

الاختصاص التحكيمي لمجلس الدولة

(دراسة مقارنة)

Arbitral jurisdiction of the State Council

(Comparative study)

م. د متراس هاشم صيهود الخفاجي

وزارة التربية

المديرية العامة للتربية في محافظة ذي قار/ الشؤون القانونية

المخلص

منذ زمن وجهود علماء الإدارة العامة والقانون تتضافر في البحث عن أفضل السبل القانونية والإدارية لدفع عجلة تقدم النشاط الإداري: فوضعت الأطر القانونية لتطبيق النظريات الحديثة في علم الإدارة. ومع ذلك لا تزال تعترض نشاطها تحديات ومشكلات قانونية وواقعية ومتوقع أن تبقى ما دام نشاط الإدارة متغير ومتجدد. لهذا ادرك الفكر القانوني ان حل هذه المشكلات لا يتحقق فعليا الا عبر الحلول السريعة؛ وذلك لأن الحلول المتأخرة لا تقل خطرا عن بقاء المشكلة قائمة. لهذا عهد إلى القسم الاستشاري بمجلس الدولة مهمة الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية ويتحقق بفضل ذلك هدفين: السرعة والعدالة. فالآليات القانونية المتبعة في ابداء الرأي والمشورة القانونية أقل تعقيداً من إجراءات التقاضي العادي، مضافاً لذلك ما يتمتع به مجلس الدولة من ميزة التخصص الدقيق: باعتباره الجهة الأكثر دراية والأسرع استجابة والأعمق رؤية في وضع الحلول المناسبة لمتطلبات حسن الإدارة واحتياجاتها. لهذا وقع اختيار المشرعين (في كل من مصر والعراق) على مجلس

الدولة ليتولى هذه المهمة عبر اقسامه الاستشارية مع الاختلاف في بعض الشروط
اللازمة لممارسته.

Abstract

For a long time, the efforts of public administration and law scholars have combined in the search for the best legal and administrative ways to advance the progress of administrative activity: legal frameworks were established to apply modern theories in management science. However, its activity still faces challenges and legal and realistic problems, and it is expected that they will remain as long as the management's activity is

changing and renewed. That is why legal thought realized that solving these problems can only be achieved through quick solutions; This is because late solutions are no less dangerous than the problem remaining. That is why the advisory section of the State Council has been entrusted with the task of settling disputes that arise between the administrative authorities, and thanks to this, two goals are achieved: speed and justice. The legal mechanisms used in expressing legal opinion and advice are less complicated than the normal litigation procedures, in addition to that. What the State Council has from the advantage of being highly specialized: as the most knowledgeable, fastest responding and most insightful body in developing appropriate solutions to the requirements and needs of good governance. For this reason, legislators (in both Egypt and Iraq) chose the State Council to take over this task through its advisory departments, with the difference in some of the conditions necessary for its exercise.

المقدمة

من المعروف أن الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة يدور حول تقديم الرأي والمشورة القانونية لجهات الإدارة، حيث تسترشد بها لوضع الحلول للمشكلات التي تعرض سبيلها. ولكن من الملاحظ أن المشرع في كل من مصر والعراق قد ادرج ضمن الوظيفة الاستشارية المذكورة الاختصاص بالفصل في المنازعات بين الجهات الإدارية، تلك المنازعات التي تكتسب خصوصية من كونها تثور بين فروع السلطة التنفيذية، مما يتطلب في الجهة التي تفصل فيها أن تكون على قدر كبير من التخصص في الميدان الإداري.

أولاً: أهمية البحث وأسباب اختياره

١- أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث الحاضر في أنه يسلط الضوء على إحدى أهم وظائف مجلس الدولة الاستشارية، المتمثلة بالفصل في المنازعات الإدارية، فعلى الرغم من أنها ورد ضمن باب الرأي والمشورة القانونية ولكنها في الحقيقة وظيفة مهمة، كونها تستهدف فض منازعات على قدر من الأهمية والخطورة، باعتبار أنّ أطرافها هم فروع للسلطة التنفيذية، أو بالأحرى أنهم يتبعون شخص اعتباري واحد، وهو الدولة بمفهومها العام.

٢- أسباب اختيار البحث:

من الملاحظ أن هناك علاقة طردية بين مدى التطبيق العملي للنصوص القانونية وبين الخوض في بحث الموضوعات المرتبطة بالنص، فكلما انحسر تطبيق النص القانوني انحسرت البحوث التي تتناوله. وهذا الوضع إن كان يبدو طبيعياً (من زاوية اختيار الموضوع الأكثر تطبيقاً)، إلا أنه في الحقيقة هروباً من المشكلة؛ فقلة تطبيق النص القانوني مؤشراً على وجود مشكلة تستحق البحث فيها والخوض في غمارها، وهذا ما ارتأينا فعله.

ثانياً: مشكلة البحث

يعد اختصاص مجلس الدولة بالتحكيم بمثابة مسار استثنائي خاص عن المسار العام لحل المنازعات، إذ يتيح هذا النظام الفصل في النزاعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية، وفق لإجراءات قانونية محددة، بقصد كسب الوقت والتعجيل بحل الخلاف بين الجهات الإدارية. لذلك يسعى البحث الحاضر للإجابة على التساؤلات الآتية: ما هو التحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة؟ ماهي شروط ممارسته؟ وما هي إجراءاته ومراحل البت به؟

ثالثاً: منهج البحث

انتهجنا في دراستنا "للاختصاص التحكيمي لمجلس الدولة" على أكثر من منهج بحثي: المنهج التحليلي والمنهج المقارن: فالمنهج التحليلي يقوم على تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والفتاوى. والمنهج المقارن من خلال مقارنة الآليات الإجرائية في شأن قبول مجلس الدولة لطلب التحكيم وبين الأنظمة الإجرائية المتبعة أمام محاكم مجلس الدولة، فضلاً عن إجراء مقارنة بين القانونيين المصري والعراقي.

رابعاً: هيكلية البحث

اتبعنا التقسيم الثنائي في معالجة مشكلة البحث: فالمبحث الأول يدور حول ماهية التحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة، والذي ينقسم بدوره إلى مطلبين، حيث يتعلق المطلب الأول بالتعريف بالتحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة، بينما يخص المطلب الثاني لبحث أهمية الدور التحكيمي لمجلس الدولة. أما المبحث الثاني فقد خصص لبحث شروط قبول المنازعة والفصل في موضوعها، وتم تقسيمه إلى مطلبين، في المطلب الأول ناقشنا موضوع شروط قبول المنازعة أمام مجلس الدولة، أما المطلب الثاني فقد تم فيه بحث موضوع الفصل في المنازعة التحكيمية.

المبحث الأول

ماهية التحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة

في الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة خمسة اختصاصات. ولكل منها ضوابطها وحدودها، والفصل في المنازعات بين الجهات الإدارية هو الاختصاص الثالث من الاختصاصات الاستشارية للمجلس، والذي يشترط لممارسته بعض الشروط الخاصة فضلاً عن شروط العامة في إبداء الرأي والمشورة القانونية. لهذا فإن الخوض في دراسة هذا الموضوع تتطلب أن نبين ماهيته كمقدمة تمهيدية لازمة تسبق التعمق في الموضوع، وبحث الماهية تكون من خلال بيان التعريف بهذا الاختصاص وبيان أهميته، وأسباب اختيار مجلس الدولة كجهة تفصل في هذا النوع من المنازعات، وكالاتي:

المطلب الأول

التعريف بالتحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة

أن التعريف بالاختصاص التحكيمي لمجلس الدولة يتطلب تحديد مؤدى التحكيم بصورة عامة والتحكيم الإداري خصوصاً ثم بيان طبيعته القانونية. وهذا ما سنحاول بحثه من خلال فرعين: الفرع الأول، يخص لبحث مؤدى الاختصاص التحكيمي والفرع الثاني لطبيعته القانونية وفق النظريات المعروفة، وكما يلي:

الفرع الأول

مؤدى التحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة

إن تحديد مؤدى التحكيم الإداري يتطلب استعراض تعريفات الفقهاء للتحكيم كنظام قانوني قائم وقديم، ومنه نستطيع أن نحدد التقارب بين الأصل وبين التحكيم الإداري مدار المدار البحث وفي هذا الصدد نشير إلى أن التحكيم لغة يعني التفويض في الحكم ومصدره " حكم"، فيقال حكمت فلاناً في مالي تحكيمياً: أي فوضت إليه الحكم^(١). أما التحكيم إصلاً، فقد عرف بالعديد من التعريفات: فُعرف بأنه " طريق استثنائي لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما يكلفه من ضمانات. ومن ثم فهو مقصور على ما تتصرف إليه إرادة المحكّمين لعرضه على هيئة التحكيم"^(٢) وعُرف أيضاً بأنه " نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو اشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع"^(٣). كما عُرف بأنه " إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على اخضاع خلافاتهم لمحكم يختارون ويحددون سلطاته للفصل بينهم، مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً"^(٤). أو أنه " اتفاق بين الخصوم في نزاع معين قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه على عرض هذا النزاع على محكم أو محكّمين يختارونهم للفصل فيه بدلاً من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص"^(٥).

ومما سبق، نستخلص ما يلي: تركزت تعريفات الفقهاء للتحكيم على نقطتين رئيسيتين: الأولى إبراز دور الإرادة في التحكيم، وذلك من خلال الإشارة إلى اتفاق الأطراف على طرح الموضوع على التحكيم. وبالمفهوم المخالف لا يمكن قبول طلب التحكيم دون اتفاق سابق أو معاصر^(٦). أما

(١) العلامة جمال الدين ابو الفضل بن منصور الافريقي، معجم لسان العرب، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص ٢٧٢.

(٢) د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ٤٣.

(٣) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ١٣.

(٤) J.M. AUBY ET R.DRAGO, TRAIE DE CONTENTIEUX ADMINSTRATIF, (٤) L.G..D.J PARIS P٢٨ NO١٤.

(٥) د. محمد هاشم، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ٢٠٠٠، ص ٢٢.

(٦) ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، بدون دار نشر، ١٩٩٦، ص ١١

المرتکز الثاني، فيتمثل باتفاق الأطراف على اختيار هيئة التحكيم أو المحكمين. وما عدى ذلك من اختلافات لا يعدوا أن تكون اختلافاً بالألفاظ فقط^(٧).

ومن هذا المنطلق نستطيع أن نقرر أن تعريف التحكيم الإداري يستند إلى ذات الأسس التي يقوم عليها نظام التحكيم من حيث توافق ارادتي الخصوم على عرض النزاع على الهيئة المختصة، ولكن يبرز الاختلاف في أن هيئة التحكيم مفروضة بموجب القانون. ولها دون غيرها أن تمارس هذا الاختصاص. فضلاً عن ذلك فإن إجراءات التحكيم تسير على هدى من قواعد قانونية معدة سلفاً ودور الإرادة فيه ضعيف جداً. بالتالي هو تحكيم ذو طبيعة خاصة، وهو أقرب إلى التحكيم الاجباري من زاوية الهيئة التي تنظر النزاع والقواعد القانونية المطبقة بشأنه^(٨). لهذا يمكن تعريف التحكيم في المنازعة الإدارية بأنه طريق استثنائي لحل المنازعات بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبة بوزارة عبر الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة، وذلك باتفاق الأطراف على التحكيم. أو أنه اتفاق الجهات الحكومية في نزاع معين يتلزموا بموجبه على عرض النزاع على مجلس الدولة بدلاً من المحكمة المختصة، أو أنه اتفاق بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة على إحالة النزاع الذي يثور بينهما على مجلس الدولة، لبيت به برأي ملزم. وهذا ما يثير مسألة الطبيعة القانونية للرأي الملزم الصادر في المنازعة بين الجهات الإدارية.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم في المنازعة الإدارية

أرجع الفقهاء طبيعة التحكيم إلى ثلاثة نظريات: نظرية استندت إلى الجانب الإرادي البارز لتلبسها ثوب العقد. ونظرية ركزت وجهتها صوب الأثر النهائي، ففسرته على أساس أنه عمل قضائي. ونظرية جمعت بين الأثنين لتضفي على التحكيم طبيعة مختلطة. وتساؤلنا هنا إلى أي من النظريات السابقة يمكن أن ينتمي التحكيم الإداري؟ والإجابة تكون من خلال ما يلي:

أولاً: التحكيم في المنازعة الإدارية والنظرية العقدية

(٧) جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
(٨) المادة ٦ والمادة ١١

استند انصار النظرية التعاقدية على دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم. فقالوا أن التحكيم ذو صفة تعاقدية، وأية ذلك أن التحكيم يستلزم الاتفاق بين المتخاصمين ابتداءً، فلا ينهض دور المحكمين إلا بعد تلاقي الإرادتين^(٩). ودور الإرادة يتعدى مرحلة طرح النزاع إلى اختيار الجهة التي تتولى التحكيم، بل وتمتد إلى الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين^(١٠). بل أن بعض من المنادين بهذه النظرية ذهب إلى أن الزامية حكم للتحكيم يستند إلى الإرادة. إذ أن حكم التحكيم يستمد حجيته من اتفاق المتخاصمين^(١١). وإذا كان لهذه الحجج نوع من المعقولية والتطابق إلى حد ما بالنسبة للتحكيم بصورة عامة ولكنها لا تنطبق والتحكيم أمام مجلس الدولة؛ وذلك لانحسار دور الإرادة إلى حد بعيد. فالجانب الإرادي لا يتعدى الاتفاق الأولي على طرح الموضوع أمام المجلس والذي هو بالأساس محكوم بنصوص قانون مجلس الدولة فهو الذي اقره ووضع القواعد اللازمة لتنفيذه. فالمادة (٦، ثانياً) من قانون مجلس الدولة تنص على أن عرض النزاع على المجلس يكون " إذا احتكم أطراف القضية إلى المجلس... " ويتوقف دور الإرادة عند هذا الحد. ومن المعلوم أن الاتفاق المجرد لا يكفي وحدة لأجل طرح النزاع على التحكيم، بل ينبغي أن يقره القانون ويضمن تنفيذ الحكم الفاصل فيه^(١٢). وعليه لا يمكن اضافة الصفة العقدية على طبيعة التحكيم الإداري.

ثانياً: التحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة والنظرية القضائية

أن المهام التي تتولاها الهيئة التحكيمية هي من نوع ما تؤديه الهيئات القضائية: حيث تقوم بإنزال حكم القانون على النزاع المطروح ويكتسب قرارها حجية الأمر المقضي به، وهذا ما دفع جانب من الفقهاء إلى القول بالطبيعة القضائية للتحكيم مرجحين بذلك المعيار الموضوعي على المعيار الشكلي^(١٣). ولا يختلف التحكيم الإداري بهذه الجزئية عن أنواع التحكيم الأخرى، فمجلس الدولة يمارس اختصاص قريب من اختصاص القضاء، إذ يبيت في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة، ولكن هذا لا يعدو كونه تشابه ظاهري،

(٩) لافي محمد موسى درادكه، اتفاق التحكيم في التشريع الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، ١٩٩٧، ص٤٣

(١٠) احمد انعم بن ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، صنعاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٤، ص١٨.

(١١) وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، العدد الاول والثاني، مارس - يونيو، ١٩٩٣، ص١٣٣.

(١٢) علي سالم، ولاية القضاء على التحكيم، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٧، ص٩٠.

(١٣) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشآت المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣٤٩.

فبمجرد أن نتعمق قليلاً نتكشف أمامنا بعض الاختلافات: ضرورة توافق إرادتي الخصوم على الاحتكام أمام مجلس الدولة: فطرح النزاع أمام القسم الاستشاري للمجلس مقيد - كما سنرى لاحقاً - بضرورة اتفاق الخصوم على ذلك، وهذا ينفي الطبيعة القضائية؛ وذلك لأن اللجوء إلى القضاء هو حق عام يستعمله الخصم دون حاجة إلى موافقة خصمه^(٤)، بينما نرى أن مجلس الدولة وبحسب قانونه يمتنع عن نظر الخصومة غير المقترنة بالاتفاق. وقد طبق المجلس ذلك في بعض مما طرح عليه: حيث رفض النظر بقضية طرحتها عليه وزارة التجارة بشأن استحداث الدائرة الاقتصادية في وزارة الخارجية بسبب عدم موافقة وزارة الخارجية على الاحتكام^(٥). أما بالنسبة للمبرر الثاني فنستند فيه مهام مجلس الدولة ذاتها: فالعمل داخل المجلس ينقسم إلى عمل قضائي صرف (يمارس عبر محكمتي القضاء الإداري وقضاء الموظفين) وعمل استشاري، ويدخل في هذا الأخير الاختصاص بفض المنازعات بين الجهات الإدارية ولهذا لو اريد لهذا النظام أن يكون قضائياً لأدرج بالأساس ضمن اختصاصات محكمة القضاء الإداري. هذا فضلاً عن أن المصطلحات التي استخدمها المشرع لا تدل على الطبيعة القضائية: مثل مصطلح "احتكم" وإبداء الرأي الملزم^(٦).

ثالثاً: التحكيم الذي يمارسه مجلس الدولة والنظرية المختلطة

غالباً ما يتجه الفقه نحو الجمع بين أكثر من نظرية إن عجزت أي منهما منفردة في تفسير واقع قانوني معين. لهذا حاول الفقهاء اسناد الطبيعة القانونية للتحكيم إلى نظرية تجمع بين النظريتين السابقتين (التعاقدية، والقضائية)، وذلك على اعتبار أن التحكيم من حيث مصدره اتفاق، ومن حيث الآليات التي يتبعها في الفصل في النزاع فهو أقرب إلى القضاء. وبجمعهما معا خرجوا بنظرية جديدة اسموها النظرية المختلطة^(٧). ولكن من الفقهاء المنادين بهذه النظرية من يرون بأن النظرية المختلطة لا تعني أن التحكيم هو عقد وقضاء في الوقت نفسه، بل أنه يبدأ بعقد وما يلبث أن يتحول إلى قضاء عند اصدار الحكم الفاصل في النزاع^(٨). وبصرف النظر عن صحة أو عدم صحة التكييف السابق للتحكيم، إلا أننا لا نجد أن التحكيم الإداري ذو طبيعة مختلطة، بل هو تحكيم من نوع

(١٤) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ص ٣٢.

(١٥) القرار رقم ٢٠١١/١١٠ في ٢٠١١/١٢/٨ (غير منشور).

(١٦) المادة (٦/ثالثاً) من قانون مجلس الدولة.

(١٧) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٠؛ نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان نشر، ٢٠٠٦، ص ٥٥.

(١٨) مصطفى محمد الجمال وعبد العال عكاشه، ص ٤٥.

خاص وذو طبيعة مستقلة، باعتباره وسيلة لحل المنازعات بين جهات إدارية تمثل فروع السلطة التنفيذية، ويكون من خلال القسم الاستشاري لمجلس الدولة ولا يكون للإرادة دور إلا فيما يتعلق بطرح النزاع أمام المجلس. أما الإجراءات الأخرى فإنها مرسومة بموجب قانون مجلس الدولة.

المطلب الثاني

أهمية التحكيم في المنازعات الإدارية

تتأتى أهمية التحكيم أمام مجلس الدولة من كونه نظاماً بديلاً عن القضاء لفض المنازعات التي تثور بين الجهات الإدارية، وبالتالي فهو يضمن تقديم حلول سريعة ومنجزة بواسطة جهة متخصصة في العلوم الإدارية والقانونية. وكما يلي:

الفرع الأول

ضمان سرعة البت في المنازعة الإدارية

أن من أبرز الأسباب التي تؤدي إلى تأخير في الفصل في المنازعات أمام القضاء هو مرور عملية التقاضي بإجراءات ومراحل متعددة، قصد بها توفير أكبر قدر ممكن من الضمانات تحقيقاً للعدالة^(٩). ولكن بالمقابل يحدث تأخير لا يستهان به في حسم المنازعات. لهذا عهد القانون إلى مجلس الدولة الاختصاص بفض المنازعات بين الجهات الإدارية، بحسبان أنه يحقق ميزة السرعة المطلوبة، انطلاقاً من كون الإجراءات الخاصة بنظر هذه المنازعات تكون من خلال الوظيفة الاستشارية للمجلس. وأنَّ الإجراءات والمراحل الخاصة بالوظيفة الاستشارية ليست معقدة، فبمجرد

(٩) رامي احمد الغالبي، التحكيم في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٣٣، للعام ٢٠٢٠، ص ١١٠.

بتقديم الطلب مشفوعاً بكافة الأوراق والمستندات الضرورية، تسير الإجراءات الأخرى داخل اروقة المجلس والهيئة المتخصصة بانسيابية. ثم أنّ البت بالنزاع يكون عبر مناقشة الرأي في الهيئة المتخصصة، وهذه المناقشة لا تتطلب مرافعات وجلسات على غرار جلسات التقاضي، أما حضور ممثلي الجهات المتنازعة فيكون إن دعت الحاجة إلى ذلك، والغاية تكون من أجل للاستيضاح منهم. لهذا نجد أنّ المنازعات التي عرضت على مجلس الدولة المصري قد شغلت مجال كبير من عمل الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. ففي بعض السنوات تتعدى الفتاوى الملزمة الصادرة في شأن المنازعات أكثر من خمسين بالمئة من جملة عدد الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية^(٢٠).

وعلى الرغم من ندرة التطبيق العملي لاختصاص مجلس الدولة في العراق بالتحكيم بين جهات الإدارة إلا أننا يمكن أن نركز على اختصاصه الافتائي بصورة عامة، إذ يلاحظ بأن معظم فتاوى مجلس الدولة في العراق لم تستغرق وقتاً طويلاً، مقارنة بأحكام القضاء. إذ لا حظنا أنه في عام ٢٠٢٠ بلغ معدل المدة الزمنية لإصدار الفتاوى، تقريباً سبعة أشهر، وهذا لعمرى مدة بسيطة إذ ما قورنت بالدعوى القضائية، التي يمتد النظر بها لسنوات عديدة.

الفرع الثاني

ضمان عرض النزاع على جهة متخصصة

يعد مجلس الدولة الجهة الأعمق تخصصاً والأكثر خبرةً بقضايا الإدارة؛ وذلك ناجم عن طبيعة التركيبة البنوية للمجلس: فالشروط القانونية في تعيين اعضاء المجلس تتطلب الخبرة والمؤهل العلمي، فضلاً عن الخبرة التي يكتسبها الأعضاء من خلال العمل في المجلس، وبالتالي تكون الخبرة مرة مكتسبة ومرة مشروطة:

فالخبرة المكتسبة تأتي من خلال العمل في مجلس الدولة: حيث يتزود الأعضاء بمعارف متنوعة من خلال ممارستهم في مجال إبداء الراي والمشورة القانونية والتشريع: إذ أنّ ذلك يجعل من المجلس خبيراً عامة في الميدان الإداري فضلاً عن خبرته المتراكمة التي يكتسبها من خلال تدقيقه

(٢٠) مقال منشور على الموقع الالكتروني
<http://www.alnodom.com/index.php>

وصياغته لمشروعات القوانين التي تعرض عليه، إذ أنّ الاشتراك بالصياغة يمنح القائمين به معرفة بالمقاصد التشريعية^(٢١).

أما الخبرة المشروطة فتندمج مع المؤهل العملي، وذلك من خلال ما يمكن ان نسميه بقاعدة "التوازن بين الخبرة والمؤهل العلمي": فقد اشترط القانون توافر الخبرة العملية، في دوائر الدولة والقطاع العام، بجانب التحصيل العلمي^(٢٢). وذلك من خلال الربط بين الخبرة والشهادة بطريقة عكسية، فكلما ارتفع مستوى التحصيل العلمي انخفضت مدة الخبرة المطلوبة: فشهادة الماجستير والدكتوراه تقلصان مدة الخدمة المطلوبة للتعينين بوظيفة مستشار إلى حدود (١٦) سنة إذا كانت الشهادة ماجستير، و(١٤) سنة إذا كانت الشهادة دكتوراه. كما تقلص الخدمة المطلوبة لتعيين المستشار المساعد إلى (١٢) سنة للماجستير و(١٠) سنوات للدكتوراه^(٢٣). وهكذا فإن تكوين اعضاء مجلس الدولة (من مستشارين ومستشارين مساعدين) تكوين خاص يمزج بين الخبرة العملية (القانونية والإدارية)، والمؤهل العلمي، وهذا ما يجعلهم يمتلكون نظرة موضوعية تحسن تقدير المتطلبات الإدارية ومقتضيات حسن سيرها بانتظام، ولا يعني ذلك تقليل من شأن القضاء الإداري في نظر مثل هذا المنازعات، إذ أنّ مستشاري مجلس الدولة انفسهم يشاركون في تقديم الآراء والمشورات القانونية ويجلسون مجلس القضاء حيناً، باعتبار أنهم دائمي التنقل بين اقسام المجلس، ولكن العيوب التي تكتنف القضاء (والتي سبق الإشارة إليها) هي التي تجعل النظر بهذه القضايا عبر الاختصاص الاستشاري يلائم متطلبات السرعة والتخصص.

(٢١) المادة (٥) من قانون مجلس الدولة
(٢٢) ويلاحظ أن هناك محاولة بذلت في سبيل أن يكون التعيين بالترقية ومن داخل المجلس فأصدرت تعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ المنشورة في الوقائع العراقية بعددها المرقم (٤٠٠٧) في ٢٥/١٠/٢٠٠٥. إلا أن افتقاد هذه التعليمات للسند القانوني (لأن القانون كان واضحاً في أسلوب التعيين) أدى إلى إلغائها بموجب التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ المنشورة في الوقائع العراقية بعددها المرقم (٤٠٢٨) في ١٣/١١/٢٠٠٦.

(٢٣) للاستزادة حول هذا الموضوع يراجع اطروحتنا للدكتوراه بعنوان الفاعلية والضمان في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، جامعة كربلاء، كلية القانون،

المبحث الثاني

شروط قبول المنازعة والفصل في موضوعها

وضعنا في المبحث الأول ما ارتبط بالموضوع من قواعد عامة تمهيداً للخوض في القواعد القانونية التي تحكم سير الخصومة. فالخلاف بين الجهات الإدارية هو على أية حال نزاع قانوني لا ينبغي أن يجر الفصل فيه كيفما اتفق، بل يلزم أن تسير إجراءات الخصومة على هدى من قواعد وشروط قانونية معدة سلفاً، بدأ من التحقق من توافر شروط الاختصاص، مروراً بمراحل النظر فيه وحتى الفصل النهائي برأي ملزم، وذلك عبر التصويت والمناقشة داخل الهيئة المتخصصة، وكما يلي:

المطلب الأول

شروط قبول المنازعة امام مجلس الدولة

يتطلب النظر بأي نزاع قانوني التأكد أولاً من توافر الشروط القانونية لقبوله، لهذا وضع قانون مجلس الدولة شرطاً لازماً لقبول طلب التحكيم أمامه، والتي تنقسم إلى قسمين: شروط تتعلق بموضوع النزاع، وشروط تتعلق بأطراف النزاع، وكما يلي

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بموضوع المنازعة

لا ينظر مجلس الدولة في طلب التحكيم مالم يكن موضوع المنازعة داخلا ضمن اختصاصه العيني، كما يشترط أيضاً الا يكون الموضوع مطروحاً على القضاء، وكما يلي:

أولاً: تحديد الحقوق التي يمكن أن تكون محلًا للنزاع

نص القانون على اختصاص المجلس بإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها وقد استخدم القانون للتعبير عن الحقوق محل النزاع مصطلح " المسائل المختلف فيها" وهذا ما يثير التساؤل ما إذا كان هذا الاصطلاح يستوعب كل أنواع المنازعات أم لا. لأن محاولة الإجابة على ذلك تستدعي استحضار المدلول اللغوي ثم الاصطلاحي للعبارة. فمن الناحية اللغوية تعني المسألة "القضية" أو ما كان موضوع بحث أو نظر وهذا ما يتطابق مع المعنى الاصطلاحي للكلمة والذي قصد به المشرع القضية أيضاً، وآية ذلك أنه استخدم مصطلح القضية في نهاية الفقرة الثالثة من المادة (٦) وذلك بقوله " ... اذا احتكم اطراف القضية ... " وهي عبارة مطلقة تستوعب كل أنواع المنازعات دون استثناء، وما يؤيد ذلك أن المشرع استخدم المصطلح المناسب لما يقابل كل اختصاص من اختصاصاته في ميدان الرأي والمشورة القانونية^(٢٤) والتي يمكن تقسيمها إلى اختصاصات مطلقة واختصاصات مقيدة: فاختصاص المجلس في إبداء المشورة القانونية للجهات العليا جاء مطلقاً، حيث استخدم المشرع عبارة "المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا" أما الاختصاصات المقيدة فقد وردت في مجال إبداء المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل عقدها، (إذ يقتصر دور المجلس هنا على إبداء المشورة في الموضوعات الواردة في النص)، وكذلك إبداء الرأي في المسائل القانونية إذ حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة^(٢٥) وتوضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل الجهات المذكورة^(٢٦) (إذ يقتصر الاختصاص هنا على المسائل القانونية فقط).

(٢٤) المادة (٦) من قانون مجلس الدولة.

(٢٥) الفقرة (رابعاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة.

(٢٦) الفقرة (خامساً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة.

بناءً عليه، لا يوجد ما يمنع من طرح أي نزاع للتحكيم أمام المجلس، لأن عبارة "المسائل المختلف فيها" جاءت عامة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه.

ثانياً: ألا يكون الموضوع مطروحاً على القضاء

خلصنا قبل قليل إلى عدم وجود قيود حول موضوع المنازعة التي ينظرها القسم الاستشاري بمجلس الدولة، فبإمكانه نظر أي نوع من أنواع المنازعات طالما توفرت شرائطها الأخرى. ومع ذلك وضع القانون قيد عام على ممارسة المجلس لاختصاصه بأبداء الرأي والمشورة القانونية والمتمثل بعدم نظر الموضوعات المطروحة على القضاء وهذا القيد ورد عاماً مطلقاً يشمل الموضوعات التي يختص بها مجلس الدولة كافة ومنها بالطبع الاختصاص التحكيمي موضوع البحث الحاضر. ونعتقد أنّ لهذا القيد مبررات عديدة، قانونية وواقعية ولكن قبل الحديث عن هذه المبررات نحاول الإجابة على تساؤل تبادر إلى الذهن يتمثل بالآتي: لماذا يتوقع المشرع سبق طرح الموضوع على القضاء؟ أو ليس النظر بها أصلاً معقود إلى القسم الاستشاري بمجلس الدولة؟

يعود السبب في ذلك - برأينا - إلى أنّ اختصاص المجلس مدار لبحث ليس اختصاصاً مانعاً (بمعنى أنه يحول دون طرح الموضوع على القضاء إدارياً كان أم عادي)؛ لأنه بالأساس ليس بديلاً عن استعمال الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات، وبالتالي يكون أمام الجهات المذكورة إن شاءت عرض نزاعاتها على القضاء المختص ولا يشترط الالتجاء إلى المجلس، وهذا ما قد يسبب طرح النزاع مرتين: مرة أمام القضاء ومرة أمام القسم الاستشاري لمجلس الدولة طلباً للتحكيم. هذا وأنّ تقرير القاعدة عدم نظر النزاع المطروح أمام القضاء^(٢٧)، وبعد أن انتهينا من الإجابة عن التساؤل السابق، نعود مرة أخرى إلى بحث المبررات القانونية والواقعة للقيد المذكور:

فمن الناحية القانونية فإن قبول عرض الموضوع على التحكيم والقضاء في الوقت نفسه يؤدي إلى خطر الوقوع في أتون التعارض بين الرأي الملزم وبين حكم القضاء، وما يستتبع ذلك من حالة نكران للعدالة وحصول اشكالات في تنفيذ أي منهما، خاصة وأنه لا توجد جهة مختصة بنظر هذا النوع من التعارض: فاختصاص محكمة التمييز يدور حول ترجيح أحد الأحكام المتعارضة

(٢٧) المادة (٨) من قانون مجلس الدولة ومن قرارات المجلس بهذا الخصوص الفرار ٢٠١٨/١٢٨ فس ٢٠١٨/١٢/٣١ ص ٣٠٥ قرارات ٢٠١٨ ومن القرارات الحديثة في هذا الصدد، القرار رقم ٢٠١٩/٣٨ في ٢٠١٩/٤/٩، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، ص ٩٦.

الصادرة من محكمتين من محاكم القضاء العادي^(٢٨)، واختصاص المحكمة الإدارية العليا، يمارس نفس الاختصاص بشأن أحكام محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين^(٢٩)، فضلاً عن أن التحكيم أمام مجلس الدولة ينتهي إلى رأي ملزم، وهذا الأخير ليس حكماً قضائياً بالمعنى الفني للكلمة على الرغم من صفته الإلزامية واشتراكه مع الحكم في الآثار القانونية والنتائج القانونية.

أما الأسباب العملية فتتمثل في أنّ قبول كلاً الجهتين النظر بالنزاع، يؤدي إلى اشغالهما بقضية تدور حول موضوع واحد وأسباب واحدة، وهذا إهدار للوقت والجهد بلا مبرر، والمفترض استغلالهما في نظر موضوعات وقضايا أخرى، فضلاً عن تشتت جهد الإدارة في متابعة موضوعين متشابهين لدى جهتين مختلفتين.

أما في مصر فيلاحظ أنه لا يوجد قيد على اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مشابه للقيود الواردة في القانون العراقي؛ وذلك لأن مجلس الدولة هو الجهة المختصة دون غيرها في الفصل في النزاعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين الهيئات المحلية^(٣٠). وهذا ما استظهرته الجمعية العمومية من قانون مجلس الدولة في العديد من فتاواها، آخرها الفتوى الصادرة في عام ٢٠٢١ والتي كررت فيه من توصلت إليه سابقاً من الاختصاص المانع للجمعية العمومية في البت بالنزاعات بين الجهات الإدارية، بقولها أن " اختصاص الجمعية العمومية في هذا الشأن هو بديلاً عن استعمال الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات"^(٣١).

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بخصوم المنازعة

(٢٨) المادة (٢١٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
(٢٩) المادة (٢/ رابعاً/ج/٣) من قانون مجلس الدولة المعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس المنشور بالواقع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٩/٧/٢٠١٣ ص ٢٣.
(٣٠) المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.
(٣١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (٣٢٤) ملف رقم (٥٠٩٢/٢/٣٢) في ١٠/٢/٢٠٢١. الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية، الدار العربية للموسوعات، حسن الفكهاني المحامي، ج ٢٩، ص ٤٧٥.

يشترط في قبول الخصومة أمام المجلس أن يكون النزاع قد نشأ بين الجهات الإدارية التي حددها القانون على سبيل الحصر، كما يشترط أيضًا أن تتفق إرادة المختصين على عرض النزاع أمام المجلس وكما يلي:

أولاً: ان يكون النزاع بين الجهات الادارية التي حددها القانون

إن الاختصاص التحكيمي لمجلس الدولة لا ينهض إلا إذا كان النزاع بين الجهات الإدارية المحددة بموجب المادة (٦/ثالثاً). وبالتالي ليس للأفراد والاشخاص الاعتبارية الأخرى الاستفادة من هذه الوسيلة من وسائل حل المنازعات. والجهات الإدارية المقصودة هي تلك الواردة بنص المادة المذكورة وهي: الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، سواء أكان النزاع بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة. والوزارة هي " وحدة إدارية تقوم بمهام إدارية متجانسة أو مرتبطة في نطاق الوظيفة الإدارية بالنسبة للدولة كلها وتعمل على ممارسة هذه الاختصاصات، وتنشأ بقانون أو بناء على قانون^(٣٢) أما الجهات غير المرتبطة بوزارة فهي جهات إدارية تدار من قبل موظف بدرجة وزير منحها القانون استقلالاً إدارياً ومالياً، وينظم القانون عمل كل هيئة^(٣٣)، والغاية من تحديد هاتين الجهتين هي انهما يمثلان قمة الهرم الإداري ويمكن عن طريقهما تقديم طلب التحكيم والاختصاص أمام المجلس فالإدارات والمديريات والتشكيلات ما دون المديرية مرتبطة عمودياً مع إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة ولا يجوز الاختصاص بعيداً عن علمهم فضلاً عن أن ذلك سيفتح الباب واسعاً لسلوك هذا الطريق مما يتسبب في تراكم القضايا. لهذا قصر المشرع تقديم الطلب على الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة^(٣٤).. ومع ذلك يبقى التساؤل حول مدى امكانية تخويل الاختصاص بتقديم طلب التحكيم؟

يلاحظ بأن قانون مجلس الدولة اشترط ألا يقدم طلب التحكيم إلا من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة^(٣٥) فضلاً عن نصه على أن " لا يجوز لغير الوزير المختص أو الرئيس الأعلى الجهة غير المرتبطة بوزارة عرض القضايا على المجلس" وعليه فان الاختصاص

(٣٢) د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٩.

(٣٣) المادة (١٠٣) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

(٣٤) من الملاحظ ان مجلس الدولة لا ينتظر طلب الرأي المقدم من المحافظة واذا ما اردات الاخيرة طلب الراي فيامكانها ذلك عبر المادة (٩) من قانون مجلس الدولة التي تمنح رئيس مجلس الدولة طلب الرأي من المجلس.

(٣٥) المادة (٦/سادسا)

بعرض القضايا (بصورة عامة) على مجلس الدولة هو اختصاص حصري للوزير المختص، ولا يجوز والحالة هذه تخويل الاختصاص إلى جهات إدارية أخرى. ولكن من الممكن لأية تشكيل إداري أو مديرية عامة أن تقدم طلب التحكيم عن طريق الوزارة المختصة^(٣٦).

أما في مصر فإن اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فيتعلق بالمنازعات التي تثور بين جهات إدارية محددة أيضاً على غرار موقف المشرع العراقي إلا أن المشرع المصري وسع من الاختصاص ليشمل جهات إدارية متعددة حيث شملت المنازعات بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين الهيئات المحلية^(٣٧).

ثانياً: توافق إراداتي الخصوم على طرح النزاع على مجلس الدولة

يُعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ التي يقوم عليها التحكيم، بل أنه يشكل أساس العملية التحكيمية وجوهرها^(٣٨)، ويراد به في مجال التحكيم الإداري مدار البحث: أن الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة يستندون في إحالة النزاع إلى مجلس الدولة إلى إرادتهم الخاصة. إذ لا تتحرك ولاية المجلس ولا يستنهض اختصاصه إلا إذا أتفق أطراف النزاع على عرضه عليه، وهذا ما نصت المادة (٦/٦) ثالثاً من قانون مجلس الدولة، إذ جاء فيها بأن اختصاص المجلس في نظر المسائل المختلف فيها لا ينهض إلا "إذا احتكم أطراف القضية إلى المجلس..." وعلى الرغم من عدم الإشارة بصورة صريحة إلى ضرورة توافق إرادة المختصين على الاحتكام إلى المجلس، إلا أن ذكر عبارة "احتكم أطراف القضية" تفيد بذلك، تطبيقاً للقواعد العامة في التحكيم. ولهذا عندما احتكمت وزارة التجارة إلى المجلس بموجب كتابها المرقم (١٦٧٩) في ٢٠/٣/٢٠١١ (في شأن استحداث الدائرة الاقتصادية في وزارة الخارجية) امتنع المجلس عن إبداء الرأي في الموضوع؛ بسبب عدم موافقة وزارة الخارجية (الطرف الثاني في النزاع) على الاحتكام لدى المجلس^(٣٩).

(٣٦) فضلاً عن ذلك فإن بإمكان الجهات التي لا تشكل وزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة ان تطلب رأي المجلس عن طريق رئيس مجلس الدولة وفق المادة (٩) من قانون مجلس الدولة التي جاء فيها "لوزير العدل أن يحيل على المجلس القضايا التي يرتئي إحالتها عليه، أو ان يكلف عضو أو أكثر من أعضائه بدراستها وإبداء الرأي فيها...".

(٣٧) المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٣٨) عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص ٥.

(٣٩) القرار رقم ٢٠١١/١١٠ في ٢٠١١/١٢/٨ (غير منشور).

أما فيما يتعلق باختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، فلا يشترط لنهوض اختصاصها في الفصل في المنازعات الإدارية توافق إرادة الطرفين، إذ أن المادة (٦٦) من قانون المجلس لم تشر إلى ذلك صراحة أو ضمناً، حيث ورد فيها " تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي في المسائل الآتية ... المنازعات التي تنشأ بين الوزارات ... ". وبالتالي فإن الاختصاص هنا لا يتوقف على اتفاق الطرفين، وذلك على اعتبار أن اختصاص الجمعية العمومية المذكورة اختصاص مانع بمعنى أنها تختص دون غيرها بالفصل بالمنازعات الإدارية.

المطلب الثاني

الفصل في موضوع المنازعة برأي ملزم

ذكرنا فيما سبق أن التحكيم أمام مجلس الدولة يمارس عبر الاختصاص الاستشاري للمجلس، لهذا فإن إجراءاته تخضع للقواعد العامة في مجال الرأي والمشورة القانونية، وبصورة عامة هناك مرحلتين: مرحلة التأكد من توفر الشروط القانونية للمنازعة، ومرحلة البت بموضوعها، وهذا ما سيكون مدار بحث الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

التأكد من توافر الشروط القانونية للمنازعة وتهيئتها

لما كان الاختصاص التحكيمي لمجلس الدولة محكوم بشروط محددة، فإن على المجلس التحقق من توافرها عند النظر بالقضية المطروحة أمامه، ويمارس السكرتير العام للمجلس دور هام في هذا الصدد: حيث يقوم بتهيئة القضية وجميع متطلباتها تمهيداً لعرضها على رئيس المجلس. هذا وقد يتطلب بحث القضية مزيداً من المعلومات حولها، لذلك يكون للسكرتير أن يخاطب الوزارات

والجهات غير المرتبطة بوزارة لغرض استكمال النواقص. وعلى الرغم من أهمية دور السكرتير العام للمجلس إلا أنه لا يعدو كونه خاصة بالمساعدة الإدارية فقط، ولا يكون من ضمنها اصدار القرارات حيث يبقى اتخاذ الأخيرة إلى رئيس المجلس يتخذها بعد أن يتحقق من توافر شروط الاختصاص. حيث يقرر احالة القضية إلى الهيئة المتخصصة أو إلى هيئة خاصة تشكل لهذا الغرض. وبعبكسه يطلب استكمال ما يراه لازماً لنظر القضية، وباكتمالها يحيل القضية إلى الهيئة المتخصصة، التي تسجل عبر السكرتير الخاص بها^(٤٠) طلب التحكيم في سجل خاص أعد لهذا الغرض. ومن الملاحظ أن الهيئة المتخصصة تمثل الخلية الأهم في القسم الاستشاري لمجلس الدولة^(٤١)؛ فمنها تصدر الفتاوى والآراء القانونية^(٤٢) (بقبالة محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين اللتين تصدر عنهما أحكام القضاء الإداري).

وبعد الانتهاء من عملية التسجيل المذكورة يحال الطلب مشفوعاً بالولايات والأوراق كافة إلى رئيس الهيئة، وعندها يصبح الطلب مهياً لمناقشته والبت به قبل الهيئة المتخصصة (التي عينها رئيس المجلس ابتداءً) وذلك من خلال عدد من الإجراءات المتتابعة.

الفرع الثاني

مرحلة البت بموضوع المنازعة

إن دراسة القضية وإبداء الرأي الملزم فيها يكون من خلال المناقشة والتصويت، ويسبق ذلك تحضير القضية وتهيئتها أمام الهيئة المتخصصة، وكالاتي:

أولاً: تهيئة القضية وعرضها للمناقشة

ذكرنا في أكثر من موضع، أن صناعة القرار والمشورة القانونية في مجلس الدولة تتم في أروقة الهيئات المتخصصة، فهي نواة العمل الاستشاري في المجلس، لهذا رسم القانون خطوات العمل فيها، مع إيلاء المرحلة التمهيديّة لمناقشة الرأي، الأهمية الكبيرة، باعتبارها تؤسس اللبنة الأولى في بنائين الرأي الفاصل في النزاع. حيث تبدأ الخطوات الأولى بتكليف رئيس الهيئة

(٤٠) لكل هيئة متخصصة سكرتير ذو شهادة جامعية اولية لا تقل عن بكالوريوس في القانون يرتبط برئيس الهيئة.

المادة (٢/ثالثاً/ب) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

(٤١) المادة (٢/ثالثاً/أ) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

(٤٢) المادة (١١/رابعاً) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ (المعدل).

المتخصصة لعضو أو أكثر من أعضاء الهيئة بدراسة القضية وتقديم مشروع رأي فيها. وهذا المشروع يُعد نواة الحل المزمع تقديمه، كما أنه يساعد أعضاء الهيئة في دراسة القضية بشكل أفضل، لأنه يضع بين أيديهم ملخص عنها مع رؤية أولية عن الحل المقترح، وبالنهاية سترتكز المناقشة داخل الهيئة على أسس واضحة مما يساهم في دقة الحلول وسرعة إصدارها.

ويساهم في مرحلة التحضير هذه (فضلاً عن الأعضاء المكلفين بدراسة القضية) سكرتارية الهيئة، حيث يؤد السكرتير دور محوري في التنظيم والتنسيق وتقديم المساعدة القانونية: فيقدم مطالعة إلى الأعضاء المذكورين تتضمن خلاصة بالموضوع المطروح، مع إرفاق الوثائق المقدمة من الخصوم، وفي حال وجود نقص في هذه الوثائق يتم الإشارة إلى ذلك تحت عنوان الوثائق غير المقدمة (والتي يجب أن ترافق مع الطلب لأهميتها)^(٤٣)، وتتضمن المطالعة فضلاً عما سبق آراء الوزارات والجهات ذات العلاقة حول الموضوع المطروح، وكذلك النصوص القانونية والسوابق القضائية والآراء الصادرة عن المجلس في شأن الموضوع المطروح. وهذا ما يتبعه المجلس في كافة اختصاصاته الاستشارية^(٤٤) بل وحتى القضائية^(٤٥). كما يقوم السكرتير بتنظيم وضبط مواعيد اجتماع الأعضاء المكلفين بدراسة القضية مع ممثلي الوزارات والجهات المعنية بوصفهم خبراء في الموضوع المتنازع فيه ثم يدون محاضر تلك الاجتماعات للاستفادة منها عند إعداد التقرير ومناقشته^(٤٦).

وبعد الانتهاء من دراسة القضية يقدم عضو الهيئة المكلف بنظر القضية تقرير مفصل حول القضية ينتهي فيه إلى اقتراح مشروع رأي، يوزعه على أعضاء الهيئة لغرض المناقشة ومن ثم اتخاذ القرار بشأنه^(٤٧). ويزود أعضاء الهيئة بنسخ مصورة من الوثائق الضرورية المتعلقة بالموضوع المعروض لكي يكونوا على بينة بجميع تفاصيل القضية قبل الجلسة المخصصة لمناقشتها، وعند بدء الجلسة تتم تلاوة مشروع الرأي المعد من قبل المقرر ومناقشته من قبل أعضاء

(٤٣) المادة (٦/أولاً/هـ) من تعليمات تشكيلات مجلس الدولة رقم (١) لسنة ٢٠٢٠.
(٤٤) المادة (٦/أولاً/هـ/٣) من تعليمات تشكيلات مجلس الدولة ومهامها رقم (١) لسنة ٢٠٢٠.
(٤٥) وذلك من خلال ادخال الجهات احدى الوزارات التي تكون لها علاقة بالموضوع كشخص ثالث في الدعوى
المادة (٤/٦٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٤٦) المادة (٦/أولاً/د) من تعليمات تشكيلات مجلس الدولة ومهامها رقم (١) لسنة ٢٠٢٠. المنشورة في الوقائع العراقية ٤٥٧٤ في ٢٧/١/٢٠٢٠.
(٤٧) المادة (١٤/أولاً) من قانون مجلس الدولة

الهيئة ، ومن الملاحظ أن دراسة القضية ومناقشتها تتم بإحدى الطريقتين: إما دراسة القضية من خلال الوثائق المقدمة من الخصوم فقط، أو الاستعانة - فضلاً عما سبق - بممثلي الجهتين المتنازعتين: ففي الحالة الأولى يعتمد المجلس على ما قدم من وثائق وأوراق، ويحدث ذلك إذا كانت تكفي بذاتها لمعرفة كافة ملابسات الموضوع. أما في الطريقة الثانية، فلا يكتفي بالأوراق والوثائق المذكورة، بل يطلب حضور ممثلي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة؛ للاستعانة بهم في توضيح ملابسات القضية^(٤٨)، وفي هذه الحالة يتحتم أن يكونوا على دراية تامة بالقضية المطروحة (لأن طلب الاستعانة بهم ما كانت لولا وجود ضرورة لذلك)، لهذا اشترط القانون أن يكون الموظف المرشح لتمثيل الجهات المذكورة بدرجة مدير عام على الأقل^(٤٩).

ثانياً: التصويت على الرأي

يجري التصويت على قرار التحكيم بعد أن تستكمل المناقشات وتستوفي التدقيقات اللازمة. ويشترك في التصويت جميع أعضاء الهيئة المتخصصة (مستشارين ومستشارين مساعدين) ويتم اعتماد الرأي إما بالاتفاق أو بالأكثرية. وعندما تتساوي الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس؛ لأنه يملك صوتاً مرجحاً على بقية الأعضاء (عند تساوي الأصوات). وهي ميزة يتمتع بها الرئيس بموجب القانون تجعل له مركزاً مؤثراً داخل الهيئة^(٥٠). وبانتهاء التصويت يعرض القرار على رئيس مجلس الدولة لغرض الموافقة عليه، وعندما فقط يصبح الرأي نهائي وفاضل في النزاع بين الجهات الإدارية، ولكن ماذا لو كان لرئيس المجلس رأياً مخالفاً لما انتهت إليه الهيئة من قرار؟

في هذه الحالة يجري التصويت وفق اليات تختلف عما سبق، حيث يبرز فيها دور رئيس المجلس بشكل واضح. فيعيد إلى الهيئة قرارها وتعقد الجلسات برئاسته هو، ويصبح الرأي الذي تنتهي إليه الهيئة نهائي إذا صدر القرار بالاتفاق. وإلا فيكون له سلطة إحالة القضية إلى الهيئة العامة أو إلى الهيئة الموسعة. ولعل من المفيد الإشارة إلى أن هاتين الهيئتين مشكلتين بطريقة خاصة: فالهيئة العامة مؤلفة من الرئيس ونائبيه، وتعقد برئاسة الرئيس ويتم النصاب فيها بحضور ما لا يقل عن ثلاث أرباع أعضاء الهيئة^(٥١) أما الهيئة الموسعة فتؤلف من الهيئة المتخصصة ذات العلاقة

(٤٨) المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة.

(٤٩) المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة

(٥٠) المادة (٢) من قانون مجلس الدولة (المعدل).

(٥١) المادة (٢/ثانياً) من قانون مجلس الدولة المعدل.

وهيئة متخصصة أخرى يعينها الرئيس وتتعد برئاسته، والقرار النهائي يصدر في هذه الحالة بالاتفاق أو الاكثريّة. ولكن في حال أن تساوت الأصوات فيرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس^(٥٢). وعند اتمام الإجراءات السابقة يصبح رأي المجلس نهائي ويتم إعداد خلاصة بالمبدأ الذي تضمنه القرار^(٥٣).

ونظرًا لأهمية وخطورة الاختصاص الاستشاري عامة والاختصاص التحكيمي على وجه الخصوص، لهذا وضع القانون بعض المرتكزات الهامة من أجل ضمان سلامة القرار التحكيمي، وذلك من خلال تقرير قواعد المراجعة اللغوية، وتنظيم عملية المناقشة والتصويت لضمان تقوية البنيان القانوني للرأي: فتعليمات تشكيلات مجلس الدولة ومهامها (سابق الإشارة) إليها عهدت إلى قسم إدارة التشريع والفتوى مهمة تدقيق الآراء الصادرة عن المجلس من الناحية اللغوية، وأهمية ذلك تنبدي من خلال تجنب حصول الاختلاف في الدلالات اللغوية للقرار (خاصة وأنه يحسم نزاع قانوني وقد تستغل أي ثغرة من قبل الأطراف المتنازعة). أما المرتكز الثاني (ترصين البنيان القانوني للرأي) فيتحقق من خلال توسيع نطاق المناقشة من أجل بلورة الرأي السليم في بعض الحالات التي تستوجب ذلك، وقد حددها القانون بأربعة حالات: إذا كان هناك مبدأ جديد، إذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد، إذا أوصت الهيئة المكلفة بدراسة القضية بذلك أو حصل خلاف في الهيئة حولها^(٥٤).

(٥٢) المادة (١٥/١٥) من قانون مجلس الدولة
(٥٣) المادة (١٥/١٥) من قانون مجلس الدولة
(٥٤) المادة (١٧/١٧) من قانون مجلس الدولة .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع "الاختصاص التحكيمي لمجلس الدولة" نقدم الآن خلاصة لما انتهينا إليه من نتائج، وما نجده مناسباً من اقتراحات من شأنها تطوير النظام القانوني لفض المنازعات بين الجهات الإدارية، باعتبارها منازعة من نوع خاص ، وكما يلي:

النتائج

- ١- ندرة التعريفات التي سيقى للتحكيم بين الجهات الإدارية في كىب القانون الإداري، ولعل ذلك راجع إلى أن التحكيم الإداري مشابه لنظام التحكيم بصورة عامة سوى ما يتعلق بأطراف النزاع.
- ٢- للتحكيم الإداري طبيعة قانونية مستقلة، فلا تنطبق عليه النظريتين العقدية والقضائية، ولا حتى النظرية المختلطة، باعتباره نظام قانوني خاص بالمنازعات التي تثور بين اشخاص القانون العام ويتولى التحكيم بينهما جهة محددة بموجب القانون عبر إجراءات مرسومة سلفاً.
- ٤- تكمن أهمية التحكيم أمام مجلس الدولة في أنه يوفر ميزتين هامتين: سرعة البت في النزاع مع ضمان تحقيق عنصر التخصص؛ وذلك لأن الجهة التي تتولى التحكيم هي القسم الاستشاري لمجلس الدولة، وهو جهة متخصصة تخصصاً دقيقاً في قضايا الإدارة.
- ٥- وضع قانون مجلس الدولة شروطاً لممارسة الاختصاص التحكيمي تتمثل بكون موضوع النزاع يدور حول مسائل مختلف فيها بين جهات إدارية محددة وهي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة.
- ٦- ممارسة الاختصاص التحكيمي يتطلب اتفاق الجهتين المتخاصمتين على عرضه أمام المجلس، سواء أكان الاتفاق سابق أم لاحق أم معاصر.

٧- رسم قانون مجلس الدولة إجراءات الفصل في المسائل المختلف فيها بين الجهات الإدارية، وهي ذات الإجراءات المتبعة في ابداء الرأي والمشورة القانونية، وذلك لعدم وجود قواعد خاصة بالتحكيم الإداري، على الرغم من أنه يفصل في نزاع بين جهتين إداريتين.

٨- أن الفصل في النزاع الإداري يكون من خلال اصدار رأي ملزم للجهتين المتنازعتين، لهذا وضع القانون العديد من المرتكزات الهامة لسلامة الرأي من الناحية اللغوية والقانونية، ابرزها تقرير قواعد المراجعة والتدقيق اللغوي، وتوسيع نطاق المناقشة وإحالة النزاع إلى الهيئة العامة أو إلى الهيئة الموسعة.

المقترحات

١- نقتراح جعل اختصاص مجلس الدولة في فض المنازعات بين الجهات الإدارية الزامي ومانع: الزامي بمعنى أنه لا يتوقف الفصل فيه على إرادة الخصوم. ومانع بمعنى أن المجلس يختص دون غيره بالفصل بهذا النوع من المنازعات، وذلك على غرار اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، لما لذلك من أهمية كبيرة تتمثل بالاتي:

أ- ايجاد وسيلة فعالة للفصل في المنازعات التي تثور بين اشخاص القانون العام، لما تتصف به إجراءات القسم الاستشاري من اليسر مقارنة مع إجراءات الدعوى القضائية.

ب - تقليل عدد القضايا وتخفيف العبء عن كاهل المحاكم التي تنظر في الدعاوى الإدارية، خاصة وأنها دعاوى تنشأ بين فروع السلطة التنفيذية.

٢- نأمل أن يتم تنظيم سير الخصومة بين الجهات الإدارية بقواعد متميزة عن الإجراءات العامة في ابداء الرأي والمشورة القانونية، بما يضمن التوفيق بين اعتباري السرعة والدقة في تقديم الحلول للمشكلات المطروحة.

٣- توجيه الإدارات العامة في الدولة بضرورة عرض المسائل المختلف فيها على مجلس الدولة بأسرع وقت ممكن، في حال عدم نجاح الوسائل الودية في حلها. ويكون التوجيه عبر الأمانة العامة لمجلس الوزراء.

٤- توسيع نطاق الأطراف التي يحق لها الاختصاص أمام القسم الاستشاري لمجلس الدولة لتشمل فضلاً عما نص عليه القانون الهيئات المحلية.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب

١. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢. احمد انعم بن ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، صنعاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٤.
٣. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٤. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨.
٥. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
٦. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٠؛ نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان نشر، ٢٠٠٦.
٧. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر.
٨. محمد هاشم، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ٢٠٠٠.
٩. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشآت المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
١٠. مصطفى محمد الجمال وعبد العال عكاشه.
١١. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، بدون دار نشر، ١٩٩٦.
١٢. وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، العدد الاول والثاني، مارس - يونيو، ١٩٩٣.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١٣. لافي محمد موسى درادكه، اتفاق التحكيم في التشريع الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، ١٩٩٧.
١٤. علي سالم، ولاية القضاء على التحكيم، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٧، ص ٩٠.

ثالثاً: القوانين والتعليمات

- ١٥ . قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ (المعدل)
- ١٦ . قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ .
- ١٧ . قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩
- ١٨ . تعليمات تشكيلات مجلس الدولة ومهامها رقم (١) لسنة ٢٠٢٠ .

رابعاً: المجالات

- ١٩ . قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩ ،
- ٢٠ . الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية،
الدار العربية للموسوعات، حسن الفكهاني المحامي، الجزء التاسع والعشرين.

خامساً: البحوث

- ٢١ .رامي احمد الغالبي، التحكيم في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم
القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٣٣، للعام ٢٠٢٠ .

سابعاً: المواقع الالكترونية

٢٢ . <http://www.alnodom.com/index.php>

سادساً: المراجع الانجليزية

- ٢٣ . J.M. AUBY ET R.DRAGO, TRAIE DE CONTENTIEUX
ADMINSTRATIF, L.G..D.J PARIS P٢٨ NO١٤.