي قواعد التحكيم التي أصدرتها الأمم المتحدة عام 1976م<sup>(3)</sup>.

و الاعتداد بقانون الارادة يغلب في التحكيم الحر، و في هذا النوع من التحكيم لا يختار الاطراف مركز دائم للتحكيم، وإنما يجري التحكيم وفق مشيئة الخصوم، من حيث كيفية مباشرة اجراءات التحكيم و تحديد القانون الواجب التطبيق و اذا كان هذا النوع من التحكيم قد تراجع الى حد امام تحكيم المراكز الدائمة إلا انه ما زال له حتى الان مكانا في بعض المجالات ذات الأهمية، مثل التحكيم في مجال المنافسة بين الشركات، و في براءات الإختراع، و عقود نقل التكنولوجيا و عقود الامتياز الدولية، و يستطيع الاطراف في مثل هذا التحكيم، تنظيم سير المنازعه وفقا لقواعد إجرائية تكون بمثابة تركيب مزجي من العديد من لوائح مراكز التحكيم بحيث تكون مكونا لا يرتبط بهذه اللوائح<sup>(4)</sup>.

و قد سار المشرع الأردني على نهج المشرع المصري في تكريس مبدأ حرية الأطراف في تحديد الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم على النزاع التحكيمي، حيث نصت المادة (24/أ) من قانون التحكيم الأردني على انه " لطرفي

<sup>1</sup>. د. أحمد ضاعن السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة من جامعة الكويت السنة الثامنة عشر، العدد الثاني يوليو، 1994، ص 176، 177 و المراجع المشار إليها في تلك المرجع

<sup>2</sup>. د. عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1، ص 258

<sup>3</sup>. د. أبو زيد رضوان الأسس العامه للتحكيم، المرجع السابق، ص 89

<sup>4</sup>. المرجع السابق، ص (91 - 92)، د. إبراهيم العناني، تطبيق القانون الداخلي على التحكيم الدولي، مجلة العلوم

القانونية و الإقتصادية و كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني 1996 م، ص 55

التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها"، ويرى الباحث بأن كل من المشرع الأردني والمصري قد أخذ من مصدر واحد وهو قانون التحكيم النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية.

ويستفاد من نص هذه المادة (24/أ) أن المشرع الأردني أخضع إجراءات التحكيم للقواعد المتفق عليها من قبل الأطراف في المقام الأول مع الاعتراف لهم بالحرية الكاملة، في تحديد هذه القواعد حيث أجاز لهم أن يصيغوا بأنفسهم في إتفاق التحكيم، القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أمام المحكمين أو ان يتفقوا على تطبيق قانون وطني معين أو يتفقوا على ان تسري الإجراءات وفقا للقواعد النافذة لدى مؤسسة، أو مركز تحكيم في المملكة، أو خارجها مثل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، أو لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة أو قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

و بهذا يكون للأطراف وفقا لنص المادة (24) من قانون التحكيم الأردني الخروج من القواعد الإجرائية التي جاء بها هذا القانون، لتنظيم اجراءات التحكيم، إذ انه القانون الذي كان من المفترض تطبيقه على اجراءات التحكيم لكون التحكيم يجري في المملكة الأردنية الهاشمية.

وبذلك يستطيع أطراف الخصومة التحكيمية أن ينشئوا قواعد اجرائية من ابتكارهم بحيث تنظم سير المنازعه و اجراءاتها من حيث مكان اجراء خصومه التحكيم و ميعادها واللغة المستخدمة في اجراءاتها و القواعد المتبعة لسماع الشهود و تعيين الخبراء<sup>(1)</sup> و كيفية الإعلان و تنظيم تبادل حقوق الدفاع و تقديم المستندات التي تبين الأسباب التي يستند عليها كل طرف في اثبات طلباته و حقه المشروع، و نلاحظ ان المشرع الاردني أعطى هذه الصلاحية، و الحرية للأطراف المتنازعه في اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات في النزاع التحكيمي، كونهم أقدر على معرفة ما يتماشى مع مصالحهم، و حاجاتهم، فسمح لهم الخروج عن القواعد الأمرة بشرط أن تنظم أموراً يقصد فيها مصالح الأطراف، و هذه الحرية لا يقف أمامها إلا عائق مخالفتها للنظام العام، وهذه ميزة من مميزات التحكيم، فيمتاز بالسرعة والسريّة والتخصصية، وتجنب تنازع القوانين والاختصاص القضائي.

وإذا كانت المادة (24) أعلاه قد قررت مبدأ حرية اختيار الاجراءات من جانب الأطراف، إلا انها لم تشر الى حقهما في إخضاع هذه الاجراءات، للقواعد السارية في قانون أجنبي معين، و يلاحظ من خلال إستقراء نص المادة (27) من قانون التحكيم الأردني و التي تنص على انه " لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في

<sup>1</sup>. للمزيد من التفصيل عن الوسائل الجائز استخدامها امام هيئات التحكيم سواء كانت مباشرة او غير مباشرة راجع د. منير المناصير: سلطة المحكم في الاثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 410 ومابعدها.

المملكة أو خارجها ، فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم .... " وهذا يعني إن حرية الأطراف المتنازعه، في إختيار مكان التحكيم وفقا للنص أعلاه بأنه يمكنهم كذلك و بطريقة غير مباشرة إختيار القانون الذي يخضع التحكيم لقواعده الإجرائية، وفقا لمبدأ خضوع التحكيم للإجراءات السارية في قانون أجنبي معين بالرغم من اجراء التحكيم في المملكة الأردنية الهاشمية و بالتالي نجد أن ما ينطبق على القانون الأردني ينطبق على القانون المصري.

أما فيما يتعلق بقانون التحكيم الفرنسي فقد نص على حرية الأطراف و ارادتهم في تنظيم اجراءات التحكيم سواء أكان ذلك بطريق مباشر ، او بالإحالة الى لائحة تحكيم، أو لقانون مرافعات معين وهذا ما نصت عليه المادة(1464)<sup>1</sup> من القانون رقم 2011/48 على إنه "1. و في حالة عدم اتفاق الاطراف على اجراءات محكمة التحكيم، فللمحكمة ان تحدد اجراءاتها من دون وجوب الالتزام بالاجراءات المتبعه امام المحاكم الوطنية .

2. ولكن يبقى دوما المبادئ الاساسية للدعوى المنصوص عليها في المواد (4-10) وفي الفقرة الاولى من المادة(11) وفي الفقرتين الثانية والثالثة من المادة(12) وفي المواد 21 و23 واجبة التطبيق<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>Article 1464 du Code de procédure civile , Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 « A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. « Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21,23 et 23-1. « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.

« Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité.

<sup>2</sup>Article 4 du Code de procédure civile " L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant

تنص المادة (4) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية على " يتحدد محل النزاع من خلال ادعاءات الاطراف , ويتم تحديد هذه الادعاءات في العريضة الافتتاحية للخصومة طلبات الدفاع , ومع ذلك فان محل النزاع يمكن تعديله من خلال الطلبات العارضة اذا ارتبطت بالادعاء الاصيل برابطه كافية

Article 5 du Code de procédure civile « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé

المادة (5) من قانون الاجراءات المدنية " وعلى القاضي ان يفصل في كافة ما يتم طلبه فقط في تلك الطلبات

**Article 6 du Code de procédure civile** "A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder".

المادة (6) من قانون الاجراءات المدنية "ويلتزم الاطراف باقامة الدليل عن ادعائهم"

**Article 7 du Code de procédure civile** «Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.

المادة (7) من قانون الاجراءات المدنية "لا يجوز للقاضي ان يؤسس قراره على وقائع لم ترد في الادعاء، ومن ضمن عناصر الادعاء يستطيع القاضي ان يأخذ في اعتباره الوقائع التي يتمسك بها الاطراف بشكل كأساس لادعائهم".

**Article 8 du Code de procédure civile** «Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

المادة (8) من قانون الاجراءات المدنية "من قانون الاجراءات المدنية وللقاضي ان يدعو الاطراف الى تقديم الاستفسارات عن الوقائع التي يرى انها لازمة للفصل في النزاع".

**Article 9 du Code de procédure civile** «Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

المادة (9) من قانون الاجراءات المدنية "ويقع على عاتق كل طرف اقامة الاثبات طبقا لاحكام القانون الوقائع اللازمة لصحة دعائه ادائه".

**Article 10 du Code de procédure civile** «Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.

المادة (10) من قانون الاجراءات المدنية "وللقاضي سلطة الامر من تلقاء نفسه باتخاذ كافة تدابير التحقيق القانوني".

**Article 11/1 du Code de procédure civile** «Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

**Article 12 du Code de procédure civile** 2 «Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

3/ Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

**Article 21 du Code de procédure civile** " Il entre dans la mission du juge de concilier les parties."

**Article 23 du Code de procédure civile** " Le juge n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties."

3. يعتمد الأطراف والمحكمون السرعة والامانة في تسيير الاجراءات مع مراعاة الالتزامات التعاقدية .

4. تخضع الإجراءات التحكيمية لمبدأ السرية إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك .

و على هذا النحو يمكن القول ان القانون الفرنسي كان متحررا إلى أقصى حد (liberal maximum) و هذه المنهجية المتحرره تم تقريرها على مستويين<sup>(1)</sup>:

المستوى الأول : سمح للأطراف بحرية تحديد القواعد الاجرائية بدون الرجوع الى أي قانون وطني المستوى الثاني : في حال الرجوع إلى القانون الفرنسي فإنه سمح للأطراف بإمكانية تجزئة ما به من قواعد و إختيار القواعد التي تناسب الأطراف و استبعاد الأخرى حتى و لو كان لها طابع أمر و تعد من القواعد الأساسية الموجهة للخصومة في قانون المرافعات الداخلي

ونلاحظ بأنه عندما تصل حرية اطراف الخصومة التحكيمية ، الى حد التحرر من كل القوانين الوطنية اعتمادا على إرادتهم في صياغة القواعد الاجرائية فانه يمكن وصف هذه الحالة بأنه تحكيم بلا قانون، او تحكيم حر .

و طبقا لأحكام القانون الانجليزي فإن إرادة طرفي النزاع ، تلعب دورها في تحديد مراحل و اجراءات التحكيم ، حيث أن الدعوى التي تعرض على هيئة التحكيم ، هي دعوى الطرفين و يحرص كل منهما على تقديم طلباته و دفاعه الى الهيئة بشكل مقنع وفقا لإجراءات سليمة حتى لا يكون حكم التحكيم عرضة للإبطال ، أو لعدم الاعتراف به ، او عدم تنفيذه في الدولة التي يجب تقديمه إليها لهذا الغرض ، و من ناحية أخرى فإن سلطة المحكمين في تحديد اجراءات التحكيم مستمدة من ارادة الطرفين في الحدود التي يسمح بها القانون الواجب التطبيق<sup>(2)</sup>.

وقد أعطى قانون التحكيم الانجليزي ، الأطراف المتنازعه سلطة الاتفاق على مايشاؤون من اجراءات والتي يجب على هيئة التحكيم اتباعها ( المادة 15 و 16 و 23 و 34 ) و لقد جاء نص المادة 68 / 2 / ج ببطلان حكم التحكيم اذا تجاهلت هيئة التحكيم القواعد الاجرائية التي اتجهت ارادة الاطراف الى تطبيقها على خصومة التحكيم و

<sup>1</sup>. مشار إليه لدى د. أبو العلا علي أو النمر ، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم ، المرجع السابق ، ص 21 .

<sup>2</sup>. د. محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 268 .

كما نصت في فقره ه من نفس المادة على بطلان حكم التحكيم اذا تجاوزت هيئة التحكيم أو أي شخص آخر خوله الأطراف صلاحيات معينة تتعلق بالإجراءات<sup>(1)</sup>.

وكذلك أعطى المشرع الإنجليزي القاضي في حالة وجود مخالفة جوهرية في الاجراءات ان يرجع حكم التحكيم كله او جزء منه الى هيئة التحكيم، و له ان يبطله بالكامل، أو يبطل جزء منه، و له الحق في رفض منحه الصيغة التنفيذية للحكم بالكامل، أو بجزء منه، و هذا ما نصت عليه المادة ( 68/3/أ، ب، ج) من قانون التحكيم الإنجليزي<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني

موقف المعاهدات الدولية والهيئات الدائمة من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي

الأصل و القاعد الأصلية كما بينا سابقا، هو لإرادة الأطراف في الاتفاق على القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم، و لكن قد يحدث ألا يكون هنالك اتفاق، بين الأطراف على تنظيم المسائل الإجرائية أو يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق فهئية التحكيم تتمتع بنفس الحرية، أو الإمكانية، التي كانت للخصوم في هذا الشأن ففي هذه الحالات لهيئة التحكيم أن تضع بنفسها و لنفسها القواعد الإجرائية التي ترى انها الأنسب لظروف النزاع<sup>(3)</sup> و لها أن تقرر اتباع النظام الاجرائي المعتمد في لائحة منظمة او مركز من منظمات أو مراكز التحكيم الدائم، و لها ان تقرر اتباع الاجراءات النافذه في النظام

<sup>1</sup>. حيث جاء النص باللغة الإنجليزية على النحو الآتي : 68/2 : serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant –c : failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties- (h) failure to comply with the requirements as to the form of the award.

<sup>2</sup>. حيث جاء النص باللغة الإنجليزية على النحو الآتي : 68/3 If there is shown to be serious irregularity affecting the proceedings, the award, the court may –tribunal, the proceedings or the award, the court may

- ) a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration ,
- ) b) set the award aside in whole or in part, or
- ) c) declare the award to be of no effect, in whole or in part.

<sup>3</sup>.Philippepinsolif, et Richard .kreindler, Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de 1, instancearbitrale, Dalloz , 1999 , p49

الاجرائي لدولة أو أخرى من الدول<sup>(1)</sup>، و بمعنى آخر فإن سلطة هيئة التحكيم في تنظيم اجراءات التحكيم تزدهر ووتتضح في تحكيم الحالات الخاصة، عند عدم اتفاق الأطراف على تنظيمها، أو الإحالة الى القانون، أو لائحة تحكيم محده، أو في حالات التحكيم المؤسسي<sup>(2)</sup>.

وقد تباينت مواقف المعاهدات والإتفاقيات الدولية، والهيئات الدائمة من مسألة السلطة التقديرية للمحكم(هيئة التحكيم) في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فمنهم من جعل القواعد الإجرائية الخاصة به، تلعب دوراً إحتياطياً، بجانب إراد الأطراف، ومنها من جعل إرادة الأطراف، تلعب دوراً إحتياطياً وألزم أطراف الخصومة التحكيمية، بعدم مخالفة تلك القواعد وهو ما سنتاوله من خلال الأمثلة التالية:

نصت المادة الرابعة من لائحة إجراءات مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994م على أنه ((فيما لم يرد به إتفاق خاص بين الخصوم فتختص هيئات التوفيق أو التحكيم بتحديد القواعد الإجرائية أو الموضوعية اللازمة للفصل في النزاع المطروح عليها...)) وهذا ما نصت عليه وبنفس المعنى أيضاً" المادة (6) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994م حيث جاء فيها على أنه تطبق القواعد الإجرائية التي يتفق عليها الأطراف على أي نزاع يقدم إلى الغرفة للتوفيق أو التحكيم وذلك في حال عدم وجود نص في هذا النظام يحكم مسألة معينة في النزاع، وفي حال عدم إتفاقهم تحدد هيئة التوفيق أو التحكيم الإجراءات الواجبة الإلتباع دون إخلال بالأحكام الأمرة في القوانين واجبة التطبيق في الإمارة.

وكذلك ما جاء في إتفاق التحكيم بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية للنفط (aramco)، حيث نص إتفاق التحكيم الموقع بينها، في 23 شباط 1955 وفي المادة (6) منه على أن هيئة التحكيم تقرر قواعد الإجراءات التي تتبعها<sup>(3)</sup>.

ونصت المادة (44) من إتفاقية واشنطن لعام 1965 على إنه يتم السير في إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم، وتبعاً لقواعد التحكيم السارية يوم الإتفاق على التحكيم، ما لم تتفق الأطراف المعنية على خلاف

<sup>1</sup>. د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 227، د. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 293 حيث يقول "...وهناك قضاء بأن مجرد الإتفاق على إسناد التحكيم إلى منظمة دائمة يعنى ضمناً الإتفاق على اتباع لائحة هذه المنظمة بما تشمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات ..."

<sup>2</sup>. د. أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 191

<sup>3</sup>. د. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص(167,168).

ذلك، وإذا عرضت مسألة تتعلق بإجراءات غير مدرجة في هذا القسم، أو في نظام التحكيم أو أي قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان فإن المحكمة هي التي تفصل في أمرها .

ويتضح من النص أعلاه أن هذه الإتفاقية قد خولت الأطراف المتنازعة إبتداء، الإتفاق على القواعد الإجرائية، وفي حال غياب الإتفاق تقوم المحكمة بإختيارها<sup>(1)</sup>، وكما أن الإتفاقية وضعت حلاً لمشكلة وجود مسألة إجرائية غير منصوص عليها في أحكام الإتفاقية، أو في القواعد الإجرائية التي إختارها الأطراف، حيث خولت هيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه المسألة<sup>(2)</sup>.

وكذلك نجد أنه قد جاء في لائحة في إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، في المادة (2,1/29) والتي تنص على أنه تفصل الهيئة في النزاع طبقاً لما يلي:

1- العقد المبرم بين الطرفين، وأي إتفاق لاحق بينهما .

2- القانون الذي يختاره الطرفان.

وهذا يعني أن لائحة المركز قد منحت المحكم سلطة الفصل في أي نزاع، قد يحدث بين أطراف خصومة التحكيم، بشأن العقد المبرم بينهما، أو في أي عقد، إتفاق لاحق بينهما وكذلك فقد خولت المحكم الفصل في حالة الإختلاف بين المحتكمين، بشأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة، وسلطة إختيار أي قانون يطبق على التحكيم بما يراه مناسباً".

ولقد تبنت إتفاقية نيويورك مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أما في حالة عدم إتفاق الأطراف، فقد قررت تطبيق قانون الدولة التي تم فيها التحكيم أي قانون مكان التحكيم<sup>(3)</sup>، وقد ورد ذلك في المادة الخامسة فقره (د) والتي نصت على أنه ((لا يجوز رفض الإعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف و التنفيذ، الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما إتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق، ووفقاً لنص الإتفاقية أعلاه فإننا نرى وضع ترتيب تنازلي في ما يتعلق بالإجراءات السارية على التحكيم، فالأولوية في التطبيق هي لما إتفق عليه

<sup>1</sup> .د.أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990م، ص 85.

<sup>2</sup> . سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 134.

<sup>3</sup> Fouchard " l'arbitrage Commercial international " thèse Dalloz 1965, P. 328.NO. 506

الأطراف، وفي حال عدم إتفاق أطراف الخصومة التحكيمية، على تحديد القانون الواجب التطبيق يطبق قانون مكان التحكيم، ومن الواضح أن الإتفاقية لم تجعل للمحكم (هيئة التحكيم) سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق علي الإجراءات .

ولكن الإتفاقية الأوروبية لعام 1961م، ذهبت إلى أبعد مما ذهبت إليه إتفاقية نيويورك، حيث أكدت علي حرية الأطراف، في تحديد قواعد الإجراءات الواجبة الإتباع من المحكمون، وقد أكدت أيضا علي حرية الأطراف في إختيار نوع التحكيم، ونصت في الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أنه في حال إختيار نوع التحكيم، ونصت في الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أنه في حالة إختيار الأطراف إحدى مؤسسات التحكيم فإن إجراءات التحكيم تجري طبقا لقواعد تلك المؤسسة وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية بقولها:-

1- يجوز للأطراف النص في اتفاق التحكيم علي أن:-

أ - تخضع منازعاتهم لمركز تحكيم دائم، وفي هذه الحالة يجري التحكيم طبقا للاتحة هذا المركز أو :

ب- أن تخضع منازعاتهم لإجراءات التحكيم الحر (Ad Hoc)، وفي هذه الحالة يكون للأطراف القدرة على تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع من قبل المحكمين .

2- إذا اتفق الأطراف على تسوية منازعاتهم بطريق التحكيم الحر، دون أن يتضمن إتفاق التحكيم، أي بيان حول الإجراءات اللازمة لتنظيم التحكيم، كان من حق المحكمين اتخاذ هذه الإجراءات.

3 – لرئيس الغرفة التجارية المختص، أو اللجنة المختصة، حسب الأحوال القدرة علي تحديد القواعد الإجرائية الواجب مراعاتها من قبل المحكمين، سواء مباشرة أو باللجوء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم، وذلك إذا لم يقر المحكمون بتحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف في هذا الصدد.

وعلي سبيل المثال ما نصت عليه المادة (19) من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام 2012 بقولها (1) " تخضع الاجراءات أمام هيئة التحكيم لهذه القواعد، واذا خلت القواعد من الحكم المطلوب، تخضع للقواعد التي

---

1. اما نظام غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 فلقد اوضحت الاتفاقية في المادة 15 فقرة 1 انه في حال وجود نص اجرائي في النظام الذي اعتمده الاتفاقية فإنه تكون له الاولوية في التطبيق ولكن في حالة سكوت النظام فيتعين تطبيق القواعد التي يتفق عليها الأطراف و في حالة اتفاق الاطراف فإن هيئة التحكيم تتولى تحديدها دون ان تكون ملزمة بالاستناد الى اي قانون وطني مطبق على التحكيم و نلاحظ ان الاتفاقية أعطت سلطة تقديرية واسعة لهيئة التحكيم و ذلك في المرتبة الثالثة و ذلك بعد تطبيق نظام غرفة التجارة الدولية بباريس في المرتبة الاولى و من ثم تطبيق اتفاق الاطراف بصفه احتياطية عند عدم كفاية قواعد الاجراءات التي عددها النظام في المرتبة الثانية.

يتفق عليها الاطراف او التي تقررها هيئة التحكيم في حال غياب اتفاق الاطراف، سواء كانت هناك اشارة من عدمه الى القواعد الاجرائية للقانون الوطني واجب التطبيق على التحكيم<sup>(1)</sup>.

و هذا يعني انه في حال عدم اتفاق اطراف النزاع على تطبيق قواعد اجراءات معينه يقوم المحكم باتباع الاجراءات التي تقررها قواعد غرفه التجاره الدولية و في حال عدم كفاية تلك الاجراءات او سكوت القواعد المذكورة عن معالجة بعض الامور الإجرائية، يستطيع المحكم ان يستند في إجراءاته إلى احد القوانين الوطنية او انه يقرر بنفسه الاجراءات المناسبة دون ان يستمدها من قانون معين<sup>(2)</sup>.

ويذهب بعض الفقهاء<sup>(3)</sup> الى القول إن الاتفاقية الأوروبية<sup>(4)</sup>، بوضعها الحلول المختلفة لمسألة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، فقد أوجدت قانوناً حقيقياً، وفعالاً للتحكيم التجاري الدولي ، وذلك لأنها تجنب المشاكل الكثيرة والتي قد تحدث بسبب تنازع القوانين في البلد الذي يجرى فيه التحكيم .

و مما يمكن ملاحظته كذلك على هذا النص انه اكد الاختصاص الاحتياطي للأطراف و المحكمين في تحديد القواعد الاجرائية الواجبة التطبيق دون الزامهم بالالتجاء الى قانون وطني معين و على ذلك فإن هذا النص يسمح بالاختصاص بالاتجاه الذي يقضي باستقلال اجراءات التحكيم و تحريرها كلية من الخضوع لاي نظام وطني حيث انه يجوز للمحكمين تطبيق قواعد اجرائية غير وطنية غير ان الواقع العملي للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية يكشف عن لجوء المحكمين من اجل تكملة القواعد الوارده في نظام تحكيم الغرفة او تلك المتفق عليها بين الاطراف الى تطبيق قانون مهني معين غالباً ما يكون قانون الدولة مكان التحكيم، سراج حسين محمد أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، 1998 ( منشورة ) ، ص 505

<sup>1</sup> .ART/ The proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent ,by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration.

<sup>2</sup> .Kopeimanas , L, La place de la convention Europeene sur l'arbitrage commercial International , Du 21 avril , 1961 , dans l'évolution du droit International de l'arbitrage , Annuaire français droit international paris , 1961 , p341

<sup>3</sup> .د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 172

<sup>4</sup> . حيث جاء النص باللغة الانجليزية على النحو التالي :

.1. The parties to an arbitration agreement shall be free to submit their disputes:

(a) to a permanent arbitral institution; in this case, the arbitration proceedings shall be held in conformity with the rules of the said institution;

(b) to an ad hoc arbitral procedure; in this case, they shall be free inter alia

و نصت المادة 19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي :

1. مع مراعاة احكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الاجراءات ، التي يتعين على هيئة التحكيم ، اتباعها لدى السير في التحكيم .

2. فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق ، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة احكام هذا القانون ان تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة و تشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة و صلتها بالموضوع و جدواها و أهميتها ، وهذا ما نصت عليه كذلك المادة ( 14 ) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي<sup>(1)</sup>

(i) to appoint arbitrators or to establish means for their appointment in the event of an actual dispute;

(ii) to determine the place of arbitration; and

(iii) to lay down the procedure to be followed by the arbitrators.

2. Where the parties have agreed to submit any disputes to an ad

hoc arbitration, and where within thirty days of the notification of the request for arbitration to the respondent one of the parties fails to appoint his arbitrator, the latter shall, unless otherwise provided, be appointed at the request of the other party by the President of the competent Chamber of Commerce of the country of the defaulting party's habitual place of residence or seat at the time of the introduction of the request for arbitration. This paragraph shall

also apply to the replacement of the arbitrator(s) appointed by one of the parties or by the President of the Chamber of Commerce above referred to.

ART/ <sup>1</sup>. The parties may agree on the conduct of their arbitral proceedings and they are encouraged to do so, consistent with the Arbitral Tribunal's general duties at all times: (i) to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent; and

(ii) to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair and efficient means for the final resolution of the parties' dispute.

Such agreements shall be made by the parties in writing or recorded in writing by the Arbitral Tribunal at the request of and with the authority of the parties.

14.2 Unless otherwise agreed by the parties under Article 14.1, the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge its duties allowed under such law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may determine to be applicable; and at all times the parties shall do everything necessary for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration.

ويلاحظ على ما جاء في نص المادة (19 فقرة 2) إنه كان موفقا في منح المحكم سلطة واسعة جداً، إذا ما تم مقارنتها بالتشريعات الدولية، التي تناولت هذه المسألة فقد خولت المحكم سلطة تقدير قبول الأدلة، و مدى صلتها بالموضوع من عدمه و ما مدى جدواها و أهميتها في توضيح ملابسات القضية و في إتخاذ الإجراءات الملائمة لتسييرها، و بالفعل هذه خطوة جيدة تسجل لصالح الأشخاص الذين قاموا بوضع مشروع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ويرى الباحث بأنه يمكن لأطراف الخصومة التحكيمية، مخالفة لوائح وأنظمة وقواعد مراكز ومؤسسات وغرف التحكيم، وذلك لأن التحكيم هو عبارة نظام اتفاقي يقوم على إرادة أطراف الخصومة، والإجراءات ما هي إلا وسيلة، وليست غاية، والهدف منها، الوصول الى الحق أو حل يرضى به أطراف الخصومة، وبحجة الوصول الى إتفاق و صلح ما بين الأطراف يتم الإتفاق على قواعد جديدة.

### المطلب الثالث

#### موقف الأنظمة القانونية من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي

قد يتعذر ان يضع طرفا الخصومة التحكيمية التنظيم الاجرائي الواجب اتباعه من قبل هيئة التحكيم، خاصة وانه يتطلب درجة من التخصص، و التأهيل قد لا تتوفر لديهم فعندئذ يتم الاتفاق على تفويض المحكم في وضع التنظيم الاجرائي، ولكن تفويض المحكم في اختيار الاجراءات، قد يؤدي الى نتائج غير عادلة، إما لعدم عدالة الاجراء في ذاته، أو لاستغلال المحكم تحديد القواعد الاجرائية وفقا لما يراه ملائماً، على نحو قد يخل بتوقعات طرفي النزاع، لذا يتعين على المحكم دائماً، التنبيه على الاطراف بالقواعد التي ينوي اتباعها، قبل بدء الاجراءات بفترة كافية متيحاً لهم فرصة التعليق، و اقتراح اجراءات بديلة، و إحاطتهم بأية تعديلات لاحقة يقتضيها حسن سير الاجراءات<sup>(1)</sup>، و نشير الى أن بعض التشريعات الوطنية، قد أشارت صراحة الى حرية الاطراف في اختيار القواعد الاجرائية، التي تتبع في اجراءات التحكيم، و في حالة عدم الاتفاق على ذلك يتولى المحكم أو المحكمون تحديد القواعد الاجرائية التي يرونها مناسبة<sup>(2)</sup>.

14.3 In the case of a three-member Arbitral Tribunal the chairman may, with the prior consent of the other two arbitrators, make procedural rulings alone.

1. د. محمد علي محمد بني مقداد: قانون التحكيم التجاري "دراسة نظرية تحليلية تطبيقية مقارنة" مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية، 2011، ص (157، 158)، د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق جامعة القاهرة، 1997، ص 205.

2. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 175

و تؤكد التطبيقات العملية إنه نادراً ما يقوم المحكّمين بتحديد القواعد الاجرائية، على منازعاتهم رغم حقهم المشروع في ذلك، و تقوم هيئة التحكيم، بإختيار هذه القواعد نيابةً عنهم، و قد يرجع ذلك لعدة أسباب منها (1):

1. إنه غالباً ما يثار أمر الاجراءات واجبة التطبيق على النزاع بعد حدوثه خاصة إذا لم يتفق الأطراف عند ابرام العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم، أو عند اتفاهم على مشاركة التحكيم على تلك الاجراءات.

2. يصعب على المحكّمين التكهّن بالمسائل المستقبلية التي يثيرها النزاع وبالتالي صعوبة تنظيم الاجراءات

(3) تخوف المحكّمين – بسبب عدم أو قلة خبرتهم في مجال التحكيم، أو جهلهم بأحكام تؤدي إلى وقوع التصادم، بين القواعد الاجرائية الأمره، أو المتعلقة بالنظام العام في دولة التنفيذ والتي لا يجوز الخروج عليها أو مخالفتها.

وفي مثل هذه الحالات تتمتع هيئة التحكيم، سواء أكان محكّماً واحداً، أو أكثر بسلطة تحديد القواعد الاجرائية التي يرونها مناسبة لحكم سير المنازعة، وإن المحكّم يملك في هذا الخصوص سلطات بل وغير معترف بها لقضاء الدولة، ويستطيع بالتالي أن يحدد الاجراءات الواجب إتباعها، أي كان المصدر الذي يستقي منه هذه الاجراءات بشرط ألا تخل بحقوق وضمائنات الدفاع والمساواة والعدالة بين الخصوم (2).

وقد منح المشرع الأردني هذه الصلاحية لهيئة التحكيم من خلال ما قرّره الفقرة الثانية من نص المادة (24) من قانون التحكيم الأردني بقولها (3) ((.... فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون)).

ويلاحظ من خلال نص المادة أعلاه، أن المشرع الأردني حدد الإختصاص بتحديد القواعد الاجرائية في حال عدم وجود إتفاق بين أطراف الخصومة التحكيمية، أو في حالة نقص القواعد الاجرائية المتفق عليها من قبلهم، لهيئة التحكيم ولكن هذه الحرية مقيدة من خلال مراعاة القواعد والاجراءات الواردة في نصوص قانون التحكيم وذلك بعبارة (...لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون " حيث يقصد المشرع بهذه العبارة إنه يتعين على كل هيئة التحكيم عند إستعمال سلطتها، في

1. د. مهند أحمد الصانوري: دور المحكّم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق، معهد البحوث والدراسات العربية، 2004 (منشورة)، ص 127

2. د. أبو زيد رضوان: الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 101

3. وهذا ما نصت عليه المادة (25) من قانون التحكيم المصري بقولها ((.... فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة))

إختيار القواعد الإجرائية أن تراعي القواعد الإجرائية الإلزامية المنصوص عليها في قانون التحكيم، وأن تكون ملزمة في كافة الاحوال، بمراعاة القواعد الأساسية التي تحكم سير اجراءات التحكيم، وتلك القواعد المتعلقة بالنظام العام<sup>(1)</sup>، وكفالة المساواة، والمواجهه، لكل من الخصمين، وإعمال حق الدفاع على الوجه المنشود، وهي قواعد يجب مراعاتها دون الحاجة الى نص، حيث إنها حق عالمي تتفق بشأنها كافة القوانين، وكافة المؤسسات التحكيمية عالمية كانت أم محلية<sup>(2)</sup>.

ولبيئة التحكيم حرية إختيار الإجراءات التي تراها مناسبة - والمعيار يبدو هنا معياراً شخصياً محضاً إلا أنه ينبغي مراعاة ما يلي<sup>(3)</sup>:

أولاً: - إذا عمدت هيئة التحكيم إلى وضع قواعد إجرائية مادية بطريق مباشر وفقاً لما لما يكتشف لها من طبيعة النزاع ومعطياته، كانت حريتها في وضع هذه القواعد، وليس عليها من قيد سوى قيد النظام العام.

ثانياً: إذا عمدت هيئة التحكيم إلى اختيار نظام إجرائي منتسب الى دولة أو أخرى من الدول، فيتعين عليها إختيار نظام إجرائي، له صلة بالنزاع المطروح عليها، على نحو لا يخل بتوقعات الطرفين المشروعة، كنظام مكان التحكيم، او المكان الذي ينفذ فيه حكم التحكيم، او النظام الذي تكون أحكامه أكثر استجابة لطبيعة النزاع، ولا يكون لها أن تختار نظاماً إجرائياً لا تربطه بالنزاع صلة ما نبرر إختياره، وعند تعدد القوانين ذات

<sup>1</sup>. فتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة النقض المصرية في عدة احكام لها أن "مؤدى المادة الاولى من قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي على أنه"1- إذا اتفق طرفا عقد كتابة على احالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد الى التحكيم وفقاً لنظام التحكيم لمركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقاً لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي يتفق عليها الطرفان كتابة، 2-تنظم هذه القواعد التحكيم الا إذا تعارض بين-مع- قاعدة فيها نص من نصوص القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يجوز للطرفين مخالفته إذا تكون الارجحية عندئذ لذلك النص وكان مرتبطاً بالبند الخامس من المادة (18) من العقد سالف الذكر المتضمن أن محل التحكيم القاهرة بمصر والمادة(22) من القانون المدني التي تنص على أنه" يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات " أن القواعد الاجرائية التي لا تجيز التشريع المصري الخروج عنها تكون لها الغلبة وتسمو على اتفاق الأطراف بشأن حالة التحكيم واجراءات الدعوى التحكيمية إلى قواعد تحكيم إحدى المنظمات أو مراكز التحكيم ومنها مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ( الطعون أرقام 72/648 ق و 5745، 6787، 6467/75 ق جلسة 2005/12/12 مجلة التحكيم العربي-العدد العاشر، سبتمبر 2007، ص332.

<sup>2</sup>.د. نجم رياض نجم الربضي: ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، (غير منشورة) 2003، ص 172، د.محمد سليم العواء اجراءات التحكيم في القانون المصري، المرجع السابق، ص 3، د. رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، 2006، القاهرة، ص 12

<sup>3</sup>.د.محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص(161، 160)

الصلة بالعلاقة يكون عليها أن تسبب إختيارها لقانون منها دون غيره من القوانين ، وإذا عمدت الى إختيار الاجراءات النافذة في منظمة أو مركز للتحكيم فيلاحظ أن هناك منظمات أو مراكز التحكيم متخصصة في نوع او اخر من المنازعات ومن ثم تكون الاجراءات النافذة في المنظمة، أو مركز التحكيم المتخصص في نوع النزاع المطروح عليها .

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد ميز ما بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث أفرد لكل منهما نصاً خالصاً به حيث نصت المادة (1464) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أن يحدد المحكمون إجراءات الدعوى التحكيمية دون إلزام اتباع القواعد التي تتبعها المحاكم إلا إذا قرر أطراف التحكيم غير ذلك في إتفاق التحكيم ومع ذلك فإن المبادئ الأساسية للتقاضي تكون واجبة التطبيق من قبل هيئة التحكيم<sup>(1)</sup> والمبينة في المواد من 4 الى 10 و 1/11 ، ومن 13 الى 21 من تقنين المرافعات.

ومؤدى هذا النص كما أشرنا سابقاً أن القانون يمنح المحكم دوراً واسعاً، في تحديد قواعد واجراءات ومراحل الدعوى التحكيمية، ويستبعد في هذا الشأن اتباع قواعد قانون المرافعات، إلا ما تعلق منها بالضمانات الأساسية للتقاضي، كما يقرر النص المشار اليه في فقرته الأخير منح المحكم مهمة الفصل في تنظيم وإدارة وسائل إثبات وقائع الدعوى، وكذلك التزامات طرفيها ، إذا قررت الفقرة الأخيرة من المادة (1460) مرافعات أنه يجوز للمحكم إلزام أي من طرفي النزاع ، بتقديم ما لديه من عناصر الإثبات في الدعوى<sup>(2)</sup> أما في التحكيم الدولي فإن المادة (1509)<sup>3</sup> من قانون المرافعات الفرنسي أشار بأنه إذا لم يتفق الأطراف على تنظيم اجراءات التحكيم ، فإن هيئة التحكيم هي التي تتولى تنظيم إجراءات التحكيم، سواء بطريقة مباشرة أو بالإحالة إلى قانون معين أو الى لائحة تحكيم ولقد أتاح المشرع للأطراف وكذلك لهيئة التحكيم حرية إختيار الكيفية التي يتم بها تحديد قواعد الاجراءات ، فأجاز لهم وضعها بأنفسهم بطريقة مباشرة أو إختيار أحد القوانين او لوائح

1. PHILIPPE pinsolle, et Richard – H, kreindler , leslimitesdu rôle de la volonté des parties dans la conduite de 1 , instance arbitrale, op cité p 49

2. د. محمود سمير الشرقاوي: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2011، ص 266

<sup>3</sup>Article 1509 du Code de procédure civile , Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.

« Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.

التحكيم او بانتقاء مجموعة من القواعد من هنا وهناك بحيث يكون مزيجاً منها جميعاً<sup>(1)</sup> دون أن يكون على المحكمين مراعاة ما جاء بالنصوص المتعلقة بالتحكيم الداخلي<sup>(2)</sup>

وبالمقارنة بين موقف المشرع الفرنسي وكل من المشرع الأردني المصري، فإننا نؤيد ما ذهب اليه بعض الفقهاء<sup>(3)</sup> من أن منهج المشرع الفرنسي في الأخذ بالفصل بين التحكيم الداخلي والدولي كان موقفاً حيث أزال كل اللبس والجدل والخلاف الذي يمكن أن يثور في ظل القانون الأردني والقانون المصري الذي فضلا معالجة كل صور التحكيم في قانون واحد يكاد يكون نقلاً حرفياً لنموذج القانون الذي وضعته (اليونسيترال) ولا تسري وفقاً لنص المادة 1495 من قانون المرافعات والمتعلقة بالتحكيم الدولي ( نصوص التحكيم الداخلي الواردة في الأبواب الثلاثة الأولى ، من الكتاب الرابع على التحكيم الدولي الخاضع للقانون الفرنسي ، وذلك بالرغم مما يتسم به نصوص الباب الأول من المادة (1442 الى 1459 مرافعات فرنسي ) وبعض نصوص البابين الثاني والثالث من المادة (1460-1480 مرافعات ) من طابع أمر لا يجوز الخروج عليه في حالة التحكيم الداخلي<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الانجليزي نجد أنه قد نظم إجراءات دعوى التحكيم ، والذي يطبق على كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في المواد من (33-45) ونظمت هذه المواد سلطة هيئة التحكيم والطرفين، في تبني القواعد الإجرائية المناسبة، لظروف كل دعوى تحكيمية ، واقتصاد الوقت والنفقات بتوفير وسائل معقولة وعادلة لحل النزاع المعهود به الى هيئة التحكيم<sup>(5)</sup>

ونصت المادة (18) من قانون التحكيم السوري على إنه: (1- لأطراف التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقهم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز دائم للتحكيم في سوريا أو خارجها

2- فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم ، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة) وفي نفس الإتجاه سار القانون السويسري، بشأن التحكيم الدولي الخاص حيث نصت المادة (2/182)<sup>(6)</sup> على إنه

1. د. محمود مختار بري: التحكم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ، ص 99

2. د.نجم رياض الربضي ، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقة الدولية الخاصة / المرجع السابق ، ص174

3. المرجع السابق، ص 174 ، ، د. محمود مختار بري: التحكم التجاري الدولي، المرجع السابق ، ص99.

4. حيث جاء نص المادة (1495) من قانون المرافعات الفرنسي القديمه

" lorsque l'arbitrage international est soumis a la loi française , les dispositions des articles 1493 et 1494 du present livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494 "

5. د.محمود سمير الشراوي ، التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق / ص 269

6. ART 182/2. "If the parties have not determined the procedure, the Arbitral tribunal shall determine it to the extent necessary, either directly or by reference to a statute or to rules of arbitration.

إذا لم ينظم الأطراف الإجراءات تتولى محكمة التحكيم تحديدها حسب الحاجة سواء مباشرة أو باللجوء إلى قانون معين أو لائحة تحكيم " ونلاحظ أن المشرع السويدي نص بشكل صريح على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بالإضافة إلى ذلك نص على البدائل والإمكانيات التي يمكن للأطراف الإختيار من ضمنها حسب النص اعلاه ، ونصت المادة (2/21) من القانون الأسباني على إنه " تخضع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف أو لقواعد المنشأة بواسطة المنظمة، أو الجمعية التي أسندت إليها مهمة إدارة التحكيم، أو لاتفاق المحكمين في حالة غياب القواعد المحددة بواسطة الأطراف أو بواسطة المنظمة ،أو الجمعية التي اسند اليها مهمة إدارة التحكيم " .

ونلاحظ من خلال إستقراء الفقرة الثانية من المادة أعلاه أن المشرع الأسباني أخضع إجراءات التحكيم على النحو الآتي : في المرتبة الأولى لإرادة الأطراف المتنازعة، وفي المرتبة الثانية القواعد الواردة في لائحة التحكيم النافذة لدى مراكز التحكيم ، التي اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم تحت رعايتها، وفي المرتبة الثالثة والأخيرة لهيئة التحكيم في حالة غياب القواعد المحددة بواسطة الأطراف، أو بواسطة المنظمة، أو الجمعية التي أسند اليها مهمة إدارة التحكيم .

وهذا النص يماثل المادة (37) من القانون البرتغالي والمادة (1693) من قانون المرافعات البلجيكي<sup>(1)</sup> والمادة (1036) من قانون المرافعات الهولندي<sup>(2)</sup> ، والمادة (811) من قانون اصول المحاكمات اللبناني والمادة (25) من قانون التحكيم العماني ، والمادة (25) من قانون التحكيم الانجليزي<sup>(3)</sup> والمادة (2/212) من قانون دولة الإمارات

<sup>1</sup>ART 1693 Without prejudice to the provisions of Article 1694, the parties determine the rules of the arbitration procedure and the place of arbitration. If parties do not indicate their wish in this regard within the time limit fixed by the arbitral tribunal, the arbitrators shall determine such rules and the place of arbitration. In case the place of arbitration has not been determined by the parties or the arbitrators, the place where the arbitral award is rendered, as stated in the award, shall be deemed to be the place of arbitration.

1. Unless the parties have agreed otherwise and after consultation with the parties, the arbitral tribunal may conduct hearings and meetings at any other location which it considers appropriate.

2. The chairman of the arbitral tribunal shall be in full charge of the hearings and shall conduct the oral proceedings

2. Article 1036 - Determination of Rules of Procedure

Subject to the provisions of this Title, the arbitral proceedings shall be conducted in such manner as agreed between the parties or, to the extent that the parties have not agreed, as determined by the arbitral tribunal.

<sup>3</sup>Art (25) 1) The parties are free to agree with an arbitrator as to the consequences of his resignation as regards—

العربية المتحدة للتحكيم حيث نصت على أنه : يفصل المحكم دون أن يكون ملزماً باتباع الإجراءات القضائية باستثناء الإجراءات المنصوص عليها في هذا الباب (التحكيم) ، والإجراءات الخاصة بدعوى الأطراف للحضور وتقديم أوجه دفاعهم ، وكذلك الإجراءات التي تسمح لهم بتقديم مستنداتهم، ومع ذلك يجوز للأطراف الإتفاق على إجراءات محددة يجب اتباعها بواسطة المحكم "

حيث أعطى المشرع هنا هيئة التحكيم ، سلطة تحديد واختيار القواعد الإجرائية، التي يراها مناسبة دون أن يكون ملزماً باتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في باب التحكيم ، وهذا لا يعني أن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، يطبق على موضوع النزاع<sup>(1)</sup>، فلأطراف النزاع الحرية في أن يختاروا إخضاع عقدهم لقانون بلد يختلف عن قانون بلد إجراءات التحكيم، بمعنى ليس من الضروري أن يكون القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ذات القانون الواجب التطبيق على الموضوع<sup>(2)</sup> .

(a) his entitlement (if any) to fees or expenses, and

(b) any liability thereby incurred by him.

(2) If or to the extent that there is no such agreement the following provisions apply.

(3) An arbitrator who resigns his appointment may (upon notice to the parties) apply to the court—

(a) to grant him relief from any liability thereby incurred by him, and

(b) to make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to

fees or expenses or the repayment of any fees or expenses already paid.

(4) If the court is satisfied that in all the circumstances it was reasonable for the arbitrator to resign, it may grant such relief as is mentioned in subsection (3)(a) on such terms as it thinks fit.

(5) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

<sup>1</sup> .Fouchared Gaillard , Goldman on International commercial Arbitration , Edited by : Emmanuel Gaillard and John Savage , Kluwer Law International , London 1999.p.634

1. وهناك الكثير من القضايا التحكيمية التي كان فيها القانون الواجب التطبيق على الإجراءات مختلف عن القانون الواجب التطبيق على الموضوع ونورد على سبيل المثال : حكم التحكيم في القضية التحكيمية الجلسة رقم 506 لسنة 2006 تاريخ 2008/1/19 ، المنظورة تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، حيث كان القانون الاجرائي قواعد المركز والقانون الموضوعي القانون المصري واطراف التحكيم: المحتكمون: شركة دولية للخدمات الاستشارية ومالكان للشركة من الآسيويين وهم مساهمون في الشركة المحتكم ضدها، المحتكم ضده رئيس شركة تجارة سيارات افريقية. المنظورة تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حكم التحكيم في القضية التحكيمية رقم 563 لسنة 2008 تاريخ 26 يونيو 2008 حيث كان كذلك القانون الاجرائي قواعد المركز والقانون الموضوعي القانون المصري، المنظورة تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حكم التحكيم في القضية التحكيمية رقم 145 لسنة 1999 تاريخ 4 ابريل 2000 حيث كان القانون الاجرائي قانون التحكيم رقم 1994/27 والقانون الموضوعي قانون التجارة البحرية المصري، المنظورة تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

## المطلب الرابع

### السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام محاكم التحكيم

لقد اختلفت أحكام القضاء التحكيمي في تحديد قانون الإجراءات ومن قضاء التحكيم النموذجي فيما يتعلق بسلطة هيئة التحكيم في تحديد الإجراءات، حكم التحكيم<sup>(1)</sup>، الصادر في قضية (Aramco) بشأن النزاع بين الحكومة السعودية وشركة البترول العربية الأمريكية (Aramco) ويتعلق النزاع بعقد إستغلال حقل بترول على الأراضي السعودية حصلت عليه شركة ((أرامكو)) ولما قامت الحكومة السعودية بالتعاقد مع شخص آخر يدعى "اوناسيس" لنقل البترول المصدر من السعودية وكان أول ما واجهته هيئة التحكيم، تحديد القانون واجب التطبيق على الاجراءات، وقررت في هذا المجال، تطبيق قواعد الإجراءات الواردة في الإتفاق، واحتفظت بالحق في اكمالها بقرار من الأغلبية بما لا يخل بأحكام إتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

وقد استبعدت محكمة التحكيم تطبيق القانون السعودي بشكل كلي على أساس أن هذا القانون لا يتضمن، أي قواعد محددة، فيما يتعلق بعقود إستغلال البترول، كما استبعدت القانون الأمريكي ليس فقط لأن التحكيم تم خارج الولايات المتحدة الأمريكية، وإنما أيضاً عملاً لمبدأ المساواة التامة بين الأطراف أمام هيئة التحكيم، وبعد تحرير التحكيم من التقيد بقانون إجرائي داخلي لجأت المحكمة الى تدويل التحكيم، تمهيداً لإخضاعه مباشرة لأحكام القانون الدولي، وقد حددت المحكمة المقصود بخضوع التحكيم في هذه القضية للقانون الدولي العام بقولها: إن هناك محل لتطبيق القواعد التي تضمنها مشروع إتفاقية الإجراءات التحكيمية الذي وافقت عليه لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة في دورتها الخامسة التي عقدت بنيويورك عام (1955 م) ولقد أكملت هيئة التحكيم قاعدة الإجراءات عدة مرات بمشاورات فيما بين الأطراف واعتبرت ذلك افضل من الرجوع الى قانون المرافعات لدولة من الدول وانتقدت فكرة الرجوع في هذا الشأن لقانون دولة المقر بإعتباره لا يتفق مع السمات الخاصة للقضية، وقررت المحكمة ضرورة إستناد الإجراءات الى نظام قانون قائم واستبعدت فكرة ترك تحديد الإجراءات لتقديرها الشخصي وانتهت<sup>(3)</sup> الى اخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام نظراً لأن أحد أطراف النزاع دولة.

<sup>1</sup>. د. ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 156 – 157

<sup>2</sup>. ويلاحظ أن عقد الإمتياز بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية كان موقفاً في 29 مايو عام 1933 حيث يشير أن محكمة التحكيم أعتبرت أن عقد الامتياز يعد بمثابة جزء من النظام القانوني للمملكة العربية السعودية.

<sup>3</sup>. Rev> critique 1963 p277.

وكذلك في حكم التحكيم الصادر في 19 يناير 1997 م في قضية (Texaco)<sup>(1)</sup> وموضوعها يتعلق بنزاع بين الحكومة الليبية وشركة (Texaco overseas) بسبب تأميم ليبيا لشركات البترول فيها، رغم حصول الشركة السابقة على عقد استغلال بترول في الأراضي الليبية قبل الثورة بها حيث استبعد المحكم في هذه القضية تطبيق قانون دولة مقر التحكيم، بحجة تيسير التنفيذ المحتمل للحكم لأن مشكلة التنفيذ يجب ألا تؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ناحية أخرى فإن الحصانة القانونية للدولة، تستوجب عدم إخضاعها لقانون دولة أخرى وانتهى إلى أن نظام التحكيم، هو ذلك الذي يقره القانون الدولي وهو ما يستوجب الرجوع في إجراءات التحكيم، لقواعد القانون الدولي العام، وهنا أيضاً يجب أن يراعى عدم خروج المحكم في تبرير الحكم عن مبدأ سلطان الإرادة، بل أنه يلقي هذا المبدأ في أحضان القانون الدولي العام وذهب المحكم إلى القول بأن أعمال المبادئ العامة للقانون الدولي، لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع أو لعدم توافقه أو ملاءمته مع طبيعة العلاقة وإنما أيضاً بقصد حماية المتعاقد الأجنبي من التغيرات التي تقرها الدولة في تشريعاتها الداخلية بما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي وكذلك الحال في قضية ونترشال ضد حكومة قطر حيث تلخص وقائع النزاع على أن شركة ونترشال ومجموعة شركات أخرى أبرمت مع حكومة قطر عام 1981 عقد تنقيب وإنتاج مشترك EPSA عوضاً عن عقد امتياز سابق وقد نص عقد التنقيب والإنتاج المشترك على منح مجموعة ونترشال حق التنقيب والحفر والإنتاج في منطقة محدودة m contract Area من المياه الإقليمية لمدة ثلاثين عاماً على أن تتخلى الشركة عن 50% من هذه المنطقة بعد 5 سنوات وعن 20% أخرى منها بعد 8 سنوات ونص العقد على إنه إذا لم تعثر الشركة في منطقة العقد على البترول الخام خلال ثمان سنوات بكميات تجارية أو على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول وقابل للاستغلال على نحو اقتصادي فإنه يجوز لحكومته قطر إلغاء العقد، أما إذا تم إكتشاف غاز طبيعي مصاحب للبترول فإنه يجوز للشركة استغلاله إما وحده أو بالاشتراك مع الحكومة القطرية طبقاً لترتيبات تعاقدية جديدة يتفق عليها.

لم تعثر الشركة في منطقة العقد على بترول خام بكميات تجارية، وإن كانت قد منعت من الحفر طبقاً لنص في العقد يجيز ذلك في جزء من منطقة عقدها تعتبر منطقة نزاع بين قطر والبحرين وادعت الشركة أن احتمالات العثور على البترول الخام بها كانت كبيرة كما عثرت الشركة على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول بكميات كبيرة إلا إن المفاوضات بين الشركة وحكومة قطر بشأن الاستغلال قد فشلت ولجأت شركة ونترشال إلى التحكيم وهو تحكيم حر) مطالبة بتعويض قدره 250 مليون دولار على أساس مسؤولية حكومة قطر عن فشل المفاوضات لاستغلال الغاز الطبيعي ومنعها للشركة من التنقيب في منطقة النزاع مع البحرين، ولم يتضمن العقد بياناً للقانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات ولا تحديد لمكان التحكيم فقررت هيئة

1. د. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي المرجع السابق ص 158 – 159

التحكيم أن يجري التحكيم في لاهاي بهولندا وأن تكون القواعد الإجرائية هي قواعد اليونسترال للتحكيم وعلى أن يطبق على موضوع النزاع القانون القطري وقد رفضت هيئة التحكيم مجمل ادعاءات الشركة ونترشال.

وكذلك الحال بالنسبة لحكم التحكيم الصادر في قضية (Liamco) في 12/4/1977 بين شركة ليامكو والحكومة الليبية بسبب تأميم الحكومه لهذه الشركة، حيث قررت هيئة التحكيم صراحة، إن غياب اتفاق الأطراف على تحديد القواعد الاجرائية للتحكيم، من شأنه أن يمنع تلك الصلاحية لمحكمة التحكيم.

ومن الجدير ذكره في معرض الحديث عن احكام التحكيم الدولية، ما يتمسك به بعض اطراف النزاع من افكار غامضة كما حصل في قضية شركة (Aminoil) ضد الكويت حيث أثرت فكرة إجراءات التحكيم العائمة، و التي مفادها ان التحكيم عبر الدول (Transnational Arbitration) و الذي لا يرتبط بنظام داخلي معين، يفترض التعويل فيه على بنود التحكيم ذاتها اي لن تنطوي اجراءات التحكيم تحت مظلة نظام قانوني قائم بذاته و من هنا تتضح أهمية الحرص أثناء صياغة بنود التحكيم و خاصة من جهة تفادي إستخدام العبارات الغامضة فيها<sup>(1)</sup>

. د. أحمد شرف الدين ، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ( عقود البناء و التشييد الدولية ، صياغة بنود<sup>1</sup> "Le cas de la nationalisation n'est certainement pas visé expressément par les clauses de stabilisation de la concession. Mais il est soutenu par X que malgre cette lacune, les clauses de stabilisation de la concession (Art. 17 et II révisés) sont rédigées dans des termes si larges, qu'el les se suffisent a elles-memes – de facon inconditionnelle et dans toutes les circonstances pour prohiber la nationalization. Ceci constitue une interprétations sur un plan purement formel. Mais pour les raisons suivantes, elle n'est pas adoptée par le Tribunal.

Sans aucun doute, les limitations contractuels du droit de l'Etat de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerati un engagement particulièrement gravé qui devrait entré expressément stipulé et qui devait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un Etat; et en règle générale, elles ne devraient concerner qu'une période relativement limitée. Cependant, dans le cas présent, l'existence d'une telle stipulation devrait être présumée comme étant impliquée par les terme généraux des clauses de stabilisation et comme concernant toute la durée d'une concession, particulièrement longue, puisqu' s'étendant sur une période de soiscante ans.

Une limitation des dorits souverains de l'Etat doit d'autant moins se présumer quelle concessionnaire posséda, en tout état de cause, des garanties importantes relatives a des intérêts essentiels sous la. Forme d'un droit a une indemnité éventuelle. رسالة ، شرط التحكيم في عقود النفط والغاز، رسالة. دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2011، ص 348-347.

و من خلال تلك التشريعات الوطنية و المعاهدات و الاتفاقيات الدولية و أنظمة المراكز الدولية و قواعد التحكيم الدولي التي تناولها، و أحكام محاكم التحكيم يلاحظ انها مجتمعة على ان سلطة المحكم في تسيير اجراءات التحكيم، و اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه الاجراءات يرجع في المقام الأول الى عقد التحكيم، و الاتفاق المبرم بين المحكم و المحكمتين، فالأصل ان تسيير إجراءات التحكيم، و اختيار القانون الواجب التطبيق في حال خلو اتفاق التحكيم من الاشارة الى قانون دولة ما، او لائحة مركز او هيئة او مؤسسة تحكيم دائمة، فيكون للمحكم السلطة التقديرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، و تسيير الاجراءات حسب ما يراه مناسباً ولكن السؤال الذي يطرحه نفسه هل هناك قيود ترد على حرية المحكم فيما يتعلق بتحديد إجراءات التحكيم .

نجد في الواقع أن هناك قيود عملية تترجمها إعتبرات قانونية، يتعين على المحكم مراعاتها من أجل ضمان الفاعلية الدولية للحكم، فالمحكم لا يمكنه تجاهل القواعد الإجرائية في قانون مقر التحكيم، أو في قانون الدول المرجح تنفيذ الحكم فيها، ولذلك فإن هذه النصوص هي التي تحدد حدود الحرية التي يتمتع بها المحكم في تعيين إجراءات خصوصية التحكيم، وعلى ذلك يمكن القول إن القيود تتمثل على النحو الآتي: <sup>1</sup>

أولاً: على المحكم ضرورة مراعاة النصوص الإجرائية الأمرة في قانون دولة مقر التحكيم حيث يمكن رفع دعوى بطلان التحكيم في حال مخالفة القواعد الامر في هذه الدولة .

ثانياً: على المحكم ضرورة احترام القواعد الإجرائية الأمرة في قانون محل تنفيذ الحكم، حيث يمكن رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم .

ثالثاً: يتمثل في إطار اتفاق التحكيم ذاته إذا يتعين على هيئة التحكيم احترام حدود السلطة المخولة لها في تنظيم إجراءات التحكيم، ومن الثابت أن التجاوز في هذا الشأن أمر غير مقبول، ويسمح للطرف الصادر ضده الحكم أن يطعن في التحكيم بالبطلان أمام السلطة المختصة، في الدولة التي يراد فيها تنفيذ الحكم، بالرغم من أن التحكيم قد يكون غير مخالف للقواعد الإجرائية السارية في قانون هذه الدولة.

وفيما يتعلق بالقيود التي ترد على حرية هيئة التحكيم في إختيار الإجراءات الواجب تطبيقها في قانون التحكيم الأردني، وفي صدد رسم هذه القيود التي يرى جانب من الفقه (2)، إن الصياغة العامة المجردة التي ركن اليها المشرع الاردني وكذلك المشرع المصري في قانون التحكيم لا تخفي حقيقة اختلاف الحال باختلاف صور التحكيم، ففي التحكيم الذي يجري في الأردن سوف تكون هيئة التحكيم ملزمة بإتباع الأحكام الإجرائية

<sup>1</sup>. سامي محمد سعيد مريان: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم الدولي، رسالة ماجستير، جامعة ال البيت، الأردن، عام 2006، ص 26.

<sup>2</sup>. د. مصطفى الجمال. د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الدولية المرجع السابق / ص 227-828.

المنصوص عليها في قانون التحكيم الأردني إعمالاً لحكم المادة (3) منه ، حيث نصت على إنه تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفائي يجري في المملكة، ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري، بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية، التي تدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية ، ومن ثم فإن ولاية الأحكام الإجرائية التي تضعها هيئة التحكيم تكون ولاية إحتياطية يقتصر مجالها على الحالات التي يجوز فيها الإتفاق على غير القواعد التي ينص عليها قانون التحكيم ، وفقاً لأحكام هذا القانون ذاته والحالات التي لا يواجهها هذا القانون من الأصل<sup>(1)</sup>.

أما في التحكيم الذي يجري في الخارج فولاية هيئة التحكيم لا تتفقد أصلاً بأحكام قانون التحكيم الأردني نظراً لعدم إلتزام هيئة التحكيم بإتباع هذا القانون ويلاحظ أن التحكيم الذي يجري في الخارج يخضع لأحكام إتفاقية نيويورك لعام 1978م الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، فإن كان تنفيذه يتم في بلد منضم للمعاهدة، كان على هيئة التحكيم تطبيق محل التحكيم ضماناً لتنفيذ حكمه فيها، ذلك أن المادة (1/5) من الإتفاقية ، تقضي بالأ يرفض تنفيذ الحكم إلا إذا كانت الإجراءات التي إتبع في شأنه مخالفة لإرادة طرفي التحكيم أو مخالفة لقانون البلد الذي يتم فيه التحكيم ويلاحظ كذلك أن المشرع قد جعل لهيئة التحكيم الحرية في إختيار الإجراءات التي تراها مناسبة والمعيار كما هو واضح يبدو معياراً شخصياً محضاً ولكن الأمر يختلف بالضرورة بإختلاف الاسلوب الذي تلجأ إليه هيئة التحكيم في إختيارها للإجراءات الواجب تطبيقها<sup>(2)</sup>.

### الخاتمة والتوصيات

شكل إصدار قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م منطلقاً جديداً لتطور مادة التحكيم في الأردن ومصر، متماشياً في ذلك مع التطورات الاقتصادية العالمية بالرغم من عدم اهتمامه بشكل كافٍ بدور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم أسوءاً بالتشريعات الأجنبية ، ولكن القاعدة مهما أحمك تنظيمها تبقى قاصرة عن تحقيق الهدف الذي حدده لها المشرع، وكما أن العمل التشريعي مهما اكتمل لا يخلو من نقائص وفراغ وغموض، ولماً كانت الأهداف المتوخاة من كل بحث ، هي استخلاص النتائج النهائية منه ، وطرح مقترحات أو توصيات ، إن وجدت ، لتطوير البحوث التي تعالج الموضوعات المطروحة فأنتنا نبين مايلي :-

<sup>1</sup>.د.حمزة حداد ، إتفاق التحكيم في التحكيم التجاري الدولي ، ندوة التحكيم التجاري الدولي مركز القاهرة للتحكيم ، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، 2000/1/28 ، ص22.

<sup>2</sup>.د.مصطفى الجمال ، د. عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص 228

1. يتم اللجوء الى التحكيم التجاري كوسيلة لفض الخصومات، بسبب الحرية التي يتمتع بها أطراف الخصومة التحكيمية، في إختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات التحكيمية بالاضافة الى الحرية في اختيار هيئة التحكيم والقانون الذي يحكم النزاع ..... الخ .
  2. اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات، مقيد بعدم مخالفة الاجراءات التحكيمية للنظام العام .
  3. القاعدة الأساسية في الإجراءات هي حرية الطرفين في اختيار قواعد الإجراءات شريطة مراعاة أصول التقاضي، وفي مقدمتها المساواة بين الطرفين وتهيئة فرصة كاملة ومتكافئة لكل منهما لعرض قضيته.
  4. القانون الواجب التطبيق على الاجراءات التحكيمية، ليس بالضرورة القانون الواجب على موضوع النزاع.
  5. يتضح من قانون التحكيم الاردني، والمصري، والفرنسي والانجليزي، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، وأراء الفقهاء وأحكام التحكيم، أنها أعطت الأولوية الى إرادة الأطراف في وضع الإجراءات بأنفسهم، أو إختيار قانون وطني، أو لائحة تحكيم لتطبق على الإجراءات، وفي حال عدم وجود مثل هذا الإتفاق يكون لهيئة التحكيم هذه السلطة في إختيار القانون الواجب التطبيق وفقا للبدائل التي تم الإشارة اليها في البحث.
  6. عمل دورات مكثفة للمحامين والقضاة والمحكمين تتعلق بالمسائل الاجرائية التحكيمية.
  7. لم يرتب قانون التحكيم الاردني البطلان في حال عدم التزام هيئة التحكيم بالقانون الواجب التطبيق المتفق عليه ما بين أطراف الخصومة التحكيمية، وهنا نوصي المشرع بإضافة فقرة الى نص المادة (49) بالمشرع الاردني تكون على النحو الاتي " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في اي من الحالات: اذا تجاهلت هيئة التحكيم القواعد الإجرائية التي اتجهت إرادة الأطراف الى تطبيقها على خصومة التحكيم".
  8. نهيب بالمشرع الأردني، الأخذ بالفصل ما بين التحكيم الداخلي والدولي أسوة بالمشرع الفرنسي من أجل إزالة كل اللبس والجدل، والخلاف الذي يمكن أن يثور في ظل القانون الأردني.
  9. توصي الدراسة بتوجيه نظر الباحثين حول البحث في الأثر الاجتماعي للتحكيم لماله من حفاظ على العلاقات الإنسانية الودية، وبقائها وترابطها، بدلاً من الطابع الذي تطغى عليها من شحناء الخصومة القضائية بالاضافة الى تعقد وتعدد الاجراءات أمام المحاكم.
- وختاماً لهذا العرض التحليلي فإننا لا نملك سوى ترديد القول المأثور عن العماد الأصفهاني: " إني رأيت انه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده ، لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم

هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة  
البشر "

### قائمة المراجع:

#### أولاً: المراجع العربية:

#### أ- الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة (4) 2005.
2. أبو العلا على أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم" الطبعة الأولى - دار النهضة العربية. بدون سنة نشر.
3. أبوزيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
4. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية ، طبعة 2002 .
5. أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ( عقود البناء و التشييد الدولية ، صياغة بنود التحكيم ، بطلان حكم التحكيم ) ، مطبعة أبناء وهبة القاهرة 1993.
6. أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار , دراسة مقارنة , مؤسسة شباب الجامعة, الإسكندرية, 1990م.
7. حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية. دون سنة نشر.
8. رضا السيد عبد الحميد: قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 في الميزان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .
9. سيد أحمد محمود: خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995 م. الناشر: دار النهضة العربية القاهرة. الطبعة: الأولى. سنة: 1997 م
10. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، 2006 .
11. عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1998.

12. على بدوى: أبحاث في تاريخ الشرائع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة، 1931.
  13. فايز محمد حسين: تاريخ النظم القانونية، دن، ط 2010.
  14. فتحي المرصفاوى: فلسفة نظم القانون المصري، دن – 1979.
  15. فتحي والي: التحكيم ، دار المعارف، 2014.
  16. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
  17. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسته في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، من دون سنة نشر .
  18. محمد علي محمد بني مقداد: قانون التحكيم التجاري "دراسة نظرية تحليلية تطبيقية مقارنة" مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية، 2011.
  19. محمود سمير الشرقاوي: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2011.
  20. محمود مختار بريري: التحكم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 .
  21. محمود مصطفى يونس: المرجع في اصول التحكيم، دار النهضة العربية، 2009.
  22. محي الدين اسماعيل علم الدين: احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984 – 2000)، مكتبة الكتب العربية ، الطبعة الاولى 2000 .
  23. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
- ب- الرسائل الجامعية :
1. سامي محسن حسين السرى، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004م.
  2. سامي محمد سعيد مريان : القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم الدولي ، رسالة ماجستير ، جامعة ال البيت ، الأردن ، عام 2006 .
  3. سراج حسين محمد أبوزيد: التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، 1998 (منشورة)

4. عبد الكريم محمد عبد الكريم: التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة طنطا، 1996.
5. عبدالسلام عبدالله قائد مفلح : شرط التحكيم في عقود النفط والغاز، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2011.
6. منير المناصير: سلطة المحكم في الاثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2014.
7. مهند أحمد الصانوري: دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، معهد البحوث والدراسات العربية، 2004 (منشورة).
8. نجم رياض نجم الرضي: ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، (غير منشورة) 2003.
9. هدى محمد مجدي عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق جامعة القاهرة، 1997.

#### ج- الأبحاث والمؤتمرات والندوات:

1. إبراهيم العناني : تطبيق القانون الداخلي على التحكيم الدولية ، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية و كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني 1996 م .
2. أبو زيد رضوان : الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي ، القسم الثالث ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، تموز 1979 ، الطبعة الثانية 1994 .
3. أحمد ضاعن السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة من جامعة الكويت السنة الثامنة عشر، العدد الثاني يوليو، 1994 .
4. حمزه حداد: إتفاق التحكيم في التحكيم التجاري الدولي ، ندوة التحكيم التجاري الدولي مركز القاهرة للتحكيم ، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، 2000/1/28 .
5. عز الدين عبد الله: تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص ، مجلة العدالة السنة السادسة – العدد الحادي و العشرين ، أكتوبر 1979 .
6. غسان علي علي: " إجراءات التحكيم " ورقة عمل مقدمة لندوة بعنوان (أضواء على العملية التحكيمية) ، جامعة دمشق بالتعاون مع نقابة المهندسين في الجمهورية العربية السورية و المعهد العربي للتحكيم في الأردن ، دمشق .

7. محمد سليم العوا: إجراءات التحكيم في القانون المصري ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني [www.eastlaws.com](http://www.eastlaws.com).
8. محمود سمير الشرقاوي: العلاقة بين قواعد الأونسيترال والقانون المصري بشأن تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق ، ورقة عمل مقدمة الى مؤتمر "قواعد الأونسيترال النموذجية للتحكيم ،30 عاما من التطبيق ، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ديسمبر 2006.
9. هشام صادق: مشكلة خلو إتفاق التحكيم من أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة ، مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي و القانون الدولي ، العريش ، دون سنة نشر
10. وفاء مزيد فلحوظ . النظام القانون الواجب التطبيق في اطار التحكيم التجاري الدولي ابحاث ، المؤتمر السنوي السادس عشر ( التحكيم التجاري الدولي ) .

#### ثانيا: المرجع الاجنبية:

1. Bernstein's Handbook Of Arbitration and Dispute Resolution Practice , 4<sup>th</sup> Ed. Edited by :John Tackaberry Q.C. and Arthur Marriot Q.C. , Sweet & Maxwell , London 2003 .
2. Caprioli (e) Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du cyber Tribunal) , rev.arb .1999 .
3. Fouchard " l'arbitrage Commercial international " thèse Dalloz 1965
4. Fouchard (Philipp) et Gaillard (E.) et Goldman (Berthold) : Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, 1996.Fouchard Gaillard , Goldman on International commercial Arbitration , Edited by : Emmanuel Gaillard and John Savage , Kluwer Law International , London 1999.
5. Julian D .M. Lew, Loukas Mistelis , Stefan M kroll, comparative International commercial Arbitration , Kluwer Law International , London , 2003 .
6. Kopeimanas , L, La place de la convention Europeene sur l'arbitrage commercial International , Du 21 avril , 1961 , dans l'évolution du droit International de l'arbitrage , Annuaire français droit international paris , 1961 .

7. Philippe Pinsolle et Richard Kreindler, Les limites du rôle de la Volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale , Rev. arb ,2003.
8. Philippepinsolif, et Richard .kreindler, Les limites du rôle de la volonté des parties dans a conduite de 1, instancearbitrale, Dalloz , 1999 .
9. Pierre Mayer et Vincent Heuze, Droit international privé, Montchrestien, 2007.
10. Yvon Loussouarn: les Arbitres., Droit et Pratique de L'arbitrage International en France., Feduci, Dalloz 1984.

#### القوانين والاتفاقيات واللوائح والتي تم الرجوع اليها:

القانون المدني المصري.

قانون التحكيم الأردني.

قانون التحكيم الإنجليزي.

قانون التحكيم المصري

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم 28 لسنة 2011 .

قانون المرافعات الفرنسي القديم .

الاتفاقية الاوروبية لعام 1961 .

إتفاقية نيويورك لعام 1985 .

قواعد غرفة التجاره الدولية لعام 1988 .

قواعد غرفة التجارة الدولية لعام 2012 .

قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي .

لائحة إجراءات مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لغرفة وتجارة دبي لعام 1994.

نظام غرفة تجاره الدوليہ بباريس لعام 1985 .

قرارات محكمة التمييز الأردنية (منشورات عدالة).

قرارات محكمة النقض المصريه.



## جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص

أ. حمّاس عمر أستاذ مساعد تخصص قانون جنائي للأعمال

كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

### ملخص :

جاء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته للقضاء على مختلف أشكال جرائم الفساد والتلاعب بالمال العام والخاص، لا سيّما ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة ، فنص على تجريم و قمع العديد من الأفعال والسلوكات ، ومن بين الصور المستحدثة بموجب هذا القانون هو الفعل المنصوص و المعاقب عليه بنص المادة 41 منه ، حيث أتى بحكم مميز لهذا النوع من الاختلاس الذي يهدف إلى حماية المال الخاص أثناء مزاوله نشاط إقتصادي أو تجاري أو مالي للكيان الذي ينشط بغرض الربح . وأردنا من خلال هذا المقال أن نسلط الضوء على جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص من خلال تعريفها ودراسة أركانها .

الكلمات المفتاحية : جريمة اختلاس الممتلكات ، الفساد ، القطاع الخاص .

### Résumé :

La loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption a été élaborée pour éradiquer toutes formes d'infractions de corruption et de manipulation de l'argent public et privé , particulièrement comme la soulignée la convention des nations unis . Pour cette raison la loi a incriminé et réprimé beaucoup d'actes , ainsi elle a apporté de nouvelles formes ; dont celle qui est citée par l'article 41 . Celui-ci a réprimé une forme spécifique de la soustraction dans le but de protéger les activités économiques , commerciales et financières . Cet article à pour but d'éclaircir l'infraction de la soustraction de biens dans le secteur privé .

**Mots clés :** La soustraction des biens , corruption , secteur privé .

## مقدمة :

يعتبر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إطارا مرجعيا لمنع الفساد ومحاربتة ، فقد تم إعداده بناء على تقييم نقدي للنصوص السارية المفعول ، وكذلك التجارب الوطنية السابقة في هذا المجال ، فلم تقتصر أحكامه على التجريم والعقاب ، بل تضمن قواعد تتعلق بالوقاية من الفساد وكشف مرتكبيه . ومن بين التعريفات المقترحة للفساد التعريف الذي جاءت به منظمة الشفافية الدولية الذي عرفته بأنه استغلال السلطة من أجل المنفعة الخاصة ، أمّا البنك الدولي فيعرّف الفساد بأنه إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص<sup>1</sup> . ويرى صندوق النقد الدولي أنّ الفساد هو : "علاقة الأيدي الطويلة والخفية المعتمدة التي تهدف كسب الفوائد والأرباح بصورة غير مشروعة قانونا من هذا السلوك لشخص واحد أو لمجموعة ذات العلاقة بالآخرين"<sup>2</sup> . و من أهم الجرائم التي أحاطها هذا القانون بالتجريم والعقاب فعل الاختلاس .

ويعد اختلاس المال العام من أكثر الأعمال خطورة على الإقتصاد الوطني بالنظر إلى ما يسببه من استنزاف للكثير من الموارد المالية التي تستهدف تلبية الحاجات العامة وتحقيق التنمية في مختلف المجالات .

وعلى هذا الأساس قام المشرع الجزائري رغبة منه في حماية هذا المال من كل انتهاك أو اعتداء بتجريم هذا الفعل (اختلاس المال العام) ، وأقر له جزاءات وعقوبات تتناسب وطبيعته ، ومن هنا يظهر اهتمامه بهذه الجريمة من خلال محاولة الحد منها<sup>3</sup> . وإلى جانب ذلك نص المشرع على جريمة الاختلاس في القطاع الخاص فهي صورة مستحدثة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، إذ جاء هذا الأخير بحكم مميز لاختلاس الممتلكات في القطاع الخاص تضمنته المادة 41 منه . ولتسليط الضوء على هذه الجريمة لابدّ من تحديد مفهومها ثم التطرق لأركانها . وعليه ما هي المسؤولية الجنائية الناتجة عن جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل قسمنا بحثنا هذا إلى مطلبين ، حيث نتطرق إلى مفهوم جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص (المطلب الأول) ، ثم بيان أركان الجريمة والعقوبات المقررة لها (المطلب الثاني) .

<sup>1</sup> أنظر ، محمد وارث ، الفساد وأثره على الفقر : إشارة إلى حالة الجزائر ، دفا تر السياسة والقانون ، جامعة ورقلة ، الجزائر ، جانفي 2013 ، العدد 8 ، ص.86 .

<sup>2</sup> أنظر ، بوزيد سايج ، سبل تعزيز المساءلة والشفافية لمكافحة الفساد وتمكين الحكم الراشد في الدول العربية ، مجلة الباحث ، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة ورقلة ، الجزائر ، 2012 ، العدد 10 ، ص.56 .

<sup>3</sup> مجلة الإجتهد القضائي ، حسونة عبد الغني و زواوي الكاهنة ، الأحكام القانونية الجزائية لجريمة إختلاس المال العام ، جامعة بسكرة ، العدد الخامس ، سبتمبر 2009 ، ص.208 .

## المطلب الأول : مفهوم جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص

إنّ مفهوم جريمة الاختلاس يتحدد أساساً من خلال التعريف بهذه الجريمة (الفرع الأول)، وتمييزها عن جريمة التعسف في استعمال الشركة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : تعريف جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص

نتناول في هذا الفرع تعريف الاختلاس لغة (أولاً) ، ثم نتطرق للتعريف الاصطلاحي (ثانياً).

### أولاً : تعريف الاختلاس لغة

الاختلاس والخلسة في اللغة أخذ الشيء مخادعة عن غفلة أو هو أخذ الشيء جهراً والهرب به وحكمه الشرعي أنه ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع لأنّه يأخذ المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالإستغاثة بالناس وبالسُلطان فلم يحتج في ردعه إلى القطع<sup>1</sup>.

### ثانياً : تعريف الاختلاس إصطلاحاً

إنّ مصطلح الاختلاس يدّل على معنيين وهما :

المعنى العام للاختلاس الذي يعبرّ على انتزاع الحيازة المادّية للشيء من يد صاحبه إلى يد الجاني ، والاختلاس في هذا المفهوم هو الذي عناه المشرع بوصفه سلوكاً إجرامياً مكوناً للركن المادّي في جريمة السرقة .

فالاختلاس جريمة موضوعها نقل شخص شيئاً معيناً من حيازة مالكه إلى حيازته الشخصية دون رضا المالك<sup>2</sup>.

أمّا المعنى الخاص للاختلاس يفترض فيه وجود حيازة سابقة للجاني ومعاصرة للحظة ارتكاب النشاط الإجرامي ، إلا أنّ هذه الحيازة تكون ناقصة ، إذ يكون للحائز العنصر المادّي للحيازة دون المعنوي ، وهذا المفهوم هو الذي قصده المشرع بالنظر إلى السلوك الإجرامي المكون لجريمة خيانة الأمانة وجريمة اختلاس المال العام ، فيتحقق الاختلاس في هذا المعنى بقيام الجاني بأي سلوك يضيف به المال العام إلى سيطرته الكاملة كما لو كان

<sup>4</sup> بهنسي أحمد فتحي ، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1991 ، ص.76 و77.

<sup>5</sup> كرم عبد الواحد ، معجم المصطلحات القانونية (عربي - فرنسي - إنجليزي) ، مكتبة النهضة العربية ، بيروت ، 1987 ، ، الطبعة الأولى ، ص.33.

مالكا له<sup>1</sup>. وينتفي الاختلاس إذا كان الشيء موضوع الجريمة قد سلم إلى الجاني إذ أنّ التسليم يمنع من قيام الاختلاس، كما ينتفي الاختلاس إذا كان الشيء موضوع الجريمة في حيازة الجاني من بادئ الأمر<sup>2</sup>.

ويمكن تعريف جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص وفقا للنص الوارد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بأنها: كل سلوك أو تصرف يقوم به مدير الكيان التابع للقطاع الخاص أو أي مستخدم فيه والذي يقصد من خلاله إدخال أية ممتلكات أو أوراق مالية خصوصية أو أي أشياء أخرى ذات قيمة والتي عهد بها إليه بحكم مهامه من حيازة وقتية على سبيل الإئتمان إلى حيازة نهائية على سبيل التملك .

الفرع الثاني: تمييز جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص عن جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة

من الجرائم التي تعدّ كثيرة الشبه بجريمة الاختلاس في القطاع الخاص نجد جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة .

وقبل التطرق إلى التمييز بين الجريمتين لابدّ أولاً أن نسلط الضوء على جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة .

أولاً: مفهوم جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة

ونتناول في هذه الفقرة تعريف جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة وكذا أركانها .

(1) تعريف جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص على هذه الجريمة في قانون العقوبات وإنّما نص عليها في القانون التجاري كما يلي :

" يعاقب بالحبس لمدة سنة (1) إلى خمس سنوات (5) وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج ، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

<sup>6</sup> نوفل علي عبد الله صفو الدليمي ، الحماية الجزائية للمال العام دراسة مقارنة ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 ، الطبعة الثانية ، ص.210.

بهنسي أحمد فتحي ، المرجع السابق ، ص.76 و77 .<sup>7</sup>

- المسيرون الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قروض للشركة ، استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة<sup>1</sup>.

" يعاقب بالحبس من سنة واحدة (1) إلى خمس سنوات (5) وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج ، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

- رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية أموال الشركة أو سمعتها في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتها لأغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة<sup>2</sup>.

ومن خلال استقراء هاتين الفقرتين يتضح لنا أن جريمة التعسف في استعمال الشركة تطبق على مسؤولي شركات المساهمة ، الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، والمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة . إذ يتعلق الأمر بمخالفة مرتبطة بالمهام المنوطة لإدارة مؤسسة ، تحت شكلها الاجتماعي ، أي تحت شكل شركة تجارية تتمتع بالشخصية المعنوية وتملك ذمة مالية خاصة ، بمعنى ذمة مالية منفصلة ومستقلة عن الذمة المالية للمسير<sup>3</sup>.

وتقتضي هذه الجريمة كل استعمال لأموال الشركة من طرف المسيرين استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحتها لبلوغ أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

وهذه الجريمة من أهم الجرائم الإقتصادية وما يفسر تدخل المشرع في هذا الشأن يعود للحاجة إلى ردع تصرفات رئيس أو قائم بالإدارة أو مدير أو مسير الشركة وذلك بإضفاء وصف الجريمة عليها فتستوجب بالتالي جزاء جنائيا ، وهذا يحقق أهدافا رئيسية تتمثل أساسا في حماية الذمة المالية للشركة نظرا للدور الأساسي الذي تلعبه في الإقتصاد ، وكذا حماية الاستثمار وبالتالي المستثمر وإعطائه الضمانات الكافية للإقدام عليه<sup>4</sup>.

<sup>8</sup> الفقرة 4 من المادة 800 من الأمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري ، جريدة رسمية مؤرخة في 19 ديسمبر 1975 ، العدد 101 .

<sup>9</sup> الفقرة 3 من المادة 811 من الأمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري .

<sup>10</sup> Annales des Mines - Gérer et comprendre , Pereira Brigitte , « Fraude et intérêt social : la problématique de l'abus de biens sociaux », Edition Eska , France , 2013/3 , N° 113 , P. 21 .

<sup>11</sup> مجلة المنتدى القانوني ، نوي هناء ، جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة في التشريع الجزائري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، العدد السادس ، أبريل 2009 ، ص. 330 .

## (2) أركان جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة

إنّ جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة لا تقوم إلا بتوافر ثلاثة أركان وهي :

(أ) صفة الجاني :

يشترط لقيام جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة أن تتوافر لدى الجاني صفة معينة وهي إمّا أن يكون رئيس الشركة أو أحد القائمين بإدارتها (أعضاء مجلس الإدارة ، أعضاء مجلس المديرين) أو المديرين العاميين بالنسبة لشركة المساهمة ، والمسيرين فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة .

(ب) الركن المادي :

يتطلب لتحقيق الركن المادي لهذه الجريمة اجتماع عنصرين أساسيين هما :

- استعمال أموال الشركة

- استعمال المال بما يخالف مصلحة الشركة

- استعمال أموال الشركة :

إنّ مصطلح الاستعمال والذي لم يعرف من قبل المشرع يجب أن ينظر إليه بالمفهوم الواسع جدا والذي يدل على القيام باستخدام شيء ما ، فهو لا يقصد به التملك أو الاختلاس بل مجرد الاستعمال البسيط وهذا يعني استخدام مال مملوك للشركة بطريقة تخالف مصلحتها ، ولا شك أنّ اعتماد المشرع على مصطلح بمفهوم واسع يسمح للجهات القضائية بمتابعة واسعة لمرتكبي هذه الجريمة ، ولكن في المقابل يجب على القضاة عدم التعسف في تطبيق النص المجرم لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة إذ يتطلب عليهم تفسير النص الجنائي تفسيرا ضيقا ، ويشمل الاستعمال : الأعمال الإدارية أي أعمال التسيير كمنح قروض أو تسبيقات ، وأعمال التصرف مثل الضم أو الاكتساب...<sup>1</sup>

وينطبق على مصطلح الاستعمال استخدام أموال الشركة ولو بطريقة مؤقتة بنية الإرجاع ، فيعتبر مثلا استعمالا الإستفادة من قروض ، تسبيقات ، سيارات ، أو عقار وعلى العموم كل الممتلكات الخاصة بالشركة التجارية ، وفي هذا الشأن فإنّ الاستعمال في جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة لا يتطلب توضيح عنصر الاختلاس كما هو الحال في جريمة خيانة الأمانة ، إذ تقوم هذه الأخيرة على عنصر الاختلاس والذي

<sup>12</sup> Médina Annie , L'expérience française , L'abus de biens sociaux , Le particularisme français à l'épreuve de l'Europe , en partenariat avec association française des justices d'entreprises , Centre de recherche sur le droit des affaires , Chambre de commerce et d'industrie de paris , France, Novembre 2004 , P.10 .

يتطلب نية التملك فالجريمة هنا لا تتحقق إلا إذا اعتبر الأمين أن المال المؤمن عليه هو ملكه الخاص له أن يتصرف فيه كما يشاء<sup>1</sup>.

وعليه ، وما دام تملك الأموال غير ضروري لقيام جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة فإن إعادة المبالغ المستعملة لا تنفي الجريمة .

إضافة إلى ما تقدم ذكره ، هناك مسألة مهمة في عنصر الاستعمال تتعلق بوقت ارتكاب الجريمة ، فالأصل أن يكون أنيا أي له طابع فوري يتحقق في وقت واحد ، غير أنه قد يمتد الاستعمال ويكون مستمرا كما هو حال مدير الشركة الذي يشغل عقار تابعاً لها ويتخذ مسكناً له ففي هذه الحالة الاستعمال مستمر طيلة شغل العقار<sup>2</sup>.

والمال في جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة يؤخذ بمعناه الواسع ، فهو كل قيمة إيجابية في الذمة المالية للشركة ، سواء كان مالا منقولاً أو عقاراً ، أو مالا مادياً أو معنوياً ، الظاهر في حسابات الشركة أو المستتر ، بمعنى أن أصول الشركة تشمل مجموع الأموال الثابتة والمنقولة ، و الملكية الأدبية و الصناعية ، المكونة للذمة المالية للشركة ، و التي تخصص لتحقيق غرضها دون أن يكون هناك تمييز بين رأس المال والإحتياجات أي كل عقاراتها ، و منقولاتها ، و عتادها ، و مخزونها ، و مساكنها و ما لها من ديون و حقوق و إيجارات ، و كذلك الأموال المعنوية من علامات و براءات ، أو استعمال المسير لأدوات الشركة من أجل بناء أو القيام بترميمات داخل منزله الشخصي وكذا استخدام عمال الشركة بهدف القيام بأعمال في مسكن المسير يعتبر شكل آخر للتعسف في استعمالاً أموال الشركة ، إلا أنه غالباً ما تقع الجريمة على أموال أي أصول الشركة بمعنى النقود ، كأن يخصص مسير الشركة لنفسه أجراً مبالغاً فيه ، أو يسحب من الصندوق مبالغ يستعملها لأغراضه الشخصية<sup>3</sup>.

إضافة إلى ذكر استعمال المشرع مصطلح " قروض الشركة " ، والمتمثل بصفة عامة في الثقة المالية المرتبطة بالشركة مثلاً رأسمالها ، طبيعة أعمالها أو حتى نتائجها الجيدة .

إذ يتعلق الأمر بالشهرة التجارية للشركة الناتجة عن حسن سير المؤسسة ، رأسها المالي وكذا حجم وطبيعة أعمالها .

<sup>13</sup> Pereira Brigitte, Op.Cit , P. 21 .

<sup>14</sup> نوي هناء ، المرجع السابق ، ص.337 .

<sup>15</sup> Véron Michel , Droit pénal des affaires , Masson , Paris , France , 1992 , P.171 .

ولقد اعتد بالاستعمال التعسفي لقروض الشركة في العديد من الحالات من طرف القضاء الفرنسي مثلا كما هو حال المسير الذي يتخلص من ديونه الشخصية أو ديون زوجته بأموال الشركة<sup>1</sup>.

- استعمال المال بما يخالف مصلحة الشركة :

من أجل تقرير مسؤولية مسير الشركة يتطلب أن يكون استعمال المال مخالف لمصلحة الشركة وقبل التطرق لهذا العنصر لابد أن نتعرض لمفهوم مصلحة الشركة (الفقرة الأولى) وتقدير الفعل المخالف لمصلحة الشركة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم مصلحة الشركة

يجب التنبيه أنه في المادة الجنائية لا بد من تفسير النص تفسيرا ضيقا ، وهذا ما يدل على استخدام المشرع لمصطلحات دقيقة . إلا أنه بالنسبة لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة نلاحظ أن مصطلحات النص الجنائي التي تعالج هذه الجنحة جاءت غير محددة . حقيقة أن مصلحة الشركة كشخص معنوي هي موضوع الحماية الجنائية ، ولكن هذه المصلحة غير محددة من طرف المشرع .

ظهرت في هذا الصدد نظريتين متقابلتين حول المقصود بمصلحة الشركة ، الأولى هي النظرية التعاقدية القائمة على فكرة أن الشركة عقد تختلط فيها مصلحة الشركة بمصلحة الشركاء حيث يرى أنصار هذه النظرية أن الشركة لم تنشأ من أجل إرضاء مصلحة أخرى غير مصلحة الشركاء الذين لهم وحدهم أهلية اقتسام أرباح الشركة فيما بينهم .

أما الثانية فهي النظرية المؤسسية التي تعتبر الشركة نظاما قانونيا ومصحتها هي المصلحة العليا ، دون اعتبار لمصلحة الشركاء على أساس أن مصلحة الشركة تختلف في حد ذاتها عن مصلحة الشركاء المساهمين .

وأمام هاتين النظريتين ذهبنا نظرية ثالثة مفادها أن مصلحة الشركة هو مفهوم مختلط ، فتارة يغطي مصلحة الشركة وتارة أخرى مصلحة الشركاء ، إذ أن جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة لا تهدف إلى حماية الشركاء فحسب بل تهدف أيضا إلى حماية الذمة المالية للشركة والغير المتعاقدين معها .

ودائما فيما يتعلق بمصلحة الشركة نجد أن القانون الفرنسي عكس القانون الجزائري يفرق بين ما إذا كان الاستعمال المخالف لمصلحة الشركة قد تم في إطار شركة مستقلة على النحو الذي تقدم أعلاه ، أو في إطار ما يعرف بمجموع الشركات أين كل شركة تحتفظ باستقلاليتها القانونية ، إلا أنها خاضعة لقرار إقتصادي واحد

<sup>16</sup> Lasserre Capdeville Jérôme , Abus de biens sociaux et banqueroute , Edition joly , Paris , France, 2010 , P.49 .

<sup>1</sup>، الشيء الذي لم ينص عليه القانون الجزائري بمعنى أنّ المسألة لا تتعلق بالعمليات التي تتم بين الشركة و أحد مديريها و إنّما تتمثل في العمليات التي تتم فيها التضحية بمصالح الشركة لفائدة شركة أخرى يكون للمدير مصلحة فيها .

وفي هذا الشأن عندما تكون الشركة متواجدة في إطار مجموع من الشركات ، فإنّ الفعل المخالف لمصلحة الشركة يتغير. إذ يجب الأخذ في الحسبان مصلحة المجموع الذي يمكنه تبرير الفعل المخالف لمصلحة الشركة في ظل توافر بعض الشروط <sup>2</sup> .

حيث أنّ العمليات التي تتم بين مختلف الشركات التابعة لنفس المجموع يجب أن تراعى فيها المصلحة العامة للمجموع، وهذا ما أدلى به قضاة الموضوع وكذا محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ بتاريخ 4 فبراير 1985 ، والتي اعتبرت فيه أنّ الإعانة المالية المقدمة من شركة لأخرى المتواجدة في نفس المجموع يجب أن تمليه المصلحة الإقتصادية ، الإجتماعية ، أو المالية المشتركة والمقدرة بالنظر إلى السياسة المقررة لهذا المجموع ، كما يجب ألا تكون عديمة المقابل أو تقطع التوازن بين الالتزامات المتعلقة بمختلف الشركات المعنية ، و ألاّ تتعدى الإمكانيات المالية للشركة التي تتحمّل العبء .

وعليه فإنّ الفعل المبرر لمصلحة المجموع لا يؤخذ به إلاّ إذا اجتمعت ثلاثة شروط وهي:

- أن تتواجد الشركة فعلا في إطار مجموع الشركات

- يجب أن يكون الفعل مبررا بمصلحة المجموع

- ألا يؤدي هذا الفعل إلى تضحية إحدى الشركات الموجودة في المجموع مما يعرض مستقبلها للخطر

وفي حالة اجتماع هذه الشروط الثلاثة تستبعد كل متابعة جزائية لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة .

أما في الحالة العكسية أي عدم اجتماع هذه الشروط ، مثلا حالة إقراض شركة الفرع مبلغ من المال للشركة الأم بشكل غير متناسب وبدون مقابل ، هنا نكون أمام جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة <sup>3</sup> .

<sup>17</sup> Véron Michel , Op.Cit , P.174 .

<sup>18</sup> Reithmann Annie, l'indispensable du droit pénal , Studyrama , France , 2004 , 2<sup>e</sup> Edition , P.190.

<sup>19</sup> Pereira Brigitte, Op.Cit , P. 26 .

ولقد نص المشرع الجزائري على ما يعرف بالتجمعات في نص المادة 796 من القانون التجاري ، كما نص على أنّ التجمع يتمتع بالشخصية المعنوية وهذا حسب المادة 799 مكرر ، وبالتالي يمكن تصور وقوع جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة في حالة عدم توافر الشروط المذكورة أعلاه .

الفقرة الثانية : تقدير الفعل المخالف لمصلحة الشركة

إنّ القاضي الجزائري وحده يعتبر صاحب السلطة في تقدير الوضعية و تقرير ما إذا كانت الأفعال محل المتابعة مخالفة أو غير مخالفة لمصلحة الشركة .

لكن الصعوبة تكمن في معرفة إذا ما كان الفعل الذي يعرض الشركة لخطر الخسارة هو مخالف لمصلحتها أم لا ؟

في هذه الحالة يجب التمييز بين الخطر العادي الذي يتضمنه كل قرار تسيير عادي صادر عن المسير والمتعلق بتسيير أي شركة ، وبين الخطر الغير العادي الذي يقدم عليه المسير ويرتكب من خلاله جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة.

كما يدخل أيضا في تقدير الفعل المخالف لمصلحة الشركة عنصر الوقت ، فتقدير الأخطار أو إجتماع العناصر المكونة لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة يتم بالرجوع إلى وقت ارتكاب الأفعال فعمل المسير المخالف لمصلحة الشركة يعتبر جنحة وقت ارتكابه<sup>1</sup> .

(ج) الركن المعنوي لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة

تصنف هذه الجريمة ضمن الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام والمتمثل في سوء النية أي إقدام المسير على ارتكاب فعل عن وعي وإرادة وهو يعلم بأنّه مخالف لمصلحة الشركة .

وهذا العلم يفترض في المسير باعتباره شخص محترف ومتخصص في علم التسيير ، فمن واجبه أن يكون عالما بالأمر التي تضر أو تنفع الشركة .

إضافة إلى ذلك اشترط المشرع ضرورة توافر القصد الجنائي الخاص والمتمثل في استعمال المال لتحقيق أغراض شخصية سواء كانت مباشرة كأن يتخلص المسير من ديونه الشخصية بأموال الشركة وقد تكون هذه المصالح غير مباشرة كأن يتصرف المسير في أموال الشركة لإنقاذ شركة ثانية قريبة من الإفلاس والمسيرة من طرف زوجته من أجل المحافظة على سمعة العائلة .

<sup>20</sup> نوي هناء ، المرجع السابق ، ص.338 .

ويقع عبء إثبات القصد الجنائي على عاتق النيابة العامة إذ يتعين عليها إحضار الدليل على اجتماع عناصر الجريمة حتى تتم المحاكمة، إلا أنّ صعوبة إثبات العنصر المعنوي للجريمة جعل القضاء يعتبره شيئاً مفترضاً من الماديات يستخلص الدليل على سوء النية من الظروف والأفعال المادية مثل إخفاء بعض العمليات، إصدار شيك أو سفاتج مجاملة....

ثانياً: مظاهر التشابه بين جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص وجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة

يمكن التمييز بين جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص وجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة كالآتي:

(أ) من حيث صفة الجاني:

إذا كانت جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة تشترط توافر لدى الجاني صفة معينة وهي إما أن يكون رئيس الشركة أو أحد القائمين بإدارتها (أعضاء مجلس الإدارة، أعضاء مجلس المديرين) أو المديرين العاميين بالنسبة لشركة المساهمة، والمسيرين فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإنّ المادة 41 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تشترط في جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص أن يكون الجاني مديراً، أو يعمل فيه بأية صفة، بمعنى أنّ النص ينطبق على كل من ينتمي إلى كيان مهما كانت صفته والوظيفة التي يشغلها وبالتالي صفة الجاني في هذه الجريمة جاء واسعاً مقارنة بالجريمة الأولى.

(ب) من حيث مجال تطبيق الجريمة

حصر المشرع مجال تطبيق جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة في شركات المساهمة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة مستبعداً بذلك شركات الأشخاص وكذا الشركات المدنية، خلافاً لجريمة الاختلاس في القطاع الخاص التي تنطبق على الكيان الذي ينشط بغرض الربح أي الشركات التجارية وبعض الشركات المدنية والتعاونيات.

(ت) من حيث السلوك المجرم

تتحقق جريمة الاختلاس في القطاع الخاص بموجب اختلاس المدير أو المستخدم في القطاع الخاص للممتلكات بمعنى تحويلها من حيازة وقتية على سبيل الائتمان إلى حيازة نهائية على سبيل التملك، أما جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة تتحقق بمجرد الاستعمال فهو لا يقصد به التملك أو الاختلاس بل مجرد الاستعمال البسيط وهذا يعني استخدام مال مملوك للشركة بطريقة تخالف مصلحتها وينطبق على مصطلح الاستعمال استخدام أموال الشركة ولو بطريقة مؤقتة بنية الإرجاع، وطبقاً للقضاء الفرنسي يحمل مصطلح الاستعمال

في مضمونه معنى العمل الإيجابي كإقتطاع جزء من أموال الشركة لتسديد الديون الشخصية أو العمل السلي كإمتناع مدير الشركة من المطالبة بديون الشركة لدى شركة أخرى كانت له فيها مصلحة<sup>1</sup>.

#### ج) من حيث محل الجريمة

إذا كان محل الجريمة في جريمة الاختلاس في القطاع الخاص متمثل في الممتلكات أو الأموال أو أوراق مالية خاصة أو أي أشياء أخرى ذات قيمة ، فإنّ المال في جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة يؤخذ بمعناه الواسع سواء كان منقول أو عقار ، مادي أو معنوي ويستوي في ذلك أن يكون المال خاصا تابعا للخواص أو عاما تابعا للدولة وهذا خلافا للجريمة الأولى التي يكون فيها المال ذو طابع خاص ، كما أنّ استخدام عمال الشركة بهدف القيام بأعمال في مسكن المسير يعتبر شكلا آخر للتعسف في استعمال أموال الشركة وهذا لا نجد في الجريمة الأولى .

#### د) من حيث تقادم الجريمة

لا تتقادم جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص في حالة ما إذا تمّ تحويل عائدات الجريمة خارج الوطن<sup>2</sup> أمّا إذا لم يتمّ تحويل العائدات فتطبق حينئذ القواعد العامة أي تتقادم الجريمة بمرور ثلاثة سنوات إذا لم يتخذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة ، وفي حالة اتخاذه تسري هذه المدة من تاريخ آخر إجراء ، أمّا بالنسبة لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة فيسر عليهما نفس الحكم الخاص بجريمة الاختلاس عندما لا يتمّ تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن أي تتقادم بمرور ثلاثة سنوات<sup>3</sup> . وإذا قارنا جريمة التعسف في استعمال الشركة في القانون الجزائري مع نظيره الفرنسي نجد أنّ هذا الأخير قد مدّد مدة التقادم بحيث جعل الجريمة تتقادم بمرور إثني عشر سنة من يوم إقرار الجريمة وسواء اتخذت إجراءات بشأنها أم لا<sup>4</sup>.

<sup>21</sup> Médina Annie, Op.Cit , P. 10 .

<sup>22</sup> المادة 54 من القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري ، عدد 14 ، جريدة رسمية مؤرخة في 8 مارس 2006 .

<sup>23</sup> المادة 8 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائنية الجزائري ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، جريدة رسمية مؤرخة في 24 ديسمبر 2006 ، العدد 84 .

<sup>24</sup> أنظر :

## المطلب الثاني : أركان الجريمة والعقوبات المقررة لها

لا تختلف أركان جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص كثيرا عن اختلاس الممتلكات من قبل الموظف العمومي في القطاع العام كما يأتي بيانه .

وسنتطرق في هذا المطلب لأركان الجريمة (الفرع الأول) ، ثم للعقوبات المقررة لها (الفرع الثاني) .

### الفرع الأول : أركان الجريمة

تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان وهي صفة الجاني ، الركن المادي ، والركن المعنوي .

#### أولا : صفة الجاني

تشرط المادة 41 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أن يكون الجاني كل شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل فيه بأية صفة<sup>1</sup> ، وهذا على خلاف جريمة اختلاس المال العام الذي يشترط فيها الجاني أن تتوافر فيه صفة الموظف العام .

وبالرجوع إلى المادة الثانية فقرة هـ من القانون السابق نجد أنّها عرفت الكيان كالآتي : " مجموعة من العناصر المادية أو غير المادية أو من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المنظمين بغرض بلوغ هدف معين "<sup>2</sup> .

من خلال هذه المادة يتضح أنّ هذا المصطلح ينطبق على كافة التجمعات مهما كان شكلها القانوني : شركات تجارية أو مدنية ، جمعيات ، أحزاب ، تعاونيات ، نقابات ، إتحادات...

غير أنّ الشيء الملاحظ من قراءة المادة 41 السابقة هو أنّها اشترطت أن ترتكب الجريمة أثناء مزاوله نشاط إقتصادي أو مالي أو تجاري، بمعنى أنّ مجال تطبيق الجريمة جاء محصورا في الكيان الذي يهدف إلى تحقيق الربح كالشركات التجارية ، التعاونيات ، وبعض الشركات المدنية .

وهذا على خلاف جريمة الرشوة في القطاع الخاص التي تنطبق على أي كيان مهما كان هدفه<sup>3</sup> .

<sup>25</sup> المادة 41 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

المادة 2 فقرة هـ من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .<sup>26</sup>

<sup>27</sup> مجلة الإجتهد القضائي ، يعيش تمام أمال ، صور التجريم الجديدة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، جامعة بسكرة ، الجزائر ، العدد الخامس ، سبتمبر 2009 ، ص.97 .

ومن هنا يتضح أنّ مجال تطبيق جريمة الرشوة في القطاع الخاص أوسع مقارنة بمجال تطبيقه في جريمة اختلاس الممتلكات في ذات القطاع .

ولا تنطبق المادة 41 على الشخص الذي يرتكب جريمة الاختلاس بمفرده وهو لا ينتمي إلى أي كيان يسعى إلى الربح<sup>1</sup>.

كما لا تنطبق المادة على الأشخاص الذين لا ينتمون إلى أي كيان ويرتكبون جريمة الاختلاس مجتمعين . فمثل هؤلاء الأشخاص يخضعون للقانون العام وتطبق عليهم أحكام قانون العقوبات وهي أحكام السرقة وخيانة الأمانة<sup>2</sup>.

واشترط المشرع أن يتبوأ الجاني مركزا معيناً في القطاع الخاص ، إذ يجب أن يكون مديراً أي أن يتولى إدارة الكيان أو يعمل فيه بأية صفة، دون تحديد صفة معينة مما يجعل النص يطبق على كل من ينتمي إلى كيان مهما كانت صفته والوظيفة التي يشغلها ، فيمكن أن يكون عاملاً أو مستخدماً في هذا المجال وأياً كان التكليف القانوني للعلاقة التي يرتبط بها أكانت عقد وكالة أو عقد عمل ، ولا يشترط أن تكون علاقته بها دائمة ، فقد يكون مكلفاً بخدمة أو بمهمة هي بطبيعتها مؤقتة ، ويتعين بطبيعتها الحال أن تكون علاقته بالجهة التي يعمل فيها لم تنفك بعزل أو ما شابه ذلك وقت ارتكاب فعله<sup>3</sup>.

ثانياً: الركن المادي

ينقسم الركن المادي في جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص إلى أربع عناصر وهي: السلوك الإجرامي ، محل الجريمة ، علاقة الجاني بمحل الجريمة ومناسبة الاختلاس .

#### 1) السلوك الإجرامي

بالرجوع إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجد أنّه حصر السلوك الإجرامي لهذه الجريمة في فعل الاختلاس<sup>4</sup> دون باقي الصور التي جرمها المشرع في المادة 29 المتعلقة باختلاس المال العام وهي علاوة على الاختلاس: التبديد ، الإلتلاف ، الاحتجاز بدون وجه حق والاستعمال على نحو غير شرعي<sup>5</sup>.

<sup>28</sup> يعيش تمام أمال ، نفس المرجع ، ص.97 .

<sup>29</sup> بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الثاني ، جرائم الفساد ، جرائم المال والأعمال ، جرائم التزوير ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 ، الطبعة الثالثة ، ص.44 .

<sup>30</sup> كامل السعيد ، شرح قانون العقوبات ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2008 ، ، الطبعة الأولى ، ص.522 .

<sup>31</sup> المادة 41 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

<sup>32</sup> المادة 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

والمقصود بالاختلاس هو تصرف الجاني في الشيء كما يتصرف المالك ، إذ أنّ جوهر هذا الركن هو تعبير عن نية الجاني بتحويل حيازته على هذا الشيء من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة ، وبما أنّ تعبير النية لا يكفي لقيام الجريمة من حيث أنّه أمر باطني ، فلا بدّ أن يصدر من الجاني فعل مادي يعبر بصورة قاطعة عن هذا التغيير<sup>1</sup> وإذا لم يتخذ الفاعل سلوكا لا يكشف بصورة قاطعة عن إرادة تغيير الحيازة الناقصة إلى حيازة كاملة لا تقوم جريمة الاختلاس مثلا تأخر المدير أو المستخدم في الرد عند مطالبته بده أو ظهور عجز في حساباته ولذلك يجب على القاضي أن يتقصى الحقيقة للكشف عن النية بصورة قاطعة وذلك في حالة على حدة<sup>2</sup>.

وتطبيقا لما تقدم يعد اختلاسا سحب المدير أو المستخدم مبلغا من المال وإيداعه باسمه في أحد البنوك ، أو أن يقوم بنقل الأشياء التي تسلمها إلى مكان آخر ثم ينكر قيامه بذلك حينما يطالب بردها ، أو يدعي أنّها مملوكة له ، أو يقوم بعرض الأشياء المختلسة للبيع مدعيا أنّها مملوكة له .

هذا ولا يشترط خروج المال بالفعل من حيازة الجاني بناء على السلوك أو التصرف الذي صدر منه ، فالجريمة قائمة ولو كان المال مازال موجودا في مكانه متى ظهر الجاني بمظهر المالك عليه .

كما لا يلزم أن يترتب على الاختلاس ضرر ، فالمشروع لم يشترط تحقق نتيجة إجرامية معينة لفعل الاختلاس. إذ تعد الجريمة قائمة حتى ولم يترتب على الاختلاس ضياع المال كأن يقوم المؤمن بردّ الشيء المختلس بعد أن تصرف فيه تصرف المالك<sup>3</sup>.

#### - الشروع في جريمة الاختلاس

إنّ النشاط الإجرامي في جريمة الاختلاس هو الفعل الذي يكشف بصورة قاطعة على اتجاه إرادة المتهم إلى تملك المال والظهور عليه بمظهر المالك ، وعليه فإنّ البدء في تنفيذ عمل يؤدي حالا ومباشرة إلى الاستيلاء على المال الخاص يعد شروعا معاقب عليه إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها<sup>4</sup> ، وكمثال على ذلك

<sup>33</sup> كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص.522 .

<sup>34</sup> حمادة محمد أنور ، الحماية الجنائية للأموال العامة في جرائم الإختلاس – والإستيلاء – والتربح – والإضرار- والإهمال – موضوعيا – وإجرائيا ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2002 ، ص.29 .

<sup>35</sup> القهوجي علي عبد القادر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، 2002 ، الطبعة الثانية ، ص.83 .

<sup>36</sup> مطر عصام عبد الفتاح ، جرائم الفساد الإداري دراسة قانونية تحليلية مقارنة في ضوء الإتفاقيات الدولية والتشريعات الجنائية وقوانين مكافحة الفساد في الدول العربية والأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة - الإسكندرية ، 2011 ، ص.107 .

الجاني الذي يضبط أثناء إخراجه النقود التي تسلمها بحكم مهامه من خزائنه لكي يستأثر بها ويظهر عليها بمظهر المالك<sup>1</sup>.

## (2) محل الجريمة

تشارك هذه الجريمة في المحل مع جريمة اختلاس المال العام المنصوص عليها في المادة 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ويتمثل محل الجريمة في: الممتلكات أو الأموال أو الأوراق المالية الخاصة أو أي أشياء أخرى ذات قيمة، مع التشديد على الطابع الخاص للأموال محل الجريمة<sup>2</sup>.

## (3) علاقة الجاني بمحل الجريمة

يشترط لقيام الركن المادي لجريمة الاختلاس في القطاع الخاص أن يكون المال محل الجريمة قد سلم للجاني بحكم مهامه، أي لا بدّ من توافر علاقة سببية بين حيازة الجاني للمال وبين مهامه.

وتختلف علاقة الجاني بالمحل في هذه الجريمة عن علاقة الجاني بمحل جريمة اختلاس الممتلكات من قبل الموظف العمومي إذ تمتد إلى حيازة هذا الأخير للمحل بسبب وظيفته، بينما تقتصر في الحيازة بحكم المهام فقط إذا ما وقعت داخل كيانات القطاع الخاص.

وتعتبر الجريمة قائمة وقت تسلم الجاني لمحلها، وعليه إذا دخل محل الجريمة في حيازة الجاني ليس بحكم مهامه لا تقوم الجريمة.

## (4) مناسبة الاختلاس

يشترط المشرع أن ترتكب جريمة الاختلاس في القطاع الخاص أثناء مزاوله نشاط إقتصادي أو مالي أو تجاري.

### (أ) النشاط الإقتصادي:

ويشمل نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات في مجالات الصناعة والفلاحة والخدمات.

### (ب) النشاط التجاري:

ويقصد به كل عمل تجاري، كما هو معروف في القانون التجاري ويشمل:

<sup>37</sup> الشيخ عبد القادر، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة، الجرائم المخلة بالثقة العامة، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2007، ص.187.

<sup>38</sup> بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص.44.

- العمل التجاري بحسب موضوعه كالبيع والشراء لإعادة البيع ومختلف المقاولات بغرض الربح وعمليات التوسط (المادة 2 من القانون التجاري) .

- العمل التجاري بحسب شكله كالتعامل بالسفينة ، الشركات التجارية ، وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها ، العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ، وكذا العقود التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية ( المادة 3 من القانون التجاري) .

- العمل التجاري بالتبعية كالاتزامات بين التجار والأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره ( المادة 4 من القانون التجاري) .

ج) النشاط المالي :

ويقصد به العمليات المصرفية وعمليات الصرف والسمسة والعمليات الخاصة بالعمولة وهي العمليات التي تعد أيضا عملا تجاريا بحسب مفهوم المادة 2 من القانون التجاري .

ثالثا : الركن المعنوي

تعتبر جريمة الاختلاس في القطاع الخاص جريمة عمدية ، يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي ، ومن ثمة لا تقوم الجريمة خطأ ، فالخطأ مهما كان جسيما لا يرقى إلى مرتبة القصد ، فإذا قصر الموظف في المحافظة على المال الذي يحوزه بحكم مهامه فهلك أو سرق فلا يعد اختلاسا ولا يعد كذلك أيضا إذا كان ضياع المال نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي .

وتتطلب هذه الجريمة قصد جنائي عام ، وقصد جنائي خاص.

1) القصد الجنائي العام

يتكون القصد الجنائي العام من عنصري العلم والإرادة .

أ) العلم :

يجب أن يكون الجنائي وهو المدير أو المستخدم في القطاع الخاص على علم بأنّ المال الذي في حوزته مال خاص ومسلم إليه على سبيل الأمانة ، أي له عليه الحيابة الناقصة لا الكاملة ، بمعنى ليس له الحق في التصرف فيه .

فإذا انتفى هذا العلم انتفى معه القصد الجنائي<sup>1</sup> ومثال ذلك اعتقاد المدير أو المستخدم بأن المال مملوك له، أو اعتقد بأنه لم يتسلمه بحكم مهامه ، أو أنّ غرضه من التصرف فيه ليس إلا مجرد استعماله ثم ردّه<sup>2</sup>.

(ب) الإرادة :

إضافة إلى عنصر العلم لا بد من توافر عنصر الإرادة ، إذ يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الاختلاس ، بمعنى تملك المال وممارسة جميع سلطات المالك عليه . ويكفي لتحقيق عنصر الإرادة في القصد الجنائي انصراف نية حائز المال المختلس إلى التصرف فيه . فلا ينفي القصد نية الجاني أن يرد المال بعد ذلك أو أن يكون قد ردّه فعلاً أو يحرر على نفسه إقراراً يلتزم فيه بالرد<sup>3</sup>.

## (2) القصد الجنائي الخاص

القصد الجنائي الخاص هو نيّة التملك فهذه الأخيرة هي عنصر في الاختلاس ، ولا يمكن تصور النتيجة في هذا النطاق بدون توافر تلك النيّة ، فدور الإرادة قد يتضاءل في هذه الصورة بسبب طبيعة الركن المادّي فيها الذي يتمّ بالاعتداء على الحيّزة الكاملة وهو ما لا يتصور إلا بالاستعانة بعنصر نفسي هو نيّة التملك<sup>4</sup>.

إذن لا بدّ من قصد خاص هو قصد التملك بصرف النظر عن البواعث التي قد تدفع الجاني إلى الاختلاس فليس له تأثير على قيام المسؤولية الجنائية ، فالمهمّ أن يختلس الشيء بنيّة التملك وممارسة سلطات المالك عليه<sup>5</sup> ، فلا ينفي وقوع الاختلاس أن يهدف الجاني من وراء جريمته إلى وضع كل ما أستهدفه في مشروع خيري أو معالجة مسكين، إذ مهما كان الباعث شريفاً ، فإنّه لا ينفي نيّة الاختلاس ، أو القصد الجرمي<sup>6</sup>.

## الفرع الثاني : العقوبات المقررة لجريمة الاختلاس في القطاع الخاص

تعاقب المادة 41 على اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج باعتبارها عقوبة أصلية مقررة للشخص الطبيعي .

<sup>39</sup> القهوجي علي عبد القادر ، المرجع السابق ، ص.85 .

<sup>40</sup> الشيخ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص.187 .

<sup>41</sup> القهوجي علي عبد القادر ، نفس المرجع ، ص.86 .

<sup>42</sup> جعفر علي محمد ، قانون العقوبات ، جرائم الرشوة ، الاختلاس ، الإخلال بالثقة العامة ، الاعتداء على الأشخاص والأموال ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2004 ، الطبعة الثانية ، ص.44 .

<sup>43</sup> حمادة محمد أنور ، المرجع السابق ، ص.31 .

<sup>44</sup> كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص.518 .

أما بالنسبة للعقوبات التكميلية وكذا العقوبات المقررة للشخص المعنوي سواء كانت أصلية أو تكميلية ، الظروف المشددة ، الإعفاء من العقوبة وتخفيفها وكذا المشاركة والشروع في هذه الجريمة أو في جريمة الاختلاس في القطاع العام تخضع لنفس الأحكام المقررة لجريمة الرشوة .

خاتمة :

وفي الختام يمكن القول أنّ قانون الوقاية من الفساد و مكافحته تضمن أحكاما لجرائم جديدة نصت عليها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، فمن أهمّ المبادئ الجديدة التي أدخلها هذا القانون توسيع مجال تطبيق مفهوم الفساد، إذ جاء بأشكال جديدة متعلقة بالقطاع الخاص : منها الرشوة في القطاع الخاص ، بالإضافة إلى اعتماد نفس فكرة تجريم الاختلاس في أوساط هذا القطاع إذ أحاط هذا الفعل بحكم مميز تضمنته المادة 41 منه ، والتي أراد من خلالها حماية الممتلكات في القطاع الخاص من كل تبديد أو سوء استعمال لها .

قائمة المراجع :

I : النصوص التشريعية

- 1- الأمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري ، جريدة رسمية مؤرخة في 19 ديسمبر 1975 ، العدد 101 . 2- القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري ، عدد14، جريدة رسمية مؤرخة في 8 مارس 2006 .
- 3- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، جريدة رسمية مؤرخة في 24 ديسمبر 2006 ، العدد 84 .

II : الكتب

أولا : الكتب باللغة العربية

- 1- الشيخ عبد القادر ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، الجزء الأول ، الجرائم الواقعة على أمن الدولة ، الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة ، الجرائم المخلة بالثقة العامة، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب ، سوريا ، 2007 .

- 2- القهوجي علي عبد القادر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، 2002 ، الطبعة الثانية.
- 3- بهنسي أحمد فتحي ، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت، 1991 .
- 4- بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الثاني ، جرائم الفساد ، جرائم المال والأعمال ، جرائم التزوير ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 ، الطبعة الثالثة .
- 5- جعفر علي محمد ، قانون العقوبات ، جرائم الرشوة ، الإختلاس ، الإخلال بالثقة العامة ، الإعتداء على الأشخاص والأموال ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2004 ، الطبعة الثانية .
- 6- حمادة محمد أنور ، الحماية الجنائية للأموال العامة في جرائم الإختلاس – والإستيلاء – والتريح – والإضرار – والإهمال – موضوعيا – وإجرائيا ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2002 .
- 7- كامل السعيد ، شرح قانون العقوبات ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2008 ، ، الطبعة الأولى .
- 8- كرم عبد الواحد ، معجم المصطلحات القانونية ( عربي – فرنسي – إنجليزي ) ، مكتبة النهضة العربية ، بيروت، 1987 ، ، الطبعة الأولى .
- 9- مطر عصام عبد الفتاح ، جرائم الفساد الإداري دراسة قانونية تحليلية مقارنة في ضوء الإتفاقيات الدولية والتشريعات الجنائية وقوانين مكافحة الفساد في الدول العربية والأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة - الإسكندرية ، 2011 .
- 10- نوفل علي عبد الله صفو الدليبي ، الحماية الجزائية للمال العام دراسة مقارنة ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 ، الطبعة الثانية .

ثانيا : الكتب باللغة الفرنسية

- 1- Lasserre Capdeville Jérôme , Abus de biens sociaux et banqueroute , Edition joly , Paris , France, 2010 .
- 2- Médina Annie , L'expérience française , L'abus de biens sociaux , Le particularisme français à l'épreuve de l'Europe , en partenariat avec association française des justices d'entreprises , Centre

de recherche sur le droit des affaires , Chambre de commerce et d'industrie de Paris , France, Novembre 2004 .

3- Reithmann Annie, l'indispensable du droit pénal , Studyrana , France , 2004 , 2e EDITION .

4- Véron Michel , Droit pénal des affaires , MASSON , Paris , France , 1992 .

### III : المجلات العلمية

#### أولا : باللغة العربية

1- مجلة الإجتهد القضائي ، حسونة عبد الغني و زاوي الكاهنة ، الأحكام القانونية الجزائية لجريمة إختلاس المال العام ، جامعة بسكرة ، العدد الخامس ، سبتمبر 2009 .

2- مجلة المنتدى القانوني ، نوي هناء ، جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة في التشريع الجزائري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، العدد السادس ، أفريل 2009 .

3- مجلة الإجتهد القضائي ، يعيش تمام أمال ، صور التجريم الجديدة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، جامعة بسكرة ، الجزائر ، العدد الخامس ، سبتمبر 2009 .

#### ثانيا : باللغة الفرنسية

Annales des Mines - Gérer et comprendre , Pereira Brigitte, « Fraude et intérêt social : la problématique de l'abus de biens sociaux », Edition ESKA , France , 2013/3 , N° 113 .

### IV : المواقع الإلكترونية

[www.jdbavocats.com/actualite-droit-penal/210-abus-de-biens-sociaux-nouveau-delai-de-prescription.html](http://www.jdbavocats.com/actualite-droit-penal/210-abus-de-biens-sociaux-nouveau-delai-de-prescription.html)



## عقود التشييد والاستغلال والتسليم O.T.B وتكييفها القانوني دراسة تحليلية د. جمال عمران المبروك، أستاذ القانون التجاري المساعد بكلية القانون- جامعة طرابلس/ ليبيا

### المقدمة

لقد كان للأزمة الاقتصادية العالمية في فترة الثمانينات أثرها البالغ على اقتصاديات دول العالم عموماً والدول النامية خصوصاً، الأمر الذي جعل هذه الدول تكاد عاجزة عن إقامة أو تشغيل أو تطوير بنيتها الأساسية، كإقامة محطات الكهرباء والماء والطرق والجسور والموانئ والمطارات وغيرها من المشاريع الحيوية.

لأنه وكما نعلم بأن إقامة مثل هذه المشاريع يعد من أهم وأكبر تحديات ومسؤوليات الدولة اتجاه مواطنيها، وذلك بسبب عدم قدرة الدولة على الإيفاء بهذه المتطلبات الضرورية، نظراً لاحتياجها أموالاً كبيرة وأعباء مادية طائلة تثقل كاهل الدولة، وتؤدي إلى اختلال موازنتها العامة، فلم تجد أمامها سوى اللجوء إلى القطاع الخاص لتمويل البنى التحتية لتوفير الخدمات المختلفة لجمهور مواطنيها، وكان من أفضل السبل المتاحة أمام هذه الدولة هو التعاقد حول هذه المشروعات بنظام عقود التشييد والاستغلال والتسليم المعروفة اختصاراً بعقود البوت (B.O.T).

وتكمن أهمية اللجوء إلى صيغة عقود البوت في الاعتماد الكلي على القطاع الخاص للقيام بتشبيد هذه البنى الأساسية وتشغيلها، وبالتالي فإن الدولة أو الجهة المتعاقدة تلقي على كاهل المستثمر الخاص عبء إقامة وتشغيل هذه المرافق الحيوية، فلا تتحمل الدولة مثل هذه الأعباء مما يخفف من اختناقات الموازنة العامة لهذه الدولة.

ومن هنا نستطيع أن نلمس مدى احتياج الدولة لإبرام مثل هذه العقود، حيث اضطرت الدولة تكرر ورضخت لسطوة عقود البوت المدعومة أساساً من قبل الترسنة الاقتصادية العالمية في ظل النظام الرأسمالي السائد والمهيمن على المقدرات الاقتصادية للدول النامية والأقل نمواً لذا نجد أن غالبية عقود البوت المبرمة تكون مع مستثمرين أجانب يمثلون اتحاداً مالياً واقتصادياً ضخماً يفوق حتى موازنة كثير من دول العالم الثالث التي تعجز ميزانياتها العامة عن تحقيق احتياجات مواطنيها

من الخدمات الأساسية، والنهوض بمتطلبات التنمية الاقتصادية المستدامة بسبب شح الموارد والأزمات الاقتصادية الخانقة.

ونظراً لما تتطلبه إقامة مثل هذه المشروعات من إمكانات مادية كبيرة، فكان لزاماً اللجوء إلى عقود البوت التي مثلت طوق النجاة لمثل هذه الدول، فأقبلت على نظام البوت (B.O.T) دون تأني أو دراسة مستفيضة لمخاطر هذا النوع من العقود التي ستكون لها آثار مستقبلية ووخيمة على المستقبل الاقتصادي لهذه الدول على المدى البعيد إذا لم يحسن التعامل معها، مما يتطلب من الدول النامية التروي والتعقل قبل الإقدام على إبرام عقود البوت (B.O.T)، وضرورة إعداد البيئة القانونية الملائمة لمثل هذه العقود، وإعداد الكوادر الوطنية المؤهلة في المجال الفني والقانوني والمالي والتفاوضي، وبهذا فإن التعاقد بنظام البوت سيؤتيأكله المرجوة منه.

هذا وتقوم فكرة نظام عقد البوت على قيام الدولة أو أحد الأجهزة الحكومية التابعة لها بإسناد مهمة التمويل لمشروع معين إلى مستثمر خاص يسمى شركة المشروع عن طريق منحها امتيازاً لمدة زمنية طويلة يقوم خلالها بتشديد المشروع وتشغيله، وبعد انتهاء مدة الامتياز يعود المشروع ملكاً خالصاً للدولة المضيفة لامتياز البوت، بعد أن يكون هذا المستثمر قد قام باسترداد كافة النفقات والمصروفات المادية التي كان قد أنفقها مع هامش ربح ليس بالقليل، عن طريق تحصيله لمقابل الخدمات من المنتفعين من هذا المشروع.

ويعد نظام التعاقد بصيغة البوت (B.O.T) نظاماً مستحدثاً نسبياً في إقامة وتشديد وتشغيل مشاريع البنية الأساسية، حيث يعتبر نظام البوت من أكثر الأنظمة التعاقدية جاذبية وإغراء لكافة الجهات سواء الدولة أو الجهات الاعتبارية الخاصة على حدٍ سواء، لأنه كما سبق وأوضحنا بأنه نظام يلقي بعبء تمويل هذه المشروعات على كاهل المستثمر الخاص، شركةً كانت أم فرداً أو اتحاداً مالياً، فيخفف الأعباء المالية على موازنات هذه الجهات المتعاقدة بنظام البوت، وبالتالي يعطي للدولة المتعاقدة فرصة سانحة للالتفات إلى مشاريع أخرى قد تكون ملحةً وحيويةً للغاية، فتقوم الدولة بالتفرغ لتمويلها كالتعليم والصحة والقضاء مثلاً، بدلاً من أن ترهق الدولة في تمويل كافة المشروعات التنموية دفعةً واحدةً وهو أمر غير مُيسر القيام به، إن لم يكن مستحيلاً في ظل عجز موازنات هذه الدول كما سبق وأوضحنا.

كما تكمن أهمية دراسة نظام البوت في الدور المهم الذي يلعبه هذا النوع من صيغ التعاقد في مجال التنمية الاقتصادية المستدامة، حيث أن غالبية الدول بدأت في الاتجاه إلى سياسة السوق الحرة،

وتحرير التجارة وتبني نظام العولمة، لأن النظام الاقتصادي العالمي يتجه برمته نحو إشراك القطاع الخاص في القيام بدور اقتصادي في إنجاز مشروعات التنمية المستدامة.

وفي هذا الخضم المتنامي نجد أن عقود البوت هي نظام تعاقدى حديث نسبياً، يقوم بدور الريادة في تحقيق طموحات وتطلعات كافة دول المعمورة عموماً ودول العالم الثالث خصوصاً، فيترسيخ أسس متينة للتنمية الاقتصادية المستدامة، وما تعود به من عموم الرخاء الاقتصادي المنشود من كافة شعوب الأرض وذلك من دواعي اختيارنا لهذا الموضوع، ومما دعانا إلى الوقوف على فكرة نظام البوت كأحد الأنظمة التعاقدية الرائدة في وقتنا الحديث والمعاصر، ومحاولة الفهم العميق لما هيته وطبيعته القانونية وخصوصاً مسألة تأصيل الجدل الفقهي الكبير القائم حول التكييف القانوني السليم لعقد البوت، وهو ما لمسناه حقيقة واقعةً بين فقهاء القانون العام وفقهاء القانون الخاص، والذي يبدو للوهلة الأولى بأنه جدل نظري أو ترف فكري لاداعي للإغراق في تفاصيله الفقهية التي لاتقدم ولاؤخر من الناحية القانونية والواقعية.

وعلى الرغم مما يقال عن هذه الإشكالية الفقهية إلا أن الباحث يرى ضرورة أن يتمتع عقد التشييد والاستغلال والتسليم بالتكييف القانوني السليم كغيره من العقود ناهيك إذا علمنا مدى الأهمية القصوى لعقد البوت في وقتنا الحاضر، وبشكل لا يمكن تجاهله حيث أن تكييف هذا العقد تارةً بأنه ضمن طائفة عقود القانون العام وتارةً أخرى باعتباره ضمن طائفة عقود القانون الخاص، أو بأنه عقد ذو طبيعة خاصة إنما له آثار قانونية كبيرة، فمن الناحية القانونية يترتب على تكييف عقد البوت وتحديد طبيعته القانونية تحديد القانون الواجب التطبيق عند نشوب أي منازعات بخصوص هذه العقود هذا بالإضافة إلى أن تصنيف عقود البوت ضمن طائفة محددة من العقود من شأنه أن يحدد لنا القضاء المختص بنظر المنازعات حيث تخضع العقود الإدارية لقواعد القانون الإداري، ويختص بنظر المنازعات المتعلقة بها القضاء الإداري، بينما تخضع العقود المدنية والتجارية لقواعد القانون المدني والتجاري، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها.

هذا وتكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت وإضفاء التكييف القانوني المناسب والسليم عليه في أنه يتحدد في ضوءه الآثار القانونية التي يترتبها عقد البوتين أطرافه بشأن حقوق والتزامات كل منهم، ناهيك إذا علمنا بأن هناك شبكة تعاقدية متداخلة ومتشابكة للغاية ترتبط بعقد البوت والتي تدور مع عقد البوت وجوداً وعملاً باعتباره مصدراً قانونياً لهذه العقود كالعقود المبرمة من الباطن بين العديد من الشركات من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى، وكذلك عقود القروض وخطابات الضمان وعقود الاعتمادات المستندية، الأمر الذي يتطلب منا حقيقة الوقوف على

التكييف القانوني لعقد البوت مما يسهل تنفيذ هذا العقد بسهولة ويسر وبعيداً عن التعقيدات القانونية الغير محبذة في هذا النوع من العقود.

وتكمن إشكالية دراستنا لموضوع عقود البوت والتكييف القانوني لها في محاولة الإجابة عن التساؤلات الآتية:

- ما المقصود بعقود البوت وما هي أهميتها وما مخاطرها على الدولة المضيفة للاستثمار؟
- وما هو التكييف القانوني السليم لعقد البوت وما مدى توفيق المدارس الفقهية السائدة في الوصول إلى التكييف القانوني السليم لهذا النوع من العقود؟
- وهل من الممكن أن نضع حداً قانونياً سليماً للجدل الفقهي القائم بصده أم أنه لا يوجد جدل فقهي حقيقي وجدّي حول الطبيعة القانونية لعقود البوت؟

سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على كافة الإشكاليات التي كما سبق وأوضحنا أن لها آثار قانونية بالغة الأهمية، تترتب على تحديد المقصود بعقد البوت ابتداءً، ومن ثم على تكييفه القانوني بإدخاله تحت عباءة قانونية موحدة، سواء مجال القانون العام أم الخاص أم تحييده عن كل ذلك باعتباره عقد ذو طبيعة خاصة، يستوجب عدم إقحامه ضمن طائفة معينة ومسماه من العقود المعروفة لدينا سواء عقود القانون العام أو الخاص.

هذا وسنعمد في حل كافة إشكاليات هذه الدراسة على المنهج العلمي الوصفي والتحليلي حيث سننهج المنهج الوصفي في تناولنا للمدارس الفقهية التقليدية منها والحديثة بشأن تناولها للتكييف القانوني لعقد البوت، كما أننا سننهج المنهج التحليلي لاستخدامه في تحليل الحجج والأسانيد التي قال بها الفقه والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع.

حيث إن أهمية هذه الدراسة أنها جاءت في فترة مكتظة بالتطبيقات القانونية والعملية لعقود البوت في مختلف الدول النامية، ومنها ليبيا ومصر وسلطنة عمان والإمارات العربية المتحدة، وغيرها من الدول التي اتجهت بشكل متعجل للغاية لإبرام عقود البوت، وقبل الدراسة المستفيضة لمثل هذه العقود وقبل المعرفة المتكاملة لأضرارها بعيدة الأمد، وخصوصاً إذا لم تحسن الدول النامية التعامل الدقيق مع عقود البوت من خلال الإمام الوافي بمفهومها القانوني، ومدى مخاطرها وتصنيفها وتكييفها التكييف القانوني السليم لكي لا تتعثر هذه الدول في تنفيذها لخطط التنمية المستدامة المأمولة والمبتغاة.

لذا فإننا سنحاول الوقوف على هذه الإشكالية ومعالجتها باتباع المنهج العلمي القويم، التحليلي والوصفي وسنقوم بعون الله تعالى وتوفيقه بتناول هذا الموضوع ذو الأهمية البالغة من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب رئيسية نتناول في المطلب الأول منها التعريف بعقد البوت وأهميته بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار ونخصص المطلب الثاني لتناول الإشكالية التكييف القانوني لعقد البوت وفقاً لكافة المدارس الفقهية في هذا الصدد أما المطلب الثالث سنتحدث فيه عن وجهة النظر الخاصة للباحث حول عموم هذه الإشكاليات، سائلين الله العلي القدير أن يوفقنا إلى ما يحبه ويرضاه وهو ولي التوفيق.

### المطلب الأول: التعريف بعقد البوت وأهميته

يعد نظام التعاقد بصيغة البوت صورة من صور تمويل المشروعات ذات الطابع التنموي، لذا فقد حظي بإقبال كبير من طرف كافة دول العالم المتقدمة منها والنامية، وعقود البوت وإن كانت قد أصبحت معروفة في عصرنا الحديث إلا أن جذورها التاريخية تمتد إلى العام 1782، وتعد فرنسا أول دولة عرفت هذا النظام حيث قامت بإبرام أول عقد بوت في العام 1782م، عندما منحت شركه (بيرن إخوان) الالتزام بتوزيع المياه في العاصمة الفرنسية باريس، كما تعد جمهورية مصر العربية أول دولة في الشرق الأوسط تُقدم على إبرام العقود بنظام البوت (B.O.T) وذلك في مشروع قناة السويس في العام 1869م، حيث تم التقدم لمنح امتياز حفر القناة إلى محمد علي باشا الذي رفضه في تلك الفترة خوفاً من مخاطره المستقبلية على الاستقلال السياسي والاقتصادي للبلاد، إلا أنه وفي فترة لاحقة قام المهندس الفرنسي (فردناند ديلسيبس) بإعادة طرح فكرة منح الامتياز على الوالي محمد سعيد والذي وافق عليه ليبرم العقد لمدة (99) عاماً قابلة للتجديد، وبموجب هذا الامتياز منحت الدولة المصرية الشركة العالمية لقناة السويس الأراضي اللازمة لتشيد القناة مع إعفاء شركة المشروع من كافة الرسوم والضرائب والجمارك على كافة معدات وأدوات ولوازم هذا المشروع الاستراتيجي(1).

وعلى الرغم من أن السرد التاريخي لتطور نظام البوت ونشأته لا تخلو من الفائدة العلمية ولاشك، إلا أن ما يهمنا من خلال هذا المطلب هو تحديد المقصود بهذا النظام التعاقدي المستحدث نسبياً وبمعناه الواسع من خلال الوقوف على تعريف عقد البوت كمتطلب أساسي وبديهي في ذات الوقت (الفرع الأول)، ثم الحديث عن العقود التي تقترب في مفهومها من نظام البوت (الفرع الثاني)، والذي ارتأينا

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر، يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة، عقود البوت، دار الثقافة عمان، ط1، 2017، ص2 وما بعدها، عصام احمد الهيجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت (B.O.T)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2014، ص29 وما بعدها، وضاح محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية للبوت، حقوق الإدارة والتزاماتها، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010، ص16 وما بعدها.

أنه ضرورياً لغايات التعريف بعقد البوت المقصود من هذه الدراسة وتحديد شكله بدقة لا لبس فيه وهو من المتطلبات الموضوعية في هذه الدراسة، كما أننا ومن خلال هذا المطلب سنسلط الضوء على أهمية التعاقد بصيغة البوت بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الثالث)، والذي كان من دواعي قيامنا بإعداد هذه الدراسة نظراً لما لمسناه من الفوائد والمزايا الاقتصادية لهذا النوع من العقود على اقتصاديات الدولة المتعاقدة، ناهيك عن العديد من المنافع الأخرى التي سنتناولها بالدراسة والتحليل والتعليق كلما لزم الأمر.

#### الفرع الأول: تعريف عقد البوت (B.O.T):

لعله ومن نافلة القول أن نوضح بأن عقد البوت محل دراستنا غالباً ما يتم إبرامه بين أشخاص من القانون العام ممثلاً في الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة، كالوزارات والمصالح الحكومية أو يتم إبرامه من قبل الأشخاص الإقليمية ممثلة في المدن والمحافظات كما أن بإمكان الأشخاص الاعتبارية الخاصة أيضاً إبرام عقد البوت سواء كانت شركات أو أفراد، وبالتالي فإن الطرف الأول في عقود البوت يمكن أن يكون دولة أو شركة خاصة، أي ليس بالضرورة دائماً أن يكون الطرف الأول من أشخاص القانون العام، أما الطرف الثاني في عقد البوت والذي يسمى شركة المشروع فغالباً ما يكون تجمع من المستثمرين الخواص في إطار شركة متعددة الجنسيات ذات رؤوس أموال ضخمة، وتمتلك كافة المقدرات الفنية والمادية والتكنولوجية، وبإستطاعتها تمويل مشروعات البنية الأساسية لدى الجهة المتعاقدة والحصول على عائد ربحي لأبأس به.

كما أن شركة المشروع وفي سعيها لتنفيذ مشروعات البنية التحتية، فإنها تقوم بإقامة العديد من العلاقات القانونية المتشابهة من الباطن، وذلك لأغراض الإنجاز السريع للمشروع وبأقل التكاليف، حيث تبرم شركة المشروع عقود مختلفة ومتنوعة، كالعقود المبرمة من الباطن مع شركات المقاولات المحلية أو عقود تقديم الخدمات الاستشارية كالأستعانة بالمختصين في المجال المالي والقانوني والفني هذا بالإضافة إلى إبرام عقود التأمين و التوريد وغيرها.

أما بخصوص إيجاد تعريفاً جامعاً مانعاً لعقد البوت فقد دأب الفقه على مختلف مشاربه على البحث عن تعريف لعقد البوت، فجاءت هذه التعريفات في مجملها متأثرة بالزعات الفقهية التي تحاول بوثقة هذا العقد ضمن عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص أوعلى أنه يمثل عقد ذو طبيعة خاصة فمن هذه المنطلقات الفكرية ولدت تعريفات كثيرة لعقد البوت متأثرة بالجدل حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، والمتعلقة بتكليفها القانوني، ولكنه وبغض النظر عن كل ذلك فإننا

نجد جملة من هذه التعريفات قد أصابت كبد الحقيقة بتجسيدها لمعنى عقد البوت من الناحية الواقعية والقانونية.

ومما تقدم نستشف أن عقد البوت هو "تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأس المال قطعة من الأرض لإقامة مشروعاً من مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وفقاً لمواصفات محددة سلفاً بين الدولة والمستثمر على أن يتحمل المستثمر كافة أعباء البناء والتشغيل، ويكون للمستثمر الحق في الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محدودة يتم الاتفاق عليها في عقد البوت"<sup>(1)</sup>.

كما عرفه آخر<sup>(2)</sup> بأنه "نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه شركة المشروع بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمي بالترخيص، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع، وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص، وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص".

هذا وقد ذهب جانب من الفقه<sup>(3)</sup> إلى تعريف عقد البوت بأنه "منح الحكومة لمن يرغب في الاستثمار في إحدى مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة فرصة إقامة المشروع على الأرض التي تحددها الدولة وتحمله أعباء شراء وتزويد المشروع بالمعدات والتكنولوجيا اللازمة وتحمله بكافة نفقات التشغيل، وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع خلال الفترة التي تحددها له الحكومة، والتي تعرف بفترة الامتياز وبعد انتهاء هذه الفترة يتم تحويل المشروع إلى الحكومة التي يحق لها التصرف فيه وفقاً لما تراه من اعتبارات قومية أو اقتصادية".

(1) انظر، عصام أحمد المهدي، مرجع سابق، ص 5

(2) انظر، صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص 44.

(3) انظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط1، 2016، ص 13 وقاربه ذلك، حمدي عبدالعظيم، عقد البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى الندوة العلمية الأولى لعقود البوت (B.O.T) المنعقدة في أكاديمية السادات، جمهورية مصر العربية، في الفترة من 27 إلى 31 فبراير، 2001، ص 3، وقارب ذلك، محمد محمد بدران، النظام القانوني لمشروعات البوت، بحث مقدم للمؤتمر الدولي لعقود البوت المنعقد في القاهرة من 7-8-1997، ص 5.

هذا وقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري<sup>(1)</sup>، المعروفة بـ (اينسترا) بأنه "شكل من أشكال تمويل المشروعات، تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الاتحاد المالي للمشروع امتياز لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز. وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو بمقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الإنفاق عليه مسبقاً أثناء التفاوض على منح المشروع".

ومن الجدير بالذكر الإشارة هنا إلى أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري قد أطلقت على عقود البوت تسمية مشاريع البناء والتشغيل والنقل، وذلك في تقريرها لعام 1996م، ثم أطلقت عليها تسمية مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص في تقريرها الصادر عام 1997م، ثم أطلقت عليها تسمية مشاريع البنية الأساسية المحمولة من القطاع الخاص وذلك في تقريرها للعام 1999م، ومؤخراً أطلقت عليها تسمية الأعمال الممكنة في المستقبل بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وذلك في تقريرها للعام 2001<sup>(2)</sup>.

كما أن منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) قد عرفت عقد البوت بأنه "اصطلاح أو صياغة لاستخدام القطاع الخاص ليقوم بمشروعات التنمية الأساسية التي كانت من قبل حكراً على القطاع العام، ذلك أن تمويل هذه المشروعات هو زاوية الأساس لمفهوم عقد البوت".

ويعد اصطلاح البوت (B.O.T) في حد ذاته اختصاراً لثلاث كلمات إنجليزية وهي (Build) والتي تعني البناء، وكلمة (Operate) والتي تعني التشغيل وكلمة (Transfer) والتي تعني نقل الملكية. وبذلك يكون مصطلح البوت معبراً عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وقد تم اختصاره بأخذ الأحرف الأولى من التسمية الإنجليزية المشار إليه أنفاً ليصبح المصطلح المعروف والمشهور هو (B.O.T).

(1) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، الدورة التاسعة والعشرون المنعقدة بنيويورك في 28 مايو حتى 16/12/1996، تحت عنوان الأعمال المقبلة المتعلقة بالبناء والتشغيل ونقل الملكية، ولمزيد من التفصيل حول هذا التقرير انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص<sup>5</sup> وما بعدها، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، أطروحة دكتوراه، جامعة الرقازيق، 2004، ص<sup>18</sup>، عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص<sup>12</sup> وما بعدها.

(2) لمزيد من التفاصيل انظر، محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004، ص<sup>25</sup>، عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص<sup>13</sup>.

وقد ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى أن أول من استعمل اختصار (B.O.T) ليكون معبراً عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو رئيس الوزراء التركي (ترجوت أوزال) في بداية الثمانينيات، وذلك أثناء اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بُعيد نجاحه في الإنتخابات البرلمانية، وأثناء شرحه لخطته المستقبلية واستراتيجيته المقبلة سعياً لإنعاش وتحسين الاقتصاد التركي والقائم على إسناد المشروعات التنموية الجديدة في البلاد إلى القطاع الخاص بصيغة عقود البوت (B.O.T).

وعلى الرغم مما تقدم فإن البعض<sup>(2)</sup> يرى عدم دقة اصطلاح البوت (B.O.T)، وأنه لا يعبر عن حقيقة الحال في المشروعات المتعاقدة عليها بنظام البوت والتي تخول شركة المشروع حيازة الأراضى على سبيل الانتفاع وليس على سبيل التملك، ومن ثم فإن اختصار البوت (B.O.T)-والذي يعني نقل الملكية- يكون اصطلاحاً غير دقيق، لأن الملكية لم تنتقل أصلاً من مالكيها وإنما الذي انتقل إلى شركة المشروع هو الحيازة التي ستعود لاحقاً لمالكها بعد انتهاء عقد الامتياز (بوت)، حيث أن واقع الحال يؤكد بأن شركة المشروع إنما تمتلك العناصر التي أوجدتها واللازمة لإنجاز المشروع كالألات والمعدات والأجهزة ولا تمتلك المرفق ذاته، بل إن ملكيتها لهذه المعدات لا تكون هي الأخرى مطلقاً، وإنما أثناء تنفيذها للمشروع فقط وقبل تمام تشييده أي إنها تمتلك هذه الموجودات ما دامت مستقلة عن المرفق ولم تدخل في كيانه بعد.

ولعل مثل هذا التحليل هو الذي دعا البعض<sup>(3)</sup> إلى وضع تعريف لعقود البوت، يكون أكثر دقة وانضباطية من حيث المفهوم، حيث عرف عقد البوت بأنه "عقد يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها وطرف خاص أجنبي عادة ما يتخذ شكل الشركة، تطلق عليها شركة المشروع بغرض تشييد إحدى المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية، على حساب تلك الشركة وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد، وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل، وخالياً من كافة الأعباء وبحالة جيدة".

(1) أنظر، صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص 43، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 11-10.

(2) محمد الروبي، المرجع السابق، ص 34، وما بعدها، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 20، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 37.

(3) أنظر محمد الروبي، المرجع السابق، ص 17.

ويذهب البعض<sup>(1)</sup> في معرض تعليقه على هذا التعريف بأنه ابتعد عن الترجمة الحرفية لمصطلح (B.O.T) حيث استبدل كلمة (البناء) بكلمة تشييد واستبدل كلمة (التشغيل) بكلمة الاستغلال وكذلك استبدل كلمة (نقل الملكية) بكلمة التسليم، لتصبح التسمية السليمة وفقاً لهذا الرأي من الفقه، هي عقود التشييد والاستغلال والتسليم - وهو ما يؤيده الباحث في هذا الصدد - كون هذا التفسير أكثر دقة من التسمية السابقة، حيث ان استخدام مصطلح تشييد تعد أوسع وأشمل للتعبير على المفهوم الحقيقي لعقود البوت، لأن شركة المشروع لا تقوم بعملية البناء والإنشاء فقط وإنما قد تقوم بوضع الدراسات والتصاميم، ومن ثم تبدأ في عملية البناء كما أن شركة المشروع تقوم بتجهيز المبنى بالأجهزة والمعدات اللازمة لاستغلاله، مما يعني أن استخدام كلمة تشييد تفي بكافة هذه الأعمال هذا ويعتبر استخدام مصطلح الاستغلال أوسع مفهوماً من استخدام مصطلح التشغيل، حيث أن شركة المشروع بعد استكمالها لعملية التشييد إنما تقوم باستغلال المشروع بكافة الطرق الممكنة والمتاحة من أجل تحصيل الربح وهذا العمل ليس مجرد عملية تشغيل للمشروع فحسب وإنما تشمل كافة أنواع الاستغلال المتاحة.

هذا ويعتبر استخدام مصطلح التسليم أوسع مفهوماً وتعبيراً عن واقع الحال في عقود البوت من استخدام اصطلاح نقل الملكية الذي لا يعبر عن حقيقة وآلية نظام البوت المعمول به في كافة دول العالم، حيث أن شركة المشروع لا تمتلك الأرض المقام عليها المشروع وإنما تحوزها بقصد استغلالها والانتفاع بها لمدة من الزمن طالت أو قصرت يحددها عقد الامتياز، و بانتهاء هذه المدة تقوم شركة المشروع بتسليم ما في حوزتها وهو المشروع إلى الدولة حيث أن واقع الحال في عقود البوت لا يجعل شركة المشروع مالكة له<sup>(2)</sup>.

وما يلاحظه الباحث على مجمل التعريفات التي قيلت كمحاولة جادة لوضع تعريفاً دقيقاً ومنضبطاً لعقد البوت إنما جاءت متقاربة في كثيرٍ منها في وصفها لأطراف عقد البوت وأن الدولة تعد طرفاً أساسياً فيه وأن هذا القول وإن كان يمثل الغالبية في عقود البوت إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون أطراف عقد البوت من الجهات الاعتبارية الخاصة، كما لو تعاقدت إحدى الشركات الخاصة المملوكة لأفراد خواص مع شركة المشروع لتشييد مشروع معين بنظام البوت.

ومن الأمثلة الواقعية على هذه الصورة من صور التعاقد بنظام البوت ما قامت به قرية (جولدن بيتش) السياحية بمدينة الغردقة بطرح مشروع لتشييد محطة مياه بصيغة عقد البوت، كما أن نادي الصيد المصري قد طرح مشروعاً بناء صالة لألعاب البولينج والبيلياردو بصيغة عقد البوت لمدة عشرة

(1) انظر، وضاح محمود، المرجع السابق، ص 34.

(2) انظر، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 17، وما بعدها، وضاح محمود، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

سنوات، كما أن ذات النادي قد طرح مشروعاً آخر بنظام البوت لإنشاء جراج متعدد الطوابق بنظام البوت مما حدى بمجموعة من النوادي المصرية إلى الاقتداء بنادي الصيد في طرح عدة مشاريع بصيغة البوت<sup>(1)</sup>.

ومن ثم يرى الباحث بأن إبرام عقد البوت ليس مقصوداً على أشخاص القانون العام فحسب ، الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة وإنما قد يبرم بين مستثمرين خواص شركة المشروع من جهة وشركة استثمارية خاصة من جهة أخرى.

كما أن الباحث يرى بأن مجمل التعريفات السابقة قد ركزت على أن عقد البوت إنما يبرم لإقامة مرفق عام أو مشروع من مشروعات البنية الأساسية التي تحقق المصلحة العامة، أو تستهدف تسيير عمل المرافق العامة، كتشديد المطارات أو الموانئ أو محطات الماء والكهرباء أو الاتصالات أو الطرق والكباري وغيرها من المشروعات، وهذا وإن كان الغالب في عقود البوت إلا أنه تمت عقود بوت تُبرم لأغراض اقتصادية أو تجارية بحتة ولا تستهدف المصلحة العامة كما يفهم من مجمل التعريفات المشار إليها كأن تبرم الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة مشاريع سياحية أو ترفيهية أو إنشاء صالات رياضية أو مراكز تجارية عملاقة تستهدف تحقيق الربح والكسب الاقتصادي والتجاري مما يعني قصور هذه التعريفات عن المعنى الحقيقي لعقود البوت (B.O.T).

وبناء على ما تقدم فإن الباحث يعرف عقود البوت بأنها صيغة خاصة من العقود التي تستهدف توفير التمويل الخاص، تتم بموجب اتفاق بين جهة بحاجة إلى إقامة مشروع عام أو اقتصادي مع مستثمر خاص ذو كفاءة فنية ومالية عالية ولمدة من الزمن، تمنح من خلالها المستثمر الخاص الإذن بإقامة المشروع واستغلاله خلال مدة معقولة متفق عليها وبانتهاؤها يقوم بتسليم المشروع إلى الجهة المتعاقدة دون أية تكاليف مادية وبحالة جيدة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لم يرد أي تعريف لعقد البوت ضمن قانون تشجيع الاستثمار الليبي رقم (9) لسنة 2010م، وإنما أورد شروطاً لازمة في المشروعات الاستثمارية المراد تشييدها واستغلالها وذلك بموجب المادة السابعة منه، والتي لا تسعفنا في تلمس تعريفاً محدد لعقد البوت ولاحتي عقد الاستثمار عموماً وعلي ذات المنوال سار قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني والذي لم يورد هو الآخر أي تعريف لعقد البوت.

(<sup>1</sup>) لمزيد من التفاصيل أنظر، ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 25، محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2000، ص 112، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 17.

## الفرع الثاني: أهمية عقود البوت ومخاطرها:

كما هو معلوم لدينا بأن التعاقد بصيغة البوت (B.O.T) من حسناته أنه يخفف الأعباء المالية الثقيلة عن كاهل الدولة أو الجهة المتعاقدة المضيفة لهذا النظام، حيث يلقي نظام البوت بمهمة تمويل المشروعات الأساسية أو الاقتصادية إلى القطاع الخاص فهو الذي يتحمل نفقات وأعباء التشييد والتشغيل طوال مدة امتياز البوت، مما يجنب الموازنة العامة للجهة المتعاقدة هذه النفقات المادية العالية، وخصوصاً إذا علمنا بأن إقامة مشروعات البنية الأساسية أو حتى المشروعات ذات الطابع التجاري أو السياحي والترفيهي إنما تتطلب أموال طائلة لإنجازها على أرض الواقع، ناهيك عن احتياجها للتكنولوجيا الحديثة التي تفتقدها كثيرٌ من البلدان النامية والأقل نمواً، وبذلك يكون التعاقد من خلال نظام البوت ذو فائدة كبيرة للدولة يمكنها من توجيه مواردها المتواضعة إلى مشروعات أخرى مهمة وذات نفع مباشر لمواطنيها كالتعليم والصحة والقضاء مثلاً أما دورها بخصوص المشروعات الأساسية الأخرى فإنما تقتصر على الإشراف والمراقبة لسير العمل ومراحله المختلفة الذي يضطلع به المستثمر الخاص.

هذا ويتميز الأخذ بصيغة البوت كأسس للتعاقد بأنه يخلق فرص عمل لمواطني الدولة المضيفة ويقضي على مشاكل البطالة والتضخم حيث إن المدة الزمنية الطويلة لعقد البوت إنما تمكن أعداداً لا بأس بها من مواطني الدول المضيفة للالتحاق بسوق العمل ضمن شركة المشروع كما أنه يعطي الفرصة للعديد من الشركات الوطنية بمختلف أغراضها للانخراط في تنفيذ مراحل المشروع، وخصوصاً شركات المقاولات وشركات التموين والتوريد وغيرها عن طريق التعاقد من الباطن مع شركة المشروع، وهذا في مجمله إنما يقضي على مشاكل البطالة والفقر، ومن ثم القضاء على العديد من المشاكل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية ويرفع من معدل النمو الاقتصادي في الدولة المضيفة للبوت<sup>(1)</sup>.

لذا نجد أن بعض الدول وخصوصاً في العالم الثالث تقوم بالعديد من الترتيبات والتحوطات للاستفادة من هذه الميزة لعقود البوت عن طريق استصدارها للتشريعات القانونية اللازمة لحماية العمالة الوطنية العاملة مع شركة المشروع ضماناً لحقوق مواطنيها، وتوفير الحماية القانونية لهم فمثلاً: نجد أن المشرع في جمهورية مصر العربية قد أصدر القانون رقم (139) لسنة 1981 م، ومن خلال مواد وأحكام هذا القانون خصوصاً في المواد من (174 حتى 176) والتي تقضي بوجود ألا يقل

(1) لمزيد من التفصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص<sup>6</sup> وما بعدها، وضاح محمود، المرجع السابق ص<sup>36-37</sup>، هاني صلاح، المرجع السابق، ص<sup>158</sup> وما بعدها، جمال نصار، مصطفى حسن، مشروعات البوت، مشروعات البناء والتملك والتشغيل والتمويل، بحث مقدم إلى مؤتمر التنمية الإدارية، المنعقد في كلية الحقوق جامعة القاهرة، في العام 1997 م، ص<sup>4</sup>.

عدد المصريين العاملين بهذه الشركات ومهما كانت مشاركة الطرف الأجنبي – عن نسبة (90%) من مجموع العاملين وألا يقل ما يتقاضونه من أجور عن (80%) من أجور العاملين الأجانب وأن لا يقل عدد الفنيين والإداريين المصريين عن نسبة (75%) وبذلك سيضمن المشرع المصري حماية فعالة للقوى العاملة المصرية ومكافحة البطالة وخلق الكوادر المؤهلة وذات الخبرة<sup>(1)</sup>.

كما أن المشرع الليبي ومن خلال قانون تشجيع الاستثمار قد نص في المادة الثالثة منه على أن هذا القانون يهدف إلى تأهيل وتنمية العناصر الليبية فنياً ورفع كفاءتها وإكسابها مهارات متقدمة وتوفير فرص العمل لها وذلك بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشار إليها، كما أن المادة السابقة من ذات القانون قد أكدت على ضرورة توفير وظائف للأيدي العاملة الليبية بما لا تقل عن 30% من العمل على تدريبها وإكسابها المهارات والخبرات الفنية وذلك بموجب أحكام الفقرة السابقة من المادة السابقة المشار إليها آنفاً .

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه<sup>(2)</sup>، إلى أن اعتماد نظام البوت كأساسٍ للتعاقد في مجال مشروعات البنية التحتية إنما يسهل ويسرع من عمليات نقل التكنولوجيا بين مختلف بلدان العالم، وخصوصاً الدول النامية والأقل نمواً، حيث إنه ومن خلال السعي الدؤوب والمتواصل من قبل شركة المشروع في تقديم أفضل ما لديها من إمكانيات وقدرات للفوز بأكبر قدر من عقود البوت وتحقيق أكبر عائد ربحي، فإنها تستخدم في ذلك أفضل الوسائل والطرق التكنولوجية التي تم التوصل إليها حديثاً، وأن من شأن ذلك أن يخلق بيئة تقنية عالية في الدولة المضيفة لنظام البوت، مما ينعكس بشكل إيجابي في تطوير البنية المحلية الصناعية وكافة المرافق العاملة مما يعود بالنفع والرخاء الاقتصادي في عموم الدولة المضيفة وهو ما ينعكس واقعياً في الرفع من المستوى الفني للأيدي العاملة من خلال تدريبها على أحدث الطرق التكنولوجية المتبعة عالمياً في مجال التشييد أو التشغيل، فيفتح بذلك أمام هذه العناصر الوطنية سوق التأهيل والعمل التقني المحلي والدولي، وليس أدل على هذه الميزة في عقود البوت من قيام شركة (كي . جي . إل) الكورية الجنوبية بالتعاقد مع ميناء

(1) انظر، الياس ناصيف، العقود الدولية، عقود البوت (B.O.T)، في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت 2011، ص146-147، رمزي زكي، الاقتصاد السياسي للبطالة، سلسلة عالم المعرفة، ع<sup>2</sup>، يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1997، ص 481 وما بعدها، دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت (B.O.T)، اطروحة الدكتوراة جامعة أسيوط، 2006، ص513، إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002، ص60

(2) انظر، دويب حسين، مرجع سابق، ص 513 وما بعدها، وعاصم أحمد، المرجع السابق، ص59-60، خالد عطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة الماجستير، جامعة القاهرة، 2009، ص16 وما بعدها، صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 187 – 188، الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 146 وما بعدها.

دمياط بجمهورية مصر العربية من خلال صيغة البوت وذلك لإقامة وتشيد محطة بحرية كمستودع كبير للحاويات حيث تم إقامة (أثنان وعشرون رافعة جسيه متطورة) تعمل بأحدث الطرق والوسائل التكنولوجية العالمية، حيث أنجز هذا المشروع العملاق وسلم إلى ميناء دمياط في العام (2008)، الأمر الذي كان له بالغ الفائدة في خلق بيئة تقنية في مجال عمل ميناء دمياط وكافة الموانئ المصرية الأخرى التي استفادت من التجربة التكنولوجية المستعملة في ميناء دمياط، ناهيك عن تأهيل وتدريب العديد من العناصر الوطنية المصرية على هذه التقنية الحديثة للغاية<sup>(1)</sup>.

كما أن هناك من يرى بأن النجاح الكبير الذي حققه نظام البوت إنما يكمن في كونه يمثل صيغة معتدلة للتعاقد، فهي بمثابة الخيار الوسط في الشراكة بين القطاع العام والخاص بخصوص تمويل مشروعات البنية الأساسية، مما جعل الرأي العام لجمهور المنتفعين من صيغة البوت متقبلاً ومتفائلاً جداً بهذا النظام الذي لا يرهن مقدرات الدولة للأجنبي وإنما يظل المشروع وأصوله المختلفة ملكاً خالصاً للدولة، ولا يُعرض الاقتصاد الوطني للخطر، وهو ما يؤيده الواقع العملي المتمثل في الزيادة المضطرة في الاقدام على التعاقد بهذا النظام ليكون أساساً للتعاقد في مختلف دول العالم الحديث منه والنامي، حيث أن الدول المتقدمة تسعى وبصورة متعاضمة إلى الشراكة مع القطاع الخاص في تمويل كافة مشاريع البنية الأساسية وذات الاتجاه موجوداً لدى الدول النامية والأقل نمواً<sup>(2)</sup>.

هو ما تؤكد إحصائية أجريت في العام 1994م، والتي كان من نتائجها أن (37) بلداً نامياً اتجه إلى اعتماد القطاع الخاص ممولاً رئيسياً في مشروعات البنية التحتية وذلك بمبلغ (200) مليار دولار حيث زادت هذه النسبة بالمقارنة بالأعوام السابقة حيث كانت في سنة 1988 بحدود (430) مليون دولار فقط، كما أن نسبة (7%) من التوظيفات الخاصة في مشاريع البنية الأساسية كان مصدره القطاع الخاص أو شركات المشاريع ضمن نظام البوت مما دفع البنك الدولي إلى القول بأن نجاح هذه التوظيفات الخاصة سيؤدي حتماً إلى ارتفاع محسوس في نسبة الأرقام المالية المشار إليها في السنوات القادمة، وهو ما تؤيده نسبة الأقدام على نظام البوت في دول كهنغاريا وسلوفينيا ورومانيا وبولينا وسلوفاكيا، بل ومعظم بلدان العالم تقريباً<sup>(3)</sup>.

(1) لمزيد من التفصيل انظر، خالد العطية، مرجع سابق، ص 18-17، هاني صلاح، المرجع السابق، ص 187 وما بعدها عصام أحمد، المرجع السابق، ص 60.

(2) أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 150-151.

(3) لمزيد من التفصيل حول هذه الإحصائيات انظر، حبيب أبو صقر، التمويل الذاتي للمشاريع من قبل المتعهد (B.O.T)، بحث منشور في مجلة القضاء المالي، ع 43، 2000، ص 18 وما بعدها، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

ومما تقدم وبناءً على الأهمية العملية والقانونية لصيغة التعاقد (B.O.T) ونظراً لتزايد الإقبال على طلب التعاقد بنظام البوت من قبل غالبية الدول النامية والأقل نمواً (يونيدو) فإن هذه الدول طلبت المشورة والرأي الفني والقانوني من هذه المنظمة حول مدى جدوى اللجوء إلى هذه الطريقة في التعاقد وإلحاح هذه الدول طلب المزيد من المعلومات الإرشادية ومدى فعالية إقامة مشاريع البنية التحتية بنظام البوت تشييداً وتشغيلاً وتطويراً وتحديثاً مما حدى بالمنظمة الدولية واستجابة لمطالب هذه الدول باتخاذ مبادرة مهمة للغاية، تتمثل في إعداد مجموعة من الإرشادات القانونية والفنية التي تساعد هذه الدول بتطوير بنيتها الأساسية بناءً على صيغة البوت مما يقلل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي قد تنجم عن إبرام عقود التنمية المستدامة بصيغة عقود البوت والتي تمتد لفترات زمنية طويلة للغاية<sup>(1)</sup>.

إلا أنه وعلى الرغم من الأهمية العملية والقانونية لعقود البوت والتي يؤيدها الباحث ولا شك، إلا أن الواقع العملي للتعاقد بصيغة البوت قد أثار بعض الانتقادات وأسفر عن بعض المساوئ والمثالب الناتجة عن هذا النظام الحديث نسبياً أن ما تطلبه منا الأمانة العلمية والموضوعية في تناول هذه الموضوع هو الدافع وراء التركيز على بعض هذه المساوئ والمخاطر، وهو ما يؤكد جانب معتبر من الفقه، حيث ذهب البعض<sup>(2)</sup>، إلى أن من شأن التعاقد بنظام البوت أن يُحمّل الدولة المضيفة الكثير من الأعباء الباهظة على المدى البعيد، وذلك عندما تُقدم الدولة على الالتزام بشراء الخدمة أو المنتج من شركة المشروع ثم تقوم الدولة لاحقاً بإعادة طرح الخدمة أو المنتج بسعر أقل من التكلفة كدعم لمواطنيها أو لاعتبارات اجتماعية أو سياسية معينة، مما يؤدي عملياً إلى تحميلها لتلك الأعباء المادية المرهقة التي كانت قد أمّلت في أن يتحملها الممول الخاص أو شركة المشروع ابتداءً، وهو ما حدث واقعا ملموساً من قبل هيئة الكهرباء المصرية وشركة (انتراجن سيدي كير) حيث تم إبرام اتفاق البوت بين الطرفين في العام 1998، والذي ألزم الحكومة المصرية شراء الكهرباء من شركة المشروع بمبلغ سنوي يقدر بحوالي (220) مليون دولار لمدة (25 سنة)، أي أن حصيلة ما تشتريه الحكومة المصرية خلال مدة العقد بأكمله هو خمسة مليارات دولار ونصف، وهو ما يفوق فعلياً النفقات التي تحملها شركة المشروع عند إقامتها للمحطة الكهربائية.

<sup>(1)</sup> للمزيد من التفاصيل انظر، خالد العطية، المرجع السابق، ص<sup>8</sup> وما بعدها، عصام أحمد، المرجع السابق، ص<sup>57</sup> وما بعدها.

<sup>(2)</sup> هاني صلاح، المرجع السابق، ص<sup>192</sup>، دويب حسين، المرجع السابق، ص<sup>554</sup>، عصام أحمد، المرجع السابق، ص<sup>62</sup> وما بعده.

كما أن هناك من يرى<sup>(1)</sup> بأنه منمخاطر ومساوئ التعاقد بصيغة عقود البوت أن يؤدي إلى رهن البلد المضيف لهذا النوع من العقود إلى الأجنبي ويؤدي إلى الهيمنة الاقتصادية والسياسية على كافة مقدرات الدولة بسبب امتداد آثار عقد البوت إلى مدة زمنية طويلة للغاية، والتي تصل إلى تسعة وتسعين عاماً متواصلة كما هو الحال في عقد تشييد وتشغيل قناة السويس ناهيك إذا علمنا بأن شركات المشاريع المتعاملة بصيغة البوت هي مجموعة من الشركات الرأسمالية العملاقة والمتحدة مالياً، الأمر الذي يهدد السيادة الوطنية والاستقرار السياسي والاقتصادي للبلد المضيف لأن هذه الشركات إنما تسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الأرباح ولو على حساب رزوح مستقبل الدولة بل وأجيال من مواطنيها تحت رحمة الاستعمار الاقتصادي الهيمنة الاقتصادية وخصوصاً في البلدان النامية والأقل نمواً.

كما يؤخذ على نظام البوت بأنه يؤدي إلى استنزاف المقدرات الاقتصادية للدولة المضيفة على المدى البعيد، وخصوصاً الدول التي تبالغ في الدعم الحكومي لشركات المشاريع لديها، أو تلك التي تقدم الحوافز الاستثمارية السخية للمستثمرين الخواص وغالبيتهم، كما نعلم من الأجانب وليس الوطنيين كالمبالغة في تقديم الإعفاءات الضريبية والجمركية لشركة المشروع أو تقديم الإعانات والدعم الحكومي والقروض المالية المبالغ فيها بفوائد منخفضة للغاية أو منحها الاستغلال الكامل لأراضي المشروع بشكل مجاني ومنحها حتى جزء من الأراضي المجاورة لأرض المشروع للتمدد خلالها لأغراض إنجاز المشروع مما يعطل الاستفادة المثلى من هذه الأراضي في التنمية الوطنية المستدامة حيث تظل هذه الأراضي معطلة طيلة فترة الامتياز والتي تعد طويلة للغاية كما سبق وأوضحنا<sup>(2)</sup>.

وهو ما نلاحظه واقعا معاشا من خلال نصوص قانون الاستثمار الليبي الذي أعطي شركات المشاريع الأجنبية الكثير والكثير من المزايا والحوافز الاستثمارية المبالغ فيها وهو ما نقرأه في نص المادة (10) من قانون تشجيع الاستثمار الليبي وذلك في الفقرات من (1) الي (7)، والتي شملت الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية ورسوم الخدمات التوريدية بشأن آلات ومعدات وأجهزة المشروع بل طالت هدة الإعفاءات حتى رسوم الموانئ والتخزين والمناولة، هذا بالإضافة إلى الإعفاءات المقررة عن التجهيزات وقطع الغيار ووسائل النقل والأثاث ومستلزمات المواد الأولية ومواد الدعاية والإعلان، كما

(1) انظر، جابر نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطوير الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2002، ص61 وما بعدها، عاصم أحمد، المرجع السابق، ص64، دويب حسين، المرجع السابق، ص21-22، وضاح محمود، المرجع السابق، ص36 وما بعدها، محمد بهجت، مرجع سابق، ص13-14.

(2) لمزيد من التفصيل انظر، حسن محمود، النظام القانوني لمشاريع التنمية الأساسية ذات التمويل الخاص، دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه من جامعة القاهرة، 2006، ص98 وما بعدها، عاصم أحمد، مرجع سابق، ص69 وما بعدها.

شملت هذه الإعفاءات الإعفاء من ضريبة الدخل وضريبة الإنتاج وضريبة الدمغة وغيرها من الإعفاءات الكثيرة جداً التي لا يسع المقام لذكرها جميعاً فإكتفينا بذكر أهمها.

وذات الإعفاءات الاستثمارية كان قد نص عليها قانون استثمار رأس المال الاجنبي العماني رقم (102) لسنة 1994، وذلك في المواد من المادة الثامنة حتى المادة الحادية عشر، والتي جاءت مشابهة بشكل كبير لما أورده المشرع الليبي في موادها المشار إليها آنفاً لذا فإننا نكتفي به منعاً للتكرار.

كما أن التعاقد بنظام البوت إنما يحمل في طياته العديد من الالتزامات المالية التي من الواجب على الدولة القيام بها في سبيل إنجاح قيام المشروع، مما يحملها أعباء مالية إضافية، كالقيام بتحضير مستندات التعاقد وخوض غمار المفاوضات الطويلة مع شركة المشروع وتعيين وتدريب المستشارين الماليين والفنيين والقانونيين الذين يمثلون الدولة في إجراء المفاوضات على المشروع، كما أن الدولة وبموجب عقد البوت فإنها تتحمل بالإضافة إلى ما تقدم كافة المعوقات التي يتعرض لها المشروع كالمخاطر السياسية والتشريعية أو الأحداث غير المتوقعة الاستثنائية كالحروب والازمات، حيث تلتزم الدولة بتعويض شركة المشروع عن كافة خسائرها المتولدة عن أي من هذه المخاطر<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: العقود المشابهة لعقود البوت:

لقد أفرز الواقع العملي في مجال إقامة مشروعات البنية الأساسية العديد من العقود قريبة الشبه بعقود البوت، مما يتطلب منا من خلال هذه الدراسة تناول بعض أنواع هذه العقود المهمة منها، والأكثر شيوعاً وانتشاراً في الدول النامية والأقل نمواً، وذلك دفعا لأي التباس قد يقع بينها وبين عقود البوت محل دراستنا والتي سنوردها تباعاً ضمن البنود التالية:

### أولاً:- عقود البناء والتأجير ونقل الملكية (B.L.T)

تعد عقود البلت من الصيغ التعاقدية الحديثة نسبياً وهي اختصار للكلمة الانجليزية (Build, lease, transfer) وفي هذا النوع من التعاقد تلتزم شركة المشروع بتمويل بناء المشروع محل التعاقد، وغالباً ما يكون أحد المباني الحكومية، ثم بعد الانتهاء من مرحلة البناء تقوم الجهة الادارية المتعاقدة باستئجار المشروع من المستثمر الخاص لمدة زمنية متفق عليها في امتياز البلت، بحيث تكون القيمة الاجارية كافية لتحقيق هامش ربح معقول لشركة المشروع ناهيك عن تغطيتها لمصروفات البناء والتشييد، ثم في فترة لاحقة لانتهاء الامتياز يصبح هذا المشروع ملكاً خالصاً للدولة المضيفة لعقد

(1) انظر، وضاح محمود، المرجع السابق، ص 37، هاني صلاح، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها، عصام أحمد، المرجع السابق،

البلت كما أن البعض من الفقه يسمي هذا النوع من العقود بعقود التشييد، للتأجير والاستغلال والتسليم كما تسمى أيضاً عقود التشييد والاستئجار والاستغلال والتسليم(1).

ومن الأمثلة العملية لهذا النوع من العقود ما قام به بنك (ستاندرد هونج كونج)، حيث تعاقد مع شركة (توشيميا تسو) العقارية اليابانية لمدة امتياز تقدر بخمسة وعشرون سنة وذلك لتأجير ما نسبته (30%) من المشروع المقام، وهو مبنى إداري دون أن يلتزم بنك (ستاندرد) بأي التزامات مالية بخصوص عملية البناء، وهكذا فإن شركة المشروع اليابانية تسترد النفقات التي كانت قد صرفتها على المشروع مع هامش ربح معقول من خلال تأجيرها لمساحة (30%) من مساحة المبنى(2).

وتجدر الإشارة إلى أنه في هذا النوع من العقود لا تنتقل ملكية المشروع محل عقد البلت إلى شركة المشروع حيث تظل أرض المشروع ملكاً خالصاً للدولة المضيفة وهي المستأجرة في هذا النوع من العقود، بالمقابل يكون لشركة المشروع الحق في استرداد ما أنفقته من المصروفات مع هامش ربح لا بأس به ذلك من خلال حصولها على القيمة الايجارية في شكل أقساط شهرية أو ربع سنوية، وتلجأ بعض الدول إلى هذا النوع من صيغ التعاقد عندما لا تكون لديها الرغبة في أن يتغلغل الأجنبي في النسيج الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة المضيفة، وذلك لدواعي سياسية أو أمنية، وقد جرت العادة أن يتم التعاقد بهذا النوع من الصيغ لإنجاز المشروعات العملاقة كالطرق السريعة وسلسلة المطاعم الفخمة والمنتجعات السياحية(3).

### ثانياً: عقود التحديث والتملك والاستغلال والتسليم (M.O.O.T)

يعد هذا النوع هو الآخر من صيغ التعاقد المستحدثة، وترجع تسمية هذه العقود بعقود (M.O.O.T) اختصاراً للكلمة الإنجليزية (modernize, own, operate, and, transfer) وفي هذا النوع من العقود والمتعلق تطوير أو تحديث إحدى مشروعات البنية التحتية الموجودة والمشيدة أصلاً، يتم إبرام عقد (M.O.O.T) بين شركة المشروع أو المطور من جهة والدولة المضيفة من جهة أخرى تقوم خلالها شركة المشروع بتحديث وتطوير المشروع محل عقد (M.O.O.T) عن طريق حيازته طيلة فترة الامتياز الممنوح، وهنا يتضح لنا بأن شركة المشروع لا تقوم بأي بناء أو استحداث للمشروع محل عقد

(1) لمزيد من التفصيل حول هذه النوع من العقود انظر، حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص 112، وما بعدها، خالد العطية، المرجع السابق، ص 53، وما بعدها، دويب حسين، مرجع سابق، ص 60، وما بعدها، عصام أحمد، مرجع سابق، ص 22-23.

(2) انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 53، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 42، محمود محمد فهد، عقود البوت وتكييفها القانوني، بحث مقدم إلى مؤتمر القاهرة الدولي لعقود البوت المنعقد في الفترة من 28-29 أكتوبر، 2002، ص 62.

(3) لمزيد من التفصيل انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 53 وما بعدها، دويب حسين، المرجع السابق، ص 59.

(M.O.O.T) وإنما تقوم بتطوير وتحديث مشروع قائم أساساً، وتحصل من خلال حيازتها له على مقابل مالي من جمهور المنتفعين يكون كافياً لأن تسترد شركة المشروع مصروفاتها ونفقاتها المترتبة على عملية التحديث والتطوير مع هامش ربح معقول وبالتالي فإن شركة المشروع لا تملك هذا المشروع وإنما تحوزه لفترة زمنية محددة في عقد (M.O.O.T) وذلك لأغراض التطوير والتحسين والتحديث(1).

وعادةً ما تلجأ الدولة إلى إبرام عقود (M.O.O.T) لأغراض تطوير وتحديث مشروعاتها ذات الطبيعة الفنية والتي تحتاج إلى تقنية متطورة حديثة لتواكب التقدم التكنولوجي السائد في العالم، ولأن هذه التكنولوجيا عادة ما تكلف أموالاً باهظة وإمكانات فنية عالية لا تستطيع الدولة المضيفة تدبيرها فتلجأ إلى إبرام عقد (M.O.O.T) مع مستثمر خاص غالباً ما يكون أجنبياً، وخصوصاً في دول العالم الثالث، وعادة ما يتم الاتفاق من خلال صيغة (M.O.O.T) على أن تقوم شركة المشروع بتدريب مجموعة من القوى العاملة الوطنية على كيفية التشغيل والصيانة مستقبلاً للعمل على إدامة عمل هذا المشروع في مرحلة ما بعد انتهاء امتياز (M.O.O.T) مما يخلق قاعدة تكنولوجية دائمة في الدولة المضيفة(2).

### ثالثاً: عقود التجديد والتملك والاستغلال (R.O.O)

تعد عقود (R.O.O)، والتي هي اختصاراً للكلمة الإنجليزية (Rehabilitate, Own & Operate)، من العقود المستحدثة هي الأخرى، ففي مثل هذه العقود تقوم الدولة بإبرام العقد مع شركة المشروع عندما تكون الحاجة ملحة إلى تجديد هياكل بعض مشروعات البنية الأساسية المتعثرة أساساً، أو تلك التي تعاني صعوبات في التشغيل، مما عرضها للخسارة أو تلك المشروعات التي تكون بحاجة ماسة لإجراء التدعيم سواء من حيث تجديد المباني أو الآلات أو الأجهزة أو وسائل النقل أو المعدات أو غيرها من الاحتياجات المهمة والمحتاجة إلى التجديد، ويقضي عقد (R.O.O) أن تقوم شركة المشروع بتملك المشروع محل العقد والقيام بتشغيله واستغلاله نظراً لتمنح الدولة المضيفة مقابلاً مالياً كئمن نقلاً للملكية لشركة المشروع التي تقوم بتجديده واستغلاله وتقديم خدماتها أو منتجاتها إلى جمهور

(1) لمزيد من التفصيل حول عقود (M.O.O.T) انظر، عصام أحمد، مرجع سابق، ص 25، عبدالفتاح بيومي، مرجع سابق،

ص 64، محمد الروبي، مرجع سابق، ص 54.

(2) لمزيد من التفصيل انظر ماهر محمد، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 55، عبدالفتاح

بيومي، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

المنتفعين والحصول على المردود المادي الذي يعوضها عن نفقات ومصروفات التجديد وحصولها على هامش مستمر من الربح نظراً لأنها تمتلك المشروع نهائياً ولا تلتزم برده للدولة المضيفة (1).

#### رابعاً : عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O):

تعد تسمية (B.O.O) اختصار للكلمة الإنجليزية (Build, own, and operate) من العقود المستحدثة على الساحة الاستثمارية الدولية، وبموجب عقد (B.O.O) يتم التعاقد بين الدولة وشركة المشروع على أن تقوم هذه الأخيرة بتشبيد المشروع محل العقد، ومن ثم تملكه والقيام باستغلاله وتشغيله خلال مدة زمنية، كما أن شركة المشروع لا تلتزم في نهاية الامتياز بإعادة المشروع إلى الدولة المضيفة وإنما بإمكانها أن تتصرف في رغبة المشروع وإن كان الغالب الأعمى مثل هذه الصيغ من التعاقد أن تكون الدولة مالكة لنسبة معينة من المشروع، ممثلة في الأرض المقام عليها وبانتهاء مدة الامتياز تقوم شركة المشروع بدفع مقابل مالي للدولة المضيفة نظير ملكية الأرض بناءً على تقييم متكامل وشامل لموجودات المشروع وأصوله وخصومه.

#### خامساً: عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O)

هذا هو آخر العقود المستحدثة في مجال الاستثمار وتعد تسمية (D.B.F.O) اختصار للكلمة الانجليزية (Design ,Build , Finance, And Operate) وفي إطار صيغة هذه العقود يتم التعاقد بين الدولة من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى، على أن تلتزم شركة المشروع بإعداد كافة التصاميم اللازمة للمشروع محل عقد، ثم في مرحلة لاحقة تقوم بتشبيد المشروع وفقاً للتصاميم المعدة مسبقاً، وتمويل عملية البناء وبعدها تقوم شركة المشروع بعملية التشغيل والاستغلال وعادة ما تلجأ الدولة المضيفة لهذا النوع من الصيغ التعاقدية في المشروعات التي تتطلب إعداداً وتصميماً مسبقاً قبل التنفيذ كإقامة الجسور والانفاق والموانئ والمطارات، حيث يقع على شركة المشروع واجب الالتزام بتشبيد المشروع وفقاً للتصاميم المتفق عليها تماماً، وبإمكان شركة المشروع في عقود (D.B.F.O) أن تسترد ما كانت قد أنفقتة من تمويل أثناء إعداد التصاميم أو أثناء فترة التشبيد وذلك من خلال قيامها باستغلال هذا المشروع طيلة فترة الامتياز الممنوح وحصولها على هامش ربح (2).

(1) لمزيد من التفصيل حول عقد (R.o.o) انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق ص 68 وما بعدها، أحمد سلامة، العقود الادارية وعقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربي، القاهرة، ط1، 2003، ص 5.

(2) لمزيد من التفصيل حول عقد (D.B.F.O)، البوت انظر، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 57، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 24 وما بعدها، حمدي عبدالعظيم، المرجع السابق، ص 111، دويب حسين، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 70، ماهر محمد، المرجع السابق، ص 3 وما بعدها.

وتجدد الإشارة في نهاية هذا المطلب إلى أنه توجد أنواع أخرى من العقود قريبة الشبه من عقود البوت لا يسع المقام لتعدادها جميعاً لذا حاولنا من خلال هذه الدراسة أن نعطي القارئ صورة متكاملة حول مجموعة من هذه العقود التي رأينا بأنها الأكثر قرباً لعقود البوت والأكثر استعمالاً وشيوعاً في الناحية العملية .

### المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقود البوت:

كما سبق وأوضحنا من خلال هذه الدراسة بأن إشكالية التكييف القانوني لعقود البوت تعد من المسائل ذات الأهمية البالغة من الناحية القانونية والعملية، وليس كما قد يبدو للوهلة الأولى بأنها إشكالية نظرية فحسب وذلك لأن التحديد السليم والصحيح لعقد البوت وإدخاله ضمن تكييف قانوني محدد من شأنه أن يجعل من هذا العقد أكثر انضباطية من الناحية القانونية، حيث إن تكييف أي عقد من العقود إنما يتم عن طريق إسناده إلى نظام قانوني محدد يحكمه، ومن ثم يكون بإمكاننا معرفة طبيعة الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد البوت والوقوف على آثارها القانونية المترتبة بين أطراف العقد.

كما أن مسألة تحديد التكييف القانوني لعقد البوت تمكننا من معرفة القانون الواجب تطبيقه فيما لو نشبت منازعات بين طرفيه كما أنه يحدد القضاء المختص بنظر النزاع، ولا يكون هناك صعوبة في تحديد التكييف القانوني لعقد البوت متى ما تم إبرام العقد بين طرفان ينتميان إلى القانون الخاص فهنا وبكل بساطة يمكننا إسناد عقد البوت ضمن طائفة عقود القانون الخاص أي إننا نخضعه لأحكام القانون المدني أو القانون التجاري .

إلا أن المشكلة تثور عندما يكون طرفاً عقد البوت ينتميان إلى نظامين قانونيين مختلفين أحدهما نظام القانون الخاص ممثلاً في شركة المشروع باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص والطرف الثاني ينتمي إلى نظام القانون العام ممثلاً في الدولة أو إحدى مؤسساتها أو أجهزتها الإدارية حيث يتم إبرام عقد البوت غالباً بين الدولة المضيفة للبوت وبين شركة المشروع سواء كانت مستثمر محلي أو أجنبي وهو ما خلق الإشكالية القانونية حول إعطاء عقد البوت تكييفه القانوني السليم سواء بانتمائه إلى نظام القانون الخاص أو نظام القانون العام أو باعتباره عقداً ذات طبيعة قانونية خاصة تستوجب معاملة خاصة، ومن ثم إخضاعه لنظام قانوني خاص يتماشى مع طبيعته الخاصة، مما زاد من الخلاف بين فقهاء القانون الخاص الذين يؤكدون ويصرون على اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص - وفقهاء القانون العام الذين يعتبرونه من عقود القانون العام بل

ويستमितون على تأصيلهم الفقهي لهذا العقد، ويُصرون على ذلك مما فاقم من الإشكالية وأطال في أمد الخلاف والشقاق الحاصل في تكييف هذا العقد الحديث نسبياً، لذا فإن فقهاء القانون العام يُصرون على اعتبار عقد البوت عقداً إدارياً (الفرع الأول) بينما فقهاء القانون الخاص يرون أنه عقد مدني وتجارى (الفرع الثاني) وبينما ذهب فريق ثالث من كلا الطرفين إلى اعتبار عقد البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة وهو ما سنتناوله في (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: عقود البوت داخلية في نطاق العقود الإدارية:

ذهب جانب من فقهاء القانون العام<sup>(1)</sup> إلى اعتبار عقد البوت صورة حديثة لعقد الامتياز، لأنه عقد التزم مرافق عامة ومن ثم فإنه يدخل ضمن طائفة العقود الادارية بطبيعتها مما يستلزم أن يتبع في إبرامها طرق إبرام العقود الإدارية ومن ثم يجب مراعاة القواعد القانونية المنظمة للمناقصات والمزايدات ويؤسس أنصار هذا التوجه أسانيدهم القانونية لإدارية عقد التشييد والاستغلال والتسليم على أن هذا الأخير إنما تنطبق عليه شروط العقد الإداري المعروفة حيث يتم إبرامه من قبل شخص من أشخاص القانون العام وهي الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة وذلك بقصد إدارة أو تسيير عمل مرفقاً عام وتتجه فيه إدارة الدولة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام عند التعاقد وذلك بأن يتضمن العقد شرطاً أو عدة شروط استثنائية غير اعتيادية أو غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص.

وهو ما أكدته في هذا الصدد محكمة القضاء الاداري المصرية في العديد من أحكامها على أن صيغة العقد الإداري تختلف عن صيغة العقد المدني في أنه أي العقد الاداري يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة من أشخاص القانون الخاص يستهدف تحقيق المصلحة العامة بإدارة أو تسيير العمل مرفق عام وأن كفي المتعاقدين فيها غير متكافئة نظراً لأن العقود الإدارية إنما تراعى تحقيق المصلحة العامة والنفعة العام<sup>(2)</sup>.

إلا أنه وعلى الرغم من تأكيد غالبية ساحقة من فقهاء القانون العام على انعقاد البوت إنما هو عقد إداري وهو عقد التزام المرافق العامة ومن ثم يجب إخضاعه للقانون الإداري فإن هذا التوجه قد

(1) لمزيد من التفصيل انظر محمود محمد فهيم، مرجع سابق، ص 42، جيهان حسن سيد، عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 46 وما بعدها، حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الادارية الدولية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010م، ص 4.

(2) أحكام محكمة القضاء الاداري –الدعوى رقم (625)، لسنة 4 ق، جلسة 2-12-1962. الدعوى رقم (3480) لسنة (9 ق) جلسة 2-6-1967، والدعوى رقم (1184) لسنة (14 ق)، جلسة 25-6-1961، وكذلك الدعوى رقم (222) لسنة (15 ق)، جلسة 13-12-1966.

قوبل بالانتقاد حيث انبرى جانب معتبراً من الفقه (1) للرد على الأسانيد القانونية التي ساقها أنصار العقد الإداري حيث يرى المنتقدون بأنه مع التقارب الكبير بين عقد البوت من جهة وعقد امتياز المرفق من جهة أخرى ولكنه توجد بين العقدين فروقاً جوهرية لا يمكن تجاهلها.

حيث إنه وفي إطار عقد البوت تلتزم شركة المشروع لتمويل المشروع بأكمله ابتداء بتشغيله وانتهاء بتشغيله وما تتطلبه هذه العملية الطويلة والمكلفة من أموال باهظة يتحمل عبأها المستثمر الخاص دون غيره، بينما الحال على خلاف ذلك تماماً في عقد امتياز المرفق العام، حيث أن الملتزم بتشغيل المرفق العام لا يتحمل أية مصروفات أو نفقات لأنه لا يقوم بعملية البناء والتشييد أصلاً، مما يؤكد وجه الاختلاف بين عقد البوت من جهة وعقد امتياز المرفق العام من جهة أخرى.

كما أنه في معرض الانتقاد لمذهب العقد الإداري ذهب البعض (2) إلى القول بأن عقد البوت إنما يخضع كغيره من العقود لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنبثق عن سلطان الإرادة، والذي يقضي بعدم جواز نقض العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه وإنما بالاتفاق بين طرفيه ومن ثم ينكرون على عقد البوت صفته الإدارية لأن واقع عقد البوت إنما يقوم على الاتفاق بين الدولة أو إحدى مؤسساتها أو إدارتها العامة كطرف عام من جهة وشركة المشروع كطرف خاص من جهة أخرى.

حيث إن الدولة قد رضيت ابتداءً بأن تكون على قدم المساواة مع الطرف الخاص من خلال الدخول في مفاوضات طويلة لإبرام عقد البوت مما يعد تنازلاً عن سيادتها وسلطانها الاستثنائية المعروفة في مجال عقود القانون العام، وهو ما يعرف بأسلوب الإدارة الخاصة، ومن ثم فأنها لا تملك أية سلطات استثنائية في مجال عقود البوت وإنما تخضع لأحكام هذا العقد ومتى ما أخلت الدولة بأي من شروطه قامت مسؤوليتها العقدية والتزمت بدفع التعويضات التي غالباً ما تكون كبيرة جداً مما يعني أن الدولة تقف على قدم المساواة مع المستثمر الخاص أو ما يعرف بشركة المشروع مما يؤكد عدم إدارية عقد البوت حسب ما يزعم فقه القانون العام.

كما أنه وفي بعض الأحيان فإن الدولة كطرف في عقد البوت قد لا تبتغي دائماً تحقيق المصلحة العامة والنفع العام من خلال إقامتها للمرافق العامة أو الحرص على إدامة تسييرها وتشغيلها، وإنما قد

(1). لمزيد من التفاصيل انظر، عصمت عبدالله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 86 وما بعدها، أكتفم الخولي، الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، دراسة منشورة في مجلة قضايا الدولة، ع<sup>2</sup>، 1999م، ص 30 وما بعدها، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 170، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها.  
(2) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 94 وما بعدها، أكتفم الخولي، المرجع السابق، ص 31 وما بعدها، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 166 وما بعدها.

تستهدف تحقيق الربح والاستغلال الاقتصادي للمشروع محل العقد من وراء إبرامها لعقد البوت مما ينفي عنه صفته الادارية مطلقاً، مما يعني أن الدولة قد نزلت إلى منزلة الاشخاص الخواص، وتنازلت عن سيادتها وسلطاتها الاستثنائية المعروفة في اطار عقود القانون العام(1).

وهو ما أكدته حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية<sup>(2)</sup> في إحدى القضايا التي عرضت عليها بشأن عقد معين بأنه وإن كان هذا العقد قد أبرمته جهة إدارية ويتسم بصفة العقود الإدارية إلا أنه مملوكاً للدولة كملكية خاصة لا عامة فهي تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الافراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني كما أن العقد محل النزاع قد تم إبرامه بأسلوب القانون الخاص، ولا يوجي باتجاه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام عند إبرامه.

وفي حكم آخر أكدت فيه المحكمة الإدارية العليا المصرية<sup>(3)</sup> بأن "العقارات التي تنشئها مجالس المدن لإسكان بعض موظفيها بقصد التخفيف من أزمة الإسكان لا تعتبر أموالاً عامة وفقاً لحكم المادة (87) من القانون المدني ذلك أن الأموال العامة وفقاً لهذا النص هي العقارات والمنقولات التي للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قراراً جمهورياً أو قرار الوزير المختص فمعيار التعرف على صفة المالموالتخصيص للمنفعة العامة وهذا التخصيص لا يتوافر بالنسبة لهذه العقارات لأنها مخصصة لفئة معينة ومحددة من الموظفين، ومن ثم تدخل في الملكية الخاصة لمجلس المدينة كما أن العلاقة بين المنتفعين ومجلس المدينة تقوم على أساس تعاقدية، وهذا التعاقد لا يتسم بمميزات وخصائص العقود الإدارية، إذ يتعين لكي يعتبر العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره وتنظيمه وأن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص وهو ما لا يتوافر في العقود محل المنازعة...، فإن تلك الشروط بخصوص هذه العقارات تعد شروطاً مألوفة مع نوعية من العقود المدنية المعروفة بعقود الادعاء، ومن ثم فإن هذه العقود تكون من قبيل عقود الإيجار التي تصف بشأنها قواعد القانون الخاص، ولا يغير من هذا النظر ما وصفت به العلاقة في العقود بأنها تراخيص إذ العبرة في هذا الشأن حقيقة العلاقة وفقاً للتكييف القانوني الصحيح...)

وفي معرض التعليق على هذا الحكم ذهب أحد الباحثين إلى القول بأنه لكي نعتبر العقد إدارياً فلا بد أن يبرمه أحد أشخاص القانون العام للدولة أو إحدى الجهات الادارية التابعة لها، وأن يستهدف

(1) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

(2) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 24-2-1968م، لمزيد من التفاصيل حول هذا الحكم انظر، عصام أحمد المرجع السابق، ص 25، حمدي ياسين، المرجع السابق، ص 30.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم (12) لسنة (4ق) – بتاريخ 3-4-1976م.

تسيير مرفق عام أو تنظيمه وأن يستهدف تحقيق النفع العام والمصلحة العامة وأخيراً أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وبالتالي إذا كان العقد لا يتضمن هذه الشروط وإنما يستهدف تحقيق المصلحة الخاصة كان عقداً من عقود القانون الخاص وبالتالي تخرج كافة المنازعات القانونية الناشئة بصدده من دائرة وولاية القضاء الإداري لتكون ضمن ولاية دائرة القضاء العادي(1)، هذا وفي إطار الحديث عن أسباب الخلاف المتجذر بين فقهاء القانون العام وفقهاء القانون الخاص ذهب أحد الباحثين<sup>(2)</sup> إلى أن هذا الخلاف لا يعدوا كونه خلافاً نظرياً بحتاً، وإنما ترجع الأسباب الحقيقية الكامنة وراء إشكالية التكييف القانوني لعقد البوت إلى أن لكل من الطرفين المختلفين من فقهاء القانون العام والخاص مصلحة في ضم هذا النوع من العقود إلى تخصصه العلمي الأكاديمي، حيث أن من يفوز بثمره هذا الخلاف النظري سيتمكن من إدخال مادة عقود البوت ضمن تخصصه الأكاديمي كمادة ومقرر دراسي من مقررات كلية الحقوق فكلما الطرفين يتحيز ويتشيع لتخصصه العلمي لتوسيع مجاله بحجة حب العمل وحب التخصص والغيرة المحمودة على التخصص أي أن المصالح الأكاديمية -إنجاز لنا التعبير- هي التي تقف وراء هذا الجدل الكبير حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت.

### الفرع الثاني: عقود البوت تدخل في نطاق القانون الخاص:

تحت وطأة الانتقادات التي وجهت إلى نظرية العقد الإداري اتجه فريق من فقهاء القانون الخاص إلى محاولة التأكيد على أن عقد البوت إنما هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع في أحكامه إلى القانون المدني والقانون التجاري، ويختص القضاء العادي بالنظر إلى كافة المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود أو يختص بها قضاء التحكيم التجاري بحسب الأحوال.

وقد أقام هذا التوجه من الفقه<sup>(3)</sup> أسانيد المؤيدة على أساس أن الدولة وبمجرد موافقتها على إبرام عقد البوت فإنها قد تنازلت عن سلطاتها السيادية والإدارية، وقد ارتضت أن تنزل منزلة الأشخاص الخاصة، وهو ما يؤكد تنازل الدولة لصالح شركة المشروع عن التمسك بأي من القوانين السيادية التي تضر بمصالح الطرف الثاني في العقد، فتقوم الدولة مضطرة بتعديل كافة قوانينها وخصوصاً

(1) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 97.

(2) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 103-104.

(3) أحمد رشاد، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل (B.O.T)، في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014م، ص 190 وما بعدها، محمد عبد العزيز، فكرة العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 23، عصام

أحمد، المرجع السابق، ص 100.

تلك المتعلقة بالاستثمار لتكون موائمة ومتماشية مع صيغة عقود البوت أي متماشية مع مصلحة شركة المشروع كمشثمر خاص مما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد البوت وتنفي عنه أية صفة إدارية.

وليس أدل على ذلك من قيام الدولة المصرية بتعديل العديد من قوانينها الوطنية لتكون موائمة لبيئة البوت ومنها القانون رقم (155) لسنة 1996م، بشأن قطاع الكهرباء وكذلك القانون رقم (229) لسنة 1997م بشأن الطرق والقانون رقم (3) لسنة 1997م بشأن المطارات.

كما أن العديد من أحكام عقود البوت عادة ما تنص على عدم جواز تطبيق التشريعات الوطنية التي قد تصدر مستقبلاً في الدولة المضيفة متى كانت ضارة بمصالح شركات المشاريع، كما جرى العمل على النص على عدم جواز أن تقوم الدولة أو إحدى مؤسساتها على إلغاء العقد أو تعديله من جانب واحد وإذا ما قامت الدولة بمخالفة هذا الحكم تتحمل كافة المسؤوليات القانونية المترتبة على ذلك وتلتزم بتعويض شركة المشروع عن كافة الأضرار المترتبة على هذه الخطوة الأحادية من طرف الدولة<sup>(1)</sup>.

وهو ما اعتمده المشرع الليبي في قانون تشجيع الاستثمار في المادة (23) والمعنونة بضمان المشروع حيث تنص على أنه "لا يجوز تأميم المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه أو مصادرته أو فرض الحراسة أو التحفظ أو التجميد أو إخضاعه لإجراءات لها نفس التأثير إلا بموجب قانون أو حكم قضائي وفي مقابل تعويض عادل... ويحسب التعويض على أساس القيمة السوقية العادلة للمشروع عند اتخاذ الإجراء..." وهو مانص عليه كذلك قانون استثمار راس المال الأجنبي العماني بموجب المادة (12) منه والتي جاء فيها "لا يجوز مصادرة المشروعات المشار إليها ولانزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة طبقاً للقانون ومقابل تعويض عادل..."

كما أن أنصار مدرسة القانون الخاص<sup>(2)</sup>، يرون بأن عقد البوت يعد داخلًا في دائرة القانون الخاص وليس القانون العام استناداً إلى أن الدولة عند لجؤها إلى إبرام عقد البوت إنما تكون مضطرة للتزول إلى مصاف الأشخاص الخواص تحت ضغط المصلحة العامة للدولة وسعيها الحثيث لإقامة مشاريع بنيتها الأساسية والتي لا تستطيع هي القيام بها بمفردها وتكون بحاجة ماسة إلى ضرورة تمويل القطاع الخاص لهذه المشروعات الحيوية المتمثل في شركات المشاريع، أو المستثمرين الخواص الذين عادة ما يكونون شركات أجنبية متعددة الجنسيات، أو عابرة للقارات لذا تضطر الدولة إلى التعامل على قدم

(1) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها.

(2) هاني صلاح، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها، سامي عبد الباقي، الإطار التشريعي والتعاقدية لمشروعات البنية الأساسية، الممولة من القطاع الخاص (B.O.T)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للمشروعات، المنعقد في شرم الشيخ للعام 2011م، ص 35، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 79، دويب حسين، المرجع السابق، ص 179.

المساواة مع هؤلاء المستثمرون الخواص الذين لن يوافقوا بأي حال من الأحوال على تمويل هذه المشروعات الباهظة التكاليف مادامت الدولة ستتعامل معهم من خلال عقد البوت باعتبارها شخص عام ذو سيادة يتمتع بسلطات استثنائية أو امتيازات غير مألوفة، الأمر الذي يضطر الدولة إلى الرضوخ والتعامل مع شخص من أشخاص القانون الخاص للحصول على الدعم والتمويل والتطوير، وهو ما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد البوت وأنه من طائفة عقود القانون الخاص.

هذا ويذهب آخرون<sup>(1)</sup> إلى أنه ليس أدل على كون عقد البوت إنما ينتمي إلى طائفة عقود القانون الخاص في أنه غالباً ما ينص في هذه العقود على أن هذا العقد عقد مدني وأن الاختصاص بنظر منازعاته إنما ينعقد لقضاء التحكيم التجاري الدولي أو القضاء العادي بحسب الأحوال ، وهو ما يؤكد عملاً العقد المبرم بين الجانب المصري ممثلاً في الحكومة المصرية وشركة المشروع الملزمة بتشديد وبناء وتشغيل مطار مرسى علم المصري وفقاً لصيغة نظام البوت، حيث ورد بهذا العقد حكمٌ يقضي بأنه في حالة نشوب نزاع بين أطرافه حول تفسير أحكام العقد وجب أولاً اللجوء إلى طريق التفاوض كطريق ودي لإنهاء النزاع وإلا يتم إحالة النزاع إلى شخص أو هيئة يتفقان عليها للفصل فيه إذا فشلت هذه المساعي يتم اللجوء إلى قضاء التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن نظرية القانون الخاص لم تسلم هي الأخرى من سهام النقد من قبل المؤيدين لإدارية عقد البوت حيث يذهب جانب من هذا الفقه<sup>(2)</sup>، إلى القول بأن إخضاع عقد البوت لقواعد القانون الخاص المدني هو قولاً لا يستقيم حيث أن نصوص هذا القانون قد جاءت خلو من أي تنظيم لعقد البوت الذي يعد عقداً حديث نسبياً مما يؤدي عملاً على اعتبار هذا العقد في ضمن عقود القانون الإداري إلا أنه مع احترامنا لهذا الرأي فإن أنصار مدرسة القانون الخاص قد ردوا على هذه الحجة بالقول بأن القانون المدني قد نظم نوعان من العقود أحدهما شائع الاستعمال وهي طائفة العقود المسماة والتي حظيت بتنظيم تشريعي متكامل بموجب نصوص القانون المدني ونوع آخر من العقود وهي العقود غير المسماة وهي عقود ليست شائعة الاستعمال ومع ذلك فإنها لا تخرج من نطاق القانون المدني كما أن أنصار القانون العام قد ذهبوا إلى القول بأن الحجة المسندة إلى أن عقد البوت محكوم بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مما يؤكد طابعه الخاص بأنه قولاً لا

(1) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص<sup>100</sup> محمد الروبي، المرجع السابق، ص<sup>80</sup>، دويب حسين، المرجع السابق، ص<sup>179</sup> وما بعدها.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء الفقهية والرد عليها انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص<sup>105</sup> وما بعدها، دويب حسين، المرجع السابق، ص<sup>209</sup> وما بعدها، خالد العظيمة، المرجع السابق، ص<sup>70</sup> وما بعدها، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص<sup>380</sup> وما بعدها، أحمد رشاد، المرجع السابق، ص<sup>190</sup> وما بعدها.

يستقيم عمليا، لأن الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والامتيازات بإمكانها أن تعدل في عقد البوت بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى المتعاقد الأخرى مما يعزز بأن عقد البوت من طائفة العقود الإدارية وقد تم الرد على هذه الحجة بالقول أن الدولة لا تستطيع أن تعدل أو تلغي عقد البوت في جانب واحد وذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين وإذا ما أقدمت الدولة على هذه الخطوة غير المسؤولة وغير المحسوبة فإنها تتعرض للمسؤولية القانونية قبل شركة المشروع وما يترتب على ذلك من دفع التعويضات الكبيرة.

### الفرع الثالث: عقود البوت ذات طبيعة قانونية وتكييف قانوني خاص:

نتيجة للجدل الفقهي الواسع حول إشكالية التكييف القانوني لعقود البوت حاول جانب من الفقه أن يتخذ موقفاً وسطاً بين الاتجاهين المتضاربين بأن أعتبر عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة تتميز بها عن سائر العقود، وليس بالضرورة إقحام هذه العقود تحت طائلة القانون العام أو القانون الخاص.

حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه<sup>(1)</sup> إلى القول بضرورة معرفة الهدف أو الغاية من إبرام عقد البوت والتي يهدف الأطراف إلى تحقيقها حيث أن الدولة عندما تُقدم على إبرام عقد البوت فإنها تسعى إلى تشييد مرفق عام أو تشغيله لإدامة عمله ودون رغبة في أن تتحمل الأعباء المالية الكبيرة المترتبة على ذلك، فتطلب تمويلاً من القطاع الخاص، بينما يسعى الطرف الأخر وهو شركة المشروع إلى تحقيق أكبر عائد ربحي من مشروع البوت فالدولة تسعى إلى الاقتصاد في النفقات وشركة المشروع تسعى إلى تحقيق منافع اقتصادية أي أن كلا الطرفين تحدوه الرغبة في الاستفادة التجارية من وراء إبرام عقد البوت مما يدخل هذا العقد في طائفة عقود الاستثمار، لأن الدولة عند إبرامها لعقد البوت تكون قد رضت مسبقاً بالتنازل عن سلطاتها وامتيازاتها والوقوف على قدم المساواة مع المستثمر الخاص في إطار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبأسلوب إبرام العقود الخاصة مما يعني أن عقد البوت يعد من العقود القانون ذات الطبيعة الخاصة.

هذا ويذهب آخرون<sup>(2)</sup> إلى أن عقود البوت تعد عقوداً ذات طبيعة خاصة على الرغم من أن جذورها التاريخية تستمد من عقود امتياز المرافق العامة، ولكن عقود البوت بصيغتها المستحدثة إنما تختلف اختلافاً كبيراً عن أصلها التاريخي عقود الامتياز، كما أن مفهوم التمويل الخاص لمشروعات البنية

(1) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام احمد، المرجع السابق، ص 107.

(2) أنيس حكيم، العقود الإدارية، دراسة مقارنة في نظم المزايدات والمناقصات في عقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية،

القاهرة، ط<sup>2</sup>، 2012، ص 80 وما بعدها، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 140-141.

الأساسية وبشكله المعاصر يعد مفهوم هو الآخر حديث نسبياً، لأن الدولة التي تزعم إبرام عقد البوت إنما تدخل في مفاوضات قانونية وفنية ومالية شاقة للغاية والتي تسفر في نهاية المطاف إلى التعاقد مع إحدى الاتحادات المالية الخاصة والذي يسمى شركة المشروع ومن ثم فإن مفهوم عقود البوت يعد مفهوماً مستحدثاً وجديد على المجالات المعرفة القانونية مما يتطلب تنظيمه بقواعد خاصة تراعي طبيعته الخاصة.

كما أن جانب من الفقه<sup>(1)</sup> اتجه إلى القول بأن عقود البوت تارة تدخل في طائفة العقود الإدارية وتارة أخرى في عقود التجارة الدولية، وذلك حسب كل حالة على حدى وفقاً لصيغة الشروط المدرجة في عقد البوت، مما يعني أن تكييف عقد البوت من الناحية القانونية يكون مختلفاً حسب مقتضى العقد وظروف إبرامه وبحسب نوع المشروع المراد تشييده وتشغيله فعقود البوت ليست ذات طبيعة واحدة ومن ثم لا تخضع لنظام قانوني محدد بشكل دقيق مما يستوجب إخضاعها إلى قواعد قانونية خاصة تستجيب لطبيعتها الخاصة وذلك لإمكانية وضع تكييف قانوني سليم ومحدد لهذه الطائفة من العقود المستحدثة.

هذا ويرى أنصار الطبيعة الخاصة لعقود البوت<sup>(2)</sup>، بأنه وبالنظر إلى الغرض المراد تحقيقه من قبل أطراف العقد فإن عقود البوت تدخل ضمن طائفة عقود الاستثمار، وإذا نظرنا إلى أطراف العقد نجد الدولة طرفاً في عقد البوت مما يوحي بأن عقد البوت من طائفة العقود الإدارية، أما إذا ما نظرنا إلى أسلوب التعاقد في صيغ البوت فيمكننا القول بأن عقد البوت إنما يدخل ضمن طائفة عقود القانون الخاص.

وهو ما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد البوت لأنه ليس بالإمكان إسباغه بصيغة محددة ضمن عقود القانون العام فقط أو القانون الخاص فقط وإنما يجب النظر إليه باعتباره من العقود الحديثة ذات الطبيعة الخاصة هذا ويؤكد أنصار الطبيعة الخاصة لعقد البوت بأن الموضوعات المتنوعة التي يضطلع بها نظام البوت كأحد الأنظمة الرائدة في مجال التمويل الخاص لمشاريع البنية الأساسية أو تلك التي أسفر عنها نظام البوت، إنما تستدعي أن تراعى طبيعته القانونية الخاصة والتي تختلف في عقود القانون العام والخاص.

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 385-386، أنيس حكيم، المرجع السابق، ص 83، أحمد عصام، المرجع السابق، ص 102.

(2) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها، ماهر محمد، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 142 وما بعدها.

ومن هذه المسائل المتنوعة والشائكة والتي أسفرت عنها عقد البوت ضرورة وضع قواعد قانونية لتنظيم الوضع القانوني لأرض المشروع ومسألة جواز تحويل الأموال التي يدرها هذا المشروع إلى خارج أراضي الدولة المضيفة وكيفية فض منازعات البوت وآلية إعادة المشروع إلى الدولة المضيفة بعد انتهاء امتياز البوت وتحديد مدة عقد البوت ومدى جواز الحجز على الأموال والتأمينات العينية لمشروع البوت وغيرها مما يستوجب تحديد النظام القانوني لهذه العقود كل على حده، وهو ما يؤكد دون شك الطبيعة الخاصة لعقد البوت، وأنه من غير الممكن إخضاعه ضمن نطاق القانون العام أو نطاق القانون الخاص.

ويخلص أنصار هذا الاتجاه<sup>(1)</sup> إلى اعتبار عقود البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة لأنها تبرم من خلال نظم قانونية مختلفة مما يجعل وضع قاعدة عامة ومجردة لتحديد تكييف عقد البوت، على أنه ضمن عقود القانون العام فقط أو القانون الخاص فقط لأنه وكما ظهر لنا سابقاً فإن عقود البوت في بعض الأحيان يغلب تكييفها على أنها عقود إدارية وتارة أخرى يغلب القول بأنها عقود مدنية أو تجارية أو استثمارية وهو ما يؤكد لنا الطبيعة الخاصة لعقود البوت.

### المطلب الثالث: التقييم الخاص للباحث حول اشكاليات الدراسة:

لعله ومن نافلة القول أن نؤكد بأن التعاقد بنظام البوت يعد من الأنظمة التعاقدية الحديثة نسبياً، حيث أن هذا النظام من الأنظمة الرائدة حقاً كأسلوب متطور وفعال للتمويل لمشروعات البنية الأساسية والاستثمارية والسياحة والترفيهية أيضاً عن طريق إشراك القطاع الخاص وجعله الممول الرئيسي لهذه المشروعات الحيوية ونظراً لما يتمتع به نظام البوت من أهمية بالغة في إرساء دعائم التنمية الاقتصادية المستدامة في الدول المضيفة له وخصوصاً منها الدول النامية والأقل نمواً حيث يمكن نظام البوت هذه الدول من إقامة بنيتها الأساسية على أسس من الحداثة - إن جازنا التعبير - لأنه وبمساعدة القطاع الخاص الممثل في شركات المشاريع أصبح بإمكان الدول المضيفة أن تتمتع بنقل آمن للتكنولوجيا المتطورة، بل وصار هناك أمل حقيقي لدى هذه الدول في توطين وتوليد هذه التكنولوجيا الوافدة إليها عن طريق نظام البوت.

كما أن مشروعات البوت إنما تسهم في الرفع من كفاءة العمالة الوطنية، ومنحها الثقة اللازمة للمنافسة في سوق الاستثمار الدولي، وتقضي على مشاكل البطالة والتضخم، بل إن نظام بوت قد شجع القطاع الخاص المحلي على الشراكة مع شركات المشاريع لإنجاز الكثير من تعاقدات البوت.

(1) انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها، احمد سلامة، المرجع السابق، ص 384 وما بعدها، عصام أحمد،

المرجع السابق، ص 104 وما بعدها، أحمد رشاد، المرجع السابق، ص 197، ماهر محمد، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها.

وأن من شأن ذلك ولا شك أن يرفع من قدرة هذه الشركات المحلية على التنافسية وتحقيق عوائد ربحية لا بأس بها، مما يحسن من الدخل القومي ومستوى المعيشة في الدول المضيفة للBOT وخصوصا الدول النامية والأقل نموا وهو حقيقة ما دعا الباحث الى تأييد اللجوء الى صيغة البوت لإقامة كافة المشاريع التنموية والاستثمارية على حد سواء لأن هذا النظام من وجهة نظر الباحث يعد نظاما رائدا وفعالاً لتمويل يجنب الدول المضيفة له أعباء القيام بتشديد وتشغيل المرافق الحيوية والخدمات الأساسية التي يحتاجها جمهور مواطنيها.

الا أنه وعلى الرغم من تشجيع الباحث لهذا النوع من صيغ الشراكة الاقتصادية فإن التسرع والتهافت من قبل الدول المختلفة على إبرام عقود البوت إنما له عواقب وخيمة على الدول المضيفة للBOT متى ما تم الالتجاء الى صيغة البوت دون دراسة متأنية ومستفيضة لمدى احتياجاتها للتعاقد بهذه الصيغة فعلاً ودون إعداد متكامل وشامل لإجراء عملية التفاوض لإبرام هذا النوع من العقود ذلك من خلال إعداد الكوادر الوطنية المؤهلة تأهيلاً عالياً ومتميزاً في شتى المجالات القانونية والإدارية والمالية والمصرفية والهندسية وغيرها من المجالات اللازمة للإعداد للرقابة أو للتفاوض في إطار عقود البوت.

كما أنه يجبلتلافي مخاطر البوت أن يصاغ العقد بالشكل الذي يحفظ للأطراف قدر متساويا من التوازن العقدي ، وأن يكون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو الفيصل في حل كافة إشكاليات عقد البوت وعدم لجوء الدولة المضيفة بأي شكل من الأشكال إلى تعديل بنود هذا العقد أو إنهائه من طرف واحد دون الرجوع إلى شركة المشروع، لأن لهذا الأمر عواقبه الوخيمة على الدولة المضيفة للBOT ويحملها بالمسؤولية القانونية عن تعويض الطرف الأخر عن كافة الأضرار التي لحقت من جراء ذلك وما يعنى ذلك من دفع مبالغ مالية باهظة جدا لهذه الشركات الرأسمالية المسيطرة على الاقتصاد العالمي، لذا يجب على الدولة المضيفة أن تحسن اللجوء الى الطرق الودية لفض منازعتها مع المستثمر الاجنبي عن طريق التفاوض والتوفيق والوساطة بعيداً عن اللجوء الى القضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري والذي غالبا لا يكون في مصلحة الدولة المضيفة للBOT

أما بخصوص مدى تحديد المفهوم القانوني الدقيق للعقد البوت من خلال جملة التعريفات التي أضيفت على عقد البوت والتي سبق وأن ذكرنا بأنها قد جاءت متأثرة بدرجة كبيرة بالتوجهات الفقهية السائدة والداعية الى اعتبار عقد البوت من ضمن عقود القانون العام، حيث جاءت أغلب هذه التعريفات مؤكدة على أن عقد البوت إنما يبرم بين الدولة من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى، وأن هذا القول وإن كان يستقيم في غالبية عقود البوت إلا أنه قد لا ينطبق على البقية الباقية في

عقود البوت التي تبرم بين أشخاص من القانون الخاص، مما يعتبره الباحث مصادرة للواقع في عقود البوت ولا يعفي بالمفهوم القانوني الواسع للعقد البوت والتصور الحقيقي لمضمونه.

كما أن الباحث يرى بأن ارتباط عقود البوت بمشروعات البنية التحتية أو الأساسية قول قد يجافي الواقع في كثير من الأحيان، لأن الدولة قد تتعاقد بصيغة البوت من أجل إقامة مشاريع اقتصادية ربحية لا تستهدف المصلحة العامة بالمعنى الفني الدقيق، وإنما تستهدف تحقيق العائد الربحي فقد تتعاقد الدولة أو إحدى المؤسسات أو الجهات الإدارية التابعة لها على إقامة مشاريع ترفيهية أو سياحية لا ترتبط بمفهوم المرافق العامة إطلاقاً، وهو ما يؤكد التعريف الذي قالت به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والتي لم تحدد كون المشروع المزمع إقامته بنظام البوت أن يكون مرفقاً عاماً أو مشروعاً من مشروعات البنية الأساسية، وإنما وصفته بعبارة (مشروع معين) وذلك على النحو المشار إليه ضمن طيات هذه الدراسة مما وسع كثيراً من مفهوم عقد البوت الأمر الذي يدعونا إلى النظر إلى عقد البوت بمفهوم واسع ليشمل كافة المشاريع ذات الطابع العام وأذات الطابع الاقتصادي الصرف على حد سواء.

أما بخصوص الإشكالية القائمة حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت من حيث محاولة إيجاد التكييف القانوني السليم لهذا النوع من العقود المستحدثة الذي اختلفت حوله المشارب الفقهية بين اعتباره من ضمن عقود القانون العام أو اعتباره من ضمن طائفة عقود القانون الخاص، أو أنه عقد ذو طبيعة قانونية خاصة مستقلة عن عقود القانون العام والخاص.

ويرى الباحث اتجاه هذه الإشكالية بأن عقود البوت تعد من عقود القانون الخاص لأنه وبعبارة عن التشيع للتخصيص العلمي وبموضوعية تامة فإن عقود البوت وحسبما أوضحنا من خلال هذه الدراسة إنما يتم إبرامها ابتداءً بطرق إبرام عقود القانون الخاص لأن الدولة وفي الحالات التي تكون فيها طرف في عقد البوت إنما تنزل بإرادتها عن كافة امتيازاتها وسلطاتها المعهودة في إطار عقود القانون العام، فتقف بذلك على قدم المساواة مع شركة المشروع وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعروف في عقود القانون الخاص.

كما أن عقد البوت لا يتضمن أية شروط استثنائية أو غير مألوفة وهي سمة عقود القانون العام لأن الدولة تتساوي هي وشركة المشروع في ذات المركز القانوني ولا توجد أية شروط استثنائية تخول الدولة الحق في إنهاء العقد أو تعديله بأرادتها المنفردة لأنها تعلم مسبقاً أن ذلك سيكلفها الكثير والكثير وبالعكس من كل ذلك فإن الدولة من الناحية الواقعية إنما ترضخ للمستثمر الخاص ابتداءً من جولات المفاوضات الأولى فتظل تُمني شركات المشاريع بالحوافز الاستثمارية السخية والمبالغ فيها

للاغاية بقصد اجتذاب الاستثمار الاجنبي وعدم عزوفه عنها فتقدم له الدعم الحكومي اللامحدود والمجاني وتقدم له القروض الكبيرة بفوائد منخفضة للغاية.

بل أكثر من هذا تلتزم أمامه حتى بشراء المنتج أو الخدمة وبالأسعار التي يحددها الشريك الأجنبي، فتتحمل بذلك أعباء مالية ضخمة دون مبرر مقبول ولا معقول أساساً مما يؤكد لنا بأن عقود البوت إنما تدخل تحت عباءة عقود القانون الخاص ومن ثم تحكمها نصوص القانون المدني والقانون التجاري حسب مقتضى الحال ومن ثم فإن القول بإدارية عقود البوت قول لا يستقيم بأي حال من الأحوال مع الواقع والقانون وإن مجرد ترديده في الأوساط الفقهية - والتي نجلها ونحترمها ولا شك - إنما يعد مصادرة على المطلوب لا نجد له من جانبنا أي مبرر منطقي.

كما أنه وللدرد على حجج القائلين بإدارية عقود البوت استناداً إلى أن الدولة بإبرامها لهذا النوع من العقود إنما تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة مما يصعب العقد بصيغة عقود القانون العام ومع احترامنا الشديد للقائلين بهذه الحجة إلا أن الباحث لا يشاطرهم في الأخذ به الرأي في الاكثراوث ذلك لأن عقود البوت تعد من عقود الاستثمار التي يستهدف المستثمر الأجنبي من خلالها تحقيق الكسب الاقتصادي المتمثل في الربح.

أما بالنسبة للدولة المضيفة للبوت فإنها وإن كانت في الغالب الأعم يستهدف تحقيق المصلحة العامة وخصوصاً عند إقامتها لمشاريع البنية الأساسية تحديداً ولكن واقع الحال قد أوقع الدول المضيفة للبوت، ومنها الدول النامية في غير مرادها لأن الدولة قد أضاعت هيبتها ابتداءً ومنذ نزولها عن سلطانها وسيادتها وارتضاها الوقوف على قدم المساواة مع الشريك الأجنبي وهو شركة المشروع وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة فكيف تستطيع الدولة يا ترى أن تحقق المصلحة العامة في ظل نظام البوت، مما يعني أن القول بذلك هو مجرد تصور غير حقيقي لواقع الحال الذي يتمتع فيه المستثمر الأجنبي بالقوة الاقتصادية المفرطة في اتجاه الدولة الضعيفة اقتصادياً وتفاوضياً مما اضطرها إلى الرضوخ لإرادة المستثمر الأجنبي حتى إنها عدلت قوانينها التي تحمي المصلحة العامة لتكون متماشية مع اقتصاد السوق الرأسمالي والذي لا يعرف إلا مصلحة واحدة وهي الربح الوفير.

هذا ونود الإشارة إلى أنه في بعض عقود البوت فإن الدولة لا تستهدف المصلحة العامة وإنما تستهدف تحقيق الربح كما هو الحال في المشاريع الاقتصادية السياحية والترفيهية والرياضية وغيرها، مما يعزز القول بأن عقود البوت إنما هي ضمن طائفة عقود القانون الخاص ناهيك إذا علمنا بأن الكثير من صيغ البوت إنما تنص صراحة على تطبيق نصوص القانون المدني والقانون التجاري كما

أن الاختصاص بنظر المنازعات حولها معقود لقضاء التحكيم التجاري وليس للقضاء الإداري كما يتوقع القائلين.

أما بخصوص القائلين بالطبيعة الخاصة لعقود البوت وإن كانوا أفضل حالاً من القائلين بإدارية عقود البوت إلا أنهم-ومع احترامنا الشديد لمسلكهم العلمي في التكييف القانوني لعقد البوت- فإنهم قد تبنوا مسلكاً مختلطاً بحسب رأي الباحث حيث يحاولون التوسط بين مذهبين أحدهما يعلي إدارية البوت والآخر ونحن من أنصاره يرى عقد البوت من عقود القانون الخاص حيث إن القائلين بالطبيعة الخاصة لعقد البوت لم يحددوا لنا بشكل دقيق ماهية الطبيعة القانونية لعقد البوت، هذا بالإضافة إلى أنهم لم يحددوا وبشكل دقيق لا لبس فيه النظام القانوني الذي يمكن أن يطبق على عقود البوت، مما فاقم من إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت أكثر من أن يساهم في حلها حيث نهل هذا المسلك الفقهي من كلى المنهلين فجاء مختلطاً بينهما ولم يوصل الجدل القائم إلى بر الأمان حسب رأي الباحث.

#### الخاتمة

نأتي إلى خاتمة هذه الدراسة التي كنا قد تناولنا فيها موضوع عقود البوت وتكييفها القانوني والتي تعد من المسائل ذات الأهمية الكبيرة نظراً للآثار القانونية المترتبة على التحديد الدقيق لمفهوم عقد البوت من حيث تعريفه وأهميته، وفي ذات الوقت مخاطرة على الدولة المضيفة له ناهيك عن ضبط تكييفه القانوني ومدى اعتباره من ضمن طائفة عقود القانون الخاص، أو طائفة عقود القانون العام، أو اعتباره عقد ذو طبيعة مستقلة وخاصة والتداعيات القانونية لكل ذلك على مستقبل نظام البوت كأحد الأنظمة الرائدة في مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية، والمشروعات الاقتصادية وخصوصاً في بلداننا النامية والتي بحاجة ماسة للغاية لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية المستدامة والضرورة الملحة لهذه البلدان لتقديم الخدمات الأساسية إلى جمهور مواطنيها في ظل الأزمات الاقتصادية الخانقة التي تعصف بالاقتصاد العالمي، عموماً مما كان له بالغ الأثر على قدرة الموازنات العامة لهذه الدول على مواجهة الأعباء المالية الضخمة التي تتطلبها إنجاز مشروعات البنية التحتية، وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى العديد من النتائج، كما أننا أوصينا بجملة من التوصيات التي نأمل الأخذ بها أو على الأقل الاهتمام بها في حل إشكاليات هذه الدراسة والتي لها انعكاساتها القانونية والواقعية الخطيرة على كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية في الدول المضيفة للاستثمارات الاجنبية.

## أولاً: النتائج:

1- يعد نظام البوت من الأنظمة التعاقدية الرائدة والتي تعود بالنفع الكبير على الدول المضيفة له باعتباره نظاماً متميزاً لتمويل مشاريع البنية الأساسية بل والاستثمارية عموماً، وذلك لما يتمتع به هذا النظام من مميزات عملية فريدة من شأنها أن تخفف عبء الموازنة العامة والقضاء على البطالة وتوطين التكنولوجيا في الدول المضيفة للبوت وخصوصاً متى كانت هذه الدولة من الدول النامية أو الأقل نمواً.

2- كما يتميز نظام التعاقد بصيغة البوت بأنه يؤسس للتنمية الاقتصادية المستدامة من خلال رعايته وتمويله لمشروعات البنية الأساسية والاستثمارية مما يقوي من قيمة العملة المحلية ويقضي على التضخم الذي تعاني منه العديد من دول العالم المتحضرة منه والنامية، لأنه يعد مؤشراً على الجدوى الاقتصادية ناهيك عن أنه يوفر الخدمات الأساسية لمواطني الدول المضيفة للبوت، كما أنه يشجع على خلق البيئة المثالية الاقتصادية للمنافسة المشروعة مما يحفز روح العمل لدى المؤسسات الحكومية أو الخاصة للمنافسة في سوق الاستثمار الدولي إن جاز لنا التعبير.

3- ولكنه بالرغم من الفوائد الكبيرة التي يحققها نظام البوت للدولة المضيفة، فإن له مساوئ بالغة الخطورة متى ترك دون ضوابط قانونية تمكن من الاستفادة المثلى منه، حيث أن التسرع والتهافت على إبرام عقود البوت دون دراسة مستفيضة ومتأنية من قبل الدولة المضيفة قد يجعل من نظام البوت وبالأعلى الدولة المضيفة متى ما أسرفت هذه الدول في تقديم التنازلات التفاوضية للمستثمر وخصوصاً الاجنبي دون الحصول منه على ما يعادل ذلك من الاستفادة المثلى من نظام البوت، كما يجب على الدولة المضيفة في حالة رغبتها شراء المنتج أو الخدمة من شركة المشروع أن تكون بأسعار مناسبة غير مبالغ فيها.

4- يؤدي التسرع في إبرام عقود البوت دون رقابة أو دراسة مسبقة إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني وتحمله أعباء مالية كبيرة، كانت الدولة المضيفة ترغب في تجنبها والتخلص منها ابتداءً كالتزام الدولة المضيفة بشراء المنتجات أو الخدمات بأسعار مرتفعة جداً، أو المبالغة في الدعم الحكومي أو الموافقة على امتداد امتياز البوت لسنوات طويلة للغاية مما يمكن الأجنبي من الاستحواذ على المقدرات الاقتصادية للبلد المضيفورهن مستقبلها ومستقبل الأجيال القادمة لصالح استعمار اقتصادي بغرض.

5- تعد مسألة التكييف القانوني لعقد البوت من المسائل المهمة للغاية، وليست ترفاً فكرياً أو جدلاً فقهيًا تنظيرياً بحثاً نظراً لما لها من أثار قانونية تستوجب الوقوف عندها، حيث إن تحديد التكييف القانوني السليم لعقد البوت من شأنه أن يحدد القانون الواجب التطبيق على منازعات البوت، وكذلك تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات كما انه يحدد في ضوءه حقوق والتزامات كل من الطرفين ناهيك إذ علمنا بأن هناك شبكة معقدة للغاية من العلاقات التعاقدية تنشأ في كنف نظام البوت، وعلى النحو المبين في طيات هذه الدراسة.

6- لقد غلب على التيارات الفقهية المعنية بإيجاد تكييف قانوني سليم لعقود البوتزعة الانتصار للتخصص- إن جاز لنا التعبير- فمن يدعون بأن عقد البوت من ضمن طائفة القانون العام وهو عقد إداري وهم زملائنا في تخصص القانون العام يصرون على موقفهم دونما تزحزح ولو قيد انملة، ويؤكدون على أن عقد البوت عقد إداري، كما أن من يدعون إلى اعتبار عقد البوت عقد يدخل في طائفة عقود القانون الخاصهم زملائنا في تخصص القانون الخاص قد انتصروا لتخصصهم على الرغم مما ساقوه من حجج منطقية وقانونية إلا أن نزعة الغيرة على التخصص كانت غالبية ولا شك الأمر الذي ترتب عليه بعد الشُّقة بين الطرفين وعقد إشكالية التكييف القانوني لعقد البوت مما جعلها مشتعلة ومستمرة حتى تاريخ إعدادنا لهذا الدراسة .

7- غياب التنظيم القانوني لعقود البوت في التشريعات الداخلية زاد من تعقيد إشكالية التكييف القانوني لعقود البوت، حيث إن أغلب قوانين الاستثمار محل الدراسة جاءت خلوة من التنظيم التشريعي الدقيق لهذا النوع من العقود التي تحدد المستقبل الاقتصادي لهذه الدول المضيفة للاستثمارات الخارجية .

#### ثانياً: التوصيات:

1- ضرورة إيجاد تشريع قانوني يكون جامعاً مانعاً لكافة الأحكام القانونية لعقود البوت يعده مجموعة من المختصين في المجال القانوني والمالي والمصرفي والفني وبإشراف واستشارة المنظمات الدولية المعنية بشؤون الاستثمار الدولي، ويكون مستقلاً عن قوانين الاستثمار المعمول بها أو على أقل تقدير يكون معدلاً تعديلاً جذرياً في هذه القوانين القائمة حالياً سواء في ليبيا أو مصر أو سلطنة عمان، وبما يتماشى مع المستجدات التي طرأت على هذا العقد ويكون ناظماً لكافة الجوانب القانونية لنظام البوت، ويكون ضامناً لحقوق كلا الطرفين الدولة المضيفة، وشركة المشروع مما يسهل علينا فض إشكالية التكييف القانوني له والاثار القانونية المترتبة عليها وبأن يتيح للأطراف قدرات التساوي في المراكز القانونية بأن يجعل من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

أساساً في حل كافة الاشكاليات بإقامة التوازن المالي المناسب للعقد مما سيكون له بالغ الأثر في إيجاد تنمية اقتصادية مستدامة للبلدان المضيفة للبوت ويجذب إليها العديد من الاستثمارات الأجنبية الوافدة.

2- إن أهم ما يميز عقود البوت هو التمويل الكبير لمشروعات البنية الأساسية والاقتصادية ذات الطابع الاستثماري بما يرفع العبء المالي عن موازنة الدولة المضيفة لذا فإننا نوصي بعدم السماح بتحويل هذا النظام الفريد للغاية إلى مخاطر حتمية تؤرق الاقتصاد الوطني عن طريق الإسراف في الدعم الحكومي لشركات المشاريع والتي غالباً ما تكون أجنبية عن طريق تقديم الإعفاءات الجمركية والضريبية السخية للغاية والمبالغ فيها أو القيام بشراء منتجات أو خدمات المشروع بأسعار باهظة مما يؤدي في النهاية إلى تحميل الدولة المضيفة لأعباء مالية كانت تتمنى التخلص منها بتطبيق نظام البوت لذا نوصي الدول المضيفة بعدم التمادي في هذه الحوافز والإغراءات الاستثمارية المبالغ فيها حقاً والتركيز على الفوز بمفاوضات ناجحة ومثمرة للدولة المضيفة.

3- نوصي الدولة المضيفة لنظام البوت بضرورة فرض نظاماً صارماً للرقابة على مشروعات البوت، وعدم السماح للمستثمر الأجنبي بارتهاق الاقتصاد الوطني لصالح القوى الاقتصادية الرأسمالية، وعدم السماح بأن تقوم شركة المشروع بطرح خدماتها على الجمهور بأسعار مبالغ فيها أو ممارسة احتكار فعلي أو قانوني في السوق المحلي.

4- نوصي بأن تتخذ الدولة المضيفة لنظام البوت أقصى درجات الحيطة والحذر عند إبرامها لعقود البوت، وعدم التسرع فيها، بل يجب أن يسبق ذلك كله الدراسة الوافية والكافية والمستفيضة لمشروعات البوت ومدى الفائدة المرجوة من تمويلها من الطرف المستثمر الخاص، وأن يسبق ذلك جولات من المفاوضات التي يجب أن تتسم بالروح الوطنية العالية من قبل الدولة المضيفة عن طريق فريق متخصص من المستشارين القانونيين والماليين والفنيين للوصول إلى أفضل الصيغ التعاقدية مع شركة المشروع فبذلك نتجنب الكثير من المخاطر والسلبيات التي قد ترتبها عقود البوت على مصالح الدول المضيفة للاستثمارات وخصوصاً النامية منها.

5- نوصي بضرورة إيجاد التكييف القانوني السليم لعقد البوت بعيداً عن المباحكات الفقهية أو التشيع للتخصص أو التشيع للذات، وإنما يكون ذلك بالدراسة الوافية للطبيعة القانونية لعقد البوت باعتباره من العقود الحديثة نسبياً والجديرة بالتأصيل القانوني الصحيح وبما لذلك من أهمية بالغة في إقامة التنمية الاقتصادية الشاملة والمستدامة لذا يجب علينا نحن القانونيين

بذل قصارى جهدها لإيجاد التكييف القانوني لهذا النوع من العقود بعيداً عن النعرات الفقهية التي تعقد من الإشكالية أساساً.

6- يجب على الدولة المضيفة لعقود البوت الالتزام بنصوص وأحكام هذه العقود وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعدم القيام بإلغاء العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة للدولة تحت ذريعة سيادة الدولة أو سلطات وامتيازات الدولة المعروفة في مجال العقود الإدارية أو اهتداء بالأصوات التي تدعو إلى اعتبار عقد البوت من طائفة عقود القانون العام لأن ذلك سيؤدي من الناحية القانونية والواقعية إلى أن تتحمل الدولة المسؤولية القانونية حيال عدم تنفيذها لالتزاماتها بموجب عقد البوت مع تحملها لكافة الأضرار التي تلحق بشركة المشروع من جراء الإخلال بالالتزام العقدي كما أن إقدام الدولة على مثل هذه التصرفات الرعناء إنما يسيئ إلى سمعتها في المحافل الاقتصادية الدولية ويؤدي إلى عزوف الاستثمارات الأجنبية عنها مما يعرض مصير التنمية الاقتصادية المستدامة في هذه الدول للخطر ناهيك عن توقف العديد من الخدمات الأساسية لجمهور مواطنيها.

7- يجب على الدول المضيفة لنظام البوت وخصوصاً الدول النامية والأقل نمواً محاولة فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت بالطرق الودية قدر المستطاع عن طريق التفاوض والوساطة والتوفيق والتصالح بدلاً من اللجوء إلى قضاء التحكيم والذي بقدر ماله من مميزات فإن فيه قدر كبير من المساوئ والمخاطر التي لا تخفى على كل مطلع بالمجال القانوني.

8- يجب على الدول النامية المضيفة لعقود البوت من فرض رقابتها الصارمة على شركات المشروعات العاملة لديها في تنفيذ مشروعات البنى الأساسية، وذلك حرصاً على إنجاز هذه المشروعات الحيوية على أكمل وجه وفي التوقيت الزمني المتفق عليه، وأن تكون مدة الاستغلال قصيره نسبياً وأن لا تتعدى مدة ثلاثون سنة بدلاً من المدد الطويلة لعقود البوت التي قد تجاوز التسعون سنة كما سبق وأوضحنا من خلال هذه الدراسة، وكل هذا لن يتأتى من الناحية الواقعية ما لم تقم هذه الدول بإعداد الكوادر الوطنية المؤهلة تأهيلاً علمياً وفنياً عالياً من خلال إعداد الخطط والبرامج التدريبية المتكاملة لتأهيل هذه الكوادر الوطنية في المجال القانوني والمالي والفني وعدم الاكتفاء باستخدام العناصر الأجنبية لتقوم بهذه الأعمال كالشركات الاستشارية الدولية والتي قد يكون ولاؤها وتبعيةها للشركات الرأسمالية المتعددة الجنسيات مما يفرغ عملية الرقابة والإشراف من مضمونها.

9- لعلنا نعلم جميعاً ودون مواردٍ بأن قضاء التحكيم التجاري قد بات القضاء الوحيد -حسب تقديرنا- المختص بنظر منازعات الاستثمار الدولي لأنه إنما يفرض على الدول المضيفة للاستثمار من خلال المفاوضات الشاقة والطويلة التي تسبق إبرام عقود البوت والذي غالباً ما تسلم به الدولة المضيفة حرصاً على جلب الاستثمارات الأجنبية إليها أو تحت ضغط حاجتها الماسة لبناء بنيتها الأساسية وتقديم الخدمات الضرورية والحيوية لجمهور مواطنيها، إلا أنه على الرغم من هذه الحقيقة الماثلة أمامنا إلا أن الدولة المضيفة للاستثمار عليها أن تتحلى بالقوة التفاوضية العالية والتي تستطيع من خلالها التخفيف من وطأة نظام التحكيم المفروض عليها بأن تمارس ضغطاً تفاوضياً قوياً نحو اختصاص قضاءها الوطني بمنزعات البوت أو على أقل تقدير أن تطلب أن تكون المؤسسة التحكيمية التي يتم التحكيم من خلالها من المؤسسات الرائدة في مجال التحكيم وذات السمعة الحسنة والمعروفة بالنزاهة ونرى أن تكون إحدى الهيئات التحكيمية في البلدان النامية كالمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة مثلاً والذي يكتسب سمعة متميزة محلياً وإقليمياً ودولياً.

#### قائمة المصادر والمراجع

1. أحمد سلامة، العقود الادارية وعقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربي، القاهرة، ط1، 2003م.
2. أكثم الخولي، الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، بحث مشورة في مجلة قضايا الدولة، ع<sup>2</sup>، 1999.
3. أحمد رشاد، عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية ط<sup>1</sup>، 2014.
4. أنيس حكيم، العقود الادارية، دراسة مقارنة في نظم المناقصات والمزايدات في عقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، ط<sup>3</sup>، 2012.
5. ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط<sup>1</sup>، 2002.
6. - إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، ، العقود الدولية ، (B.O.T) في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2011. ط<sup>2</sup> 2011 .
7. جمال نصار، مصطفى حسن، مشروعات البوت مشاريع البناء والتملك والتشغيل والتمويل، بحث مقدم إلى مؤتمر التنمية الادارية، المنعقد في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997 .
8. جابر نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ط1 ، 2002

9. جيهان حسن السيد، عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، ط<sup>1</sup>، 2006.
10. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الادارية الدولية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، 2010.
11. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط<sup>1</sup>، 2001.
12. حسن محمود، النظام القانوني لمشاريع البنية الاساسية ذات التمويل الخاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006.
13. حبيب أبو صقر، التمويل الذاتي للمشاريع من قبل المتعهد (B.O.T)، دراسة منشورة بمجلة الفضاء المالي، ع<sup>43</sup>، 2000.
14. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى الندوة العلمية الاولى لعقود البوت (B.O.T) المنعقدة في أكاديمية السادات، القاهرة، 2001.
15. خالد عطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة الماجستير، جامعة القاهرة، 2009.
16. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت (B.O.T)، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2006.
17. رمزي زكي، الاقتصاد السياسي للبطالة، سلسلة عالم المعرفة، ع<sup>2</sup>، 1997.
18. سامي عبدالباقي، الإطار التشريعي والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية ، الممولة من القطاع الخاص (B.O.T)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للمشروعات، المنعقد في شرم الشيخ للعام 2011م
19. عصمت عبدالله، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط<sup>1</sup>، 2000.
20. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، ط<sup>1</sup>، 2016.
21. عصاماًحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت (B.O.T)، دار الفكر الجامعي، ط<sup>1</sup>، 2014.
22. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة ط<sup>1</sup>، 2004
23. محمد عبدالعزيز، فكرة العقد الاداري، دار النهضة العربية، ط<sup>2</sup>، 2000.
24. محمود محمد فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني، بحث مقدم إلى مؤتمر القاهرة الدولي لعقود البوت المنعقد في الفترة من 28-29 أكتوبر، 2002م
25. محمد بهجت قايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية (B.O.T) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط<sup>1</sup>، 2000.
26. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2004.

27. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004.
28. محمد محمد بدران، النظام القانوني لمشروعات البوت، بحث مقدم للمؤتمر الدولي لعقود البوت المنعقد في القاهرة من 7-8- أكتوبر 1997
29. محمد محمد بدران، النظام القانوني لمشروعات (B.O.T)، بحث مقدم إلى مؤتمر المشروعات الاساسية الممولة إلى القطاع الخاص، القاهرة، 1998.
30. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الاساسية، دار النهضة العربية ط1، 2001م.
31. وضاح محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T حقوق الإدارة المتقاعدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر، عمان، ط1، 2010.

#### ثانياً: القوانين:

1. قانون تشجيع الاستثمار الليبي
2. قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني



## La reconnaissance du gouvernement provisoire de la République algérienne *Recognition of the provisional government of the Republic of Algeria*

Dr. Brahmia zohra, Faculté de Droit Université Badji Mokhtar Annaba

### Abstract:

Since its creation by the National Council of the Algerian Revolution, the provisional government of the Republic of Algeria always claimed an international status to establish or rather to restore an independent state.

However, France was not prepared to recognize the GPRA as a government, and persisted in this position, wanting, that the birth of the Algerian State, thus of the government cannot proceed to self-determination.

During the constitution of the GPRA, France informed the foreign chancelleries about the "unfriendly character" towards any act of recognition of the GPRA.

It would also have reasons to doubt the normal and balanced nature of the government which indulges in such manifestation.

This hardly veiled threat is unhelpful toward the states, which formed the anti-colonialist current, which had granted recognition to the GPRA.

**Keywords:** Algeria, France, recognition, States, government,

### Résumé:

Le gouvernement provisoire de la République algérienne (GPRA), depuis sa création par le conseil national de la révolution algérienne, n'avait cessé de revendiquer un statut international, cherchant à constituer ou plutôt à restituer un Etat indépendant.

En revanche, la France n'était pas disposée à reconnaître au GPRA la qualité de gouvernement, et persistait dans cette position, voulant que la naissance de l'Etat algérien et donc du gouvernement ne puisse précéder l'autodétermination. C'est ainsi que lors de la constitution du GPRA, la France fait savoir aux chancelleries étrangères « le caractère inamical » à son endroit de tout acte de reconnaissance du GPRA. Elle aurait en outre des raisons de mettre en doute le caractère normal et équilibré des gouvernements qui se laisseraient aller à de telle manifestation. Cette menace à peine voilée, s'avéra inopérante vis-à-vis des Etats qui formaient le courant anticolonialiste, qui avaient octroyé leur reconnaissance au GPRA.

**Mots clés :** Algérie, France, reconnaissance, Etats, gouvernement, GPRA.

## Introduction

Le gouvernement provisoire de la République algérienne (GPRA), constitué le 19 septembre 1958<sup>1</sup>, adressait le même jour aux chancelleries un mémoire par lequel il précisait que « l'Etat et le gouvernement algériens, dont il demandait la reconnaissance, ne constituaient pas des entités juridiques nouvelles, mais des institutions anciennes ressuscitées, Il s'agissait moins de reconnaître un Etat nouveau que de consacrer la résurrection légale d'un Etat préexistant<sup>2</sup>. Tout autre était évidemment l'interprétation officielle française : Le GPRA ne pouvait prétendre à la reconnaissance, car il ne remplissait aucune des conditions prévues par la pratique internationale bien établie.

Après ce bref aperçu de la position des deux antagonistes, il importe maintenant d'envisager les trois aspects du problème ;

- Le premier concerne la nature des reconnaissances octroyées au GPRA,
- Le deuxième intéresse les effets juridiques de ces reconnaissances,
- Le troisième traite de l'attitude de la France envers les Etats ayant reconnu le GPRA.

### I – La nature juridique des reconnaissances octroyées au GPRA

De sa proclamation en septembre 1958 au cessez- le- feu du 19 mars 1962, le GPRA avait été reconnu par un tiers des Etats membres des Nations unies. Ces reconnaissances ont été tantôt des reconnaissances de *facto*, tantôt des reconnaissances de *jure*. Les Etats qui avaient reconnu l'Etat algérien et son gouvernement de *jure* étaient disposés non seulement à le reconnaître comme Etat nouveau au sens du droit international, mais encore à établir avec lui des relations diplomatiques.

---

<sup>1</sup> C'est à la suite de l'adoption de la résolution du 27 Aout 1957, du Conseil National de la Révolution Algérienne (CNRA), donnant pouvoir au Comité de Coordination et d'Exécution (CEE) pour constituer un gouvernement, que fut proclamé simultanément au Caire, à Tunis, à Rabat et en Algérie, le gouvernement provisoire de la République algérienne (GPRA). La proclamation était rédigée comme suit : "Au nom du peuple algérien, le CEE, par délégation du CNRA, a décidé la formation du GPRA.... ». Pour aller plus loin, voir Benjamin STORA, histoire de l'Algérie contemporaine 1830-1988, Casbah édition, Alger 2004, p.180

<sup>2</sup> Cf. Mouloud Kassem NAIT BELKACEM, La personnalité internationale de l'Algérie et sa notoriété mondiale avant 1930, éd. El Baath 1985, p. 41. (Version arabe)

Comme le notait Charles Rousseau<sup>1</sup>, un gouvernement ne peut être reconnu *de jure* que s'il est considéré comme ayant un titre licite et irrévocable pour gouverner une communauté politique ; cela présuppose que l'existence de celle-ci est considérée comme légale et irrévocable sur le plan du droit international. C'est ce que les Etats qui avaient reconnu le GPRA et l'Etat algérien *de jure* avaient admis sans équivoque.

Si la reconnaissance de *jure* ne semblait pas poser problème, car à l'égard d'un nouvel Etat reconnaissance d'Etat et reconnaissance de gouvernement est confondue, la difficulté est plus difficile à résoudre lorsque les Etats ont octroyé une reconnaissance *de facto*. Nous dirons sans hésitation que celle-ci est valable pour le nouveau gouvernement mais qu'elle l'est moins pour le nouvel Etat. Encore que la pratique des Etats nous fournit plus d'un exemple de reconnaissance d'Etat *de facto*. C'est ainsi qu'elle fut appliquée aux Etats Baltes après la Première Guerre mondiale à un moment où l'on ne savait pas s'ils pourraient maintenir leur indépendance face aux revendications éventuelles de l'Union Soviétique, à la Slovaquie après la proclamation de son indépendance en mars 1939 et à la République démocratique d'Allemagne le 22 juillet 1973 par le Saint-Siège.

Dans ces cas, l'octroi de la reconnaissance *de facto* permettait aux Etats qui l'accordaient « d'éviter de se prononcer au point de vue du droit sur la volonté d'indépendance et le titre de la métropole »<sup>2</sup>. C'est ce que Charles de Visscher, appelle une « attitude d'expectative dictée par la position politique »<sup>3</sup>, c'est-à-dire que les Etats refusent de prendre parti définitivement, non pas pour une question de légitimité ou d'effectivité, mais pour des raisons politiques.

En revanche, le professeur Charles Rousseau, refuse cette transposition à l'Etat de l'appellation reconnaissance *de facto* et considère celle-ci comme « un errements diplomatique injustifiable du point de vue de la technique juridique »<sup>4</sup>.

Si la distinction entre reconnaissance *de facto* et reconnaissance *de jure* fait l'unanimité en ce qui concerne un gouvernement, elle est quelque peu controversée lorsqu'il s'agit de reconnaître un Etat, nous dit Charles Rousseau: « S'il est exact qu'il y a des gouvernements de fait et des gouvernements de droit, il n'y a pas d'Etat de fait et le concept d'Etat de droit ne vaut que pour le droit constitutionnel, où il s'oppose à l'Etat de police dans lequel les gouvernements ne sont pas soumis à des règles de droit extérieures et supérieures à

<sup>1</sup> Cf. Charles ROUSSEAU, Droit international public, Paris, éd. Sirey, 1953, p.315

<sup>2</sup> Cf. Hersch LAUTERPACHT, Recognition in international law, Cambridge, 1948, p.334.

<sup>3</sup> Cf. Charles De VISSCHER, Théories et réalités en droit international public, éd., A. Pedone, 4<sup>e</sup> éd., 1970, .322.

<sup>4</sup> Cf. Charles ROUSSEAU, Droit international public, t III, les compétences, Ed. Sirey, 1977, p.322.

eux »<sup>1</sup>. Arnold Raestad, affirme pour sa part « qu'en droit international l'Etat qui n'existerait que *de facto* serait simplement un Etat non reconnu, c'est-à-dire une entité politique quelconque aspirant à l'indépendance. Il serait un peu contradictoire de vouloir reconnaître un Etat comme un Etat non reconnu »<sup>2</sup>.

Quelle était la situation de l'Etat algérien à cet égard ?

La reconnaissance octroyée par les Etats tiers au GPRA « ne saurait être qu'une reconnaissance *de jure* » selon Mohamed Bedjaoui, et cela pour deux motifs.

« Tout d'abord, si la même reconnaissance vise fatalement à la fois le GPRA et l'Etat algérien, on se représente difficilement que ce dernier puisse être reconnu *de facto* ».

« En second lieu le GPRA ne saurait pas, par sa nature même, être reconnu *de facto*. Le caractère extra-légal de son origine a disparu depuis que le peuple lui a apporté son adhésion massive »<sup>3</sup>.

Si nous ne contestons pas l'idée de Mohamed Bedjaoui, selon laquelle « un Etat ne peut, en bonne doctrine, être reconnu que *de jure* »<sup>4</sup> nous remarquerons en revanche que les reconnaissances *de facto* octroyées entre 1958 et 1962 visaient le GPRA, l'Etat algérien étant lui-même reconnu *de jure*. Et le fait qu'il y ait eu adhésion populaire ne changeait rien au caractère provisoire du GPRA, puisque lui-même se définissait comme « le dépositaire et le garant des intérêts du peuple algérien jusqu'à ce que celui-ci se [fût] librement prononcé. Ce qui n'avait pas empêché d'autres gouvernements de le reconnaître *de jure* »<sup>5</sup>.

Telle n'était pas l'opinion de Charles Rousseau, qui considérait que les reconnaissances *de jure* accordées au GPRA comme « une incorrection juridique manifeste, puisque le concept de gouvernement de droit suppose la régularité de l'investiture et l'exclusivité des compétences exercées, tous les attributs qui n'étaient à aucun degré ceux du GPRA »<sup>6</sup>. Charles Rousseau semblait oublier que le GPRA était un gouvernement issu d'un mouvement de libération nationale, ne pouvant répondre aux critères classiques d'effectivité, d'investiture et de légitimité dont lui-même nous dit que la « légitimité n'a pas la même

<sup>1</sup> Ibid, p.552.

<sup>2</sup> Cf. A. RAESTARD, « La reconnaissance internationale de nouveaux Etats et de nouveaux gouvernements », RDILC, 1936, p.338

<sup>3</sup> M. BEDJAOU, la révolution algérienne et le droit, Bruxelles, éd. l'AIJD, 1961, p.116.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Z. BEDDIAR-BRAHMIA, Aspects juridiques des accords d'Evian, thèse droit Strasbourg (France) 1987, p46 .

<sup>6</sup> Cf. Ch. ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux », RGDIP, 1962, pp.224-225.

signification pour tous les Etats » et que « certains Etats attachent beaucoup plus d'importance que d'autres au concept d'effectivité »<sup>1</sup>.

Dans le même ordre d'idées, Thomas Oppermann considérait la reconnaissance du gouvernement provisoire de la République algérienne comme « un geste essentiellement politique, revêtant certainement par là-même une importance. Mais du point de vue juridique ces actes ne pouvaient modifier en rien le statut du mouvement insurrectionnel, car cette reconnaissance ne changeait rien au fait fondamental de l'absence de certaines conditions »<sup>2</sup>.

Il s'agissait donc d'une reconnaissance anticipée, inadmissible et inefficace juridiquement, puisque visant un Etat inexistant<sup>3</sup>.

Il faut remarquer en l'espèce que le GPRA, qui n'avait qu'une effectivité territoriale limitée n'exerçait pas moins un contrôle effectif sur la population par l'intermédiaire d'une administration clandestine<sup>4</sup>. Et il disposait d'un appui moral et diplomatique lors de chaque session de l'Assemblée Générale des Nations unies et des différentes conférences des Etats indépendants d'Afrique.

Il s'agissait de ce que les auteurs algériens avaient appelé l'effectivité *sui generis*<sup>5</sup>. Les Etats qui avaient reconnu l'Etat algérien et son gouvernement provisoire s'étaient fondés sur l'effectivité populaire et sur le droit international positif qui consacre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>6</sup>.

Alors que les Etats Unis, la Grande-Bretagne, la République fédérale d'Allemagne, à titre d'exemple, avaient quant à eux répondu par une fin de non-recevoir aux demandes de reconnaissance sollicitées par le gouvernement provisoire de la République algérienne.

---

<sup>1</sup> Cf. Ch. ROUSSEAU, Les compétences, op. cit., p.531.

<sup>2</sup> Cf. T. OPPERMANN, Le problème algérien : données historiques, juridiques, politiques, Paris, éd. F.Maspéro, 1961, p.123.

<sup>3</sup> Cf. T. OPPERMANN, op.cit., p.123.

<sup>4</sup> M. BOUSOLTANE et H.BEKAI ,Le droit international contemporain et la guerre de libération algérienne, Alger,ed.ENAD du livre1986 p.146.(Version arabe)

<sup>5</sup> Cf. M. BEDJAOUI, op. cit., pp.81 & s. et A. BELKHERRUBI, La naissance et la reconnaissance de la République algérienne, Bruxelles, éd. Bruylant, 1972, p. 85 et Sv.

<sup>6</sup> Cf.R.YAKEMTCHOUK : « A propos de quelques cas de reconnaissance d'Etat et de gouvernement en Afrique », RBDI, 1970.2, p509.Voir également la Résolution 1514(xv) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 14 décembre1960 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.

Le porte-parole du Foreign Office annonça dès le 19 septembre, date de la constitution du GPRA, la non- reconnaissance en motivant son refus de la façon suivante : « Il ne saurait être question que le gouvernement britannique reconnaisse un organisme comme le gouvernement de l'Algérie », ajoutant que « de toute manière la reconnaissance *de jure* ne peut être donnée en droit international à un gouvernement insurgé aussi longtemps que se déroule une guerre civile et les insurgés algériens ne se sont établis comme gouvernement effectif de *facto* dans aucune partie de l'Algérie »<sup>1</sup>

Cette position de la Grande-Bretagne s'explique par une solidarité mutuelle entre les deux grandes puissances coloniales de l'époque, car la Grande-Bretagne connaissait, elle aussi, de grands problèmes coloniaux. L'expédition franco-britannique à Suez confirme ce que nous venons de dire.

De son côté, le porte-parole du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne avait déclaré à l'Agence France Presse : « Il s'agit d'un gouvernement illégal. Nous ne prenons pas de position sur la création d'un gouvernement illégal étranger ».

Tandis que le gouvernement des Etats-Unis, par l'intermédiaire de son département d'Etat, affirmait que les « Etats-Unis n'avaient pas l'intention de reconnaître le GPRA » pour des motifs juridiques. D'après le département d'Etat américain, cet organisme ne remplissait pas les conditions définies du temps de Jefferson concernant la reconnaissance *de facto* d'un gouvernement<sup>2</sup>.

La position américaine nous semble sujette à controverse, même si cette polémique s'explique moins par des motifs juridiques que par des motifs stratégiques et politiques. Et pour reprendre la formule de Charles Rousseau « il n'y a pas à être surpris car ce n'est pas la première fois – ni sans doute la dernière – qu'en matière de reconnaissance le politique tient le juridique en l'état ».

En dépit de cette réticence des pays occidentaux, l'Etat algérien et son gouvernement provisoire furent reconnus avant le 2 juillet 1962, date officielle de l'indépendance, par 36 Etats. Néanmoins, il n'est pas aisé de distinguer si certains actes de reconnaissance ont été effectués *de jure* ou *de facto*.

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur la position de la Grande-Bretagne, voir le Monde du 21 septembre 1958 ; voir également Ch. ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux » RGDIP, 1962, p. 125 et T. OPPERMAN, op. cit., p.243.

<sup>2</sup> Selon le président Thomas Jefferson, pour qu'il y ait reconnaissance *de facto* d'un gouvernement, il faut satisfaire aux trois conditions suivantes : 1/ Possession d'un appareil gouvernemental, 2/ Exercice de l'autorité gouvernementale avec le consentement du peuple, 3/ Volonté et capacité du gouvernement de remplir ses obligations internationales.

Ce fut, par exemple, le cas des pays arabes<sup>1</sup> qui avaient reconnu le GPRA dès sa constitution, sans préciser la nature de la reconnaissance. Tandis que le Liban, qui n'accorda la sienne que le 14 janvier 1959, avait cru bon, pour sa part, de la qualifier *de jure* : « Le gouvernement libanais a décidé aujourd'hui de reconnaître *de jure* le gouvernement provisoire de l'Algérie<sup>2</sup>. Alors que, le 8 octobre 1960, Nikita Khrouchtchev faisait la déclaration suivante aux journalistes : « Vous avez raison de considérer que nos réunions et nos conversations avec les dirigeants algériens constituent une reconnaissance *de facto* de ce gouvernement ... j'aimerais ajouter que ce n'est pas nous seulement qui le faisons, mais le monde entier, à commencer par le président de la République française qui a entamé avec lui des négociations ... »<sup>3</sup>. Deux années plus tard l'Union Soviétique reconnut le GPRA *de jure*<sup>4</sup>.

Le Ghana suivit la même procédure. Après avoir accordé une reconnaissance *de facto* au GPRA, ce pays l'a ultérieurement transformée en reconnaissance *de jure*<sup>5</sup>.

Nous nous limitons à ces quelques exemples, non pas dans un esprit arbitraire, mais par souci de commodité, surtout lorsque l'on sait qu'il n'existe pas de différence en fait, du point de vue des compétences internationales, entre le gouvernement reconnu *de jure* et celui reconnu *de facto*.

## II- Les effets juridiques de la reconnaissance du GPRA

«La reconnaissance ne crée pas l'Etat ou le gouvernement auxquels elle s'applique. Elle se borne à constater leur existence et à tirer les conséquences qui découlent de cette constatation dans l'ordre juridique international »<sup>6</sup>. Tel est également l'avis de Jean Charpentier<sup>7</sup> et de Charles Zorgbibe<sup>8</sup>. Néanmoins ces deux auteurs émettent une réserve concernant ce qu'ils appellent le gouvernement ineffectif. A ce sujet Jean Charpentier, montre de façon paradoxale que les conséquences de la reconnaissance sur la situation du gouvernement reconnu seraient plus importantes lorsque celui-ci est ineffectif que lorsqu'il est effectif<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Voir à cet égard M. BEDJAOU, op. cit., p.118 et M. ESSAGHIR, positions internationales à l'égard de l'affaire algérienne, 1954-1962, Alger, éd., Dar. Elikma 2009, p.139. (Version arabe).

<sup>2</sup> Communiqué du gouvernement libanais du 15 janvier 1959.

<sup>3</sup> Cf. Le Monde des 9-10 octobre 1960.

<sup>4</sup> L'Union Soviétique a reconnu le GPRA *de jure* après la signature des accords d'Évian.

<sup>5</sup> Le changement est intervenu en septembre 1961.

<sup>6</sup> Cf. Ch. ROUSSEAU, Droit international public, op. cit., p.528.

<sup>7</sup> Cf. J. CHARPENTIER, La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, éd. Pedone, 1956, pp.225 & s.

<sup>8</sup> Cf. Ch. ZORGBIBE, La guerre civile, PUF, 1975, pp.142 & s.

<sup>9</sup> Cf. J. CHARPENTIER, op. cit., p.225.

Comme l'explique Charles Zorgbibe, la reconnaissance d'un nouveau gouvernement effectif n'a guère de répercussions sur sa situation juridique : « lorsqu'un tel gouvernement, ou le gouvernement d'un nouvel Etat apparait dans la société internationale, ses compétences sont fondées sur son effectivité. Au contraire, le gouvernement ineffectif, voire le gouvernement d'un Etat lui-même fictif, ne peut guère revendiquer de compétence. La reconnaissance d'un tel gouvernement par certains Etats à, dès lors, un effet véritablement créateur, elle l'érige en personne internationale »<sup>1</sup>.

Pour ces auteurs, la reconnaissance serait déclarative pour les Etats effectifs et constitutive pour les Etats fictifs. En dépit de l'autorité qui s'attache aux opinions des auteurs cités, nous pouvons concevoir quelques doutes sur cette conception. . Même si nous admettons l'ineffectivité de l'Etat algérien, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, comment trouver une explication plausible à l'effet rétroactif de la reconnaissance octroyée au Gouvernement Provisoire de la République Algérienne ?

Selon le principe du caractère déclaratif de la reconnaissance, l'Etat est censé exister dès sa naissance et non à partir de sa reconnaissance par les Etats tiers : « si la reconnaissance produit effet dans le passé, c'est bien la preuve que ce n'est pas elle qui crée l'Etat, celui-ci préexistant à toute constatation officielle émanée des autres membres de la société internationale »<sup>2</sup>. La jurisprudence internationale rejoint sur ce point la doctrine<sup>3</sup>, tandis que Jean Charpentier et Charles Zorgbibe affirment que l'Etat algérien a été créé par la reconnaissance.

En revanche, l'opinion de Thomas Oppermann, nous paraît plus réaliste si nous l'avons bien compris, la reconnaissance n'a pas d'effet créateur, mais plutôt des effets sur la capacité de l'Etat et du gouvernement reconnus: « dès l'instant qu'il est reconnu par les puissances étrangères, même prématurément du point de vue du droit international, le gouvernement en exil d'un Etat encore futur, tel le GPRA, perd son caractère privé au sens général du terme et acquiert une importance certaine du point de vue du droit des gens »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cf. Ch. ZORGBIBE, La guerre civile, op. cit., p.124.

<sup>2</sup> Cf. Ch. ROUSSEAU, Droit international public, IV, relations internationales, éd. Sirey, 1980, p. 538 et s

<sup>3</sup> Voir à ce sujet la décision du Tribunal mixte germano-polonais dans l'affaire de la Deutsche Kontinental Gas-Gesellschaft (Recueil TAM IX), pp.340 & s. et le commentaire de H HERZ, R.D.I.L.C., 1936, pp.564 & s., auquel nous empruntons ce passage : « Suivant l'opinion admise à juste titre par la grande majorité des auteurs du droit international, la reconnaissance d'un Etat n'est pas constitutive mais simplement déclarative. L'Etat existe par lui-même et la reconnaissance n'est rien d'autre que l'attestation de son existence, reconnue par les Etats dont elle émane ».

<sup>4</sup> T. OPPERMANN, op. cit., pp. 124 & s.

En définitive, « la reconnaissance n'est donc rien d'autre que la prise en considération ou la constatation d'une situation de fait susceptible de produire des effets de droit »<sup>1</sup>.

En l'espèce, la reconnaissance octroyée donnait au GPRA la personnalité juridique internationale face aux Etats qui l'avaient reconnu, et élargissait notamment l'ensemble de ses prérogatives internationales comme la capacité de conclure des traités internationaux ou d'y adhérer, de nouer des relations diplomatiques, de bénéficier de l'immunité de juridiction devant les tribunaux des Etats l'ayant reconnu, de prendre part aux conférences internationales.<sup>2</sup>

Hormis ce qui précède, reste à élucider : les effets de la personnalité internationale de l'Etat algérien à l'égard des Etats qui ne l'avaient pas encore reconnu lorsqu'il adhérerait à un traité multilatéral ouvert ou lorsqu'il participait à une conférence interétatique ?

#### A/ L'adhésion du GPRA aux conventions de Genève

Ce problème fut posé lorsque le GPRA manda le gouvernement libyen pour transmettre au Conseil Fédéral Suisse les instruments d'adhésion de la République algérienne aux quatre conventions de Genève de 1949 pour la protection des victimes de guerre. La Confédération Helvétique, en tant que dépositaire de ces conventions, avait enregistré la demande algérienne et la notifia aux autres Etats membres des conventions de 1949 C'est ce que confirme la lettre adressée au gouvernement libyen : « Nous avons l'honneur d'accuser réception de cette communication faite en application des dispositions qui figurent respectivement aux articles 61, 60, 140 et 156 des dites conventions et nous ne manquerons pas d'en donner connaissance aux gouvernements des Etats qui ont signé ces accords, ou qui y ont adhéré ».

Néanmoins, dans une autre lettre<sup>3</sup> le gouvernement suisse, non plus comme dépositaire des conventions de 1949 mais en tant que membre à ces conventions, considérait que la personnalité juridique du GPRA lui était inopposable : « ...Le gouvernement suisse n'a pas reconnu le gouvernement provisoire de la République algérienne et fait, par conséquent, toutes réserves au sujet de cette adhésion ». La France suivit aussi cette voie en émettant des réserves sur l'adhésion algérienne et sur les conséquences que pourrait engendrer cette adhésion. Ce principe de la réserve était devenu d'usage courant lorsque les Etats membres d'une convention voulaient se prémunir contre toute interprétation de reconnaissance implicite.

<sup>1</sup> Ch. ROUSSEAU, Droit international public, op.cit., p528.

<sup>2</sup> Z. BEDDIAR- BRAHMIA, op. cit., p.53.

<sup>3</sup> Les deux lettres étaient datées du même jour, le 4 juillet 1960, et adressées par M. Petitpierre, chef du gouvernement helvétique et du département fédéral au Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères de Libye. Cité par M. BEDJAOUI, op. cit., p.186.

C'est pourquoi les pays arabes, lors de la ratification de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1969, avaient formulé une réserve selon laquelle la ratification de la convention ne signifiait aucunement reconnaissance de l'Etat sioniste.

Un autre exemple est à noter, lors de la signature de l'acte final de la conférence de Paris sur le Vietnam de 1973 : les consignataires avaient inséré dans le corps du traité une disposition stipulant : « la signature du présent acte ne vaudra en aucun cas reconnaissance d'une partie, quelle qu'elle soit, si cette reconnaissance n'a pas été accordée antérieurement ». En ce qui concerne, du GPRA, comme nous l'avons déjà signalé, seule la Suisse et la France avaient utilisé leur droit de réserve. Peut-on alors conclure que les autres Etats avaient reconnu le GPRA ? M. Bedjaoui semble vouloir nous le faire admettre : « quid des autres pays qui sont parties aux conventions et qui n'ont pas connu le GPRA ? Si chacun d'eux avait réellement entendu ne pas se lier bilatéralement au GPRA, il lui aurait suffi d'exprimer ses réserves.

Ce silence ne vaut –il pas acceptation de ce lien juridique ? Et ce lien juridique ne vaut-il pas reconnaissance ?<sup>1</sup>

Nos suppositions diffèrent de celle de M. Bedjaoui. La Suisse était obligée de se prémunir contre toute présomption de reconnaissance implicite, du fait de son statut de dépositaire qui avait accepté l'adhésion du GPRA. La réserve suisse est compréhensible dans la mesure où elle évitait toute équivoque.

La position de la France était encore plus difficile, en tant que partie au conflit algérien. Son silence aurait été interprété comme une reconnaissance tacite.

Nous voulons dire par là que la Suisse et la France ne pouvaient pas prétendre ignorer le GPRA. Alors que les Etats membres aux conventions qui n'avaient pas auparavant reconnu l'Etat algérien et son gouvernement pouvaient révoquer la présomption de reconnaissance car la conclusion d'un accord entre deux gouvernements qui s'ignorent n'emporte pas nécessairement une reconnaissance réciproque.

#### **B/ La participation du GPRA aux conférences interétatiques**

La participation de GPRA à une conférence dont tous les coparticipants l'avaient reconnu ne posait aucun problème. Par contre, sa participation à une conférence interétatique dont certains coparticipants ne l'avaient pas encore reconnu était plus complexe.

---

<sup>1</sup> Cf. M. BEDJAOU, op. cit., pp.186-187 et O.SAADALLAH : "Le gouvernement provisoire algérien et le droit international humanitaire" revue El Masader éd. du CNER sur le Mouvement National et la Révolution du 1er Novembre 1954, n° 14, 2006, pp.13-47. (Version arabe).

Le problème s'était posé lors de la conférence des Etats indépendants d'Afrique de Monrovia. Parmi les Etats participant à la conférence aux côtés du GPRA, le Libéria, pays organisateur, et l'Ethiopie, ne l'avaient pas encore reconnu. « [N'allaient] —ils pas être censés l'avoir reconnu implicitement ?<sup>1</sup>.

De l'avis de Charles Rousseau, la participation d'un nouvel Etat à une conférence internationale « vaut pratiquement reconnaissance de cet Etat par les autres Etats participant à la conférence... Aussi l'usage s'est-il répandu lorsqu'un Etat signataire veut se prémunir contre une telle interprétation, d'insérer une disposition formelle dans les procès-verbaux de la conférence...<sup>2</sup>. Une partie de la pratique internationale donne raison à Charles Rousseau, du moins sur l'utilisation de la réserve qui évite toute présomption de reconnaissance tacite.

L'Arabie Saoudite s'était ainsi prémunie, par une réserve expresse, contre les conséquences éventuelles de la participation d'Israël à la conférence de 1958 sur le droit de la mer. Une disposition analogue avait été prise par les participants à la conférence de Genève de 1954 sur l'Indochine, à laquelle était convié le gouvernement de la République populaire de Chine. Dans le communiqué final du 18 février, on pouvait lire : « ...Il est entendu que ni l'invitation à la conférence..., ni sa réunion, ne sont considérées comme entraînant une reconnaissance diplomatique dans le cas où elle n'a pas déjà été accordée ».

Il en fut de même de la position prise par le Libéria lors de la conférence de Monrovia. Dans un communiqué le gouvernement Libérien déclarait que « cet acte de courtoisie [n'affectait] en aucune façon la position du gouvernement libérien à l'égard du problème de la reconnaissance du GPRA qui [continuait] de faire l'objet d'une étude attentive »<sup>3</sup>.

Toutefois, une partie importante de la doctrine<sup>4</sup> considère que « la reconnaissance n'est ni une condition ni un effet de la participation à une conférence »<sup>5</sup>. Cela n'exclut cependant pas que des présomptions de reconnaissance soient dégagées de la pratique internationale. Néanmoins, J. Verhoeven nous affirme « qu'aucune présomption de ce genre ne ressort de la pratique, même en l'absence de toutes réserves

<sup>1</sup> L'expression est de Jean. CHARPENTIER « la reconnaissance du G.P.R.A », AFDI, 1959, op. cit., p.808

<sup>2</sup> Voir Ch. ROUSSEAU, Droit international public, op. cit., pp.548 et s.

<sup>3</sup> Le Libéria qui n'avait pas encore reconnu le GPRA lors de la conférence de Monrovia, avait refusé de hisser les couleurs algériennes le premier jour ; ce qu'il fit par la suite.

<sup>4</sup> Cf. J. CHARPENTIER, La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, op. cit., p225 ; M. BEDJAOU, op. cit., p.133 ; Ch. ZORGBIBE, op. cit., pp.144 & s.

<sup>5</sup> J. VERHOEVEN, La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine (les relations publiques internationales), Paris, Ed. Pédone, 1975, p.419.

expresses »<sup>1</sup> On rappellera par exemple que la présence du gouvernement vietminh à la conférence de Genève n'avait pas été interprétée comme une reconnaissance implicite.

Dans le cas algérien, même si l'attitude du Libéria semblait en apparence conforme à la pratique internationale établie, elle était nettement plus ambiguë que celle suscitée par les précédents classiques. En effet, lors de la conférence de Genève de 1954, les Etats-Unis et la Chine avaient tout fait pour s'ignorer réciproquement. Dès l'ouverture de la conférence, les Etats-Unis avaient précisé que leur participation ne devait en aucune façon être interprétée comme une reconnaissance du gouvernement de la République populaire de Chine. En outre, il n'y avait pas de communiqué final, mais simplement des déclarations séparées

La situation à Monrovia n'était nullement comparable à celle de Genève : les gouvernements qui n'avaient pas encore reconnu l'Etat et le gouvernement algériens, loin de tout faire pour l'ignorer, semblaient au contraire multiplier « les signes précurseurs de la

reconnaissance <sup>2</sup> ou tout au moins de prise en considération. Outre le fait que le GPRA était invité à toutes les conférences africaines, que les couleurs de l'Etat algérien étaient levées, que les audiences étaient accordées par des hommes d'Etat africains aux délégations algériennes, la question algérienne avait été inscrite à l'ordre du jour de la conférence de Monrovia à titre prioritaire, voire exclusif.

Comment, après toutes ses intentions exprimées par les Etats n'ayant pas encore octroyé de reconnaissance, peut-on affirmer qu'il n'y en avait pas, du moins implicitement ?

### III- Attitude de la France envers les Etats ayant reconnu le GRA

Le 20 septembre, la presse française publiait le communiqué « officiel » suivant :

« A la suite de la création d'un gouvernement algérien au Caire, on fait dans les milieux autorisés les remarques suivantes :

1/ Il n'y a aucun précédent à un gouvernement de ce genre en temps de paix. Ce gouvernement n'est en aucun cas dépositaire d'une souveraineté algérienne quelconque.

2/ Un tel gouvernement n'a aucune effectivité ni aucune assiette territoriale, ses seuls moyens d'action sont l'assassinat et le terrorisme.

3/ La France, tout en faisant la part de la rhétorique et de l'entraînement verbal qui peut accompagner toute reconnaissance éventuelle d'une organisation aussi artificielle, considérerait ces reconnaissances comme un

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Cf. Ch. ZORGBIBE, op. cit., pp.146 & s.

geste inamical à son endroit. Elle aurait en outre des raisons de mettre en doute le caractère normal et équilibré des gouvernements qui se laisseraient aller à de telles manifestations »<sup>1</sup>.

Dans l'esprit des autorités françaises, la question algérienne était une affaire purement interne, relevant exclusivement de la législation interne, et de ce fait toute reconnaissance du GPRA était analysée comme un geste inamical envers la France. Cette position était surprenante à cause de sa constance.

Cette constance était très apparente dans les diverses déclarations des officiels français. C'est ainsi que Christian Pineau, ministre des Relations Extérieures d'alors, déclara devant la première commission de l'Assemblée Générale de l'ONU : « Il ne saurait y avoir pour la France de véritable autodétermination dans le cadre...du désordre. Les élections ont pour objectif de désigner des hommes. Ceux-ci, investis des responsabilités, ont à réfléchir ensuite au choix qui leur sont proposés.<sup>2</sup>

Dans le même sens, le général de Gaulle déclarait en 1959 : « le sort des Algériens appartient aux Algériens, non point comme leur imposeraient le couteau et la mitraille, mais suivant la volonté qu'ils exprimeront par le suffrage universel ». Et Michel Debré ajoutait : « le retour au droit, ce n'est pas, ce ne peut être la reconnaissance d'une prétendue souveraineté algérienne. Il n'y a pas de souveraineté algérienne. Il n'y en a jamais eu... Le retour au droit, ce n'est pas davantage, ce ne peut pas être davantage une négociation politique avec les dirigeants de la rébellion. Les hommes qui se sont placés à la tête des éléments rebelles n'ont reçu aucun mandat et le terrorisme n'a jamais donné de titres juridiques, pas plus que n'en donne l'appel à l'étranger ou l'obéissance à des gouvernements étrangers, ne donne de véritable mandat que l'élection. Seuls ceux qui détiennent leur titre d'un vote libre peuvent prétendre parler de politique au nom de leurs commettants<sup>3</sup>

Cette position n'avait pas changé depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1954 et, malgré sa constance, révélait une très grande ambiguïté. La France refusait de voir dans le conflit algérien autre chose qu'une rébellion, mais n'en exerçait pas moins un contrôle sur les navires étrangers en haute mer. Elle demandait aux Etats tiers et aux organisations internationales d'ignorer la situation internationale du GPRA, tandis que ses propres ministres négociaient et concluaient les accords d'Evian avec le gouvernement provisoire de la République algérienne.

L'intransigeance du gouvernement français, qui regardait la reconnaissance du GPRA comme une atteinte à la souveraineté française, n'était pas prise en considération par les Etats qui formaient le courant anticolonialiste aux Nations unies. Ils avaient octroyé leur reconnaissance au GPRA. Pour le gouvernement français, reconnaître la qualité de gouvernement de la République algérienne au GPRA signifiait dénier à la

<sup>1</sup> Cf. Le Monde du 21 septembre 1958.

<sup>2</sup> Déclaration à L'Assemblée Générale des Nations Unies de Christian Pineau, en 1957.

<sup>3</sup> Discours de M. Debré à l'Assemblée Nationale, J.O An., octobre 1959, p.1738.

France le choix d'exercer ses compétences en Algérie. Dans ce cas- là France pouvait demander réparation à ces Etats ou du moins utiliser des moyens de rétorsion.

Ainsi, lorsque le Libéria reconnut le GPRA en juin 1960, l'attitude française se distingua des déclarations antérieures. Le gouvernement français se contenta de lui adresser « de très sérieuses représentations »<sup>1</sup>. Par contre, lorsque le Ghana reconnut le GPRA le 9 juillet 1959, les autorités françaises considèrent ce geste comme « manifestement inamical » et ordonnèrent à leur ambassadeur à Acra de ne pas rejoindre son poste (l'ambassadeur français se trouvait momentanément à Paris).

Néanmoins, la mesure la plus grave fut le rappel de l'ambassadeur français auprès du gouvernement soviétique<sup>2</sup>. En effet, à la suite de la reconnaissance *de jure* octroyée au

GPRA par l'URSS après la signature des accords d'Évian, le gouvernement français estima que les relations diplomatiques au niveau des ambassadeurs ne pouvaient plus être maintenues entre les deux Etats. Le ministre français des affaires étrangères avait donné à ce sujet les explications suivantes : « Dès le lendemain de la signature à Evian de l'accord sur le cessez-le-feu en Algérie, le président du Conseil de l'Union Soviétique a adressé un message à M. Ben khadda dans lequel, tout en se livrant à d'assez vives attaques à l'égard de la France ; il déclarait en particulier que le gouvernement de Moscou reconnaissait maintenant *de jure* le GPRA et se proposait d'établir avec lui des relations diplomatiques.

« ...Le 19 mars, l'ambassadeur de l'URSS à Paris était convoqué par le ministre des affaires étrangères. Il lui était fait observer que le cessez-le-feu n'avait pas modifié la situation juridique de l'Algérie et que, avec l'accord du FLN lui-même, la France continuait jusqu'à l'autodétermination à y exercer la souveraineté interne et externe. En conséquence, M. Vinogradov était prié de demander d'urgence des explications à son gouvernement.

« ...Le gouvernement soviétique n'a marqué aucune intention de revenir sur ses décisions. Le ministre des affaires étrangères ne pouvait que conclure que le maintien des relations franco-soviétiques au niveau des ambassadeurs était devenu impossible »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir à ce sujet la réponse du ministre des Affaires Etrangères à la question de M. Bérandier : « Notre ambassadeur à Monrovia a été chargé de formuler auprès du gouvernement libérien de très sérieuses représentations à l'encontre de la décision prise, en soulignant que celle-ci ne pouvait manquer d'affecter les relations entre les deux pays ». (J.O. AN., 20 juillet 1960, p.2035.

<sup>2</sup> Des attitudes analogues avaient été prises à l'encontre de la Pologne et de la Yougoslavie. Cf. Le Monde du 9 février 1962.

<sup>3</sup> Le Monde du 27 mars 1962.

Le gouvernement soviétique répondit par un communiqué très convaincant: « le fait que des pourparlers officiels aient eu lieu entre le gouvernement français et le GPRA, ainsi que la conclusion de toute une série d'accords franco-algériens concernant non seulement le cessez-le-feu mais aussi que les futures relations de l'Algérie indépendante avec la France dans les domaines politiques, militaires, économiques et culturels, démontrent qu'en fait le gouvernement français reconnaît lui-même le GPRA en tant qu'unique représentant plénipotentiaire du peuple algérien »<sup>1</sup>. Cette déclaration était très significative. Demander au GPRA d'engager par avance le futur Etat algérien, n'était-ce pas lui reconnaître d'ores et déjà les responsabilités d'un gouvernement ? Conclure avec le GPRA un accord de cessez-le-feu n'était-ce pas admettre son statut de belligérant de fait ?

C'est aussi l'avis de M. Flory selon lequel on peut déduire de l'accord de cessez-le-feu franco-algérien du 19 mars 1962 « que la France considérait l'ALN comme une armée régulière et donc qu'elle reconnaissait la belligérance en Algérie »<sup>2</sup>.

### Conclusion

Nous arrivons ainsi à conclure que la reconnaissance du G.P.R.A., dès sa proclamation par les Etats tiers, avait de multiples raisons : l'efficacité militaire de l'ALN et l'incapacité de l'armée française, pourtant supérieure en nombre et mieux équipée en matériels, de mettre fin aux activités de l'ALN, l'effondrement de la thèse française, après les manifestations du 11 décembre 1960 qui avaient consacré le G.P.R.A. comme l'unique représentant du peuple algérien, selon laquelle « les populations musulmanes » n'étaient soumises à l'autorité du G.P.R.A. que par la force.

A ces causes purement internes s'ajoutaient la poussée anticolonialiste au Nations Unies et l'internationalisation du conflit algérien, surtout depuis l'adoption par l'Assemblée Générale des Nations Unies de la résolution 1514 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.

La France faisant fi, de toutes ces raisons, avait toujours considéré la reconnaissance du G.P.R.A. qu'elle fut de *facto* ou de *jure* comme une reconnaissance prématurée et une intervention abusive dans ses affaires intérieures ; car la lutte se poursuivait contre les forces de l'ALN, la pacification était en voie d'achèvement et le GPRA n'avait pas l'exclusivité de l'autorité sur le territoire algérien.

<sup>1</sup> Cf. Le Monde du 29 mars 1962.

<sup>2</sup> Cf. M. FLORY, « Négociations ou dégageant en Algérie », AFDI, 1962, pp.36-38.

En dépit de cette obstination jusqu'au délire de la puissance coloniale, le GPRA, fût reconnu avant le 2 juillet 1962, date officielle de l'indépendance, par un tiers des Etats membres de l'organisation des Nations Unies.

#### BIBLIOGRAPHIE :

##### 1/OUVRAGES :

- (1) BEDDIAR-BRAHMIA(Z) (1987), Aspects juridiques des accords d'Evian, Thèse Droit, Strasbourg, 285 p.
- (2) BEDJAOUI (M) (1961), la révolution algérienne et le droit, Bruxelles, éd. l'AIJD, 262p.
- (3) BELKHERROUBI(A) (1972), La naissance et la reconnaissance de la République algérienne, Bruxelles, éd. Bruylant, .176.p.
- (4) M. BOUSOLTANE(M) et. BEKAI(H), Le droit international contemporain et la guerre de libération algérienne, Alger, ed.ENAD du livre1986 p.146. (Version arabe)
- (5) CHARPENTIER (J) (1956), La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, éd. Pedone, .357p.
- (6) De VISSCHER(Ch.) (1970), Théories et réalités en droit international
- (7) Public, éd. A. Pedone, 4<sup>e</sup> éd., 426 p
- (8) ESSAGHIR(M), positions internationales à l'égard de l'affaire algérienne, 1954-1962, Alger, ed.El Hikma 2009, p139. (Version arabe
- (9) LAUTERPACHT (H) (1948), Recognition in international law, Cambridge,
- (10) NAIT BELKACEM (Mouloud Kassem) (1985) La personnalité internationale de l'Algérie et notoriété mondiale avant 1930, éd. Baath1985, p.141. (Version arabe
- (11) OPPERMAN (T) (1961) « Le problème algérien (données historiques, Juridiques, politiques) » éd. F.Maspéro, ,315p.
- (12) ROUSSEAU (Ch.) (1980), Droit international public, T IV, relations Internationales, éd. Sirey, 671 p.
- (13) ROUSSEAU (Ch.) (1953), Droit international public, Paris, Ed. Sirey,
- (14) STORA (Benjamin) (2004), histoire de l'Algérie contemporaine 1830-1988, Casbah édition, Alger.
- (15) VERHOEVEN (J) (1975), La reconnaissance internationale dans la pratique Internationale (les relations publiques internationales), Paris, Ed. Pédone, 851 p
- (16) ZORGBIBE(Ch.) (1975), La guerre civile, PUF ,208 p.

2/ARTICLES

- (1) CHARPENTIER (Jean) (1959) « la reconnaissance du G.P.R.A. » AFDI, pp.799-844.
- (2) FLORY(M) (1962) « Négociations ou dégagement en Algérie », AFDI, PP.836 -855
- (3) RAESTARD(A) (1936) « La reconnaissance internationales de nouveaux Etats et de nouveaux gouvernements », RDILC, pp338-350
- (4) ROUSSEAU (Charles.) (1962) « Chronique des faits internationaux », RGDIP pp.623-632.
- (5) SAADALLAH(Omar) (2006): "Le gouvernement provisoire algérien et le droit international humanitaire "revue El Massader, èd.du CNER sur le Mouvement National et la Révolution du 1er Novembre 1954 ,n°.14,2006,pp.13-47.(Version arabe).
- (6) YAKEMTCHOUK (R) (1970) « A propos de quelques cas de reconnaissance d'Etat et de gouvernement en Afrique », RBDI, pp .509-530.





مجلة جيل الأبحاث القانونية العمقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017