مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية وفق التشريع العراقي والاردني
اسم الكاتب: م.م. ميثاق قحطان حامد الدليمي
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/642
تاريخ الاسترداد: 2026/11/22 18:44 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية وفق التشريع العراقي والاردني

م.م ميثاق قحطان حامد الدليمي

جامعة الانبار/قسم الشؤون القانونية

الملخص

يعد التحكيم احد الاساليب الضاربة في القدم والمتعارف عليها لحسم المنازعات الناشئة عن ابرام العقود الادارية، ويعد وسيلة مثلى لفض المنازعات، وقد عرفه الانسان منذ القدم، واجمع على اهميته ودوره في انهاء النزاعات في مجال القانون العام والقانون الخاص , لذلك وجدنا في الوقت الحاضر العديد من النظم القانونية التي قد أقرته في تشريعاتها. ونظراً لما اشتمل عليه من خصائص ومميزات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الادارية, ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات بين أطراف التعاقد والتي تعد الادارة أحدهم .

Abstract

The arbitration one of the methods striking foot and accepted to resolve arising from the conclusion of administrative contracts disputes, and is a perfect vehicle for settling disputes, the human beingwere since ancient times, they were agreement to the importance and its role in ending conflicts in the area of public and private law, in the present day many legal systems have endorsed the legislation. Because of what it consisted of the characteristics and advantages of a legal process as a whole has led to a boom in arbitration in the field of administrative contracts, Rusband as a system to resolve legal disputes between the parties to the contract, which is the one the administration.

المقدمة

تعد دراسة موضوع اللجوء الى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الادارية من الموضوعات المعاصرة التي حضت باهتمام عريض من قبل المشرع في عدد من الدول، كما حضت باهتمام من قبل فقه القانون الاداري بشكل عام، نظراً لأهميته كوسيلة فعالة لحل العقبات التشريعية والمشكلات العملية التي قد تواجه اطراف العقد الإداري خلال تنفيذ مواده وأحكامه وكبديل عن اللجوء الى القضاء المختص لهذه الغاية الذي اصبح من الوسائل التقليدية لما ينتج عنه من هدر للوقت والجهد والمال.

فالقضاء يعد الطريق الطبيعي لفض المنازعات الإدارية ووسيلة لإقرار العدل في المجتمع، وله وحده تحقيق هذا الغرض، فلا يستطيع احد أن يتحرر من سلطان الدولة في هذا الشأن وان يرفض تدخلها به، ذلك لأن القضاء هو مظهر سيادتها.

الا ان بعد التطور الذي حصل في ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي، والتغير في أنماط العلاقات التجارية كنتيجة طبيعية للتحولات الاقتصادية التي يشهدها هذا العصر، أخذت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى قد اصبحت لا تقل اهميتها عن القضاء يلجأ الأفراد إليها باختيارهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بدلا من لجوؤهم إلى القضاء, من اهمها التحكيم والمصالحة والتوفيق .

فالتحكيم أصبح يمثل اسلوباً استثنائياً للفصل في المنازعات الذي يقوم أساساً على اختيار أشخاص عاديين له للفصل في تلك المنازعات ، كما أن أطراف النزاع هم الذين يقومون بتحديد عدد المحكمين وأسمائهم ومكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التي يخضع لها.

ولم تنحصر اهميته على الفقه والتشريع المقارن فقد حضي ايضاً باهتمام بالغ لم يسبق له مثيل على كافة المستويات، فقد عرف التحكيم منذ اقدم العصور البشرية كنظام قانوني لحل المنازعات بين الأفراد وقد جاء الإسلام مؤكداً على مشروعية التحكيم لحسم المنازعات بين الأفراد ، فقد قال عز وجل في محكم كتابه العزيز (**وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما أن الله كان عليما خبيراً**).[1]

مشكلة البحث:

في ظل التطور الاقتصادي توسع نظام التحكيم وأقرته غالبية النظم القانونية ، وامتد نطاق تطبيقه إلى مجالات لم تكن بالأمس بالحسبان. ومن هذه المجالات العقود الإدارية وما قد تثور عنه من مشاكل قد تعيق الإدارة في انجاز مهامها، فبسبب تزايد نشاط الإدارة في مختلف المجالات ولجوئها إلى العقد الإداري كوسيلة قانونية تساندها في إتمام وانجاز الوظائف الملقاة على عاتقها، كان لا بد من ظهور مشاكل جديدة بهذا الشأن والى جانب هذه المشاكل وجدت

وسائل مختلفة لحل هذه المعضلات، ومن هذه الوسائل المهمة التحكيم باعتباره طريقة لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

أهمية البحث:

لقد اصبح للتحكيم في الوقت الحاضر اهمية بالغة، لأنه يقوم أساساً على إرادة أطراف النزاع فهم الذين يفضلون اللجوء إليه على قضاء الدولة وهم الذين يحددون المحكمين بالاشتراك بينهم على قدم المساواة وهم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق، وعليه فالتحكيم قد يترتب عليه استبعاد القضاء الإداري واستبعاد القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية وبما أن القانون الإداري هو القانون الذي يحكم الفصل في العقود الإدارية والذي يختلف في طبيعته وأحكامه عن القانون المدني وغيره من فروع القانون الخاص الأمر الذي يمس بالأساس القانوني لنظريات العقود الإدارية.

ولهذا ثار التساؤل حول إمكانية الأخذ بهذا الطريق واللجوء إليه في مجال القانون العام الداخلي بصفة عامة، وفي نطاق القانون الإداري بصفة خاصة، وفي إطار العقود الإدارية على وجه التحديد.

واختلفت المحاولات في الإجابة على هذا التساؤل وتباينت الآراء فذهب اتجاه إلى عدم أمكان اللجوء إلى هذا الطريق في مجال العقود الإدارية، وعلى النقيض من ذلك فقد ذهب اتجاه أخر إلى أمكان اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وهو ما سنقوم بدراسته في موضوع البحث.

هدف البحث

نظراً للأهمية العلمية والعملية للتحكيم في المنازعات الإدارية وكون هذا الموضوع يتميز بتجدده وتطوره المستمر على مستوى التشريع والقضاء والفقه. أثرنا القيام بهذه الدراسة لبيان وجهة نظر التشريع

والقضاء العراقي والأردني من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ومن ثم بيان وجهة نظر بعض الاتجاهات الفقهية بين معارض ومؤيد للجوء إلى التحكيم في تلك العقود.

منهج البحث

اتبعنا في هذا البحث المنهج المقارن بين القوانين العراقية والقوانين الاردنية التي تعالج مسألة اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الادارية.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم في القانون الإداري

يعد التحكيم وسيلة من وسائل فض المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة سواء كان ذلك في نطاق القانون الخاص أو القانون العام بدلاً من اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعة التي تنشأ بين تلك الأطراف . وبغية الإحاطة بهذا الموضوع فقد آثرنا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف التحكيم الإداري.

المطلب الثاني: صور التحكيم وشروطه ومبررات اللجوء اليه.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم.

المطلب الرابع: أنواع التحكيم.

المطلب الأول

تعريف التحكيم الإداري

لقد اولى الفقه العربي وكذلك القضاء والتشريع جل اهتمامه من حيث تنظيمه وبيان اصوله كما كثرت وتعددت التعريفات التي صيغت بصدده تبعاً للطبيعة القانونية له، فاختلفت التشريعات وتعددت أراء الفقه والقضاء بشأن تعريف نظام التحكيم ، ومع اختلافها الظاهر شكلاً إلا أنها اتفقت من حيث

المضمون على انه احد الوسائل القانونية التي يتم فيها حل المنازعات بطريقة ودية وسريعة. مما تقدم فقد أثرنا تناول تعريف التحكيم من خلال التعرض لبيان مفهوم التحكيم في التشريع والفقه والقضاء .

١- التحكيم في التشريع:

من خلال التمعن في نصوص قانون التحكيم الأردني الحالي رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ وكذلك قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ كون التحكيم في القانون العراقي لم يورد به قانون مستقل كما هو الحال في الأردن ، نجد أن كلا القانونين لم يوردا تعريفاً للتحكيم وإنما اكتفيا بالنص على جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، وكذلك الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.

إلا أن مجلة الأحكام العدلية التي كانت نافذة في العراق قد عرفت التحكيم في المادة (١٧٩٠) بقولها (إن التحكيم عبارة عن اتحاد الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما).

ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه المشرع العراقي والأردني من عدم إيراد تعريف للتحكيم تاركاً ذلك للقضاء والفقه، حيث ان بيان التعريف هو من وظيفة الفقه والقضاء وليس من وظيفة المشرع.

ونشير هنا وعلى سبيل المثال ان هناك العديد من التشريعات التي اوضحت معنى التحكيم، منها المشرع الفرنسي حيث اورد في المادة الاولى من قانون التحكيم رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣ تعريفاً للتحكيم بقوله (انه اجراء خاص لتسوية بعض انواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد اليها الاطراف بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق التحكيم).

٢- التحكيم في الفقه:

من خلال دراستنا في كتب الفقه المختلفة، سنجد حتماً تباين في الآراء، فقد تم تعريف التحكيم الإداري في الفقه الفرنسي بأنه (نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، وطنية أو أجنبية من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي تحل بطريق التحكيم بناءً على نص قانوني يجيز ذلك، وخروجا على مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء

إلى التحكيم)[٢]. كما عرف بانه (نظام لقضاء خاص تستبعد فيه نزاعات معينة من دائرة الاختصاص العادي، ويعهد بها الى اشخاص يختارون للفصل فيها).[٣]

اما في الفقه العربي فقد عرف التحكيم بأنه عقد رضائي يلتزم بمقتضاه شخصين أو أكثر على عرض أي نزاع ينشأ بينهما على محكمين منتخبين من قبلهما للفصل فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة.[٤] وورد تعريفه أيضاً بأنه: (هو الذي يتعلق بالفصل في منازعة إدارية، أي إن احد أطرافها على الأقل جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة، واغلب هذه المنازعات تتصل بالعقود الإدارية)[٥]

كما عرف أيضاً بأنه (عبارة عن طريقة خاصة وأسلوب خاص لتسوية النزاعات الإدارية دون الحاجة إلى اللجوء إلى السلطة الرسمية المختصة أصلاً لتسوية وفض المنازعات وهي السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتنوع محاكمها وتعدد درجاتها وتباين اختصاصاتها)[٦].

اما التحكيم في العقود الادارية فقد عرف بانه التحكيم الذي يجري بشأن الخلافات التي تتعلق بالعقود الادارية التي تبرم بين الدولة ممثلة بأحد اشخاصها الاداريين وبين اشخاص القانون الخاص (طبيعيين ام اعتباريين) بهدف تنظيم التزام لصالح المنفعة العامة (فموضوع الالزام في التحكيم الاداري يتصل بالمنفعة العامة).[٧] , بينما نجد فقهاء الشريعة الاسلامية قد عرفوا التحكيم بانه (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما).[٨]

ورغم تعدد وتنوع هذه التعريفات الفقهية للتحكيم فإنها تصب في معنى واحد ، وتدور حول جوهر اساسي تتبلور بان التحكيم هو اسلوب خاص مبتكر للوقوف على النزاعات وتسويتها بعرضها على محكمين يتفق عليهم دون اللجوء الى سلطة القضاء سواء كان قضاء عادياً او قضاءً ادارياً. بحيث ينتهي النزاع بصدور حكم ينهي الخصومة بين الاطراف، ويلتزم هؤلاء جميعاً بالنزول على مقتضاه طوعاً، والا جاز ارغام من يمتنع منهم على ذلك جبراً.[٩]

٣- التحكيم في القضاء:

لمفهوم التحكيم في نطاق القضاء خصوصية هامة تظهر من خلال وضع مفهوم محدد للتحكيم من قبل القضاء الذي ينشد العدالة عند اللجوء اليه، وهو بهذا يعزز قوة قرارات المحكمين باعتبارها وسيلة

استثنائية لفض الخصومات قوامها والخروج عن طرق التقاضي العادية. لهذا فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر التحكيم بأنه (اتفاق على إحالة النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة).[١٠]

وتعرضت محكمة التمييز الأردنية إلى تعريف التحكيم في العديد من أحكامها ، وخلصت إلى أن التحكيم (هو طريق استثنائي لفض المنازعات ، ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم ، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم).[١١] أما بالنسبة لمحكمة التمييز العراقية فلم تورد تعريفاً خاصاً بالتحكيم.

وعليه فان المتفحص فيما ورد من الاحكام القضائية التي عرفت التحكيم، يلحظ ان تلك المحاكم قد تأثرت بالمفهوم الفقهي عند تعرضها لبيان معنى التحكيم. وهذا امر مقبول ومستساغ لدى المتتبع للعلاقة الوثيقة القائمة بين الفقه نفسه الذي يمثل الجانب النظري التأسيسي، وبين القضاء الذي يمثل الجانب العملي التطبيقي.[١٢]

ومن خلال هذا العرض البسيط لمجمل التعاريف التي أوردناها نستطيع القول إن التحكيم في منازعات العقود الادارية هو (لجوء الادارة والطرف المتعاقد معها الى الاتفاق على حل المنازعات الناشئة بينهم حول تفسير العقد الاداري او تنفيذه الى اسلوب التحكيم بدل الالتجاء الى طرق التقاضي العادية المنصوص عليها في القانون).

المطلب الثاني

صور التحكيم وشروطه ومبررات اللجوء إليه

سنتناول في هذا المطلب بيان صور التحكيم ومزاياه وشروطه ، وقد أثرنا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الأول صور التحكيم وفي الثاني شروط التحكيم وفي الثالث مبررات اللجوء إلى التحكيم .

الفرع الأول

صور التحكيم

إن الاتفاق للجوء إلى التحكيم لتسوية نزاع ما يتم إفراغه في إحدى صورتين:

١- شرط التحكيم:

هو اتفاق يرد ضمن نصوص عقد معين ، يقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المستقبلية التي تثور حول العقد وتنفيذه.[١٣]

فقد يرد اتفاق التحكيم ضمن نصوص العقد الأصلي، أو يتفق عليه في ملحق العقد الأصلي لمواجهة ما قد يحدث من نزاع في تفسير العقد وتنفيذه ويسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم وبذلك يكون شرط التحكيم الإداري في كل الأحوال سابقا على قيام النزاع الإداري[١٤].

٢-مشارطة التحكيم:

هو اتفاق يبرمه الأطراف منفصلاً عن العقد الأصلي بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلاً بصدد هذا العقد وحله قبل اللجوء الى القضاء المختص[١٥].

وبالنظر إلى أن مشارطة التحكيم (مشارطة التحكيم الإداري) غالبا ما تبرم بعد قيام المنازعة الإدارية فأن الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة يكون أكثر تفصيلا ووضوحا للعملية التحكيمية خاصة فيما يتعلق بتحديد موضوع النزاع وتسمية المحكمين. والأصل أن مشارطة التحكيم ينبغي أن تتضمن نفس العناصر والشروط الجوهرية التي ترد في شرط التحكيم[١٦].

ومن الجدير بالذكر أن هذه التفرقة لم نجد لها أثراً في التشريعات العربية المقارنة، ففي التشريع المصري نجد أن المشرع قد جاء بنص عام، لم يفرق فيه بين شرط التحكيم ومشارطه التحكيم بحيث جمعها بمصطلح واحد اسماه اتفاق التحكيم، وكذلك الحال بالنسبة للتشريع العراقي فقد نحا منحى التشريع المصري فأجاز الاتفاق على التحكيم ولم يفرق بين شرط التحكيم[١٧] والمشارطة وهذا ما هو واضح من نصوص قوانين المرافعات العراقية[١٨].

أما قانون التحكيم الأردني فقد نص في المادة (١١) منه على انه (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع، سواء كان مستقلاً بذاته ، أو ورد بعقد معين بشأن كل المنازعات ، أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين ، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ، ولو كانت قد أقيمت في شأن

دعوى أمام أي جهة قضائية ، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً). من خلال نص المادة أعلاه نجد أن المشرع الأردني ايضاً لم يفرق بين صور التحكيم المذكورة أعلاه ، ونجده أيضاً قد افرد نصاً خاصاً بشرط التحكيم وذلك في نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم الأردني التي تنص على انه (يعد 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).

الفرع الثاني

شروط التحكيم

من اجل أن يرتب اتفاق التحكيم في العقود الإدارية باعتباره عقداً يجب توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية ، لان هذه الأخير سيؤدي لسلب الاختصاص من قضاء الدولة (القضاء الإداري) وجعل القضاء الخاص المتمثل في قضاء التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ وتكون متعلقة بهذا العقد، وتتمثل هذه الشروط بالاتي:

أولاً: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم:

هناك عدد من الشروط الشكلية يجب مراعاتها في اللجوء للتحكيم كأسلوب لحل المنازعات في العقود الادارية والتي تتمثل بما يلي:

١- شرط الكتابة: بالنظر لكون اتفاق التحكيم سيؤدي لسلب اختصاص نظر المنازعة من القضاء الوطني المختص للدولة، ومنح سلطة البت في المنازعات التي تنشأ في هذه العقود المتضمنة شرط التحكيم لقضاء التحكيم ، وانطلاقاً من هذه الخطورة تعتبر الكتابة شرطاً لازماً لصحة اتفاق التحكيم ، وكل اتفاق بخلاف ذلك يقع باطلاً .

فالاتفاق على التحكيم لا يمكن إثباته إلا بالكتابة سواء اخذ الاتفاق صورة (شرط التحكيم) مدرج ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين ويتضمن عرض النزاع الذي قد ينشأ بينهما مستقبلاً بمناسبة تنفيذ العقد على المحكمين للبت فيه ، أو في صورة (مشارطة التحكيم) أي الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع.[١٩]

ووفقاً لنص المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل فقد نصت على انه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة...) . وكذلك نصت المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ على انه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً...) .

٢- العدد الوتري للمحكمين: لغرض الوصول إلى حل للنزاع عن طريق التحكيم في حالة انقسام الأعضاء فقد استلزم قانون التحكيم المصري بالمادة ٢/١٥٥ أن يكون عدد المحكمين وتراً إذا تعددوا ، وإذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد لعدد المحكمين كان العدد ثلاثة.[٢٠] وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥٧ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه (يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترا عدا حالة التحكيم بين الزوجين) .

وأيضا نصت على ذلك المادة (١٤) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ على انه (١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة ، ٢- إذا تعدد المحكمون يجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً).

ثانياً: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم:

إلى جانب الشروط الشكلية يتعين لصحة اتفاق التحكيم توفر جملة من الشروط الأخرى، وهي الشروط الموضوعية المعروفة في جميع العقود ، وهي شروط متعلقة بالرضا والأهلية والمحل وسنقوم ببيان هذه الشروط على النحو التالي:

١- شرط التراضي:

لا ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر رضا الطرفين ، فاتفاق التحكيم عقد رضائي لذا يجب إن لا يشوب إرادة الطرفين عيوب الرضا ، ويستلزم الرضا في التحكيم أن يكون هناك إيجاب صادر من احد الطرفين يقابله قبول من الطرف الأخر . وتبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل

منازعات العقود الإدارية ، لكونه استثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء سبيلاً لتسوية كافة المنازعات.[٢١]

٢- شرط المحل:

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ، ويشترط لصحة التحكيم إلا يكون موضوعه (محله) مخالف للنظام العام وإلا وقع الاتفاق عليه باطلاً، وينسحب هذا البطلان إلى اتفاق التحكيم. وحكمة عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، هو أن هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيها أن تسري عليها قواعد محددة ، وهو الأمر لن يتحقق في حالة اللجوء لنظام التحكيم بصدد تلك المسائل.[٢٢]

وذلك لان المسائل المتعلقة بالنظام العام لايجوز الصلح فيها ، ووفقاً لذلك فقد نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني على انه (...لايجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح). وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي على انه (لا يجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح....).

ويضاف إلى ذلك انه لايجوز أن يكون محل التحكيم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الجنسية حيث تعد تلك من مسائل النظام العام.[٢٣]

٣- شرط الأهلية:

لا يصح اتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفيه ، فانه يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حقوق التصرف في حقوقهم أعمالاً لنص المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني فيما ذهبت إليه من انه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه...).

ونصت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي على انه (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح . ولا يصح إلا من له أهلية التصرف في حقوقه...) .

ولأجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الاهلية يتم الرجوع الى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق، والقانون الشخصي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص وبين الدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها. ففي العالم يوجد نظامين يتحدد بموجبهما القانون الشخصي، فقد يكون قانون البلد الذي يحمل الشخص جنسيته او قانون البلد الذي يقيم ويزاول نشاطه الاعتباري فيه.

وبخصوص ما يتعلق بتطبيق احكام القانون العراقي والاردني، فانه من المقرر ان القانون الشخصي الواجب التطبيق هو قانون الجنسية، وهذا ما قررته المادة (١٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث نصت على انه (الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته)، وكذلك ما نصت عليه المادة (١/١٢) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على انه (يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم).

اذن هذا ما قرره المشرع العراقي والاردني بالنسبة لأهلية الاشخاص الطبيعية، وكذلك اهلية الاشخاص الحكمية، حيث يستطيع كلاهما ان يكونا طرفين في اتفاق التحكيم استناداً الى ما جاء به قانون التحكيم الاردني في المادة التاسعة منه وقانون المرافعات العراقي في المادة (٢٥٤).

الفرع الثالث

مبررات اللجوء إلى التحكيم

إن التحكيم هو الطريقة الخاصة التي يلجا إليها الخصوم لحسم النزاعات الناتجة بينهما خارج المحكمة ، وسبب اللجوء إلى هذه الوسيلة هو ما يتميز به هذا النظام من مميزات وفوائد يمتاز بها عن القضاء العادي تتمثل بالاتي[٢٤]:

١- بساطة الإجراءات:

يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته والحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير مقيدة إلا بما ينفع حسم الموضوع ، وهنا ينبغي على الإدارة أن تضع شروطاً معينة في اتفاق التحكيم لتضمن تطبيق مبادئ وأحكام العقد الإداري من قبل المحكمين.

٢- سرعة الفصل في المنازعات:

يعتبر عنصر السرعة في فصل المنازعات من أهم مزايا التحكيم التي جعلته نظاماً بديلاً ومقبولاً عن اللجوء إلى القضاء ، سواء في مجال العلاقات القانونية الداخلية أو الدولية ، فالتحكيم لا يخضع إلى الكثير من القيود التي يخضع لها القضاء العادي والتي تطيل أمد الخصومة.

أضف إلى ذلك أن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة ، فهو يتميز بالقدرة على الفصل في المنازعات المعروضة علية في اقل وقت، وذلك تلافياً لبطء الإجراءات في الأنظمة القضائية الرسمية ، وهذه الأهمية تزداد بالنسبة لمنازعات العقد الإداري ، حيث من الممكن أن ترتب أضراراً كبيرة بالمصلحة العامة إذا ما تأخر موضوع الفصل في العقود المذكورة.

٣- الاقتصاد في التكاليف:

ان اللجوء الى التحكيم الاداري لحل أي نزاع يثور بين الطرفين المتعاقدين يوفر الوقت والجهد والمال لهذين الطرفين. حيث أن نفقات التحكيم اقل كثيراً، فهو لا يتطلب رسوماً أو أتعاب محامين كما في القضاء العادي، الذي يتطلب دفع رسوم وأتعاب محامين في كل درجة من درجات التقاضي باعتبار ان التحكيم يجري على درجة واحدة، اما القضاء فهو متعدد ومتنوع من حيث طرق الطعن في الاحكام الصادرة عنه.

٤- السرية:

إن اللجوء الى التحكيم الاداري لحل أي نزاع يثور بين الطرفين المتعاقدين يحافظ على خفاياهما واسرارهما القانونية والادارية والشخصية ويصون الموضوع من الانتشار والذيوع وما قد يسببه ذلك من اضرار كبيرة ومشكلات متفاقمة ومعقدة، فالقضاء العادي تتصف إجراءاته بالعلانية وهو أمر قد لا يفضله أطراف النزاع، لما تؤدي إليه تلك

العلانية من كشف لإسرارهم المهنية أو لمركزهم الاقتصادي، الأمر الذي يلحق بهم ضرراً قد تفوق جسامته خسرانهم للدعوى. حيث أن ملف الخصومة بين الأطراف يبقى تحت علم المحكمين حصراً ، في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية ، ناهيك عن أن المحكمين يقسمون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد والسرية.

٥- اختيار أطراف النزاع لمحكميه:

إن تمكين أطراف النزاع من اختيار من يصدرون حكماً فيه ميزة ينفرد بها التحكيم ويفتقدونها في حالة اللجوء إلى القضاء حيث لا يملك الخصم اختيار قاضية. إذ أن طريقة اختيار المحكمين برضا تام من الأطراف يشعر كل منهم بكامل الاطمئنان لأنهم اختاروا بإرادتهم من يحكم بينهم وهذه الميزة تسمح للإدارة باختيار المحكمين الملائمين لفض منازعات العقد الإداري.

٦- يتميز التحكيم بأنه قضاء متخصص ومحايد:

والسبب في ذلك هو أن المحكم أو هيئة التحكيم يكونون عادة من أصحاب الاختصاص في النزاع المطروح ، أو على اطلاع كافٍ به.

فالمحكمون يختارهم اطراف النزاع على اساس الثقة بهم، وتوفر الخبرة والتخصص ليس من الناحية القانونية، بل كذلك من الناحية الفنية بحيث تكون لديهم القدرة على فهم المسائل الفنية التي يثيرها النزاع والفصل فيها، دون ان تقتصر هيئات التحكيم على رجال القانون "كما هو الحال بالنسبة للمحاكم" الذين يمثل تخصصهم وخبرتهم اساساً في المسائل القانونية.

٧- ان اللجوء الى التحكيم الاداري لحل أي نزاع يثور بين الطرفين يتم رضاهما ورغبتهما وحريتهما الكاملة، مما يضفي عليهما جواً واقعياً ونفسياً من الطمأنينة والامان ويحافظ على العلاقات والمشاعر الطيبة بينهما. كما انه يحقق مبدأ الثقة التي تسود حتماً عندما يتم اختيار الاشخاص المحكمين من قبل هذين الطرفين بنفسهما.

مما تقدم يمكن القول بان التحكيم هو وسيلة من وسائل فض المنازعات، وبالإمكان اللجوء إليه في مجال المنازعات الإدارية وخصوصاً منازعات العقد الإداري، وذلك للمزايا العديدة التي يتمتع بها ، حيث يمكن الاتفاق على شرط التحكيم في نفس العقد الإداري وذلك ما بين الإدارة والطرف المتعاقد في عقدها الإداري (شرط التحكيم) كما يمكن اللجوء إليه عند حصول النزاع حتى لو لم يكن منصوصاً عليه في العقد (مشارطة التحكيم).

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف رأي الفقه القانوني حول مسألة أساسية شغلت حيزا في كتابات الفقه القانوني إلا وهي مسألة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم. ويمكن رد هذه الآراء إلى اربعة اتجاهات نتولى تفصيلها على النحو الآتي.

الفرع الأول

الطبيعة التعاقدية للتحكيم

ان الاساس القانوني للتحكيم هو اتفاق الاطراف على ذلك وحريتهم في الاتفاق على التحكيم تمتد الى اختيار المحكمين[٢٥]. اذن نقطة الارتكاز التي يدور حولها التحكيم تتمثل في وجود اتفاق للتحكيم[٢٦]، يلتزم بموجبه الاطراف بعدم الالتجاء للقضاء وطرح منازعاتهم على محكم او اكثر او هيئة مختصة بالتحكيم للفصل فيه بحكم ملزم للأطراف.[٢٧]

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن اتفاق الأطراف حول التحكيم[٢٨]، هو قوام التحكيم وأساس تواجده، سواء أكان هذا الاتفاق بند من بنود العقد، أو كان في اتفاق لاحق (مشارطة التحكيم)، وان مقومات التحكيم من حيث القانون المطبق، والإجراءات المتبعة، والحكم الملزم الذي يصدره المحكم في نهاية النزاع، يستمد قوته القانونية والإلزامية من هذا الاتفاق، وبهذا يعتبر اتفاق التحكيم والحكم الذي يصدر فيه وما بينهما من خصومة تحكيمية جزء لا يتجزأ من الاتفاق الموقع بين الأطراف حول التحكيم[٢٩].

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية للتحكيم

ذهب انصار هذا الاتجاه الى القول بان التحكيم ذو طبيعة قضائية بالنظر الى طبيعة المهمة الموكولة الى المحكم باعتبارها عملاً من اعمال القضاء. ويرى أنصار هذه النظرية إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم و هذا الحكم يعتبر عملا من أعمال القضاء[٣٠]، والمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم

وحدها، بل إن فكرة المنازعة وكيفية حلها وإجراءات العدالة التي تحيط إجراءاتها هي التي توصل الطبيعة القضائية في العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا، يختاره الخصوم ليقول كلمة الحق أو حكم القانون بينهم، وانه كان الخصوم قد ابتدعوا التحكيم بعمل إرادي وهو الاتفاق الذي وقع فيما بينهم، فهذا الاتفاق لا يستطيع بذاته أن يتحرك إلا من خلال عمل ذا طبيعة قضائية، مثله مثل العمل الإرادي الذي يقوم به الأفراد عند اللجوء إلى قضاء الدولة[٣١].

وفيما يخص التشريع العراقي والأردني فأنه يمكن القول بأنه اعتبر قرار المحكم بمرتبة الأحكام الصادرة من جهة قضائية في الدولة .

الفرع الثالث

الطبيعة المزدوجة للتحكيم

نظراً للاختلاف الفقهي السابق، توصل جانب من الفقه الى ان اعمال التحكيم ذات طبيعة مركبة او مزدوجة، وإن الذين قالوا بهذه الطبيعة أرادوا الموازنة بين فكرتين جوهريتين داخل نظام التحكيم وهما فكرة العقد وفكرة القضاء، وحيث أن لهاتين الفكرتين دورا بارزا في تحديد الطبيعة الخاصة والمستقلة للتحكيم وبما انه وجد هناك شيء من التداخل أو التعاقب بين هاتين الفكرتين داخل هذا النظام الأمر الذي أدى إلى أن يرجع الفقه أحداهما على الأخرى من اجل تحديد طبيعة هذا النظام.

وعليه فأنه يمكن اعتبار أنصار هذه النظرية هم اقرب إلى الصواب، لأنهم لم يتجاهلوا أياً من الطبيعتين لا القضائية ولا التعاقدية، بل انهم ينظرون إلى التحكيم باعتباره نظاما ذا طبيعة مركبة[٣٢]. ويرى انصار هذا الاتجاه، ان كلاً من الاتجاهين السابقين قد اخطأ عندما حاول ان يضفي على نظام التحكيم في مجمله الطبيعة الخاصة لمرحلة واحدة من مراحل هذا النظام، وتحيز كل منهما لعنصر معين واهمل الاخر، فجاء تحليل كل منهما لطبيعة التحكيم قاصراً من ناحية ما، في حين ان كل عنصر من عناصر التحكيم وكل مرحلة تترك اثرها في التحليل الاخر لطبيعة هذه النظام، وبالتالي يخلص انصار هذا الاتجاه الى ان نظام التحكيم في حقيقته لا يعد من طبيعة تعاقدية محضة كما قال انصار الاتجاه الاول، ولا يعد من طبيعة قضائية خالصة على النحو الذي اراده انصار الاتجاه الثاني، وانما هو نظام ذو طبيعة مختلطة او مزدوجة يبدأ باتفاق ثم يصير اجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم.[٣٣]

مما سبق نستطيع القول بان انصار هذا الاتجاه يرون بان للتحكيم طبيعة مزدوجة أو هو عمل قانوني ذو طبيعة مزدوجة، طبيعة عقدية بالنسبة لاتفاق التحكيم وطبيعة قضائية بالنسبة للحكم الصادر من المحكمين.

الفرع الرابع

الطبيعة المستقلة للتحكيم

نظراً للانتقادات التي وجهت الى الاتجاهات السابقة في تحديد طبيعة نظام التحكيم برز اتجاه فقهي[٣٤] ينادي بان للتحكيم طبيعة خاصة ومستقلة عن الانظمة الاخرى مثل العقد والقضاء. حيث يذهب الى القول بان التحكيم نظام ذو طبيعة مستقلة قائم بذاته من حيث وظيفته والحكمة من الاخذ به ومبررات وجوده واهدافه، فلا هو عمل قضائي، ولا يخضع لنظام تعاقدي، ولا هو بالعمل ذي الطبيعة المختلطة.

ولما سبق فلا يمكن تحديد طبيعة التحكيم الا بالاعتراف بالطبيعة المستقلة له، والتي فرضتها متطلبات المجتمع وتطوراته ، فهو وان تشابه مع انظمة قانونية اخرى او اختلف عنها فانه له طابعه المستقل، وان محاولة الزج به في احضان تلك الانظمة يغير من حقيقة التحكيم كإحدى الظواهر الاجتماعية التي فرضتها طبيعة التطور الحديث.

ومن جانبنا نرى أن للتحكيم طبيعة ذاتية مستقلة ، لان المحكم يستند إلى اتفاق التحكيم المعقود بين الخصوم ، أضف إلى ذلك أن المحكم لا يمثل قضاء الدولة ولا تنطبق عليه جميع قواعده ، وإنما تنطبق عليه قواعد مستقلة مستمدة من اتفاق التحكيم،مما يضفي عليه طبيعة ذاتية مستقلة.

المطلب الرابع

أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم من حيث دور إرادة الخصوم في إنشائه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، وبالنظر إلى النطاق الجغرافي ينقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي ، كما ينقسم من حيث

الأساس الذي يستند إليه إلى تحكيم بسيط وتحكيم مع التفويض بالصلح ، ويقسم أيضاً إلى تحكيم مؤسس وتحكيم حر.

أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

فنظام التحكيم يكون اختيارياً ، إذا لم يكن الالتجاء إليه أمراً مفروضاً على الأطراف المحتكمين ، أي إذا كان الالتجاء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم ، بدلاً من الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات وأياً كان موضوعها ، إلا ما استثني بنص قانوني خاص، وهذا هو الأصل في نظام التحكيم.[٣٥]

وقد أخذت بهذا النوع من التحكيم غالبية الدول ومنها العراق، إذ يمارس مجلس شورى الدولة العراقي نوعاً من التحكيم الاختياري في جميع المسائل المختلف عليها ويكون قرار المجلس ملزماً لها.[٣٦]

وعلى الرغم من ذلك فقد يكون التحكيم إجبارياً حينما يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات نظراً لطبيعته الخاصة ، بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات.[٣٧]

ثانياً: التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي:

يقصد به ذلك التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره من حيث طبيعة المنازعة والإجراءات الخاصة بالتحكيم أو القانون الواجب التطبيق إلى دولة بعينها.وبهذا يكون إقليم الدولة هو المعيار الذي يميز بين التحكيم الوطني والأجنبي[٣٨]. فالتحكيم الوطني هو الذي يقع داخل إقليم الدولة وبين رعاياها ، وبناءً على ذلك فإذا ما اتفق عراقيان على إجراء التحكيم لفض منازعة بينهما سواء كان هذا الاتفاق سابقاً على قيام هذا النزاع أو بعده بمناسبة العلاقة القانونية القائمة بينهما ، وجرى هذا التحكيم في العراق وطبق عليه القانون العراقي سواء من حيث الإجراءات أو القانون الذي طبق على الموضوع وكان المحكمون في العراق وتم إصدار الحكم وتم تنفيذه فيه ، فان هذا التحكيم هو تحكيم وطني بحت، إذ انه ينتمي بكل عناصره إلى دولة معينة واحدة وهي العراق.

أما التحكيم الأجنبي أو الخارجي فيراد به حسم النزاع الدائر بين الأطراف المتنازعة عن طريق محكم أجنبي عندما تكون العلاقة القانونية القائمة بينهما مشوبة بعنصر أجنبي أما من حيث الأطراف أو الإجراءات المطبقة في التحكيم أو القانون الواجب التطبيق.[٣٩] فالعقد الإداري إذا كان داخلياً فيخضع للتحكيم الداخلي وإذا كان دوليا يخضع للتحكيم الأجنبي.

ثالثاً: التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح:

التحكيم البسيط هو التحكيم الذي يستند المحكم في إصدار حكمه فيه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع والذي يشمل جميع القواعد القانونية مكتوبة كانت أم غير مكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف.

إما التحكيم مع التفويض بالصلح هو التحكيم الذي يخول بموجبه طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل والإنصاف دون التقيد بإحكام قانون عام.[٤٠]

رابعاً: التحكيم المؤسس والتحكيم الحر:

التحكيم المؤسس هو التحكيم الذي تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً ، وتحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشأة لهذه الهيئات. أما التحكيم الحر فهو ذلك التحكيم الذي يختار فيه المتنازعون المحكمين ونظام عمل التحكيم في كل حالة على حدة دون التقيد بنظام دائم ، فهو يجري في حالات فردية ولا يختار فيه الأطراف هيئة التحكيم وإنما يلجأون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروض عليهم ووفقاً لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقاً للقواعد العامة في التحكيم.[٤١]

المبحث الثاني

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

إن موضوع مشروعية التحكيم في العقود الإدارية قد أثار جدلا كبيرا سواء على صعيد الدول أو على الصعيد الداخلي (المشرع من جهة والفقه والقضاء من جهة أخرى). لذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في التشريع العراقي والأردني.

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في القضاء العراقي والأردني.

المطلب الثالث: موقف الفقه من اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المطلب الأول

مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في التشريع العراقي والأردني

تختلف نظرة المشرع في مدى جواز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية، ويرجع السبب في ذلك الى اختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها الى هذا النوع من المنازعات الى جانب حساسية هذا النوع من المنازعات، كونها تتعلق بالمرافق العامة للدولة والتي قد يترتب عليها مساس بسيادة الدولة.

وبالتالي فان نظرة المشرع لهذا النوع من المنازعات يختلف بحسب السياسة التشريعية لكل بلد، ولبيان ذلك سنبحث في هذا المطلب مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في العراق والأردن وذلك من خلال دراسة تفصيلية لموقف المشرع العراقي في الفرع الأول والمشرع الأردني في الفرع الثاني.

الفرع الأول

موقف المشرع العراقي من مشروعية التحكيم

إن العناية بشؤون التحكيم في العراق محدودة وذلك بسبب ضعف الرغبة للعمل به وعدم الالتجاء إليه إلا في حالات خاصة كما أن فكرة التحكيم لم تكن معروفة بالشكل الذي هو عليه الآن لدى المشرع، والقضاة، وان كان البعض منهم على اطلاع عليه، فلم تكن مستلزمات العمل به متيسرة[٤٢].

الأمر الذي جعل قواعد التحكيم المقررة في العراق أن تكون جزءاً من قانون المرافعات، فقد خصص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل المواد من (٢٥١، ٢٧٦) للتحكيم بصورة

عامة ووضع القواعد الأساسية لتنظيم عملية التحكيم من دون أن يشير بشكل صريح إلى عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو اللجوء إليه ، فنص في المادة (٢٥١) من القانون أعلاه على (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين). ولما كان النص مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه فان المشرع يبدو اقر بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وبهذا السياق فإننا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢٥١) المشار اليها سابقا والنص صراحة على اضافة "ويشمل ذلك كافة العقود الادارية" في نهاية المادة اعلاه، اذ ان النص على حاله لا يدل بذاته على خضوع منازعات العقود الادارية للتحكيم. ومما يؤخذ على المشرع العراقي هو عدم توحيد الأحكام القانونية الخاصة بالتحكيم ،حيث نجدها مبعثرة في تشريعات متعددة .

فبعد صدور قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ فنجد المشرع قد أجاز ضمنا اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ففي القسم (١٢) منه نص على أن (التسوية البديلة للنزاع – عن تسوية جميع النزاعات المماثلة – أي سواء أكانت اعتراضات على المناقصات أو شكاوى خلال إدارة العقود العامة[٤٣]، تستعمل مبادئ التسوية البديلة للنزاع إلى أقصى حد ممكن، شرط أن يتفق الطرفان).

أما بالنسبة لشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ فنجد إنها في المادة (٦٩) أجازت اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المقاولة التي تكون الدولة طرفا فيها، بوصفها (رب العمل) والمقاول كطرف ثاني عراقيا كان أو أجنبيا. وقد نظمت الشروط العامة العراقية، الكيفية التي يتم فيها حسم الخلافات الناشبة بين المقاول ورب العمل.[٤٤]

فإذا نشب نزاع بينهما فينبغي إحالة طلب المقاول إلى المهندس لإصدار قرار بشأنه إذا لم يكن المهندس طرفا في الخلاف أو لم يسبق أن أبدى المهندس رأيا في الموضوع، ويكون قرار المهندس ملزما للطرفين، إذا لم يعترض عليه أي من الطرفين، أما إذا لم يقتنع رب العمل والمقاول، أو الاثنين معا لقرار المهندس في غضون (٣٠) ثلاثين يوما من التاريخ التالي للتبليغ بقرار المهندس فعندها يمكن اللجوء إلى التحكيم ، ويطبق في هذا الشأن النصوص الواردة في قانون المرافعات المتعلقة بالتحكيم.

واستناداً لهذه الشروط فا المشرع العراقي يسمح باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وخصوصاً عقود الأشغال العامة ، وليس من مانع يمنع من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بأي عقد من العقود الإدارية.

كما أشار مشروع قانون النفط والغاز إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في المادة (٣٩) تحت عنوان حل النزاعات حيث جاء فيها:

١- إن أي نزاعات قد تنشأ حول تفسير وتطبيق هذا القانون وأنظمة العمليات النفطية وترتيبات وشروط العقود سوف يتم أولا محاولة حلها بحسن نية عن طريق المفاوضات بين الأطراف المعنية.

٢- إذا لم يتم حل النزاع بالاتفاق، عندها يحال الموضوع إلى الوزير لحله من خلال المناقشات مع كبار مسؤولي حاملي التراخيص المعنيين وفي حال تعذر التوصل إلى حل خلال تلك المناقشات يجوز عندها تحويل الموضوع او النزاع إلى التحكيم ا والى السلطات القضائية ذات الاختصاص.

٣- إذا كان النزاع يتعلق بمسألة فنية أو هندسية أو تشغيلية أو حسابية للعمليات النفطية ومن الممكن أن يخضع للحل من قبل خبير في الحقل المعني، حينها يجوز للأطراف رفع النزاع إلى خبير فني مستقل من اجل التوجيه حول حل ذلك النزاع، وإذا لم يقبل أي طرف بتوجيه الخبير يجوز آنذاك لهذا الطرف المباشرة في إجراءات التحكيم وحسب المادة ٣٤/ ٤ أدناه.

٤- يتم إجراء التحكيم بين جمهورية العراق والمستثمرين الأجانب.

أما بالنسبة لقانون الاستثمار الأجنبي الحالي لسنة ٢٠٠٦ فقد نصت المادة ٢٧ منه على أنه (٤- إذا كان احد أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجيز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء إلى التحكيم العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً. ٥- المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في عير المسائل المتعلقة بمخالفة احد أحكام هذا القانون ، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء إلى التحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة

بين الأطراف).وبذلك فان القانون سمح باللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار المذكورة في القانون أعلاه وهي تمثل ضرباً من ضروب العقود الإدارية الدولية.

أما بالنسبة لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ فنجد إنها في المادة (٨/ثانيا) أجازت اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الادارية فقد نصت على انه (عند عدم التوصل الى اتفاق ودي يتم اللجوء الى احد الاساليب التي يجب ان ينص عليها في العقد وهي:١- التحكيم ويكون وفق لما يأتي:

أ-التحكيم الوطني: ويكون وفق للإجراءات المحددة في شرط المناقصة او بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩

ب- التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالة الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة وعندما يكون احد طرفي العقد اجنبياً على ان يراعي ما يأتي:

١-ان يتم اختيار احد الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة .

٢- تحديد مكان ولغة التحكيم .

٣- اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق .

٤- ان تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الاسلوب.

مما تقدم يمكن القول واستناداً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ان المشرع العراقي يسمح باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

الفرع الثاني

موقف المشرع الأردني من مشروعية التحكيم

خضعت منطقة شرق الأردن والبلاد العربية للحكم العثماني لفترة طويلة من الوقت وقد كانت القوانين العثمانية هي المطبقة فيها، ومن هذه القوانين مجلة الأحكام العدلية التي نضمت مسألة التحكيم في المواد (١٨٤١-١٨٥١) وجاء فيها انه (يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الإنسان).[٤٥]

وبعد سقوط الدولة العثمانية خضعت منطقة الأردن–إلى جانب بعض الدول العربية– إلى الانتداب البريطاني ، حيث قامت سلطة الانتداب بتنظيم النواحي التشريعية في المنطقة ، ومن ضمن التشريعات الصادرة عنها بعض القواعد المنظمة لمسالة التحكيم ، مثل قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٩ لسنة ١٩٢٦ وقانون التحكيم لسنة ١٩٢٨ ثم قانون التحكيم لسنة ١٩٣٤، وكان أخر هذه القوانين هو قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٦ ، وقد تضمنت التشريعات السابقة نصاً مشابهاً جاء فيه (يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة فلسطين احد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة).

ويلاحظ على نص مجلة الأحكام العدلية انه جاء بالمعنى الواسع بحيث يشمل كافة أنواع العقود التي تكون في إطار المعاملات ذات الطابع المالي، والتي تتعلق بحقوق الإنسان، وهذا يفيد استبعاد كل المسائل المتعلقة بحقوق الشرعية كمسائل الحدود والقصاص ، ومن هنا يمكن القول أن العقود الإدارية مشمولة ضمن أحكام التحكيم في مجلة الأحكام العدلية.

وبعد إعلان المملكة الأردنية الهاشمية – عند انتهاء الاستعمار البريطاني– لم يفقد نظام التحكيم أهميته بل استمر ذلك، حيث كانت الأردن من أوائل الدول العربية التي أفردت تشريعاً خاصاً لتنظيم أحكام التحكيم، وقد كان ذلك في بدايات تأسيس المملكة بعد الاستغلال، فصدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ واستمر العمل به حتى صدور قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ والذي جاء استجابة من المشرع الأردني للتطورات والتغيرات التي حدثت في مجال التحكيم على المستويين الداخلي والدولي.

وتجدر الاشارة هنا ان المشرع الاردني يعد من اوائل من عالج موضوع التحكيم وذلك في قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ مقارنة مع الدول العربية، اذ افرد لهذا الموضوع جملة من الاحكام عالج من خلالها اتفاق التحكيم وشروطه، وتشكيل هيئة التحكيم، واطراف التحكيم، وحكم التحكيم، وبطلان حكم التحكيم، واخيراً حجية احكام المحكمين وتنفيذها.

وفيما يتعلق بموقف المشرع الأردني من مسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، فمن خلال التمعن بنصوص قانون التحكيم الأردني ، فقد عالج المشرع نطاق سريان هذا القانون في المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ والتي تنص على انه (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي

يجري في المملكة ، يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية).

فمن خلال نص المادة أعلاه نجد أن المشرع الأردني لم يحسم الخلاف بشكل قاطع حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، إذ انه أجاز التحكيم في العقود عندما يكون احد أطراف النزاع شخصاً من أشخاص القانون العام، كما انه أجاز التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية.

وبهذا السياق فإننا نقترح على المشرع الاردني تعديل نص المادة الثالثة المشار اليها سابقا والنص صراحة على اضافة "ويشمل ذلك كافة العقود الادارية" في نهاية المادة الثالثة، اذ ان النص على حاله لا يدل بذاته على خضوع منازعات العقود الادارية للتحكيم.

وبموجب قانون استقلال القضاء الأردني نجد أن المشرع قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية وذلك بموجب نص المادة (١٧/ب) التي تنص على انه (يجوز للقاضي أن يعين محكماً بموافقة مجلس الوزراء بناءً على تنسيب المجلس إذا كانت الحكومة أو احد المؤسسات العامة طرفاً في النزاع المراد فصله بطريقة التحكيم أو كان النزاع ذا صفة دولية ويعود للمجلس الحق بتقدير بدل أتعاب القاضي المحكم).

وكذلك نصت المادة (٣٣) من قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥ على انه (تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر لرأس المال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية ودياً بين طرفي النزاع ، وإذا لم تتم تسوية النزاع من خلال ذلك خلال مدة لا تزيد عن ستة أشهر فلأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء أو إحالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى الموقعة مع المملكة).

وبالنظر إلى قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ نجد انه لم يتضمن أي نص قانوني يجيز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية أو حضره. وبالتالي فان الجهات الإدارية كانت تبرم العقود الإدارية متضمنة شرط اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام هذه العقود، على اعتبار أن عدم النص على الحظر من قبل المشرع يعتبر بمثابة الإجازة الضمنية للجوء إلى التحكيم في أي منازعة إدارية.[٤٦]

المطلب الثاني

موقف القضاء في العراق والأردن من مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

لم يتفق رأي القضاء على مبدأ معين يمكن من خلاله بيان موقفه من مدى جواز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية ، فبالنظر الى الاحكام القضائية نجد ان بعضها قد جاءت مؤيداً لذلك، في حين البعض الاخر قد جاء معارضاً، وهذا يختلف من بلد الى بلد ومن نظام قضائي لأخر.

وسنبحث في هذا المطلب موقف القضاء في العراق والأردن من مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك من خلال دراسة تفصيلية لموقف القضاء العراقي في الفرع الأول والقضاء الأردني في الفرع الثاني.

الفرع الأول

موقف القضاء في العراق من مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

ابتداءً نود أن نبين انه من خلال بحثنا في المجال القضائي بخصوص إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية نجدها قليلة جدا مما يتعذر علينا تحديد موقف للقضاء العراقي من التحكيم في العقود الإدارية، وحتى الذي وجدناه منها فأنه يتناول التحكيم طبقا للشروط العامة المقاولات إعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨.

ففي قرار لمحكمة التمييز العراقية جاء فيه (إن شرط العاقد كنص الشارع، فإذا اتفق العاقدان على تحكيم شخص ثالث لفض النزاع الناتج عن تنفيذ عقد المقاولة كان قضاء المحكم قضاء ملزما وحاسما للنزاع).[٤٧]

وفي قرار لمحكمة استئناف بغداد جاء فيه (إن محكمة البداءة قد ردت طلب المميز (ع) (ص) باعتبار إنهما تقدما بطلب تعيين المحكمين وإجراء التحكيم قبل التوصل بالطريقة التي حددتهما المادة (٦٩) من الشروط العامة للعقد المعقود بين الطرفين وهي إحالة النزاع الذي قد ينشأ بين الطرفين عند تنفيذ المقاولة والانتهاء من التنفيذ إلى المهندس، وبعد تبليغها بقرار بشأن النزاع ، لكل من يعترض عليه إحالة القضية إلى التحكيم).[٤٨]

الفرع الثاني

موقف القضاء في الأردن من مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

أما بخصوص موقف القضاء في الأردن فنجد انه مر بمرحلتين أساسيتين ، كانت الأولى في ظل قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ ، في حين كانت المرحلة الثانية في ظل قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ وهذا ما سنتناوله تباعاً:

أولاً: التحكيم في ظل قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣:

لقد كان صدور قانون التحكيم الاردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ دليلاً واضحاً على الاهتمام الذي يوليه المشرع الاردني بمسألة التحكيم. وكان القضاء الأردني في ظل هذا القانون لم يرد أي دعوى رفعت إليه بخصوص التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، بل كان ينظر إلى النزاع المطروح عليه أما بتأييد حكم التحكيم أو بقبول الطعن فيه.[٤٩]

ومن القضايا التي تم قبول التحكيم فيها، حكم محكمة التمييز الأردنية في النزاع المتعلق بمبنى السفارة الأردنية في سلطنة عمان في مدينة مسقط بين وزارة الخارجية الأردنية والمكتب الهندسي المحال عليه عطاء مبنى السفارة الأردنية، فبالنظر إلى وقائع هذا النزاع نجد أن محكمة التمييز الأردنية قد أوضحت في حكمها بان (الاتفاق على حل أي نزاع ينجم عن اتفاقية العطاء المحال على المدعي (المميز) عن طريق التحكيم بموجب قانون التحكيم الساري المفعول رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ يجعل من تمسك المدعي عليهم بشرط التحكيم في محله طالما أن الدعوى مؤسسة على الادعاء بإخلال المدعي عليهم بالتزاماتهم العقدية الواردة في العطاء ، وحيث أن المدعي عليهم تقدموا بطلب لوقف السير في الدعوى وفقاً لحكم المادة السادسة من قانون التحكيم وقبل الدخول بأساس الدعوى معلنين رغبتهم واستعدادهم بانتظار سير التحكيم إضافة إلى إعلانهم عن رغبتهم حل الخلافات عن طريق التحكيم قبل إقامة الدعوى وفقاً للبند الوارد في الاتفاقية واقترحوا من جانبهم محكماً ، فيكون اتفاق التحكيم الذي لم يرجع عنه المدعى عليهم ملزماً للطرفين باعتباره شريعة المتعاقدين ويكون الحكم بوقف الدعوى موافقاً للقانون).[٥٠]

وبالتالي فمن خلال هذا الحكم الصادر عن محكمة التمييز يعتبر دليل واضح على أن القضاء الأردني قد اخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ بالرغم من عدم وجود أي نص تشريعي يجيز ذلك.

ثانياً: التحكيم في ظل قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١:

إن قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ جاء استجابة من المشرع الأردني للتغيرات والتطورات التي حدثت في مجال التحكيم.

ومن القرارات الصادرة عن القضاء الأردني بعد صدور هذا القانون ، القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بمناسبة إبرام اتفاقية تحكيم مبرمة بين وزارة التربية والتعليم وشركة انتر ناشونال في ٢٠٠١/١١/٢٥ في إطار عقد لتطوير أجهزة الكترونية للوزارة من قبل الشركة المذكورة . حيث تم الاتفاق بين الوزارة والشركة المذكورة على حل الخلافات بطريق التحكيم .

ونتيجة للخلاف الذي حصل لا حقاً حول شروط تنفيذ العقد ، وقررا حل هذا الخلاف عن طريق اللجوء إلى التحكيم استناداً إلى ما نص عليه في العقد .

وبعد أن تم اللجوء إلى التحكيم وتمت إجراءات التحكيم ، قررت وزارة التربية والتعليم الطعن بقرار هيئة التحكيم لدى محكمة الاستئناف ، غير أن محكمة الاستئناف قضت برد الطعن شكلاً ، حيث جاء في حيثيات حكمها ما يلي (وحيث أن المحكمين لم يرفعوا يدهم عن رؤية دعوى التحكيم ، وان إجراءات التحكيم لم تنته ، وان أحكام التحكيم لا تقبل الطعن وفقاً لأحكام المادة (٤٨) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ وان حق كل طرف من أطرف التحكيم ينحصر بإقامة دعوى البطلان بعد الانتهاء من إجراءات التحكيم وصدور الحكم المنهي للخصومة كلها ، وحيث أن قرار المحكمين بالأتعاب المعجلة في هذه المرحلة من إجراءات التحكيم لا يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف إلا بدعوى البطلان من القرار الفاصل في حكم التحكيم ، إضافة إلى أن المادة (٤٩) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ قد حددت الحالات التي يكون فيها حكم التحكيم قابلاً للطعن به بدعوى بطلان حكم التحكيم ، وان

قرار المستأنف ليس ضمن هذه الحالات ، مما يعني أن فسخ قرار هيئة التحكيم موضوع هذا الاستئناف مستوجب الرد شكلاً).[٥١]

فمن خلال هذا الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف يتبين لنا أن القضاء الأردني قد اخذ بالتحكيم في العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم الجديد رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

المطلب الثالث

موقف الفقه من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

اختلف الفقهاء بشأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى اتجاهين ، أولهما يرفض اللجوء إلى تلك الوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية وثانيهما يؤيد ذلك. وهذا ما سنتناوله وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

الاتجاه المعارض* للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ذهب اتجاه إلى عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، فلا تصلح هذه المنازعات لان تكون محلاً للتحكيم، واستند الفقه المعارض للتحكيم في المنازعات المتصلة بالعقد الإداري إلى العديد من الأسس والتي سنتناولها وفق الأتي:

أولاً: تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل لقضائها:

ذهب البعض إلى القول بان التحكيم في مجال العقود الإدارية يعتبر مساساً بسيادة الدولة بما ينطوي عليه من سلب للاختصاص الأصيل للقضاء الوطني الذي يعد مظهراً من مظاهر تلك السيادة.[٥٢]

فبما ان التحكيم يعتبر طريقاً استثنائياً لفض المنازعات، فانه بذلك قد سلب الاختصاص الوطني سلطة اساسية ومس بسيادة الدولة، كون هذا الاختصاص يعتبر اختصاص اصيل للسلطة القضائية ولجهات قضائها الرسمي.[٥٣]

فاذا كان من الجائز اللجوء الى التحكيم في علاقات القانون الخاص ، فانه من غير الجائز اللجوء اليه في علاقات القانون العام، لان من المعلوم ان قواعد الاختصاص القضائي هي من النظام العام والتي لا تملك الادارة تعديلها بقرارها او اتفاقها مع الغير، لان ذلك القرار او الاتفاق يعتبر تعديل لقواعد الاختصاص الامرة من خلال اداة لا تساوي الادارة القانونية التي قررتها تلك القواعد.(٥٤)

فالتحكيم يقوم به أفراد عاديون أو هيئات خاصة ، ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي استبعاداً للقانون الوطني من التطبيق على محل اتفاق التحكيم ، وتأبى سيادة الدولة أن تمثل أمام قضاء خاص أو أن يحكم عليها وفق قانون أجنبي، فالدولة أو الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن يحكم عليها إلا بواسطة قضائها الرسمي الذي ينص عليه دستورها وتنظمه قوانينها.(٥٥)

إلا أن هذا القول محل نظر فلا يمكن الاحتجاج بفكرة سيادة الدولة كمبرر لرفض التحكيم، فالتحكيم ليس فيه انتقاص لسيادة الدولة كونها هي التي تجيزه وتنظمه بمقتضى قوانينها الداخلية.

ثانياً: احتمالية تطبيق قانون اجنبي:

تختلف هيئة التحكيم بحسب نوع النزاع وطبيعته واطرافه وما تضمنه شرط التحكيم او مشارطة التحكيم، ولذلك فقد يكون التحكيم وطنياً وقد يكون اجنبياً.

وبالتالي فان تمثيل الدولة امام قضاء خاص وفق قانون اجنبي يعتبر انتهاك لسيادة الدولة، وهذا ما تأبى سيادة الدولة الخضوع اليه، فاذا كان ذلك مقبولاً وممكناً وجائزاً في علاقات القانون الخاص، فانه غير مقبول في العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها كسلطة عامة، لان السلطة العامة لا يمكن الحكم عليها لا بواسطة القضاء الرسمي الخاص بها والذي نص عليه دستورها وتنظمه قوانينها.(٥٦)

ثالثاً: يعتبر اللجوء إلى التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الإداري وخروجاً على مبادئ التفويض:

يعتبر هذا الرأي بان اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فيه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري الذي يعد صاحب الاختصاص الأصيل في الفصل فيه طبقاً لنصوص قانونية صريحة ، فالحكمة من منحه هذا الاختصاص هي أن العقود الإدارية ذات طبيعة خاصة تتميز فيها عن غيرها من العقود المدنية والتجارية ، فهي تتضمن شروطاً استثنائية، كالشروط المتعلقة بالقوة القاهرة والظروف

الاستثنائية، ناهيك عن إعطاء جهة الإدارة صلاحيات واسعة لا يتمتع بها الطرف الأخر المتعاقد معها، والتي تخرج عن المبادئ الأساسية المستقرة في مجال العقود المدنية والتجارية والمحكومة بقاعدة المساواة بين طرفي العقد في الحقوق والالتزامات، ولهذا تنطبق على العقود الإدارية قواعد

قانونية خاصة تراعي فيها هذه الطبيعة الاستثنائية للعقد الإداري، ولذلك يعتبر القضاء الإداري هو الأقدر على الفصل في منازعات العقود الإدارية وذلك بتطبيقه قواعد القانون الإداري، لاسيما وان اغلب القواعد المذكورة قضائية أنشأها القضاء الإداري مراعياً فيها المرونة المطلوبة في العقود الإدارية.[٥٧] فالاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية متعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعده ، فأي اتفاق بينهم باللجوء إلى التحكيم يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويمكن للقاضي إثارته عفواً.[٥٨]

إلا إن هذا القول محل نظر أيضاً اذ لا تملك جميع الدول قضاء إداري متخصص في العقود الإدارية ، أو قد يكون لديها قضاء إداري إلا أن القضاء العادي هو المختص بنظر هذه المنازعات كما هو الحال عليه الآن في كل من العراق والأردن اذ يختص القضاء العادي بنظر تلك المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، كما أن هذا القضاء المتخصص قد يكون حديث النشأة ولا يملك الخبرة والمهارة التي يملكها المحكمين، فضلاً عن أن قيام الإدارة والأفراد باختيار المحكمين تسقط الحجة القائلة بعدم التزام المحكمين بالقواعد الاستثنائية للعقود الإدارية ، فمن غير المعقول أن تقوم الإدارة باختيار محكمين لا يراعون هذه القواعد.

كذلك يعد اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات خروجاً على المبادئ الأساسية المعروفة في التفويض[٥٩]، وتجد هذه الحجة أصلها ومصدرها في نظرية الوزير القاضي التي كانت معروفة في الماضي، حيث كان الوزير يقوم بالفصل في المنازعات التي كانت تثور في وزارته ، وكان ذلك تطبيقاً للمفهوم المطلق والجامد لمبدأ الفصل بين السلطات وبالذات الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية. ومضمون هذه الحجة أن اللجوء إلى التحكيم يعني قيام الوزراء بتفويض سلطاتهم لمحكين، وهم لا يملكون ذلك ولا يستطيعون تعديل أو تغيير نظام جهات القضاء.[٦٠]

رابعاً: تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام:

يؤسس الفقه الرافض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية رأيه على فكرة النظام العام، والتي يرى في التحكيم في تلك المنازعات إخلالاً بها، لان هيئة التحكيم تستعين بالقواعد القانونية التي تراها ملائمة لفض النزاع القائم ، دون الالتزام بقواعد النظام العام وأهمها في هذا الشأن تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

وقد ذهب أنصار هذا الرأي في استناده إلى فكرة النظام العام كأساس لرفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تتعلق بالنظام العام ،ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلاً.[٦١]

ونتفق مع وجه النظر التي تقول بان الاستناد إلى تعارض التحكيم في العقود الإدارية مع فكرة النظام العام هو رأي اقرب للقبول من الأسانيد الأخرى الرافضة لهذا النظام، حيث أن المحكم لن يلتزم في تحكيمه سوى بتطبيق القواعد القانونية التي يحددها له المحتكمين بغض النظر عما إذا كان هذا التطبيق سوف يؤدي إلى تغليب الصالح العام على الصالح الخاص أم لا.[٦٢]

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

ذهب اغلب الفقه* إلى تأكيد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية .

يذهب بعض الفقه[٦٣] إلى القول بأفضلية اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء وذلك لأن التحكيم يعتبر أكثر ملائمة لتسوية المنازعات التي قد تثور في مجال العقود الإدارية ولكونه يؤمن السرعة في تسوية النزاع دون التأثير على سير خطة تلك المشاريع بانتظام واطراد، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الأسانيد الآتية لتبرير وجهة نظرهم هذه:

١- لما كان حكم التحكيم غالبا ما يكون نهائيا غير قابل للطعن بطرق الطعن الاعتيادية المتعارف عليها في المحاكم العادية، وهو سوف يوفر الوقت، والجهد والتكاليف المادية التي يمكن أن تستنفذ في إجراءات التقاضي.

٢- أن الموافقة على اللجوء إلى التحكيم يعزز من ثقة الشركات بالمشروع ويزيد من اطمئنانها على أموالها المستثمرة في الدولة، وبالعكس فأن الالتجاء إلى القضاء غالبا ما يضعف من عزيمة الطرف الأخر المتعاقد مع الدولة، مما يترتب على ذلك من أثار سلبية على مسيرة المشروع ويضر بالنفع العام الذي هو المحصلة الأخيرة التي تبتغيها الدولة من استثمار الأموال في إقليمها.

٣- إن اللجوء إلى تعيين محكم محايد يزيد من ثقة واطمئنان أطراف الاتفاق بالوصول إلى تسوية عادلة في نزاع يثور بينهما.

ويذهب البعض الأخر إلى القول بان اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية لا يتعارض مع أي تأصيل تاريخي أو فكري أو سياسي أو اجتماعي أو اقتصادي، كما أنه لا يتنافى مع أي مصدر رسمي او غير رسمي من مصادر التشريع أو القواعد الأصولية العامة. وبالتالي فان التحكيم في العقود الإدارية يكون جائزاً لعدم وجود إي سند قانوني يمكن من خلاله حظر التحكيم إلى جانب تباين الآراء الفقهية حول جواز ذلك أو عدمه . أضف إلى ذلك أن الدولة بمختلف أجهزتها الرسمية تلك القدرة على اللجوء إلى أية تصرفات مناسبة يمكن من خلالها حل خلافاتها ومنازعاتها ومن بينها التحكيم مادام يحقق أهدافها ومصالحها.[٦٤]

وبالتالي لا يوجد ما يمنع من ان تلجأ الدولة الى تصرف قانوني واداري يتسم بالمرونة في حل المنازعات والخلافات –التي قد تنشأ بينها وبين المتعاقد معها– بهدف تبسيط الامور والتوصل الى نتائج عادلة ومرضية عن طريق التحكيم.

لذلك فان الرأي الراجح من الفقه يدعم الأخذ بفكرة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية حتى لو لم يجز القانون الداخلي ذلك ، حيث يتم ذلك من خلال وضع شرط التحكيم في هذه العقود[٦٥] ، ويستند في ذلك إلى إن القوانين التي تحدد اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية لا تنص صراحة على حظر اللجوء إلى التحكيم في تلك المنازعات. كما ان قوانين التحكيم تحدد مجالاته في المسائل التي يجوز فيها الصلح، فالمادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني نصت على

انه (...لايجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح). وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي على انه (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح....) .

واستناداً لما تقدم فالتحكيم مثل الصلح لا ينتقص من اختصاص المحكمة الأصلية، فضلاً عن أن قوانين التحكيم الحديثة تنص صراحة على أن أحكامها تسري على كل العلاقات بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص ، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع. وبالتالي لا يوجد مانع يمنع الإدارة من اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات والخلافات التي قد تنشأ بينها وبين المتعاقد معها بهدف تبسيط الأمور والتوصل إلى نتائج عادلة ومرضية .

الخاتمة

هذا وبعد أن أشرفت على الانتهاء من مسيرة البحث المتواضعة للتحكيم في العقود الإدارية – دراسة مقارنة في التشريع الأردني والعراقي– الذي حاولنا فيه معالجة مدى جواز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية، توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج:

١– الأصل أن القضاء هو صاحب الولاية العامة للفصل بجميع المنازعات ، أما التحكيم فهو استثناء وخروجا عن الأصل العام. كما إن اللجوء إلى اتفاق التحكيم لا يعني التنازل عن الحق في اللجوء إلى القضاء، لأن هذا الأخير يعد من الحقوق العامة التي لا يجوز التخلي عنها، بل أن اللجوء إلى اتفاق التحكيم يقيد هذا الحق بحدود معينة.

٢– لم تتبلور فكرة اللجوء الى التحكيم في مجال العقود الادارية لدى القضاء والفقه العراقي والاردني، مما نستنتج التردد في قبول هذه الفكرة لديهما، اذ اسهم المشرع العراقي في ذلك من خلال عدم النص صراحة في قانون المرافعات العراقي الذي تضمن النص على التحكيم على هذه الفكرة، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الاردني الذي لم ينص ايضاً صراحة في قانون التحكيم الحالي على هذه الفكرة.

٣– تبين لنا أن التحكيم يخضع لعدة مزايا تجعله الملاذ الذي يلجأ إليه الأطراف المتعاقدة من حيث مرونته بالشكل الذي يتلاءم مع طبيعة منازعات العقود الإدارية، خاصة وان هذه العقود تحتاج إلى وقت طويل كي تنفذ ، بالإضافة إلى

امتياز التحكيم بالسرعة في حسم هذه المنازعات بأسرع وقت ممكن اقل مما يستلزمه الأمر في المحاكم . بالإضافة إلى قلة النفقات ، لذلك نجد أن أطراف النزاع قد وجدوا ضالتهم في كثيراً من الأحيان في محكمين يمكنهم الاتفاق على تسميتهم للفصل فيما يثور بينهم من منازعات.

٤- إن اتفاق التحكيم يعتبر ذو طبيعة إدارية مستقلة ، لان المحكم يستند إلى اتفاق التحكيم المعقود بين طرفي النزاع، والمحكم لا يمثل قضاء الدولة ولا تنطبق عليه قواعده، وإنما تنطبق عليه قواعد مستمدة من اتفاق التحكيم مما يضفي عليه طبيعة ذاتية مستقلة.

٥- إن التحكيم نظام قضائي اتفاقي يقف فيه أطراف النزاع على قدم المساواة أمام هيئة التحكيم التي لا تعترف بالشروط والامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة، بل قد ترى أن هذه الشروط تمثل إجحافاً بالمتعاقد مع الإدارة.

٦- إن المشرع العراقي والأردني أعطيا الحق في نظر كافة منازعات العقود بما فيها العقود الإدارية إلى القضاء العادي دون القضاء الإداري ، وبالتالي فقد أثقل كاهل القضاء العادي بكم كبير من القضايا والتي تحتاج إلى فترات ليست بالهينة حتى يتم الفصل فيها ، وهذا هو احد الأسباب التي تجبر الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم .

٧- إذا كان اتفاق التحكيم في حقيقة الامر لا يثير أي مشكلة في اللجوء إليه في عقود الإدارة ذات الطابع الخاص، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية لما له من اثر سلبي على خصائصها الذاتية.

ثانيا: المقترحات:

١- نظراً لتعاظم دور التحكيم في الوقت الحاضر فإننا ندعو المشرع الأردني والعراقي ضرورة سن تشريع لتنظيم إجازة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ويضم جميع مبادئ التحكيم مما يسهل الرجوع إليه ويحقق اطلاع العامة على مزاياه واطلاعهم على التيسير الذي يحقق هذا الاتفاق.

٢- نرى ضرورة أن يحاط التحكيم في العقود الإدارية بضمانات كافية تسمح بالحفاظ على الأموال العامة وعدم التفريط بحق الإدارة ، لذا نرى من الأفضل أن تقوم الجهات الإدارية وقبل اللجوء إلى التحكيم بالحصول على أذن من الوزير المختص أو المجلس الاستشاري أو عرض الموضوع على وزارة العدل لإبداء

الرأي فيه وحسب أهمية الموضوع قبل اللجوء للتحكيم على أن يكون ضمن سقف زمني محدد لضمان السرعة وعدم فوات الفائدة من اللجوء إلى التحكيم.

٣- ضرورة تعديل نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي، ونص المادة الثالثة من قانون التحكيم الاردني بحيث يضاف في اخرها عبارة "ويشمل ذلك كافة العقود الادارية".

٤- وجوب عدم التوسع في نظام التحكيم حتى لا يؤدي في النهاية إلى تراجع قضاء الدولة إلى المرتبة الثانية ليحل التحكيم في المرتبة الأولى ويكون محلا لأبسط المنازعات.

٥- ضرورة الاهتمام بنظام التحكيم في منازعات العقود الادارية لما يقدمه من اجراءات سهلة تخدم مصالح اطراف النزاع، بما يساهم في سير المرفق العام بانتظام واطراد.

٦- ضرورة أن ينظم المشرع العراقي أمور التحكيم في قانون مستقل كما هو الحال في الأردن بعيداً عن قانون المرافعات المدنية ، على أن ينص فيه صراحة على جواز إدراج التحكيم في العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة .

٧- نرى ضرورة أن تستعين جهة الإدارة وهي في سبيلها لإبرام العقد الإداري بذوي الخبرة القانونية والمختصين بمجال التحكيم في العقود الإدارية ،وذلك لحسن صياغة شروط التعاقد بما يكفل تضمين العقد القواعد المناسبة التي تحفظ للعقد خصائصه وذاتيته الخاصة، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق وغيرها من المسائل ذات الأهمية في هذا الصدد.

٨- عند الاتفاق على شرط التحكيم نرى ضرورة أن تعمل الإدارة على أن يرد في صورة مشارطة التحكيم في حالة نشوء نزاع عن العقد، لان مشارطة التحكيم التي يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع تتيح للإدارة الطرف في التعاقد أن تكون على بصيرة بنوع النزاع وطبيعته وما إذا كان اللجوء إلى التحكيم يضر بمصالحها ، كما أن تبصر الدولة بموضوع النزاع يتيح لها حسن اختيار القانون الواجب التطبيق عليه والذي يتم الاتفاق عليه بمشارطة التحكيم.

٩- ضرورة قيام المشرع الاردني والعراقي بسحب ولاية المحاكم العادية على منازعات العقود الادارية واخضاعها لولاية محكمة القضاء الاداري اسوة بالمشرع الفرنسي والمصري الذي اخضع تلك المنازعات لولاية القضاء الاداري.

الهوامش

(١) الآية (٣٥) من سورة النساء .

(2)Auby (J.M):"L'arbitrage en matiere administrative" A.J.D.A,1995,p 81.

(3)David (Rene)L'arbitrage dens les commerce international ,paris Economic 1982,p 9.

(٤) د. اسعد فاضل منديل، عقد التحكيم وإجراءاته ، ط١ ، مكتبة زين الحقوقية الأدبية، ٢٠١١،ص١٩ .

(٥) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،٢٠٠٤، ص ١٥٧.

(٦) د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٤. وكذلك د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة ،دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣،ص ٢١.

(٧) د. حسين الحسين، بحث بعنوان (التحكيم في العقود الادارية) مقدم الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في دولة الامارات العربية المتحدة ، المجلد الاول، ٢٠٠٨، ص٣٧٢.

(٨) محمد علاء الدين الحصفكي (١٠٨٨هـ) الدرر المحتار بحاشية رد المحتار ، طبعة محمد علي صبيح ، ٤٢٨/٥.

(٩) د. سليم سلامة حتاملة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الادارية، بحث منشور في المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية ، المجلد (٤) العدد (٢)، ٢٠١٢،ص١٠٦.

(١٠) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص١٢.

(١١) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٧٧٤ لسنة ١٩٩٤ ،مجلة نقابة المحاميين الأردنيين ،١٩٩٥ ،العدد السابع و الثامن، ص١٩٨٥.

(١٢) د.بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الادارية، ط١ ،عمان، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥، ص١٣.

(١٣) د.عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مصدر سابق، ص٢٥.

(١٤) د. ماجد راغب ،العقود الادارية والتحكيم، مصدر سابق،ص ١٦٩،وجورجي شفيق ساري، مصدر سابق،ص٢٥.

(١٥) د. احمد خور رشيد حميدي، التحكيم في العقود الإدارية ،بحث منشور في مجلة جامعة كركوك للعلوم الإنسانية، العدد ١ ، المجلد ٤ ، ٢٠٠٩، ص٩٩. وكذلك د. عبد الهادي، بشار جميل، العقد الاداري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٥، ص١٥٣.

(١٦) رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الإداري ، رسالة ماجستير، جامعة النهرين ، ٢٠٠٧، ص٢٢.

(١٧) ينظر: نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(١٨) لقد اخذ قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩ المعدل بكلتا الصورتين وهو ما يستفاد من نص المادة (٢٥٢) التي تنص على (إن لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة، ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة ، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة، فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم).

(١٩) إبراهيم حمود مهنا، الدور الرقابي للقضاء في مجال التحكيم ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢٠ ، المجلد ٢ ، السنة السادسة ، ٢٠١٣، ص٣٤٩.

(٢٠) د.عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ،مصدر سابق ، ص٣٤.

(٢١) سناء بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، منشورة، جامعة الحاج خضر ، الجزائر ،٢٠١٠-٢٠١١ ، ص٩٧.

(٢٢) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٨ ص٧٣، وكذلك عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية ،مصدر سابق، ص٣٨.

(٢٣) د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مصدر سابق ، ص٧٢.

(٢٤) د. بشار جميل عبد الهادي، العقد الاداري ، ط١ ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٥ ص١٤٣، وكذلك عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص٢١ ، وكذلك د. أحمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص٢٣ ، وكذلك مازن فايز محمد مقابلة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، رسالة ماجستير ، جامعة آل البيت، ٢٠٠٥ ص١١، وكذلك د. عمار طارق عبد العزيز ، دور التحكيم في منازعات العقد الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق/جامعة النهرين، الإصدار ٣،المجلد ١٤، ٢٠١٢، ص١٣٧.

(٢٥) د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط١ ، الاسكندرية ، منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص٤٩.

(26) Jean Vincent et serge Guinchard "Procedure civil" Dalloz .1999, n 1639, p 1101 .

(٢٧) د. اسامة احمد المليجي ، هيئة التحكيم الاختياري، القاهرة، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤، ص١٧.

(٢٨) د.عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣،ص٤٤.

(٢٩) د. احمد محمد عبد البديع، شرح قانون التحكيم المصري، دراسة مقارنة، الطبعة ٢،القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٢٢.

(٣٠) د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص ٢٩، و كذلك د.عصمت عبد الله الشيخ، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٣١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٣٢) د.علي طاهر البياتي ، التحكيم في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفن، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص ٥٣.

(33) Par R. Rob lot Ripert (G):Traite eemen de droit commercial paris ,1968,p182-183 .

(٣٤) د. خالد العنزي، التحكيم في العقود الادارية في الكويت، مصدر سابق، ص١٠٥، و د. حميد اللهبي، المحكم في التحكيم التجاري والدولي، ط١، القاهرة ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٨٠.

- J.R.Devichi L'arbitrage: Nature Juridique droit interni et droit international prive: op.cit.No14 p. 17et 18 et No583p.364 et.

(٣٥)د. محمود السيد عمر التحيوي ،الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، الاسكندرية، منشاة المعارف،٢٠٠٣، ص٢٩٧.

(٣٦) ينظر الفقرة الثالثة من المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣٧) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مصدر سابق ،ص٢٨.

(٣٨) د.عقيل سرحان محمد ، تنفيذ قرارات التحكيم ،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ،العدد الأول، السنة الرابعة ، ٢٠١٢، ص٩٠.

(٣٩) د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص٩٨.

(٤٠) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية،مصدر سابق ، ص٣١.

(٤١) د. عبد الحميد الشواني ، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية ، منشأة المعارف، ١٩٩٦،ص٢٤. وكذلك د.احمد خور رشيد حميدي (٢٠٠٩) التحكيم في العقود الإدارية ،مصدر سابق،ص٩٩.

(٤٢) حامد المختار، التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني – الثالث والرابع، ١٩٨١، ص ٤٢٥.

(٤٣) تضمن القسم (١٢) من قانون العقود العامة الصادر بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة، رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ تسوية النزاعات وهي: ١- الاعتراض على المناقصة لدى محكمة إدارية متخصصة مؤسسة استنادا إلى سلطة هذا الأمر.

٢-تقديم الشكاوي 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.

(٤٤) يراجع الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، وزارة التخطيط، ٢٠٠٦، المادة (٦٩)، ص ٨٠.

(٤٥) مازن فايز محمد مقابلة ، التحكيم في منازعات العقود الادارية، مصدر سابق ، ص٦١ .

(٤٦) عبد الله محمد سلامة البطوش ، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة العلوم الإسلامية، عمان-الأردن، ٢٠١٤، ص٨٤.

(٤٧) د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص١٨.

(٤٨)رقم القرار ١٨١/ مستعجل-١٩٨٠ في ٢٤/٨/ ١٩٨٠ منشور في مجلة الوقائع العدلية، العدد ٤٣، ١٩٨١،ص ٢٧٨.

(٤٩) د. سليم سلامة حتاملة ، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، بحث منشور في المجلة الأردنية في العلوم القانونية والسياسية، العدد ٢ ، المجلد ٤ ، نيسان ٢٠١٢.

(٥٠) محكمة التمييز الأردنية /حقوق رقم ٩٠/٢٤٠،مجلة نقابة المحاميين الأردنيين ، ٢٠٠٠ ، العدد ٣و٤، ص٩٧٥.

(٥١) حكم محكمة استئناف عمان رقم ٢٠٠٤/٦٤ ، تاريخ ٢٠٠٥/٢/١٤ ، أشار إليه د. سليم سلامة حتاملة (٢٠١٢) مصدر سابق ، ص١٣٠ ، وكذلك مازن فايز محمد مقابلة ، مصدر سابق ، ص٧٠.

* من أنصار الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الطماوي ، سليمان محمد ،الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٤ ، ص١٧٠. كذلك احمد محمد مليجي موسى ، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، مصر، جامعة عين شمس،١٩٩٧، ص١٨٣.

(٥٢) د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ،القاهرة، دار النهضة العربية،١٩٩٧، ص٤٠ .

(٥٣) مصطفى سالم النجيفي ، العقود الادارية والتحكيم، الشارقة، الامارات العربية المتحدة، الافاق المشرقة ناشرون، ٢٠١١، ص٤٢٢.

(٥٤) حمدي ياسين عكاشة، العقود الادارية في التطبيق العملي، الاسكندرية، منشأة المعارف،دون سنة نشر، ص١٤٠.

(٥٥) د. جورج شفيق ساري ، مصدر سابق، ص١٠٥ .

(٥٦) عبد الله محمد سلامة البطوش، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الادارية، مصدر سابق، ص١٠٦.

(٥٧) د. محمد عبد المجيد اسماعيل ،عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، ط١ ،منشورات الحلبي، ٢٠٠٣، ص٣٨٩.

(٥٨) محي الدين القيسي ، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها ، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتحكيم والتوفيق، ط١، ٢٠٠٣، ص٩٧.

(٥٩) د. جورجي شفيق ساري، مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإداري ، مصدر سابق،ص١١٠.

(٦٠) د.اشرف محمد خليل حماد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر ،٢٠١٠،ص٣٨.

(٦١) د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، طه ، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص١٩٢.

(٦٢) د. أشرف محمد خليل حماد ، مصدر سابق ، ص٤٠.

* من أنصار الاتجاه المؤيد للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،ط١ ،الإسكندرية،منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص٣٧،وكذلك د.عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، مصدر سابق،ص١٠٩ ،وكذلك د. بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مصدر سابق،٢٠٠٥، ص٧٨.

(٦٣) محمد ظاهر معروف، شرط التحكيم في عقود القانون العام وفي عقود القانون الخاص، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٦٧، ص٦٠، وكذلك د. جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٣، ص ٢١٣، وما بعدها.

(٦٤) د. بشار جميل عبد الهادي (٢٠٠٥) التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص٤٦.

(٦٥) د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، مصدر سابق ، ١١٦.