التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص

ميسون علي عبد الهادي[1]
جامعة بغداد

الملخص:

التحكيم الإداري هو طريق يتعلق بالفصل في منازعة إدارية يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري, لذا نجد أنّ شروط التحكيم الإداري أن يوجد عقد إداري وأن يكون أحد أشخاصه سلطة عامة.

ونجد أنّ معظم الدول على اختلاف أنظمتها القانونية قد أخذت بالتحكيم بشكل عام والتحكيم الإداري بشكل خاص ،إذ أنّه أداة مهمة للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، و يتم إسناد مهمة التحكيم إلى أفراد لا يمتون إلى القضاء بصلة يطلق عليهم لفظ (المحكمين) ويجري اختيارهم من قبل أطراف النزاع, كذلك يتميز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له بأنّه ينتهي إلى قرار تحكيمي نافذ لا يخضع لرقابة أي سلطة أخرى, بينما نجد أنّ الصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه, فالصلح يتم بعمل تعاقدي أما التحكيم فيتم حله بعمل قضائي.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم الإداري، المنازعة الإدارية

تاريخ إرسال المقال: 2017/05/07، **تاريخ قبول المقال:** 2018/06/05، **تاريخ نشر المقال:**2018/07/31

لتهميش المقال: ميسون علي عبد الهادي، "التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد01، 2018، ص ص. 246-266.

المقال متوفر على الروابط التالية:
https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72
http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

[1] مركز دراسات المرأة ، جامعة بغداد، العراق
- المؤلف المراسل: saddam_kokez@yahoo.com

Arbitration in Disputes Arising from Management Contracts with Private Law Persons

Abstract:

Administrative arbitration is a procedure related an administrative dispute where one party is an administrative contact acts as a public authority and it is related to an administrative contract, so we find that the clauses of the administrative arbitration are an administrative contract where one party is a public authority. We find that most countries of different legal systems have adopted arbitration in general and administrative arbitration in particular and that where it is considered as an important tool for adjudication of disputes arising from administrative contracts with private law, the task of arbitration is assigned to members have nothing to do with judiciary and who are called (arbitrators) being chosen by the parties of the conflict. The administrative arbitration is distinguished from other similar systems in the fact that it ends with an effective arbitrary decision that is not subject to the control of any other authority while we find that reconciliation is a contract where a potential conflict between two parties is resolved where each party waives of part of his claim so that the reconciliation is done a contractual action whereas arbitration is resolved by a judicial action.

Keywords:

Administrative arbitration, Administrative arbitration.

Arbitrage des litiges découlant de contrats d'administration avec des personnes de droit privé

Résumé :

L'arbitrage administratif est un mode de résolution des litiges où l'administration, en tant que puissance publique, est partie d'un contrat.

La plupart des pays reconnaissent aujourd'hui le concept d'arbitrage en matière administrative en ce qu'il est le moyen le plus efficace de résolutions des litiges entre administration et personnes de droit privé. Dans ce cadre, la fonction d'arbitre est attribuée à des personnes privées choisies par les contractants. L'objet de cette étude est de cerner avec précisions la notion d'arbitrage administratif avec la référence à certaines législations comparées.

Mots clés:

Arbitrage administratif, litige administratif

مقدمة

أصبح التحكيم من أهم الظواهر التي اتسع نطاقها حتى عم الاعتراف بها في كافة دول العالم بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية، تاركة لها مكاناً متزايداً في تحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة.

ويعدّ نظام التحكيم أداة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات بدلاً من القضاء العام في الدولة الحديثة، صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات.

ويتم إسناد مهمة التحكيم إلى أفراد عاديين أو أشخاص غير قضائيين يطلق عليهم هيئة التحكيم، ويجري اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، انطلاقاً من الثقة التي يتمتعون بها في قدرتهم على حسم النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

وقد سلّطنا الضوء في هذا البحث عن دور التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، إذ أنّ العقد الإداري يستلزم أن يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام يقصد منه إدارة المرفق العام أو تسييره ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعاً في ذلك الأساليب المقررة في القانون العام، وبالتالي فإنّه ينطوي على الشروط غير المألوفة الاتباع في عقود القانون الخاص، والذي يهمنا هنا العقد الإداري الذي يقع بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير وتنظيم مرفق عام، وتظهر فيه الإدارة بنيّة الأخذ بأحكام القانون العام وأساليبه.

ومما تقدم سنتناول في هذا البحث بيان ماهية التحكيم الإداري من حيث تعريفه وشروطه ومزاياه ومن ثم تمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له في المبحث الأول منه، أما في المبحث الثاني سنتناول التحكيم الإداري كطريق لتسوية المنازعة الناشئة عن العقد الإداري بين اتجاهين ،اتجاه مؤيّد للجوء للتحكيم الإداري في فض المنازعات الإدارية متمثل بمصر والعراق، واتجاه معارض للجوء للتحكيم الإداري في فض المنازعة الإدارية متمثلاً في فرنسا ولبنان.

المبحث الأول: ماهية التحكيم الإداري

لبيان ماهية التحكيم الإداري يتطلب بيان مفهوم التحكيم الإداري من حيث تعريفه وشروطه ومزاياه فضلاً عن تمييز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإداري

الفرع الأول : التعريف بالتحكيم الإداري

التحكيم لغةً : التحكيم في اللغة يأتي من المصدر ((حكم)) من باب التفعيل بشديد الكاف مع الفتح وحكّمه في الأمر أي فوّض إليه الحكم فيه [1]. ويقال حكّمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا وحكّمته في الأمر فأحتكم أي جاز فيه حكمه[2].

كما يعرّف لغة بأنّه طلب الفصل في المنازعة سواء عن طريق قضاء الدولة أم عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها[3].

أما اصطلاحاً فهو اتفاق أطراف النزاع اتفاقاً يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلاً من القضاء المختص وقبول قراره بشأنه[4].

ويعرّف أيضاً بأنّه إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معيّن على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم، مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً[5].

وقد يرد التحكيم في صورة بند في أحد العقود، يتفق بمقتضاه المتعاقدان على حل المنازعات التي تنشأ عن العقد بواسطة التحكيم ويطلق على هذا الاتفاق شرط التحكيم[6]، أي قبل وقوع النزاع وقد لا يتفقان في العقد الأصلي وإنّما بعد قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقاً خاصاً لعرض نزاع معين على محكمين، ويسمى ذلك مشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم الخاصة[7]. ويعدّ شرط التحكيم مستقلاً عن عقد التحكيم.

---

(1) المنجد في اللغة والاعلام، الكرم البستاني، عادل امبوبا، دار المشرق العربي، بيروت، الطبعة الثامنة والعشرون، 1986، ص146.

(2) لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1997، ص129.

(3) الشيخ الإمام بن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، الجزء الثالث عشر، مكتبة دار الحديثة، القاهرة، تحقيق الدكتور محمد شرف الدين خطاب والدكتور سيد إبراهيم صادق، الطبعة الأولى، 1995، ص629.

(4) انظر : د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، الدراسات القانونية، مركز أبحاث القانون المقارن تسلسل (19) العراق – أربيل، 2010، ص124؛ وانظر : د. فاطمة محمد سليم العوا، رسالة دكتوراه، تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنينات العربية، مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية، 1999، ص155.

(5) د. أشرف محمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2010، ص62.

(6) د. عبد الله عيسى، حكم التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص98؛ وانظر:
د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 1980، ص926؛ أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص5.

(7) د. عبد الرحيم حاتم، التحكيم في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف الأشرف، 2010، ص81.

إذ أنّ الفرق بينهما يتمثل بالآتي :

1- إنّ معنى شرط التحكيم هو الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على أنّ ما قد ينشأ بينهما من نزاع من العقد يتم الفصل فيه بواسطة التحكيم، في حين أنّ مشارطة التحكيم تعني الاتفاق الذي يعقد بين الأطراف المتعاقدة بعد قيام النزاع ويكون الغرض منه عرض النزاع على التحكيم.

2- إنّ شروط التحكيم ومشارطة التحكيم اتفاق رضائي بين الطرفين المتعاقدين إلاّ أنّ شرط التحكيم يكون قبل وقوع النزاع، أي أنّه ليس بالضرورة اللجوء إلا في حال وقوع تنازع بين الطرفين ،على خلاف مشارطة التحكيم فإنّه بعد وقوع النزاع أي أنّ اللجوء إليه لابد منه لحسم النزاع بين الطرفين[1].

3- إنّ شرط التحكيم يقع في العقد ذاته أو يرد في اتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع، وأحياناً قد يشترط القانون أن يكون في اتفاق خاص مستقل لما له من أثر خطير وهو حرمان المتعاقد من اللجوء إلى قضاء الدولة، أما مشارطة التحكيم فإنّه يرد في اتفاق مستقل كونه يتم بعد وقوع النزاع وإن أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية[2].

وإذا كان ما تقدم يبيّن لنا مفهوم التحكيم ومشارطة التحكيم، لابد من تسليط الضوء على معنى التحكيم الاداري الذي يعرف بأنّه طريق الفصل في منازعة إدارية، يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري، فيعدّ التحكيم إدارياً عندما يتعلق بمنازعة تنشأ بين السلطة الإدارية والمتعاقدين معها من أشخاص القانون الخاص[3].فالتحكيم الإداري يتعلق بالفصل في منازعة إدارية يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري.

أي أنّ شروط التحكيم الإداري تتلخص في أن يكون هناك عقد إداري وأن يكون أحد أشخاصه سلطة عامة.

الفرع الثاني: شروط التحكيم الإداري

طالما كان التحكيم أحد الطرق لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري لابد من توافر شروط معيّنة وهي :

1- وجود الإدارة كطرف في العقد: إنّ اتفاق طرفي العلاقة القانونية على عرض ما ينشأ بصدده من منازعة على محكم أو أكثر للفصل فيها بدلاً من المحكمة المختصة والتزامها بالقرار الصادر من المحكم[4].

---

[1] انظر د. شادية إبراهيم مصطفى المحروقي ود. أحمد محروس علي ناجي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص66-67.

[2] انظر د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص132.

[3] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013، ص330.

[4] د. اياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص5.

يستلزم أن يكون أحد أطرافها الإدارة، إذ أنّ العقد الإداري هو العقد المبرم من قبل أحد أشخاص القانون العام سواء أكان (معنوياً أم إقليمياً أو مرفقياً)، فإذا ما تعاقدت الإدارة بصفة أخرى دون أن يكون لها سلطة عامة انتفت الصفة الإدارية عن العقد، وبالتالي أنّ شرط التحكيم الوارد في العقد لا يعدّ تحيكماً إدارياً[1].

2- تعاقد الإدارة بوصفها سلطة عامة: إنّ تعاقد الإدارة بوصفها صاحبة السلطة العامة يتمثل باستخدامها لامتيازات السلطة العامة التي لا تتوافر في التعاقد بين أشخاص القانون الخاص، فلا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، بل لابد من استخدام امتيازات السلطة العامة التي يتم إدراجها ضمن شروط العقد، والتي لا تنطبق مع الشروط الواردة في عقود القانون الخاص[2].

3- أن يكون الطرف الآخر شخصاً من أشخاص القانون الخاص: سواء أكان فرداً أو سلطة عامة انتفت عنها الصفة الإدارية عن العقد بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص[3].

4- المصلحة العامة المتحققة لمرفق عام: أن يكون العقد الإداري الذي يرد فيه شرط التحكيم يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة بغض النظر عن الطرق المتبعة لتحقيق هذا الهدف، إذ أنّه لا فرق في كون العقد الإداري المبرم لإدارة المرفق العام أو ضمان استمراره لغرض إشباع الحاجات العامة، ويكون الطرف المتعاقد مسؤولاً عن حالة التقصير أو الإخلال في تحقيق المصلحة العامة[4].

الفرع الثالث: مزايا التحكيم الإداري

على الرغم من أنّ التحكيم بصفة عامة يحسم النزاعات الناشئة في مختلف المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، إلا أنّ التحكيم الإداري يتميز عن غيره من أنواع التحكيم بالآتي :

1- إنّ أهم ما يميز التحكيم الإداري أنّ القرار التحكيمي الصادر بين طرفي النزاع لا يخضع لرقابة أية سلطة أخرى، على خلاف الحال في القرار التحكيمي الصادر في القضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فإنّها تخضع لرقابة القضاء[5].

2- إنّ اللجوء إلى التحكيم الإداري يمنح للأطراف المتنازعة ميزة سرعة حسم النزاع البعيد عن التعقيدات الإدارية، إذ أنّ الروتين الإداري والتعقيدات التي يواجهها طرفا النزاع تتلاشى أمامه ،على خلاف الحال إذا ما تم اللجوء إلى القضاء إذ أنّه يتطلب وقتاً وجهداً إضافيين[1].

---

[1] انظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010، ص115.

[2] انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص115.

[3] انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص30 – 31.

[4] انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص44.

[5] انظر د. شمس مرغني علي، التحكيم في منازعات المشروع العام، عالم الكتب بالقاهرة، 1973، ص10.

وهذا يتطابق مع غاية الإدارة التي يجسدها العقد الإداري والمتمثلة بتحقيق المصلحة العامة ودوام استمرار سير المرفق العام.

3- يتميز التحكيم الإداري عن بقية أنواع التحكيم بميزة مهمة، كونه يحافظ على شؤون الدولة عند تعاقدها وخاصة في حال كون موضوع العقد يتم بالسرية ،إذ أنّ جلسات القضاء علنية ولا تكون سرية إلا في حالات معينة، فضلاً عن أنّه يمتاز بتوافر الثقة في المحكمتين ،إذ أنّ طرفي النزاع يحرصون على وضع المنازعة في من يتوسمون فيه الثقة والكفاءة، كما يمتاز أيضاً بحرية اختيار القانون المطبق والقواعد الإجرائية والموضوعية[2].

المطلب الثاني: تمييز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له

يعدّ عنصر الاتفاق بين الجهة الإدارية والمتعاقد أساس التمييز فيما بين التحكيم الإداري وغيره من النظم القانونية الأخرى، ويختلف التكييف حسب طبيعة المهمة التي يمنحها الاتفاق فإن كان يمنح سلطة القيام بعمل قضائي فإنّ الاتفاق يكون اتفاق تحكيم[3]. ويكون القرار الصادر استناداً له هو حكم تحكيم لذا سنتناول الفارق بين التحكيم الإداري والأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له على النحو الآتي :

الفرع الأول: التحكيم الإداري والصلح

كما أسلفنا أنّ التحكيم الإداري هو طريقة لتسوية النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود الإدارية أو تفسيرها، فهو أصبح من الأساليب الحديثة التي تعتمد لغرض التوصل إلى تسوية النزاعات الناشئة بين الأطراف المتعاقدة بالطرق القانونية الاختيارية، بحيث تتوافر السرعة اللازمة والدقة المطلوبة بعيداً عن التعقيدات أو العراقيل الإدارية والتنظيمية التي يمكن أن يواجهها الأطراف، إذا ما أثيرت هذه النزاعات أمام الجهات القضائية المختصة[4]. والميزة الأساسية للتحكيم الإداري بأنّه ينتهي إلى قرار تحكيمي نافذ لا يخضع لرقابة أي سلطة أخرى، بينما يخضع القرار الصادر في التحكيم العادي لرقابة القضاء[5].

---

(1) انظر د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009، ص33.

(2) انظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص316 – 317.

(3) د. احمد شرف الدين، قواعد التحكيم، شركة ياس للطباعة، القاهرة، 2007، ص22.

(4) انظر : د. جعفر مشيمش، المصدر السابق، ص33.

(5) د. شمس مرغني علي، مصدر سابق، ص10.

أما الصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه[1]، فهو يقع عند حدوث نزاع بين الأطراف ويتم حل النزاع بإرادة الطرفين من بداية سلوكه وحتى نهايته، في حين أنّ التحكيم يبدأ بالاتفاق بين الطرفين ولكنّه لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم، فالصلح يتم بعمل تعاقدي أما التحكيم فيتم حله بعمل قضائي يصدر من المحكم وليس من الطرفين، كما أنّ الصلح يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته أما في التحكيم فإنّ المحكم يمكن أن يحكم لطرف ما يدعيه ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح[2].

وفي الفقه الفرنسي لم يتم اعتبار الصلح كوسيلة غير قضائية لتسوية المنازعات الإدارية بل ركّز على الوساطة والتسوية الودية والتوفيق[3] ،والسبب في ذلك يعود إلى كون تلك الوسائل تتضمن في طياتها مفهوم الصلح، وفي فرنسا يجد الصلح الإداري مجالات تطبيقية في النزاع الناشئ عن إلغاء العقد الإداري، إذ يجد مجلس الدولة الفرنسي بأنّ الصلح الإداري سيحقق فائدة كبيرة للمرفق العام ،إذ أنّه سيجنّب الإدارة تأخير الفصل في المنازعات[4].

أما في مصر والعراق فلم تنظم القوانين الصلح كطريقة من طرق تسوية المنازعات الإدارية بما فيها المنازعات المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية، ويتم اللجوء إلى أحكام الصلح الواردة في القانون المدني.

ويرى جانب من الفقه العراقي بضرورة إيراد نص في قانون مجلس شورى الدولة العراقي فيما يتعلق بالصلح الإداري ليشمل النظر في منازعات القضاء الكامل بغية تبسيط إجراءات تسوية المنازعة الإدارية، أما ما يتعلق بمنازعات قضاء الإلغاء فلا يجوز التصالح فيها لتعلقها بالنظام العام ومن ضمنها منازعات إبرام العقود، وهي المنازعات الناشئة عن القرارات الإدارية أما المنازعات المتعلقة بالتعويض في هذه المرحلة فيمكن التصالح فيها[5].

---

[1] د. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي والقوانين الأوربية، ورقة عمل لمؤتمر القاهرة للتحكيم المنعقد بفندق النيل، يناير 1989، ص54.

[2] د. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص187.

[3] د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2015، ص65.

[4] د. محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، مصر، 2005، ص71.

[5] د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات، مصدر سابق، ص66.

الفرع الثاني: التحكيم الإداري والوساطة

الوساطة تعني لجوء المتعاقدين إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين لمساعدتهما في التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة، فالوساطة ترمي إلى التقريب من الطرفين وهذا الشخص ليس محكماً وليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم، وإنّما هو يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، فهو وسيط وليس محكّماً[1].

وبذلك تختلف الوساطة عن التحكيم في أنّ الوسيط لا يطبق القانون على الوقائع ليتوصل إلى نتيجة، بل هو يساعد الأطراف المتنازعين في تطبيق قيمهم وتنفيذها على الحقائق الواقعية للوصول إلى حل النزاع، وهذه القيم يمكن أن تتضمن القانون والشعور بالنزاهة والعدالة والدين والأخلاق[2].

وفي فرنسا نص المشرع الفرنسي في القانون الجديد للإجراءات المدنية على الوساطة القضائية لتسوية المنازعات المدنية، والتي يمكن تطبيقها أيضاً لتسوية بعض المنازعات الإدارية وأنشأ مؤسسة الوسيط التي تعمل في تسوية النزاع الإداري[3].

أما في مصر فقد وجدت لجان التوفيق والتي تكون بمثابة وساطة إدارية.

أما عن العراق فتناول المشرع العراقي الوساطة كطريق لتسوية المنازعات المدنية إلا أنّه أشار إلى الوساطة الإدارية في مجال العقود الحكومية، إذ أنّه يجوز اللجوء إلى الوساطة الودية كوسيلة للتسوية البديلة للنزاع الناشئ في مرحلة إبرام وتنفيذ العقود الإدارية[4]. وهذا ما أشارت إليه المادة (8) أولاً من تعليمات العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) على أن ((يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق (ودياً) ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق أحكام القانون والتعليمات المعنية وبنود العقد ويعدّ محضر بذلك الاتفاق بين الطرفين يصادق عليه من رئيس جهة التعاقد))[5].

ونجد أنّ هذه التعليمات قد حددت نطاق سريانها بموجب أحكام الفصل الأول منها إذ نصت في المادة (1) أولاً على أحكام السريان للتعليمات والتي أشارت إلى أنّها تسري على العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها وأخرجت من نطاق سريانها العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها مقاول أو مجهز أو استشاري، كذلك أخرجت العقود التي تبرمها الدولة مع الدول الأجنبية والمنعقدة استناداً إلى اتفاقيات أو بروتوكولات خاصة، كما أخرجت عقود وزارتي الدفاع والداخلية والأجهزة الأمنية فيما يتعلق بعقود التسليح من نطاق سريانها.

---

[1] د. عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، الطبعة الأولى، دار اشبيلية، الرياض، 1995، ص40.

[2] القاضي بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، الوساطة القضائية، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص59.

[3] انظر : د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص67.

[4] انظر : القسم (12) من قانون العقود الحكومية رقم (87) لسنة (2008) العراقي النافذ.

[5] تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) المنشورة في الوقائع العراقية رقم (4325) في (2014/6/16)، ص68.

لذا نجد أنّ هذه التعليمات قد أشارت صراحة إلى اللجوء إلى الوساطة (الودية) إذ أنّها ذكرت التوافق (ودياً) كطريق لتسوية المنازعة الإدارية وعند عدم التوصل إلى الاتفاق الودي يتم اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الثالث: التحكيم الإداري والخبرة

الخبير هو من يبدي رأياً فنياً وقد يبدي هذا الرأي بمناسبة نزاع معيّن بين الطرفين أو بناءً على طلب أحد الأشخاص دون قيام أي نزاع[1]. فيكون رأي الخبير غير ملزم للأطراف ولا تثور مشكلة بالنسبة للتمييز بين الخبرة التي تتم بناءً على قرار القاضي أو المحكم وبين التحكيم، ولكن يظهر الفرق واضحاً في حال كون الخبرة قد اتفق عليها الطرفان خارج القضاء.

إذ تتعلق مهمة الخبير بالوقائع أما مهمة المحكم تتعلق بالقانون، والخبرة تتعلق بمسألة فنية بحتة وليس بنزاع قانوني بالمعنى الصحيح.

الفرع الرابع: التحكيم الإداري وحكم القاضي

يختلف حكم المحكم الإداري عن حكم القاضي في أمرين، إذ يلزم حكم المحكم أن يصدر أمر القضاء بتنفيذه كما يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية – كما أنّ للمحكم الإداري صلاحيات تزيد عن صلاحيات القاضي، إذ أنّه غير مقيد بقواعد القانون الإجرائية فضلاً عن أنّه يعفى من التقيد بقواعد القانون الموضوعية في حال اتفاق الطرفين على ذلك[2]. فيتفق الطرفين على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، فإن لم يتفق الطرفان على ذلك كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام قانون التحكيم اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

كذلك تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي يتفق عليها الطرفان، فإن لم يتفق الطرفان عليها جاز لهيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنّه الأكثر اتصالاً بالنزاع[3].

---

[1] د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص115.

[2] أحمد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2003، ص99؛ وانظر : د. شادية إبراهيم مصطفى المحروقي، ود. أحمد محروس علي ناجي، مصدر سابق، ص58.

[3] د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص329.

المبحث الثاني: التحكيم الإداري كطريق لتسوية المنازعات الإدارية

انقسم الفقه في شأن التحكيم الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية إلى اتجاهين، أولهما يؤيد اللجوء إلى تلك الوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية وثانيهما يرفض ذلك لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين وكالآتي :

المطلب الأول: الاتجاه المؤيد للجوء للتحكيم الإداري لتسوية المنازعة الإدارية

الفرع الأول: التحكيم الإداري في مصر

انقسم الفقه المصري بصدد التحكيم الإداري إلى قسمين :

القسم الأول : أيّد جانب من الفقه المصري قبل صدور القانون المنظم للتحكيم رقم (47) لسنة (1994) فكرة جواز الاتفاق على تسوية منازعات العقود الإدارية بواسطة التحكيم، وفقاً للقواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذ أجاز المشرع في مصر منذ صدور القانون رقم (25) لسنة (1912) للحكومة أن تلجأ إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن عقود الأشغال العامة والتوريد والامتياز[1]، وعندما صدر القانون رقم (74) لسنة (1954) نص على أنّه ((يجوز فض المنازعات القائمة بين الدول والغير عن طريق التحكيم بمشارطة تحكيم خاصة يحدد فيها موضوع النزاع وأسماء المحكمين)) كما قد احتوت أغلب العقود المبرمة بين الدولة والشركات الخاصة لاستغلال موارد الثروة الطبيعية خاصة في مجال التنقيب عن البترول واستغلاله، ذلك بالنص على أن يحال على التحكيم كل نزاع قد نشأ بين الحكومة والمتعاقد معها يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد[2].

ويرى هذا الجانب أنّ هيئات التحكيم ليست جهات إدارية ذات اختصاص قضائي، بل أنّها جهات قضائية فالقانون رقم (137) لسنة (1981) جعل هيئة التحكيم في منازعات العمل تتكون من إحدى دوائر محكمة الاستئناف التي تحددها الجمعية العمومية لكل محكمة في بداية كل سنة، ويضاف إليها اتفاق مندوب عن وزارة القوى العامة ينوبه لذلك وزيرها ومندوب عن الوزارة المعنية بالنزاع يندبه لذلك وزيرها، وتكون الرئاسة لرئيس الدائرة المذكورة وقرار هذه الهيئة يصدر بأغلبية الآراء ويكون مسبباً ويعتبر بمثابة حكم صادر من محكمة الاستئناف بعد وضع الصيغة عليه من قلم كتاب محكمة الاستئناف المختصة، فهيئات التحكيم إذن لا يمكن أن يترسب الشك في أنّها هيئات قضائية وليس جهات إدارية ذات اختصاص قضائي[3]. في مجال عقود العمل. إلا أنّ هذا القانون واجه النقد إذ ذهب البعض إلى القول أنّ هذا النص لا مبرر له، ذلك أنّ هيئات التوفيق والتحكيم

---

[1] د. مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون سنة طبع، ص142.

[2] د. محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة بطنطا، 1993، ص165.

[3] انظر : د. مصطفى أبو زيد فهمي، في القضاء الإداري، مجلس الدولة، الطبعة الثالثة سنة (1966، ص310؛ وانظر : د. إبراهيم المنجي، التعليق على قانون مجلس الدولة في ضوء آراء الفقه وأحكام وفتاوى القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص156.

في منازعات العمل تعتبر كغيرها هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي تصدر قرارات إدارية وبالتالي ضرورة إخضاعها لولاية القضاء الإداري[1].

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدد من المبررات ومنها :

1- عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يحظر التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية[2].

2- أنّ أحكام قانون المرافعات قد أشارت بالمادة الثالثة من مواد إصداره إلى تطبيقها على منازعات العقود الإدارية فيما لم يرد به نص خاص بهذا القانون، وبما لا يتعارض مع روابط القانون العام التي تجيز الاتفاق على التحكيم، كما أشار القانون إلى عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح أي جعلت موضوعات التحكيم هي ذاتها موضوعات الصلح، وعليه فإنّ التحكيم شأنه شأن الصلح لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة بنظر النزاع[3].

3- إنّ نص المادة (10) من قانون مجلس الدولة والذي لهُ اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية هي الحد الفاصل بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري.

القسم الثاني : أنكر فقهاء هذا القسم جواز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية جملةً وتفصيلاً، وقد ذهب هذا الاتجاه إلى رفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى حد اعتباره مخالفاً للدستور ولفكرة النظام العام ذاتها[4]، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى مبررات وهي :

1- إنّ التحكيم يشكّل مساساً بسيادة الدولة، إذ أنّه يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة بما ينطوي عليه من سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهراً من مظاهر تلك السيادة، إذ أنّه بموجب اتفاق التحكيم تتجه إرادة طرفيه إلى تسوية نزاعهم بعيداً عن قضاء الدولة مما يشكل مساساً بسيادتها[5].

وقد تعرض هذا المبرر إلى انتقاد ذلك أنّ بعض الفقه يرى أنّ قضاة الدولة قد يكونوا غير متخصصين في المسائل الفنية محل النزاع، الأمر الذي يدفعهم إلى الاستعانة بخبير ووقف الفصل في الدعوى انتظارا" لرأيه لذا لا يعدّ مساساً بسيادة الدولة[6].

2- لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية إذ أنّه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، والعقود الإدارية تستهدف تحقيق الصالح العام وهو قوام فكرة النظام العام.

---

(1) د. محسن خليل، القضاء الإداري، 1991، ص306.

(2) د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص197.

(3) د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص259.

(4) د. محمود التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، دار الفكر الجامعي، 1995، ص130.

(5) د. محمود التحيوي، مصدر سابق، ص145.

(6) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص41.

كما أنّ قواعد الاختصاص تعدّ من النظام العام إذ قد نصت المادة (1) منه ((على اختصاصاته بنظر منازعات العقود الإدارية))، وفي هذا النص قصر لتسوية منازعات العقود الإدارية على القضاء الإداري دون سواه من وسائل تسوية المنازعات الإدارية ومنها التحكيم[1].

وهذا الخلاف الفقهي لم يحسم بصدور القانون (27) لسنة (1994) إذ أنّه لم يحسم الخلاف حول جواز أو عدم جواز التحكيم الإداري، لأنّه لم يتضمن نصاً يجيز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الإدارية.

إلا أنّ هذا الموضوع قد حسم عند ورود نص صريح في القانون رقم (9) لسنة (1997) إذ أنّه أضاف فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون رقم (27) لسنة (1994) إذ أنّه نص على : ((... بالنسبة للمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية يكون بالاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتيادية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك)) [2].

فنظراً لأهمية وخطورة التحكيم في العقود الإدارية ،اشترط المشرع المصري أن يتم الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي إحدى الوزارات أو بواسطة من يتولى اختصاص الوزير بالنسبة للأشخاص الاعتيادية العامة، وهو رئيس الهيئة العامة المتعاقدة بالنسبة للأشخاص المرجعية أو المحافظ بالنسبة للأشخاص المحلية، وحرص المشرع على أن يتولى هذا المسؤول الموافقة على التحكيم دون أن يكون له حق التفويض في إبرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية وإلا كان الاتفاق باطلاً لحدوثه من غير ذي صفة[3].

الفرع الثاني : التحكيم الإداري في العراق

نص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل في المواد من (251 – 276) إلى جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع معيّن، فضلاً عن جواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معيّن، وبذلك نجد أنّ المشرع العراقي قد أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية[4]، فضلاً عن أنّه أورد في بعض القوانين والشروط العامة للمقاولات نصوص خاصة بالتحكيم كوسيلة لفض النزاعات، التي تكون أحد أطرافها الجهة الإدارية وهذه القوانين هي :

---

[1] د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية السنة (33) العدد الأول سنة (1991)، ص330؛ وانظر : د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص110.

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص95.

[3] د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص340.

[4] د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص72.

1- قانون التعاون رقم (202) لسنة (1970) إذ أشارت المادة (47) الفقرة (2) منه إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

2- أشارت الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية التي تطبق في مجال العقد الإداري المدني برقم (1) لسنة (2008) الملغاة، إذ نصت إلى إلزام الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم على مراعاة ما يأتي :

تضمن عقود الأشغال العامة أحكاماً تلزم تطبيق شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية وشروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية، المعتمدة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي المعمول بها داخل العراق، واعتبارها جزءً لا يتجزأ من العقد وفي كل ما لم يرد به نص[1]. وقد أشارت المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود رقم (1) لسنة 2008 (الملغاة) إلى آلية فض المنازعات بعد توقيع العقد وهي كالآتي :

أولاً – تفض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف أنواعها باستخدام إحدى الأساليب الآتية :

أ- التوفيق – ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد (المتعاقد معها من مقاولين أو مجهزين أو استشاريين) لدراسة الموضوع والاتفاق على المعالجات حسب أحكام القوانين والتعليمات النافذة في شأن موضوع النزاع.

ب- التحكيم – ويكون باختيار كل طرف متنازع حكماً يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع، ويختار المحكمان حكماً ثالثا لرئاسة لجنة التحكيم، وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث، وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة الموضوع المتنازع عليه بكل حيثياته ،وتصدر اللجنة قرارها النهائي لحسم النزاع ويتحمل الطرف الخاسر نفقات التحكيم، ويكون ملزماً بقرار اللجنة بعد تصديقه من محكمة الموضوع وفقاً للقانون.

ج- إحالة النزاع إلى المحاكم المختصة لإصدار حكمها موضوع النزاع، مع الأخذ بنظر الاعتبار القانون الواجب التطبيق لفض هذه النزاعات.

د- لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد، وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة، وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع[2].

ثانياً – يلتزم طرفا العقد باختيار الأسلوب الأمثل لفض النزاعات الناجمة عن تنفيذ العقد بينهما، بإحدى الطرق المنصوص عليها في البند أولاً من هذه المادة بموجب شروط التعاقد المتفق عليه[3].

---

[1] انظر المادة (20) من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية رقم (1) لسنة (2008) الملغاة.

[2] تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الملغاة المنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4075 19/ايار/2008.

[3] تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الملغاة.

3- الشروط الخاصة بالمقاولات لأعمال الهندسة المدنية (1987) وشروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية لسنة (1987).

4- المنشور الصادر عن وزارة التخطيط سنة (1972) لتنظيم الإجراءات المقتضية لممارسة صلاحية الموافقة إلى اللجوء إلى التحكيم[1].

5- قانون عقود المقاولات العامة لسنة (2004) إذ أنّه نص إلى جواز التسوية البديلة للنزاع الإداري في مجال العقود الإدارية شرط اتفاق الأطراف عليها ومن ضمنها التحكيم[2].

6- أشارت الفقرة ثانياً من المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) النافذة إلى أنّه ((عند عدم التوصل إلى اتفاق ودي يتم اللجوء إلى أحد الأساليب التي يجب أن ينص عليها في العقد وهي كالآتي :

أ- التحكيم ويكون وفقاً لما يأتي :

(1) التحكيم الوطني : ويكون وفقاً للإجراءات المحددة في شروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969).

(2) التحكيم الدولي : لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً على أن يراعى ما يأتي[3] :

(أولاً) – أن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة.

(ثانياً) – تحديد مكان ولغة التحكيم.

(ثالثاً) – اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.

(رابعاً) – أن تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب.

ب- إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة في الموضوع لحسمه.

كما أشارت هذه التعليمات إلى أنّه يلتزم طرفا العقد باختيار الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذه بينهما، وفقاً لأحد الأساليب المنصوص علها في هذه المادة وفق شروط التعاقد المتفق عليها، والتي يجب ذكرهما ابتداءً في وثائق المناقصة[4].

ويتضح من هذه التعليمات أنّ المشرع العراقي قد أجاز اللجوء إلى التحكيم بالشروط الآتية :

1- عدم إمكانية تسوية النزاع ودياً بين طرفي التعاقد.

---

[1] انظر د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص72.

[2] القسم (2) من قانون عقود المقاولات العامة لسنة (2004).

[3] تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) المنشورة في الجريدة الرسمية (جريدة الوقائع العراقية)، بالعدد (4325) في (2014/6/16).

[4] انظر المادة (8) الفقرة ثالثاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014).

2- أن ينص العقد على اللجوء للتحكيم ويحدد وفقاً لشروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969).

3- يكون اللجوء إلى التحكيم الوطني لتسوية النزاعات الإدارية الناشئة عن إبرام العقود الإدارية الوطنية مع شخص من أشخاص القانون الخاص، مع الأخذ بنظر الاعتبار الاستثناءات الواردة بهذه التعليمات والمتضمنة إخراج طائفة العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها مقاول أو مجهز أو استشاري، فضلاً عن العقود المبرمة من قبل وزارتي الدفاع والداخلية والأجهزة الأمنية الخاصة بالتسليح كما أسلفنا.

ولم يقتصر المشرع العراقي على الإحالة إلى التحكيم الوطني، بل أشار أيضاً إلى اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة في حالات الضرورة للمشاريع الكبرى والمهمة ،عندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً إذ يتطلب توافر الشروط الآتية :

1- أن يكون العقد بين الدولة وجهة أجنبية لتنفيذ مشروع استراتيجي.

2- أن يتم تحديد مكان ولغة التحكيم.

3- أن يتم اللجوء إلى هيئة تحكيمية دولية معتمدة.

4- أن يكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق.

5- توافر المؤهلات المطلوبة لدى الجهة التعاقدية لتسوية المنازعات بأسلوب التحكيم[1].

كما نص المشرع في حال استكمال الإجراءات المتقدمة يتم إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة في الموضوع لحسمه، كما ألزم القانون العراقي طرفي العقد بضرورة اختيار الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقد وفقاً للاتفاق الودي أولاً وبعدها يتم اللجوء إلى التحكيم، ومن هنا يتضح أنّ موقف المشرع العراقي أشار إلى تسوية (المنازعات إجبارياً) باللجوء إلى الاتفاق الودي وبعدها يصار إلى التحكيم، وهنا إلزام لجهة التعاقد الإدارية بضرورة النص على ذلك في العقود المبرمة مع شخص من أشخاص القانون العام، أو العقود المبرمة مع جهة أجنبية خاصة بمشاريع استراتيجية ومهمة سواء في الشروط العامة للمقاولات الملغاة أو النافذة.

المطلب الثاني: الاتجاه المعارض للجوء للتحكيم الإداري في فض المنازعات الإدارية

الفرع الأول: التحكيم الإداري في فرنسا

يشكّل التحكيم مساساً بمركز الشخص المعنوي العام في فرنسا إذ يعدّ التحكيم محرّماً في مجال القانون العام الفرنسي ،على أن هذا التحريم لا يكون مطلقاً إذ يوجد بعض الاستثناءات الواردة عليه.

[1] انظر : (2) من المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، (2014).

وبالرغم من إنكار القضاء الفرنسي حق أشخاص القانون العام في الرجوع إلى التحكيم وهذا الإنكار تجسد بصدور قانون (5 يوليو عام 1972) الذي تم بتعديل المادة (2060) من التقنين المدني الذي حظر بموجبه التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمؤسسات العامة، بل وبجميع المسائل المتصلة بالنظام العام مع وجود استثناءات لبعض فئات المؤسسات العامة الصناعية والتجارية التي لها إمكانية الرجوع إلى التحكيم[1].

أولاً – الاستثناءات الواردة على منع التحكيم في فرنسا

1- القانون الخاص بالصفقات العامة الصادر عام 1906 إذ نص في المادتين (247 و361) منه على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الصفقات العامة، ولكن بصفة محددة وفيما يتعلق بتصفية النفقات في مجال عقد الأشغال العامة والتوريد فقط[2].

2- التحكيم الإداري بصفة استثنائية المنصوص عليه في القانون الصادر في عام 1919 الخاص بالطاقة الهيدروليكية[3].

3- التصريح لبعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية بشكل محدود بالرجوع إلى التحكيم لحل منازعاتها والمنصوص عليها بموجب القانون رقم 9 لسنة 1975[4].

4- القانون الصادر عام 1982 والذي أجاز للشركة الوطنية للسكك الحديدية اللجوء للتحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الخاصة بها[5].

5- القانون الصادر عام 1986 الذي أجاز للدولة والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرم مع شركات أجنبية لتحقيق عمليات للمصلحة الوطنية من أجل تسوية النزاعات الناشئة عن عقودها.

إذ أشار القانون ((يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة أن تضمن عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتغيير هذه العقود)) [6].

---

[1] د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص325.

[2] انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص332.

[3] انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص332.

[4] انظر د. إلياس الشيخاني، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص12.

[5] انظر د. أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص358.

[6] انظر إلياس الشيخاني، البنود التحكيمية في العقود، المصدر السابق، 2008، ص12؛ وانظر د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص157.

6- اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في العقود المبرمة من قبل الحكومة الفرنسية تطبيقاً لاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي عام 1961، إذ أجازت المادة الثانية منها التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة وقد نصت على أنّ (الاشخاص المعنوية للقانون العام تملك القدرة على إبرام اتفاق التحكيم)، وكذلك اتفاقية (واشنجتن) عام 1965 التي أجازت اللجوء ضمنياً إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام[1].

ثانياً: موقف القضاء ومجلس الدولة الفرنسي من اللجوء للتحكيم الإداري

أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدداً من القرارات في المنازعات الخاصة بالدولة والمؤسسات العامة الفرنسية، اعترفت فيها بإمكانية التحكيم في منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية واستندت بتلك الأحكام إلى اعتراف القانون الأجنبي بصحة شرط التحكيم، وأكدت في أحد أحكامها إلى استقلال العقد الدولي وعدم شموله مبدأ حظر التحكيم، إذ أنّ العقد الدولي لا يمكن أن يشمل بالحظر كونه ينصب على أشغال تدخل في طبيعتها في اختصاص الدولة وتحريم التحكيم يؤثر سلباً على الدولة[2].

أما عن موقف مجلس الدولة الفرنسي من اللجوء للتحكيم الإداري.

فقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي ببطلان شرط التحكيم الوارد في عقود الأشغال العامة استناداً إلى نص المادة (2061) من التقنين المدني التي تحظر شرط التحكيم، وأن توجه مجلس الدولة الفرنسي رغبة منه في جعل الهيئات العامة تظهر رضاها عن قضاء الدولة وأن لا تهمل في الدفاع عن مصالحها العامة فضلاً عن أنّ التحكيم يمس اختصاص القضاء الذي ينفرد إلى الهيئات التي تقوم به ،وأنّ التمسك به يشكل مساساً بمبادئ القانون الإداري التقليدي ويظهر اجتهادات أخرى تنبثق عن التحكيم، وهذا ما تمسكت به المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي مع استثناء بعض فئات المؤسسة العامة الصناعية والتجارية إذ أجاز لها اللجوء إلى التحكيم وفقاً للفقرة المضافة للمادة المذكورة[3].

وعلى الرغم من الموقف المذكور كان لمجلس الدولة الفرنسي دوراً تمثل بالمطالبة بتوسيع إطار التحكيم بموجب التقرير الخاص به، والذي تم تقديمه بعنوان ((تسوية المنازعات بطريقة اخرى وقد صدر عام 1993[4]، والذي انتهى إلى مقترحات تمثلت بالآتي :

1- تعميم التحكيم في مجال العقود الإدارية المسماة Lesmarches.

---

[1] انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص333.

[2] انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص180.

[3] انظر د. زكي محمد النجار، المصدر السابق، ص325، وانظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص330، وانظر أيضاً د. عثمان ياسين علي، المصدر السابق، ص75.

[4] انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص335.

2- السماح لأي مؤسسة عامة بالرجوع إلى التحكيم شرط اعتراف الحكومة بذلك بموجب مرسوم يصدر يسمح لها بالرجوع إليه.

3- الرجوع إلى التحكيم في العقود الخاصة بالوحدات المحلية المبرمة مع الهيئات الأجنبية(1).

الفرع الثاني: التحكيم الإداري في لبنان

الموقف من اللجوء إلى التحكيم الإداري في لبنان يتوافق مع موقف القانون الفرنسي، إذ أنّ الاصل العام وفقاً للقانون اللبناني هو حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فقد استقر مجلس شورى الدولة اللبناني على عدم صحة التحكيم في القضايا المتعلقة بالإدارة العامة، إذ أنّ التحكيم يعدّ تنازلاً مسبقاً من الإدارة عن بعض حقوقها أو أنّه يمنح الخصم حقوقاً قد لا يكون لها نصيب من الصحة وهذا ما يحظره القانون[2].

إلا أنّ القانون اللبناني أورد استثناءات على هذا الحظر كما هو الشأن في القانون الفرنسي، وتعلقت هذه الاستثناءات بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها المؤسسات العامة الصناعية والتجارية[3].

أولاً – الاستثناءات الواردة على منع التحكيم في لبنان

أجاز القانون للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح، التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه.

كما يجوز للدولة وللأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضع النزاع اللجوء إلى التحكيم ويكون تاريخ تعديل القانون هو المعول عليه في نفاذ البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، ولا يكون نافذاً إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناءً لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين في القانون العام[4].

وهذا ما أشار القانون في المادة (762) المعدلة بموجب المادة الأولى من القانون رقم 440 الصادر في 2002/7/29 والخاصة في موضوع التحكيم في النزاعات القابلة للصلح ولجوء الدولة إلى التحكيم.

---

(1) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص335.

(2) أحمد الساقوط، مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور على موقع العلوم القانونية 11/فبراير/2013 منشور على الموقع الالكتروني
http://www.marocdriot. com

(3) أحمد الساقوط، المصدر السابق.

(4) انظر المادة 762 من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدلة بموجب القانون رقم 440 الصادر في 2002/7/29.

ثانياً: موقف القضاء ومجلس الدولة اللبناني من التحكيم الإداري

بادئ الأمر استقر القضاء اللبناني على إبطال اتفاقيات التحكيم الواردة في العقود الإدارية، إذ أنّ اختصاص النظر في المنازعات الإدارية تكون للقضاء الإداري.

وقد أصدر مجلس شورى الدولة اللبناني أحكاماً تقضي ببطلان اتفاقية التحكيم الموقعة من قبل الدولة اللبنانية مع شركات الهاتف النقال العاملتين في لبنان، إذ صدر الحكم الأول بتاريخ 2001/7/17 والذي أبطل بموجبه اتفاقية التحكيم من قبل مجلس شورى الدولة الواردة في عقدي الهاتف النقال مع شركتي (سيلس) و(لبنان سيل)[1].

أما بعد صدور قانون رقم 440 لسنة 2002 قانون تعديل المادة (762) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، توضّحت بشكل تام الحدود التي يعمل ضمنها المحكم الإداري، فاختصاص المحكم في العقود الإدارية يكون متعلقاً بتنفيذ العقد الإداري وتفسيره، أما القضاء الإداري فله الاختصاص الحصري في الإبطال بسبب تجاوز السلطة وهذا التحديد لصلاحيات المحكم الإداري أدى إلى خلق وضع غير مستقر بين القضاء الإداري والتحكيم الإداري، إذ أنّ اللجوء إلى القضاء الإداري في حسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية، يعيد أطراف النزاع إلى التعقيدات الإدارية والروتين الطويل وعدم السرعة في حسم المنازعات الإدارية[2].

خاتمة

بعد أن أكملنا بحث موضوع توصلنا إلى الاستنتاجات الآتية :

1- يعدّ التحكيم من أهم الظواهر القانونية التي اتسع نطاقها وتم الاعتراف بها من قبل كافة دول العالم على الرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية.

2- اختلاف التحكيم عن الأنظمة القانونية المشابهة له والمتمثلة بالوساطة والصلح والحكم القضائي.

3- يعدّ التحكيم إدارياً عندما يكون أحد أطراف التعاقد شخصا معنويا عاما يسعى لتحقيق منفعة عامة فيعتمد لحل النزاعات الناشئة عن العقد المبرم مع شخص من أشخاص القانون الخاص.

---

[1] انظر القاضي الدكتور محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، منتدى محامي سوريا، نقابة المحامين في 2012/7/28 منشور على الموقع الإلكتروني

www.damascusbar.org/showtheard .

[2] تنظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص330.

4- نص المشرع المصري والعراقي بنصوص صريحة وواضحة إلى اعتماد التحكيم كطريقة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الإدارة مع القطاع الخاص.

5- إنّ المشرع العراقي أشار صراحة إلى التحكيم الإجباري سواء أكان وطنياً أم دولياً، وألزم جهات التعاقد على ضرورة النص عليه عند إبرامها العقود.

6- إنّ المشرع العراقي لم يقتصر على النص على اللجوء إلى التحكيم الإجباري بل أشار إلى التسوية (الودية) أيضاً كطريق لتسوية المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الإدارية.

7- على الرغم من حظر المشرع الفرنسي في قانونه اللجوء إلى التحكيم كونه يشكل مساساً بسيادة الدولة إلا أنّه وردت بعض الاستثناءات على هذا التحريم. وكذلك كان منهج المشرع اللبناني إذ أنّه أجاز اللجوء إلى التحكيم إلا أنّه أورد عليه استثناءات.