مجلة العلوم الإنسانية
SUST Journal of Humanities
Available at:
http://scientific-journal.sustech.edu/

التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية

Arbitration As A Non-Judicial Means Of Resolving Administrative Contract Disputes

سعدي عجلان مضحي الدليمي وليد خضر كافي فرج الله
جامعة الجزيرة – كلية القانون – قسم القانون العام
Email: smsmu38@gamil.com

المستخلص:
يعد التحكم احد الوسائل التي تلجئ اليها الدولة للإنجاز اهدافها ، وذلك بالتعاون مع أشخاص القانون الخاص وطنية كانت أم أجنبية ، لذلك يعد التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية المشرع الفرنسي فقد أجاز التحكيم في قانون 17/4/1906في المادة (69) قد أجاز للدولة والمحافظة اللجوء الى التحكيم 17/4/1906 وكذلك جواز التحكيم في العقود الدولية والاتفاقات التي تعقد بين الدول . إما المشرع المصري فقد أجاز التحكيم لفض منازعات العقود الادارية بصدور القانون رقم (8) لسنة 1998 . إما المشرع العراقي لم ينظم في مسائل التحكيم في قانون مستقل، بل خصص له الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة1969 م .إما المشرع السوداني ان قانون التحكيم السوداني لسنة2005 م لايوجد فيه نصاً صريحاً يجيز التحكيم في العقود الادارية ، بل حدد قانون التحكيم في المنازعات ذات الطبيعة المدنية، غير أن المادة (3) منه والمادة (31) من قانون الاستثمار القومي لسنة2013 ، قد أجاز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية، غير، هذه الاجازة لم تأتي صراحةً كما فعل المشرع المصري والمشرع العراقي .وقد توصلنا الى اهم النتائج والتوصيات ومنها :إن من المشكلات التي اثارت جدلاً كبيراً في الفقه والقضاء هو التحكيم في العقود الادارية وذلك لاختلاف طبيعة التحكيم الذي يقوم على اساس الاتفاق في حين أن نظرية العقود الادارية تستهدف المصلحة العامة وتستعمل الادارة شروط استثنائية لتحقيق هذا الهدف .ومن اهم التوصيات: استثناء بعض العقود الادارية من التحكيم لخطورة المعلومات التي تتضمنها هذه العقود كعقود نقل التكنولوجيا او عقود الامتياز التي تتعلف بالثروة الوطنية مثلاً ام لمساسها ببعض المرافق الحساسة في الدولة كمرفق الامن والدفاع.منح القضاء سلطة الرقابة على اجراءات التحكيم وكذلك القرار التحكيمي عند تنفيذ الحكم ليتسنى له التدخل في الوقت الملائم.

الكلمات المفتاحية : التحكيم ، منازعات العقود الادارية – موقف التشريع والفقه والقضاء من التحكيم – التحكيم كوسيلة بديلة لفض منازعات العقود الادارية.

Abstract:
Control is one of the means that the state uses to achieve its goals ،in cooperation with persons of private law ،whether national or foreign. Therefore ،arbitration is a means to resolve disputes that arise from the administrative contracts of the French project. Arbitration is permitted in Law 1906/4/17. Article 69It permits the state and the province to resort to arbitration1906/4/17 ،as well as the possibility of arbitration in international contracts and agreements concluded between statesEither the Egyptian project has allowed arbitration to settle .Administrative contract disputes regarding the promulgation of Law No. (8) of 1998. As for the Iraqi project ،it was not regulated in arbitration issuesin an independent law. Rather ،Chapter Two of the Civil Procedure Law No. (83) of 1969 was allocated to it. As for the Sudanese project ،the Sudanese Arbitration Law for the year 2005 AD does not have an explicit provision authorizing arbitration in administrative contracts. Rather ،this law specified arbitration in disputes of a civil nature. However ،Article (3) thereof and Article (31) of the National Investment Law of 2013 have authorized Resorting to arbitration in administrative contract disputes ،except that this permission did not explicitly come as did the Egyptian project and the Iraqi project.

Keywords: Arbitration ،administrative contract disputes - The position of legislation ، jurisprudence and the judiciary on arbitration ,Resorting to arbitration as an alternative means of resolving administrative contract disputes

المقدمة:

نظراً لتزايد اهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في الوقت الحاضر في حسم منازعات العقود الإدارية الداخلية خاصه بعد نزول الدولة الى مجال التجارة واشرافها عن تنفيذ العديد من العقود ومنها العقد الاداري والذي يعد احد الوسائل التي تلجأ اليها الدولة لإنجاز اهدافها، و لتحقيق الصالح العام وذلك بالتعاون مع اشخاص القانون الخاص وطنية كانت ام اجنبية، فيعد التحكيم وسيله لفض المنازعات التي تنشأ عن تلك العقو

ان مشروعية اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية قد اثار جدلاً كبيراً بين مؤيد ومعارض من جهة الفقه او التشريع او القضاء على الصعيد الداخلي او الدولي.

سنقسم هذا البحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول موقف الفقه والتشريع ومن ثم القضاء وبالمطلب الثاني نبين الاتجاه المؤيد والمعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

مشكلة البحث : هل يمكن اللجوء الى التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية ؟ ما هو موقف التشريع والفقه والقضاء في إمكانية اللجوء الى التحكم ؟

اهداف البحث :

1- بيان مشروعية اللجوء الى التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الادارية.

2- بيان الاتجاه المؤيد والمعارض للتحكيم في منازعات العقود الادارية.

أهمية البحث:

أن التحكيم يعتبر وسيلة غير قضائية لفض المنازعات في العقود الادارية ، وتظهر أهميته في هذا المجال لحسم تلك المنازعات الداخلية وكذلك في مجال التجارة في تنفيذ العقود ومنها العقد الأداري لتحقيق المصلحة العامة.

منهج البحث : اتبع الباحث المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي لدراسة مقارنة بالدراسات السابقة.

الدراسات السابقة :

1- دراسة خالد عبد الكريم الميعان2008 م، بعنوان : التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، رسالة ماجستير ، جامعة عمان العربية.

تناولت هذه الدراسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولم تتطرق الى النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية، أما الدراسة الحالية تناولت التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الادارية وكذلك الطبيعة القانونية والقضائية للتحكيم بالمقارنة بين القوانين والتشريعات في القانون الإداري الفرنسي والمصري والسوداني والعراقي .

2- دراسة أحمد بن حاجة (2006) التحكيم وحل المنازعات في العقود الإقتصادية ، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر.

تناولت هذه الدراسة منازعات العقود الاقتصادية في القانون التجاري، أما الدراسة الحالية تناولت بيان النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدراية الداخلية والدولية وكذلك الطبيعة القانونية والقضائية للتحكيم، بالمقارنة بين القوانين والتشريعات في القانون الإداري الفرنسي والمصري و السوداني والعراقي.

3- دراسة لطفي المجد موسي2012 م، التحكيم في منازعات العقد الإداري، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط.

بينت هذه الدراسة منازعات العقد الإداري، أما الدراسة الحالية فقد تميزت ببيان التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية الداخلية ، وكذلك بيان الطبيعة القانونية والقضائية للتحكيم بالمقارنة بين القوانين والتشريعات في القانون الإداري الفرنسي والمصري و السوداني والعراقي .

المطلب الاول

نبين فيه موقف الفقه والتشريع ومن ثم القضاء

اولا :موقف الفقه-:

أن موقف الفقه في فرنسا للاتجاه المؤيد أنه ينتقد بشده الحظر التشريعي لما يمثله من اعاقه النشاط التجاري الدولي للأشخاص الاعتبارية) القانون العام (ولا سيما المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية جورجي شفيق، ص 189

ويرى بعض الفقه عدم وجود تعارض ما بين التحكيم والاختصاص الاصيل للقضاء، فهيئه التحكيم تلتزم بما يقضي به قانون المرافعات الفرنسية باحترام القواعد الاساس التي تخضع لها الدعاوي امام القضاء، ولا يجوز لها مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام، وفي حالة خروجها على هذه الضوابط يجوز للطرف الذي صدر الحكم ضد الطعن في حكم التحكيم بالبطلان اشرف محمد خليل ، 2010، ص55

كما يرى انه لا يجوز الاعتماد على النصوص التشريعية التي تحضر على اشخاص القانون العام اللجوء الى التحكيم، لان قبل هذه النصوص التي استند اليها مجلس الدولة الفرنسي (83) و (1004) ، بالحظر وردت في قانون الاجراءات المدنية و القانون المدني الفرنسي القديم وحتى المادة (2060) من القانون المدني الجديد تعتبر امتداداً لمبدأ التحريم القديم

ومرتبطة به .فكان جدير بمجلس الدولة الفرنسي لا يتمسك بتطبيق هذه النصوص التي حاول القضاء العادي الخروج عليها جورجي شفيق، ص 189

اما في مصر فقد ذهب جانب من الفقه الى القول بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية مستنداً ذلك من بمبررات عديده اهمها ادعائهم ان التحكيم يتعارض ومبدأ سيادة التحكيم الدولة لأنه يسلب اختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهراً من مظاهر سيادتها، فضلا عما قد ينتهي اليه التحكيم من استبعاد تطبيق القانون الوطني على المنازعة ليطبق بدلا من القانون الاجنبي جابر جاد نصار، 1997، ص 59 وقولهم ان التحكيم يتعارض وحكم المادة (172) من دستور مصر لسنه 1971 و المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (27) لسنه .1972 لأنه يسلب في هذه الحالة اختصاصات القضاء الاداري المعقودة اليه بموجب هاتين المادتين) علي احمد حسن اللهيبي ، 2007 ، ص 284

ومن الفقهاء من يقول يتعارض التحكيم في العقود الإدارية مع فكره النظام العام على اساس ان المقصود بهذه الفكرة في القانون الاداري هي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وان العقد الاداري تهيمن عليه المصلحة العامة من ما يحطه جزءاً من النظام العام وبما ان المادة (501) من قانون المرافعات رقم (13) لسنه 1968 قبل الغائها بقانون التحكيم الحالي رقم (27)لسنه 1994 نصت على)) لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ((وايضا المادة (551) من القانون المدني المصري تنص على))عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ((فان التحكيم في العقود الإدارية لا يجوز)احمد عبد البديع شتا ، 2005 ، ص4.

في حين ذهب جانب من الفقه المصري الى التقرير بجواز التحكيم في العقود الإدارية وحجته في ذلك عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يقضي بعدم جواز اللجوء الى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية وان ما تضمنته المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة سابقة الذكر يقصد بها بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص القضاء الاداري و القضاء العادي

ومن ثم لا يجوز تحميل النص اكثر مما ينبغي بالقول انه يحضر على الجهات الإدارية اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية هذا من جهة نجلاء حسن ، 2004، ص84

ومن جهة اخرى تنص المادة (58) من قانون مجلس الدولة على ان لا يجوز لا وزاره او هيئه عامه او مصلحه من مصالح الدولة ان تبرم او تقبل او تجيز اي عقد او صلح او تحكيم ...بغير استفتاء الإدارة المختصة (مما يدل على اجازه المشرع للتحكيم في العقود الإدارية و الا لو كان التحكيم محظوراً لما اشترط المشرع ضرورة الحصول على استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة.

ويحتج اصحاب هذا الاتجاه ايضاً بأن احكام قانون المرافعات هي التي تطبق على العقود الإدارية في حاله عدم وجود نص خاص، وبما ان قانون مجلس الدولة 1972 جاء خاليا من نص يحظر التحكيم في العقود الإدارية فتطبق في هذه الحالة احكام المادة 501 من قانون المرافعات رقم 13 لسنه 1968 التي تنص على) يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين) (عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2005م، ص359

اما بالنسبة لموقف الفقه العراقي فهو بين مؤيد ومعارض، فذهب البعض الى جواز التحكيم في العقود الإدارية مستندين في ذلك الى نص المادة 251 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنه 1969 المعدل، وذلك على اساس اجازة اللجوء الى التحكيم لتسويه منازعات العقدية جاءت مطلقه من أي قيد مما يعني شمول العقود الإدارية بحكمه) جلال1995 م ، ص217

بينما يرى البعض الاخر ان هذه المادة غير كافية للاستناد اليها بالقول باللجوء المشرع الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية و يبرز اتجاه اخر لدى الكتاب يقوم على التفريق بين التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري كوسيلة لفهم المنازعات

الناشئة عن العقود الإدارية الذي يعارض اللجوء الى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية بحجه انه لا يحقق اي فائدة من ناحيه تقليص مده حسم النزاع، او توفير الجهود والمصروفات، فضلا عن ان هيئه التحكيم الاختياري غير ملزمه بمراعاة برامج واهداف محطة التنمية القومية) حسين المؤمن ، 1977، ص.(84

يرى الباحث انه يؤيد الرأي الذي يذهب الى جواز التحكيم في العقود الإدارية في العراق لان نص المادة (251) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنه 1969 ورد مطلقا بإجازة التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين .

ثانيا :موقف التشريع:

التشريع الفرنسي هو منح التحكيم في العقود الإدارية واساس الحظر يجد سنده في المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي رقم (626) الصادر في 5/7/1972 المعدل بالقانون الصادر في 9/7/1975 التي نصت الفقرة الاولى منها على عدم امكانيه اللجوء الى التحكيم في ما يخص النزاعات المتعلقة في حاله الاشخاص واهميته او تلك المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العامة .وظاهر الحظر الوارد في النص يشمل كل المنازعات التي تكون الاشخاص العامة طرفا فيها لو تعلق الامر بعقد من عقود الإدارة التي تختص بها المحاكم المدنية والتجارية، واعتبر هذا الحظر متعلقا بالنظام العام ولا يجوز مخالفته جابر جاد نصار، ص .(41الا انه نتيجة لمناشده جانب كبير من الفقه الفرنسي فقد خرج المشرع هذا المبدأ للحد من نطاق تطبيقه كاستثناء واصدر عددا من التشريعات اجاز بواسطتها للدولة او غيرها من اشخاص القانون العام اللجوء الى التحكيم في بعض صور العقود الإدارية واهم هذه التشريعات هي اشرف محمد خليل ، ص68

1- قانون 17/4/1906 اجازه في المادة (69)من هو للدولة و المحافظة اللجوء الى التحكيم لتصفية نفقات عقود الاشغال العامة والتوريد وفقا للأحكام التي نضعها في الباب الثالث من قانون الاجراءات الفرنسي وذلك بعد حدوث نزاع فعلا و ليس بناء على شروط تحكيم يتم النص عليه في العق

2- المرسوم الصادر في 1960/ 25/7 الذي وسع من نطاق تطبيق القانون الصادر في 17/4/1906 حيث اجاز اللجوء الى التحكيم في العقود التي تبرمها البلديات ونقابات البلديات والنقابات المشتركة و المراكز الحضرية وقطاعات والبلديات والمؤسسات العامة والبلدية وبنفس قيود قانون) 1906/ 17/4 نجلاء حسن ، ص135

3- قانون 9/7/1975 اضاف هذا القانون الفقرة الثانية الى المادة (2060) من القانون المدني بموجب المادة السابعة منه الذي نص على ان يصدر مرسوم مجلس الوزراء او يرخص لبعض الطوائف من المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية الاتفاق على التحكيم)علي حسين اللهيبي ، ص279 الا ان هذا المرسوم التنفيذي لم يصدر الا مؤخره في 8/1/2002 وحده المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء الى التحكيم ومن بينها شركة غاز فرنسا و شركه كهرباء فرنسا) اشرف محمد خليل ، ص68

4- قانون 19/8/1986 جواز التحكيم في العقود الدولية، اجاز هذا القانون للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة ان تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركه اجنبية من اجل تحقيق نفع مادي وذلك استثناء من احكام المادة (260) من القانون المدني) جورجي شفيق ، .(204

5-قانون2/7/1990 ، منح هذا القانون لهيئة البريد والاتصالات الفرنسية اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تنشا عن العقود التي تبرمها مع الغير.

6- قانون2/7/1999، اجاز هذا القانون للمؤسسات التي تساهم في التعليم العالي بالابتكار والبحث العلمي باللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تثور بمناسبه في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية و الثقافية و الأجنبية) اشرف محمد خليل، ص 69

7- الاتفاقات والمعاهدات الدولية، تتضمن الاتفاقات والمعاهدات التي تبرم بين الدول او بينها وبين شركات او هيئات دوليه خاصة نصوص تنص بحل أي نزاع ينشأ عن طريق التحكيم، اذ لا تسري قاعده حظر التحكيم بالنسبة للأشخاص القانون العام على العقود التي تنشأ عن طريق هذه الاتفاقات الدولية دونما حاجه الى نص خاص صريح بذلك، ومن هذه الاتفاقات المادة (25) من اتفاق واشنطن المبرم لتسويه منازعات الاستثمار بين الدول ورعاية الدول الاخرى بتاريخ18/3/1965 ، و المادة 1-) أ(، والمادة-2) أ (من اتفاقية جنيف بتاريخ 21/4/1961 عبدالرحمن رحيم عبدالله ، 2010 ، ص 147.

مما تقدم يتبين لنا ان المبدأ المعمول به في فرنسا هو عدم جواز لجوء اشخاص القانون الى التحكيم في العقود الإدارية الا في حاله وجود نص خاص يسمح لها بذلك.

اما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نظم التحكيم في العقود الإدارية تنظيماً جزئياً ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنه 1968 في الباب الثالث منه في المواد من) (513-501) ياسر عبدالسلام منصور ، 2002 ، ص(3)

ولأختلاف رأي الفقه والقضاء حول مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد نظم امر التحكيم تنظيماً كلياً القانون رقم (27) لسنه 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية والغيت بذلك المواد من (513-501) من القانون عام1968 ، والذي نص في مادته الاولى على ...) تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص اياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع (...وبذلك اصبح هذا القانون العام للتحكيم في مصر، وعلى الرغم من انه كان المأمول به ان يحل النزاع الا ان الخلاف قد استمر، وبهدف انهاء الخلاف فقد حسم المشرع المصري ذلك في القانون رقم (9) لسنه 1997 والذي عدل بموجبه المادة (1)بإضافة فقره ثانيه اليها بقوله ...) وبالنسبة الى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقه الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك، هذا وقد اكد اتجاه التشريع المصري في اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصدور القانون رقم (89) لسنه 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات في المادة (42) منه، والذي اجاز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية واضافه شرطا جديدا وهو التزام كل من طرفي العقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد) اشرف محمد خليل ، ص.(74-71)

يرى الباحث ان المشرع المصري قد اقر التحكيم في العقود الإدارية بشكل صريح بخلاف المشرع الفرنسي الذي تمسك بقاعدة حظر اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية مع ايراده بعض الاستثناءات

اما بالنسبة للمشرع السوداني ان قانون التحكيم السوداني لسنه2005 ، لا يوجد فيه نصا صريحا يجيز التحكيم في العقود الإدارية، غير ان المادة (3) منه سريان القانون تقرأ):مع مراعاه احكام الاتفاقات الدولية بشان التحكيم والتي يكون السودان طرفا فيها) (...المادة (3) من قانون التحكيم السوداني لسنة(2005 ، والسودان وقع وصادق على اتفاقيات ثنائية وجماعية تنص على تسويه المنازعات التي تنشأ بين الدولة والطرف الاخر الاجنبي عن طريق التحكيم، مثل اتفاقيه تشجيع وحمايه الاستثمار الموقعة بين السودان و مملكة البحرين، فقد نصت المادة (8) منها على امكانيه اللجوء الى التحكيم لتسويه المنازعات التي يمكن ان تنشا بين الاطراف.

ولكن المشرع السوداني قد اجاز التحكيم في العقود الإدارية بالاستناد الى القاعدة العامة التي تقتضي بان العام يأخذ على اطلاقه ما لم يخصص وانه لا اجتهاد مع وضوح النص، غير انه كان يتطلب من المشرع ان ينص صراحه على التحكيم في العقود الإدارية تجنبا للخلاف القضائي والفقهي المترتب على عموميه نص المادة (3) من القانون المشار اليه.

كما ان المادة 39 من قانون تشجيع الاستثمار القومي لسنه 2003 تجيز الفصل في منازعات الاستثمار بالطريق التي يتفق عليها مع المستثمر):فيما عدا التزامات التي تحكمها احكام الاتفاقيات الواردة في البند (اذا نشأ نزاع قانوني خاص بالاستثمار يعرض ابتداء للمحكمة المختصة ما لم يتفق الاطراف على احالته للتحكيم او التوفيق تسري احكام الاتفاقيات الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنه1980 ، واتفاقيه تسويه منازعات الاستثمار بين الدول العربية لسنه1974 ، واتفاقيه تسويه منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى لسنه1965 ، والاتفاقية العامة للتعاون الاقتصادي والتنمية والتجاري بين الدول الاعضاء في منظمه المؤتمر الاسلامي لسنه1977 ، اي اتفاقيه اخرى يكون السودان طرفا فيها وذلك على اي نزاع قانوني ينشأ مباشره عن اي تلك الاتفاقيات) المادة (39) من قانون تشجيع الاستثمار القومي السوداني لسنة2013 م.

ويتضح مما سبق ان المشرع السوداني ومن خلال ما نصت عليه المواد :المادة (3) من قانون التحكيم لسنه2005 ، و المادة (39) من قانون تشجيع الاستثمار القومي لسنة2013 ، قد اجاز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، غير ان هذه الإجازة لم تأتي صريحة كما فعل المشرع المصري والعراقي.

اما بالنسبة للمشرع العراقي لم ينظم المشرع العراقي في مسائل التحكيم في قانون مستقل، بل خصص له الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (83) لسنه) 1969 ادهم وهيب النداوي ، 1988م، ص (289–237)، وقد شغلت نصوص التحكيم المواد من 51 الى 276 ولا يوجد ضمن هذه المواد ما يمنع الدولة او الاشخاص العامة من شرط التحكيم في عقودها المدنية او عقودها الإدارية الا انه يمكن القول بان الدولة في العراق لم تستقر على مسائله اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية) فوزي محمد سامي ، 1992، ص(118، ومن خلال نص المادة (251) يتبين انه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين سواء كان هذا النزاع ناشئا عن علاقه قانونيه تعاقديه او غير تعاقديه، كل نزاع الذي ينشا عن عمل غير مشروع او الذي ينشا عن الكسب دون سبب لان تعبير أي نزاع ورد مطلقا بدون تحديث مصدر او سبب النزاع، هذا فضلا عن جواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين، ولم يحدد المشرع نوع العقد او طبيعته فقد جاء تعبير عقد معين بصوره مطلقه مما يؤكد ان النص قد اطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين سواء كان هذا العقد مدنياً ام ادارياً) عبدالرحمن رحيم عبدالله ، ص .(157 ونرى ان حكم هذه المادة يسري على جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ اي عقد بغض النظر عن نوعيته او طبيعته كما ان قانون العقود العامة الصادر بالاستثناء الى امر سلطه الائتلاف المؤقتة رقم (87) لسنه 2004 اجاز في الفقرة/2) ح (من القسم (12) اللجوء الى التسوية البديلة شرط ان يتفق الطرفان على ذلك ، اما قانون الاستثمار رقم 13 لسنه 2006 اجاز في الفقرة 5 من المادة 27 منه اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تحصل بين الهيئة الوطنية للاستثمار و احد المستثمرين اذا كان موضوع النزاع تجاري

يرى الباحث ان قانون المرافعات المدنية هو شريعة عامه في مجال الاجراءات الواجب اتباعها عند نشوب جميع المنازعات التي تنشا عن العلاقات القانونية التعاقدية وغير التعاقدية الا اننا نرى ان يحذو المشرع العراقي حذو المشرع المصري بان يصدر تشريعاً خاصاً يجيز فيه اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية.

ثالثاً :موقف القضاء

موقف القضاء الفرنسي فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في اكثر من حكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية مستندا الى نصوص قانون الاجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنه 1806 في المادتين (83) و (1004) منه والتي اصبحت المادة (2060) من القانون المدني الجديد و منة قرار مجلس الدولة الفرنسي عام 1824 في قضيه (ouvrad) والذي قرر فيها عدم لجوء الدولة في منازعاتها للمحكمين وكان بمناسبه عقد توريد يتضمن شرط تحكيم وتوالت احكام مجلس الدولة في هذا الخصوص التي جاءت كلها مؤكده الحظر و عده من النظام العام جورجي شفيق ساري ، ص .(128)

وهكذا استقر القضاء الاداري في هذا المبدأ واعتبره من المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي ورتب على مخالفته بطلان شرط او مشارطه التحكيم بطلانا مطلقا لتعلق هذا الحظر بالنظام العام، وهذا يعتبر القضاء الفرنسي رائد الحظر للجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية اما بالنسبة للقضاء العادي الفرنسي نجد انه يذهب الى النقيض مما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي الذي يحضر على الدولة و الاشخاص القانونية العامة اللجوء الى التحكيم في حسم المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها الا بشرط ان تكون لديها ترخيص او اذن بذلك او بناء على قانون، اما محكمه النقض ان الاشخاص العامة تستطيع ان تتفق على التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، و عليه قصر نطاق تطبيق مبدأ حظر لجوء هذه الاشخاص الى التحكيم في المنازعات الوطنية وحدها اشرف محمد خليل ، ص .(43)

وتوالت احكام القضاء العادي على تأكيد نطاق الحظر على العقود الإدارية الداخلية، ولا يمتد الى العقود الدولية ويكتفي لجعل شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد ما صحيحاً اثبات وجود عقد دولي تم ابرامه بناء على الاحتياجات، وبالشروط التي تتفق مع اعراف التجارة الدولية.

يرى الباحث ان القضاء العادي الفرنسي لا يختلف عن القضاء الاداري في مساءلة مدى جواز اللجوء الى التحكيم بالنسبة للأشخاص القانون العام، فان القضاء العادي يستثني المسائل الدولية قاعده عدم اللجوء الى التحكيم الا بناء على اتفاق دولي او نص قانون يسمح بذلك.

اما بالنسبة لموقف القضاء المصري فقد اتجه مجلس الدولة في احكامه وبعض فتاويه لتأييد الاتجاه الى التحكيم في العقود الإدارية، وقد اقرت محكمه القضاء الإداري جواز اللجوء الى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 في حكمها الصادر في 18/5/1986 في الدعوى المرفوعة من الشركة المصرية المساهمة والانشاءات ضد وزير الاسكان)اشرف محمد خليل، ص .(60) الان المحكمة الإدارية العليا قضت بحكمها في 20/2/1990بعدم امكان رجوع اشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تبرمها تأسيسا على ان مجلس الدولة يختص وحده دون غيره للفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية) .جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص(183

و فعلا صدر قانون رقم (9) لسنه 1997 وبموجبه اصبح الاتفاق في العقود الإدارية امرا جائزا بضابط وحيد يتصل بالسلطة التي لها الحق و الموافقة على هذا الاتفاق اذ حصرها المشرع المصري في الوزير او من يقوم مقامه بالنسبة الى الاشخاص الاعتبارية العامة مع عدم جواز تفويض الغير هذا الاختصاص. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، ص.(361)

تبين بأن القضاء المصري رفض في بعض احكامه لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدر قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنه 1994 تأسيساً على ان محاكم الدولة تختص وحدها دون غيرها بالفصل في منازعات العقود الإدارية) .المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47)لسنة 1972 م .(فعندما تكون الدولة او احد

الاشخاص المعنوية العامة التابعة لها طرفاً في عقد اداري ما، فانها تستخدم في ذلك جزءا من السلطة العامة سواء عند انشاء العقد او تنفيذه، وعلى ذلك فانه يصعب قبول اخضاع فكره السلطة العامة في منازعاتها لغير قضاء الدولة ان تخضع لفرد او لعدد من الافراد باعتبارهم هيئه تحكيم) .يحيى الجمل ، .(1995)

اما بالنسبة لموقف القضاء السوداني تباينت مواقف القضاء بشان التحكيم في منازعات العقود الإدارية بين مؤيد ومعارض في هذا الاتجاه في حاله عدم وجود نص تشريعي صريح يجيز ذلك، في السودان لا يوجد في قانون التحكيم نص تشريعي صريح يقول بجواز ذلك، غير ان القضاء السوداني ذهب الى ان اعمال الإدارة القانونية قد تأتي في شكل قرار اداري ويترتب عليه عقد اداري، وينعقد الاختصاص في الطعن في القرار الاداري للمحاكم الإدارية، اما العلاقة التعاقدية والنظر في المنازعات القائمة بشأنها فيكون الاختصاص فيها للمحاكم المدنية .المحكمة العليا ، طعن رقم م ع / ط أ س37/2005/ م2005 م ، ص .(282) ذلك يعني ان النزاعات حول العقود التي تكون الدولة طرفا فيها ليس من اختصاص المحكمة الإدارية، اي ان المادة (30) من تشجيع الاستثمار لسنه 1996 وضعت حتى لا تعرض النزاعات الخاصة بالاستثمار امام المحاكم حيث يتم حسمها بالتحكيم والتوفيق) .محكمة استئناف ولاية الخرطوم 1999 ، 1999، ص.(226

و مما سبق نجد ان القضاء السوداني ذهب الى ان العقود التي تكون الدولة طرفا فيها ليست من اختصاص القضاء الاداري و يكون الاختصاص فيها للمحاكم المدنية، اذ انها منازعات ذات طبيعة ماليه تنتمي الى قضاء الحقوق او القضاء الشخصي، وذلك يعني جواز اللجوء الى التحكيم بشأنها وهذا يؤكد بجلاء ان القضاء السوداني يناصر الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية اذا كانت تتعلق بالقضاء الشخصي.

اما بالنسبة لموقف القضاء العراقي فقد عارض توجهات المشرع بعد ان اعتبر شانه شان القضاء الاجنبي يمس سياده الدولة، وبالتالي لا يجوز اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها واستمر هذا الموقف الى ان قامت محكمه التمييز بتأييد الالتجاء الى التحكيم بتسوية المنازعات التي تنشا عن العقود الإدارية ، وهذا يعني ان المحكمة اخذت حكم المادة (251) من قانون المرافعات المدنية على اطلاقه فلم تحصل تطبيقه في مجال عقود القانون الخاص فحسب، بل طبقته في مجال العقود الإدارية ايضا) فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص.(121)

ويتضح ذلك من القرارات الصادرة عن محكمه التمييز الاتحادية حيث قضت ...))ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه غير صحيح لمخالفته احكام القانون ذلك لان محكمه الاستئناف حكمت لتصديق قرار لجنه التحكيم المؤرخ 20/11/2011 مما يكون حكمه مشوبا بخطأ جوهري مفاده الفصل في شيء لم يدع فيه الخصوم هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان محكمه الموضوع غير ملزمه بتصديق التحكيم اذن بها ان تفصل في النزاع بنفسها اذا كانت القضية صالحه للفصل فيها (274) مرافعات مدنيه ولما كان النزاع يتعلق بتغيير كلمتي (pipes) و (triple)وهل ان الخط ثلاثي شامل لي ثلاثة انابيب اذا كان على المحكمة الاستعانة بخبير مختص لترجمه المصطلحات الهندسية واطلاعه على عقد المقاولة ...لذا قرر نقض الحكم الاستئنائي.((...

ويمكن القول باننا نعتقد انه ليست هناك موانع ولا عقبات دستوريه او قانونيه تحول دون اللجوء الإدارة الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية و لا يمثل ذلك اعتداء على اختصاص القضاء لما للتحكيم من دور حيوي ومفيد سواء في تشجيع الاستثمارات او تخفيف العبء عن القضاء.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد والمعارض للتحكيم في العقود الإدارية

نظرا لتزايد اهميه الدور الذي يلعبه التحكيم في الوقت الحاضر في فض منازعات العقود الإدارية خاصه بعد نزول الدولة الى مجال التجارة، واشرافها على تنفيذ العديد من العقود ومنها العقد الاداري والذي يعد احد الوسائل التي تلجأ إليها لإنجاز اهدافها ، ولتحقيق الصالح العام ، وذلك بالتعاون مع اشخاص القانون الخاص وطنية كانت ام اجنبية .

وسنتناول في هذا المطلب الاتجاه المؤيد للتحكيم كأحد الوسائل لفض منازعات العقود الادارية في اولاً ، وثانياً الاتجاه المعارض للتحكيم لفض منازعات العقود الادارية .

اولاً : الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الادارية

ذهب اغلب الفقه الى تأكيد الاتفاق على اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الادارية، فقد ذهب البعض الى القول بأنه لا يوجد تعارض ما بين التحكيم والاختصاص الاصيل للقضاء ، فهيئة التحكيم تلتزم بناء على ما تقتضي به المبادئ الاساسية التي تخضع لها الدعاوي امام القضاء ، ولا يجوز لها مخالفة القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام ، وفي حالة خروجها على هذه الضوابط يجوز للطرف الذي صدر الحكم ضد الطعن في التحكيم بالبطلان . محمد الخليل كامل ، 2009م ، ص(25)

ويرى أصحاب هذا الاتجاه ان جهة الادارة على الرغم من أنها تتمتع بمزايا سيادية استثنائية لا تتوفر للطرف الآخر ، الا ان هنالك حجج تؤيد اللجوء الى التحكيم لفض منازعات العقود الادارية على النحو التالي:

1. خوف المستثمر الاجنبي من حياد القضاء الوطني تحيزه الدولة التابع لها في حال عرض عليه النزاع بمناسبه عقد متصل بالتنمية الاقتصادية او الاجتماعية او في سياده الدولة)غسان علي 2004 م, ص(281، وعدم قبولهم الخضوع لقضاء ونظام قانوني مختلف عن ذلك السائد في دولتهم، ولدرء هذا الخوف و الخطر القائم في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لن يكون الا بمنعه عن نظر النزاع ومنحه الى جهة اخرى محايده في جهة التحكيم، وهو الهدف الذي يتمسك به الطرف المتعاقد مع الدولة ويصر عليه ولو كان على حساب عدم اتمام العقد)جلال وفاء محمدين ، 1995م ، ص.(12
2. خوف المستثمر من التمسك بالحصانة القضائية، فالدولة بمالها من سياده واستقلال تجعلها على قدم المساواة مع الدول الاخرى، تتمتع بالحصانة القضائية التي تخل يد القضاء الوطني لأية دوله اخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، و لدرء الاخطار الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها القضائية في حاله قيام الطرف الاجنبي المتعاقد معها رفع مطالبه ضدها امام القضاء الوطني لدوله اخرى .والتي تؤدي الى اهدار الحقوق الخاصة به احتراماً لهذه الحصانة ، دفع بالمستثمر الى ضرورة ادراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينه وبين الدولة او الأجهزة التابعة لها حمايه لحقوق استثماراته)حفيظة السيد الحداد 2006, ، ص.(354
3. رغبه الدولة في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الاموال الأجنبية اللازمة لتمويل التنمية الاقتصادية، ولكي يتحقق ذلك لابد من توفر الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الاجنبي الخاص)بشار محمد الاسعد ، (2000، فراس المال يحتاج الى الامان، و المستثمر يحتاج الى ضمانات يرتاح معها وتحمي استثماراته، ومن ذلك قبول الدولة لا دراج شرط التحكيم في العقود الإدارية كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار على اقليمها، وهو الامر الذي دفع كثير من الدول الى ان

تضمن قوانينها الصادرة وتشجيع الاستثمار نصوصا صريحه تفيد قبول التحكيم، وقد نحا المشرع السوداني ذات المنحة في قوانينه الخاصة بالاستثمار .بشار محمد الاسعد ، (2000)

4. اقتضت ضرورات التجارة الدولية اختيار التحكيم كوسيله لتسويه منازعات العقود الإدارية المتصلة بها، والذي يشكل وسيله مثلى لفض منازعات هذه العقود، لما يسببه من قله التكاليف، وسرعه الفصل في النزاع، اضافه لما يتصف به حكم التحكيم من نهائيا، وعدم قابليته للطعن فيه بطرف الطعم العادية وغير العادية) .طلعت الغنيمي ، 1961، ص (52 يرى الباحث ان الراي الصحيح هو الذي يذهب الى اجازه التحكيم في العقود الإدارية اذ ان اغلب الدول الراغبة في النمو تقوم بأبرام عقود مع شركات او افراد وطنيين او اجانب من اجل تحقيق البنيه الأساسية التي تتطلب اموالا وتكنولوجيا عالية لم تتوفر لديها لأنشاء وتشغيل مشروعات التنمية الأساسية دون تحميل الدولة المستضيفة اعباء ماليه خاصه بأنشاء هذه المشرعات، وبالمقابل يقوم المستثمر بسداد كاف التزاماته عن طريق عوائد وايرادات المشرع، ثم تسليمه في نهاية المدة المتفق عليها الى الدولة المستضيفة بدون مقابل مادي تتحمله.

ثانياً :الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ذهب هذا الاتجاه الى عدم امكانيه اللجوء الى التحكيم كوسيله لفض المنازعات التي تنشا عن العقود الإدارية، فلا تصلح هذه المنازعات لان تكون محلا للتحكيم ولقد استند الاتجاه المعارض للتحكيم لعده حجج تبرر موقفه، وسوف اقوم بعرضها على النحو التالي-:

1- تعارض التحكيم مع مبدأ سياده الدولة:

ذهب البعض الى القول بان التحكيم في مجال العقود الإدارية يعتبر مساسا لسياده الدولة لما ينطوي عليه من سلب للاختصاص الاصيل للقضاء الوطني الذي يعد مظهرا من مظاهر السيادة)محسن شفيق ، 1997، ص.(40

فالتحكيم يقوم به افراد عاديون او هيئات خاصه، ويتضمن احتمال تطبيق قانون اجنبي استبعاد للقانون الوطني من التطبيق في مجال التحكيم، وتأتي سياده الدولة ان تمثل امام قضاء خاص او ان يحكم عليها الا بواسطة قضائها الرسمي الذي ينص عليه دستورها وتنظمه قوانينه جورجي شفيق ساري ، 1999، ص.(105)

وذهب البعض في احد تقاريره في احد احكام مجلس الدولة الفرنسي الى القول...)ان الإدارة العامة _الا في حاله استثناء خاص _غير مرخص لها الاتفاق على التحكيم، و ان الوزراء لا يستطيعون ان يضعوا في ايدي المحكمين لحل لمسألة متنازع عليها لانهم لا يستطيعون ان يتهربوا من جهات القضاء القائمة) (...اشرف محمد خليل ، ص.(35

يمكن القول بانه لا يمكن الاحتجاج بفكره سيادة الدولة كمبرر لرفض التحكيم، أن تحكيم يقوم على مبدأ الإرادة الحرة لأطراف التعاقد الحرة، والتراضي التام، فالدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة التابعة لها، هي التي تختار بمحض ارادتها التحكيم كوسيله لتسويه هذه المنازعات، فهو لا يفرض عليها، كذلك المشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم ونظم اجراءاته، فتمنح تلك النصوص التشريعية المنظمة للتحكيم القضاء سلطه التدخل في اعمال المحكمين سواء بالمساعدة او الرقابة او الاشراف، كما ان القانون الوطني ليس مستعدا في جميع الاحوال من التطبيق اذا ما لجأ اطراف النزاع للتحكيم، حيث يكون بوسع الاشخاص العامة وهي بصدد ابرام العقد الاداري وادراج شرط التحكيم كأسلوب لتسويه نزاعاتها ان تشترط تطبيق القانون الوطني لتسويه المنازعات .

2- **اللجوء الى التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الاداري-:**

يعتبر اصحاب هذا الراي بان اللجوء الى التحكيم مع منازعات العقود الإدارية اعتداء على الولاية العامة لاختصاص القضاء الاداري بنظر هذه المنازعات، ويعتبر اخلال بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة، ويؤدي الى قلب للنظام القانوني للاختصاص عندما يجد القاضي المختص نفسه مستبدلاً به محكماً يختاره اطراف النزاع،)العز خالد الحسن ، 2010، ط ، ص . (144صراحه على خضوعها له،) كمال محمد منير ، 1991م, ص(330 ، فالاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية يكون قاصراً على القضاء الاداري وحده، و هو اختصاص متعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفه قواعده في اي اتفاق بينهم باللجوء الى التحكيم يعتبر باطلا بطلاً مطلقا ويمكن للقاضي اثارته وان لم يدفع به الاطراف) .سامي بديع منصور ، , 2001ص.(5

في تقديري ان هذه الحجه لا تعد مبررا لحظر التحكيم في العقود الإدارية، اذ انه بدلا من رفض اللجوء الى التحكيم لفض منازعات اشخاص القانون العام فمن الممكن تعديل قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية للطعن في احكام التحكيم، بحيث ينعقد الاختصاص في نظرها للمحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع وهو ذات ما ذهب اليه المشرع السوداني) .قانون التحكيم السوداني لسنة 2005 ، المادة (41) منه.

3- **تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام:**

يؤسس الاتجاه الرافض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية رأيه على فكره النظام العام، و يمكن تعريف النظام العام في القانون الاداري كما ذهبت اليه غالبيه الفقه بانه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، اي تحقيق مصلحه عليا تعلو على المصالح العلوية، وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية بشكل عام بالمقارنة بالعقود المدنية في المقام الاول الى تحقيق المصلحة العامة، فهي تتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام ومن ثم لا يجوز اللجوء الى التحكيم بشأنها الا بنص تشريعي صريح) .عزيزة الشريف,1993, ص.(114

يرى الباحث ان الاستناد الى تعارض التحكيم في العقود الإدارية مع فكره النظام العام هو رأي اقرب للقبول من الاسانيد الاخرى الرافضة لنظام التحكيم، حيث ان المحكم لم يلتزم في تحكيم سوى تطبيق القواعد القانونية التي يحددها الخصوم بغض النظر عما كان هذا التطبيق ، سوف يؤدي الى تغليب المصالح الخاصة ام لا، غير ان حكم التحكيم المخالف للقانون باطل يمكن الطعن فيه، فلا تعارض بين حكم التحكيم الصحيح وقواعد النظام العام .

4- **اهلية الاشخاص المعنوية مقيدة بما يمنحه القانون:**

من الإدارة كأحد الاشخاص القانونية العامة تتمتع باهليه محدده ينظمها ويقررها لها القانون، فاذا ما قرر لها الالتجاء الى التحكيم في منازعاتها العقدية جاز لها اللجوء اليه، و اذا حجب عنها هذا الحق ظلت مقيده بحدود اهليتها التي خصها بها القانون) .ابراهيم علي حسن ، ,2007ص.(79

مما سبق يتضح ان الحجج التي ساقها انصار الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية لا تقوى على الصمود ويمكن الرد عليها، و باستثناء الراي القائل بان التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع فكره النظام العام، وهو الراي الاقرب للقبول من الاسانيد الاخرى، في حين ان الدولة وهي تقبل بشرط التحكيم في العقود الإدارية تهدف الى تحقيق الصالح العام، فالتحكيم يقوم اساسا على اراده الاطراف ويمكن الاتفاق على كل المسائل الجوهرية المتعلقة، كما انه لا يسلب القضاء اختصاصه الا يمكن اقامه دعوى بطلان اصليه ضد حكم التحكيم اذا توافرت اسبابها المحددة في القانون حصرا امام المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

اولاً :النتائج:

1- اجاز المشرع العراقي اللجوء الى التحكيم الاداري في منازعات العقود الادارية فقد جاءت الاجازة متناثرة بين نصوص القوانين منها) قانون العقود الحكومية لعام 2004 وتعليمات تنفيده لسنة 2008 م ، الشروط العامة للمقاولات اعمال الهندسة المدنية ، والشروط العامة لمقاولات الهندسة الميكانيكية والكمياوية (كما نجد نصوص اخرى في قانون المرافعات المدنية وقانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل لسنة2004

2- التحكيم الاداري أسلوبا أووسيلة من وسائل فض المنازعات الادارية ، وبالاخص منازعات العقود الادارية – يسمح للخصوم في المنازعات الادارية بأن يتفقوا على حل منازعة حالة اومستقبلية ، ناشئة عن علاقات قانونية دات طابع اداري ، داخلية كانت ام دولية ودن اللجوء الى السلطة القضائي

3- ان التحكيم ليس بالاسلوب الجديد فقد عرفته الحضارات القديمة الا ان النصف الثاني من القرن العشرين شهد نهضة كبيرة للأخذ به كوسيلة لفض المنازعات حيث بدء التحكيم يقدم على انه نظام عالمي وبدأ نطاق تطبيقه يتسع ليشمل منازعات جديدة ومنها المنازعات الادارية كما ان الامم المتحدة والاجهزة القانونية التابعة لها قد بدأت توحد نظم التحكيم وتدعوا الدول الاعضاء الى الاخذ بها.

4- اختلفت الدول فيما يتعلق بمدى اخذها بالتحكيم في العقود الادارية من عدمه فالطائفة الاولى من التشريعات لم تجز الاخذ بالتحكيم في العقود الادارية اما الطائفة الثانية فقد شرعت قانوناً خاصاً في العقود الادارية وسمحت لأشخاص القانون العام باللجوء الى التحكيم دون استثناء وهذا خطأ وقعت فيه كمصر، اما الطائفة الثالثة فقد سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء الى التحكيم مع استثناء بعض المرافق الادارية ومنها المشرع الفرنسي.

5- اجاز المشرع السوداني اللجوء الى التحكيم حسب نص المادة (3) من قانون التحكيم لسنة)2005 مع مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم والتي يكون السودان طرفا فيها (..... والمادة (39)من قانون تشجيع الاستثمار القومي لسنة. 2013

ثانياً :التوصيات :

1- السماح للوزارات باللجوء التحكيم لحل بعض المشاكل التي تعترضها في عملها مع القطاع الخاص بدلاً من بقاء في اروقة المحاكم لسنوات طويلة واحياناً دون الوصول الى نتيجة مرضية فالتحكيم يوفر للإدارة الوقت والجهد والمال.

2- ضرورة تدخل المشرع العراقي بسن تشريع لتنظيم اجازة اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية ، وينظم احكامه واجراته ، وان يكون شاملا لجميع صور المنازعات الادارية.

3- استثناء بعض العقود الادارية من التحكيم لخطورة المعلومات التي تتضمنها هذه العقود كعقد نقل التكنولوجيا او عقد الامتياز التي تتعلق بالثروة الوطنية مثلاً ام لمساسها لبعض المرافق الحساسة في الدولة كمرفق الدفاع او الامن.

4- تعديل نص المادة (255) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على انه)) لايجوزأن يكون المحكم من رجال القضاء الابأدن من مجلس القضاء الاعلى ((.....ودلك بأن يمنع المشرع العراقي القضاة المستمرين في ممارسة وظيفة

القضاء من القيام بمهمة التحكيم وان يقتصر دلك على القضاة المتقاعدين ، لأجل الحفاظ على هيبة القضاء وعدم اشغال القاضي الدي لايزال في وظيفة القضاء بأمور أخرى خارج نطاق عمله الوظيفي.

5- يجب ان يحاط التحكيم في العقود الادارية بضمانات كافية تسمح له بالحفاظ على الاموال العامة وعدم التفريط بها، لذلك نرى من الانسب ان تقوم الجهات الادارية وقبل اللجوء الى التحكيم بالحصول على اذن بالوزير المختص او المجلس التشريعي او عرض الموضوع على وزارة العدل لإبداء الرأي فيه وحسب اهمية الموضوع قبل اللجوء الى للتحكيم على ان يكون ضمن سقف زمني محدد لضمان السرعة وعدم فوات الفائدة من اللجوء للتحكيم وبالخص اذا كان الامر متعلقاً بقضايا اقتصادية داخلية او دولية.

6- منح القضاء سلطة الرقابة على اجراءات التحكيم وكذلك القرار التحكيمي عند تنفيذ الحكم ليتسنى له التدخل في الوقت الملائم.

قائمة المراجع

1. ابراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم في منازعات العقود الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ط.2
2. ابراهيم وهيب النداوي ، المرافقات المدنية، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1988.
3. احمد عبدالبديع شتا ، شرح قانون التحكيم ، دراسة مقارنة وفقاً للأراء الفقه واحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة ، القاهرة، 2005.
4. أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الادارية وأثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي 2010ص55
5. بشار محمد الاسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.2007
6. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997، ص59
7. جلال وفاء محمدين ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، 1995.
8. جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض منازعات في مجال العقود الادارية ، ص190 – 189
9. حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم مطبعة الفجر ، بيروت ، 1997.
10. حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية ، 2006.
11. سامي بديع منصور، نضرة في التحكيم الدولي، بدون تأشير بيروت، 2001.
12. طلعت النعيمي ، شرط التحكيم في اتفاقات التحكيم، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الاول والثاني ، المجلد 5 ، 1961.
13. عبدالرحمن رحيم عبدالله ، دراسات قانونية ، الطبعة الاولى ، مطبعة اربيل، 2010
14. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الكتب القانونية ، 2005.

15. العز خالد الحسن، العقود الادارية وامكانية التحكيم فيها، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ط1، 2015.
16. عزيز المشريف، التحكيم الاداري في القانون المصري، دار النهضة العربية القاهرة، 1993 ، ط1
17. علي احمد حسن اللهيبي ، التحكيم في العقود الادارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد22 ، العدد 1، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 2007، ص274.
18. غسان علي علي ، الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في دكتوراة، جامعة عين الشمس ، 2004.
19. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، جامعة بغداد ، 1992.
20. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة1997.
21. محمد الخليل ، كامل ، التحكيم في العقود الادارية، دار الكتب القانونية ، مصر ، المجلة الكبرى ، 2009.
22. نجلاء حسن احمد ، التحكيم في منازعات العقود الادارية ، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ، 2003-2004.
23. ياسر عبدالسلام منصور ، دراسة نقدية في القانون التحكيم المصري، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، 2002.
24. يحيى الجمل، الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم ، بحث مقدم للدورة التدريبية التي نظمها مركز البحوث والدراسات الادارية في التحكيم ، الاداري ، 1995.