التحكيم في العقود الإدارية
وشروط الأعمال الهندسية المدنية

حسن محمد دحام

Arbitration in administrative contracts and terms of civil engineering business

Hassan Mohammed Daham

1. If the arbitration as a way of settling disputes, had settled in matter of private law contracts, so the public law contracts is the opposite of that because the position of the judicial and administrative legislation and jurisprudence is still uneven between advocating to adopt it in settling disputes, and the argument of breaching the national jurisdiction in disputes.
2. Taking of arbitration in settling the administrative of disputes. needs to amend the code of civil procedure, (83) on (1969) which makes the board of arbitration decisions doable without need for ratification from the competent court.
3. The international conventions are suitable to be legal basis in getting permission for allowing arbitration in administrative contracts.

L'arbitrage dans les contrats administratifs et les conditions de travails de génie civil

Hassan Mohammed Daham…

1. Si **l'arbitrage** était comme un mode pour régler des différends, où on avait déjà prit dans les contrats de **droit privé**, tendit que les contrats de **droit commun** est à contraire, car la position de la législation et de la justice et de la jurisprudence administrative est encore inégale entre l'appel à l'adopter dans le règlement des différends, et l'argument sur sa violation de l'autorité de la justice nationale au moment d'examiner les différends.
2. La prise en considération **l'arbitrage** dans le règlement des différends de contrats administratifs doit nécessairement modifier la loi de procédures civiles, n ° (83) de l'année (1969), ce qui fait les décisions du tribunal être exécutoires sans qu'on doive ratifier de tribunal compétente…
3. Les conventions internationales sont une autre base juridique valable dans la station de **l'arbitrage** dans les contrats administratifs…

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن كان الأصل في المنازعات في العقود الإدارية هو من اختصاص القضاء بتسويتها، إلا أن عدم وجود طرق أخرى يمكن عبرها تسوية المنازعات بين الخصوم فيلجأ إلى التحكيم الذي يقوم على فكرة عرض النزاع على أشخاص يختارهم الخصوم أنفسهم ليتولوا حسمه بعيداً عن المحكمة المختصة.

وإذا كان التحكيم، بوصفه سبيلاً لتسوية المنازعات، فقد أستقر الأخذ به في القانون الخاص فإن الحال هو بخلاف ذلك في القانون العام، وبخاصة في العقود الإدارية، إذ مازالت آراء الفقهاء تختلف عليه، الأمر الذي كان سببا في بحث التحكيم في العقود الإدارية فقط لأهميتها ولكثرتها في دوائر الدولة.وعليه تناولنا البحث في ثلاثة مباحث فكان المبحث الأول: التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية وأساسه القانوني وطبيعته القانونية، أما المبحث الثاني: قواعد التحكيم في العقود الإدارية، ويكون المبحث الثالث: قواعد التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية. ثم الاستنتاجات والمقترحات.

إشكالية البحث: بالنظر لوجود الكثير من المنازعات في العقود الإدارية، والإشكاليات في تنفيذ شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، مما شجعني على البحث في هذه الإشكالية.

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية وأساسه القانوني وطبيعته القانونية

سنبين تعريف التحكيم في المطلب الأول، وبيان أساسه القانوني وطبيعته القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف بالتحكيم والعقود الإدارية

التحكيم لغة من الحكم: العلم والفقه والقضاء بالعدل، وهو مصدر احكم يحكم، والعرب تقول حكمت وأحكمت بمعنى منعت، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم... والحكم القضاء بالعدل، والمحكمة المخاصمة إلى الحاكم[١] .

بينما يقصد بالتحكيم اصطلاحا الاتفاق على إحالة النزاع الناشئ بين المتنازعين على محكم أو محكمين للفصل فيه بعيدا عن المحكمة المختصة[٢]

ويتصف التحكيم بالصفة الإدارية عندما يتعلق بالمنازعات التي تقوم بين الإدارة من جهة والمتعاقدين معها من جهة أخرى سواء من أشخاص القانون العام ام الخاص[٣].

ذاتية التحكيم: وللتحكيم ذاتية مستقلة تميزه من بعض النظم القانونية المشابهة فيتميز عن القضاء في أن يتفق الخصوم في اللجوء إليه، أو وجود نصاً قانونيا،

---

(١) أبو الفضل جمال الدين أبن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، ط١، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٨٦.

(٢) د. نزار الطبقجلي، تسوسة المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء، ١٩٨٩، ص١٤.

(٣) د. ماجد الحلو، العقود الإدارية والتحكيم،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص١٧٦.

بينما الالتجاء للقضاء يعد حقاً عاما يلجأ إليه الخصم بصورة تلقائية ومن دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو الاستناد إلى نص خاص.

ويتميز التحكيم عن الخبرة 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(١).

ويختلف التحكيم عن الصلح من إن الأخير يقوم على فكرة التنازل من أطراف الخصومة بهدف حسم النزاع بينهم فالأطراف المتنازعة هي التي تفصل في أمرها،أما التحكيم فإن المحكم هو الذي يفصل بالنزاع على أساس إن النزاع هو قضية تدور أجراءتها أمام المحكم الذي يعد شخصا أخر غير أطراف النزاع الذين تولوا اختياره لحسم النزاع بينهم(٢).

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

١- يتميز التحكيم ببساطة أجراءته وسرعتها لان أطراف الخصومة عادة ما يحددون إجراءات التحكيم وميعاد صدور القرار فيه.

٢- ويتسم عند البعض بقلة تكاليفه مقارنة بالتكاليف عند اللجوء للقضاء.

٣- يوفر التحكيم السرية في حسم المنازعات وهو أمر بالغ الأهمية في نطاق التجارة الدولية إذ تسعى الشركات الكبرى إلى المحافظة على سرية المعلومات والتقنيات، وهو أمر بالغ الأهمية وهذا لا يوفره القضاء لان الأصل في أعماله العلانية(٣) .

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ، الحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٠، ص٢٤.

(٢) د. إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،١٩٩٩، ص١٩.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،١٩٩٩، ص١٥٦.

أما العقد الإداري: هو الوسيلة الإرادية والديمقراطية للالتزام ؛ ففي العقد يتجه الشخص بإرادته إلى الالتزام أياً كان باعثه إلى ذلك، ويأتي التركيز على العقد بهدف إحياء دوره وإبراز مكانته وإعادة التفكير في مبادئ كانت حاكمة للعقد؛ وظلت كذلك ردحاً من الزمن إلى أن تعرضت لنوع من التحجيم والانحسار من ذلك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الذاتية للعقد فهذه المبادئ باتت شعارات لم يعد لها إلا اسمها بسبب سيطرة القوى الاقتصادية، مما أوجب ضرورة البحث عن حماية الطرف الضعيف في العقد ضد قوى الغلبة والسيطرة.

المطلب الثاني

أساس التحكيم القانوني وطبيعته القانونية

في هذا المطلب سنبين الأساس القانوني للتحكيم في الفرع الأول، وطبيعته القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الأساس القانوني للتحكيم

هناك اتجاهان فقهيان الأول يقيمه على إرادة الخصوم وإجازة المشرع،والآخر يقيمه على إجازة المشرع فقط. وبناءاً على ذلك فإن التحكيم في حقيقته عقد لا يتم انعقاده إلا بالإيجاب والقبول، فضلا عن تطلب توافر الشروط كافة التي يستلزمها المشرع لقيام العقد(١)

واللجوء إلى التحكيم لا يفهم منه تنازل الخصوم عن حقهم الدستوري باللجوء إلى القضاء لان القضاء يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه، وإنما تكون إرادة الخصوم على إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في مهمة حسم النزاع بين الطرفين فإذا لم ينفذ أتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم في

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص٤٧.

النزاع للمحكمة المختصة[١]. واللجوء إلى التحكيم لابد من إجازة المشرع لأنه يشكل استثناءً من الأصل.

أما الاتجاه الآخر فيرى أصحابه أن القانون الذي يجيز التحكيم هو وحده الأساس القانوني للتحكيم، وما لإرادة الخصوم أو اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم إلا شرط استلزم القانون لجواز عرض النزاع على المحكمين بدلاً من المحكمة المختصة[٢].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

تختلف نظرة الفقهاء إلى الطبيعة القانونية للتحكيم، فمنهم من يرى بأنه ذو طبيعة عقدية لأنه يتم بإرادة الخصوم، ولان لهذه الإرادة سلطانا في اختيار المحكمين وتعيين اختصاصهم، وتطبيقهم القانون أو قواعد العدالة، وإمكانية نزول الخصوم عن حكم المحكمين، وعن الطعن فيه[٣].

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

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

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص١٦٣.

(٢) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص٢١.

(٣) د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص٢٢.

(٤) د. عصمت عبدالشيخ، المرجع السابق، ص٤٦.

ويترتب على ذلك أن يكون قرار التحكيم حكما قريبا من الحكم القضائي، ويكون قابلاً للتنفيذ بذاته من دون الحاجة إلى استصدار حكم من القضاء لإقرار مضمونه(١).

وفريق آخر من الفقهاء يعتبر التحكيم ذو طبيعة خاصة إذ يجب أن ينظر إليه حسب رأيهم نظرة مستقلة من دون ربطه بفكرة العقد أو التحكيم القضائي،وإنما ينظر إلى الهدف الذي يسعى الخصوم إليه من لجواهم إلى التحكيم ألا وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن الأسس التي يقوم عليها الحكم القضائي(٢).

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

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

(١) المرجع أعلاه، ص٤٦.

(٢) د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٩،ص ٤٦،٤٥.

المبحث الثاني

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

سنخصص هذا المبحث لمعرفة جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وبالأخص موقف المشرع العراقي منه وموقف القضاء والفقه من التحكيم في هكذا عقود.

المطلب الأول

موقف المشرع العراقي من التحكيم في العقود الإدارية

خصص المشرع العراقي الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، المواد (٢٥١-٢٧٦)، للتحكيم بصورة عامة ومن دون أن يضُمن 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 مبادئ 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.

وأجازت المادة (٦٩) من شروط المقاولة لأعمال الهندسية المدنية لسنة ١٩٨٨ اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المقاولة التي تكون

---

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

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

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

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

الدولة طرفا فيها، بوصفها رب العمل، والمقاول كطرف ثان عراقي كان أو أجنبي[١].

ومما تجدر الإشارة إليه أن شروط المقاولة لأعمال الهندسية المدنية لسنة ١٩٨٨ تسري على العقود للمقاولات 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 والاتفاقيات الأخرى مع شركات النفط وجاء في نص المادة (١٣/ج) من الاتفاقية على أن (إذا نشأ شك أو نزاع أو اختلاف بين الحكومة والشركات.. فيحسم ذلك بالتحكيم)[٣]

المطلب الثاني

موقف القضاء والفقه في العراق

لقد وجدنا ندرة في الإحكام القضائية التي تتناول التحكيم في العقود الإدارية وحتى الذي وجدناه منها فإنه يتناول التحكيم طبقاً لشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨.

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

---

(١) د. علي احمد حسن الليبي، بحث في التحكيم في العقود الإدارية، جامعة ديالى، ٢٠٠٦، ص١٨.

(٢) المرجع السابق،ص٢٧.

(٣) فؤاد الراوي، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات الدولية، نصوص ٦ من (١٩٥٠-١٩٥٥)،١٩٧٥، ص٢١٢.

الواردة في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية من دون ان يحدد موقفا عاما من التحكيم في العقود الإدارية[١].

بينما جاء موقف آخرين مؤيداً اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مسندين في ذلك إلى نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل التي تنص على أن (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق غلى 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[٢].

ويبرر اتجاه آخر لدى الكتاب يقوم على التفريق بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية إذ يعارض اللجوء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية بحجة أنه 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[٣].

أما رأينا في مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ومدى قوته القانونية في العراق للفترة السابقة على عام ٢٠٠٤ فإن المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٣ لا تصلح أساساً لإجازة التحكيم في العقود الإدارية وذلك لان المشرع العراقي جعل من اختصاص القضاء في نظر المنازعات هو الأصل وكل شئ خلاف ذلك يتطلب نصاً خاصاً فقد نصت المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩ المعدل على أن (تسري ولاية المحاكم المدنية على

---

(١) ينظر كل من:د. محمد ظاهر معروف، شرط التحكيم في عقود القانون الخاص، مجلة ديوان التدوين القانوني،ع١،س١٩٦٧،٦،ص٦٠. والمحامي جمعه سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٣، ص٢١٣ وما بعدها.

(٢) المحامي جمعه سعدون الربيعي، المرجع السابق، ص٢١٧.

(٣) شعيب أحمد سليمان، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة،دار الرشيد للنشر، بغداد،١٩٨١، ص١٣٩، ١٤٤.

جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص).

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

ومن هنا فإن التحكيم إذا ما كان هناك أتفاق بين الطرفين ومثبت بالعقد يلجأ إليه الطرفين ويتم اختيار محكمين من قبلهم فإن هؤلاء المحكمين قد يلجئون إلى قواعد حاكمة لتفسير العقد مثلما يلجا إليها القاضي، فإن القاضي عن طريقه يحدد بدقة مضمون العقد وفقاً لبنوده، وذلك لن يأتي إلا إذا كان هناك غموض في بنود العقد وعدم وضوح إرادة المتعاقدين. فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة ويحوطها الغموض ويدور الشك حول مفهومها فلا شك في أن دوراً للقاضي مهماً يبرز هنا،في تحديد مفهوم الألفاظ التي يستعملها الإطراف في العقد وبيان مضمونها، والذي يؤدي – بدوره – على الوقوف بدقة على نطاق العقد بما يحتويه من حقوق والتزامات، وهذا السياق لا بد أن يستخدمه المحكمون.

المبحث الثالث

قواعد التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية

أن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨وهي (عبارة عن تشريع يصدر من السلطة التنفيذية يلتزم به كافة الوزارات والهيئات الغير مرتبطة بوزارة) نصت صراحة على جواز لجوء طرفي المقاولة (رب العمل (الدولة) والمقاول) إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن المقاولة بينما ورد ذلك ضمناً في قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤ [١] ومن دون أن يتضمن أحكاماً خاصة مما يعني تطبيق أحكام التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩.

(١) راجع الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الجزء الأول والثاني المادة (٦٩)، العراق، لسنة ٢٠١٤.

وارتأيت دراسة قواعد التحكيم طبقاً لشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ فقط، أما القواعد العامة للتحكيم التي تضمنها قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فلن أتطرق إليها لأن ما كتب فيها كثير.

وسيكون المبحث في مطلبين الأول يبين شروط التحكيم في المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، ويكون المطلب الثاني آثار التحكيم.

إلا إنه قبل الولوج في ذلك يتعين معرفة أنه 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. وخاصة في موضوع التحكيم.

المطلب الأول

شروط التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية

لكي يتمكن أطراف المقاولة (صاحب العمل) 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 التحكيم أو الخلاف على التحكيم أن يكون هناك 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 كما بينا ذلك سابقاً، هو في حقيقته اتفاق على استبعاد القضاء من نظر المنازعة وإناطة مهمة حسمها بمحكمين.

هذا وان للاتفاق على التحكيم يأخذ أحدى صورتين الأولى شرط التحكيم والأخرى مشارطه التحكيم[١]، فشرط التحكيم يرد في العقد ذاته مصدر العلاقة القانونية أو أن يكون في وثيقة مستقلة عنه، غير أنه في كل الأحوال ينبغي أن يكون شرط التحكيم سابقاً على قيام النزاع[٢].

أما مشارطه التحكيم فهي اتفاق لاحق على قيام النزاع إذ تتعلق المشارطة بنزاع قائم فعلاً يحيط أطرافه بكل جوانبه بخلاف شرط التحكيم إذ يعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه لطرفي المقاولة[٣] .

ثانياً: إحالة النزاع إلى المهندس: إذا نشأ نزاع أو خلاف من أي نوع كان بين صاحب العمل والمقاول وله صلة بالمقاولة أو كان ناجما 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[٤]، وعلى المهندس في هذه الحالة أن يبلغ قراره الصادر في النزاع أو الخلاف إلى صاحب العمل والمقاول.

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.

---

(١) لقد أخذ 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 بالمكاتبة، ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه إثناء المرافعة، فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم).

(٢) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٤.

(٣) عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص٢٦،٢٧.

(٤) د.حامد المختار، التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها، مجلة القضاء، ع١،٢،٣،٤ لسنة ١٩٨١، ص ٤٢٧.

وبدورنا لو نراجع المادة (٢٥٢ مرافعات) لنجد ان هناك 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 مما يسهل من إثباتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى جرت العادة على أدراج المواضيع التي يحال النزاع بشأنها إلى التحكيم بعمومياتها ومن دون الدخول في التفاصيل كان 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 على التحكيم غير مقيدة فإن التحكيم يشمل كافة الأمور التي قام عليها النزاع)[١].

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 لتعينهما فعندئذ يكون لصاحب العمل أو المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين المحكم الثالث على وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية[٢] أو على وفق أية إجراءات ينص عليها قانون خاص بأمور التحكيم.

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

(١) د. نزار الطبقجلي، المرجع السابق، ص١٦.

(٢) ينظر نص المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

ذلك بصورة تحريرية، على أن يرعى على الدوام أن تأجيل البت في النزاع أو الخلاف لا يلحق ضرراً بأي من الطرفين أو يعيق سير العمل.

المطلب الثاني

آثار التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية

تترتب على إحالة النزاع إلى التحكيم في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية من الآثار ما يأتي:

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[١].

أما المشرع المصري فكان موقفه صريحاً برفض انسحاب البطلان على شرط التحكيم إذ نص في المادة (٢٣) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على 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).

(١) أشار إلى حكمي محكمة النقض الفرنسية الدكتور جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص٢٦.

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 العراقي رقم (٢٤) لسنة ١٩٥١ المعدل تنص على إن (العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً)، وعليه إذا أردنا استثناء شرط التحكيم من هذا الحكم، وهو الأصل العام، فلا بد 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

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

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 الكُتاب 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 رجحه المحامي سعدون جمعه الربيعي، على أساس انه ما دامت شروط المقاولة سكتت ولم تورد حكماً يبين 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 المحكمين 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

(١) شعيب احمد سلمان، المرجع السابق، ص١٢٩ وما بعدها.

(٢) المحامي سعدون جمعه الربيعي، المرجع السابق، ص٢٢.

لإقامة الدعوى بطلب بطلان قرار التحكيم ومرد ذلك هو أن هذا القرار لا ينفذ إلا إذا صادقت عليه المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[١].

ثالثاً: إبطال حكم المحكمين: أجازت شروط المقاولة لمن صدر حكم المحكمين ضده بالمسك ببطلانه على وفق أحكام قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩، وبالرجوع إلى القانون المذكور نجد أن المادة (٢٧٣) منه أجازت للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة، أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها إن تبطله في الأحوال الآتية:

١. إذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو 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 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 بالقانون[٢].

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.

---

(١) د. احمد أبو ألوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص١٦٥.

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق،ص٨٠.

الاستنتاجات والمقترحات

بعد هذه الدراسة الموجزة لهذا البحث نستطيع أن نخرج ببعض الاستنتاجات والمقترحات وكما يلي:

الاستنتاجات:

١. إذا كان التحكيم بوصفه سبيلاً لتسوية المنازعات، 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 متفاوتاً 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.

المقترحات:

١. 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 التحكيم أمام القضاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى بهدف منح الثقة بعمل هيئة التحكيم.

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

المراجع

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

٢. أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب،المجلد الرابع،دار الصادر، ط١، بيروت،٢٠٠٠

٣. د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ١٩٨١

٤. د. احمد أبو ألوفا، التحكيم في القوانين العربية،منشأة المعارف في الإسكندرية، بلا سنة طبع.

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

٦. المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية، ط١، 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. د. حامد المختار، التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها، مجلة القضاء، ع١-٤، 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، ع٣-٤، ١٩٩٩ .

١٢. د. عصام العطية، القانون الدولي العام، ط٤، جامعة بغداد، ١٩٨٨ .

١٣. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣ .

١٤. فؤاد الراوي، المعجم المفهرس للمعاهدات الدولية والاتفاقيات، نصوص ٦ من (١٩٥٠-١٩٥٥)، مجلس التخطيط، بغداد، ١٩٧٥ .
١٥. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤ .
١٦. د. محمد ظاهر معروف، شروط التحكيم في عقود القانون العام وفي عقود القانون الخاص، مجلة ديوان التدوين القانوني، ع١-٦، ١٩٦٧.
١٧. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩ .
١٨. د. نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء، ع٣-٤، س٤٤، ١٩٨٩.