Abhat Journal: Volume. 15, Issue. 1, March 2023

Abhat Journal, Faculty of Arts, Sirte University مجلةأبحاث بكلية الآداب جامعة سرت

Source Homepage: http://journal.su.edu.ly/index.php/ABHAT/index

التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية: "دراسة مقارنة في التجربة: المغربية ـ المصرية ـ الفرنسية"

عزة عابيدي

Abidibouazza@gmail.com

جامعة محمد الخامس/ الرباط/ المغرب

الملخّص:

تهدف هذه المقالة إلى تسليط الضوء على التحكيم بحيث أصبح يحتل أهمية خاصة نظرا لنوعية النزاعات التي يتميز بها، فكما نعلم إرتبط نمو المعاملات الدولية والمحلية في القرن الحالي بتزايد اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات، وقد ساعد على إنتشار التحكيم رغبة المتعاملين في التحرير بقدر الإمكان من القيود التي تفرضها النظم القانونية للتقاضي، خاصة في المعاملات التي تكون جهة الإدارة طرفا فيها.

كما أن التحكيم اليوم أصبح من الوسائل المهمة لفض المنازعات، وهذا الواقع فرضته ظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة، ومن أهم مزايا التحكيم هو الحرية التي يوفرها للأطراف المتعاقدة والتحرر من القيود التشريعية وكذلك سرعة الفصل في المنازعات وغيرها المزايا.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم، المنازعات العمومية، الصفقات العمومية.

Arbitration as a Means of Settling Public Procurement "A Comparative Study on the Experience Moroccan – Egyptian – French"

Abidi Bouazza

Abidibouazza@gmail.com

Mohammed V University/ Rabat/ Morocco

Abstract

This article aims to shed light on arbitration, so that it has become of particular importance due to the type of disputes that characterize it. As we know, the growth of international and local transactions in the current century has been linked to the increasing resort to arbitration as a way to resolve disputes. The spread of arbitration has helped the desire of dealers to liberate as much as possible from Limitations imposed by the legal systems of litigation, especially in transactions in which the administration is a party.

Also, arbitration today has become one of the important means of resolving disputes, and this reality was imposed by the conditions of globalization and modern global trends.

Keywords

Arbitration, public disputes, public deals.

المقدمة:

يعتبر القضاء الطريق الطبيعي والمعروف لدى العام والخاص لفض المنازعات، ووسيلة القرار والعدل في المجتمع بين الأفراد ولكن مع التطور الذي عرفه العالم بأسره وخاصة الميدان التجاري والاستثمار الداخلي، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية نتيجة التحولات الاقتصادية التي يشهدها العالم، أخذت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى اختيارية أو بديلة إن صح القول يلجأ إليها الأفراد باختيارهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بدلا من لجوئهم إلى القضاء، كالتحكيم والمصالحة والتوفيق والوساطة وما إلى غير ذلك من الطرق البديلة[1].

وإن كان القضاء هو الأصل وصاحب اختصاص الفصل في كل المنازعات سواء كانت مدنية أو تجارية، فإلا جانب القضاء نجد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ومن أهمها هذه الوسائل هناك التحكيم، هذا الأخير لا يعتبر ظاهرة جديدة وإنما قديم قدم التاريخ، فقد عرف التحكيم والتجأ إليه الناس لحل النزاعات التي تنشأ بينهم في العصور القديمة، فقد عرفه السوماريون والرومان واليونانيون منذ قرون قبل الميلاد، كما عرفه العرب في الجاهلية، وعرفوه بفضل مجيء الإسلام [2].

وقد إرتبط نظام التحكيم في الأونة الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية باعتباره الوسيلة المثلى لحسم المنازعات لما يحمله من مزايا لا تتوفر في قضاء الدولة، أهمها البساطة وقيامه على رضى أطراف النزاع بالحكم الذي سيصدر على هيئة التحكيم، وسرعة الفصل في المنازعات وتوفير الجهد والوقت وتوافر الخبرة والتخصص في المسائل الفنية والاقتصادية والعملية لدى المحكمين الذين يختارهم أطراف النزاع، وذلك بالإضافة إلى المحافظة على أسرار هذه الأطراف والعلاقات الودية بينهما[3].

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في الدور الهام الذي أصبح يلعبه التحكيم كإحدى الوسائل البديلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على المستوى الداخلي والذي من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف العبء، عن القضاء الإداري وسرعة الفصل فيها.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- إعطاء صورة واضحة عن مفهوم التحكيم وأنواعه ومميزاته؛
- معرفة المبررات التي تدفع إلى اللجوء إلى التحكيم خصوصا في ميدان الصفقات العمومية؛
- معرفة ما مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في بعض التجارب المقارنة؛
- معرفة ما مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بالمغرب.

إشكالية الدراسة:

من خلال هذا التأطير العام والخاص سوف نعالج هذا الموضوع وفق الإشكالية التالية:

إلى أي حد يمكن للتحكيم أن يشكل بديلا للمسطرة القضائية في فض منازعات الصفقات العمومية؟

حيث يتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية يمكن إجمالها فيما يلي:

- ما هو مفهوم التحكيم وما هي أنواعه ومميزاته؟
- ما هي مبررات اللجوء إلى التحكيم خصوصا في ميدان الصفقات العمومية؟
- ما مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في بعض التجارب المقارنة؟
- وما مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بالمغرب؟

فرضية الدراسة:

بناء على الإشكالية وأسئلتها الفرعية سننطلق من فرضية للعمل مفادها، أن التحكيم اليوم أصبح يلعب دور مهم في فض المنازعات، وهذا الواقع فرضته ظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة، فالحرية التي يوفرها للأطراف المتعاقدة والتحرر من القيود التشريعية وسرعة الفصل في المنازعات كلها عوامل ساعدت على إنتشاره بين الأطراف المتنازعة.

المناهج المتبعة:

باعتبار أن المنهج هو الطريقة التي يتبعها الباحث في دراسته للمشكلة، تتضمن قواعد وخطوات للإجابة على أسئلة البحث واختيار فرضيته، ومن أجل الوصول إلى اكتشاف الحقيقة والوقوف على نتائج دقيقة. تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج النسقي، هذا الأخير تم الأخذ به من خلال دراسة التحكيم كمنظومة وفي نفس الوقت كمحرك للنسق فاللجوء إليه تكون وراءه مجموعة من

المبررات التي تدفع الأطراف المعنية إليه كطريقة مثلى لتسوية النزاعات وخصوصا في مجال الصفقات العمومية. كما تم الاعتماد على المنهج المقارن للحصول على تحليل واقعي لنتائج الدراسة ومقارنتها ببعض التجارب الدولية لمعرفة أوجه التشابه والاختلاف للتحكيم في مجال الصفقات العمومية. هذا بالإضافة إلى اعتماد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي كلما تطلب الأمر ذلك.

خطة البحث:

من خلال الإشكالية المقترحة وأسئلتها الفرعية يأتي هذا البحث في مبحثين الأول عن ماهية التحكيم ودواعي اللجوء إليه والثاني عن دور التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الأول: ماهية التحكيم ودواعي اللجوء إليه:

سنتصدى في المطلب الأول من هذه النقطة إلى مفهوم التحكيم وخصائصه، أما المطلب الثاني سوف نخصصه إلى مبررات اللجوء إلى التحكيم في ميدان الصفقات العمومية.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم أنواعه ومميزاته:

مفهوم التحكيم:

إن محاولة إعطاء تعريف شامل ومانع لأي مفهوم في العلوم الاجتماعية يبقى بالصعوبة بما كان، وأمام هذا الوضع وحتى نحيط بمفهوم التحكيم أكثر فإننا سوف نحاول معرفة ماهية هذا المفهوم من خلال المغرب وبعض التجارب المقارنة.

أولا: التحكيم في التجربة المغربية:

نظم المشرع المغربي التحكيم منذ سنة 1913 عن طريق المسطرة المدنية، وقد أخذ المغرب من المسطرة المدنية الفرنسية لسنة 1806، وهكذا فإن ظهير 12 غشت 1913 كان أول ظهير ينظم بكيفية مفصلة نظام التحكيم، مخصصا له الباب الخامس من القسم السابع في الفصول من 527 إلى 534، ليأتي بعد ذلك قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بتاريخ 28 شتنبر 1974 والذي دخل حيز التنفيذ في فاتح أكتوبر 1974 لاغيا بذلك مقتضيات ظهير المسطرة المدنية لسنة 1913 ومهتما كذلك بالتحكيم في الباب الثامن من القسم الخامس أي من الفصول 306 إلى 327[4].

وقد عرف المشرع المغربي التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير ذلك، على أن يتم الفصل في النزاع الحال أو المستقبل الناشئ عن هذه العلاقة بواسطة شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق التحكيم[5].

وعلى خلاف القانون القديم فقد سمح المشرع المغربي سنة 2007، لكل من الدولة والجماعات الترابية وغيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية إمكانية اللجوء إلى التحكيم، وقد حدد المشرع المغربي مجال المنازعات القابلة للتحكيم التي تكون الدولة أو الجماعات الترابية طرفا فيها[6].

على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية، لم ينص المشرع صراحة على إمكانية تسوية المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية الدولية عن طريق التحكيم في قانون المسطرة المدنية، غير أن هناك بعض المقتضيات القانونية والاتفاقية تسمح باللجوء إلى التحكيم الدولي مثل[7].

ثانيا: التحكيم في التجربة المصرية:

قد تعددت تعريفات التحكيم لدى الفقه المصري ومن أهم هذه التعاريف نجد تلك التي عرفت التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون إتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز[8].

أما التشريع المصري فقد عرف التحكيم في المادة العاشرة من القانون 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بأنه هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية[9].

بخصوص القضاء المصري لم تتفق اجتهادات القضاء المصري على تعريف واحد، بحيث عرفته المحكمة الدستورية بأنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في بأنه اتفاق على طرح النزاع على أرض شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[10].

ثالثا: التحكيم في التجربة الفرنسية

قد عرف الفقه الفرنسي التحكيم بأنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزما، وعرفه الفقيه "جروسون" أنه عبارة عن نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر وذلك بممارسة المهنة القضائية التي عهدوا بها إليه[11].

بخصوص المشرع الفرنسي فقد عرف التحكيم في المادة الأولى من القانون رقم 42 لسنة 1993 بأنه هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى إتفاق تحكيم[12].

أما القضاء الفرنسي فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر يوم 21 أبريل 1943 إلى أن التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها الطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار الحكم[13].

أنواع التحكيم ومميزاته:

– أنواع التحكيم: إن تقسيمات التحكيم ترتكز على المعيار أو الزاوية التي ينظر منها التحكيم فلو أخذنا نطاق التحكيم للتقسيم يمكننا التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وإذا أخذنا مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم كمعيار للتقسيم نجد التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري، ومن هنا ينقسم التحكيم إلى الأنواع الأتية:

1) التحكيم الاختياري: يجد التحكيم الاختياري أساسه في إرادة الأطراف، فاللجوء إلى التحكيم يجد مصدره في إرادة الأطراف، المعبر عنها في اتفاق مسبق والمنظم لهذه الوسيلة، والذي يخضع للقواعد في النظرية العامة للعقد، فضلا عن القواعد الخاصة المنصوص عليها في قوانين الإجراءات المدنية والإدارية، فيكون التحكيم اختياريا إذا كان الالتجاء إليه بمحض إرادة الخصوم، بدلا من الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة[14].

2) التحكيم الإجباري: تعتبر البلدان ذات النظام الاشتراكي هي أول من أخذت بهذا النظام، كطريق قضائي للفصل في المنازعات بين المشروعات العامة، ثم انتشر بعد ذلك في دول أخرى، صدرت العديد من القوانين الوضعية في فرنسا، والتي كانت قد نظمت تحكيما إجباريا، تحدد فيه كيفية تشكيل هيئات التحكيم الإجباري، وكيفية تقديم طلبات التحكيم إليها والإجراءات المتبعة أمامها، ومدى تمتع قراراتها التحكيمية بحجية وقوة تنفيذية[15].

3) التحكيم الخاص: هو التحكيم الذي يوكل إلى أشخاص طبيعيين بموجب إتفاق، يحدد فيه الأطراف المحكمين والقانون الواجب التطبيق[16].

4) التحكيم المؤسسي: هو الذي يوكل التحكيم فيه المؤسسات المختصة، تديره وتشرف عليه، ولها نظامها القانون، ومثالها: غرفة التجارة الدولية بباريس، جمعية القانون الدولي ورابطة الدول الأمريكية[17].

5) التحكيم بالقضاء: هو التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل في النزاع بقرار أو حكم ملزم، على ضوء قواعد القانون بمعناه الواسع: القانون المكتوب والعرف، القانون الوطني، والقانون الذي اتفق عليه الأطراف، مع الأخذ بالأعراف التجارية[18].

6) التحكيم الوطني: يكون التحكيم وطنيا، إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة في جميع عناصره موضوع النزاع، مكان التحكيم، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق، مكان صدور الحكم وتنفيذه[19].

7) التحكيم الأجنبي: يكون التحكيم أجنبيا إذا كان مكان التحكيم في دولة أخرى، غير الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، وتحديد دولية التحكيم من عدمه، يرجع إلى الاتفاقيات الدولية أو القانون الوطني، مثل القانون السويدي الذي يعتبر التحكيم الذي يجري خارج السويد أجنبيا[20].

– مميزات التحكيم: يعد عنصر الاتفاق بين الجهة الإدارية والمتعاقد أساس التمييز فيما بين التحكيم الإداري وغيره من النظم القانونية الأخرى ويختلف التكييف حسب طبيعة المهمة التي يمنحها الاتفاق فإن كان يمنح سلطة القيام بعمل قضائي فإن الاتفاق يكون إتفاق تحكيم، ويكن القرار الصادر هو حكم تحكيم، ومن هنا سوف نتناول الفرق بين التحكيم الإداري وباقي الأنظمة المشابهة له على النحو التالي:

1) التحكيم الإداري والصلح: إن التحكيم الإداري هو طريقة لتسوية النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود الإدارية أو تفسيرها، فهو من الأساليب الحديثة التي تعتمد لغرض التوصل إلى تسوية النزاعات الناشئة بين الأطراف المتعاقدة بالطرق القانونية الاختيارية بحيث تتوافر السرعة اللازمة والدقة المطلوبة بعيدا عن التعقيدات أو العراقيل الإدارية

والتنظيمية التي يمكن أن يواجهها الأطراف[21]، أما الصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا محتملا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فهو يقع عند حدوث نزاع بين الأطراف ويتم حل النزاع بإرادة الطرفين من بداية سلوكه وحتى نهايته[22].

2) التحكيم الإداري والوساطة: الوساطة تعني لجوء المتعاقدين إلى شخص ثالث أو أشخاص أخرين لمساعدتهما في التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة، فالوساطة ترمي إلى التقريب بين الطرفين وهذا الشخص ليس محكما وليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم وإنما هو يعرض إقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، فهو وسيط وليس محكما[23].

3) التحكيم الإداري والخبرة: الخبير هو من يبدي رأيا فنيا وقد يبدي هذا الرأي بمناسبة نزاع معين بين الطرفين أو بناء على طلب أحد الأشخاص دون أي نزاع، فيكون رأي الخبير غير ملزم للأطراف ولا تثور مشكلة بالنسبة للتمييز بين الخبرة التي تتم بناء على قرار القاضي أو المحكم وبين التحكيم ولكن يظهر الفرق واضحا في حال كون الخبرة قد اتفق عليها الطرفان خارج القضاء[24].

4) التحكيم الإداري والحكم القضائي: يختلف حكم المحكم الإداري عن حكم القاضي في أمرين إذ يلزم حكم المحكم أن يصدر أمر القضاء بتنفيذه كما يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية، كما أن للمحكم الإداري صلاحيات تزيد عن صلاحيات القاضي إذ أنه غير مقيد بقواعد القانون الإجرائية فضلا عن أنه يعفي من التقيد بقواعد القانون الموضوعية في حال إتفاق الطرفين على ذلك، فيتفق الطرفين على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم فإن لم يتفق الطرفان على ذلك كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام قانون التحكيم اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة[25].

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في ميدان الصفقات العمومية:

إن اللجوء إلى التحكيم تكون وراءه مجموعة من المبررات التي تدفع الأطراف المعنية اللجوء إليه كطريقة لتسوية النزاعات وخصوصا في ميدان الصفقات العمومية، فقد أصبح التعاطي مع هذه الطريقة في تزايد مستمر، فكما نعلم القضاء الإداري في إطار القضاء الشامل تعيقه مجموعة من الإشكالات والعراقيل التي تأثر بدون شك وخصوصا في ميدان الصفقات العمومية، ومن أبرز مبررات اللجوء إلى التحكيم نجد الإشكالية المرتبطة بتعقد المساطر القانونية، ثم الإشكالية المرتبطة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة.

– المبررات المرتبطة بتعقد المساطر القانونية: شكل القانون رقم 41.90 الخاص بالمحاكم الإدارية، والقانون رقم 80.03[26] الخاص بمحاكم الإستئناف الإدارية، طفرة نوعية في المسار القانوني والقضائي بالمغرب، لما لذلك من ارتباط بمبادئ الحق والقانون وإشعاع روح العدل والإنصاف وتحقيق التوازن والمساواة، خاصة وأن الأمر في المنازعات الإدارية بصفة عامة يقوم بين طرفين غير متساويين، طرف خاص وأخر عام ومحاولة خلق ازدواجية القضاء بغية تفريد الدعاوى ذات الطبيعة الإدارية بقواعد وإجراءات خاصة بها، فما يلاحظ أن مبتغى الإستقلالية الكاملة لم تتحقق بعد، في ظل غياب مدونة خاصة بالإجراءات المتبعة أمام محاكم الإدارية. ونجد عكس ذلك في بعض الأنظمة المقارنة وخصوصا في فرنسا هذه الأخيرة تتوفر على مدونة للقضاء الإداري تضمنت بالإضافة إلى تحديد أنواع محاكم القضاء الإداري واختصاصاتها، الإجراءات المسطرية الإدارية[27].

ومن الناحية المبدئية يمكن التمييز في إطار المساطر الإدارية بين نوعين من المساطر هناك المساطر الغير القضائية وهناك المساطر القضائية، ففي الأولى الأمر يتعلق بتنظيم علاقات غير تنازعية، أما الثانية فتهم العلاقات التنازعية خلال مختلف مراحل الطعن أمام كل من الإدارة ومحاكم القضاء الإداري، بحيث نجد المادة 7 من القانون رقم 41.90 تنص على أنه تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية مالم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا الأمر يدل على أن العمل الإداري لازال لم يستطع التفرد بقواعد مسطرية خاصة به تلائم خصوصية القضايا المعروضة وكذا طبيعة أطراف النزاع، ويتضح هذا التمييز والإختلاف من خلال الطابع الكتابي والتحقيقي والحضوري للمسطرة في القضايا الإدارية، يتضح لنا من خلال مختلف طرق الطعن وإجراءات سير الدعوى والمشاكل التي يعرفها تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، ويمكن القول ان تمييز إجراءات التقاضي في المادة الإدارية تفرضه طبيعة المنازعة الإدارية ذاتها، مما يجعلنا لا نتحدث عن مسطرة واحدة، بل عن مساطر متعددة تختلف طبيعتها بإختلاف القضايا الإدارية وتعددها، فالدعاوى الإدارية تتسم بخصوصيتها التي تستوجب أن تخصص لها مساطر وإجراءات غير المنظمة في قواعد المسطرة المدنية.

كما أن قانون المسطرة المدنية لم ينظم مسطرة تبليغ الإستدعاءات والتبليغات إلى إدارات الدولة، والمؤسسات العمومية، وكذا الجماعات الترابية. مما يجعل مسطرة التبليغ تصطدم في كثير من الأحيان، ببعض العراقيل والصعوبات العلمية والإشكالات القانونية والتي تتجلى بالأساس في أن القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية وقانون 80.03 الخاص بمحاكم الإستئناف الإدارية، فقد أحالا على القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية. إلا أن هذه الإحالة لا تساعد في تطبيقها على المنازعات الإدارية التي توجد الإدارة طرفا فيها كما هو الشأن في مجال الصفقات العمومية. ومن بين الإشكالات التي تطرحها هذه الإحالة ما نص عليه الفصل 516 من قانون المسطرة المدنية[28]، الذي يستنتج منه أن الإستدعاءات والتبليغات المتعلقة بالأشخاص الإعتباريين توجه إلى ممثليهم القانونيين بصفتهم هذه فإذا إعتبرنا مثلا الوزارة شخصا إعتباريا، فنتساءل من يمثلها قانونيا، وإذا كان الجواب بداهة هو الوزير، فإنه لا يتصور عمليا وجوب التبليغ لهذا الأخير حتى يمكن إعتباره صحيحا[29]، ولكن إذا سلم الإستدعاء لمصلحة أو مديرية بالوزارة، فهل يعتد بهذا التبليغ قانونا، مع أنه لم يسلم للممثل القانوني بصفته هذه كما ورد في المادة 516 من قانون المسطرة المدنية، وهو نفس ما يلاحظ فيما يخص الحجز على ممتلكات الإدارة فكلما تعندت في تطبيق الأحكام القضائية التي تصدر ضدها، فهو إجراء وإن كان معمولا به في إطار العلاقات الخاصة التي يحكمها القانون العادي وتؤطرها قواعد المسطرة المدنية، فالمشرع الإداري لم يشر إلى هذه الإمكانية فيما يخص أملاك الإدارة.

هذا الأمر يؤكد على أن القضايا ذات الطابع الإداري خاصة تلك المثارة أمام القضاء الشامل في إطار الصفقات العمومية والتي تجمع ما بين الأفراد وإدارات الدولة، يجب أن تفرد لها قواعدها المسطرية غير المنظمة في إطار قانون المسطرة المدنية. أو على الأقل أن يتم تخصيص باب مستقل لها. فأمام هذا الوضع من التطورات العالمية وما تفرزه من تحديات ومستجدات تواجه الإدارة والقضاء المغربي، يقتضي من المشرع التدخل من أجل تسليحهما بكل الوسائل القانونية والعملية الكفيلة بمواجهة هذه التحديات ومواكبة المستجدات المطروحة في هذا المجال بإجراءات مسطرية تتسم بعدم التعقيد وكثرة الشكليات بغية تفادي نفور المتعاقدين مع الإدارة من اللجوء إلى القضاء.

– المبررات المرتبطة بإشكالية تنفيذ الأحكام: إن الغاية والهدف الأساسي الذي يسعى إليه كل متقاض من إصدار حكم لصالحه هو الوصول به إلى مرحلة تنفيذه وترجمته على أرض الواقع، وفي هذا الإطار نجد الفصل 126 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 ينص على أن الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع، ويجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة، إذا صدر إليها الأمر بذلك، ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام[30]، وفي نفس الإطار جاء خطاب الملك بمناسبة إفتتاح البرلمان في دورة أكتوبر 2016[31] فقد جاء فيه أن (المواطن يشتكي بكثرة من طول وتعقيد المساطر القضائية، ومن عدم تنفيذ الأحكام، وخاصة في مواجهة الإدارة، فمن غير المفهوم أن تسلب الإدارة للمواطن حقوقه وهي التي يجب أن تصونها وتدافع عنها، وكيف لمسؤول أن يعرقل حصوله عليها وقد صدر بشأنها حكم قضائي نهائي).

إن ما يطمح إليه كل متقاض من رفع دعواه لدى القضاء الإداري ليس هو إغناء الإجتهاد القضائي في المادة الإدارية، بل إستصدار حكم لصالحه يحمي حقوقه المنتهكة من طرف الإدارة مع ترجمة منطوقه وتنفيذه على أرض الواقع، حيث من شأن عدم خروج هذه الأحكام لحيز التنفيذ أن يكون له وقع سلبي على هيبة وقدسية القضاء، وأن ينمي لدى المواطن عدم الثقة في مؤسسة القضاء[32] والإدارة على وجه السواء.

وتتخذ الإدارة صاحبة المشروع في أحيان كثيرة ذريعة المصلحة العامة كوسيلة لتتملص من تنفيذ الحكم الصادر ضدها سواء بكيفية كلية أو جزئية، خصوصا إذا كان تنفيذ هذا الحكم مكلفا من الناحية المالية، وعلى هذا الأساس فإن القضاء يبدي تشدده في مراقبة مدى توفر عنصر المصلحة العامة من عدمه في حالة رفض الإدارة للتنفيذ، بل ذهب إلى أبعد من ذلك واعتبر أن الامتناع عن التنفيذ هو خروج عن المصلحة العامة، لأنه لا يمكن تحقيق هذه الأخيرة بوسائل غير مشروعة بعيدة عن إحترام القانون وعن إحترام الأحكام القضائية المكتسبة لقوة الشيء المقضي به[33].

فقد أضحت الإدارة اليوم تتدرع بقلة الموارد المالية ومحدوديتها هذه الأسباب أخذتها كذريعة تدفعها إلى عدم تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، الشيء الذي لا يمكن معه الحجز على الأموال العامة من أجل إستيفاء ديونها تجاه المدينين[34]، وهذا الطرح

نجد أن المادة 9 من قانون مالية 2020 قد زكته، وهذا الأمر قد خلق نقاشا واسعا، فنجد هناك من يدافع عن هذا المقتضى بعلة تحصين مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإضطراد، وهناك فريق أخر من إعتبر أن إقرار هذه المادة هو ضرب في الفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية وضرب في المبدأ الدستوري القاضي بمساواة الجميع أمام القانون، ونجد هناك رأي أخر ثالث جاء في الوسط هذا التيار يرى أن الواقع يتطلب إيجاد حلول واقعية ونابعة من هاجس خلق التوازن بين مبدأ تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، وبين متطلبات سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراد وإنتفاع المواطنين من خدماتها دون أي تعطيل أو عرقلة للمرفق العمومي[35].

ومن وجهة نظرنا فإن أي تأخير يطال تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها في التعويض عن الأضرار التي تصيب المقاول في مجال الصفقات العمومية يشكل خطرا ويفرمل عجلة التنمية الإقتصادية، إذ لا يمكن لأي مستثمر كيف ما كانت جنسيته أجنبي أو مغربي أن يقوم بأنشطة إستثمارية في إطار تعامله مع أشخاص اعتبارية عامة لا توفر لك البيئة المشجعة على ذلك، فوجود فصل بين السلطة القضائية والتشريعية والتنفيذية بدون شك سوف ينعكس بالإيجاب ويوفر لنا قضاء مستقل يحمي الحقوق والحريات ويصونها، إضافة إلى إدارة تضع التزاماتها التعاقدية كأولى أولوياتها ولا تتوانى عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، من شأنه الدفع بعجلة الإقتصاد الوطني على نحو أفضل وتحسين سمعته إقليميا ودوليا.

المبحث الثاني: دور التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية

إن التطورات الاقتصادية التي عرفتها الدول وحرصا منها على جلب الإستثمارات الأجنبية من خلال إبرام عدة صفقات سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، التي رافقتها عدة منازعات سواء أثناء الإبرام أو التنفيذ، ومن أجل السرعة والنجاعة في تسويتها ظهرت عدة بوادر تشريعية تتيح التحكيم بالرغم من صعوبة القبول باتفاقه.

وإذا كانت للدراسات المقارنة أهمية قصوى في مجال القانون، فإن دراسة مقتضيات التحكيم في أي نظام قانوني لا تستقيم دون إعتماد دراسة مقارنة، لذا نجد أن عدة دول اعتمدت على التحكيم كألية لجذب الإستثمارات، ومن هنا يأتي هذا المبحث في مطلبين الأول عن التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية من خلال بعض التجارب المقارنة، أما الثاني سنخصصه إلى التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية من خلال التجربة المغربية.

المطلب الأول: التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية من خلال بعض التجارب المقارنة:

إن نظرة التوجس والحذر من اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية خاصة والعقود الإدارية بصفة عامة، يرجع للإرتباط العضوي بين القاضي الإداري والمنازعات الإدارية، ومن هنا سوف سنتطرق للتحكيم في الصفقات العمومية من خلال التجربة الفرنسية والمصرية.

– التحكيم في الصفقات العمومية من خلال التجربة الفرنسية:

سوف نتطرق في هذه النقطة إلى موقف كل من التشريع ثم القضاء والفقه الفرنسي، بخصوص اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وخصوصا في مجال الصفقات العمومية.

أولا: موقف التشريع الفرنسي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية: لقد حدد القانون الفرنسي بعض العقود الإدارية التي يجوز فيها التحكيم، كعقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية، كما جاء في قانون سنة 1975، وكذلك العقود الإدارية المبرمة مع شركات أجنبية، فقد نصت المادة 19 لسنة 1986 على أنه يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة أن تضمن عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتفسير هذه العقود[36].

كما جاء في قانون 17 أبريل لسنة 1906 الذي أجاز التحكيم بعد موافقة مجلس الوزراء، لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة، أو وحدات الإدارة المحلية، والقانون الصادر في 1982 الذي أجاز التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ عقود البحث العلمي المبرمة بين الحكومة الفرنسية والهيئات الأجنبية[37]، وكهذا نخلص الى أن التشريع الفرنسي إلى جواز الإلتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

ثانيا: موقف القضاء والفقه الفرنسي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومي: لقد حصر الفقه والقضاء الفرنسي جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، ومن هنا سوف نحاول أن نستعرض أمثلة من القضاء والفقه المؤيدة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

موقف القضاء الفرنسي: إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن اللجوء إلى مشارطة التحكيم، إستنادا إلى المادة 69 من قانون 1906، إستثناء لا يجوز التوسع فيه وذهبت محكمة باريس بالقول إلى أن حظر لجوء

الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، يقتصر فقط على العقود الإدارية الوطنية.

حيث قضى القضاء الإداري بفرنسا سنة 1994 في المنازعة القائمة بين الوزارة التونسية للإنشاء والتجهيز، والشركة الفرنسية "فرار باك" بأن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل في إطار العلاقات الوطنية، وفصل القادم ببطلان حكم التحكيم الصادر ضد الحكومة التونسية لصالح الشركة المذكورة.

وتعود وقائع هذه المنازعة لسنة 1981 عندما صادق وزير التجهيز التونسي على العقود المبرمة مع الشركة الفرنسية المشار إليها سابقا، بهدف لإقامة مجموعة من الطرق ومن بين الشرط التي تضمنت شرط التحكيم في حالة حدوث نزاع، ونظرا للمشاكل التي حدثت بين الطرفين أثناء تنفيذ الأعمال إنتهى التحكيم إلى إلزام وزارة التجهيز التونسية بدفع مبالغ متنوعة للشركة الفرنسية، وهذا الحكم طعن فيه بالبطلان أمام محكمة إستئناف باريس من قبل الوزارة، إذ تمسكت هذه الأخيرة ببطلان إتفاق التحكيم[38].

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام تؤكد فيها أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام والشركات الأجنبية، يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم، وهذا هو الذي حدث في النزاع بين الشركة الفرنسية ووزارة التجهيز التونسية، وكذلك في قضية مالك السفينة "قالاكيس" ضد وزارة النقل البحري الفرنسي ففي هذه القضية والتي أثيرت سنة 1940 قد قضت محكمة النقض الفرنسية إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية[39].

موقف الفقه الفرنسي: ذهب الفقه الفرنسي، إلى أن الحظر الوارد في المادة 2060 من القانون المدني ينحصر مجال إعماله في مجال التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، ويتحقق هذا الأمر بتوفر شرطين وهما[40]:

- ❖ أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية، أي أن يكون عقدا دوليا؛
- ❖ أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي.

ويرمي جانب من الفقه، أن الأساس الحقيقي لأهلية الدولة في إبرام إتفاق التحكيم في مجالات التجارة الدولية، هو العرف التجاري الدولي، الناتج عن الممارسة العالمية، ولا تستطيع الدولة الفرنسية مخالفته، ومن هنا يتضح لنا أن ما انتهى إليه القضاء والفقه الفرنسي في جواز اللجوء إلى التحكيم، يعد تكريسا لأعراف التجارة الدولية، وتطبيقا للإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي.

– التحكيم في الصفقات العمومية من خلال التجربة المصرية: لقد ظهرت فكرة التحكيم في مصر أواخر القرن التاسع عشر، حيث تدخل المشرع المصري ونظم قواعد التحكيم لأول مرة في المواد من 702 إلى 727 من قانون الإجراءات المدنية الصادر في 13 نونبر من سنة 1883، وفي عام 1949 تمت إعادة تنظيم التحكيم في المواد من 818 إلى 850 من قانون الإجراءات المدنية، وتم إعادة تنظيم التحكيم كذلك من المواد 501 إلى 513 من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام 1968.

وبناء على ما سبق سوف نتطرق إلى التحكيم التجربة المصرية وفق الآتي:

أولا: قبل صدور القانون رقم 1994/27: قبل صدور قانون 27 لسنة 1994 والمتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، إختلف الفقه والقضاء حول إمكانية تطبيق التحكيم في المنازعات الإدارية بين مؤيد ومعارض ولكل واحد مبرراته.

1) الموقف المعارض: يرى المعارضون أنه لا يمكن الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية إستنادا على عدة أسس تتعلق بسيادة الدولة وتوزيع الإختصاص بين جهتي القضاء والتشكيك في المحكمين هذا من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر التحكيم في منازعات العقود الإدارية متعارضا مع فكرة النظام العام وفيه إعتداء على إختصاص النظام الوطني.

ونجد أن مجلس الدولة المصري بشقيه الإفتائي والقضائي تباين بين الرفض والإجازة فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية، ففيما يتعلق بالموقف الرافض نجد افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، والقضاء الإداري المصري، وقد أفتت بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية، كما قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لان ذلك يتعارض مع إختصاص مجلس الدولة، وقد رفضت كذلك محكمة القضاء الإداري المصرية التحكيم وإتبعت نفس نهج المحكمة الإدارية العليا وذلك بموجب حكمها الصادر في 1970/12/09 وحكمها الصادر في 1991/01/30 وقد صدر هذا الأخير في دعوى تتلخص وقائعها في أنه قامت وزارة الإسكان والتعمير في مصر بإبرام عقد مع إتحاد مكون من شركة المقاولين العرب

وشركة تارمك الإنجليزية عبر البحار في 1976/03/01 وذلك من أجل إنشاء نفق، وتضمن العقد بندا تعهد بمقتضاه الطرفين على إحالة النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين الطرفين إلى هيئة التحكيم[41].

وبعد الإنتهاء من أشغال النفق تبين وجود عيوب في جسم النفق يهدد سلامة المارة، فقامت هيئة قناة السويس التي نقل إليها تبعية النفق برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري على الشركة المتعاقدة والملتزمة بالصيانة وطلب بضرورة معالجة العيوب الموجودة بالنفق، إلا أن الشركة المدعى عليها دفعت بعدم إختصاص القضاء الإداري بالنظر في النزاع نظرا لوجود شرط التحكيم في العقد محل النزاع، لكن محكمة القضاء الإداري رفضت ذلك الدفع وقضت بإختصاصها بالدعوى وبطلان شرط التحكيم الوارد في العقد ومخالفته قانون مجلس الدولة الذي جاء فيه إختصاص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بالنظر في النزاع[42].

2) الموقف المؤيد: يرى المؤيدون أن المشرع لم يقصد من نص المادة 10 من قانون مجلس الدولة إستبعاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وإنما قصد مجرد إستبعاد لإختصاص محاكم القضاء العادي من نظر هذه المنازعات الإدارية، كما يرون أن اللجوء إلى التحكيم يوفر الجهد والوقت والمال وخصوصا في المنازعات التي يوجد فيها طرف أجنبي.

وقد إعتبر الفقه المصري أن المواد المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية تدل دلالة واضحة على جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية.

أما بخصوص القضاء فإن الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادرة في 2005/05/31 فيها اعتراض ضمني بقبول التحكيم، وهذا الأمر يتبين بشكل واضح حينما أجازت محكمة القضاء الإداري التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموجب الحكم الصادر بتاريخ 18 ماي 1986، من خلال دعوى أقامتها إحدى الشركات ضد وزير الإسكان والمرافق وأخرين، مستندة في ذلك إلى أن العقد المبرم بين الشركة المدعية ووزارة الإسكان والتعمير هو عقد إداري ونص أحد في أحد بنوده على أن كل خلاف بين طرفين على تفسير أو تنفيذ الأحكام التي تضمنها الاتفاق، وشروط قبول التنازع يفصل فيه عن طريق التحكيم وتكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن أمام المحاكم المصرية[43].

ثانيا: بعد صدور القانون رقم 1997/9: إن قانون 09 لسنة 1997 المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ومن خلال المادة الأولى منه والتي كانت بمثابة الحاسم للخلاف الفقهي والقضائي حول مسألة التحكيم في العقود الإدارية وعقود المناقصات والمزايدات[44].

فبالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون رقم 17 لسنة 1994 نجد هناك فقرة قد أضيفت بموجب قانون رقم 09 لسنة 1997 والتي جاء فيها؛ بالنسبة الى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التعويض في ذلك.

وعليه يتبين لنا أن المشرع المصري بعد دخول قانون 09 لسنة 1997 قد أضاف فقرة خاصة تجيز التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن هذه الإجازة تبقى مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بما يفيد الإتصال والترابط بين إتفاق التحكيم في هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التي شرطها النص بمن يوافق عليه، ومفاد عدم إنعقاد الإتفاق أن يكون باطلا ولم ينشأ دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد في ألفاظ النص[45].

وإن إشتراط موافقة الوزير المختص هو تحديد قانوني لمن تتوفر فيه صفة التصرف بإمضاء إتفاق التحكيم في الحالة الخصوصية المتعلقة بهذا الجنس من العقود، وإن جزاء عدم توافر الإتفاق ومن المتعارف عليه أن الإتفاق يغذو باطلا لا أثر له أن تخلف شكل أوجبه القانون أو إنعدام أحد أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب أو إذا تخلف أحد الشروط التي إعتبرها المشرع لأي من هذه الأركان الثلاثة[46].

وعليه عن التحكيم كألية لتسوية المنازعات أصبح مباحا بمصر في مادة العقود الإدارية، مع وجود شرط موافقة الوزير المختص.

المطلب الثاني: التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية من خلال التجربة المغربية:

يمكن تقسيم موضوع التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية في التجربة المغربية إلى مرحلتين، مرحلة ما قبل صدور قانون 05.08، ومرحلة ما بعد صدور قانون 05.08.

– اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية قبل صدور القانون رقم 05.08: إن المشرع المغربي كان قد نص على جواز التحكيم في قانون المسطرة المدنية القديم الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 في الفصول من 527 إلى 549 من دون أي إشارة إلى إمكانية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وبصدور قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 نجده هو الأخر قد نص على التحكيم في الفصول من 306 إلى 327 دون اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وبما أن الصفقات العمومية في المغرب تندرج ضمن العقود الإدارية وتنصب على أموال عمومية فقد جاء في المادة الثانية من مرسوم الصفقات العمومية لسنة 2013 على أنه "يحدد هذا المرسوم الشروط والأشكال التي تبرم وفقها صفقات الأشغال والتوريدات والخدمات لحساب الدولة والمؤسسات العمومية...".

وكما نعلم فإن الصفقات العمومية بالمغرب تندرج ضمن العقود الإدارية وتنصب على أموال عمومية، فإنه يمنع بشأنها اللجوء إلى التحكيم وهو ما يضيع فرصة ربح الوقت بالنسبة للإدارة وللمتعاقد معها بإعتبار أن مسطرة التحكيم أكثر تعقيدا من المسطرة القضائية، بالرغم من أن التحكيم يعد أقرب الطرق البديلة إلى القضاء ويشترك معه في بعض الخصائص منها سلطة المحكم مع إصدار القرار، عكس الطرق البديلة الأخرى التي تجعل جانب الإدارة حاضرا في إتخاذ القرار النهائي والذي يتم برضا الطرفين، وهو ما يجعلنا أمام عدالة تفاوضية وليس مفروضة[47].

ومن خلال المادة 306 يتبين أن المشرع المغربي قد أخذ بالمعيار المادي كأساس لحظر التحكيم في العقود الإدارية دون الأخذ بالمعيار العضوي، على خلاف المشرع الفرنسي، بمعنى أن المشرع المغربي قد حافظ على نفس النهج الذي تبناه بموجب ظهير سنة 1913.

وبالرجوع للأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي وبالرغم من صدورها في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 وما قبله، هذه النصوص كانت تحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، والذي لم يكن حاضرا بقوة في تلك الأحكام بالرغم من إعتباره من مقتضيات النظام العام.

نذكر على سبيل المثال لا الحصر الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير في 2005/11/24 على أنه المحاكم الإدارية حسب المادة 8 من القانون 90.41، تنص على أن المحاكم الإدارية تختص بالبث في الدعاوى المرتبطة بالنزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية.

وحيث أن المدعي نازع في مستحقاته عن الفترة التي كان يشتغل فيها كموظف لدى المدعى عليه مهما تكون هذه الدعوى مرتبطة بوضعيته المادية كعامل لدى مؤسسة عمومية، وحيث أنه سبق للطرفين أن إتفقا بموجب إتفاقية مؤرخة في 2002/07/01 على أن المدعي قرر مغادرة العمل والمدعى عليها تلقائيا واللجوء إلى مسطرة التحكيم لحل الخلاف بينهما حول التعويضات المستحقة للمدعي وأنهما ملتزمان بمقتضيات المادة 319 وما يليها من قانون مسطرة المدنية[48].

حيث أنها استصدرا الحكم التحكيمي المؤرخ في 2002/07/11 القاضي بمنح تعويض إجمالي قدره 1570000 درهم حيث أن الفصل 306 من قانون المدني المغربي ينص على أنه يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها، حيث أن نفس المادة لم تستثن إمكانية التحكيم فيما يخص مستحقات أي موظف بموجب فسخ عقد عمل لدى مؤسسة عمومية، حيث أن الفصل 319 من القانون المدني المغربي ينص على أنه لا يقبل حكم المحكمين الطعن في أي حالة[49].

– التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء القانون رقم 05.08: بموجب القانون رقم 05.08 الصادر في سنة 2007 والمعدل للقانون المدني السالف الذكر والذي قضى بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 الصادر 2007.11.30، تم النص على التحكيم الاختياري وذلك على الصعيدين الداخلي والخارجي، ومن خلال مقتضيات هذا القانون يلاحظ أن المشرع المغربي قد خطى خطوات جد إيجابية في إقرار التحكيم في مجال العقود الإدارية والتي تحتوي بين طياتها عقود صفقات الدولة[50].

فقانون 05.08 لسنة 2007 ومن خلال الفصول من 308 إلى 311، نص المشرع المغربي على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقات الدولة بشروط وضوابط محددة، فالفصل 308 جاء فيه أنه يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا إتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق

الإجراءات والمساطر المنصوص عليها، كما نص الفصل 310 فقرة 03 على أنه يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات الترابية محل إتفاق تحكيم.

ونجد الفصل كذلك 311 فقرة 02 تضمن ما يلي يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها وتكون الاتفاقيات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة، هذا فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي، أما التحكيم الدولي في مادة الصفقات العمومية فلقد نصت عليه إلى جانب القوانين الداخلية اتفاقيات دولية تمت المصادقة عليها من طرف المغرب ونذكر على سبيل المثال؛ قانون الإطار رقم 95.18 لسنة 1995 والذي يعد بمثابة ميثاق للاستثمار والذي نص في مادته 17 على إقرار مبدأ التحكيم في النزاعات القائمة بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي في العقود الإدارية الدولية[51].

وفيما يخص الإتفاقيات الدولية نذكر منها:

- إتفاقية التبادل الحر بين المملكة المغربية والولايات المتحدة وتسوية المنازعات المتعلقة بها عن طريق التحكيم والوساطة؛
- إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى؛
- إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بتاريخ 10 يونيو 1958 والتي تعد من المرجعيات الأساسية في التحكيم.

وتعتبر قضيتا "هوليداي أن" وقضية الطرق السيارة بالمغرب من أهم قضيتين تحكيميتين أجبر فيهما المغرب على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع، وأثيرت بشأنهما إشكالية تطبيقه في العقود الإدارية وتغليب طابع الدولية والتجارية على الطابع الإداري لتلك العقود.

في القضية الأولى؛ بعد أن أخلت شركة "هوليداي ان" والشركة الغربية للبترول بتعهداتهما بتنفيذ العقد حيث أنهما تأخرتا في بناء الفنادق، وحتى تلك التي اكتمل بناؤها لم تكن درجتها ترقى إلى فئة خمس نجوم المنصوص عنها في العقد وبعد أن توترت العلاقة بين الطرفين، طلبت الحكومة المغربية من القضاء وضع الفنادق تحت الحراسة القضائية وقد ردت الشركتان على هذا الإجراء بأن طلبت اللجوء إلى مسطرة التحكيم النصوص عليها في البند 14 من العقد الأساسي المؤرخ بـ 1966/09/05، وهو يقضي بأن تسوى جميع المنازعات المتعلقة بالعقد طبقا لقواعد التحكيم المنصوص عليها في اتفاقية البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار، إلا أن الحكومة المغربية تقدمت في مذكرتها الجوابية بـ 1972/04/29 بطلب يرمي إلى عدم الاختصاص، إلا أن هذا الأخير لم يستجيب للطلب وصرح باختصاصه للبث في النزاع، الذي انتهى باتفاق الصلح بين الطرفين بسبب طول الإجراءات[52].

أما فيما يتعلق بالقضية الثانية؛ وهي قضية شركة الطرق السيارة، والتي لجأ فيها المغرب إلى التحكيم مجبرا في عقد إداري ومتعلق بمرفق عام، وتم إبرام العقد وفقا للقانون المغربي المتعلق بالصفقات العمومية، وقضى المركز الدولي المختص بفض النزاعات باختصاصه للبث في النزاع بين المغرب من جهة وبين مجموعة من الشركات الإيطالية من جهة أخرى، وبالرغم من الدفوعات المثارة من طرف المغرب والمتعلقة بإختصاص المحكمة المغربية بالبث في النزاع إلا أنها قبلت بالرفض من طرف المركز[53].

الهوامش والتعليقات:

[1]. فاطمة الزهرة مريني، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية . دراسة مقارنة، مجلية الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول 2019، ص 1.

[2]. المرجع نفسه، ص 2.

[3]. فطومة بودلال، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2015 . 2016، ص 3.

[4]. الغزواني زكريا، التحكيم الوطني والدولي في عقود الصفقات العمومية وتحكيم الاستثمار، دور تكوينية لفائدة موظفي وزارة الداخلية، منشورات وزارة المالية الوكالة القضائية للمملكة بتاريخ 19 شتنبر 2019، ص 4.

[5]. الغزواني زكريا، مرجع سابق، ص 6.

[6]. المرجع نفسه، ص 8.

[7]. المرجع نفسه، ص 11 . 12.

[8]. العربي عيسى عبد القادر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الحقوق، جامعة عبد حميد ابن باديس مستغانم بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2017 . 2018، ص 34.

[9]. المرجع نفسه، ص 34.

[10]. المرجع نفسه ص 35 . 36.

[11]. المرجع نفسه، ص 32.

[12]. العربي عيسى عبد القادر، مرجع سابق، ص 33.

[13]. المرجع نفسه ص 33 . 34.

[14]. سمية صخري، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، الموسم الجامعي 2012 – 2013، ص 20.

[15]. المرجع نفسه، ص 20.

[16]. المرجع نفسه، ص 21.

[17]. المرجع نفسه، ص 22.

[18]. سمية صخري، مرجع سابق، ص 22.

[19]. المرجع نفسه، ص 23.

[20]. المرجع نفسه، ص 23.

[21]. علي عبد الهادي ميسون، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، جامعة بغداد مركز دراسات المرأة 2016، ص 5.

[22]. المرجع نفسه، ص 5.

[23]. علي عبد الهادي ميسون، مرجع سابق، ص 6.

[24]. علي عبد الهادي ميسون، مرجع سابق، ص 7.

[25]. المرجع نفسه، ص 7.

[26]. القانون 80.03 المحدث بموجبه المحاكم الاستئنافية الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.07، الجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 24 محرم، الموافق ل 23 فبراير 2006، ص 490.

[27]. صحيب حسن، القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، ط 2 ماي 2019. ص 207.

[28]. قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.74.447، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394، الموافق ل 28 شتنبر 1974، ص 2741.

[29]. أضاوي عبد الرحيم، أثار تطبيق قانون المسطرة المدنية على المنازعات الإدارية، مقال نشر بتاريخ 16 أغسطس 2018، على موقع: **www.marocdroit.com**، تم الاطلاع عليه بتاريخ 09.02.2023، على الساعة 12:30.

[30]– الدستور المغربي، المراجع بتاريخ: 2011/06/01، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 29 يوليو 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، صادرة بتاريخ 30 يوليو 2011، الفصل 126.

[31]– الموقع الرسمي للسلطة القضائية **www.Cspi.ma**، تم الإطلاع عليه بتاريخ 09/02/2023، على الساعة 15:11.

[32]– قصري محمد، دور مؤسسة الوكيل القضائي للمملكة في تدبير منازعات الدولة والوقاية منها، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الأول، ماي 2018، ص 27.

[33]– سلمان عائشة، إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام والعلوم السياسية، وحدة التكوين والبحث في الإدارة والتنمية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الموسم الجامعي 2005 . 2006، ص 3.

[34]– سلمان عائشة، مرجع سابق، ص 62.

[35]– قصري محمد، مرجع سابق، ص 77.

[36]. خالد عبد الله بن عبد الرحمان الخضير، التحكيم في العقود الإدارية "في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة مع دراسة تطبيقية للنظام السعودي، ص 192.

[37]. سمية صخري، مرجع سابق، ص 49.

[38]. سمية صخري، مرجع سابق، ص 51.

[39]. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية "دراسة مقارنة"، دار الطباعة الجديدة مصر، 2008، ص 239.

[40]. سمية صخري، مرجع سابق، ص 51.

[41]. شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه دراسة مقارنة في ضوء أحدث أراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر 2011، ص 145.

[42]. المرجع نفسه، ص 145.

[43]. مصطفى بونجة ونهال اللواح، مرجع سابق، ص 232.

[44]. حمادي نيسات وحرفوش فطيمة، التحكيم في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، بحث لنيل دبلوم الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، الموسم الجامعي 2014 –2015، ص 32.

[45]. العربي عيسى عبد القادر، مرجع سابق، ص 28 . 29.

[46]. حمادي نيسات وحرفوش فطيمة، مرجع سابق، ص 33.

[47]. عبد المجيد غميجة، الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة التي نظمتها شعبة القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس بتاريخ؛ 04 و05 أبريل 2003 منشورات جمعية النشر المعلومة القانونية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2، 2004، ص 118 – 119.

[48]. حمادي نيسات وحرفوش فطيمة، مرجع سابق، ص 34.

[49]. حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 497 بتاريخ 2005/11/24، ملف عدد 2004/754.

[50]. مليكة الصروخ، الصفقات العمومية بالمغرب "أشغال، التوريدات، خدمات"، مطبعة النجاح الجديدة 2009، المغرب، ص 589.

[51]. المرجع نفسه، ص 590.

[52]. مليكة الصروخ، مرجع سابق، 582.

[53]. مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية الإدارية والمدنية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2015، المغرب، ص 253.

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

- صحيب حسن، القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، ط 2 ماي 2019؛
- مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية الإدارية والمدنية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2015، المغرب؛
- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه دراسة مقارنة في ضوء أحدث أراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر 2011؛
- مليكة الصروخ، الصفقات العمومية بالمغرب "أشغال، التوريدات، خدمات"، مطبعة النجاح الجديدة 2009، المغرب؛
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية "دراسة مقارنة"، دار الطباعة الجديدة مصر، 2008.

القوانين:

- الدستور المغربي، المراجع بتاريخ: 2011/06/01، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 29 يوليو 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، صادرة بتاريخ 30 يوليو 2011؛
- القانون 80.03 المحدث بموجبه المحاكم الإستئنافية الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.07، الجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 24 محرم، الموافق ل 23 فبراير 2006؛
- قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.74.447، الجريدة
- الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394، الموافق ل 28 شتنبر 1974.

الأطروحات والرسائل:

- فطومة بودلال، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2015 . 2016
- العربي عيسى عبد القادر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الحقوق، جامعة عبد حميد ابن باديس مستغانم بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2017 . 2018؛
- حمادي نيسات وحرفوش فطيمة، التحكيم في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، بحث لنيل دبلوم الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، الموسم الجامعي 2014 . 2015؛
- سمية صخري، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، الموسم الجامعي 2012 . 2013؛
- سلمان عائشة، إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام والعلوم السياسية، وحدة التكوين والبحث في الإدارة والتنمية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الموسم الجامعي 2005 . 2006.

المجلات والمقالات:

- فاطمة الزهرة مريني، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية . دراسة مقارنة .، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول 2019؛
- قصري محمد، دور مؤسسة الوكيل القضائي للمملكة في تدبير منازعات الدولة والوقاية منها، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الأول، ماي 2018.

- أضاوي عبد الرحيم، أثار تطبيق قانون المسطرة المدنية على المنازعات الإدارية، مقال نشر بتاريخ 16 أغسطس 2018، على موقع: **www.marocdroit.com**، تم الاطلاع عليه بتاريخ 09.02.2023، على الساعة 12:30.

الندوات والدورات التكوينية:

- عبد المجيد غميجة، الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة التي نظمتها شعبة القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس بتاريخ؛ 04 و05 أبريل 2003 منشورات جمعية النشر المعلومة القانونية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2، 2004؛
- علي عبد الهادي ميسون، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، جامعة بغداد مركز دراسات المرأة 2016.
- الغزواني زكريا، التحكيم الوطني والدولي في عقود الصفقات العمومية وتحكيم الاستثمار، دور تكوينية لفائدة موظفي وزارة الداخلية، منشورات وزارة المالية الوكالة القضائية للمملكة بتاريخ 19 شتنبر 2019.

المواقع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي للسلطة القضائية **www.Cspi.ma**، تم الإطلاع عليه بتاريخ 09/02/2023، على الساعة 15:11.