

دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن

الأستاذ محمد محجوبي

المستشار بالمجلس الأعلى¹ بالمملكة المغربية

1- ينقسم المجلس الأعلى (الذي يمثل محكمة النقض بالمملكة المغربية) إلى ست غرف هي : غرفة مدنية تسمى الغرفة الأولى، وغرفة الأحوال الشخصية والميراث، وغرفة جنائية، وغرفة اجتماعية، وغرفة إدارية، وغرفة تجارية، ويرأس كل غرفة رئيس الغرفة، التي يمكن تقسيمها بدورها إلى أقسام، بالنظر إلى عدد القضايا المسجلة أمامها، وذلك عملاً بمقتضيات الفقرتين 3 و4 من الفصل 10 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.388 الصادر بتاريخ 24 من جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

هذا، وقد تمت الفقرة 3 أعلاه بموجب المادة 24 من القانون رقم 53 لسنة 1995 القاضي بإحداث محاكم تجارية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.97.65 بتاريخ 4 من شوال 1417 (12 فبراير 1997)، فأصبحت غرف المجلس الأعلى ست غرف بدلا من خمس، بعدما أضيفت الغرفة التجارية.

أما الغرفة الإدارية، فهي بمثابة محكمة للنقض الموجه ضد قرارات محاكم الاستئناف الإدارية (المحدثة بموجب القانون رقم 80 لسنة 2003 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.07 بتاريخ 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، فضلا عن اختصاصها بالنظر في الاستئنافات المتعلقة بالأحكام والقرارات ذات الصلة بالاختصاص النوعي ... (حيث تكون بمثابة محكمة النزاع)، بالإضافة إلى بت الغرفة الإدارية المذكورة بصفة ابتدائية وانتهائية في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة الموجهة ضد القرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول (المراسيم)، وتلك التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة إدارية واحدة... لمزيد من التفاصيل، راجع مؤلفنا : "القانون القضائي الخاص - الكتاب الأول : المبادئ الأساسية ومختلف أنواع الاختصاص القضائي" في الصفحات : 182 و201 و228 و229، دار القلم بالرباط، الطبعة الثانية 2007-1428.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

عرف التحكيم والتجأ إليه الناس لحل النزاعات التي تنشأ بينهم في العصور القديمة، فقد عرفه السومريون والرومان واليونانيون منذ قرون قبل الميلاد، كما عرفه العرب في الجاهلية، وعرفوه بفضل مجيء الإسلام.

كما عرفته التشريعات الحديثة المختلفة أيضاً، مع اختلاف في درجات الأخذ به، لارتباط ذلك باختلاف نظام الحكم السائد في الدولة والنظام القانوني المتبع فيها².

وللإحاطة بموضوع التحكيم ودوره في تسوية منازعات العقود الإدارية، موضوع هذا العرض المتواضع، يتم تحديد مدلوله وأهميته في مبحث أول، وفي المبحث الثاني يتم التعرض لمدى مشروعية التحكيم المذكور.

المبحث الأول :

مدلول التحكيم وأهميته

لم يتفق على إعطاء تعريف موحد للتحكيم في مختلف الأنظمة القانونية بوجه عام، كما أن أهمية اللجوء إليه تختلف من عدة وجوه.

²- راجع : عبد العزيز توفيق في : "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، ج 2، ص 52، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1995.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

المطلب الأول : تعريف التحكيم

نقدم بعض التعريفات الفقهية والقضائية أولاً، ثم ننتقل إلى موقف التشريع من التعريف المذكور.

الفرع الأول : التعريف الفقهي والقضائي

أولاً : التعريف الفقهي :

عرف بعض الفقه التحكيم بما يلي : " يقصد بالتحكيم العدالة الخاصة، وهي آلية يتم وفقاً لها سلب المنازعة من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة"³.

وعرفه آخر بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁴.

وفي تعريف آخر، التحكيم هو "الفصل في النزاع بواسطة طرف أو هيئة أو مجموعة أفراد، يتفق الخصوم على إحالة النزاع إليهم دون المحاكم المختصة بذلك"⁵.

3 - Jean Robert : «L'arbitrage droit interne, Droit international privé», Dalloz, 1993, page 6, éd. N° 1.

4- أحمد أبو الرفا : "التحكيم الاختياري والإجباري"، ص 15، الناشر : دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، الطبعة الثانية 2007.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم- 15 و16 جوان 2008

أو هو "اصطلاح يقصد به إيجاد حل للنزاع القائم بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص محكم أو أشخاص محكمين غير أطراف النزاع، الذين يستمدون سلطاتهم من الاتفاق المبرم بين الأطراف المذكورين، دون أن يكونوا معينين من قبل الدولة"⁶.

وحسب بعض الفقهاء الفرنسيين، فالتحكيم نظام استثنائي للتقاضي، يجوز بموجبه للدولة، وباقي أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، وطنية كانت أو أجنبية من ولاية القضاء الإداري، لكي تحل بطريقة التحكيم بناء على نص قانوني يبيح ذلك.

وخروجاً على مبدأ الخطر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إلى التحكيم⁷.

وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف ما يلي :

⁵- عامر علي رحيم : "التحكيم بين الشريعة والقانون"، ص 20، منشورات الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ضمن سلسلة "الكتاب الإسلامي"، رقم 18، أبريل 1987.

⁶ - «L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personne-l'arbitre ou les arbitres-lesquelles tiennent leur pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'état», René David : «L'arbitrage dans le commerce international», Paris, Economica, 1982, page 9.

⁷-AUBY (J.M) : «L'arbitrage en matière administrative » , A.J.D.A, 1995, p. 81.

- فالأصل هو أن القضاء الإداري الفرنسي هو صاحب الاختصاص الطبيعي في حل المنازعات الإدارية المتعلقة بال عقود الإدارية، وغيرها من مختلف النزاعات الإدارية التي تندرج ضمن قضاء الإلغاء أو القضاء الشامل، إلا أنه بالنظر لمزايا التحكيم المختلفة، اضطر المشرع إلى الخروج عن القاعدة وإقرار نظام التحكيم، وبما أن العقد الإداري يتميز بمعايير السلطة العامة، كان لا بد للمشرع الفرنسي من تنظيم محكم تدريجياً، وهو ما سيأتي لاحقاً.

ثانياً: التعريف القضائي

كذلك لم تتفق الاجتهادات القضائية على تعريف موحد للتحكيم: فقد عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، بأنه: "الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم"⁸. أما المحكمة الإدارية العليا المصرية كذلك، فقد عرفت التحكيم بأنه: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁹.

8- الفتوى رقم 6

61 في 1989/7/01، جلسة 1989/5/17، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر سنة 1955 إلى آخر سبتمبر سنة 1995، ص 143.

9- المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بجملة 1994/01/18 في الطعن رقم 882 للسنة الثلاثين قضائية.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم- 15 و16 جوان 2008

بينما عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه : "هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"¹⁰.

الفرع الثاني : التعريف القانوني لنظام التحكيم

يتم عرض تعريف القانون المقارن ثم تعريف المشرع المغربي.

أولا : تعريف القانون المقارن

نظرا لكثرة التعاريف القانونية للتحكيم، نكتفي بتعريفين اثنين

لكل من القانون الفرنسي والقانون المصري تباعا فيما يلي :

1- عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة 1442 من قانون المسطرة المدنية (Procédure civile) بأنه : "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".

10- الدعوى الدستورية رقم 14 للسنة 15 القضائية، جلسة 1994/12/18.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

كما عرف عقد التحكيم في المادة 1447 من نفس القانون بأنه :
"عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة
هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه".

2- أما المشرع المصري فقد عرف اتفاق التحكيم في الفقرة
الأولى من المادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994، بأنه "اتفاق بين
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...".

ثانيا : تعريف المشرع المغربي

سبق للمشرع المغربي أن نظم مختلف أحكام التحكيم في الباب
الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية¹¹، المخصص
للمساطر¹² الخاصة، بمقتضى الفصول¹³ من 306 إلى 327، من دون

11 - صدر بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28
سبتمبر 1974) ونشر في الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 من رمضان 1394 (30 سبتمبر
1974)، هذا، مع العلم بأن المشرع المغربي سبق له أن نص على أحكام التحكيم (الاختياري) في قانون
المسطرة المدنية القديم (الملغى بقانون المسطرة المدنية المشار إليه أعلاه)، وذلك بموجب ظهير 12 غشت
1913، في 23 فصلا، من 527 إلى غاية 549، في الباب 15 من القسم السابع.

12 - مصطلح "المسطرة"، في المغرب يعني "الإجراءات" في المشرق العربي..

13 - الملاحظ أن المشرع المغربي استعاض عن مصطلح "الفصول" بمصطلح "المواد" في مختلف النصوص القانونية
الصادرة ابتداء من التسعينات من القرن الماضي، وبذلك انتهى العمل بخصوصية مغربية لا نظير لها في المشرق
العربي، من دون أن نعرف سبب ذلك.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

أن يعطي أي تعريف للتحكيم، إلى أن صدر القانون رقم 08 لسنة 2005 المرموز له بالقانون رقم (05.08)، الذي صدر تحت عنوان : الباب الثامن (من القسم الخامس المذكور) تحت عنوان : التحكيم والوساطة الاتفاقية، عوضا عن : الباب الثامن تحت عنوان : التحكيم، وهكذا حلت أحكام الفصول من 306 إلى 327 المشار إليها أعلاه، والتي تم نسخها بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 05.08 أعلاه¹⁴، ولأول مرة، وبموجب الفصل 306 "الجديد"¹⁵ عرف المشرع المغربي التحكيم بما يلي : "يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم.

وفي الفصل 307 عرف اتفاق أو شرط التحكيم بما يلي : "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية"، وأضاف في الفقرة الموالية من نفس الفصل أن اتفاق التحكيم يكتسي "شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم".

14- صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي الحجة 1428 (30 نوفمبر 2007)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007).

15- أقول "الجديد"، لأن كل الفصول من 306 إلى 327 نسخت بفصول أخرى تحمل نفس الأرقام، فضلا عن 70 فضلا أخرى أضيفت للفصل 327 الذي أصبح هكذا من 327/1 إلى غاية 327/70، فأصبح نفس الباب الثامن من أعلاه مكونا من 92 فضلا بدلا من 22 فقط التي كانت قبل التعديل.

وهكذا، عرف عقد التحكيم بما يلي: "عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية" (الفقرة 1 من الفصل 314)، أما شرط التحكيم، فعرّفه بما يلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور".

والملاحظ على مختلف التعاريف القانونية أعلاه ما يلي:

1- اكتفى المشرع المصري بتعريف "اتفاق أو شرط التحكيم"، بينما المشرع الفرنسي عمل على تعريف كل من "شرط التحكيم" و"عقد التحكيم"، أما المشرع المغربي فذهب أبعد من كل ذلك، عندما عرف اتفاق (أو شرط) التحكيم، و"عقد التحكيم"، بعدما أعطى تعريفا لمؤسسة التحكيم عامة.

2- اختلفت التعاريف المذكورة فيما بينها:

- فبخصوص المقارنة بين التعاريف المتعلقة باتفاق أو شرط التحكيم، نجد أن كلا من المشرعين المغربي والمصري اتفقا على أن اتفاق التحكيم قد ينصب على النزاعات الآنية والمستقبلية، في حين اكتفى المشرع الفرنسي بتلك التي "يمكن أن تنشأ في المستقبل".

- أما ما تعلق بتعريف عقد التحكيم، فيكاد يكون متطابقا ما بين التعريف المغربي ونظيره الفرنسي، اللهم ما لوحظ على هذا الأخير،

الذي أشار إلى إمكانية إحالة النزاع موضوع التحكيم إلى محكم واحد أو أكثر من واحد، وبتعبيره ب"عدة محكمين"، فالمقصود بطبيعة الحال هو الجمع، وهو أكثر من اثنين، وهو يقتضي أن يكون عددا فرديا وليس مزدوجا، بينما اكتفى المشرع المغربي بعباراة "هيئة تحكيمية"، إلا أنه تدارك كل إبهام قد يطالها، عندما أشار في الفصل 312 من نفس القانون إلى أنه "يراد في هذا الباب بما يلي :

1- "الهيئة التحكيمية": المحكم المنفرد أو مجموعة محكمين".

المطلب الثاني : أهمية التحكيم

تتلخص أهمية التحكيم بوجه عام، والتحكيم الإداري بخاصة في معرفة الأسباب الداعية إليه من خلال منطاريين اثنين : الأول يخص المتعاقد مع الإدارة، وعلى الخصوص المستثمر الأجنبي، والمنظار الثاني يهتم الدولة بمعناها الواسع، أو الشخص المعنوي العام.

الفرع الأول : أهمية التحكيم بالنسبة للطرف

المستثمر المتعاقد مع الدولة

أولا : التخوف من مساس الدولة بجميادها

لئن كانت الدولة مجرد طرف في العقد الرابط بينها وبين المستثمر، وخاصة إن كان أجنبيا، فهي بطبيعة الحال طرف قوي، يتمتع بالسيادة

التي من شأنها في نظره أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد الرابط بين الطرفين، فضلا عن إمكانية تأثيرها على القضاء الوطني ليحكم في النهاية لصالحها.

فقد نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني، إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد طرفيها متعاقدا أجنبيا، والطرف الآخر هو الدولة، أو الشخص المعنوي العام داخل الدولة، التي لا يعتبر المتعاقد معها من مواطنيها، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المعنية، أو بسياساتها، ومن ثم نادوا بمنح مثل هذه المنازعات لقضاء محايد، هو قضاء التحكيم¹⁶.

ثانيا : التخوف من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

فضلا عن تخوف المستثمر الأجنبي من انحياز القاضي الوطني لدولته في النزاعات التي قد تمس سيادتها من مختلف النواحي، فإنها ولا شك

16 - حفيفة السيد الحداد : "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق"، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2001، ص 6 و7.

Pierre LALIVE : « L'influence des clauses arbitrales », R.B.D.I, 1975, pages 524 à 575 et spécialement page 570 : « la clause arbitrale constitue, pour le partenaire non-étatique, en principe, une protection fondamentale, sans laquelle il y a lieu de présumer qu'il ne serait pas engagé du tout », ainsi, « La clause d'arbitrage international est ressentie en général comme une protection majeure du cocontractant non étatique ».

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

والحالة هذه تتمتع بالحصانة القضائية، التي بموجبها يحظر على قضاء الدولة أخرى البت في النزاعات التي تكون طرفا فيها¹⁷.

ومن ثم، فإن أي مشروع هام (إلا القليل) لا يمكنه أن يتم بالتعاقد مع الدولة أو مع إحدى أجهزتها، إلا عند قبولها التعاقد مع وجود شرط التحكيم.

هذا، فضلا عن سرعة البت، والاقتصاد في المصاريف، وامتياز التحكيم بالسريرة، وخاصة بالنسبة للمقاولات الكبرى ذات السمعة العالمية، والبساطة في الإجراءات.

تلك أهم حوافز لجوء المتعاقد مع الدولة (الأجنبية) إلى التحكيم، فما هي أهم الأسباب التي تدعو هذه الأخيرة، بدورها إلى قبول شروط التحكيم؟

ذلك ما يتناوله بإيجاز الفرع الثاني من نفس هذا المطلب.

17 - حفيظة السيد الحداد في المرجع السابق، ص 8، وكذا في مؤلفها: "القانون القضائي الخاص الدولي"، ص 177، الإسكندرية 1990.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه "ماير" (Mayer)، تعليقا على قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1987 (في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص لسنة 1988 ص 730):

«L'immunité permet à un Etat d'échapper à la justice des autres Etats, et l'on ne peut guère compter sur ses propres juges, surtout lorsque l'acte litigieux est constitutionnellement soustrait à leur appréciation, mais les immunités de juridictions et d'exécution dérivent dans leur principe, même de la nécessité de sacrifier les droits des individus au respect de souveraineté des Etats».

أشير إلى هذا التعليق في المرجع السابق "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة"، في ص 9 بالمهامش.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

الفرع الثاني : أهمية التحكيم بالنسبة للدولة

الأصل في المنازعات الإدارية بالنسبة للدول التي تعرف ازدواجية القضاء، هو أن يعهد بالبت فيها إلى القضاء الإداري، الذي يوفر للأفراد ضمانات أكثر من القضاء العادي (المدني)، إذ لا يمكن الكلام عن دولة القانون من دون التساؤل عن مدى احترام مبدأ المشروعية، هذا المبدأ الذي يعني أن القانون الوضعي المطبق في الدولة يجب أن يسود على الجميع: حكاما ومحكومين، أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص من دون أي تمييز بين الإثنين، هذا مع العلم بوجود نظريات خاصة بالقانون الإداري، لا نظير لها في القانون المدني، كنظرية الظروف الطارئة مثلا، ونظرية فعل الأمر، ففي القانون المدني قد لا يعرض الشخص عن الضرر الذي تسببت فيه الإدارة التي قد تدفع بوجود قوة قاهرة لا يد لها فيها، بينما الأمر ليس كذلك في القضاء الإداري¹⁸، ومع ذلك، ونظرا للاعتبارات الداعية إلى اشتراط التحكيم على الدولة، السالف بيانها، فإن لهذه الأخيرة أيضا اعتباراتها للاستجابة إلى اعتبارات المستثمرين المتمثلة في الشرط المذكور أعلاه.

فمن المسلم به في مختلف ربوع العالم، أن ارتفاع عدد القضايا المسجلة بمختلف الجهات القضائية، إدارية كانت أو مدنية، في استمرار منقطع النظير، وهو ارتفاع لا يضاهيه ارتفاع في عدد الموارد

18- سيأتي توضيح ذلك لاحقا.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

البشرية المتخصصة¹⁹، ولا في التجهيزات الضرورية، لذلك اتفق رؤساء المحاكم العليا الذين كانوا يمثلون القارات الخمس منذ حوالي تسع سنوات، في اجتماع غير رسمي عقد بالرباط على وجوب إيقاف الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو على الأقل التخفيف من وثيرتها، وذلك بإيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات، ومن بينها التحكيم بمختلف أنواعه، فعلى سبيل المثال: كان عدد القضايا الرائجة في المجلس الأعلى (المغربي) في السنة القضائية الأولى بعد الاستقلال (1958-1959) يبلغ 1309 قضية في حين بلغ في السنة القضائية 2003 ما يزيد عن 40.000 قضية، أي : بزيادة وصلت إلى حوالي 3000%، وكذلك نفس الزيادة تقريبا عرفتها محاكم الموضوع²⁰.

19- فعند الإعلان عن إحداث محاكم إدارية في المملكة المغربية، وهي محاكم متخصصة، أشار جلالة الملك الحسن الثاني طيب الله ثراه في خطابه التاريخي يوم 8 مايو 1990 بمناسبة الإعلان عن إحداث مجلس استشاري لحقوق الإنسان وتنصيب أعضائه إلى أنه : "... فمطمئنا نحن أن تكون غرفة إدارية (يقصد محكمة إدارية) في كل عمالة من العمالات، وكل إقليم من الأقاليم، ولكن ليس لدينا القضاة الكفاة والكافون في هذا البلد، لأن ذلك يتطلب تكويننا خاصا ..."، نص الخطاب الملكي السامي منشور بكامله في أعمال الندوة المنظمة من طرف الجمعية المغربية للعلوم الإدارية يومي 3 و4 مايو 1991، تحت عنوان: "القضاء الإداري حصيلة وآفاق" من ص 7 إلى 22، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، 1993.

20- عرض تقديمي لندوة : "التحكيم التجاري الداخلي والدولي"، للسيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى بالمملكة المغربية الدكتور إدريس الضحاك، منشور في العدد 2005/6 من سلسلة "دفاتر المجلس الأعلى" تحت عنوان : "التحكيم التجاري الداخلي والدولي"، ص 21 إلى 30، وخاصة ص 23 و24، وهو يتضمن أعمال الندوة التي نظمت من طرف وزارة العدل بالمملكة والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف وإعداد من المجلس الأعلى يومي 3 و4 من مارس 2004.

لذلك، فلا غرابة من مصادقة ما يزيد عن 130 دولة، ومن ضمنها المملكة المغربية، على اتفاقية نيويورك الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 9 يونيو 1958 حول الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، وبالمقابل، فإن تنفيذ الأحكام القضائية يتعثر في بلدان عديدة²¹.

هذا، فضلا عن التطور النوعي والكمي للعلاقات الاقتصادية بين الدول، التي تنفذ بواسطة مقاولات تابعة لهذه الدولة أو تلك خارج الحدود، بفضل تطور وسائل الاتصال السريع والتقنيات الإعلامية نتيجة العولمة، حيث أصبح العالم مجرد قرية صغيرة مكشوفة²².

ولا شك والحالة هذه، في أن التحكيم يعتبر من بين أهم الوسائل المشجعة للاستثمار داخل الدولة، وخاصة الاستثمار الأجنبي، ذلك أن المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس الخدمات التي يقدمها التحكيم ومختلف الوسائل البديلة لفض النزاعات، التي أصبح ينظر إليها على أنها وسائل تفاهم بين المعنيين بالنزاع بدلا من أن تكون وسائل قسرية.

21- المرجع السابق، ص 22.

22- إسماعيل أولعيد : "مقاولات الدولة المغربية والتحكيم التجاري الدولي"، ص 2، رسالة ليل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني من كلية الحقوق الرباط - أكمدال، السنة الجامعية 2006-2007 (غير منشورة).

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

ووعياً بما للتحكيم والأنظمة الأخرى المشابهة له من أثر على جلب الاستثمار لرفع تحديات التنمية، دعا جلالة الملك محمد السادس حكومته إلى تنويع مساطر التسوية التوافقية، لما قد ينشأ من منازعات بين التجار، وذلك من خلال الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري، الوطني والدولي، ليستجيب نظامنا القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته، ويسهم في جلب الاستثمار الأجنبي²³، وهو ما ترجم بالفعل على أرض الواقع، فبالإضافة إلى التعديل الشامل الذي عرفته النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، عن طريق التوسع في أحكامه، وإضافة أحكام خاصة بالوساطة الاتفاقية، وما سبقه من إحداث لمؤسسة ديوان المظالم، التي أصبحت رائدة في تسوية الخلافات القائمة بين الإدارة المغربية والمتعاملين معها من مواطنين وأجانب، عن طريق الوساطة²⁴، فإن انفتاح المغرب على الخارج ترجم كذلك بإبرام عدة عقود دولية، ففتحت أورش كبرى بالمملكة، تمثلت خاصة في استكمال البنيات التحتية والإصلاحات القطاعية المختلفة، الشيء

23- مقتطفات من الخطاب السامي، الذي ألقاه جلالة الملك محمد السادس بمناسبة افتتاح السنة القضائية بتاريخ 29 يناير 2003.

24- لمزيد من التفاصيل حول مؤسسة "والي المظالم"، راجع نص الظهير الشريف المحدث لها رقم 1.01.298، الصادر في 23 من رمضان 1422 (9 ديسمبر 2001) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4963 بتاريخ 24 ديسمبر 2001 وكذلك الظهير الشريف رقم 1.03.240 الصادر بتاريخ 9 من شوال 1424 (4 ديسمبر 2003) بالمصادقة على النظام الداخلي لمؤسسة ديوان المظالم، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 ديسمبر 2003.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

الذي تطلب القيام باستثمارات هائلة لتمويل هذه المشاريع، علما بأن الجزء الأكبر من تلك الاستثمارات يعتبر ذا مصدر دولي على شكل استثمارات مباشرة أو قروض خارجية²⁵.

والجددير بالذكر أن المبلغ الإجمالي للاستثمارات الأجنبية بالمغرب وصل في نهاية 2004 إلى 371,1 مليار درهم (حوالي 40 مليار دولار أمريكي)، بينما لم يتعد مبلغ استثمارات المغرب في الخارج في نفس السنة 16,9 مليار درهم²⁶.

والخلاصة من كل ما تقدم، أن مختلف الدول تقبل على التحكيم كوسيلة لتشجيع الاستثمار على إقليمها، فإلى أي حد ينطبق ذلك على العقود الإدارية؟

ذلك ما يتناوله المبحث التالي.

المبحث الثاني

مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

من المسلم به في الدول التي تعرف قضاء إداريا مستقلا عن القضاء المدني، أن الاختصاص النوعي ينعقد للمحاكم الإدارية بشأن منازعات العقود الإدارية.

²⁵- المرجع السابق، في نفس الصفحة.

²⁶- إحصائيات رسمية صادرة عن مكتب الصرف في تقريره السنوي حول "وضع الاستثمار الدولي للمغرب في 2004".

ف بموجب مرسوم 30 شتنبر 1953 أصبحت المحاكم الإدارية الفرنسية صاحبة الولاية العامة للبت في سائر المنازعات الإدارية، سواء أتعلقت بدعاوى الإلغاء أو بدعاوى القضاء الشامل، ولئن كان الأصل هو انتمؤها لهذا الأخير²⁷.

وكذلك الشأن بالنسبة لاختصاص القضاء الإداري المصري، عملا بمقتضيات المادة 10 من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، التي نصت على ما يلي: "تختص محاكم مجلس الدولة، دون غيرها، بالفصل في المسائل الآتية:

- حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر"، فضلا عن اختصاص محاكم مجلس الدولة المذكورة بالبت في "سائر المنازعات الإدارية" لما جاء النص على ذلك صراحة في البند 14 من نفس المادة.

وفي المغرب أيضا، "تختص المحاكم الإدارية بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة، وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها

27- تنتمي العقود الإدارية إلى القضاء الشامل، ما لم يكن النزاع خارجا عن تنفيذ بنود العقد، فعندئذ فقط يندرج ضمن دعاوى الإلغاء.

راجع لمزيد من التفاصيل العميد سليمان محمد الطماوي في مؤلفه القيم: "الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة"، ابتداء من ص 197 وما بعدها، تحت عنوان: "طبيعة اختصاص القضاء الإداري في مجال المنازعات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة 1991.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام... عملاً بمقتضيات المادة 8 من القانون رقم 41 لسنة 1990 المحدثه بموجبه محاكم إدارية (90.41) 28. لقد تأكد بالملموس بأن استعمال التقنيات الانفرادية من طرف الإدارة لتسيير مرافقها أو إنشاء مرافق جديدة أصبح غير مجد لتحقيق تنمية شاملة، فالدولة أصبحت ترم عقوداً إدارية حتى مع أشخاص القانون العام، من جماعات محلية ومؤسسات عامة، وكذا مقاولات عمومية، فضلاً عن تعاقدها مع المقاولات الخاصة الوطنية والأجنبية²⁹. فما مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؟³⁰ نتناول هذا الموضوع في مطلبين اثنين، من خلال إلقاء نظرة على الوضع في كل من التشريع المقارن (فرنسا ومصر نموذجاً)، والمغرب.

28- لمزيد من التفاصيل، راجع مواد القانون المذكور أعلاه بمولفنا: "الوجيز في القضاء الإداري المغربي بعد إحداث المحاكم الإدارية"، ابتداء من الصفحة 149 وما بعدها، علماً بأن المحاكم المذكورة هي صاحبة الولاية العامة للبت في سائر المنازعات الإدارية، في هذا الصدد، راجع مقالاتنا تحت عنوان: "حدود اختصاص القاضي الإداري في المنازعات الانتخابية"، منشور في أعمال الندوة الجهوية السادسة، المنعقدة بالرباط يومي 10 و 11 مايو 2007 تحت عنوان: المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الخمسين، مطبعة الأمنية بالرباط، من ص 54 إلى ص 64.

29- وهو النهج الذي أكد صاحب الجلالة الملك محمد السادس على سلوكه في خطابه السامي، الذي أعلن فيه عن انطلاق "المبادرة الوطنية للتنمية البشرية" بتاريخ 20 مايو 2005، حيث يقول جلالتة: "... إنها تجارب تؤكد على العكس من ذلك، مدى نجاعة الأساليب التي تستهدف التحديد الدقيق للمناطق والقطاعات الأكثر خصاصة، وأهمية مساهمة السكان، ونباعة المقاربات التعاقدية والتشاركية، ودينامية النسيج الجمعي المحلي، لضمان الانخراط الفاعل في مشاريع التنمية عن قرب..."

30- تقتصر على تناول الموضوع في جانبه المتعلق بالعقود الإدارية الداخلية ليس إلا، لاعتبارات أكاديمية بحتة، على أن نلم به بالكامل إذا أتاحت لنا فرصة أخرى إن شاء الله.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

المطلب الأول : في النظام القانون الفرنسي

لكن كان التحكيم يلعب دورا مهما في حسم النزاعات المتعلقة بال عقود الإدارية، فالملاحظ أن دائرة التحكيم في العقود الإدارية الدولية متسعة جدا مقارنة مع نظيرتها في العقود الإدارية الداخلية، ذلك أن المبدأ العام في التشريع الفرنسي هو منع التحكيم في العقود المذكورة، وهو الموقف الذي انتقده الرأي الغالب في الفقه الفرنسي³¹. فأساس الخطر المذكور يجد سنده في المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي³²، التي نصت في فقرتها الأولى على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يخص النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو تلك المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العامة، وللتلطيف من حدة الخطر المذكور، تدخل المشرع الفرنسي، وأضاف فقرة ثانية لنص المادة أعلاه، فأجاز لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم، لكن شريطة صدور مرسوم يسمح بذلك³³.

31- نجلاء حسن سيد أحمد خليل : "التحكيم في المنازعات الإدارية"، ص 113، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثامنة 2003-2004، وكذلك: عبد الحميد الأحمد : "التحكيم : أحكامه ومصادره"، الجزء الأول، ص 320، مكتبة نوفل، طبعة من دون تاريخ.

32- وهي المادة التي حلت محل المادتين 83 و1004 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي القديم، منذ 1803.

33- ونص المادة 2060 أعلاه هو الآتي :

«On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps, ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement dans toutes les matières qui intéresse l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre».

وذلك بمقتضى المرسوم رقم 500 لسنة 1981.

ومن جهته، اعتمد القضاء (العادي) الفرنسي على حرفية نص المادة 2060، فأبقى على الحظر كأساس، وعلى الجواز كاستثناء، فقد ذهبت محكمة استئناف باريز في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957 إلى القول بأن حظر التحكيم بموجب قانون المسطرة المدنية ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي³⁴، وكذلك فعلت محكمة استئناف "إيكس أومبروفونس" (Aix en-Provence) في قرارها الصادر بتاريخ 5/5/1959³⁵، وهو الاتجاه الذي أيده محكمة النقض كذلك، عندما أكدت على أن الحظر الوارد في المادتين 83 و1004 من قانون المسطرة المدنية (القديم) لا يثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 3/3 من القانون المدني، بقدر ما يتعلق بقانون العقد، وليس بالقانون الشخصي للأطراف، لذا تطبق أحكام القانون الأجنبي التي تميز التحكيم والحال ما ذكر، وليس أحكام القانون الفرنسي، باعتباره القانون الشخصي للطرف الفرنسي، والذي يمنع اللجوء إلى التحكيم³⁶.

أما بالنسبة للقضاء الإداري، فقد اتخذ موقفا صارما من حظر التحكيم في العقود الإدارية بوجه عام، داخلية كانت أو دولية، وذلك

34 - Cours d'Appel de Paris, 10 avril 1957, J.C.P, 1957, n° 10078.

35 - Aix en Provence, 5 mai 1959, revue d'arbitrage, 1960, pages 28 et 29.

36 - Cass-Civ, 2 mai 1966, J.C.P, 1966, 11, n° 14798.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

عملاً بمقتضيات المادتين 83 و1004 من قانون المسطرة المدنية القديم، وأيضاً استناداً إلى نص المادة 2060 التي حلت محلها، سواء أعلق الأمر بالوزراء أو بالمجالس المحلية³⁷.

وموقف مجلس الدولة هذا لقي انتقاداً حاداً من كثير من الفقه الفرنسي، لاعتماده على نصوص القانون المدني في مجال القانون العام، فضلاً عن أن القضاء العادي الملزم بتطبيق قواعد القانون الخاص، لم يمنع التحكيم إلا في العقود الداخلية دون الدولية³⁸.

ويرجع تحريم اللجوء إلى التحكيم والحال ما ذكر إلى عدة أسباب تندرج جميعها تحت مظلة "المبادئ العامة للقانون"³⁹.

- فالقضاء الإداري هو الجهة القضائية الطبيعية للبت في منازعات العقود الإدارية كما مر بنا أعلاه، وبالتالي فمنح هذا الاختصاص إلى أشخاص لا ينتمون إلى قضاء الإدارة، ومع ذلك يقضون في منازعات خاصة بها هو اعتداء جسيم على اختصاص القضاء الإداري، فمنذ 1906، قال الفقيه "فيرناند" (Fernand) بأن "القضاء الإداري يستطيع

37 - C.E. 10 juillet 1936 (ville de Bologne). Rec, page 764.

38- J.R.I.B.S : ombre et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, J.C.P, 1990, 1, 464.

39- المبادئ العامة للقانون في بلد ما هي مجموعة القواعد القانونية التي يمكن استخلاصها من خلال استقراء النظام القانوني لذلك البلد، من خلال مختلف التنظيمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ومن بين أهم تلك المبادئ : مبدأ فصل السلطات، ومبدأ احترام النظام العام داخل الدولة بحسب مقاييسها الخاصة ... لمزيد من التفاصيل، راجع : نجلاء حسن سيد أحمد خليل : "التحكيم في المنازعات الإدارية"، مرجع سابق، ص 121 .

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة، أفضل من المحكمين⁴⁰، كما أن الفقيه: "لا فيريير" (LAFRIERE) تساءل استنكاريا: "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها للقضاة العاديين"؟!

- ومن جهة أخرى، استند الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا إلى اعتماد فكرة النظام العام، الذي يقضي بتغليب المصلحة العليا على المصالح الفردية، ومن ثم فلا يجوز التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي لا تهدف إلا لتحقيق المصلحة العامة⁴¹.

وإن كان المبدأ العام هو حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسا، فهناك استثناءات على هذا المبدأ، حيث أجاز المشرع اللجوء إلى التحكيم في بعض صور العقود الإدارية، كما فعل في المادة 69 من قانون 17 أبريل 1906، الذي قصره على المنازعات المنصبة على تصفية نفقات عقود التوريد والأشغال العامة، إلى أن صدر بتاريخ 25 يوليوز 1960 المرسوم رقم 25 القاضي بتوسيع نطاق تطبيق قانون 17 أبريل 1906، كما أصدر المشرع

40- المرجع السابق، ص 124 نقلا عن :

Fernand COLLAVET : "De l'arbitrage dans les procès ou sont parties les personnes publiques », R.D.P, 1906, pages 472 et suites.

41 - D. FOUSSARD : «L'arbitrage en droit administratif, Rev. Arb. 1990, p 15.

الفرنسي قانون 9 يوليوز 1975، الذي أجاز التحكيم لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، على أن يصدر تحديدها بموجب مرسوم ...

المطلب الثاني : في النظام القانوني المصري

يمكن إجمال الموقف المصري من التحكيم في العقود الإدارية، من خلال استعراض ثلاث مراحل :

المرحلة الأولى : قبل صدور القانون رقم : 1994/27

خلال هذه المرحلة، التي لم تعرف نصا تشريعا صريحا يقرر مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، اختلف الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض، ولكل مؤيداته.

أ- فجانبا من الفقه المصري قال بعدم إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، استنادا إلى التبريرات التالية :

1- لأن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة، والقضاء الوطني إحدى صورها.

2- لأنه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للبت في منازعات العقود الإدارية⁴²، وذلك عملا بالمادة 172

42- حسن عبد الواحد : "مشروع قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، في محاضرة ألقاها في ندوة المقابلة الدولي، مركز البحوث والدراسات بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 10.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم- 15 و16 جوان 2008

من الدستور المصري، التي تنص على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"، وكذا المادة 10 من قانون مجلس الدولة في البند 11 منها، التي نصت على اختصاص محاكم مجلس الدولة بالبت في "المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

3- لأن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع النظام العام ...
- بينما اتجه جانب آخر من الفقه المصري إلى تقرير جواز التحكيم في العقود الإدارية للأسباب الآتية :

1- لعدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أما المادة 10 من القانون رقم 1972/47 فهي تقتصر على بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص محاكم المجلس ومحاكم القضاء العادي⁴³.

2- لأن نص المادة 58 من قانون مجلس الدولة على أنه لا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم، أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه من دون استفتاء الإدارة المختصة، فيه إجازة للتحكيم من طرف المشرع.

43- المرجع السابق، ص 1.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

3- لأن أحكام قانون المرافعات، التي تطبق أمام محاكم مجلس الدولة، عند غياب نص خاص، تجيز الاتفاق على التحكيم، فالمادة 501 نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين" 44 من دون تحديد.

ب- أما موقف القضاء في مصر، فيمكن إجماله في ثلاثة آراء: رأي مجلس الدولة، الذي نستعرض من خلاله موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ورأي القضاء الإداري (القسم القضائي بالمجلس)، ثم رأي القضاء العادي.

1- فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة بثلاث فتاوى مختلفة:

- في البداية، أفتت بتاريخ 1970/01/7 بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية من دون النص على ذلك صراحة⁴⁵، وكذلك فعلت بتاريخ 1988/03/30.

- وبمناسبة مراجعتها لعقد بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط، الذي تضمن اتفاق الطرفين على اللجوء

44- المراد من 501 إلى 513 ملغاة بالقانون رقم 27 لسنة 1994، الذي سيأتي الكلام عنه لاحقاً.

45- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 163/6/86، جلسة 1970/01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر، ص 752.

46- فتوى نفس الجمعية في الملف رقم 122/1/47 بجملة 1988/03/30.

إلى التحكيم بخصوص النزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذ بنوده أو تفسيرها، قررت الجمعية العمومية المذكورة بتاريخ 1989/5/15 جواز الاتفاق على التحكيم، استنادا إلى المادتين 167 و172 من الدستور المصري ومواد التحكيم من 501 إلى 509 الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968، والمادتين 10 و58 من قانون مجلس الدولة، واستخلصت من كل ذلك أن التحكيم يقوم على ركيزتين، هما: إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وقد أجاز المشرع الاتفاق على التحكيم في المادة 58 من قانون مجلس الدولة وفي قانون المرافعات، وأن قواعد هذا الأخير هي الواجبة التطبيق في حالة عدم وجود نص صريح ينظم التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن ذلك يبقى مشروطا بعدم التعارض مع طبيعة الروابط الإدارية⁴⁷، وهو نفس الاتجاه الذي سبق أن سلكته الجمعية المذكورة في فتاها بتاريخ 1988/12/5 بمناسبة مراجعة عقد مبرم بين جامعة الزقازيق وشركة المقاولات العمومية لاستكمال منشآت المستشفى الجامعي بها⁴⁸.

47- ملف رقم 265/01/54 جلسة 1989/5/17، مشار إليه بمرجع سابق: بجلاء حسن سيد أحمد خليل:

"التحكيم في المنازعات الإدارية"، ص 74.

48- ملف رقم 1971/5/1، فتوى التعليم، جلسة 1988/12/5، مشار إليها في رسالة دكتوراه أحمد حسان مطاوع المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة تحت عنوان: "التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية"، سنة 1998، ص 280، وفي المرجع السابق، ص 75.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

-وبتاريخ 7/02/1993/49، وبمناسبة مراجعتها لعقد أبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكرو فيلم التابع لمؤسسة الأهرام، الذي تضمن بندا يقضي باللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع أثناء تنفيذه، انتهت الجمعية العمومية إلى القول بجواز التحكيم، إلا أنها في هذه المرة اشترطت ضرورة تطبيق القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في التحكيم الدولي، إلا إذا اشترطت الإدارة المعنية (المصرية) تطبيق القانون الوطني أو أي قانون آخر يعرف التفرقة بين العقد الإداري والعقد المدني.

2- أما المحكمة الإدارية العليا، فلها رأيان :

رأي أول 50 قال بمنع التحكيم في العقود الإدارية، لنفس التبريرات التي ساقها المعارضون، وذلك بمناسبة نظرها في الطعن المقدم من هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان والمرافق ضد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 18/5/1986 في قضية الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق ومن معه، ذلك الحكم 51 الذي ألزم الوزير المذكور بتعيين محكم عنه

49- ملف رقم 307/01/54 جلسة 1993/02/7، مشار إليه بمؤلف بجلاء حسن سيد أحمد خليل، المشار إليه أعلاه، ص 76.

50- قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن 1567، السنة 34 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد الأول، 1994 ص 1134 وما بعدها.

51- حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 3049، السنة 32 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ... نفس المرجع السابق.

استنادا إلى البند 5 من الاتفاق المبرم بين الطرفين بتاريخ 14 أبريل 1955، وهذا الاتجاه، الذي تبنته المحكمة الإدارية العليا هو الذي سلكته محكمة القضاء الإداري فيما بعد⁵²، التزاما بما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا.

- إلا أن نفس المحكمة الإدارية العليا، تراجعت عن موقفها الأول، عندما أيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في قرار لها صدر بتاريخ 18/01/1994 استنادا إلى المادة 501 من قانون المرافعات، بعلّة أن شرط التحكيم تضمنه الاتفاق المبرم بين المتنازعين قبل إنشاء مجلس الدولة، فضلا عن أن الاتفاق على التحكيم لا يترع الاختصاص من القضاء الإداري، وإنما يمنعه من سماع الدعوى، طالما بقي شرط التحكيم قائما⁵³.

3- أما محكمة النقض المصرية، وعملا بالمادة 501 مرافعات، التي نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، فقد انتهت إلى أنه بالنظر لعمومية هذا النص، الذي

52- كما في حكمها في القضية رقم 5429 لجلسة 1991/01/20، منشور في مجلة هيئة قضاء الدولة، السنة 41، العدد 2، أبريل-يونيو 1997، ص 16.

53- الطعن رقم 886، السنة 30 ق، جلسة 1994/01/18، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الأول، من أول أكتوبر 1955 حتى آخر سبتمبر 1995، ص 145.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ينطبق على كل العقود، فالتحكيم، بناء عليه ينبغي على إرادة الأطراف، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وهو ما حصل بالفعل، لذا فهو جائز حتى في العقود الإدارية⁵⁴.

المرحلة الثانية : بعد صدور القانون رقم : 1994/27

نظرا للخلافات الفقهية والقضائية السالفة الذكر، تدخل المشرع المصري فأصدر القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الذي نصت مادته الأولى على ما يلي : "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

54- قرار محكمة النقض في الطعن رقم 369، السنة 22 ق، جلسة 1999/04/02، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة السابعة، ص 522، وقرارها في الطعن رقم 573، جلسة 1986/12/03، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 926، مشار إليه بمقال : أنور محمد رسلان : "التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، السنة 6، العدد الأول، يناير 1998، ص 14، والطعن رقم 62، السنة 15 ق، جلسة 1964/12/24 ص 857، مشار إليه في مؤلف: "قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، أصدرته إدارة التشريع بوزارة العدل، القاهرة 1995، ص 373.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

وعلى الرغم من ذلك، اختلفت وجهات النظر في مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية بين الفقه والقضاء في مصر.

أ- فالفقه المصري انقسم ما بين مؤيد ومعارض :

- فالرأي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية استند إلى عمومية النص المذكور، عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن "العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخص" وأنه "لا اجتهاد مع وضوح النص"، والمقصود هو المادة الأولى أعلاه⁵⁵.

ب- أما القضاء المصري، فقد اختلفت آراؤه أيضاً حول نفس المسألة :

- فالجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وبالرغم من صدور القانون رقم 27 أعلاه، قالت بحظر التحكيم على العقود الإدارية، بعلّة أن شرط التحكيم يعتبر متنافياً مع إدارية العقد، لذا ارتأت ضرورة تدخل المشرع بعمل تشريعي يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بضوابط محددة وقواعد منظمة⁵⁶.

55- أنور رسلان : "التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة 6، يناير 1998، ص 236. وكذا ناريمان عبد القادر : "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1990، ص 148.

56- فتوى الجمعية بجلسة 1996/12/18، ملف رقم 160/339/01/54 في 1997/02/22، "المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاماً"، إصدار المكتب الفني بمجلس الدولة بمناسبة العيد الذهبي للمجلس (1947-1957)، ص 789. انظر أيضاً : محمد عبد المجيد إسماعيل : "عقود الأشغال الدولية"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، طبعة 2000، ص 341.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

في حين أن القضاء الإداري، ذهب عكس ما انتهت إليه الجمعية العمومية أعلاه، فأجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعدما صدر القانون رقم 1994/27، كما فعلت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1996/01/28 في الدعوى المقامة أمامها من وزير الأشغال العامة والموارد المائية ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوروبية المنفذة لمشروع قناطر إسنا الجديدة المسماة "الكونسورتيوم" عندما طالب ببطلان حكم هيئة التحكيم الصادر بتاريخ 1994/01/15 في قضية التحكيم رقم 1992/29 المرفوعة من المدعي أمام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي⁵⁷.

المرحلة الثالثة : بعد صدور القانون رقم : 1997/9

كان ينتظر من صدور القانون رقم 1994/27 أن يجسم الخلاف بين الفقه والقضاء في مصر حول مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، إلا أن فتوى الجمعية العمومية-لقسمي الفتوى والتشريع-السالفه الذكر، القاضية بعدم جواز ذلك التحكيم، ومطالبتها بضرورة تدخل المشرع بوضع نص قانوني صريح يجيزه، وهي الفتوى المتناقضة مع قرار محكمة استئناف القاهرة الصادرة عن الدائرة 23 تجاري بتاريخ 1997/3/19، الذي أجاز التحكيم المذكور،

57- حكم صدر في القضية رقم 4188 السنة 48 ق، غير منشور، مشار إليه في مؤلف نجلاء حسن سيد

أحمد خليل : "التحكيم في المنازعات الإدارية"، مرجع سابق، ص 93.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

التحكيم

كل هذا وغيره من الانتقادات الفقهية أيضا، جعل المشرع المصري يتدخل بموجب القانون رقم 1997/9، الذي بموجبه تمت إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم 1994/27، التي تنص على ما يلي: "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية، يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه على التحكيم بموافقة الوزير الأول المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة⁵⁸، ولا يجوز التفويض في ذلك".

والملاحظات الأولية التي يمكن إبدائها على القانون رقم 1997/9 هي التالية:

- يمكن الاتفاق على التحكيم في مختلف العقود الإدارية الداخلية، مسماة كانت أو غير مسماة.

يسري القانون المذكور على سائر منازعات تلك العقود، سواء أ تعلقت بمحلة إبرامها، أو بتنفيذ بنودها، أو بما يترتب عنها من آثار قانونية لطرفيها.

58- باقي الأشخاص الاعتبارية العامة من غير الدولة، هي المؤسسات العامة والجماعات المحلية (المنتخبة) بمختلف أنواعها، فضلا عن بعض الأشخاص العامة الأخرى الحديثة التي لم تتحدد بعد طبيعتها القانونية، مثل المجالس العليا لمختلف القطاعات (كالتعليم والرياضة والجالية المغربية بالخارج، والماء، والقطاع السمعي البصري... إلخ)، فالذي يمثل هذه الأشخاص هم رؤساؤها أو مديروها، بحسب التسميات المستعملة.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

- لا تكتمل أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية التي تقبل على إبرامها، إلا بموافقة الوزير المعني بالأمر أو من يمثل الشخص الاعتباري العام بصفة قانونية بالنسبة لباقي الأشخاص العامة الأخرى، من دون قبول أي تفويض.

- إذا لم تحصل الإدارة المعنية على موافقة ممثلها القانوني على التحكيم، وأقدمت عليه، فهي تتحمل المسؤولية عن خطئها هذا، إذا كان الطرف الآخر حسن النية؛ هذا رأي بعض الفقه المصري⁵⁹، بينما يرى البعض الآخر بأن هذا الحل في حد ذاته غير كاف، لأنه لا يجوز للإدارة أن تنتكر لاتفاق التحكيم والحال ما ذكر، ما دام تنكرها مخالفا للنظام العام الدولي⁶⁰.

وبالفعل، فإن هيئات التحكيم اعتادت الاعتراف بأهلية أشخاص القانون العام في إبرام اتفاقات التحكيم، وترتيب الآثار القانونية على ذلك، كما في القضية رقم 1986/4381 حيث قررت غرفة التجارة الدولية أنه: "إذا كانت المؤسسة العامة الإيرانية قد أبرمت اتفاق التحكيم من دون الحصول على ترخيص بذلك من السلطة المختصة وفقا للمادة 139 من الدستور الإيراني، وكان هذا العيب الذي لحق

59- حمدي علي عمر: "التحكيم في عقود الإدارة"، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997، ص 140.

60- عصمت عبد الفتاح الشيخ: "التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي"، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 230.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم- 15 و16 جوان 2008

باتفاق التحكيم لم يعلم به الطرف الآخر، فإنه من المسلم به في القضاء التحكيمي أن تمسك المؤسسة العامة الإيرانية ببطان اتفاق التحكيم، إنما يتعارض مع النظام العام الدولي، الذي لا يمكن تجاهله بتطبيق القانون الإيراني⁶¹.

المطلب الثالث : في النظام القانوني المغربي

يمكن تقسيم الوضع في النظام القانوني المغربي إلى مرحلتين اثنتين :
مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 05.08، وبعد صدوره.

أولا : مرحلة ما قبل القانون رقم 8 لسنة 2005

سبقت الإشارة إلى أن 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.

وبعد صدور قانون المسطرة المدنية الحالي بتاريخ 28 شتنبر 1974⁶²، تم إلغاء قانون المسطرة المدنية القديم⁶³.

61 - APPETIT (B) : Arbitrage et contrat d'Etat, Clunet, 1984, page 37.

62- جرى العمل به بتاريخ فاتح أكتوبر 1974 بعدما تم نشر الظهير الذي صادق عليه في الجريدة الرسمية، وهو الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 1974/9/30.

63- بموجب الفصل 5 من الظهير المذكور (فقرة أولى) تم إلغاء ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالمسطرة المدنية.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

وبالرغم من صدور قانون المسطرة المدنية الجديد، فإنه لم ينص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بل نص صراحة في الفصل 306 على عدم إمكانية الاتفاق على التحكيم في "التراعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام"، وهذه العبارة وردت مباشرة بعد العبارة التالية: "في المسائل التي تمس النظام العام، وخاصة: التراعات المتعلقة بعقود ... إلخ"، وكل ذلك يندرج ضمن ما لا يجوز التحكيم فيه.

ولأجل تعميم الفائدة، نورد الفصل 306 بالكامل فيما يلي:

الفصل 306: "يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي 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:
- التراعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام ...".

ومن ثم، فإن سبب حظر التحكيم في العقود الإدارية، ومختلف المنازعات الإدارية، يرجع في نظر المشرع المغربي وقتئذ إلى اعتبار مثل

هذه المنازعات، التي تحكمها قواعد القانون العام، تندرج ضمن النظام العام الذي لا يجوز التحكيم بشأنه.

ولهذا السبب أيضا نكاد لا نعثر على أي دراسة في المغرب تناولت التحكيم في المنازعات الإدارية، قبل صدور القانون رقم 05.08، وبالأحرى منازعات العقود الإدارية⁶⁴، فماذا بعد صدور هذا القانون؟

ثانيا : بعد صدور القانون رقم : 05.08

بإلقاء نظرة خاطفة على مقتضيات هذا القانون، وخاصة في جانبه المتعلق بموضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية، يمكن القول بكل اطمئنان أن المشرع المغربي خطا خطوات شجاعة في إقرار التحكيم المذكور لأول مرة، متجاوزا مختلف الانتقادات الموجهة لنظيره الفرنسي والمصري وغيرهما من التشريعات المقارنة، العربية وغير العربية.

فتحت عنوان : "التحكيم الداخلي (في الفرع الأول) من الباب الثامن من القسم الرابع، من قانون المسطرة المدنية، وبموجب التعديل الذي أدخل عليها بمقتضى القانون المذكور (رقم 05.08) نص المشرع صراحة في الفصل 308 على ما يلي : "يجوز لجميع الأشخاص

64- اللهم ما تعلق بالقانون الإطار رقم 95.18 بمثابة ميثاق الاستثمار، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4335 بتاريخ 29 نوفمبر 1995، الذي نص في مادته 17 على إقرار مبدأ التحكيم في النزاعات القائمة بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي (في العقود الإدارية الدولية)، وبعض القوانين الأخرى المماثلة، التي تهتم كلها بالتحكيم الدولي فقط، مثل ظهور 21 بوليز المتعلق بالبترو، الذي أجاز النص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في فصله 89.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص -الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم-15 و16 جوان 2008

التحكيم

من ذوي الأهلية الكاملة، سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها...".

كما نص صراحة كذلك في الفقرة 3 من الفصل 310 على ما يلي : "...يمكن أن تكون التزايدات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم...".

وفي الفقرة الثانية من الفصل 311 نص صراحة كذلك على ما يلي : "... يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها، وتكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة".

- فقد مر بنا أن حظر التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا هو القاعدة، والاستثناء هو الجواز.

- وقد رأينا كيف تعامل القضاء الفرنسي، عندما قرر منع التحكيم في العقود المذكورة، بسبب الفراغ التشريعي، أو لعدم وضوح النصوص القانونية المتوفرة.

- وحتى تلك التي تبيح التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، اشترطت لصحته أن يتم بمرسوم، وهذه في حد ذاتها عرقلة يصعب تجاوزها.

- كل هذه الملاحظات لا يمكن إبدائها على القانون المغربي الحديث، الذي استفاد ولا شك من تجارب سابقه، فحتى الاختصاص بالنظر في تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة الصادر في نزاع حول عقد إداري يرجع القضاء الإداري بصريح الفقرة الأخيرة من الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية، التي نصت على ما يلي: "يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها، أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط، عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني".

وقد لاحظ كثير من الباحثين على المشرع الفرنسي أن حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام الاختصاص القضائي بشكل عام، لأن إجازة التحكيم والحال ما ذكر، ستؤدي إلى الرقابة على قرار الهيئة التحكيمية من طرف القاضي العادي عند الطعن في بطلان اتفاق التحكيم، مما دفع ببعضهم إلى القول بوجوب تعديل قواعد الاختصاص المتعلقة بالطعن في أحكام المحكمين، وجعل القضاء الإداري هو المختص بدلا من القضاء العادي، كلما كان التحكيم منصبا على نزاع إداري، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج بخرق مبدأ فصل السلطات لحظر التحكيم في المنازعات الإدارية⁶⁵.

65- بجلاء حسن سيد أحمد خليل: "التحكيم في المنازعات الإدارية"، مرجع سابق، ص 124.

JARROSSON (C) : « L'arbitrage en droit public », A.J.D.A, 1997, page 16.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وكذلك الشأن بالنسبة لمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أو المنازعات الإدارية عامة، لأن هذه الأخيرة منظمة بموجب قواعد القانون العام، التي تعتبر من قبيل النظام العام، فهذا هو ما تضمنه قانون المسطرة المدنية المغربي قبل تعديله بموجب القانون موضوع التعليق (رقم 05.08)، وعلى أساس فكرة النظام أيضا تم منع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بينما التصور الحديث، الذي أخذ به المشرع المغربي، من شأنه أن يشجع على اللجوء إلى التحكيم، فضلا عن أن المحكم، عندما يطبق القانون الوطني، أو أي قانون آخر يعترف بازدواجية القضاء، فهو ملزم باحترام قواعد القانون العام، وإلا تعرض حكم التحكيم للبطلان لمخالفته للنظام العام⁶⁶.

- كذلك، تجاوز المشرع المغربي المنع الذي أقرته بعض تشريعات المغربي العربي على التحكيم الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع التونسي، الذي نص صراحة في الفقرة 5 من المادة 7 من المجلة التونسية للتحكيم على ما يلي: "لا يجوز التحكيم... خامسا: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية، إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية، اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية، وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

66- سامية راشد: "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 1985، ص 208.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الجزائري للتحكيم، المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 93.9 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1993، الذي نص في المادة 442 منه على ما يلي: "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم، ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية"، وهو لا يختلف عن نظيره التونسي إلا من حيث الصياغة فقط.

كما أن نفس المشرع، في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قصر التحكيم على العلاقات الاقتصادية الدولية للأشخاص المعنوية العامة، أو الصفقات العمومية فقط، وهذه الأخيرة تمثل عقدا إداريا مسمى، دون باقي العقود الإدارية الأخرى، مسماة أو غير مسماة.