دور التحكيم في فض منازعات العقود الادارية
- دراسة مقارنة –

د. إسماعيل صفاحي

Summary

If arbitration is a legal system defined by most of the old and modern legislations alike, this system has evolved and is no longer limited to civil, commercial and international disputes. It has expanded to encompass areas that were recently distant from it, as in administrative disputes. I would like to choose the subject of the role of arbitration in the settlement of administrative disputes of a contractual nature because of its scientific and practical importance. To study the subject of the study, I tried to divide the subject into two sections. The first part deals with the legality of arbitration in disputes of a contractual nature, The second part is devoted to the supervision of the administrative judge on the work of the arbitrators through dealing with the arbitral award and the related appeals and the authority of the administrative judge on

the decision of the arbitrators in the disputes of the administrative contracts. Depending on the descriptive approach. At the end of this study, I reached several conclusions and recommendations, the most important of which are: Arbitration in the field of agrarian contracts still knows some obstacles and legal and organizational problems, from restricting the process of resorting to arbitration by judicial supervision, which makes the administration resort to the administrative judiciary in its disputes better than resorting to arbitration As long as the arbitral award has its binding executive form after a decision by the president of the court issued in the jurisdiction of its jurisdiction, which makes the administration resort to arbitration as exceptional as long as it is not obliged to resort to the text of the law, but restricted by resorting to the case The administrative contract contains a condition that the competent authority to resolve the dispute in case of non-compliance of the parties to the contract with the content of the contract is the arbitral tribunal. In addition, the administration still does not have much

confidence in arbitration, and does not wish to venture in the public interest protected by the administrative judiciary To the great fear of the negligence of the arbitral tribunal for public benefit, which falls on the shoulders of the state's protection. Which necessitates the intervention of national and legal legislation to give legitimacy to administrative arbitration, the administration's duty to resort to arbitration, especially in the light of contemporary developments and the plethora of cases before the administrative judiciary concerning the disputes of the nodal, in view of the nature and ease of procedures. This will serve to strengthen the alternative means of ending disputes away from the jurisdiction of the state. It is an inevitable aspiration that will have a positive impact on the development of the state and expand the confidence of individuals and organizations in organizing and supporting the field of rights and freedoms which share alternative means of resolving disputes with the judiciary and state courts. The resort to arbitration in the field of contract disputes management desired

development and will facilitate the process of attracting investors both internal and external because it is considered to guarantee them and protect their investments from loss.

تمهيد

نظرا لعجز الرقابة التلقائية التي تباشرها الإدارة على نفسها، لجأت مختلف الدول إلى الجهاز القضائي لفظ النزاعات القائمة بين افرادها، باعتباره الملاذ الحقيقي لحماية حقوقهم وحرياتهم ضد تعسف أجهزة الإدارة، لما يتسم به من حيادية وكفاءة وتخصص، لضمان تطبيق مبدأ المشروعية الإدارية، وخضوع الإدارة للقانون، وفرض عقوبات على الإدارة عند مخالفتها لهذا المبدأ، مما جعل القضاء طريقا طبيعيا لحل المنازعات ووسيلة لإقرار العدل في المجتمع بين مختلف أفراده، باعتباره مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ولا يمكن ممارسته إلا من قبل السلطة العامة التابعة لها. وبعد ظهور بعض الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء، كفرنسا ومصر والمغرب، أصبح الفصل في المنازعات الإدارية من اختصاص القضاء الإداري سواء كان موضوع النزاع منصباً على عمل انفرادي أو تعاقدي؛ بحيث أصبح العقد الاداري يحتل مكانة مرموقة في النظم القانونية المختلفة و يحظى بأهمية كبرى في ظل عجز الدولة عن تحقيق التنمية الشاملة بمفردها، مما جعلها تبحث عن شركاء جدد للتدخل قصد إبرام جملة من عقود التنمية الاقتصادية ،ومع التطورات التي أملتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية، ظهرت الحاجة لوجود الضمانات القانونية التي من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية والداخلية ،ومن بين هذه الضمانات وجود طرق بديلة لحل المنازعات التي تنشأ بمناسبة إبرام العقد بدلا من اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، ومن بين هذه الطرق نجد التحكيم، الذي تأكدت أهميته في السنوات الأخيرة باعتباره وسيلة أساسية لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فنظرا لزيادة اهتمام الدولة بمجال التنمية الاقتصادية وإبرامها الكثير من العقود مع

الأشخاص الطبيعية والمعنوية كما سبق القول، وما قد ينشأ عنها من منازعات، أصبح التحكيم الإداري من الوسائل المميزة لحل المنازعات نظرا لما يتسم به من سرعة الإجراءات وبساطتها وتقليص المدة الزمنية و الكلفة، إضافة إلى دور التحكيم في إيقاف الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو على الأقل التخفيف منها. إذ تطور نظام التحكيم، و لم يعد يقتصر على النزاعات المدنية و التجارية و الدولية، بل اتسع نطاقه ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال في النزاعات الادارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها.

وإذا كان التحكيم قد بدأ يأخذ مكانة مرموقة في حسم النزاعات المدنية والتجارية، واهتمت به الدراسات في هذا المجال، فإنه لم ينل القدر الوافي بعد في مجال المنازعات الإدارية، وهذا ما جعلنا نقوم بهذا البحث المتواضع؛ غير أن دقة الموضوع وكثرة تفاصيله جعلتنا نقتصر في هذه الدراسة على التحكيم في المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية ،ونعني بذلك دعاوى منازعات العقود الإدارية. وللإحاطة بموضوع التحكيم في منازعات العقود الادارية، سنقسم الموضوع إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية التحكيم في العقود الإدارية، ونخصص المبحث الثاني لرقابة القاضي الإداري على أعمال المحكمين. معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن عند مقارنة ما أخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية. وتبعا لذلك ستكون الخطة المتبعة لإعداد البحث محل الدراسة على الشكل التالي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية وأنواعه ومبرراته

الفرع الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية

الفرع الثاني: أنواع التحكيم في العقود الإدارية

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

المطلب الثاني: أسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

الفرع الأول: طبيعة العقود الإدارية ارتباطها بسيادة الدولة

الفرع الثاني: تقييد حرية الإرادة في العقود الإدارية

الفرع الثالث: مدى إطلاق وتقييد حرية الجهة الإدارية في اللجوء إلى التحكيم
المطلب الثالث: جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه
الفرع الأول: موقف الفقه من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.
الفرع الثاني: موقف القضاء من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية
الفرع الثالث: موقف المشرع من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية
المبحث الثاني: رقابة القضاء على أعمال المحكمين.
المطلب الأول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي والطعون المرتبطة به
الفرع الأول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي الصادرة في المنازعات الإدارية
الفرع الثاني: رقابة القضاء على الطعون المتعلقة بمنح الصيغة التنفيذية
المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري على قرار المحكمين
الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري على قرار المحكمين في نزاعات العقود الإدارية
الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تذليل حكم المحكمين بالصيغة التنفيذية

المبحث الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية

لقد تزايد في الآونة الأخيرة الاهتمام بالتحكيم على الصعيد المحلي ونود في هذا المبحث أن نسلط الضوء على ماهية التحكيم كوسيلة من وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول مفهوم التحكيم وانواعه ومبرراته، أما المطلب الثاني فسنخصصه لأسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، أما المطلب الثالث فسنفرده لمدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية وأنواعه ومبرراته

نتناول في هذا المطلب مفهوم التحكيم في العقود الإدارية وأنواعه ومبرراته من خلال استعراض أراء الفقهاء في ذلك.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية

يعد التحكيم وسيلة فعالة وسريعة لحل المنازعات التي تثار بين الخصوم بعدما أصبحت الدولة لا تحتكر وحدها سلطة الفصل في المنازعات وذلك بنصها صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض ما نشأ من المنازعات دون اللجوء إلى قضاء الدولة صاحب الولاية العامة، وقد أعطى الفقه والقضاء والمشرع تعاريف مختلفة للتحكيم .

الفقرة الأولى: المفهوم القانوني للتحكيم

لقد عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة 1442 من قانون التحكيم رقم 48 لسنة 2011 بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشا بينهم في المستقبل للتحكيم". بينما عرفت المادة 1447 من نفس القانون مشارطة التحكيم بأنها: "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو اكثر". كما عرف التحكيم بأنه "إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم". أما المشرع المصري، فلم يعرف التحكيم بشكل صريح، لكن ما أورده يحمل هذا المعنى، حيث نصت المادة العاشرة في فقرتها الأولى من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994 والمنشورة في الجريدة الرسمية عدد 16 في 1994\4\21 على أنه اتفاق التحكيم هو "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية[1].

أما بخصوص المشرع المغربي فقد عرف الفصل 306 من قانون رقم 05-08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية بأن التحكيم هو:" حل نزاع من لدن هيأة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء

[1]- انظر إلى نص المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

على اتفاق التحكيم."[2] كما عمد على تعريف اتفاق أو شرط التحكيم من خلال الفصل307 من نفس القانون على أنه: "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية[3]"و أضاف في الفقرة الموالية من نفس الفصل أن اتفاق التحكيم يكتسي" شكل عقد تحكيم او شرط تحكيم". أما فيما يخص عقد التحكيم، فقد عرفه الفصل 314 في فقرته الأولى من نفس القانون على أنه:" هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية". في حين يعرف الفصل 316 من نفس القانون شرط التحكيم بأنه:" هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور".

وتبعا لذلك يعد التحكيم إحدى وسائل حسم المنازعات وهو طريق استثنائي، يلجأ إليه أطراف النزاع بإرادتهم الحرة الواعية المختارة، بناء على إجازة المشرع، محيدين بذلك طريق القضاء جانبا لصالح التحكيم، وقد يتم اللجوء إلى القضاء في بعض المسائل، ويلجُون هذه الطريق إما بشرط تحكيم، سواء ذكر في العقد نفسه أو في عقد مستقل قبل نشوء النزاع، أو بمشارطة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع، آملين إيجاد حل لنزاعهم بعيدا عن المماطلة، وذلك بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة، ولا شك أن التحكيم يشغل حيزا كبيرا في الوقت الحاضر في المنازعات الدولية، حيث أصبح قضاء أصيلا لها، وتزداد أهميته يوما بعد يوم بسبب ما يتمتع به من مميزات جمة تبعث الثقة في قلوب من يسلكون هذا الطريق.

الفقرة الثانية: المفهوم الفقهي للتحكيم

إنه من الصعب وضع تعريف دقيق وشامل للتحكيم، وذلك لتنوع أنماطه وخصائصه، واختلافه من مجتمع إلى آخر ومن دولة إلى أخرى. ولهذا، فإن أي تعريف له يبقى ناقصا غير شامل، ومع ذلك فإن العديد من الباحثين والعلماء حاولوا تعريفه كل بحسب اتجاهه. فبعضهم عرفه

---

[2]- القانون رقم 05-08 الذي بموجبه تم نسخ وتعويض الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 2007/11/30 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 2007/12/6، ص 3994.

[3]- الفصل 306 و307 من القانون المغربي رقم 08.05 لسنة 2007.

بأنه : وسيلة رضائية يشعر كل طرف أنه لم يخسر، لأن الحل يظهر وكأنه رضائي ارتضاه كل طرف ولم يفرض عليه[4].وعرفه فريق آخر، بأن التحكيم هو رغبة الطرفين عرض النزاع على القضاء في الدولة، ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها بأنفسهم، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون تطبيقه فيما بينهم، فالمحكم ليس قاضيا مفروضا على الطرفين، وإنما هو قاض مختار بواسطتهم بطريق مباشر أو غير مباشر.[5] وعرف من طرف اتجاه آخر بأنه: الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء[6]. وهناك من عرفه بأنه: نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها.[7] ومن خلال التعريفات السابقة نستنتج ان التحكيم ينبغي ان يتوفر على عنصرين هما اختيار المحكم من قبل أطراف النزاع بإرادتهم الحرة لفض النزاع وقيام المحكم بإصدار حكم في النزاع المعروض عليه.

الفقرة الثالثة: المفهوم القضائي للتحكيم

على غرار التعريفات الفقهية، فإن الاجتهادات القضائية لم تتفق بدورها على تعريف موحد للتحكيم. فقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم في ماهيته بأنه" طريق لفض الخصومات, قوامه الخروج من طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي ,وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"[8] . إذ ذهبت المحكمة في حكم آخر إلى أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات، وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية

---

[4]- أحمد عمر أبو رقية، أوراق في التحكيم، جامعة قاريونس ، بنغازي، 2003، الطبعة الأولى، ص20.

[5] محمود محمد هاشم النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ،دار الفكر العربي القاهرة 1990 ص 20

[6] وجدي راغب فهمي ،مفهوم التحكيم وطبيعته ،كلية الحقوق جامعة الكويت الدورة التدريبية للتحكيم ص 3-92 سنة 1993.

[7]- ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الفعلي الخاص، دار النهضة العربة، القاهرة 1997، ص 40.

[8]- الطعن رقم 285 لسنة 36 قضائية، جلسة 1971/12/16، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، السنة 22، العدد الأول من يناير إلى مارس 1971، مطبعة القضاء العالي 1972، ص 179.

وما تكلفه من ضمانات.[9] في حين عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية[10] بأنه: عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهة الممالأة مجردا من التمايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ويعد هذا التعريف من أفضل التعريفات الصادرة، لكونه جامع مانع[11]. كما عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصري بأنه:" الاتفاق على عرض النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، و ذلك بحكم ملزم للخصوم أمام المحكمة المختصة.

أما فيما يخص القضاء الفرنسي، فقد عرف التحكيم بأنه:" اللجوء إلى أطراف محكمين ليسوا قضاة لفض نزاع ما بعيدا عن سلطة القضاء، بحيث لا يلجأ إلا فيما يراه المحكمون لازما لذلك".

الفرع الثاني: أنواع التحكيم في العقود الإدارية

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع، فمن حيث إلزاميته، ينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع، ينقسم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسساتي، ومن حيث مكانة، ينقسم إلى تحكيم وطني ودولي أجنبي. وسنحاول في هذا الفرع توضيح كافة هذه الأنواع .[12]

الفقرة الاولى: التحكيم الاختياري

---

[9] -حكم محكمة النقض المصرية رقم (3-1-1952) مجموعة القواعد القانونية في خمس وعشرين سنة الأخيرة، الجزء الأول، ص397.

وعرفه البعض بأنه أداة سلمية لا تقوم على حل النزاع يقر من أعلى بقوة السلطة العامة وإنما على امتثال الأفراد، لرأي الغير الذي يحوز ثقتهم . د. أحمد هندي : تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، ص 7 وانظر في تعريف التحكيم ، د.نزار الكيالي التحكيم في التشريع السوري ن بحث منشور في مجلة القانون، سوريا، السنة 18 عدد 3،1967، وكذلك د. محمد أنس قاسم، العقود الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة 2000، وللمزيد انظر. ناريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1996، ص46.

[10]- حكم محكمة النقض المصرية رقم 1998/11/20 م طعن رقم 1403، لسنة 55.

[11]- حكم محكمة النقض رقم 1/3 /1952 مجموعة القواعد القانونية، الجزء الأول، ص 397.

[1212]احمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات للعقود الدولية دار النهضة القاهرة 2001، ص49.

التحكيم الاختياري هو لجوء الأطراف المتعاقدين بسلطان إرادتهم الحرة المختارة بموجب الاتفاق إلى التحكيم، حيث يختارون المحكمين، وكذلك القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم[13]. وبهذا نلاحظ أن التحكيم الاختياري يقوم على عنصرين أساسين هما الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة بذلك.

ثانيا: التحكيم الإجباري

التحكيم الاجباري هو تحكيم مفروض على الأطراف، حيث لا يكون لإرادة الأطراف أي تدخل في اللجوء إليه، وتوضع له قواعد تنظم أحكامه، وقد يفرض المشرع اللجوء إلى التحكيم، ويترك للخصوم حرية اختيار المحكمين، وتعيين إجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق.[14] ويتصف هذا النوع من التحكيم بالندرة وهو يطبق بشكل واسع في الأنظمة القانونية للدول الاشتراكية بعد أن استقر للقطاع العام، فيها مركز السيادة في الاقتصاد القومي، بأن حصلت مؤسسات الدولة على أهمية كبرى في النشاط الاقتصادي.[15] ويؤدي التحكيم الإجباري إلى الحفاظ على السلام والقانون بين هيئات القطاع العام وبين جهة حكومية مركزية، أو هيئة عامة ولا تثور هذه المنازعات بين أطراف تتعارض مصالحهم، بل تنتهي إلى نتيجة واحدة وهي الدولة، والهدف هو الصالح العام، وصالح المجموع في إطار أهداف خطة التنمية الاقتصادية، ومن أمثلة ذلك التحكيم في منازعات القطاع العام في مصر سابقا.[16] ولهذا يجب التفرقة بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، لأن الخلاف الذي نشأ بشأن مدى جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لا يتعلق بالتحكيم الإجباري، ذلك لأنه عند النص عليه يجب

---

[13]- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 29.

[14]- عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 29-30.

[15]- استالف، ترجمة يوسف درويش، التحكيم عن طريق الدولة في جمهورية بلغاريا الشعبية، مقال منشور في مجلة المحاماة ن عدد 1 السنة 50، يناير 1970

[16]عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ص 31.

على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه وبصفة إلزامية، وإذا لم تلجأ إليه يعد تصرفها مخالفا للقانون، ويمكن الطعن فيه وفقا للقانون.[17]

ثالثا: التحكيم الحر

التحكيم الحر هو الأصل والصورة التقليدية ،حيث يختار أطراف النزاع المحكمين في كل حالة، وذلك دون التقيد بنظام دائم، فيجري في حالات فردية ولا يختار الأطراف هيئة دائمة، بل يلجؤون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم . و التحكيم الحر يعطي للخصوم حرية اختيار من يشاؤون من المحكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها، وكذلك القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم، وهو تحكيم طليق من أي قالب جاهز مسبقا، وهو تحكيم خاص بحالتهم دون غيرهم.[18]

ويتميز بأنه أسلوب مثالي إذا تصدى له محكم كفء لحسم المنازعة، وهو قليل التكاليف ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسساتي، حيث إن التحكيم المؤسساتي يضم محكمين من جنسيات مختلفة، ويؤدي إلى تسرب الأسرار وإفشائها ويتبع التحكيم الحر القواعد الإجرائية بمرونة أكثر ويحقق أيضا السرعة. كما يراعي التحكيم الحر مصالح الدولة فلا يثير الاعتبارات المتعلقة بسيادة الدول، وذلك خلافا للتحكيم المؤسساتي الذي تحرص الدول على تجنبه وتفضل التحكيم الحر عليه، وذلك لأن مراكز التحكيم قلما تخلوا من تحيز أو ارتباط بدولة المقر، وهي اعتبارات تهم الكثير من الدول ولا سيما الدولة النامية.

رابعا: التحكيم المؤسساتي

يتولى هذا النوع من التحكيم هيئات ومنظمات دولية أو وطنية من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها، ولوائح هذه الهيئات تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف هذه الهيئات للفصل في النزاع.[19] والتحكيم المؤسساتي يتناسب مع مصلحة الأطراف في إنهاء النزاع وذلك حتى لا يعرقل أحدهما سير العملية التحكيمية، فيؤمن سيرها

---

[17]- جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة،1999 ص 29-30.

[18]- شاكر اسماعيل العبسي ، التحكيم التجاري الدولي ، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، 2000، ص 148.

[19] شاكر اسماعيل العبسي ، التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق، ص 148-150.

بفاعلية إلى حين إصدار الحكم. كما أن التحكيم المؤسساتي قد يكون هو المخرج الوحيد، وذلك عند تعلق الأمر بتحكيم متعدد الأطراف، حيث تثار مشكلة اختيار المحكمين وتشكيل الهيئة التحكيمية.[20] ويتم حل هذا الأمر عن طريق قيام المؤسسة التي يجري التحكيم فيها باختيار المحكمين وتشكيلها، وهذا الأمر لا يكون إلا في التحكيم المؤسساتي، حيث إن المؤسسة التي يجري فيها التحكيم هي السلطة المختصة بتعيينهم.[21] إلا أن البعض يرى أن التحكيم المؤسساتي تكاد تنعدم فيه مظاهر الرضائية أو الاختيار وحرية الإرادة، مما يمكن القول معه إنه أقرب إلى القضاء الإجباري منه إلى التحكيم الحر، وهذا انتقاد في غير موضعه، وتشعر الدولة بعدم الرضى والارتياح للقرارات الصادرة عن الهيئات الدولية، لأنها تتعاطف مع الشركات الأجنبية بسبب نظر المحكمين الأجانب إلى هذه الشركات على أنها الطرف الضعيف الذي هو في حاجة إلى الحماية القانونية.

خامسا: التحكيم الوطني

هو ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني، ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني، ولا ينفذ خارج إقليم الدولة، ولا يجوز للقاضي أن يتصدى لموضوع النزاع، حيث يقتصر دوره على بحث مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ، وخصوصا مدى اتفاق الأطراف، ومتطلبات التنفيذ مع النظام العام في الدولة[22] .

سادسا: التحكيم الدولي

هو ذلك التحكيم الذي ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة ، ويثير عدة صعوبات، مثل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع، وتحديد مكان التحكيم وأسماء وجنسيات المحكمين، وهذه لا وجود لها في التحكيم الوطني، وهذا النوع

---

[20]- عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدول، مرجع سابق، ص 33.

[21]- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، غير منشور، 2000. ص 308.

[22]- محمد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية عدد 52، الطبعة الأولى 2004، ص18.

من التحكيم يصعب تحديد انتمائه لدولة بعينها دون الأخرى.[23] وهناك عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن غيره وهي المعيار الجغرافي و يتمثل في مكان التحكيم، ثم المعيار القانوني الذي يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني: شروط و إجراءات التحكيم الإداري

يستوجب التحكيم كإجراء قانوني توافر شروط شكلية وموضوعية لازمة لصحته، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالموضوع ومنها ما يتعلق بالشكل، كما أن هناك إجراءات يجب أن يقوم بها المحكم بحضور طرفي النزاع للفصل فيه، وهو ما سيتم توضيحه بشيء من الإسهاب في الفرعين التاليين.

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية

التحكيم والقضاء الرسمي في الدولة شريكان في تحقيق هدف واحد هو تسوية المنازعات وإن أختلف الأول عن الثاني، في أنه يستند إلى إرادة طرفي النزاع كأساس لقيامه، حيث تتجه إرادة الأطراف إلى التحكيم لتسوية المنازعات الحالية أو المستقبلية بصدد موضوع معين بحكم يكون ملزم لأطراف المنازعة مفضلة بذلك نظام التحكيم على اللجوء إلى القضاء، وذلك لما يتسم به التحكيم من المميزات التالية[24]:

1. بساطة الإجراءات وسرعة القرار: تعتبر إجراءات التحكيم بسيطة، حيث يحدد أطراف النزاع تلك الإجراءات ،الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار قرر التحكيم، إضافة إلى ما في التحكيم من اختصار لدرجات التقاضي، حيث تصدر الهيئة التحكيمية حكماً نهائياً وباتاً في النزاع غير قابل للطعن فيه من حيث الموضوع، قابلاً للتنفيذ الفوري.[25]
2. السرية: تتصف إجراءات القضاء العادي بالعلانية، وهو أمر قد لا يفضله أطراف النزاع لما تؤدي إليه تلك العلانية من كشف لأسرارهم المهنية أو لمركزهم الاقتصادي، الأمر الذي يلحق بهم ضررا قد

---

[23]- إبراهيم أحمد إبراهيم، لمحات عن تنفيذ أحكام التحكيم في مصر ، بحث مقدم لمؤتمر حول بعض المسائل القانونية النظرية والتحفظية، الغردقة من 14-19 أبريل 1994، إعداد احمد جامع.

[24]- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص 94.

[25]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص 21.

تفوق جسامته خسرانهم للدعوى، لذلك فإنهم يجدون في اللجوء إلى التحكيم بغيتهم، حيث إن إرادتهم هي التي تحدد إجراءاته ولهم – إذا أرادوا ذلك- جعل كافة إجراءات التحكيم سرية، إذا رأوا أن في عانيتها ما يلحق بهم من أضرار، وهو الأمر الذي لا يملكونه في حالة التقاضي أمام القضاء العادي، والذي لا تكون جلساته سرية، إلا إذا تعلق الأمر بالحفاظ على الآداب العامة أو أمن الدولة الخارجي أو الداخلي وفق تقدير المحكمة المنظور أمامها النزاع،

3. اختيار أطراف النزاع للمحكمين: إن تمكين أطراف النزاع اختيار من يصدرون حكما فيه ميزة ينفرد بها التحكيم يفتقدونها في حالة اللجوء إلى القضاء، حيث لا يملك الخصم اختيار قاضيه. ويحقق تمكين أطراف النزاع من اختيار الهيئة التحكيمية ميزة مهمة، تتمثل في ثقتهم في هؤلاء المحكمين الذين وقع عليهم الاختيار، لا سيما إذا كان النزاع متعلقاً بمسائل فنية، يصعب على القاضي الفصل فيها دون إحالتها إلى خبير في الموضوع محل المنازعة الأمر الذي قد يستغرق وقتا طويلا، رغم ما لهذا الوقت من أهمية بالنسبة إلى أطراف النزاع ناهيك عن إجهادهم ماليا- في أمر من شأن لجوئهم الى التحكيم للفصل فيه أن يغنيهم عن ذلك.[26]

ووفق ما تقدم، فإن التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات يعد أفضل من القضاء الرسمي في الدولة بل إن من شأن اتباعه تخفيف أعباء هذا القضاء، لما يؤدي إليه من تقليل القضايا التي تعرض عليه، الأمر الذي يؤدي إلى تكدسها وإطالة أمد الفصل فيها.[27]

4. قلة التكاليف: تمنح القوانين التي تنظم إجراءات التحكيم، وقواعده التي قد يتفق عليها الأطراف، سلطة تقديرية ومرونة واسعتين للهيئة التحكيمية في تسيير إجراءات التحكيم. من الأمثلة على تلك القواعد، قواعد التحكيم التي وضعها Unistral في المادة 15 فقرة 1، حيث تقضي بما يلي : مع مراعاة أحكام هذه القواعد، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، شريطة أن

---

[26]- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص5.

[27]- عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة،2000 ،ص42.

يعامل الطرفان على قدم المساواة، وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته، ويستفاد من هذا النص أنه يمكن للهيئة التحكيمية من اتخاذ قرارات بشأن تنظيم الإجراءات تأخذ في الاعتبار ظروف القضية وتوقعات الأطراف، وأعضاء الهيئة التحكيمية، والحاجة إلى تسوية النزاع تسوية عادلة وفعالة من حيث التكلفة.[28] وقد تجعل السلطة التقديرية هذه من الصائب، أن تبين الهيئة التحكيمية للأطراف في الوقت المناسب تنظيم الإجراءات والطريقة التي تعتزم اتباعها، وذلك بوجه خاص في عمليات التحكيم الدولي، وبدون ذلك التوجيه، يمكن أن يجد أحد الأطراف صعوبة في التكهن بالإجراءات والاستعداد لها، وقد يؤدي هذا إلى سوء التفاهم والتأخير وازدياد التكاليف، على عكس ما يقابل ذلك من عبء كبير في التكلفة أمام محاكم الدولة.

5-تجنب تنازع القوانين والاختصاص القضائي، حيث إن قضاء التحكيم يوفر للأشخاص الأجانب -المستثمرين منهم على وجه الخصوص- حرية اختيار جنسية المحكمين والقانون الواجب التطبيق على النزاع, بما يحول بين المستثمر الأجنبي وبين التردد في المجازفة باستثماره على ضوء قوانين الدولة التي يمارس استثماراته فيها.[29]

المطلب الثاني: أسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

إن اللجوء إلى التحكيم في مختلف المنازعات، أمر لا جدال فيه بحيث لم يثر أي خلاف حول إمكانية اللجوء إليه أو عدمه، إلا أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية قد أثار الجدل حول مشروعيته أو عدمه، وتعود أسباب الخلاف إلى مجموع من الأسباب يمكن اختزالها في الأسباب التالية:

الفرع الاول: طبيعة العقود الإدارية ارتباطها بسيادة الدولة

تتميز العقود الإدارية بطبيعة خاصة ومغايرة لكافة العقود الأخرى، كالعقود التجارية أو العقود العمالية وغيرهما، والقضاء الإداري عندما

---

[28]- نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة طنطا، مصر، 2008، ص29.

[29]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص25.

ينظر في منازعات العقود الإدارية ينظرها بشيء من التمايز والتغاير الذي يتلاءم مع طبيعة العقد الإداري.[30] كما أن هناك بعض العقود الإدارية التي ترتبط بسيادة الدولة بصورة مباشرة ويتعلق الامر بالثروات الطبيعية للدولة، كما هو في عقود الالتزام والتي كثيراً ما تمتد إلى سنين طويلة فمنازعاتها يجب أن تكون خاضعة للقضاء لأن في خضوعها للتحكيم قد يكون فيه نوع من خرق لسيادة الدولة[31].

الفرع الثاني: تقييد حرية الإرادة في العقود الإدارية

يقوم التحكيم على أساس حرية الأطراف في اللجوء إليه تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا الأمر لا يوجد عند اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، لأن التعبير عن إرادة الإدارة عند إبرامه تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون، وما استقر عليه الأمر من ضرورة استخدام الإدارة وسائل القانون العام أو تضمين العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص عند إبرامه[32]. حيث أن الموظف المختص بإبرام العقد الإداري لا يتصرف في مال مملوك له، ومن ثم فإن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ليس بالأمر السهل كما هو الحال بالنسبة للعقود الأخرى.

الفرع الثالث: مدى إطلاق وتقييد حرية الجهة الإدارية في اللجوء إلى التحكيم

من أسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية يرجع إلى مدى تقييد أو أطلاق سلطة الإدارة عند لجوئها إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإذا لم يوجد نص قانوني يجيز أو يمنع التحكيم، فإن سلطة الإدارة تكون دائرة بين الحظر إذا كانت مقيدة ودائرة السماح إذا كانت مطلقة. لهذه الأسباب اختلفت الآراء حول مدى اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية والاتجاه الثاني يرى جواز اللجوء إلى التحكيم في

---

[30] محمد محبوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحاكم التجارية، العدد الثالث والرابع، فبراير ،2009، ص17.

[31] أحمد أبو الوفا: "التحكيم الاختياري والإجباري"، الطبعة الخامسة 1988، ص. 254 [14] .
شعيبي المذكوري: الاتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية"، مرجع سابق، ص. 43.

[32] علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، القاهرة ، 1997.

العقود الإدارية . وللإشارة، فان الخلاف لا يشمل الخلاف حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التحكيم الإجباري وإنما يقتصر على التحكيم الاختياري، فعندما يرد نص يفرض على الإدارة اللجوء إلى التحكيم، فيتعين على الإدارة في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم وإلا كان تصرفها مخالفا للقانون وغير مشروع ويمكن مهاجمته بالطعون المحددة في القانون. إذن فإن الخلاف في مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ينحصر في التحكيم الاختياري فقط. لكون الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً في كل أنواع المنازعات، والتي منها منازعات العقود الإدارية إذا ما رخص المنظم ذلك. فإذا كان هناك نص آذن بالتحكيم في العقد الإداري فإن للجهة [33] الإدارية والمتعاقد معها الخيار بين الالتجاء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع أمام التحكيم ويكون الالتجاء إلى أحد الطريقين مسقطاً للآخر.[34]

المطلب الثاني: جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

بعد حصر أسباب الخلاف لمشروعية التحكيم في العقود الادارية، سنعالج في هذا المطلب الآراء التشريعي و الفقهية والقضائية التي تباينت بين معارض ومؤيد إلى أن تدخل المشرع في عدة دول وحسم الخلاف سواء بإجازة التحكيم في العقود الإدارية أو بعدم إجازته.

الفرع الاول: موقف الفقه من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

لقد تباينت آراء الفقهاء، على مر الفترات الزمنية، حول مسألة القابلية للتحكيم في المنازعات الادارية بصفه عامة، وفي العقود الإدارية بصف خاصة ،وهذا ليس بغريب أن توجد آراء وأفكار عديدة في مجال البحث العلمي حول مسألة مرت بطريق طويل مند القرن التاسع عشر حتى الآن. وتبعا لذلك اختلفوا بخصوص مشروعية التحكيم في العقود الادارية واقتسموا في الإطار الى اتجاهين واحد يمنع اللجوء الى التحكيم والآخر يجيز اللجوء اليه، وفيما يلي تحليل لهذين الاتجاهين[35].

---

[33] أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، منشاة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1974، 425.

[34] عبد المجيد غميجة، قراءة في مشروع مدونة التحكيم، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 2004/2، ص :119.

[35] محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، منشورات المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 5-2011 الطبعة الأولى.

الفقرة الاولى: الاتجاه الفقهي المنكر للتحكيم في العقود الإدارية

يرى أغلبية فقهاء القانون الفرنسي، عدم جواز اللجوء إلى التحكيم بصدد العقود الإدارية، وأنه من الأمور المحظورة إلا إذا ورد نص صريح بالجواز. وفي هذا الصدد يقول الفقيه فيرناند Fernand بأن "القضاء الإداري يستطيع أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة، أفضل من المحكمين".[36] كما يذهب الفقيه لافيريير La Feriere إلى القول بأنه "من المسلم به أن الدولة لا تخضع قضاياها لمحكمين، سواء بسبب النتائج المشكوك فيها للتحكيم، أو بسبب اعتبارات النظام العام، التي تقضي بأن الدولة لا يمكن أن تكون موضوعا للقضاء إلا بواسطة جهات القضاء المنشأة بالقانون"، كما يذهب لحد التساؤل بطريقة استنكارية، "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها القضاة العاديين" و يقول في هذا كذلك مفوض الدولة روميو في أحد تقاريره بأن "الوزراء لا يستطيعون أن يضعوا في أيدي المحكمين الحل لمسألة متنازع عليها، لأنهم لا يستطيعون أن يتهربوا من جهات القضاء القائمة".[37]

فجانب من الفقه المصري أخذ بفكرة عدم إمكانية اللجوء للتحكيم، استنادا إلى كون التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة، والقضاء الوطني أحد مظاهرها، كما لكونه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للبث في منازعات العقود الإدارية، و ذلك عملا بالمادة 172 من الدستور المصري لعام 1971، و المادة 108 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 بالإضافة لأن التحكيم يتعارض مع النظام العام. بينما اتجه جانب آخر من الفقه المصري إلى تقرير جواز التحكيم، نظرا لعدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية أما المادة 10 من نفس القانون فهي لا تقتصر سوى على بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص محاكم المجلس و محاكم القضاء العادي، كما لكون أحكام قانون المرافعات، الذي يطبق على

---

[36] رياض فخري، قواعد التحكيم قراءة في القانون رقم 08.05، سلسلة الندوات الجهوية المنظمة بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، الندوة 11، ص:430 -

[37] - 1مصطفى يحيى الجمل: حصاد القرن العشرين في علم القانون، الطبعة الأولى، دار الشروق بمصر، 2006، ص88 وما بعدها. 2 - أنور رسلان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية- مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، صادرة عن كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول ، يناير 1998. ص 239.

محاكم مجلس الدولة، عند غياب نص خاص، يجيز الاتفاق على التحكيم، طبقا لمقتضيات المادة 501 من قانو التحكيم . وفي هذا الاطار يرى بعض الفقه المصري بأن عدم حصول الإدارة المعنية على موافقة ممثلها القانوني على التحكيم، و أقدمت عليه، فهي تتحمل المسؤولية عن خطئها هذا، إذا كان الطرف الآخر حسن النية. بينما يرى البعض الآخر، بأن هذا الحل في حد ذاته غير كاف، لأنه لا يجوز للإدارة أن تتنكر لاتفاق التحكيم، ما دام تنكرها مخالفا للنظام العام الدولي.[38]

أما بالنسبة للفقه المغربي فيمكن القول، على أنه لم تكن هناك دراسات حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، قبل صدور القانون رقم 05-08 لسنه 2007 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية،[39] والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية الداخلية لأول مرة في المغرب في المواد من الفصل 306 إلى المادة 38 بالفصل327 نظرا لموقف المشرع آنذاك في المنع من اللجوء للتحكيم نظرا لاتصاله بالنظام العام.

أما الاتجاه الفقهي المنكر للتحكيم في العقود الادارية استند على ثلاث نظريات منبثقة جميعها من المبادئ العامة للقانون:[40] وهي مبدأ فصل السلطات الإدارية عن السلطات القضائية، ومفهوم النظام العام، ونظرية عدم أهلية الإدارة للجوء إلى التحكيم. فمبدأ فصل السلطات يقضي بوجود جهة قضائية متخصصة تتولى الفصل في المنازعات الإدارية، ومن بينها منازعات العقود الإدارية، وهذه الجهة هي القضاء، ويترتب على ذلك أن إباحة التحكيم في منازعات العقود الإدارية يعتبر اعتداء على اختصاص قضاء الدولة، وبالتالي اعتداء على مبدأ الفصل بين الهيئة القضائية والهيئات الإدارية. ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يجد أساسه في فكرة النظام العام، بمعنى مجموع المصالح العليا للمجتمع التي تسمو على المصالح الفردية. ومن ناحية ثالثة، فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم يقوم

---

[38] سيدي محمد العمار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، سنة 2002.ص14.

[38]- عزيزة شريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية سنة 1993، ص 21.

[39] قانون رقم 05/08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ 16 كانون الأول لسنة 2007

[40] عزيزة شريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية سنة 1993، ص25

على نظرية عدم أهلية هذه الأشخاص لإبرام اتفاق التحكيم لأن المشرع لم يمنحها الأهلية اللازمة من الناحية القانونية لإبرام هذا الاتفاق ، بل حظر عليها ، بمقتضى نصوص تشريعية صريحة ، اللجوء على التحكيم [41].وقد استند مؤيدو هذا الاتجاه في رفضهم لإقرار التحكيم في العقود الإدارية من مبدأ سيادة الدولة، حيث يرون في هذا التحكيم سلبا للاختصاص القضاء الوطني، الأمر الذي يعد مساسا بسيادة الدولة علاوة على ما فيه من إحلال للقانون الأجنبي محل القانون الوطني. ويوجد من الجانب الرافض من الفقه لجواز التحكيم في العقود الإداري من يؤسس اعتراضه على أساس فكر النظام العام، وعلى اعتبار أن المقصود بهذه الفكرة في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وأن العقود الإدارية بطبيعتها تختلف عن العقود المدنية بهيمنة فكرة الصالح العام عليها، ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من الشرع، لهذا كان لابد من تدخل المشرع ليحسم هذا الخلاف السائد لدى الفقه. [42]والواقع أن التمسك بمبدأ سيادة الدولة وسيادة القانون الوطني في هذا المجال تمسك في غير محله، حيث أنه وإن كان القضاء الوطني من مظاهر سيادة الدولة الأمر الذي يعد في سلبه لاختصاصه ماسا بتلك السيادة؛ إلا أن هذا المساس ينتفي إذا صدر قانون يسمح بذلك. وينضاف إلى ما تقدم أن التحكيم ليس له علاقة بالقضاء الذي يكون له سلطة التدخل في أعمال المحكمين بالمساعدة أو الرقابة.

الفقرة الثانية: الاتجاه الفقهي المؤيد لجواز التحكيم في العقود الإدارية.

لقد كان لتطور التجارة الدولية والاستثمارات المالية واحتياجات الدولة لهذه الاستثمارات دور أساسي في التخفيف وبشكل تدريجي لبعض التشريعات بأن تلجأ إلى التحكيم الدولي إذا تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية. بحيث ذهب البعض من فقهاء القانون الفرنسي إلى القول بجواز اللجوء للتحكيم، و من بين هؤلاء المؤيدين، نجد الأستاذ شارل جاروسو الذي انتقد حجج منع التحكيم، ذلك لوجود غموض و عدم

---

[41] شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، 2011، ص103

[42] أحمد أبو الوفا: التحكيم ، بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الطبة الثانية، 2007، ص 25.

الوضوح مما يؤدي إلى تعارضها مع بعضها و ضعفها و كونها ليست قانونية.[43]

أما في مصر فقد ذهب بعض فقهاء القانون بعد صدور قانون التحكيم رقم 9 سنة 1997 إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية،[44] وأن أصل اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية هو الجواز "وأن الاستثناء هو الحظر بنص خاص أو اتفاق الأطراف[45]؛ بناء على المادة 58 من قانون الإجراءات المدنية المصري رقم 13 لسنة 1968 والتي تنص على أنه " لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنية بشرط استيفاء إداري الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل إبرام التحكيم ولو كان التحكيم غير جائز لما وضع القانون هذا الشرط، وبهذا الرأي أخذ ثلة من الفقهاء بالقانون. ويستند الجانب المؤيد لجواز التحكيم في العقود الإدارية إلى عدة أدلة وهي: أن المنازعات في مجال العقد الإداري بطبيعتها مثلها مثل غيرها من المنازعات؛ ويجيز كل من القانون المدني والتجاري الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم ولم يصدر نص صريح يحظر على الجهات الإدارية عملية اللجوء إلى التحكيم ومن ثم لا يجوز تقييد النص أو تخصيصه بغير موجب.[46]

الفرع الثاني: موقف القضاء من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

الفقرة الاولى: الاتجاه القضائي المنكر للتحكيم في العقود الإدارية.

لقد أخذ القضاء الفرنسي موقفاً صلباً في تعامله في مسألة التحكيم في العقود الإدارية ،حيث رفض في البداية إقرار حق أشخاص القانون العام في اللجوء إلى تضمين العقود التي يبرمونها في أي شروط

---

[43] محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، منشورات المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 5-2011 الطبعة الأولى، ص 26 وما بعدها.

[44] اقانون التحكيم المصري رقم 9 لسنة 1997 الجريدة الرسمية العدد 20 الصادر في 15 مايو 1997.

[45] خالد عبد الحكيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فص المنازعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1،2011، ص 29.

[46] نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة طنطا، مصر، 2008، ص29.

تحكيمية لحل المنازعات التي تنشأ عن إبرام العقد أو تفسيره أو تنفيذه،[47] ومن التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه، نجد ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957 إلى القول "بأن حظر التحكيم بموجب قانون المسطرة المدنية ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون الدولي"، و استندت استئنافية باريس على التطبيق الحرفي للمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.[48] و هذا ما أقرته و ذهبت إلى اعتماده محكمة استئناف إيكس أومبروفونس Aix en-Provence في قرارها الصادر بتاريخ 1959/05/05[62]، و هو نفس الاتجاه الذي أيدته محكمة النقض. أما بالنسبة للقضاء المتخصص أي الإداري، فقد اتخذ موقفا صارما من حظر التحكيم في العقود الإدارية، و ذلك عملا بمقتضيات المادتين 83 و 1004 من قانون المسطرة المدنية القديم، و المادة 2060 التي حلت محل المادتين السابقتين ضمن القانون الجديد.[49] و قد بين الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سبب الحظر، حيث ذكر أن الوزراء لا يستطيعون اللجوء إلى التحكيم لحل المسائل المتنازع عليها، كما حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان شرط التحكيم في عقد أشغال عامة أبرم بين شركة خاصة صاحبة امتياز في مجال الطرق السريعة و مجموعة مشروعات.

و قد استند مجلس الدولة في إصدار أحكامه إلى نقص أهلية الجهة الإدارية في إبرام اتفاق التحكيم، و اعتماد فكرة النظام العام و المبادئ العامة للقانون، كما تم عرض ذلك على مستوى موقف الفقه الفرنسي.

---

[47] في الواقع إن حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في فرنسا، يجد أصله التاريخي في نظرية الوزير القاضي التي سادت فترة من الزمن في القرن التاسع عشر، حيث كان محظوراً على الوزير بوصفه قاضياً في المنازعات الإدارية، أن يفوض سلطاته القضائية إلى محكمين، مما يؤدي إلى زعزعة نظام التقاضي.

وقد تكرس هذا الحظر تشريعياً من خلال نص المادتين 835 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وفي وقتنا الحالي يوجد الأساس التشريعي لهذا الحظر في نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بقانون 1972/7/5، والتي تنص على ما يلي: " لا يجوز للأشخاص العامة أن تلجأ إلى التحكيم في نطاق المنازعات المتعلقة بها)، وبالطبع فإن هذا الموقف كان مدعوماً بموقف حازم للقضاء الإداري الفرنسي

[48] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص25.

[49] جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 1997، ص 25.

إلا أنه مع هذا التوجه الصارم و الواضح للقضاء الفرنسي بصفة عامة في منع اللجوء للتحكيم، فإن محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عنها بتاريخ 2 ماي 1986، سمحت للأشخاص الاعتبارية العامة بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، حتى مع غياب أي نص يرخص لها بذلك سواء كان اتفاق دولي أو تشريع داخلي.[50] لكن بالرغم من أن القضاء العادي الفرنسي قد عمل من جانبه على الخروج عن قاعدة الحظر التي تبناها مشرعه في القانون الداخلي، وذلك عن طريق ابتداعه لقاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية التي تجريها الأشخاص العامة، واستقلال هذا الاتفاق عن حكم أي قانون داخلي، إلا أن إشكالية خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي سوف تظل قائمة، وذلك إذا ما عرض الأمر على القضاء الإداري، نظراً لرفض هذا القضاء لمبدأ التحكيم الداخلي والدولي على السواء في المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية طالما لا يوجد نص تشريعي صريح يجيز ذلك .

أما بخصوص النظام القضائي المصري تعرضت محكمة القضاء الإداري في مصر لموضوع مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وقررت عكس أحد أحكامها وقضت بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك تأسيسا على أنه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972 المتعلق بمجلس الدولة المصري. أما بالنسبة لموقف محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا بمصر، فقد تأرجح بين موقفين متعارضين، فتارة يذهبون إلى منع اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، بنفس التبريرات التي كان يسوقها الفقه في منعه اللجوء للتحكيم، و من تطبيقات هذه المواقف ما قضت به بمناسبة نظرها في الطعن المقدم من هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان والمرافق ضد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1986/05/18 في قضية الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق ومن معه، ذلك الحكم الذي ألزم الوزير المذكور بتعيين محكم

---

[50] أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة) منشأه دار المعارف، الإسكندرية ، 1990، ص16

عنه استنادا إلى البند 5 من الاتفاق المبرم بين الطرفين بتاريخ 14 أبريل 1955، ولكن سرعان ما تراجعت المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة عن هذا الرأي في أحكام لاحقة [51]

أما بخصوص حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية على ضوء أحكام ديوان المظالم، لم ينظر ديوان المظالم بخصوص التحكيم في العقود الإدارية إلا قضية واحدة هي القضية رقم 235/ق/1416/2هـ المقامة من شركة "أوجيم بي في" الهولندية ضد جامعة الملك عبد العزيز، والذي أقر على منع التحكيم في فض المنازعات التي تنشب بين الجهات الحكومية وبين أي فرد أو شركة أو هيئة، وذلك إعمالا لقرار مجلس الوزراء رقم 588 وتاريخ 1383/1/17هـ والمتضمن أنه: "لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشب بينهما وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة" وليس هنا ما يقيد هذا القرار أو يخصصه.

أما في المغرب فقد سار الاجتهاد القضائي على خطى المشرع الذي منع أشخاص القانون العام من اللجوء للتحكيم، حيث تعرض لمسألة مدى أهلية الدولة في الجزء للتحكيم وكان رده واضحا في قضية واحدة صدر فيها قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 26 يوليو 1923 جاء فيه:[52] وحيث أن قرارا عاما أو خاصا صادرا من السلطة الرئيسية هو وحده الذي يمكن من توسيع سلطات الممثلين القانونين للدولة بما في ذلك الترخيص باللجوء إلى التحكيم، وتخفيض قيود الرقابة المفرطة من النيابة العامة، وحيث يستنتج من ذلك أن اتفاق التحكيم الذي أبرمه المدير العام للأشخاص العمومية يعد باطلا ولا يمكن أن يعتبر بمثابة

---

[51] قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن 1567، السنة 34ق، دلسة 1990/02/20، مجموعة احكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد 1994، 1- ص1134 وما بعدها.

[52] زكريا العماري، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، منشورات مجلة القضاء المدني مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2013، ص121

أساس لقرار تحكيمي صحيح [53]. وبالتالي كانت رقابة رئيس المحكمة مطلقة في عدم الأمر بتنفيذ حكم المحكمين كما كان موضوعه يهم نزاع بشأن عقد إداري أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه54.

الفقرة الثانية: الاتجاه القضائي الذي يجيز التحكيم في العقود الإدارية

سنتناول من خلال هذا الفرع الاتجاه القضائي الذي جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك بالتطرق للاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية في فرنسا وبعده الاتجاه المؤيد في كل من مصر والمغرب.

اولا: في النظام القضائي الفرنسي.

إن الضرورات العملية والحاجة لإيجاد حل سريع للمنازعات دفعت المشرع الفرنسي لإصدار العديد من التشريعات التي تجيز للدولة ولغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات

---

[53] قرار اورده، محمد ثكمنث، واقع التحكيم التجاري الدولي وآفاق الاستثمار، مقال منشور ضمن أعمال ندوة قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، م س، ص 140.

[54] يشار إلى أنه على الرغم من أن الفصل 306 من ق م م الملغي كان يمنع اللجوء للتحكيم في "النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة للنظام يحكمه القانون العام" ، إلا أننا عثرنا على بعض القرارات الصادرة عن القضاء المغربي حاولت التخفيف من هذا المنع، معتمدة في ذلك المعايير الحديثة التي تمييز بين تعامل هذه الأشخاص العامة في إطار القانون الخاص،التعاقد في إطار القانون الخاص، أو التعامل في إطار القانون العام، امتيازات القانون العام، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1983/06/21،جاء فيه حيث إن الطاعن يحاجي بأن القرار التجكيمي باطل لمساسة بالنظام العام لأنه شخص عام وليس له أموال خاصة يستطيع التصرف فيها وأمواله ملك للدولة ولانه عندما يبرم عقداً من أجل متابعة نشاطه الإداري يخضع لأحكام القانون العام حيث أن الطاعن يضطلع حسب ظهير 1963/9/07 بمهام استيراد وخزن وتسويق وتعبئة مادتي الشاي والسكر ويخضع في معاملاته إلى القواعد التجارية المعمول بها حيث أنه لما كان من الثابت أن الطاعن يخضع في معاملاته للقانون الخاص فإن المصلحة العامة الذي يرتكز عليها النظام الوطني ينبغي أن ينظر إليه بمعية واسترشاد بمبادئ النظام الدولي مما يساعد في تكوين قواعد دولية مستقلة عن تلك السارية في الدول المختلفة استجابة لطبيعة التجارة الدولية حيث إن القضاء والفقه قد اتجها وبكيفية راسخة إلى صحة مشارطة التحكيم المبرمة من الدولة والمؤسسات العمومية متي اكتسبت العقود التي من أجلها أبرمت المشارطة طابعا مزدوجا من التعاقد الدولي والقانون الخاص كما هو عليه الحال في النازلة حيث إنه يكون من الثابت إعمالا لهذا النظر انعدام المانع الشرعي من تعيين محكم أو محكمين للنظر في المنازعات التي ثارت بين طرفي النزاع بصدد تنفيذ عقد 15 مايو 1980 لان لاشئ في ذلك يمس ظاهر النظام العام المغربي حيث إنه من جهة أخرى، فإن النازلة لا تهم نزاعا متعلقا ومتصلا بقانون التجارة الخارجية كما تستوجب ذلك أحكام الفقرة السادسة من الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية بل تهم نزاعا ناتجا عن معاملة تجارية دولية، قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، الغرفة التجارية، قرار رقم 1083 صادر بتاريخ 1983/6/21، ومنشور على الموقع الإلكتروني

العقود التي أبرمتها، وتعتبر هذه التشريعات بمثابة استثناءات على مبدأ حظر لجوء الدولة للتحكيم[55].وقد ذهب اتجاه في القضاء الفرنسي إلى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على "أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي- فينا يتعلق بالتحكيم- يتعلق بالنظام العام الداخلي وليس بالنظام العام الدولي، وبالتالي فإنه لا يقف عقبة أمام المؤسسة العامة أو إخضاع الاتفاق الذي دخلت فيه خرق لقانون أجنبي يقبل بصحة شرط التحكيم.

ثانيا: في القضائي المصري

لقد تراجعت المحكمة الإدارية العليا عن موقفها عندما أيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في قرار لها صدر بتاريخ 1994/1/18 استنادا إلى المادة 501 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968بعلة أن شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من القضاء الإداري، وإنما يمنعه من سماع الدعوى، طالما بقى شرط التحكيم قائما[56].وقد أقر القضاء المصري قاعدة مفادها أن اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية مشروط بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وأنه لا يجوز التفويض في ذلك إلا ترتب عليه بطلان شرط التحكيم، وفي هذا الاتجاه صدر قرار عن المحكمة الإدارية العليا بمصر[57] جاء فيه أنه من حيث أن المادة (1) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 والمعدلة

---

[55] يعد القانون الصادر في فرنس بتاريخ 1986/8/19 أهم القوانين التي أجازت للدولة ولغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، وقد وسع هذا القانون من نطاق اللجوء إلى التحكيم بحيث شمل جميع صور العقود التي تبرمها الدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو المؤسسات العامة مع الشركات الأجنبية. انظر

جورج فيدل وبيير دولفوليفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 2001، الجزء الأول، ص32

وبتاريخ 1990/7/2، صدر القانون الذي منح المشرع الفرنسي بموجبه لمفرق البريد والاتصالات حق اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات التي يمكن أن يكون طرفاً فيها

لمزيد من التفصيلات راجع: محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية" . رسالة دكتوراه طبعة دمشق 2007. ص 279. جابر جاد نصار، العقود الإدارية دار النهضة العربية الطبعة الثانية: القاهرة ص 221

[56] المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/1/18 في الطعن رقم 882 للسنة الثلاثين القضائية

[57] قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2668 لسنة 46 ق عليا جلسة 2005/5/31الدائرة الثانية عليا، أورد احمد محمد عبد الصادق المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة الثانية 2008، ص 13-14، دار النشر غير مشار إليها

بالقانون رقم 9 لسنة 1997 التي تنص على أنه مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك، ومن حيث أن أوراق الطعن قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة على اللجوء إلى التحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثاني بشأن تنفيذ العقد المبرم بينهما ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون.

الفرع الثالث: موقف المشرع من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإداري او عدمه.

لقد اختلفت مواقف الدول محل الدراسة وتباينت اتجاهاتها بشأن تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية الوطنية، حيث تبنى جانباً منها موقفاً متحرراً يقوم على السماح المطلق بالالتجاء إلى التحكيم في كافة منازعات العقود الإدارية مع وضع بعض القيود الإجرائية في هذا الشأن تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة جهة معينة قبل الاتفاق على التحكيم، وقد جسد هذا الاتجاه المشرع المصري والسعودي والقطري،[58] وفي الطريق إلى ذلك دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث انتهت وزارة الاقتصاد الإماراتية من إعداد مشروع قانون اتحادي حول التحكيم وتنفيذ قرارات التحكيم، وقد نصت المادة الثانية منه على أنه : "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع وزيراً ويجوز التفويض في ذلك. وبالمقابل، فقد أخذ

[58] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، مرجع سابق، ص 106.

الجانب الآخر وعلى رأسه النظام الفرنسي موقفاً متشدداً، حيث تبنى مبدأً عاماً قوامه حظر الالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات الإدارية بما فيها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وذلك باستثناء الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم لحسم بعض أصناف من منازعات العقود الإدارية[59] .

إن أصل التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي الحظر إلا إذا نص القانون على إجازته، فوفقا لنص المادة 2060 من قانون تقنين المرافعات المدنية الفرنسي رقم 226 في 5 يونيو 1972 ، فإن أساس التحكيم في المنازعات المتعلقة بالوحدات والمؤسسات العامة، هو الحظر، وهذا الأصل يسري ويشمل كل المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة. إلا أن هذا الحظر ليس على إطلاقه بل له استثناءات في بعض العقود الإدارية، ومنها عقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية ، وكذلك العقود الإدارية البرمة مع شركات أجنبية. فقد نصت المادة 19 من القانون التحكيم الفرنسي رقم 9 لسنة 1997 على أنه "يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة إن تضمنت عقودها شروط التحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتسيير هذه العقود؛ وكذلك العقود المتصلة بالنقل الداخلي من قبل الشركة الوطنية لسكك الحديد، والذي ينص في مادته الخامسة والعشرين على أن المؤسسة العامة "تملك أهلية المصالحة وإبرام اتفاقيات التحكيم...."

إن النظرة العدائية التي ينظرها القانون الفرنسي للتحكيم في سبيلها للانحدار، وذلك نتيجة التطورات التي طرأت على الحياة القانونية هناك. وقد تمثلت هذه التطورات في إصدار المشرع العديد من القوانين التي أجاز بموجبها للأشخاص المعنوية العامة الخروج عن قاعدة حظر اللجوء إلى التحكيم، أهمها المرسوم رقم 2004 - 559 الصادر بتاريخ 17 من يونيو عام 2004 الخاص بعقد الشراكة، والذي تمت المصادقة عليه بواسطة المادة 78 من القانون رقم 2004 - 1343 الصادر بتاريخ

---

[59] جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة،1999 ص 29-30.

9 من ديسمبر عام 2004. ففي هذا القانون لم يعمل المشرع الفرنسي فقط على توسيع الطريق أمام التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة، وإنما نص على ضرورة تضمين هذا العقد شرط تحكيم. وبالتالي فإن السلطات العامة سوف تمارس ضغوطات على الأطراف الأخرى في التعاقد لإجبارهم على إدراج بند في صلب اتفاقاتهم يتعلق بحل النزاعات الناشئة عن عقد الشراكة بطريق التحكيم. واكتملت هذه التطورات في عام 2007، وتحديداً في 27 من مارس عام 2007، حيث صدر تقرير مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص المشروع التمهيدي للقانون الخاص بالتحكيم في المجال الإداري ووضع التصور النهائي له. فقد انتهت مجموعة العمل إلى ضرورة إفساح مجال التحكيم أمام كافة الأشخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم التعاقدية، حتى لو كانت مثارة فيما بينهم، سواء كان ذلك عبر شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، وذلك باستثناء المنازعات المتعلقة بعقود إيجار الخدمات[60] .

أما المشرع المصري فقد نظم التحكيم الاختياري في قوانين المرافعات منذ وقت مبكر ابتداء من قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949، وأخيراً في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي الصادر برقم 13 لسنة 1968. بحيث تنص المادة 501 من قانون المرافعات المدنية الحالي على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيمية خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين لم يحسم المشرع بهذا النص موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية مما أدى إلى انقسام الآراء الفقهية.[61] لهذا تدخل المشرع المصري ليحسم الشكوك التي دارت حول مدى خضوع منازعات العقود الإدارية وذلك بمقتضى قانون رقم 27 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي قضى بسريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص. وعلى الرغم من ذلك اختلفت الآراء ووجهات النظر في مدى مشروعية التحكيم في العقود

---

[60] جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة،1999 ص 29-30.

[61] عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ص 31.

الإدارية بين الفقه والقضاء في مصلا مما أدى إلى تدخل آخر للمشرع المصري من خلال قانون رقم 9 لسنة 1997 والذي 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 بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك" ويمكن القول على أن قانون التحكيم المصري رقم 1997/9 أجاز الاتفاق على التحكيم في مختلف العقود الإدارية الداخلية، إلا أن أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية التي تقبل على إبرامها لا تكتمل إلا بموافقة الوزير المعني بالأمر أو من قبل أن يمثل الشخص الاعتباري العام بصفة قانونية بالنسبة لباقي الأشخاص العامة الأخرى، ومن دون قبول أي تفويض.

أما بخصوص المشرع السعودي فبعد صدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 وتاريخ1403/7/12هـ انتهى العمل بقرار مجلس الوزراء رقم 58 في تاريخ 1383/1/17هـ الذي نص على أنه: «لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشب بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة ويستثنى من ذلك الحالات الاستثنائية التي تمنح فيها الدولة امتيازا هاما وتظهر لها مصلحة قصوى في منح الامتياز متضمنا شرط التحكيم."،وبدأت مرحلة جديدة لتنظيم التحكيم في منازعات العقود الإدارية في النظام السعود، بحيث نصت المادة الثالثة منه على أنه: [62]«لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم."يستدل من هذا النص ما يلي: أولاً: أن النظام السعودي يجيز التحكيم في المنازعات الإدارية والتي منها منازعات العقود الإدارية. ثانياً: يجب على الجهات الإدارية إذا رغبت في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية طلب موافقة رئيس مجلس الوزراء، أي أن الموافقة فقط لرئيس المجلس الوزراء دون بقية أعضاء المجلس. ثالثاً:

---

[62] محمد المرنيسي، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص:65 - .

لجوء الجهات الإدارية للتحكيم شامل لجميع المنازعات مهما كان نوع الدعوى الإدارية بخلاف المرحلة الأولى التي كانت لا تشمل إلا منازعات عقود الامتياز. والمنازعات الإدارية التي يشملها التحكيم تدخل في المنازعات الإدارية التي من اختصاص ديوان المظالم بموجب النص النظامي، أو بما له من ولاية عامة بنظر المنازعات الإدارية أو كانت متعلقة بمنازعة حول ملكية عقار يختص بها القضاء العام أو كانت منازعة تختص بها اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي مثل المنازعات العمالية التي تختص بها اللجان العمالية بوزارة العمل، والتي نص نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/51 التاريخ:1426/8/23هـ على جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العمالية التي تنشأ بين الجهات الإدارية وعمالها. [63]

ثانيا: موقف التشريع المغربي

أما النسبة لموقف المشرع المغربي، فقد اتسم بالازدواج بالمنع أو الجواز اللجوء للتحكيم في مجال العقود الإدارية، فقبل إصدار القانون رقم 05-08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية كرس المشرع فكرة حظر اللجوء للتحكيم[64]**، أما بعد صدور القانون رقم 05-08 المشار إليه سابقا، يكون المشرع المغربي خطا خطوات شجاعة في تبني و إقرار التحكيم في العقود الإدارية لأول مرة، متجاوزا بذلك مختلف الانتقادات الموجهة لنظيره المصري و الفرنسي**[65]**. فنص على ذلك صراحة في الفصل 308 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حق التصرف فيها..."كذلك في الفقرة الثالثة من الفصل 310 من نفس القانون على ما يلي "... يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها**

---

[63] محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص:87 وما يليها -

[64] القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 5584-25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)

[65] عبد المجيد غميجة، قراءة في مشروع مدونة التحكيم، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 2004/2، ص :119 .

الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم..."و في الفقرة الثانية من الفصل من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية 311 الذي نص "... يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات و الشروط المحددة من لدن إدارتها، و تكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة". إن من المنطقي دفع المشرع بعدم إمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، لكن ينبغي ارفاق و تدعيم موقفه بالحجج و الأسانيد و إعطاءه الأساس القانوني لهذا المنع.

ومنه يمكن القول من خلال استعراضنا في هذا العرض البسيط، أن كل من المشرع المصري و الفرنسي و المغربي قبل إصدار القانون 05-08، الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية اتخذوا النظام العام و أهلية الأشخاص المعنوية العامة، أساسا قانونيا لحظر اللجوء للتحكيم.

ففكرة النظام العام ترتبط ارتباطا وثيقا بالصالح العام، و بالتالي لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، نظرا لكون أن القضاء المختص هو الضامن و الساهر على تحقيق المنفعة العامة، و اللجوء لمحكم خارجي بعيدا عن القضاء الإداري يعني إهدار هذه المنفعة[66]، كما أن القاضي هو صاحب الاختصاص الأصيل و أي خروج عن هذا الاختصاص يعد خروجا عن مقتضيات النظام العام الشيء الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعده الآمرة.[67] بالإضافة إلى أن طبيعة العقود الإدارية تحدد وفق فكرة النظام العام أي المنفعة العامة التي لا يجوز التحكيم بصددها. كما نجد فكرة الأهلية كأساس لعدم جواز التحكيم، بحيث أن الجهات الإدارية تتمتع بأهلية مقيدة بالقانون ومحددة بقواعد نظمها القانون لا نستطيع أن نخرج عنها، وفي حالة عدم وجود قانون يجيز التحكيم في العقود الإدارية فإن القانون يكون قد غل سلطة

---

[66] محمد المرنيسي، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص:59.

[67] محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص:87 وما يليها.

الإدارة وحجب عن الجهة الإدارية حق اللجوء للتحكيم[68]، وبالتالي فعلى الإدارة أن تتقيد بحدود أهليتها التي خصها بها القانون. وهذا ما جاء به القانون المصري قبل صدور قانون التحكيم رقم 9 لسنة 1997 والمغربي قبل صدور القانون 05-08.[69] الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

إضافة إلى هذه الأسس هناك أسس أخرى قانونية تدفع بعدم مشروعية اللجوء للتحكيم، استنادا إلى قواعد الاختصاص، فالاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية هو اختصاص أصلا وثابت للقاضي الإداري قانونيا، وعليه فإن الاتفاق على حسم هذه المنازعات بالتحكيم من شأنه أن يمثل اعتداء جسيما على اختصاص القاضي الإداري، وعليه فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام قواعد الاختصاص،[70] وبالتالي فاللجوء للتحكيم يقلص ويسلب القاضي الإداري اختصاصه. كما أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه دستوريا، بحيث أن اللجوء للتحكيم يؤدي إلى الإخلال بهذا المبدأ، فيما يتعلق بالسلطة القضائية والتنفيذية، فلجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية تحيد وتستثني السلطة القضائية المختصة بالفصل في مثل هذه المنازعات التي تدخل ضمن وظيفتها. وبالتالي تنزع من السلطة القضائية وظيفتها واختصاصها إذا ما لجأت الإدارة إلى هذا الأسلوب من فض النزاعات.[71]

المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على أعمال المحكمين.

تؤدي الرقابة القضائية دورا مزدوجا أحدهما وقائي يتمثل في حرص المحاكم على التحري والدقة والتطبيق السليم للقانون، والأخر علاجي يتمثل في إلغاء الحكم أو رفض تنفيذه عند تحقق أحد أوجه الإلغاء؛ وقد سمح المشرع للدولة وأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم وفق

---

[68] رياض فخري، قواعد التحكيم قراءة في القانون رقم 08.05، سلسلة الندوات الجهوية المنظمة بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، الندوة 11، ص:430.

[69] عبد الاه البرجاوي، محكمة التحكيم، مجلة المنتدى، العدد الثاني، دجنبر 2000، ص:67.

[70] حسن الحيحي، التحكيم في المنازعات الإدارية من التأصيل إلى التقنين في القانون المغربي و المقارن، مقال ضمن أعمال المؤتمر العام 27 لجمعية هيئات المحامين بالمغرب، المنعقد بأكادير من 26 إلى 28 ماي 2011، الطبعة الأولى 2011، مطبعة النجاح الجديدة، ص:345

[71] بوبكر بودة، معايير التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي و التحكيم التجاري الوطني، مداخلة في ندوة العمل القضائي و التحكيم، المنظمة بين المجلس الأعلو محكمة النقض المصرية، في 5 مارس 2004، منشورات سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/7، ص:11 وما يليها.

الشروط القانونية من أجل حسم النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية التي تجمع بين الدولة والخواص.

المطلب الأول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي والطعون المرتبطة به

نتناول في هذا المطلب رقابة القضاء على الحكم التحكيمي والطعون المرتبطة به من خلال استعراض موقف الاجتهاد القضائي المغربي.

الفرع الاول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي الصادرة في المنازعات الإدارية

لقد نظم القانون رقم 08،05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية في الجزء الفرعي الثالث منه الحكم التحكيمي، ويتضمن هذا الجزء الفرعي بيان كيفية إصداره وإعلانه وتفسيره وتكملته وتصحيحه ما قد يقع فيه من أخطاء مادية، وحدد بذلك عدد من القواعد الأساسية وهي: إجازة الاتفاق على إعفاء محكمة التحكيم من تسبيب الحكم وكذا إعفائها من تعليل حكمها، ولكن إذا تعلق الحكم بأحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام فإنه يلزم تعليل الحكم.[72] التركيز على قاعدة اكتساب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه بناء على الفصل 327،26، من القانون الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية وباكتسابه الحجة يمنع عرض موضوع الحكم على أي محكمة أو هيئة تحكيمية لإعادة النظر فيه، ولكن لهذه القاعدة استثناء وذلك عندما يتعلق الأمر بنزاع يكون أحد الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام طرفا فيه، حيث لا يكتسي الحكم الحجية إلا بناء على أمر بتخويل صيغة التنفيذ.[73] تحريم نشر حكم التحكيم إلا بموافقة الطرفين طبقا للفصل 327،27، وهو تأكيد لمبدأ سرية التحكيم التي كثيرا ما يعلق عليها الطرفان أهمية خاصة حفاظا على العلاقات التجارية بينهم. إجازة طلب استصدار حكم تحكيم تكميلي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم وإصلاح كل خطأ في الحساب أو الكتابة ورد في الحكم طبقا للفصل 327،28، من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية وتسري على حكم التحكيم التكميلي ذات الأحكام التي تسري على الحكم التحكيمي الأصلي.

---

[72] محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكم الداخلي في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 159 و ما بعدها

[73] شعيبي المذكوري: "الاتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية"، مرجع سابق. ص. 55.

الفرع الثاني: الطعون المتعلقة بمنح الصيغة التنفيذية والطعون الأخرى:

يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقا للشروط المقررة في الفصل 402 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي، وذلك أمام المحكمة التي تكون مختصة في غياب وجود اتفاق التحكيم وبناء على منطوق الفصل 327،34 من القانون رقم 08،05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية ،حيث نظم المشرع في التعرض الغير الخارج على الخصومة في الفصل 327،35، حيث يمكن للأغيار أن يتعرضوا على الأحكام التحكيمية ولو كانت مذيلة بالصبغة التنفيذية وذلك طبقا للشروط العامة المقررة في الفصول من 303 إلى 305 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية والذي أسند الاختصاص للبث في هذا الطعن للمحكمة التي كانت مختصة في النزاع لو لم يبرم اتفاق التحكيم. كما نظر المشرع في الفصل 327،35، الطعن بالبطلان وذلك وفقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدر الحكم في دائرتها وذلك إذا تم تقديمه داخل أجل 15 يوم من تاريخ تبليغ الحكم التنفيذي، وقد حدد هذا الفصل حالات الطعن بالبطلان:[74]

فإذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم او إذا كان اتفاق التحكيم باطلا، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين إذا لم تحترم مقتضيات الخاصة بأسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي وشكليات إصداره إذا لم تحترم حقوق الدفاع إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام؛ في حالة عدم التقيد بالإجراءات المسطرية وكذا القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع كما تحكم محكمة الاستئناف بالبطلان تلقائيا على الحكم المخالف للنظام العامة في المملكة المغربية، إذا كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها والطعن بالبطلان يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي.[75]

---

[74] EL MERNISSI Mohamed, principales tendances du projet de code de l'arbitrage, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême , le 3-4 Mars 2004, p :81

[75] محمد الإدريسي العمراوي "دور القاضي في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية" مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد33، يناير 1998. ص. 39 .

وبالرجوع لمقتضيات الفصل 327 من القانون رقم 05،08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي، فإنه ينص على أن أوامر الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الصادرة في مادة التحكيم الداخلي تكون قابلة الطعن بالنقض طبقا للقواعد العامة. ومن جهة أخرى، فإنه لا يمكن إقامة دعوى البطلان ضد القرار التحكيمي لأن هذا الطريق طريق استثنائي لا يمكن ولوجه إلا اذا نص عليه المشرع، فالإمكانية التي رسمها المشرع المغربي هي المراقبة القضائية للقرارات التحكيمية التي يمارسها القضاء المطلوب منه الامر بالتنفيذ، وذلك بالتأكيد من عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام.[76]

المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري على قرار المحكمين في نزاعات العقود الإدارية.

يمارس القاضي الإداري سلطة رقابية على قرار المحكمين تأخذ مظاهر متعددة، لعل أبرزها خضوع القرار التحكيمي للتذييل بالصيغة التنفيذية من قبل القضاء الإداري ليكتسب قوة الشيء المقضي بيه على غرار الأحكام والقرارات القضائية والرقابة التي يمارسها القاضي على عملية التحكيم.

الفرع الاول: رقابة القاضي الإداري على قرار المحكمين في نزاعات العقود الادارية.

تتم الرقابة القضائية غالبا من خلال تصحيح الإجراءات أثناء التحكيم، حيث تعتبر هذه الرقابة معلقة على طلب صاحب الشأن مما يجعل إجراءات التحكيم لا تخضع بالضرورة لهذه الرقابة ،مما يمكن القول على أن تدخل القضاء أثناء سير إجراءات يغلب عليه طابع المساعدة لإزالة الصعوبات، و تسيير الإجراءات فيمارس مهمته الرقابية من خلال هذه المساعدة. لذا فإن أهم صور الرقابة القضائية على صدور حكم التحكيم هي تقديم المساعدة في تعيين المحكمين، و رده، و استبداله، و إنهاء مهمته إذا توافرت الشروط التي تجيز ذلك. وتبعا لذلك يباشر القاضي الإداري رقابته على قرار المحكمين في نزاعات العقود الإدارية أثناء سير الإجراءات كما هو منصوص عليها مثلا في الفصل 323 من القانون المغربي رقم 05- 08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية،

---

[76] عبد العالي العظراوي "التحكيم التجاري الداخلي"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 33، يناير 1998. ص. 49

حيث يمارس القاضي الإداري المختص الرقابة على المحكم من خلال بثه في الترجيحات التي تطال المحكم، وفي حالة الحكم بتجريحه فإن إجراءات التحكيم التي شارك فيها تصبح كأنها لم تكن بما في ذلك الحكم، وفي حاله صدوره، ويتعين تعيين محكم آخر لتعويضه وفقاً لنفس القواعد المطبقة على تعيين المحكم الذي تم تجريحه، وبذلك فالقاضي الإداري يمارس رقابة على أعمال المحكمين سواء أثناء سير الإجراءات بمناسبة طلب المساعدة القضائية، بدءا من طلب تعيين المحكم أو استبداله، أو عند اتخاذ إجراءات وقتية أو الفصل من مسألة أولية وتخرج عن نطاق اختصاص المحكم.[77] كما تتحقق هذه الرقابة أيضا بمناسبة الدفع بوجود اتفاق التحكيم في دعوى رائجة أمام القضاء بشأن نزاع اتفق أطرافه على إحالته للتحكيم، هذا الدفع يبادر به الدعي عليه، ويشترط فيه أن يكون قبل الدخول في جور النزاع، في حالة ما إذا كان النزاع قد عرض علي الهيئة التحكيمية، وفي كلتا الحالتين لا يمكن للمحكمة أن تصرح بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق أو عقد تحكيمي، فالمشرع المغربي ينص صراحة في الفصل 327 من القانون رقم 05-08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية ،على وجوب تصريح الهيئة القضائية بعدم القبول، لكن ذلك مقرون بشرط واقف وهو قيام المدعى عليه بالدفع بعدم قبول الدعوى، و هذا ما نستخلصه من نص الفقرة الأولى حيث تنص على أنه "عندما يعرض نزاع مطروح أمام محكمة تحكيمية عملا باتفاق تحكيم، على نظر إحدى المحاكم، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع إلى تصريح بعدم القبول.[78]

كما يمكن للقاضي الإداري أن يمارس رقابته على المحكمين من خلال مراقبته لآجال إصدار الحكم، وهنا نميز بين حالتين: ففي حالة تحديد اتفاق التحكيم لأجل إصدار الحكم التحكيمي، يلزم المشرع الهيئة التحكيمية باحترام هذا الأجل، إلا أنه يمكن لأطراف النزاع تمديد الأجل

---

[77] محي الدين إسماعيل علم الدين: "أفكار حول التحكيم التجاري الدولي" مقال منشور بمجلة الميادين، العدد الأول، 1986، ص. 134.

[78] KOUFMANN-KOHLER Gabrielle, les voies de recours contre les sentences arbitrales , colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême , le 3-4 Mars 2004, p :167 -

الاتفاقي لنفس المدة، وفي حالة عدم اتفاقهم يتدخل رئيس المحكمة الإدارية المختصة بناء على طلب أحد الأطراف أو الهيئة التحكيمية. أما في حالة عدم تحديد اتفاق التحكيم أجل إصدار الحكم، فالمشرع هنا يحدد مهلة إصدار الحكم في 6 أشهر، مع امكانية تمديد هذه المدة. ونشير هنا إلى أنه في حالة عدم صدور الحكم التحكيمي خلال الميعاد المشار إليه، فإنه يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمر بإنهاء إجراءات التحكيم فيكون لأي من الطرفين بعد ذلك رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا للنظر في النزاع. وتتجلى كذلك المراقبة القضائية في أعمال المحكمين من خلال إكساب القاضي الإداري لحجية الشيء المقضي به للحكم التحكيمي وذلك من خلال تخويله له للصيغة التنفيذية، فالحكم التحكيمي لا يتن تنفيذه إذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا خاضعا للقانون العام حتى يتم تذيله بالصيغة التنفيذية من قبل المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط، وعندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني وذلك عكس ما يقره المشرع بالنسبة للتحكيم في الدعاوى المدنية التي يكتسب فيها الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره.[79] وفي الأخير نشير إلى أن الرقابة القضائية على أعمال المحكمين لا تهدف إلى تعطيل سير الخصومة أو عرقلة عمل المحكم، أو الانتقاص من حرية الخصوم التي كفلها المشرع، كما لا تعني عدم استقلال المحكم أو خضوعه لتبعية القضاء ووصايته، فالأخير لا يمارس هذا الدور الرقابي من منطلق سموه على مكانة المحكم، وإنما انطلاق من الحرص على تدعيم سير الخصومة وتحقيق حكم له من عناصر الصحة ما يرشحه للتنفيذ، من خلال هذا الهدف وفي إطاره يمارس القضاء رقابته الظاهرة أو الضمنية في كل مناسبة يعرض عليها جانب من جوانب التحكيم.[80]

الفرع الثاني: تذييل حكم المحكمين بالصيغة التنفيذية.

---

[79] DELVOLVE Jean-Louis, la convention d'arbitrage, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême , le 3-4 Mars 2004, p :149 - Sée .

[80] حفيظ السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1966، ص 8 وما بعدها

إذا كان أحد أشخاص القانون العام وخاصة الدولة أو جماعة محلية طرفا في التحكيم فإن حكم المحكمين لا تكون له الحجية إلا بعد تذييله بالصيغة التنفيذية والاختصاص بالتذييل بهذه الصيغة التنفيذية ينتقل إلى المحكمة الإدارية وليس إلى رئيس المحكمة الإدارية، حيث نص الفصل 310 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه 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، وفي هذا الاطار لقد حاول المشرع المغربي تأصيل العلاقة لمعرفة الممكن تحقيقها على أرض الواقع بين القاضي الإداري وقرار التحكيم من خلال الفصل 327 من القانون الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي الذي اعتبر أن التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي لا يكون إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدر رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرة اختصاصها الترابية. ذلك انه إذا كان أحد أشخاص القانون العام وخاصة الدولة أو جماعة محلية طرفا في التحكيم فإن حكم المخكمين لا تكون له الحجية إلا بعد تذييله بالصيغة التنفيذية، والاختصاص بالتذييل بهذه الصيغة التنفيذية ينتقل إلى المحكمة الإدارية وليس رئيس المحكمة الإدارية حيث نص الفصل 310 من القانون المشار الي اعلاه على أنه: يرجع اختصاص النظر في طلبات تزييل المحكم 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.[81] لكن، ما العمل إذا كان النزاع يهم شركة تابعة للدولة أو مؤسسة عمومية، فهل الاختصاص يبقي لرئيس المحكمة التجارية بالتبعية لمحكمة الاستئناف التجارية في حالة الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، كما حصر الفصل 310 من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية اختصاص المحكمة الإدارية في تذييل أحكام المحكمين المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية دون ان يشير إلى شركات الدولية أو المؤسسات العمومية. أم أنه يتعين

[81] رياض فخري، تذييل أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، الرباط، العدد الخامس، الطبعة الأولى، 2011، ص 94.

تطبيق القواعد العامة المنظمة للاختصاص النوعي، ومن تم فان سلوك النهج الجاري به العمل في القضاء المغربي والذي يعطي الاختصاص للمحاكم الإدارية كلما كانت الشركة تابعة للدولة ومن باب أولى المؤسسات العمومية تتوفر على حق امتياز إدارة مرفق عمومي.[82]

يبدو أن الحل الصحيح كان يقتضي التمييز ما بين تعاقد هذه الشركات والمؤسسات العمومية باعتبارها شخصا عاديا وغير مستعملة لقواعد القانون العام، وفي هذه الحالة يبقى الاختصاص للقضاء العادي (أو المحاكم التجارية بحسب طبيعة النزاع هل هو مدني أو تجاري). وبين كون هذه الشركات التابعة للدولة والمؤسسات العامة قد تعاقدت في إطار قواعد القانون العام أو استعملت امتيازات القانون العام، بحيث يترك الاختصاص في هذه الحالة للقضاء الإداري للنظر في كل ما له ارتباط بالمنازعات التحكيمية في هذا المجال.[83] لقد استند رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء في تحديده للاختصاص بالذييل بالصيغة التنفيذية على طبيعة النزاع وبالتالي العدول عن التوجه الذي كان سائد والذي يسير في حصر الاختصاص النوعي بالتذييل بالصيغة التنفيذية في جهة رئيس المحكمة التجارية كمبدأ، واستثناءً في المحكمة الإدارية كلما تعلق التحكيم بالدولة والجماعات المحلية، وهذا هو التوجه الذي كرسه أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 2012/06/18، إذ جاء فيه: حيث إن الحكم التحكيمي موضوع طلب التذييل بالصيغة التنفيذية صدر في إطار نزاع ناشئ عن تنفيذ صفقة عمومية تتعلق بإنجاز المدار الطرقي المتوسط:[84]

---

[82] تختلف إجراءات تنفيذ الحكم الدولي عن الحكم الوطني، إذ يتعين أن يحصل من يريد تنفيذ الحكم الدولي في مصر على أمر تنفيذ هذا الحكم من السلطة المختصة، وذلك تنص المادة 298 مرافعات على أن "يقوم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى.

[83] لمزيد من التفاصيل / أبو العلا النمر: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 181 وما يعدها. / احمد عبد الكريم سلامة" نقد المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 613، / إبراهيم احمد إبراهيم: الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 130 / حفيظة حددا: الوجود في القانونية القضائي الخاص الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ص 246.

[84] عبد اللطيف مشبال، الإجراءات الوقتية والتحفظية في التحكيم التجاري الدولي، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب،

حيث إنه استناد إلى الفصل 310 من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، فإنه يرجع الاختصاص بالنظر في طلبات تذييل الحكم التحكيمي الصادر في إطار النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة إلى محكم الدولة إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وهذا التوجه أيضا يجد سنده في كون الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي يعني أيضا طعنا في الأمر القضائي المانح للصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي. وبهذا تبقى مسألة تحديد الجهة المختصة بتذييل الحكم التحكيمي الأجنبي الذي توجد الدولة مثلا فيه بالصيغة التنفيذية من الأمور التي ستطرح مشاكل وتضارب في الاتجاهات على المستوى العلمي، وذلك أن المشرع المغربي لم يميز بين الحكم التحكيمي الدولي والحكم التحكيمي الأجنبي، بل يستعمل لفظ الدولي كمرادف للأجنبي. واعتبر أن الحكم التحكيمي المكتسب للصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة معادلا للحكم القضائي، ويترتب عن ذلك إخضاعه للقواعد والشروط التي يخضع إليها هذا الأخير بحد ذاته، بالرغم من أن المشرع أكد في الفصل 34- 327 من رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على ما يلي" لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات الفصلين 35 -327 و 36-327"، والتالي فإن عدم إمكانية الطعن لا يعني عدم وجود آليات قانونية أخرى تجعله من حكم المحكم محل مراجعة او إعادة النظر وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من الفصل 34 – 327، حيث تنص على أنه يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقا للفصل 402 من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، وذلك أمام المحكمة التي كانت ستنظر في القضية في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم. وتبعا لذلك، نستنتج أن هناك علاقة وطيدة بين التحكيم والقضاء بحيث يستمد هذا الاخير فاعليته من سلطة القضاء، لأن التحكيم بوصفه قضاء خاصا يمارس اختصاصاته خارج ولاية المحاكم القضائية بالنسبة إلى نزاعات يتولى حلها باتفاق الخصوم محكمون غير مفوضين من الدولة بسلطة الحكم، بل يختارون بناء على الثقة التي

بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص:143-

يمنحها إياهم أطراف التحكيم، و بعبارة أخرى فإن إرادة المتعاقدين هي التي تمنح المحكمين سلطة الحكم، إلا أن عملية التحكيم طالما أنها تتم تحت مظلة النظام القانوني للدولة فإنها تحتاج لكي تستكمل أسباب فاعليتها، و إنفاذ قراراتها و أحكامها إلى تدخل قضاء الدولة باعتباره سلطة عامة تملك وحدها إلزام الخصوم و من لهم صلة بالنزاع بتنفيذ قرارات المحكمين

الخاتمة

لقد عرفت مواقف التشريعات المقارنة تضاربا في الرؤى بخصوص طريقة تعاملها مع إمكانية أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم من عدمه. فالتشريع الفرنسي انتقل من الحظر المطلق لجواز اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة إلى الحظر النسبي, فبالعودة إلى المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم, نجدهما تمنعان اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو المؤسسات العمومية طرفا فيها. ومع ذلك يبقى المبدأ العام في القانون الفرنسي هو حظر التحكيم في العقود الإدارية و الاستثناء هو الجواز, فالمبدأ يجد أساسه في حجج مسقاة من المبادئ العامة للقانون لتعارضه - أي التحكيم – مع سيادة الدولة والنظام العام القائم فيها, وكذا لاعتبارات قانونية محضة. الشيء الذي دفع بعدة تشريعات إلى الاقتناع بالموقف الفرنسي وتبني ما أقره بخصوص مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

أما المشرع المصري، قد أقر مبدأ عام أجاز من خلاله لأشخاص القانون العام إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية, فإنه بالموازاة مع ذلك فقد رهن و قيد هذا الجواز بضرورة توافر شرطين أساسيين، أولهما ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، وذلك حتى تكتمل أهليتها (أشخاص القانون العام) في إبرام اتفاق تحكيم في جميع العقود الإدارية, وهو شرط لازم وجوهري. أما الشرط الثاني فهو ضرورة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، ومن تم يكون المشروع المصري قد انتقل من الحظر

المطلق لجواز اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة, (مرحلة ما قبل صدور قانون رقم 27 لسنة 1994) إلى الجواز المطلق على عكس المشرع الفرنسي. – فماذا عن موقف المشرع المغربي من هذه المسالة؟ أما بخصوص المشرع المغربي فقد بقي متمسكا بموقفه الذي يقر فيه بعدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الى حين إصداره قانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الذي أجاز التحكيم في العقود الإداري الداخلية بمقتضى الفصل 308 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية الذي جاء فيه " يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية، الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها..."، كما أنه أجاز بالتبعية في الفقرة الثالثة من الفصل 310 من ق.م.م على ما يلي "....يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم..." كما أجاز المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 311 من نفس القانون للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها، ونص على أن تكون الاتفاقات المتضمنة لشروط التحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة.

وبالنظر إلى مقتضيات نظام التحكيم والوساطة الاتفاقية، نلاحظ أن المشرع المغربي قد ضيق نطاق التحكيم الإداري وحصره في الصفقات العمومية فقط مقارنة ببعض الدول التي وسعت من مجاله واصبح التحكيم ممكنا في جميع العقود الإدارية كالتشريع المصري، كما قيد المشرع المغربي اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية برقابة قضائية تجعل لجوء الإدارة للقضاء الإداري في منازعاتها أفضل مادام أن القرار التحكيمي يكتسي صيغته التنفيذية الملزمة بعد إصدار قرار من طرف رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرة اختصاصاتها الترابية. وهذا ما يجعل لجوء الإدارة للتحكيم أمرا استثنائيا مادامت غير ملزمة باللجوء إليه بنص القانون، وإنما مقيدة باللجوء إليه في حالة تضمين العقد الإداري شرطا يقضي بأن الجهة المختصة بفض النزاع في حال عدم التزام طرفي العقد بمضمون التعاقد وهي الهيئة التحكيمية أو التحكيم

بصفة عامة، وهو أمر أصبح مسموح به للإدارة بمقتضى قانون 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

لقد اختلف الفقه والقضاء على السواء في أسباب عدم لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى إلى التحكيم لإنهاء النزاعات المتعلقة بالعقود الادارية، فمنهم من ربط ابتعاد وتفادي الإدارة اللجوء للتحكيم إلى كون أن المصلحة العامة تتحقق بشكل أفضل من قبل القضاء الإداري، ومنهم من ربط ذلك بطابع النظام العام التي تكتسيه المنازعات الإدارية. واتجاه ربط ذلك بالأساس بالاختصاص الأصيل للقضاء الإداري للبت في النزاعات الإدارية، واعتبر أن اللجوء للتحكيم فيه هو اعتداء ومس خطير بهذا الاختصاص. وهذا بالإضافة إلى أن الإدارة لا تثق كثيرا في التحكيم، ولا ترغب في المغامرة بالمصلحة العامة التي يحميها القضاء الإداري أكثر من التحكيم الإداري، بالإضافة إلى خشيتها وهاجسها الكبير من إهمال الهيئة التحكيمية للمنفعة العامة، والتي يقع على كاهل قضاء الدولة حمايتها. لتبقى علاقة القاضي الإداري بالتحكيم علاقة قانونية نظرية كان للمشرع الجرأة في تبني قواعد تسمح للإدارة بعدما كان يحظر عليها ذلك، لكن عمليا تبقى الإدارة مقيدة بعدة قواعد مرتبطة باختصاصاتها الهادفة لتحقيق المصلحة العامة والتي يصعب معها اللجوء إلى التحكيم في نزاعات العقود التي تكون طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة، إلا أن ذلك لا يمنع مستقبلا من لجوئها إلى التحكيم لأنه ضمانة نصت عليها فصول القانون إذا رأت الإدارة مصلحة فيها استفادت من مرونتها ومزاياها ودورها في تطور التنمية بالبلد خصوصا في التعاقدات التي تكون فيها الإدارة مع متعاقد أجنبي يرى في التحكيم ضمانة له في حال نشوب نزاع معها حول إخلال بالالتزام من التزاماتها التعاقدية. أن قيام المشرع بتبني التحكيم في العقود الإدارية والسماح للإدارة بالاتفاق على التحكيم في هذا المجال سيعمل على تدعيم الوسائل البديلة لإنهاء المنازعات بعيدا عن قضاء الدولة، وهو مبتغى لا محال سيكون له تبعات إيجابية على تطور الدولة وتوسيع مجال ثقة الأفراد والهيئات في تنظيمها وتوجهها الداعم لمجال الحقوق والحريات التي تشترك الوسائل البديلة لفض المنازعات مع القضاء ومحاكم الدولة وحمايتها، كما سيحقق اللجوء للتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارة التطور المنشود وسيسهل من عملية استقطاب المستثمرين سواء

الداخليين أو الخارجيين لأنه يعتبر ضمانه لهم وحماية لاستثماراتهم من الضياع.

المراجع المعتمدة:

- زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، سنة 1993،
- أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، منشاة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1974،
- محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، منشورات المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 5- الطبعة الأولى 2011.
- سيدي محمد العمار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، سنة 2002.
- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، 2011،
- أحمد أبو الوفا: التحكيم ، بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الطبة الثانية، 2007،
- أبو خالد عبد الحكيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فص المنازعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة 2011
- نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة طنطا، مصر، 2008،
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011،
- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 1997.

- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة) منشأه دار المعارف، الإسكندرية ، 1990،
- جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة،1999
- جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة،1999
- محمد المرنيسي، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، - .
- محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ا -
- القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 5584-25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)
- عبد المجيد غميجة، قراءة في مشروع مدونة التحكيم، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 2004/2،
- محمد المرنيسي، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6،

- محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6،
- حسن الحيحي، التحكيم في المنازعات الإدارية من التأصيل إلى التقنين في القانون المغربي و المقارن، مقال ضمن أعمال المؤتمر العام 27 لجمعية هيئات المحامين بالمغرب، المنعقد بأكادير من 26 إلى 28 ماي 2011، الطبعة الأولى 2011، مطبعة النجاح الجديدة، ص:345
- محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكم الداخلي في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
- محمد الإدريسي العمراوي "دور القاضي في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية" مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد33، يناير 1998 .