

## الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة دراسة مقارنة

الدكتور أبوبكر أحمد عثمان النعيمي  
كلية الحقوق / جامعة الموصل

### المقدمة

إن الوضع التقليدي لحل النزاعات التي تثور بين الأطراف هو اللجوء إلى الطريق القضائي من خلال تقديم دعوى أمام المحكمة المختصة باعتبار أن وظيفة القضاء الأساسية هي فض المنازعات التي تثور بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية في الدولة، إلا أن هذا الوضع التقليدي بات اليوم يتنافس مع وسائل وطرق بدأت تحل حله في حل النزاعات التي يمكن أن تثور. أن السبب في هذا التطور يعزى إلى الرغبة في الوصول إلى حل المشاكل بطرق أكثر أسهل وأكثر سرعة ومرونة ومن ثم الوصول إلى تحقيق غاية الأطراف بالعمل على حل النزاع وتحقيق العدالة وذلك عن طريق ما يعرف بالوسائل البديلة لحل النزاع. أن اللجوء إلى أساليب بديلة عن التسوية القضائية وجد تطبيقه أول مرة في مجال عقود القانون الخاص لاسيما عقود الاستثمار الدولية، أما بالنسبة للعقود الإدارية فلم تكن مجالاً لتطبيق هذا النوع من الأساليب إلا في مرحلة متأخرة، وجاء التأخر بسبب طبيعة هذه العقود بعدها احد امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة ومن ثم يجب أن تخضع لولاية القاضي الإداري الذي يطبق عليها الأحكام التي تتلاءم مع طبيعتها الخاصة والتي قد تختلف عن ما هو مستقر لدى مثلها العقد المدني، إلا أن هذا الوضع شهد تطورات تدريجية باتجاه قبول تسوية منازعات العقود الإدارية بأساليب وطرق أخرى غير الطريق القضائي، وقد كان عقد الأشغال العامة أول العقود الإدارية التي بدأت تقبل تسوية المنازعات التي تنشأ عنها بأساليب وطرق غير قضائية.

**أهمية البحث:** نظراً للأهمية التي يشغلها عقد الأشغال العامة بوصفه أهم الوسائل الإدارية التي تلجأ إليها في إشباع الحاجات العامة، فإن المنازعات التي تنشأ من هذه النوع من العقود الإدارية تحتل الحيز الأكبر من المنازعات التي تنشأ بين الدولة ومتعاقدتها، وإزاء هذا الوضع بدأ الاتجاه الحديث يتجه نحو البحث عن أساليب وطرق تتسم بالسهولة والمرونة والاقتصاد في النفقات فضلاً عن مزايا أخرى تحققها هذه الأساليب والطرق البديلة وبصورة تقلل بأكبر قدر ممكن لجوء الأفراد إلى الطريق القضائي التقليدي.

**مشكلة البحث:** تواجه عملية اللجوء إلى أساليب غير قضائية لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة صعوبة تتمثل في مدى انسجام وملاءمة هذا النوع من الأساليب لطبيعة هذا النوع من العقود الإدارية، وهذه الصعوبة كانت مثار لجدل قضائي وفقهي بصدد تطبيق هذا النوع من الأساليب على عقود الأشغال العامة من عدمه.

**هدف البحث:** البحث في مدى إمكانية تطبيق الأساليب غير القضائية على منازعات عقود الأشغال العامة، من خلال دراسة هذا النوع من العقود، والتعريف بالأساليب غير القضائية وذلك باستعراض موقف المشرع والقضاء والفقهاء من هذه المسائل جميعها.

**منهجية الدراسة:** سنتبع في دراستنا المنهج التحليلي المقارن.

**خطة البحث:** جاءت خطة البحث على وفق ما يأتي:

**المبحث الأول:** ماهية عقد الأشغال العامة

**المبحث الثاني:** الأساليب الودية لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة

**المبحث الثالث:** التحكيم بوصفه أسلوباً لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة.

## المبحث الأول ماهية عقد الأشغال العامة

يعد عقد الأشغال العامة Le marché de travaux publics ثاني أهم صور العقود الإدارية التي ورد النص عليها صراحة في القوانين المنظمة لاختصاصات القضاء الإداري سواء في مصر أم في فرنسا، أما في العراق فقد تولى القضاء إضفاء الطبيعة الإدارية على عقود الأشغال العامة. ولغرض الإحاطة بهذا النوع من العقود الإدارية سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نخصص المطلب الأول للبحث في تعريف عقد الأشغال، ونبين في المطلب الثاني عناصر قيامه، وناقش في المطلب الثالث موقف القانون العراقي من عقد الأشغال العامة.

### المطلب الأول تعريف عقد الأشغال العامة

لا يوجد تعريف تشريعي للأشغال العامة وإنما ما يوجد هو فقط بعض التشريعات الخاصة يصف فيها المشرع بعض الأشغال بأنها أشغال عامة، وحسناً فعل المشرع بعدم تعريف الأشغال العامة لأن الأمر يتعلق بنوع دائم التطور، فينبغي عدم إعاقته بنص تشريعي أو وضع نص يصعب التقيد به. أما الفقه والقضاء الإداريين فقد أهتم بتعريف عقد الأشغال العامة ففي فرنسا عرفه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية Commune de Monségur بتاريخ 10 من يونيو عام 1921 الأشغال العامة بأنها : " الأشغال التي تنفذ لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام"<sup>(1)</sup> وفي مصر عرفته محكمة القضاء الإداري بأنه " عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عمار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد

(1) أورده وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص 80.

في العقد<sup>(1)</sup>. أما بالنسبة للفقهاء فقد عرفه الفقيه دي لوباديير بأنه "ذلك العقد الإداري الذي تكلف الإدارة بموجبه شخص بتنفيذ أشغال عامة بمقابل ثمن"<sup>(2)</sup>. وفي مصر عرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنه "عبارة عن اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الأشخاص بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي بقصد تحقيق منفعة عامة بمقابل متفق عليه في العقد، ووفقاً للشروط الواردة فيه"<sup>(3)</sup> كما عرفه الدكتور محمد سعيد حسين أمين بأنه "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة بالعقد"<sup>(4)</sup> ويرى الدكتور عبدالرزاق السنهوري أن عقد الأشغال العامة لا يتميز ولا يختلف عن عقد المقاولة إلا في خصائصه الإدارية من تعاقد عن طريق المناقصة العامة وإمكانية توقيع الجزاءات من دون حكم وتنفيذ العقد جبراً على المقاول بطريقة قسرية<sup>(5)</sup>، فعقد الأشغال العامة هو عقد المقاولة المعروف في القانون المدني عندما يتصل موضوعه بمرفق عام، ويجب أن يهدف أيضاً إلى تحقيق مصلحة عامة وهذا ما يجعله مميزاً عن عقد المقاولة المعروف في القانون المدني، فعقد يمكن أن يكون موضوعه منقولاً على خلاف عقد الأشغال العامة. وفي العراق عرفه جانب من الفقهاء بأنه "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد، في الغالب مقاول أو شركة مقاولات، بقصد

1 ) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 284 لسنة 8 ق، جلسة 1956/12/23، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة 11، ص 104.

2) ADRE DE LAUBADERE, Traite Elementaire de Droite Administratif; 5 edition, 1970, p 286.

3 ) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1990، ص 125.

4 ) د. محمد سعيد حسين أمين، تنفيذ العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2001، ص 152.

5 ) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 325.

القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة، مقابل ثمن محدد في العقد"<sup>(1)</sup>

### الطلب الثاني

#### عناصر قيام عقد الأشغال العامة

يتضح من التعريفات المتقدمة أن لعقد الأشغال العامة عناصر أساسية

يرتكز عليها، لا قيام له بدونها، نعرض لهذه العناصر على وفق ما يأتي :

أولاً : أن يكون موضوع الأشغال منصباً على عقار: فموضوع عقد الأشغال العامة هو بالضرورة عمل يرد دائماً على عقار immeuble، سواء كان عقاراً بطبيعته ( أرض أو مباني )، أو كان عقاراً بالتخصيص immeuble par destination ( كالمصاعد والسلالم الكهربائية ومد الخطوط التليفونية وغير ذلك )<sup>(2)</sup> ولا يشترط أن ينصب موضوع الأشغال العامة على العقارات التي يملكها الشخص المعنوي العام ملكية عامة، بل يمكن أن يعتبر من قبيل الأشغال العامة الأعمال المتعلقة بالعقارات المملوكة له ملكية خاصة وعلى هذا الأساس، فإن كل عمل يرد على منقول لا يمكن اعتباره من قبيل الأشغال العامة حتى ولو كان مملوكاً للإدارة ملكية عامة ومهما كانت ضخامته<sup>(3)</sup> ، ونتيجة لذلك لم يعتبر القضاء الفرنسي الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء سفينة من قبيل عقود الأشغال العامة<sup>(4)</sup>. ومع ذلك فقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم فكرة الأشغال العامة، فلم تعد هذه الأخيرة تقتصر فقط على أعمال البناء والترميم التي ترد على عقار، بل تمتد أيضاً إلى كافة

(1) د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص490.

2) F. Sabiani, Marchés publics de travaux et contrats voisins, Delmas 1995., 5e éd, p.18.

(3) د. حسين عثمان محمد عثمان : مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية 2001، ص 563.

(4) د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 67.

الأعمال المتعلقة بالصيانة كالتنظيف والكنس والرش في الطرق العامة، وجز الأراضى الخضراء<sup>(1)</sup>.

ثانياً : أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام: يجب أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال تنفذ لحساب شخص معنوي عام، سواء كان هذا الشخص هو مالك العقار، أو كان غير مالك له ولكن له إشراف مباشر على الأعمال موضوع العقد<sup>(2)</sup>. وإذا كان المفهوم التقليدي للأشغال العامة يقتصر فقط على الأعمال التي تنفذ لحساب الشخص المعنوي العام، بحيث يخرج من إطاره العقود المبرمة لحساب الأفراد، فإن ثمة تطور أحدثته محكمة التنازع الفرنسية على هذا المفهوم بمقتضى حكمها الصادر في قضية Effimieff بتاريخ 28 من مارس عام 1955، إذ اعتبرت أن الأعمال التي تنفذ لحساب شخص معنوي خاص بواسطة شخص معنوي عام في إطار مهمة مرفق عام لها صفة الأشغال العامة<sup>(3)</sup>. ومن ثم ومنذ صدور حكم Effimieff أصبحت الأعمال محل عقد الأشغال هي التي تنفذ إما لحساب شخص معنوي عام، وإما لحساب شخص خاص بواسطة شخص عام.

ثالثاً : أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع عام: يلزم أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال تستهدف تحقيق المصلحة العامة والنفع العام، وليس تحقيقاً لكسب مالي، كإنشاء الطرق العامة، والمواني وغير ذلك. ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي اعتنق في بداية الأمر فكرة مؤداها أن الأشغال العامة هي التي تتم علي عقارات تدخل في نطاق الدومين العام، بحيث إذا انصبت على عقار يدخل في نطاق الدومين الخاص عد العقد مدنياً. غير أن محكمة التنازع الفرنسية سرعان ما فصلت بين الفكرتين في حكمها الصادر بتاريخ 24 من أكتوبر عام 1942، إذ قضت المحكمة " بأن سبب الضرر المدعى به يرجع إلى إهمال في

1) F. Sabiani, Ibidem, op.cit, p19.

2) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 60.

3) فتيحة حابي، النظام القانوني، لصفقات إنجاز الأشغال العمومية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي اوزو، 2013، ص12.

صيانة دار القضاء في مدينة Aix وهي مخصصة كلها لمرفق العدالة وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة. ومن ثم فإن الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الإقليمي باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة من دون حاجة للبحث فيما إذا كان المبني يدخل في نطاق الدومين العام أو الخاص لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة<sup>(1)</sup> وارتبطت فكرة الأشغال العامة أيضاً بالأعمال التي تدخل في نطاق المرفق العام، فاعتبرت أشغالاً عامة تلك التي تجري على عقارات مخصصة لمرفق عام، ولو كانت غير مملوكة للشخص المعنوي العام أو داخلة في نطاق الدومين الخاص. ولكن سرعان ما فصل مجلس الدولة الفرنسي بين الفكرتين، وكان ذلك بمقتضى حكمه الصادر بتاريخ 10 من يناير عام 1921 في قضية "Comune de Monségur"، حيث قرر الاعتراف بصفة الأشغال العامة لأعمال تمت على عقارات مخصصة للعبادة وهي ليست مرافق عامة وفقاً لقانون 9 من ديسمبر عام 1905، تأسيساً على أن هذه الأعمال قد نفذت لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام<sup>(2)</sup>.

**رابعاً : الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد:** يتميز عقد الأشغال العامة عن عقد الامتياز في المقابل الذي يتقاضاه المقاول من الإدارة والمتمثل في صورة ثمن متفق عليه سابقاً أو لاحقاً على تنفيذ العقد. ففي عقد الامتياز يتقاضى الملتزم المقابل المالي من خلال رسوم تدفع من المنتفعين بخدمات المرفق، أما في عقود الأشغال العامة فإن المقابل الذي يحصل عليه المقاول يتمثل في صورة ثمن تدفعه الإدارة له حسب الأوضاع المتفق عليها في العقد. وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي عنصر التمييز هذا للفرقة بين عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز، إذ اعتبر أن العقود التي تتضمن مكافأة تدفع من قبل المنتفعين ليست لها صفة الأشغال العامة. وقد أوضح مجلس الدولة المصري أهمية الثمن بوصفه عنصر حاسم في تمييز عقد

1 ( نقلاً عن د. محمد سعيد حسين أمين، مصدر سابق، ص 157.

2 ( د. محمد سعيد حسين أمين، تنفيذ العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2001، ص 180.

الأشغال العامة بقوله " العنصران الأساسيان في عقد المقاولة - عقد أشغال عامة - هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه دون أن يكون له حق استغلاله، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول"<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث

#### موقف القانون العراقي من عقد الأشغال العامة

لا يوجد في العراق قانون يعالج عقد الأشغال العامة بوصفه عقد إداري، إلا أن القضاء العراقي ممثلاً بقضاء محكمة التمييز أستقر على عد عقود المقاولات التي تبرمها الإدارة تحقيقاً لمرفق عام متوسلة فيها أساليب القانون العام عقود أشغال عامة وهي بهذا الوصف تعد عقوداً إدارية على الدوام ومن ذلك قرار محكمة التمييز الصادر في 1965/11/1 والذي جاء فيه (... ومن حيث أن هذا القول مردود ذلك أن العقد الذي تعقده الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام وتجري فيه على أسلوب القانون العام ويتضمن شروطاً غير مألوفة من إجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات كما هو الحال في المقاولة موضوع التعاقد، هو عقد إداري يتميز عن العقود المدنية بما يستهدف من تحقيق مصالح كبرى تعلق على مصالح الأفراد)<sup>(2)</sup>. ويؤيد الفقه العراقي موقف القضاء فيذهب إلى عد عقد الأشغال العامة عقداً إدارياً باستمرار مستنداً إلى الأسباب ذاتها التي أوردتها القضاء، فعقد الأشغال العامة هو عقد إداري طالما أن الإدارة هي أحد أطراف العقد، وهي بطبيعة الحال تستهدف الصالح العام، وتتبع في إبرامه وتنفيذه أساليب القانون العام فضلاً عن ذلك يفهم من خلال استقراء الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية والكيمياوية في العراق أنه يعد من قبيل المقاولات العامة، لأن هذه شروط وضعت خصيصاً لتنظيم العقود المشمولة بأحكامها<sup>(3)</sup>.

1 ( أوردته د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص 109.

2 ( قرار رقم 723/حقوقية/1965.

3 ( أستاذنا د. أحمد خورشيد حميدي المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1989، ص -1211.



## المبحث الثاني

### الأساليب الودية لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة

يقصد بالأساليب البديلة أية طريقة يتم بواسطتها اللجوء إلى طرف ثالث محايد بدل اعتماد الدعوى القضائية، وذلك من أجل تقريب وجهات النظر، وإبداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الطرق والأساليب.

وتطبق الأساليب البديلة على المنازعات التجارية والمدنية بين أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع، عقدية أو غير عقدية، التي تعرض على الجهة التي تقوم بتسوية النزاع بموجب اتفاق مسبق بين أطراف النزاع أو بطلب من أحدهم وبموافقة الطرف الآخر أو بأمر من أو بناءً على نص قانوني في هذا الشأن<sup>(1)</sup>، لتسوية المنازعات خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية وتلزم الوسيط الموفق ومتولي التقييم المحايد بمعاملة طرفي النزاع قدم المساواة وتوفير الفرص المتكافئة لهما لعرض قضية كل منهما والدفاع عنها، ومن خلال.

وتتعدد الأساليب والطرق الودية لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي عقد الأشغال العامة. وهذه الوسائل لا ترجع إلى قانون محدد إنما تعتمد أولاً وأخيراً على إرادة طرفي النزاع، وهذه الوسائل تتمثل في التفاوض، والتوفيق، والوساطة، والخبرة الفنية. وسنستعرض هذه الأساليب على وفق ما يأتي:

### المطلب الأول الصلح

يعد الصلح أحد وسائل التسوية الودية للمنازعات التي قد تثور بصدد العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة، ولذلك عد الصلح وسيلة لتسوية المنازعات، يمكن من خلالها أن يجأ أطراف العقد المتخاصمين إلى شخص ثالث، يتسم بالحياد والعدالة، ليقوم بمهمة تسهيل الاجتماع بين الأطراف المتخاصمة وتفعيل الاتصال

(1) د. أحمد الورفلي، التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2006، ص 847.

بينهم، وتصفية المشكلات، وتحديد نقاط النزاع الأساسية أو التقريب بين وجهات النظر ليتمكنوا التوصل أنفسهم إلى حل عادل لنزاعهم<sup>(1)</sup>.

ويعرّف الفقه الصلح، بأنه عقد رضائي، أو إجراء غير رسمي يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم ومن يمثلونهم ويستدعون بواسطة طرف ثالث ويقومون بمقتضاه لحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم على وجه التقابل عن بعض ما يطالب به وللاطراف الحرية بقبول الصلح أو رفضه<sup>(2)</sup>.

فالصلح ما هو إلا وسيلة لحل النزاع بين أطراف المنازعة، سواء كان قائماً أو في حالة نشوئه بعيداً عن إجراءات القضاء في الدولة، وهو يلتقي مع القضاء والتحكيم في النتيجة والمحصلة النهائية وهي حسم النزاع، وهو يقوم على ثلاثة مقومات:

1- وجود نزاع قائم أو محتمل.

2- وجود النية عند الطرفين لحسم النزاع.

3- تنازل كل من الطرفين المتصالحين عن ادعائه.

والصلح عقد رضائي لا شكلي، ويختلف الصلح عن الترك، فنزول أحد الطرفين عن كل ما يدعيه ولم ينزل الآخر عن شيء مما يدعيه لا يعتبر صلحاً، وإن عد تركاً، ولا يشترط في الصلح أن تكون التوضيح من الجانبين متعادلة أو متساوية في الأهمية<sup>(3)</sup>، ويتميز الصلح عن العقود الأخرى بوجود توفر عنصرين أساسيين الأول وجود نزاع فعلي أو احتمالي بين الأطراف والعنصر الثاني هو أن يتضمن تنازل الطرفين عن ادعاءات متقابلة.

1 ( د. منى رمضان محمد بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 294.

2 ( د. عبدالحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 32.

3 ( د. زكي محمد محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981، ص 479-480.

وعرف المشرع الفرنسي في المادة 2044 من القانون المدني بأنه " عقد يحسم به الأطراف نزاعاً قائماً أو يتداركوا به نزاعاً محتملاً".

وعرفه المشرع المصري الصلح في المادة 549 من القانون المدني بأنه "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

أما عن مدى الأخذ بالصلح في العقود الإدارية في القوانين المعاصرة، فإن الصلح كما هو جائز في المنازعات التي تدخل تحت إطار القانون الخاص، فإنه جائز كذلك في المنازعات الإدارية ففي فرنسا لم يأت المشرع هناك بأي نص تشريعي يمنع الدولة وسائر أشخاص القانون العام من اللجوء إلى الصلح فالقانون المدني الفرنسي نص صراحة في المادة 2045 على جواز الصلح في منازعات القانون العام، وأكد القضاء الفرنسي على إمكان الأشخاص المعنوية العامة إلى اللجوء إلى هذا الإجراء، كما تضمن التقرير المقدم من مجلس الدولة الفرنسي عام 1993م الإشارة إلى الصلح بحسبانه وسيلة من الوسائل النافعة في مجال تسوية المنازعات، هذا وقد أصدر الوزير الأول الفرنسي منشوراً بتاريخ 8 من ابريل عام 1995 بعد الدراسة التي أجراها مجلس الدولة عام 1993 حول الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية (الصلح، والتحكيم، والتوفيق)، وذلك لحث الوزارات المختلفة على إجراء الصلح في مجال دعاوى المسؤولية، حيث خاطب وزرائه قائلاً : " يبدو بوضوح أن الدولة التي أحدثت الضرر يجب أن تعوض المضرور عنه، وأتمنى أن الأقسام التابعة لكم أن تسعى جاهدة إلى اللجوء إلى الصلح لحل الخلافات في جميع المسائل حسب ظروف الواقعة والقانون"<sup>(1)</sup>

1) د محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 335.

وعندما يتم التصالح لتسوية نزاع تعاقدى فإن التنازلات التبادلية تمثل غالباً في أن أحد المتعاقدين، يتنازل عن رفع الدعوى القضائية مقابل قبول الطرف الآخر- وهو الإدارة عادة- بإصلاح ضرر أو جبر خسارة لحقت بالأول<sup>(1)</sup>. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه "إذا كان الحق ذاته محلاً للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر النزاع فلا تثريب عليها إذا لجأت إلى الصلح"<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني وسيلة التفاوض

يقصد بالتفاوض بأنها الحالة التي يسعى فيها أطراف النزاع لتسوية ذلك النزاع بمعرفتهم الخاصة من دون تدخل من جانب أي طرف ليس بذى مصلحة<sup>(3)</sup> ويعد التفاوض من أفضل الوسائل إذ يسعى الطرفان عند حدوث أي خلاف إلى محاولة حله عن طريق التفاوض ومحاولة ذلك أكثر من مرة على مختلف المستويات، ويجب أن لا يلجأ الطرفان إلى الوسائل الأخرى لحل منازعاتهم إلا إذا فشلت محاولات التفاوض بينهما، ويكون هدف الأطراف من التفاوض إعادة العلاقات فيما بينهما إلى سيرتها الأولى بما كانت عليه من التفاهم والعلاقات الودية وعودة دولا العمل إلى ما كان عليه دون نزاع أو خلاف مع الأخذ في الاعتبار ما تضمنه العقد من أحكام في هذا الخصوص.

أن نجاح عملية المفاوضات يستلزم توافر مجموعة من المقومات وهي:

1. تحديد موضوع التفاوض تحديداً نافياً للجهالة أو اللبس، فلا يجوز أن يدخل طرف في المفاوضات من دون أن يكون موضوع التفاوض معلوماً لديه بصورة واضحة ودقيقة، وهذا يتم من خلال تحديد الموضوع بدقة بوصفه

1 ( د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص195.

2 ( أورده د ماجد الحلو، مصدر سابق، ص195.

3 ( د. منى رمضان محمد بطيخ، مصدر سابق، ص264.

ركيزة الاتصال وأساسه فضلاً عن بيان النقاط الجوهرية جميعها التي يجب أثارها لاتخاذ القرار بشأنها<sup>(1)</sup>.

2. توفر الرغبة لدى الأطراف للوصول إلى اتفاق مشترك حول موضوع التفاوض، وهذا الأمر يعد أحد تطبيقات مبدأ حسن النية الذي يجب أن يتوفر لدى أطراف المفاوضة أثناء التفاوض وهو ما يشار إليه بـ "بجدية المفاوضات"، لأنه إذا لم يكن لدى الأطراف رغبة في التفاوض فإنهم سوف يكونون حتماً غير جادين فيه، ومن ثم يصبح التفاوض غير مجدي ولا يحقق اية نتائج مثل المفاوضات التي تدخلها الأطراف استهلاكاً للوقت أو لتحسين الفرص أو للدعاية، فمثل هذه الحالات لا تعد تفاوضاً حقيقياً، فالتفاوض ليس إجراءً شكلياً تقوم به الأطراف، وإنما يتعين توفر النية الصادقة لدى هذه الأطراف في الوصول إلى اتفاق حول موضوع التفاوض، الذي يحتم على أطراف التفاوض أن تدير مفاوضاتها بإرادة حقيقية للتوصل إلى نتائج وأن تتصرف بطريقة من شأنها أن تجعل للمفاوضات معنى وغاية<sup>(2)</sup>.

ونذكر أخيراً بصدد التفاوض بأنه يترتب عليه دائماً التزام بتحقيق نتيجة وهي إما الوصول إلى حل للنزاع موضوع التفاوض يرضي الأطراف كافة وتنتهي معه عناصر المنازعة، ومن ثم تعود الأمور إلى مجراها الطبيعي، أو - في حالة فشل المفاوضات - الالتزام باللجوء إلى وسيلة أخرى لإيجاد حل للنزاع بين الطرفين، سواء أكانت هذه الوسيلة غير قضائية كالصلح والتوفيق أم كانت وسيلة قضائية.

1 ( د. السيد عليه، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي، دار الأمين، القاهرة، 2002، ص 51 وما بعدها.  
2 ( د. سنان عبدالله حسن الدعيبس، دور المفاوضات في فض منازعات الحدود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص 164.

### المطلب الثالث وسيلة التوفيق

يعرف التوفيق في منازعات العقود الإدارية، بأنه طريق ودي لفض المنازعة الناشئة، إما عن طريق الإدارة والمتعاقد، وإما بواسطة موفق، ويسمى وسيطاً أو وسطاء، أو عن طريق لجنة موفقين من الأشخاص أو المنظمات؛ وذلك بالتشاور والاجتماع بينهم للوصول إلى حل مُنهٍ للخصومة غير ملزم، ويحرر في محضر رسمي موقع منهم ومن الموفق بينهم<sup>(1)</sup>. كما عرف بعض الفقهاء التوفيق بأنه النظام الذي يقوم على: " تدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما، وتسوية النزاع الذي ثار فيما بينهما، وذلك عن طريق حل يستند إلى إرادة الطرفين، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق إلا باتفاق الطرفين"<sup>(2)</sup>

وتتمثل هذه الوسيلة في أن يتفق الطرفان المتنازعان في عقد الأشغال العامة على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية ويعتبر التوفيق الطريق الثاني الذي يلجأ إليه طرفا عقد الأشغال للوصول إلى حل توفيقى لحل المشاكل التي تنشأ بينهما عن طريق اختيار موفق أو أكثر Concllator محايد يتولى وضع الحلول الوسط والبدائل المختلفة للمنازعات والخلافات التي تنشأ بين الأطراف .

ونظام التوفيق ليس بالجديد، فقد عرفته الثورة الفرنسية منذ قيامها، بل اعتبرته إجبارياً في بعض المنازعات، حيث نصت المادة 6 من الفصل الخامس من الباب الثالث من الدستور الفرنسي الصادر عام 1791 على أنه " لا يمكن للقضاء العادي أن يقبل أية قضية مدنية دون أن يتأكد من أن الأطراف احضروا أو أن المدعي كلف خصمه بالحضور أمام وسيط من أجل التوفيق بينهما " وفي الوقت الحاضر

1 ( د علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.

2 ( د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، 2001، ص44.

عُرف نظام التوفيق بوصفه وسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية في فرنسا<sup>(1)</sup>، ففي سنة 1981م صدر قرار من وزارة الأشغال العامة بإنشاء اللجنة الوطنية الاستشارية لتسوية المنازعات وديا C.C.r.a، وهي لجنة ذات طابع وزارى ولا تنظر المنازعات إلا بعد نهاية الأعمال، أما أثناء التنفيذ فإن الوزير فقط يختص بالتسوية أو الممثل القانونى للمنشأة<sup>(2)</sup>.

وفي مصر استحدثت المشرع المصرى بمقتضى المادة الأولى القانون رقم 7 لسنة 2000 نظام التوفيق لتسوية المنازعات الإدارية التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها بدون اللجوء إلى القضاء، إذ تنص هذه المادة على أنه ( تنشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التى تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة).

ولعل الحكمة التى أرادها المشرع في القوانين المعاصرة من التوفيق لحل منازعات العقود الإدارية، هي تقليل عدد المنازعات أمام القضاء، والتخفيف عن كاهله، والسرعة في فض المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها، والذي يؤدي البطء في عدم الفصل فيها إلى زوال واضمحلال المصالح التى من أجلها رفعت الدعاوى<sup>(3)</sup>.

وفي العراق وبموجب المادة الثامنة من تعليمات العقود الحكومية رقم (8/أولاً) لسنة 2014 تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بأسلوب التوافق (ودياً) وذلك بتشكيل لجنة من طرفي العقد أي الإدارة والمتعاقد معها وينظم محرر بذلك الاتفاق بين الطرفين ويصادق عليه رئيس جهة التعاقد.

1 ) د محمد عبد المجيد إسماعيل، مصدر سابق، ص333 .

2 ) المصدر نفسه، ص334.

3 ) د ماجد الطو، مصدر سابق، ص92.

## المطلب الرابع

### الوساطة

تعد الوساطة إحدى الوسائل السلمية لتسوية وحسم المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال العامة . وتعرف الوساطة بأنها وسيلة من وسائل حل المنازعات بين الأطراف باتفاقهم من دون اللجوء إلى التحكيم أو القضاء فيعينون شخصاً يسمى الوسيط يحاول حصر الخلاف والاتصال بين الأطراف منفردين ومجتمعين بغية تقريب كل طرف من الآخر حتى يلتقوا ويتفقوا على حل وسط يرضيهم<sup>(1)</sup> كما عرفت الوساطة أيضاً بأنها "إجراء مادي قد يتم بطلب من أحد الأطراف المعنية، أو من جميع هذه الأطراف بعد قيام المنازعة ووقوعها بينها، يكلف بموجبه شخص أو عدة أشخاص يسمون بالوسطاء ليقوموا بمساعدة هذه الأطراف على الوصول إلى اتفاق بينها بعد إجراء التفاوض اللازم الذي قد يحقق لها ما تقبله وتسير على هديه مستقبلاً<sup>(2)</sup> .

فالوسيط له سلطة أوسع من سلطة الموفق ، فالوسيط يقابل الأطراف في أغلب الأحوال كل على حده لتضييق هوة الخلاف بين الطرفين، ولكنه لا ينتهي إلى قضاء ملزم، ومن خصائص الوساطة أنها الطريق الذي يحفظ العلاقات الودية بين الأطراف ويلجأ إليه الأطراف تطوعاً دون اللجوء إلى التحكيم الذي يتسم أحياناً بطول إجراءاته وصعوبة اختيار المحكمين وغالباً يتم اللجوء إلى القضاء لتنفيذ حكم المحكمين فضلاً عن كفاءة الوساطة للخصوصية والسرية وتوفر الكثير من الوقت والجهد والنفقات، كما أن اتفاق الوساطة بين الوسيط وأطراف النزاع هو الذي يحدد الجوانب التنظيمية والقانونية لسير العملية<sup>(3)</sup> .

1 ( كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 38.

2 ( د محمد عبدالمجيد إسماعيل، مصدر سابق، ص 318.

3 ( محمد سليم محمد أمين، عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2008، ص 103.



وتتم الوساطة عن طريق اختيار طرف محايد مؤهل لمساعدة الأطراف في تسوية المنازعات والوصول إلى حل يرضى جميع الأطراف . وحقيقة الأمر أن الوسيط لا يملك إصدار قرارات ملزمة للأطراف ، ويعتبر دوره غير رسمي ويعتبر هذا الطريق من أكثر طرق تسوية المنازعات في عقود الأشغال وأسرعها تنفيذاً حيث يحاول الوسيط تحديد أوجه النزاع وفتح باب المناقشات ومحاولة الوصول إلى حل وسط يرضى كافة الأطراف<sup>(1)</sup> ويعتبر التوفيق والوساطة في بلاد القانون المشترك Common law وسيلة واحدة .

### المطلب الخامس الخبرة الفنية

عرف البعض الخبرة بأنها "الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي بهذا الرأي"<sup>(2)</sup>.

فقد لا تفلح الوسائل السابقة بين طرفي عقد الأشغال العامة لفض ما بينهما من نزاع نظراً لأن النزاع الذي نشب بينهما فني يحتاج إلى أهل الخبرة والتخصص فيما يتنازع بشأنه طرفاً عقد الأشغال العامة، وهنا يلجأ الطرفان إلى خبير في الأمور المتنازع عليها بينهما ، وهذا الخبير لا يقوم بالفصل في النزاع ولكن دوره يقف عند حد إبداء الرأي في مسألة فنية محل خلاف بين طرفي العقد ، ويمكن أن يجمع الخبير بين هذا الوصف وبين وصفه ودوره كمحكم في موضوع النزاع ، وهذا يتم باختيار الطرفين حيث يحدث أحياناً نزاع في مواصفات المشروع وخصائصه عندئذ يستطيع المحكم الخبير حسم النزاع في الحال ومن ثم لا تترتب أي خسائر على

1 ( د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 116.  
2 ( د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص 14- وما بعدها.

تأخير الفصل في النزاع ويمكن أن يلجأ الطرفان إلى الخبير الفني بعد بداية إجراءات التحكيم من هيئة التحكيم ورأيه استشاري في جميع الأحوال سواء أمام هيئة التحكيم أو أمام هيئة المحكمة المختصة إذ أن المحكمة لها الرأي الأعلى في موضوع النزاع أو الدعوى .

والخبرة على نوعين، خبرة قضائية، وخبرة اتفاقية أو ودية. فالخبرة القضائية هي استعانة القاضي بشخص متخصص في مسألة من المسائل الفنية تستلزم معرفة متخصصة لإبداء رأيه فيها، حتى يتسنى له الفصل في النزاع المعروض أمامه، أما الخبرة الودية فهي اتفاق الأطراف على الاستعانة بشخص أو أكثر من الغير لإبداء رأي مقدم في شكل تقرير في مسائل فنية يصعب على الأطراف الإلمام بها.

## المبحث الثالث التحكيم بوصفه أسلوباً لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة

يعد التحكيم الأسلوب الثاني من الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة، ويتسم التحكيم بكونه ينازع القضاء في اختصاصه الأصلي فهو يسلب هذا الأخير وظيفته في فض المنازعات ويمنحها لجهة أخرى، ولذلك كان التحكيم مثار جدل واعتراض في نطاق منازعات العقود الإدارية نظراً لما يمثله من اعتداء على اختصاص القضاء الإداري، إلا أن هذا الاعتراض بات اليوم ضئيلاً وضعيفاً بعد أن تبنت التشريعات معظمها أسلوب التحكيم طريقاً لفض منازعات العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة، ولغرض الإحاطة بموضوع التحكيم في عقود الأشغال العامة سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نناقش في المطلب الأول تعريف التحكيم، ونبين في المطلب الثاني أنواع التحكيم، ونعالج في المطلب الثالث تقييم التحكيم، ونستعرض في المطلب الرابع مدى جواز اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة.

### المطلب الأول

#### تعريف التحكيم

تعددت التعريفات بصدد التحكيم، فكان التحكيم ولازال مثاراً لاهتمام المشرع والفقهاء والقضاء على حد سواء، ولغرض الوقوف على تعريف التحكيم سنستعرض موقف المشرع والقضاء والفقهاء وعلى وفق ما يأتي:

أولاً- **التعريف التشريعي للتحكيم:** لم يتعرض المشرع المصري أسوة بالمشرع الفرنسي لتعريف التحكيم، حيث اكتفى بإبراز عناصره وخصائصه الذاتية التي تميزه عن أية وسيلة أخرى من وسائل فض المنازعات بين الأطراف كالصلح والتوفيق - على سبيل المثال - تاركاً الباب لاجتهاد الفقهاء والقضاء في هذا الشأن<sup>(1)</sup>.

(1) وليد محمد عباس يوسف، مصدر سابق، ص 97.

هذا وقد ذهب رأيي في الفقه<sup>(1)</sup> إلى عكس ذلك مقررًا أن المشرع المصري قد تعرض لتعريف التحكيم حين نص في المادة 1/10 من القانون رقم 94/27 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

ويلحظ على هذا الرأي أنه قد خلط بين اتفاق التحكيم كآلية لنظام التحكيم وبين التحكيم كنظام قائم ومستقل بذاته، فهذه المادة لم تتعرض لتعريف التحكيم وبيان ماهيته وعناصره الذاتية التي تميزه عن أي نظام آخر شبيه له، وإنما تعرضت لتعريف اتفاق التحكيم وبيان نظامه القانوني كآلية لنظام التحكيم.

وهذا ما حدا بالفقه والقضاء إلى الاجتهاد لوضع تعريف محدد لنظام التحكيم للفرقة بينه وبين المفاهيم القانونية الأخرى التي قد تشترك معه في بعض خصائصه.

أما في العراق فلم ينظم المشرع العراقي قانوناً مستقلاً للتحكيم وإنما فرد له باباً في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل، ونلاحظ أن المشرع العراقي لم يعرف التحكيم بشكلٍ محدد وإنما ترك هذه المهمة للفقه والقضاء.

أما بالنسبة لقانون الاستثمار العراقي النافذ فلم يشير أيضاً إلى تعريف محدد للتحكيم ولكن أشار في المادة (27/4) منه "يجوز لأطراف النزاع الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي"

ثانياً- **التعريف القضائي للتحكيم**: عرّف القضاء الفرنسي التحكيم بأنه: "التحكيم يتمثل في سلطة التي يعترف بها لطرف ثالث، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"<sup>(2)</sup>.

(1) د. محمود السيد عمر النحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001، ص55.

(2) محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات، العدد 2، المجلد 34، 2007، ص358.

وفي مصر عرّفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"<sup>(1)</sup>.

ثالثاً- التعريف الفقهي للتحكيم: عرّف فقهاء القانون التحكيم بعدة تعاريف اختلفت عباراتها وتوحد معناها بأنه، فعرفه البعض بأنه " أنه اتفاق قانوني بين أطراف النزاع على اختيار أشخاص معينين للفصل في ذلك النزاع بدلاً عن القضاء المختص وقبول قراره بشأن النزاع"<sup>(2)</sup>. وعرفه آخرون بأنه "نوع من العدالة يتم وفقاً له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص مختارون للفصل فيه"<sup>(3)</sup>. وبيّن جانب آخر من الفقه على أن التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثاني أنواع التحكيم

يمكن تقسيم التحكيم عدة تقسيمات حسب المعيار الذي يؤخذ أساساً للتقسيم

أو حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم وعلى النحو الآتي :

أ . **التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري** : التحكيم الاختياري في العقود الإدارية وهذا هو الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا في كل أنواع المنازعات، والتي منها منازعات العقود الإدارية. فتتفق الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على التحكيم في

1 ( نقض مدني الطعن رقم 1004 لسنة 61 قضائية جلسة 1996/12/27 م منشور في مجلة القضاة الصادرة عن نادي القضاة - القاهرة- السنة الثلاثون- العدد الأول-يناير-ديسمبر 1998 م.

2 ( د. مصطفى سالم النجيفي ، العقود الإدارية والتحكيم ، الأفق المشرقة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 ، ص39.

3 ( د. عبدالقادر الطوره ، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية - دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1988 ، ص33.

4 ( د. احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 1987 ، ص15.

العقد الإداري، فيكون لكل منهما الخيار بين الالتجاء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم ويكون الالتجاء إلى أحد الطرفين مسقطاً للآخر<sup>(1)</sup>. فإذا لم تكن الجهة الإدارية والمتعاقد معها غير مفروض عليهما بنص أو 6 وفق نظام معين في حالة خلافتهما اللجوء إلى التحكيم؛ كان التحكيم اختيارياً<sup>(2)</sup>. وهذا النوع من التحكيم يرتكز على أساسين، هما إرادة الخصوم من ناحية، وإقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى<sup>(3)</sup>.

أما التحكيم الإجباري في العقود الإدارية في هذا النوع يُخضع القانون - لاعتبارات معينه - الجهة الإدارية والمتعاقد معها إلى اللجوء للتحكيم للفصل النهائي في المنازعات الناشئة عن العقد الإداري. وبناء على هذا القانون الملزم بالتحكيم، لا يجوز لطرفي العقد الإداري اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعة الناشئة عنه<sup>(4)</sup>.

وقد ينص القانون على عدم جواز الالتجاء إلى المحاكم إلا بعد طرح النزاع على هيئة التحكيم. ومثال التحكيم الإجباري في العقود الإدارية ما كان عليه التحكيم في منازعات القطاع العام في مصر<sup>(5)</sup>.

وإلزام الأطراف بالتحكيم الإجباري يخالف مبدأً من المبادئ المستقرة في الدساتير، إلا وهو مبدأ كفالة حق التقاضي أمام القضاء في الدولة والذي هو صاحب الولاية والاختصاص بالفصل في جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات، فهذا المبدأ يعتبر من الحقوق الطبيعية الأساسية المكفولة للجميع، وعلى ذلك قضت

---

1 ( فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني الوسيط في قانون القضاء المدني، مكتبة الكتاب الجامعي، القاهرة، 1993، ص 37.

2 ( د صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مبادئ تاريخ القانون، مكتبة النهضة العربية، 1957، ص 79.

3 ( مبادئ المحكمة الإدارية العليا منذ عام 1946م وحتى عام 1985 إشراف د نعيم عطية وحسن الفكهاني، 725/10.

4 ( د إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث-أكتوبر 2000، ص 7.

5 ( د عبدالحميد الأحمد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الإسكندرية، دار المعارف، 1998، ص 418 وما بعدها.

المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذه التحكيم الإجباري، تأسيساً على مخالفته لنص المادة 68 من الدستور المصري الصادر عام 1971 والتي تنص على أنه : " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا .... " (1)

**ب . التحكيم المؤسس والتحكيم الحر :** يكون التحكيم تحكيماً مؤسساً ( نظامياً Institutional)، عندما يكون له وجود دائم في كنف نظام قائم ، بمعنى ان تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً ، وتحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات ، وقد انتشر في القرن الأخير إنشاء مراكز تحكيم دولية دائمة ، أو لها لوائح خاصة بها ، واجبة التطبيق بمجرد اختيار مركز تحكيم معين للفصل في النزاع ، وقد أصبحت كافة العقود النموذجية تتضمن جميعاً نصوصاً تقضي بفض النزاع الذي قد ينشأ بشأن تنفيذها عن طريق التحكيم الدولي(2).

أما التحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي يختار فيه المتنازعون المحكمين ونظام عمل التحكيم في كل حالة دون التقيد بنظام دائم ، فهو يجري في حالات فردية ، ولا يختار فيه الأطراف هيئة تحكيم دائمة وإنما يلجئون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم ، ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروف عليهم ووفقاً لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقاً للقواعد العامة في التحكيم(3)

**ج . التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:** أن التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي تبدو بسيطة إذا كان التحكيم يجري وفقاً لاتفاقية دولية تبين في نطاقها معنى

1 ( الحكم الصادر بتاريخ 17 من ديسمبر عام 1994 في القضية رقم 13 للسنة القضائية 15 .

2 ( د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ، ص31.

3 ( د. عبدالحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص24.

الدولية ، إذ يجب عندئذ الأخذ بالمعنى الوارد فيها ، والوضع كذلك إذا ما كان القانون الوطني يتكفل بوضع معايير دولية للتحكيم .

### المطلب الثالث تقييم التحكيم

أن التحكيم بشتى صوره وأنواعه له مميزات جوهرية تجعل منه نظاما ضروريا ملائماً لتسوية النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية، إلا أنه مع ذلك توجد بعض العيوب التي قد تجعل منه نظاماً يلحق عديد من الأضرار التي تجعل التردد والحذر امراً ملازماً للأخذ بهذا النوع من التسوية، وسنستعرض مزايا وعيوب التحكيم في فقرتين مستقلتين.

#### أولاً- مزايا التحكيم:

1. **التحكيم طريق سريع لفض المنازعات:** إن إجراءات التقاضي تحتاج إلى وقت وجهد كبيرين، كما أن تعدد درجات التقاضي تطيل أمد النزاع وهذه الإطالة فيها ضرر بطرفي النزاع كلاهما فمن مصلحة الجميع أن يتم إنهاء المنازعات على وجه السرعة، ولذلك فإن نظام التحكيم سيكون أكثر ملاءمة من نظم التقاضي الأخرى<sup>(1)</sup>
2. **التحكيم يوفر الخبرة والتخصص:** فالتحكيم يوفر للأطراف الحرية لاختيار المحكمون على أساس الثقة بهم وتوفر الخبرة، والتخصص لا يكون من الناحية القانونية فحسب بل من الناحية الفنية. فالتحكيم يرسخ الطمأنينة في مواجهة التعديلات التشريعية غير المتوقعة وهذا ما يبعث الطمأنينة في نفوس أطراف النزاع<sup>(2)</sup> بعد التحكيم الطريق الوحيد أمام الأطراف لاسيما إذا بات اللجوء إلى القضاء مستحيلاً لفوات ميعاد رفع الدعوى.

1 ( د. ناصر غنيم الزيد، الاستثمار واليات تسوية منازعته، ورقة عمل مقدمة بندوة الاستثمار وفرص تطوير القطاع الخاص، الكويت، 2006، ص 3.

2 ( أحمد عبدالكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، 1996، ص 135.



3. التحكيم يحافظ على العلاقة الحسنة بين أطراف النزاع: إذ يعبر التحكيم عن المشاعر الطيبة التي يكنها كل طرف للأخر، في حين أن اللجوء للقضاء تعبير عن كراهية يحملها كل خصم للأخر ومحاولة الوصول إلى تحقيق حكم قضائي لمصلحته، فهو الطريق الذي أختاره كلا الخصمين بدلاً من التحكيم<sup>(1)</sup>، لذا نجد أن الأطراف عندما يسلكون طريق القضاء ينظرون إلى الخلف، بينما ينظرون إلى الأمام في عندما يتجهون للتحكيم<sup>(2)</sup>
4. السرية: ويمتاز التحكيم بأنه يحقق رغبة الأفراد في تجنب العلانية التي تتسم بها أحكام القضاء ، ومن ثم يحافظون على أسرارهم ، فالأصل في إجراءات التقاضي أمام المحاكم أنها علنية سواء في حضور الجلسات أو في النطق بالأحكام . لكن نظام التحكيم بحكم سرية إجراءاته وخصوصيتها يحقق مصلحة الخصوم في الحفاظ على هذه السرية ، خصوصا وأنه يتناول موضوعات اقتصادية ومعلومات قد يحرص الأفراد على كتمانها.
5. مواكبة الاتجاهات الدولية الحديثة: فالتحكيم يعتبر الوسيلة المثلى لفض المنازعات الدولية الخاصة مع نمو المعاملات التجارية الدولية وزيادة عدد الشركات والمشروعات الدولية لأنه بتقديمه لمحكمة خاصة محايدة لا تنتمي بوجه خاص إلى جنسية معينة يبعث على الثقة فيها وفي أحكامها.

#### ثانياً- عيوب التحكيم:

بالرغم مما ذكر من مزايا للتحكيم فإنه لا يخلو من عيوب تحد من أهميته ومن هذه العيوب ما يأتي:

1 ( محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، 1986، ص10.  
2 ( كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي وحتمية التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 68.

1. إن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة المانحة<sup>(1)</sup>: لا يجوز الأخذ بأسلوب التحكيم استناداً إلى مبادئ القانون العام التي تخول الدولة السلطة الاستثنائية في التصرف الملائم للمصلحة العامة ،. كما أن معاملة الدولة في إجراءات التحكيم معاملة الأفراد أو الشركات الخاصة يعد نوعاً من المساواة غير المشروعة لأن في ذلك نزولاً عن سيادتها ونزولاً عن الامتيازات التي كفلتها لها قواعد القانون الدولي كسلطة عامة وكذلك التشريعات الوطنية خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظرية القانون الإداري والعقد الإداري مثل فرنسا ، ومصر والعراق.
2. عدم تسبب قرارات التحكيم ونشرها: فعدم التسبب وعدم النشر لا يكونان اتجاهاً عاماً في التحكيم يمكن الاسترشاد به ولا سوابق يمكن الاستعانة بها مستقبلاً<sup>(2)</sup>.
3. إن من عيوب التحكيم السرية المفروضة على إجراءاته وقراراته: إن السرية التي أصبحت من معالم التحكيم التجاري الدولي هي التي تفسر قلة الإحصائيات المتعلقة به وندرة ما ينشر من قرارات المحكمين الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم ، كبحث مدى انتشاره وطبيعته المنازعات التي يلائمها ، وهيئات التحكيم التي يفضل الالتجاء إليها، كما أن الإحجام عن نشر قرارات المحكمين يحول دون تكوين قضاء تحكيم يسهم في تطور قانون التجارة الدولية<sup>(3)</sup> .
4. ارتفاع نفقات التحكيم: يرى المعارضون للتحكيم في أن التحكيم باهظ التكاليف خاصة إذا تعلق الأمر بنزاع به عناصر أو أطراف تنتمي لدول متعددة وتتمثل هذه التكاليف في المقابل الذي يحصل عليه المحكمون ،

1 ( د. جابر جاد نصار - التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 59.

2 ( د. جورج شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991، ص 86.

3 ( المصدر نفسه، ص 40 .

وأنتعاب المحامين والمستشارين والممثلين القانونيين والخبراء والمتخصصين وغيرهم ، إلى جانب نفقات الانتقال بالطائرات من دول إلى أخرى ونفقات الإقامة وغيرها من المصروفات الأخرى الأمر الذي يجعل التحكيم مرتفع التكاليف والنفقات بدرجة كبيرة جدا إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء الرسمي

5. **عدم وجود الضمانات الكافية في المحكمين:** ذهب البعض إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم يحرم الأطراف من كثير من الضمانات التي أحاط بها القانون العمل القضائي من ذلك مثلا التكوين العلمي والقانوني فالمحكمون يكونون غالبا من رجال الأعمال والمتخصصين في موضوعات معينة وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة في غالب الأحيان مما لا يساعدهم على تحقيق العدالة المطلوبة مما يؤدي إلى ضياع بعض حقوق المتقاضين ، كما أن اللجوء إلى التحكيم لا يجيز لمن صدر قرار التحكيم في غير صالحه رفع دعوى جديدة أمام القضاء ، بل وفي كثير من نظم التحكيم لا يجيز له الاعتراض على قرار التحكيم إلا فقط عن طريق دعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر فيحرمه بذلك من ميزة وضمانة هامة بل وحق أصيل وهو اللجوء إلى القضاء والطعن في الأحكام.

#### الطلب الرابع

##### مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة

إذا كان نظام التحكيم قد تزايد في العلاقات الخاصة التي تقوم بين الأفراد العاديين بوصفه وسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم، فإن مدى جوازه بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية ومنها عقود الأشغال العامة قد أثار الجدل في الفقه والخلاف في القضاء، نظراً لكون التحكيم يمثل اعتداءً على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل بنظر هذه المنازعات طبقاً لنصوص قانونية صريحة، فضلاً عن تعارضه مع خصوصية العقود الإدارية التي تحكمها قواعد مغايرة عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص.

هذا وقد تباينت في ذلك اتجاهات الدول ما بين مؤيد ومعارض، فهناك من أخذ بالاتجاه الذي يضيق الطريق على التحكيم بعده وسيلة لحسم المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، وهناك من أخذ بالاتجاه الذي يوسع الطريق أمامه، مع مراعاة بعض الشروط في هذا الصدد، وسنبحث هذه المسألة في كل من فرنسا ومصر والعراق وعلى وفق ما يأتي:

أولاً- مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة في فرنسا: مر الموقف من التحكيم في فرنسا بعدة مراحل نستعرضها على وفق ما يأتي:

1. مرحلة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية: حظر المشرع التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة وذلك بموجب المادة 2060 من التقنين المدني بعد تعديلها بقانون 5 يوليو (تموز) 1972 ، والتي تنص على عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الخاصة بالجماعات العامة (الدولة والمحليات والمؤسسات العامة).

ويجد الحظر مسوغاً له في الخشية من عدم حماية مصالح الشخص العام في التحكيم عكس القضاء وكذلك في منع الأشخاص العامة في أن تظهر كأنها تتحدى القضاء. غير أن هذا الوضع التشريعي في شأن هذا الموضوع قد تطور عندما قرر القانون 596 لسنة 1975 إضافة فقرة جديدة للمادة 2060 من التقنين المدني والتي تنص على " ومع ذلك فإنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري . بموجب مرسوم . بأن تلجأ إلى التحكيم"<sup>(1)</sup>.

وقد تأييد هذا الحظر بالموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي في مسألة التحكيم في عقود العقود الإدارية، وتجلت في هذا الموقف في العديد من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة منذ بداية القرن التاسع عشر وحتى أواسط القرن العشرين<sup>2</sup>.

(1) د. زكي محمد محمد النجار ، مصدر سابق ، ص 116.

2) C.E.Sest, 10 Juillet, 1936 , villed de Boulogne – ser – Mer .

نقلاً عن دويب حسين صابر عبد العظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006، ص 271.

وفي عام 1986 اصدر مجلس الدولة في جمعيته العمومية رأيه بمناسبة التعاقد مع شركة دزني لاند الأمريكية قائلاً: ( أنه وفقاً للمبادئ العامة للقانون لعام في فرنسا والتي أكدتها نصوص الفقرة الأولى من المادة 2060 من القانون المدني انه - ما لم توجد استثناءات تستند إلى نصوص اتفاقية دولية يقررها ويتضمنها النظام القانوني الداخلي - فان الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن تتحرر من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني بأن تعهد إلى محكم لحل المنازعات التي تكون طرفاً فيها وترتبط بعلاقات النظام القانوني الداخلي) واعتبر هذا المبدأ عاماً ويشمل الأشخاص العامة جميعها أياً كانت المنازعات التي تكون طرفاً فيها<sup>(1)</sup>.

## 2. مرحلة التخفيف من حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية: إزاء تشدد

أحكام مجلس الدولة الفرنسي في مبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية، واختلاف اتجاه القضاء العادي عن مجلس الدولة ، كان لزاماً على المشرع الفرنسي التدخل لتخفيف من شدة مبدأ حظر التحكيم في من خلال عدد من الاستثناءات والتي تفرقت عبر فترات زمنية متعاقبة وعلى وفق ما يأتي:

أ. الاستثناءات المتعلقة ببعض أنواع العقود الإدارية: تعتبر عقود الأشغال العامة والتوريدات من أوائل الاستثناءات التي تفرقت على مبدأ حظر لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وكان ذلك في عام 1906 بموجب المادة 69 من القانون الصادر بتاريخ 17 من أبريل عام 1906<sup>(2)</sup>.

فقد نصت المادة 69 من هذا القانون على جواز التحكيم وفقاً لأحكام الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية (حالياً الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الحالي) لإنهاء المنازعات الخاصة بتصفية النفقات العامة المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة والمقاطعات والبلديات.

(1) د. محمد عبدالعزيز بكر ، فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة حلوان ، 1999 ، ص 16 .

(2) وليد محمد عباس يوسف، مصدر سابق، ص 215.

ويلحظ أن هذا الاستثناء قد جاء مقيداً من الناحية الشكلية والموضوعية، فمن الناحية الشكلية لا ينطبق هذا القانون إلا على عقود الدولة والمقاطعات والبلديات، فهؤلاء الأشخاص قد ورد ذكرهم على سبيل الحصر. ومن ثم لا يجوز التوسع في تفسير هذا القانون بحيث يشمل أشخاص عامة أخرى لم يرد ذكرهم في هذا القانون. وينبغي على ذلك عدم سريان نطاق تطبيق هذا القانون على عقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالأشخاص العامة الأخرى مثل المؤسسات العامة، وهذا ما صرح به مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ 28 من ابريل عام 1948. ولقد وسع المرسوم رقم 60 - 724 الصادر بتاريخ 25 من يوليو عام 1960 من حقل تطبيق قانون 17 من أبريل عام 1906، إذ أدخل المشرع بعض الأشخاص المعنوية الأخرى في عداد الأشخاص العامة المسموح لهم باللجوء إلى التحكيم بخصوص تصفية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات. وهذه الأشخاص العامة الجدد هم: النقابات المشتركة، والنقابات المختلطة، والمراكز الحضرية، وقطاعات البلديات، والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية. أما فيما يتعلق بالناحية الموضوعية فيجب أن تكون المنازعة متعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات، ومن ثم لا يمتد نطاق تطبيق هذا القانون إلى المنازعات الأخرى التي قد تنشأ عن هذه العقود، وكذلك لا يمتد نطاق تطبيقه على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الأخرى حتى لو كانت المنازعة تتصل بتصفية النفقات المتعلقة بها تطبيقاً لقاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره<sup>(1)</sup>.

**ب. التحكيم المنصوص عليه للمنازعات التعاقدية لطائفة من المؤسسات**

**العامة:** في خضم إصرار مجلس الدولة على حدته في حظر التحكيم للمؤسسات العامة، اصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 9 يوليو 1975 وأجاز بمقتضى المادة السابعة فيه على ان يكون " للمؤسسات لعامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء الى التحكيم وبمقتضى مرسوم

( 1 ) وليد محمد عباس يوسف، مصدر سابق، ص 215 وما بعدها.

يحدد ذلك " ، وقد أضاف المشرع إلى المؤسسات العامة الصناعية والتجارية جواز التحكيم في عقود المناجم بموجب مرسوم 8 يناير 2002، وبهذا فقد منح المشرع الفرنسي جواز التحكيم في عقود إذا كانت احد أطرافها مؤسسة عامة صناعية أو تجارية أو المناجم وهذا استثناءً من الأصل العام.

ج. الاستثناءات المتعلقة بعقود الشراكة: فقد صدر الأمر رقم 559-2004 في 17 تموز 2004 المتعلق بعقود الشراكة، فبموجب الفقرة (ا) من المادة 11 من هذا الأمر يجوز لأطراف عقد الشراكة اللجوء إلى التحكيم ويجب عليهم في حالة إقرار أسلوب التحكيم أن يحددوا الشروط التي بمقتضاها يتم اللجوء إليه وفي الأحوال كلها وإياً كانت طريقة تسوية المنازعات فإن القانون الفرنسي هو الذي سيطبق، وهذا يعني أن قواعد القانون الإداري هي الواجبة التطبيق في حالة اللجوء إلى طريق التحكيم على أساس أن عقود الشراكة هي عقود إدارية بنص القانون.

ثانياً - مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة في مصر: تعد مصر من الدول التي أخذ نظامها القانوني بالاتجاه الذي يوسع الطريق أمام تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية. غير أنها لم تصل إلى هذا التطور طفرة واحدة، وإنما مرت بعدة مراحل تباينت فيها آراء الفقه والقضاء حول هذه المسألة.

وتبدأ أولى هذه المراحل، بالمرحلة السابقة على صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، فقد تميزت هذه المرحلة بصمت المشرع عن تقرير جواز أو عدم جواز التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مما أدى إلى انقسام الرأي في الفقه والقضاء.

ولما صدر القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية استمر هذا الخلاف بالرغم من وجود نص قانوني يمكن تفسيره بما يؤدي إلى جواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم<sup>(1)</sup>.

وظل الحال هكذا إلى أن صدرت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة بتاريخ 18 من ديسمبر عام 1996 والتي انتهت فيها إلى عدم جواز تطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مما اضطر المشرع إلى التدخل بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 مضيفاً فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون 27 لسنة 1994 ونص صراحة على جواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم<sup>(2)</sup>.

وصدر أخيراً قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (67) لسنة 2010 والذي أجازت المادة (35) منه تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية.

وعلى وفق ما تقدم فإنه بإمكان الأطراف في عقود الأشغال العامة في مصر الاتفاق على تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم بطريق التحكيم.

**ثالثاً- مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة في العراق:**

لم ينظم المشرع العراقي مسائل التحكيم في قانون مستقل، بل خصص له الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم 83 لسنة 1969<sup>(3)</sup>. وقد شغلت نصوص التحكيم المواد من 251 إلى 276 ولا يوجد ضمن هذه المواد ما يمنع الدولة أو الأشخاص العامة من وضع شرط التحكيم في عقودها المدنية أو

1 ( محمد وليد العبادي، مصدر سابق ص263.

2 ( وليد محمد عباس يوسف، مصدر سابق، ص 235.

3 ( للمزيد من التفصيل عن التحكيم في العراق يراجع : د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1988 ، ص 273 - 289.



عقودها الإدارية إلا انه يمكن القول بأن الدولة في العراق لم تستقر على مسألة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية<sup>(1)</sup>، وفيما يتعلق بالتحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة في العراق فقد نصت المادة 69 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية التي أصدرتها وزارة التخطيط على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع بين رب العمل والمقاول في حالة عدم قبول القرار الذي يتخذه المهندس لحسم النزاع، كما أجازت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 في المادة (8/ثانياً) منها اللجوء إلى التحكيم سواء أكان داخلياً أم خارجياً.

كما أخذ قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل في المادة (26) منه بالتحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون.

1 ( د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، جامعة بغداد ، 1992 ، ص 118 ، هامش 12.

## الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوردتها على وفق ما يأتي:

### أولاً- النتائج:

1. عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله تبرمه إحدى جهات الإدارة مع شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام - فرد أو شركة- للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات تحقيقاً لمنفعة عامة ومقابل ثمن محدد.
2. يقوم الاتجاه الحديث للقضاء الإداري في فرنسا على التوسع في نطاق عقود الأشغال العام، فشمل بالأشغال العامة الأعمال التي تتم لحساب الدومين الخاص فضلاً عن الدومين العام إذا كان الهدف منها تحقيق المنفعة العامة. كما أدخل القضاء الفرنسي في نطاق الأشغال العامة الأعمال تتم لحساب الأشخاص العامة حتى ولو لم تتم لحساب مرفق عام طالما كان هدفه تحقيق النفع العام.
3. استقر الرأي لدى القضاء والفقهاء العراقي على عد عقد المقاولات الذي تبرمه جهات الإدارة العامة عقد إدارياً طالما كان يتعلق بأعمال تعلق بعقار وبغرض تنفيذ مرفق عام وتتبع فيه الإدارة أساليب القانون العام.
4. أصبحت المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية عموماً وعقد الأشغال العامة خصوصاً في الوقت الحاضر تقبل التسوية بأساليب وطرق بديلة عن الطريق القضاء التقليدي، وتمثلت هذه الأساليب بالأساليب البديلة الودية، وأسلوب التحكيم.
5. يقصد بالأساليب البديلة الودية أية طريقة يتم بواسطتها اللجوء إلى طرف ثالث محايد بدل اعتماد الدعوى القضائية، وذلك من أجل تقريب وجهات النظر، وإبداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الطرق والأساليب.

6. تشمل الأساليب البديلة الودية في كل من الصلح والتفاوض والتوفيق والوساطة والخبرة الفنية.
7. اثبت التطبيق العملي تحقيق الأساليب البديلة الودية للكثير من المزايا ومنها السرعة والاقتصاد في النفقات والسرية فضلاً عن المحافظة على استمرار العلاقة الودية بين أطراف العقد.
8. أما بالنسبة للتحكيم فيقصد به لجوء أطراف العقد إلى طرف ثالث غير القضاء لتسوية المنازعات التي وقعت أو ستقع بينهم في المستقبل بحيث يكون لهذه التسوية أثر ملزم لهذه الأطراف.
9. استقرت التشريعات الحديثة معظمها على القبول بالتحكيم طريقاً لتسوية منازعات العقود الإدارية وكان عقد الأشغال العامة في مقدمة العقود التي طبق أسلوب التحكيم بصدها.
1. لا يوجد في العراق بيئة تشريعية وتنظيمية متكاملة خاصة بالتحكيم عموماً وفي مجال العقود الإدارية على وجه الخصوص .

### ثانياً - التوصيات:

1. ندعو المشرع العراقي إلى سن قانون ينظم اللجوء إلى الأساليب البديلة الودية متضمناً بيان هذه الأساليب والطرق وكيفية تطبيقها ولجوء جهات الإدارة إلى هذا إليها.
2. ندعو المشرع العراقي إلى سن قانون خاص ينظم موضوع التحكيم، على أن يتضمن فصلاً خاصاً بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية.
3. ندعو المشرع العراقي إلى أن يضمن القانون الخاص بالتحكيم في العقود الإدارية فقرة تنص على خضوع المنازعات الخاص بهذا النوع من العقود للقانون العراقي وذلك لضمان بقاء هذا النوع خاضعاً لنظرية العقد الإداري التي يعترف بها القانون العراقي.

- 
- 
4. ندعو المشرع العراقي إلى سن قانون ينظم عقد الأشغال العامة لما يمثله هذا العقد من أهمية في تحقيق التنمية في العراق.
5. ندعو المشرع العراقي إلى إلغاء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 والقيام بدلاً من ذلك بسن قانون متكامل ينظم طرق إبرام العقود الإدارية لاسيما طريق المناقصات العامة، باعتبار أن المشرع وحده المسؤول والأقدر على القيام بهذه المهمة.

## قائمة المصادر

### الكتب:

1. د. احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1987، ص15.
2. د. أحمد الورفلي، التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2006.
3. د. السيد عليه، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي، دار الأمين، القاهرة، 2002.
4. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1988.
5. د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
6. د. جابر جاد نصار - التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
7. د. جورج شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991.
8. د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
9. د. حسين عثمان محمد عثمان : مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية 2001.
10. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1990.
11. د. صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مبادئ تاريخ القانون، مكتبة النهضة العربية، 1957.
12. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
13. د. عبدالحميد الأحمد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الإسكندرية، دار المعارف، 1998.

14. د عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
15. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
16. د. عزمي عبدالفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990.
17. د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
18. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني الوسيط في قانون القضاء المدني، مكتبة الكتاب الجامعي، القاهرة، 1993.
19. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، جامعة بغداد، 1992.
20. كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
21. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي وحتمية التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
22. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
23. د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
24. د. محمد سعيد حسين أمين، تنفيذ العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2001.
25. د محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
26. د. محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، 1986.

27. د. محمود السيد عمر التحيوي : أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
28. د. مصطفى سالم النجيفي ، العقود الإدارية والتحكيم، الأفاق المشرقة للنشر والتوزيع ، عمان، 2010 .
29. د. منى رمضان محمد بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
30. د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية 2001.

### الأنطاريح والرسائل الجامعية:

1. د. أحمد خورشيد حميدي المبرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1989.
2. أحمد عبدالكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، 1996.
3. دويب حسين صابر عبدالعظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006.
4. د. سنان عبدالله حسن الدعيس، دور المفاوضات في فض منازعات الحدود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009.
5. د. زكي محمد محمد النجار، نظرية البطان في العقود الإدارية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981.
6. د. عبدالقادر الطوره ، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية - دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1988
7. د علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
8. فتيحة حابي، النظام القانوني، لصفقات إنجاز الأشغال العمومية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي اوزو ، 2013.

9. محمد سليم محمد أمين، عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2008.
10. د. محمد عبدالعزيز بكر ، فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، 1999
11. وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008.

#### البحوث:

1. د إبراهيم أحمد إبراهيم ، اختيار طريق التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، تشرين الأول، 2000.
2. أحمد عبدالكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، 1996.
3. محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات، العدد 2، المجلد 34، 2007.
4. ناصر غنيم الزيد، الاستثمار وآليات تسوية منازعته، ورقة عمل مقدمة بندوة الاستثمار وفرص تطوير القطاع الخاص، الكويت، 2006.

#### المصادر الأجنبية:

1. ADRE DE LAUBADERE, Traite Elementaire de Droite Administratif; 5 edition, 1970.
2. F. Sabiani, Marchés publics de travaux et contrats voisins, Delmas 1995, 5e éd.