التحكيم في العقود الإدارية

م.د.علي احمد حسن اللهيبي

المقدمة :

إذا كان من الثابت أن الخصومة يقضي فيها قضاء الدولة ،وهذا مظهر من مظاهر سيادتها ، فإن الرغبة في تخفيف العبء عن كاهل القضاء فضلاً عن غايات أخرى دفعت إلى إيجاد طرق أخرى لتسوية الخصومات ، ولعل أبرزها هو التحكيم الذي غدا من الأهمية بحيث لا يكاد يوجد فرع من فروع القانون الخاص أو القانون العام لا يعرفه وان كان ذلك يتم بدرجات متفاوتة .

والتحكيم تضرب جذوره في عمق التأريخ البشري فقد عرفه السومريو ن والمصريون والرومان والإغريق ،وعرفه العرب في العصر الجاهلي حتى لتذكر واقعة احتكام رؤساء القبائل العربية إلى الرسول الكريم محمد (ص) لما اختلفوا حول نقل الحجر الأسود ، وعرفته الشريعة الإسلامية أيضاً فقد قال عز وجل في محكم كتابه العزيز (وان خفتم شقاق بينهم ا فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما أن الله كان عليماً خبيراً) (سورة النساء أية ٣٥) .

<u>هدف البحث :</u> لا ننكر أن هنالك الكثير من المؤلفات في الفقه المقارن وبخاصة الفقه المصري كتبت في موضوع التحكيم في العقود الإدارية ، إلا أننا وجدنا في الوقت نفسه أن هذا الموضوع يتميز بتجدده وتطوره المستمر على مستو ى التشريع والقضاء والفقه مما شجعنا على الكتابة فيه بهدف الوقوف على آخر ما انتهى إليه الموقف ، على نطاق هذه المستويات ، من التحكيم في العقود الإدارية هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن اغلب ما كتب في العراق ، إن لم

يكن جميع هـ ، حول التحكيم في العقود الإدارية هو عبارة عن شرح لأحكام شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية من دون أن تتناول التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام ، مما حفزنا هذا نحو اختيار الموضوع لتحديد موقف القانون العراقي من هذا النوع من التحكيم وبيان أحكامه الخاصة إن وجدت .

خطة البحث : سنوزع دراستنا للتحكيم في العقود الإدارية على ثلاثة مباحث ، الأول سنبحث فيه التعريف بالتحكيم وسيتضمن مطلبين الأول سنتناول فيه التعريف بالتحكيم و الآخر سندرس فيه أساس التحكيم وطبيعته القانونية ، في حين سنبحث في المبحث الثاني مشروعية التحكيم في العقود الإدارية وسيضم ثلاثة مطالب نبحث فيها على التوالي مشروعية التحكيم في كل من فرنسا ومصر والعراق ، أما المبحث الثالث فسنخصصه لقواعد التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية وسيحتوي مطلبين الأول سنتناول فيه شروط التحكيم في شروط المقاولة والآخر سندرس فيه أثار التحكيم في شروط المقاولة وسنختتم بحثنا بما توصلنا إليه من استنتاجات ومقترحات.

المبحث الأول
التعريف بالتحكيم

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف التحكيم ، وبيان أساسه وطبيعته القانونية، وذلك على وفق الآتي :

المطلب الأول

تعريف بالتحكيم

المقصود بالتحكيم: التحكيم Arbitrage لغة من الحكم: العلم والفقه والقضاء بالعدل، وهو مصدر حكم يحكم ، والعرب تقول حكمت وأحكمت بمعنى منعت وردت ، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم...والحكم القضاء بالعدل ....، ويقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك ، واحتكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه . والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم [1]. بينما يقصد بالتحكيم اصطلاحاً الاتفاق على إحالة النزاع الناشىء بين المتنازعين على محكم أو محكمين للفصل فيه بعيداً عن المحكمة المختصة[2].

---

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب،المجلد الرابع ، دار صادر ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٠، ص١٨٦.

[2] د. نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء، ع ٣و٤، س٤٤، ١٩٨٩، ص١٤.

وعرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري التحكيم على انه (الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من ال محكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم) فتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، من أكتوبر ١٩٥٥ إلى أخر سبتمبر ١٩٩٥، ص١٤٣.

وعرفته أيضاً المحكمة الإدارية العليا بأنه (اتفلق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة). طعن ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق ، في

ويتصف التحكيم بالصفة الإدارية عندما يتعلق بالمنازعات التي تقوم بين الإدارة من جهة والمتعاقدين معها من جهة أخرى سواء أكانوا من أشخاص القانون العام أم الخاص [١].

ذاتية التحكيم: وللتحكيم ذاتية مستقلة تميزه من بعض النظم القانونية المشابهة فيتميز التحكيم من القضاء في أن اللجوء إليه يقتضي اتفاق الخصوم، أو نصاً خاصاً في القانون ، بينما الالتجاء للقضاء يعد حقاً عاماً يستعمله الخصم بصورة تلقائية ومن دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو الاستناد إلى نص خاص[٢].

ويتميز التحكيم من الخبرة expertiste في إن الخبير يكون مساعداً للمحكم أو القاضي إذ تنحصر مهمته بتقديم الرأي للمحكم أو القاضي عندما يطلب منه هذا الرأي ومن دون أن يكون لرأيه قوة ملزمة بخلاف التحكيم الذي يكون فيه لحكم المحكم قوة ملزمة على أطراف الخصومة [٣].

ويختلف التحكيم عن الصلح la transaction من ناحية أن الأخير يقوم على فكرة التنازل من أطراف الخصومة بهدف حسم النزاع بينهم فالأطراف المتنازعة هي التي تفصل في آمرها، اما التحكيم فإن المحكم هو الذي يفصل

---

١٨ /١ /١٩٩٤ ، أشار أليه د .عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠٠٣ ، ص٢٠

[١] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دا ر الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٧٦.

[٢] د. طالب حسن موسى ، عقود المقاولات الإنشائية ، مجلة القضاء ، ع ٣و٤ ، س٤٤ ، ١٩٨٩ ، ص٢٩٣.

[٣] د.عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص٢٤.

في النزاع على أساس أن النزاع هو قضية تدور إجراءاتها أمام المحكم الذي يعد شخصاً أخر غير أطراف النزاع الذين تولوا اختياره لحسم النزاع بينهم[١].

مبررات اللجوء إلى التحكيم : للتحكيم فوائد عديدة يمكن أن يحققها لإطراف الخصومة ومنها .

١. يتميز التحكيم ببساطة إجراءاته وسرعتها لان إطراف الخصومة عادة ما يحددون إجراءات التحكيم وميعاد صدور القرار فيه ، بخلاف القضاء الذي يحاط بإجراءات طويلة ومعقدة الأمر الذي يؤدي إلى إطالة أمد النزاع وبخاصة إذا ما كان يتعلق بالعقود الإدارية التي يؤكد الواقع العملي استغراق حسمها من القضاء وقتاً طويلاً [٢].

٢. ويتسم التحكيم عند البعض بقلة تكاليفه مقارنة بالتكاليف التي يتحملها الخصوم عند لجوئهم للقضاء لأنه لا يتطلب دفع رسوم [٣]، بينما يرى آخرون خلاف هذا القول إذ عندهم تكاليف التحكيم هي أكثر بكثير من تكاليف التقاضي أمام القضاء لما ينطوي عليه عادة من دفع أجورٍ مرتفعة للمحكمين[٤].

---

[١] د. إبراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،١٩٩٩ ، ص١٩.

[٢] د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص١٩٠.

[٣] ينظر كل من : د. عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص ٤٢. د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص١٩٠.

[٤] د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧،ص ١٤.

ويورد الكاتب ما يؤيد رأيه وهو خبر نشرته جريدة الوطن الكويتية في صفحتها الرابعة بتأريخ ١٩٩٧/١/٢٥ يفيد أن وزارة الأشغال الكويتية قررت عدم تضمين عقود الوزارة شرط التحكيم لان التحكيم يكبد الوزارة مبالغ كبيرة .

٣. تزايد العلاقات التعاقدية التي فيها طرف أجنبي في ظل العولمة ، وعدم تفضيل كل طرف فيها الخضوع لقضاء الطرف الآخر[١].

٤. يوفر التحكيم السرية في حسم المنازعة وهو أمر بالغ الأهمية في نطاق التجارة الدولية إذ تسعى الشركات الكبرى إلى المحافظة على سرية المعلومات والتقنيات ....وهو ما لا يوفرهالقضاء لان الأصل في أعماله العلانية[٢].

المطلب الثاني

أساس التحكيم وطبيعته القانونية

سيشتمل هذا المطلب دراسة الأساس القانوني للتحكيم، وطبيعته القانونية وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الأساس القانوني للتحكيم

يتنازع الأساس القانوني للتحكيم اتجاهين فقهيين الأول يقيمه على إرادة الخصوم وإجازة المشرع ، والآخر يقيمه على إجازة المشرع فقط. فالاتجاه الأول يرى أنصاره أن التحكيم يستند إلى إرادة الخصوم إذ يستلزم اتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعاتهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء الذي يعد حقاً تكفله الدساتير للناس كافة [٣]،وبناءً على ذلك فإن التحكيم في حقيقته عقد لا

---

[١] د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص١٨٩.

[٢] د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،١٩٩٩ ،ص١٥٦.

[٣] تنظر على سبيل المثال المادة (٣/١٩) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥التي تنص على أن (التقاضي حق مصون ومكفول للجميع).

يتم انعقاده إلا بالإيجاب والقبول ، فضلاً عن تطلب توافر الشروط كافة التي يستلزمها المشرع لقيام العقد[١].

واللجوء إلى التحكيم ينبغي أن لا يفهم منه انه تنازل الخصوم عن حقهم الدستوري باللجوء إلى القضاء لان اللجوء إلى القضاء يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه ، وإنما تقتصر إرادة الخصوم على إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في مهمة حسم النزاع بين الطرفين فإذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم في النزاع لل محكمة المختصة[٢]، وفضلاً عن إرادة الخصوم يقوم التحكيم على إجازة المشرع إذ لا يكفي إرادة الخصوم وحدها لكي يتسنى حسم المنازعة عن طريق التحكيم وإنما لا بد من إجازة المشرع اللجوء إلى التحكيم لأنه يشكل استثناء من الأصل القاضي باختصاص السلطة القضائية بالفصل في المنازعة[٣].

أما الاتجاه الآخر فيرى أصحابه أن القانون الذي يجيز التحكيم هو وحده الأساس القانوني للتحكيم ، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على اللجوء إلى

---

[١] د.عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص ٤٧.

[٢] د. ماجد راغب الحلو ،المرجع السابق ، ص١٦٣.

في حكم قديم لمحكمة مصر الكلية الأهلية الصادر في ١٩٣٢/٦/٧ بينت المحكمة فيه حكمة تشريع التحكيم وأساسه بقولها (ان حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان بمحض إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء أن يقضوا بينهما وان يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه . ورضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم وكما يجوز لهما أن يتصالحا معاً بدون وساطة احد ي جوز لهما أن يحسما النزاع بواسطة أشخاص آخرين يفوضانهم لهذا الغرض). مجلة المحاماة ،ع١٠، س١٤، ص٢١.

[٣] د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٨١، ص٢١.

التحكيم إلا شرط استلزمه القانون لجواز عرض النزاع على المحكمين بدلاً من المحاكمة المختصة[١].

ونميل إلى تبني الرأي الأخير على أساس انه يصلح لتفسير الأساس القانوني لكلا نوعي التحكيم الاختياري Volontaire والإجباري force في حين نرى أن الرأي الأول يعجز عن تفسير الأساس القانوني للتحكيم الإجباري[٢].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

تختلف نظرة ال فقهاء إلى الطبيع .ة القانونية للتحكيم nature juridique de l arbitrage فمنهم من يرى فيه انه ذو طبيعة عقدية لأنه يتم بإرادة الخصوم ، ولان لهذه الإرادة سلطاناً في اختيار المحكمي ن وتعيين اختصاصهم ، وتطبيقهم القانون أو قواعد العدالة ، وإمكانية نزول الخصوم عن حكم المحكمين ، وعن الطعن فيه[٣].

ويترتب على هذه النظرة أن قرار التحكيم هو مجرد اتفاق وليس حكماً مما لا يجعله واجب التنفيذ . عند عدم وجود نص خاص . إلا إذا أقرته المحكمة المختصة بناءً على دعوى ترفع إليها للحكم بتنفيذ مضمونه[٤].

---

[١] د. ماجد راغب الحلو ،المرجع السابق ، ص١٦٥.

[٢] يكون التحكيم اختيارياً عندما تكون إحالة الخصومة على التحكيم جاءت نتيجة اتفاق بين الخصوم يختارون فيه المحكم ويعينون القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم .بينما يكون التحكيم إجبارياً إذا فرضه المشرع على الخصوم ، ووضع القواعد المنظمة لإحكامه . د. احمد محمد عبد البديع ، شرح قانون التحكيم المصري ، ط ٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٥٨ .

[٣] د. أبو زيد رضوان ، المرجع السابق، ص٢٢.

[٤] د. عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص٤٦.

ويرى فريق آخر أن التحكيم ذو طبيعة قضائية لان جوهر ال قضاء عندهم هو تطبيق إرادة القانون في الح الة المعينة بواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها ، فعندما يتفق الأفراد على التحكيم فهذا لا يعني نزولهم عن اللجوء إلى القضاء وإنما هو نزول عن اللجوء إلى القانون لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة ، فالتحكيم إذاً هو نوع من أنواع القضاء[١].

ويترتب على ذلك أن يكون قرار التحكيم حكماً قريباً من الحكم القضائي ، ويكون قابلاً للتنفيذ بذاته من دون الحاجة إلى استصدار حكم من القضاء لإقرار مضمونه[٢].

وفريق آخر من الفقها ء ينظر إلى التحكيم على انه ذو طبيعة خاصة إذ يجب إن ينظر إليه . بحسب رأيهم . نظرة مستقلة من دون ربطه بفكره العقد أو الحكم القضائي ، وإنما ينظر إلى الهدف الذي يسعى الخصوم إليه من لجوئهم إلى التحكيم ألا وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن ا لأسس التي يقوم عليها الحكم القضائي[٣].

هذا ويعترف مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل بالصفة القضائية لقرار المحكم [٤]، بينما في مصر أشارت المذكرة الإيضاحية لمجموعة المرافعات المصرية صراحة إلى أن (حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً)[٥].

---

(١) Jacqueline devichi , l arbitrage nature juridique , Paris , 1965 , p15

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص٤٦.

(٣) د. جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص٤٥.٤٦.

(٤) المرجع السابق ،ص٤٦.

(٥) المرجع السابق ، ص٣٧.

أما في العراق فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يبين موقف المشرع العراقي إلا أننا نرى انه يميل إلى تبني وجهة النظر الثانية وأية ذلك انه نص في المادة (١/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩على أن (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أم اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة) .

المبحث الثاني
مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

سنخصص هذا المبحث لمعرفة مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر والعراق.

المطلب الأول

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا

إن الموقف العام في فرنسا من التحكيم في العقود الإدارية هو عدم المشروعية ، وللوقوف على ذلك سنتطرق إلى موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية أولاً ، وموقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية ثانياً .

الفرع الأول

موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

حظر المشرع الفرنسي في المادتين (٨٣) و(١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدولة أو الأشخاص المعنوية العامة إذا كان من الواجب إبلاغ النيابة العامة في شأنها[١] . وظاهر النص انه يشمل المنازعات التي يكون احد أطرافها شخص معنوي عام بما في ذلك المنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية[٢] .

---

[١] د. جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص٤١.

[٢] المرجع السابق ، ص٤١.

وقد تأكد هذا الحظر بصدور قانون (٥) تموز عام ١٩٧٢ الذي عدل المادة (٢٠٦٠) من التقنين المدني ليحظر التحكيم بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بالوحدات المحلية والمؤسسات العامة [١].

إلا أن حظر التحكيم في العقود الإدارية لم يأخذ به المشرع الفرنسي بصورة مطلقة إذ أورد عدداً من الاستثناءات عليه في قوانين مختلفة منها .

١ . سمح المشرع الفرنسي في المادة (٢٤٧) والمادة (٣٦١) من تقنين الصفقات العامة الصادر في ١٧ نيسان عام ١٩٠٦ باللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بتصفية النفقات في مجال عقدي الأشغال العامة والتوريد فقط ،علماً أن هذه النصوص طبقت على الوحدات المحلية فحسب لأنها لم تكن تسري على المؤسسات العامة[٢].

٢. استثنى المشرع الفرنسي بموجب تعديل ٩ تموز عام ١٩٧٥ بعض أنواع المؤسسات العامة (الصناعية والتجارية) من حظر التحكيم الوارد بقانون تموز عام ١٩٧٢ إذ أجاز التصريح لها بمرسوم باللجوء إلى التحكيم [٣].

٣ . أصدر المشرع الفرنسي قانون ١٩ آب عام ١٩٨٦ الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تضمن العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية م ن اجل تحقيق نفع قومي شرط التحكيم وذلك استثناءً من أحكام المادة (٢٠٦٠) من التقنين المدني [٤].

وجاء إصدار هذا القانون على خلفية إصرار شركة والت دزني Walt Disney الاميركية المنفذة لمشروع ملاهي في مدينة مارن لافا لي هـ الفرنسية

---

[١] د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص١٧٦.

[٢] د. نجلاء حسن سيد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص١٣١.١٣٢.

[٣] د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص١٧٨.

[٤] د. جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص ٥٠.٥١.

على عدم خضوع نزاعاتها المحتملة للقضاء الإداري لما يتسم به من بطء وعلانية ، وأمام وجود المادة (٢٠٦٠) من التقنين المدني لم يكن ذلك بالمستطاع مما اقتضى تدخل المشرع الفرنسي الذي قام بدوره بتقرير هذا الاستثناء الذي يستلزم أعماله توافر الشرطين الآتيين .

أ. أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية.

ب. أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي [١].

الفرع الثاني

موقف القضاء في فرنسا من التحكيم في العقود الإدارية .

يتسم موقف مجلس الدولة الفرنسي بالتشدد في رفض التحك يم في العقود الإدارية ، فالقاعدة العامة عنده هي عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك [٢].

وجاء تبني مجلس الدولة لهذا الموقف منذ زمن طويل وأول أحكامه في ذلك حكمه في قضية ouvrad الصادر في عام ١٨٢٤ . والمتعلق بعقد توريد تضمن شرط تحكيم . وقضى فيه بعد م جواز لج وء الدولة في منازعاتها إلى التحكيم[٣].

وتوالت أحكام مجلس الدولة في هذا الخصوص التي جاءت كلها مؤكدة المبدأ العام سالف الذكر وعده من النظام العام ، ومنها حكمه في قضية Boyer الصادر في عام ١٨٢٥، وحكمه في قضية Societe generaldes

---

[١] المرجع السابق ، ص ٥٠.٥١.

[٢] M.Boisseson : Interrogations et doutes sur une evolution legislativ , Paris ,1987 , p3

[٣] د. جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص١٢٨.

telephones الصادر في ١٨٩١، وحكمه في قضية Eveque de Moulins الصادر في ١٩٩٧[١].

وقد برر جانب من الفقه الإداري رفض مجلس الدولة الفرنسي التحكيم في العقود الإدارية ما لم يرد نص بخلاف ذلك بأن هنالك رغبة للمجلس في أن لا تظهر الهيئات العامة عدم رضاها عن قضاء الدولة ، أو تهمل ف ي الدفاع عن المصالح العامة المكلفة برعايتها ، فضلاً عن أن التحكيم يمس الاختصاص القضائي الذي ينفرد القانون بتوزيعه بين الهيئات التي تقوم به ، كذلك من شأن الرجوع إلى التحكيم المساس بالمبادىء العامة التي تحكم نظرية العقد الإداري الموضوعة من مجلس الدولة الفرنس ي ويخاطر بظهور اجتهادات أخرى تنبثق عن التحكيم الإداري[٢].

أما بالنسبة إلى القضاء الا عتيادي ممثلاً هنا بمحكمة النقض فإن موقفه بشكل عام لا يغاير موقف القضاء الإداري سوى انه يظهر أسهل في تعاطيه مع التحكيم في العقود الإدارية الدولية[٣] ، إذ يشترط مجلس الدو لة الفرنسي للج وء

---

[١] المرجع السابق ، ص١٢٩.

[٢] د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص١٧٨.

[٣] تلعب الاتفاقيات الدولية دوراً هاماً في منح أشخاص القانون العام الحق باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ في مجال التجارة الدولية وتكون طرفاً فيها ، إذ يمكن أن تكون أساساً قانونياً لإزالة قيود النظام الداخلي الذي يحظر التحكيم وذلك بما لها من قوة قانونية أعلى من التشريع الداخلي في فرنسا ومساوية له في مصر والعراق . ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك المبرمة عام ١٩٥٨ ، واتفاقية جنيف المبرمة عام ١٩٦١ ، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في عام ١٩٦٥.

لمزيد من التفصيل حول هذه المعاهدات الدولية وقوتها القانونية في فرنسا ومصر والعراق ينظر كل من :

د. نجلاء حسن سيد ، المرجع السابق ، ص١٦٠ وما بعدها .

الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم الدولي وجود اتفاقية أو قانون يرخص بذلك ، بينما يذهب القضاء الاعتيادي إلى أن الأشخاص المعنوية العامة تستطيع أن تتفق على التحكيم في موضوع دولي حتى مع غياب وجود اتفاق دولي أو قانون يمنح هذه الصلاحية فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية للدولة والمؤسسات العامة في حكمها الصادر في قضية Capitaine du san carlo عام ١٩٦٤بامكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية متذرعة باعتراف القانون الأجنبي بصحة شرط التحكيم [١].

المطلب الثاني

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في مصر

أثار موضوع مدى جواز لج وء أطراف العقد الإداري إلى التحكيم لفض منازعاتهم جدلاً كبيراً في مصر وسط الفقه والقضاء على حد سواء إذ انقسمت الآراء بصدد ذلك إلى معارض لهذا اللجوء ومؤيد [٢].

ومرد هذا الخلاف هو غياب النص الذي يفصح صراحة عن موقف المشرع المصري من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية [٣]، مما حذا بالمشرع

د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، ط٤، جامعة بغداد ، ١٩٨٧، ص١٢٢.

[١] د. عصمت عبدالله الشيخ ، المرجع السابق ، ص١٥٧.

[٢] د. احمد محمد عبد البديع، المرجع السابق ، ص٢٢٢.

[٣] نصت المادة (٢/٨٠٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ على أن (يجوز للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العامين اللجوء إلى التحكيم الدولي) مما يستنتج من مفهوم المخالفة أن المشرع اللبناني حظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية في حين أجازه في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

أما المشرع السعودي فقد أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء فقد نصت المادة (٣) من المرسوم المرقم ٤٦ الصادر في

المصري ، وبهدف إنهاء هذا الجدل ، إلى إصدار قانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ الذي عدل فيه المادة (١) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ليجيز فيه التحكيم في العقود الإدارية بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه ومن دون أن يقبل التفويض في هذا الاختصاص [١].

وللوقوف على الآراء المنكرة لجواز التحكيم في العقود الإدارية والمؤيدة للفترة السابقة لصدور قانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ فإننا نتناولها على وفق الأتي:

الفرع الأول

الآراء المنكرة لجواز التحكيم في العقود الإدارية

يظهر مجلس الدولة المصري في حالة انقسام على نفسه في ما يتعلق بجواز التحكيم في العقود الإدارية فقد ظلت المحكمة الإدارية العليا ترفض اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بين أطراف العقد الإداري متذرعة في ذلك بكون التحكيم يشكل عدواناً على اختصاص القضاء الإداري فيسلبه بعضاً من المنازعات الإدارية التي ينبغي أن تخضع له لذا يجب أن لا يسمح بالتحكيم في المنازعات الإدارية ألا حيث يوجد نص تشريعي يجيز ذلك[٢].

١٤٠٣/٧/١٢هجرية على أن (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين ألا بموافقة رئيس مجلس الوزراء...).

[١] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص٣٥٣.

[٢] الطعن المرقم (٣٠٤٩) الصادر في ١٩٩٠/٢/٢٠ الذي نقض فيه حكم محكمة القضاء الإداري المرقم (٤٨٦) الصادر في ١٩٨٦/٥/١٨ الذي جوزت فيه المحكمة لجوء أطراف العقد الإداري إلى التحكيم لفض منازعاتهم . لمزيد من التفصيل حول الحكمين ينظر د . جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص١٨٢.١٨٣.

وقد سايرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة في بداية أمرها هذا الرأي قبل أن تتحول عنه لاحقاً فقد أفتت بأن (إرادة الخصوم لا تكفي لوحدها لخلق نظام التحكيم بل يجب ان يقر المشرع اتفاقهم)[١].

أما بالنسبة إلى الفقه المصري فقد اتجه جانب منه إلى القول بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية مستنداً في ذلك إلى مبررات عديدة أهمها ادعاؤهم أن التحكيم يتعارض ومبدأ سيادة الدولة لأنه يسلب اختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهر اً من مظاهر سيادتها، فضلاً عما قد ينتهي إليه التحكيم من استبعاد تطبيق القانون الوطني على المنازعة ليطبق بدلاً منه القانون الأجنبي[٢].وكذلك قولهم إن التحكيم يتعارض وحكم المادة (١٧٢) من دستور مصر لسنة (١٩٧١) التي تنص على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى). والمادة(١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ التي تنص على أن (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : البند الحادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري أخر) لأنه يسلب في هذه الحالة اختصاصات القضاء الإداري المعقودة إليه بموجب ها تين المادتين[٣].

---

[١] فتوى رقم ١٦٣/٦/٨٦ في ١٩٧٠/١/١٥، أشارت إليها د . نجلاء حسن سيد ، المرجع السابق ، ص٧٣.

[٢] ينظر كل من:

د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص٣٥٧.

د. نجلاء حسن سيد ، المرجع السابق ، ص٦٦.

[٣] د. عصمت عبدالله الشيخ ، المرجع السابق ، ص١٦٣.

ومن الفقهاء من يقول بتعارض التحكيم مع فكرة النظام العام على أساس أن المقصود بهذه الفكرة في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وان العقد الإداري تهيمن عليه المصلحة العامة مما يجعله جزءاً من النظام العام ، وبما أن المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري تنص على أن (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام) وتنص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ على أن (لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) فإن التحكيم في العقود الإدارية لا يجوز[١].

الفرع الثاني

الآراء المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية

ذهب جانب آخر من الفقه المصري إلى القول بإمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية وحجته في ذلك هو عدم وجود نص صريح يقضي بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية إذ إن ما تضمنته المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ هو بيان الفيصل بين القضاء الإداري والقضاء الاعتيادي ومن ثم لا يجوز تحميل النص أكثر مما ينبغي بالقول انه يحظر على الجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية هذا من جهة[٢] ، ومن جهة أخرى تنص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٢ على أن (لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة). مما يدلل على إجازة المشرع للتحكيم في العقود الإدارية ، و إلا لو

---

[١] د. جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص٦٩.

[٢] د.احمد محمد عبد البديع ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩.

كان محظوراً لما اشترط المشرع ضرورة الحصول على استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة [1].

ويحتج أصحاب هذا الاتجاه أيضاً بأن أحكام قانون المرافعات هي التي تطبق على العقو د الإدارية في حالة عدم وجود نص خاص ، وبما أن قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ جاء خالياً من نص يحظر التحكيم في العقود الإدارية فتطبق في هذه الحالة أحكام المادة (٥٠١) من قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ التي تنص على أن (يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين)[2].

أما بخصوص مجلس الدولة المصري فقد ذكرنا سابقاً أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة أفتت بحظر التحكيم في العقود الإدارية ، إلا أن موقفها هذا لم تستمر عليه إذ عدلت عنه لاحقاً وأفتت بجواز التحكيم في العقود الإدارية مستندة في ذلك إلى نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المذكور في ما سلف مضمونها[3]، وعادت لتؤكد في فتوى أخرى على جواز التحكيم في العقود إلا أنها

---

[1] د. جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص٦٩.

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص٣٥٩.

هذا وقد ألغيت المواد من (٥٠١ .٥١٣) من قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨بقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .المستشار معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على قانون المرافعات ، الجزء الرابع ، عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٦٨٠.

[3] فتوى رقم (٦٦١) في ١٩٨٩/٧/١ مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً ، من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥ ،المكتب الفني في مجلس الدولة ، ص١٣٨.

هذه المرة قيدته بشرط إعمال القواعد القانونية التي تطبق على العقو د الإدارية[1].

وبعد صدور قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ عادت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى موقفها السابق فأفتت بعدم صحة شرط التحكيم الذي ورد في احد العقود الإدارية ، مما حذا بالحكومة إلى تقديم مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من قانون ال تحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ليمتد نطاقها ليشمل التحكيم في العقود الإدارية ،وفعلاً صدر القانون برقم (٩) لسنة ١٩٩٧ وبموجبه أصبح الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية أمراً جائزاً بضابط وحيد يتصل بالسلطة التي لها حق الموافقة على هذا الاتفاق إذ حصرها المشرع المصري في الوزير أو من يقوم مقامه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة مع عدم جواز تفويض الغير بهذا الاختصاص[2].

---

[1] فتوى رقم (٢١١) في ١٩٩٣/٣/١١ مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً ، من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥ ،المكتب الفني في مجلس الدولة ، ص١٤١.

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص٣٦١.

المطلب الثالث

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في العراق

سنتطرق في هذا المطلب إلى موقف المشرع في العرا ق والقضاء والفقه من التحكيم في العقود الإدارية وبحسب الآتي:

الفرع الأول

موقف المشرع العراقي من التحكيم في العقود الإدارية

خصص المشرع العراقي الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، المواد (٢٧٦.٢٥١)، للتحكيم بصورة عامة ومن دون أن يضمن أحكامه ما يشير صراحة إلى تحريم التحكيم في العقود الإدارية أو إجازة اللجوء إليه في حين أجاز قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤ اللجوء إلى التحكيم ضمناً في القسم (١٢) بنصه على أن (التسوية البديلة للنزاع . عند تسوية جميع النزاعات المماثلة .، أي سواء أكانت اعتراضات على المناقصة أو شكاوى خلال إدارة العقود العامة[١]، تستعمل مبادىء التسوية البديلة للنزاع إلى أقصى حد ممكن ، شرط أن يتفق الطرفان) ، إذ كما هو معلوم أن التحكيم هو احد سبل تسوية المنازعات ويستلزم إعماله اتفاق طرفي العقد على ذلك.

---

[١] تضمن القسم (١٢) من قانون العقود العامة الصادر بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤طرق تسوية النزاعات وهي:

١. الاعتراض على المناقصة لدى محكمة إدارية متخصصة مؤسسة استناداً إلى سلطة هذا الامر.

٢. تقديم الشكاوى من المقاول إلى السلطة التي تطرح المناقصة العامة.

٣. تسوية النزاع عن طريق استعمال طرق التسوية البديلة إلى أقصى حد ممكن ، شرط أن يتفق الطرفان.

وأجازت المادة (٦٩) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المقاولة التي تكون الدولة طرفاً فيها ، بوصفها رب العمل ، والمقاول كطرف ثان عراقي كان أو أجنبي[١].

ومما تجدر الإشارة إليه أن شروط المقاولة لأ عمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ تسري على عقود المقاولات العامة في ما يتعلق فقط بأعمال الهندسة المتضمنة إنشاءات الطرق والجسور والمباني العامة والخزانات والسدود وبنايات المصانع وبنايات محطات القوة الكهربائية وكل ما يخص إنشاءات الهندسة المدنية[٢].

هذا وان الاتفاقيات الدولية يمكن أن تكون مصدراً لمشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي في العراق مثل الاتفاقية المعقودة في (٢٥) كانون الأول ١٩٥١ بين الحكومة العراقية وشركتي نفط خانقين المحدودة ونفط الرافدين المحدودة ، والاتفاقية المعقودة في (٣) شباط ١٩٥٢ بين حكومة العراق وشركات النفط العراقية المحدودة ونفط البصرة المحدودة ونفط الموصل المحدودة اللتان تنص المادة (١٣/ج) منهما على أن (إذا نشأ شك أو نزاع أو اختلاف بين الحكومة والشركات ....فيحسم ذلك بالتحكيم)[٣]،وكذلك الاتفاقية المبرمة بتأريخ ١٨ أيلول ١٩٥٥مع شركة التنوير والقوة الكهربائية المحدودة لمدينة بغداد التي تنص المادة (١٠) منها على أن (يفض أي خلاف أو نزاع

---

[١] د. سعدون ناجي القشطيني ، دراسة في الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية العراقية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ٢٦.

[٢] المرجع السابق ، ص ٢٧.

[٣] فؤاد الراوي ، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات ، نصوص ٦ من (١٩٥٠. ١٩٥٥)، مجلس التخطيط ، بغداد ، ١٩٧٥، ص٢١٢.

قد يقع بين الحكومة أو الشركة عند عدم الاتفاق في ما يتعلق بتنفيذ أو تفسير الشروط المدرجة أنفاً بقرار صادر من حكمين ورئيس لهما ...)[1].

الفرع الثاني

موقف القضاء والفقه في العراق من التحكيم في العقود الإدارية

لقد وجدنا هنالك ندرة في الأحكام القضائية التي تتناول التحكيم في العقود الإدارية وحتى الذي وجدناه منها فإنه يتناول التحكيم طبقاً لشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ مما تعذر علينا تحديد موقف عام للقضاء العراقي من التحكيم في العقود الإدارية[2].

أما بخصوص موقف الفقه في العراق للفترة السابقة على صدور قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤ فقد وجدنا من الكتاب من يكتفي بالشرح على أحكام التحكيم الواردة في شروط المقاولة لأعمال الهندس ة المدنية من دون أن يحدد موقفاً عاماً من التحكيم في العقود الإدارية [3]، بينما جاء موقف آخرين مؤيداً اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مستندين في ذلك إلى نص المادة

---

[1] فؤاد الراوي ، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات ، نصوص ٧ من (١٩٥٥ . ١٩٥٦) ، ص٢٥٣.

وتنظر أيضاً اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الموقعة في ١٩٨٨/٤/٤ والمصادق عليها بالقانون رقم (٨٦) لسنة ١٩٨٨.

[2] ينظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف بغداد المرقم ٩٨٠/١٨١ والصادر في ١٩٨٠/٨/٣٤ منشور في مجلة الوقائع العدلية، ع٤٣ ، ١٩٨١ ، ص٢٨٠.

[3] ينظر كل من :

د. محمد ظاهر معروف ، شرط التحكيم في عقود القانون العام وفي عقود القانون الخاص، مجلة ديوان التدوين القانوني ،ع١، س٦، ١٩٦٧، ص٦٠ .

المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية ، ط١، المكتبة القانونية ،بغداد ، ١٩٩٣ ، ص٢١٣ وما بعدها.

(٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل التي تنص على أن (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) ، وذلك على أساس أن إجازة اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات العقدية جاءت مطلقة من أي قيد مما يعني شمول العقود الإدارية بحكمها[١].ويبرز اتجاه آخر لدى الكتاب يقوم على التفر يق بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية إذ يعارض اللجوء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية بحجة انه لا يحقق أية فائدة من ناحية تقليص مدة النزاع ، أو توفير الجهود والمصروفات ، فضلاً عن أن هيئة التحكيم الاختياري غير ملزمة بمراعاة برامج وأهداف خطة التنمية القومية[٢].

أما عن رأينا في مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في العراق للفترة السابقة على عام ٢٠٠٤ فنقول أن المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ لا تصلح أساساً لإجازة التحكيم في العقود الإدارية وذلك لان المشرع العراقي جعل من اختصاص القضاء في نظر المنازعات هو الأصل وكل شيء خلاف ذلك يتطلب نصاً خاصاً فقد نصت المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية لسنة١٩٦٩المعدل على أن (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة ، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص).

---

[١] جمعة سعدون الربيعي ، المرجع السابق ، ص٢١٧.

[٢] شعيب احمد سليمان ، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة ، دار الرشيد للنشر ، بغداد ،١٩٨١، ص١٣٩.١٤٤.

هذا وإذا كان التحكيم لا يتقر ر إلا بإرادة المشرع ،وهو الذي يحدد نوعه وأحكامه، فلا مجال بعد ذلك للتفريد بين أنواعه بالقول بصلاحية هذا النوع للاعتماد وعدم صلاحية النوع الآخر لذلك.

المبحث الثالث
قواعد التحكيم في شروط المقاولة
لأعمال الهندسة المدنية

مر بنا سابقاً أن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ نصت صراحة على جواز لجوء طرفي المقاولة (رب العمل (الدولة) والمقاول) إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن المقاولة، بينما ورد ذلك ضمناً في قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤ ومن دون أن يتضمن أحكاماً خاصة مما يعني تطبيق أحكام التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩ .

وارتأينا دراسة قواعد التحكيم طبقاً ل شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ فقط ، أما القواعد العامة للتحكيم التي تضمنها قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فلن نتطرق إليها لأ ن ما كتب فيها كثير .

وسنتناول قواعد التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في مطلبين الأول سندرس فيه شروط التحكيم فيها ، والآخر نبحث فيه أثار التحكيم.

إلا انه قبل الولوج في ذلك يتعين معرفة انه في حالة عدم وجود حكم لواقعة معينة في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية يتم الرجوع إلى أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بوصفها الأصل العام وشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية هي الاستثناء.

المطلب الأول

شروط التحكيم في شروط المقاولة

لأعمال الهندسة المدنية

لكي يتمكن أطراف المقاولة (صاحب العمل والمقاول) من اللجوء إلى التحكيم اقتضت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في المادة (٦٩) منها توافر عدد من الشروط هي :

أولاً: الاتفاق على التحكيم : يقتضي لإحالة النزاع أو الخلاف على التحكيم أن يكون هنالك اتفاق مسبق بين طرفي عقد المقاولة (صاحب العمل والمقاول) على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ذلك النزاع أو الخلاف إذ لا يمكن الاستناد إلى الإرادة المنفردة لصاحب العمل أو المقاول في إجراء التحكيم لأن التحكيم ـ كما بينا ذلك سابقاً ـ هو في حقيقته اتفاق على استبعاد القضاء من نظر المنازعة وإناطة مهمة حسمها بمحكمين .

هذا وان الاتفاق على التحكيم يأخذ أحدى صورتين الأول يسمى شرط التحكيم Claus Compromissoire والآخرى مشارطة التحكيم Compromis[1]، فشرط التحكيم يرد في العقد ذاته مصدر العلاقة القانونية أو أن يكون في وثيقة مستقلة عنه، غير انه في كل الأحوال ينبغي أن يكون شرط التحكيم سابقاً على قيام النزاع[2].

---

[1] لقد اخذ قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩ المعدل بكلتا الصورتين وهم ما يستفاد من نص المادة (٢٥٢) التي تنص على أن (لا يثبت الاتفاق على التحكيم ألا بالكتابة ، ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة ، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه إثناء المرافعة ، فتقرر اعتبار الدعوى مستآخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم).

[2] د.جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص٢٤.

أما مشارطة التحكيم فهي اتفاق لاحق على قيام النزاع إذ تتعلق المشارطة بنزاع قائم فعلاً يحيط أطرافه بكل جوانبه بخلاف شرط التحكيم إذ يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه لطرفي المقاولة [1].

ثانياً: إحالة النزاع إلى المهندس : إذا نشأ نزاع أو خلاف من أي نوع كان بين صاحب العمل والمقاول وله صلة بالمقاولة أو كان ناجماً عنها أو عن تنفيذ الأعمال (سواء كان ذلك أثناء سير الأعمال أم بعد إكمالها وسواء كان قبل أم بعد إنهاء المقاولة أو تركها أو الإخلال بها) فيحال إلى المهندس لغرض تسويته من قبله[2] ، وعلى المهندس في هذه الحالة أن يبلغ قراره الصادر في النزاع أو الخلاف إلى صاحب العمل والمقاول .

---

[1] عصمت عبدالله الشيخ المرجع السابق ، ص٢٦.٢٧.

[2] أشار الدكتور حامد المختار إلى أن الممارسات السابقة للتحكيم أظهرت أن تحديد النزاع أو الخلاف الذي اشترطته شروط المقاولة كان سبباً في تبرير عدم قبول عدد كبير من الدوائر الذهاب إلى التحكيم على أساس أن القضية لا تكون نزاعاً يقتضي عرضه على التحكيم ، مما يضطر صاحب العلاقة إلى الالتجاء إلى القضاء لطلب التحكيم. حامد المختار ، التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها ، مجلة القضاء ، ع ١،٢،٣،٤، ١٩٨١،ص٤٢٧.

وبدورنا نجد أن هنالك مبالغة في القول بصعوبة تحديد النزاع الذي يوجب عرضه على التحكيم وبخاصة أن شرط التحكيم أو مشارطته تقتضي الاتفاق المكتوب المسبق على المواضيع التي تحال على التحكيم (م ٢٥٢ مرافعات)مما يسهل من إثباتها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى درجت العادة على أدراج المواضيع التي يحال النزاع بشأنها إلى التحكيم بعمومياتها ومن دون الدخول في التفاصيل كأن ينص على اللجوء إلى التحكيم إذا ما نشأ نزاع حول تفسير العقد أو أن يلجأ إلى التحكيم عند حصول نزاع بسبب تنفيذ العقد ، وحتى لو ذكر شرط التحكيم ومن دون تحديد المواضيع التي يجري فيها التحكيم فإن التحكيم يشمل في هذه الحالة أي نزاع يثور بسبب العقد وهو ما قضت به محكمة التمييز في حكم لها بقولها (إذا كانت موافقة الخصم على إحالة الدعوى عل ى التحكيم غير مقيدة فإن التحكيم

هذا ويكون قرار المهندس الصادر في النزاع أو الخلاف ملزماً لصاحب العمل والمقاول وعلى الأخير أن يعمل به دونما تأخير ، وعليه الاستمرار بتنفيذ الأعمال بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم المقاول أو صاحب العمل أشعاراً بعدم قبول قرار المهندس أم لم يقدم.

ثالثاً : إحالة النزاع إلى التحكيم : إذا لم يقبل صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس فيحق لكل واحد منهما وفي غضون ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتأريخ التبليغ بقرار المهندس الطلب بإحالة القضية إلى التحكيم .

وتتألف هيئة التحكيم من محكم يختاره صاحب العمل وآخر يختاره المقاول ، ويتولى هذان الحكمان اختيار حكم ثالث ليتولى رئاسة هيئة التحكيم، وفي حالة عدم توصل الحكمين إلى اتفاق حول الحكم الثالث خلال أربعة عشر يوماً من آخر تأريخ لتعيينهما فعندئذ يكون لصاحب العمل أو المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين المحكم الثالث على وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية أو على وفق أية إجراءات ينص عليها قانون خاص بأمور التحكيم[1] .

يشمل كافة الأمور التي قام عليها النزاع) أورد الحكم د. نزار الطبقجلي ، المرجع السابق، ص١٦.

[1] تنص المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على أن (١. إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع احد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم .٢. يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعياً وغير قابل لأي طعن . أما قرارها برفض طلب تعيين المحكمين فيكون قابلاً للتمييز طبقاً للإجراءات المبينة في المادة ٢١٦ من هذا القانون).

رابعاً : إكمال الأعمال : إن الإحالة على التحكيم يجب أن لا يباشر بها إلا بعد إكمال الأعمال أو الادعاء بإكمالها ما لم يوافق صاحب العمل والمقاول على غير ذلك بصورة تحريرية ، على أن يراعى على الدوام أن تأجيل البت في النزاع أو الخلاف لا يلحق ضرراً بأي من الطرفين أو يعيق سير العمل .

المطلب الثاني

أثار التحكيم في شروط المقاولة

لأعمال الهندسة المدنية

تترتب على إحالة النزاع إلى التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية جملة من الآثار هي:

أولاً: سلطات هيئة التحكيم: ينصب اختصاص هيئة التحكيم في شروط المقاولة على مراجعة قرار المهندس ، ويكون لها السلطة الكاملة في إعادة النظر وتنقيح وتعديل أي قرار أو رأي أو أمر أو شهادة أو تثمين صدر من المهندس مما له علاقة بموضوع النزاع .

ومما تجدر مناقشته هنا هو إذا ما تبين بطلان العقد الذي يحتوي شرط التحكيم فهل ينسحب البطلان على شرط التحكيم ؟

لقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٨ كانون الثاني ١٩٥٨ بتبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي ، ولا يجوز للمحكم أن ينظر في المنازعات التي تترتب على هذا البطلان . إلا أن المحكمة نفسها ذهبت في حكم آخر لها والصادر في ٧ أيار ١٩٦٣ إلى التفريق بين التحكيم الدولي

والتحكيم الداخلي فقضت باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي عندما يتعلق الأمر بعقد دولي[1].

أما المشرع المصري فكان موقفه صريحاً برفض انسحاب البطلان على شرط التحكيم إذ نص في المادة (٢٣) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤على أن (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته).

أما في العراق فلم يرد نص في قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩ ولا في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية يبين الموقف من هذه المسألة مما يجعلنا نرى بانسحاب البطلان على شرط التحكيم أيضاً لان المادة (١/١٣٨) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل تنص على أن (العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً) ، وعليه إذا أردنا استثناء شرط التحكيم من هذا الحكم . وهو الأصل العام . فلابد من نص قانوني خاص يقرره ولعدم وجود مثل هذا النص فإن دفع احد الخصوم ببطلان العقد الذي يحتوي شرط التحكيم يجعل البت فيه من اختصاص المحكمة المختصة وليس من اختصاص هيئة التحكيم .

ثانيا : تنفيذ حكم المحكمين : تنص المادة (١/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية النافذ على أن (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أم اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة).

---

[1] أشار إلى حكمي محكمة النقض الفرنسية الدكتور جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص٢٦.

بينما اكتفت المادة (٦٩) من شروط المقاولة ببيان أن الحكم الصادر من المحكمين يكون ملزماً للطرفين (صاحب العمل والمقاول) مما يثير التساؤل فيما إذا كان يشترط تصديق المحكمة المختصة على حكم المحكمين ليكون قابلاً للتنفيذ.

هنالك من الكتاب من فسر هذا السكوت بعدم اشتراط تصديق المحكمة على قرار هيئة التحكيم لما لذلك من تأثير في إطالة أمد النزاع [١]،ومنهم من قال بخلاف ذلك . وهو ما نرجحه . على أساس انه ما دامت شروط المقاولة سكتت ولم تورد حكماً يبين اشتراط التصديق أو عدم اشتراطه فيتم الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ [٢].

هذا ونرى أن اشتراط تصديق المحكمة على قرار المحكين ليكون قابلاً للتنفيذ يخل بالثقة بحسن تقدير المحكمين وعدالتهم ، فضلاً عن تناقضه واحد مبررات التحكيم وهو تخفيف العبء عن القضاء .

ومما تجدر ملاحظته هنا أن قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩ وشروط المقاولة قد خلا من حكم يشير إلى إمكانية وقف تنفيذ قرار المحكمين، وأيضاً خلا

من تحديد موعد لإقامة الدعوى بطلب بطلان قرار التحكيم ومرد ذلك هو أن هذا القرار لا ينفذ إلا إذا صادقت عليه المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[٣].

ثالثاً : إبطال حكم المحكمين: أجازت شروط المقاولة لمن صدر حكم المحكمين ضده بالتمسك ببطلانه على وفق أحكام قانون المرافعات المدنية لسن ة ١٩٦٩، وبالرجوع إلى القانون المذكور نجد أن المادة (٢٧٣) منه أجازت

---

[١] شعيب احمد سليمان ، المرجع السابق ، ص١٢٩ وما بعدها .

[٢] المحامي سعدون جمعة الربيعي ، المرجع السابق ، ص٢٢٠.

[٣] د. احمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف في الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص١٦٥.

للخصوم،عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة، أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية .

١. إذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذ ا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق .

٢. إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون .

٣. إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من اجلها إعادة المحاكمة .

٤. إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار .

هذا وأجازت المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية النافذ للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الإبطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها . ويكون قرار المحكمة غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة في القانون [1].

رابعاً: أجور المحكمين: تدفع الأتعاب إلى المحكمين وجميع التكاليف الأخرى من الطرف الذي يطلب التحكيم على أن يتحمل تلك الأتعاب والتكاليف الطرف الذي يصدر حكم المحكمين ضده .

---

[1] لم تجز المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الطعن بأحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكامه بأي من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية . ألا انه في المادة (٥٤) من القانون نفسه أجازت رفع دعوى بطلان حكم التحكيم . وينظر الفقه المصري إلى دعوى البطلان على أنها ليست طريقاً من طرق الطعن في الأحكام ، فهي لا تكون جزءً من هيكل خصومة ، فالدعوى ببطلان حكم المحكمين يقصد بها إنكار كل سلطة له ، بينما في الطعن يسلم الطاعن ـ كقاعدة عامة ـ بسلطة الحكم في النزاع .

د. عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص٨٠.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراستنا هذه لم يتبق لنا سوى تقديم ما استنتجناه منها، وهو ما سنقوم به على النحو الآتي :

١. إذا كان التحكيم ـ بوصفه سبيلاً لتسوية المنازعات ـ قد استقر الأخذ به في عقود القانون الخاص فإن الحال في عقود القانون العام هو خلاف ذلك إذ ما زال موقف التشريع والقضاء والفقه الإداري متفاوت اً بين الدعوة إلى اعتماده في تسوية المنازعات والدعوة بغير ذلك بحجة انتهاكه لولاية القضاء الوطني في نظر المنازعات.

٢. إن الأخذ بالتحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية يستلزم نصاً قانونياً خاصاً يقرره لأنه يشكل استثناء من الأصل العام القاضي بولاية القضاء الوطني بنظر المنازعات كافة والمقرر بقانون أيضاً.

٣. والاتفاقيات الدولية هي الأخرى تصلح أساساً قانونياً في إجازة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وذلك في ضوء ما تتمتع به من قوة قانونية قياساً بالتشريع الداخلي الذي يقرر ولاية القضاء في نظر المنازعات.

أما المقترحات التي نستطيع تقديمها هنا فتتمثل في الآتي:

١. ضرورة تدخل المشرع العراقي لتحديد موقفه بصراحة من التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وذلك بإجازته أو رفضه.وان كنا نؤيد الخيار الأول لقناعتنا بوجاهة المبررات التي قيلت بشأنه .

٢. ضرورة تعديل قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بما يجعل من قرارات هيئة التحكيم قابلة للتنفيذ من دون حاجة لتصديقها من المحكمة المختصة ما دام المشرع فتح أمام الخصوم باب الطعن بقرارات هيئة التح كيم أمام القضاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى بهدف منح الثقة بعمل هيئة التحكيم.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

١. د. إبراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،.١٩٩٩

٢. أبو الفضل جمال الدين ابن منظور ، لس ان العرب،المجلد الرابع ، دار صادر، ط١ ، بيروت ، .٢٠٠٠

٣. د . احمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف في الإسكندرية ، بلا سنة طبع .

٤. د. احمد محمد عبد البديع ، شرح قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية ، ط٢، القاهرة، .٢٠٠٤

٥- د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، .١٩٩٧

٦. المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية ، ط ١، المكتبة القانونية ،بغداد ، ١٩٩٣ .

٧. د. جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، .١٩٩٩

٨. حامد المختار ، التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها ، مجلة القضاء ، ع١،٢،٣،٤، .١٩٨١

٩. د. سعدون ناجي القشطيني ، دراسة في الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية العراقية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٥ .

١٠. شعيب احمد سليمان ، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة ، دار الرشيد للنشر ، بغداد ،.١٩٨١

١١. د. طالب حسن موسى ، عقود المقاولات الإنشائية ، مجلة القضاء ، ع ٣و٤ ، س٤٤ ، .١٩٨٩
١٢. د. عبد العزيز عبد المنعم خلي فة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ،منشأة المعارف في الإسكندرية، .٢٠٠٤
١٣. د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، ط٤، جامعة بغداد ، ١٩٨٨.
١٤. د.عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠٠٣ .
١٥. فؤا د الراوي ، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات ، نصوص ٦ من (١٩٥٠. ١٩٥٥)، مجلس التخطيط ، بغداد ، ١٩٧٥.
١٦. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، .٢٠٠٤
١٧. د. محمد ظاهر معروف ، شرط التحكيم في عقود القانون ال عام وفي عقود القانون الخاص، مجلة ديوان التدوين القانوني ،ع١، س٦، .١٩٦٧
١٨. د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني لل مناقصات العامة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ’١٩٩٩.
١٩. المستشار معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على قانون المرافعات ، الجزء الرابع ، عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
٢٠. د. نجلاء حسن سيد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، ط ٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، .٢٠٠٣
٢١. د . نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء، ع٣و٤، س٤٤، ١٩٨٩.

المراجع باللغة الأجنبية:

1. Jacqueline devichi , l arbitrage nature juridique , Paris , 1965
2. M.Boisseson : Interrogations et doutes sur une evolution legislativ , Paris ,1987 .