التحكيم في الصفقات العمومية بين الرفض والتأييد - دراسة مقارنة

The arbitrage in public transactions between refusal and support- a comparative study

تاريخ الاستلام:2019/03/04؛تاريخ القبول:2019/04/23

*ابتسام حاجي

كلية الحقوق,
جامعة الإخوة منتوري
قسنطينة, الجزائر

ملخص

يعد التحكيم في مادة الصفقات العمومية من المواضيع الهامة للبحث، لأسباب عديدة أهمها: تغير دور الدولة وتدخلها في المجالات الاقتصادية في وقت يشهد فيه العالم تنافسية اقتصادية شرسة وهيمنة للشركات المتعددة الجنسيات على الاقتصاد العالمي، ونظرا لكون الصفقات العمومية عصب التنمية الوطنية كان لزاما البحث عن أنجع الطرق وأسرعها لفض المنازعات المتعلقة بها، فالتحكيم كنظام بديل للقضاء أثار الكثير من الجدل بين رجال القانون سواء في ظل النظام القانوني الجزائري أو الأنظمة القانونية المقارنة (فرنسا، المغرب ومصر)، لكن سرعان ما توحدت الاتجاهات على رأي واحد وهو العمل بالتحكيم لفض النزاعات من خلال إدخال عدة استثناءات تشريعية.

الكلمات المفتاحية:صفقات عمومية، تحكيم، تأييد، رفض، مقارنة.

Abstract

The arbitrage in public transactions is an important subject mostly because the change of state's role and its intervention in economic domain at a time when the world is facing a fierce economic competitiveness and the multinational company's domination on the world's economic. Because the public transactions are the backbone of the national development, it was very important to search the most efficient and the fastest way in order to settlement the conflicts. The arbitration of as a legal order causes a lot of controversy among the jurists, whether under Algerian legal or comparative one like that belongs to French, Moroccan and Egyptian. But there is no longer time when the trends have merged into one mind, such as working with the arbitration in order to settlement the conflicts and introducing legislative exceptions.

Keywords:public transaction, arbitrage, rejection, support, comparaison

Résumé

L'arbitrage dans les transactions publiques est un sujet important surtout en raison du changement du rôle d'état et de son intervention dans le domaine économique en un temps où le monde fait face à une compétitivité économique féroce et à la domination de la compagnie multinationale sur le monde économique. Puisque les transactions publiques sont la colonne vertébrale du développement national, il était très important de chercher la voie la plus efficace et la plus rapide pour régler les conflits. L'arbitrage en temps que système alternative à la justice provoque beaucoup de controverse parmi les juristes, que ce soi dans le système juridique Algérien ou comparé tel que le Français, Marocain et l'Egyptien. Mais pas un long le temps où les tendances se sont convergé dans un seul esprit, tel que l'adaptation de l'arbitrage pour régler les conflits via l'introduction des exceptions législatives.

Mots clés:marché public,arbitrage, refus, acceptation, comparaison.

* Corresponding author, e-mail:hadjidroit@hotmail.fr

©جامعةالاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر2019.

مقدمة

إذا كانت بدايات التحكيم في العقود قد ارتبطت بمجال المنازعات التجارية، فإن التطورات الحديثة التي عرفها الفكر القانوني كانت وراء اقتحام التحكيم لكل مواضيع المنازعات، بما في ذلك تلك المتعلقة بالقانون العام والتي كانت إلى عهد غير بعيد تشكل اختصاصا حصريا للقاضي الإداري(1).

فظاهرة التحكيم عرفت تطورا وتحديثا خاصة مع التنافسية الاقتصادية التي ترتبت عنها منازعات من نوع خاص بين الأطراف، لم تسعها الإجراءات القضائية المعمول بها وذلك لأسباب مختلفة، الأمر الذي تطلب العمل بوسائل بديلة كآلية فعالة لفض الخلافات في إطار يساير وتيرة الحياة الاقتصادية (2)، وتكمن أهمية الموضوع بالنظر إلى التحكيم كنظام قانوني بديل لقضاء الدولة يتسم بالسرعة في حسم النزاعات.

و في مادة الصفقات العمومية ،خاصة في ظل الأنظمة التي تنتهج ازدواجية القانون والقضاء طرحت عدة إشكالات واختلافات فقهية قضائية وتشريعية حول التحكيم، سواء في النظام القانوني الجزائري أو الأنظمة القانونية المقارنة كفرنسا، المغرب ومصر بين مؤيد و رافض ،هذا مادفعنا لمعالجة هذا الموضوع محاولين الإجابة على الإشكالية التالية:

إلى أي مدى طبق التحكيم كآلية لفض منازعات الصفقات العمومية وكيف تناوله التشريع والإجتهاد القضائي الجزائري و المقارن؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا موضوع الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: تناولنا فيه التحكيم والصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري، أما المبحث الثاني فخصصناه للتحكيم في الصفقات العمومية على ضوء الأنظمة القانونية المقارنة.

معتمدين على المنهج التحليلي الوصفي المقارن، من خلال الاستناد إلى مجموعة من النصوص القانونية وكذلك تسليط الضوء على عدد من القرارات القضائية وتبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما سواء في النظام القانوني الجزائري أوالمقارن (فرنسا، المغرب ومصر).

المبحث الأول: التحكيم والصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري

إذا كان دور تحقيق العدالة منوط بالدولة من خلال أجهزتها القضائية، إلا أن اعتبارات مختلفة اقتضت ألا يحتكر قضاء الدولة فض المنازعات، وإنما يشاركه في ذلك وفي نطاق معين نظام التحكيم باعتباره صورة من صور القضاء الخاص المنظم بالقانون.

والجزائر شأنها شأن الكثير من الدول عرفت تحولا نوعيا من خلال الإصلاحات التي عرفها تشريعها في مجال التحكيم، خاصة بالنسبة للدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية الإدارية والانتقال من مرحلة حظر اللجوء إلى التحكيم إلى مرحلة جواز اللجوء إليه.

ولمعالجة هذا المبحث ارتأينا تقسيمه إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول تناولنا فيه موقف المشرع الجزائري من التحكيم ،أما المطلب الثاني خصصناه لموقف القضاء الجزائري من التحكيم.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من التحكيم.

لقد جاء موقف المشرع الجزائري متذبذبا من مسألة التحكيم في الصفقات العمومية، فبعد أن اتخذ المشرع الجزائري موقفا متشددا وعدائيا من خلال ما أورده في نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، عدل عن ذلك وأجازه للأشخاص المعنوية العامة وفق ما تضمنته المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
وهذا ما سنتاوله من خلال الفرعين التالين:

الفرع الأول :رفض التحكيم.

من الناحية التاريخية نجد أن المشرع الجزائري تمسك بالموقف الرافض للتحكيم في العقود المبرمة من طرف الدولة، وبالرجوع لنص المادة 422 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية الملغى الذي جاء فيه:«لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتبارين العموميين أن يطلبوا التحكيم».
من خلال نص المادة المذكورة أعلاه يتبين لنا حظر اللجوء إلى التحكيم لا يقتصر على الدولة فقط بل يتعداه إلى الأشخاص الاعتباريين العموميين، بمعنى أن الحظر يمتد أيضا إلى المؤسسات العمومية أو المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري،لكن بعد صدور النظام الأساسي النموذجي لهذه الأخيرة بتاريخ 1974/01/31 نص على أنها تعمل وفق قواعد القانون الخاص(3)، بمعنى أجاز لها اللجوء إلى التحكيم.
وفي إطار التحولات التي طرأت على الاقتصاد الوطني تم تعديل أحكام التحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية من خلال السماح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء للتحكيم في علاقاتها التجارية الدولية.
ولقد رفضت الجزائر رفضا قاطعا طلب اللجوء إلى التحكيم الذي بادرت به الشركات الفرنسية العاملة بها تطبيقا لاتفاقية 1965/07/29 والمتعلقة بالتعاون في مجال الثروات الهيدروكربونية، وذلك بحجة أن إجراءات التحكيم التي باشرتها الدولة الجزائرية تعتبر عملا من أعمال السيادة والتي لا يجوز إخضاعها بأي حال من الأحوال إلى الإجراءات المنصوص عليها لتسوية المنازعات بين الشركات البترولية والإدارة الجزائرية.
وأمام هذا الأمر لم يبقى أمام الشركات الفرنسية إلا قبول الأمر الواقع وذلك بتوقيع اتفاقية مع الشركة الوطنية للمحروقات سونا طراك في 1971/06/30 وإخضاع كل المنازعات للقانون الوطني الجزائري(4).

الفرع الثاني : قبول التحكيم

وبصدور الأمر 71-80 الصادر في 1971/12/29 المعدل للأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، أخضع المشرع الجزائري الشركات الوطنية للتحكيم، ثم مد

نطاقه سنة 1975 إلى كافة المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثر أكثرية رأسمالها.

وبالرجوع للقانون المتعلق بالصفقات العمومية نجد أن موقف المشرع الجزائري جاء متذبذبا في هذا المجال حيث نجد أن الأمر رقم 74-09 المعدل للأمر رقم 67-90 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية قد أجاز التحكيم في صفقات التجهيز، حيث أبرمت المؤسسات الوطنية في الجزائر عدة عقود تضمنت شرط التحكيم لفض النزاعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقة، نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 43 من عقد"Ruvennacopérativa" والذي جاء فيه :« يسري هذا العقد في القانون الجزائري وفي حالة الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان إلى التحكيم عن طريق الغرفة التجارية الدولية بباريس، ويتم اختيار الحكام حسب هذا التنظيم ويفضل أن يكون محل التحكيم بالجزائر»(5).

ونجد أن قانون رقم 88-01 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية أسال كثيرا من الحبر حول إمكانية خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم، فالدكتور أحمد محيو يرى أن القانون 88-01 السالف الذكر يسمح صراحة للمؤسسات العمومية الاقتصادية باللجوء للتحكيم والمادة 20 فقرة 04 ترفع كل غموض حول هذه المسألة(6) والتي جاء فيها:« كما يمكن أن تكون موضوع مصالحة حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المذكور أعلاه»(7).

كما أن القاضي محمد بجاوي يرى أن إحدى القوانين العشرة من بينها قانون رقم 88-01 هو ترخيص واضح للجوء إلى التحكيم عندما يصرح في المادة 20 أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لها حرية التصرف في الممتلكات الثابتة لذمتها، طبقا لقواعد القانون التجاري(8)، وبالرجوع للمادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن قانون الصفقات العمومية، نجد أنها استثنت المؤسسات العمومية الاقتصادية من أحكام إبرام الصفقات العمومية.

والمادة 153 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر المتضمن قانون الصفقات العمومية، نصت على إلزامية قيام المصلحة المتعاقدة بالبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، كذلك وجوبية اللجوء لإجراءات التسوية الودية قبل أي مقاضاة أمام العدالة.

في حين أن الفقرة الأخيرة من نفس المادة تضمنت إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة عندما يتعلق الأمر بصفقات مبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، وبالرجوع لنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي جاء فيها:« لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالة الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية».

والمادة 1006 من نفس القانون جاء فيها:« يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام

العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».
بمعنى أن المشرع الجزائري من خلال المادتين المذكورتين أعلاه أجاز للأشخاص المعنوية العامة، دولة، ولاية، بلدية، مؤسسة عمومية إدارية، اللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من التحكيم.

الإجتهاد القضائي المتعلق بالتحكيم عموما،وبأهلية الدولة والمؤسسات العمومية في اللجوء إليه نادر جدا لعدة أسباب نذكر من بينها،حداثة النظام التحكيمي في الجزائر وما يتميز به من سرية،كذلك قلة المعالجات الفقهية المتعلقة بالأحكام القضائية المتصلة بالتحكيم في مادة الصفقات العمومية.
ولمعالجة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: رفض التحكيم

لقد ذهب القضاء الجزائري ممثلا في مجلس قضاء الجزائر إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية وعدم أهلية الدولة وهيئاتها العامة لطلب التحكيم في بعض أحكامه نذكر من بينها:
القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1986/12/26، في نزاع قائم بين شركة ك.ل ضد المؤسسة العمومية للبناء، حيث تم إبرام عقد بينهما في 1983/05/20 يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية بغرض توسعة مصنع، وينص العقد على شرط يتفق الطرفين بموجبه على أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائيا من طرف الغرفة التجارية الدولية، غير أن هذا القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 1985/12/20 قد ألغي وتصدى القضاء للفصل في هذه المنازعة باعتبار أن الشرط التحكيمي الذي أدرجته الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا، وبالتالي لا ينتج آثاره القانونية والمتمثلة في غل يد القضاء من التصدي له ، ولم يعترف هذا الأخير بالدفع المقدم من الأطراف بوجود شرط تحكيمي في العقد لعدم جواز الاتفاق على ذلك(9).

الفرع الثاني :قبول التحكيم

لم يتخذ القضاء الجزائري موقفا ثابتا من مسألة مدى صحة شرط التحكيم الصادر من الدولة أو هيئاتها العامة، ومن خلال صدور قرار عن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1989/11/06 أُقر صراحة صحة الشرط التحكيمي الذي اتفقت عليه مؤسسة عمومية جزائرية.
بمعنى أن القضاء الجزائري بدأ يتقبل فكرة التحكيم نتيجة للتطورات السياسية، الاقتصادية والقانونية(10).
ويرى بعض الفقه أن مجلس قضاء الجزائر اعترف بصحة اتفاق التحكيم وفقا لنص المادة 442 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية الملغى .
كذلك حكم محكمة الجزائر بتاريخ 1973/05/03، الذي لم تتقيد فيه المحكمة بالمادة 442 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية وأقرت بصحة شرط التحكيم المبرم من طرف هيئة تابعة للدولة.

وتتلخص وقائع هذه القضية كما يلي: تم إبرام عقد بين شركة سونا طراك وشركة SMC، وأراد الأطراف تغيير شروط تسوية النزاعات، لكن قبل أن تتم المفاوضات ثار نزاع بينهما دفعهما للجوء إلى التحكيم إلا أن الشركة المدعى عليها رفضت تعيين محكم، وطلبت شركة سونا طراك من رئيس محكمة الجزائر تعيين محكم لكن هذا الطلب رفض من قبله، ليس على أساس المادة 442 والتي كان من الممكن إثارتها وإنما لأسباب أخرى، وهذا معناه قبول ضمني من المجلس القضائي بشرط التحكيم في العقود الإدارية (11).

المبحث الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء الأنظمة القانونية المقارنة

إن نظرة التوجس والحذر من اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية خاصة والعقود الإدارية عامة، يرجع للارتباط العضوي بين القاضي الإداري والمنازعات الإدارية والدور الاستثنائي والخلاق للقاضي الإداري الفرنسي، هذا الأخير الذي يشكل نبراسا للدول التي اختارت ازدواجية القضاء، مما لاقى معه القبول بإخضاع العقد الإداري للاتفاق التحكيمي صعوبة كبيرة (12).

وبالنظر للتطورات الاقتصادية التي عرفتها الدول والحرص على جلب الاستثمارات 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 كان للدراسات المقارنة أهمية قصوى في مجال القانون،فإن دراسة مقتضيات التحكيم في أي نظام قانوني لا تستقيم دون اعتماد دراسة مقارنة، لذا نجد أن عدة دول اعتمدت على التحكيم كآلية لجذب الاستثمارات الأجنبية، وعملت على سن تشريعات وطنية أو تعديلها بغية تحقيق هذه الغاية.

ولمعالجة هذا المبحث ارتأينا تقسيمه إلى ثلاث مطالب،تناولنا في المطلب الأول التحكيم ومنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي،أما المطلب الثاني خصصناه للتحكيم في النظام القانوني المغربي، في حين عالجنا في المطلب الثالث التحكيم في النظام القانوني المصري.

المطلب الأول: التحكيم ومنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي

لقد نصت المادة 128 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي الصادر بموجب القرار 975/2006 ، الصادر بتاريخ01 أوت 2006 (13) المعدل والمتمم بموجب قانون 01 جانفي 2016على مايلي:

« وفقا للمادة 69 من قانون 17 أفريل 1906 الذي حدد الميزانية العامة للنفقات والإيرادات لسنة 1906، الدولة، الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية المحلية،يمكنهم بغية تصفية نفقات الأشغال والتوريد،اللجوء للتحكيم المنظم بموجب الكتاب IV من قانون الإجراءات المدنية.

بالنسبة للدولة، هذا الطعن يسمح به بموجب مرسوم يؤخذ بناءا على تقرير من الوزير المختص».

article 128 du code des marchés publics français de

2006:«conforment à l'article 69 de la loi du 1906 portant fis cation du budget générale des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'état, des collectivités territoriales ou les établissement publics locaux peuvent pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile pour l'état, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre de l'économie».

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مبدأ حظر اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

أولا: موقف المشرع الفرنسي

يجد الحظر سنده في أحكام المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي رقم 626/72 الصادر في 1972/07/05 والتي نصت في فقرتها الأولى على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يخص المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو تلك المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العامة، إلا أن هذا الحظر عرف نوع من الاستثناءات.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الحظر يتعلق بمجال القانون العام الداخلي دون الدولي (14).

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي

لقد تمسك القضاء العادي الفرنسي بمقتضيات المادة 2060 من القانون المدني، فقضى بالحظر كأساس وأجاز اللجوء إليه كاستثناء في المنازعات ذات الطابع الدولي، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بباريس بموجب قرارها الصادر في أفريل 1957 حيث جاء فيه:« إن التحكيم محظور بموجب قانون الإجراءات المدنية ويتعلق الأمر بالتحكيم الداخلي دون الدولي».

غير أن مجلس الدولة الفرنسي تمسك بقاعدة حظر اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية وجعل شرط التحكيم فيها باطلا واعتبر هذا البطلان من النظام العام(15).

الفرع الثاني: إمكانية اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية

هناك عدة تشريعات فتحت المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة للقيام بإجراءات التحكيم من أجل التماشي والمعطيات التجارية الدولية، لذا أدرجت استثناءات في المادة 6311 من القانون رقم 388-2000 الصادر في 4 ماي 2000 (قانون العدالة الإدارية).

ولقد ثار خلاف بين الفقه والقضاء حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، حيث ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1975/04/10 إلى القول بأن حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في عقودها الإدارية يقتصر فقط على الوطنية منها ومن ثم لا يشمل الحظر المنصوص عليه في المواد من 83 إلى 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم،والعقود الدولية

بالمعنى العام سواء كانت إدارية أو مدنية(16).

لكن بعد صدور قانون 86-972 المؤرخ في 19 أوت 1986 والمتضمن أحكام مختلفة مرتبطة بالجماعات المحلية أجيز التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي بموجب المادة التاسعة منه(17)، حيث جاء فيها مايلي:« بموجب الاستثناء من المادة 2060 من القانون المدني، فإن السلطات العامة والمؤسسات العامة المرخص لها في العقود التي تعقدها بالاشتراك مع الشركات الأجنبيةوالمؤسسات العامة المرخص لها في العقود التي تعقدها بالاشتراك مع الشركات الأجنبية لتنفيذ العمليات الوطنية للاكتتاب في بنود التحكيم في تسوية الحالة النهائية للنزاعات المتعلقة بتطبيق هذه العقود وتغييرها».

كما أن فرنسا أبرمت عدة اتفاقيات دولية بخصوص انجاز الأشغال الحدودية الكبرى، هذه الاتفاقيات نظمت خضوع الدولة الفرنسية أو أحد الأشخاص العامة بفرنسا للتحكيم، ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر:

*المادة 16 و 17 من الاتفاقية الفرنسية الايطالية بتاريخ 1953/03/14 لانجاز نفق "مونت بلن".

*المادة 19 من معاهدة كناتو زبيري بتاريخ 1986/02/12 المتعلقة ببناء واستغلال الربط المار للمانش من طرف شركة خاصة.

*المادة 10 من اتفاقية مدريد بتاريخ 1995/10/10 والمتعلقة بخط السكك الحديدية السريع الرابط بين فرنسا واسبانيا.

*المادة 09 من القانون رقم 86-372 الصادر بتاريخ 1986/08/19 والتي نصت على الترخيص والسماح للدولة وللمجتمعات الإقليمية أو المحلية وللمؤسسات العامة أن تقبل التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية.

أيضا القانون الصادر بتاريخ 12 جويلية 1999 والدي أجاز للمؤسسات العلمية والثقافية التي تساهم في تدبير مرفق عمومي اللجوء إلى التحكيم بخصوص تنفيذ العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية.

ولقد وقعت الدولة الفرنسية ودولة الإمارات العربية المتحدة عقد بتاريخ 2007/03/06، وذلك قصد إضافة اسم اللوفر إلى المتحف الذي تم افتتاحه في 2017/11/08 ،الذي يعد أول متحف عمومي يحمل علامة أولى المتاحف الفرنسية وهو يجمع خبرات المؤسسات الكبرى الأربع الأخرى:" مركز جورج بومبيدو" و "متحف الفنون البدائية" و "متحف أورساي" و " قصر فرساي"(18)، هذا العقد الذي تم التنصيص فيه على حل النزاعات المترتبة عنه عن طريق التحكيم، حيث جاء في المادة 18 من الاتفاقية الصادرة بموجب المرسوم رقم 2008-879 بتاريخ 2008/09/01 (19) مايلي:

«النزاعات بين الوكالة ودولة الإمارات العربية المتحدة فيما يتعلق بأداء الوكالة للمدفوعات بسبب تطبيق أو تفسير الاتفاقية الخاصة المشار إليها في المادة 02 من هذا الإتفاق والمتعلقة بالخدمات المقدمة من الوكالة للطرف الإماراتي تخضع للتحكيم».

و توصل مجلس الدولة الفرنسي من خلال دراسة قام بها سنة 1993 إلى نتيجة مفادها أنه من بين العقود الإدارية نجد أن الصفقات العمومية هي الأكثر استعدادا للتحكيم

وعليه تم اقتراح إمكانية التحكيم في جميع الصفقات العمومية لكل الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الإداري(20).

لكن هذه الاقتراحات لم تلقى المتابعة إذ نجد أن اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية في فرنسا مازال جد هامشي (21).

وعليه فان المبدأ العام في النظام القانوني الفرنسي يقضي بحظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ككل، الاستثناء إمكانية اللجوء إليه في حالة وجود نص قانوني أو اتفاق دولي.

المطلب الثاني: التحكيم ومنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المغربي

شكل قانون التحكيم رقم 05-08 تطورا مهما للتحكيم في المادة الإدارية بصفة عامة وفي العقود الإدارية بصفة خاصة، فبعد أن كان الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 يحظر التحكيم لما فيه من اختراق لقواعد النظام العام والذي نص على مايلي:«يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق الذي يملكون التصرف فيها غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه في:

- الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن.
- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.
- في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة النزاعات المتعلقة بـ:
- عقود وأموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام.
- النزاعات المتصلة بتطبيق قانون جبائي.
- النزاعات المتعلقة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف والتجارة الخارجية...».

ولقد جاء الفصل 310 من القانون رقم 05-08 السالف الذكر بمقتضيات جديدة قلصت مفهوم نطاق النظام العام في القانون المغربي ووسعت نطاق التحكيم في المادة الإدارية لتصل به إلى حدود قضاء المشروعية (22).

وعليه سنتناول التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بالمغرب من خلال مرحلتين أساسيتين،المرحلة الأولى قبل صدور قانون 05-08 والثانية بعد صدوره.

ولقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين :

الفرع الأول: عدم إمكانية اللجوء للتحكيم (قبل صدور قانون 05-08 المعدل لقانون المسطرة المدنية).

جاء في الفصول من 527 إلى 549 من قانون المسطرة المدنية المغربي الملغى الصادر بشأنه ظهير 12 أوت 1913على التحكيم في المواد المدنية والتجارية دون الإدارية، و بصدور قانون المسطرة المدنية الحالي في 1974/09/28 نص هو الآخر على التحكيم في الفصول من306الى327 دون التعرض لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وبما أن الصفقات العمومية في المغرب تندرج ضمن العقود الإدارية وتنصب على

أموال عمومية فلقد جاء في المادة الثانية من مرسوم رقم 2.12.349 الصادر في2013/08/19 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي (23)أنه :« يحدد هذا المرسوم الشروط والأشكال التي تبرم وفقها صفقات الأشغال والتوريدات والخدمات لحساب الدولة والمؤسسات العمومية الواردة في اللائحة المحددة بقرار للوزير المكلف بالمالية المنصوص عليه في المادة 19 من القانون رقم 69.00 المشار إليه أعلاه، كما وقع تغييره وتتميمه .

ويحدد هذا المرسوم كذلك بعض القواعد المتعلقة بتدبير هذه الصفقات ومراقبتها .

وبصفة انتقالية وفي انتظار دخول القانون التنظيمي المحدد للنظام المالي للجهات والجماعات الترابية الأخرى المنصوص عليه في الفصل 146 من الدستور والنصوص المتخذة لتطبيقه حيز التنفيذ، يحدد هذا المرسوم أيضا الشروط والأشكال التي تبرم وفقها صفقات الأشغال والتوريدات والخدمات لحساب الجهات، العمالات والأقاليم والجماعات».

وبما أن الصفقات العمومية في المغرب تندرج ضمن العقود الإدارية وتنصب على أموال عمومية، فإنه يمنع بشأنها اللجوء إلى التحكيم وهو ما يضيع فرصة ربح الوقت بالنسبة للإدارة وللمتعاقد معها باعتبار أن مسطرة التحكيم أقل تعقيدا من المسطرة القضائية، بالرغم من أن التحكيم يعد أقرب الطرق البديلة إلى القضاء ويشترك معه في بعض الخصائص منها سلطة المحكم في إصدار القرار، عكس الطرق البديلة الأخرى التي تجعل جانب الإدارة حاضرا في اتخاذ القرار النهائي و الذي يتم برضا الطرفين، وهو ما يجعلنا أمام عدالة تفاوضية وليس عدالة مفروضة (24).

وانطلاقا من أحكام المادة 306 نلاحظ 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 المنهج الذي تبناه بموجب ظهير 12 أوت1913.

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

نذكر على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير في 2005/11/24 والذي جاء فيه:« حيث أن المادة 08 من قانون 41-90، تنص على أن المحاكم الإدارية تختص بالبت في الدعاوي المرتبطة بالنزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة.

وحيث نازع المدعي في مستحقاته عن الفترة التي كان فيها يشتغل كموظف لدى المدعى عليه مهما تكون هذه الدعوى مرتبطة بوضعيته المادية كعامل لدى مؤسسة عمومية.

وحيث سبق للطرفين أن اتفقا بموجب الاتفاقية المؤرخة في 2002/07/01 على أن المدعي قرر مغادرة العمل لدى المدعى عليها تلقائيا واللجوء إلى مسطرة التحكيم لحل الخلاف بينهما حول التعويضات المستحقة للمدعي وأنهما ملتزمان بمقتضيات المادة 319 وما يليها من قانون المسطرة المدنية.

حيث أنهما استصدرا الحكم التحكيميالمؤرخ في 2002/07/11 القاضي بمنح تعويض إجمالي قدره 1570000 درهم حيث أن الفصل 306 من القانون المدني المغربي ينص على أنه يمكن للأشخاص الدين 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...»(25).

الفرع الثاني: إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

بموجب قانون رقم 05-08 الصادر سنة 2007 والمعدل للقانون المدني السالف الذكر و الذي قضى بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169-07-1 الصادر بتاريخ 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(26).
فقانون 05-08 لسنة 2007 ومن خلال الفصول 308، 310 و 311، نص المشرع المغربي على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقات الدولة بشروط وضوابط محددة.
فالفصل 308 جاء فيه:«يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق 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 المحلية محل اتفاق تحكيم...»
والفصل 311 فقرة 02 تضمن مايلي:« 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:
القانون الإطار رقم18-95 لسنة 1995 والذي يعد بمثابة ميثاق الاستثمار(27) والذي نص في مادته 17 على إقرار مبدأ التحكيم في النزاعات القائمة بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي في العقود الإدارية الدولية.
وفيما يخص الاتفاقيات الدولية نذكر:
1- اتفاقية التبادل الحر بين المملكة المغربية والولايات المتحدة وتسوية المنازعات

المتعلقة بها عن طريق التحكيم والوساطة بتاريخ 02 مارس2004.

2- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعاياالدول الأخرى بتاريخ 1972/02/11.

3- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بتاريخ 10 يونيو 1958 والتيتعد من المرجعيات الأساسية في التحكيم.

وتعتبر قضيتا "هوليداي ان" وقضية الطرق السيارة بالمغرب 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.

ففي 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 خمسة 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 المنصوص 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 في 1972/04/29 بطلب يرمي إلى عدم الاختصاص، طالبة من المركز الدولي المختص بفض النزاعات التصريح بعدم اختصاصه، إلا أن هذا الأخير لم يستجيب للطلب وصرح باختصاصه للبت في النزاع (28)، الذي انتهى باتفاق صلح بين الطرفين بسبب طول الإجراءات.

أما فيما يتعلق بالقضية الثانية: هي قضية شركة الطرق السيارة ، والتي لجأ فيها المغرب إلى التحكيم مجبرا في عقد إداري ومتعلق بمرفق عام، و تم إبرام العقد وفقا للقانون المغربي المتعلق بالصفقات العمومية،وقضى المركز الدولي المختص بفض النزاعات (DISCI) باختصاصه للبت في النزاع بين المغرب من جهة وبين مجموعة من الشركات الايطالية من جهة أخرى،و بالرغم من الدفوعات المثارة من طرف المغرب والمتعلقة باختصاص المحكمة المغربية بالبت في النزاع إلا أنها قوبلت بالرفض من طرف المركز(29).

المطلب الثالث: التحكيم ومنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المصري

لقد ظهرت فكرة التحكيم في مصر في 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 نوفمبر سنة 1883، وفي عام 1949 تمت إعادة تنظيم التحكيم في المواد من 818 إلى 850 من قانون الإجراءات المدنية، وأخيرا تم إعادة تنظيم التحكيم في المواد من 501 إلى 513 من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام 1968.

وحتى أواخر القرن العشرين ظل تنظيم التحكيم ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية ولم يفرد له المشرع المصري قانونا خاصا إلا في عام 1994 وذلك بمقتضى

قانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بمقتضى القانون رقم 09 لسنة 1997 (30).

ففي الفترة السابقة على صدور قانون التحكيم السالف الذكر، تباينت آراء الفقه و القضاء بين مؤيد ومعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية وظل هذا الخلاف قائما إلى حين تدخل المشرع المصري من خلال تعديل قانون التحكيم بموجب قانون رقم 09 لسنة 1997 ونص فيه صراحة على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إليه في منازعات العقود الإدارية، هذا من جهة.

من جهة أخرى نجد أن قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998(31) نص على آلية التحكيم في المادتين 23 و 42.

فلقد جاء في نص المادة 23 مايلي:«... وفي حالة الإدعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة ذلك،ما لم يتفق الطرفان على التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 معدلا بالقانون 09 لسنة 1997».

أما المادة 42 فلقد نصت على ما يلي:« يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد».

وبناءا على ماسبق قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء قانون رقم 27 لسنة 1994

قبل صدور قانون رقم 27 لسنة 1994 والمتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، اختلف الفقه والقضاء حول إمكانية تطبيق التحكيم في المنازعات الإدارية بين مؤيد ومعارض ولكل اتجاه من الاتجاهين مبرراته وأسانيده.

أولا:الموقف المعارض.

1/ موقف التشريع: يرى المعارضون أنه لا يمكن الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية استنادا على عدة أسس تتعلق بسيادة الدولة وتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء والتشكيك في حيدة المحكمين هذا من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر التحكيم في منازعات العقود الإدارية متعارضا وفكرة النظام العام وفيه اعتداء على اختصاص القضاء الوطني استنادا إلى نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 ، والتي تنص في فقرتها الحادية عشر على اختصاص المجلس دون سواه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة أو التوريدات أو أي عقد إداري آخر، بمعنى أن الاختصاص الإداري في هذه الأنواع من النزاعات مقتصرة على القضاء الإداري دون سواه،وذلك بالنظر للطبيعة الخاصة لهذه النزاعات وما تتطلبه من أحكام واجتهادات خاصة ومن ثم يصعب إسنادها للتحكيم إذا لم ينص المشرع صراحة على خضوعها له (32).

2/ موقف القضاء: نجد أن مجلس الدولة المصري بشقيه الإفتائي والقضائي تباين بين

الإجازة والرفض فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية.
فيما تعلق بالموقف الرافض نجد إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع والقضاء الإداري المصري في 1970/01/07، والتي أفتت بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية من دون النص على ذلك صراحة بقولها:« إن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم بل يجب أن يقرر المشرع اتفاقهم، بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقه» (33).
كما قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر، بأنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لأن ذلك يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات وذلك طبقا للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972(34).
كما رفضت محكمة القضاء الإداري المصرية التحكيم واتبعت نفس نهج المحكمة الإدارية العليا وذلك بموجب حكمها الصادر في 1990/12/09 وحكمها الصادر في1991/01/30 وقد صدر هذا الأخير في دعوى تتلخصوقائعها فيمايلي:قامت وزارة الإسكان والتعمير بإبرام عقد مع اتحاد مكون من شركة المقاولين العرب وشركة تارماك الانجليزية عبر البحار في 1976/03/01 وذلك من أجل إنشاء نفق الشهيد أحمد حمدي، وتضمن العقد بندا تعهد بمقتضاه الطرفين على إحالة النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين الطرفين إلى هيئة التحكيم.
وبعد انتهاء تنفيذ العقد وإجراء التسليم النهائي، تبين وجود عيوب في جسم النفق تهدد سلامته نتيجة تأثير الأملاح التي تسربت بداخله.
فقامت هيئة قناة السويس التي نقل إليها تبعية النفق برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري على الشركة المتعاقدة والملتزمة بالصيانة وطالبت بضرورة معالجة العيوب الموجودة بالنفق، إلا أن الشركة المدعى عليها دفعت بعدم اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع نظرا لوجود "شرط تحكيم" في العقد محل النزاع.
لكن محكمة القضاء الإداري رفضت ذلك الدفع وقضت باختصاصها بالدعوى وبطلان شرط التحكيم الوارد في العقد ومخالفته قانون مجلس الدولة الذي جاء فيه اختصاص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بنظر النزاع(35).

ثانيا : الموقف المؤيد.

1/ <u>موقف التشريع</u> :يرى المؤيدون أن المشرع لم يقصد من نص المادة 10 من قانون مجلس الدولة استبعاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وإنما قصد مجرد استبعاد لاختصاص 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.
واعتبر جانب من الفقه المصري أن المواد المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية تدل دلالة واضحة على جواز اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية(36).
وبعد صدور قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية نصت المادة الأولى منه على ما يلي:« مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية،تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين

أطراف وأشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع،إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».
والملاحظ بخصوص المادة المذكورة أعلاه أن عبارة أشخاص القانون العام جاءت على سبيل الإجمال بمعنى تضم جميع أشخاصه دون تحديد، وبما أن الإدارة تعد أحد أشخاص القانون العام فعليه وكتحصيل حاصل يفهم من نص المادة أن العقود الإدارية ومن بينها الصفقات العمومية يمكن إدخالها ضمن الاتفاقيات الخاضعة للتحكيم.
وهناك من رجال القانون من يرى أن:«العامليأخذ على إطلاقه ما لم يخصص» وأنه: «لا اجتهاد مع وضوح النص»، ومن ثم فإن العقود الإدارية باعتبارها إحدى صور العلاقات القانونية يمتد إليها نطاق التحكيم(37).

هذا الرأي تعرض للنقد استنادا لنص المادة 172 من الدستور المصري والتي جاء فيها:« مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوي التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى».
2/ موقف القضاء: بالرجوع للأحكام القضائية نجد أن حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر في 2005/05/31 ، فيه اعتراف ضمني بقبول التحكيم والذي جاء فيه:« ولا ينال مما تقدم القول بأن العقد محل المنازعة والذي تضمن شرط التحكيم قد أبرم في 1993/06/20 أي قبل صدور القانون رقم 09 لسنة 1997 المعدل للمادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، فهذا القول مردود بأن قضاء هذه المحكمة جرى قبل تعديل المادة الأولى سالفة الذكر على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، استنادا إلى الاختصاص القضائي لمجلس الدولة المبين بالمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 74 لسنة 1972 يقصر الفصل في منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة.
ترتيبا على ما تقدم وإن ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون متفقا وحكم القانون ويكون الطعن عليه قائم على سند من القانون وجدير بالرفض...»(38)
و 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 وآخرين،مستندة في ذلك إلى أن العقد المبرم بين الشركة المدعية ووزارة الإسكان والتعمير هو عقد إداري ونص في أحد بنوده على ما يلي:« كل خلاف بين الطرفين 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 بالطرق التي رسمها القانون».
وعندما طعنت إدارة قضايا الدولة في هذا الحكم المجيز للتحكيم أمام المحكمة الإدارية العليا، قضت هذه الأخيرة بإلغائه مقررة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية(39).

الفرع الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء قانون رقم 09 لسنة 1997.

إن قانون رقم 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.
فبالرجوع لنص المادة الأولى من قانون رقم 17 لسنة 1994 نجد أن هناك فقرة قد

أضيفت بموجب قانون رقم 09 لسنة 1997 والتي جاء فيها:« بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التعويض في ذلك».

ومن الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري المصري بعد دخول قانون رقم 09 لسنة1997 حيز التنفيذ نذكر على سبيل المثال:

الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بتاريخ 2006/02/19 والذي جاء فيه:

« وحيث أنه يتعين التنويه إلى أن مجلس الدولة الفرنسي ظل رافضا مبدأ التحكيم في العقود الإدارية لما فيه من مساس بسيادة الدولة والانتقاص منها والعدوان على سلطة القضاء الوطني، وقد شايعه في ذلك مجلس الدولة المصري على ما درجت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا لذات المحكمة إلى أن تدخل المشرع الفرنسي مجيزا التحكيم في بعض العقود الإدارية،كما تدخل المشرع المصري بالقانون 09 لسنة 1997 مضيفا إلى المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة خاصة أجيز بمقتضاها التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق 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 انعقاد الاتفاق أن يكون باطلا ولم ينشأ دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد في ألفاظ النص.

ولا مرية في أن اشتراط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، هو تحديد قانوني لمن تتوافر فيه صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم في الحالة الخصوصية المتعلقة بهذا الجنس من العقود،وإن جزاء عدم توافر الاتفاق ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يغدو باطلا لا أثر له إن تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدام أحد أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب أو إذا تخلف أحد الشروط التي اعتبرها المشرع لأي من هذه الأركان الثلاثة.

ومن ذلك ما أوردته الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم متعلقا بوجوب موافقة الوزير المختص.

وحيث أنه تطبيقا لما تقدم ولما كان الثابت بالأوراق أن الوزير المختص-وزير النقل آنذاك- لم يوافق على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد محل المنازعة الماثلة بما يعني أن هذا الشرط وقع باطلا بطلانا مطلقا وبما يعيد لهذه المحكمة ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى باعتبارها من منازعات العقود الإدارية»(40).

وعليه فإن التحكيم كآلية لتسوية المنازعات أصبح مباحا بمصر في مادة العقود الإدارية ومن ثم المناقصات والمزايدات مع وجوبية موافقة الوزير المختص.

الخاتمة:

إن التحكيم في الوقت الراهن أصبح مطلبا من متطلبات الدولة الحديثة المتدخلة، في ظل هيمنة الشركات المتعددة الجنسيات على الاقتصاد العالمي، هذه الأخيرة تعتبر أن اللجوء للتحكيم في حالة حدوث نزاع مطلبا ضروريا لما يتسم به من سرية وبساطة وسرعة في الإجراءات،على خلاف القضاء الداخلي الذي يتسم بطول الإجراءات والتعقيدات المختلفة.

هذا ما جعل المشرع الجزائري يجيز التحكيم في مادة الصفقات العمومية صراحة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 حيث نجد أن المادة 976 نصت على التحكيم الداخلي في حين نجد أن المادة 1039 نصت على التحكيم الدولي، كما ورد في المادة 153 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15- 247 خضوع المصلحة المتعاقدة لهيئة تحكيم دولية في حالة النزاعات المتعلقة بتنفيذ صفقات عمومية مبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب.

وبالرجوع للأنظمة القانونية المقارنة نجد أن قاعدة الحظر التي كانت سائدة في وقت سابق قد عرفت الزوال سواء في النظام القانوني الفرنسي أو المغربي أو المصري من خلال إفراد التحكيم بمواد قانونية خاصة تطبق وفق شروط معينة، وهذا ما ترجمه قانون الصفقات العمومية لسنة 2006 الفرنسي من خلال المادة 128 التي نصت على التحكيم كطريق من طرق التسوية الودية في منازعات الصفقات العمومية على خلاف ما أوردته المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي بعدم جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم،وبالرجوع لقانون 05-08 لسنة 2007 المعدل للقانون المدني المغربي نجده ينص على التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية المتضمنة الصفقات العمومية،في حين نجد أن قانون المناقصات والمزايدات المصري تضمن التحكيم في المادتين 23 و24،كذلك المادة الأولى من قانون 09 لسنة 1997 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية التي نصت على التحكيم الداخلي أما المادة الثانية فلقد نصت على التحكيم الدولي.

أما فيما يتعلق بدور القضاء في هذا المجال فلقد استشهدنا في دراستنا للموضوع بمجموعة من القرارات القضائية منها المؤيدة للتحكيم ومنها المعارضة له على اعتبار أن موضوع النزاع عقد أحد أطرافه شخص عام، وهذا يحمل في طياته تناقضا كبيرا لأن التحكيمكاتفاق يستند بالأساس إلى إرادة الأطراف المبرمة للعقد أو الصفقة بغض النظر عن طبيعتهم.

المراجع

1- مصطفى بو نجة، نهال اللواح،**التحكيم في المواد التجارية الإدارية والمدنية،** دار الآفاقالمغربية للنشر والتوزيع، ط2015،1، المغرب، ص143.

2-مليكةالصروخ،**الصفقات العمومية بالمغرب(أشغال، توريدات، خدمات)**،مطبعة النجاحالجديدة ،2009، المغرب،ص 565.

3-mohamedISSAD, **le nouveau droit Algérien de l'arbitrage international**, Séminaire de la chambre national du commerce, Alger 14- 15décembre1992, p 2.

- نقلا عن عبد الوهاب قمر،**التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري،دراسة مقارنة،** دار المعرفة للنشر،ط2009،1، الجزائر، ص12.

4- عبد الوهاب علاق،**الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،** مذكرةماجستير،جامعة بسكرة، 2003، ص 157.

5-عمار معاشو،**النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد،** ديوان المطبوعات الجامعية،دون سنةطبع ، الجزائر ، ص 25.

6- Ahmed MAHIOU**, l'arbitrage en Algérie,** revue Algérienne, nº4,1989, p720.

7- لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر 66-154 الملغى على مايلي: « يجوز لكلشخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها».

8- Mohamed BEDJAOUI, **un tournant remarquable dans la législationalgérienne relative à l'arbitrage commercial international**,bulletin de la cour international d'arbitrage de lachambre commercial international C.C.I, vol 4, nº 21, octobre 1993, p55.

- نقلا عن كمال عليوشقربوع ،**التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**،ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،ص17.

9- عبد الوهاب قمر،المرجع السابق، ص187.

10- نور الدين بوعلي، **اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون التجاري**، رسالة ماجستير، كليةالحقوق والعلوم الإدارية،جامعة الجزائر، 1995-1996، ص 71.

11- عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص 188.

12- مصطفى بو نجة, نهال اللواح, المرجع السابق, ص 161.

13- منشور بالجريدة الرسمية الفرنسية رقم 179 الصادرة بتاريخ 2006/08/04، ص11627.

14- مليكة الصاروخ، المرجع السابق، ص582.

15- مليكة الصاروخ، المرجع السابق، ص582

16-cours administrative de paris, le 10/04/1957, société myrtoor steamship contre ministre de la marine marchande.

-نقلا عن شريف يوسف خاطر،**التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه دراسة مقارنة في ضوء احدث أراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري**، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2011، ص 129.

17- article 09 de la loi no86-972 du 19 aout 1986 portant disposition diverses relative aux collectivités locales:« par dérogation à l'article 2060 du code civil , l'état, les collectivitésterritoriales et les établissement publics sontautorisés ; dans les contratsqu'ilsconcluentconjointement avec des sociétésétrangères pour la réalisationd'opérationsd'intérêt national , à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, les caséchéantdéfinitif de litigesliés à l'application de cescontrats».

18- مصطفى بو نجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 170.

19- Accord publié par le décret n°2008-879 du 01/09/2008, article 18 :«Les différents entre l'agence et la Partie émirienne relatifs aux prestations par l'agence aux versements qui lui sont dus, à l'applicabilité ou à l'interprétation de la convention particulière prévue à l'article 02 du présent accord et relative aux services de concret que l'agence fournit à la partie émirienne sont soumis à l'arbitrage».

20-مثل صفقات تشييد الطريق السيار.

21- CatherineBERGEL et Frédéric LENICA,**Le contentieux desmarchés publics** ,imprimerie national ,Paris,France, p279.

22- مصطفى بو نجة، نهال اللواح، في المواد التجارية الإدارية والمدنية،المرجع22السابق، ص143.

23- المادة الثانية من مرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 2013.08.19 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي،منشور في الجريدة الرسمية المغربية،عدد6182 ، 29 أوت 2013.

24- عبد المجيد غميجة،**الطرق البديلة لتسوية المنازعات**،أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبةالقانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، بالشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس يومي: 04 و05 افريل 2003،منشوراتجمعية نشر المعلومةالقانونية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2، 2004،ص ص 119،118

25-حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 497 بتاريخ 2005/11/24، ملف عدد 2004/754.

26-مليكةالصروخ، المرجع السابق، ص 589.

27- قانون رقم 18-95 لسنة 1995, منشور بالجريدة الرسمية المغربية, عدد 4336 بتاريخ1995/11/29.

28-patrickRAMBAUD, **Premiers enseignements des arbitrages duCIRDI:** annuaire français de droit international, volume 28,1982, pp471-491.

29- مصطفىبونجة، نهال اللواح، نفس المرجع، ص 253.

30-شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص7.

31- نشر هذا القانون بالجريدة الرسميةالمصرية، العدد 19 (مكرر) الصادرفي 1998/05/08.

32- مليكةالصروخ، المرجع السابق، ص 571.

33- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع, ملف رقم 1963/6/86، جلسة 1970/10/07، المشار إليها في مؤلف حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، ص70، نقلا عن مليكة الصروخ، المرجع نفسه، ص573.
34- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 141.
35- شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 145.
36- زكي محمد النجار،**الوسائل غير قضائية لحسم المنازعات الإدارية**،دار النهضةالعربية،مصر، 1993، ص 343.
37- عزيمان عبد القادر، **اتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 148.
38- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 2005/05/31 في الطعن رقم 6268 لسنة 64 ق مشار إليه بمجموعة القوانين والمبادئ الصادرة عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة لعام 2006، ص ص 379، 380.
39- طعن رقم 3049، لسنة 32 ق، جلسة 1990/02/20، نقلا عن عبد العزيز عبد المنعم خليفةالتحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية على ضوء أحكام مجلس الدولة، دار الكتب القانونية للطباعة والنشر، مصر، 2006، ص 83.
40- حكم محكمة القضاء بالقاهرة، الدائرة السادسة، عقود وتعويضات،الصادر بتاريخ 2006/02/19،الدعوى رقم 18628 لسنة 59 ق.
-نقلا عن: مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص232.