جامعة القاضي عياض
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
- مراكش -

Université caddy ayyad
Faculté des sciences juridiques économiques et sociales
Marrakech

ماستر قانون الأعمال
الفصل الثالث
مادة: الصفقات العمومية

عرض تحت عنوان:

التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية

من إنجاز الطلبة:
- محمد السويبة
- هشام الكدوم
- أحمد أشافي
- عبد الصمد أيت حمو

تحت تأطير:
- الدكتور الشاوي محمد

السنة الجامعية
2021-2020

مقدمة:

تعد الصفقات العمومية الآلية و الوسيلة الأساسية و الرئيسية التي تعتمدها الدولة ومؤسساتها العامة في تمويل نفقاتها وإنجاز مختلف برامجها التنموية و مشاريعها الاقتصادية و الاجتماعية ، وبالتالي ضمان تحقيق المصلحة العامة سواء من خلال إشباع الحاجيات الفردية والجماعية لأفراد المجتمع ، أو من خلال ضمان سير واستمرارية مختلف أنواع المرافق العمومية المنتجة للخدمات المرفقية.

بما أن الصفقات العمومية هي عقود وتصرفات قانونية قد تثير نزاعات سواء أثناء مرحلة الإبرام أو التنفيذ ، الشيء الذي قد يعرقل المشاريع التنموية التي تراهن عليها الدول، وبسبب الصعوبات الموضوعية والإجرائية التي يتميز بها الجهاز القضائي الرسمي ، إضافة إلى ارتباطه بفكرة سيادة الدولة وتغليب المصلحة العامة عن المصالح الخاصة الأفراد ، و كدا من أجل مسايرة التطورات التي يعرفها العالم في هذا المجال ، كان لابد من البحث عن وسائل جديدة وفعالة لفض النزاعات في مجال الصفقات العمومية بشكل يضمن حماية حقوق ومصالح جميع أطراف هذه العقود ، إضافة إلى الحيلولة دون عرقلة الأدوار والمهام التي تضطلع بها عقود الصفقات العمومية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتحسين مناخ الأعمال و جلب الاستثمارات سواء الداخلية أو الخارجية ، ونتيجة لذلك استحدث المشرع المغربي التحكيم والوساطة كوسائل بديلة عن القضاء لفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وأجاز اللجوء إليها بموجب المادة 82 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والتي أحالت على مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الحالي المنظمة للتحكيم و الوساطة الإتفاقية ، هذه الأخيرة التي تعتبر من أهم الطرق والوسائل البديلة التي

يلجأ إليها أطراف النزاع لحل نزاعاتهم خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية ، والتي عرفت إنتشارا واسعا في الآونة الأخيرة لما تضمنه من إقتصاد الوقت والمصاريف إضافة إلى سرعة وفعالية في فض النزاعات حتى أصبحت الدولة ومؤسساتها العمومية من أهم الجهات التي تلجأ إليها لفض مختلف نزاعاتها التي تنشأ بينها وبين المتعاقدين معها في إطار العقود الإدارية خاصة الصفقات العمومية.

أهمية الموضوع :

من الناحية القانونية: تتجلى الأهمية في دراسة مدى توافق النصوص التشريعية المنظمة الصفقات العمومية مع القواعد الخاصة في مجال التحكيم والوساطة ، خاصة وأن هاتين الأليتين الأخيرتين تعتبران من أهم المستجدات في مجال العقود الإدارية خاصة عقود الصفقات العمومية.

من الناحية الاقتصادية: تتجلى أهمية الموضوع الاقتصادية في كونه يتناول أهم الوسائل المساعدة في إنعاش الاقتصاد الوطني وتحقيق التنمية الاقتصادية وتشجيع الاستثمارات سواء الوطنية أو الأجنبية.

من الناحية الاجتماعية: تكمن هذه الأهمية في كون وسيلتي التحكيم و الوساطة تساعدان في فض النزاعات الناشئة في مجال الصفقات العمومية وهو الشيئ الذي يعود بالنفع على تحقيق المصلحة العامة ، وذلك لكون الصفقات تساعد على إنجاز المشاريع التنموية والمساهمة في تحقيق الأمن الإجتماعي من خلال

توفير مناصب الشغل وضمان استمرارية كل المرافق العمومية التي تقدم مختلف الخدمات خاصة الاجتماعية.

إشكالية الموضوع :

يعتبر التحكيم و الوساطة الإتفاقية من أهم المستجدات التي جاء بها المشرع في مجال العقود الإدارية التي تحمل بين طياتها عقود الصفقات العمومية ، وهو ما يطرح إشكالا يتجى في دور التحكيم والوساطة الاتفاقية في فض منازعات الصفقات العمومية و مدى كفاية التنظيم القانوني لهذه الوسائل والطرق البديلة للقيام بدورها في حل هذا النوع من النزاعات؟

ويتفرع عن هذه الإشكال مجموعة من الأسئلة الفرعية:

ما مشروعية اللجوء إلى التحكيم و الوساطة في فض نزاعات الصفقات العمومية

ما هي إجراءات وشروط اللجوء إلى التحكيم و الوساطة في نزاعات الصفقات العمومية

ما هي الآثار المترتبة عن اللجوء إلى التحكيم و الوساطة في منازعات الصفقات العمومية.

المنهج و خطة البحث :

تقتضي منا دراسة ومقاربة موضوع التحكيم و الوساطة في منازعات الصفقات العمومية الإعتماد على المنهج التحليلي والاستقرائي ، وفق خطة البحث التالية :

المبحث الأول: الإطار العام للتحكيم و الوساطة في منازعات الصفقات العمومية

المبحث الثاني: نطاق وأثار اللجوء إلى التحكيم و الوساطة في منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الإطار العام للتحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية

إذا لم ينجح المتعاقدين في إنهاء الخلاف القائم بينهما بواسطة التظلم الإداري أو عن طريق اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية، فإنه يمكن اللجوء إلى حلول أخرى قد تؤدي إلى النتيجة المرغوبة، عن طريق التحكيم أو الوساطة الاتفاقية باعتبارهما من أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات.

وقد أثار التحكيم في منازعات العقود الإدارية خصوصا الصفقات العمومية جدلا فقهيا واسعا، حول مدى جوازه، مما دفع بالمشرع المغربي إلى التدخل لحسم هذا الخلاف وذلك بتأكيده على مشروعية استعمال التحكيم لفض منازعات الصفقات العمومية.

وبالتالي سوف نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، نخصص المطلب الأول للحديث عن مفهوم التحكيم والوساطة ومشروعية اللجوء إليها في نزاعات الصفقات العمومية، على أن نخصص المطلب الثاني للعروج على مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم والوساطة ومشروعية اللجوء إليها في نزاعات الصفقات العمومية

للإحاطة بالجوانب الأساسية لهذا المطلب سوف نقسمه إلى فقرتين، بحيث نخصص الفقرة الأولى لمفهوم التحكيم والوساطة في نزاعات الصفقات العمومية، على أن نخصص الفقرة الثانية للحديث عن مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم والوساطة في نزاعات الصفقات العمومية

الفقرة الأولى: مفهوم التحكيم والوساطة في نزاعات الصفقات العمومية

تستدعي منا الإحاطة بجوانب هذه الفقرة اعطاء تعريف للتحكيم (أولا)، ثم تعريف الوساطة (ثانيا)

أولا: تعريف التحكيم

يعرف التحكيم بأنه حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناءا على اتفاق التحكيم.

والتحكيم هو نظام قانوني بديل عن قضاء الدولة في حسم المنازعات ويتكون هذا النظام من عنصريين هما اتفاق التحكيم وحكم المحكم،ويعد التحكيم أسلوبا بديلا عن القضاء بحيث أن اشتراطه يحول دون اللجوء إلى القضاء في موضوع النزاع[1]

ومن أنواعه:

التحكيم التجاري الداخلي:

ويكون التحكيم داخليا متى كانت المنازعة محددة داخل التراب الوطني[2]

التحكيم التجاري الدولي:

قام المشرع المغربي في الفصل 40-327[3] من قانون رقم 08.05 بتعريف التحكيم الدولي، مؤكدا أنه يعد كذلك كل تحكيم يتعلق بمصالح التجارة

[1] - مليكة الصروخ،الصفقات العمومية بالمغرب الأشغال التوريدات الخدمات،مطبعة النجاح الجديدة،البيضاء،الطبعة الأولى 2009،ص 127

[2] - العرض الكامل لدورة تكوينية في موضوع التحكيم التجاري والوسائل البديلة لحل المنازعات للدكتورة نهال اللواح ود.مصطفى بونجة, 2019-2020,ص31.

[3] - نص الفصل 327-40 على أنه : "يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

يعتبر التحكيم دوليا إذا:

- كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الإتفاق مؤسسات بدول مختلفة؛

-2أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف:

أ) مكان التحكيم عندما يكون منصوصا عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الإتفاق؛

ب) كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة؛

-3أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد.

==لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة 2 من هذا الفصل، يطبق ما يلي:

أ) إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها؛

ب) إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتيادية."

الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج، وأضاف في الفقرات الموالية من هذا الفصل الحالات التي يكون فيها التحكيم دوليا.

من هذا التعريف، يظهر أن ثمة معيارين للقول بدولية التحكيم: الأول بتعلق بكون المصالح التي لجأ فيها إلى التحكيم تجارية دولية، والثاني يكمن في توافر أطرافه على موطن أو مقر بالخارج[1].

ومن ثم فإن المشرع المغربي قد سار على نفس النهج الذي تبناه المشرع الفرنسي من خلال المادة 1492 من ق.م.م الجديد، الذي اعتبر أنه "يعتبر دوليا التحكيم الذي يمس مصالح التجارة الدولية, هذا المعيار له طبيعة اقتصادية: طبيعة النشاط الإقتصادي المعني, وطابعه فوق الوطني transnational الذي يحدد الوصف الدولي للتحكيم.

ثانيا: تعريف الوساطة

هي نوع من أنواع الصلح الاتفاقي، وهي عبارة عن عقد يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح قصد إنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد،والوساطة شأنها شأن التحكيم تعد من الوسائل البديلة عن القضاء في حل المنازعات.

بالرجوع للقانون 08.05 السالف الذكر نجده نظم الوساطة الاتفاقية " دون القضائية " ,ويقصد باتفاق الوساطة " اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد "[2]

[1] - عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية,مطبوعات المعرفة,مراكش,الطبعة الخامسة 2008,ص327.

[2] - الفصل 327-56 من ق.م.م.

وانطلاقا من هذا التعريف يظهر أن اتفاق الوساطة قد يتم بعد نشوء النزاع وفي هذه الحالة يسمى عقد الوساطة, أو يترتب على الإتفاق الأصلي بين الأطراف ويسمى شرط الوساطة.

وعقد الوساطة هو " الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع ناشئ بعرض هذا النزاع على وسيط، ويمكن إبرام العقد المذكور ولو أثناء دعوى مرفوعة أمام المحكمة.

أما شرط الوساطة فهو الإتفاق الذي يتفق من خلاله أطراف عقد على عرض النزاع الذي قد ينشأ بينهم على وسيط, ويجب أن يكون شرط الكتابة متوفرا إما في الوثيقة الأصلية أو في وثيقة تحيل عليه, وتعيين الوسيط، وذلك كله تحت طائلة البطلان.

الفقرة الثانية: مشروعية اللجوء إلى التحكيم والوساطة في نزاعات الصفقات العمومية

سنتحدث أولا عن موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم والوساطة في نزاعات الشغل، على أن نتحدث ثانيا عن موقف المشرع المغربي.

أولا: موقف الفقه

بما أن الصفقات العمومية هي عقود يكون أحد طرفيها، أو هما معا، شخص عام وتهدف إلى تحقيق منفعة عامة، فهي تعتبر عقدا إداريا، هذه الأخيرة انقسم الفقه بشأن اللجوء إلى التحكيم والوساطة في منازعتها إلى اتجاهين، أولهما يؤيد اللجوء لهاتين الوسيلتين لتسوية منازعات العقود الإدارية، وثانيهما يرفض ذلك.

أ- رفض التحكيم والوساطة في منازعات العقود الإدارية:

استند الفقه المعارض للتحكيم والوساطة في منازعات العقود الإدارية إلى العديد من الأسس، منها ما هو متعلق بسيادة الدولة، ومنها ما هو متعلق بفكرة النظام العام.

1- مساس التحكيم والوساطة بسيادة الدولة:

انطلق أنصار هذا الاتجاه في رفضهم لإقرار التحكيم والوساطة في العقود الإدارية من مبدأ سيادة الدولة، حيث يرون في هذا التحكيم والوساطة سلبا لاختصاص القضاء الوطني الأمر الذي يعد مساسا بسيادة الدولة علاوة على ما فيه من إحلال القانون الأجنبي محل القانون الوطني[1]، والواقع أن التمسك بمبدأ سيادة الدولة و سيادة القانون الوطني في هذا المجال تمسك في غير محله حيث أنه و إن كان القضاء الوطني من مظاهر سيادة الدولة الأمر الذي يعد في سلبه لاختصاصه مساسا بتلك السيادة، إلا أن هذا المساس ينتفي إذا صدر قانون يسمح بذلك.

يضاف إلى ذلك عدم انقطاع الصلة بين التحكيم والوساطة مع القضاء الوطني، حيث يملك هذا القضاء بموجب نصوص تشريعية سلطة التدخل في أعمال المحكمين والوسطاء سواء بالمساعدة أو الرقابة والإشراف وهي أمور يختلف مداها من نظام إلى آخر.

2- تعارض التحكيم والوساطة مع فكرة النظام العام

يؤسس الفقه الرافض لمبدأ التحكيم والوساطة في منازعات العقود الإدارية رأيه على فكرة النظام العام، والتي يرى في التحكيم والوساطة في تلك المنازعات إخلالا بها، ويستند هذا الرأي في توجهه إلى الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية والذي ينص على ما يلي: "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: النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام..".

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2008، ص. 378

ونفس الشيء بالنسبة للوساطة طبقا للفصل 65.327.

على اعتبار أن المقصود بفكرة النظام العام في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية بشكل كامل مقارنة بالعقود المدنية ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم والوساطة بشأنها إلا بنص صريح من المشرع. حيث أن المحكم والوسيط لن يلتزم سوى بتطبيق سوف يؤدي إلى تغليب الصالح العام على الصالح الخاص أم لا.

وقد ذهب هذا الرأي في استنادهم إلى فكرة النظام العام كأساس لرفض التحكيم والوساطة في منازعات العقود الإدارية إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء، والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تتعلق بالنظام العام.

ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلا.

ب- إجازة التحكيم والوساطة في منازعات العقود الإدارية

يمكن اعتبار الخلاف حول مدى جواز التحكيم والوساطة في منازعات العقود الإدارية منتهيا صدور القانون رقم 08.05[1]، الذي أتى على نسخ الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية المشار إليه سابقا، و الذي أجاز التحكيم بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة و الجماعات المحلية.

لقد نص الفصل 310 من القانون المذكور، بأنه

"... يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم في دائرة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليهما في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المعنية".

1 قانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، ج. ر. عدد 5584 الصادرة بتاريخ 6 دجنبر 2007.

و إذا كان البعض يتخوف من أن إجراء التحكيم في العقود الإدارية سيجعل القاضي العادي يراقب قرار المحكمين في حالة الطعن أو عند بطلان اتفاق التحكيم، و كذلك عند تذييل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية مما سيترتب عليه جعل المنازعة الإدارية تبتعد عن الولاية الأصلية للمحاكم الإدارية و تعرض على أنظار القضاء العادي[1]، فإن الفصل 310 من قانون رقم 08.05 حسم الأمر لصالح القضاء الإداري حينما أرجع "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".

ثانيا: مشروعية اللجوء إلى التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية في القانون المغربي

بالرجوع إلى المادة 82 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال نجدها تجيز لصاحب المشروع والمقاول اللجوء إما إلى التحكيم أو الوساطة الاتفاقية لفض نزاعه، شريطة اتفاق مشترك وذلك خلال 30 يوما الموالية لتاريخ تسلم الرسالة من السلطة المختصة أو لتاريخ انتهاء أجل خمسة وأربعين يوما المذكورة في المادة 81 من نفس الدفتر.

من خلال المادة أعلاه يتضح أن المشرع قد أجاز وبصفة صريحة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات الصفقات العمومية،وذلك لفض أي نزاع قد ينشأ عن صفقة معينة يكون طرفيها أحدهما صاحب مشروع وأخر مقاول.

إلا أن ما يلاحظ بخصوص هذه المادة أنها لم تحدد كيفية ومسطرة اللجوء إلى هذه الآلية وإنما أحالت على المقتضيات الواردة في الباب الثامن من القسم الخامس من نص قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف بمثابة

1 عبد المجيد غميجة: الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاس، بشراكة مع وزارة العدل و هيئة المحامين بفاس يومي 4 و 5 أبريل 2003، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 2-2004، الطبعة الأولى، ص. 119.

قانون رقم 447. 74. 1 كما ثم نسخه وتعويضه بالقانون رقم 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169. 07. 1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007.

المطلب الثاني : شروط وإجراءات التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية

مما لاشك فيه أن الوسائل البديلة لحل المنازعات في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة اضحت في ارتفاع متزايد نظرا لخصوصية التي تقوم عليها من سرعة وسرية ، إذ أصبح اللجوء إليها يتم بطريقة إرادية من طرف الأطراف النزاع المتمثل في صاحب المشروع والمقاول ، وهو الأمر الذي تم من خلال تنظيم شروط تنسجم وطبيعة الصفقات العمومية في دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال [1] .

هذا بالإضافة للإجراءات والمساطر القانونية المتطلبة اتباعها من لدن الأطراف قصد التوصل لحل للنزاع القائم . وهذا ما سنحاول إبرازه من خلال تقسيم هذا المطلب الي فقرتين ، نخصص الفقرة الأولي لشروط التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية ، علي أن نخصص الفقرة الثانية لأهم الإجراءات والمساطر المتطلبة أثناء مباشرة عملية التحكيم والوساطة.

الفقرة الأولي : شروط التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية

إن اللجوء إلي التحكيم أو الوساطة يتطلب استنفاد بعض الشكليات المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة علي صفقات الأشغال ، إذ يتعين علي صاحب المشروع أو المقاول في حالة وجود إتفاق مشترك بين الطرفين قبل اللجوء إلي الوسائل البديلة لحل المنازعة في حالة نشوء النزاع ،

[1] مرسوم رقم 394.14.2 الصادر بتاريخ 13 ماي 2017 بالمصادقة علي دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق علي صفقات الأشغال.

ويجب علي المقاول أن يرسل شكاية لصاحب المشروع تحدد أسباب الخلاف وآثاره علي تنفيذ الصفقة وعلي آجال التنفيذ ، [1]بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل ، ويقع علي عاتق هذا الأخير أن يقدم جوابه علي الشكاية داخل أجل 30 يوم من تاريخ توصله بالشكاية وفي حالة عدم اقتناع المقاول بجواب صاحب المشروع أو إذا لم يجب داخل الأجل المحدد ، يجوز المقاول إرسال مذكرة السلطة المختصة مع الإشعار بالتوصل تتضمن أسباب الشكاية داخل أجل 30 يوما من تاريخ جواب صاحب المشروع أو من تاريخ إنتهاء الأجل الممنوح لصاحب المشروع ليعلن عن جوابه [2] وتتوفر السلطة المختصة علي أجل 45 يوما للرد علي المقاول [3] وفي حالة عدم إقتناع المقاول يمكنه أنذاك اللجوء إلي التحكيم أو الوساطة طبقا لمقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

أولا : شروط التحكيم

لكي ينتج شرط التحكيم أو إتفاق التحكيم آثاره القانونية لابد من توفره علي مجموعة من الشروط والأركان المنصوص عليها في ظهير الإلتزامات والعقود وتحديد الفصل الثاني منه [4]، الذي نص علي أركان الإلتزام ، وعليه فإن إبرام عقد التحكيم لا يتم دون توافر هذه الأركان المتمثلة في الأهلية المنصوص عليها في الفصل 308 ق.م.م سواء كان هؤلاء الأشخاص ذاتيين أو معنويين بالإضافة لركن الرضا والسب والمحل المشروعين .

---

[1] المادة 81 من دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال

[2] الفقرة الثالثة من المادة 81 من دفتر الشروط الادارية العامة

[3] لفقرة الرابعة من المادة 81 من دفتر الشروط الإدارية العامة

[4] فاطمة الزهراء تواركت التحكيم في المسطرة المدنية دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص جامعة القاضي عياض 2000.2001 ص45

فبالإضافة لهذه الأركان الأزمة لإبرام إتفاق التحكيم في الصفقات العمومية بإعتباره عقدا من العقود الإدارية ، فإن ذلك لا يكفي للقول بصحة عقد التحكيم أو شرط التحكيم إذ تطلب المشرع كي يكون الإتفاق صحيحا منتجا لكافة آثاره شروط اخري خاصة تتمثل في :

1 الشكلية في اتفاق التحكيم : إذ استلزم المشرع لقيام اتفاق التحكيم صحيحا منتجا لآثاره ، ويتعلق الأمر بالكتابة إذ لابد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا فالإتفاق الشفوي لايعتد به ، وهذا ما أقره المشرع في الفصل 313 ق.م.م حيث يجب ان يبرم اتفاق التحكيم كتابة انا بعقد أو عرفي أو بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية فمن خلال هذه المقتضيات يتبين أن المشرع المغربي عمل علي تحديد الشكل الكتابي المتطلب قانونا لإبرام اتفاق التحكيم وقد نص كذلك في الفقرة الثانية من نفس الفصل علي أنه " يعتبر اتفاق التحكيم مبرما إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو إتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة اخري من وسائل الاتصال .." .

هذا بالإضافة لبعض الشروط الأخرى المتمثلة في تشكيل الهيئة التحكيمية من العدد الوتر زد علي ذلك شرط المدة المحدد في 6 اشهر ما لم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك .

ثانيا : شروط الوساطة

بإعتبار الوساطة آلية أخري من آليات تسوية المنازعات المنصوص عليها في المادة 82 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة علي صفقات الأشغال فإنه لنشوء اتفاق الوساطة لابد من توافرها علي اركان الإلتزام من أهلية ورضا وسبب ومحل مشروعين بالإضافة لبعض الشروط الأخري الخاصة المنصوص عليها في الفصل 327 .58 ق.م.م ويتعلق الأمر بشرط الكتابة إذ نص المشرع علي إلزامية ورود شرط او اتفاق الوساطة كتابة في محرر رسمي أو عرفي ، كما يعتبر اتفاق الوساطة مبرما إذا ورد في رسائل متبادلة أو إتصال بالتلكس او برقيات أو اية وسيلة أخري من وسائل الإتصال.

هذا بالإضافة إلي تضمين هذا العقد حسب مقتضيات الفصل 327.60 تحديد موضوع النزاع وتعيين الوسيط أو التنصيص علي طريقة تعيينه ورتب علي تخلف هذه البيانات بطلان عقد الوساطة .

الفقرة الثانية : اجراءات التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية

إن الحصول علي أحكام التحكيمية او اتفاق صلح عبر وسيط يتطلب سلوك اجراءات مسطرية من أجل الوقوف علي مضمون النزاع واقرار الحل المناسب. حسب كل وسيلة بديلة من أجل حل نزاعات العقود الإدارية سواء تعلق الأمر باجراءات التحكيم (أولا) أو اجراءات الوساطة (ثانيا)

أولا : اجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

بالعودة المقتضيات القانونية المنصوص عليها في الفصل 327 ق. م.م يتضح أن اجراءات التحكيم تبدا من يوم الذي يكتمل فيه تشكيل الهيئة التحكيمية مالم

يتفق الأطراف علي خلاف ذلك ، وبمجرد قبول المحكم أو الهيئة التحكيمية المهمة المسندة اليها يبادر المدعي إلي ارسال مذكرة مكتوبة بدعواه إلي المدعي عليه والي كل واحد من المحكمين تتضمن مجموعة من البيانات ويرفقها بالوثائق الضرورية وأدلة الإثبات ، مع الزام المدعي عليه بالرد بمذكرة جوابية ردا بما جاء في موضوع الدعوي ، وقبل النظر في الموضوع علي الهيبة التحكيمية ان تبث في صحة وحدود اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم بأمر غير قابل للطعن [1].

وعلي عكس القضاء الرسمي فإن الإرادة الحرة الأطراف هي التي تحدد القانون المطبق لحل كل نزاع أو يحيل علي نظام تحكيم معين وكذلك اختيار مكان التحكيم من خلال الاتفاق الإرادي وفي حالة غياب اتفاق بين الطرفين فإن الهيئة التحكيمية ان تطبق القانون الذي تراه مناسبا .

وإذا كان المحكم كالقاضي يتولي الفصل فيما يعرض عليه من منازعات فإنه يقوم بجميع إجراءات التي تعينه علي تكوين قناعته بالشكل الذي يساعده للوصول للحقيقة ، وذلك من خلال الأخذ بإجراءات التحقيق كما يمكن لهيئة التحكيمية ان تتخذ كل التدابير التحفظية التي تراها لازمة في حدود مهامها مالم يكن شرط مخالف بشأن هذه المقتضيات. [2]

- اصدار الحكم : لقد نص المشرع المغربي في الفصل 327 .22 علي أنه يصدر الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات بعد مداولة الهيئة ويجب علي جميع

[1] احسان غازي التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص جامعة القاضي عياض 2018.2019.ص45

[2] احسان غازي (م.س) ص48

المحكمين التصويت لفائدة مشروع الحكم التحكيمية او ضده مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من الفصل 327.16 وتكون المداولة المحكمين سرية ..

وقد أكد المشرع المغربي في الفصل 327 .23 ق .م. م علي أن الحكم التحكيمية يصدر كتابة ويجب ان يشار فيه الي اتفاق التحكيم وان يتضمن عرضا موجزا للوقائع واداعاءات الأطراف ودفوعاتهم علي التوالي والمستندات وبيان النقط التي تم الفصل فيها بمقتضي الحكم التحكيمي وكذا منطوقا لما قضي به .

كما ألزم المشرع الهيئة التحكيمية علي تضمين الحكم التحكيمي مجموعة من البيانات الإلزامية المنصوص عليها في الفصل 327.24 ق.م.م

كما ألزم المشرع تعليل الأحكام التحكيمية التي يكون أحد اطرافها شخصا معنويا عاما وترجع إلزامية هذا التعليل لكون أطراف المنازعة في نطاق التحكيم الإداري علي قدم المساواة فتبقي مسألة تعليل الحكم الوسيلة الأساسية التي تضمن حياد المحكمين عن أطراف المنازعة . [1]

ثانيا : اجراءات الوساطة في منازعات الصفقات العمومية

بعد لجوء الأطراف إلي الوساطة كآلية بديلة لحل المنازعات الصفقات العمومية يقوم الوسيط بمجموعة من الإجراءات والمهام هذه المهام تنتهي بإصدار وثيقة الصلح .

وعليه يتطلب حل النزاع بواسطة الوساطة تقديم أحد الطرفين الذي يريد تطبيق شرط الوساطة او اتفاق الوساطة ان يخبر الطرف الاخر بذلك وان يرفع

[1] احسان غازي (م.س)ص 49

الأمر إلي الوسيط سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، بعد اخبار الأطراف برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل بواسطة المفوض القضائي .

ويخول القانون الوسيط سلك مجموعة من الإجراءات من أهمها :

_ الإستماع للأطراف : حيث يتمتع الوسيط بسلطة الإستماع للأطراف قصد تكوين قناعته محاولة منه لتقريب وجهات نظرهم .

_ الإستعانة بالأغيار أو الخبراء : وذلك من أجل الحصول علي بعض الحقائق والتوضيحات التي تساعده في حل النزاع ولكن ذلك يخضع لإرادة الأطراف . [1]

وبعد القيام بالإجراءات السالفة الذكر يعد الوسيط أو الوسطاء مشروع الصلح أو بيانا من الأعمال التي قام بها عند تقديم طلب الوساطة ، بعد الإستماع للأطراف أو الشهود أو الخبراء متي كان ذلك ممكنا ، ويتضمن هذا المشروع وقائع النزاع وكيفية حله وماتوصل إليه الأطراف علي الشكل الذي يضع حدا للنزاع القائم ، بعد ذلك يوقع عليه الوسيط ، وبمجرد صدور وثيقة الصلح هاته تكون ملزمة للأطراف ومكتسبة لقوة الشيء المقضي به بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية امام رئيس المحكمة الإدارية التي أبرم في دائرة نفوذها وثيقة الصلح الناتج عن منازعة إدارية.

[1] خالد الدباب الإطار الإجرائي للوسائل البديلة في حل منازعات الصفقات العمومية مقال منشور بموقع fassina.blogspote.com

المبحث الثاني: نطاق وآثار اللجوء إلى التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية

بسبب الأهمية التي تطلع بها عقود الصفقات العمومية في تحقيق كل أشكال التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، كان لابد على المشرع المغربي من البحث عن وسائل جديدة تضفي المزيد من الحماية على هذا النوع من العقود الإدارية وتحول دون توقفها عن أداء او عرقلة المهام المنوطة بها، وبذلك أجاز المشرع المغربي لأطراف هذه العقود الاتفاق على اللجوء الى التحكيم أو الوساطة كوسائل بديلة لفض بعض أنواع المنازعات الناتجة عن الصفقات العمومية، كما أن هذا الإتفاق على التحكيم أو الوساطة في الحالات التي سمح به المشرع المغربي يترتب عنه مجموعة من الآثار.

وللإلمام الجيد بهذا الموضوع ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنبين أولا نطاق التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية في(المطلب الأول) على أن نتطرق إلى آثار اللجوء الى هذه الوسائل البديلة لفض هذا النوع من المنازعات في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق التحكيم والوساطة في فض منازعات الصفقات العمومية

إذا كان المبدأ الجديد في القانون المغربي بعد صدور القانون 08,05 [1] هو جواز اللجوء الى التحكيم أو الوساطة لفض منازعات الصفقات العمومية استنادا إلى المادة 82 من دفتر الشروط الإدارية العامة [2] المطبقة على صفقات الأشغال

[1] - - صدر بتاريخ 30 نوفمبر 2007 القانون 08,05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.
[2] - مرسوم رقم 2,14,394 صادر في 6 شعبان 1437 (13 ماي 2016) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

والتي أحالت على المقتضيات القانونية الواردة في الباب الثامن من القسم الخامس من نص قانون المسطرة المدنية الحالي، والمتعلقة بالتحكيم والوساطة الاتفاقية ، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن إبرام عقود الصفقات العمومية قد تنشأ عنه مجموعة من النزاعات المختلفة والتي لا تكون جميعها قابلة للتحكيم أو الوساطة، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فقرتين ، حيث سنبين أولا منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق التحكيم والوساطة (الفقرة الاولى) على أن نتطرق فيما بعد إلى منازعات الصفقات العمومية المستبعدة من نطاق التحكيم والوساطة في (الفقرة الثانية).

وقبل الخوض في موضوع نطاق التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية يكون من الضروري الإشارة إلى قلة و ندرة الكتابات في هذا الموضوع خاصة الجانب المتعلق بالوساطة كآلية بديلة لحل منازعات العقود الإدارية أو الصفقات العمومية ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع المغربي لم يوضح بشكل كافي نطاق اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض منازعات الصفقات العمومية خاصة نطاق الوساطة في فض هذا النوع من المنازعات.

الفقرة الأولى: منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق التحكيم و الوساطة

انطلاقا مما جاء في مقتضيات القانون رقم 08 05 يتبين أن المشرع المغربي قد خطا خطوات جد ايجابية في إقرار إمكانية لجوء الدولة والجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية والمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

التي تحتوي بين طياتها عقود الصفقات العمومية، كما أقر إلى جانبه ولأول مرة الوساطة الاتفاقية كوسيلة بديلة لحل المنازعات المتعلقة بهذه العقود، وكما سبق أن أشرنا فإنه لا تطبق هذه الوسائل والإمكانيات البديلة عن القضاء في فض جميع المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، فبقراءة نص الفصل 310 من ق م م الذي جاء فيه"لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتعلقة باختصاصات السلطة العمومية".

غير أن النزاعات المالية الناتجة منها يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ماعدا المتعلقة بتطبيق قانون جنائي "، وبذلك نجد أن المشرع المغربي أجاز من خلال الفقرة الثانية من هذا الفصل أن تدخل في نطاق التحكيم جميع المنازعات المتعلقة بالقضاء الشامل[1] باستثناء المتعلقة بتطبيق القانون الجنائي، ونجدها في إطار الصفقات العمومية هي تلك المنازعات التي تترتب عن هذه الصفقات إبتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة الحقوق والالتزامات التي نشأت عنها ، سواء كانت منازعات تتعلق بانعقاد الصفقة أو صحتها او تنفيذها او انقضائها، باستثناء القرارات الممهدة لإبرام الصفقة التي تعتبر قرارات منفصلة عن العملية التعاقدية وقابلة بطبيعتها للطعن في إطار دعوى الإلغاء دون دعوى القضاء الشامل [2].

[1] - عمر السكتاني ، خصوصيات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، مقال منشور بمجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية ، العدد 8، سنة 2019, ص 442.

[2] - فالقضاء الشامل يشمل كل عناصر عملية الصفقة بأسرها، يستوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة ، طالما توفرت فيه حقيقة التعاقد الإداري، أما الأعمال الإدارية التمهيدية فتدخل في إطار دعوى الإلغاء وليس في إطار دعوى القضاء الشامل، ودعوى القضاء الشامل تتخذ صورا مختلفة منها :

بالإضافة إلى النزاعات التي تدخل في اختصاص القضاء الشامل فإن المشرع المغربي يضيف الى هذه النزاعات، نزاعات تتعلق بالعقود الإدارية التي تبرمها الدولة والجماعات المحلية وفي مقدمتها عقود الصفقات العمومية، كصفقات الأشغال والتوريدات والخدمات لحساب الدولة شريطة أن لا تكون الأموال التي تستخدمها الدولة في هذه الصفقات من الدومين (القطاع) العام، أما اذا كانت أموالها من قبيل أموال دومين (قطاع) الخاص التي يجوز استعمالها واستغلالها فلا مانع أن تكون موضوع التحكيم، لأن الأموال والحقوق التي تكون محل التحكيم هي القابلة للتصرف [1].

أما بالنسبة لنزاعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق الوساطة، فبالرجوع إلى المادة 82 [2] من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال نجدها تجيز اللجوء الى الوساطة على غرار التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية و تحيلنا على مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من ق م م المنظم للتحكيم و الوساطة الاتفاقية، وبالإطلاع على المقتضيات القانونية المتعلقة بالوساطة الاتفاقية نجد أولا أن أحكامها جاءت عامة و شاملة، بحيث أجازت للأطراف اللجوء إليها لأجل تجنب أو تسويه نزاع معين، و عبارة أطراف تشمل

-دعوى بطلان عقد الصفقة بسبب عيب في تكوينه
-دعوى الحصول على مبالغ مالية سواء كانت في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو في صورة تعويض عن الأضرار إلى جانب فوائد التأخير .
- دعوى إبطال التصرفات الصادرة عن الإرادة على خلاف التزاماتها التعاقدية.
-دعوى فسخ الصفقة بسبب قوة قاهرة أو غيرها من أسباب الفسخ .

[1] - عبد الله درميش ، مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية في المغرب، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية 2011, العدد الثاني عشر ، ص 223 .

[2] - نص المادة 82: اللجوء إلى الوساطة أو إلى التحكيم:
يمكن لصاحب المشروع والمقاول ، باتفاق مشترك خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تسلم رسالة السلطة المختصة أو لتاريخ انتهاء أجل خمسة وأربعين (45) يوما المذكورة في المادة 81 من هذا الدفتر ، إما اللجوء إلى الوساطة وإما إلى التحكيم طبقا لمقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من نص قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1,74,447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) كما تم نسخه وتعويضه بالقانون رقم 05,08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1,07,169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007).

مختلف الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، و سواء كانت خاصة أو عامة، وما يهمنا أكثر أن موضوع أو محل اتفاق الوساطة جاء واسعا في معناه باستثناء بعض القيود الواردة عليه والمتعلقة بالتقيد بمقتضيات الفصل 62 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وتجنب المسائل المستثناة من نطاق تطبيق الصلح ، تم مراعاة التحفظات أو الشروط أو الحدود المقررة لصحة الصلح ، وبالتالي لم ينص المشرع بشكل صريح من خلال هذه المقتضيات على نطاق الوساطة الاتفاقية في فض منازعات العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية.

الفقرة الثانية: منازعات الصفقات العمومية المستبعدة من نطاق التحكيم والوساطة

هناك مجموعة من النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي استثناها المشرع وأخرجها من نطاق التحكيم ، فبالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 310 من ق م م ، نجدها تنص على أنه " لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتعلقة باختصاصات السلطة العمومية " ، أي كل ما تعلق بمنازعات الإلغاء التي يبقى الإختصاص فيها للقضاء الرسمي من خلال المحاكم الإدارية ، وهي محدودة جدا ترتبط بصدور قرارات إدارية ، وترمي إلى إلغائها كجزاء لعدم احترام مبدأ المشروعية ، وذلك إذا تعلق الأمر بالقرارات الإدارية المنفصلة عن عملية التعاقد ، وبالتالي فإن المنازعات التي تندرج ضمن قضاء الإلغاء هي التي تنصب على القرارات الصادرة عن الإدارة أثناء المرحلة السابقة على توقيع العقد أو المصاحبة

لها أحيانا ، وهي ما يصطلح عليها بالقرارات الإدارية المنفصلة والتي تنقسم إلى ثلاثة أقسام[1]

القرارات السابقة : والتي تتعلق بكل الأعمال المتعلقة لتحضير إبرام العقد ، مثل قرار استبعاد أحد المرشحين من المنافسة .

- القرارات المصاحبة : وهي القرارات التي ترافق عملية التعاقد مثل قرار رفض المصادقة على صفقة محلية من طرف السلطة المحلية.

القرارات المتحدة أثناء العقد: أي القرارات التي تتخذها الإدارة بصفتها سلطة عامة وليس بصفتها متعاقدة.

وكما يظهر من الأصناف أعلاه ، فإن الأمر يتعلق بمجموعة من القرارات التي ترتبط بالنظام العام و بالمشروعية وبالتالي يبقى المختص في النزاعات المتعلقة بها هو القضاء الإداري في إطار دعوى الإلغاء ولا يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم .

انطلاقا مما سبق يمكن أن نخلص بأن هناك مجموعة من المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية والمستبعدة من نطاق التحكيم ، منها المنازعات المستبعدة والمرتبطة بمرحلة إبرام عقد الصفقة العمومية ، وتشمل المنازعات الناشئة عن مخالفة المبادئ العامة للصفقة العمومية ، و المتمثلة في مبدأ العلنية والشفافية ، وحرية الوصول الطلبات العمومية ومبدأ المساواة بين المتنافسين و مبدأ علنية الإجراءات وإعلام جميع المتنافسين و إخضاعهم لقواعد منافسة واحدة دون تميز

[1] - عمر السكتاني ، مرجع سابق ، ص 442.

بينهم ، كما يدخل ضمن هذا الصنف أيضا النزاعات الناشئة عن مخالفة إجراءات وشروط إبرام الصفقة سواء عن طريق طلب العروض أو عن طريق التراضي بعد الاستشارة ، وكذا مخالفة المعايير المتعلقة باختيار المتعاقد صاحب المشروع في مرحلة إبرام الصفقة ، والتي يختص بها القضاء الإداري ولا تدخل في نطاق التحكيم.

أما بالنسبة للصنف الثاني فهي المنازعات المستبعدة والناشئة عن القرارات المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية والتي تم الإشارة إليها سابقا حيث تخرج من نطاق التحكيم جميع القرارات الصادرة في مرحلة لإبرام أي الممهدة لإبرام الصفقة ، سواء تعلق الأمر بعمل لجان الصفقات أو المتعلقة بالوصاية أو غيرها ، فمخالفة أي إجراء من إجراءات إبرام الصفقة يمكن أن يكون محلا لدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ، كما هو الشأن بالنسبة القرارات المتعلقة باستبعاد بعض العروض أو الإقصاء من المشاركة والقرارات المتعلقة بالتصديق وغيرها من القرارات التي لا تتعلق ببنود الصفقة ولا بالحقوق المترتبة عنها[1] .

أما بخصوص نزاعات الصفقات العمومية المستبعدة من نطاق الوساطة الاتفاقية فبالرجوع إلى المقتضيات القانونية المنظمة للوساطة الاتفاقية في الباب الثامن من القسم الخامس من ق م م والتي أحالت عليها المادة 82 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، نجد أن المشرع المغربي نص فقط في الفصل 56-327 من نفس القانون على عدم جواز اللجوء إلى الوساطة في

[1] - عمر السكتاني ، مرجع سابق ، ص 444.

المسائل المستثناة من نطاق الصلح ، ولم يقم بتحديد أو حتى الإشارة إلى نطاق تطبيق الوساطة الاتفاقية في نزاعات العقود الإدارية كما فعل بالنسبة للتحكيم.

المطلب الثاني: أثار اللجوء إلى التحكيم و الوساطة في منازعات الصفقات العمومية

لمناقشة هذا المطلب سنقوم في البداية بالتطرق لأهم الآثار التي تترتب على اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، على أن نستأنف الحديث فيما بعد عن الآثار المترتبة على اللجوء إلى الوساطة الودية في منازعات الصفقات العمومية.

الفقرة الأولى: الآثار المترتبة على التحكيم في الصفقات العمومية

يتوقف اللجوء الى التحكيم على اتفاق الأطراف وهو ما يصطلح عليه باتفاق التحكيم واتفاق التحكيم يتخذ عده صور مختلفة فقد يكتسي صيغه الشرط التحكيمي اذا تم الاتفاق بين طرفي الصفقة العمومية بان يعوض على التحكيم النزاعات التي قد تنشا عن العقد المذكور او صيغه عقد التحكيم الذي يلتزم فيه طرفي العقد الصفقة العمومية عرض النزاع الذي قد ينشا بينهم على التحكيم وقد يأتي في شكل شرط التحكيم بالاحالة حين يتفق طرفي عقد الصفقة العمومية بالإشارة ضمن بنود الصفقة الى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقيه أو الى اي وثيقة أخرى تتضمن الشروط التحكيمية اذا كانت الاحاله واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد غير ان ومهما كانت صورته فانه حتى يرتب آثاره لابد من احترام مجموعه من الشروط الموضوعية والإجرائية ومن أهمها الأهلية والمحل والسبب والصفة وان يكون هذا الاتفاق مكتوبا ومن بين الآثار التي يمكن ان تترتب عن هذا العقد آثارا ايجابيه وأثارها سلبيه ، بالنسبة للأثر الأول وهو ما يعرفه الآثار الايجابي ووفقا له يتعين على الأطراف ان تحترم التعهد الضارب عنها والتعهد بالمنازعات المتفق بشأنها على

التحكيم الى المحكم أما بالنسبة لأثر الثاني الذي يرتبه إتفاق التحكيم فهو ما يعرف بالأثر السلبي وفقا له يتمتع الأطراف الالتجاء الى المحاكم الوطنية من اجل الفصل في المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم[1]

وإعمال لهذا الأخير يلتزم كل من طرفي بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في الاتجاه الى التحكيم كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن النظر في النزاعات المتفق على التحكيم بشأنها وكأي عقد ليس لأحد طرفيه العدول عن اتفاق التحكيم الا بموافقة الطرف الآخر و يرتب اتفاق التحكيم هذين الأثرين بمجرد إبرامه وقبل اختيار المحكمين او قبولهم لمهمتهم على انه يلاحظ أن اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام ولهذا فلا يجوز للمحكمة ان تعمل أيا من هذه الأثرين من تلقاء نفسها غير ان تمثيل هذه الأثرين يفترض ان يكون الاتفاق على التحكيم صحيحا ونافدا وقابلا للتطبيق[2] .لذلك فإذا بادر أحد طرفي عقد الصفقة العمومية الى عرض النزاع على القضاء ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة التي يعوض عليها النزاع أن تقضي بعدم قبول الدعوى إذا تمسك بذلك المدعى عليه قبل الدخول في جوهر النزاع ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان مع العلم أن هذا الدفع يجوز التمسك به سواء أمام محاكم الدرجة الاولى او محاكم الدرجة الثانية إذا كانت اتفاق التحكيم لم يبرم إلا خلال مرحله الاستئناف .

لكن إذا كان المبدأ أن اتفاق التحكيم ينتج آثاره الا في مواجهة الظرفية فانه هناك إمكانية امتداد اتفاق التحكيم الى غير أطراف الصفقة؟؟

---

[1] - René David , L'arbitrage dans le commerce international. Economica 1982 p.232.

[2] - فتحي والي "قانون التحكيم في النظرية و التطبيق" ، منشأة المعارف الطبعة الأولى 2007 ص 177-178

جوابا على ذلك يمكن القول أن الصفقة العمومية عمليه تعاقديه مركبه ومعقده تمر عبر مراحل عديدة لهذا قد يتدخل في عمليه تنفيذ الصفقة أطراف أخرى غير المتعامل المتعاقد كما هو الشأن بالنسبة لعقد المناولة أو التعاقد من الباطن الذي يعد استثناء على مبدأ التنفيذ الشخصي للصفقة حيث يمكن للمتعاقد منح تنفيذ جزء من الصفقة لمتناول بواسطة عقد المناولة عن طريق التعاقد من الباطن والتعاقد من الباطن، عمليه يقوم من خلالها صاحب الصفقة بإعطاء وتحت مسؤوليته أحدا من الأغيار تنفيذ جزء من الصفقة أي انه عقد من عقود القانون الخاص يرخص بواسطة للمقاول صاحبة الصفقة القيام بتنفيذ جزء من الصفقة بواسطة أطراف آخرين [1] ، شريطه ان يبلغ صاحب المشروع بطبيعة الحال للأعمال التي يعتزم التعاقد بشأنها من الباطن وهوية المتعاقدين المذكورين ويمكن لصاحب المشروع ان يحفظ او الاعتراض على المتعاقد من الباطن إذا تبين له بأنه لا يتوفر على المؤهلات المطلوبة الكفيلة بتنفيذ الأشغال المطلوبة شخصيا عن جميع الالتزامات الناتجة عن الصفقة اتجاه صاحب المشروع [2] ، ورغم ان اتفاق التحكيم تم بين المصلحة المتعاقدة صاحب المشروع والمتعاقد المتعامل صاحب الصفقة فإنه يسرى على المتعاقد من الباطن وذلك لمساهمته في تنفيذ التزامات المتعاقد صاحب الصفقة الواردة أساسا في بنود الصفقة العمومية ، و هو الأمر الذي يفترض على المناول المتعاقد من الباطن بوجود البند التحكيمي، وبالتالي تمتد أثار اتفاق التحكيم الى المتعاقدين من الباطن ، و يتضح ذلك من إرادته في قبول

[1] عبد اللطيف الشدادي ، نظام الصفقات العمومية، الجزء الأول، الطباعة و النشر : سيلكي إخوان - طنجة ، الطبعة الأولى, يناير - 2019 ، ص 67 و ما يليها .

[2] محمد باهى ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول ، مطبعة النجاح الجديدة ، طبعة 2015 ، ص : 106

تنفيذ جزء الصفقة المتعامل بشأنها بعقد المناولة ، و التى تأتى في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ككل و المتضمنة شرط التحكيم.

الفقرة الثانية: أثار اللجوء إلى الوساطة في منازعات الصفقات العمومية:

تضطلع الوساطة الى جانب التحكيم باعتبارهم من الوسائل البديلة لفضل النزاعات بدور هام في تدبير النزاعات المرتبطة بصفقات العمومية كما سبق الاشاره الى ذلك مسبقا وعليه فإنه بعد استفاء مراحل الوساطة وانتهاء الأطراف من جميع إجراءاتها فان الوساطة قد تتوج بنجاح الأطراف في صياغة الحل النهائي وذلك في حاله الاتفاق بينهما كما تنتهي الوساطة بفشل الأطوار في التوصل الى الحل ، بالنسبة للحالة الأولى المرتبطة بنجاح الوساطة الاتفاقية فإن الوساطة في إطار تدبير المنازعات المرتبطة بصفقات العمومية تتوج بالنجاح من خلال اتفاق الأطراف في ما بينهم حول نقطه الخلاف ويتحقق هذا بانخراط كل طرف في المفاوضات بشكل جدي بالاستماع الى الطرف الأخر والاستعداد للتنازل عن بعض حقوقه وذلك لكي يتاتا الاتفاق في ما بينهم وهذا الاتفاق قد يكون كليا من خلال اتفاق الأطراف على جميع النقط التي كانت محل الخلاف بينهم وهذا اتفاق قد يكون جزئيا باتفاقهم على بعض النقط واختلافهم على بعضها ويخضع هذا الصلح الذي توصل إلي الأطراف للقسم التاسع من الكتاب الثامن من قانون الالتزامات والعقود المنظم للصلح بالرجوع الى هذا القسم نجد فصل 110 منه يعطي لكل طرفي الصلح التحلل من التزامه إذا لم يقم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه مع حفظ حق الطرف الأول في طلب التعويض وهذا يسرى على الوساطة اخدم بمفهوم الموافقة كما ان

فسخ الصلح المبرم من طرفي يعيدها الى الحالة التي كانت عليها من قبل التوصل الى هذا الصلح [1] .

أما الحالة الثانية المرتبطة بفشل الوساطة الاتفاقية بين المبرمة بين طرفي عقد الصفقة العمومية يتم عندما لا يتمكن الوسيط من تسويه النزاع كليا او جزئيا خلال المدة القانونية بسبب وصول المفاوضات الى طريق المسدود لا يمكن معها للأطراف الاستمرار في النقاش نظرا لعدم تقارب وجهه نظرهم حول النزاع او بسبب تغيب الخصوم وعدم متابعه لإجراءات الوساطة اذ ان الوسيط في هذه الحالة يخبر الأطراف بهذا الفشل ويشعرهم بأن ما أدلوا به خلال مرحله الوساطة من تصريحاته و وثائق لا يمكن التمسك بها أمام جهة أخرى وتبقى محاطة بالسرية التامة و في هذه الحالة يسلم الوسيط للأطراف وثيقة عدم قبول الصلح إلا ان فشل الوساطة لا يحول دون اكتساب الأطراف المتنازعة لعده امتيازات او ما يمكن ان نسميه "بالنجاحات" أهمها:

_ أولا :تبادل المعلومات وفض العداءات وتجاوز الأحكام الخاطئة.

_ثانيا: مساعده الأطراف على التوصل والتعامل بسلوك مثمرين في ما بعد.

_ثالثا: إعطاء فرصه لكل الأطراف الاستماع ما يقول الطرف الآخر

وفي الأخير فان فشل الوساطة لا يمنع اللجوء الى القضاء في حاله فشل الوساطة[1].

[1] محمد أطويف ، الوساطة الاتفاقية على ضوء القانون 05-08، مقال منشور في مجلة القضاء المدني سلسلة دراسات و أبحاث العدد 3 سنة 2013 ص 19

خاتمة:

وحاصل القول يتضح لنا من خلال دراستينا لهذا الموضوع أن للنظام التحكيمي والوساطة الودية أهميه خاصة في هذا العصر كوسيلة بديله لحل المنازعات التي قد تنشا عن الصفقة العمومية كما يعدان من بين الوسائل الأكثر اقبلا بين أطراف المتعاقدة وذلك لما يتميزان به من خصائص جعلتهما يفرضان نفسهما بقوه غير أن اللجوء الى النظام التحكيمي أو نظام الوساطة الودية لا يتوقف على وجود نزاع بين الأطراف العقد بل لابد من وجود اتفاق التحكيم او اتفاق الوساطة الودية يتوقف على توفر مجموعه من الشروط منها ما هو شكل يتعلق خاصة بضرورة كتابه اتفاق التحكيم أو اتفاق الوساطة الودية الى جانب مجموعه من الشروط الموضوعية المتمثلة في التراضي أي تلاقي إيرادات الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم أو الوساطة الودية ويجب أن يصدر هذا التراضي من صاحب أهليه كاملة وان يكون لهم محل وسبب مشروعين .

وبالتالي فان إخضاع منازعات الصفقات العمومية الى نظام التحكيم او نظام الوساطة الودية كبديلين استثنائيين عن القضاء العادي أصبح أمر لا بد منه وذلك نظرا لخصوصيات هذه العقود ومالها من اتصال وثيق بالمال العام خاصة أن هذه الوسائل البديلة تتميز بالبساطة والسرعة في البث في النزاع على خلاف القضاء الذي يأخذ وقتا طويلا لحل النزاع.

---

[1] - حسين عبد العزيز عبد الله النجار ، البدائل القضائية لتسوية المنازعات الاستثمارية و التجارية " التحكيم و الوساطة و التوفيق" دراسة مقارنة، ط / 1، 2014 ، ص / 19

لائحة المراجع:
الكتب:

✍ مليكة الصروخ،الصفقات العمومية بالمغرب الأشغال التوريدات الخدمات،مطبعة النجاح الجديدة،البيضاء،الطبعة الأولى 2009.

✍ عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية,مطبوعات المعرفة,مراكش,الطبعة الخامسة 2008.

✍ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2008.

✍ فتحي والي "قانون التحكيم في النظرية و التطبيق" ، منشأة المعارف الطبعة الأولى 2007.

✍ عبد اللطيف الشدادي ، نظام الصفقات العمومية، الجزء الأول، الطباعة و النشر : سيلكي إخوان - طنجة ، الطبعة الأولى, يناير - 2019

✍ محمد باهى ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول ، مطبعة النجاح الجديدة ، طبعة 2015 .

✍ حسين عبد العزيز عبد الله النجار ، البدائل القضائية لتسوية المنازعات الاستثمارية و التجارية " التحكيم و الوساطة و التوفيق" دراسة مقارنة، ط / 2014.

الأطروحات والرسائل:

- **فاطمة برتاوش،**" الحكم التحكيمي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2018/2017.

- فاطمة الزهراء توراكت التحكيم في المسطرة المدنية دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص جامعة القاضي عياض 2000.2001 .

- احسان غازي التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص جامعة القاضي عياض 2018.2019.

المقالات:

- خالد الدباب الإطار الإجرائي للوسائل البديلة في حل منازعات الصفقات العمومية مقال منشور بموقع fassina.blogspote.com

- عمر السكتاني ، خصوصيات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، مقال منشور بمجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية ، العدد 8، سنة 2019.

- عبد الله درميش ، مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية في المغرب، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية 2011, العدد الثاني عشر.

❖ محمد أطويف ، الوساطة الاتفاقية على ضوء القانون 05-08، مقال منشور في مجلة القضاء المدني سلسلة دراسات و أبحاث العدد 3 سنة 2013.

القوانين:

- مرسوم رقم 394.14.2 الصادر بتاريخ 13 ماي 2017 بالمصادقة علي دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق علي صفقات الأشغال.
- صدر بتاريخ 30 نوفمبر 2007 القانون 08,05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

المراجع باللغة الفرنسية:

- René David , L'arbitrage dans le commerce international. Economica 1982 p.232

الفهرس:

مقدمة: 2

المبحث الأول: الإطار العام للتحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية..... 6

المطلب الأول: مفهوم التحكيم والوساطة ومشروعية اللجوء إليها في نزاعات الصفقات العمومية..... 6

الفقرة الأولى: مفهوم التحكيم والوساطة في نزاعات الصفقات العمومية..... 6

الفقرة الثانية: مشروعية اللجوء إلى التحكيم والوساطة في نزاعات الصفقات العمومية 9

المطلب الثاني : شروط وإجراءات التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية.....13

الفقرة الأولي : شروط التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية.....13

الفقرة الثانية : اجراءات التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية.....16

المبحث الثاني: نطاق وآثار اللجوء إلى التحكيم والوساطة في منازعات الصفقات العمومية 20

المطلب الأول: نطاق التحكيم والوساطة في فض منازعات الصفقات العمومية.....20

الفقرة الأولى: منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق التحكيم و الوساطة 21

الفقرة الثانية: منازعات الصفقات العمومية المستبعدة من نطاق التحكيم والوساطة.....24

المطلب الثاني:أثار اللجوء إلى التحكيم و الوساطة في منازعات الصفقات العمومية.....28

الفقرة الأولى: الأثار المترتبة على التحكيم في الصفقات العمومية.....28

الفقرة الثانية: أثار اللجوء إلى الوساطة في منازعات الصفقات العمومية: 31

خاتمة: 33

لائحة المراجع 34

الفهرس 37