

(Abstract)

No longer the state activity was limited and confined to the traditional functions ; it is the defense and the establishment of security and justice as the state gradually began to interfere in economic activity. This intervention had several justifications and had also taken a variety of forms and in varying degrees.

When state intervention was limited , there was no problem, it was the formal justice which used to a few conflicts in which the State was a party and separated them . But after the increase in the State dealings and its interventions to a large extent , thinking was started about the possibility of resorting to other methods as an alternative for resorting to the official judicature of the state to resolve disputes that might arise from such transactions and interventions . similarly are those of ordinary individuals who prefer to resort to methods of amicable settlement, away from the formal justice which is characterized by resorting to it lengthwise the hardship and cost . The most important ones of these friendly ways are in peace , conciliation , mediation , arbitration and negotiation , as well as non-judicial oversight role in solving administrative disputes.

From here , the importance of these methods began concerning the possibility of taking them to resolve administrative disputes and the extent of its role in alleviating judicature and the extent of taking them and how to solve each one of them in its conflict.

قال الله تبارك وتعالى في كتابه الكريم :

((بسم الله الرحمن الرحيم))

" وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ "

(الأنفال : ٦١).

" وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ "

(فصلت : ٣٤).

" فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمُواكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيَسْلَمُوا تَسْلِيمًا "

(النساء : ٦٥).

" لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ "

(النساء : ١١٤).

" وَإِنْ طَانَفْتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ تَ بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسَطِينَ "

(الحجرات : ٩).

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى من أوصى بطلب العلم من المهد إلى اللحد

خيرُ الخلق رسول الله

محمد (صلى الله عليه واله وسلم)

إلى من حملتني وهناً على وهن و أوصلتني بيدها إلى مناهل العلم منذ نعومة أظفاري

والدتي أدامها الله

إلى من زرعت فيني الطموح وأول من علمتني الكتابة والقراءة ودعت لي بالخير

أختي بدور

إلى من رافقتني في دراستي ووقفت معي في رسالتي

أختي إسراء

إلى من محبتهم تبقى في قلبي

أخي وولداه

اهدي ثمرة جهدي إليهم جميعاً

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

((وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّيَ غَنِيٌّ
كَرِيمٌ))

(سورة النمل: الآية ٤٠)

الحمد لله والشكر له الذي لا اله إلا هو ، أسجد لفضله وأشكر نعمته والطافه علي في إتمام هذه الرسالة ، والصلاة والسلام على سيد الخلق محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) .

لا يسعني بعد إن وفقني الله (عز وجل) إلا أن أتقدم بجزيل الشكر إلى من كان لهم فضل كبير في إغناء هذه الرسالة بالمعلومات القيمة ، وخروجها على النحو الصحيح ، وبذلوا جهداً متقانياً ، وأحسنوا في التوجيه ، إلى كل هؤلاء أتقدم بجزيل الشكر ووافر الثناء ، وأخص منهم بالذكر (الدكتور كاظم علي عباس الجنابي) ، لتفضله بقبول الإشراف على رسالتي والذي كان له دور كبير برفدها بالمعلومات والتوجيهات القيمة التي تركت بصماتها عليها والذي لم يدخر جهداً في تقديم الملحوظات والتوجيهات العلمية السديدة ، كما أتقدم بفائق الشكر إلى أستاذي الفاضل (الدكتور سلام منعم مشعل) ؛ لما أبداه من جهد في الإشراف عليها ، ولما أسداه لي من معلومات علمية للرسالة ، مع دعواتي الخالصة لهم بدوام الصحة والعافية .

وأتقدم بالشكر لعمادة كلية الحقوق ولجميع أساتذتها الذين لم يتوانوا في تقديم العلم لطلبتهم .

مع جزيل الشكر لكل موظفي مكتبة كلية الحقوق في جامعة النهدين ، لما أبدوه من تعاون ومساعدة في تقديم المصادر ، وموظفي مكتبة كلية القانون - الجامعة المستنصرية - ، وموظفي مكتبة كلية القانون - جامعة بغداد - ، وموظفي مكتبة المعهد القضائي ، وموظفات مكتبة وزارة العدل .

وأخيراً أتقدم بالشكر لكل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد ؛ لإنجاز هذه الرسالة ، فإني وإن لم أذكر أسماءهم إلا أنني أتقدم لهم جميعاً بالشكر أكثر مما تحويه الأسطر وتذكره الكلمات.

المحتويات

٤ - ١	المقدمة
٤٢ - ٥	فصل تمهيدي
٢٨ - ٧	المبحث الأول : التعريف بالمنازعات الإدارية والعمل الإداري
٧	المطلب الأول : التعريف بالمنازعة الإدارية
٧	الفرع الأول : تعريف المنازعة الإدارية
١١	الفرع الثاني : طبيعة المنازعة الإدارية
١٧	الفرع الثالث : تقسيم المنازعات الإدارية
٢٠	المطلب الثاني : التعريف بالعمل الإداري ومعايير تحديده
٢١	الفرع الأول : معايير تحديد العمل الإداري
٢٤	الفرع الثاني : مدلول العمل الإداري
٢٥	الفرع الثالث : أنواع الأعمال الإدارية
٤٢ - ٢٩	المبحث الثاني : المعايير المميزة للمنازعة الإدارية
٣٠	المطلب الأول : معايير المنازعة الإدارية وموقف الفقه منها
٣٠	الفرع الأول : المعيار العضوي
٣١	الفرع الثاني : المعيار الموضوعي
٣٨	المطلب الثاني : موقف التشريع والقضاء من معايير تمييز المنازعة الإدارية
٣٩	الفرع الأول : موقف التشريع
٤٠	الفرع الثاني : موقف القضاء
٨٤ - ٤٣	الفصل الأول: الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
٦٧ - ٤٤	المبحث الأول : الرقابة الإدارية
٤٥	المطلب الأول : طرق تحريك الرقابة الإدارية
٤٥	الفرع الأول : الرقابة الذاتية (التلقائية)
٤٧	الفرع الثاني : الرقابة بناء على تظلم
٥٣	الفرع الثالث : الاعتراض أو الطعن أمام جهات إدارية غير القضاء
٥٩	المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الرقابة الإدارية
٥٩	الفرع الأول : تعديل القرار الإداري
٦٠	الفرع الثاني : إلغاء الإدارة للقرار الإداري
٦٢	الفرع الثالث : سحب القرار الإداري
٦٤	المطلب الثالث: تقدير الرقابة الإدارية
٦٤	الفرع الأول : أسباب اختيار الرقابة الإدارية كطريق لحل المنازعات
٦٥	الفرع الثاني : مميزات وعيوب الرقابة الإدارية
٨٤ - ٦٨	المبحث الثاني : الرقابة السياسية وطريقة حلها للمنازعات الإدارية
٦٩	المطلب الأول : الرقابة الشعبية
٧٠	المطلب الثاني : رقابة الرأي العام
٧٠	الفرع الأول : رقابة وسائل الإعلام
٧١	الفرع الثاني : رقابة مؤسسات المجتمع المدني

٧٣	المطلب الثالث : الرقابة البرلمانية
٧٤	المطلب الرابع : تقدير الرقابة السياسية
٧٦	المبحث الثالث : رقابة الهيئات المستقلة
٧٦	المطلب الأول : نظام المفوض البرلماني (الأمبودسمان)
٧٦	الفرع الأول : التعريف بنظام الأمبودسمان
٧٧	الفرع الثاني : اختصاصات الأمبودسمان ووسائله وسلطاته
٨٠	المطلب الثاني : الوسيط الفرنسي
٨٢	المطلب الثالث : هيئة الادعاء العام السوفيتي (البروكيراتيرا)
٨٣	المطلب الرابع : تقدير رقابة الهيئات المستقلة
١٣٤-٨٥	الفصل الثاني : التحكيم في المنازعات الإدارية
١٠٣-٨٧	المبحث الأول : التعريف بالتحكيم الاداري
٨٧	المطلب الأول : تعريف التحكيم الاداري وبيان عناصره وأساسه
٨٧	الفرع الأول : تعريف التحكيم الاداري
٩٠	الفرع الثاني : أساس التحكيم الاداري وعناصره
٩٢	المطلب الثاني : صور التحكيم الاداري وأنواعه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة
٩٢	الفرع الأول : صور التحكيم الاداري
٩٤	الفرع الثاني : أنواع التحكيم
٩٧	الفرع الثالث : تمييز التحكيم الاداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له
١٠٠	المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم ومبررات اللجوء إليه
١٠٠	الفرع الأول : الطبيعة القانونية للتحكيم
١٠١	الفرع الثاني : مبررات اللجوء إلى التحكيم
١١٩-١٠٤	المبحث الثاني : مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية
١٠٤	المطلب الأول : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية
١٠٥	الفرع الأول : موقف التشريع
١١٠	الفرع الثاني : موقف القضاء
١١٢	الفرع الثالث : موقف الفقه
١١٥	المطلب الثاني : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية
١١٧	الفرع الأول : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات مشروعية القرار الاداري (دعوى الإلغاء)
١١٨	الفرع الثاني : مدى جواز التحكيم في منازعات التعويض (دعوى التعويض)
١٣٤-١٢٠	المبحث الثالث : إجراءات التحكيم وعلاقة القضاء به وآثاره على نظرية العقد الاداري
١٢٠	المطلب الأول : إجراءات التحكيم الاداري
١٢٢	الفرع الأول : تشكيل هيئة التحكيم
١٢٥	الفرع الثاني : إجراءات إصدار القرار التحكيمي وتنفيذه
١٢٨	المطلب الثاني : العلاقة بين القضاء و التحكيم في المنازعات الإدارية

(ب)

١٢٩	الفرع الأول : دور القضاء بالنسبة للتحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الفرنسي
١٣٠	الفرع الثاني : دور القضاء في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م
١٣٠	الفرع الثالث : دور القضاء بالنسبة للتحكيم في القانون العراقي

١٣١	المطلب الثالث : أثر التحكيم على نظرية العقد الإداري
١٨٥-١٣٥	الفصل الثالث : الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الإدارية عن الطريق غير القضائي
١٦٩-١٣٥	المبحث الأول : البدائل غير القضائية و التحكيمية لفض المنازعات الإدارية
١٣٧	المطلب الأول : دور الصلح في تسوية المنازعات الإدارية
١٣٧	الفرع الأول : التعريف بالصلح
١٤٣	الفرع الثاني : مدى جواز الأخذ بالصلح في المنازعات الإدارية
١٤٨	الفرع الثالث : إجراءات الصلح و آثاره
١٥١	المطلب الثاني : المفاوضة والوساطة والتوفيق
١٥١	الفرع الأول : المفاوضة
١٥٤	الفرع الثاني : الوساطة
١٥٩	الفرع الثالث : التوفيق
١٦٤	الفرع الرابع : الأساليب البديلة الأخرى
١٦٧	المطلب الثالث : الأثر القانوني للوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية ومدى فاعليتها وتقدير جدواها
١٦٧	الفرع الأول : الأثر القانوني للوسائل البديلة لتسوية المنازعات
١٦٨	الفرع الثاني : مدى فاعلية الوسائل البديلة وتقدير جدواها
١٧٠-١٨٥	المبحث الثاني : الشرط الجزائي وتطبيقاته في حل المنازعات الإدارية بأسلوب غير قضائي
١٧١	المطلب الأول : التعريف بالشرط الجزائي
١٧١	الفرع الأول : تعريف الشرط الجزائي
١٧٢	الفرع الثاني : أهمية الشرط الجزائي
١٧٣	الفرع الثالث : تمييز الشرط الجزائي عما يشته به من أوضاع
١٧٤	المطلب الثاني : النظرية العامة للشرط الجزائي في العقد الإداري
١٧٥	الفرع الأول : خصائص الشرط الجزائي
١٧٧	الفرع الثاني : آثار الشرط الجزائي ومدى سلطة القضاء في التدخل بتعديله
١٨١	المطلب الثالث : تطبيقات الشرط الجزائي في العقود الإدارية
١٨١	الفرع الأول : الغرامات التأخيرية
١٨٤	الفرع الثاني : مصادرة التأمينات
١٨٦	الخاتمة
١٩٣	قائمة المصادر

(الخلاصة)

لم يعد نشاط الدولة كما كان محدوداً وقاصراً على الوظائف التقليدية ، وهي الدفاع وإقامة الأمن والعدل ، إذ بدأت تتدخل تدريجياً في النشاط الاقتصادي ، وكان لهذا التدخل مبررات عدة ، كما اتخذ أشكالاً متنوعة وعلى درجات مختلفة .

فعندما كان تدخل الدولة محدوداً لم تكن هناك مشكلة ، فقد كان القضاء الرسمي يقوم بنظر النزاعات القليلة التي تكون الدولة طرفاً فيها ويفصل فيها ، ولكن بعد ازدياد تعاملات الدولة وتدخلاتها بدرجة كبيرة ، بدأ التفكير في إمكانية اللجوء إلى طرائق أخرى بديلة عن اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة ؛ لفض المنازعات التي قد تنشأ عن مثل هذه التعاملات والتدخلات إسوة بتعاملات وعلاقات الأفراد العاديين الذين يفضلون اللجوء إلى طرائق التسوية الودية ، بعيداً عن القضاء الرسمي الذي يتميز طريق اللجوء إليه بالطول والمشقة والتكلفة ، وتتمثل أهم هذه الطرائق الودية في الصلح والتوفيق والوساطة والتحكيم والمفاوضة ، فضلاً عن دور الرقابة غير القضائية في حل المنازعات الإدارية .

من هنا بدأت أهمية هذه الطرائق في إمكانية الأخذ بها ، لحل المنازعات الإدارية ومدى دورها في تخفيف الأعباء عن القضاء ومدى الأخذ بها وطريقة حل كل واحدة منها للنزاع .

(المقدمة)

تلجأ الإدارة وهي بصدد قيامها بالتزاماتها إلى العديد من الأساليب ، فقد تلجأ إلى إصدار قرارات إدارية؛ لغرض إحداث اثر معين ، استناداً لما تملكه من سلطة إصدار هذه القرارات بمقتضى القوانين ، وقد تلجأ إلى أسلوب الاتفاق والتراضي مع غيرها سواء أكانوا أفراداً أم شركات فينشأ بينهم ما يسمى بالعقد ، وبموجبه تتحدد التزامات وحقوق كل منهم ، ولاسيما إن للعقود الإدارية - أسلوباً من أساليب تعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة - أهمية سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي .

إن أعمال الإدارة تقسم على نوعين : أعمال قانونية وأعمال مادية ؛ فالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية تتمثل بالقرارات الإدارية والعقود الإدارية والتي تكون الإدارة طرفاً فيها ؛ أما العمل المادي فهو مجرد واقعة مادية غير مؤثرة في المراكز القانونية التي تتصل بها ، فإذا كان وجود الأثر القانوني هو معيار القرارات الإدارية فان غيبة هذا الأثر تصبح هي المعيار المميز للأعمال المادية ، وهذه الأعمال إما أن تكون إرادية أي أن تقوم بها الإدارة بإرادتها تنفيذاً لقانون أو قرار أو عقد ؛ أو غير إرادية ؛ لأنها لا ترتب آثاراً قانونية مباشرة - والتي ترتب المسؤولية التقصيرية للإدارة - وتخرج هذه الأعمال عن نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وتكون محلاً لطلب التعويض على أساس القضاء الكامل ، وحينما تمارس الإدارة سلطاتها كإصدار قرار إداري أو إبرام عقد إداري، فإنه من الطبيعي أن ينشأ عن ممارستها تلك منازعات تسمى بالمنازعات الإدارية تستلزم ضرورة إنهاؤها.

فبعد نشوء خلاف معين ، ووصوله إلى حد النزاع ، فان الأصل يقضي بأن القضاء (الإداري أم العادي) هو صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في هذا الخلاف ودراسة هذا النزاع والفصل فيه ، فالقضاء هو الوسيلة الأساسية لحسم المنازعات بجميع أنواعها في الدولة الحديثة ، فهو سلطة من سلطات الدولة تكفل الدساتير استقلاله عن سلطات الدولة الأخرى، وتكفل القوانين لأحكامه مهابة وقوة تنفيذية فيما قضى به ، على أن تعقد سبل الحياة وتزايد المنازعات وتداخلها أدى إلى بروز مشكلة خطيرة تهدد قدرة مرفق القضاء في الدولة على حسم هذه المنازعات في وقت معقول ومقبول يبدو معه الحكم القضائي سيلاً جيداً لكي ينال كل ذي حق حقه ، وتتمثل هذه المشكلة في بطء التقاضي وعدم فاعلية الأحكام وهما ظاهرتان خطيرتان تهددان العدالة بل يجردان حق التقاضي الذي يكفله الدستور من كل قيمة ، ولكن اللجوء إلى القضاء يحتاج - كما هو معروف - إلى كثير من الوقت والجهد والمال ؛ مما دعا كثيراً من أطراف النزاعات المختلفة إلى التفكير في نهج سبل أخرى واللجوء إلى طرائق مختلفة لفض نزاعاتهم وإنهاء خصوماتهم دون حاجة اللجوء إلى القضاء في ذلك ؛ حتى يتجنبون مخاطر هذا الطريق ويتفادون آثاره السلبية توفيراً للوقت والجهد والمال .

ومن هنا برزت أهمية الوسائل البديلة لحل المنازعات الإدارية وتعددت هذه السبل وتفرعت هذه الطرائق وتنوعت ؛ وذلك لأنها تتسم بالسرعة في حل المنازعات ، فضلاً عن بساطة الإجراءات ، ومن ثم إنها في النهاية تخفف الضغط عن المحاكم وتؤدي إلى تفرغها لبحث القضايا الكبيرة ، وقد يكون من هذه الوسائل مثلاً الصلح ، والوساطة ، والتوفيق ، والرقابة الإدارية من ذاتية وبناء على تظلم ، واللجوء إلى التحكيم ، وتسمى هذه الطرائق في مجملها بالطرائق البديلة للقضاء في فض المنازعات الإدارية .

فالإدارة تسعى في جميع تصرفاتها إلى تحقيق الصالح العام ، ولكي تكون هذه التصرفات بمنجى من تعرضها للإلغاء أو السحب ، بمعنى آخر، لكي تكون تصرفاتها مشروعة ينبغي أن تراقب أعمالها ، وتتم هذه

المراقبة من خلال مراجعة الإدارة لتصرفها ذاتياً ، فتلغي هذا التصرف أو تعدله أو تسحبه وبذلك فهي تراقب مشروعيتها قبل الطعن بعدمها أمام جهة أخرى ولاسيما جهة الرقابة القضائية ، ولما كان التصرف الإداري يستهدف تحقيق مصلحة عامة فإن الإدارة ومن أجل تحقيق هذا الهدف ، لا تلغي أو تعدل تصرفها الإداري لمجرد توافقه مع القانون ، وإنما تمتد رقابتها إلى مدى ملاءمته للهدف الذي تسعى إلى تحقيقه ، رقابة مشروعية ورقابة ملاءمة في الوقت نفسه ، كما إن الرقابة بناء على تظلم أو التظلم الإداري ، يعد وسيلة فعالة وجديّة بيد الأفراد إذا ما كان تقسيم العمل داخل الجهاز الإداري قائماً على أساس احترام قواعد الاختصاص وكانت السمة السائدة في النظام هي النزاهة والموضوعية ، فهو يتيح الفرصة للأفراد كي يتظلموا إلى الإدارة قبل التوجه إلى القضاء ويوفر للإدارة فرصة إعادة النظر فيما أصدرته من قرارات ، ومن الواضح أن إنهاء المشكلة بهذه الصورة يسوي النزاع في مرحلته الأولى ، إذ لا يتطور إلى منازعة قضائية تطرح أمام القضاء .

أما الصلح فعن طريقه ينهي الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بتنازل كل طرف على وجه التبادل عن حقه ، ولا يخفى لما للتوفيق والوساطة والمفاوضة من أهمية في حل المنازعات الإدارية في مراحلها الأولى والوصول إلى تسوية ودية بين الأطراف .

وقد يكون التحكيم أهم هذه الطرائق والوسائل ؛ بوصفه سببلاً عرفته غالبية فروع القانون المختلفة وأخذت به وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة ، فهو طريق معروف ومأخوذ به في القانون المدني والتجاري والقانون الدولي العام ، وعرفه الإنسان منذ القدم وقبل ظهور الدولة الحديثة وتنظيم سلطاتها العامة ومنها السلطة القضائية التي عهد إليها الفصل في المنازعات وإقامة العدالة .

وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن مدى إمكانية الأخذ بالأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية وعن كيفية حل هذه المنازعات عن طريقه .

أهمية الدراسة

تتمثل أهمية موضوع الدراسة بما يأتي :

١- إن اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد والمال مما دعا كثيراً من أطراف المنازعات المختلفة - ولاسيما المنازعات الإدارية - إلى نهج سبل أخرى واللجوء إلى طرائق مختلفة لفض نزاعاتهم وإنهاء خصوماتهم دون اللجوء إلى القضاء ، كما أن اللجوء إلى هذه السبل يؤدي إلى نتائج وتوفير ضمانات تزداد أهميتها يوماً بعد يوم .

٢- إن لنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية والدولية بين الأفراد والدولة ، وتطور الاستثمارات المالية وازدياد احتياجات الدولة واضطرارها إلى إبرام عقود إدارية دولية أو الإشراف على عقود التنمية الاقتصادية لمواكبة ذلك التطور ، دوراً أساسياً في جعل الأسلوب غير القضائي - ولاسيما التحكيم - هو الوسيلة المثلى لتسوية المنازعات التي تتأزم بمناسبة تنفيذ هذه العقود والتي تمثل الشركات الأجنبية طرفاً فيها .

٣- اتسام الأسلوب غير القضائي لتسوية المنازعات الإدارية بكونه أسلوباً فريداً ؛ وذلك لأن الأطراف يختارون فيه بإرادتهم - ودون تدخل القضاء - من سبب في منازعاتهم .

٤- عدم اقتصار الأساليب البديلة عن القضاء في حل منازعات العقود الإدارية فحسب وإنما يمتد نطاقها إلى صور أخرى من المنازعات الإدارية .

مشكلة الدراسة

لاشك أن هناك كثيراً من المؤلفات التي تناولت موضوع الرقابة الإدارية والتنظيم الإداري ، فضلاً عن أن هناك عدداً من المؤلفين في الفقه المقارن - ولاسيما في الفقه المصري - من تناول موضوع التحكيم في العقود الإدارية ، ألا إننا وجدنا ندرة في البحث في موضوع الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية وبشكل شامل ومبين لجميع هذه الأنواع وبدقة وتفصيل ، واقتصار اغلب الدراسات بيانه في جانب من المنازعات الإدارية دون الأخرى .

وإذ لا بد من بيان هذه الأساليب والسعي إلى الأخذ بها لأهميتها ولما لها دور في حل المنازعات الإدارية واختصار لدرجات التقاضي أمام القضاء وطولها ، ولما يتسم به هذا الموضوع من تطور وتجدد من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن اغلب ما كتب في العراق - إن لم يكن جميعه - يتناول التحكيم في العقود الإدارية فقط دون الدخول في الوسائل الأخرى ، وبيان أهميتها وكيفية تطويعها واستخدامها في مجال حل المنازعات الإدارية ، وأنه يقتصر في بيان دور التحكيم في العقود الإدارية دون أنواع المنازعات الإدارية الأخرى ، فضلاً عن افتقار المكتبات لمثل هذه الدراسة ، مما دفعنا نحو اختيار الموضوع لتحديد موقف القانون العراقي من الأساليب غير القضائية في حل المنازعات الإدارية وبيان أحكامها إن وجدت .

منهج الدراسة

من الطبيعي إن لكل دراسة طبيعتها الذاتية التي تميزها عن غيرها ، وفي ضوء هذه الحقيقة ، فإن من الملائم بغية الإحاطة بالموضوع وتفصيلاته إتباع المناهج الآتية :

١- التحليلي والوصفي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية ، كذلك عرض الآراء الفقهية، وموقف القضاء منها .

٢- المنهج المقارن الذي يقوم على المقارنة بين أنظمة قانونية مختلفة ، إذ إن إتباع المنهج المقارن يساعدنا على الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف ، وما يمكن الأخذ به في العراق إن كان ذلك ممكناً ، وقمنا باختيار دولتين وهما فرنسا ومصر باعتبارهما من أهم الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج .

هدف الدراسة

تهدف الدراسة إلى بيان الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية في رحاب التشريع والقضاء وآراء الفقه من خلال دراسة مقارنة في كل من فرنسا ومصر والعراق ، لغرض الوصول إلى بعض التوصيات التي يمكن الاهتمام بها وإتباعها في حل المنازعات الإدارية ودياً ودون إثقال لكاهل القضاء .

خطة الدراسة

المقدمة

لقد سلكنا في هذه الدراسة وهو الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية - دراسة مقارنة - مسلكاً يتفق مع الغاية المرجوة منه ، لذا فقد قسمنا الرسالة إلى ثلاثة فصول رئيسة نتناول فيها بيان هذه الأساليب ، مسبقة بفصل تمهيدي ، لبيان ماهية المنازعات الإدارية والمعايير المميزة لها لغرض تمييز المنازعة الإدارية عن المنازعة العادية والتي ستكون محور دراستنا في كيفية حلها بطرق غير قضائية .

وعلى أساس ذلك قسم الفصل التمهيدي إلى التعريف بالمنازعات الإدارية والعمل الإداري في مبحث أول ، أما المبحث الثاني منه فقد خصصناه لتوضيح المعايير المميزة للمنازعة الإدارية ، ولقد تضمن الفصل الأول من الرسالة دراسة دور الرقابة غير القضائية في حل المنازعة الإدارية ، وتقسم إلى ثلاثة مباحث ، يتناول الأول منها الرقابة الإدارية ، أما المبحث الثاني فيناقش الرقابة السياسية وطريقة حلها للمنازعات الإدارية ، وفي المبحث الثالث فقد قمنا بدراسة كيفية حل المنازعات الإدارية عن طريق رقابة الهيئات المستقلة ؛ أما الفصل الثاني من الرسالة فقد أتى بعنوان التحكيم في المنازعات الإدارية ، وقسم إلى ثلاثة مباحث أيضاً تناولنا في الأول منه التعريف بالتحكيم الإداري ، أما المبحث الثاني فقد بينا فيه مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية ، وفي المبحث الثالث فقد خصصناه لإجراءات التحكيم وعلاقته بالقضاء وآثاره على نظرية العقد الإداري وسيادة الدولة ؛ وأخيراً الفصل الثالث والذي خصصناه لوسائل وأساليب أخرى في حل المنازعات الإدارية وقد أتى بعنوان الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الإدارية عن الطريق غير القضائي ، وقسم على مبحثين ؛ تناولنا في الأول البدائل غير القضائية و التحكيمية لفض المنازعات الإدارية وهي (الصلح والمفاوضة والوساطة والتوفيق) ، أما المبحث الثاني فقد تم معالجة صورة أخرى لحل المنازعات الإدارية ألا وهي الشرط الجزائي الإداري .

فصل تمهيدى

إذا كان مما لا شك فيه ضرورة وجود القانون للمجتمع ليتولى تنظيمه ، ألا إن مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفي لسلامة الحياة الاجتماعية وانتظامها ، فقد يختلف الناس حول معنى القاعدة القانونية مع التسليم بقيامها ونفاذها في حقهم ، وقد ينتكر البعض صراحة لهذه القاعدة ، أو على الأقل ينكرون سريانها على الوقائع المادية التي تحكمها هذه القاعدة القانونية ، وإن حسم الخلاف الذي ينشأ قد يتم عن طريق القضاء أو عن طريق "الإفتاء" أو "التحكيم" ، لذا فيتعين على كل دولة أن توفر الوسيلة أو الوسائل المناسبة في فض المنازعات والتي تؤدي إلى جبر المتنازعين على الامتثال لحكم القانون ، وعليه فإذا كان لا بد للمجتمع من قانون ، فلا بد للقانون من قضاء ، لأن القضاء هو الذي يضفي على القانون صفة الكمال ، إذ يحقق أبرز خصائص القاعدة القانونية وهي صفة الإلزام^(١) .

من هنا فإن الدولة تعهد بوظيفة الفصل في المنازعات بالقانون والعدل إلى هيئات تسمى المحاكم ، وتصدر أحكاماً قضائية بناء على الوقائع الثابتة وبالتطبيق لإحكام القانون عليها بحيث يكون من شأن هذه الأحكام أن تتحدد بها حقوق الخصوم على نحو ملزم ، ولا يعد ما يصدر عن غير المحاكم قضاء ، حتى ولو قامت بمثل ما تقوم به المحاكم من فض للمنازعات أو تطبيق القانون ، فقد تعهدت الدولة مثلاً لبعض اللجان الإدارية بمثل ذلك ، أو قد تتولى بعض الأجهزة مهمة فض بعض المنازعات بين الأفراد ، ولكن ما يصدر عن هذه اللجان أو تلك الأجهزة من قرارات لا يحوز طبيعة القضاء ولا يكون لها من القوة أو الحجية ما للأحكام^(٢) .

وأياً كانت الجهة التي تفصل في النزاع اللجان أو القضاء ، ألا إنه لا يتعرض لفض المنازعات بين الناس من تلقاء نفسه ، إذ يتعين على أصحاب الشأن أن يطلبوا ذلك منه في كل حالة أو نزاع ، وهو ما يتحقق بمباشرة حق التقاضي من خلال الدعوى التي ترفع للقضاء لتنتقل إليه هذا النزاع ، ليتحول إلى منازعة يختص القضاء بالفصل فيها من خلال مجموعة من الإجراءات تسمى الخصومة^(٣) .

وعليه فإن مباشرة حق التقاضي يفترض قيام منازعة قابلة للفصل فيها من إحدى محاكم السلطة القضائية بجهات متعددة ، حيث يتولى القانون توزيع ولاية الفصل في هذه المنازعات على تلك الجهات ووفقاً لمعايير مختلفة ، ومن ثم يكون لصاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء بالوسيلة القانونية المعدة لذلك - وهي الدعوى في معظم الأحوال - لكي يطرح عليه المنازعة التي يهدف إلى الفصل فيها بحكم نهائي بات ، فإذا ما تحقق هذا الالتجاء فإن المنازعة تغدو موضوعاً لخصومة قضائية ، يكفل القانون من خلال الإجراءات المحددة لها تحقيق غايتها ، بأن تتحقق التسوية أو الترضية القضائية متمثلة في الحكم بالحل المنصف العادل .

ومن أهم طوائف المنازعات التي يفصل فيها القضاء ، المنازعات الإدارية وهي كما يتضح من اسمها منازعات تتصل بالإدارة والعمل الإداري - فإنه يمكن للأفراد التنازع معها - ومن ثم حمل المنازعة إلى القضاء ليقول كلمة القانون فيها ، بمراعاة الضمانات الأساسية اللازمة لإدارة العدالة إدارة فعالة طبقاً لمعايير الأمم المتحدة .

(١) ينظر: د. سامي جمال الدين ، دعاوى الإدارية - دعوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوى التسوية - ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣م ، ص ٧ ، و مؤلفه ، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥م ، ص ٨ .

(٢) ينظر : د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية ، المصدر نفسه ، ص ٩ .

(٣) أي سواء كان القضاء أم اللجان الإدارية أم الجهات ذات العلاقة فإنه لا بد من طلب من ذوي الشأن للتدخل في فض النزاع ، انظر: د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشؤون الموظفين ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥م ، ص ٧ .

ويعتبر موضوع (المنازعات الإدارية) من أهم موضوعات القانون الإداري الذي ينظم السلطة الإدارية ويحدد أوجه نشاطها وأساليب عملها ، ويحكم العلاقات التي تنشأ بينها وبين الأفراد عندما تباشر العمل الإداري في مواجهتهم ، وما قد ينجم عن ذلك من منازعات قد تثور نتيجة تلك العلاقات ، ودعاوى تطرح أمام القضاء للفصل في هذه المنازعات .

ومهما تكن الجهة التي تتولى فض النزاع - القضاء أو اللجان الإدارية أو غيرها - فان موضوع الدراسة يتطلب منا التعريف بالمنازعات الإدارية ومعرفة معيارها المميز لها عن منازعات القضاء غير الإداري (العادي) ، لا لغرض فض النزاع عن طريق القضاء الإداري وإنما لبيان وتحديد المنازعات الإدارية والتي يمكن حلها بأسلوب غير الأسلوب القضائي ، أي عن غير طريق القضاء ، لذا سنقسم الفصل على مبحثين ، إذ نخصص الأول منهما بالبحث في التعريف بالمنازعات الإدارية ، ونستعرض في الثاني المعايير المميزة للمنازعة الإدارية . وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول / التعريف بالمنازعات الإدارية والعمل الإداري

المبحث الثاني / المعايير المميزة للمنازعات الإدارية

المبحث الأول / التعريف بالمنازعات الإدارية والعمل الإدارى

اكتفت بعض الدول بإيكال مهمة الفصل في المنازعات الإدارية إلى الجهة القضائية الموحدة القائمة ، وذلك إلى جانب اختصاصها بالفصل في المنازعات بين الأفراد ، في حين اتجهت دول أخرى - مثل فرنسا- إلى إنشاء جهة قضائية مستقلة تختص بالفصل في المنازعات الإدارية ، وهو ما يؤدي إلى ازدواج القضاء في تلك الدول إلى جهتي القضاء الإداري والعادي ، وفي هذه الحالة فإن الغالب أن يتحدد اختصاص كل من الجهتين عن طريق قاعدة عامة تعطي للقضاء الإداري الولاية العامة في المنازعات الإدارية دون تحديد لها ، بينما تتولى جهة القضاء الأخرى الولاية العامة في المنازعات غير الإدارية ، وهو المنهج المتبع حالياً في مصر منذ صدور القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م ، وفي العراق منذ صدور القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩م قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩م ، لذا فإن القضاء الإداري في العراق ومصر وفرنسا يختص بالفصل في المنازعات الإدارية على حين يختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية ، وذلك كأصل عام ، مما يوجب على الفقه والقضاء التوصل لمعيار تحديد المنازعة الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري ، لذا سوف نحدد بدقة التعريف بهذه المنازعات في مطلب أول ، ولعلاقة المنازعات الإدارية بالإدارة والعمل الإداري فإننا سنتقصى معنى العمل الإداري وأنواعه ومعاييرها في مطلب ثان ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول / التعريف بالمنازعة الإدارية

يتطلب التعريف بالمنازعة الإدارية منا تعريف المنازعة الإدارية في فرع أول ، وبيان طبيعتها أي شروطها وخصائصها في فرع ثان ومن ثم تقسيم المنازعات الإدارية في فرع ثالث وكما يأتي تباعاً:

الفرع الأول / تعريف المنازعة الإدارية

المنازعة لغَةً: شدة الخصومة^(١) ، والتنازع : التخاصم ، والمنازعة في الخصومة : مجاذبة الحجج^(٢) .

أما تعريف المنازعة الإدارية قانوناً : فيلاحظ أن القوانين خلت من تعريف المنازعة الإدارية وترك المشرع هذه المهمة لاجتهاد الفقه والقضاء .

فعلى مستوى الفقه فهناك من ذهب إلى القول بأنها : (تصارع بين مصالح متقابلة ويستوي في ذلك أن يكون التضارب بين مصالح الأفراد فيما بينهم أو بين مصالح هؤلاء وإحدى السلطات العامة في الدولة)^(٣) ، أو هي (المنازعة التي تكون الإدارة احد أطرافها ؛ بوصفها سلطة إدارة لا سلطة حكم ، وتتعلق بنشاط إداري)^(٤) .

(١) محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩م ، ص ٤١٨ .

(٢) جبران مسعود ، الرائد ، الطبعة الثامنة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥ ، ص ٨٠١ ، و محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، المصدر نفسه ، ص ٤١٨ .

(٣) ينظر : د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩م ، ص ١١ .

(٤) ينظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعاوى التأديبية والمستعجلة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧م ، ص ٣٥ .

في حين ذهب رأي آخر إلى تعريفها (١) بأنها : (الوسيلة القانونية التي يكفلها المشرع للأشخاص (سواء أكانت طبيعية أم معنوية) لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء ، وان دور الإدارة فيها هو دور المدعى عليه غالباً ؛ نظراً لما تتمتع به من مظاهر السلطة العامة التي تجعلها في غير حاجة إلى الرجوع للقضاء لتنفيذ أعمالها القانونية أو المادية في مواجهة الغير بما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر (٢) .

وهناك من ذهب إلى تعريف المنازعة ومن ضمنها المنازعة الإدارية بأنها : (كل نزاع أو تنازع "litige" بين المصالح يقع بين الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة في الدولة ، يتم عرضه على القضاء إذا باشر صاحب الشأن حقه في التقاضي من خلال رفع الدعوى إليه ؛ ليتحول النزاع من فكرة مادية تتصل بالوقائع إلى منازعة كقكرة قانونية تفصل فيها المحكمة المختصة بما يحقق القانون والعدل (٣) .

كما اختلف (٤) الفقه - والقضاء أيضاً - حول تحديد مفهوم المنازعة الإدارية وعلاقتها بالحق الذي تحميه ، وهل هي حق مستقل ؟ أو هي ذات الحق المراد حمايته ؟ أم إنها وسيلة لحماية الحق الأصلي المراد حمايته؟

لذا لابد من التفرقة بين المنازعة وبين الدعوى والخصومة .

فالدعوى (action) : هي حق شخصي إجرائي ، يثبت لكل صاحب ادعاء في أن يعرض ادعاه على القضاء ليقول كلمة القانون فيه ، سواء كان ذلك لصالحه أو لغير صالحه (٥) .

وعرفها آخر : بأنها الوسيلة القانونية التي يتمتع بها الأشخاص ويتمكنون بمقتضاها من الالتجاء إلى القضاء طلباً لحماية حقوقهم المعتدى عليها أو لتقرير هذه الحقوق أو للتعويض عن الأضرار التي تلحق بها (٦) .

وهي بهذا المدلول تختلف عن الخصومة التي تعني مجموعة من الروابط القانونية والإجراءات أمام القضاء، تبدأ بإعلان صحيفة الدعوى أو إيداعها والتي تتضمن الطلب المقدم للقضاء بما يدعيه المتقاضي ، وما يرمي إلى تحقيقه

(١) د. صدراتي صدراتي ، مقياس المنازعات الإدارية ، محاضرات في المنازعات الإدارية ، لقاءة في كلية الحقوق ، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة (C.A.P.A) للسنة الدراسية ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ م ، الجزائر ، ص ٦٠ ، منشورة على الموقع الإلكتروني <http://forum.Law.dz.com> ، تاريخ الزيارة في ٢٦/٩/٢٠١٢ م ، وانظر : د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية ، مطابع شتات ، مصر ، ٢٠٠٨ م ، ص ١٧ .

(٢) يلاحظ إن المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً للمنازعة الإدارية أيضاً إلا أنه عند تحديده لاختصاص الغرف الإدارية بالمجالس القضائية بين طبيعة المنازعات التي تختص بها تلك الغرف ، بأنها القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الولايات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها ، وبعد أن وضع القاعدة في تحديد طبيعة المنازعات التي تختص بها تلك الغرف ، أورد لهذه القاعدة مجموعة من الاستثناءات التي تضمنتها المادة (٨٠٠) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم ٠٩/٠٨ في ٢٥/٢/٢٠٠٨ م ، وهذا ما أورده المادة (٧) من القانون القديم لسنة ١٩٦٦ م .

(٣) د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١٣ ، وكذلك انظر : د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ م ، ص ١٥ .

(٤) د. طعيمة الجرف ، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٦ م ، ص ١٧-٢١ .

(٥) د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٦ .

(٦) د. عبد المنعم محمد الشراقوي ، شرح المرافعات المدنية والتجارية (قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩) ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٠ م ، ص ٢٨-٣٢ .

من وراء تقديمه ، وتنتهي – أي إجراءات الخصومة – بصدر الحكم البات فيه أو بانقضائها بغير حكم (١) .

أما على مستوى القضاء : فقد استقرت أحكام القضاء الإداري في مصر على المعنى سالف الذكر نفسه ، إذ يرى أن ((الخصومة القضائية إنما هي حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى بالادعاء لدى القضاء ، أي بالالتجاء إليه بوسيلة الدعوى ، وقد حدد القانون إجراءات التقدم بهذا الادعاء الذي ينبني عليه انعقاد الخصومة ، وهي التي تقوم على اتصال الدعوى بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ، وتكليف المدعى عليه بالمثل ؛ أمامها لكونها علاقة بين طرفيها من جهة ، وعلاقة بين هذين الطرفين وبين القضاء من جهة أخرى ، فإذا لم تكن ثمة دعوى من احد الخصمين للخصم الآخر إلى التلاقي أمام القضاء ، أو لم يكن لأحدهما أو كليهما وجود فلا تنشأ الخصومة القضائية ولا تنعقد)) (٢) .

كذلك فقد عرف القضاء الإداري في مصر (٣) الخصومة بأنها ((مجموعة الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناءً على مسلك ايجابي يتخذ من جانب المدعي وتنتهي بحكم فاصل في النزاع أو بتنازل أو صلح أو بسبب عيب أو خطأ في الإجراءات أو بأمر عارض ، فهي حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى)) .

كما استقر موقف القضاء المصري على التفرقة بين الخصومة والدعوى في القضاء التي عرفها بأنها ((وسيلة قانونية يتوجه بها صاحب الشأن إلى القضاء لحماية حق مقرر له)) (٤) .

وترى المحكمة الدستورية العليا في مصر في إطار تحديدها لمضمون حق التقاضي إن هذا الحق ((يفترض – ابتداءً وبداهةً – تمكين كل من متقاضى من النفاذ إلى القضاء نفاذاً مسيراً لا تثقله أعباء مالية ، ولا تحول دونه عوائق إجرائية ، ولا يعدو هذا النفاذ – بما يعنيه من حق كل شخص في اللجوء إلى القضاء (أي الحق في الدعوى) وان أبوابه المختلفة غير موصدة في وجه من يلوذ بها ، وان الطريق إليها معبد قانوناً – أي يكون حلقة في حق التقاضي تكملها حلقتان أخريان لا يستقيم بدونهما هذا الحق ، ولا يكتمل وجوده في غيبة أحدهما ، ذلك إن قيام الحق في النفاذ إلى القضاء لا يدل بذاته ولزوماً على أن الفصل في الحقوق التي تقام الدعوى لطلبها موكول إلى أيد أمينة عليها تتوافر لديها – ووفقاً للنظم المعمول بها أمامها – كل ضمانات تفتضيها إدارة العدالة إدارة فعالة ، بما مؤدها أن الحلقة الوسطى في حق التقاضي هي تلك التي تعكس حيطة المحكمة واستقلالها ، وحصانة أعضائها والأسس الموضوعية ل ضماناتها العملية (وتقصد بها المحكمة إجراءات الخصومة)، وهي بذلك تكفل بتكاملها المقاييس المعاصرة التي توفر لكل شخص حقاً مكملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة منصفة وعلنية تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ينشؤها القانون، تتولى الفصل – خلال مدة معقولة – في حقوقه والتزاماته المدنية أوفي التهمة

(١) ينظر د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٦/١/٢٨ طعن رقم ٩٤١ لسنة ٢٩ ق ، المجموعة ، السنة ٣١ ص ٩٩٩ ، أشار للحكم د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة والطعون المتصلة بشؤون الموظفين ، المصدر السابق ، ص ١٦ .

ومن الملاحظ إن المحكمة تخلط أحيانا بين المنازعة والخصومة ، إذ قضت في بعض أحكامها بأن المنازعة الإدارية هي (إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه ...) ، حكمها في ١٩٨٥/١١/٢٤ م ، طعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق ، ص ٣٩٣ ، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ م ، ص ٢٤ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٥/٢٠ م ، السنة ١١ ق ، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الثانية ، مصر ، مجلس الدولة ، ١٩٥٦-١٩٥٧ م ، ص ٨١٠ .

(٤) جنان عبد الرزاق الكوفاوي ، المنازعات التقاعدية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠٠٨ م ، ص ٧ .

الجنازية الموجهة إليه، ويمكن في كنفها من عرض دعواه وتحقيق دفاعه ومواجهة أدلة خصمه رداً وتعقيباً في إطار من الفرص المتكافئة وبمراعاة أن تشكيل المحكمة، وأسس تنظيمها، وطبيعة القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها في نطاقها، وكيفية تطبيقها من الناحية العملية، هي التي تحدد لتلك الحلقة الوسطى ملامحها الرئيسية، متى كان ما تقدم، وكان حق التقاضي لا تكتمل مقوماته أو يبلغ غايته ما لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها؛ بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، فإن هذه الترضية – وبافتراض مشروعيتها واتساقها مع أحكام الدستور – تندمج بالحق في التقاضي؛ باعتبارها الحلقة الأخيرة فيه، ولارتباطها بالغاية النهائية المقصودة منه برابطة وثيقة، وذلك إن الخصومة القضائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمخض عنها فائدة عملية، وإنما غايتها اقتضاء منفعة يقرها القانون، وتحدد على ضوءها حقيقة المسألة المتنازع عليها بين أطرافها وحكم القانون بشأنها، واندماج هذه الترضية في الحق في التقاضي، مؤداه إنها تعتبر من مكوناته، ولا سبيل لفصلها عنه وإلا فقد هذا الحق مغزاه وآل سراباً)) (١).

وأخيراً فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر المنازعة الإدارية بأنها: ((كل منازعة تثور بشأن تسيير الإدارة لأحد المرافق العامة التي تضطلع بإدارتها وفقاً للقانون العام وأساليبه حيث يطبق في شأنها القانون العام)) (٢).

ونحن نؤيد ما ذهب إليه د. سامي جمال الدين في تعريف المنازعة الإدارية، ونشير إلى أن النزاع الإداري هو كل من يكون طرفاه جهتين إداريتين أو يكون أحد طرفيه جهة إدارية وطرف آخر فرد من الأفراد، أي هو النزاع القائم بفعل النشاط الإداري أو اثر من الآثار المترتبة عن علاقة إدارية، أو هو تصادم السلطة عند تمتعها بامتيازات السلطة العامة مع مبدأ المشروعية (٣).

وعليه يمكن القول: أن المنازعة هي التضارب بين مصالح متقابلة والذي يثير نزاعاً بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة في الدولة، واستناداً إلى حق التقاضي يتم حمله إلى القضاء من خلال مباشرة الحق في الدعوى، وهو الحلقة الأولى من حلقات حق التقاضي، إذ يتم نظرها من خلال إجراءات الخصومة القضائية، وهي الحلقة الثانية من حلقات حق التقاضي، إلى أن تصل إلى خاتمة المطاف بصور الحكم النهائي البات فيها والذي يمثل التسوية أو الترضية القضائية، باعتبارها الحلقة الثالثة – والأخيرة – من حلقات حق التقاضي، كما أن الدعوى في الفقه الحديث لا تختلط بأصل الحق المراد حمايته وإنما هي وسيلة لحماية هذا الحق أمام القضاء، وهي أن افتقرت عن الحق الذي تحميه فإنها لا تفتقر عن المطالبة القضائية؛ لأنها لا تختلط بواقعة استعمالها، ولأن شروط المطالبة القضائية هي ذات شروط قبول الدعوى ذلك فضلاً عن أن المطالبة القضائية هي واقعة الالتجاء الفعلي إلى المحكمة عن طريق الدعوى التي هي وسيلة الالتجاء للقضاء طلباً لحماية الحق (٤).

(١) راجع حكمها في ١٩٩٣/٤/٣، القضية ٢ لسنة ١٤ ق دستورية، المجموعة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص ٢٤١، كذلك حكمها في ١٩٩٣/٥/١٥ القضية ١٥ لسنة ١٤ ق دستورية، ذات المجموعة ص ٣١٥، أشار إلى الأحكام د. سامي جمال الدين، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المصدر السابق، ص ١٥ – ١٦.
(٢) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٦١٣ لسنة (٤٣)، جلسة ٢٠٠١/١٢/٨، أشار للحكم، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المصدر السابق، ص ١١.

(٣) هناك من فرق بين النزاع الإداري والمنازعة الإدارية حيث يرى إن المنازعة الإدارية هي أشمل من النزاع، فهي مجموع من النزاعات التي يختص بها القاضي الإداري مع إتباع إجراءات إدارية قضائية خاصة، منتدى جامعة ورقلة، مفهوم النزاع الإداري، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.Montada-echoroukonlin.com، بتاريخ الزيارة في ٢٨/٩/٢٠١٢ م.

(٤) د. سامي جمال الدين، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المصدر نفسه أعلاه، ص ١٦. وجنان عبد الرزاق، مصدر سابق، ص ٨.

المنازعة الإدارية ذات طبيعة خاصة ، فهي تختلف في مضمونها بشكل كبير عن المنازعات المدنية ويستتبع ذلك أن تكون لها خصائص وإجراءات خاصة بها تتميز عن إجراءات المنازعة المدنية ، وكذلك فإنها تتميز بشروط خاصة بها ولها أهداف معينة ، وهذا ما سنتناوله فيما يأتي تباعاً :

أولاً / شروط المنازعة الإدارية

المنازعة الإدارية هي التي تكون الإدارة احد أطرافها ؛ بوصفها سلطة إدارة لا سلطة حكم ، وتتعلق بنشاط إداري فحتى توصف المنازعة بأنها إدارية يتعين أن يتوافر فيها شرطان ؛ أولهما : أن تكون الإدارة طرفاً في تلك المنازعة ، وثانيهما : أن تتصل بنشاط إداري ^(١) ، وهذا ما سنلقي الضوء عليه فيما يأتي :

١- قيام المنازعة الإدارية إذا كانت الإدارة طرفاً فيها :

تعد المنازعة منازعة إدارية متى كانت الإدارة طرفاً فيها بشرط اتصالها بنشاط إداري على نحو ما سوف نرى ، ويتعين التنبيه إلى أن ما يخضع لاختصاص القضاء الإداري هي المنازعات الإدارية بمعناها الضيق، أي تلك التي تدور حول أنشطة استخدمت فيها امتيازات السلطة العامة ، وكان أحد طرفيها أو كليهما جهة إدارية تقليدية (وزارة - هيئة) أو على الأقل جهة على الرغم من عدم دخولها في التنظيم الإداري للدولة ، ألا أن القضاء الإداري أسبغ عليها وصف الشخص العام بحكم استهدافها للمنفعة العامة وتمتعها بما يضعه المشرع تحت يدها من امتيازات السلطة العامة ^(٢) ، كما هو الشأن بالنسبة للنقابات المهنية ، إذ استقر القضاء الإداري في مصر على اعتبارها من أشخاص القانون العام ، وبالتالي تعد قراراتها إدارية والمنازعات التي تكون طرفاً فيها منازعات إدارية يخضع الاختصاص بنظرها لمحاكم مجلس الدولة ^(٣) .

وفي ضوء ما تقدم فإن خضوع المنازعة الإدارية لاختصاص القضاء الإداري يتطلب ضرورة أن يكون التصرف في موضوع المنازعة صادراً عن شخص عام أو عن جهة أسبغ عليها القضاء هذا الوصف ، وهذا ما يفهم من المادة ٧/ثانياً/د من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩م المعدل : ((تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام ...)) ، وهذا ما يتطلب أيضاً لخضوع المنازعة الإدارية للاختصاص الولائي لمحكمة مجلس الدولة لدخولها ضمن المنازعات المشار إليها بالفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م .

(١) وفقاً لما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٤/١١/١٩٨٥ في الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق ، السابق ذكره والذي أشار بأن المنازعة الإدارية هي إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة ، ويشترط لتحقيقها : ١- أن ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه ، ٢- أن يتضح فيها وجه السلطة العامة ومظهرها ، ٣- أن يكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة ، انظر في ذلك د. اشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠م ، ص ١٤-١٥ ، ود. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣م ، ص ٥٢٤-٥٢٥ .

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القضاء الإداري ، المصدر السابق ص ٢٥ ، وانظر مؤلفه : الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعوى التأديبية والمستعجلة ، المصدر السابق ، ص ٣٥-٣٧ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم ٨٤٨ ، السنة ٣١ ق ، جلسة ١٩٧٩/٣/٢ ، أشار للحكم ، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعوى التأديبية والمستعجلة ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٣٦ . تعتبر النقابات في العراق أيضاً من أشخاص القانون العام ألا أن قراراتها ليست قرارات إدارية .

وبتخلف هذا الشرط ، فإن المنازعة تخرج من اختصاص القضاء الإداري ؛ لدخولها في اختصاص القضاء العادي ، شأنها في ذلك شأن منازعات الأفراد المحكومة بالقانون المدني ، وبناء عليه فقد اخرج القضاء الإداري

في مصر من نطاق اختصاصه المنازعات التي تكون إحدى شركات القطاع العام طرفاً فيها ، إذ لم يعتبرها جهات إدارية لما تتسم به من طابع تجاري ، فضلاً عن إن أحكام القانون المنظم لتلك الشركات قد خلا من أي نص يخولها استخدام أي من امتيازات السلطة العامة (١) .

٢- اتصال المنازعة بنشاط إداري :

تمارس الإدارة نشاطها الإداري من خلال وسيلتين ؛ أولهما: القرارات الإدارية ، وثانيهما: العقود الإدارية ، وأية منازعة تدور حول تلك القرارات أو العقود يخضع للاختصاص الولائي للقضاء الإداري .

— ويثور التساؤل عن القرار الإداري الذي يخضع النزاع حوله لاختصاص القضاء الإداري ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول : أن ليس كل ما يصدر عن الهيئات الإدارية قرارات إدارية يخضع النزاع الذي يدور حولها لاختصاص القضاء الإداري ، حيث إن إطلاق وصف القرار الإداري على ما يصدر عن الإدارة من تصرفات يتطلب أن يكون القرار إدارياً بحكم موضوعه ، أي يكون متعلقاً بنشاط إداري ، فإذا تعلق بمسألة من مسائل القانون الخاص أو بإدارة مال شخص معنوي خاص ، أو كان من الأعمال التحضيرية ، فلا يعتبر من القرارات الإدارية التي يختص بنظر منازعاتها القضاء الإداري ، حتى ولو كان صادراً عن هيئة عامة ، ولا يكفي لتقرير اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع إن يكون موضوعه قراراً إدارياً اتخذته الإدارة في نشاط إداري ، بل يجب إضافة إلى ذلك أن يصدر القرار عن السلطة التنفيذية ؛ بوصفها سلطة إدارة وليست سلطة حكم ، أي يجب أن يكون القرار تعبيراً عن الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية ، وليس عن الوظيفة السياسية لها ، باعتبارها إحدى السلطات الدستورية في الدولة (٢) ، إذ يعد القرار في هذه الحالة من أعمال السيادة التي لا يجوز اختصاصها أمام القضاء بشقيه العادي أو الإداري (٣) .

وإذا كانت المنازعة الإدارية بمفهومها السابق هي التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري ؛ فإن أعمال الإدارة المادية الصادرة عنها أو عن أحد موظفيها لا تخضع لاختصاص القضاء الإداري ، إذ تقوم بها الإدارة دون أن تستهدف ترتيب أي أثر قانوني من ورائها (٤) .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ١٦٠٩ لسنة ٤٢ ق ، جلسة ١٩٩٤/٤/٥ م ، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعوى التأديبية والمستعجلة ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ م ، ص ٣٩٦-٤٣٢ ، وانظر: د. عبد العزيز خليفة ، الدفوع الإدارية ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٣٨ .

(٣) وفي العراق فقد نص قانون التنظيم القضائي لسنة ١٩٧٩م المعدل وقانون مجلس شورى الدولة لسنة ١٩٧٩م المعدل أيضاً ، على عدم اختصاص القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة ، إلا إن المادة (١٠٠) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ م حظرت النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن .

(٤) وبشأن تحديد جهة القضاء المختصة بنظر دعوى التعويض عن أعمال الإدارة فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين أحدهما يؤيد اختصاص القضاء العادي بنظر دعوى التعويض عن أعمال الإدارة المادية في حين ينكر الاتجاه الآخر عليه هذا الاختصاص موكلاً به إلى القضاء الإداري ، ولكل من الفريقين حججه وأسانيده في ذلك ، إلا إن هناك من فرق بين طائفتين من تلك الأعمال ، الأعمال المادية والإرادية والأعمال المادية غير الإرادية وهي التي يعتبرها منبئة الصلة بوظيفة الإدارة ، حيث يرى إن القضاء الإداري يختص بالأولى ، وإن الثانية توكل للقضاء العادي ، راجع في ذلك د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، المصدر السابق ، ص ٢٩٢-٣٠٤ ، وكذلك مؤلفه ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعوى التأديبية والمستعجلة ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٣٨ ، ود. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، ط ١ ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٣ م ، ص ٨٧-٩٠ ، و د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٧٩-٨٤ .

وتأكيداً لذلك فقد قضي بأنه ((.... ومن حيث إن الجهة الإدارية وهي في سبيل أداء مهام وظيفتها إنما تباشر أعمالاً مادية وأخرى إدارية ، والأعمال الإدارية هي الأعمال القانونية التي تقوم بها الجهة الإدارية في حدود

اختصاصها وتصدر في صورة قرارات صريحة أو ضمنية تعبر عن إرادتها ، أما الأعمال أو الأفعال المادية التي تقع من الجهة الإدارية ، فهي تلك التي تقوم بها دون أن تستهدف من ورائها ترتيب اي اثر قانوني عليها ويعتبر من قبيل الأعمال المادية الأفعال الضارة التي تأتيها الجهة الإدارية وتحمل مسؤوليتها قانونا إذا ما توافرت شرائط المسؤولية ، ألا إنها لا تعتبر أعمالا إدارية ، بل تعتبر أعمالا مادية بحتة وغني عن البيان انه لكي يختص القضاء الإداري بنظر دعاوى المسؤولية عن الأعمال الإدارية ، حتى يتسنى القول لتعلق الأمر بمنازعة إدارية ، فإنه يتعين أن ينجم الضرر عن عمل إداري بالمعنى المتقدم ، إذ لا اختصاص للقضاء الإداري بدعاوى المسؤولية عن الأعمال المادية الضارة التي تصدر من الجهة الإدارية أو من أحد موظفيها .

ومن حيث إن من الثابت في مساق الوقائع المتقدمة ، أن المنازعة المطروحة تدور في أصلها وجوهرها حول فقد ملف خدمة المطعون ضده ، وهذه الواقعة لا تعدو أن تكون من قبيل الأعمال المادية التي تتأى بطبيعتها وتبعد وفقا لمدلولها عن أن يسبغ عليها وصف المنازعة الإدارية ، وبالتالي ينحسر اختصاص القضاء الإداري عن نظر ما يثار بصدها من أوجه نزاع وينعقد الاختصاص عندئذ للقضاء العادي ((^(١)).

ثانيا / خصائص المنازعة الإدارية

تتميز المنازعات الإدارية بمجموعة من الخصائص الذاتية الخاصة بها ، والتي تختلف عن المنازعات العادية ، ويستتبع ذلك أن تكون هناك إجراءات خاصة بها تتميز عن إجراءات المنازعات المدنية ولعل من أهم تلك الخصائص والمميزات :

١- عدم تساوي طرفي المنازعة في مركزيهما :

إذ إن هناك عدم تساوي بين الأطراف الخصوم من حيث الصفة القانونية والمركز القانوني والهدف ، فاحدهما يتمتع بامتيازات والأخر خاضع لجهة الإدارة ولا يتمتع بهذه الامتيازات ، فالإدارة تتمتع أمام القضاء الإداري بامتيازات قانونية كثيرة بصورة تجعلها في مركز وموقف أفضل من مركز وموقف خصومها من الأشخاص ، أي إن مراكزهم متباينة ، أما في المنازعة العادية فإن مراكزهم - أي الخصوم - متكافئة ، لذا يتجه القضاء إلى جبر هذا النقص بتكليف الإدارة بإيداع ما يرشد عنه المدعى من أوراق ومستندات وتوقيع الغرامة عليها عند التخلف ... ، بالإضافة إلى أن جهة الإدارة ليست لديها أي مصلحة شخصية في متابعة الدعوى مثل ما يحدث من الفرد ، وأمام هذا الوضع اللامتناهوي بين الشخص العادي والإدارة يتدخل القاضي الإداري بصفته مسؤولا عن سير الدعوى ، ليطلب من الإدارة لا الأسباب المؤدية إلى اتخاذ القرار فحسب وإنما كل البيانات والمستندات التي جعلتها الإدارة قاعدة لاتخاذ قرارها ومن ثم يتضح ظاهريا أو ضمنيا أسباب القرار (^(٢)).

(١) المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٢٢ ق ، جلسة ١٩٨٠/٢/٩ م ، أشار للحكم د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعاوى التأديبية والمستعجلة ، المصدر السابق ، ص ٣٩ . وممن ذهب إلى توسيع تفسير معنى المنازعة الإدارية ويذهب إلى اختصاص القضاء الإداري بدعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن أعمال الإدارة المادية د. سمير سهيل دنون ، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٩ م ، ص ٢١ - ٢٢ .

(٢) د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة) ، مصدر السابق ، ص ٢٥ ، وانظر في ذلك أيضا : بحث حول النزاع الإداري ومعايير التمييز بينه وبين النزاع العادي ، منشور على الموقع الإلكتروني www.Montada-echoroukonlin.com ، بتاريخ ٢٨/٩/٢٠١٢ .

الأصل أن يقع عبء الإثبات على المدعي^(١) ، ألا أن هذا الأصل المستقر قد غايرته طبيعة الدعوى الإدارية^(٢) ، وذلك لما لها من طبيعة خاصة ، ذلك أن جهة الإدارة طرفٌ في المنازعة أو الدعوى الإدارية ؛ بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات وسلطة على الطرف الذي يقاضها ، وينشأ عن ذلك إن طرفي المنازعة غير متساويين ، لذلك أسفر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الأصل إن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي ، ألا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال بالنظر إلى احتفاظ الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات ، لذا فإن المبادئ المستقرة في المجال الإداري إن الإدارة تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في إثباته إيجاباً ونهياً متى طلب منها ذلك وعدم تقديمها يعد قرينة في صالح المدعي^(٣) .

٣- إنها منازعة يسيرها القاضي الإداري:

أي أن القاضي الإداري يقوم بدور ايجابي في توجيه الإجراءات الإدارية ، إذ إن إجراءات التقاضي على المستوى الإداري تتميز عن الإجراءات المدنية والتجارية بأن القاضي الإداري هو الذي يكون موجهاً لها ، فبمجرد أن تصل إليه الدعوى يأمر بإيصال عريضة الدعوى للمستدعي ضده وتبليغ الخصوم وتحديد مهلة يطلب فيها تقديم المستندات المطلوبة ويكلف الخصوم ابتداء وقبل أول جلسة بتحضير كل ما يراه مناسباً ولازماً للدعوى ويأمر بالتحقيق إن كان له مقتضى ، وفي ضوء تجميع تلك المتطلبات يقرر متى تكون الدعوى صالحة للفصل فيها^(٤) .

٤- منازعة موضوعية : فالكثير منها مصدره سند ... أو قرار واحد هو الذي انشأ القاعدة القانونية مثار المنازعة أمام المحكمة ، ومن ثم نجد ظاهرة القضايا الجماعية والمتمثلة والحكم في عدد كبير من القضايا بمبدأ واحد^(٥) .

٥- المنازعة عينية : أي أن تتصل بالقرار الإداري في ذاته والذي يمس المركز القانوني للمدعي ويؤثر في الوقت ذاته من حيث قيامه أو إلغاؤه في مراكز الآخرين ، ومن ثم فانه عادة ما يرد التدخل في المنازعة الإدارية من قبل كل ذي شأن دفاعاً عن مصلحته^(٦) .

(١) انظر المادة (٧) والمادة(٩) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م ، وكذلك المادة(١) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م والتي نصت : ((على الدان إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه)) .

(٢) انظر المادة (٢٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م .

(٣) انظر : طعن رقم ٣٨٢ لسنة٤١ق ، المكتب الفني ، السنة ١٩، ص١١٦، في ١٩٧٤/١/٢٧ ، منشور على الموقع الالكتروني <http://alassy.net/news/index.php?category> ، وطعن رقم ٢٩/٣٢١٥ ، جلسة ١٠/٢/١٩٨٨م ، وطعن ١٩٧٢ ، ٣٣ق ، جلسة ١٩٩١/١١/٢٤م ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ح ٢٥ ، ص ١٠٤ ، أشار إليه د. حسن محمد هند ، المصدر السابق ، ص ٢٣ .

(٤) د. حسن محمد هند ، المصدر نفسه أعلاه ، ص٢٢ ، و د. حيدر طالب الامارة ، الخصائص المميزة لإجراءات القضاء الاداري، محاضرات ألقاها على كلية الدراسات العليا ، الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، للسنة الدراسية ٢٠١١-٢٠١٢م ، غير منشورة .

(٥) د. حسن محمد هند ، المصدر نفسه ، ص٢٦ .

(٦) د. حسن محمد هند ، المصدر نفسه ، ص٢٦ .

٦- استقلال الإجراءات : يستتبع اختلاف المنازعات الإدارية عن المنازعات العادية أن تستقل الإجراءات القضائية الإدارية عن الإجراءات المدنية والتجارية ، فهناك اتفاق بين الكتاب على إن الإجراءات الإدارية لها خصائص تميزها عن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم المدنية^(١) ، فكما أن قواعد القانون الإداري هي قواعد قانونية أصلية ومستقلة عن قواعد القانون الخاص ، فإن الإجراءات الإدارية هي الأخرى قواعد أصلية ومستقلة ، فهي لا تعتبر

استثناء من الإجراءات المدنية أو حتى التجارية ، بل يقع عليها عبء استنباط هذه القواعد من الضرورات التي يفرضها واقع الحياة الإدارية ، وضرورات عمل المرفق العام على غرار ما تم إتباعه في استنباط القواعد الموضوعية للقانون الإداري ، ومع أن القضاء الإداري هو غير ملزم بهذا الرجوع إلى القواعد الإجرائية المدنية إلا أن هذا لا يمنع من الاستئناس بها ، ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي هو صاحب الفضل في بلورة وتكامل القواعد الإجرائية الإدارية ، ومن هذا المنطق أصبحت قواعد الإجراءات الإدارية قواعد قضائية روعيت فيها الضرورات الإدارية من جهة وحماية حقوق الأفراد من جهة أخرى ، فهذا بالرغم من وجود القواعد الإجرائية القضائية إلا أنه لا يمنع المشرع من سن قواعد إجرائية محددة للقضاء الإداري ، وترجع ميزة هذا الاستقلال إلى عدة أسباب أهمها:

أ - إن طبيعة العلاقة التي يحكمها القانون الإداري والتي تكون الإدارة طرفاً فيها تنظم مصالح عامة تختلف عن علاقات القانون الخاص التي تنظم مصالح فردية فمن الضروري أن تختلف إجراءات التقاضي تبعاً لاختلاف المصادر .

ب - إن الخصوم في الدعوى الإدارية في مراكز متباينة أما الخصوم في الدعوى المدنية فمراكزهم متكافئة، لما تتميز به الإدارة من امتيازات السلطة العامة الذي يوجب بالضرورة أن تتميز بقواعدها الإجرائية .

٧- تبسيط الإجراءات : الإجراءات الإدارية تتسم بالبساطة والمرونة والسرعة في حسم المنازعة وهذا كله له ضرورات تقتضيها استقرار الأوضاع الإدارية خلافاً للإجراءات المدنية ، مما يحرر تلك الإجراءات من عامل التأخير فضلاً عن مسألة مهمة وهي إن النفقات في الدعوى الإدارية أقل من نفقات الدعوى المدنية (٢) .

٨- الإجراءات الإدارية إجراءات مكتوبة:

ويعني ذلك أن الدعوى الإدارية تمتاز بكونها كتابية إذ يستلزم أن تكون المرافعة كتابية ، بمعنى أن كل طرف من أطراف النزاع عليه أن يقدم مذكرة مكتوبة يبين فيها ادعاءاته ومطالبه وما لديه من معلومات ومستندات وردود وحجج يستند إليها لتبرير مواقفه ، والمناقشات الشفوية في المسائل الإدارية نادرة ، وإذا حدثت فإنها تقتصر على شرح وبيان ما جاء بالمذكرات المكتوبة ، والسبب إن القضاء الإداري بصفته العامة قضاء للمشروعية إذ ينزل حكم القانون رعاية للصالح العام ، وهذا يستوجب إثبات جميع التصرفات التي تتم بالكتابة ، فضلاً عن أن المستدعى ضده وهو السلطة الإدارية ليس لها صفة شخصية تأتي لتعبر عنها ، وإنما يجب إثبات جميع تصرفاتها في مستندات وأوراق مكتوبة (٣) .

(١) د. محمد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، ٢٠٠٥م ، ص ١٢٢ . ود. عمار عوادي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الأول ، القضاء الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ١٩٨٨م ، ص ١٦-١٨ .

(٢) د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٣) د. محمد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، المصدر نفسه ، ص ١٢٣ ، ود. حيدر طالب الامارة ، محاضرات ملقاة على طلبية الماجستير ، المصدر السابق .

٩- الإجراءات الإدارية إجراءات تحقيقية : تتصف الإجراءات الإدارية بالطابع التحقيقي والذي يميزها عن القواعد الإجرائية المدنية ذات الطابع الاتهامي ، ففيما يكون دور القاضي في المرافعات العادية - لاسيما المدنية منها - دوراً سلبياً أي أنه يعتمد على ما يقدمه له أطراف الخصومة من أدلة ووثائق وإثباتات، أي إن الدور الأساسي والايجابي يلعبه الأطراف ، إذ يكون لهم سلطات واسعة في إدارة الدعوى وتسييرها بصورة يكون فيها القاضي

حكماً ، فإن الإجراءات الإدارية القضائية تتميز بطابعها الاستقصائي و التحقيقي ، نظراً لدور القاضي الإداري الايجابي في توجيه الدعوى الإدارية ، إذ يكون له زمام الأمور في مختلف مراحل الدعوى ، فهو الذي يوجه الدعوى ، ويستطيع أن يطلب من طرفي الخصومة – ولاسيما من الإدارة – تقديم الأدلة والوثائق والبراهين التي يراها مناسبة للفصل في الدعوى ولا يكتفي بما يقدم له من الخصوم ، كما انه يستطيع أن يحقق ويدقق في هذه الوثائق وان يطلب كل المعلومات والإثباتات الإضافية ، والسبب في تقرير هذه الإجراءات هو لإعادة التوازن بين طرفي العلاقة التي هي غير متوازنة أصلاً في هذا النزاع وعلى الخصوص عندما تمتنع الإدارة عن تقديم بعض الوثائق للمتنازع معها متذرة في ذلك بمستلزمات السر المهني^(١) .

١٠ – الإجراءات الإدارية إجراءات حضورية :

تتسم الإجراءات الإدارية بخصيصة المواجهة الحضورية أي ((أن القاضي الإداري لا يستطيع الفصل في الدعوى على أساس مستند لم يتيسر لأحد الطرفين فرصة الاطلاع عليه ومناقشته وتقديم الملاحظات بشأنه))^(٢) ، وذلك كله إعمالاً لمبدأ حق الدفاع ، ونظراً للطبيعة الكتابية للإجراءات الإدارية ، فإن القاضي الإداري – قبل أن يفصل في القضية – يكون كل من الطرفين قد قدم إليه مذكراته ودفعه من خلال تبادل المذكرات والردود ، إذ تكون الإجراءات حضورية بمجرد ابلاغ وإخبار المدعى عليه بعريضة طلبات المدعي ، سواء حضر أم تغيب^(٣) .

١١ – الإجراءات الإدارية إجراءات شبه سرية :

الإجراءات الإدارية لها من الخصوصية ما يجعلنا نصنفها بأنها إجراءات شبه سرية ، بخلاف المرافعات العادية التي تتميز بالعلنية من البداية إلى النهاية ، وان لهذا التكييف ما يبرره ، فهو في الحقيقة نقطة التقاء أو مقابلة بين مبدئين أساسيين ، مبدأ علنية الجلسات وهو مبدأ دستوري وقانوني ، والمبدأ الثاني يحكم تنظيم الإدارة والمرافق العمومية ألا وهو مبدأ السر المهني باعتبار أن الإدارة تعمل في إطار المصلحة العامة وهناك بعض الأسرار المتعلقة بأساليب عمل الإدارة وقد تمس الطابع الحيوي للبعض منها والتي لا ينبغي الإفصاح والبوح عنها لأي كان، وللمزج بين هذين المبدئين يمكننا القول :إن الإجراءات الإدارية شبه سرية ، بمعنى إن الإجراءات منذ انطلاق الدعوى (تقديم العريضة) إلى غاية انتهاء المداولة في القضية تكون سرية ، أي بين أطراف الخصومة أو محاميهم وتحت نظر القاضي الفاصل دون غيرهم ، ألا إن النطق بالحكم ينبغي أن يكون في جلسة علنية في المنازعات الإدارية ، أما القضاء العادي فأن هناك قد تحصل بعض المبررات التي تجعل الجلسة سرية ، وما عدا ذلك فأن الجلسات علنية^(٤) .

(١) د. محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، ٢٠٠٩م ، ص ١٣١ .

(٢) د. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٨م ، ص ١٨٢ ، نقلاً عن د. محمد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .

(٣) د. محمد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، المصدر نفسه ، ص ١٢٤ .

(٤) بحث حول النزاع الإداري ومعايير التمييز بينه وبين النزاع العادي منشور على الموقع الالكتروني: www.Montada-echoroukonlin.com ، مصدر السابق ، وينظر : د. محمد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، المصدر نفسه ، ص ١٢٤ .

مما تقدم يتبين أن خصائص الإجراءات في الدعوى الإدارية تستلزم أن يكون لها قانون مستقل يجب أن يلتفت المشرع العراقي إلى إصداره ؛ ليحكم إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية المطروحة أمام القاضي الإداري ، على غرار التنظيم في دول القضاء المزدوج والتي يعتبر العراق واحداً منها .

إن الدعوى الإدارية - الناشئة مباشرة عن المنازعة الإدارية - تهدف إلى رعاية حقوق الأفراد وحرياتهم ، أي تهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للأشخاص العاديين عن طريق حماية النظام القانوني للحقوق والحريات من جميع أنواع الاعتداءات من جانب السلطات الإدارية ، كما تهدف إلى حماية المصلحة العامة للمجتمع والدولة والإدارة العامة وحماية سلامة وشرعية النظام القانوني للدولة بصفة عامة ، ومشروعية وعدالة النمط الإداري بصفة خاصة بما يضمن فاعلية ومشروعية الأعمال الإدارية باستمرار ، أي إنها تهدف إلى تقويم الإدارة وإلزامها باحترام مبدأ المشروعية .

الفرع الثالث / تقسيم المنازعات الإدارية :

أوضحنا أن المنازعة الإدارية تفترض وقوع نزاع بين الأفراد وجهة الإدارة بمناسبة مباشرتها للعمل الإداري ، باعتبارها سلطة عامة ، وأنه عن طريق الدعوى الإدارية يتم حمل هذا النزاع إلى ساحة القضاء الإداري ؛ ليفصل فيها باعتبار أن موضوع النزاع يعد من المنازعات الإدارية التي يختص بنظرها من خلال إجراءات الخصومة القضائية ، لتنتهي بإقرار الحقوق أو المصالح المشروعة سواء كان ذلك لصالح الأفراد أم لصالح الإدارة .

وبحسب طبيعة المنازعة الإدارية والطلبات المقدمة في الدعوى الإدارية تختلف سلطات القاضي الإداري ومداه ، ومن هنا اتجه الفقه إلى تقسيم المنازعات تقسيماً ثنائياً قديماً وهو دعوى الإلغاء - أو ما تسمى بدعوى مجاوزة السلطة - ودعوى القضاء الكامل^(١) ، وهذا التقسيم يقوم على معيارين اثنين ؛ أولهما: موضوع الدعوى، وثانيهما: دور القاضي في المنازعة الإدارية ، وفي إطار هذا التقسيم التقليدي ظهر تقسيم آخر ، اتجه إلى تقسيم ولاية القضاء الإداري إلى أربعة أنواع رئيسية ، ألا أن الفقه الحديث انتقد هذا التقسيم التقليدي أيضاً وبدأ الأخذ بتقسيمات أخرى أكثر منطقية ، لذا سوف نقوم تباعاً بعرض هذه التقسيمات الفقهية للمنازعات الإدارية وكما يأتي :

(١) د. غازي فيصل مهدي ، النظام القانوني لدعوى الإلغاء ، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا ، الماجستير ، في كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، للعام الدراسي ٢٠١١-٢٠١٢ م ، غير منشورة .

(١٧)

أولاً / التقسيم التقليدي للمنازعات الإدارية (١) :

يتأسس هذا التقسيم على طبيعة ومدى السلطة التي يمارسها القاضي عند الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه ، ومن ثم تنقسم المنازعات الإدارية إلى فروع أربعة^(٢) وهي :

١- **منازعات الإلغاء (قضاء الإلغاء) :**

يندرج ضمن هذه الطائفة من المنازعات الإدارية أعمال الإدارة وقراراتها حينما تقوم بها أو تصدرها باعتبارها سلطة عامة ، ويباشر القضاء الإداري ولايته في قضاء الإلغاء بناء على الطعن في عمل إداري معين وطلب إلغائه لعدم مشروعيته بسبب تجاوز الإدارة لسلطاتها المشروعة ، وعليه يتوجب على القاضي أن يتحقق من مشروعية العمل محل الطعن أو عدم مشروعيته ، فإذا انتهى إلى عدم مشروعيته ، فإن سلطته تتوقف عند الحكم بإلغائه ولا تتعدى إلى تعديل العمل أو استبداله أو القضاء بالآثار الناشئة عن إلغاء القرار الإداري أو الحكم بأيّة حقوق للطاعن (٣) .

٢- منازعات القضاء الكامل :

تشمل هذه الطائفة من المنازعات الإدارية عدداً من القضايا التي يتمتع القضاء الإداري بها بسلطات واسعة، فإذا كان القاضي الإداري لا يملك سوى إلغاء العمل الإداري غير المشروع في قضاء الإلغاء ، فإنه في القضاء الكامل يملك سلطات أوسع من ذلك بكثير ، إذ يملك القضاء الإداري في هذه المنازعات تعديل القرارات التي تصدرها الإدارة ليس حينما تكون غير مشروعة فقط ، وإنما حينما تكون خاطئة ، فيحل محلها قرارات جديدة ، ويتحقق من الالتزامات المتبادلة ويحكم بالتعويضات المالية ، ويباشر القضاء الإداري في فرنسا ولاية القضاء الكامل في كثير من المنازعات الإدارية مثل طعون الانتخابات والدعاوى المتصلة بالعقود الإدارية ودعاوى المسؤولية الإدارية (٤) .

(١) الواقع إن الاهتمام الفقهي والقضائي بتصنيف المنازعات الإدارية لم يبدأ إلا بعد صدور مرسوم ١١/٢/١٨٦٤م ، الذي أثار العديد من التساؤلات حول تصنيف المنازعات الإدارية ، ولعل أول من أشار إلى هذا التقسيم هو الأستاذ (Léon Aucoc) ، انظر مؤلفه :

Léon Aucoc , conferences sur , l'administration , et. Le, droit administratif ,Paris , 1869 , Tome I, P361.

(٢) يرجع الفضل في صياغة هذا التقسيم بأحكام وبدقة - وإن لم يكن أول من قال به - إلى الأستاذ لأفيرير (Edouard Laferriere) في مطوله الشهير (القضاء الإداري والطعون القضائية) الصادر عام ١٨٨٧م ، إذ اعتمد على طبيعة ومدى السلطة التي يتمتع بها القضاء الإداري في المنازعة المعروضة عليه ، إذ يقول (ليس للسلطات التي تتمتع بها المحاكم الإدارية في المنازعات ذات الطبيعة ، وليس لها ذات المدى ، فهي ذات طبيعة مختلفة ومتباينة ومدى سلطة القاضي فيها متباينة ومتغيرة حسب الأحوال والظروف ...) انظر مؤلفه :

Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux , 2 Volumes , 1887 ,Tome , I , P15.

(٣) إن المثال الرئيسي لقضاء الإلغاء في فرنسا هو دعوى تجاوز السلطة (le Recours pour Excès de Pouvoir) ، والتي يطلق عليها في مصر والعراق دعوى الإلغاء ، انظر : د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٨م ، ص ٢٥٤ . ود. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق ، حاضره ومستقبله ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٤م ، ص ١٢٠ . ود. أنور احمد رسلان ، وسيط القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩م ، ص ٢٠٧ . ود. سامي جمال الدين ، دعاوى التسوية وولاية القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٦م ، ص ١٧-٢٥ .

(٤) د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة ... ، مصدر سابق ، ص ٥٤ ، ود. علي خطار ، المصدر نفسه ، الجزء الأول ، ص ٢٥٦ .

ومهما يكن من أمر يلاحظ انه بالرغم من أن سلطات القاضي في ولاية القضاء الكامل تبدو أكثر اتساعاً من سلطاته في ولاية الإلغاء ، ألا أن هذه الأخيرة اشد خطراً بدون شك ؛ ذلك لأن الحكم في دعوى الإلغاء بعدم مشروعية القرار يؤدي إلى إعدام القرار ليس بالنسبة لأطراف الدعوى فحسب ، وإنما بالنسبة لجميع ذوي الشأن الذين يلحقهم هذا القرار بآثاره ، بمعنى إن حجية الحكم في دعوى الإلغاء هي حجية مطلقة بالنسبة للكافة ، في حين تكون نسبية في دعاوى القضاء الكامل تقتصر على الأطراف الخصوم وحدهم ، أي إن إلغاء القرار الإداري يسري

فصل تمهيدى
على كافة من يشملهم آثاره ، أما القضاء الكامل فإنه يسري بالنسبة للطاعن وحده ، وان يقضى له بالحقوق الشخصية التي تترتب على عدم مشروعية القرار الإداري (١) .

٣- منازعات التفسير :

يندرج تفسير الأعمال ضمن هذه الطائفة من المنازعات الإدارية ، أي إن سلطة القاضي فيها تقتصر على مجرد تفسير القرار الإداري أو البحث في مشروعيته ومدى مطابقته لأحكام القانون تاركاً ، الفصل في المنازعة المتعلقة به إلى القاضي العادي الذي أوقف الفصل في الدعوى حتى يقول القاضي الإداري كلمته فيه (٢) .

٤- منازعات الزجر أو العقاب :

تختلف المنازعات التي تدرج ضمن هذه الطائفة عن المنازعات الإدارية السابقة في أن محلها المباشر ليس أعمالاً أو قرارات أصدرتها السلطة الإدارية ، بل إنها أعمال غير مشروعة قام بها الموظفون ، ولذا فان سلطة القاضي تنصب على توقيع بعض الجزاءات التأديبية على الموظفين الذين يرتكبون بعض المخالفات أو الجرائم التأديبية (٣) .

ولقد انتقد هذا التقسيم المذكور ؛ لأنه اعتمد على سلطة القاضي في النزاع ولم يرق وزناً لطبيعته ومضمونه إذ إن المنطق القانوني يقضي بالرجوع إلى طبيعة النزاع في ذاته .

ثانياً / التقسيم الحديث للمنازعات الإدارية :

بدأت المحاولات الفقهية الحديثة في البحث عن معيار جديد لتقسيم المنازعات الإدارية فظهرت معايير متعددة ، لم يكتب النجاح إلا لقليل منها (٤) ، ولعل أشهر التقسيمات هو التقسيم الثنائي الذي ظهر في أوائل القرن العشرين ،

(١) من الضروري أن نشير إلى إن المشرع قد يسمح للطاعن بالجمع بين ولايتي الإلغاء والقضاء الكامل في نفس الدعوى ، وفي هذه الحالة يملك القاضي الولاية الكاملة ، ليحكم بإلغاء القرار غير المشروع بالنسبة للكافة ، علاوة على الحكم بالحقوق الشخصية الواجبة للطاعن ، أي يقر الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في عريضة واحدة هي عريضة دعوى الإلغاء ، إلا أنه في فرنسا فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي أيضاً الجمع بين الدعويين ولكن بشرط احتفاظ كل منهما باستقلالها وإجراءاتها . انظر : د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٥٦ .

(٢) ينظر: د. سمير سهيل دنون ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٣) للمزيد راجع في تفصيل ذلك : د. سامي جمال الدين ، دعاوى التسوية وولاية القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ص ٢٦-٣٧ ، ومؤلفه ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٠-٦١ ، د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، الكتاب الأول ، الطبعة السادسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦م ، ص ٣١٦-٣١٨ ، ود. عبد الغني بسيوني ، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة ، قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٣م ، ص ٩-١٩ .

(٤) من هذه المحاولات تقسيم المنازعات الإدارية إلى منازعات الطعون ومنازعات الملاحقة وهو الذي يقابل منازعات العقاب ، أما منازعات الطعون فهو يتفرع داخليا إلى منازعات الإلغاء ومنازعات القضاء الكامل ، انظر د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بها ، مصدر سابق ، ص ٦١ ، ود. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، الكتاب الأول ، المصدر نفسه ، ص ٣١٨-٣٢٤ .

والذي نادى به الفقهاء الفرنسيون (١) ؛ والذي يقوم على أساس تقسيم المنازعات على نوعين أساسيين ، المنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي ، والمنازعات التي تنتمي إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشخصي ، ويهدف قضاء المشروعية إلى حماية المشروعية ، والدفاع عن القانون ، وإلغاء كل عمل يخالفه ، ومنع الاعتداء على المراكز القانونية العامة أو الموضوعية ، وتدخل في نطاق هذا القضاء المنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية التنظيمية والفردية غير المشروعة ، ومنازعات الانتخابات التي يكون موضوعها

صحة الانتخابات ومشروعيتها ، والمنازعات الضريبية التي تتعلق بمشروعية قرارات تحديد وعاء الضريبة وفقاً للقانون ، فإذا اتصلت الدعوى بتحديد الالتزامات المالية المفروضة على الممول - المكلف - فأنها تدخل في دائرة القضاء الشخصي ، ودعاوى فحص المشروعية ومنازعات الزجر أو العقاب ، ومنازعات التفسير إذا كان العمل المطلوب تفسيره له الطبيعة العامة أو يتعلق بالمراكز العامة مثل القرارات ، فإذا تعلق التفسير بتصرف له الطبيعة الخاصة أو يتعلق بحق شخصي مثل العقود ، فإنه يندرج في القضاء الشخصي ... الخ.

ويهدف قضاء الحقوق إلى حماية المراكز القانونية الشخصية أو الذاتية ، وتدخل في نطاق هذا القضاء المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، والمنازعات المتعلقة بطلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن نشاط الإدارة في نطاق هذا القضاء (٢) .

والجدير بالذكر أن التفرقة بين هذين النوعين من القضاء له دور كبير في تحديد نطاق اللجوء إلى التحكيم ، إذ يجوز في المنازعات ذات الطبيعة المالية ، ولا مجال لإعماله في نطاق قضاء المشروعية ، وكما سنبين ذلك لاحقاً .

المطلب الثاني / التعريف بالعمل الإداري ومعايير تحديده

قلنا إن المنازعة الإدارية تتصل بنشاط إداري أي أنها تنصب على الأعمال الإدارية القانونية ، وان تحديد طبيعة العمل الإداري يتردد بشأنه الفقه والقضاء بين معياريين ، المعيار الموضوعي الذي يبحث في مضمون العمل والذي يعتمد على طبيعة العمل وموضوعه بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته ، والمعيار الشكلي أو العضوي الذي يستند إلى الشكل الذي يصدر فيه العمل أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره أو الجهة التي أصدرته دون النظر إلى موضوعه ، لذا فإن تحديد الأعمال الإدارية يتطلب البدء بعرض المعيارين في فرع أول ، ومن ثم نطبق ذلك على الأعمال الإدارية لتحديد مدلولها وفقاً للراجح منهما في فرع ثان ، وأخيراً تحديد أنواع العمل الإداري في فرع ثالث .

(١) لاسيما الفقيهان ((ديجي)) و ((جيز)) .

(٢) د. نجلاء حسن سيد احمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤م ، ص ٣٤-٣٥ ، ود. أشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ١٥ .

الفرع الأول / معاصر تحديد العمل الإداري

أولاً / المعيار الموضوعي

يرى جانب من الفقه أن تحديد طبيعة العمل ينبغي أن يركز على مضمون العمل ذاته ومحتواه الداخلي ، على أساس إن كل من العمل الإداري والعمل التشريعي والعمل القضائي مضمون مميز يختلف عن مضمون العمل

الأخر^(١)، وللتمييز بين مضمون كل من هذه الأعمال يرى هذا الجانب من الفقه، إن مجموعة القواعد القانونية السائدة في الدولة في فترة معينة، يتكون من مجموعة من المراكز القانونية العامة والخاصة وتنشأ هذه المراكز القانونية أو تلغى أو تعدل بواسطة الأعمال القانونية التي تصدر عن مختلف السلطات في الدولة، أي انه يحل هذا المعيار إلى فكرتين: المراكز القانونية والأعمال القانونية

فالمراكز القانونية: هي مجموعة الحقوق والالتزامات التي يمكن أن يتمتع بها شخص معين استناداً إلى القانون، أو بمعنى آخر وكما يعرفها الفقيه (دوجي) بأنها الحالة التي يوجد فيها الفرد إزاء القانون، وتقسم على قسمين: (٢)

١- المراكز القانونية العامة أو الموضوعية: وهي التي يكون مضمونها واحداً بالنسبة لجميع الأفراد الذين يشغلونها نظراً لتحديد هذا المضمون عن طريق قواعد عامة مجردة، مثالها مركز الموظف العام (في القانون العام) ومركز القاصر (في القانون الخاص).

٢- المراكز القانونية الخاصة (الشخصية): وهي التي يتحدد محتواها بالنسبة لكل حالة أو فرد على حدة، وهي بهذا تختلف من شخص إلى آخر ولا يمكن أن يحدد القانون مقدماً هذه المراكز، لأنها تتميز بأنها خاصة وذاتية، ومثله مركز الدائن أو المدين في القانون الخاص، ومركز المتعاقد مع الإدارة في القانون العام.

أما الأعمال القانونية: فهي التعبير عن إرادة مصدر العمل في إحداث أثر قانوني يترتب عليه تعديل في التنظيم القانوني القائم وتمتاز بأنها متغيرة ومتطورة بحسب الحاجة ويتم هذا التغيير إما بإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها^(٣)، وتقسم هذه الأعمال إلى (٤):

١- أعمال مشرعة: وهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً، لذا فهي تتضمن قواعد عامة وغير شخصية ومثالها، القوانين والأنظمة.

(١) نادى بهذا المعيار الفقيه الفرنسي دوجي وشايعه بونار وجيز، انظر في ذلك: د. محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص ٢٠١، و د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٥٤.

(٢) للمزيد انظر د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن، الطبعة الأولى، دار قنديل، عمان، الأردن، ٢٠٠٥م، ص ١٣٣-١٣٤. ومؤلفه: القانون الإداري، منظمة نشر الثقافة القانونية، مؤسسة o.p.l.c للطباعة والنشر، ٢٠٠٩م، ص ٢٢٣-٢٢٤، ود. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٧٠-٧١، ود. محمد جمال الذنبيات، المصدر نفسه أعلاه، ص ٢٠٢، ود. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣٩٧-٣٩٩.

(٣) د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري دراسة لأسس...، المصدر نفسه أعلاه، ص ١٣٤.

(٤) للمزيد انظر: د. محمود محمد حافظ، المصدر نفسه، ص ٧١-٧٢ و د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، المصدر نفسه، ص ١٣٤-١٣٥، ود. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ٤٨، ود. شاب توما منصور، رقابة القضاء على إنهاء الإدارة لقرارها بإرادتها المنفردة، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون، ١٩٩١م، ص ٢٩٠، ومؤلفه القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، طبع على نفقة جامعة بغداد، ١٩٨٠م، ص ٢٩١-٢٩٢.

٢- أعمال شرطية: وهي الأعمال الصادرة بصدد إلحاق فرد معين بمركز قانوني عام، فهي تعتبر مكتملة للإعمال المشرعة، أي هي تجسيد لقاعدة عامة على حالة أو واقعة فردية، ومثاله قرار تعيين شخص ما في إحدى الوظائف العامة.

٣- أعمال شخصية : وهي الأعمال التي يترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية خاصة ، ومثالها العقود ، وبهذا المعنى ، فإن العمل التشريعي هو الذي يتضمن قاعدة عامة موضوعية - القوانين أو اللوائح وكافة الأعمال المشرعة بصفة عامة - بغض النظر عن الهيئة أو الإجراءات المتبعة لإصداره ، في حين يعد إدارياً إذا اتسم بالخصوصية أو الفردية ، وهذا ينطبق على الأعمال الشرطية والأعمال الشخصية .

ومن ناحية أخرى - يتميز العمل القضائي - بأنه لا يتضمن أي مساس بالتنظيم القانوني القائم ، أي هو العمل الذي يتضمن الفصل في خصومة قضائية حول مركز قانوني خاص أو عام ، بقرار يطبق القانون وينزل حكمه على النزاع بدون المساس بالمراكز القانونية القائمة أو إنشاء لمراكز جديدة (١) .

وإذا كان هذا المعيار - في تمييز أعمال السلطات العامة في الدولة - يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء وأكثر مساعدة على تفهم حقيقة أعمال الدولة إزاء اهتمامه بطبيعة العمل الداخلية وجوهره دون مظهره الخارجي ، ألا انه يعاب عليه شدة تعقيده ودقته مما أثار خلافات فقهية كبيرة ، كما انه من ناحية أخرى ، لا يتفق مع المبادئ القانونية التي يقوم عليها القانون الوضعي في فرنسا والدول التي تأثرت بها (٢) .

ثانياً / المعيار الشكلي

يجعل هذا المعيار من صفة العضو الذي يصدر عنه العمل والإجراءات التي يمارس خلالها سلطته في إصداره ، المميز المعول عليه في التعرف على طبيعة العمل ، حيث يقوم هذا المعيار على أساس أن ما يميز العمل هو شكله وليس مضمونه ، فيكون العمل إدارياً إذا كان صادراً عن جهة إدارية ، واتبعت الإدارة في إصداره الإجراءات والأشكال الإدارية ، ويكون العمل تشريعياً إذا كانت السلطة التشريعية قد أقرته طبقاً للإجراءات والأوضاع التي يحددها الدستور لذلك ، ويوصف العمل بأنه قضائي متى كان صادراً من السلطة القضائية علاوة على خروج أعمال السلطة التأسيسية من زمرة أعمال السلطات العامة (٣) .

وبتتميز هذا المعيار بالبساطة وعدم التعقيد إذ يكفي معرفة مصدر العمل فيتحدد بالتالي نوعه ، غير انه يعاب عليه بأنه يتأسس على الفصل المطلق بين السلطات ، حيث تختص كل سلطة منها بإحدى الوظائف -التشريع أو التنفيذ أو القضاء - دون غيرها ، في حين إن الواقع يشير إلى إن الفصل بين السلطات لم يترتب عليه الفصل بين الوظائف والاختصاصات ، بل على العكس من ذلك ، هناك تداخل في هذه الوظائف والاختصاصات بين السلطات المختلفة

(١) د.سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص١٥٧ ، و د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧م ، ص٢٠-٢١ ، و د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٣م ، ص٢٤٦-٢٤٧ .

(٢) للمزيد انظر : د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري ، المصدر السابق ، ص٣٩٩ .

(٣) للمزيد انظر : د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص١٥٨-١٥٩ ، و د. محمد جمال الذنبيات ، الوجيز في القانون الاداري ، المصدر السابق ، ص٢٠٣-٢٠٤ ، و د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ، المصدر السابق ، ص١٣٢-١٣٣ ، و د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٣م ، ص٢٤٣ - ٢٤٧ ، و د. محمود سعد الدين الشريف ، أصول القانون الاداري ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٦م ، ص٣٩٤-٣٩٥ .

في الدولة ، فالسلطة التشريعية تقر إلى جانب القوانين أعمالاً إدارية من حيث موضوعها مثل قانون الميزانية ، والسلطة الإدارية تساهم في الوظيفة التشريعية بما تصدره من لوائح وتعليمات وهي أعمال تشريعية من حيث طبيعتها الموضوعية (١) ، ويسود الاعتداد بالمعيار الشكلي في التفرقة بين العمل الاداري وغيره من الأعمال العامة

في فرنسا ، فالقانون الصادر في ٢٤/٥/١٨٧٢ بتنظيم مجلس الدولة الفرنسي وكذلك الأمر المنظم له الصادر في ١٩٤٥/٧/٣١ م ، ينص على أن محل الطعن لتجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة من السلطات الإدارية المختلفة ، وهو ما يعني إن المشرع الفرنسي ، يعنتق المعيار الشكلي ، وهو أيضاً ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي ، وإن كان قد لجأ إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي على سبيل الاستثناء في بعض الحالات^(٢)، أما في مصر فليس هناك نص تشريعي صريح يدل على الأخذ بالمعيار الشكلي ، ومع ذلك فإن روح التشريع فيها تقضي بذلك ، كما أن كثيراً من أحكام القضاء الإداري فيها تأخذ به كمعيار أساسي في هذا الصدد ، مع الاستعانة بالمعيار الموضوعي بصفة استثنائية في بعض الحالات، مثل طبيعة القرارات الصادرة من رئيس المجلس النيابي بشأن موظفي المجلس^(٣) .

أما في العراق فيبدو أن لهذا المعيار الغلبة في القانون العراقي أيضاً ، إذ اعتنق المشرع العراقي هذا المعيار في قوانين عديدة^(٤) ، بالرغم من انه لم يهمل المعيار الموضوعي^(٥) ، كما مال إليه القضاء العراقي^(٦) .

مما تقدم نرى أن تمييز العمل الإداري عن غيره من الأعمال الأخرى ، يتطلب الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي وذلك لتحديد مدلول العمل الإداري .

(١) انظر د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤-٢٤٥ . و د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٧٣ م ، ص ٦٤٩ .

(٢) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ص ٣٩٤-٣٩٥ ، وانظر خالد لفته شاكور ، الاختصاص القضائي للإدارة في غير منازعات الوظيفة العامة ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢ م ، ص ٤٩-٥١ ، و د. حسن محمد عوضة ، المبادئ الأساسية للقانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ م ، ص ٩-١٠ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في ١/١٢/١٩٤٨ م ، قضية ٢٠٠ لسنة ١٩٤٨ م ، رقم ٢٦ ، ص ١٠٦ ، مجموعة القرارات التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، مصر ، مجلس الدولة ، ١٩٤٨ م ، وانظر حكمها في ١٣/١٢/١٩٥٤ م ، قضية رقم ٣٩٤٠ ، لسنة ١٩٥٤ م ، أشار للحكم د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ م ، ص ٣٦٨ ، الهامش (١) . كذلك يمكن أن نستنتج موقف المشرع المصري من خلال المقارنة بين النصوص القانونية ، مثال ذلك المقارنة بين نصوص القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ م الخاص بإنشاء مجلس الدولة والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ م الذي حل محله ، فبمقتضى القانون رقم ١١٢ فإن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في الطلبات المقدمة من الأفراد بالطعن في القرارات الإدارية النهائية وإن خلافاً في الفقه قد ثار بشأن هذا النص حول مدى شمول اختصاص المحكمة للقرارات الصادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، مثل لجان التوفيق والتحكيم في منازعات العمل واللجان الكمركية ، فهل يؤخذ بالمعيار الشكلي أم الموضوعي فتخرج عن اختصاص المحكمة بوصفها أحكام قضائية ؟ لقد حسم الخلاف القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ م الذي أخذ صراحة بالمعيار الشكلي كاشفاً لاختصاص المحكمة بالفصل في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائي . انظر في تفصيل ذلك : خالد لفته شاكور ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٢ . وانظر أيضاً : د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٢٢ - ٢٨ .

(٤) اعتنق المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ م معياراً شكلياً واضحاً إذ عد القرارات الولائية التي يصدرها القاضي أعمالاً قضائية حسب المواد (١٥١-١٥٣) بالرغم من اعترافه بأنها في جوهرها أعمال إدارية من الناحية الموضوعية ، حيث جاء في الأسباب الموجبة (... أما الأمر فيصدر بناء على عريضة يقدمها شخص دون دعوة الخصم الآخر وضابط التفرقة إن عمل الحاكم (القاضي) يعد قضائياً إذا تعلق بنزاع ولو محتمل ويكون ذلك بطريق الطلب المستعجل فإذا كان التصرف المطلوب من القاضي من شأنه أن يصدر دون منازعة كضبط الحجج والشهادات ويستهدف التحفظ والمفاجأة عد ذلك عملاً ولائياً يتم بطريق الأمر على عريضة ووظيفة القاضي القضائية توجب عليه أن يفصل بين الخصوم بعد تقدير حقوقهم ولو تقديراً ظاهرياً يتحسس به أصل الحق ، أما وظيفته الولائية فتقتصر على اتخاذ إجراءات تحفظية وقتية هي في الواقع إجراءات إدارية محضة ...) ومن القوانين التي أخذت بالمعيار الشكلي قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ م فنص على اختصاص المحكمة بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام ولم يدخل ضمنها الأوامر والقرارات التي تصدر من المحاكم والهيئات القضائية .

(٥) أي لا بد من اعتماد معيار موضوعي أيضاً للتمييز بين مختلف الأعمال الصادرة من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام فمنها ما يعد قراراً إدارياً ومنها ما يعد أعمالاً مادية وعقوداً إدارية ومنها ما يعد أعمالاً سيادة... الخ ، انظر : خالد لفته شاكور ، المصدر نفسه ، ص ٥٩-٦٠ .

(٦) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١١٣٩ / ١ / إدارية / ٨٣ / ٩٨٤ في ٢٢/٩/١٩٨٣ م ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية العدد ١-٤ ، لسنة ١٩٨٣ م ، ص ٨٠ . وانظر مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة ١٩٧٦ م ، القرار رقم ١٨٢ ، هيئة عامة أولى / ١٩٧٦ ، في ٤/٩/١٩٧٦ ، ص ١٨٣ .

بعد إن توصلنا إلى أن تحديد العمل الإداري على وجه الدقة يستلزم أولاً الأخذ بالمعيار الشكلي ، ومن ثم الأخذ ثانياً بضابط موضوعي مكمل ، يمكننا القول بأن العمل الإداري هو العمل الصادر عن سلطة إدارية ، مع ضرورة مراعاة أن اصطلاح السلطة الإدارية يجب أن يجمع بين المعنى العضوي لها والمعنى الموضوعي وكما يأتي :

أولاً / المعنى العضوي للسلطة الإدارية

تعرف السلطة الإدارية وفقاً لهذا المعنى بأنها (مجموعة من الهيئات والمنظمات أو الأجهزة تتولى داخل الدولة مباشرة الوظيفة الإدارية وذلك بتنفيذ القوانين وحماية النظام العام وإشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع) (١) ، وتشمل السلطة الإدارية وفقاً لهذا المفهوم كافة الهيئات والمنظمات والأجهزة التي تتولى مباشرة الوظيفة الإدارية ، وبذلك ينصرف مدلولها إلى أجهزة الإدارة العامة في الدولة دون الإدارة الخاصة التي تنصرف إلى إدارة المشروعات والأعمال التي يتولاها الأفراد لإدارة أوجه نشاطهم ، كذلك ينصرف هذا المدلول إلى السلطة التنفيذية وحدها دون غيرها من السلطات ، لأنها السلطة المخولة دستورياً بمباشرة الوظيفة الإدارية وعليه (فالسلطة الإدارية) تتمثل عضوياً في مجموعة من الأشخاص المعنوية العامة والتي يختص بالتعبير عن إرادتها مجموعة من الأشخاص الطبيعية (الموظفون العموميون) فيكون العمل الصادر منهم تعبيراً عن هذه الإرادة من الأعمال الإدارية كأصل عام (٢) .

ثانياً / المعنى الموضوعي للسلطة الإدارية

يتصل المعنى الموضوعي للسلطة الإدارية بالوظيفة الإدارية لتلك السلطة ، أي بأوجه النشاط الإداري الذي يجري داخل التنظيم الإداري ، وأساليب ممارسة هذا النشاط والهدف منه ، وهو الأمر الذي يتناول بصفة أساسية العلاقات التي تنشأ بين الإدارة من ناحية والأفراد من ناحية أخرى ، وعليه يتحدد العمل الإداري بالنظر أولاً إلى موضوعه ، كما يتحدد أيضاً بالنظر إلى الهدف من ممارسته ، إذ لا يستهدف العمل الإداري سوى تحقيق المصلحة العامة ، وأخيراً يتميز هذا العمل بأنه يعتبر ممارسة لسلطة عامة ، من خلال اتباع أساليب تختلف عن أساليب العمل الخاص ، وهو الأمر الذي يساعد على التمييز بين النشاط الإداري والنشاط الخاص ، بوصفه العنصر الذي ينفرد به العمل الإداري بالمقابلة مع العمل الخاص (٣) .

وعلى الرغم من أن هناك أوجه من التماثل بين النشاط الإداري والنشاط الخاص من حيث طبيعة العمل فيهما ، لاسيما ما يتعلق بنشاط الإدارة في صدد إشباع الحاجات العامة عن طريق المرافق العامة ، ومع ذلك فإن التفرقة تقوم بينهما بالنظر أولاً إلى الهدف الذي يبتغيه الأفراد من نشاطهم وهو المصلحة الخاصة ، كذلك فإن أساليب ووسائل كل منهما تختلف عن الأخرى ، فإذا كان النشاط الخاص تحكمه مبادئ المساواة أمام القانون فإن العلاقات الإدارية تقوم على أساس من عدم المساواة بين طرفي العلاقة ، وعليه فإن العمل الإداري أو بالأحرى ممارسة

(١) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، مصدر السابق ، ص ١٦٤ . كما يشير الدكتور عبد الفتاح أبو الليل إلى إن تعبير السلطة الإدارية تعني السلطة، كما تعني الجهة التي تباشر هذه السلطة ، فالقرار الإداري يصدر من الجهات الإدارية وغيرها من الجهات ، والعمل الإداري يصدر من السلطة الإدارية وحدها؛ ومعنى ذلك إن العمل الإداري يصدر من الإدارة بإرادتها المنفردة ويسري على الغير دون قبول منه ، مؤلفه : الوجيز في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص ١٠ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٦٣ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، المصدر نفسه ، ص ١٦٤ .

الإدارة نشاطها الإداري بوصفها سلطة عامة تعني تميز هذا العمل بمجموعة من الوسائل والامتيازات التي من شأنها تمكين الإدارة من ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، غير انه يلزم ملاحظة إن وسائل أو

أساليب ممارسة النشاط الاداري ، ليست كلها امتيازات تتمتع بها الإدارة ، وإنما تشمل كذلك ما يفرضه عليها المشروع من قيود على حريتها في ممارسة عملها ، مثال ذلك فرض إجراءات محددة يتعين إتباعها لدى ممارستها لأساليب معينة كفرض طرق محددة لاختيار الموظفين العموميين أو ترقيةهم مثلاً^(١) .

والخلاصة إن العمل الاداري يتميز موضوعياً عن العمل الخاص بان الأول يستهدف المصلحة العامة وبالتالي يستخدم أساليب ووسائل مغايرة لأساليب العمل الخاص الذي يستهدف المصلحة الخاصة .

بعد شرح المعنى العضوي والمعنى الموضوعي للسلطة الإدارية ، يبقى التساؤل عما إذا كان التطابق بين المعنيين يتحقق بصورة تامة بحيث لا تمارس الهيئات والأجهزة الإدارية سوى العمل الاداري ، كما انه يقوم حتماً بكل نشاط أو عمل إداري إحدى هذه الهيئات أو تلك الأجهزة ، ومن ثم يكفي الاستعانة بأحد المعنيين لتحديد مدلول العمل الاداري ، أم انه من الممكن أن تقوم هيئات إدارية بممارسة أعمال وأنشطة غير إدارية علاوة على وجود أعمال إدارية لا تصدر عن أجهزة إدارية ؟

الواقع يشير إلى عدم التطابق التام بين المعنيين العضوي والموضوعي للسلطة الإدارية ، بحيث يغني الأخذ بأحدهما عن الآخر ، فمن الناحية العضوية ، من الملاحظ أن السلطة الإدارية ليست في الواقع سوى السلطة التنفيذية ذاتها ، ومع ذلك فان للسلطة التنفيذية وظيفة أخرى خلاف الوظيفة الإدارية التي تتعلق بمباشرة السلطة التنفيذية لنشاطها المتصل بعلاقتها المباشرة بالسلطات العامة الأخرى في الدولة ، أما من الناحية الموضوعية ، فمن الملاحظ انه قد يمارس احد الأشخاص الخاصة - الطبيعية أو الاعتبارية - نشاطاً يستهدف المصلحة العامة أساساً ، ولا اعتبارات عملية ، يلزم الأمر النظر إليه بوصفه سلطة إدارية ، أي من الأشخاص العامة ، بالرغم من انه ليس كذلك من الناحية العضوية ، حتى يتسنى له الالتجاء إلى أساليب العمل الاداري أو بعضها وذلك ما يتحقق في التزامات المرافق العامة^(٢) .

مما تقدم ، يتبين لنا انه لا سبيل إلى تحديد العمل الاداري بالنظر إلى احد المعنيين العضوي أو الموضوعي للسلطة الإدارية دون الآخر ، ومن ثم يقصد بالأعمال الإدارية ، تلك الأعمال التي تصدر عن الجهات الإدارية بشأن وظيفتها الإدارية ، وتتحدد الجهات الإدارية والوظائف الإدارية وفقاً لنصوص الدستور في الدولة .

الفرع الثالث / أنواع الأعمال الإدارية

تتنوع أعمال الإدارة إلى أعمال مادية وأخرى قانونية وهذا ما سنتناوله في الآتي :

أولاً / الأعمال المادية للإدارة

لم يتوصل الفقه إلى تعريف محدد للأعمال المادية ، لذا فإن غالبية الفقهاء يتجهون في تعريفه اتجاه سلبياً إذ يرون بان كل ما ليس عملاً قانونياً يعد من الأعمال المادية ، إذ يذهبون في تعريفها عن طريق المقابلة بأعمال الإدارة القانونية^(٣) .

(١) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، المصدر نفسه ، ص ١٦٤ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، المصدر نفسه ، ص ١٦٧ - ١٧١ .

(٣) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ .

أو هي الأعمال الصادرة من جانب الإدارة بدون قصد أو بقصد ولكنها لا تهدف إلى ترتيب آثار قانونية مباشرة (٢).

والأعمال المادية لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا تؤثر في المراكز القانونية القائمة لذا فإنها تخرج من نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري .

ونرى أن الأعمال المادية للإدارة هي الأعمال التي تقع من الإدارة أما بصفة إرادية تنفيذاً لقواعد القانون أو لقرارات وعقود الإدارة دون قصد إنشاء حقوق أو التزامات جديدة ، وإما بصفة غير إرادية عن طريق الخطأ أو الإهمال وكما يأتي :

١- أعمال الإدارة المادية الإرادية

تتضمن هذه الأعمال كل ما تقوم به الإدارة عن عمد دون أن تقصد من ورائها إنشاء حقوق والتزامات جديدة ، ولذلك فإنها تختلف عن أعمال الإدارة القانونية الصادرة عمداً عن السلطة الإدارية بقصد إحداث آثار قانونية معينة، سواء كانت حقوقاً أو التزامات والتي تتمثل بالقرارات والعقود الإدارية (٣) ، إذ إن الأعمال المادية الإرادية تتم تنفيذاً لقاعدة قانونية أو لقرار أو عقد من العقود التي تيرمها الإدارة، ومثالها شق الطرق وإقامة الجسور وهدم المباني الآيلة للسقوط ، ومنع المرور في احد الشوارع وإجراءات الحجز الإداري ، والإحالة إلى الكشف الطبي (٤).

٢- أعمال الإدارة المادية غير الإرادية

تشمل هذه الأعمال كل ما يحدث من الإدارة نتيجة خطأ أو إهمال ، مثل حوادث السيارات والقطارات، أو تهدم العقارات التي تنتج عنها أضرار تصيب بعض الأفراد أنفسهم أو ممتلكاتهم (٥) .

كما تشمل كذلك الأعمال التي تصدر في صورة أعمال قانونية وتبلغ عدم مشروعيتها مبلغاً يحيلها إلى مجرد أعمال مادية ، مثل ذلك القرار الصادر عن احد عمال الإدارة الذين ليس لهم سلطة إصدار القرارات ، وهو ما يسمى بالقرار المعدوم تمييزاً له عن القرار الباطل .

وتبدو أهمية الأعمال المادية غير الإرادية التي تقع من الإدارة واضحة على وجه الخصوص فيما يتعلق بمسؤولية الإدارة عن هذه الأعمال .

(١) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٥٧ ، و د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ص ١٤١ ، و د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٤٤٠ .

(٢) د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، د. م. ، ١٩٩٩ م ، ص ٢٥٩ .

(٣) د. عبد الغني بيسوني عبد الله ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٨٨ ، و د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٧ م ، ص ١٣١ - ١٣٢ .

(٤) وقد يصنفها البعض - أي الأعمال المادية الإرادية - ضمن الأعمال المادية المشروعة مثل الأعمال الفنية التي يقوم بها رجال الإدارة المختصون بحكم وظائفهم الفنية كالمهندسين ، أما الأعمال المادية غير الإرادية فهي أعمال غير مشروعة ، مثل الأعمال التي تقع نتيجة خطأ من جانب العاملين في الإدارة مثل حوادث السيارات التي تقع من عمال السلطة الإدارية . د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ ، و د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٦٤ .

(٥) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٧٠ ، و د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٤٥٨ .

عرف بعض الفقهاء الأعمال القانونية للإدارة بأنها تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة بقصد ترتيب اثر قانوني (١)، إلا إن هناك من يرى بان هذا التعريف جامعا ألا انه ليس مانعاً إذ ينطبق على بعض الأعمال المادية التي تقع من الإدارة ، كالوفاء بالدين مثلاً ، ويرى بان العمل القانوني للإدارة هو إفصاحها ابتداء عن إرادتها المنفردة أو المتلاقية مع إرادة أخرى بالأساليب التي نظمها القانون بقصد ترتيب آثار قانونية معينة (٢).

ونحن نذهب إلى ما ذهب إليه الرأي الأخير، أي أنها الأعمال التي تؤثر في المراكز القانونية للأفراد إنشاءً أو تعديلاً أو إلغاءً، وتخرج جميع الأعمال الإدارية المادية التي تصدر عن الإدارة ، سواء كانت إرادية أو غير إرادية .

— وتنقسم الأعمال القانونية للإدارة إلى نوعين :

١- الأعمال القانونية الصادرة بناء على اتفاق بين جهة إدارية واحد الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو جهة إدارية أخرى ، وهي العقود ، مثل عقد التوريد وعقود التزام المرافق العامة .

تنقسم العقود التي تبرمها الإدارة إلى (عقود إدارية) و (عقود مدنية) ؛ ذلك لأنه ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر حتماً وبالضرورة عقوداً إدارية ، وإنما ما يعد كذلك فقط التي تكون متسمة بطابع السلطة العامة ، بان تتضمن شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، بالإضافة إلى ضرورة اتصالها بنشاط مرفق عام وان يكون احد طرفي العقد شخصاً إدارياً ، فإذا كان العقد إدارياً على هذا النحو ، فانه يخضع لقواعد القانون الاداري ، ومن ثم يختص بمنازعاته القضاء الاداري ، أما إذا فضلت الإدارة لسبب أو لآخر أن تبرم عقدها وفقاً لقواعد القانون الخاص كالقانون المدني ، ففي هذه الحالة تكون قد أفصحت عن رغبتها في أن تعامل بصدد هذا العقد مثل الأفراد العاديين تماماً ومن ثم تخضع لقواعد القانون الخاص ، والمنازعات المتولدة عنه تخضع للقضاء العادي .

٢- الأعمال القانونية الصادرة من جانب الإدارة وحدها ، أي بإرادتها المنفردة ، وهي القرارات الإدارية التي تفصح عن الإرادة الملزمة للإدارة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد إحداث اثر قانوني معين متى كان جائزاً وممكناً قانوناً ، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة (٣) .

فقد عرفها العميد (دوجي) بأنها كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة (٤) .

أما في العراق فقد جاء تعريفه (بان القرار الاداري هو كل عمل قانوني يصدر عن السلطة الإدارية من جانب واحد ويحدث أثراً قانونياً) (٥) .

(١) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ ، و د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ ، و د. محمود محمد حافظ ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٤٥٩ ، إن وفاء الإدارة لدين لا يعتبر عملاً قانونياً ، وذلك لأن التعبير عن الإرادة بالنسبة له لا يقوم ابتداءً ، وإنما يتم تنفيذاً لإرادة سبق أن أظهرتها الإدارة ، عند إبرام أحد العقود الإدارية مثلاً .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٧٣ .

(٤) د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٣١ .

(٥) د. شاب توما منصور ، القانون الاداري مصدر سابق ، ص ٣٩٧ ، د. عمر محمد الشوبكي ، المصدر السابق ، ص ١٣٢-١٤٦ .

وتعتبر القرارات الإدارية أهم أساليب مباشرة الوظيفة الإدارية ومظهراً من أبرز مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة ، إذ تستطيع الإدارة بواسطة قراراتها أن تنشأ حقوقاً وتفرض التزامات على الأفراد ، وذلك دون توقف على قبولهم ، وهو ما يجسد بوضوح ما تتمتع به الإدارة من سلطة عامة لا نظير لها في علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، مما يرجح كفتها على الأفراد.

وتنقسم القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها على نوعين : قرارات إدارية فردية ، وقرارات إدارية تنظيمية (١) .

من كل ما تقدم نرى أن نشاط الإدارة الذي يعد محلاً للمنازعة الإدارية هو ما تصدره جهة الإدارة وهي تمارس سلطة إدارة ؛ كأن تصدر قراراً أو تبرم عقداً إدارياً فإن أي طعن في ذلك القرار أو هذا العقد في أي مرحلة من مراحلها فإنه يمثل نزاعاً إدارياً .

وهنا يثار التساؤل عن المعيار الذي ينبغي اعتماده للقول : إن هذا النزاع هو نزاع إداري أم أنه من منازعات القانون الخاص (منازعة عادية) ؟ وهذا ما سنبيّنه في المبحث الثاني .

(١) د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

المبحث الثانى/ المعايير المميزة للمنازعة الإدارية

يرتبط تحديد ولاية القضاء الاداري بالفصل في المنازعة الإدارية بأحكام وقواعد الاختصاص الوظيفي لهذا القضاء ؛ وفقا لما يقرره المشرع ، وذلك في ضوء تفسير القضاء في أحكامه المختلفة للنصوص التشريعية المحددة لهذا الاختصاص وتحليل الفقهاء لهذه النصوص وتلك الأحكام توصلاً لمعيار تحديد المنازعات الإدارية .

من ناحية أخرى ، ارتبط البحث في معيار المنازعة الإدارية بالبحث في أساس القانون الاداري ، وكذلك في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون ، لاسيما في فرنسا التي تعد دولة الأصل في نشأة نظام القضاء الإداري المستقل إلى جانب مهمة القضاء العادي ، الذي يطلق عليه اصطلاح نظام القضاء المزدوج ، إذ تطورت المعايير التي قيل بها لتحديد مفهوم المنازعة الإدارية في فرنسا تبعاً لتطور الأساس الذي بني عليه وجود القضاء الاداري نفسه ، وذلك منذ حرمان السلطة القضائية الفرنسية التي تم تشكيلها على اثر قيام الثورة الفرنسية من التعرض للإدارة وإلغاء المحاكم التي كانت قائمة في ذلك الوقت ، وإصدار القانون (١٦_٢٤/آب/١٧٩٠م الخاص بالتنظيم القضائي الجديد ، فقد نصت المادة (١٣) منه على أن : ((الوظائف القضائية مستقلة ومتميزة وتبقى منفصلة عن الوظائف الإدارية ، وليس للقضاة أن يتعرضوا بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الإدارية ، وإلا كانوا مرتكبين جريمة الخيانة العظمى (...))^(١) .

ولكن منع القضاء العادي السالف الذكر ، ترك الأمر معلقاً ، إذ لم يرافق ذلك مباشرة إنشاء جهة قضاء أخرى مستقلة ومتخصصة تفصل في المنازعات الإدارية ، غير أن هذا الأساس الأول المتمثل بمنع القضاء العادي ، هو الذي أدى بعد ذلك عن طريق خطوات متعددة إلى إنشاء القضاء الاداري على النحو المعروف به في الوقت الحاضر ، إذ تمثلت تلك الخطوات بمرحلة الإدارة القاضية وذلك بعد صدور قانون ٦-١١/٩/١٧٩٠م ، ومن ثم القانون ٧-١٦/١٠/١٧٩٠م ، وبعد ذلك أتت مرحلة القضاء المقيد أو المحجوز ، ومن ثم مرحلة القضاء المفوض أو اليات^(٢) .

إن تطور الأساس على ذلك النحو أدى إلى تعدد المعايير بصدد تحديد المنازعات الإدارية وفقاً لأسس مختلفة منها العضوي ومنها الموضوعي الذي يتصل بالغاية من النشاط الاداري ، أو أساليب ممارسة هذا النشاط ، إذ إن الأمر مرتبط بالتطور التاريخي لمعيار المنازعات الإدارية ، فإننا فضل عرضها بحسب ظهورها تاريخياً ، إذ ظهر المعيار العضوي أولاً ومن ثم أعقبته المعايير الموضوعية مضمنين ذلك الإشارة إلى موقف الفقه ، ولنا بعد ذلك وقفة لتوضيح موقف التشريع والقضاء منها وكما يأتي تباعاً :

(١) نقلا عن د. نجلاء حسن سيد احمد ، المصدر السابق ، ص٣١ ، ود. إبراهيم طه الفياض ، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الاداري مع الإشارة إلى القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهدين ، المجلد الثاني ، العدد الثالث ، ١٩٩٨م ، ص ١٠٣ .

(٢) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري وحسم إشكالات التنازع بينهما ، بحث منشور في مجلة بيت الحكمة ، سلسلة المائدة الحرة (٤٠) ١٩٩٩م ، ص٧. ود. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، ص ٢٠ .

المطلب الأول / معايير المنازعة الإدارية وموقف الفقه منها

نتناول بالبحث معايير المنازعة الإدارية وحسب ظهورها تاريخياً، لذا نبين في الفرع الأول المعيار العضوي ومن ثم المعيار الموضوعي في فرع ثان كما يأتي :

الفرع الأول / المعيار العضوي

تطورت المعايير التي قيل بها لتحديد مفهوم المنازعة الإدارية في فرنسا تبعاً لتطور الأساس الذي بني عليه وجود القضاء الإداري نفسه ، فكلما كان الأساس هو حماية القضاء الإداري من تدخل القضاء العادي ، وجد المعيار العضوي مجالاً نسبياً في التطبيق والذي بمقتضاه يخرج عن اختصاص القضاء العادي كل عمل صادر عن سلطة إدارية مهما كان موضوعه وتصبح المنازعات المتصلة بهذا العمل من اختصاص القضاء الإداري (١) .

إن من شأن الأخذ بهذا المدلول الواسع ، أن يسبغ الطابع الإداري على كل عمل تقوم به هيئة إدارية أياً كان موضوعه وأياً كان الهدف الباعث عليه ، أو بعبارة أخرى أن الاعتبار في وصف عمل ما بأنه إداري ومن ثم امتناع القضاء من التصدي له هو اعتبار عضوي (٢) .

ومع تغير الأساس التاريخي لنشأة القضاء الإداري وتحوله إلى أساس فني يتعلق بنشأة ونمو القانون الإداري وحتمية وجود قاضي متخصص فيه ، ومع تزايد الانتقادات إلى المعيار العضوي سالف الذكر إزاء اتساعه البالغ دون مبرر ، ولحرص مجلس الدولة الفرنسي على حماية حقوق الأفراد وحررياتهم مع مراعاة مقتضيات الصالح العام ومتطلبات أداء الإدارة لوظيفتها الإدارية ، بدأ القضاء في البحث عن معيار موضوعي لا يقوم على أساس شكلي محض دون اعتداد بطبيعة المنازعة أو موضوعها (٣) .

وبالرغم مما لحق هذا المعيار من انتقادات أدت إلى هجرته تماماً ، ألا أن أحد الفقهاء في مصر يذهب إلى ضرورة الأخذ بهذا الاتجاه العضوي، فيرى أن (تختص محاكم مجلس الدولة بأية دعوى تكون الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها طرفاً فيها ، مما تختص بأية دعوى يكون طرفاً فيها أي شخص من أشخاص القانون العام أياً كان موضوع هذه الدعوى) (٤) .

(١) د. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص ٣١ ، ود. مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ٢٠٠٥م ، ص ١١٩ ، ود. عمار عوابدي ، مصدر سابق ، ص ٩٨-٩٩ .

(٢) انظر د. إبراهيم طه الفياض ، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري مع الإشارة إلى القانون العراقي ، مصدر سابق ، ص ١٠٣-١٠٤ ، ود. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦م ، ص ١٤٩-١٥٠ .

(٣) د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٣١ .

(٤) ويرى انه من الواضح إن هذا الاتجاه يوسع بصورة بالغة من اختصاص القضاء الإداري بما يتجاوز دون ريب نطاق المنازعات الإدارية ، والتي يفترض مبدئياً إنها لا تتصل سوى بالمنازعات مع السلطة الإدارية في الدولة ، على حين إن من الواضح وفقاً للاتجاه المشار إليه انه يبسط اختصاص محاكم مجلس الدولة إلى منازعات الدولة بكافة سلطاتها وهيئاتها ، وإلى منازعات أشخاص القانون العام وليس الأشخاص الإدارية وحدها ، بما يجعله قضاء السلطات العامة ، وليس القضاء الإداري فحسب . د. محمد ماهر أبو العينين ، اختصاص مجلس الدولة ، ١٩٩٣م ، ص ٥ ، ٣٥ ، ١٩٠ ، ٥٧٠ ، نقلاً عن د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٢٥

الفرع الثاني / المعيار الموضوعي

لم يصمد المعيار الشكلي (العضوي) أمام معارضة القضاء فظهرت معايير جديدة تحد من نطاق مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية ، وتخضع بعض المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها لاختصاص القضاء العادي ، فقد تعددت الأفكار والنظريات وكذلك المعايير الموضوعية التي تتناول تحديد اختصاص القضاء الإداري ، لذا فقد ظهرت عدة معايير موضوعية وكان أهم هذه المعايير هما معيارا المرفق العام والسلطة العامة لذا سنبين تطور المعايير الموضوعية وموقف الفقه منها وكما يأتي :

أولاً/ معيار الهدف

وقد كان أول معيار موضوعي لجأ إليه القضاء هو معيار الهدف ، فإذا كان العمل موضوع المنازعة يستهدف المصلحة العامة ، عد عملاً إدارياً ، أو المنازعة بشأنه منازعة إدارية ، تخرج عن اختصاص المحاكم المدنية و يختص القضاء الإداري بها ، ومن ثم لا يكفي لاعتبار المنازعة إدارية أن يكون احد طرفيها جهة إدارية ، بل يلزم فوق ذلك أن يكون الهدف من العمل الذي قامت به الإدارة تحقيق الصالح العام، لا مجرد تحقيق مصلحة خاصة (١) .

ولكن على الرغم من موضوعية هذا المعيار ألا انه تعرض للنقد ؛ لأن فكرة المصلحة العامة التي اعتمد عليها فكرة مرنة وغامضة ، وتحتاج إلى تحديد ، فما هي المصلحة العامة ؟ وما هي العناصر أو المقومات التي تتكون منها ؟ فلا شك في أن المصلحة العامة تتغير من عصر إلى آخر ، وتختلف في طبيعتها وعناصرها باختلاف الأنظمة السياسية والاجتماعية ، و تتطور مع تطور الأفكار والمثل العليا في المجتمع ، ومن ثم لا يمكن أن تصلح معياراً محدداً لاختصاص القضاء الإداري (٢) .

ومن ناحية أخرى ، فمن المسلم به أن للإدارة اللجوء إلى قواعد القانون الخاص ؛ لممارسة بعض أوجه نشاطها الإداري ، إذا كان من شأن ذلك تحقيق المصلحة العامة ، وفي مثل هذه الحالة ينعقد الاختصاص للقضاء العادي ، بالرغم من تحقق هذا المعيار واستهداف الإدارة للمصلحة العامة .

ثانياً/ معيار السلطة الأمرة

ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر اخذ الفقه بالبحث عن معيار جديد يكون أكثر تحديداً وأقل غموضاً ، فذهب جملة فقهاء القرن التاسع عشر ، إلى معيار يقوم على أساس التفرقة بين أعمال السلطة الأمرة وأعمال الإدارة العادية (٣) .

ويقوم هذا المعيار على أساس أن الإدارة هي سلطة وتقوم بنوعين من الأعمال ، فهي تارة تأمر وتنتهي وتستعمل سلطتها ، وتارة أخرى تخلع عن نفسها رداء السلطة وتنزل إلى مستوى الأفراد وتتعامل معهم بالشروط نفسها التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم ، فالإدارة حينما تصدر الأوامر والنواهي ، وتقوم بأعمال

(١) د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٥٠ .

(٢) د. إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ ، ود. عمار عوابدي ، مصدر سابق ، ص ١٠٠-١٠١ . ود. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٣) وفي مقدمة هؤلاء الفقهاء (برتلمي) (berthelemy) و (لافيريير) (laferriere) ، انظر : د. عدنان عمرو ، القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ م ، ص ٥٧-٥٨ ، و د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٣-١٩٦٤ م ، ص ٣٧-٣٩ ، ود. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

السلطة لا يجوز إخضاعها لاختصاص المحاكم العادية ، ولو لم يوجد نص يسلب المحاكم الاختصاص بتلك الأمور ، وعلى العكس من ذلك حينما تمارس أعمالها كما يمارسها الأفراد فنكون بصدد أعمال الإدارة العادية وعندئذ لن يقوم مبرر لإخراج هذه الأعمال من اختصاص المحاكم العادية^(١) .

هذا الازدواج في وضع الإدارة عند مباشرتها العمل الإداري وممارستها نشاطها أدى إلى التمييز بين أعمال السلطة الأمرة وأعمال الإدارة العادية ، ففي الأعمال الأولى تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة التي تأمر وتنهاي وتستعمل سلطاتها وسلطانها ، ومن ثم تخضع في هذه الحالة لقواعد استثنائية أي قواعد القانون الإداري ، ولإختصاص القضاء الإداري دون القضاء المدني ؛ لاختلاف هذه الأعمال عن تلك التي يمارسها الأفراد ، أما بصدد الأعمال الثانية فإن الإدارة تمارسها بالأساليب نفسها وفي الظروف نفسها التي يمارس فيها الأفراد تصرفاتهم، ومن ثم فليس هناك من مبرر لإخضاعها للقانون الإداري ولإختصاص القضاء الإداري ، نظراً لأن الإدارة تمارس هذه الأعمال بصفتها شخصاً عادياً مثلها في ذلك مثل الأفراد^(٢) .

إن هذا المعيار يمتاز بالبساطة والوضوح ، كما انه كانت له أهمية تاريخية إذ استطاع القضاء بفضل أعمال هذا المعيار فرض رقابة على جانب مهم من أعمال الإدارة العامة كانت تعد من أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء بأي وجه من الأوجه ، فضلاً عن أن لهذا المعيار أساس منطقي معتبر^(٣) ، إلا انه لم يسلم من العيوب التي شابته ، فقد انتقد بأنه يتضمن تضيق شديد لنطاق القانون الإداري ولإختصاص القضاء الإداري^(٤) ، إذ انه يقتصر فقط على أعمال السلطة الاستثنائية وهي إصدار الأوامر والنواهي واغفل ما عدا ذلك ، وبالتالي يؤدي إلى خروج كثير من الأعمال القانونية التي لها طبيعة مختلطة ، فتكون في بعض جوانبها من طبيعة الأعمال العادية التي يجريها الأفراد وفي جوانبها الأخرى تتضمن بعض عناصر السلطة العامة الأمرة ، الداخلة في نطاق تطبيق القانون الإداري ، ومثال ذلك العقود الإدارية التي تقوم على أساس الرضا مثلها في ذلك مثل العقود التي يبرمها الأفراد ، ومع ذلك فإنها تتضمن شروطاً استثنائية تميز الإدارة عن الطرف الآخر المتعاقد معها ، وتجعلها في مركز أسمى منه ، مما يستلزم إخضاعها لقواعد القانون الإداري ، كما وينتقد هذا المعيار كذلك بأنه يتضمن أو ينطوي على ازدواج في طبيعة الدولة أو بالأحرى السلطة الإدارية فيها ، على أساس أنها تعتبر من الأشخاص المعنوية إذا قامت بإعمال الإدارة ، بينما تعد من السلطات العامة إذا قامت بأعمال السلطة الأمرة ، وهو وضع لا يمكن قبوله على الإطلاق ، كما انتقد بصعوبة تطبيقه من الناحية العملية ، وذلك لكون أعمال السلطة وأعمال الإدارة في تداخل مستمر ، وتستدعي إيجاد معيار للتمييز بينهما ، كما انه يتجاهل مستلزمات الحياة الإدارية الحديثة الناتجة عن التطور في المجتمعات المعاصرة والمجتمع الفرنسي على وجه الخصوص منذ أواخر القرن التاسع عشر^(٥) .

(١) د. ثروت بدوي ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

(٢) كانت هذه التفرقة بين أعمال السلطة الأمرة وأعمال الإدارة العادية أساساً لنظرية الوظيفة العامة ، حيث ميز الفقه بين موظفي السلطة وعمل الإدارة العادية ، بل إن بيرتلمي كان يتخذ هذه التفرقة أساساً لنظريته في شخصية الدولة القانونية ، فالدولة في رأيه ليست شخصاً قانونياً إلا حين تمارس أعمال الإدارة العادية ، ولكنها حين تمارس أعمال السلطة ، فهي سلطة حكم أمرة ، انظر: د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٧ ، الهامش ، و د. هاني علي الظهراوي ، القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، الإصدار الرابع ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩م ، ص ١٠٧ ، وللمزيد انظر: د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٢٧ ، و د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٠١ ، و د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ١٢ .

(٣) د. عمار عوادي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢-١٠٣ .

(٤) د. عدنان عمرو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٩ ، و د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٧ ، و د. إبراهيم طه الفياض محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

(٥) د. عدنان عمرو ، القانون الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٩ .

ثالثا / معيار نظرية الدولة المدينة

ترتب على ما سبق إن وسع القضاء الإداري من اختصاصه بإضافة نظرية الدولة المدينة إلى النظرية الأولى ، ومقتضاها أن يمتنع القضاء العادي عن نظر أية منازعة يترتب على الفصل فيها الحكم على الدولة بمبلغ من المال، وقد استند القضاء في تقرير نظرية الدولة المدينة إلى قانونين أحدهما بتاريخ ١٧/٧/١٧٩٠م ، والآخر ١٧٩٣/٩/٢٦م وبموجبهما منع المشرع المحاكم العادية من النظر في أية دعوى ترمي إلى الحكم على الدولة بمبلغ من المال ، وقرر أن السلطة الإدارية وحدها هي التي تستطيع تقرير مديونية الدولة ، وبالتالي تمنع المحاكم القضائية العادية من التعرض لجميع الدعاوى التي تؤدي إلى مسؤولية الدولة (١) .

ولقد أدت هذه النظرية إلى توسيع نطاق اختصاص القضاء الإداري ؛ نظرا لعدم التفرقة بين مصدر الدين الواجب على الدولة ، وعمّا إذا كان عملا من أعمال السلطة العامة أو عملا من أعمال الإدارة العادية ، فجميع هذه الأعمال تبرر اختصاص القضاء الإداري متى ترتب عليها إدانة الدولة بمبالغ مالية ، وظل الوضع هكذا حتى صدر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية روتشيلد سنة ١٨٥٥م متبنيا تفسيرا ضيقا لهذه النظرية وقصر نطاق تطبيقها على أعمال الدولة الصادرة بصفتها سلطة عامة (٢) .

رابعا / معيار الإدارة العامة

حاول بعض الفقهاء - مساندين في ذلك ما ذهب إليه القضاء الفرنسي - تلافى الانتقادات التي وجهت إلى معيار التمييز بين أعمال السلطة الآمرة وأعمال الإدارة العادية فابتدعوا معياراً جديداً يقوم على أساس التمييز بين أعمال الإدارة العامة وأعمال الإدارة الخاصة .

وفيه يعول على الأساليب التي تتبعها الإدارة ، فعندما تلجأ إلى أسلوب الإدارة العامة وتستعمل أساليب خاصة بها مغايرة للأساليب الخاصة التي يتبعها الأفراد في ممارسة نشاطهم الخاص ، فإنها تخضع لقواعد القانون الإداري وبالتالي يعقد الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تثيرها أعمال الإدارة في هذه الحالة للقضاء الإداري وليس لمحاكم القضاء العادي ، أما إذا استعانت الإدارة بأساليب النشاط الخاص ، فإنها تخرج من نطاق اختصاص القضاء الإداري (٣) .

ومما لا شك فيه أن هذا المعيار يجعل اختصاص القضاء الإداري أكثر اتساعا عما يكون عليه الحال إذا أخذنا بمعيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية رغم تشابههما ، وذلك لأن أساليب الإدارة العامة يمكن أن تشمل كل ما هو غير مألوف في أساليب القانون الخاص ، فهي تشمل إلى جانب النشاط التقليدي للإدارة المتمثل في الأوامر والنواهي المظاهر الأخرى غير المألوفة كتضمين العقود التي تبرمها الإدارة شروطا استثنائية وأساليب إدارة وتسيير الأموال العامة للدولة .. الخ، ففي مثل هذه الحالات تستخدم الإدارة أساليب استثنائية ومغايرة لأساليب

(١) د. عبد الرحمن الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ .

(٢) ينظر: د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، المصدر نفسه ، ص ١٠٢ ، و د. نجلاء حسن سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٣٢ ، و د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢ - ١٩٦٣ م ، ص ١٩٨ ، و د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ ، وانظر د. عدنان عمرو ، القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٥٦ .

(٣) انظر د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والظعون المتصلة بشؤون الموظفين ، مصدر سابق ، ص ٢٨ ، و د. إبراهيم طه الفياض ، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ ، و د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٥٥ .

الإدارة الخاصة ، هي أساليب الإدارة العامة (١) .

ورغم اتساعه إلا انه لم يكتب له النجاح والترجيح لدى الفقه ، خاصة مع ظهور معيار المرفق العام واتجاه معظم الفقه إلى اعتناقه في ذلك الوقت ، باعتباره أساساً فنياً صالحاً لبناء القانون الإداري ، وبالتالي معياراً عاماً لتحديد المنازعات الإدارية التي يختص بنظرها القضاء الإداري .

ويعاب على هذا المعيار بأنه لم يضع حدوداً فاصلة - وعلى وجه الدقة - بين ما يعتبر من أساليب الإدارة العامة والإدارة الخاصة ، أو بقول آخر فإنه لا يحدد على وجه الدقة مظاهر المغايرة والاختلاف بين وسائل القانون العام ووسائل القانون الخاص (٢) .

خامساً / معيار المرفق العام

ظهر هذا المعيار وتبلور ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، وأصبح الفكرة الأساسية التي اعتمدت عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع كأساس للقانون الإداري ، ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء بالفصل في المنازعات الإدارية ، وكان أول حكم اخذ بالمعيار الجديد هو حكم روتشيلد (Rotchild) الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في ١٢/٦/١٨٥٥م (٣) ، ألا إن حكم بلانكو الصادر عام ١٨٧٣م يمثل في نظر الفقه والقضاء حجر الزاوية في نظرية المرفق العام وذلك على أساس أن كل نشاط يتصل بمرفق عام يعتبر نشاطاً إدارياً متميزاً تخضع فيه الإدارة لقواعد القانون الإداري (٤) ويمكن تعريف المرفق العام (٥) : بأنه كل نشاط موضوعه إشباع حاجة عامة والهدف منه تحقيق مصلحة عامة تكون للدولة الكلمة العليا في خلقه وإدارته والإشراف عليه (٦) ، أو بمعنى آخر هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للمصلحة العامة (٧) .

(١) د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ ، و د. إبراهيم طه الفيض ، محاولة في تحديد أساس...، مصدر سابق ، ص ١٠٥ ، و د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة...، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة...، المصدر نفسه ، ص ٢٩ ، و د. إبراهيم طه الفيض ، محاولة في تحديد...، المصدر نفسه ، ص ١٠٥ .

(٣) على الرغم من إن حكم روتشيلد كان قد استخدم نفس العبارات التي وردت فيما بعد في حكم بلانكو سنة ١٨٧٣م ، ألا إن الفقه لم يعره الاهتمام الكافي ، ولم يجعل منه السابقة الأساسية في الأخذ بالمعيار الجديد . انظر في ذلك : د. ثروت بدوي ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٥٨ .

(٤) د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠م ، ص ٨٤-٨٧ . و د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٨-٣٩ . و د. إبراهيم طه الفيض ، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٠٦ .

(٥) لقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف للمرفق العام ، فمنهم من ذهب إلى التأكيد على النشاط الذي يهدف إليه المرفق العام ، في حين اعتمد جانب آخر على التعريف الشكلي لاعتماده على المرفق العام ، الذي يعني المنظمات والأشخاص المشرفين على المرفق العام ، فهو وفقاً للمعيار المادي كل نشاط تقوم به الدولة أو احد أشخاص القانون العام بقصد إشباع حاجات عامة ، في حين يعرف وفقاً للمعيار الشكلي بأنه الهيئة أو المنظمة الحكومية التي تتولى مباشرة ذلك النشاط بقصد إشباع الحاجات العامة .

والى جانب هذين المفهومين هناك مفهوماً اجتماعياً لنظرية المرافق العامة ، حيث هي لدى الفقيه (ليون دوكي) بأنها (الدولة ما هي إلا عبارة عن نشاط اجتماعي ، أو مجموعة المرافق العامة ، وان واجبات الحاكمين تتلخص بالتزامهم بضمان المرافق العامة بصورة دائمة) . انظر : د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المصدر نفسه ، ص ١٦٦-١٦٨ . و عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢م ، ص ٢٥-٢٦ .

(٦) د. ماجد راجب الحلو /القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٥م ، ص ١٦٨ ، و د. إبراهيم طه الفيض ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٠٦ .

(٧) د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٣٩ ، و د. عمار عوادي ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

ورغم كون حكم محكمة التنازع الفرنسية قد صدر في عام ١٨٧٣م إلا أن الفقه الإداري لم ينتبه إلى فكرة المرفق العام إلا بعد ثلاثين عاما من صدور هذا الحكم إذ بقي فقهاء القرن التاسع عشر وعلى رأسهم الأستاذان (برتلمي) و (لافريير) متعلقين بالمعيار القديم الذي يقوم على التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية على النحو الذي بيناه من قبل بصدده ، ولعل في توسع اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي الذي حدث فيما بعد المبرر في تنبه الفقه إلى معيار المرفق العام ، ذلك انه بصدور حكم مجلس الدولة في قضية تيرييه (Terrier) في ١٩٠٣/٢/٦ وقضية (Feutry) في ١٩٠٨/٢/٢٩ وقضية تيرون (Therond) في ١٩١٠/٣/٤ ، أصبح اختصاص مجلس الدولة شاملاً لكل المنازعات التي تكون الأشخاص الإدارية المركزية والإقليمية طرفاً فيها (١) .

ولقد كان الأستاذ (Tessier) هو أول من وضع صياغة فقهية لنظرية المرفق العام لكن الأستاذ (Duguit) كان هو الذي اعتنى بالفكرة وجعل منها نظرية متكاملة (٢) .

وقد تجاوزت هذه النظرية الانتقادات التي وجهت لمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية ، فشملت جميع نشاطات الإدارة المتصلة مباشرة بالمرافق العامة التي يحكمها القانون الإداري ، وبموجبها يختص القضاء الإداري في نظر المنازعات الناشئة عنها من قبيل القرارات والعقود الإدارية والأعمال المادية سواء أصدرت عن الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى التابعة لها ، مادامت تستهدف من هذه الأعمال إشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام (٣) .

وظل معيار المرفق العام هو المعيار السائد في فرنسا إلى تطور وظيفة الدولة واتساع مجال نشاط الإدارة على اثر الحروب والأزمات التي اجتاحت العالم منذ قيام الحرب العالمية الأولى ، فظهرت إلى جانب المرافق الإدارية التقليدية مرافق عامة أخرى ذات صبغة اقتصادية ، وهي المرافق الصناعية والتجارية التي لا تختلف طبيعة نشاطها عن طبيعة نشاط المشروعات الخاصة والتي لجأت الإدارة في تشغيلها في حدود كبيرة إلى وسائل القانون الخاص مع ما يستتبع من الخضوع للقضاء العادي ، عندئذ أصيبت فكرة المرفق العام بأزمة وبات الاستناد إليها غير صالح لتحديد اختصاص القضاء الإداري تحديداً دقيقاً ، إذ إن تعلق النزاع بمرفق عام لم يعد الشرط الوحيد الكافي لاختصاص القضاء الإداري كما هو الشأن بالنسبة لبعض أنواع العقود الإدارية وبعض المسائل المتصلة باستعمال واستغلال المال العام (٤) .

غير أن معيار المرفق العام تعرض لبعض الانتقادات التي تبرز عجزه وقصوره ولعل أهم هذه العيوب والانتقادات هي :

١_ قصور المعيار ، إذ لا يستوعب كل مظاهر النشاط الإداري ؛ مما أدى إلى صعوبة تحديد مضمون المرفق العام بسبب غموض المعيار ، فالنشاط الإداري لا يقتصر على إدارة المرافق العامة، وإنما يشمل أيضاً نشاط الضبط الإداري ، علاوة على أنه يمكن تحقيق الهدف من المرافق العامة عن طريق مساندة المشروعات وتدعيمها

(١) د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ - ٢٠٠ .

(٢) أيد جانب كبير من الفقه نظرية المرفق العام كأساس للقانون الإداري وأطلق على أنصارها ((مدرسة المرفق العام)) ومن أبرزهم ((tessier)) وبونار ((Bonnard)) وجيز ((jeze)) و ((duguit)) .

(٣) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

(٤) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٦٩ - ١٧٠ .

لتحقيق النفع العام دون تحويلها إلى مرافق عامة ، وبالتالي يمكننا القول بأنه قاصر على الإحاطة بكل المنازعات الإدارية (١) .

٢_ عدم كفاية المعيار لتحديد اختصاص القضاء الاداري نظرا لخضوع بعض المرافق من بعض النواحي لقواعد القانون الخاص واختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تنشأ بصددتها ، ومثالها العقود التي تبرمها الإدارة بصدد نشاط المرافق العامة ، وفقا لأحكام القانون الخاص ودون أن تضمنها شروط خاصة أو استثنائية وهو ما ينفي عنها صفة العقد الاداري وبالتالي يخرجها من اختصاص القضاء الاداري ومن نطاق القانون الاداري .

والذي ضاعف من حدة وشدة هذا الانتقاد ظهور المرافق العامة الاقتصادية (المرافق التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو ... الخ) ، وكلها مرافق تخضع لمزيج من قواعد القانون الاداري وقواعد القانون الخاص ، فهي تخضع لقواعد القانون الاداري ؛ بوصفها مرافق عامة تتمتع ببعض سلطات القانون العام ، وتخضع لقواعد القانون المدني فيما يتعلق لعمالها القائمين بوظائف التنفيذ ، وان الإدارة تفضل إخضاعها لأحكام القانون الخاص تحقيقا للمصلحة العامة (٢) .

٣_ إن النقد الثالث هو أقساها جميعا ، إذ ينصب على الفكرة نفسها ، وينتقد المعيار في جوهره، بغض النظر عن صلاحيته وكفايته أو قصوره ، بأنه معيار شفهي محض أو هو معيار لفظي لا مضمون له ، فالمرفق العام ليس سوى كلمة يستعملها القضاء في أحكامه دون أن يشعر بالحاجة إلى تعريفها ، وان النقد الحاسم لهذا المعيار يدور حول صعوبة تحديد مدلول المرفق العام وعدم اتفاق الفقهاء المؤيدين للمعيار على عناصر ومقومات المرفق العام ووضع تعريف ثابت محدد له ؛ مما جعلها فكرة غامضة غير محددة المعالم ، وهو ما يؤدي إلى استحالة الاستناد إليها لتحديد اختصاص القضاء الاداري (٣) .

إزاء كل ما تقدم من أوجه للنقد ، فقد معيار المرفق العام من يدافع عنه بوصفه معياراً وحيداً للمنازعة الإدارية ، ولتحديد نطاق تطبيق القانون الاداري وأساسه الفني ، بيد أن هذه الانتقادات لم تؤد إلى أن يفقد هذا المعيار أهميته ، إذ إن أنصاره - وكذلك القضاء - اتجهوا إلى إضافة معايير أخرى مكملة له لتحديد اختصاص القضاء الاداري ومن ثم تحديد المنازعات الإدارية .

(١) يرى أنصار معيار المرفق العام _ وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي دوجي انه يمكن تفادي هذا القصور بعدم شمول هذا المعيار لكل صور النشاط الاداري التي تخضع للقانون الاداري بالقول (بان النشاط الضبطي هو في حقيقته من قبيل النشاط المرفقي ... وذلك على أساس إن الضبط الاداري يستهدف إشباع حاجات عامة ويقدم خدمات تتعلق بالمحافظة على الأمن والنظام في الدولة ، وبالتالي فهو لا يخرج عن كونه صورة من صور المرافق العامة ...) ، د. نواف كنعان القانون الاداري ، الكتاب الأول ، مصدر سابق ، ص ٨٧ _ ٨٨ . ود. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣ ، ود. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص ١٧١ _ ١٧٦ . وعبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٢٩ (الهامش) .

(٢) د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشؤون الموظفين ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(٣) د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ، ص ٤٦-٤٧ ، ود. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشؤون الموظفين ، المصدر نفسه ، ص ٣٥ .

سادساً / معيار المنفعة العامة

لقد نادى الأستاذ (فالين) بفكرة المنفعة أساساً لتحديد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري ، مشيراً إلى أن الإدارة تستهدف بنشاطها الإداري تحقيق النفع العام ، وان المرفق العام ليس سوى وسيلة من الوسائل الموجهة لخدمة المنفعة العامة (١) ، وقد أثير هذا الموضوع لأول مرة أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية بلدية مونسيكور (Commun de Monsegur) في ١٠/٦/١٩٢١م ، إذ يقوم هذا المعيار على أساس أن القانون الإداري ومعيار اختصاص القضاء الإداري ، إنما يقوم على تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة ، فالنشاط الإداري يستهدف النفع العام وهو ما يميزه عن النشاط الخاص ، فإذا كان من المسلم به اتصال غالبية تصرفات الإدارة بتنظيم أو تسيير مرفق عام ، فان من تصرفات الإدارة ما يتصل بفكرة النفع العام ، دون أن يكون هناك مرفق عام، فلو أخذنا بمبدأ اعتبار التصرف إدارياً إذا اتصل بمرفق عام لتعين استبعاد التصرفات المتصلة بالنفع العام من نطاق التصرفات الإدارية رغم اتصالها بفكرة أداء خدمة عامة للجمهور (٢) .

ألا أن هذا المعيار لم يلق قبولا من جانب الفقه وتخلى عنه القضاء الإداري ، لان مفهومه واسع ولا يكون تحقيقه مقتصر على ممارسة الإدارة لنشاطها الإداري (٣) ، وانه ليس سوى عودة إلى معيار الهدف (٤) ، وإزاء هذه الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار وكذلك لمعيار المرفق العام أتجه الفقه والقضاء الإداريان للبحث عن معيار آخر يقوم على الوسيلة التي تستخدمها السلطة الإدارية ، ويتمثل ذلك في معيار السلطة العامة والامتيازات المخولة لها .

سابعاً / معيار السلطة العامة

أمام القصور الذي أصيبت به فكرة المرفق العام والذي عجزت فكرة المنفعة العامة التي قال بها (فالين) عن معالجته ، اتجه الفقه المعاصر مرة أخرى نحو فكرة السلطة ، غير أن الفقه لم يعد لمعيار السلطة العامة الأمره على النحو القديم ، وإنما أعاد صياغة هذه الفكرة بمفهوم جديد يتفق مع مقتضيات الصالح العام وحقوق الأفراد وحررياتهم مع مراعاة واقع النشاط الإداري وأساليبه وحقيقة ما تتمتع به الإدارة من اختصاصات وامتيازات (٥) .

ويقوم هذا المعيار على أن السبب في خروج قواعد القانون الإداري وتميزها عن قواعد القانون الخاص ، يرجع إلى عدم المساواة بين الإدارة والأفراد ، وان فكرة عدم المساواة ترتد بدورها إلى ما للإدارة من سلطة لا يتمتع بها الأفراد ، وان المقصود من منح السلطة للإدارة هو تمكينها من أداء وظيفتها والوصول إلى تحقيق الصالح العام ، أي أن القصد منحها سلطة تستخدم لصالح الأفراد ، وان حيادها عن هذا الهدف يعرضها للمسؤولية ، فالإدارة تنعم بامتيازات السلطة العامة والتي لا يوجد لها مثيل في القانون الخاص ، أي أنها تستخدم أساليب واختصاصات تختلف عن أساليب واختصاصات القانون الخاص ، ولا يقتصر ذلك على منحها الامتيازات التي تجعلها في مركز

(١) د. طعيمة الجرف ، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٣٢ .

(٢) انظر : عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

(٣) د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ص ١٣ .

(٤) د. عمار عوابدي ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

(٥) ومن المعايير الأخرى التي طرحت لتحل محل فكرة المرفق العام هي معيار القواعد الموضوعية الذي يعتنقه (ريفيرو) ومعيار المركز القانوني ووسائل القانون المستعملة الذي قال به (دي كوريل) ، وهي معايير فشلت بدورها بسبب محاولتها الالتفاف حول فكرة السلطة العامة دون اعتناقها صراحة .

للمزيد انظر : د. عدنان عمرو ، مصدر سابق ، ص ٦٨ ، و د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣٨ ، و د. هاني علي الظهراوي ، مصدر سابق ، ص ١١٢-١١٤ .

فصل تمهيدى
أسمى من مراكز الأفراد الذين تتعامل معهم ، وإنما هي أيضا تخضع لقيود والتزامات تفرضها عليها القوانين والنظم الإدارية (١) .

لذا فان فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة وتمارسها في تحقيق أغراضها تتضمن امتيازات لصالح الإدارة وقيود تحد من حريتها ، ولا بد من أن تتضمنها معاً ، مع ملاحظة أن مدلول السلطة العامة ليس التعبير عن إرادة الحكام العليا ، وإنما هو مجرد ممارسة لأساليب معينة أو اختصاصات لا يملكها الأفراد العاديون ، لأن الحكام يعملون بأسم المجموع ولصالحهم (٢) .

وبناء على الذي تقدم فان أساليب السلطة العامة هي التي تميز نشاط السلطة التنفيذية وتجعله محلاً لتطبيق قواعد القانون الاداري ، وينعقد للقضاء الاداري الاختصاص للنظر في المنازعات المتولدة عنه ، وهذا هو المعيار الراجح في ميزان الاعتبار ، وإن كان المشرع قد اقتطع بعض المنازعات الإدارية وأناط مهمة النظر أو الفصل فيها بالقضاء العادي (٣) .

المطلب الثانى / موقف التشريع والقضاء من معايير تمييز المنازعة الإدارية

بعد أن بينا أهم المعايير التي قيلت في تحديد المنازعات الإدارية وموقف الفقه منها ، نأتي هنا لنبين موقف التشريع والقضاء من هذه المعايير وهذا ما سنتناوله تباعاً .

الفرع الأول / موقف التشريع

بالنسبة لموقف المشرع فغالباً ما يلاحظ أن المشرع لا يعمد إلى الأخذ بمعيار محدد في نصوصه وإنما يقوم بتحديد اختصاص القضاء الاداري بإحدى طريقتين أو أسلوبين ؛ الأول : وهو تحديد اختصاص القضاء الاداري على سبيل الحصر بان يذكر الحالات التي تدخل في اختصاص محكمة القضاء الاداري ، ويبقى ما عداها من اختصاص القضاء العادي ، ويمتاز هذا الأسلوب بالبساطة وسهولة التعرف على اختصاص كل من جهتي القضاء ، كما انه سيؤدي إلى إعطاء مركز الثقل في توزيع الاختصاص إلى المشرع بشكل مباشر (٤) .

(١) د. نواف كنعان / القانون الاداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الرابعة ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٢) للمزيد انظر د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ١١٥-١١٨ و د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٤٨-٤٩ ، و د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٤٥ ، و د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الأول ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٨٩-٩٢ .

(٣) إزاء النقد الموجه إلى معيار المرفق العام ، لم يعد الفقه والقضاء يتمسكان بفكرة واحدة ، واتجهوا نحو الأخذ بمعيار مختلط يقوم على الجمع بين معيار المرافق العامة ومعيار السلطة العامة ، حيث يرى الفقيه ديوبادير إن معيار المرافق العامة هو الأصل ، ولكن يجب تطعيمه بمعايير أخرى لتضييق إطار النشاط المتعلق بالمرافق العامة الذي يختص به القضاء الاداري .

للمزيد انظر: د. ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٧٧-٧٨ ، ومؤلفه ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص ١٧٠-١٧٢ ، و د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الأول ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٩٢-٩٦ ، و د. إبراهيم طه الفياض ، محاولة في تحديد ... ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

(٤) انظر: عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري في العراق ، مصدر سابق ، ص ٤٥-٤٦ ، و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، توزيع الاختصاص بين القضاء ... ، مصدر سابق ، ص ١٢-١٣ .

أما الأسلوب الثاني : فهو أن يقوم المشرع بوضع معيار عام في تحديد اختصاص القضاء الإداري، ومما يؤخذ عليه انه طريق تحكيمي يتم بموجبه اختيار ما يدخل في اختصاص كل جهة قضائية ؛ مما يؤدي إلى أن تدخل في اختصاص القضاء العادي مسائل متشابهة لتلك التي اختص بها مجلس الدولة ، مما يعرقل الحلول القضائية كما ينتج عنه نوع من عدم التجانس في قواعد القانون الإداري ، أو بعبارة أخرى انه يعطي مركز الثقل إلى القضاء من خلال التفسيرات القضائية التي يعتمدها لهذا المعيار (١) .

وقد أخذت فرنسا بالطريقة الثانية منذ بداية إنشاء مجلس الدولة فيها بوصفه قاضيا عاما للمنازعات الإدارية سواء في مرحلة كونه قضاء مقيدا أو قضاء مفوضا ، وذلك حتى قبل أن تنشأ في فرنسا محكمة خاصة بالتنازع (٢) .

أما في مصر فان المشرع لم يحدد بشكل صريح المعيار الذي يمكن الركون إليه لتمييز المنازعات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري تاركاً ذلك للقضاء ، ولكن كانت هناك تشريعات تتخذ من المرافق العامة أساساً للقانون الإداري ، من ذلك قانون المؤسسات العامة الملغى رقم (٣٢) لسنة ١٩٥٧م ، وقانون التزامات المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧م . إلا أن قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م جعل القضاء الإداري صاحب الاختصاص العام في مجال المنازعات الإدارية وذلك ما قضت به المادة العاشرة منه (٣) ، وان هناك فقيهاً يرى

(١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المصدر السابق ، ص ١٣ .

(٢) انظر : عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٣) نصت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م على : (تختص محاكم مجلس الدولة بالفصل في المسائل الآتية :

أولاً / الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية

ثانياً / المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم .

ثالثاً / الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات .

رابعاً / الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي .

خامساً / الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات النهائية .

سادساً / الطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم وفقاً للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة .

سابعاً / دعاوى الجنسية .

ثامناً / الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي ، فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها .

تاسعاً / الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية .

عاشراً / طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية .

أحد عشر/ المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر .

أثنى عشر/ الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون .

ثلاثة عشر/ الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام من الحدود المقررة قانوناً .

أربعة عشر/ سانر المنازعات الإدارية .

أنه من الممكن تلمس موقف المشرع المصري - بخصوص المعايير - من خلال أنه يميل إلى معيار السلطة العامة استناداً إلى تسميته لأهم الدعاوى الإدارية التي يختص القضاء الإداري بنظرها وهي دعوى إلغاء القرارات الإدارية بأنها (دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة) ، أي إن الأمر في تقدير المشرع المصري ، أن الإدارة تمارس سلطتها العامة ، فإن تجاوزتها أو بالأحرى خرجت على القيود القانونية المفروضة على هذه السلطة ، جاز الطعن بالإلغاء ضد تصرفاتها ، وبذلك تنص المادة (٣٢) من قانون مجلس الدولة الصادر في ٣١ يوليو ١٩٤٥ م ، إذ تقضي بأن (مجلس الدولة ... يحكم بصفة نهائية في طعون الإلغاء لتجاوز السلطة التي تقدم ضد قرارات السلطات الإدارية المختلفة ...)^(١) .

أما في العراق فإن الولاية العامة للنظر في المنازعات كافة كانت منعقدة للمحاكم العادية وذلك ما قضت به المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م وكذلك المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي لسنة رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩م المعدل ، وان كان هناك بعض الاستثناءات التي وردت في بعض القوانين باستبعاد بعض المنازعات الإدارية من اختصاص المحاكم العادية ، وبعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩م المعدل الذي أصبح العراق من دول القضاء المزدوج^(٢) ، فقد حددت المادة ٧/ثانياً /د من قانون مجلس شورى الدولة اختصاص محكمة القضاء الإداري حصراً بنظر صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات من دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذه والتي لم يعين مرجعاً للطعن فيها ، ومن ثم جاءت الفقرة (خامساً) من المادة نفسها لتستبعد من اختصاص المحكمة كلاً من أعمال السيادة والقرارات التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية ، والقرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها^(٣) ، وبهذا النص لم يسلك المشرع أيّاً من الطريقتين في تحديد الاختصاص ألا انه وضع قاعدة عامة في تحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري .

الفرع الثاني / موقف القضاء

من الصعب حتى اليوم الجزم بموقف القضاء بشكل نهائي ، إذ ما زالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي تأخذ بفكرتي المرافق العامة والسلطة العامة بطريقة ضمنية ، إذ يحرص القضاء الإداري الفرنسي على الإيجاز

(١) وهذا ما رآه د.سامي جمال الدين ، انظر مؤلفه : إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٢) إن القضاء الإداري في العراق يتكون من محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام وعلى رأسهما الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة وهذا ما نصت عليه المادة (٢) من قانون مجلس شورى الدولة من : (أولاً / يتكون المجلس من الهيئة العامة وهيئة الرئاسة والهيئة الموسعة ومجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري وعدد من الهيئات المتخصصة حسب الحاجة ...) ،

(٣) يلاحظ على النص المذكور عدة ملاحظات وهي :

أ- إن لفظ الأوامر والقرارات الإدارية واسع ويمكن أن تندرج تحت لوانه العديد من المنازعات الإدارية .

ب- إن تحديد القانون لاختصاصات المحكمة لم يكن منتظماً ، فلقد كان المقتضى بعد أن حددها في الفقرة (ثانياً / د) أن يورد الاستثناءات عليها مباشرة ، لا أن يستطرد في بيان أسباب الطعن وشروطه وسلطات المحكمة بشأنه وطريق الطعن بأحكامها ، ثم يعود ليحدد الاستثناءات على الاختصاصات المذكورة ، وان هذه الاستثناءات التي أوردها القانون كثيرة ، حيث انه من الصعب إحصاء القرارات الإدارية التي حدد القانون مرجعاً للطعن فيها .

ج- إن اختصاص المحكمة جاء محدوداً ومقتصرًا على جانب معين من المنازعات الإدارية المتعلقة بالأوامر والقرارات الإدارية من دون أن يمتد إلى الجوانب الأخرى من المنازعات الإدارية وما يترتب عليها من احتمالات النزاع ، أي انه لم يدخل الأعمال المادية والعقود الإدارية ضمن اختصاص المحكمة ، وان الاستثناءات الواردة في القانون إنما تعد قيوداً على اختصاص محكمة القضاء الإداري ، ويرأينا إن النزاع حولها يبقى نزاعاً إدارياً وليس نزاعاً عادياً .
بخصوص ذلك راجع: د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، ٢٠٠١م ، ص ٨٩ ، ومؤلفه : تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤م ، ص ١٣٦ ، و عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٥٠ -

والاكتفاء بالفصل في النزاع بتحديد الحل القضائي المطبق عليه دون الربط بنظرية معينة لا يتقيد بها مستقبلاً ، وهو ذات الأمر الذي تسير عليه كذلك محكمة التنازع^(١).

أما القضاء الإداري في مصر فإنه لا يختلف كثيراً عن القضاء الفرنسي ، إذ إن الأحكام القضائية لم تستقر على معيار محدد بعد أيضاً ، فهناك أحكام للمحكمة الإدارية العليا اعتمدت على عدة معايير فيها إذ جمعت بين ثلاث معايير في آن واحد للمنازعة الإدارية ، من ذلك حكمها الذي قضت به بان المنازعة الإدارية (هي إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة ، والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه ، ويتبدى فيها واضحا وجه السلطة العامة ومظهرها ، ويكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة)^(٢) ، وفي حكم آخر اعتمدت على معيار المرفق العام ومن ذلك ما قضت به من اختصاص مجلس الدولة بنظر طلب المدعي الحكم بإلزام الهيئة المصرية للمساحة بان تؤدي له تعويضا لقاء ما لحقه من ضرر نتيجة تراخيها في اتخاذ إجراءات ترشيحه للمنحة التدريبية المقدمة من حكومة هولندا ؛ مما أدى إلى اعتذار الحكومة الهولندية (باعتبارها منازعة إدارية قوامها النعي على مسلك الجهة الإدارية بصفتها القائمة على إدارة مرفق المساحة ، وبحسبانها منازعة لا شك في انصوائها في نطاق منازعات الروابط الوظيفية التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة بحسبانها القاضي الطبيعي لروابط القانون العام)^(٣) ، وقد صدرت عن القضاء الإداري المصري أحكام قضائية تعتمد فكرة المرفق العام من ذلك الأحكام التي تضيي صفة الموظف العام على من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام^(٤) ، وفي حكم آخر جمعت بين معياري المرفق العام والسلطة العامة وأبرزت فيها فكرة السلطة العامة^(٥) ، وفي أحكام أخرى اكتفت بمعيار السلطة العامة دون ربطه بفكرة المرفق العام أو غيرها^(٦) ، ألا انه - وكما ذكرنا - انه بصدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م أصبح القضاء الإداري صاحب الاختصاص العام لجميع المنازعات الإدارية ولا يخرج من اختصاصه إلا ما استثنى بنص خاص^(٧) .

(١) انظر : د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية ... ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٢) حكمها في ١٩٨٥/١١/٢٤ ، طعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق ، مر ذكره في المبحث الأول ، المطلب الأول .

(٣) حكمها في ١٩٨٢/٥/١٥ ، طعن رقم ٩٧٢ لسنة ٢٦ ق ، مجموعة المجلس ، السنة ٢٧ ، ص ٥٧٨ ، أشار إليه د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية ، المصدر نفسه ، ص ٢٧ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٦/٦/٢٣/مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في خمس سنوات، سمير أبو شادي ونعيم عطية ، ص ٢٤ .

(٥) انظر حكمها في ١٩٨٢/١/١٦م طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢٥ ق ، المجموعة ، السنة ٢٧ ، ص ٢٤٧ ، كذلك حكمها في ١٩٨٢/٣/٢٧ ، طعن رقم ٤٥٧ لسنة ٢٦ ق ، ذات المجموعة ، ص ٣٣٩ ، أشار للحكمين د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية ... ، المصدر نفسه ، ص ٢٨ .

(٦) حكمها في ١٩٨٢/١١/٢٧ ، الطعان رقما ٨٧٨ و ١٥٢١ لسنة ٢٦ ق ، المجموعة ، السنة ٢٨ ، ص ١٤٩ ، أشار إليهما د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية ... ، المصدر نفسه ، ص ٢٩ .

(٧) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مصدر سابق ، ص ٢١ .

اما موقف القضاء العراقي فقد وجد إن هناك بعض الأحكام الصادرة عن القضاء العراقي قبل نفاذ قانون التعديل الثاني لمجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩م المعدل بمناسبة النظر في موضوعات إدارية فتخرج بها عن قواعد القانون الخاص ، من ذلك حكم محكمة التمييز في ١٤/٨/١٩٧٤ ، إذ تقول فيه (ولما كان العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري لتعلقه بمرفق عام وما يستهدفه من مصالح كبرى تعلق على المصالح الخاصة لذا فان الضرر يعتبر واقعا...) (١) ، وهذا يدل على أن القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز قد اخذ بمعيار المرفق العام ، وهناك أحكام لمحكمة التمييز أخذت بمعيار النفع العام منها قرارها الصادر بتاريخ ١٤/١٢/١٩٦٧م ((الأعمال التي تنشأ لغرض النفع العام يفترض وجود الضرر عند عدم انجازها في آجالها المعينة لعدم انتفاع الجمهور منها في الموعد المحدد...)) (٢) ، ألا إنه وبعد صدور قانون مجلس شورى الدولة فقد تحدد اختصاص القضاء الاداري بما ورد فيه .

من كل ما تقدم نرى انه إذا كان الرأي قد استقر على وجود قواعد وقوانين إدارية تخضع لها المنازعات الإدارية وتميزها عن قواعد القانون المدني ، وإن حل هذه المنازعات يكمن أمام القضاء الاداري ، فإننا نتساءل هنا عن مدى إمكانية اللجوء إلى أساليب أخرى غير القضاء لحل هذه المنازعات ، وهذا ما سنبينه في الفصول الآتية تباعاً .

(١) قرار رقم ١٨٥ / مدنية أولى / ٩٧٤ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ١٩٧٧م ، ص ٧٣ ، كذلك انظر حكم محكمة التمييز في العراق رقم ١١٢ / م / ١٩٦٦ ، في ٢٧ / ٤ / ١٩٦٧م ، منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد الأول ، ١٩٦٧م ، ص ١٨٣ - ١٩٠ ، والذي اخذ بالمرفق العام كأساس لتحديد النزاع الاداري .

(٢) قرارها رقم ٢٦٩٥ / حقوقية / ٩٦٦ ، في ١٤ / ١٢ / ١٩٦٧م ، أشار إليه : محمد عبد الله محمود الدليمي ، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣م ، ص ٣٢ .

الفصل الأول / الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية

تهدف الإدارة من وراء قيامها بأعمالها إلى تقديم الخدمة للمواطنين ، ومما لا شك فيه أن الإدارة وأثناء قيامها بأداء وظيفتها قد تنتقص من بعض حقوق الأفراد وحررياتهم ، وعملها هذا لا يمكن تركه دون ضابط يرسم الحدود التي لا بد أن لا تتجاوزها مما يعرض تصرفاتها للبطلان ، إذ إن الجزاء المترتب على مخالفة مبدأ المشروعية هي اعتبار التصرف الذي تجريه الإدارة - على خلاف ما تقضي به القوانين واللوائح - تصرفاً باطلاً ، ويفرض هذا المبدأ وجود وسائل وأجهزة تراقب عمل الإدارة ، وتختلف هذه الوسائل باختلاف الدولة والنظم القانونية المتبعة فيها ، إلا أن المستقر في أغلب الدول وجود أربعة طرق يضمن من خلالها الأفراد اقتضاء حقوقهم ومشروعية أعمال الإدارة في مواجهتهم وهي الرقابة الإدارية والرقابة السياسية ورقابة الهيئات المستقلة والرقابة القضائية (١) .

إن دور هذه الأجهزة الرقابية هو لضمان تقديم الخدمة بأسرع وقت وبأقل جهد وتكلفة ممكنين ، إذ إن من أهم أهداف الرقابة ، حماية الصالح العام من خلال السهر على ما يحدث من إساءات السلطة الوظيفية والبحث عن شرعية النشاط الإداري الذي يصدر من التنظيمات الإدارية ، وكشف المخالفات التي تكون موضوع المساءلة تمهيداً لإلغاء العمل الإداري المخالف والتعويض عن مضاره وتحديد مسؤولية مرتكبي هذه المخالفات وتوقيع الجزاء عليه ، وإصدار القرارات لتصحيح الأخطاء والعمل على إزالة هذه الأسباب وتداركها والأخذ بوسائل تزويد الإدارة بنوي الكفاءة وإتباع الأساليب التنظيمية لتحسينها وتشخيص أوجه الضعف والانحراف في كفاية الأداء ، إذن وظيفة الرقابة ليس تقديم الأداء أو المقترحات بل يجب أن تتمتع جهة الرقابة بسلطة لكي تتمكن من إلغاء العمل المخالف أو التصرف المعيب أو الخاطئ وفرض الجزاءات (٢) .

وتعني كلمة الرقابة في اللغة معاني عدة ، فهي قد تعني قوة أو سلطة التوجيه أو الأمر ، وقد يراد بها المراجعة أو التفتيش أو الاختبار ، كما إنها قد تأتي بمعنى السهر والملاحظة أو الحراسة أو المحافظة أو الرصد (٣) .

(١) تباينت وجهات النظر بشأن تحديد أنواع الرقابة وبيان تقسيماتها فقد تصنف الرقابة طبقاً لمصدرها أو تبعاً للسلطة التي تمارس الرقابة ، وقد تختلط في ذهن البعض بغيرها من عناصر العملية الإدارية كالتفتيش والتوجيه مثلاً ، انظر د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٧٣ ، ود. عبد الفتاح حسن ، مبادئ الإدارة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢م ، ص ٢٧٣ ، ود. أنور احمد رسلان ، وسيط القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٩٨-١٩٩ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو / علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥م ، ص ٣٨٩ ، ود. محمد احمد فتح الباب ، مبادئ الإدارة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٢٨١ ، وحبيب الهرمزي ، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٧١-٧٤ ، ود. حمدي سليمان القبيلات ، الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠م ، ص ١١ .

(٣) ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ - ٢١٠ ، وإسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٩٠م ، ص ١٥٤ ، وجبران مسعود ، مصدر سابق ، ص ٣٩٩ ، ومجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٣م ، ص ٩٧-٩٨ .

يتكون الأصل اللاتيني لاصطلاح الرقابة (controle) من مقطعين هما (Contre) و (Role) وكان يقصد بكلمة Role القائمة التي تحوي أسماء معينة ، أما الكلمة Contre فكان يقصد بها القائمة الأخرى التي تتضمن أسماء يراد مطابقتها مع الأسماء الواردة بالقائمة الأولى ، انظر: د. محمد احمد فتح الباب ، المصدر نفسه أعلاه ص ٢٨٤ ، ود. عبد الفتاح حسن ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٧٣ ، وحبيب الهرمزي ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٦٥-٦٦ .

أما اصطلاحاً فقد عرفت تعريفات كثيرة من ذلك ما جاء به (fayol) بأنها (التأكد مما إذا كان كل شي يحدث طبقاً للخطة الموضوعية و التعليمات الصادرة والمبادئ المحددة) (١) .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
 أما في الفقه العربي فقد جاء في تعريفها بأنها : (حق دستوري يخول لصاحبه سلطة إصدار القرارات اللازمة لإنجاح مشروعات الخطة) (٢) .

وابتعاداً عن الإسهاب في سرد التعريفات التي ذكرت عن الرقابة فإن بحثنا يدور حول محور الرقابة غير القضائية وبيان مدى قابلية اعتبارها أسلوباً لحل المنازعات الإدارية وتوضيح كيفية حلها للمنازعات في خطواتها الأولى وقبل اللجوء إلى سلك القضاء ، ومدى قدرتها على تحقيق مصالح الأفراد ، واستناداً لذلك سوف نقسم الفصل على ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول الرقابة الإدارية ، وفي المبحث الثاني الرقابة السياسية أما المبحث الثالث فسوف ندرس رقابة الهيئات المستقلة وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول / الرقابة الإدارية

تعرف الرقابة الإدارية بأنها رقابة ذاتية تضطلع بها الإدارة لمراقبة أعمالها والتحقق من مدى مطابقتها أو ملاءمتها للظروف المحيطة بها (٣) .

أو هي رقابة الإدارة لنفسها وتشمل بحث مشروعية الأعمال و ملاءمتها معاً (٤) ، لذا فهي رقابة ذاتية تتسم بالسهولة وبإمكانية إصلاح الأخطاء أولاً بأول ، وذلك لأنها تؤدي إلى سحب القرار الإداري غير المشروع أو إلغائه أو استبداله بقرار أفضل قبل الطعن بعدم مشروعيته أمام القضاء المختص ، وأن الإدارة وهي تباشر تلك الرقابة لا تكتفي بفحص مشروعية القرار فحسب ، بل تمتد سلطاتها لفحص ملاءمته مع الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه .

وتبدو أهمية هذا النوع من الرقابة في إتاحة الفرصة للإدارة التي تصدر قرار خاطئاً أن تعيد النظر في قرارها فتصححه ، وفي ذلك حفظ لكرامتها عندما تكتشف عدم مشروعية تصرفها أو عدم ملاءمته هذا من جانب الإدارة ، أما من جانب الأفراد فإنه يجنبهم إجراءات التقاضي التي قد تكون طويلة نسبياً بالإضافة إلى أنه طريق مجاني ولا يتطلب أي رسوم أو مصاريف أو غير ذلك مما تتطلبه إجراءات التقاضي ، حيث يكفي للشخص أن يقدم شكواه أو تظلمه إلى الجهة المعنية أو إلى سلطتها الرئاسية لتقوم الإدارة المعنية بدراسة التظلم (٥) .

(١) نقلا عن د. علي عباس ، الرقابة الإدارية على المال والأعمال ، ط الأولى ، مكتبة الرائد العلمية ، عمان ٢٠٠١ م ، ص ٢٢ .

(٢) د. خليل السيد هيكل ، الرقابة على المؤسسات العامة الإنتاجية والاستهلاكية ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧١ م ، ص ١٧١ ، وللمزيد انظر : إدريس حسن محمد ، الرقابة على المؤسسات الخاصة ذات النفع العام وتطبيقاتها في القانون العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠٠١ م ، ص ٥٢-٥٥ ، ود. بكر قباني ، الرقابة الإدارية ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، ١٩٧٨ م ، ص ٩-١٠ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري والرقابة ... ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ .

(٤) حبيب الهرمزي ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٥) د. محمود الجبوري ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٨ م ، ص ٢٥ ، ود. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ م ، ص ٤١ .

لذا فإننا سنقوم بدراسة هذا النوع من الرقابة وذلك في ثلاثة مطالب حيث نتناول في المطلب الأول طرق تحريك الرقابة الإدارية ونخصص الثاني للأثر المترتب على تحريك الرقابة الإدارية ونعتمد في المطلب الثالث إلى بيان تقدير الرقابة الإدارية .

المطلب الأول / طرق^(١) تحريك الرقابة الإدارية

تتحرك الرقابة الإدارية أما بصورة تلقائية من جانب الإدارة ذاتها أو بناء على تظلم يقدم للإدارة من الأفراد ذوي المصلحة الذين اضربهم العمل الإداري ، وبناء عليه سنقسم المطلب إلى فرعين يكون الأول منهما مخصص للرقابة الذاتية (التلقائية) ، أما ثانيهما فسنعرض خلاله الرقابة بناء على تظلم وكما يأتي بيانه :

الفرع الأول / الرقابة الذاتية (التلقائية)

تتولى الإدارة بنفسها مراقبة مدى مطابقتها تصرفاتها للقانون ، وفي هذا النوع من الرقابة تقوم الإدارة تلقائياً وبدون تظلم أو شكوى ببحث ومراجعة تصرفاتها ومدى موافقتها للقانون و ملاءمتها للهدف المرجو منها – فهي تسعى دائماً إلى تحقيق الصالح العام – فتعتمد إلى تصحيح تصرفاتها إلغاءً أو تعديلاً ، فقد يمارس هذه الرقابة الموظف أو الجهة التي أصدرت القرار ، فتكون رقابة ولائية^(٢) ، وقد يمارسها الرئيس الإداري بما له من سلطة رئاسية عليه فتسمى رقابة رئاسية^(٣) .

أولاً / الرقابة الولائية

وهي الرقابة التي تباشرها الإدارة من تلقاء نفسها فيقوم رجل الإدارة أو الموظف مصدر القرار الإداري ، بمراجعة القرار وإعادة النظر فيه ، فإذا أكتشف خطأ ما في تصرفه فيقدم من تلقاء نفسه على سحبه أو إلغائه أو تعديله ، ذلك أن على رجل الإدارة أن يؤدي العمل الذي أسند إليه بنفسه بدقة وأمانة^(٤) .

(١) يفضل البعض تسمية طرق الرقابة أو أساليبها إلى اسم (أنواع الرقابة) ويقسموها إلى عدة تقسيمات وفقاً لبعض المعايير الفنية والإدارية ، انظر في ذلك : د. سامي جمال الدين ، الإدارة العامة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ م ، ص ٢٢٢ – ٢٢٤ ، ود. ماجد راغب الحلو ، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مصدر سابق ، ص ٣٩٢-٣٩٣ ومولفه ، علم الإدارة العامة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ م ، ص ٢٣٠-٢٣٣ ، ود. علي عباس ، مصدر سابق ، ص ٢٤-٢٨ ، ود. محمد عبد الحميد أبو زيد ، اثر التفويض في الإصلاح الإداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ م ، ص ٣٤-٣٧ ، ود. عبد الفتاح حسن ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩-٢٨٢ ، ود. مصطفى رضوان ، الادعاء العام والرقابة الإدارية فقهاً وقضاً ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة الطبع ، ص ١٣ .

- أما البعض الآخر فيفضل تسميتها باسم صور الرقابة ، انظر : د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٠ م ، ص ٦٩ ، وعبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٦ ، ويسميتها د. أنور احمد رسلان بطرق الرقابة الإدارية ، انظر مؤلفه ، وسيط القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ .

(٢) د. فاروق احمد خماس ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٨ م ، ص ٧٦ ، ود. سعيد الحكيم ، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ م ، ص ٢٦٣ ، ود. محمد محمد عبده ، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م ، ص ٦١ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري والرقابة ... ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ ، ود. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٨٢ ، ود. محمد احمد فتح الباب ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ ، ود. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٤) د. احمد يوسف محمد علي ، التظلم الإداري في ضوء الفقه والقضاء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١١ م ، ص ٤٢ ، ود. محمد علي جواد ، مصدر سابق ، ص ٥ ، و علي مزهبر سوادي السوداني ، إلغاء الإدارة لقراراتها الإدارية المشروعة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٨ م ، ص ١٢٠ .

إن أهم ما يميز هذا النوع من الرقابة انه يمارس من قبل الإدارة دون تظلم من قبل الغير تجاه القرارات الإدارية ، ودون أن يشيخ تصرفها عيب من عيوب المشروعية ، وهذا ما يبرز أهميتها بشكل خاص ، ذلك إن الإدارة ملزمة

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
بالخضوع إلى القواعد التنظيمية التي ترسم حدود عملها بالشكل الذي يوصلها إلى حسن سير إدارتها وفق هذه القواعد (١).

مع ملاحظة إن هناك حالات يستنفذ فيها العضو الإداري سلطاته بمجرد إصدار القرار فلا يجوز له الرجوع فيه ، كما هو الحال في القرارات الصادرة من لجان الكمارك ومجالس التأديب (٢).

ثانيا/ الرقابة الرئاسية

تتمثل هذه الرقابة بما يمارسه الرئيس الإداري (٣) على أعمال مرؤوسيه ، سواء أقام الرئيس بهذه الرقابة بنفسه أم بواسطة غيره من معاونيه ، وهذا الحق مقرر للرئيس الإداري إذ تقع على عاتقه مسؤولية حسن سير العمل في حدود اختصاصه ، وهذه الرقابة قد تكون سابقة على إصدار القرار وتتمثل في حق الرئيس الإداري في توجيه وإرشاد مرؤوسيه وذلك من خلال ما يصدره من أوامر وتعليمات ومنشورات (٤) ، أو قد تكون لاحقة إذ يستطيع الرئيس الإداري أن يعقب على أعمال الموظفين المرؤوسين من تلقاء نفسه فإذا اكتشف خطأ قانوني أو تبين له عدم ملائمة القرار للظروف التي صدر فيها فإنه يملك سلطة سحب أو إلغاء أو تعديل القرار أو استبداله بقرار آخر مع ملاحظة إن على الرئيس الإداري وهو يباشر هذا النوع من الرقابة مراعاة مواعيد الطعن القانونية وإلا تحصن القرار ضد إمكانية إلغاؤه (٥).

والأصل إن السلطة الرئاسية تشمل كل الموظفين المرؤوسين ماعدا الموظف الذي منحه القانون سلطة إصدار قرارات إدارية نهائية ، ومثال ذلك أن يصدر قرار في موضوع نص القانون أو اللائحة على أن يختص المرؤوس وحده بإصداره ففي هذه الحالة لا يجوز للرئيس أن يسحب هذا القرار أو يعدله ، وإنما له أن يأمر المرؤوس أن يسحبه أو يعدله ، وفي كلتا الحالتين ، تكون النتيجة واحدة (٦) ، أو أن ينتظر حتى يباشر المرؤوس اختصاصه ثم يبسط رقابته على القرار الصادر منه (٧).

(١) د. فاروق احمد خماس ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .

(٢) د. سعيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ .

(٣) جاءت المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل بتعبير الرئيس الإداري حيث نصت (رئيس الدائرة وكيل الوزارة والمدير العام والمحافظ وأي موظف آخر يخول سلطة رئيس دائرة بقرار من مجلس الوزراء والرئيس المباشر هو رئيس الشعبة أو رئيس الوحدة التي ينتمي إليها الموظف مباشرة ، والرئيس الأعلى هو الوزير أو رئيس الدائرة أو من يخوله) .

(٤) د. محسن خليل ، القضاء الإداري اللبناني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ١١٥ ، ود. احمد حافظ نجم ، القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٣٢ - ١٣٣ ، وعبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٧ ، ود. سعيد الحكيم ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٦٥ .

(٥) علي مزهر سوادي ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

(٦) د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٧) د. سعيد الحكيم ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٦٦ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية والهدف الرئيس من هذه الرقابة يتعلق بمصلحة الإدارة نفسها من اجل الالتزام الكامل بحسن تنظيم وسير المرافق العامة وكفالة تنفيذ القوانين والالتزام بحدودها وضمان كفاءة الموظفين هذا من جهة ومن جهة أخرى فهي تكفل حقوق الأفراد وحررياتهم من إمكانية اعتداء المرؤوسين عليها (١).

وقد ذهبت محكمة القضاء الاداري في مصر إلى الإشارة إلى الرقابة الذاتية من ذلك حكمها ((... إن من حق الإدارة مراجعة نفسها في القرارات التي تصدر منها ، إذا كانت مخالفة للقانون ، لان الصالح العام تقتضي تصحيح الأوضاع المخالفة للقانون احتراماً لأوضاعه)) (٢).

جدير بالإشارة إلى إن هناك من يرى إن الرقابة الذاتية قد تتم عن طريق آخر وهو الرقابة عن طريق لجان إدارية أو هيئات خاصة يعطيها القانون صلاحيات القيام من تلقاء نفسها بالرقابة على أعمال السلطة الإدارية ، وتتم الرقابة نتيجة تقارير يقدمها موظفون مختصون بالتفتيش على أعمال الإدارة ويسمون غالباً (المفتشين) ، وهم إما أن يكونوا ملحقين بذات الجهة الإدارية أو يكونوا من خارج الجهة الإدارية تجمعهم جهة إدارية مركزية ، ومثالها في مصر (الجهاز المركزي للمحاسبات) أو (ديوان المحاسبة) ، و (مكاتب المفتشين العموميين) ديوان الرقابة المالية) و (هيئة النزاهة) في العراق ، و(ديوان الرقابة والتفتيش الاداري) في الأردن ، ألا أن هذه اللجان لا تقوم بنفسها بإلغاء القرارات المخالفة للقانون ، وإنما مهمتها رفع التقارير وإبداء المقترحات للرئيس الاداري الأعلى ، علاوة على إن لها توقيع جزاءات تأديبية على مرتكبي الأخطاء (٣).

من كل ما تقدم نلاحظ إن الرقابة الذاتية تساهم في حل المنازعات الإدارية أو على الأقل تجنب الوقوع في منازعة إدارية من خلال قيام الإدارة بمراجعة تصرفاتها وأعمالها و الكشف عن الأخطاء وتصحيحها قبل الطعن بها أمام القضاء مما يجنبها مغبة الدخول في طريق القضاء وهذا يوفر ضمانتها لها ولحقوق الأفراد ، وذلك كله يتحقق من خلال قيامها بالسحب أو الإلغاء أو التعديل الاداري وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني .

الفرع الثاني / الرقابة بناء على تظلم

تتحقق هذه الرقابة عندما تكتشف الإدارة عدم مشروعية تصرفها أو عدم ملاءمته ، نتيجة تظلم يقدم إليها من صاحب المصلحة ، وهو ما يعرف (بالتظلم الاداري) (٤) ، ولقد تصدى جانب من الفقه الفرنسي والعربي لتعريف التظلم الاداري باعتباره وسيلة قانونية لفض المنازعات الإدارية ، فعرف بأنه : ((وسيلة من الوسائل القانونية التي تتيح الحصول على قرار إداري متفق مع القانون)) (٥) .

(١) د. إبراهيم طه الفياض ، السلطة الإدارية الرئاسية مقوماتها واختصاصاتها ، دراسة مقارنة بين القانون الاداري والإدارة العامة ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، المجلد السابع ، العدد ١٢ ، كانون الأول ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٤ .

(٢) حكمها في الطعن المرقم ٩٤٥ لسنة ١١ ق ، جلسة ١٩٥٦/٢/٥ م ، المجموعة ، السنة (١٠) ، ص ١٨٩ ، أشار للحكم ، د. احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري الرقابية ... ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ ، و د. حمدي سليمان القبيلات ، الرقابة الإدارية والمالية ، مصدر سابق ، ص ٨٠ وما بعدها .

(٤) د. محمود محمد حافظ ، مصدر سابق ، ص ٧٤ ، و د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، الطبعة الثانية ، دار المعارف بمصر ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٧ ، والقاضي خالد عبد الغني عزوز ، دور القضاء الاداري العراقي في الرقابة على أعمال الإدارة ، دراسة مقارنة ، بحث ترقية إلى الصنف الأول مقدم إلى المعهد القضائي ، ١٩٩١ ، ص ٤٥ .

يسمى التظلم الاداري في بعض التشريعات بتسميات أخرى فهو يسمى في لبنان بالتظلم الأسترحامي أو التظلم الاستعطافي ، وهناك من يخص هذه التسمية للتظلم الولائي فحسب ، د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري ، قضاء الإلغاء ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون ذكر سنة الطبع ، ص ٧٩ ، و د. محسن خليل ، القضاء الاداري اللبناني ، مصدر سابق ، ص ٣٧٢ .

(٥) جورج فوديل وبيار دلفولفيه ، القانون الاداري ، ترجمة منصور القاضي ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، ٢٠٠١ م ، ص ١٥ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية وعرف أيضاً (طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهة الرئاسية لها ، يطلب فيه إعادة النظر في القرار الإداري بسحبه أو تعديله وذلك قبل الالتجاء إلى القضاء) (١) .

كما عرف بأنه (يقصد بالتظلم الإداري أن يصدر قرار معيب فيتقدم احد الأفراد ممن يمسه إلى الجهة التي أصدرته أو إلى جهة رئاسية طالباً سحبه أو تعديله) (٢) .

ويرى فقيها آخر بأنه (التجاء صاحب الشأن إلى الإدارة شاكياً من قرار إداري معيب مستهدفاً إلغاؤه أو تعديله أو سحبه خلال المواعيد القانونية المقررة) (٣) .

وقد عرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري التظلم بقولها (إن التظلم وسيلة إدارية للمتضرر من القرار الإداري أو التأديبي يقدمه العامل إلى الجهة الإدارية عسى أن تعدل عن قرارها فتسحبه وتكفي العامل مؤونة الالتجاء إلى التقاضي طلباً لإلغاء القرار) (٤) ، كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى إن ((التظلم هو الأصل في مجال استخلاص ذوي الشأن لحقوقهم ، ورفع الظلم عنهم ، وجهة الإدارة وهي الخصم الشريف يتعين عليها أن تعيد الحق لأصحابه ، دون تكبدهم مشقة القضاء وإجراءاته ، وتوكيد ذلك إن المشرع حرصاً منه على تخفيف العبء على العامل وتجنبه أعباء التقاضي)) (٥) ، ويفاد مما سبق أن جميع التعريفات متقاربة في معناها ومبناها ، وتدور حول فكرة واحدة ، ألا وهي إن التظلم الإداري يقدم إلى مصدر القرار نفسه أو إلى الجهة الرئاسية ، بغية استصدار قرار أكثر انفاقاً مع القانون ، وعليه نرى بأن التظلم الإداري هو عبارة عن وسيلة قانونية لفض المنازعات الإدارية من قبل الإدارة نفسها سواء استجابت الإدارة إلى مصالح صاحب الشأن كلياً أو جزئياً ويستوي أن يقدم هذا التظلم إلى مصدر القرار نفسه (التظلم الولائي) أو إلى رئيس مصدر القرار (التظلم الرئاسي) ، أو إلى لجنة إدارية حددها المشرع .

وبناء عليه فإن التظلم الإداري يفترض وجود نزاع ما بين الإدارة والأشخاص المتعاملين معها ، ففكرة النزاع موجودة وقائمة على الدوام ، ولذا لا يمكن اعتبار الطلبات التي يقدمها صاحب الشأن تظلماً إدارياً إذا لم تتضمن تحديداً واضحاً ودقيقاً لموضوع النزاع القائم ، ولا تندرج بالتالي ضمن دائرة التظلم الإداري بالمعنى الفني ، وعليه يتوجب على صاحب الشأن أن يبرز في تظلمه موضوع النزاع القائم مع الإدارة بصورة واضحة لا غموض فيه (٦) .

ولذا فإننا سنتناول الرقابة بناء على تظلم ببيان التظلم الولائي في أولاً والتظلم الرئاسي في ثانياً ، ومن ثم نتناول التظلم إلى اللجان الإدارية ثالثاً وكما يأتي :

(١) د. محسن خليل ، قضاء الإلغاء ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٢٣٤ ، و د. نواف كنعان ، النظام التأديبي في الوظيفة العامة ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجامعة ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٩٥ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٢٥ .

(٣) د. احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٤) د. حمدي سليمان القبيلات ، الوجيز في القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٢٨٢ .

(٥) حكمها في الطعن المرقم (٦٨٠) لسنة ٣١ ق ، جلسة ١٢/٧/١٩٨٦م ، المجموعة ، ص ٣١ ، ١٨ ، أشار إليه: د. احمد يوسف ، المصدر نفسه ، ص ٩٥ .

(٦) د. علي خطار شطناوي ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ و ٤٤٧ .

وذلك بأن يتقدم ذو المصلحة إلى من صدر منه القرار المخالف للقانون طالباً منه أن يعيد النظر فيه أما بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله أو باستبداله بغيره وبعد أن يبصره بوجه الخطأ الذي ارتكبه^(٢) .

وينبغي على مصدر القرار القيام بفحصه والتأكد من مدى مشروعيته واتخاذ الإجراء اللازم لتفادي ما شابه من عيوب في حالة اقتناعه بوجهة نظر المتظلم^(٣) ، غير إن باستطاعة متخذ القرار أن يرفض التظلم صراحة أو ضمناً وذلك بالتزامه الصمت دون الرد عليه خلال المدة المحددة^(٤) .

ويتميز هذا النوع من التظلم بإمكانية ممارسته من قبل الفرد لأكثر من مرة حيث لا يوجد ما يحدد ممارسته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك^(٥) .

ويعتبر التظلم الولائي الأسلوب الأكثر إتباعاً من قبل الأفراد للمطالبة برفع ما لحقهم من ظلم^(٦) ، إلا إن هناك من يرى عدم جدواه إذ إن مصدر القرار غالباً ما يرفض الاستجابة إلى هذا التظلم أو يمتنع أو يهمل إجابته أصلاً خصوصاً إذا ما تعلق التظلم بعنصر الملاءمة ، إذ يعتبر رجوعه فيه دلالة على ضعف رأيه وخاصة إذا ما كان الأمر يتعلق بسلطته التقديرية^(٧) .

ثانياً التظلم الرئاسي

وهنا يتظلم المتضرر إلى رئيس مصدر القرار الإداري المتظلم منه ، فيتولى الرئيس بناء على سلطته الرئاسية سحب القرار أو إلغائه أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون ، وقد يتولى الرئيس من تلقاء نفسه ممارسة هذه السلطة دون تظلم^(٨) ، ويتمتع الرئيس الإداري بسلطة واسعة إزاء رؤوسه في هذا النوع من التظلم قد تصل إلى حد إحلال نفسه بدلاً عنه في اتخاذ القرار ، وقد تأخذ الرقابة الرئاسية طابعاً مستمراً أو منقطعاً أو عند الاقتضاء أي

(١) لما كان اتجاه مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر يرمي إلى المساواة بين الإدارة والأفراد ، لذا فقد اعترف مجلس الدولة المصري بنوع من التظلم للإدارة ، فإذا كان حق إصدار القرار لجهة إدارية واعتضت عليه جهة إدارية أخرى ، فيعتبر هذا الاعتراض تظلاً ورتب عليه النتائج المترتبة على التظلم ، انظر: د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥م ، ص ٢٢٥ ، و د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٣٣ .

(٢) د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، المصدر نفسه ، ص ١١ ، و د. جورج شفيق ، قواعد وأحكام القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م ، ص ٤٩ ، و د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ - ١٩٩٥م ، ص ١١٦ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

(٤) د. فاروق احمد خماس ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

(٥) د. فاروق احمد خماس ، المصدر نفسه ، ص ٧٨ .

(٦) لقاء صفاء الدين محمود الزبيدي ، ضمانات الأفراد في مواجهة سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للقرار الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة المستنصرية ، ٢٠١٠ ، ص ٩٨ .

(٧) هاشم حمادي عيسى ، النظام القانوني للتظلم الإداري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩م ، ص ١٠١ .

(٨) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ١٣ - ١٤ ، و د. نواف كنعان ، النظام التأديبي في ، مصدر سابق ، ص ٢٩٦ .

يجد هذا النوع من التظلمات مكانه في النظام المركزي حيث التدرج الهرمي الوظيفي والتبعية الإدارية التي يخضع فيها الأدنى للأعلى ، أما في النظام اللامركزي حيث لا يخضع مصدر القرار لسلطة رئاسية تعلوه فلا مكان للتظلم الرئاسي إلا بمقتضى تنظيم قانوني خاص استثنائي^(٢).

وقد يلجأ صاحب الشأن إلى هذا النوع من التظلم بعد استنفاد طريق التظلم الولائي إذا ما أصرت الجهة الإدارية مصدرة القرار على رأيها ورفضت التظلم^(٣).

والتظلم الرئاسي على نوعين ؛ الأول : متعدد الدرجات وهو التظلم بقوة القانون ، وفيه يستطيع المتضرر من التصرف الإداري اللجوء إلى عدة درجات متعددة في السلم الإداري للهيئة أو الوزارة التي تضرر منها ، والثاني : بدرجة واحدة وينتأى من مصدرين ، فقد يتيح القانون صراحة للفرد هذا النوع من التظلم ، أما المصدر الثاني فنابع من نظام التدرج الوظيفي^(٤).

ثالثاً/ التظلم إلى لجنة إدارية خاصة

يشترط المشرع في بعض الأحيان تقديم التظلم إلى لجنة إدارية خاصة ، ويبين القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وطبيعة القرارات الصادرة عنها ، ويكون لها صلاحية الفصل في موضوع التظلم دون الرجوع إلى الرئيس الإداري^(٥).

وتشكل عادة من عناصر إدارية متعددة عالية الكفاءة ومتخصصة ولا يقل عددهم عن ثلاثة موظفين غالباً^(٦) ، وقد يرأسها قاضي في بعض الأحيان ، وتصدر قراراتها بالإجماع أو بالأكثرية وغالباً ما تكون قراراتها قطعية^(٧) ، ويشترط ألا تكون الدرجة الوظيفية لرئيسها أقل من درجة الموظف المعارض ، كما يتعين لممارسة صلاحياتها بصورة قانونية أن يكون موضوع الاعتراض المقدم مازال قائماً حينما تنظر فيه ، وإلا فإنها تنظر في اعتراض غير موجود أصلاً^(٨).

ويعتبر تقديم التظلم إلى مثل هذه اللجان أفضل من النوعين السابقين ، إذ انه يمثل ضماناً أكثر فاعلية في بحث صحة القرارات المتظلم منها وذلك ؛ لكونها ذات مهام محددة وتشكل من عناصر عالية الخبرة ، فضلاً عن تعدد أعضائها وبالتالي تعدد وجهات النظر^(٩).

(١) د. فاروق احمد خماس ، مصدر سابق ، ص ٧٨-٧٩ ، و د. محمود حلمي ، القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧ م ، ص ٣٩٦-٣٩٧ .

(٢) د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة العامة ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري الليبي ، مصدر سابق ، ص ٤٣ ، و مؤلفه القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٤ .

(٤) د. فاروق احمد خماس ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٩٧-٨٠ .

(٥) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ورقابته ... ، مصدر سابق ، ص ١٤ ، و د. فاروق احمد خماس ، المصدر نفسه ، ص ٨٠ .

(٦) د. علي خطار شطناوي ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٧) عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

(٨) د. علي خطار شطناوي ، المصدر نفسه ، ص ١٥٧ .

(٩) د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ص ٥ ، وعبد الأمير محسن مغير ، سلطة الإدارة في إصدار القرارات التنظيمية والرقابة عليها ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ م ، ص ٣٧٢ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية وتشكل هذه الطريقة مرحلة وسط بين الرقابة الإدارية والرقابة القضائية ، وكانت هذه الطريقة حلقة الاتصال بين نظام الإدارة القضائية ونظام المحاكم الإدارية بمعناها الفني (١) .

ولقد عرفت التشريعات العربية مثل هذا النوع من التظلمات ، كما هو الحال في التشريعات المصرية قبل وبعد إنشاء مجلس الدولة المصري (٢) .

كما إن التشريع العراقي زاخر بالكثير من هذه اللجان ألا انه لم يحدد لها قواعد عامة تحكمها ، فهي تختلف في تسميتها وتكوينها والإجراءات المتبعة أمامها ، كما تختلف طبيعة القرارات الصادرة عنها (٣) .

مثال ذلك المادة (١٠/أولاً/أ و ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ م ، حيث انه حدد طريقاً إدارياً لحل المنازعات القائمة قبل التعاقد ، إذ لمقدم العطاء الاعتراض أو الشكوى أمام اللجنة المشكلة بموجب الفقرة (أ/أولاً/١٠) من التعليمات وينتهي هذا الاتجاه بما يقرره الوزير المختص (أو رئيس جهة التعاقد) وذلك كله بعد مراعاة المدد المنصوص عليها في المادة نفسها فقرة (ب)(٤) ، ومثالها أيضاً لجان الكمارك (٥) .

كذلك فهناك في فرنسا ، توجد لجان خاصة تنظر في المنازعات التي تنجم بين المقاولين والإدارة ويطلق على هذه اللجان (باللجان الاستشارية للتسويات الودية للمنازعات) و توجد هذه في كل وزارة (٦) .

هذا ويشير البعض إلى نوع رابع من التظلمات (٧) ، وهو التظلم الوصائي الذي لا يمكن اللجوء إليه إلا بموجب نص قانوني يحدد بموجبه الجهة التي تمارس الرقابة وما إذا كانت رقابتها رقابة إلغاء أم ملاءمة ويرتبط هذا النوع من التظلم بنظام اللامركزية الإدارية (٨) .

(١) د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١١ .

(٢) عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .

(٣) للمزيد انظر : هاشم حمادي عيسى ، النظام القانوني ... ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ وما يليها .

(٤) راجع المادة (١٠/أولاً/أ و ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ م .

(٥) ومن القوانين الأخرى قانون المنظمات غير الحكومية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ م ، وقانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ م المعدل .

(٦) انظر : ياسين كريم محمد الحلفي ، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦ م ، ص ١٥١ .

(٧) هناك أنواع معينة للتظلم وحسب الزاوية التي تنظر منها إليه ، ففي التقسيم المذكور الذي اشرنا إليه فإنه يقسم من حيث الجهة التي يقدم إليها ، وهناك تقسيم آخر ويقوم على أساس طبيعة التظلم الإلزامية إلى تظلم اختياري وتظلم إجباري ، ألا انه وفي كل أنواعه لا يشترط فيه شكلاً معيناً ، إلا في الحالات التي يستثنىها القانون ، مثال ذلك المادة (٣٣) من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل العراقي ، حيث اشترط فيه أن يكون خطياً ، والمادة (١٢٠) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ، انظر: د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، المرافعات الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م ، ص ٢٣٠-٢٤٤ ، وعلي الدين زيدان ومحمد السيد ، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري ، الجزء الثاني ، نور الإيمان للإصدارات القانونية ، بدون ذكر مكان النشر ، ٢٠١٠ م ، ص ٢٣-٢٤ ، و ماجد نجم عيدان ، النظام القانوني لدعوى الإلغاء في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٠ م ، ص ١٢٩ .

(٨) د. فاروق احمد خماس ، مصدر سابق ، ص ٨١ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
ويلاحظ إن المشرع العراقي في قانون مجلس شوري الدولة اوجب تقديم التظلم الاداري إلى الجهة الإدارية المختصة قبل الطعن فيه أمام محكمة القضاء الاداري حيث نصت المادة (٧/ثانياً/و) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩م المعدل (يشترط قبل تقديم الطعن إلى محكمة القضاء الاداري أن يتظلم صاحب الطعن إلى الجهة الإدارية المختصة التي عليها أن تبت (...): إن هذه العبارة غير دقيقة وإنما قد تثير لبساً واختلافاً في وجهة النظر في تفسيرها ، فهل هي الجهة التي أصدرت القرار فقط ؟ أم إنها الجهة التي أصدرت القرار والجهة الرئاسية لها ؟ فكان على المشرع توضيح ذلك (١) ، ولكن مشرعنا حين جعل التظلم وجوبي فان ذلك خير وأحسن عملاً إذ انه بذلك قد اوجب طريق الحل الاداري قبل القضائي .

ويرتبط التظلم الاداري بالرقابة القضائية برابطة حتمية ، مادام انه يستهدف إيجاد حل ودي للنزاع ، وتجنب وتلافي تقديم طعن قضائي لمخالفة مشروعية القرار الاداري محل التظلم ، ولكن أوجه الاختلاف والتباين بين هاتين الطريقتين من طرق الرقابة على أعمال الإدارة (٢) ، عديدة وأهمها :

١- من حيث الجهة : إذ إن التظلم الاداري يقدم إلى جهة الإدارة أي إلى السلطات الإدارية والتي تبت فيها بصفقتها تلك ، أما الطعن القضائي فترفع الدعوى أمام محاكم القضاء الاداري (٣) .

٢- من حيث الشكل والإجراءات : فهي غير مشترطة في التظلم الاداري ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك في حين إن الطعن القضائي يخضع لمدد وإجراءات شكلية معينة تنص عليها القوانين (٤) .

٣- بخصوص القرار الصادر بشأن الطعن : ففي التظلم الاداري يكون قرار الإدارة قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه أمام القضاء ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك ، أما في الطعن القضائي فيصدر حكم قضائي مسبب يتمتع بحجية الشيء المقضي به عند اكتسابه درجة اليات (٥) .

٤ - من حيث الحجج والأسانيد المقدمة : ففي التظلم الاداري تقبل جميع الحجج والأسانيد ولو لم تكن قانونية ، في حين لا يقبل القضاء إلا الحجج القانونية (٦) .

٥- من حيث اختصاصات الهيئة المختصة بنظر التظلم : فالإدارة تراقب القرار الاداري من زاوية المشروعية و الملاءمة أما الطعن القضائي فان سلطة القاضي فيه تقتصر على المشروعية فقط (٧) .

(١) بخصوص الملاحظات على المادة أنفة الذكر انظر: ماجد نجم عيدان ، مصدر سابق ، ص ١٣٦-١٣٨ .

(٢) يختلف التظلم الاداري عن قاعدة القرار المسبق في فرنسا ، وكذلك فإن هناك من ميز بين التظلم الاداري والشكوى التي تكون موجهة إلى جميع السلطات الثلاث ، انظر بصدد ذلك : د. احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ٨٧-٨٨ ، و د. سامي جمال ، منازعات الوظيفة ... ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .

(٣) د. علي خطار ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

(٤) د. علي خطار ، المصدر نفسه ، ص ١٤١ ، وماجد نجم عيدان ، النظام القانوني لدعوى ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٢٤ .

(٥) د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات ألقاها على طلبية الماجستير ، مصدر سابق ، و د. فاروق احمد خماس ، مصدر سابق ، ص ٨٢ (الهامش) .

(٦) د. غازي فيصل مهدي ، المصدر نفسه أعلاه ، وماجد نجم عيدان ، المصدر نفسه ، ص ١٢٤ .

(٧) د. غازي فيصل مهدي ، المصدر نفسه أعلاه . رغم ذلك فان القاضي بدأت سلطته تمتد لتراقب الملاءمة أيضا .

٦- يختلف التظلم الإداري عن الطعن القضائي في الالتزامات الملقاة على كاهل السلطة التي قدم إليها الطعن ، فليس هناك أي التزام قانوني يلزم الإدارة العامة بالرد أو الإجابة إن هي ابتغت الصمت على التظلم الإداري في حين يتعين على القضاء قانوناً أن يفصل في الطعن المقدم إليه (١).

ومما تقدم نرى إن الرقابة بناء على تظلم (التظلم الإداري) يؤدي إلى حسم النزاع وتخفيف العبء عن القضاء وإتاحة الفرصة للتسوية الودية للنزاع ، وتحقيق العدالة الإدارية بطريق أيسر للناس ، بإنهاء المنازعات في مراحلها الأولى ، خصوصاً ونحن في عصر تزايدت فيه الدعاوى المرفوعة أمام القضاء ، وأصبح البت فيها يستغرق وقتاً ليس باليسير ، إذ إن الإدارة قد ترى بعد فحص التظلم المقدم إليها إن مقدمه على حق فتجيبه إلى طلبه من سحب أو تعديل أو إلغاء للقرار الذي أصدرته وبذلك تحل الكثير من المنازعات بطريقة ودية وهذا يوفر كثير من الوقت والجهد وينأى بالإدارة عن الدخول في خصومة قضائية ، ويغني المضرور أيضاً عن اللجوء للقضاء وحصوله على حقه بوسيلة ميسرة .

الفرع الثالث / الاعتراض أو الطعن أمام جهات إدارية غير القضاء

بيننا فيما سبق من فرعين الرقابة الإدارية وما تنقسم إليه من رقابة ذاتية ورقابة التظلم ومدى إمكانية اعتبارهما أسلوباً لحل المنازعات الإدارية – وقد سبق إن اشرنا إلى التظلم أمام اللجان الإدارية - نلاحظ إن المشرع في أحيان أخرى قد يخرج من ولاية القضاء الإداري بعض المنازعات وينيط مهمة الفصل فيها أو الاعتراض عليها أو الطعن بها أمام جهة أو مرجع آخر غير القضاء – لجان أو هيئات مثلاً – أي انه منع القضاء من التدخل في الفصل فيها ومنع من الاعتراض عليها أمام جهات القضاء وإنما أناط الفصل بها إلى لجان أو هيئات ، ولعلاقة ذلك بموضوع دراستنا ، لذا أثرنا البحث فيه بشكل منفصل ، ولما ارتأينا فيه من أسلوب غير قضائي في حل المنازعة الإدارية ففضلنا أن نبين موقف المشرع والقضاء من هذه النصوص وبشكل اقرب إلى التفصيل وذلك لأهمية الموضوع للأسلوب الذي اشرنا له ، من ذلك سوف نبين موقف المشرع من النصوص التي رسمت طريقاً للاعتراض ونعرج بعد ذلك لبيان موقف القضاء من تلك النصوص وكما يأتي :

أولاً/ موقف المشرع من الاعتراض أو الطعن أمام جهات إدارية (لجان أو هيئات)

١- موقف المشرع العراقي

رسم المشرع العراقي وفي قوانين عديدة طريقة الطعن على القرارات الصادرة في بعض المسائل وكذلك طريقة حل المنازعات الإدارية وذلك بوضعه مرجعاً آخر غير القضاء ، ولم يكن ذلك الأسلوب في ظل نظام القضاء الموحد فحسب وإنما استمر ذلك حتى في ظل النظام القضائي المزدوج ، وبعد استحداث القضاء الإداري المستقل إلى جانب القضاء العادي بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ المعدل ، ونظراً لأهمية بيان الصورة الكاملة لتلك النصوص التي حالت دون نظر القضاء العادي والإداري في مختلف المنازعات الإدارية والتي جعلت سبيل الاعتراض أمام لجان أو هيئات فسوف نتناولها على التسلسل الآتي :

أ- النصوص القانونية في نظام القضاء الموحد

استبعد المشرع العراقي الكثير من المنازعات الإدارية الناشئة عن تطبيق بعض التشريعات من الولاية العامة للقضاء العادي العراقي إلا انه لم ينهج منهجاً موحداً في تحديد جهة النظر أو الفصل (البديلة) في المنازعات ذات الطبيعة الواحدة بل سلك أساليب مختلفة ومتباينة وصيغ متعددة غير متناسقة لا يجمعها مبدأ واحد

(١) د. علي خطار ، مصدر سابق ، ص ١٤١ ، و د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
ولا يقوم على معيار معين ، فهو لم ينص في بعض الحالات على تحديد جهة بديلة تكون المرجع في هذا الخصوص (١) ، في حين عمل في أحوال أخرى على إنشاء مجالس ولجان إدارية للنظر فيها ، مع تعدد أساليبه في طرق الطعن ، مما عكس رغبة المشرع في معاملة المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها معاملة خاصة من حيث العناصر المكونة لهذه اللجان والإجراءات المتبعة بشأن النظر فيها والاعتبارات التي ينبغي أن تسترشد في حسمها في حدود متطلبات العمل الإداري ، فهناك نصوص نصت صراحة على تحديد جهة بديلة (لجان أو مجالس إدارية) للنظر في المنازعات الناشئة عنها ، ومن أمثلة ذلك ، المنازعات الناجمة عن العلاقات الزراعية ، حيث عهد النظر فيها إلى لجان نص على تشكيلها للفصل في الاعتراضات وتكون قراراتها الصادرة بشأن ذلك نهائية عدا القرارات الخاصة بإنهاء العلاقة الزراعية التي يجب أن يصادق عليها وزير الإصلاح الزراعي لتصبح نهائية (٢) ، وهناك نصوص تشريعية أناطت سلطة الفصل في التظلمات أو الاعتراضات أو الطعون الموجهة إليها إلى سلطة أو لجنة إدارية عليا وجعلت قراراتها قطعية من ذلك مثلاً :

– ما قضت به المادة السادسة من قانون جوازات السفر رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩م الملغي الذي أجاز لمدير السفر أن لا يأذن لشخص ما بمغادرة العراق لأمر تتعلق بمصلحة العدل أو الأمن أو لأسباب استثنائية أخرى ، وان لكل شخص منع من السفر وفق ذلك أن يعترض على قرار المنع لدى وزير الداخلية خلال ١٥ يوماً من تاريخ تبليغه ويكون قرار الوزير الصادر بالاعتراض قطعياً .

– كذلك ما قضت به المادة (١٤) من قانون حماية الحيوانات والطيور البرية رقم (٢١) لسنة ١٩٧٩م الملغي الحق للشخص الذي سحبت منه أو ألغيت إجازة الصيد بصورة مؤقتة أو دائمية الاعتراض على القرار الصادر لدى وزير الزراعة والإصلاح الزراعي خلال (١٥) يوماً من تاريخ التبليغ به ويكون قرار الوزير الصادر بهذا الشأن قطعياً .

– ما قضت به المادة (الخامسة - الثامنة) من قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم (١١) لسنة ١٩٨٣م الملغي من حق طالب الإجازة والوساطات التجارية برفض منح الإجازة أو رفض تجديدها أو إلغائها من الاعتراض لدى وزير التجارة وان قرار الوزير بشأن الاعتراض على القرار قطعياً .

وقد أناط المشرع في أحيان أخرى سلطة الفصل في المنازعات إلى لجان أو هيئات استئنافية أو تمييزية خاصة ذات قرارات باتة من ذلك مثلاً ما نص عليه قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ في المادة (٩٦/ثالثاً) منه حيث أجاز لصاحب العلاقة الاعتراض على القرار الصادر من وزير الصحة أو من يخوله بشأن غلق محله لمخالفة التعليمات الصحية والأنظمة لدى (لجنة استئنافية) التي يؤلفها وزير الصحة لهذا الغرض ويكون قرارها نهائياً .

(١) عادل حسين شبع ، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤م ، ص ١٠٨ .

(٢) انظر المادة (٣٣) من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠م المعدل، ومن قبله المادة (٤٥) من قانون الإصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨م الملغي ، والتي قضت بإنشاء لجنة تسمى (لجنة الفصل في المنازعات الخاصة بالعلاقات الزراعية) ، في تفصيل ذلك انظر: ضامن حسين العبيدي ، المجالس واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤م ، ص ٩٤-١٠٠ ، وانظر: عادل حسين شبع ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١١٠ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
 - كذلك ما اقره مجلس التخطيط الملغي في قراره المرقم ٩ في ١٩٦٩/٤/٢ من حق المقاول في الاعتراض وبين
 الجهة المختصة في البت في هذه الاعتراضات التي يقدمها ذوو العلاقة على القرارات النهائية التي تتخذها
 الوزارات المنفذة (١).

هذا ويلاحظ إن المشرع قد حاول وسعياً منه في توفير ضمانات اكبر لحقوق الأفراد وتحقيق نوع من الموازنة بين
 مصلحة الإدارة والمصالح الخاصة أن ينيط بعض المنازعات الإدارية ذات الصبغة الخاصة إلى لجان أو مجالس
 ذات اختصاص قضائي ابتداءً تجمع فيه الخبرة الفنية اللازمة والقدرة على البت السريع وأسبغ نوع من الصبغة
 القضائية على تشكيلها وإجراءاتها كأن يكون رئيس اللجنة أو احد عناصرها قضائياً .

ولقد أثير التساؤل فيما إذا كانت هذه اللجان أو المجالس تشكل قضاء إدارياً ؟ فذهب الغالبية من الفقه إلى عدم
 إمكانية اعتبارها كذلك ، و نؤيد هذا الرأي إذ نرى بعدم إمكانية إطلاق صفة القضاء على مثل هذه الجهات لمجرد
 وجود عنصر من القضاء فيها أو كونها تتبع الإجراءات القضائية في تنفيذ مهمتها حتى لو كانت القرارات الصادرة
 عنها ذات حجية ، وذلك لانتفاء المواصفات اللازمة لقيامها كمحكمة قضائية أساساً إلى جانب كونها خارج التنظيم
 القضائي الذي جاء به قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩م ، ولقد اشرنا إن ما يصدر من غير القضاء لا
 يحوز طبيعته ولا يكتسب نفس قوة الأحكام (٢).

ب - النصوص القانونية في ظل النظام القضائي المزدوج

اصدر المشرع العراقي عدداً من القوانين وذلك بعد إنشاء القضاء الاداري والتي جعلت اختصاص النظر في
 الطعون والاعتراض عليها لجهات أخرى غير القضاء الاداري وهنا تعددت طرقه أيضاً فتارة يجعل التظلم من
 بعض القرارات لدى لجان والاعتراض على قرار اللجان يكون أمام محاكم، مثال ذلك قانون التقاعد رقم ٢٧ لسنة
 ٢٠٠٦م ، وهذا لا يدخل ضمن بحثنا حيث يقتصر على القرارات التي تكون بجميع مراحل طعنها أمام جهات
 إدارية أو لجان إدارية ونذكر منها على سبيل المثال :

- قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م قانون التعديل الثامن لقانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢، حيث أجاز
 للسلطة المالية والمكلف الاعتراض على تقدير مبلغ الضريبة لدى هيئة تمييزية خاصة ، إذ اوجب القانون على
 المكلف سلوك سبيل الاعتراض أولاً ومن ثم رسم له طريق الاستئناف والتمييز (٣).

- قانون الجمعيات رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ الملغي ، جعل الاعتراض على القرار الصادر من وزير الداخلية بالرفض
 لتأسيس فرع ، أمام وزير الداخلية ويكون قراره في هذا الشأن باتاً .

- قانون رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠١ قانون التعديل الثامن لقانون الصحة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ ، التي جعلت الاعتراض
 على قرارات اللجان المذكورة في البند أولاً من المادة ٩٤ منه أمام لجان طبية استئنافية وتكون قراراتها قطعية

(١) ياسين كريم الحلفي ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

(٢) عادل حسين شبع ، مصدر سابق ، ص ١١٤ ، وللقوقوف على رأي الفقه من التكييف القانوني للقرارات الصادرة من المجالس واللجان ذات الاختصاص
 القضائي ، انظر : ضامن حسين العبيدي ، المجالس واللجان ... ، مصدر سابق ، ص ١٤٢-١٥١ ، وللمزيد في تفصيل اللجان والمجالس ذات الاختصاص
 القضائي ، انظر : رسالة خالد لفته شاكرا ، مصدر سابق ، ص ٦٥ وما بعدها .

(٣) انظر المواد (٣٣ - ٤٠) من القانون أعلاه ، وكذلك انظر المادة (٥٥) الملغاة والتي منعت المحاكم سماع أية دعوى تتعلق بتقدير الضريبة وفرضها
 وجبايتها أو أية معاملة تجري وفق أحكام هذا القانون .

- قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ المعدل في المادة (٢/٣٨) منه والتي جعلت للوزارة أو الجامعة أو المعاهد وحدها حق البت في الشكوى التي تنشأ من الدعاوى المتعلقة بالقبول أو الانتقال أو الامتحانات أو العقوبات الانضباطية ، وتحدد أصول التظلم والجهات التي تملك حق البت فيه بتعليمات يصدرها الوزير .

- قانون المفصولين السياسيين رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥ م أحال في المادة الثامنة منه النظر في الطعون التي يقدمها المفصولين السياسيين من قرارات اللجان إلى اللجنة المشكلة في الأمانة العامة لمجلس الوزراء^(٢) .

٢- موقف المشرع الفرنسي

كان من نتيجة تطور القضاء الاداري والأخذ بمبدأ استقلال الإدارة عن القضاء الذي وضعه قانون ١٧٩٠م إن منعت المحاكم العادية بموجبه من الفصل في المنازعات الإدارية ، وعهد إلى الإدارة الفصل فيها وهذا ما كان معروفاً بنظام الإدارة القضائية أو الوزير القاضي والذي كان يفصل في بعض المنازعات التي كانت تخص وزارته حتى تم هجر هذه الطريقة بالقانون الصادر عام ١٨٧٢م والذي منح القاضي الاداري ولاية كاملة وسلطة نهائية للفصل في المنازعات دون حاجة إلى تصديق من سلطة أخرى ، وهذا أهم ما يلحظ من استثناء على ولاية القضاء الاداري والإحالة إلى الإدارة أبان الثورة الفرنسية ، وجدير بالإشارة إلى إن المشرع الفرنسي وبعد إنشاء مجلس الدولة قد اخرج من اختصاص مجلس الدولة بعض المنازعات التي يشير المعيار العام إلى اختصاص مجلس الدولة فيها ، واسند الاختصاص بها إلى المحاكم العادية ومرجع ذلك إلى اعتبارات تاريخية ، وقد منح المشرع المحاكم المدنية الاختصاص ببعض المسائل الحيوية المتعلقة بأمن الأفراد مثل المساس بالحريات الفردية ، والمساس بالملكية الخاصة^(٣) ، وبعد الحربين العالميتين الأولى والثانية فقد شهدت فرنسا حالات إرجاء النظر في بعض المنازعات إلى جهات إدارية ذات اختصاص قضائي من دون تحديد صفة هذه اللجان ، مثال على بعض هذه اللجان التي منحها اختصاصات معينة للفصل فيها لجنة مراقبة البنوك^(٤) .

٣- موقف المشرع المصري

لم يخل التشريع المصري من هذه النصوص ، فهناك تشريعات قبل دستور ١٩٧١ أناطت الفصل في تلك المنازعات إلى جهات إدارية بحتة (لجنة أو هيئة) ، من ذلك مثلاً المرسوم الصادر في ١٩٤٥/١٠/٣٠ المتعلق بتعيين القواعد الخاصة بتحديد رسوم البلدية وطريقة التظلم منها وكيفية تحصيلها وأحوال الإعفاء منها حيث تختص (لجنة إدارية) النظر بذلك وتكون قراراتها إدارية بحتة ما دام انه لم يسند المشرع لها أية ولاية قضائية تجعل

(١) نصت المادة (٩٤/ثانياً) من القانون أعلاه على : (أ- تشكل بقرار من الوزير لجان طبية استئنافية للنظر في الاعتراضات الواردة على قرارات اللجان المذكورة في البند أولاً من هذه المادة .

ب - يجوز الاعتراض على قرارات اللجان الطبية الوارد ذكرها في البند أولاً من هذه المادة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بها .

ج - تكون قرارات اللجان الاستئنافية قطعية ... ، وانظر المواد (٩٤-٩٦) من القانون أعلاه .

(٢) انظر قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٢٠٠٨/١١٠ م ، بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٣٠ م ، والمبين لاختصاص لجنة التحقق في الأمانة العامة لمجلس الوزراء ، دليل التشريعات القانونية الخاصة بالوظيفة العامة ، ٢٠١٢ م ، ص ١٥٨ .

(٣) د. سعاد الشراوي ، الوجيز في القضاء الاداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ م ، ص ٣٠٠ . وبخصوص تطور القضاء الاداري في فرنسا انظر: د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات في القضاء الاداري ، ملقاة على طلبة الدراسات الاولية للعام ٢٠٠٦-٢٠٠٧ ، المرحلة الثالثة ، غير منشور .

(٤) عادل حسين شبيع ، القيود الواردة ... ، مصدر سابق ، ص ٩٥ .

لقراراتها خصائص الأحكام (١) .

أما بعد دستور ١٩٧١ فلقد صدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الذي وسع من اختصاص القضاء الاداري وجعله شاملاً لجميع المنازعات الإدارية ، وان كانت هناك استثناءات إلا إنها تحيلها لجهات قضائية أخرى وليست إدارية عدا ما نلاحظه من الإحالة لهيئات التحكيم ولجان التوفيق كأسلوب إداري في حل النزاع قبل اللجوء إلى القضاء على نحو ما سوف نرى لاحقاً .

ثانياً/ موقف القضاء الاداري من الاعتراض على الحكم أو الطعن به لجهة غير

١- موقف القضاء العراقي

أبدى القضاء الاداري العراقي ممثلاً بمحكمة القضاء الاداري وكذلك الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة رأيه بشأن البعض من النصوص القانونية التي رسمت طريقاً للاعتراض على المنازعات الناشئة عنها ، وهذا ما عكسته لنا بعض القرارات القضائية الصادرة منه ونشير إلى القرارات القديمة والحديثة في هذا المجال :

- قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية الصادر في ١٩٩٤/١٢/٤ م والقاضي بتصديق القرار المميز من حيث النتيجة ورد الطعون التمييزية ، باعتبار إن محكمة القضاء الاداري غير مختصة بالنظر في الدعوى استناداً إلى الفصلين السابع عشر والثامن عشر من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ اللذين قد حددا مرجعاً آخر للطعن في الدعوى (٢) .

- قرار الهيئة العامة الصادر من مجلس شوري الدولة في ١٩٩٥/٤/٣٠ القاضي بتصديق القرار المميز الصادر من محكمة القضاء الاداري برد الدعوى باعتبار إن القرارات الصادرة من لجان الفصل في النزاعات الزراعية يعترض عليها لدى لجان النظر في الاعتراضات على قرارات لجان الفصل بموجب قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ والذي نص على منع المحاكم من النظر في المنازعات الخاصة بالعلاقات الزراعية وسماع أية دعوى ناشئة عن تنفيذ أحكامه (م ٤/٣٣) من القانون (٣) .

ومثال القرارات الحديثة في هذا الصدد :

- قرار محكمة القضاء الاداري في ٢٠١٢/٩/٢٤ والقاضي برد دعوى المدعي لعدم اختصاص المحكمة ، وذلك كون موضوع الطعن يتعلق بأعمال تقع ضمن اختصاص الجامعة أو الكلية المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (٣٨) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ والتي منعت المحاكم من سماع

(١) د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الاداري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، السنة التاسعة عشر ، ١٩٦١ م ، ص ٥٣٨-٥١٤ ، و عادل حسين شيع ، المصدر السابق ، ص ٩٨ ، وانظر في تفصيله ، ضامن حسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٠٠-١٠١ .

(٢) مجلس شوري الدولة ، رقم الإعلام ١١٥ ، رقم الإضبارة ٣١٥ / إداري - تمييز / ١٩٩٤ في ١٩٩٤/١٢/٤ ، وانظر قرار محكمة القضاء الاداري رقم ١٠/قضاء إداري/١٩٩١ ، الصادر في ١٩٩١/٦/٨ والذي قررت فيه رد الدعوى ، كون قرار هيئة الضرائب له طرق طعن خاصة نص عليها قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل فتصبح المحكمة ممنوعة من النظر استناداً إلى أحكام الفقرة (د) من المادة (٧) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي ، أشار للقرارين عادل حسين شيع ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٣٦ .

(٣) مجلس شوري الدولة رقم الإعلام ٣٣ ، رقم الإضبارة ٣٢/إداري - تمييز/ ١٩٩٥ م في ١٩٩٥/١٢/٤ ، أشار إليه : عادل حسين ، المصدر نفسه ، ص ١٣٦ ، وانظر أيضاً: قرارات محكمة القضاء الاداري التي ردت لان موضوعها كان متعلقاً بقرارات إدارية حدد مرجعاً للطعن فيها ، والمرقمة ٩٢/ق ١٩٩١/ في ١٩٩١/١٢/٢٨ و ٣ ق ١٩٩٣ في ١٩٩٣/٤/٣ م أشار إليهما : د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات ... ، مصدر سابق ، ص ٨٩ ، وكذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة رقم ٢/إداري - تمييز / ١٩٩٠ ، في ١٩٩١/١/١٣ غير منشور ، أشار إليه عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

الدعاوى التي تقام على الوزارة أو الجامعة أو الهيئة أو الكلية في كل ما يتعلق بالقبول أو الانتقال أو الامتحانات ... وكذلك استنادا إلى استثناء وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بموجب المادة (٣) من القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥م الذي ألغى النصوص القانونية التي تمنع من سماع الدعاوى (١).

– قرار محكمة القضاء الإداري في ٢٣/٧/٢٠١٢ ، وقد ورد فيه (... وحيث إن الفقرة (د) من البند (ثانيا) من المادة (٧) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ نصت ... ، ومن جهة أخرى وإشارة إلى نفس الفقرة المذكورة آنفا فإن الطعن في إجراءات وضع الشركة في القائمة السوداء قد تم بيانها في المادة (١٨) من تعليمات لجنة تصنيف المقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠١١ وبالتالي فإن لها مرجع في الطعن ... عليه قرر بالاتفاق رد دعوى المدعي (...). (٢).

هذا وان عدم اختصاص القضاء الإداري العراقي بهذه النصوص التي جعلت مرجعاً آخر لها لا يتوقف عند حد عدم اختصاصه في الفصل في المنازعات وإنما تمتد حتى تشمل الامتناع عن إبداء الرأي والمشورة القانونية في القرارات التي لها مرجعاً قانونياً للطعن وذلك ما أكدته قرار مجلس شوري الدولة بتاريخ ٤/٧/٢٠١١ والقاضي (بممتنع المجلس عن إبداء الرأي في القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن) (٣).

٢- موقف القضاء الفرنسي والمصري

لم نلاحظ على القضاء الإداري الفرنسي إرجاء النظر في بعض المنازعات إلى جهات إدارية أخرى للطعن فيها ، إذ إن مجلس الدولة الفرنسي لا يستبعد من اختصاصه أي قرار إداري ، إذ انه لا يوجد قرار إداري صادر من هيئة إدارية إلا ويخضع لرقابة القضاء باستثناء أعمال السيادة، إذ إن دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام ويمكن توجيهها إلى أي قرار إداري من دون حاجة إلى نص لتقريرها ، فلقد أقر مجلس الدولة الفرنسي اختصاصها بالبت في المنازعات الناشئة عن تطبيق تشريع بمنع المحاكم على اختلاف أنواعها من نظر المنازعات التي تنشأ عن تطبيقه حيث جاء في أسباب حكمه (إن المشرع وان نص على منع الحكم من نظر هذا النوع من المنازعات الإدارية ألا انه لا يتصور أن يكون نية المشرع قد انصرفت إلى منع دعوى الإلغاء وإلا لنص على ذلك صراحة) (٥).

(١) محكمة القضاء الإداري ، رقم القرار ٢٠١٢/٢٥٦ ، رقم الدعوى ٢٩٠/ق/٢٠١٢ في ٢٤/٩/٢٠١٢م ، غير منشور

(٢) محكمة القضاء الإداري ، رقم القرار ٢٠١٢/٢١٤ ، رقم الدعوى ٢٢٨/ق/٢٠١٢ في ٢٣/٧/٢٠١٢م ، غير منشور.

(٣) رقم القرار ٢٠١١/٦٩ في ٤/٧/٢٠١١ ، قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١ ، ص ١٥٧ ، وفي هذا استند إلى المادة (٨) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي .

– هذا ويلاحظ أن د. ماهر صالح قد ذهب إلى أن المقصود بكلمة (مرجع) الواردة في المادة (٧/ثانيا/د) من قانون مجلس شوري الدولة هو المرجع القضائي وليس الإداري ، وبالتالي فإن القرارات الإدارية التي حدد لها القانون مرجعاً إدارياً للطعن فيها تخضع لاختصاص محكمة القضاء الإداري ، وقد خالفه في ذلك الرأي الأستاذ د. غازي فيصل مهدي ، وهذا الأخير هو الرأي الأكثر صواباً ، و نرى بالإحالة للمرجع الإداري إبعادا لاختصاص القضاء الإداري على تلك القرارات ، انظر : د. ماهر صالح علاوي ، الرقابة على تحقق النفع العام في قرارات الإستملاك ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد العاشر ، العدد الأول ، ١٩٩٤م ، ص ٧٩ – ٨٠ ، ود. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات ... ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٥) انظر: عادل حسين شبيب ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

وبالنسبة لموقف القضاء المصري فقد جاء مؤازراً لموقف المشرع فلم نلاحظ رد دعاوى وإحالتها إلى جهات أخرى وسد الطريق أمام القضاء الإداري .

مما تقدم نرى إن المشرع العراقي قد نص في ثنايا نصوصه إلى طريقاً لحل المنازعات الإدارية غير القضاء وقد أيده في ذلك القضاء الإداري .

المطلب الثاني / الآثار المترتبة على الرقابة الإدارية) استجابة الإدارة لمطالب المتنازع معها وحلها للنزاع (

يترتب على قيام الإدارة بالرقابة الإدارية - الذاتية أو بناء على تظلم - إمكانيتها من إعادة النظر في القرار المتنازع عليه ، فقد تفتتح بوجهة نظر المتظلم أو ترى بأنها قد أخطأت ، فتستجيب لمطالب المتضرر من القرار وتنتهي الخصومة بصورة ودية وفي مراحلها الأولى وهي في سبيل القيام بذلك وتحقيقاً للعدالة وإرجاع الحقوق وحلاً للمنازعة الإدارية فأنها تتمتع بصلاحيات ثلاث فهي قد تعدل القرار المتنازع عليه أو تلغيه أو تسحبه وهذا ما سنأتي على ذكره تباعاً :

الفرع الأول / تعديل القرار الإداري

تفترض صلاحية تعديل القرار الإداري مشروعية القرار الإداري ، أما إذا كان غير مشروع فلا يجوز للإدارة ممارسة صلاحية التعديل بل يجب عليها سحبه أو إلغائه^(١) ، وان تعديل القرار الإداري يقتضي بقاء القرار المعدل قائماً وأن تعدل آثاره فقط ، لذا فلا يجوز الخلط بين تعديل القرار وبين استبداله بقرار آخر أفضل لصالح المتظلم ، إذ في الحالة الثانية يتعين سحب القرار الأول وإحلال قرار جديد بدلاً منه ، أي سنكون أمام قرارين إداريين لكل منهما وجوده القانوني المستقل^(٢) ، ويرى فقيها آخر إن تعديل القرارات الإدارية ما هي إلا سحباً أو إلغاء جزئياً ، حيث إن القرار الإداري إذا شابه عيب عدم المشروعية في بعض أجزائه دون البعض الآخر ، فأن للإدارة أن تبطل القرار في هذا الجزء الذي شابه العيب القانوني ، ويبقى القرار صالحاً منتجاً آثاره فيما بقي منه ما دام هذا الجزء الباقي يشتمل فعلاً على قرار إداري صحيح بكل عناصره ، أي يجوز للإدارة سحب القرار غير المشروع أو إلغائه جزئياً ما لم يكن هذا القرار غير قابل للانقسام ، وإلا فأن آثار السحب تنسحب على جميع أجزاء القرار^(٣) ، وانه لما كان التعديل للقرارات الإدارية ليس في حقيقته إلا سحباً أو إلغاء جزئياً ، فأنه يسري عليه ما يسري على السحب والإلغاء من حيث الميعاد .

ويثير موضوع تعديل القرار تساؤلاً وهو : هل يتمتع الرئيس الإداري بمقتضى السلطة الرئاسية صلاحية تعديل مضمون القرار الإداري وفحواه في حالة عدم وجود نص تشريعي يخوله صلاحية تعديل القرار الإداري ؟

ذهب جانب من الفقه إلى إن الرئيس الإداري الأعلى لا يملك في ظل غياب النص التشريعي الصريح صلاحية تعديل قرارات مرؤوسيه ، ولا يملك من تلقاء ذاته أو بناء على تظلم ممارسة رقابة تتجاوز حدود رقابة المشروعية مهما كان رأيه إزاء الأساس القانوني الذي يستند إليه المرؤوس في إصدار القرار ، لذا فهو لا يملك - الرئيس

(١) د. علي خطار شطناوي ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(٢) د. علي خطار ، المصدر نفسه ، ص ١٥٤-١٥٥ .

(٣) لعل أهم النتائج التي استخلصها الفقه من الاعتراف للإدارة بالحق في إبطال تصرفها غير المشروع جزئياً ، ظهور نظرية تحويل القرارات الإدارية المعيبة وان التحويل نوعاً من التعديل في القرار الإداري ، للمزيد انظر : د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٣٥ .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى عكس الرأي السابق ، فالرئيس الإداري له تعديل قرار المرؤوس لأن التعديل يأتي لاحقاً لإصدار قرار المرؤوس ولذا فهو يملك سلطة إحلال قراره محل قرار المرؤوس ولا يحل محله في إصدار القرار ، وهو بهذا لا يمس قواعد الاختصاص (٢) .

ألا انه ظهر جانب آخر مال إلى تبني رأي وسط بين الرأيين السابقين ، فقد أقام التفرقة بين القرارات الإدارية المشروعة وغير المشروعة ، والمنشئة لحقوق وغير المنشئة لها (٣) .

وغني عن البيان انه ليس من العدل من أن تستخدم صلاحية التعديل لتشديد مضمون القرار في غير صالح المتضرر أو المتظلم خصوصاً إذا مارست الإدارة هذه الصلاحية بناء على تظلم .

الفرع الثاني / إلغاء الإدارة للقرار الإداري

اتجه الفقه إلى تعريف الإلغاء الإداري بعدة تعريفات تدور معظمها حول محور أساسي ألا وهو إيقاف آثار القرار الإداري بالنسبة للمستقبل مع بقاء آثاره التي أنتجها قبل إلغائه قائمة (٤) .

وبناء عليه فإن الإلغاء الإداري يختلف عن السحب الإداري وكذلك عن الإلغاء القضائي فكلاهما ينهيان آثاره من تاريخ صدوره وبأثر رجعي سواء بالنسبة للماضي أو المستقبل (٥) ، كما إن إلغاء القرار إدارياً يختلف عن تعديل القرار إذ إن الأخير يبقى على القرار الإداري في حين إن الإلغاء الإداري يترتب عليه اختفاء القرار من النظام القانوني للمستقبل (٦) .

ولغرض معرفة سلطة الإدارة في إلغاء القرارات الإدارية يجب التمييز أولاً بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية.

(١) J. Rivero . Remarquis a , Propros du Pouvoir hierarchique , A.J. D. A , 1966 , P154

نقلاً عن د. علي خطار، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

٢) Mme puybasset et M. puissochet: chronique ge,ne,rale de jurisrudence francaise, A.J.D.A, 1965,P332

نقلاً عن د. علي خطار، المصدر نفسه ، ص ١٥٤ .

(٣) علي خطار ، المصدر نفسه ، ص ١٥٤ .

(٤) د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٣٦ ، و د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لإعمال الإدارة العامة ، مصدر سابق ، ص ٧٩ و د. خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة ، عمان ، ١٩٩٧م ، ص ٢١٩ ، و د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٠٠ ، و د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، الطبعة الرابعة ، العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠٠٩م ، ص ٤٦٤ .

(٥) انظر في تفصيل ذلك : سرمد رياض عبد الهادي ، إلغاء القرارات الإدارية من جانب الإدارة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهدين ، ٢٠٠٥م ، ص ٣٩-٤٥ ، وعلي مزبهر سوادي ، إلغاء الإدارة ...، مصدر سابق ، ص ٨-٢٢ .

(٦) د. علي خطار شطناوي ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٥٢ .

تملك الإدارة إلغاء قراراتها التنظيمية ، سواء أكانت مشروعة^(١) أو غير مشروعة^(٢) ، ولا يستطيع احد أن يدعي بحقوق مكتسبة في استمرار بقائها ، لأنها تنشئ مراكز قانونية عامة ، وتتضمن قواعد عامة موضوعية مجردة ، وذلك لمواكبة متطلبات المصلحة العامة ولمواكبة مقتضيات التطورات التي تحدث في المجالات الإدارية ، وقد يتم هذا الإلغاء بشكل صريح أو بشكل ضمني^(٣) ، على أن يتم ذلك بإجراء عام وليس بإجراء فردي ، وينبغي أن يصدر قرار الإلغاء من الجهة التي حددها القانون ، وفي حالة سكوته تطبيق قاعدة توازي أو تقابل الاختصاصات ، وكما يجب إن يصدر قرار الإلغاء وفق الشكليات والإجراءات التي حددها القانون ، وفي حالة سكوته تطبيق قاعدة تقابل أو توازي الأشكال^(٤) ، ومع ذلك فإنه إذا كانت الإدارة تملك حق تعديل وإلغاء القرارات التنظيمية في أي وقت في ضوء مقتضيات الصالح العام فإن حقها في هذا الشأن يحده قيدان ؛ الأول : أن يتم التغيير بإجراء عام يطبق على الكافة ، وثانيهما : هو عدم المساس بالقرارات الفردية السليمة المستندة لذلك القرار التنظيمي حيث ترتب تلك القرارات حقوقاً مكتسبة للغير لا يجوز المساس بها^(٥) .

ويجوز للإدارة أن تلغي قراراتها التنظيمية دون التقيد بمدة معينة ، وذلك لكونها تضع قواعد عامة مجردة وهذه بطبيعتها تقبل التغيير طبقاً لقواعد المصلحة العامة^(٦) .

ثانياً / إلغاء الإدارة لقراراتها الفردية

تنقسم القرارات الإدارية الفردية إلى القرارات المشروعة أو السليمة وغير المشروعة أو المعيبة فبيما يتعلق بإلغاء القرارات الإدارية الفردية المشروعة ، فالأصل في هذا الشأن عدم جواز إلغائها إذا كانت ترتب حقوقاً^(٧) ، إلا إن هذا الأصل لا يجري على إطلاقه ، فالإدارة أحياناً تملك سلطة إلغاء قرار فردي ترتب عليه حق مكتسب ، كما لو اكتسب شخص حقاً في تقلده الوظيفة العامة إلا إن الإدارة قادرة على فصله فيما لو ارتكب خطأ يبرر هذا الجزاء^(٨) .

ويمكن رد الأسباب العامة التي تخول الإدارة إلى إلغاء القرارات الفردية السليمة إلى حالات مثل ؛ رضاء ذي

(١) من تطبيقات إلغاء القرار التنظيمي السليم ، إلغاء المرافق العامة وإلغاء الوظائف العامة ، للمزيد انظر: د. حسني درويش عبد الحميد ، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ م ، ص ٥٦٨-٥٧٥ ، وعامر زغير محسن الكعبي ، حدود سلطة الإدارة في إنهاء القرار الإداري السليم ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ٢٠٠١ م ، ص ٤٥-٦١ ، وسلمي طلال عبد الحميد ، القرارات التي يجوز سحبها وإلغائها دون التقيد بميعاد الطعن ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠١٠ م ص ١٦-١٧ .

(٢) د. حسني درويش ، نهاية القرار ... ، المصدر نفسه ، ص ٥٧٦-٥٩٠ ، و د. خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ .

(٣) للمزيد انظر : سرمد رياض عبد الهادي ، إلغاء القرارات الإدارية ... ، مصدر سابق ، ص ٨٠-٨٨ .

(٤) انظر د. محمد ماهر أبو العينين ، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي ، الكتاب الثالث ، نهاية القرارات الإدارية ، دار أبو المجد ، بلا مكان النشر ، ٢٠٠٧ م ، ص ٧٢٢ وما بعدها .

(٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الإدارية في ... ، مصدر سابق ، ص ٣٢٦ .

(٦) د. حسن محمد عواضة ، المبادئ الأساسية ... ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ ، و د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ .

(٧) د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٤٦٥ ، وذلك ما أقرته الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة العراقي حيث ورد المبدأ القانوني (لا تملك الإدارة إلغاء الحقوق المكتسبة وفقاً لأحكام القانون) رقم القرار ٣٢/انضباط/تميز/٢٠١١ ، في ٢٠١١/٢/٣ م ، قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١ ، ص ٢٤٤ .

(٨) د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية المصلحة أو عدم احترام المستفيد للحالات المفروضة عليه بمقتضى القرار ، أو تغيير الظروف المادية التي على أساسها صدر القرار، أو تغيير التشريع عقب إصدار القرار ، أو إلغاء القرار لدواعي الصالح العام... (١) ، أما إذا لم تكن ترتب حقوقاً فيجوز إلغاؤها في أي وقت ودون التقيد بموعد محدد ، ومن أمثلة القرارات التي لا ترتب حقوقاً ؛ القرارات الولائية والقرارات الوقتية ، والقرارات السلبية ، والقرارات الصادرة بفرض جزاءات إدارية ، والقرارات غير التنفيذية (٢) .

أما القرارات الإدارية الفردية غير المشروعة ، فلإدارة أن تلغيها بعد صدورها خلال الفترة المقررة لرفع دعوى الإلغاء ، إذا كانت هذه القرارات غير المشروعة قد رتب حقوقاً مكتسبة ، وإلا تحصنت ضد الإلغاء إذا فاتت هذه المدة ، أي إنها ملزمة بمراعاة مواعيد الطعن القضائي (٣) ، ولكن تستطيع الإدارة أن تلغي القرار غير المشروع في أي وقت إذا لم يكن قد رتب حقوقاً مكتسبة ، حتى بعد فوات مدة رفع دعوى الإلغاء (٤) .

مما تقدم نرى إن سلطة الإدارة في إلغاء القرارات الإدارية واسعة ، لذا فهي تستطيع إلغاء القرار المتنازع فيه وقبل الطعن فيه قضائياً وبذلك فهي تتجنب الوقوف أمام القضاء بالإضافة إلى إرجاع الحقوق وحل النزاع .

الفرع الثالث / سحب القرار الإداري

إذا كان إلغاء القرار الإداري يعني وقف نفاذ آثاره بالنسبة للمستقبل فقط ، فإن سحب القرار الإداري يعني وقف نفاذ آثار القرار بالنسبة للماضي والمستقبل ، مما يترتب عليه زوال كل آثاره بأثر رجعي كذلك ، ويجعل كافة القرارات التي أصدرت في الماضي استناداً إليه تفقد سندها فتتساقط بالتبعية (٥) .

ولكي نبين بدقة القواعد التي تحكم سحب الإدارة لقراراتها ، لابد من التمييز في هذا الشأن بين سحب القرارات السليمة أو المشروعة والقرارات المعيبة أو غير المشروعة .

أولاً / سحب الإدارة لقراراتها المشروعة

القاعدة العامة المستقرة فقهاً وقضاً إنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية المشروعة ، حماية لمبدأ المشروعية وضماناً للحقوق المكتسبة للأفراد ، سواء أكانت قرارات فردية أم تنظيمية مع إن الأخيرة لا تنشئ مراكز شخصية بل مراكز عامة أعملاً للاستقرار في الأوضاع القانونية وتطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، غير إن هذه القاعدة لا تجري على إطلاقها حيث يستثنى من ذلك القرارات المتعلقة بفصل الموظفين - شريطة ان لا تكون قد رتب حقوقاً للغير ، والقرارات التي لا يتولد عنها حقوقاً للأفراد ، وتغيير الظروف الواقعية (٦) .

(١) انظر في تفصيل ذلك : د. محمد ماهر أبو العينين ، ضوابط مشروعية... ، مصدر سابق ، ص ٦٩٠-٦٩٥ ، ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، مصدر سابق ، ص ٣٢٨-٣٣٣ .

(٢) للمزيد انظر د. محمد علي بدير وآخرون ، المصدر نفسه ، ص ٤٦٥-٤٦٦ ، واسعد سعد برهان الدين بكر ، إنهاء القرارات الإدارية بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧م ، ص ٨٨-٩٢ ، وسلمى طلال ، المصدر السابق ، ص ٢١-٢٥ .

(٣) د. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ ، ود. محمد جمال الذنبيات ، الوجيز في القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ ، ود. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، الرقابة... ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

(٤) د. خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٢١٩ ، ود. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ .

(٥) د. حسني درويش ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ ، ود. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٥٣ . ود. رحيم الكبسي ، حرية الإدارة في سحب قراراتها ، دراسة مقارنة في النظم الفرنسية والمصرية والعراقية ، بدون ذكر الناشر ومكان النشر ، ٢٠٠٠م ، ص ١٧-٢٠ .

(٦) د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٨٥-٢٨٦ ، ود. نفيس مدانات ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وأسس وميراثه وحدوده ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد السابع ، العدد (١١) ، السنة ٢٠٠٤م ، ص ٧٨ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
يتضح مما تقدم من ذلك إن الإدارة ملزمة بعدم سحب القرارات الإدارية السليمة الفردية منها والتنظيمية ،
وخصوصاً تلك القرارات التي تولد حقوقاً شخصية ، أما تلك التي لا تولد حقوقاً قد يتساهل في جواز سحبها ما دام
إنها لا تمس مركزاً شخصياً .

ثانياً / سحب القرارات الإدارية غير المشروعة

الأصل إن الإدارة لها - بل من واجبها - أن تسحب قراراتها غير المشروعة كجزاء لعدم مشروعيتها ،
واحتراماً للقانون ، وأساس ذلك هو إن القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية لا تنشأ حقوقاً مكتسبة للأفراد
ومن ثم يجوز إعدام آثارها بالنسبة للماضي والمستقبل ، وعلى ذلك يجب أن يكون القرار موضوع السحب غير
مشروع بأن يكون معيباً بأحد عيوب القرار الإداري، أما بالنسبة للسلطة المختصة في سحب القرار فهي السلطة
التي أصدرته أو السلطة الرئاسية لها وقد يمنح المشرع هذا الحق لسلطة أخرى (١) .

ولتحديد ميعاد سحب القرارات الإدارية المعيبة ، فيجب التفريق بين القرارات المعيبة التي لا ترتب حقوقاً مكتسبة
لأصحابها ، والقرارات المعيبة التي تترتب عليها حقوقاً مكتسبة للأفراد ، فبالنسبة للأولى فإنه يجوز سحبها خلال
المدة المحددة للسحب أم بعد انقضائها ، وأما الثانية فلا يجوز سحبها إلا خلال المدة القانونية المحددة لإجراء
السحب ، أي خلال مدة الطعن القضائي وهي شهرين في فرنسا وستون يوماً في مصر ، أما في العراق فلم يحدد
قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩م المعدل ميعاداً للإدارة لسحب قراراتها ولكن يمكن الاستناد إلى
المادة (٧/ثانياً/ز) من القانون أعلاه فتكون ستون يوماً وهي مدة الطعن القضائي (٢) .

ألا إنه توجد قرارات لا تنقيد الإدارة فيها بمدة السحب وهي : القرارات المنعقدة والقرارات الصادرة على غش
أو تدليس صاحب المصلحة والقرارات المترتبة على قرار حكم بإلغائه ، والقرارات التي لا تنشئ حقوقاً أو مزايا
وسحب القرارات الإدارية تنفيذاً لقانون يقضي بذلك (٣) .

نود أن نوضح أخيراً الأساس القانوني لحق الإدارة في الإلغاء والسحب ، فقد قيلت فيه نظريات عديدة (٤) ، إلا
أننا نرى إن الأساس القانوني لممارسة الإدارة حقها في السحب والإلغاء هو مبدأ المشروعية والذي بمقتضاه يتعين
على الإدارة أن تلتزم بحدود القانون ، وان تنقيد أحكامه ، فإذا صدر مخالفاً أو معيباً لها بادرت من تلقاء نفسها أو
بناء على تظلم إلى سحبه أو إلغائه ، ويستند هذا الحق أيضاً إلى المصلحة العامة التي يجب أن تتوخاها الإدارة من
قراراتها والتي هي هدف كل قرار ، يضاف إلى ذلك مراعاة مصلحة الأفراد حيث لا يسمح إلغاء أو سحب القرار
دون التقيد بمدة معينة ، لذا فإن حق الإدارة يجد أساسه في الموازنة بين كل ذلك أي بين مبدأ المشروعية والمصلحة

(١) علي نجيب حمزة ، سحب القرار الإداري ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الأول ، المجلد الأول ، حزيران ، ٢٠٠٨م ،
ص ١٥٨-١٥٩ .

(٢) المادة (٧/ثانياً/ز) حيث نصت : (على المتظلم أن يقدم طعنه إلى المحكمة خلال ستين يوماً من تاريخ انتهاء الثلاثين يوماً المنصوص عليها في الفقرة
(و) من هذه ...) للمزيد انظر : علي نجيب حمزة ، المصدر نفسه ، ص ١٥٣ ، و د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص ٣٠٦ .

(٣) د. فهد عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥م ، ص ٥٢٨-٥٣٦ ، و د. عبد العزيز خليفة ،
القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣١٠-٣٢١ ، و د. محمود خليل خضير ، نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء ، بحث منشور في مجلة كلية
الحقوق ، جامعة النهدين ، العدد (٢٠) ، المجلد العاشر ، ٢٠٠٨م ، ص ٢٥٨-٢٥٩ .

(٤) انظر في تفصيل ذلك : د. سعيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩-٢٨١ ، و د. فهد عبد الكريم أبو العثم ، المصدر نفسه ، ص ٥٢٢ ، و د. سامي جمال
الدين ، القضاء الإداري... ، مصدر سابق ، ص ٢٨٥-٢٨٦ ، و د. عبد القادر خليل ، نظرية سحب القرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، ١٩٦٤م ، ص ٦٤-٦٥ ، و اسعد سعد برهان ، مصدر سابق ، ص ١٧٧-١٩٠ ، د. محمد ماهر أبو العينين ، ضوابط مشروعيتها... ، مصدر سابق ،
ص ٣٨-٦٠ .

وتأسيساً لما تقدم فإن الإدارة بما تملك من سلطة إلغاء أو تعديل أو سحب القرارات الإدارية فأنها تستطيع حل النزاع قبل الطعن به قضاء وبذلك يمثل هذا أوضح أسلوب لحل المنازعات بعيداً عن القضاء .

المطلب الثالث/ تقدير الرقابة الإدارية

تتميز الرقابة الإدارية بعدة مميزات مما جعلت منها طريقاً لحل المنازعات الإدارية ، ألا إنها في الوقت ذاته لا تخلو من العيوب ونقاط الضعف التي تضعف منها ، وإنما في هذا المطلب سوف نقوم بذكر مميزاتا و عيوبها ، ألا إننا قبل ذلك سوف نسبقها ببيان الأسباب التي أدت إلى الأخذ بالرقابة أو الأسباب التي أدت إلى إناطة الفصل في المنازعات في بعض الأحيان إلى جهة غير القضاء و كما يلي :

الفرع الأول/ أسباب اختيار الرقابة الإدارية كطريق لحل المنازعات

يمكننا إرجاع اتجاه الإدارات إلى الأخذ بالرقابة الإدارية لأسباب مختلفة يمكن حصرها بما يلي :

١- كثرة وظائف الدولة وظهور الحاجة إلى توسيع سلطات الحكومة المعاصرة لمواجهة التطور السريع للحياة الاقتصادية وما يقع من أزمات خاصة لا يتفق مع رقابة القضاء ، تلك الرقابة التي تتميز بالبطء والتعقيد وعدم إدراك الاعتبارات الفنية التي تصدر عن الإدارة (١) .

٢- خصوصية بعض الأعمال والطبيعة السرية لبعض المنازعات والتي يقضي الصالح العام عدم عرضها على الغير من خارج الهيئات الإدارية والتي قد تصطدم عند عرضها أمام القضاء بعدم إدراك كاف لاعتبارات صدورها (٢) .

٣- إن من الصالح العام أن يترك للإدارة السلطة المطلقة في تصريف بعض شؤونها والفصل في المنازعات الناشئة عنها بمعزل عن القضاء ومن الطبيعي أن تؤثر اعتبارات المصلحة العامة واعتبارات حسن الإدارة على مصلحة الأفراد والاعتبارات القانونية المجردة .

٤- المهام الجسيمة الملقاة على عاتق القضاء وكثرة الدعاوى وتراكمها نتيجة كثرة المنازعات الناشئة عن بعض القرارات بالتطبيق اليومي ، في حين تتعلق بعض المنازعات بمسائل حساسة على درجة من الأهمية والتي تحتاج لسرعة الحسم واتخاذ القرار النهائي ، وإن إناطة الفصل في بعض القرارات إلى جهات إدارية واستبعاد القضاء الإداري لكونها قرارات تصدر من الإدارة يومياً وبشكل تقليدي ومتكرر نتيجة التطبيق اليومي للقوانين والتعليمات واللوائح (٣) .

وهذا ما تؤكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصري الحكمة من التظلم (تقليل الوارد من القضايا بقدر الإمكان تحقيقاً للعدالة الإدارية بطريق أيسر للناس بإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى ، إن رأت الإدارة إن المتظلم على حق في تظلمه) (٤) .

(١) للوقوف على رأي الفقه حول أسباب تحصيل القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري ، انظر: عادل حسين شبع ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .

(٢) عادل حسين ، المصدر نفسه ، ص ٩٣ و ١١٥ (الهامش) .

(٣) عادل حسين ، المصدر نفسه ، ص ٩٣ .

(٤) أشار إليه : احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

الفرع الثاني/ مميزات وعيوب الرقابة الإدارية

تتميز الرقابة الإدارية بعدة مميزات تمثل السبب في جعلها أسلوباً مهماً لحل المنازعات الإدارية وأهمها ما يأتي :

١- تتميز الرقابة الإدارية بأنها مرنة وسهلة وسريعة ، وإنها لا تتطلب إجراءات طويلة كما هو الحال أمام القضاء ، ولا تحمل الأفراد أعباء مالية خلاف الأمر في حالة الطعن القضائي^(١) ، وهي سريعة إذ إنها قد تتم في يوم واحد ولا تكلف إقامة دعوى ورسوم ومصاريف... الخ^(٢) .

٢- إنها رقابة ذاتية : تمارسها الإدارة على أعمالها إذ تقوم الإدارة برقابة نفسها أولاً بأول وإصلاح أخطائها ، فهي في هذا المجال تملك مكنة واسعة للتقدير والتفسير مما يتيح لها إعادة النظر في قرارها بالسحب أو الإلغاء أو التعديل وبما إنها ذاتية فإنها تحضى بتقبل الإدارة لها^(٣) .

٣- إنها رقابة شاملة ، فهي رقابة مشروعية وملائمة في نفس الوقت ، فهي بذلك أوسع نطاقاً من الرقابة القضائية التي تقتصر على المشروعية دون الملائمة ، إضافة إلى إنها تحرك بناء على تظلم أو تلقائياً من جانب الإدارة^(٤) .

٤- قد تتأسس الرقابة الإدارية على أسباب إنسانية بحتة ، وقد يجد الموظف انه قد فوت على نفسه الطعن القضائي فيلجأ إلى الطعن الإداري بعد قفل باب الطعن القضائي^(٥) .

٥- الرقابة الإدارية تمنح المتظلم فرصة التعرف المسبق على مدى جدية تظلمه ومقدرته على إلغاء القرار قضائياً من خلال مراجعة الإدارة للقرار واعترافها بعدم مشروعيتها أو العكس التمسك به لعدم صحة الادعاء .

٦- إن الرقابة الإدارية وخصوصاً الرقابة بناء على تظلم وذلك بالتجاء الأفراد إلى الإدارة مباشرة بعد إصدارها لقرارها يغني عن اللجوء إلى القضاء إذا ما اقتنعت الإدارة بعدم مشروعية قرارها وأحقية المدعي في طلباته ، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدول الإدارة عن موقفها الذي اتخذته في قرارها بسحبه أو إلغائه أو تعديله ، ويؤدي بالتالي إلى عدم سلوك الطريق القضائي وتقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطريقة أيسر للناس وحل الكثير من المنازعات الإدارية في مراحلها الأولى وبوقت قصير وذلك بواسطة الطريق الإداري غير القضائي^(٦) .

٧- تكتسب الرقابة الإدارية أهمية خاصة في دول النظام القضائي الموحد ، خصوصاً إذا ما تعددت الاستثناءات المضروبة على ولاية القضاء العادي ، إذ لا يجد المتضرر من القرار الإداري ملاذاً سوى الإدارة بغية إنصافه من هذا القرار^(٧) .

(١) علي مزبهر سوادى ، إلغاء الإدارة...، مصدر سابق ، ص ١٢٤ ، و د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ، ص ٥ .

(٢) د. إبراهيم طه الفياض ، القانون الإداري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون العراقي ، الجزء الثالث ، بدون مكان النشر ، بلا سنة طبع ، ص ٧ .

(٣) د. محمود الجبوري ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٥ ، و د. عبد الرحمن الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

(٤) د. فاروق احمد خماس ، مصدر سابق ، ص ٨٢ ، و د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة الطبع ، ص ١٢٣ .

(٥) د. جورج سعد ، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ م ، ص ٣٦٨ ، و د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، مصدر سابق ، ص ٧ ، والقاضي خالد عبد القني ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٦) د. محسن خليل ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ ، و د. احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ١١٦ ، وماجد نجم عيدان ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ .

(٧) د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات في القضاء الإداري ملقاة على طلبية المرحلة الثالثة ، للعام الدراسي ٢٠٠٦-٢٠٠٧ ، مصدر سابق .

١- إنها تختلف من حيث القوة والمدى تبعاً لاختلاف النظام الإداري المتبع في الدولة ، فإذا كان النظام مركزياً ، كانت الرقابة المذكورة قوية وامتسعة لتمتع الرؤساء الإداريين بسلطات واسعة تجاه مرؤوسيه ، أما في النظام اللامركزي ، فإنه حيث الهيئات اللامركزية تتمتع باستقلالها ، وليس للإدارة سوى رقابة وصائية محصورة في نطاق معين ، ولذلك فإنها رقابة ضعيفة (١) .

٢- بما إن الرقابة الإدارية رقابة ذاتية ، فإن الإدارة تجمع بين صفتي الخصم والحكم في آن واحد، ومن ثم فإن الإدارة قد تأخذها العزة بالإثم فتصر على أخطائها فهي لا تعترف بأخطائها في كثير من الأحيان ، ولا شك إن ذلك يضعف اطمئنان الأفراد على حقوقهم (٢) .

٣- تسعى الإدارة إلى تحقيق مصالحها حتى لو أدى ذلك إلى التحلل من قواعد المشروعية مما يزيد في إحساس الأفراد بعدم الاطمئنان على حقوقهم ، بالإضافة إلى إن الإدارة قد تنقصها الخبرة القانونية الكافية (٣) .

مما تقدم يتضح إن الرقابة الإدارية مفيدة ومجدية وان لها من الأهمية ما يجعلنا نتمسك بالأخذ بها وإنها طريقاً سهلاً لحل المنازعات الإدارية ، ولكن لأجل تحقيق الفائدة وضمان حقوق الأفراد ولتلافي ما تعانيه من ضعف فإن الأفضل أن تقوى وتدعم بأنواع أخرى من الرقابة .

وان الرقابة الإدارية كطريق لحل المنازعات الإدارية تبرز في القرارات الإدارية ، وان كان من الممكن أن يمتد هذا الإجراء ليشمل منازعات العقود الإدارية أيضاً وذلك في حالة وجود أي خلاف بين طرفي العقد ، فلمنعقد مع الإدارة أن يتقدم إلى الإدارة بشكوى قبل رفع النزاع إلى القضاء أو التحكيم ، وان أهم ما يجب علينا توضيحه وما لوحظ من خلال دراسة الرقابة الإدارية كطريق لحل المنازعات في المطالب السابقة ، هو إن حل نزاعات القرارات الإدارية وطرق الطعن بها جاءت متفرقة بين اللجان الإدارية والهيئات وبين القضاء الإداري ، وهذا مأخذ يؤخذ على قضائنا الإداري ويسمى بالضعف ، حيث انه لا تطرح أمامه جميع دعاوى الطعن بالقرارات الإدارية ، فقد أخرجت عن اختصاصه الكثير من المنازعات الإدارية وأحيل الطعن بها أو الاعتراض عليها أو التظلم منها إلى جهات أخرى رسم القانون ذلك الطريق لها ، ولكن من المفترض ، ونحن من البلدان التي أخذت بنظام القضاء المزدوج أن تطرح جميع المنازعات الإدارية أمام القضاء الإداري ولا يكون متفرقا بين هذه المحكمة أو تلك وهذا ما نلاحظه مثلاً في قانون التقاعد الحالي الذي يحيل التمييز أمام محاكم التمييز، لذا يجب أن يكون الطعن بأي منازعة إدارية أمام القضاء الإداري ولا ترد أي دعوى تقام أمامه لوجود سبيل آخر ، وان كان في إحالة النزاع أمام جهات أو لجان لحل النزاع بسبب إن هذه الجهات على علم ودراية أكثر في موضوع النزاع وطريقة حله ، وان اختصاص القضاء الإداري بجميع المنازعات يزيد كثرة الدعاوى المطروحة أمامه فإننا نسلك سبيل الحل الإداري أولاً وذلك بان تكون هناك مراحل لحل النزاع قبل وصوله إلى القضاء حيث يكون التظلم والاعتراض بشكل موحد أمام الجهات الإدارية ، حيث نرى أن تبدأ مراحل الطعن الإداري بالتظلم أولاً لدى الجهة الإدارية المختصة مصدر القرار أو الجهة الرئاسية لها ، على انه يفضل تشكيل

(١) عبد الأمير محسن مغير ، سلطة الإدارة في ... ، مصدر سابق ، ص ٣٧٧ .

(٢) د. جورج شفيق ، قواعد وأحكام القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٩-٥٠ ، و د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٩٧ ، و د. حمدي القبيلات ، الرقابة الإدارية والمالية ... ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .

(٣) د. إبراهيم طه الفياض ، القانون الإداري والرقابة على ... ، مصدر سابق ، ص ٧ . و د. عبد الرحمن نورجان ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

لجان إدارية للتظلم أمامها من القرار ، وتملك هذه اللجان سلطة البت في الطعون وحلها ودياً قبل الطعن أمام القضاء وان هذه اللجان تشمل لجان استئناف وتمييز أيضاً ولا يمكن الإحالة إلى محاكم التمييز- في ظل وجود القضاء الإداري - وان لم يبت في المنازعة يمكن اللجوء حينها إلى المرحلة التالية وهي القضاء الإداري مع ملاحظة إن القضاء الإداري لا يبت فيها بوصفه جهة تمييز وإنما يكون على سبيل رفع دعوى قضائية أمامه ، ويمكن تطبيق هذا الحل بل واقتصاره فقط على المنازعات التي تثور في القوانين التي رسم القانون طريقاً آخر للطعن بها ، حيث إن المرحلة الأولى تعتبر حلاً إدارياً والمرحلة التالية أسلوباً قضائياً .

المبحث الثاني / الرقابة السياسية وطريقة حلها للمنازعات الإدارية

تكتسي الرقابة السياسية على أعمال الإدارة أهمية خاصة ، بحكم إنها تشمل رقابة أعمال الإدارة القانونية كافة سواء كانت قرارات إدارية أم عقوداً إدارية أو حتى أعمال مادية بحتة ، كما إنها رقابة لا تقتصر على احترام المشروعية أو القانون بل تمتد إلى مدى ملاءمة السياسات والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية ومدى توافقها مع الصالح العام .

ويراد بالرقابة السياسية النشاط الذي يمارس من قبل الصحافة والأحزاب السياسية والنقابات على مختلف أنواعها ، إضافة إلى وسائل الأعلام الأخرى التي بواسطتها يمكن كشف الأخطاء الإدارية وحالات انحراف الإدارة في ممارسة أعمالها القانونية^(١) ، كما وتظهر هذه الرقابة من خلال مراقبة البرلمان لأعمال السلطة التنفيذية ، وذلك من خلال السؤال أو الاستجواب وطرح الثقة حيث يمكن بواسطة هذا الاختصاص مراقبة الوزارة في أدائها لأعمالها وتشخيص الأخطاء والتقصير في ممارستها لوظائفها وصولاً إلى تنحية الوزير أو أكثر من ذلك من خلال سحب الثقة^(٢) .

وتتخذ الرقابة السياسية صوراً مختلفة^(٣) ، فقد تتمثل في الرقابة الشعبية التي يمارسها أفراد الشعب في الدولة ، وقد تتمثل في رقابة الرأي العام التي تباشرها الجمعيات والنقابات والصحافة وغيرها ، وأخيراً الرقابة البرلمانية التي تتولاها المجالس النيابية .

وسوف نخصص لكل واحدة منها مطلباً ، ونليها بمطلب رابع لتقدير الرقابة السياسية ، وكما يأتي تباعاً :

(١) د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ، ص ٣ .

(٢) د. محمد علي جواد ، المصدر نفسه ، ص ٣ ، و د. سالم بن راشد العلوي ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٩ م ، ص ٦٢-٦٣ ، و د. محسن خليل ، القضاء الإداري اللبناني ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

(٣) تتنوع صور الرقابة السياسية وذلك إن الرقابة السياسية قد تكون سياسية بالنظر إلى الجهة أو السلطة التي تقوم بها ، أو بالنظر إلى الهدف منها أو من حيث الآثار المترتبة عليها ، انظر د. عبد الفتاح حسن ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ وما بعدها ، و د. أنور احمد رسلان ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ .

المطلب الأول / الرقابة الشعبية

ويقصد بالرقابة الشعبية ، تلك الرقابة التي يباشرها أفراد الشعب بصورة مباشرة عن طريق الاستفتاءات الشعبية (١) ، والاستفتاء الشعبي هو عرض مسألة على هيئة الناخبين لأخذ الرأي في شأنها عن طريق التصويت (٢) وهو أمر يختلف عن الانتخاب الذي يجري بهدف اختيار الناخبين لشخص أو أكثر من بين عدد من المرشحين لتمثيلهم في حكم البلاد .

والاستفتاء قد يتعلق بشخص معين كالاستفتاء بشأن الموافقة على رئيس الدولة إذا كان المرشح الوحيد لذلك، وهنا يعتبر استفتاءً شخصياً ، كما قد يتعلق بتصرف أو اقتراح معين كالاستفتاء على معاهدة أو قانون ، لمعرفة مدى موافقة الشعب عليها ، وهذا يعتبر استفتاء موضوعي ، ويكون بمثابة أسلوب للرقابة على هذا التصرف أو الاقتراح ، ومع ذلك فقد يكون هذا الاستفتاء في حقيقته استفتاء شخصياً يتعلق في الواقع بصاحب التصرف أو الاقتراح ، بحيث إذا أبدى الشعب موافقته على التصرف ، فإن ذلك يعد منحاً للثقة في صاحب التصرف ، أما إذا كانت النتيجة هي رفض الشعب لهذا التصرف ، فإن هذا الرفض يعني حجب الثقة عن صاحب التصرف (٣) .

ورغم إن الاستفتاء الشعبي هو أسلوب من أساليب تحقيق الديمقراطية والحد من سلطات الحاكم ، إلا إن التجارب في مختلف الدول قد أثبتت انه غير نافع في الدول التي تنفشي فيها الأمية والتي لم يتحقق لشعبها النضج السياسي الكافي أو الممارسة الحقيقية للحريات الأساسية ، إذ أضحي من المبادئ الدستورية المسلم بها انه لا استفتاءات حقيقية إلا حيث تكون هناك حرية حقيقية ، حيث لا يكون الاستفتاء مجدياً إلا في دولة تؤمن للمواطن حريته الكاملة في إبداء رأيه ، وتكفل الحيدة وعدم التدخل في نتائج الاستفتاء وهنا يحقق الهدف المقصود منه (٤) .

أما عن الأساس الذي تبنى عليه هذه الرقابة فهو الدستور ، لان معظم الدساتير الحديثة تعتبر الشعب هو مصدر السلطة ، أي لا بد وان تكون هذه الرقابة نابعة من صاحب المصلحة الحقيقية وهو الشعب (٥) ، باعتباره مصدر السلطات وشرعيتها (٦) وله حق الرقابة وإبداء رأيه في نشاط الإدارة فهو الذي يجب أن يؤخذ برأيه وتسمع كلمته ، لذا فإن الرقابة الشعبية هي حق دستوري .

نخلص من ذلك إن هذه الرقابة وقائية تسعى إلى حل النزاع قبل وقوعه .

(١) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري الرقابة ... ، مصدر سابق ، ص ٢٧٠ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، الاستفتاء الشعبي بين الأنظمة الوضعية والشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، مكتبة المنار الإسلامية ، الكويت ، ١٩٨٠ م ، ص ١٠-١٤ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري الرقابة ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٧١ ، و د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات في القضاء الاداري ، ملقاة على طلبية الدراسات الأولية ، المرحلة الثالثة ، غير منشور .

(٤) د. سامي جال الدين ، القضاء الاداري ... ، المصدر نفسه ، ص ٢٧١ .

(٥) المستشار مصطفى رضوان ، الادعاء العام والرقابة الإدارية فقهاً وقضاً ، مصدر سابق ، ص ١٢ ، و راجع في ذلك : حسين علي طه ، الرقابة الشعبية وسيلة إسهام الجماهير في السلطة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨١ ، ص ١٣٨ .

(٦) نص الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ م على هذا المبدأ في المادة الخامسة منه .

المطلب الثاني / رقابة الرأي العام

يراد بمصطلح الرأي العام مجموعة الآراء التي تسود في مجتمع معين في وقت ما ، أو الآراء التي يعتنقها الناس بشأن المسائل التي تؤثر في مصالحهم الخاصة والعامة^(١).

ومن الواضح إن هذا النوع من الرقابة له الأثر البالغ في تنظيم أعمال الإدارة ومنعها من التعسف في استعمال السلطة ، فهو يتيح للمواطنين حرية التعبير عن آرائهم والدفاع عن حقوقهم بمختلف الوسائل المتاحة للتعبير عن الرأي ، لاسيما الصحافة والتي تعتبر لسان الأمة والمعبرة عنها، والتي غالباً ما كشفت عن بعض التجاوزات من موظفي الإدارة العامة ، لذلك يوصف الرأي العام بأنه الحكم الذي تصدره الجماعة في المسائل الهامة ، وهذا الحكم الذي يصدره الرأي العام قد يطيح بالقانون فضلاً عن القرارات الإدارية ، لأنه يعمل في المجال الذي يمكن أن ينحرف فيه القانون ، لذلك فعلى رجل الإدارة أن يحسب حساب هذه القوة إذا ما حاول الاعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم ، ومن ثم يمكن للأفراد المتضررين من قرارات الإدارة أن يثيروا الرأي العام ضد تلك القرارات، وبشكل يساهم في إبعاد الإدارة عن اتخاذ قرار غير سليم أو غير ملائم والضغط عليها لرسم سياسة سليمة ودفعها نحو قرار آخر أو سياسة أخرى^(٢).

ويشارك في تكوين الرأي العام مختلف وسائل الإعلام بالإضافة إلى مؤسسات المجتمع المدني من أحزاب ونقابات وجمعيات ومؤسسات .

الفرع الأول / رقابة وسائل الإعلام

تتعدد وسائل الإعلام في الوقت الحاضر ، فهي تتنوع بين مسموعة ومرئية ومقروءة ، ويمارس الرأي العام رقابة دائمة ومنتظمة على أعمال الإدارة العامة عن طريق وسائل الإعلام المختلفة من صحافة وإذاعة وتلفزيون ، فيملك الرأي العام بتلك الوسائل والأساليب رقابة مشروعية قرارات وعقود الإدارة العامة وأعمالها المادية ، فيستطيع التأثير على عمل الأجهزة الإدارية^(٣) ، فوسائل الإعلام بمجموعها تسعى لديمومة الاتصال بأفراد المجتمع ، لذلك نجدها تتعرض لحياة الأفراد وأهمها الدفاع عنهم ضد عنت الإدارة ، وهضمها حقوق الأفراد ، فهي تقوم بنشر تصرفات الإدارة غير المشروعة وانتهاكها لإحكام القانون ، وبذا تمارس وسائل الإعلام المختلفة دوراً رقابياً عن طريق طرح المشكلات الإدارية المختلفة ، وبيان أوجه القصور والعجز الذي يعترى أعمال الأجهزة المختلفة ومطالبتها بحل تلك المشكلات وتلافي القصور والعجز وتحسين أداء عمل مختلف الأجهزة الإدارية^(٤).

(١) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري والرقابة ...، مصدر سابق ، ص ٢٧٢ ، و عمر محمد الشوبكي ، مبادئ الرقابة على أعمال الإدارة وتطبيقاتها في الأردن ، المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، عمان ، ١٩٨١ م ، ص ٥٩ .

(٢) د. فاروق احمد خماس ، مصدر سابق - ص ٦٨ - ٦٩ ، و د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ... ، مصدر سابق ، ص ١١٦ .

(٣) د. علي خطار ، مصدر سابق - ص ١٣٧ .

(٤) د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١١٢ .

ففي العراق مثلاً فإن الصحافة تنعم بالحرية فأفقدت خصصت بعض المجالات والصحف أبواباً لنشر شكاوي المواطنين وتظلماتهم ، وبنفس الاتجاه فهناك العديد من برامج التلفزيون التي تقوم بعرض مشاكل المجتمع ومطالبه المسؤولين بوضع الحلول لها والإجابة عليها (١) .

فالصحافة أقوى وسيلة لمراقبة أعمال الحكومة وحرية مظهر من مظاهر النظام الديمقراطي فهي تعمل على تكوين رأي عام وتهذيبه ، كما إنها تعرض لمزايا وعيوب بعض أعمال الإدارة العامة وتراقب مشروعياته و ملاءمته ، وتكشف عن التجاوزات والانحرافات فتعرض تقييماً لأعمال الإدارة ، وتؤثر فيها مما تدفع الإدارة إلى سحب قراراتها أو إلغائها أو منعها أصلاً من أن تقوم بإصدار تلك القرارات ، أو القيام بتلك الأعمال ، ومن الملاحظ إن عمل أجهزة الإعلام بشكل عام، والصحافة بوجه خاص ، ذات أهمية تتمثل بعدة وجوه ، فهي من جهة تمكن الشعب من انتخاب ممثليه بحرية ومن جهة أخرى تطالب المسؤولين بوضع الحلول لما تعرضه من مشاكل ، ومن جهة ثالثة فإنها تثير الرأي العام ضد تلك الإدارة ، وتدفع بهذه الأخيرة لاتخاذ خطوات جادة في هذا المجال ، ومن جهة رابعة فإنها تراقب أعمال الإدارة رقابة حقيقية وذلك من خلال مناقشتها وانتقادها إذا ما ارتكبت أخطاء جسيمة كانت أم بسيطة (٢) .

نرى مما تقدم إن نشر شكاوي الأفراد والمواطنين في الصحف أو في الإذاعة والتلفزيون من شأنه أن يدفع الإدارة إلى الحرص والتأنى في إصدار القرارات الإدارية ، أو قد يدفعها ذلك إلى التراجع عن قراراتها أو أعمالها التي سبق وان اتخذتها ، وهذا ما يجعل من رقابة الصحافة نافعة ومفيدة لأن المواطن المهتم يحصل على حقه كاملاً غير منقوص وبسرعة ، وذلك يتحقق ويتعزز أكثر لو نفترض - وجود لجنة مثلاً - تتولى متابعة ما ينشر في الصحف المحلية من شكاوي وتظلمات والاتصال بالدوائر ذات العلاقة بغية حلها على وفق أحكام القانون ومحاسبة الموظفين المقصرين وهذا ما يجعلها بحق سلطة رابعة تقف جنباً إلى جنب السلطات الثلاث .

الفرع الثاني / رقابة مؤسسات المجتمع المدني

لا يقتصر الدور الرقابي على أجهزة الإعلام المذكورة فقط ، فمما لا شك فيه إن رقابة الرأي العام تشمل أيضاً رقابة مؤسسات المجتمع المدني من أحزاب سياسية ونقابات واتحادات ومنظمات غير حكومية ... الخ.

فلأحزاب السياسية دور هام في المحافظة على حقوق الأفراد ، فهي عندما تجد إخلالاً في عمل إحدى الإدارات وأجهزة الدولة ، تسارع إلى إبداء النصائح والإرشادات لتلك الأجهزة أو تقوم بتوجيه اللوم والتعنيف وقد يصل الأمر إلى استدعاء الشعب على الحكومة ، مما يؤدي إلى قيام رأي عام معارض للحكومة ، قد يدفع هذه الأخيرة إلى إعادة النظر في تصرفاتها وتوضيحها ، وقد يؤدي إلى سحب الثقة من الحكومة أو عدم مساندها في

(١) من هذه البرامج التلفزيونية : برنامج بلا موعد على قناة العراقية ، وبرنامج المعقب على قناة الفرات ، وبرنامج مع الناس على قناة بغداد الفضائية وغيرها ، ومن الصحف المحلية صحيفة الصباح ، وكذلك برنامج مع القانون على راديو العراقية .

(٢) د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ ، د. سعيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٢٠٠٤ ، ص ١٢٧-١٢٨ .

كذلك الحال بالنسبة لل نقابات والاتحادات والجمعيات فهي الأخرى تمارس دوراً رقابياً يتمثل في تسليط الضوء على تجاوزات وانحرافات الإدارة والمطالبة بحقوق منتميها المتضررين جراء هذه السلبيات وبالتالي تساهم في إبعاد الإدارة عن اتخاذ القرار غير السليم واتخاذ آخر سليماً بدلاً منه^(٢).

وتتشابه وسائل هذه الأحزاب والنقابات والمنظمات غير الحكومية في رقابتها فهي تمارسها عن طريق صحافتها ومؤتمراتها وكذلك عقد الندوات والاجتماعات العامة وطبع المنشورات والدعاية بكل وسائل الإعلام والإعلان^(٣)، لتوعية الرأي العام وحثه على اتخاذ موقف معين تجاه تصرف معين صدر من الإدارة، كما إن الأحزاب بتصارعها في الآراء واختلاف الحلول التي تقدمها، تضع نصب أعين السلطات العامة هذه الآراء وتلك الحلول لكي تتمكن بعد الدراسة المتأنية من صدور قراراتها التي تحيء متمشية مع اتجاهات المجتمع وتطلعات أفراده^(٤).

وتعد رقابة الرأي العام في بعض الأحيان رقابة وقائية، تستهدف منع اتخاذ بعض القرارات أو القيام ببعض الأعمال نظراً لعدم مشروعيتها أو ملاءمتها، فنجد في بعض الأحيان إن الرأي العام يمارس رقابته على أعمال الإدارة العامة قبل ولادتها، ويناقش مشروعيتها و ملاءمتها قبل القيام به، ويعبر عن وجهة نظره سواء كانت ايجابية أم سلبية، لذا يتوجب على الإدارة الإقلاع عن القيام بعمل إداري عبر الرأي العام عن وجهة نظره السلبية إزاءه، أو القيام به بالكيفية التي يتمناها.

وخلاصة القول نرى بأن للرأي العام دوراً كبيراً في حل المنازعات قبل وصولها إلى القضاء وذلك سواء عن طريق وسائل الإعلام أو عن طريق مؤسسات المجتمع المدني و بكلتا الطريقتين فأن وسائل الإعلام أو الأحزاب أو النقابات أو غيرها تقوم بطرح الحلول أمام الإدارة، فإن استجابت لتلك الحلول كان بها ونعمت حيث تكون قد وفرت الوقت والجهد والوقوف أمام القضاء وان لم تفعل فلا يكون هناك سوى اللجوء إلى رقابة القضاء.

(١) د. سعيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٤٠، و عامر زغير الكعبي، حدود سلطة الإدارة...، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) د. فاروق احمد خماس، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٣) د. جورجي شفيق، قواعد وأحكام القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٤٧.

لقد كفل الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وذلك في ما قضت به المادة (٣٨) منه: (تكفل الدولة، بما لا يخل بالنظام العام والآداب:

أولاً- حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل.

ثانياً- حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر.

ثالثاً- حرية الاجتماع والتظاهر السلمي، وتنظم بقانون)

أما المادة (٣٩) فقد أقرت حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية والانضمام إليها.

(٤) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، توازن السلطات ورقابتها، دراسة مقارنة، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٢٦٤.

المطلب الثالث / الرقابة البرلمانية

يأخذ أسلوب حل المنازعات الإدارية شكلاً آخر بالإضافة لما سبق حيث تشمل الرقابة السياسية أيضاً رقابة البرلمان باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع ، إذ يملك من خلال التشريعات التي يصدرها أن يوسع ويضيق من صلاحيات الإدارة ، أو يخضع ممارسة صلاحياتها لقيود وضوابط دقيقة ، بهدف حماية حقوق الأفراد وحررياتهم^(١) .

والمقصود بالرقابة البرلمانية تلك الرقابة التي تمارسها المجالس النيابية^(٢) ، والتي قد تسمى بالبرلمان أو بالجمعية الوطنية أو مجلس الأمة أو مجلس النواب - والتسمية الأخيرة هي المأخوذ بها في العراق - ويتوخى البرلمان من هذه الرقابة مراقبة مدى طاعة السلطات الإدارية للقوانين التي يضعها ، وتقوم هذه الرقابة على أساس مسؤولية الإدارة أمام البرلمان ، وما يتفرع عن ذلك من حق سحب الثقة .

وابرز صور الرقابة البرلمانية تتمثل في توجيه السؤال للوزير أو الوزارة كما إن للبرلمان حق إجراء تحقيق في موضوع معين^(٣) ، كذلك فإن للإفراد طرح الشكاوى على طاولة البرلمان عن طريق ممثليهم^(٤) ، وفي حالة ثبوت الخطأ فإن ذلك يعرض الوزارة أو الوزير المخطئ للمسؤولية الجنائية أو المدنية أو السياسية^(٥) .

وهكذا نجد إن صور الرقابة البرلمانية^(٦) قد تدفع بكل وزير إلى الالتزام بقواعد القانون وإلزام بقية موظفيه باحترام تلك القواعد .

(١) د. علي خطار ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ...، مصدر سابق ، ص ٢٧٦ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ...، المصدر نفسه ، ص ٢٧٨ .

(٤) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ...، مصدر سابق ، ص ٥٠-٥١ ، و د. محمود محمد حافظ ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص ٧٣ ، و د. فؤاد العطار ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٥) د. سعيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٥١-١٥٣ ، د. محمد شافعي أبو راس ، القضاء الاداري ، عالم الكتب ، القاهرة ، بدون ذكر سنة الطبع ، ص ٨٢ ، و عامر زغير ، حدود سلطة ...، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

(٦) تتولى الدساتير بنفسها تحديد طرق الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة أو السلطة التنفيذية ، نظرا لمساس الموضوع بالعلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ومحافظة على استقلال كل منهما في مواجهة الأخرى ، وقد كفل الدستور العراقي رقابة البرلمان على أعمال الحكومة احتراماً لمبدأ المشروعية ، المادة (٦١) الفقرتان سابقاً وثامناً من الدستور العراقي .

وقد لا يكتفي المشرع الدستوري بفرض الرقابة البرلمانية على أعضاء السلطة التنفيذية وتقرير مسؤوليتهم عن أعمالهم ، وإنما يبسطها إلى بعض أعمال هذه السلطة ، بحيث يكون للبرلمان إذا رأى عدم مشروعيتها أو عدم ملاءمتها سياسياً أن يقرر إلغائها أو الحد من آثارها وذلك وفقاً للدستور ، لاسيما في حالة الضرورة أو بعض أعمال الإدارة في الظروف العادية ، مثال ذلك التصرفات المالية التي أشار إليها الدستور المصري لسنة ١٩٧١م في المواد من (١١٤-١٢٣) ، راجع د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٧٩ .

وتأسيساً لما تقدم فإن الإدارة عند إصدارها قراراتها أو قيامها بأعمالها عليها أن تتحرى الدقة والصواب في ما تصدره وإلا نعي على تصرفها بعدم المشروعية ، وعند ذلك يجوز لصاحب المصلحة أو المتضرر أن يلجأ إلى ممثله البرلماني في طرح أخطاء الإدارة كموضوع للمناقشة وله حق الاستيضاح من الوزارة أو الإدارة المسؤولة عن تلك القرارات أو الأعمال ، وفي حالة خطأ الإدارة وامتناعها عن إلغاء القرار غير المشروع أو سحبها له - أو حتى امتناعها عن إصدار قرار في مصلحة الفرد - فإن للبرلمان كامل الحق في طلب الاستجواب أو التحقيق مع الوزير المسؤول الذي قد ينتهي بسحب ثقة الوزير أو الوزارة في حالة المسؤولية التضامنية .

المطلب الرابع / تقدير الرقابة السياسية

تعاب الرقابة السياسية ببعض العيوب ، حيث انتقدت بأنها :

- ١- يغلب عليها الطابع السياسي والتأثر بالأهواء والمنازعات السياسية دون أن يكون هدفها الأساسي إلزام الإدارة بحكم القانون^(١) .
- ٢- لا تنشط الرقابة السياسية - بالأخص البرلمانية - إلا في المخالفات الإدارية الكبيرة ، أما المخالفات البسيطة فأنها لا تحظى باهتمام البرلمان^(٢) ، بالإضافة إلى إنها رقابة مقصورة على أشخاص السلطة التنفيذية وليس على أعمالهم ، وإذا انصبت على أعمال معينة فأنها تنصب على أعمال عامة تتعلق بسياسة الدولة بصدد مسألة معينة ، أو إنها مقصورة في معظم الأحيان على بعض أعمال الضرورة وهي أعمال تستطيع مخالفة القانون بما لها من قوة القانون ، بينما تقلت الغالبية من الأعمال الإدارية في الظروف العادية من هذه الرقابة تماماً ، بل إنها قد تقتصر على القرارات التنظيمية دون القرارات الفردية إلا في نطاق محدود ولا اعتبارات خاصة^(٣) .
- ٣- جزاء الرقابة السياسية في نظر الأفراد جزاءً سلبياً ، فمثلاً إن نتيجة الرقابة البرلمانية هو سحب الثقة من الحكومة ولا يصل الأمر إلى إلغاء العمل أو التعويض عنه^(٤) .

(١) عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٣ ، و د. محمد محمد عبده إمام ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٠ ، و د. حمدي سليمان القبيلات ، الرقابة الإدارية والمالية ... ، مصدر سابق ، ص ٣٤ ، و د. احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٢) د. محمد محمد عبده إمام ، المصدر نفسه ، ص ٦٠ ، و د. عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في الكويت ، دراسة نظرية تطبيقية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ديسمبر ١٩٨١ م ، ص ١٣ (الهامش) .

(٣) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري الرقابة ... ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠ .

(٤) د. إبراهيم طه الفياض ، القانون الإداري ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص ٦ ، و د. عثمان عبد الملك الصالح ، المصدر نفسه ، ص ١٣ (الهامش) .

٤- إنها قد تعجز عن تحقيق الهدف المقصود منها وذلك لاعتبارات حزبية لأنه من الملاحظ انه في الأنظمة البرلمانية أن الوزارة تتولى شؤون الحكم وهي من الحزب الذي فاز بالأغلبية في البرلمان وهذه الأغلبية قد تنتسب على أعمال الحكومة أمام الرأي العام لان بقائها مرتبط ببقاء الوزارة ، وبالتالي من غير المتصور أن يصار إلى سحب الثقة من الحكومة لان ذلك سينعكس على وجود الحزب في السلطة ، أو استمراره للدورات الانتخابية القادمة، لذا فإن هذه الرقابة لا تؤتي ثمارها إلا في الدول التي بلغت درجة من النضج السياسي بحيث تستطيع تكوين رأي عام مستنير يمكنه تعهد شؤونه العامة السياسية والمالية والإدارية (١) .

ورغم الانتقادات التي وجهت للرقابة السياسية إلا إننا نرى إن ذلك لا يقلل من أهميتها ولا يبعدها عن أن تكون أسلوباً لحل المنازعة الإدارية خصوصاً رقابة الرأي العام ، حيث إن الفكرة فيها تكون هنا أدبية فرغم إنها قد لا تحل المنازعة بصورة مباشرة ، إلا إنها قد تدفع بالإدارة إلى الالتزام بقواعد القانون مما يدفع بالإدارة في بعض الأحيان أن تلغي تصرفها قبل إثارة الرأي العام عليها ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر نرى إن رقابة الأحزاب السياسية والتنظيمات النقابية رقابة فاعلة ومهمة نظراً لما يتوافر لها من إمكانيات مالية وكوادر فنية متعددة ومتنوعة تمكنها من الوصول إلى الحقيقة ، ومناقشتها مناقشة موضوعية ، ومما لا شك أن رقابة الرأي العام تنطوي على مزايا كبيرة ، تتمثل في إنها تشمل رقابة أعمال الإدارة القانونية كافة ، سواء أكانت قرارات إدارية أم عقوداً إدارية ، وقد تمتد حتى للأعمال المادية كالحفريات في الطرق العمومية مثلاً، أو وضع حواجز الحماية في منعطفات الطرق الخطرة وغير ذلك من الأعمال المادية ، وهذه الأهمية لا تقتصر على رقابة الرأي العام فقط وإنما تشمل الرقابة البرلمانية أيضاً ، وكما تمتاز الرقابة السياسية بأنها رقابة شاملة للمشروعية و الملاءمة ، ومن جانب ثالث وبالنسبة للرقابة البرلمانية فأننا نرى فيها أيضاً أسلوباً لحل المنازعة الإدارية حيث إنها وان كان جزائياً يقتصر على سحب الثقة من الوزير أو الوزارة كلها إلا إننا نرى أن ذلك يسهم في زيادة حرص الوزارة على متابعة أعمال وقرارات موظفيها وعدم مخالفتهم القوانين واعتدائهم على حقوق الأفراد لكيلا يتعرضوا للمساءلة أو الاستجواب ، وهنا تثار الرقابة الإدارية للعمل على سحب أو إلغاء أو تعديل القرارات الإدارية ، أي نود القول إن الرقابة السياسية لا تتوضح بصورة كاملة ما لم تدعمها وتقويها الرقابة الإدارية وباجتماعهما تتجنب الإدارة الوقوف أمام القضاء ، فضلاً عن إعطاء كل ذي حق حقه.

(١) د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات في القضاء الإداري ، ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧م ، مصدر سابق ، و د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ، ص ٣-٤ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
اعتمدت بعض الدول طريقاً آخر للتخفيف عن كاهل القضاء الإداري والفصل في المنازعات الإدارية بأسلوباً
آخر ، وذلك باستحداث هيئات مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية (١) ، ولتمارس وظيفة الرقابة على
تصرفات الإدارة والبحث في مدى موافقتها للقانون .

لذا فأنا أثرنا البحث في نماذج من هذه الهيئات التي اعتمدها بعض الدول ، من هنا سنتطرق في المطلب الأول
لنظام الأمبودسمان ومن ثم يدور الحديث في المطلب الثاني عن الوسيط الفرنسي وسندرس في المطلب الثالث عن
هيئة الادعاء العام السوفيتي ، يليها مطلب رابع لتقدير رقابة الهيئات المستقلة .

المطلب الأول / نظام المفوض البرلماني (الأمبودسمان)

عرفت بعض الدول نظاماً خاصاً للرقابة لتحقيق حماية حقوق الأفراد وحررياتهم في إطار مبدأ المشروعية .
وتجمع هذه الرقابة بين كل من الرقابة السياسية والإدارية والقضائية (٢) .

وللإحاطة بتعريف هذا النظام واختصاصاته وإجراءاته أو وسائله في حل النزاع سوف نقسم المطلب إلى فرعين
نتناول في الأول التعريف بنظام الأمبودسمان ونخصص الثاني لاختصاصاته ووسائله أو إجراءات وسلطات
الأمبودسمان .

الفرع الأول / التعريف بنظام الأمبودسمان

الأمبودسمان كلمة سويدية يقصد بها الوسيط (Intermediar) أو المفوض أو الممثل أو النائب الذي يمثل
المواطنين (٣) ، و الأمبودسمان جهاز منبثق من البرلمان يختص بحماية حقوق المواطنين وحررياتهم ويحتفظ لنفسه
بامتيازات الرقابة على الإدارة التي يمارسها في أوسع نطاق ممكن وبكل الوسائل في إطار الشرعية (٤) ، بعبارة
أخرى يمكننا القول : إن الأمبودسمان هو شخص مكلف من البرلمان بمراقبة الإدارة والحكومة وحماية حقوق
الأفراد وحررياتهم .

(١) إن نظام الأمبودسمان ليس وسيلة جديدة إضافية من وسائل الرقابة ، ولكنه طريقة مستحدثة من طرق الرقابة التي تمارسها السلطة التشريعية ، د. ليلي
تكلا ، نظام الأمبودسمان البرلماني والديمقراطية في السويد ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : [http://digital.ahram.org.eg](http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?serial=213120&eid=1656) تاريخ الزيارة ٢٠١٢/١٢/٨ .

(٢) إن مهمة الأمبودسمان وسطاً بين الرقابة البرلمانية والرقابة القضائية ، كلاويش مصطفى إبراهيم الزلمي ، نظام المفتش العام وتطبيقه في العراق ،
دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ م ، ص ٨٠ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٥ ، و د. طارق المجذوب ، الإدارة العامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م ،
ص ٥٥٥ .

(٤) كلاويش مصطفى الزلمي ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٨١ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
ويطلق الباحثين على الأمبودسمان أيضا لفظ المفوض البرلماني أو مأمور التحريات ، ولقد تطور هذا النظام حتى بات يطلق عليه اسم (حامي المواطن) للجوء المواطن إليه طالبا حمايته و تدخله إذا ما صادفته مشاكل أو صعوبات مع الحكومة أو الجهات الإدارية (١) وهذه التسمية الأفضل لأنها الأقرب للدلالة على اختصاصه وسلطاته .

استحدث هذا النظام في السويد لأول مرة في دستورها الأول لعام ١٨٠٩م ليكون وسيلة لتحقيق التوازن بين سلطة البرلمان والسلطة التنفيذية وللحد من تعسف الأخيرة في استخدامها لامتيازاتها في مواجهة الأفراد .

ويقوم البرلمان في السويد بتعيين الأمبودسمان وذلك بواسطة عدد من أعضائه (٢) ، وتكون مدة تعيينه محددة وغالبا ما تكون لمدة أربعة سنوات قابلة للتجديد ، وجرى العرف بأن يتم اختياره من بين كبار رجال القانون المشهود لهم بالكفاية والحيدة والنزاهة (٣) .

وأصبح نظام الأمبودسمان مقبولا في معظم الدول الاسكندنافية ، فتبنته فنلندا عام ١٩١٩م ، وأخذت به الدنمارك عام ١٩٥٥م ، والنرويج عام ١٩٦٢م، واعتمده بعض الدول مع إجراء بعض التعديلات عليه منها نيوزلندا عام ١٩٦٢م والمانيا الاتحادية عام ١٩٥٥م وكندا عام ١٩٦٧م ، وأنشأت بريطانيا المفوض البرلماني للإدارة عام ١٩٦٧م (٤) .

الفرع الثاني / اختصاصات الأمبودسمان ووسائله وسلطاته

يختص الأمبودسمان بأعمال الرقابة والإشراف في ثلاثة مجالات هي: الإدارة والجيش والقضاء ، ففي مجال الإدارة فان اختصاصه شامل لكل نشاط الإدارة والعاملين في الأجهزة الإدارية المركزية والمحلية (٥) ، فيختص بحماية حريات الأفراد وحقوقهم من تعسف الحكومة والإدارة ، ورفع الغبن عنهم ، والكشف عن أوجه القصور أو التعارض في القوانين واللوائح والعمل على تعديلها (٦) .

(١) د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري الليبي ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

(٢) عددهم ٤٨ عضوا يختارون لهذا الغرض ، ويشترك في انتخابه ممثلو الأحزاب المختلفة للبعد عن تيارات السياسة الحزبية ، انظر: د. سعيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٣) د. سعيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص ١٥٧ .

(٤) انظر د. طارق المجذوب ، مصدر سابق ، ص ٥٥٥-٥٥٦ .

انتشر هذا النظام في الدول الاسكندنافية وبالتالي إلى بقية دول أوروبا ومن ثم أصبحت هناك اتحادات تسمى مؤسسة الأمبودسمان الدولي وتضم حتى سنة ٢٠٠٢م (١٣٥) دولة من جميع القارات ومقرها كندا ، وهناك أيضا منظمة أخرى إقليمية هي اتحاد الأمبودسمان الأفريقي والتي تضم ما يقارب ٣٠ دولة ، كلاويش مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٨٠ ، وأخذت بهذا النظام أيضا الهند وأطلقت عليه اسم لوكيال ، د. ليلي ت كلا ، مصدر سابق .

(٥) يواجه الأمبودسمان مشكلة امتداد رقابته إلى الهيئات المحلية كمجالس القرى والمحافظات إذ قد يتضمن تدخله ومراقبتهم عدوانا على استقلالهم ، إلا أنه بعد (١٥٠) سنة من التطبيق تم لهم السماح بالمراقبة في السويد ، أما في الدنمارك فيبعد ثماني سنوات من تاريخ إنشاء النظام ، أما في انكلترا فلا يستطيع الأمبودسمان مراقبة الهيئات المحلية ، انظر كلاويش مصطفى ، المصدر نفسه ، ص ٨٣ .

(٦) د. سعيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص ١٥٨ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
ويدخل في اختصاصه موظفو القوات المسلحة ، فاختصاصه عام يمتد لجميع الأجهزة ، كذلك فإنه تمتد رقابته للعاملين بالسلطة القضائية سواء في المحاكم أو سلطات الاتهام فهو يقوم بجولات تفتيشية على المحاكم ويتأكد من عدم مرور وقت طويل بين الاتهام والمحاكمة حرصاً على حريات الأفراد ويلتقي بالمسجونين ونزلاء المؤسسات ويستمع إلى شكاوهم ، ويسأل القضاة عن الأخطاء التي ترتكب في غير مجال إصدار الأحكام كالتأخير في سير الدعوى بدون مبرر (١) ، ويخرج عن اختصاص الأمبودسمان الملك وأعضاء البرلمان والمواطن العادي والوزراء (٢) .

ويمارس الأمبودسمان تلك الاختصاصات بعدة وسائل وإجراءات ، فله الحق في التدخل من تلقاء نفسه ، أو بناء على شكوى يتلقاها من الأفراد فيستطيع كل مواطن إذا شعر بأن غبنا وقع عليه أن يقدم شكوى إلى الأمبودسمان وبدون أية شكلية معينة حتى لو كان الشاكي غير محق في شكواه وبدون أن يكون له بالضرورة مصلحة خاصة أو دعوى شخصية ، كما إن له أن يقوم بالتفتيش على مختلف المرافق الإدارية والبوليسية والقضائية وله حضور جلسات المحاكم أو اللجان ويتحقق خلال ذلك من حسن سير هذه المرافق بقيام العاملين فيها بأداء ما اسند إليهم من واجبات في الوقت المحدد ، وتعتبر الصحافة من المصادر الهامة التي يتلقى عنها الأمبودسمان بعض نشاطه فإذا وجد فيها أي نقد موجه ضد أي إدارة فإنه يأمر بالتحقيق للتحقق عما إذا كان النقد صحيحاً أم لا .

وبالنسبة لسلطاته ، فيلاحظ عدم امتلاك الأمبودسمان سلطة إلغاء أو وقف أي قرار إداري ، ولكن يستطيع أن يتدخل في أي نزاع ويتوسط فيه ويمكنه من أن يطلب من جهة الإدارة أن تغير قرارها بتعديلها له ، فمهمته هي التأثير أي يستعمل سلطته الأدبية ، فيعمل على توجيه الإدارة إلى وجوب إتباع أسلوب معين في عملها لتتدارك أخطائها ، وان الإدارة تستجيب له إذا ما كان محقاً لان شخصية الأمبودسمان تفرض احتراماً لسماع توجيهه ، وله استجواب أي موظف في هذا الشأن وله إقامة الدعوى على الموظفين المقصرين في أداء واجباتهم ومطالبتهم بالتعويض لمن لحقه ضرر من جراء التصرف غير المشروع ، هذا ويقدم الأمبودسمان تقريراً سنوياً إلى البرلمان يتضمن ما قام به من أعمال خلال تلك السنة ، وان هذه الوسيلة لها فاعلية وتأثيراً كبيراً لأن الإدارة لا ترغب بأن تكون محل مساءلة ونقاش أمام البرلمان (٣) .

و للأمبودسمان في سبيل القيام بالمهام الملقاة على عاتقه الحق في الاطلاع على جميع الوثائق والملفات الرسمية والسجلات الخاصة حتى ولو كانت سرية بل له أن يطلع على أشرطة التسجيل التي استخدمها البوليس عند التحقيق وله استدعاء أي موظف واستجوابه فيما ينسب إليه من ظلم أو تقصير في أداء واجباته ، وله حق إقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة ضد كل من يرتكب أعمالاً تخالف القانون ، وله حق مطالبة الدولة أو الموظف بتعويض كل من لحقه ضرر من جراء اتخاذ تصرفات غير قانونية (٤) .

(١) د. حمدي عبد المنعم ، ديوان المظالم ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٨٨م ، ص ٢٦٥ ، و د. ليلي تكلا ، مصدر سابق .

(٢) د. سعيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ ، د. محمد سامي الشوا ، الوساطة والعدالة الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٨٤-٨٧ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٦ ، و د. طارق المجذوب ، الإدارة العامة ، مصدر سابق ، ص ٥٥٦ ، د. حمدي سليمان القبيلات ، الرقابة الإدارية والمالية ... ، مصدر سابق ، ص ٣٩ ، د. محمد انس قاسم ، نظام الأمبودسمان السويدي مقارناً بناظر المظالم والمحتسب في الإسلام ، مجلة العلوم الإدارية ، القاهرة ، العدد الأول ، سنة ١٩٧٥م ، ص ٧٧ ، و د. محمد سامي الشوا ، المصدر نفسه ، ص ٨٦ .

(٤) د. حمدي سليمان القبيلات ، الرقابة الإدارية ... ، المصدر نفسه ، ص ٤٠ ، و د. محمد انس قاسم ، المصدر نفسه ، ص ٧٧ .

ويمتاز أسلوب الأمبودسمان بالسرعة في البت في الشكاوى والتظلمات ، فيجب التصرف في الشكاوى خلال ٢٤ ساعة من وصولها ، ونظرا لما تحققه الشكاوى من دور فعال في إزالة مشاكل المواطنين فقد زاد عددها - في السويد مثلا - حتى بلغ ٩٨٣ في عام ١٩٦٠م وبلغ ٢١٢٠ في سنة ١٩٦٨م ، كما إن نظام الأمبودسمان لا يتطلب إجراءات معقدة كتلك المتبعة في الأجهزة القضائية ناهيك عن عدم تقاضيه لأية رسوم أو مصاريف (١) .

وان العوامل التي ساعدت على نجاح هذا النظام في السويد هي اهتمامه بكل حالة تصل إليه وعدم إهماله أي شكوى مهما قلت درجة خطورتها أو حتى لو كانت شفهية ، فضلا عن الأفراد أنفسهم لا يبالغون في الالتجاء إلى الشكاوى والتظلم ، ومن الحالات التي بحثها ، رسالة وصلته من طالب يشكو فيها من إن مدرسته أنقصت درجته العلمية بسبب مقال نشره في جريدة المدرسة وبعد التحقق تبين أن هذا يناقض دستورية حرية الصحافة الذي يقدسه أهل السويد وتدخل المفوض لرفع الغبن عن هذا الطالب (٢) .

جدير بالذكر إن رقابة المفوض البرلماني تجاوزت مبدأ المشروعية إلى مبدأ الشرعية ، فالشرعية هي رضاء الناس عن تصرفات الحكام ، أما المشروعية فهي مطابقة القاعدة الأدنى إلى القاعدة الأعلى ، ولا يشترط رضاء الناس عن هذه المطابقة ، لذلك فإن رقابة الأمبودسمان تستهدف تحقيق رضاء الناس عن تصرفات الحكام حتى لو كانت هناك مطابقة للقواعد القانونية .

وبناء لما تقدم فأنا نرى في نظام الأمبودسمان في السويد والدول التي أخذت به ، أسلوباً جيداً في حل المنازعات الإدارية ، ورقابة فعالة لإعمال الإدارة نظراً لما يملكه من سلطات في توجيه الإدارة تصل إلى طلب التعويض والطلب بتغيير قراراتها .

(١) د. ليلي ت كلا ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، و د. حمدي سليمان القبيلات، مصدر سابق ، ص ٣٩ ، و كلاويش الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٨٥ .

(٢) د. ليلي ت كلا ، المصدر نفسه ، و د. سعيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

الرقابة غير القضائية وسيلة لحل المنازعات الإدارية
أخذت فرنسا بنظام مشابه لنظام الأبودسمان واسمته (الوسيط) لأنه يتوسط البرلمان والحكومة أو لأنه وسطاً
بين الرقابة البرلمانية والرقابة القضائية (١) .

وقد أنشئ بموجب قانون رقم (٦) في ١٩٧٣/١/٣ م ، ويعين الوسيط بمرسوم جمهوري من رئيس الجمهورية
بعد أخذ رأي مجلس الوزراء ولمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد ، ويتمتع الوسيط بحصانة واستقلال عما يصدر
منه أثناء تأدية عمله ، فلا يمكن عزله خلال هذه المدة أو إنهاء ممارسة أعمال وظيفته ، إلا عندما يتعذر عليه القيام
بواجباته الوظيفية ويترك أمر تقرير ذلك إلى لجنة مكونة من نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة النقض
ورئيس ديوان الرقابة المالية ، ويتخذ القرار بالإجماع (٢) .

ويتمتع الوسيط باستقلال تام فلا يتلقى أية تعليمات من أية سلطة ولا يمكن إلقاء القبض عليه أو ملاحقته أو
توقيفه أو حجزه بسبب أعمال وظيفته أو الآراء التي يدلي بها ، أي لا يسأل جنائياً أو مدنياً ولا يجوز مخاصمته
فيما يتعلق بممارسته لإعمال وظيفية كما لا يمكن عزله خلال مدة ولايته (٣) .

ويلتزم الوسيط بتلقي الشكاوي من المواطنين المتعلقة بسير الإدارة العامة بواسطة أعضاء البرلمان ، فالشكاوي
لا تقدم إليه مباشرة وإنما تقدم إلى احد أعضاء الجمعية الوطنية حيث يتم النظر فيها ويختارون من بين الشكاوي ما
يرونه معقولاً ومن ثم إحالتها إليه ، كما إنها لا تقدم إليه مباشرة إلا بعد استنفاد (ذو المصلحة) من الأفراد المراجعة
الضرورية للإدارة المعنية بالموضوع (التظلم الإداري ولأئياً كان أم رئاسياً) ، وذلك لفسح المجال أمام الإدارة
لدراسة موضوع التظلم وما قد يترتب على ذلك من إمكانية إلغاء أو تعديل القرار الإداري موضوع الشكاوي
وتسهيلاً للإجراءات الإدارية والتأكد من لجوء الفرد إلى الإدارة المعنية بتظلمه مسبقاً ، وبعد استنفاد طريق التظلم
يمكن اللجوء إلى الوسيط ، وهو بدوره يقدم تقريراً سنوياً مفصلاً عن نشاطه في السنة السابقة إلى رئيس الجمهورية
والبرلمان ويضمن التقرير اقتراحاته وملاحظاته حول سير الإدارة العامة والهيئات المكلفة بتسيير المرافق العامة ،
وينشر هذا التقرير في الجريدة الرسمية ، مع ملاحظة إن القانون الصادر في ١٩٩٢/٢/٦ قد اشترط في من يلجأ
إلى الوسيط سواء كان شخص طبيعى أم معنوي أن يكون له مصلحة وفي هذا يختلف عن نظام الأبودسمان
السويدي (٤) .

(١) د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري الليبي ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، المصدر نفسه ، ص ٤٥ ، ود. احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ١٢٩-١٣٠ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، المصدر نفسه ، ص ٤٥ ، د. احمد يوسف ، المصدر نفسه ، ص ١٣٠ .

(٤) د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٢٨ ، و جورج فوديل و بيار دلفولفية ، ترجمة منصور القاضي ، مصدر سابق ، ص ٢١-٢٤ ،
ود. احمد يوسف ، المصدر نفسه ، ص ١٣٠ ، و د. مازن ليلو راضي ، النظم البديلة لتحقيق العدالة والرقابة على أعمال الإدارة ، بحث منشور على شبكة
الانترنت على الموقع <http://www.minshawi.com / other/raghy.htm> تاريخ الزيارة في ٢٠١٢/١٢/٩ م ، و د. علي محمد بدير ، مهمة
الوسيط في النظام الفرنسي لحماية الأفراد ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد الحادي عشر ، العدد الثاني ،
١٩٩٦ م ، ص ٩٨-٩٩ .

ويلعب الوسيط دوراً بارزاً في تخفيف العبء الثقيل عن كاهل القضاء ، فهو يملك حق توجيه الإدارة إلى ما هو كفيل بتحقيق أهدافها ، وتسهيل حل الموضوعات محل النزاع وتوجيه الإدارة إلى إتباع أسلوب معين في العمل ويحدد الوسيط مدة معينة تجيب الإدارة على هذا التوجيه فإذا امتنعت عن الإجابة أو رفضت الرأي المقترح يرفع الوسيط تقريراً إلى رئيس الجمهورية (١) .

هذا وقد اوجب القانون الفرنسي على المواطنين الإجابة على أسئلة واستفسارات الوسيط وله في ذلك أن يطلب من الوزراء تسليم المستندات والملفات التي تخص الموضوعات التي بحثها ولا يجوز له الامتناع عن ذلك وان كانت الملفات سرية إلا إذا تعلق الأمر بالدفاع الوطني أو المصالح السياسية العليا (٢) .

ويخرج عن اختصاص الوسيط وفق نص المادة (٨) من قانون سنة ١٩٧٣م الرقابة على أعمال الإدارة فيما يتعلق بالمنازعات ذات الطابع الوظيفي بسبب إناطة الفصل فيها إلى مجلس الدولة ، وحسبه كفيلاً بتوفير الحماية اللازمة للموظفين (٣) .

ولقد كانت قضية (Saint – Aubin) مثلاً على احترام دور الوسيط في متابعة تصرف الإدارة الذي يشوبه التقصير والإهمال ، وذلك من خلال مطالبة الإدارة بدفع تعويض قدره (نصف مليون فرنك فرنسي) إلى عائلة (saint. Aubin) ، وقد استجابت الإدارة إلى طلب الوسيط بدفع المبلغ المذكور (٤) .

وللأهمية التي يتمتع بها هذا النظام نجد انه كان قد تلقى في عام ١٩٧٤م حوالي ١٦٥٩ شكوى (٥) ، بينما وصل عدد الشكاوى التي تلقاها في عام ١٩٨٩م إلى (١٧٧٥٨) شكوى وسنة ١٩٩٠م إلى (٢٣٠٠٠) وفي عام ١٩٩١م (٣٠٠٠٠) شكوى وعام ١٩٩٣م (٣٨٦٠٠) وسنة ١٩٩٥م (٤٣٤٠٠) شكوى (٦) .

(١) د. علي محمد بدير ، مهمة الوسيط في النظام الفرنسي لحماية الأفراد ، مصدر سابق ، ص ٩٥ .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٧ ، و د. علي محمد بدير ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٩٦ .

(٣) د. جورج فوديل و بيار دلفولفية ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

(٤) تتلخص قضية **St. Aubin** بما يأتي : بتاريخ ١٩٦٤/٧/٥م كانت السيارة التي يقودها كلود (ابن العائلة) قد اصطدمت بشجرة ، وقد أدى الحادث إلى وفاته بالحال ... لم تقتنع العائلة بأن ابنهم قد توفي اثر (حادث مؤسف) كما يشير إليه المخطط وتقارير السلطات المختصة ، بل كانوا يثيرون أمام القضاء بان سبب الحادث كان مديراً من (الأجهزة الأمنية) التي التبس عليها الأمر بأن كلود كان من النشطين في منظمة الجيش السري OAS وكان من المقرر لتلك الأجهزة الأمنية أن (تصفيه جسدياً) ، وبعد رفض التعويض قضائياً عام ١٩٨٨م ، لاعتماد المحكمة المختصة على وجهة النظر الرسمية ، فإن العائلة قد لجأت إلى (الوسيط) أملة أن تجد لديه الحل المناسب لمشكلتها ، وكان تصرف الوسيط ومداخلته مع الإدارة القضائية لا يقوم هنا على أساس التدخل في الحكم القضائي الخاص بالقضية ، لان ذلك ليس من اختصاصه ولا في نطاق صلاحياته ، بل كان تدخله ومطالبته بتعويض العائلة يقوم على أساس أنساني يتمثل في تقدير الضرر المعنوي الذي نتج عن الالام النفسية التي عانت منها هذه العائلة خلال (ربع قرن) نتيجة تقاعس أو تباطؤ القضاء في أداء مهمته بالسرعة المطلوبة ، وكان الوسيط قد أجرى التحقيقات اللازمة في الموضوع التي كانت تشير إلى إدانة الجهاز القضائي بالتقصير ، مما دفع الوسيط إلى أن يتقدم إلى إدارة القضاء بمقترح دفع مبلغ التعويض المذكور عن سوء إدارتها لمهام القضاء في تأمين متطلبات العدالة في البلد في نطاق الزمن المعقول ، انظر : د. علي محمد بدير ، مهمة الوسيط في النظام الفرنسي لحماية الأفراد ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٨٩-٩٠ .

(٥) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٨ .

(٦) جورج فوديل و بيار دلفولفية ، المصدر نفسه ، ص ٢٧ .

المطلب الثالث / هيئة الادعاء العام السوفيتي**(البروكيراتيرا)**

انشأ الاتحاد السوفيتي السابق نظام هيئة الادعاء العام سنة ١٩٢٢م وقد أفرد له دستور عام ١٩٣٦م خمس مواد لتحديد اختصاصاته ، ومن اختصاصاته الإشراف على تنفيذ الأنظمة والقوانين ومراقبة تقيد الإدارة بها وشرعية إجراءاتها في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم في ظل القانون^(١) ، وكان يتم تعيين المدعي العام السوفيتي بواسطة السوفيت الأعلى لمدة سبع سنوات^(٢) .

ويمكن أن يباشر وظيفته تلك بمراقبة الإدارة تلقائياً أو بناء على تظلم يقدم إليه ويعمل على تصحيح الأعمال والقرارات غير الشرعية الصادرة عن الإدارة ، ويقتصر عمل المدعي العام على التأكد من مطابقة العمل الإداري للقانون دون البحث في ملاءمة الإجراءات الإداري أو كفايته ، على عكس الأسلوب الذي اتبعه الأمبودسمان السويدي والوسيط الفرنسي حيث يبحثان في ملاءمة التصرف الإداري بالإضافة إلى مشروعيته^(٣) .

ويعد هذا النظام مساعداً للقضاء في الرقابة على أعمال الإدارة للأفراد ولحقوقهم وحررياتهم ، مما حمل المشرع الروسي على الإبقاء عليه بعد تفكك الاتحاد السوفيتي على الرغم ما يكتنف عمله في بعض الأحيان من عدم التزام الإدارة بأرائه وعدم قدرته على تغيير مسلكها إذا ما أصرت على رأيها .

مما تقدم نرى إن هذه النظم قد أثبتت نجاحاً كبيراً في جميع الدول التي استخدمتها ، بل إن بعضها قد جعل لكل شركة أو دائرة أمبودسمان خاص بها أو مفوضاً أو محامياً حسب التسمية التي اختارها النظام القانوني .

ويلاحظ في الوطن العربي بعض الدول قد اتبعت في نظمها وسائل مشابهة لها من حيث الاختصاصات والوظيفة تلائم واقعها^(٤) ، ولذا يمكننا القول إننا لسنا مجبرين على الاقتباس الحرفي لهذه النظم بقدر ما يمكننا أن نعيد صياغتها مستفيدين من تجارب الدول التي سبقتنا في الأخذ بها ووضعها في السياق الذي يتلاءم مع واقعنا السياسي والاجتماعي والقانوني ، وبالتالي نتمكن من تحقيق مكسب كبير من خلال توفير الحماية والأمان للأفراد على حررياتهم وحقوقهم ومن خلال حل المنازعات بأسلوب ميسر ، مما يعزز الثقة بالسلطة ويحسن العلاقة بها في الوقت الذي أصبحت الأجهزة القضائية مثقلة بالدعاوى التي ترفع أمامها ، وهو بذلك لا ينافس القضاء في مهمته ولا يتدخل في شؤون الإدارة وإنما فقط يقترح ويوجه الإدارة ، حيث يمكنه من التوجه إلى الإدارة المعنية والتقدم ببعض التوصيات لإيجاد الحل الودي حتى ولو كان الأمر معروض أمام القضاء ، ولكن مع مراعاة وجوب تقديم التظلم قبل التقدم أو التوجه إلى الوسيط .

وان كنا نرى في رقابة المفتش العام ورقابة هيئة النزاهة في العراق خير مثال على الرقابة المستقلة في العراق والتي يمكن لها التخفيف عن كاهل القضاء وذلك عن طريق تجنب الإدارة الوقوع في الأخطاء وعدم تقاعسها^(٥) .

(١) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٨ ، ود. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٢٨ .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، النظم البديلة لتحقيق العدالة والرقابة على أعمال الإدارة ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٣) د. حاتم علي لبيب ، نظام المفوض البرلماني في أوروبا ، مجلة مصر المعاصرة ، ١٩٧١م ، ص ٩ .

(٤) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٩ ، كلاويش مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٨٨ ، ومن أمثلة ذلك في مصر نظام الادعاء العام الاشتراكي ، وكذلك الرقيب العام في السودان وديوان المظالم في السعودية و الأمبودسمان المغربي ، انظر: مازن ليلو راضي ، النظم البديلة لتحقيق العدالة والرقابة على أعمال الإدارة ، المصدر نفسه أعلاه ، وفيه انظر اقتراح قانون (المفوض البرلماني العراقي) .
وانظر: تأسيس وعمل المنظمة العربية للأمبودسمان المؤسسة عام ٢٠٠٩م ، بحث منشور على المواقع الالكترونية :
<http://www.mediateur.ma> والموقع : www.maghress.com/almaghribia/99791 تاريخ الزيارة في ١٨/١٢/٢٠١٢م .

(٥) في بيان رقابة المفتش العام وهيئة النزاهة انظر: د.غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل ، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ١١٣ .

المطلب الرابع / تقدير رقابة الهيئات المستقلة

تتمتع هذه النظم بخصائص تميزها عن سائر وسائل الرقابة ، فهي على عكس الرقابة القضائية لا تتطلب أي رسوم أو مصاريف أي إنها مجانية ، كما تتمتع بصفة السرعة التي تفتقر إليها الرقابة القضائية ، بالإضافة إلى عدم اشتراطها أية شكلية في تقديم الشكاوى فمثلاً في السويد المطبق فيها نظام الأمبودسمان فان المواطن يتردد في الالتجاء إلى القضاء لان ذلك يتطلب منه تقديم عريضة ذات بيانات وشكليات ومصاريف ويفضل عليها استعمال وسيلة أكثر سهولة ولا تتطلب أي شكلية حتى ولو كانت الضمانات اقل ، كذلك لا يشترط في الشكاوى توفر المصلحة لمقدمها على نقيض النزاع القضائي ، ولو إن بعض النظم ذهبت إلى اشتراط ذلك بعد ازدياد عدد الشكاوى المقدمة إليها (١) .

و غالباً ما تراقب هذه الهيئات موضوع ملاءمة قرارات الإدارة في مواجهة الأفراد وتستمد سلطتها تلك من مبادئ العدالة والقيم العليا في المجتمع وروح القانون ، فضلا عن إسهامها في اقتراح وتعديل التشريعات وفق ما يلائم التطبيق السليم لها بما يحقق الحفاظ على حقوق وحرريات المواطنين أي إن لها دور هام فيما يتعلق بكل ما يخص الحريات الفردية لأنها تراقب كلا من الإدارة والقضاء على السواء ، وبعض هذه الأنظمة على خلاف القاضي الإداري يمكنه أن يراقب موضوع الملاءمة ولا يقتصر فقط على مراقبة المشروعية ، فمثلا يراقب الأشخاص المعتقلين بدون إذن من القاضي ، فمجال الحريات من أهم المجالات التي يبدو فيها دور هذه النظم وتدخله أكثر فاعلية ، فتقوم بدراسة كل شكوى وتتولى الرد عليها بالتفصيل حتى لو كان الشاكي غير محق في شكاواه ، الأمر الذي أدى إلى حماية حقوق الأفراد تجاه سلطات الإدارة والبوليس والقضاء وتعويض كل من لحقه ضرر ، فمثلاً أصبح المواطن السويدي مطمئناً بأن أية إساءة تصيبه من موظفي الدولة سوف يحتج عليها بأن يقوم بإبلاغها لجهة موثوق بها فتعالجها وتبحث أسبابها وترفع الظلم الذي أصابه من جراء هذا العمل غير القانوني ، فضلاً عن إن الطبيعة الهادئة والرصينة لشخصية الأمبودسمان أو الوسيط وأسلوبه المبسط في التعامل والحجج المنطقية التي يستخدمها ويعتمدها في مداخلته مع الإدارة تبعده عن صفة المحاسب على الإدارة وتظهره بمظهر من يقدم العون لمن يحتاجه والدليل لأسلوب العمل الصحيح ، وهذا قد يدفع الإدارة إلى الاستجابة لمطالبه بتعديل قراراتها أكثر من التعتن الذي قد يرافق موقفها عند لجوء الفرد إلى القضاء لمقاضاتها ، حيث تقوم الإدارة من جانبها بتقديم الحجج والمبررات أمام القضاء لتبرير موقفها ، مما يفوت فرصة حل النزاع بالأسلوب الودي الرضائي (٢) .

(١) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٥٩ .

(٢) د. مازن ليلو ، النظم البديلة...، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، و د. حمدي عبد المنعم ، المصدر السابق ، ص ٢٧٠ ، و د. علي محمد بدير ، مهمة الوسيط في النظام الفرنسي لحماية الأفراد ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

ومما يؤخذ على هذه الهيئات إنها ليست ملزمة باتخاذ إجراء معين في الشكوى المقدمة إليها ولا تتمتع بسلطة إصدار قرارات ملزمة للإدارة ، من جهة أخرى فهو يوجهها إلى إتباع أسلوب معين في تعاملها مع الأفراد ومن خلال ذلك يطلب تعديل أو إلغاء أو تبديل قراراتها ، فسلطته أدبية في هذا الشأن (١) .

نخلص مما تقدم بان الرقابة لا تنفصل عن العمل الإداري ، حيث نجدها تتخذ أساليب وأشكال مختلفة ، فقد تكون سابقة للنشاط الإداري أو مصاحبة له أو لاحقة لممارسته ، ولكن بغض النظر عن أشكال الرقابة التي تمارس على النشاط الإداري يمكن أن نخلص بأنها تهدف إلى تأمين حسن سير المرفق العام من خلال التأكد من احترام الإدارة للقواعد القانونية التي تحكم عملها ، وتقدير ملاءمة العمل للواقع المطلوب ، ومنع تجاوزات الإدارة والحيلولة دون تعسفها في استخدام امتيازاتها وسلطاتها وذلك حماية للأفراد في علاقاتهم معها ، وفي ضوء تحقيق هذه الأهداف فإنها تقوم بحل بعض المنازعات وبأسلوب بعيداً عن القضاء سواء كان ذلك عن طريق الرقابة الذاتية للإدارة أو بناء على تظلم أو عن طريق الرقابة السياسية أو رقابة الهيئات المستقلة .

(١) من النظم المشابهة التي اهتمت بالحفاظ على حقوق الأفراد وحياتهم في التاريخ الإسلامي (نظام الحسبة) القائم على مبدئين هما الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وقد يمارس هذا النظام المسلم بنفسه كما يملك ولي الأمر أن يعين من يتولاه انطلافاً من قوله تعالى (ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون) الآية (١٠٤) من سورة آل عمران ، ألا إن ولاية المحتسب تختلف عن النظم السابقة في إن المحتسب لا يفصل إلا في الأمور الظاهرة من غير أدلة فلا يمارس حق الاستجواب أو سماع الشهود ، للمزيد: د. سعيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧١ و ٣٠٦-٣١١ .

الفصل الثالث / الوسائل الاحتياطية لحل

المنازعات الإدارية عن الطريق غير القضائي

لا ريب إن اللجوء إلى القضاء لا يعد الطريق الوحيد في حل المنازعات بشكل عام والمنازعات الإدارية على وجه الخصوص ، إذ توجد هناك أساليب أخرى لحل المنازعات الإدارية ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء عدا ما ذكر في الفصلين السابقين وذات أهمية كبيرة لحل المنازعات الإدارية وبدأت تأخذ انتشارها في بعض الدول في حل المنازعات الإدارية وهذه الأساليب منها ما اخذ يطلق عليه بدائل التحكيم وهي (الصلح والتوفيق والوساطة والمفاوضة) وأخرى وجدنا فيها طريقاً لحل المنازعات الإدارية وهي الشرط الجزائي في العقود الإدارية وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل الذي سنقسمه إلى مبحثين نخصص الأول للبدائل غير القضائية و التحكيمية لفض المنازعات الإدارية ، أما الثاني فسنتناول فيه الشرط الجزائي وتطبيقاته في حل المنازعات الإدارية بأسلوب غير قضائي وكما يأتي :

المبحث الأول / البدائل غير القضائية و التحكيمية لفض المنازعات الإدارية

أدى ازدياد تدخل الدولة في العديد من المعاملات إلى التفكير في مدى إمكانية اللجوء إلى طرق أخرى بديلة عن اللجوء إلى القضاء الرسمي في الدولة لفض النزاعات التي قد تنشأ عن مثل هذه التعاملات والتدخلات أسوة بتعاملات وعلاقات الأفراد العاديين الذين يفضلون اللجوء إلى طرق التسوية الودية بعيداً عن القضاء الذي يتميز طريق اللجوء إليه بالطول والمشقة والتكلفة ، ولم يعد التحكيم الوسيلة البديلة الوحيدة لفض المنازعات الإدارية بل أصبح أو يكاد يصبح الوسيلة الأساسية لحسم تلك المنازعات ، فإلى جانب التحكيم ظهرت الوساطة والصلح والتوفيق والمفاوضة وغيرها من الوسائل البديلة ، إذ أصبحت من الوسائل الملائمة للفصل في مجموعة هامة من المنازعات ، إذ انتشر استعمالها في مختلف دول العالم بوصفها وسيلة مرنة وفعالة لحسم المنازعات ، إلى إن أصبح يطلق عليها ب (الوسائل البديلة لحسم المنازعات) أو (بدائل تسوية المنازعات) (A.D.R) .

فالمفاوضة مثلاً (Negotiation) كانت أهم وسائل التقريب لوجهات النظر في فترة ما قبل التعاقد ، وحتى بعد نشوب المنازعة واتصالها بعلم القضاء الوطني (1) .

أما **الوساطة** (Mediation) فقد كانت تتم بواسطة الأشخاص المرموقين في المجتمع ، وكانت وسيلة لحسم المنازعات على نطاق ضيق إلى حد ما ، فقد كانت الوساطة تتم في السابق بشكل بسيط قائم على إصلاح ذات البين ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع ، فقد كانت مطبقة في فرنسا بمفهوم المصالحة واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام (١٧٨٩) ، إلى أن ظهرت بمعناها الفني على نطاق أكبر في الأربعينيات ويضاف إلى ذلك دور المحاكم في تشجيع الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية في هذه الفترة وقد أسمتها توفيقاً (Conciliation) ألا انه ازداد ظهورها في الولايات المتحدة الأمريكية في الأعوام (١٩٦٥- ١٩٧٠) .

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣١٦ .

وقد تزايد استعمال هذه الوسائل بصفة مطردة إلى أن عرفت باسم بدائل تسوية المنازعات (A.D.R) Alternative Dispute Resolution - كما اشرنا - وذلك في السبعينات كبديل لنظام التقاضي بخاصة في مؤتمر (pound) ، وكان ذلك في عام ١٩٧٦ عندما أشار كبار رجال القضاء والمحامون إلى مساوئ نظام التقاضي العادي من تأخير ، وتزايد في النفقات أثقلت كاهل الأطراف في المحاكم المكتظة بالمنازعات على اختلاف أنواعها ، ومن هنا بدأت حركة بدائل تسوية المنازعات (ADR) في الظهور بالشكل المتعارف عليه في العصر الحالي^(١) .

لذا يمكننا تعريفها بأنها (الوسائل أو الأساليب التي يلجأ إليها الأطراف المتنازعة عوضاً عن القضاء - العادي أو الاداري - عند نشوء نزاعاً إدارياً بينهم بغية التوصل لحل ذلك النزاع) .

وللمزايا التي تتمتع بها هذه الوسائل - والتي سوف يتم ذكرها - يحيد اللجوء إليها في المنازعات الإدارية - لاسيما منازعات العقود الإدارية وخاصة الدولية منها - والتي تكون منازعاتها بملايين العملات والتي قد يستمر نظر منازعاتها إلى سنوات أمام القضاء الوطني وقد تفقد كثيراً من قيمتها بمرور الوقت .

لذا سوف نقوم ببيان هذه الوسائل بالتفصيل من حيث ماهيتها وإجراءاتها ونبدأها بالصلح في مطلب أول ، ومن ثم المفاوضات والوساطة والتوفيق في مطلب ثان ، ولا بد من بيان الأثر القانوني للوسائل البديلة وتقدير فاعليتها وجدواها في مطلب ثالث وكما يأتي :

(١) في تفصيل ذلك انظر: القاضي بشير الصليبي ، الحلول البديلة للنزاعات المدنية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص٤٨-٥٥ ، ود. محمد إسماعيل ، المصدر نفسه ، ص٣١٦ ، ويشار إلى أصل ولادة الوسائل البديلة إلى أنه كان هناك في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩٧٧م دعوى عالقة أمام القضاء منذ ثلاث سنوات ، وكان هناك مرافعات وجلسات ومستندات إضافة إلى أتعاب محامين ونفقات خبرة ونفقات قضائية ، وأرهقت الدعوى الطرفين بالوقت والمصاريف ، ثم طرحت فكرة وسيلة بديلة لحسم هذا النزاع ، إذ تولى محكمة مصغرة من كل طرف يختار احد كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع ثم يختار الموظفان رئيساً محايداً ، وراقت الفكرة للطرفين وأوقفت إجراءات المحاكمة القضائية وعقدت المحكمة المصغرة جلسة ليست إلزامية في شأن ، واستمرت الجلسة نصف ساعة أدلى بعدها رئيس المحكمة المحايد برأي شفهي لعضوي المحكمة ثم دخل موظفا الطرفين (أي عضوي المحكمة) إلى غرفة جانبية فدخلوا في مفاوضة استمرت نصف ساعة وخرجا ليعلنا اتفاقهما وانتهت الدعوى ووقف نزيف الوقت والنفقات والرسوم والأتعاب ، وكانت ولادة ما سمي في الولايات المتحدة بـ Alternative Dispute Resolution واختصرت بـ (ADR)الوسيلة البديلة لحسم النزاع . انظر د. احمد أنوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء ، بحث منشور على الموقع الالكتروني : members.Multimania.fr/berradarz/article/hal-niza3ate.pdf تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٣/٣١ م .

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الادارية عن الطریق غير القضائي
سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نتكلم في الأول عن التعريف بالصلح وفي الثاني عن مدى جواز الأخذ به في المنازعات الإدارية ، أما الفرع الثالث فسنتناول به إجراءات الصلح وآثاره وكما يأتي :

الفرع الأول / التعريف بالصلح

إذا ما كان التحكيم نظاماً خاصاً للفصل في المنازعات بين الأشخاص أو الخصوم – عن غير طريق القضاء العام في الدولة – يتفقون بمقتضاه على الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم يختارونها ، فإنه بذلك يختلف عن نظام الصلح ، والذي يعد بدوره وسيلة لتسوية المنازعات بين الأطراف الخصوم ، ولكنها وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذوو الشأن بأنفسهم ، أو بمن يمثلونهم ، وبمقتضاها يحسمون خلافاتهم ، وتسوية نزاعاً بينهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض أو كل ما يتمسك به قبل الآخر ، فلقد شرع الصلح لرفع النزاع وقطع الخصومة ودليله في القرآن الكريم قوله تعالى (والصلح خير) (١) .

ويحظى عقد الصلح بأهمية كبيرة في القوانين المدنية المقارنة ، لما يحققه من غاية مهمة وهي الوقاية من الخصومة وإنهائها ، لهذا قيل ((صلح مجحف خير من حكم منصف)) (٢) .

من هنا سوف نقوم بتقسيم الفرع إلى تعريفه لغةً واصطلاحاً أولاً ، ومن ثم نذهب إلى بيان عناصره وأركانه وطبيعته القانونية ثانياً وكما يأتي :

أولاً / تعريف الصلح :

١- لغة : الصلح لغة هو قطع النزاع ، وإنهاء الخصومة ، فالصلح (بضم الصاد وسكون اللام) اسم من المصالحة، خلاف المخاصمة ومعناه السلم ، وأصلح الشيء بعد فساده أقامه، وقد اصطالحوا وصالحو وأصلحو وتصالحو ... ، والصلاح ضد الفساد ، ويقال تصالح القوم بينهم ، وقوم صلوح ، أي متصالحو ، وأصلح ما بينهم ، وصالحوهم ومصالحة وصالحا ، وأصلحه ضد أفسده (٣) .

٢- تعريفه اصطلاحاً : سنتناول هنا تعريف الصلح قانوناً ومن ثم فقهاً وبعد ذلك قضاءً .

أ - قانوناً: لم تورد التشريعات تعريفاً للصلح الإداري إلا إن القوانين المدنية قد عرفت الصلح بشكل عام وكما يأتي :
عرفت المادة (١٥٣١) من مجلة الأحكام العدلية الصلح بأنه (عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول) .

أما المادة (٢٠٤٤) من القانون المدني الفرنسي فقد عرفته بأنه (عقد يحسم به المتعاقدان نزاعاً قائماً ، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً) .

(١) سورة النساء ، الآية (١٢٨) .

(٢) د. محمد حكيم حسين الحكيم ، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ٥٣ .

(٣) ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، باب (صلح) ، ص ٣٧٤ .

وورد تعريفه في التقنين المدني المصري في المادة (٥٤٩) بأنه (عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته) (١) .

أما المشرع العراقي فقد عرفه في المادة (٦٩٨) من القانون المدني بأنه (الصلح : عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي) (٢).

ويلاحظ على تعريف الصلح في التشريع المدني العراقي انه قد نهج نهجا مختلفا في تعريفه عما انتهجه القانون المدني المصري ومن تتبع خطاه (٣) ، والذي أحسن صنعا – أي المشرع المصري – حينما أضاف إلى تعريفه جوهرأ مهماً في عقد الصلح وهو أن ينصرف إلى حسم نزاع قائم أو محتمل الوقوع بكيفية وهو أن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، أما المشرع العراقي فلم يشترط أن يكون هناك نزول متبادل من الطرفين ، وهذا مدلول واسع ، قد يؤدي إلى التباس الصلح بغيره من الوسائل (كالتوفيق أو الوساطة) أو بعض التصرفات كالإبراء والتنازل ، وبذلك يكون التعريف غير منضبط .

ب - قضاءً : عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الصلح بأنه : (عقد يقوم على أركانه القانونية وهي التراضي والمحل والسبب ، وهو من عقود التراضي ، ويترتب على انعقاده ، تنازل المطعون ضده عن المطالبة بالتعويض) (٤) ، كما ورد تعريفه (الصلح عقد ينحسم به النزاع بين الطرفين في موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر ، ولهذا يجب ألا يتوسع في تأويله وان يقصر تفسيره على موضوع النزاع....) (٥) .

كذلك عرفته محكمة التمييز في العراق (الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي ولا يجوز لأحد الطرفين الرجوع فيه ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه) (٦) .

(١) نظم القانون المدني المصري نظام الصلح في المواد (٥٤٩-٥٥٧) ، أما المشرع الفرنسي فقد نظمه في المواد (٢٠٤٤-٢٠٥٨) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) نظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م نظام الصلح في المواد (٦٩٨-٧٢١) .

(٣) نصت المادة (٥٤٩) من القانون المدني الليبي بأن (الصلح : عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه) .

كذلك ما نصت عليه المادة (٤٥٩) من القانون المدني الجزائري المعدل رقم (٠٥-٠٧) المؤرخ في ٢٠٠٧/٥/١٣م على إن : (الصلح : عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه) .

وانظر كذلك المادة (٥١٧) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة (١٩٤٩م) ، كذلك المادة (١/٢٠٤٤) من القانون المدني البلجيكي والتي ذكرت (الصلح : عقد بين الأطراف لإنهاء النزاع القائم ، حيث يتنازل كل طرف عما يدعيه) مشار إليه في محمد حكيم حسين ، مصدر سابق ، ص ٥٤ .

ويقترّب من تعريف التشريع العراقي القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م في المادة (٦٤٧) والتي نصت : (الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي).

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٩١/١/١٢م ، طعن رقم ٧٧٣ ، س ٣٤ ، وانظر حكمها في ١٩٩٢/٤/١٨م ، طعن رقم ٣٥٥ ، س ٣٧ ، موسوعة الفقهاني ، ج ٣٠ ، ص ٢٣٥ ، ورد ذكرهما في ، د.محمد حكيم ، مصدر سابق ، ص ٥٤ .

(٥) محكمة النقض المصرية ١٩٤١/١/١٦م ، طعن ٥١ س ، ١٠ ، وانظر أيضا نقض ١٩٨٥/١٢/٢٩م ، طعن ٢٥٠٦ س ، ٥٢ ق ، أشار إليهما المستشار أنور طلبية ، العقود الصغيرة الصلح والمقايضة والوديعة ، بدون طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بدون ذكر سنة طبع ، ص ٨٧ .

(٦) القرار رقم ٥٦-مدينة ثانية - ٩٧٣ في ١٩٧٣/١١/١م ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، ١٩٧٤م ، ص ١١١ .

ج - تعريفه فقهاً : عرف الصلح عدة تعريفات تدور جميعها حول معنى واحد وهو نية حسم النزاع بين الطرفين من خلال التنازل المتبادل بينهما ، فلقد عرف بأنه : (عقداً يحسم به الطرفان نزاعاً ثار بينهما فعلاً ، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، ويتأتى ذلك بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض من مطالبه)^(١) .

وعرف أيضاً بأنه عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم ، أو بمن يمثلونهم ، يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض ما يتمسك به)^(٢) .

ولقد تعددت تعريفاته بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه ، فقد يكون صلح تجاري أو صلح جنائي أو صلح مدني ، أو صلح إداري ، فالثلاثة الأولى قد حظت بتعريفات الفقه بصورة مستفيضة ، ألا إننا وجدنا ندرة في تعريف الصلح الاداري بصورة عامة ، وما وجدناه يقتصر على جانب من أوجه المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها ، ومثالها التسوية الصلحية الضريبية^(٣) .

فلقد عرف بأنه : (الصلح عقد يترتب التزامات على عاتق طرفين احدهما الإدارة والآخر الخاضع لها وانه نوع خاص من الجزاء الاداري ولا بد أن يعامل بهذه الصفة ...)^(٤) كما عرف بأنه (عقد يتضمن تنازلات تبادلية يتم بمقتضاه التوفيق بين أطراف علاقة معينة ، وإنهاء منازعة نشأت أو تدارك منازعة متوقعة الحدوث ، ويتم التصالح في مجال العقود الإدارية)^(٥) .

وان هناك من يرى إن الصلح المدني يتمثل مع الصلح الاداري ، ألا إن الشخص العام يمثل احد أطرافه - خاصة في مجال العقود الإدارية - ويمكن التمييز بينهما باستخدام المعيار الإجرائي ، فلو كان النزاع من اختصاص القضاء الاداري ، كان صلحاً إدارياً ، أي إن الصلح الاداري يتعلق بالمنازعات الإدارية^(٦) .

وعليه نرى إن الصلح الاداري وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بغير اللجوء إلى القضاء ، وهو عقد يحسم به الطرفان المتنازعان نزاعاً إدارياً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً بالتراضي ، وذلك بنزول كلاً من الطرفين عن جزء من ادعائه ، وإن الأطراف المتنازعة هي التي تفصل في أمرها دون تدخل شخص ثالث .

(١) د. محمود السيد التحويي ، الصلح والتحكيم في ...، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .

(٢) د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٠-١١ .

(٣) انظر في التعريف الفقهي للتسوية الصلحية الضريبية ، حيدر وهاب عبود العززي ، التسوية الصلحية في قانون ضريبة الدخل العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٠ م ، ص ٤-٩ .

(٤) د. محمد سامي الشوا ، القانون الاداري الجزائري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ م ، ص ٢٤٤ .

(٥) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

(٦) د. محمد حكيم حسين ، مصدر سابق ، ص ٧١-٧٣ .

يتضح من التعريفات سابقة الذكر إن الصلح يتكون من ثلاثة عناصر أو مقومات وهي :

أ- وجود نزاع قائم أو محتمل .

ب - نية حسم النزاع .

ج - نزول كل من الطرفين المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته (١) .

فبالنسبة للعنصر الأول فيشترط وجود نزاع قائم أو محتمل ، أما إذا لم يكن هناك نزاع قائم أو محتمل لم يكن العقد صلحا ، كما يشترط أن لا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع وإلا انتهى النزاع بالحكم لا بالصلح (٢) ، فإذا حسم النزاع بالصلح أمام القضاء كان صلحا قضائيا ، وقد يعرض في غير مجلس القضاء لتوقي نزاعا محتملا ويكون صلحا غير قضائي ، أي قد يكون أمام إحدى جهات الإدارة أو اللجان الإدارية (٣) ، وقد يتم الصلح قبل الالتجاء التي القضاء فهو صلح غير قضائي (٤) .

أما بالنسبة للعنصر الثاني وهو نية حسم النزاع إذ يجب أن تنصرف نية الطرفين لحسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما أو توقيفه إذا كان محتملا (٥) .

وبالنسبة للعنصر الثالث وهو نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، فإذا لم ينزل احدهما عن شيء مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه لم يكن هذا صلحا بل هو نزول عن الادعاء وتسليماً بحق الخصم ، إذ إن الصلح يشترط أن يقوم على تضحية من الجانبين وان لم يكن من الضروري أن تكون التضحية متعادلة (٦) .

وان كانت المادة (٢٠٤٤) من القانون المدني الفرنسي لا تنص على وجوب نزول الطرفين عن ادعاءات متقابلة ، لوجود نظام الصلح ، ومع ذلك ، فإن فقه القانون الوضعي الفرنسي يتفق على إن هذا العنصر هو جوهر نظام الصلح ، ويجب أن ينزل كل من المتصالحين - على وجه التقابل - عن جزء من ادعائه ، فإن لم ينزل عن شيء

(١) لقد أكدت على هذا العنصر العديد من القوانين الوضعية الأجنبية ومنها على سبيل المثال المادة (١٩٦٥) من القانون المدني الايطالي ، والمادة (١٨٠٩) من القانون المدني الاسباني ، المادة (١٧١٢) من القانون المدني البرتغالي ، المادة (١٨٨٨) من القانون المدني الهولندي ، المادة (٨٧١) من القانون المدني اليوناني ، والمادة (٧٧٩) من القانون المدني الألماني ، انظر في ذلك ، د. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية ... ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

(٢) المستشار أنور طلبية ، مصدر سابق ، ص ٦٠ ، و نقنات حفيظة ، الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، بحث منشور على الموقع الالكتروني . <http://www.courdeconstantine.mjustice.dz/3/4> تاريخ الزيارة ٢٠١٣/٣/٤ م .

(٣) د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١١-١٢ ، و أنور طلبية ، المصدر نفسه ، ص ٦١ ، و سنان عبد الستار شوكت ، عقد الصلح وآثاره في القانون العراقي ، بحث مقدم إلى المعهد القضائي ، وزارة العدل ، آب ، ١٩٩٢ م ، ص ١١ .

(٤) د. محمد حكيم حسين ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

(٥) أنور طلبية ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٦٢ .

(٦) سنان عبد الستار ، المصدر نفسه ، ص ١٢ ، كذلك فقد نصت محكمة النقض المصرية على (إن مفاد نص المادة ٥٤٩ من القانون المدني إن من أركان عقد الصلح ، نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه ، وإذا كان لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل به احد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر ، ومن ثم فلا محل لادعاء الغيب في الصلح ، ...) ، نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ ، طعن ٢٦ س ، ٣٨ ق ، أشار إليه المستشار أنور طلبية ، المصدر نفسه ، ص ٦٣ .

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الادارية عن الطریق غير القضائي
فمثلاً عندما يتم التصالح لتسوية نزاع تعاقدی ، فان التنازلات التبادلية تمثل غالباً في إن احد المتعاقدين يتنازل عن رفع الدعوى القضائية مقابل قبول الآخر بإصلاح ضرر أو جبر خسارة لحقت بالأول^(١) .

لذا فالصلح وسيلة لتسوية المنازعات الإدارية بدلاً من القضاء العام في الدولة ، ويجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة ، ويؤدي دوره بمناسبة منازعات وقعت أو ستقع ، ويترتب عليه عدم جواز عرض النزاع على قضاء الدولة .

٢- الطبيعة القانونية للصلح الإداري

تعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لأي تصرف أو واقعة معينة مسألة لا تخلو من الصعوبة ، وفي هذا السياق تثار مسألة بيان الطبيعة القانونية للصلح الإداري ، فهل هو تصرف فردي من جانب الإدارة أو من جانب الطرف الآخر ، أم هو عقد مدني في جميع جوانبه ، أم انه وكيف باعتباره عقداً إدارياً ، يحتوي في طبيئته كافة خصائص العقد الإداري ؟ يلاحظ أن هناك من يرى إن الصلح الإداري هو عقداً إدارياً يحتوي في طبيئته كافة خصائص العقد الإداري^(٢) .

بيد أنه يلاحظ إن العقد الإداري يتطلب توافر مجموعة من الخصائص ، فضلاً عن المقومات التي يجب توافرها في العقود المدنية بصفة عامة ، فيخضع العقد الإداري للقاعدة العامة ، وهي إن العقد شريعة المتعاقدين ، وتقوم قواعد الاتفاق مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه ، أما الخصائص المميزة للعقد الإداري ، فلا بد أن يتصل العقد بمرفق عام وان يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص ، وان تكون الإدارة احد أطراف العقد بوصفها سلطة عامة^(٣) .

لذا فهناك من ذهب إلى انه وان كانت الإدارة تمثل احد أطراف العلاقة التصالحية ، كما قد يتعلق التصالح مثلاً بنشاط مرفق عام ، وقد يتضمن عقد الصلح شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص - إذ قد تفرض الإدارة مثلاً شروطاً على الطرف الآخر مثل الدفع الفوري لمبلغ التصالح ، وان هذا أمر غير مألوف في القانون الخاص - ألا انه يؤكد إن التصالح لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون عقداً إدارياً فمعيار التفرقة بين العقد الإداري والعقد المدني يتمثل في انطواء العقد شروطاً تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها بين الأفراد ، لذا فالتصالح لا يعتبر عقداً إدارياً ، و كما لا يعتبر عرض الصلح من الإدارة قراراً إدارياً ، فهو محض تصرف إداري^(٤) .

(١) انظر في ذلك ، د. محمود التحيوي ، الصلح والتحكيم ... ، مصدر سابق ، ص ١٤٦ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

(٣) د. مدحت عبد الحليم رمضان ، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م ، نقلاً عن د. محمد حكيم ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(٤) د. عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص ٧٧-٧٨ . ود. محمد حكيم ، المصدر نفسه ، ص ١٠١ .

(٥) د. محمد حكيم ، المصدر نفسه ، ص ١٠٢-١٠٣ .

وانظر قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٢/٥/١٩٩٠م ، طعن رقم ٢٢٨٤ لسنة ٣١ ق ، الفكهاني ، ج ٣٥ ، ص ٣٧٧ ، أشار إليه : د. محمد حكيم ، المصدر نفسه ، ص ١٠٢ .

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الادارية عن الطرية غير القضائي
وعليه يمكننا القول إن الصلح الاداري لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً ، كما انه لا يمكن أن يكون تصرفاً فردياً ،
إذ انه قائم على الاتفاق بين الفرقاء.

ولا يمكننا القول بأنه عقد مدني بحت ومن جميع جوانبه ، حيث انه يختلف عنه من حيث أطراف المصلحة ،
فعقد الصلح المدني يكون بين أطراف متماثلة أو تشغل مراكز قانونية متساوية أو متكافئة ، بخلاف الصلح
الاداري، إذ إن الإدارة تكون احد أطراف المنازعة وبالتالي احد أطراف عقد الصلح ، كذلك يختلفان من حيث
النزاع المراد إنهاؤه – فالنزاع المراد إنهاؤه في الصلح المدني هو نزاع عادي أو مدني ، أما النزاع الذي يراد
إنهاؤه في الصلح الاداري فهو نزاع إداري كما سبق بيانه .

كذلك من حيث طريقة الإثبات فالصلح المدني إذا لم يكن مكتوباً يقبل إثباته باليمين أو الإقرار ويقبل إثباته كذلك
بجميع طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن إذا فقد سند الصلح بسبب أجنبي أو في حالة وجود مانع مادي أو أدبي
أو في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (١) .

أما الصلح الاداري فنرى انه لا يمكن إثباته إلا بالكتابة ، لأن المتصالح مع الإدارة يتعامل مع جهة رسمية
ومن ثم يتعذر إثبات الصلح بأي طريق آخر من طرق الإثبات .

ولكننا رغم ذلك نرى إن الصلح الاداري يتمتع بالطبيعة العقدية ، حتى وان لم يكن عقداً إدارياً أو عقداً مدنياً
بجميع جوانبه ، ألا انه يقترب بطبيعته من عقد الصلح المدني ، إذ انه يقوم من خلال اتفاق إرادة الإدارة مع إرادة
الطرف الآخر وانه لا يمكن لأحد طرفيها أن يلزم الطرف الآخر رغماً عن إرادته ، فليس للإدارة أن تفرض
التسوية الصلحية رغماً عن الطرف الآخر بقرار يصدر منها إذا ما رفض الصلح معها واختار طريق التقاضي
وكذلك العكس ، ولذا فانه يشترط فيه توافر أركان العقد كما انه تترتب عليه آثار وهي حسم النزاع ، وتصبح له قوة
تنفيذية طالما يفرغ في صورة عقد رسمي ، ويمكننا الرجوع في بعض الأحيان إلى أحكام عقد الصلح في القانون
المدني وبما يتلاءم مع طبيعة المنازعة الإدارية .

٣- أركان عقد الصلح الاداري

بعد إن بينا إن الصلح هو ذو طبيعة عقدية لذا فان له أركان ثلاثة كسائر العقود وهي الرضا والمحل والسبب ،
فالصلح الاداري ، ينبغي فيه قبول الطرفين له ، ألا انه تستلزم فيه شكلية معينة إذ لا يكفي لانعقاده توافق الإيجاب
والقبول ليتم الصلح ، بل لابد من وضع ما تم الاتفاق عليه في صورة عقد رسمي إذ إن الكتابة ضرورية لإثباته ،
فهو عقد ملزم للجانبين يلتزم فيه كل من المتصالحين بالنزول عن جزء من ادعائه في نظير تنازل الآخر عن جزء
مقابل ، فينحسم النزاع على هذا الوجه ، ويسقط في جانب كل من الطرفين الادعاء الذي نزل عنه ، ويبقى الجزء
الذي لم ينزل عنه ملزماً للطرف الآخر ، وهو عقد من عقود المعاوضة فلا احد من المتصالحين يتبرع للآخر (٢) .

(١) حيدر وهاب ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٢) يختلف الصلح عن ترك الخصومة أو (التنازل) ، حيث إن الصلح يتضمن تضحية من الجانبين بينما ترك الخصومة تنطوي على تضحية من المدعي فقط ،
كما انه يختلف عن التوفيق من حيث من يقوم بفض النزاع ، فالصلح يتم بين أطرافه طواعية ، أما التوفيق فيتم بواسطة تدخل طرف ثالث لغرض حل النزاع
أو تقريب وجهات النظر ويقوم بدور ايجابي في التقريب والتوفيق بين طرفي النزاع . انظر : نقنق حفيظة ، الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية
الجديد ، بحث على الموقع الالكتروني : <http://www.courdeconstantine.mjustice.dznaknak.pdf> ، مصدر سابق ، ود. جورج
شفيق ، التحكيم ومدى جواز..... ، مصدر سابق ، ص ٥٤ ، ود. عمرو احمد حسبو ، مصدر سابق ، ص ١١٥ - ١١٦ .

أما **المحل** في عقد الصلح فيجب أن يكون رفع نزاع قائم أو محتمل ، أي إن محل الصلح هو عبارة عن الحق المتنازع فيه ، وبذلك يتميز الصلح عن غيره من العقود ويترتب على هذا إن كل اتفاق ينصب على حقوق مؤكدة غير متنازع فيها يعلم الطرفان بصفته هذه لا يعتبر عقد صلح وان وصفه المتعاقدان بأنه صلحا^(١) .

ويجب أن تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها في المحل بوجه عام ، فيجب أن يكون موجوداً وممكناً ، معيناً أو قابلاً للتعيين ، فضلاً عن أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام ، فلقد نصت المادة (٧٠٤) على شروط المصالح عنه والمسائل التي لا يجوز الصلح فيها^(٢) .

أما **السبب** في الصلح فهو الباعث الذي يدفع المتصالحين إلى إبرام الصلح^(٣) ، ويجب أن يكون هذا السبب مشروعاً لأنه متى كان غير مشروع يكون الصلح باطلاً^(٤) .

الفرع الثاني / مدى جواز الأخذ بالصلح في المنازعات الإدارية

بداية يمكن القول إن المعيار المطبق لتحديد نطاق الصلح الاداري يتحدد بمالية الحق المتنازع فيه وقابليته للتصرف فيه ، وعدم تعلقه بالنظام العام ، حيث حددت المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي ما يجوز التصالح فيه ، وما لا يمكن الصلح فيه ، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري أيضاً^(٥) .

لذا يدور التساؤل هنا حول مدى إمكانية الأخذ بالصلح لحسم المنازعات الإدارية ، وللإجابة على ذلك فلا بد من بيان موقف التشريعات المقارنة من الصلح وأيضاً موقف الفقه والقضاء ، في كل من فرنسا ومصر والعراق ، لنبين في النهاية مدى جواز الأخذ به وكذلك نوع المنازعات التي يمكن حسمها بالصلح ولذا سنتناول ذلك في ثلاثة نقاط ، نبين في الأولى موقف التشريع والفقه والقضاء في فرنسا ، ومن ثم في مصر ثانياً وثالثاً في العراق وكما يأتي تباعاً :

(١) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ م ، ص ٢٥٣ .

(٢) انظر المادة (٧٠٤) والمادة (٧٠٥) والمادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ م ، والمادة (٥٥٠) من القانون المدني المصري ، والمادة (٤٦١) من القانون المدني الجزائري أيضاً .

(٣) هذا ما ذهب إليه النظرية الحديثة أما بالنسبة للنظرية التقليدية فهو الغرض المباشر وهو التزام احد طرفي الصلح مقابل نزول الطرف الآخر عن جزء من ادعائه ، أو هو حسم نزاع قائم أو محتمل وهذا يجعله يختلط بالمحل ، انظر سنان عبد الستار ، مصدر سابق ، ص ٤٢-٤٣ .

(٤) د. محمد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٧١ و ٩٩ .

(٥) في تفصيل ذلك انظر : أنور طلبية ، مصدر سابق ، ص ٩٦-٩٧ .

الصلح مقبول في فرنسا بالنسبة لكل أشخاص القانون العام^(١) ، فلقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٠٤٥) منه صراحة على جواز الصلح في منازعات القانون العام ، واعترف صراحة للبلديات والمؤسسات العامة بإمكانية التصالح .

فأعطى المشرع الفرنسي للصلح في فرنسا أهمية كبيرة في حسم المنازعات الإدارية ، فعمل المشرع الفرنسي على إعطاء أهمية كبيرة لأحكام التسوية الودية للمنازعات الإدارية ، فقام بإنشاء اللجنة الاستشارية للتسوية الودية بموجب المرسوم الصادر في ١٩٠٧/١٢/٢٤م بتشكيل لجان للبحث في المنازعات والخلافات الناشئة عن العقود الإدارية ، كما انه طبقا لقوانين الإصلاح القضائي التي شهدتها البلاد في ١٩٨٧/١٢/٣١ م ، فقد عمل المشرع الفرنسي على إعطاء أهمية كبيرة لأحكام التسوية الودية للمنازعات الإدارية عقودية وغير عقودية^(٢) .

كذلك نجد كمثال لضرورة اللجوء الإجباري المسبق للصلح قبل اللجوء إلى القضاء المادة (١٤) من القانون رقم ٦٥٢/٩٢ الصادر في ١٩٩٢/٧/١٣م المعدل للمادة (١٩) من القانون رقم ٨٤ / ٦١٠ الصادر في ١٩٨٤/٧/١٦م والخاص بالمجموعات الرياضية والاتحادات^(٣) .

وهناك مثل فرنسي يقول (التصالح خير من التناضي) ، وهو بالفرنسية (*mieux vaut transiger que plaider*) فيجد الصلح الاداري مجالات تطبيقه في النزاع المترتب على إلغاء العقد الاداري ، وفي نطاق الوظيفة العامة ، ويرى جانب من الفقه الفرنسي ، إن الصلح الاداري يجد مجاله في مجالات محددة كالضرائب والصيد والغابات ، حيث تملك الإدارة التراضي في تلك المخالفات^(٤) .

كما إن الصلح إجراء مهم من إجراءات العقود الإدارية - خاصة عقود الأشغال العامة -^(٥) ، وقد كان التصالح يعتبر من عقود القانون الخاص إلى إن حدث وظهر في مجال الأشغال العامة فتم تكييفه على انه من العقود الإدارية ، غير إن عقد الصلح يمكن أن يكون عقدا إداريا - حتى خارج نطاق الأشغال العامة - إذا تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، أو طبقا لنظرية التوابع إذا كان تابعا أو مكملا لأحد العقود الإدارية^(٦) .

(١) انظر : . C.E.17Mars.1893,compagnie du Nord,S. 1894 , p119 ، نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

(٢) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

(٣) انظر : د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى جواز ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢- ٢٣٣ .

(٤) Dobkine(M.) : L'ordre re'pressif administratif.D. 1993,P. 137 ets .

نقلاً عن د. محمد حكيم ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

(٥) د. محمد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٣٥ .

نقلاً عن د. ماجد الحلو ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٩٦ . Laurent Richer, Droit des contrats administratif , 1995,p.251. (٦)

وقد ترتب على صدور قانون ١٩٨٢/٥/٢م أن أصبحت الوحدات المحلية – بما فيها البلديات – يمكنها التصالح بحرية ، لان نص المادة (٢٠٤٥) من القانون المدني الفرنسي الذي اخضع صحة تصالح البلديات لموافقة رئيس السلطة التنفيذية قد الغي ضمنا ، بينما ظل استلزام هذه الموافقة نظريا بالنسبة للمؤسسات العامة ، وان كان هذه الحكم لا يحترم عملا إلا قليلا (١) .

ويحقق الصلح الاداري للمرفق العام فائدة كبيرة ، حيث يجنب تأخير الفصل في المنازعات ، وقد تجد الإدارة إن من مصلحتها الالتجاء للصلح ، ومن ثم فالصلح الاداري إجراء غير قضائي في إنهاء النزاع (٢) ، وقد يكون اللجوء إلى الصلح مفروضا على الإدارة وذلك في الحالات التي يتعين على الدولة فيها دفع تعويض – من ذلك مثلا المنشور الصادر من الوزير الأول (رئيس الوزراء في فرنسا) بتاريخ ١٩٩٥/٢/٦م الخاص بتطوير اتفاقات التسوية في المواد الإدارية والذي يحث فيه الإدارات على اللجوء إلى اتفاقات التسوية لحل المنازعات في كل الحالات التي يبدو إن الدولة قد سببت ضررا للغير يتعين عليها تعويضه (٣) .

ويرى البعض إن الصلح الاداري يعتبر بديلا عن العقوبات الإدارية (٤) ، ويتضح من المعالجة السابقة ، تباين الاتجاهات الفقهية فالصلح الاداري يعالج المنازعات الإدارية في مجالات عديدة وان مفهومه مبهم جدا .

ولما كان الصلح يبرم لتجنب الرجوع إلى التقاضي ، فان إبرام عقد الصلح يضع عقبة قانونية أمام تدخل المحكمة يجعلها تحكم بعدم قبول الدعوى إذا كان قد تم توقيع العقد – عقد الصلح – فعلا قبل رفعها ، أما إذا تم الصلح خلال مرحلة نظر الدعوى فلا وجه للحكم منها .

ولقد أكد القضاء الفرنسي إمكان لجوء الأشخاص العامة إلى الصلح ، فقد طبق مجلس الدولة الدفع بعدم القبول بحزم حتى في حالة الإخلال باتفاق الصلح ، فقد تم التصالح بين إحدى البلديات ومقاول أشغال على أن يقوم هذا الأخير بانجاز بعض الأشغال التصحيحية مقابل تنازل البلدية عن الدعوى القضائية ، ورغم إن الأشغال المتفق عليها لم يتم تنفيذها فقد حكم المجلس بان التصالح يحتج به في مواجهة البلدية التي لم يبق لها بعد التصالح إلا رفع دعوى جديدة تقوم على انتهاك شروطه (٥) .

وعندما يقبل الشخص العام التصالح بأن يدفع مبلغاً من المال إلى الطرف الآخر ، فان قيمة هذا المبلغ يجب أن تتناسب مع الإدانة المحتملة التي يخاطر بالحكم بها عليه من القضاء في حالة رفع الدعوى ، فالمبالغ المتفق عليها يجب ألا تكون مجرد مبالغ جزافية تدفع كثمن للتنازل عن التقاضي ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي (بان الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن يحكم عليها بدفع مبالغ لا تجب عليها) (٦) ،

(١) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، المصدر السابق ، ص١٩٦ .

(٢) د. محمد حكيم ، مصدر سابق ، ص٧٢ .

(٣) د. جورج شفيق ، مصدر سابق ، ص٢٣٢- ٢٣٣ .

(٤) . (٤) D. 407, p. 1997, L. G. D. J. Droit Pe'nal et droit administratif : Dellis(G.) نقلاً عن د. محمد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص٧٢ .

(٥) د. ماجد الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، المصدر نفسه ، ص١٩٦-١٩٧ .

(٦) . 235 . Rec . mergui , 19 mars 1971, C.E.35, ReC.35, C.E.8 avril 1921 , compagnie de la N'Goko – sangha , نقلا عن ماجد راغب الحلو ، المصدر نفسه ، ص١٩٧ .

ويترتب على ذلك انه إذا رفض الشخص المعنوي العام تنفيذ تصالح قبل فيه أن يدفع مبلغا لا يجب عليه دفعه، فان القاضي الاداري يرفض إدانته في ذلك إذا رفع الأمر إليه ، ولكن هذه القاعدة لا تطبق بصرامة ، لان ذلك يستلزم من الأطراف توقع ما سيحكم به القاضي على وجه الدقة ، وإلا فان كل التصالحات ستكون باطلة فيجب فقط أن يكون المبلغ المدفوع مبررا بمقدار الضرر الذي يمكن أن يختلف تقديره زيادة أو نقصا في حدود معينة ، غير إن هذا الاجتهاد القضائي قد أسىء فهمه ودفع الإدارة إلى الشك في التصالحات والحذر منها .

وقد تضمن التقرير المقدم من مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣ الإشارة إلى الصلح باعتباره وسيلة من الوسائل النافعة في مجال تسوية المنازعات ، وانتقد قلة الرجوع إلى الصلح ، وحث على تشجيع الصلح في مجال العقود الإدارية (١) .

ثانياً / مدى جواز اللجوء إلى الصلح في المنازعات الإدارية في مصر

لا توجد - في التشريع المصري - نصوص صريحة تجيز اللجوء للصلح في المنازعات الإدارية لحسم هذه المنازعات ، ألا انه يلاحظ إن المشرع المصري وضع نموذجا للتصالح الاداري ، يتمثل في القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٩٧م الصادر في ١٢/٨/١٩٩٧م ، حيث أجاز القانون التصالح في المنازعات القائمة بين مصلحة الضرائب والممولين ، وتلك المنازعات تتعلق بالخلاف بين الممول والإدارة الضريبية حول ربط الضريبة أو قيمتها (٢) .

أما بالنسبة للفقهاء المصري : فهناك من ذهب إلى جواز التصالح في المنازعات الإدارية في مصر بشرط ألا يتعلق الأمر بمسائل متعلقة بالنظام العام ، وألا يكون حق الإدارة فيها ثابتا لا نزاع فيه (٣) .

وذهب رأي آخر في صدد التساؤل عن مدى جواز الصلح في الأحكام الصادرة بالإلغاء إلى إن المستقر فقهاً وقضاءً هو جواز الترك في خصومات الإلغاء ، ولما كان الصلح لا يعدو من الناحية الإجرائية أن يكون تركا وتسليما من الطرفين بما اتفقا عليه من محضر الصلح ، لذا فقد استقر الرأي على جواز الصلح في دعاوى الإلغاء (٤) .

وهناك من ذهب إلى وجود مجالا لنظام الصلح في المنازعات الإدارية ، أي المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والطرف الآخر ، وكذلك في دعاوى الإلغاء ، ألا إن معظم التطبيقات القضائية تتبدى في منازعات التسويات والعقود الإدارية (وهي من دعاوى القضاء الكامل) ، على الرغم من عدم وجود نصوص قانونية صريحة بشأن الصلح في المنازعات الإدارية ، سواء في قانون المناقصات والمزايدات رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ، أو قانون الهيئات العامة رقم (٦١) لسنة ١٩٦٣ ، إذ لم يتضمن أي تنظيم للصلح فيها ، ولكن لا يوجد فيها ما يمنع من اللجوء إلى الصلح في المنازعات الإدارية ، وان ذلك لا يعني سوى تطبيق قواعد القانون المدني - في الصلح - على منازعات عقود الإدارة بنوعها (مدنية ، إدارية) ، باعتبار إن هذه القواعد من الأصول العامة الواجبة التطبيق على سائر الدعاوى أمام كافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها (٥) .

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٣٥ .

(٢) د. محمد حكيم حسين الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

(٣) د. ماجد الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ١٩٨ .

(٤) د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

(٥) د. مدحت محمد عبد العزيز ، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤م ، ص ١١ . ود. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٣٨-٣٩ .

وذهب رأي آخر إلى إن الصلح جائز في مجال العقود الإدارية ، خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق أو التزامات مالية (١) .

وهناك من ذهب إلى إن التصالح قد يتم بين مصلحة الضرائب والممولين ، أي المنازعات التي تتعلق بالخلاف بين الممول والإدارة الضريبية حول ربط الضريبة أو قيمتها ، ويلاحظ أيضا من خلال إجراءات التكاليف الضريبي كثيرا ما يحدث أن يتم تفاهم أو اتفاق بين مصلحة الضرائب والمكلف فينتقلان على حسم النزاع ، ومن ثم على مقدار الضريبة ، وان مثل هذه الاتفاقات قد تقود أطراف النزاع إلى الوصول إلى تسوية تجنبهم البطء الشديد والنفقات ، والمخاطر التي ترافق الإجراءات القضائية ، مما يؤدي إلى تطبيق معقول وعادل ، ولا يسمح فيه للمكلف بالحصول على أي امتياز فعلي (٢) .

وقد اقر القضاء المصري الصلح في المنازعات الإدارية ومن ذلك مثلاً ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بان (لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانها ما أثير من إن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ومن ذلك الاتفاقات الحاصلة على كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية ، ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت محسوبة بصفة نهائية وليست محلا للنزاع، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقاً لأحكام القانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٥٨م في شأن قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة ، أما إذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى فلا تثريب عليها إذا لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح) (٣) .

(١) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ...، مصدر سابق ، ص ٢٣٢ .

(٢) د. محمد الحلاق ، الأساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.damascusuniversity.edu.sy /mag /law/old/economics/.../22.../hallak.pdf ، تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٣/٣١ م ، ود. محمد حكيم ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

(٣) حكمها في ١٩٨٦/٢/١٠ م ، طعن رقم ٨٠٣ لسنة ١١ قضائية ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثامن عشر ، قاعدة رقم ٥٥٧ ، ص ٨٧٠ ، مشار إليه : د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ . ود. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ...، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٣٢ .

ثالثاً / مشروعية اللجوء إلى الصلح في المنازعات الإدارية في العراق

لم نلاحظ في العراق وجود تشريع صريح يجيز اللجوء إلى الصلح في المنازعات الإدارية^(١) ، ولذلك لم يتناولها الفقهاء بالشرح والتعليق ، ولم يأخذ به القضاء ولم نلاحظ له موقف تجاه الصلح الاداري ، كون القضاء ملتزم بالنصوص القانونية^(٢) .

وبرأينا وبناء على ما تقدم ، نرى إن الصلح جائز في المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية أي يشترط في محل النزاع إن يكون حقا ماليا ، كما يشترط فيه عدم تعلقه بالنظام العام ، وان يكون قابلا للتصرف فيه ، وبذلك نرى جواز الصلح في المنازعات الإدارية المتعلقة بحقوق مالية أي يمكن أن تحسم به منازعات العقود الإدارية ، كما يمكن أن تحسم به منازعات التعويض الاداري (أي انه جائز في دعاوى التعويض) ، كما ونرى أن له مجالاً رحباً في منازعات الضريبة بين الإدارة والمكلفين حول تحديد وعاء الضريبة أو تقدير قيمتها ، أما بالنسبة لمنازعات دعوى الإلغاء فلا يمكن أن يحسم الصلح نزاعاً متعلقاً بمشروعية قرار إداري لتنافي طبيعته مع طبيعة دعوى الإلغاء ، أما إذا ترتب على القرار الاداري حقوقاً مالية فيمكن أن تفض أو تحسم عن طريق الصلح الحقوق المالية فقط دون التدخل في مشروعية القرار الاداري وإلغائه.

الفرع الثالث / إجراءات الصلح وآثاره**أولاً / إجراءات الصلح**

الصلح عقد يتم بين أطراف النزاع أنفسهم أو بمن يمثلونهم ، يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض ما يتمسك به ، أي انه الوسيلة الذاتية التي يتم عن طريقها حسم النزاع بالتنازل المتبادل .

لذا فان إجراءه يتم من خلال اتفاق الخصوم ووضع ما يتفقون عليه في صورة عقد رسمي (محرر موثق) ، ويتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم عن طريق تقديم طلب إلى الإدارة أو بمبادرة من الإدارة^(٣) ، ويتفقون على كيفية الصلح بينهم ويكون ذلك بحضور الخصم أو ممثله وكما يحضر ممثل عن جهة الإدارة ، ويتفقون على كيفية الصلح بينهم وما سيتم التنازل عنه من جانب كل طرف ، ويتم توثيق ما يتم الاتفاق عليه في صورة (محرر موثق) ومن ثم توقيع الأطراف عليه ويكون قابلاً للتنفيذ .

(١) ولقد أخذ المشرع العراقي بالتسوية الصلحية في المادة (٥٩) مكرر من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٢م والذي يتمثل بتخلي السلطة المالية عن المطالبة باتخاذ الإجراءات القانونية ضد المخالف الذي ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة (٥٧ و٥٨) مقابل تخليه عن مبلغ من المال ، وهذا كيف بأنه صلح ضريبي وليس صلح إداري أو صلح جنائي وان كنا نرى فيه وجه من أوجه الصلح الاداري .انظر حيدر وهاب ، مصدر سابق ، ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) أما بالنسبة للتشريعات العربية المقارنة فلقد نظم المشرع الجزائري الصلح في المنازعات الإدارية وذلك في المواد من (٩٧٠-٩٧٤) والمواد (٩٩٠-٩٩٣) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (٠٨-٠٩) المؤرخ في ٢٥/٢/٢٠٠٨م وحصره في مجال القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء ، وجعل الرجوع إليه أمر جوازي . للمزيد انظر : نقنات حفيظة ، الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، مصدر سابق ، بحث منشور على الموقع الالكتروني : <http://www.courdeconstantine.mjustice.dznaknak.pdf> .

كذلك يجوز التصالح في منازعات العقود الإدارية في لبنان بعد أخذ رأي بعض الجهات المعنية ، فإذا كان النزاع لم يعرض على القضاء بعد ، وجب استطلاع رأي هيئة الاستشارات في العقد الذي تم إبرامه ويراد التصالح بشأنه ، أما إذا كان النزاع قد عرض على القضاء فيجب أخذ رأي هيئة القضايا التي تمثل الدولة في المنازعات الإدارية ، وإذا تجاوزت القيمة المالية لموضوع التصالح مبلغاً معيناً ، وجب طلب الرأي من ديوان الحسابات قبل إجراء التصالح ، انظر : ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ .

(٣) انظر المادة (٩٧٢) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

وعليه نرى انه يمكن أن تتم هذه الإجراءات أمام لجنة أو دائرة مختصة تكون مسؤولة عن إجراءات الصلح ويتم ذلك بان يرسل الطلب إليها من الخصم ، أو أن تتم بمبادرة من الدائرة ، وبعد حضور الطرفين أو ممثليهم يتم تحرير محضر الصلح ويبلغه الرئيس في الحين للأطراف المعنية ويكون الاتفاق المبرم قابلاً للتنفيذ عند تبليغه ويوقع هذا المحضر من الرئيس وكل من الطرفين .

إن الصلح لا يثبت إلا بالكتابة ، فلا يمكن أن يتم بمجرد الاتفاق الشفوي بين الخصوم ، إذ انه يكون غير قابل للتنفيذ في ذاته ، ولا يكون سنداً تنفيذياً إلا إذا افرغ هذا الاتفاق في صورة عقد رسمي^(١) ، أو قد يتم أمام القضاء في الدولة عن طريق إقرار الخصوم أمام المحكمة واثبات ذلك الإقرار في محضر الجلسة ، وان دور القاضي هو التصديق على الصلح ولا يكون قائماً بوظيفة الفصل في الخصومة لان مهمته تكون مقصورة في إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، وان هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً^(٢) ، أي إن عمل القاضي هنا ليس من قبيل العمل القضائي وإنما يعتبر من قبيل الأعمال الولائية ، أي يستعمل سلطته الولائية ، أي إن الصلح قد تم بين الأطراف الخصوم وحسم به النزاع وما دور القاضي إلا التصديق عليه ليكتسب الصفة الرسمية وليتم تنفيذه^(٣) .

ثانياً / آثار الصلح

لقد قضت المادة (٧١٢) من القانون المدني العراقي بأنه (إذا تم الصلح فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه ، ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه)^(٤) .

لذا فان الأثر الجوهرى هو حسم النزاع وإنهاءه وسقوط الدعوى القضائية ، لذا سوف نتكلم عن حسم النزاع ومن ثم الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية .

١- حسم النزاع : إن إبرام الصلح الاداري يترتب أثراً مهماً وهو إن هذا الصلح يحسم النزاع بين الخصوم عن طريق انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين ويستطيع كل من الطرفين أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح ، وانه لا يجوز لأي من الخصمين أن يجدد هذا النزاع ، فإذا جدد احدهم الدعوى القضائية بشأن هذا النزاع أو ظل على دعواه القضائية أمام المحكمة - رغم الصلح فيها - لم يكن هذا جائزاً ، وللطرف الآخر في الدعوى القضائية أن يدفع بالصلح^(٥) .

وان للصلح أثراً كاشفاً ، أي انه كاشف للحقوق لا منشئ لها فيترتب عليه أن تخلص الحقوق للمتصالح مستندة إلى مصدرها الأول لا إلى الصلح^(٦) ، أي إن الحق الذي اعترف به احد المتصالحين للآخر يعتبر ثابتاً لا من وقت

(١) د. محمود التحيوي ، الصلح والتحكيم ... ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ . وكذلك أنور طلبية ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ ، انظر المادة (٧١١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٥٥٤) من القانون المدني المصري .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في ١٠/١٢/١٩٨١م ، طعن رقم ٨٩٩ س ، ٤٣ ق ، أشار إليه ، أنور طلبية ، المصدر نفسه ، ص ٧٤ ، وانظر : د. محمود التحيوي ، المصدر نفسه ، ص ١٤٨ .

(٣) د. محمد حكيم ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

(٤) انظر المادة (٥٥٣) من القانون المدني المصري .

(٥) د. محمود التحيوي ، الصلح والتحكيم ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٥٦-١٥٧ ، وسنان عبد الستار ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٦) المادة (٥٥٤) من القانون المدني المصري .

الصلح بل من وقت وجود السبب الذي انشأ هذا الحق^(١) ، أي إن اتفاق الصلح الذي لم يكن من شأنه إلا وضع حد للنزاع لا يعدو أثره أن يكون كاشف للحق الذي استقر بالصلح لأحد الطرفين ، إذ إن القاعدة في عقد الصلح أن يكون تفسيره ضيقاً لذا فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق والمنازعات التي كانت محل عقد الصلح ، كما إن الصلح نسبي الأثر من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص أي إن أثره يكون مقصوراً على النزاع الذي تناوله ، دون أن يمتد إلى أي شيء آخر ، وكما أنه يكون مقصوراً على طرفيه فقط^(٢) .

٢- وجود عقد الصلح يولد الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية

إذا تم الاتفاق على الصلح بين الأطراف ذوي الشأن قبل تقديم الطلب القضائي إلى المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل في موضوعه ، فإنه يؤثر في قبوله تأثيراً سلبياً بمعنى إن وجود عقد الصلح يهيئ لميلاد الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، أما عن كيفية هذه التهيئة ، فيرى جانب من فقه القانون الوضعي^(٣) ، إن ذلك يكون من خلال التأثير على شرط المصلحة ، والواجب توافره لإمكانية قبول الطلب القضائي أمام المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل في موضوعه ، فهذه المصلحة يجب أن تكون قانونية ، ولكن وجود الاتفاق على الصلح يلزم الأطراف ذوي الشأن باحترام هذا الاتفاق ، وهذا الالتزام يتنافى مع إمكانية الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، فقد سبق حسم النزاع عن طريق الصلح ، ومن ثم فإن محاولة تقديم طلب قضائي أمام القضاء العام في الدولة بعد الاتفاق على الصلح ، لحسم ما سبق إن حسمه الأطراف عن طريق الصلح يؤدي إلى أن يفقد الطلب القضائي شرط المصلحة القانونية الواجب توافره لإمكانية قبوله أمام القضاء العام في الدولة ، ومن هنا يتولد الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، كما يلاحظ تخلف شرط الاعتداء على الحق أو المركز القانوني ، وهذا التخلف يرجع إلى حسم كل خلاف على الحق ، أو المركز القانوني بواسطة عقد الصلح^(٤) .

وقد قضي بأنه ((الدفع بانقضاء المنازعة بالصلح ، هو حقاً مقررراً لمصلحة كل من الطرفين ، يجوز له أن يتمسك به ، إذا جدد الطرف الآخر المنازعة في الحق المتصالح فيه ، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة ، أو ضمناً ، فإذا لم يقم احدهما بما التزم به في عقد الصلح ، وجدد المنازعة في الأمر المتصالح عليه ، بأن استمر بعد الصلح في إجراءات الدعوى القضائية ، ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بحسم المنازعة بالصلح ، حتى صدر فيها حكماً قضائياً ، حاز قوة الأمر المقضي ، فإنه لا يكون في استطاعة الطرف الذي اسقط حقه في هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح ، والذي كان يجوز له تقديمه في المنازعة التي صدر فيها الحكم القضائي ، ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى قضائية مستقلة ، كدليل لنقض حجية الحكم القضائي الذي حاز قوة الأمر المقضي))^(٥) .

(١) المستشار أنور طلبية ، مصدر سابق ، ص ١١٧ ، وسنان عبد الستار ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

وانظر : الصلح في المنازعات الإدارية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <http://etudiant.dz.net/vb/showthread.php?t=19497> تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٢/٢٦ .

(٢) المستشار أنور طلبية ، المصدر نفسه ، ص ١١٨-١١٩ .

(٣) د. محمود التحيوي ، الصلح والتحكيم ... ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

(٤) د. محمود التحيوي ، الصلح والتحكيم ، المصدر نفسه ، ص ١٥٤ .

(٥) حكم محكمة النقض المدني المصري ، جلسة ١٩٧٠/٦/١١ ، س (٢١) ، ص ١٠٣٠ ، أشار إليه د. محمود التحيوي ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ ، وأنور طلبية ، المصدر نفسه ، ص ١١١ .

من ذلك نرى انه في حالة عدم التزام احد الخصوم بعقد الصلح ووجد المنازعة في الأمر المتصلح عليه بان استمر بعد الصلح في إجراءات الدعوى ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضي فانه لا يكون في استطاعة الطرف الذي اسقط حقه في هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذي كان يجوز له تقديمه في المنازعة التي صدر فيها الحكم ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي (١) .

من كل ما تقدم في هذا المطلب نرى إن للصلح أهمية كبيرة كطريق من الطرق البديلة عن القضاء لحل المنازعات الإدارية ، حيث يمكن الالتجاء إليه لحسمها - لاسيما منازعات العقود الإدارية - لما يؤدي إليه من دور في التخفيف عن كاهل القضاء من جهة ، ومن جهة أخرى التخفيف على المتقاضين وإبعادهم عن طول إجراءات التقاضي وتجنب النفقات .

ونرى أن يكون له تنظيم دقيق من جانب مشرنا العراقي (٢) بالنسبة لحل المنازعات الإدارية كأحد الأساليب غير القضائية في حل تلك المنازعات .

المطلب الثاني / المفاوضة والوساطة والتوفيق

سيتم في هذا المطلب تناول المفاوضة والوساطة والتوفيق كأسلوب من الأساليب البديلة ونبدأها بحسب وجود شخص ثالث للتدخل في عملية حل النزاع من عدمه ومدى سلطة تدخله في ذلك وذلك في ثلاثة فروع نلحقها بفرع رابع لبيان أساليب بديلة أخرى وان كانت أهميتها اقل وكما يأتي :

الفرع الأول / المفاوضة

كثيراً ما تنتهي المنازعة بعد بعض المفاوضات بين الأطراف ، فالأطراف عن طريق المفاوضة قد يتجنبوا اللجوء إلى القضاء ، بل والى بعض وسائل تسوية المنازعات الأخرى كالتحكيم مما يوفر كثيراً من الوقت والجهد والنفقات ، فالمفاوضة هي وسيلة أساسية ومهمة لعملية حسم المنازعات ، فلقد عرفت بأنها : (طريق ودي من طرق الإقناع بعيدا عن أية إجراءات قضائية رسمية ، وهي غالبا في مكان يخص أي من الأطراف المتنازعة وذلك بقصد الوصول إلى تسوية ودية سريعة وغير مكلفة لهم) (٣) .

وعرفت أيضا : (التفاوض هو آلية لتسوية النزاع ، قائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعيا لحل الخلاف) (٤) .

(١) المستشار أنور طلبية ، مصدر سابق ، ص ١١١ .

(٢) يلاحظ إن المشرع الجزائري خص الصلح بأهمية لحل المنازعات الإدارية وذلك عن طريق تنظيمه ، الباب الأول من الكتاب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لحل المنازعات .

(٣) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٣٨ .

(٤) د. احمد أنوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

كما عرفت بأنها (وسيلة للتداول تستهدف إنشاء علاقة أو تعديلها أو إنهائها ، وتهدف - قدر الإمكان - إلى حفظ المصالح المتقابلة للطرفين عوضاً عن الحقوق والالتزامات التي يمكن التمسك بها أمام القضاء أو التحكيم) (١) .

ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث ، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة ، ألا انه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم ، إذ لا يغير ذلك في طبيعة التفاوض ، ما دام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكلهم (٢) .

وتعتبر المفاوضة وسيلة مهمة من وسائل حسم المنازعات وخاصة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، إذ تظهر إنها متعلقة بحسم منازعات العقود الإدارية أكثر من غيرها ، فهي ذات أهمية بالغة - خاصة بالعقود الإدارية الدولية منها - فيمكن إتباع التفاوض لتسوية المنازعات بين طرفي العقد قبل اللجوء إلى طريقة أخرى ، بغية التوصل إلى تسوية ودية حفاظاً على الوقت والجهد والتكاليف ، فالمفاوضة قد تكون قبل التعاقد وعند صياغة العقد حول كثير من النصوص خاصة تلك المتعلقة بتسوية المنازعات ، والقانون الواجب التطبيق ، على أن تحدد مدة معينة ، لا تسمح خلالها سلوك أو إتباع أي طريقة أخرى للتسوية قبل إعادة التفاوض أو انقضاء المدة المحددة لذلك (٣) .

والمفاوضات ذات أهمية كبيرة في فض المنازعات - خاصة منازعات العقود الإدارية - بحيث أنها قد تجنب الدولة اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الوطني ، إذا ما توافر لديها الكوادر الفنية المؤهلة لممارستها حفاظاً على المصالح الوطنية والمال العام (٤) .

وعلى الرغم من أن علم التفاوض لم يعد في مهده ، ألا أن الكثير من رجال القانون يمارسون المفاوضة عن طريق الخبرة العملية دون دراسة أكاديمية للأسس العلمية لعملية التفاوض وتداعياتها مما يمكنهم بالإلمام بالأساليب التي تجعلهم يمارسون الأمر بمزيد من الحنكة والدراية .

وللمفاوضة أساليب متعينة الإتباع من الناحية النفسية والعلمية والعملية ، فمثلاً ينبغي ضرورة أن تكون المفاوضة في المقرر المختار للمفاوض فيفضل أن يأتي إليه الطرف الآخر (٥) ، كما يفضل الاحتفاظ بأكثر عدد من الأشخاص على الأقل يوازي عدد أفراد الطرف الآخر المفاوض ، أو يزيد آخذين بناصية المنازعة وجوانبها المختلفة ، وعلى دراية وخبرة في مجال العقود الإدارية وطبيعة منازعاتها وسماتها المميزة ، وينبغي على المفاوض أولاً أن يلم بكل وقائع المنازعة الماثلة أمامه ثم يضع حلولاً لها وذلك ليكون على بينة من أمره أثناء سير المفاوضات ، وقد لا يبدأ المفاوضة بالحل الذي يدور بخده ، وإنما بحل آخر أشد منه قد يرفضه الطرف الآخر ثم يدعي المفاوض انه سيصل إلى حل وسط يرضي جميع الأطراف ويعرض الحل الذي يسعى إليه منذ البداية ، فربما تكون هذه وسيلة

(١) د. محمد الحلاق ، الأساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

(٢) احمد صالح مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص ١٨-٢٠ نقلاً عن د. احمد أنوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٣) د. حسن علي كاظم ، التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٥ .

(٤) Alexander Bevan, Alternative Dispute Resolution , sweet and Max well , 1992,p.3

- Karl Mackie, David Miles, William marsh , Commercial Dispute Resolution ,utterworths ,1995, p.20.

(٥) Goldberg , sanders ,Rogers, Dispute Respte Resolution , Negotiating tactics for legal services lawyers , Meltsner Schrag , second Edition , Boston ,Little , Brown &co. , 1992 . , p.18-19 .

للوصول إلى الحل الذي يسعى إليه المفاوض منذ البداية فعلى المفاوض أن يبدأ بطلب قد يصعب أن يوافق عليه الطرف الآخر إلى أن يعرض مراده ، فربما يجده الطرف الآخر أكثر منطقية ومعقولة مما قد يبعثه على قبوله وان كان يمثل - بالنسبة له - تنازلاً أكثر مما كان يرجوه في بداية التفاوض ، ويتعين على المفاوض أن يجعل الطرف الآخر يعرض حله أولاً ، فالكثير من الدراسات تدل على انه - غالباً - ما يكون الطرف الخاسر هو الطرف الذي قدم حله أولاً في المفاوضات^(١) ، وانه من الأفضل أن يشكل فريق المفاوضة من أكثر من مفاوض فإذا ما كانوا اثنين من المفاوضين حيث يقوم واحد من هؤلاء المفاوضين بعرض حلول يصعب أن يقبلها الطرف الآخر بينما يقوم المفاوض الآخر بعرض حلول تبدو إلى حد ما أكثر معقولة عسى أن تجد قبولاً من الطرف الآخر^(٢) .

ويجب على المفاوضين أثناء التفاوض الأخذ باعتبار العدالة والقانون لإنزالها على وقائع ومعطيات النزاع إنزالاً سليماً، ألا انه إذا لم يكن القانون في صف المفاوض فعليه أن يتجنبه قدر الإمكان أثناء المناقشة مركزاً على اعتبارات العدالة بين الأطراف^(٣) ، ويتعين على المفاوض أن يعرض طلباته تدريجياً مع تطور المفاوضات فلا يعرضها كلها جملة حتى لا تكون محلاً لقبول بعضها وطرح بعضها الآخر ، ويفضل أن يدعي دائماً المفاوض عن الإدارة - انه ليس لديه ثمة سلطة للوصول إلى حلول وسط فان قدم حلاً وسطاً فان ذلك سوف يكون بصعوبة حيث إن السلطات الرئاسية لم تقبل ذلك حتى لا يشكل ذلك إضراراً بالمال العام محاولة للوصول إلى اقل تنازل ممكن من جانب الدولة .

ومثال على ذلك - مثلاً في عقد الأشغال العامة - لتطبيق ما تم ذكره انه إذا ما تم إسناد أعمال إضافية للمقاول ويرغب في تنفيذها في تسعة أشهر بينما ترغب الدولة في استلامها بعد ستة أشهر ، فعليها أن تبدأ طلبها بأنه يجب أن تنتسلم الأعمال استلاماً نهائياً بعد ثلاثة أشهر وذلك لتنتهي المفاوضة بان الاستلام الفعلي سيكون بعد ستة أشهر وهو الحل الوسط النهائي الذي يرضي الطرفين ، الإدارة (رب العمل) والمقاول المتعاقد معها^(٤) .

من ذلك يمكن الاستناد في العقود الإدارية على أسلوب التفاوض لحل النزاع قبل اللجوء إلى القضاء .

(١) Goldberg, Sanders , Rogers, Op.cit,p, 21 .

(٢) Goldberg, Sanders , Rogers, Op.cit,p.21 .

(3) Goldberg, Sanders , Rogers, Op.cit,p.21 .

(٤) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٢١ .

الفرع الثاني / الوساطة

تكمن أهمية الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات في الفكرة الجديدة التي تقدمها وتطرحها الوساطة ، فهذه الوسيلة البديلة عن القضاء والمتجاوزة عن تعقيدها وإجراءاته المعقدة ، تهدف إلى حل النزاعات بعيداً عن المحاكم وساحاتها وبعيداً عن المشاحنة والبغضاء التي تظهر عند إقامة الدعوى أمام القضاء .

فالوساطة تعد طريقاً سهلاً وقل مشقة من الطرق الاعتيادية التي اعتاد الأطراف اللجوء إليها لتسوية نزاعاتهم، وإضافة إلى ذلك ، فإنها تعتبر من الطرق البديلة التي تعمل على توفير الوقت والجهد على المتخاصمين مقارنة بالوسائل الأخرى ، ومما لا شك فيه فان حل المنازعات عن طريق الوساطة قد يعتبر من الوسائل والمظاهر الحضارية لحل النزاع ، وذلك لان حل النزاع عن طريق الحوار الهادف البناء الذي توفره الوساطة للأطراف يدل على حضارية فكرة الوساطة وحضارية الأطراف بقبول الحوار وجعله مفيداً وبنائاً ، لذا فسنتناول الوساطة كما يأتي :

أولاً / تعريف الوساطة ومزاياها وتمييزها عن غيرها

١- تعريف الوساطة :

الوساطة هي : (اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق قد يجنبهم كثيراً من الوقت والجهد والنفقات إذا ما لجئوا إلى ساحات القضاء أو حتى التحكيم)^(١).

كما عرفت بأنها : (وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع ، ويختارون خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له ، وهي على عكس التحكيم لا تكون إلزامية بنتيجتها ، ولا يمكن إجبار الأطراف بقبول ما يتمخض عن الوساطة ، كما إن في ذلك تقليل من العبء الملقى على عاتق الجهاز القضائي المثقل بالدعاوى)^(٢) .

وعرفها آخر بأنها : (أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات تقوم على توفير ملقّي للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص ، محايد وذلك لمحاولة التوصل إلى حل ودي يقبله أطراف النزاع) أو إنها (إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيداً عن عملية التقاضي وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف) أو (هي طريقة لحل النزاعات يقوم فيها طرف ثالث محايد يسمى الوسيط بتسهيل المفاوضات بين الأطراف لمساعدتهم في التوصل إلى اتفاق تسوية مقبولة بينهم)^(٣) .

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ .

(٢) د. عمر مشهور حديثه الجازي ، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية ، بحث ملقّي في ندوة بعنوان (الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات) في ٢٨/١٢/٢٠٠٤م ، جامعة اليرموك ، اربد ، المملكة الأردنية الهاشمية ، منشور على الموقع الإلكتروني : www.jcdr.com/pdf/jcdr-january-05.pdf تاريخ الزيارة في ٣١/٣/٢٠١٣م .

(٣) المحامي حازم خرفان ، الوسائل البديلة لفض النزاعات ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : <http://www.nlcworld.com/newsletter/details.asp?topic.idc300> . تاريخ الزيارة في ١٦/٣/٢٠١٣م ، ود. محمد الحلاق ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، المصدر السابق ، ص ١٠ .

وعرفت أيضا : (هي مرحلة متقدمة من التفاوض تتم بمشاركة طرف ثالث - وسيط - يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية ، فهي آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخصصين بحيث يعمل هذا المحاييد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع) (١) .

فالوساطة هي : (عبارة عن إجراء معد يقوم الوسيط فيه بمساعدة الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق بعد التفاوض ، وهي عادة سياق إرادي يقضي إلى توقيع اتفاق يحدد ويبين التصرف المستقبلي للأطراف ويلجأ الوسيط إلى العديد من الوسائل والأساليب المتنوعة لمساعدة الأطراف للوصول إلى اتفاق ، دون أن تكون له سلطة القرار أو التقرير) (٢) ، أو هي : (عملية تقوم فيها جهة ثالثة محايدة بتسهيل حل النزاع من خلال تشجيع الوصول إلى اتفاقية طوعية من قبل الأطراف في النزاع ، حيث يقوم الوسيط بتسهيل الاتصال وتعزيز التفاهم والتركيز على مصالح الأطراف والسعي للوصول إلى أفضل الحل للنزاع لتمكين الأطراف من الوصول إلى اتفاقية) (٣) .

فالوساطة عملية طوعية بطبيعتها ولا يجوز للوسيط اتخاذ قرار بات في أساس النزاع ، بل إن دوره ينحصر في محاولة التقريب بين وجهات نظر الطرفين (أو الأطراف) ودون أن يطرح أي حل أمامهم (٤) .

إذن من خلال التعاريف السابقة نستدل على إن الوساطة فكرة مفادها حل النزاعات الناشئة بين الأفراد بعيدا عن ساحات القضاء ، وان الفكرة من وراء نظام الوساطة تكمن في تمكين الأطراف من الحديث إلى بعضهم البعض بطريقة تهدف إلى حل المنازعات التي نشبت وإزالة سوء الفهم حول النقاط التي تارت بينهم ، وان للوسيط مهمة رئيسية ألا وهي تسهيل التواصل والحوار بين الأطراف ، ومساعدة كل طرف على تقييم دعواه تقييما واقعا بغية الوصول إلى حل يرضي الطرفين دون اللجوء إلى القضاء لحل النزاع ، إذن فبينما يتم حل الكثير من الخلافات عبر التفاوض المباشر بين الطرفين بدون وجود الحاجة لوسيط ، فأن كثيرا من المفاوضات قد تتعثر في مراحل مختلفة ، أو إن حدة النزاع لا تسمح بوجود مفاوضات ابتداء بين الأطراف في بعض الأحيان الأمر الذي يحتم الاستعانة بوسيط للمساعدة في دفع عجلة التفاوض إلى الأمام وتقريب بون الخلاف بين الطرفين .

٢- مزايا الوساطة : للوساطة خصائص ومزايا متعددة - فبدائية - لا تشكل أي مساس أو انتقاص باستقلال القضاء ، فتكون دون المساس بأي إجراءات قضائية قد اتخذت لتسوية النزاع (٥) ، كما إنها تؤمن قدرأ من السرية والخصوصية أثناء تسوية النزاع ، إذ هذه أهم ميزة تدفع الفرقاء باللجوء إلى الوساطة كوسيلة بديلة عن القضاء لحل المنازعات (٦) ، فالوسيط يجب أن يحفظ قدرأ من السرية بين الأفراد والحرص على عدم تسرب كل ما يتعلق بالمنازعة ، فضلا عن حياده التام وتخويله سلطة تسوية النزاع من قبل الأطراف ، بالإضافة إلى ذلك فان الوساطة باعتبارها إحدى الطرق البديلة للقضاء لفض المنازعات بين الفرقاء ، فإنها بلا شك تساهم بشكل كبير في تخفيف

(١) د. احمد أنوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة ... ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٢) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٣) القاضي بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ٦١-٦٢ .

(٤) في حالة قيام الوسيط بطرح حلول على الطرفين فان دوره ينقلب في هذه الحالة إلى موفق وليس وسيط ، وتنقلب العملية إلى توفيق وليس وساطة ، انظر : د. احمد أنوار ناجي ، المصدر نفسه أعلاه ، د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى جواز اللجوء ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٦ .

(٥) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ ، والمحامي حازم خرفان ، الوسائل البديلة لفض النزاعات ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٦) انظر المادة (٨) من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ م .

العبء عن كاهل القضاء عن طريق حل نزاعات كانت ستحل بالتقاضي ، ومثلها كمثّل سائر وسائل تسوية المنازعات بغير اللجوء إلى القضاء فإنها توفر الوقت والجهد والنفقات (١) ، كما تتميز الوساطة بالمرونة بسبب عدم وجود إجراءات مرسومة ومحددة ، فالوساطة تهدف إلى إتباع أي إجراء يمكن أن يؤدي إلى التوصل إلى حل مرضي لأطراف النزاع ، فقد تتمثل تلك المرونة بحق الوسيط بالاجتماع على حدة مع كل طرف من أطراف النزاع ، ونقل موقف كل منهم للآخر ، وهذا غير موجود في القضاء ، كما انه للفرقاء في حالة عدم توصلهم للحلول المرضية التي يطمحون إليها من خلال اللجوء إلى الوساطة ، فلهم حرية اللجوء للقضاء ، وهذا ما يشجع الأطراف المتنازعة إلى اللجوء إلى الوساطة ، حيث لا يخشون فقدانهم للطرق القانونية الأخرى لحل نزاعاتهم في حال فشلت الوساطة بحل النزاع ، بالإضافة لما توفره الوساطة من استمرار العلاقات الودية بين الفرقاء ، إذ إنها وسيلة اختيارية في اللجوء إليها ، غير ملزمة للأطراف المتنازعة في صدد القرار الصادر عنها (٢) .

٣- تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل البديلة للقضاء : تتشابه الوساطة والتحكيم ومعهما التوفيق ، في وجود طرف ثالث ، ويسمى الوسيط ومع ذلك فان هناك فروق بين الوساطة وغيرها ، فهي تختلف من حيث كون مهمة الوسيط تختلف عن مهمة المحكم ، فمهمة الوسيط لا تتجاوز معاونة أطراف النزاع وتقريب وجهات النظر بغرض الوصول إلى اتفاق بينهم ، إضافة إلى انه لا يملك رأي ملزم للأطراف وإنما مجرد مساعدتهم للتوصل إلى توقيع الأطراف لاتفاق معين ، أما المحكم فانه يتمتع بسلطات كبيرة في مواجهة أطراف النزاع ، وتكمن مهمته في إصدار قرار بموضوع النزاع المعروض عليه بعد معاينة وتدقيق الأدلة والوقائع ، أما الوسيط فيكون حل النزاع بالوصول إلى توقيع اتفاق بين الأطراف ، ولا يملك سلطة القرار في ذلك ، كما إن فترة فض النزاع تكون بالتحكيم باتفاق الأطراف ، وإذا لم يتم الاتفاق بينهم على مدة معينة فيتم الرجوع إلى القانون - وقد تتجاوز الاثني عشر شهراً أحياناً - أما في الوساطة فان اغلب القوانين التي أخذت بها كطريق بديل للقضاء حددت لها مدة ثلاثة أشهر ، وتتكون هيئة التحكيم في اغلب الأحيان من ثلاث محكمين ، أما الوساطة فأن الغالب بها أن تتم عن طريق وسيط واحد ، وقد يبدو إن هناك شبه بين الوساطة والتوفيق ، من حيث وجود طرف ثالث ، إلا إن الفارق بينهما يتعلق أساساً بدور الوسيط فبينما يكون دور الموفق في اقتراح حل للنزاع على الأطراف وعدم الاقتصار على مجرد التوفيق بينهم ، نجد إن الوسيط ينحصر دوره في تقريب وجهات نظر أطراف النزاع دون أن يصل إلى حد اقتراح حل عليهم ، فان فعل ذلك تحول إلى موفق (٣) ، هذا فضلا عن اختلاف الوساطة عن الصلح ، فبينما يتم الصلح بالاتفاق بين الخصوم أنفسهم دون تدخل شخص ثالث ، تتم الوساطة بتوقيع الاتفاق بين الخصوم بمساعدة طرف ثالث .

(١) حيث يلاحظ إن أطول وساطة تستمر من شهر إلى ستة أشهر ، انظر المادة (٧) من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني ، وكذلك المادة (٩٩٦) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي نصت على : (لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر ، ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء ، بعد موافقة الخصوم) .

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ ، و القاضي بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ٦٥-٦٦ ، و د. عمر مشهور حديثة الجازي ، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، ص ٤ ، والمحامي حازم خرفان ، الوسائل البديلة ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٣) انظر: د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ، ص ٥٦-٥٨ ، والمحامي ، حازم خرفان ، المصدر نفسه أعلاه .

وهذا على عكس الوساطة في القانون الدولي حيث يكون للوسيط - الدولة الثالثة - دور وذلك بان تقوم الدولة الوسيطة باقتراح الحل الذي تراه مناسباً للنزاع إذا رأت إن ذلك مما يساعد الأطراف على الوصول إلى نهاية مستمرة في اتصالاتهم ، انظر : د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، الطبعة السادسة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ م ، ص ٥٨٥ .

لابد من بيان مراحل الوساطة أو عملية الاتفاق على الوساطة ولكن قبل ذلك سوف نقوم ببيان الشروط الواجب توافرها في الوسيط وكما يأتي :

١- شروط الوسيط (صفاته) :

الوسيط هو ذلك الشخص الذي يتولى مهمة التوفيق بين مصلحة الفرقاء - الإدارة والطرف الآخر - فللوسيط صفات معينة يتعين أن يتصف بها في المنازعات الإدارية ، فلئن كانت هذه المنازعات تتصف بصفات معينة فإن الأجدر أن تكون للوسيط في مثل هذه المنازعات صفات معينة وان يؤهل تأهيلاً خاصاً يمكنه في النهاية من أداء مهمته على نحو مرض للأطراف ومحقق للعدالة المنشودة بين أطراف النزاع ، فالوسيط يمكن أن يكون قانونياً ويمكن ألا يكون كذلك ، إلا انه في بعض الأحيان يفضل أن يكون قانونياً إذا ما اقتضت طبيعة النزاع ذلك ، كما يشترط أن يكون ملماً بالنزاع من جميع جوانبه ، كما يجب ألا يكون الوسيط خصماً في النزاع المعروف عليه أو له مصلحة فيه ، أو سبق له إبداء رأي فيه ، كما يشترط فيه أن يمتلك مهارات معين أو أن يقوم بأدوار معينة مثل الإصغاء أو الاستماع والاستجواب وطرح الأسئلة ، وان يمتلك مهارة الملاحظة أو المشاهدة ، وان يقوم بعمل المقابلات والتشاور والتفاوض ، فضلاً عن انه يفضل أن يكون على دراية بلغات أجنبية كالانجليزية مثلاً ، خاصة في حل نزاعات عقود إدارية دولية ، وان يكون له القدرة على فهم آلية التفاوض وكسب الثقة وغيرها ، فضلاً عن اشتراط الحيطة والنزاهة فيه (١) .

هذا ويلاحظ إن للوسيط أنواع (٢) : فهو إما أن يكون وسيط قضائي ؛ وهو الذي يقوم بأعمال الوساطة القضائية، وهم من قضاة الصلح أو البدأة ، ويتم اختيارهم من قبل رئيس محكمة البدأة وتكليفهم للقيام بهذه المهمة ، ويطلق عليه اسم قضاة الوساطة (٣) ، أو قد يكون وسيط خاص ؛ وهو الذي يقوم بأعمال الوساطة الخاصة ، ويكون من خلال القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين من ذوي الاختصاصات ذات العلاقة (كالمهندسين مثلاً) وممن يملكون الخبرة اللازمة التي تؤهلهم للفصل في النزاعات بين الأطراف ، وقد يكون الوسيط وسيط اتفاقي ؛ وهو الذي يتم اختياره من قبل أطراف النزاع أنفسهم وباختيارهم ، حيث يجمعون على تسمية وسيط معين ممن يجدون لديه القدرة الكافية والكفاءة اللازمة لحل النزاع الدائر بينهم ، وهؤلاء الوسطاء ليسوا من القضاة ولا من الوسطاء الخصوصيين ، وان كنا نرى بجواز أن يكون الوسيط اتفاقي دون تحديد نوعه أي يجوز أن يتم باتفاق الطرفين بتعيين وسيط من القضاة المتقاعدين أو المحامين أو من ذوي المهن ممن له إلمام بنوع النزاع وغيرهم (٤) .

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٢٣-٣٢٤ ، والقاضي ، بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ٧٠-٧٨ ، و م.م. إبراهيم خليل عوسج ، الوساطة الجزائرية المشروعة ، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الخامس ، شباط ، ٢٠١٢ م ، ص ٦٧-٦٨ .

(٢) وذلك حسب ما جاء في قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ الأردني ، في المادة الثانية منه .

(٣) انظر القاضي ، بشير الصليبي ، المصدر نفسه ، ص ٦٢ .

وهذا النوع المعمول به في النظم الاجلوسكسونية حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة ، انظر :

Jean – Claude Goldsmith , ((les modesde règlement amiable des différends)) Rdal . 1996 , p.221 .

نقلا عن احمد أنوار ، مدى فعالية الوسائل البديلة ... ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٤) القاضي بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ٦٣ ، والمحامي حازم خرفان ، الوسائل البديلة لفض... ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

٢- **مراحل الوساطة (عملية اختيار الوساطة)** : تتمثل عملية عرض النزاع على الوساطة - من خلال الأنظمة القانونية المختلفة عربيا وعالميا - بطريقتين ؛ **فالطريقة الأولى** : يتم فيها عرض النزاع على القضاء عن طريق إقامة دعوى أمام المحكمة المختصة ، ثم بعد ذلك يتم التداول والتباحث حول إمكانية إحالة النزاع على الوساطة ، حيث يقوم القاضي بعرض الفكرة - اقتراحها - على الفرقاء ، والذين بدورهم يقبلونها ، فيكون هذا القبول بمثابة اتفاق بين المتنازعين على حل النزاع بطريق الوساطة (١) .

أما الطريقة الثانية : فتتم عن طريق اتفاق الطرفين على إحالة النزاع إلى الوسيط الذي يتفقان عليه - أيأ كان نوعه - قبل عرض النزاع أمام المحكمة .

وبعد الاتفاق على الوساطة واختيار الوسيط يقوم كل طرف من أطراف النزاع خلال مدة معينة (لا تتجاوز ١٥ يوماً) بتقديم مذكرة موجزة تتضمن ملخصاً لإدعاءاته أو دعوته ، ومرفقاً بها المستندات التي يستند إليها ، ولا يتم تبادل هذه المذكرات والمستندات بين أطراف النزاع ، وبعد إحالة النزاع إلى الوسيط بعد ذلك يقوم الوسيط بتحديد موعد كل جلسة ويبلغ أطراف النزاع أو وكلائهم بموعدها ومكان انعقادها ، ويحدد الأمور المهمة لسير عملية الوساطة كالتاريخ والوقت والمكان والتكاليف والإطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة - كالقانون الواجب التطبيق على الاتفاق (٢) ، ومن ثم لا بد من حضور أطراف النزاع أو وكلائهم - خاصة إذا كان شخص معنوي - إذ إن الأطراف هنا هم الذين يصنعون النتيجة فوظيفة الوسيط تقتصر على تيسير التواصل والتفاوض بين الطرفين لإصدار حكم فيها ، وينتج عن ذلك نتيجة هامة من الناحية العملية ، تتلخص في قابلية الاتفاقية الناشئة عن الوساطة للتطبيق من الأطراف بشكل تلقائي كونهم هم الذين توصلوا إليها بمحض إرادتهم ولم تفرض عليهم من الخارج (٣) ، وبعد ذلك يقوم الوسيط بالاجتماع بأطراف النزاع ووكلائهم ويتداول معهم موضوع النزاع وطلباتهم ودفعهم مع التزامه بالحيادية أثناء الجلسات إذ إن مهمته الرئيسية هو تقريب وجهات النظر بين الفرقاء ، وبعد ذلك يقوم أطراف النزاع بتوضيح طلباتهم ودفعهم ومناقشتها مع الطرف الآخر ومع الوسيط ، ويتم أيضاً مناقشته ما جاء بمذكرتهم ولوائحهم بغية حصر النزاع بنقاط اتفاق ونقاط اختلاف ، بغية التوصل إلى اتفاقية تسوية مرضية للطرفين ، وللوسيط الأفراد بكل طرف على حدة لمناقشة النزاع ومحاولة إقناعه بالتوصل لاتفاقية تسوية ، وللوسيط أن يساعد الطرفين للتوصل إلى حلول وسط لترضي الطرفين ، وعليه فإن جلسات الوساطة عبارة عن مجالس مشتركة بين المتنازعين لتبادل وجهات النظر وعرضها بصورة أوضح ، مما يؤدي إلى فهم أكبر للصورة ، والذي يؤدي إلى ظهور بعض التنازلات حتى يتم الوصول إلى اتفاق لتسوية مرضية لأطراف النزاع ، وجدير بالذكر هنا إلى إن جلسات الوساطة يجب أن تحاط بالسرية أي هي جلسات سرية ، وان يذكر شرط السرية في اتفاق الوساطة حيث يتعهد أطراف الاتفاق بان يحفظوا الوساطة وإجراءاتها في إطار من السرية والكتمان ، وهذا الاتفاق هو الذي يحدد كل الجوانب العلمية من جوانب عملية وقانونية تكفل سير العملية بانتظام ودون أي معوقات قد تخل بحق من حقوق الأطراف المتنازعة ، وبعد هذه الإجراءات على الوسيط أن يتمها خلال مدة قصيرة - ثلاثة أشهر غالباً - ويتم التوصل إلى اتفاق ويأتي دوره في صياغة مسودة الاتفاق النهائية ليتم مراجعتها من قبل الأطراف ، أو قد تحال إلى قانوني مختص أو محام أو مستشار لدراستها ومراجعتها ، وعلى أن يتم تنفيذها بعد ذلك ،

(١) وهذا ما ذهب إليه المادة (٣) من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني .

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٢٣ .

(٣) د. احمد أنوار ، مدى فعالية الوسائل البديلة ... ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الادارية عن الطریق غير القضائي
وفي حالة كون الوساطة قد تمت الإحالة إليها من قبل قاضي الموضوع ، فيتم إرسال تقريراً له مرفقاً به اتفاقية التسوية موقعة من أطراف النزاع للتصديق عليها ، وعند تصديقها تصبح هذه الاتفاقية بمثابة حكماً قطعياً غير قابل للطعن وعلى الوسيط بعد الانتهاء من عملية الوساطة أن يسلم كافة المذكرات والأوراق والمستندات ذات العلاقة إلى الأطراف ويمتنع عليه الاحتفاظ بصورة منها^(١) ، وعليه فإن اتفاقية الوساطة تصبح بعد ذلك قابلة للتنفيذ^(٢) .

مع ملاحظة إن النزاع الذي يكون خاضعاً للوساطة يشترط فيه عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة ، وأنه يشترط لعرض النزاع على الوساطة عدم رفض احد الأطراف لفكرة عرض وإحالة النزاع إلى الوساطة ، إذ إن الاقتناع بفكرة الوساطة من قبل الطرفين تعتبر مهمة في إنجاحها كوسيلة لفض النزاع .

ولقد شهدت الوساطة ازدهاراً لم يكن منتظراً ولا متوقعاً وتقبلتها أوساط النزاعات القضائية الأمريكية وأقبلت عليها بجدية واهتمام ، حتى قدرت نسبة الحالات التي أسفرت عن اتفاق بفضل الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات بطريقة ودية بـ ٨% في الولايات المتحدة و ٣٧% في بلدان الشرق الأقصى وتقدمت في الصين وكندا وأستراليا^(٣) . ولقد اصدر مجلس الدولة الفرنسي تقريراً في عام ١٩٩٣م بعنوان (التسوية البديلة للمنازعات) فرق فيه بين عدة وسائل هي: (أ- الوساطة ، ب- التوفيق ، ج- الصلح ، د- التحكيم) وأكد مجلس الدولة في تقريره إن هذه الوسائل ستجد مجالها للتطبيق في العقد الاداري ، وأضاف إن رضاء الأطراف هو الذي يسمح بمخالفة القواعد المعتادة في حسم المنازعات^(٤) .

ألا إننا لم نجد مجالاً لإعمال الوساطة في المنازعات الإدارية لا في التشريع المصري ولا في التشريع العراقي .

الفرع الثالث / التوفيق

يعد التوفيق وسيلة أخرى ناجحة في حل المنازعات الإدارية والتي تكون الإدارة إحدى أطرافها سواء تعلقت المنازعة بقرار إداري أو عقد إداري ، فهو آلية أخرى في فض المنازعات الإدارية وذلك بغرض التيسير على أصحاب الحقوق في الحصول على حقوقهم في أسرع وقت تقادياً لبطء إجراءات التقاضي وتحقيقاً للعدالة ، وذلك من خلال لجان تقوم بمحاولة التوفيق بين طرفي المنازعة قبل اللجوء إلى القضاء ، الأمر الذي يترتب عليه تحقيق مصالح المواطنين من جهة ويسهم في تقليل عدد القضايا والمنازعات المطروحة على القضاء من ناحية ثانية بما يوفر الجهد والوقت اللازمين للفصل في المنازعات الأخرى المعروضة عليه .

لذا فقد عرف التوفيق بأنه : (احد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية بطريقة ودية ، وهو طريق ودي لفض المنازعات عن طريقه يستطيع الخصوم بأنفسهم أو بمساعدة شخص من الغير الاجتماع والتشاور والوصول إلى حل منهي للخصومة ، فإذا نجح الخصوم في التوصل إلى هذا الحل يحررون به محضراً رسمياً موقعا منهم ومن الشخص المختار للتوفيق بينهم)^(٥) ، وان كنا نرى إن هذا التعريف غير دقيق لذكره عبارة (بانفسهم) وبذلك خلط بين التوفيق وبين الصلح .

(١) انظر القاضي ، بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ١٤٦-١٥٦ ، والمحامي حازم خرفان ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٢) د. عمر مشهور حديثة الجازي ، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٣) د. احمد أنوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة ... ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٤) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٣٠-٣٣١ .

(٥) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

كما عرف (هو محاولة فض المنازعة بطريقة ودية قبل وصولها إلى القضاء فهو اقرب إلى الصلح الذي تتحسم به المنازعة والذي يكون مؤداه أن يتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن جانب من حقوقه مقابل تنازل الطرف الآخر حتى يمكن الوصول إلى اتفاق يرتضيه المتنازعان ويكفيهما مشقة ولوج ساحات القضاء) (١).

وعليه يعتبر التوفيق بمثابة وسيلة لحل المنازعات عن طريق التقريب بين وجهات نظر كل من طرفي النزاع ومحاولة إنهاء الخلاف أو النزاع بينهما من خلال توضيح لكل طرف الأسباب التي تملي تصرف الطرف الثاني ، وتقييم هذه الأسباب ، وذلك من اجل التوصل إلى حل تصالحي للنزاع أو تسوية ودية له ، فالتوفيق يهدف أساسا إلى تشجيع وتسهيل الاتصال المباشر بين طرفي النزاع حيث إن هذا الاتصال المباشر من شأنه أن يسهل ويشجع الحوار بينهما من اجل التوصل إلى تسوية تكون من خلقهما وتعبيراً عن أرائتهما ، ومن ثم يتميز التوفيق بمرونة إجراءاته وبساطتها ، بالإضافة إلى البعد التام عن الشكليات وذلك على خلاف إجراءات التقاضي أمام المحاكم (٢).

وعليه فان عمل لجان التوفيق - أو الموفق - هو التقريب بين وجهات النظر المتعارضة بهدف الوصول إلى تسوية ودية للحقوق المتنازع عليها بين الأطراف وبالتالي فان هذه التسوية لا تحوز قوة الأمر المقضي به إلا بقبول الأطراف لها وعلى ذلك لا بد من بيان نظام التوفيق في كل من فرنسا ومصر والعراق وكما يأتي :

أولاً / التوفيق في فرنسا

كان التوفيق منصوصاً عليه صراحة في المواد الإدارية ، وقد أولت هذه النصوص صلاحية التدخل بلجان خاصة (على سبيل المثال لجان التوفيق المختصة بالعلاقات بين الدولة والتعليم الخاص الواردة في قانون Debré بتاريخ ١٩٥٩/١٢/٣١ م ، وقد نص على إنشاء لجان للقيام بمصالحة في النزاعات القائمة بين الإدارة والمدرسين بالتعليم الرسمي ، أو أن يقوم القاضي الاداري بالتوفيق بنفسه ، على سبيل المثال قانون ٦ / كانون الثاني / ١٩٨٦ م ، الذي حدد قواعد استقلال قضاة المحاكم الإدارية وأضاف مادة تتيح لهؤلاء القضاة القيام (بممارسة مهمة التوفيق) بين الدولة والسلطات الإقليمية للحد من عدد المراجعات القضائية والتوصل إلى حل ودي ، ألا انه يبدو أن هذه الصلاحية الممنوحة لم يكتب لها النجاح الكبير في فرنسا ، إذ إن التوفيق إذا كان قد ساهم في تقليل عدد الملفات القضائية لدى القاضي الاداري ، فهو راكم من عدد الملفات غير القضائية (٣) .

وقد حكم مجلس الدولة في القرار المؤرخ في ١٩٨٩/٦/٢٣ م (بأن رفض محكمة إدارية ممارسة مهمة التوفيق ، لا تقبل المراجعة) (٤) .

(١) د. علي عوض حسن ، التعليق على القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م بشأن التوفيق في المنازعات ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ م ، ص ١٠ ، و د. عمرو احمد حسبو ، مصدر سابق ، ص ٨ .

(٢) د. عمرو احمد حسبو ، المصدر نفسه ، ص ٦ .

(٣) انظر د. جورج سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٧٥ ، و د. جورج فوديل وبيار دنفلوفية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

(٤) أشار إليه : د. جورج سعد ، المصدر نفسه ، ص ٣٧٥ .

كذلك أجاز قانون ١٩٨٧/١٢/٣١ والمتعلق بإصلاح المنازعات القضائية الإدارية ، والذي أشار في المادة (١٣) منه على خضوع المنازعات العقدية المتعلقة بالدولة ، والجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة ، والأعمال التي تجعلها مسؤولة عقدياً ، على مراجعة الإدارة أو إجراء التوفيق قبل أي قضية قضائية أو تحكيمية (١) .

وأخيراً فقد اصدر مجلس الدولة وكما سبق الإشارة تقريره في عام ١٩٩٣ بعنوان (التسوية البديلة للمنازعات) والذي أشار فيه إلى التوفيق ، والذي سيجد طريقه في العقد الإداري (٢) .

ثانياً / التوفيق في مصر

بدأ المشرع المصري في بداية القرن الواحد والعشرين بألية جديدة في فض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها ، وذلك بغرض التيسير على أصحاب الحقوق في الحصول على حقوقهم في أسرع وقت تفادياً لبطء إجراءات التقاضي وتحقيقاً للعدالة ، وذلك من خلال لجان تقوم بمحاولة التوفيق بين طرفي المنازعة قبل اللجوء إلى القضاء .

فلقد نظم المشرع المصري التوفيق كوسيلة لحسم بعض المنازعات الإدارية التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية طرفاً فيها بالقانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠م الخاص بإنشاء لجان التوفيق حيث نصت المادة الأولى منه على أن (ينشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر ، للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها ، أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة) .

من ذلك فإن المشرع المصري قد اخضع في قانون لجان التوفيق جميع المنازعات الإدارية لشرط العرض أولاً على هذه اللجان طبقاً لصريح نص المادة الأولى سالفة الذكر ، ولما كانت دعوى الإلغاء مقررّة بالقطع للفصل في منازعة إدارية حول مشروعية القرارات الإدارية ، فإنها تخضع بالتالي للنظام القانوني الذي أتى به قانون إنشاء لجان التوفيق (٣) ، وان كان المشرع قد أورد بعض الاستثناءات على اختصاص لجان التوفيق حيث اخرج بعض المنازعات من نطاق اختصاصها ، يتصل منها بالمنازعات الإدارية وذلك في المادتين الرابعة والحادية عشر منه (٤) .

وتشكل لجنة التوفيق برئاسة احد رجال القضاء أو احد أعضاء الهيئات القضائية السابقين من درجة مستشار على الأقل ، ممن لا يشغلون وظيفة أو يمارسون مهنة ، ومن ممثل للجهة الإدارية بدرجة مدير عام على الأقل أو ما يعادلها تختاره السلطة المختصة وينضم إلى عضوية اللجنة الطرف الآخر في النزاع أو من ينوب عنه فإذا تعدد

(١) د. جورج فوديل وبيار دلفولفية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٣٣٠ ، ود. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، الدعاوى الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .

(٤) من هذه المنازعات : أ- المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها ، ب- المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية إذا كان لها صفة المال العام ، ج- المنازعات التي تفرد بها القوانين بأنظمة خاصة أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على حلها عن طريق هيئات التحكيم ، د- طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ .

انظر في شرح ذلك د. علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ٣٠-٣١ ، ود. احمد المهدي والمحامي اشرف شافعي ، التعليق على قانون لجان فض المنازعات ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٢-٦٣ .

أشخاص هذا الطرف وجب عليهم اختيار نائب واحد عنهم فإذا تعارضت مصالحهم كان لكل منهم ممثل في اللجنة^(١) ، هذا وقد استلزم المشرع في المادة السادسة من القانون رقم (٧/٢٠٠٠) لقبول طلبات التوفيق الذي يتعلق بالقرارات الإدارية النهائية التي اشترط قانون مجلس الدولة ضرورة التظلم منها قبل رفع دعوى الإلغاء ، سبقها بتقديم تظلم خلال المواعيد المقررة ، وانتظار المواعيد المقررة للبت فيها وفقاً لإجراءات التظلم الوجوبي ، ومن ثم يتعين تقديم طلب التوفيق بصدد هذه القرارات خلال ميعاد الطعن بالإلغاء مع مراعاة إن التظلم الوجوبي يقطع هذا الميعاد، مع ملاحظة إن المشرع لم يحدد في أي نص آخر من القانون صراحة ضرورة تقديم طلب التوفيق بصدد القرارات الإدارية الأخرى التي لا يشترط سبق التظلم الوجوبي منها ، خلال ميعاد الستين اليوم المقررة فيها بالإلغاء^(٢) .

وتصدر هذه اللجنة كما نصت المادة (٩) من القانون توصياتها في المنازعة مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت في محضرها ، وذلك في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها ، وتعرض التوصية خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها على السلطة المختصة ، والطرف الآخر في النزاع فإذا اعتمدها وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين ، ويلحق بمحضرها وتكون له قوة السند التنفيذي ويبلغ للسلطة التنفيذية المختصة ، ويحق لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء في حالة عدم قبول التوصية^(٣) .

هذا مع ملاحظة انه طبقاً لنص المادة السادسة من القانون فإنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون الجهة الإدارية هي مقدمة الطلب لان عبارة (ذي الشأن) الواردة في المادة أعلاه مطلقة ولا يجوز تخصيصها وقصرها على الأفراد فقط ، كما إن الالتجاء إلى نظام التوفيق إجباري وليس اختيارياً متى توافرت شروط المنازعة التي ينطبق عليها القانون^(٤) .

هذا وان إجراءات التوفيق تبدأ بتقديم الطلب إلى الأمانة الفنية للجنة المختصة وهناك بيانات معينة يتطلب أن يتضمنها الطلب منها (اسم الطالب وصفته واسم الطرف الآخر في النزاع وصفته وموطن كل منهم وموضوع الطلب والأسانيد...) هذا ويسمح تضمين الطلب أي بيانات أخرى أو الاكتفاء بالذي ذكر في المادة السادسة من القانون (٧ لسنة ٢٠٠٠) مع عدم جواز تحصيل رسوم عن الطلب^(٥) ، وبعد ذلك على رئيس اللجنة أن يحدد ميعاداً لنظر الطلب يخطر به أعضائها وله - أي رئيس اللجنة - تكليف أي من طرفي النزاع بتقديم ما يراه لازماً من الإيضاحات والمستندات قبل الميعاد المحدد لنظر الطلب ، ولكل من طرفي النزاع أن يحضر أمام اللجنة أو بوكيل عنه لتقديم دفاعه، وتنتظر اللجنة طلب التوفيق دون تقيدها بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي^(٦) .

(١) انظر : المادة (٢) من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ المصري ، وانظر : د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٤٤ ، و د. عمرو احمد حسبو ، مصدر سابق ، ص ٩ ، و د. جابر جاد نصار ، التوفيق في بعض منازعات الدولة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢م ، ص ٣٥-٣٨ .

(٢) انظر د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ .

(٣) د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٤٤ ، و د. عمرو احمد حسبو ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٠ ، و د. احمد المهدي واشرف شافعي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨-١٥٣ .

(٤) نصت المادة السادسة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ المصري على : (يقدم ذو الشأن طلب التوفيق إلى الأمانة الفنية للجنة المختصة ، ...) ، د. علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ٣٤ .

(٥) د. علي عوض ، المصدر نفسه ، ص ٣٣ ، و د. عمرو احمد حسبو ، المصدر نفسه ، ص ٧٩-٨٠ .

(٦) المادة السابعة من القانون ٢٠٠٠/٧ المصري ، انظر في تفصيل ذلك : د. عمرو احمد حسبو ، المصدر نفسه ، ص ٨٣-٩٥ ، و د. علي عوض حسن ، المصدر نفسه ، ص ٣٥-٤٢ .

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور جميع أعضائها وللجنة أن تستعين بمن تراه من أهل الخبرة وتصدر توصياتها بأغلبية آراء أعضائها فإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذي فيه الرئيس مع العلم إن مداوات اللجنة تكون سرية (١) .

ومما هو جدير بالذكر إن تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفوات المواعيد المقررة لإصدار التوصية أو الميعاد المقرر لعرضها دون قبول يعد شرطاً أساسياً لقبول الدعوى ولا يجوز للأطراف أثناء إجراء عملية التوفيق اللجوء إلى التحكيم لأنهما مرتبطان بالسير في طريق التوفيق إلى نهايته (٢) ، ولكن هذا لا يمنع من اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية للمحافظة على مصالح الطرفين في حالة الفشل في التوفيق ، وعليه فقد أصبح اللجوء إلى لجان التوفيق إجبارياً قبل اللجوء إلى القضاء ، ولأجل أن تؤدي دورها يجب على الجهات الإدارية احترام وتنفيذ توصيات اللجان - طالما إن هذه التوصيات تتفق مع المشروعية والمبادئ القضائية المستقرة حتى تيسر حسم المنازعات عن طريق التوفيق بما يكفل حصول أصحاب الحقوق على حقوقهم وتجنبهم حدة الخصومة القضائية .

ثالثاً / التوفيق في العراق

لم ينظم المشرع العراقي حل المنازعات الإدارية عن طريق التوفيق في تشريع خاص ومنفصل كما فعل المشرع المصري ، إلا انه لا يمكن القول بعدم الأخذ بالتوفيق أصلاً ، إذ ورد التوفيق كطريق من طرق حل النزاعات بعد توقيع العقد في المادة (١١ / أولاً / أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية باعتباره إحدى الطرق التي تحل بها مختلف أنواع المنازعات بعد توقيع العقود العامة ، وحيث نصت المادة (١١ / أولاً / أ) على (أولاً : تفض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف أنواعها باستخدام إحدى الأساليب الآتية :

أ- التوفيق : ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد (المتعاقد معها من مقاولين أو مجهزين أو استشاريين) لدراسة الموضوع والاتفاق على المعالجات حسب أحكام القوانين والتعليمات النافذة في شأن موضوع النزاع) ، أي إن المشرع سمح بتشكيل لجنة توفيق وليس موفق واحد وتكون مشتركة من طرفي النزاع، لدراسة الموضوع والاتفاق على حل النزاع حسب أحكام القوانين والتعليمات النافذة في موضوع النزاع ، ولم يتطرق المشرع إلى إجراءات اللجنة ومدى إلزامية قراراتها والمدة التي عليهم فض النزاع خلالها ... وغيرها من الأمور ، وكما وانه اقتصر على منازعات العقود الإدارية دون غيرها من المنازعات الإدارية .

كذلك فإن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية قد نظمت الكيفية التي يتم فيها حسم الخلافات الناشئة بين المقاول ورب العمل وذلك في المادة (٦٩) منها إذ نرى في إن هذه التسوية ما هو إلا طريقاً من الطرق البديلة وهو (التوفيق) ، وعادة يكون الموفق فيها مهندساً ، حيث انه في حالة نشوء نزاع من أي نوع كان بين صاحب العمل والمقاول له علاقة بالمقولة أو ناجم عنها أو عن تنفيذ الأعمال (سواء أكان ذلك أثناء سير الأعمال أو بعد إكمالها وسواء كان قبل أم بعد إنهاء المقولة أو تركها أو الإخلال بها ، فوجب المشرع إحالة مثل هذا النزاع أو الخلاف إلى المهندس ، لتجري تسويته من قبله وإصدار قرار بشأنه - بشرط حالة إذا لم يكن المهندس طرفاً في الخلاف أو لم يسبق أن أبدى رأياً في الموضوع - وان يبلغ قراره إلى صاحب العمل والمقاول ، وقراره هذا يكون ملزماً للطرفين - إذا لم يعترض عليه احد من الطرفين - وعلى المقاول أن يعمل به دونما تأخير وعليه الاستمرار

(١) المادة (٨) من قانون لجان فض المنازعات رقم ٢٠٠٠/٧ م .

(٢) المادة (١١) من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ م .

بتنفيذ الأعمال بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم المقاول أو صاحب العمل إشعاراً بعدم قبول القرار على النحو المذكور فيما بعد أم لم يقدم ، ولقد اشترط المشرع في نفس المادة في هذا الإجراء أن يسبق طرح النزاع للتحكيم ، ويعد ملزماً للطرفين وعلى هيئة التحكيم أن تدقق في إتباع هذا الأسلوب قبل النظر في النزاع ، وفي حالة عدم قبول صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس عنده وفي غضون ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار المذكور أن يطلب إحالة القضية إلى التحكيم (١) .

إن ما ذكرته المادة (٦٩) المشار إليها لم تنص صراحة على إجراء التوفيق لذا نرتأي أن تتضمن الشروط العامة العراقية نصاً صريحاً يشير إلى مسالة التوفيق بشكل منفصل عن التحكيم إذ إن التوفيق سابقاً للتحكيم ، هذا فضلاً عن اقتراح وجود تشريع لتنظيم الطرق البديلة وان يتضمن على الأحكام والمبادئ العامة التي تحكمها وان يعتبر الأصل في الرجوع عليه من قبل بقية التشريعات التي قد تتضمن الإحالة للحل بإحدى الطرق البديلة (مثل الشروط العامة) .

الفرع الرابع / الأساليب البديلة الأخرى

هناك إلى جانب الأساليب التي ذكرت وسائل أو أساليب أخرى وان كنا نرى فيها اقل فاعلية من سابقتها وهي :

أولاً / المحكمة المصغرة أو (الدعوى المصغرة) (Mini-Trial)

تتلخص في إن النزاع يحال إلى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحداً منهما، ممن له دراية بتفاصيل النزاع ، ويتولى العضوان اختيار الرئيس ، وان لم يتفقا على شخصه يعينه مرجع يكون متفقاً عليه سلفاً ، يلتقي الطرفان للاتفاق على قواعد لإجراءات المحاكمة والتي تختصر إلى اقل درجة ممكنة ، وهكذا يتحدد عدد المستندات التي ستقدم والمهل لتبادل اللوائح بعد جلسة المرافعة التي يجب أن لا تتجاوز اليومين ، ويجتمع العضوان للتفاوض وعرض الوقائع والحجج القانونية وملخص الأدلة ، وإذا طلب من الشخص الثالث الحيادي المشاركة في الاجتماع فانه يعطي رأيه ولكنه يجب أن يبقى شفهيًا ... ، وتستمر المفاوضات بين عضوي المحكمة بغية الوصول إلى مصالحة ، ولكن هذه المفاوضات تبقى سرية لا يمكن كشفها إذا فشلت المفاوضات في الوصول إلى صلح واللجوء إلى المحكمة القضائية ، وإذا كانت المفاوضات مشمولة بالسرية فان المستندات والإثباتات واللوائح المقدمة خلال المحاكمة المصغرة ليست كذلك بل يمكن إعادة تقديمها إلى المحاكمة القضائية إذا فشل حل النزاع وسارت الأمور إلى دعوى قضائية ، وقد انتشر هذا الأسلوب في الولايات المتحدة بدءاً من ١٩٨٠ وساعد على حسم عدد من المنازعات بصورة ودية بعد أن تحقق الخصوم مما يهددهم من خسائر ونفقات في حال عرض النزاع على التحكيم أو القضاء (٢) .

(١) نصت المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية على: (إذا نشأ نزاع أو خلاف من أي نوع كان بين ((صاحب العمل)) و((المقاول)) له علاقة ((بالمقولة)) أو ناجم عنها أو عن تنفيذ ((الأعمال)) سواء كان ذلك أثناء سير الأعمال أو بعد إكمالها وسواء كان قبل أم بعد إنهاء المقولة أو تركها أو الإخلال بها) فيحال مثلها النزاع أو الخلاف إلى المهندس وتجرى تسويته من قبله وعليه أن يبلغ قراره إلى ((صاحب العمل)) و((المقاول)) إن مثل هذا القرار بخصوص كل قضية أحييت بهذه الصورة يكون ملزماً ((لصاحب العمل)) و((المقاول)) وعلى ((المقاول)) أن يعمل به دونما تأخير وعليه الاستمرار بتنفيذ الأعمال بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم ((المقاول)) أو ((صاحب العمل)) إشعاراً بعدم قبول القرار على النحو المذكور فيما بعد أم لم يقدم .

وإذا لم يقبل ((صاحب العمل)) أو ((المقاول)) بقرار المهندس ها فعندئذ وفي أية حالة يكون لصاحب العمل أو المقاول في غضون ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار المذكور أن يطلب إحالة القضية إلى التحكيم (...)

(٢) د. احمد أنوار ناجي ، مدى فاعلية الوسائل ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، و د. محمد الحلاق ، الأساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

ثانياً / وساطة ميشتغان أو المطرقة المخملية

وجدت محكمة (ميشتغان) أمام تراكم الدعاوى عليها مخرجاً يخفف من الأعباء ويفتح باب وسيلة بديلة لحسم المنازعات عن طريق الوساطة ، إذ وضعت محكمة ميشتغان ذاتها إجراءات يلزم أطراف أي نزاع باتباعها قبل عرض النزاع على المحكمة ، ووضعت المحكمة لائحة بعدد من الحقوقيين كوسطاء ، وقبل أن تبدأ إجراءات أي محاكمة يختار كل طرف وسيطاً من الأسماء الواردة على لائحة الوسطاء ويسمي الوسيطان وسيطاً ثالثاً من اللائحة ، ويعين قاضي محكمة ميشتغان جلسة وساطة ويبلغها للطرفين وللوسطاء ، وقبل عشرة أيام من الجلسة يقدم كل طرف لائحة مختصرة بادعاءاته مدعمة بالحجج القانونية وسرد الوقائع وكل ذلك باختصار شديد ، ويوم الجلسة يحق لمحامي الطرفين أن يترافعا ولكن باختصار ، ويجب ألا تتعدى مدة الجلسة ساعة واحدة يقدم الوسطاء تقريرهم خلال عشرة أيام لاحقة لجلسة المرافعة وللطرفين مهلة ٢٠ يوماً لقبوله أو رفضه ، فإذا لم يجيبوا اعتبر ذلك موافقة وقبولاً وإذا قبل قرار الوسطاء يصدر حكم من محكمة ميشتغان بتبنيته ، وإذا رفض أي من الطرفين تستأنف الدعوى سيرها العادي أمام المحكمة ويوضع قرار الوسطاء في مغلف يختم بالشمع الأحمر ولا يفتح إلا بعد صدور الحكم ، وعند صدور الحكم يفتح الملف المختوم بالشمع الأحمر ويقارن الحكم بقرار الوسطاء فإذا كان الحكم قد أعطى أكثر مما قرر الوسطاء بـ ١٠% فإن المدعى عليه هو الذي يتحمل نفقات ورسوم الدعوى ، وإذا قررت المحكمة للمدعي اقل بـ ١٠% مما قرر الوسطاء يتحمل كل فريق نصيبه من النفقات القضائية (١) ، وان كنا نرى في ذلك طريقاً من طرق الوساطة سألفة الذكر .

وثمة أسلوب آخر يسمى (الوسيط المحكم) حيث يقتصر فيه المحكم على إبداء رأيه أو توصية لا يلزم الخصوم باتباعها، على أنهم كثيراً ما يتبنوها ويحسمون النزاع على أساسها ، وبرأينا لا يشكل هذا النوع سوى إحدى صور الوساطة (٢) .

ثالثاً / استتجار قاضي

وهذا الاسم اخذ به في الولايات المتحدة وهو في الحقيقة تكليف قاضي للفصل في النزاع ، وقد بدأ هذا النظام في ولايتي كاليفورنيا ونيويورك الأمريكيتين ، وبموجبه يتقدم الأطراف بطلب إلى المحكمة لتعيين محكم يكون عادة قاضياً متقاعداً، ينظر بالنزاع بصورة غير رسمية ويصدر فيه حكماً تلتزم المحاكم بتنفيذه إذا وجدته مناسباً ، ولا يبدو هذا النظام قد طبق في أي بلد آخر غير الولايات المتحدة الأمريكية ، كما انه قد يتعارض مع كثير من النظم التشريعية وقواعد القضاء في العديد من الأنظمة القانونية في العالم (٣) .

رابعاً / التقييم الحيادي المبكر (المشاور المحايد أو الخبير المحايد)

رغم اختلاف التسميات إلا إنها تدور حول معنى واحد وهو يتم من خلال عرض الأطراف أو (محاميهم) لخلافهم أمام طرف محايد ذي ثقة قانونية واسعة (محام أو قاضي سابق) ، يتمكن من تقييم القضية المعروضة ، ويلتقي المحايد بالطرفين مجتمعين أو قد يلتقي بهم منفردين يستمع من كل طرف عن التفاصيل المتعلقة بالوقائع والأحداث محل الخلاف ، ويستطيع الأطراف التقديم له بالبيانات الخطية ، وفي النهاية يصدر المحايد قراراً ، ولا يكون قراره ملزماً للأطراف ، إذ انه يتصرف كخبير محايد ومهمته مساعدة الأطراف للوصول إلى اتفاق بخصوص صعوبات متعددة ومعقدة (٤) .

(١) د. احمد أنوار ناجي ، مدى فاعلية الوسائل ... ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٢) د. محمد الحلاق ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، ص ١٣ ، د. احمد أنوار ناجي ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق .

(٣) انظر في ذلك : احمد أنوار ناجي ، بحث منشور على شبكة الانترنت أعلاه ، المصدر نفسه ، والقاضي بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣-٣٠٧ .

(٤) وهذا ما أخذت به المادة (٧٠٦) من قواعد الإثبات الفيدرالية (Rule 706 of the Federal Rules of Evidence) ، انظر د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ، ص ٦١ ، والقاضي بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٧-٣٠٨ ، و د. احمد أنوار ناجي ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، المصدر نفسه أعلاه ، و د. محمد الحلاق ، الأساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

- إلى جانب هذه الوسائل والطرق هناك مسألة اللجوء إلى جهات الفتوى والرأي والمشورة والأخذ بفتاها واستشارتها^(١) ، كما هناك القضاء التحكيمي في مجال الخسائر والأضرار الناجمة عن الحروب ، ولجان التسوية^(٢) ، وكما هو واضح فإنه بالنسبة لهذه الطرق فإن تسوية النزاع تكون عن طريق هيئات لها صفة الرسمية ويتم تعيينها أو تشكيلها وتحديد مهمتها بقرارات من سلطة عامة ، ولا يرجع لإرادة أو لأختيار الأفراد ، حتى ولو كان بعضها يشتمل في تشكيله على ممثلين للأفراد ، كـلجان تقدير الخسائر والأضرار الناجمة عن الحرب والتي تكون من ممثلين عن الإدارة إلى جانب ممثلين عن الملاك أو المتضررين^(٣) .

(١) نصت المادة (٦) من قانون مجلس شوری الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩م على: (يمارس المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاصاته على النحو الآتي :

ثالثاً/ إبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم أطراف القضية إلى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً لها) أي نرى إن أخذ الرأي والمشورة يعتبر أسلوباً غير قضائي في حل النزاع .

(٢) ومثال لجان التسوية الودية في فرنسا مرسوم ٢٥ شباط ١٩٩١م الذي عدل المواد ٢٣٩ وما يليها من قانون الصفقات العامة وهو ينص على لجنة وطنية استشارية ولجان استشارية محلية وإقليمية يناط بها البحث عن العناصر القانونية والمادية التي يمكن تبنيها بإتصاف من أجل حل ودي للنزاعات المتعلقة بصفقات الدولة ومؤسساتها العامة غير الصناعية والتجارية ، ومراجعة إحدى اللجان متاحة للإدارة والمتعاقد معها في آن واحد ، وتصدر اللجنة آراء لا تفرض على الفريقين ، وفي حال فشل التسوية الودية للخلاف يعود إلى أصحاب العلاقة أن يراجعوا القضاء المختص .

- كذلك هناك لجان التسوية في المنازعات غير العقدية مثالها المرسوم رقم (٨٠-٩٧٤) بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٤م الذي انشأ لجاناً استشارية لتسوية الأضرار التي تتحملها الدولة مسؤوليتها وكذلك مؤسساتها العامة التي ليست لها الطابع الصناعي والتجاري) ، وهو مطبق فقط على النزاعات حول المسؤولية مع استبعاد المنازعات المتعلقة بالأضرار التي تصيب موظفي الدولة ومؤسساتها العامة على أساس هذه الصفة ، والأضرار المرتبطة بالمسؤولية العقدية ، والتنظم هنا متاح للضحايا وذلك بعد أن تكون قد تحملت قرار رد من الإدارة وحسب ، ويكون القرار الصادر من اللجنة فيه إجبار للإدارة على اتخاذ قرار جديد . انظر: د. جورج فوديل وبيار دلفولفيه ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٢٨-٢٩ .

(٣) ومن هذه الطرق أيضاً ما كان معروفاً في الماضي بنظام الوزير القاضي الذي كان يفصل في بعض المنازعات التي كانت تخص وزارته حتى تم هجر هذه الطريقة بالقانون الصادر عام ١٨٧٢م والذي منح القاضي الإداري ولاية كاملة وسلطة نهائية للفصل في المنازعات دون حاجة إلى تصديق من سلطة أخرى ، انظر د. جورجي شفيق ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

المطلب الثالث / الأثر القانوني للوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية ومدى فاعليتها وتقدير جدواها

سوف نقوم ببيان الأثر القانوني لهذه الطرق ، حيث انه هناك مشكلتان تعترضان سبيلها وهي حالة ما إذا كانت هذه الطرق تقطع التقادم من عدمه ، وتبدأ مدة تقادم جديدة من وقت آخر إجراء من هذه الإجراءات ، ثم مشكلة ما إذا كان اللجوء إلى هذه الوسائل يحرم الخصم الذي لجأ إليها من اللجوء إلى القضاء الوطني المختص ، وهذا ما سنبيحه في الفرع الأول ، ثم ننتقل لبيان مدى فاعلية هذه الوسائل وتقديرنا لجدواها في فرع ثان ، وكما يأتي :

الفرع الأول / الأثر القانوني للوسائل البديلة لتسوية المنازعات

لعل الفائدة العملية لهذه الوسائل تكمن فيما يعود من نفع على الأطراف المتنازعة - أو المتعاقدة في العقود الإدارية - من تطبيقها ، وهذا النفع يتمثل في الأثر الذي يحدثه تطبيق بعض هذه الوسائل لمحاولة تسوية النزاع .

ولعل أهم هذه الأفكار هو انقضاء الالتزام دون وفاء وسقوط الحق بمضي المدة ، ومن المسلم به إن مدة التقادم تنقطع بزوال اثر المدة التي مضت منذ إن بدأ التقادم إلى تحقق سبب انقطاعه ، إذ تعتبر هذه المدة كأن لم تكن ، وتبدأ مدة تقادم جديدة بعد زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع (١) .

والسؤال الذي يطرح الآن هل هذه الوسائل تعد من قبيل المطالبة القضائية التي تقطع التقادم من عدمه ؟ وهل يجوز الاتفاق على قطع التقادم بأعمال أخرى غير التي نص عليها القانون ؟

فيما يخص السؤال الأول : فالمطالبة القضائية هي أي عمل يراد به المطالبة بالحق المتنازع عليه ، فان أية مطالبة أمام القضاء يتبين منها أنها مظهره لنية صاحب الحق في التمسك بحقه المهدهد بالسقوط فهي تشمل الدعوى والدفع على السواء (٢) .

ليس من شك إن المفاوضات والوساطة لا تعد من قبيل المطالبة القضائية فهي من طرق التسوية الودية لا تقطع التقادم المسقط للحق المطالب به ، إذ إنها ليست مطالبة أمام القضاء الوطني للدولة ، إذ إنها طريق ودي من طرق الإقناع بعيد عن إجراءات القضاء الرسمية ، كذلك الحال بالنسبة للتوفيق وغيره ، لذا تتوقف الإجابة على جواب السؤال الثاني ، حيث يرى بعض الشراح انه لا يوجد ما يمنع الدائن من أن يتفق مع المدين على أن يقطع التقادم بأعمال أخرى غير التي حددها القانون تأسيساً على إن أسباب قطع التقادم لا تتعلق بالنظام العام (٣) .

ألا إن هناك من يرى أن ذلك يتعارض مع مراد المشرع من نظام التقادم الذي يحظر كل تعديل اتفاقي في مدة التقادم المقررة في القانون لتعلق مدد التقادم بالنظام العام ، فلا يجوز أن يترك تحديدها لمشئنة الأفراد ، حيث انه لو أجاز ذلك لامكن أن يتفق الدائن مع مدينه على قطع التقادم بإنذار رسمي أو غير رسمي أو حتى بمجرد خطاب عادي أو إجراء تحفظي أو آخر غير قضائي لمنع سريان مواعيد التقادم في حقه مما يمكن الدائن من إطالة مدة

(١) انظر المواد (٣٧٤ و ٣٨٣ و ٣٨٤) من القانون المدني المصري والمواد (٤٣٧ و ٤٣٨ و ٤٣٩) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بأسباب انقطاع التقادم .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمسقط ، الطبعة الثانية ، بدون ذكر مكان النشر ، ١٩٩٦م ، ص١٤٩ .

(٣)Hani Sarie , Consortia Agreements in the international construction Industry :with special reference to Egypt ,London , Boston : Kluwer Law International , 1996, p.205.

ألا إن هناك من يرى انه نظرا للمتغيرات الدولية الجديدة في مجال تسوية المنازعات الإدارية - منازعات العقود الإدارية بوجه خاص - وظهور بدائل لتسوية هذه المنازعات دون اللجوء إلى القضاء الوطني ، انه يجب تطويع نظام التقادم في التشريعات الوطنية بما يتلاءم مع هذه المتغيرات وبما يمكن أن يجعل لهذه الطرق كالوساطة أو التوفيق أو المفاوضة من اثر قاطع للتقادم المسقط للحق المتنازع عليه في العقود الإدارية - عقود الأشغال العامة مثلا - مما يكون له ابلغ الأثر من عدم ضياع الحقوق المتنازع عليها في - العقود الإدارية كبيرة القيمة - (٢) .

- أما بالنسبة للمشكلة الثانية وفيما إذا كان اللجوء إلى هذه الوسائل يحرم الخصم الذي لجأ إليها من اللجوء إلى القضاء الوطني المختص ، فإنه يتعلق بما إذا كانت هذه الطرق تقضي في الحق الموضوعي أم إنها على الرغم من الفصل في النزاع عن طريقها يمكن اللجوء إلى القضاء ؟

لا تقضي هذه الطرق في الحق الموضوعي إذ انه يمكن لأي من الأطراف الذين لا يروق لهم قرار الموفق أو الوسيط الطعن عليه قضاءً أو أمام التحكيم عسى أن يصل إلى القرار الذي يرضيه فهي وسائل مبدئية قد تؤدي إلى حسم المنازعة وتوفير الوقت والنفقات بدلاً من اللجوء إلى التحكيم أو القضاء .

لذا فإنها تختلف عن الصلح من حيث إن الصلح هو تنازل من الجانبين فلا يمكن بعد الاتفاق عليه أن يترك واللجوء إلى القضاء (٣) .

أما الطرق الأخرى فان لها موعد محدد ويمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء حتى وبعد صدور القرار إذا لم يقتنع برأي الموفق أو الوسيط أو بعد المفاوضة ، ألا إنها دائما يحدد له مدة معينة عليه الاعتراض فيها على القرار وإلا بعد ذلك يصبح نافذا (٤) .

الفرع الثاني / مدى فاعلية الوسائل البديلة وتقدير جدواها

قد يلقي نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات - خلافاً للتحكيم - انتقاداً وخاصة في الدول النامية ، فيرى البعض إن الوسائل البديلة (بمفهومها التقليدي) وان كانت اسبق بالظهور من القضاء ، فان مرجع ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاث ، فالقضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة ، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد ، وإلا سادت الفوضى وضاعت الحقوق .

فنظام الوسائل البديلة إذا كان ضروريا ، فانه يجب أن يظل له طابع الاستثناء ، فكل قواعده وأحكامه هي من صنع الدول المتقدمة والتي لا يحكمها في ذلك إلا حماية مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية ، محاولة فيه ضمان زعامتها وريادتها ، وتحصين نفسها من القضاء الوطني وتشدد القوانين في الدول الأخرى (٥) .

(١) المستشار عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ١٨٥-١٨٦ .

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، ص ٣٤٠ .

(٣) د. محمود التحيوي ، التحكيم والصلح ... ، مصدر سابق ، ص ١٣٥-١٥٧ .

(٤) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، المصدر نفسه ، ص ٣٤١ ، و د. محمود التحيوي ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٥٧ ، و د. احمد أنوار ناجي ، مدى فاعلية الوسائل البديلة ... ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق ، و د. نعتاق حفيظة ، الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، مصدر سابق.

(٥) انظر في ذلك : احمد أنوار ناجي ، المصدر نفسه أعلاه .

لكن هذا الأمر فيه مبالغة ، حيث إن بطء إجراءات التقاضي وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه - خاصة في الدول المتقدمة - يجعل الوسائل البديلة أكثر ملاءمة ، حيث إن القضاء ينوء كاهله بالقضايا التي تطرح عليه وان الوسائل البديلة تسهم في التخفيف عنه وذلك لما تتمتع به من مزايا أهمها : تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء ، فضلا عن إنها قليلة التكاليف مقارنة بالقضاء وتكفل نوعا من السرعة في الوصول إلى حل ، إضافة إلى كفالتها لقدر من السرية ومحافظة طرفي النزاع على خصوصية النزاع القائم بينهم ، كما تتسم بالمرونة لعدم وجود قواعد وإجراءات محددة ، والحفاظ على الانتظام والتركيز على المنازعة وابتكار الحلول الخلاقة من جانب أطراف النزاع أو الأشخاص المنوط بهم تسويتها ، كل ذلك إلى جانب القدر الذي تحققه هذه الوسائل من ارتياح واقتناع للأطراف وذلك لاختيارهم للوسيلة التي وجدها مناسبة لحسم النزاع بجانب اختيار الأشخاص المنوط بهم حسم النزاع ، فضلا عن ذلك ، فان نظام الوسائل البديلة لا يستعمل فقط لتسوية المنازعات ودياً ، ولكنها تسعى لإيجاد حل ودي لدى الأطراف المتنازعة يمنع نشوب المنازعة (١) .

وعلى هدى ما تقدم نرى أن هذه الوسائل تشكل وسائل لتسوية المنازعات الإدارية التي يلجأ إليها في حالة تسوية المنازعات تلافياً للجوء إلى القضاء المختص .

ونرى إن هذه الوسائل لكي تكون أكثر فاعلية فانه يجب أن تتولى إحدى الجهات الرسمية إدارتها ، إذ إن هذه الوسائل سوف تطبق على نحو اعم وأفضل إذا ما تم إنشاء مراكز متخصصة لها أو أن يكون هناك مركز في كل وزارة ، وتقوم بالتنسيق لعمليات المفاوضات والوساطة والتوفيق والصلح ، وحيث تقوم بإعداد قوائم بأسماء الوسطاء والموفقين من ذوي الخبرة في عدة مجالات من قانونيين ومهندسين وخلافه من المختصين بإدارة جلسات خاصة بهذه الوسائل ، وتصدر قرارات (تسوية) تصادق عليها المحكمة لتكتسب الصفة الرسمية .

على إن الأمر لا يخلو من الحاجة إلى تشريع يضع الإطار العام لاستعمال هذه الوسائل البديلة ، من إجراءات ومواعيد وخلاف ذلك ، مع العلم انه يشترط أن يكون هناك مواعيد إذا لم يطعن الأطراف خلالها على قرار التسوية يسقط حقهم في ذلك ويصبح هذا القرار نهائياً ، على انه يمكن أن يطعن به موضوعاً أو لأي سبب آخر ، مع ملاحظة إن التفاوض دائماً يكون أولى هذه الطرق وفي حالة تعذر الوصول إلى اتفاق عن طريق التفاوض - إذ قد يحصل بعد التفاوض صلحاً - وبعد تعذر الوصول إلى اتفاق ، تسعى الأطراف إلى طرف ثالث وطلب مساعدته أو وساطته ، وفي حالة عدم التوصل إلى وساطة يجوز للأطراف المعنية اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم وبذلك سوف يقلل الكثير من حجم المنازعات أمام القضاء ، مع العلم انه يمكن الاستفادة في التشريع الجديد من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠م قانون لجان التوفيق لفض المنازعات المصري .

(١) القاضي بشير الصليبي ، مصدر سابق ، ص ، ود. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٤٣١ .

المبحث الثاني / الشرط الجزائي وتطبيقاته في حل المنازعات الإدارية بأسلوب غير قضائي

قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته مخالفات متعددة ، فهو قد يمتنع عن التنفيذ ، أو يقوم بتنفيذ مخالف للمواصفات أو يتأخر عن المواعيد المحددة في برنامج التنفيذ ، أو أن يتنازل عن تنفيذ العقد لمقاول من الباطن بدون موافقة الإدارة ، كما انه قد لا يحترم تعليمات المهندس المشرف أو لا يمكنه من مزاوله هذا الإشراف، أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب ، ففي حالة مثل هذه المخالفات قد يثور نزاعاً بين الإدارة والمتعاقد ، ولم يترك القانون الاداري الإدارة في مثل هذه المنازعات الثائرة عن تلك المخالفات من جانب المتعاقد مع الإدارة للقواعد المطبقة في القانون الخاص التي لا تسمح إلا بمجرد الالتجاء إلى القضاء أو مجرد الدفع بعدم التنفيذ ، فمثل هذه القواعد المقررة في القانون الخاص في مواجهة المتعاقد المخالف لالتزاماته غير كافية لحماية مصلحة المرفق العام الذي تمثله الإدارة المتعاقدة ، لهذا فالقانون الاداري يعطي الإدارة حق توقيع جزاءات مباشرة على المتعاقد الذي يخالف قواعد العقد ، وان أساس الجزاءات في العقود الإدارية لا يقوم موضوعها على المعاقبة على المخالفات العقدية فحسب بل أيضاً لضمان سير المرافق العامة (١) ، أي الذي تفرضه الإدارة لتأمين سير المرفق العام لذا فإننا نرى انه وسيلة لحل النزاع أكثر من كونه عقوبة إذ انه سبباً يجنب الإدارة الدخول إلى ساحة القضاء ويبعدها عن اللجوء إليه واقتضاء حقها ، وإنما يحق لها أن تأخذ حقها مقدماً كما نصت عليه بالعقد أو من مقتضى القواعد العامة التي تجيز لها ذلك ، وحيث إن المبدأ المستقر فقها وقضائياً إن للإدارة وبارادتها المنفردة توقيع الجزاءات دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ومبررها في ذلك هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة ، ولا تستند الإدارة في مباشرة السلطة إلى نصوص العقد الاداري بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام (٢) ، لذا فإننا نرى بأنها تستطيع استخدام هذه السلطة وتطبيق بعض الجزاءات ليس كعقوبة وإنما كطريق لحل النزاع أو منعاً لوقوع نزاع مقدماً وبعيداً عن اللجوء للقضاء ، وتتنوع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إلى عدة أنواع ، منها جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة (مؤقتة) وجزاءات نهائية (فاسخة) ، والتي تستند في توقيعها إلى مبدأ ضمان سير المرفق العام ، ومنه وخدمة للصالح العام وانتظام سير المرفق العام تستطيع الإدارة استخدام وتطويع نوع من الجزاء واعتباره سبباً لحل النزاع بعيداً عن القضاء أو مانعاً لتجنب الوقوع في نزاع ، ونرى إن ذلك يتمثل في تطبيق فكرة الشرط الجزائي ، والذي أصبح من الموضوعات التي أصبحت شائعة في الوسط القانوني فلا يكاد يخلو عقد من هذا الشرط ، حتى أصبح قرين كل عقد وظل كل اتفاق ، ولذا يثور لدينا التساؤل عن مدى انطباق فكرة الشرط الجزائي على العقد الاداري ؟ وعن مدى اعتباره أسلوباً في حل النزاع الاداري بعيداً عن القضاء ؟ وعن أمثلته وتطبيقاته التي تأخذ بها العقود الإدارية والتي يمكن اعتبارها إلى حد ما شرط جزائي وهي الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين ؟ لذا فإننا سوف نقوم ببيان التعريف بالشرط الجزائي في مطلب أول ومن ثم بيان النظرية العامة للشرط الجزائي في مطلب ثان ، و نخصص المطلب الثالث لدراسة تطبيقات الشرط الجزائي في العقود الإدارية وكما يأتي :

(١) د. خالد خليل الظاهر ، مصدر سابق ، ص ٢٦١ ، و د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٥م ، ص ٥٢٤ ، و د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠ .

(٢) د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣م ، ص ٣٣٤ .

للتعريف بالشرط الجزائي سنقوم بتقسيم المطلب على ثلاثة فروع ؛ نخصص الأول لبيان التعريف اللغوي للشرط الجزائي وبيان المفهوم القانوني له ، أما الفرع الثاني فنبين فيه أهمية الشرط الجزائي ، وفي الثالث نميز الشرط الجزائي عما يشته به من أوضاع ، وكما يأتي تباعاً :

الفرع الأول / تعريف الشرط الجزائي

أولاً / التعريف اللغوي للشرط : يعرف الشرط في اللغة بأنه إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه ، وجمع الشرط شروط ، مثله شريطة ، وجمعها شرائط ، ويقال شرط بشرط (بكسر الراء وضمها) إذا شرط على صاحبه أمراً ، ويقال مشاركة إذا شرط كل منهما على صاحبه أمراً^(١) ، والشرط له عدة معاني في اللغة ألا إن ما يهمنا هو (الإلزام الشيء والتزامه) .

ثانياً / المفهوم القانوني للشرط الجزائي : يعد الشرط الجزائي - عموماً - استثناء من القاعدة العامة التي تنبئ بالقضاء مهمة تقدير التعويض ، وتحديد عناصره ، إذ بموجبه يتولى الطرفان المتعاقدان تحديد مبلغ التعويض مقدماً ، وقبل حصول الإخلال بتنفيذ العقد أو الامتناع عن هذا التنفيذ^(٢) .

ويطلق معظم الفقه على هذا التعويض اصطلاح الشرط الجزائي استناداً إلى انه يرد عادة كشرط من شروط العقد ، على أن ذلك لا يمنع أن يتم تقدير التعويض المذكور بمقتضى اتفاق لاحق ، أي انه قد يدرج هذا الشرط في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق ، ولكن يجب أن يكون سابقاً على واقعة الإخلال بالالتزامات أما إذا تم بعد ذلك فانه لا يمكن أن يندرج تحت مفهوم الشرط الجزائي ، وإنما قد يعد في مثل هذه الحالة صلحاً^(٣) ، إضافة إلى ذلك فان تسمية هذا الشرط - بالجزائي - تأتي من كون مبلغ التعويض يتجاوز الضرر الحقيقي في اغلب الأحيان والذي يصيب الدائن - الإدارة - بسبب ما يتعرض له من خسائر نظراً لعدم تنفيذ المدين للالتزامه أو تأخيره فيها عن الموعد المحدد^(٤) .

واستناداً لذلك يمكن القول بان الشرط الجزائي لا يعدو أن يكون اتفاقاً يقدر فيه الطرفان مقدار التعويض مقدماً ، والذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه ، وهو يوضع عادة كشرط ضمن العقد الأصلي ، أو يتضمنه اتفاق لاحق^(٥) .

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الخامس ، مصدر سابق ، باب السين ، ص ٧٩ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، طبعة منقحة من قبل المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٤م ، ص ٧٩٥ .

(٣) د. هشام إبراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، دار نور الإسلام ، القاهرة ، ٢٠١١م ، ص ١٦ ، و د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص ٧٩٥-٧٩٦ .

(٤) د. محمد علي الطائي ، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، السنة التاسعة والثلاثون ، العددان الأول والثاني ، ١٩٨٤ ، ص ١٠١ . و د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٩م ، ص ٣١ .

(٥) د. إبراهيم سيد احمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣م ، ص ٥٣ ، و د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ١٦ .

أما فيما يتعلق بتعريف الشرط الجزائي قانوناً ، فيلاحظ إن القوانين المقارنة^(١) قد أكدت على إن الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين للالتزامه ، أو تأخره فيه، ويكون ذلك إما بإيراده ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق ، وعلى أن يكون ذلك قبل وقوع الإخلال بالالتزام ، وقبل حدوث الضرر المستوجب لإعمال هذا الشرط الجزائي ، وبالتالي استحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه أما في صلب العقد أو في ملحق للعقد له ذات قوة للعقد الأصلي^(٢) .

وعند إمعان النظر في مختلف النصوص التشريعية - سابقة الذكر - والتي تتصل بشأن إيراد مفهوم الشرط الجزائي في القانون المقارن نجد إن جميعها على اتفاق كامل فيما يتصل بمفهوم الشرط الجزائي من حيث كونه شرطاً يورده المتعاقدان ضمن شروط العقد أو في اتفاق لاحق للعقد الأصلي ، وبالتالي فهو شرط مسبق على وقوع الضرر المفترض حدوثه من جراء عدم تنفيذ المدين للالتزامه التعاقدية ، لذا فيمكن القول إن الشرط الجزائي في القانون الإداري وهو اتفاق بين المتعاقدين يرد في العقد الأصلي أو في عقد آخر ملحقاً به وهو يتضمن مبالغ نقدية توقعها الإدارة على المتعاقد حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته في المواعيد المقررة وقد درجت الإدارة على تضمين عقودها مثل هذا الشرط ، وتوقعه الإدارة بموجب قرار إداري دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار قرار حكم ، وهو بذلك يعتبر سبيلاً لحل المنازعات الإدارية دون اللجوء إلى القضاء ، ويجنب الإدارة الدخول إلى القضاء أو المطالبة بالتعويض .

الفرع الثاني / أهمية الشرط الجزائي

يضمن المتعاقدون - عادة - عقودهم شرطاً جزائياً يهدف إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته والإيفاء بها في الموعد المنصوص عليه بالعقد في - حالة عدم وجود عائق خارج عن إرادة المتعاقد بسبب ظروف أجنبية لا يد له بها ولا يمكن تلافيها من قبله أخرت تنفيذ هذه الالتزامات - إضافة لذلك فإن له فوائد كثيرة ومزايا يحققها أيضاً على مستوى المصلحة العامة ويمكن بيان أهميته فيما يأتي :

أولاً / عدم إرهاب العدالة والقضاء : إن انتشار الأخذ بالشرط الجزائي يقلل إلى حد كبير من فرص اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض ، وذلك لان وجوده يحدد مواطن النزاع مسبقاً كالضرر ومبلغ التعويض الذي ارتضاه أطراف التعاقد ، وهذا ما كانت ستقوم به المحكمة لو عرض النزاع عليها وتحقيق ذلك يخفف إلى حد كبير الضغط على كاهل القضاء^(٣) .

ثانياً / تجنب تحكم القضاء وإجراءاته المعقدة ، وعدم تدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض للدائن في حالة إخلال المدين في التزامه^(٤) .

ثالثاً / يسهم الشرط الجزائي في تنمية المجتمع وازدهاره ، حيث إن العقد رابطة بين أطراف وهذه الأطراف إذا ما أدركت أن لديها أسلحة فعالة ووسائل حماية وضمان تكفل تنفيذ الالتزام وتحقق الحد الأقصى من الضمانات له ، وإن حل أي نزاع سوف لا يكون بذا صعوبة ولا يحتاج إلى تكاليف ووقت ، فإنهم لن يترددوا مطلقاً في التعاقد وإقامة تلك الروابط العقدية وتلك مسالة متصلة بل وشديدة الوصل بالصالح العام وتنمية المجتمع وازدهاره^(٥) .

(١) انظر المادة (٢٢٣) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٢٢٤) من القانون المدني السوري ، والمادة (٢٢٦) من القانون المدني الليبي ، والمادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني .

(٢) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر سابق ، ص ٢٠ .

(٣) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ٣٠ .

(٤) د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(٥) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ٢٨ .

رابعاً / الإسهام في تنفيذ خطط التنمية في الدولة ، حيث انه مما لا شك فيه إن أهمية الشرط الجزائي في شأن الإسهام في تنفيذ خطط التنمية في الدولة لا تقتصر على القطاع الخاص فحسب في الدولة ، وإنما يمتد دوره في هذا الشأن إلى القطاع العام أيضاً ، ويتجلى ذلك في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ، فالشرط الجزائي في العقود الإدارية يحمل صفة خاصة تختلف تماماً عن العقود المدنية ولذلك يطلق عليه في هذه العقود (بالغرامات التأخيرية) ، لذا فان أهمية الشرط الجزائي لا تقتصر في شأن التنمية على القطاع المتصل بالأفراد وإنما إلى القطاع العام في شكل تواجد وفعاليته في العقود الإدارية^(١) .

خامساً / القضاء على المنازعات بين المتعاقدين ، إن مجرد وجود الشرط الجزائي يمنع إلى حد كبير المنازعات التي يمكن أن تحدث بين المتعاقدين ، من حيث وقوعه أو عدمه ومن حيث اعتباره مباشراً أو غير مباشر ، متوقعاً أو غير متوقع ، فبمجرد النص عليه في العقد يعتبر بمثابة تسليم من المدين بإخلاله في تنفيذ التزامه أو تراخيه فيه مما يرتب الضرر بالدائن وبالتالي يعفي الدائن من عبء إثبات الضرر ، وبالتالي ينتقل عبء الإثبات على المدين خلافاً للقواعد العامة في الإثبات^(٢) ، أي نرى انه يهدف إلى تجنب المنازعات فهو يعتبر وسيلة اتفاقية للتعويض بين الإدارة والمتعاقد معها .

مما تقدم نرى إن تضمين العقود الإدارية شرطاً جزائياً يعتبر ضماناً للمتعاقد - سواء كان المتعاقد - الدائن أو المدين وكذلك فانه وسيلة هامة وحيوية للضغط على المدين تدفعه إلى الامتثال لتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وعدم التأخر في ذلك خشية توقيع هذا الجزاء عليه ، وكذلك يعتبر سبيلاً لحل النزاع تنفق عليه الإدارة مع المتعاقد معها ابتداءً ، ويجنبها والمتعاقد اللجوء إلى القضاء وطول إجراءاته .

الفرع الثالث / تميز الشرط الجزائي عما يشته به من أوضاع

يشته الشرط الجزائي - في القانون المدني - بالكثير من الأوضاع القانونية وخاصةً انه يشته بالعربون وشرط الحد الأقصى للمسؤولية والتهديد المالي والصلح ، ألا إن الذي يهمننا هو تمييزه عن الصلح وبيان اختلافه عن التهديد المالي^(٣) .

فبالنسبة لتمييزه عن الصلح فان الشرط الجزائي قد يلتبس بالصلح ألا إن الذي يميز بينهما إن الاتفاق على الشرط الجزائي يقع ابتداءً سواء أدرج في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق - أي قبل واقعة الإخلال بالالتزامات - أما الاتفاق على الصلح فانه ينعقد بعد أن يثور النزاع ويستحق التعويض ويتحقق الإخلال بالالتزامات ، وفي ذلك تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (... وليس يبقى بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشته به من أوضاع ، فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أدائه مقدماً قبل

(١) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٢) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ٢٦ ، و د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(٣) راجع في تمييز الشرط الجزائي عن العربون ، د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٠٧-٨٠٨ ، وكذلك في دراسة شرط الحد الأقصى للمسؤولية وتمييزه عن الشرط الجزائي انظر : د. محمد علي الطائي ، المصدر نفسه ، ص ١٠٥ ، و د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٠٩-٨١٠ .

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الادارية عن الطریق غير القضائي
استحقاقه ، سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في اتفاق لاحق ، وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد ، إذ ينعقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً ، أما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، وإما للاستعاضة عنه بدين جديد ... (١) .

وان كنا نرى في كليهما طريقاً لحل المنازعات الإدارية إلا إن الشرط الجزائي يقدم حلاً مقدماً .

وبالنسبة لتمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي ، فإنه يختلف كثيراً ، حيث إن التهديد المالي أسلوباً يلجأ إليه القضاء بناء على طلب الدائن والحكم على المدين بغرامة تهديديه وتقدر على أساس وحدة زمنية معينة بقصد إجباره على تنفيذ التزامه عيناً (٢) وبذلك فإن التهديد المالي يختلف في أنه يجب أن يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فإنه يتم باتفاق المتعاقدين ، وكذلك فإن التهديد المالي يحمل معنى التنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي فإنه يحمل معنى التعويض ، ويتم تقدير التهديد على أساس وحدة زمنية معينة أو عن كل مرة يخل بها المدين بالتزامه ، أما الشرط الجزائي فلا يتم تقديره على هذا الأساس إلا في حالة كونه تعويضاً نتيجة لتأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويضاً فإنه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً ، والتهديد المالي يتم نتيجة تقدير من قبل قاضي الموضوع لإجبار المدين على تنفيذ التزامه لذا فإنه تحكيمي ولا يرتبط بمقدار الضرر ، أما الشرط الجزائي فإنه يرتبط أصلاً بمقدار الضرر (٣) .

وبذلك فإننا قد بينا أهم ما قد يختلط بين الشرط الجزائي وما يشته به من أوضاع .

المطلب الثاني / النظرية العامة للشرط الجزائي في العقد الاداري

قد تواجه العقود الإدارية الكثير من المنازعات لدى تنفيذها بسبب إهمال أو تقصير الطرف الثاني ، ولضمان تنفيذ هذه العقود في موعدها المحدد ، كذلك لحل هذه المنازعات ودون اللجوء إلى القضاء ، وان للإدارة سلطات وامتيازات واسعة تمكنها من إظهار حقها واستقرار وانتظام المرفق العام وضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ابتداءً ولضمان تنفيذ الالتزامات في الموعد المحدد ولتجنب حل المنازعات عن طريق القضاء يدرج العاقدون عادة شرطاً جزائياً ، وان لطبيعة العقد الاداري تأثيراً على شروط استحقاق التعويض المقرر في الشرط الجزائي وكذلك على طبيعة الآثار التي تترتب عليه كنتيجة للإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية في موعدها المحدد وان الشرط الجزائي بمثابة اتفاق يتم بين المتعاقدين بشكل مسبق على تقدير التعويض ، رغبة منهما في عدم ترك أمر تقدير هذا التعويض للقاضي ، فيعمداً إلى تحديده بأنفسهم ، من هنا سوف نبحث في الفرع الأول خصائص الشرط الجزائي (أحكامه في القانون الاداري) ، ومن ثم نبين آثار الشرط الجزائي ومدى سلطة القضاء في التدخل بتعديله وكما يأتي :

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية (٢) ص ٥٧٥ ، انظر الموقع الالكتروني : <http://previous.eastlaws.com/support/modawana.aspx> تاريخ الزيارة ١٠/٤/٢٠١١ م .

(٢) د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ ، و د. خالد محمد مصطفى المولى ، الجزاءات المالية في العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، العدد الثامن عشر ، آذار ، ٢٠٠٧ م ، ص ١٧٦ .

(٣) محمد علي الطائي ، المصدر نفسه ، ص ١٠٤ ، و د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٠٩ .

الفرع الأول / خصائص الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي بجملة من الخصائص لعل أهمها ، حسب ما جرى عليه الفقه هي ثلاثة خصائص وهي :
إن الشرط الجزائي التزام تبعي كما انه تعويض يقدره الطرفان ، وانه تقدير جزافي للتعويض ؛ كما أن له خاصية أخرى وهي أن له طبيعة خاصة في العقود الإدارية ، لذا سنتناول ذلك فيما يأتي :

أولاً / خصائص الشرط الجزائي بصورة عامة

١ / الشرط الجزائي التزام تبعي :

يتم تقدير الشرط الجزائي من قبل طرفي الالتزام ، ويرد هذا التقدير في العقد أو في اتفاق لاحق ، وان استحقاق الشرط الجزائي يرتبط بإخلال المدين بتنفيذ التزامه الأصلي ، وبالتالي فان الشرط الجزائي ليس التزاماً أصلياً بل هو تابع للالتزام الأصلي الوارد في العقد ويبني على ذلك :

١- إن الالتزام الأصلي هو المعول عليه لالتزامات الطرفين وليس الشرط الجزائي^(١) ، أي إن الشرط الجزائي ليس مقصوداً بذاته وإنما هو وسيلة لغاية وهي حمل المدين على تنفيذ التزامه الأصلي الوارد في العقد^(٢) ، إلا إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ فانه يجوز للدائن المطالبة بالشرط الجزائي المنصوص عليه بالعقد ، أي نرى انه سبباً لحل النزاع الذي قد يثور بين المتعاقدين دون القضاء .

٢- إن البطلان الذي يلحق الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي لا العكس^(٣) .

٣- انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الالتزام التبعي (الشرط الجزائي) .

٤- كما لا يعد الشرط الجزائي التزاماً بديلاً فلا يترك للمدين الخيار بين تنفيذ الالتزام الأصلي ورفضه للشرط الجزائي ما دامت التزاماته الأصلية ممكنة إلا في حالة إذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلًا بخطأ المدين ففي هذه الحالة يصار إلى الشرط الجزائي^(٤) .

٢ / الشرط الجزائي تعويض يقدره الطرفان :

للمتعاقدين أن يضمنا العقد عند إبرامه شرطاً يتفقا فيه مقدماً على تحديد مسؤولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه في هذا العقد أو يتأخر في تنفيذه ، ويكون ذلك في صلب العقد وضمن شروطه ، أو في اتفاق لاحق ، وهذا الشرط يكون قبل التنفيذ ، لذا فهو - الشرط الجزائي - في حقيقته لا يعدو أن يكون شرط في عقد أو في اتفاق لاحق يتضمن تحديداً للجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام^(٥) ، ألا إن هذا الاتفاق يثير بعض الإشكالات منها إن الشرط

(١) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ١١٥ ، و عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٠٤ .

(٢) انظر المادة (١٢٢٨) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على : (يجوز للدائن بدلاً من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائي أن يطالبه بتنفيذ الالتزام الأصلي) .

(٣) د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ ، كذلك انظر المادة (١٢٢٧) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على (بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي) ، د. إبراهيم سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٦٠-٦١ ، و د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص ٨٠٥ .

(٤) د. محمد علي الطائي ، المصدر نفسه ، ص ١٠٢ .

(٥) د. إبراهيم السيد احمد ، المصدر نفسه ، ص ٧٣ .

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الادارية عن الطرية غير القضائي الجزائي قد يكون مبالغاً فيه ، أو قد يكون التعويض الأتفاقي اقل من الضرر الواقع ، أو قد يكون وسيلة للإعفاء من المسؤولية^(١) .

٣ / الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض :

إذا كان الشرط الجزائي يمثل تقديراً للتعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال المدين بالتزامه أو امتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام فان هذا التعويض يقدر بشكل جزافي ، ذلك إن المتعاقدين يقومان بتحديد مقداره ابتداءً قبل وقوع الضرر ، وعليه فان التقدير المقدر للشرط الجزائي - قبل وقوع الضرر أو الإخلال بالتنفيذ أو الامتناع عنه - يتصف بكونه جزافياً، وهذه الصفة ناشئة في الواقع من صيرورته مقدماً وفي وقت لا يستطيع المتعاقدان فيه التنبؤ بمقدار الضرر الذي يصيب احدهما من جراء إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه^(٢) .

ثانياً / خصائص الشرط الجزائي في العقود الإدارية

سبق إن أشرنا إلى تعريف العقد الاداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية جهة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ، وانه يشترط فيه شروط معينة ويتميز بذلك بطبيعة خاصة تختلف عن العقود المدنية ، لذا فان الشرط الجزائي في العقود الإدارية يختلف عن سائر العقود المدنية ، لذا فانه قد يطلق عليه بالغرامة التأخيرية^(٣) .

والشرط الجزائي (الغرامة) وهي مبالغ نقدية توقعها الإدارة على المتعاقد معها حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية وأياً كان شكل هذا الإخلال سواء اتخذ صيغة عدم التنفيذ أو تأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد بالعقد ، أو كان التنفيذ غير مرض لجهة الإدارة المتعاقدة أو في حالة التوقف عن التنفيذ العقدي دون إذن مسبق من الجهة المتعاقدة ، كل تلك الأشكال تجيز للإدارة المتعاقدة إعمال (الشرط الجزائي) وتوقيع الجزاء على المتعاقد معها^(٤) . وقد درجت الإدارة على تضمين عقودها مثل هذا الشرط كما هو الحال في عقود مقاولات أعمال الهندسة المدنية وتؤخذ مقدار (الغرامة) عادة نسبة معينة من مبلغ المقابلة وتحسب نهاية إتمام العملية ، أي لدى تصفية الحسابات بين الطرفين ، ثم توقع الغرامة عند تحقق المخالفة دون ضرورة إثبات الضرر ، أما الأعذار للمتعاقد المخل بالتزاماته فلا تعد ضرورية .

إذن الشرط الجزائي في العقود الإدارية يحمل صفة خاصة تختلف تماماً عن العقود المدنية حيث انه يتم توقيع الشرط في العقود الإدارية بموجب قرار إداري صادر من قبل الإدارة ذات الشأن ، بينما في العقود المدنية يتطلب قراراً من المحكمة المختصة ، وان الشرط الجزائي (الغرامة) توقع في العقود الإدارية دون حاجة إلى إنذار إلا في حالة الاتفاق أو إذا نص القانون على خلاف ذلك ، أما في العقود المدنية فيتطلب الأمر توجيه إنذار مسبقاً للمدين الملتزم إلا إذا نص القانون على خلاف أو باتفاق الطرفين^(٥) ، ويكون توقيع الشرط الجزائي - كما ذكرنا - تلقائي

(١) انظر المواد (٢١٧) من القانون المدني المصري والمادة (٢٢٠) من القانون المدني الليبي ، والمادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي ، انظر: د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ - ١٢٣ .

(٢) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ١٢٦ .

(٣) د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ .

(٤) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ .

(٥) يلاحظ إن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية قد عالجت موضوع الإنذارات والإشعارات ضمن شروطها العامة وذلك بالمادة (٧٠) ويبدو إن الإدارة تلجأ إلى استخدام الإنذار إذا رأت الحاجة إلى ذلك وعلى سبيل الاختيار لتنبه الطرف الثاني وتحذيره قبل الالتجاء إلى المحاكم وإجراءاتها المعقدة .

بدون حاجة إلى إثبات الضرر في العقود الإدارية بينما يتطلب الأمر الالتجاء إلى المحكمة المختصة لإثبات الضرر في العقود المدنية إذ يعد الضرر متحققاً فيها حكماً ومن ثم تنتفي الحاجة لأي نوع من المقاضاة ، ففي العقود الإدارية نجد إن الإدارة تستحق جميع مبالغ الشرط الجزائي التي وردت في العقد لأن الضرر يعد متحققاً حكماً في هذه العقود ، وذلك لمجرد التأخير في تنفيذ الالتزام دون حاجة لإثبات الضرر وذلك لاتصال العقد بمرفق عام والتأخير في تنفيذه معناه التأخير في تقديم الخدمة التي يتكفل هذا المرفق في تقديمها للجمهور (١) .

فمثلاً هناك حالات لا تتضرر فيها الإدارة فعلاً كما لو تأخر تسليم بناية مدرسة خلال العطلة الصيفية حيث تكون الدراسة فيها معطلة وعليه فالإدارة في هذه الحالة لا تعد متضررة بسبب التأخير في تنفيذ الالتزام لا حكماً ولا فعلاً فلذلك لا موجب لفرض الغرامة التعويضية بحق المدين (٢) ، إلا إن هناك من يرى إن التأخير ذاته قد لا يشترط أن يسبب ضرر ، إذ من الجائز إن المتعاقد مع الإدارة يوقع عليه الجزاء نتيجة التأخير الذي لم ينتج ضرر ولكن لطبيعة الإخلال بالالتزام وتعلقه بمرفق عام ذي نفع عام يجب الالتزام بالمواعيد وعدم التأخير (٣) .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى افتراض وقوع الضرر بسير المرافق العامة بمجرد حصول التأخير في تنفيذ الأعمال دون حاجة لإثباته (.... إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه إنما تستهدف أساساً تأمين سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام إذ إن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد ذلك إن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبته الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها فهي اتفاق ملزم... (٤) .

الفرع الثاني / آثار الشرط الجزائي ومدى سلطة القضاء في التدخل بتعديله

يتبين لنا إن الشرط الجزائي هو تعويض مقدر مقدماً من المتعاقدين في عقدهما أو في اتفاق لاحق عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، وأنه بذلك يكون أسلوباً في فض النزاع بعيداً عن ساحة القضاء ، كما توصلنا إلى أنه ليس سوى التزام تابع للالتزام الأصلي المنصب عليه العقد ، وأنه لا مجال لإعمال هذا الشرط الجزائي طالما كان في المقدور تنفيذ الالتزام الأصلي وعلى ذلك فإنه إذا لم ينفذ الملتزم بالشرط الجزائي التزامه الأصلي أو تأخر في تنفيذه ، وانعدت في ذات الوقت كافة الشروط الواجبة لاستحقاق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، فإنه في تلك الحالة يصبح الشرط الجزائي مستحقاً ويتعين الوفاء به .

ولعل ذلك يثير مسألتين هامتين وهما : مسألة مدى جواز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام وتنفيذ الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد من عدمه ، وذلك نظراً للارتباط بين الالتزام الأصلي الوارد بالعقد وبين الشرط الجزائي المنصوص عليه حال عدم تنفيذ هذا الالتزام الأصلي أو التراخي في تنفيذه ، والمسألة الثانية وهي التي تثير موضوع سلطة القاضي في التدخل بتعديل الشرط الجزائي ومدى دوره في ذلك ، وعليه سوف نقوم بدراسة قاعدة عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام وبين الشرط الجزائي في أولاً ، ومن ثم نتناول سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في ثانياً وكما يأتي :

(١) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ - ١٣٩ ، و د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١١٢-١١٣ .

(٢) د. محمد علي الطائي ، المصدر نفسه ، ص ١١٣ .

(٣) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ١٣٩ .

(٤) انظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٣/١١/٣٠ ، السنة ١٧ قضائية ، رقم ١٠٨٦ ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني ، السنة التاسعة ، العدد الأول ، ١٩٦٣-١٩٦٤م ، ص ١٦٠-١٦١ .

القاعدة العامة هي عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي ، أي بعبارة أخرى لا يمكن للدائن بان يطالب المدين الالتزام الأصلي أي تنفيذ الالتزام العيني الوارد في العقد ما دام تنفيذه ممكناً^(١) .

وعلى ذلك فانه يتمتع الحكم بتنفيذ الالتزام الأصلي وبالشرط الجزائي معاً ، إلا في حالة التأخير ويكون قد تم الاتفاق عليها ، وانه إذا كنا أمام حالة أو فرضية تمثل عدم التنفيذ للالتزام الوارد بالعقد أو التأخر فيه ، وأصبح الشرط الجزائي مستحقاً لتوافر شروطه ، فلا بد من الاختيار هنا إعمالاً للقاعدة العامة التي اشرنا إليها ، والتي تتمثل في عدم جواز الحكم بالتنفيذ العيني والشرط الجزائي معاً .

والاختيار يكون في تلك الفرضية كحق قانوني كالاتي :

١- يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي .

٢- يستطيع المدين أن يعرض الشرط الجزائي على الدائن إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلًا بخطأ المدين .

٣- حالة إذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلًا بسبب أجنبي ، وهنا في تلك الحالة ينقضي هذا الالتزام ، إذ لا يجوز في تلك الحالة المطالبة بالشرط الجزائي ، وعلى ذلك فان الشرط الجزائي - كما أسلفنا - ليس تقدير لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويض ما^(٢) .

وبناء على ما تقدم يتضح إن الحق في الاختيار قانوناً هو للدائن الذي يملك المطالبة به ، لان الشرط الجزائي ليس طريقاً من طرق الوفاء بل هو عقاب للمدين على عدم تنفيذ التزامه أو التأخر فيه وغايته هي ضمان تنفيذ الالتزام وتقريره ، وان كنا نرى إن له غاية أخرى وهي تجنب حل النزاع أمام القضاء ، فلا يمكن أن يترك حق الاختيار للمدين حتى يجعله وسيلة للإفلات ، حيث انه يستطيع عرضه فقط عندما يصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلًا وبشرط أن يكون الخطأ منه^(٣) .

وإذا كان الأصل هو مطالبة الدائن بتنفيذ الالتزام الأصلي الوارد بالعقد تنفيذاً عينياً ، فان هناك استثناء يرد على هذا الأصل يجعل الدائن مضطراً إلى المطالبة بالشرط الجزائي رغم إمكانية التنفيذ العيني وذلك يتمثل في حالتين وهما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام لا يمكن أن يقوم به إلا المدين ، وامتنع عن تنفيذه ، وإذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين ، ولا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً^(٤) .

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨١٢ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص ٨١٢-٨١٣ .

(٣) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ٢١١ .

(٤) وهذا ما أشارت إليه المادة (٢/٢٠٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على انه : (إذا كان التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً) ، ويقابلها النص نص المادة (٢/٢٠٦) من القانون المدني الليبي ، والمادة (٢/٢٠٤) من القانون المدني السوري ، والمادة (٢/٣٣٥) من القانون المدني الأردني ، وانظر بذلك حكم محكمة استئناف القاهرة ، جلسة ١٩٥٥/٥/٢٩ م ، موسوعة القضاء ، عبد المنعم جمعة ، الكتب الثاني ، طبعة ١٩٧٩ م ، ص ١٨٤ ، وكذلك حكم محكمة استئناف القاهرة ، جلسة ١٩٦٠/١٢/١١ م ، موسوعة القضاء عبد المنعم جمعة ، مصدر سابق ، ص ١٩٠-١٩١ ، أشار إليهما د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ٢١٤ .

- الاستثناء الوارد على قاعدة عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام وبين الشرط الجزائي :

تجدر الإشارة إلى حالة تمثل استثناءً وارداً على قاعدة عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام وتنفيذ الشرط الجزائي ، وهي الشرط الجزائي المتفق عليه في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام .

ومفاد هذا الاستثناء انه إذا اتفق الطرفان على الشرط الجزائي في حالة التأخير في التنفيذ ، فانه يمكن أن يضاف هنا إلى التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ، وذلك لان الجمع بين الأصل والجزاء في هذه الحالة لا يشكل استعماً مضاعفاً كما هي الحالة في قاعدة الجمع الذي يتسم بعدم الجواز (١) .

ولعل الشرط الجزائي المنصوص عليه للتأخير يختلف عن الشرط الجزائي الذي يوقع في حالة عدم التنفيذ ، وذلك لان الضرر الذي سيلحق الدائن من جراء تأخر المدين في تنفيذ الالتزام يتميز تماماً عن الضرر الذي يلحق به عند عدم التنفيذ، فالأول لا يمثل سوى الخسارة التي لحقت الدائن في تأخر المدين في تنفيذ الالتزام في الوقت المحدد له، ولذلك يلحظ التباين واضحاً بين قيمة التعويض بسبب التأخير وقيمته بسبب عدم التنفيذ ، ويضاف إلى ذلك إن التأخير في التنفيذ ينجم عنه ضرر خاص ونهائي لا يحويه التنفيذ اللاحق للالتزام الأصلي سواء كان تنفيذاً تاماً أو جزئياً ، ومقتضى ذلك فانه إذا أصر المدين في هذه الحالة على عدم الوفاء أو إذا أصبح الوفاء مستحيلًا بسبب خطأه ، فيجوز هنا للدائن إن يطالب بتعويض عن عدم الوفاء بالإضافة إلى الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ ، وبذلك تدمج قيمته في التعويض الذي تقرره المحكمة عن عدم التنفيذ ، وتطبيقاً لذلك يوجد في الواقع العملي جزاءات تعويضية ، وجزاءات تأخيرية ، وجزاءات اتفاقية تعويضية وجزاءات اتفاقية تأخيرية (٢) .

ثانياً / الشرط الجزائي وسلطة القضاء :

رغم إن الشرط الجزائي في العقود الإدارية يوقع بموجب قرار إداري دون الالتجاء إلى القضاء لاستصدار قرار حكم ، ألا انه لا بد من أن نبين مدى سلطة القضاء في التدخل في الشرط الجزائي حيث انه ليس للقضاء سلطة التدخل للحكم بالشرط الجزائي في العقود الإدارية وإنما يقتصر دوره على تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي ومن ثم نتطرق إلى الإعفاء من الشرط الجزائي .

لقد نصت المادة (١٧٠) الفقرتان الثانية والثالثة من القانون المدني العراقي على : (٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين إن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين إن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة .

٣- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت إن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً) .

أما المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري فقد نصت على : (١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .

٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا اثبت المدين إن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين) .

(١) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٢) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ٢١٥ .

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات الادارية عن الطرية غير القضائي
و تنص المادة (٢٢٥) من القانون أعلاه على : (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت إن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً) (١) .

ومن تلك المواد يمكن بيان متى إعمال سلطة القاضي في التخفيض أو الزيادة ومدى دورها في ذلك وكما يأتي :

أولاً / تخفيض الشرط الجزائي

من نصوص المواد السابقة (٢/١٧٠) مدني عراقي ، والمادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري انه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين وهما :

١- **حالة تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي** : يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فانه يخفض من مبلغ الشرط الجزائي بمقدار ما نفذ منه ذلك لان مقدار هذا الشرط قد اتفق عليه ابتداء ليتناسب مع حجم الالتزام الأصلي وحيث إن هذا الالتزام الأخير قد نقص بحكم التنفيذ فان العدالة تقضي أيضا نقصان هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق والجزء الباقي الذي لم يتم تنفيذه (٢) .

أما الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية فقد عالجتها بالمادة (٤٨) بفقرتها الثانية حيث نصت :

(٢) تخفيض الغرامات التأخيرية : إذا صدرت شهادة الاستلام ((لقسم من الأعمال)) بموجب المادة الثانية والثلاثين من هذه الشروط قبل صدور ((شهادة الاستلام)) ((للأعمال)) بأجمعها فان الغرامات التأخيرية عن أية مدة تأخير بعد تاريخ الإكمال المثبت في تلك الشهادة تخفض بنسبة قيمة ذلك القسم إلى ((مبلغ المقولة)) .

وهذا الأمر على ما يبدو منطقياً لان المفروض أن تكون الغرامة منسجمة مع حجم الالتزام وما دام هذا قد نقص لتنفيذ جزء منه فيجب بناء على ذلك تخفيض مبلغ الغرامة بمقدار ما تم تنفيذه بحيث يتناسب مع ما بقي من أعمال .

٢- **حالة المبالغة في تقدير الشرط الجزائي إلى درجة كبيرة** فإذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فان المبالغة في الشرط الجزائي يعني إخفاء فوائد ربوية يجب تخفيضها إلى الحد المسموح به قانوناً (٣) .

ثانياً / زيادة الشرط الجزائي

كذلك تقضي المادة (٣/١٧٠) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري بجواز زيادة الشرط الجزائي عما هو مقدر بالعقد إذا كان هناك غشاً أو خطأ جسيماً من قبل المدين أدت بدورها إلى حصول ضرر للدائن ، ففي هذه الحالة أجاز القانون للقاضي بناء على طلب الدائن أن يزيد مقدار التعويض عما هو مقرر في العقد (٤) .

(١) تقابل هذه المواد في التقنينات الدنية العربية الأخرى : المادتين (٢٢٥ و ٢٢٦) من القانون المدني السوري ، والمادتين (٢٢٧ و ٢٢٨) من القانون المدني الليبي ، والمادة (٣/٢٢٦) والمادة (٢٦٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) أما في القانون الفرنسي فلا يجوز التخفيض حتى وان كان التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وذلك لكي يجعل الشرط الجزائي يحقق الغرض المتوخى منه حسب المادة (١١٥٢) ألا إن المشرع عمل بفقرة ثانية فأصبح من حق القاضي أن يعدل أو يزيد مقدار الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو تافه القيمة ، ألا إن المادة (١١٥٢) لم تحدد معيار المبالغة حيث نصت : (إذا ذكر في الاتفاق إن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطي لتعويض الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل) انظر د. إبراهيم سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٧٤-٧٥ ، و د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨١٣-٨١٤ .

(٣) د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ ، و د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص ٨١٤-٨١٥ ، كذلك انظر المادة (٣٤٠ و ٣٤٣) من القانون المدني الألماني ، والمادة (١٦١ و ١٦٣) من تقنين الالتزامات السويسري والمادة (١٣٨٤) من القانون المدني الايطالي ، والتي تجيز تعديل الشرط الجزائي نقصاً أو زيادة .

(٤) انظر في ذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص ٨١٩-٨٢٠ ، و د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ٢١-٢٢ .

يعنى المتعاقد مع الإدارة من مبلغ الشرط الجزائي في الحالات الآتية :

١- إذا وافقت الإدارة على منحه مهلة إضافية دون تحفظ .

٢- إذا كانت الإدارة قد سببت التأخير وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في العراق (... فلا يمكن الحكم بالتعويض إلا إذا وجد إهمال من المقصر وكانت هناك علاقة سببية بين الإهمال والفعل والامتناع ، وهذا لم يتحقق بالنسبة للمقاولين بل الإهمال في تسليم موقع العمل كان من المميزين) (١) .

٣- حالة وجود سبب أجنبي (حالة القوة القاهرة) يحول بين المدين وبين تنفيذ التزامه قبل المدين وفق المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٠) من لائحة الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بفقرتها الثانية وذلك في بنودها (أ،ب،ج) منها (٢) ، إضافة لذلك فان للقاضي الحق بإلزام الإدارة بان ترد للمتعاقد معها ما حصلت عليه من تعويضات أو غرامات تأخيرية أو ما تمت مصادرتها من تأمينات من دون وجه حق (٣) .

ونرى انه من الممكن أن يخفض مقدار التعويض الوارد بالعقد إلى مقدار الضرر الحقيقي في حالة تحقق الضرر - حقيقة أو حكماً - في العقود الإدارية على أن يترك مبلغ التعويض في كل حالة على حدة فليس من المعقول أن يكون ضرر الإدارة متساو في جميع الحالات .

المطلب الثالث / تطبيقات الشرط الجزائي في العقود الإدارية

يتمثل الشرط الجزائي في العقود الإدارية بالغرامات التأخيرية التي تعد ضماناً لانجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه ويشكل إرغاماً للمتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، كما يمثل طريقاً لتجنب المنازعات الإدارية وحلاً مسبقاً لها ، كما يتمثل من جهة أخرى في مصادرة التأمينات التي تودع لدى جهة الإدارة وهذان يمثلان التطبيقات العملية للشرط الجزائي في العقود الإدارية ، وستناولهما كما يأتي :

الفرع الأول / الغرامات التأخيرية

الغرامات التأخيرية هي مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدماً تتضمنها نصوص العقد بصفته جزاءً يفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ (٤) ، أو هي مبالغ محددة ومنصوص عليها مقدماً في العقد كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره أو إخلاله بأحد التزاماته التعاقدية (٥) .

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٥٠/١٩٦٩م في ١١/٦/١٩٦٩م ، أشار إليه د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١١١ .

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ على : (المخاطر المستثناة : تنحصر المخاطر المستثناة بما يلي وضمن حدود الجمهورية العراقية :

أ- الأعمال الحربية (سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) أو أعمال الغزو من عدو أجنبي أو التمرد أو الثورة أو العصيان أو الحرب الأهلية أو اغتصاب السلطة .

ب- حوادث الشغب أو الهياج أو الإخلال بالنظام عدا ما يحدث بين مستخدمي المقاول أو المقاول الثانوي .

ج- مخاطر الطاقة الذرية والإشعاعات النووية .) .

(٣) انظر د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

(٤) د. مازن نيلو راضي ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٤ .

(٥) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ٥٢٥ ، و د. خالد خليل الظاهر ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢ ، و د. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ،

ص ٣٤٥ ، و د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩ .

وعرفها آخر بأنها تعويض جزائي محدد في العقد ، ولا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته ، ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر (١) . والغرامة التأخيرية جزء من الممكن أن تتضمنه شروط العقود الإدارية كافة ، وهو امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخير المتعاقد لان الضرر يكون مفترضاً لتعلقه بتسيير مرفق عام (٢) ، وفي الغالب تنص العقود التي تبرمها الإدارة على اشتراط الغرامة التأخيرية (٣) ، وتملك الإدارة توقيعها دون الحاجة إلى إنذار (٤) أو اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بتطبيقها ، أي إن غرامه التأخير تكون مستحقة الأداء بقرار يصدر من الإدارة المتعاقدة دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بها ، وللإدارة أن تلزم المتعاقد معها بدفعها بمجرد حصول تأخيره في التنفيذ عن الميعاد المحدد في العقد ، ودون حاجة لإثبات تحقق ضرر ما أصاب المرفق العام نتيجة هذا التأخير ، كما إن ليس للمتعاقد المتأخر أن يتخلل من دفعها بحجة إن المرفق لم يصبه أي ضرر ، فالضرر ليس شرطاً لاستحقاقها ، وإنما هو مجرد التأخير يمثل خسارة مؤكدة مفترضة دائماً ، ويلاحظ أن محكمة التمييز في العراق قد أعطتهما نفس المعنى في بعض الأحيان أي تعد الغرامة التأخيرية التي تفرضها الإدارة بمثابة شرط جزائي على غرار ما هو متبع في عقود القانون الخاص ففي حكمها الصادر في ١٩٦٨/٥/٤م تقول : (تبين إن أسباب التأخير في تسليم الدور إلى مصلحة السكك الحديدية كانت بسبب تأخير المصلحة في انجاز الأعمال الكهربائية وفي تسليم حديد التسقيف إلى المقاول خلال المدة المحددة بالعقد وفي تجهيز التراب للدفن والى تغيير شرط المقولة بإنشاء خزانات المياه القذرة من خارج الدور إلى داخلها مما أدى إلى عرقلة وتأخير انجازها في المدة المحددة وكذلك من أسباب التأخير سبب خارج عن العقد وهو فيضان للنهر المجاور للدور أدى إلى دخول المياه فيها ، وإذ إن المقاول لم يكن له يد في كل هذه الأسباب بل الثابت إن التأخير كان سببه الإدارة فإنه لا يمكن أن تستفيد من (الشرط الجزائي) المذكور بالعقد الخاص (بغرامات التأخير) لأنه وجد لتعويض الضرر من طرفي العقد في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته من دون عذر مشروع وعلى ذلك لا يمكن للمميز مدير مصلحة السكك الحديدية العام أن يقتطع شيئاً من المبالغ المتحققة للمميز عليه بحجة تأخيره عن العمل مدة الثلاثين يوماً (٥) .

ويلزم النص في العقد على الغرامة تقييد الإدارة بمبلغها فلا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ على أساس إن الضرر يفوق على مبلغ الغرامة ، كما إن المتعاقد لا يستطيع إثبات إن الإدارة لم يصيبها ضرر من جراء التأخير في التنفيذ ، أما إذا نص على مقدار من الغرامة وتضمنت الشروط العامة أو الخاصة مقدارا آخر فالعبرة بما ورد في العقد لان إرادة الطرفين قد اتفقت على اعتبار أحكامه أساساً لالتزاماتها ، أما إذا اغفلا النص على الغرامات وتضمنتها الشروط فتعتمد الغرامات التأخيرية المنصوص عليها في الشروط لكونها جزءاً مكماً للعقد .

(١) د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥م ، ص ١٦٨ ، و د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٥٠٣ .

(٢) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ ، و د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٤ .

(٣) وفي التشريع المصري فإذا حدث ولم يتضمن النص على غرامة التأخير فإن المشرع في اللانحة التنفيذية لقانون المناقصات قد نص عليها وحددها فيطبق نص المشرع إذا خلا العقد من النص عليها ، د. محمد رفعت ، مصدر سابق ، ص ٥٢٥ .

(٤) ألا إن توقيع الغرامة في فرنسا تتطلب إن يتم أعمار المتعاقد قبل إيقاعها ، إلا إن هذه القاعدة ليست مطلقة ، إذ يمكن أن يتضمن العقد اتفاقاً صريحاً بإعفاء الإدارة من الأعمار أو في حالة الضرورة الملحة حيث يعتبر المتعاقد معذراً بمجرد انتهاء المدة المحددة ، انظر د. عبد المجيد الفياض ، مصدر سابق ، ص ١٧٣-١٧٤ ، و د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٥) مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول ، ١٩٧٠ ، ص ١٥٠ ، وانظر : د. شاب توما منصور ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص ٤٥٧ .

- لكن يثور التساؤل وهو هل يمكن فرض الغرامات التأخيرية ولو لم ينص عليها لا في العقد ولا في الشروط الملحقة به ؟

ذهب جانب من الفقه إن الإدارة تملك الحق في فرض الغرامات التأخيرية ولو لم يرد عليها نص في العقد (١) .

ألا إن الراجح انه لا بد من النص على الغرامات التأخيرية في العقد أو الشروط الملحقة به التي يحيل العقد عليها ، وقد أوضح القسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري هذا الأمر بقوله (إن هذه اللائحة لا تعتبر مكملة للعقد ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزء مكملا له ، وبذلك فان الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها العقد استنادا إلى اللائحة المذكورة) (٢) .

ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين إن الإدارة تتمتع بسلطات تقديرية واسعة في فرضها للغرامات التأخيرية ومع ذلك لا يجوز فرض الغرامة إذا كان التأخير لسبب عائد للإدارة ، أو بسبب قوة القاهرة أو ظرف طارئ كذلك يعفى المتعاقد من الغرامة إذا ثبت إن التأخير قد حصل بفعل طلبه مهلة للتنفيذ ووافقت الإدارة على ذلك ، أو إن التأخير حصل بفعل الغير ، إن القضاء يسمح لجهة الإدارة أن تعفي المتعاقد من غرامة التأخير كلها أو بعضها أي إن لها أن تتجاوز عنها ، إذا هي قدرت انه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير (٣) .

ولقد تطرقت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية إلى الغرامات التأخيرية ، حيث نصت المادة (٤٨) بالفقرة الأولى منها على انه : (إذا عجز المقاول عن إكمال الأعمال خلال المدة المحددة بموجب المادة الرابعة والأربعين من هذه الشروط أو خلال المدة التي جرى تمديدها فعندئذ يجب على المقاول أن يدفع إلى صاحب العمل المبلغ المحدد في القسم الثاني من شروط المقولة باعتباره غرامة تأخيرية عن مدة التأخير ولصاحب العمل وبدون المساس بأية طريقة أخرى من طرق التحصيل أن يستقطع مبلغ الغرامات التأخيرية من أية ضمانات تنفيذ أو مبالغ مستحقة للمقاول أو قد تصبح مستحقة له ، إن دفع أو استقطاع الغرامات التأخيرية لا يعفي المقاول من التزاماته بإكمال الأعمال أو من أي من التزاماته ومسؤولياته بموجب المقاول) .

ولذا فان الغرامة التأخيرية تتصف بالمميزات الآتية :

١- اتفاقية ينص عليها في العقد حيث تدرج كشرط ضمن بنوده لدى إبرام العقد ، ألا انه يمكن للإدارة المتعاقدة أعمال الغرامات التأخيرية حتى وان لم يتم النص عليها في العقد صراحة ، إذ إنها من المبادئ العامة التي لا تحتاج إلى نص يقررها نظراً لأنها تستهدف أساساً سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام (٤) .

٢- تلقائية دون الحاجة إلى إثبات الضرر .

٣- توقع بموجب قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء لاستصدار قرار حكم ، إلا إذا كانت تنوي التنازل عن توقيع هذه الغرامات التأخيرية والمطالبة بفسخ العقد (٥) .

(١) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ .

(٢) فتوى المجلس الاستشاري في ١٩٦٧/٤/٥ م ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ٢١ ، رقم ٨٨ ، ص ١٥٩ ، د. مازن ليلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ .

(٣) انظر : د. محمد رفعت ، مصدر سابق ، ص ٥٢٦ ، و د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، المصدر نفسه ، ص ٣٤٦ ، وانظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري رقم (٨٠٠) في ١٩٩٩/١٢/١٣ م ، ملف رقم ٣٥٨/١/٥٤ ، جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٠ م ، مشار إليه في إبراهيم سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٦٣-٦٤ .

(٤) د. هشام إبراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ ، و د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١١٠ .

(٥) د. هشام إبراهيم توفيق ، المصدر نفسه ، ص ١٣٨ .

٤- تفرض في نهاية العملية المنصوص عليها في العقد دون إنذار (١) .

ولما تقدم من مميزات للغرامة نرى إن منح الإدارة هذا الامتياز يتضمن إعمالاً للشرط الجزائي بما يحقق مصلحة المرفق العام ويؤدي إلى تجنب المنازعات قبل وقوعها وإيجاد حلاً بعيداً عن اللجوء إلى القضاء بعد وقوعها .

الفرع الثاني / مصادرة التأمينات

التأمينات هي مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الاداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره (٢) .

ومصادرة التأمينات عبارة عن شرط جزائي من شروط العقود الإدارية يتم الاتفاق عليه مع المتعاقد جزاءً لإخلاله بالتزاماته التعاقدية ألا انه يختلف عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص ، في إن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة لصدور حكم من القضاء بذلك ودون أن تستلزم تحقق ضرر ما ، وبهذا المعنى يكتسب هذا الشرط طبيعته الإدارية (٣) .

وفي ذلك نصت المادة (العاشرة) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية على أن يلتزم المقاول بتقديم كفالة مصرفية لضمان تنفيذ المقولة بصورة مرضية على شكل خطاب ضمان غير مشروط صادر عن مصرف في العراق ، ويبقى خطاب الضمان نافذاً ولا يطلق إلا بعد إصدار شهادة القبول النهائي وإيفاء المقاول بجميع التزاماته (٤) .

والتأمين على نوعين تأمين ابتدائي يدفع عند التقدم بالعطاء بالعقد لضمان جديده المتقدم بالعطاء ، وتأمين نهائي يدفع بعد قبول العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد ، وليس هناك ما يمنعه من الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات واستحقاق التعويض بما لا يتجاوز التعويض الكلي لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة ، على أساس إن التأمين النهائي ، يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه لكن لا يمثل الحد الأقصى ، شرط أن لا ينص العقد الاداري ضمن شروطه على منع ذلك وان يجاوز الضرر الحاصل للإدارة التأمين المودع لديها (٥) .

ألا انه يلاحظ انه لا يجوز الجمع بين التعويض والغرامة لأن الأخيرة في الأساس تحمل تعويضاً إنفاقياً لما يتعرض له الدائن من خسارة نتيجة تأخر المدين بالإيفاء بالتزاماته ولكن هذا لا يمنع من قيام الإدارة باستخدام وسائل أخرى عدا التعويض إلى جانب الغرامة كوسائل ضغط تجاه المتعاقد لحمله على تنفيذ التزاماته وتمثل بالصور الثلاث وضع المشروع تحت الحراسة فيما يخص عقد الامتياز وحلول الإدارة محل المتعاقد فيما يخص عقد الأشغال

(١) د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١١٠ .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٦ ، ود. خالد محمد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ ، ود. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، المصدر نفسه ، ص ٣٤٦ ، ود. خالد خليل الظاهر ، مصدر سابق ، ص ٢٦٤ ، ود. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ٥٢٧ ، ود. احمد عثمان ، المصدر نفسه ، ص ٣٥٠ . انظر : قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم ١١٠٩ لسنة ٨ القضائية ، جلسة ٢٨/١٢/١٩٦٣ م ، ص ٣٢٤ ، المكتب الفني ، مجموعة المجلس ، السنة التاسعة ، العدد الأول ، ١٩٦٣-١٩٦٤ م .

(٤) انظر المادة (١٠) بفقرتها (٢١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية .

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٨/١١/١٩٦٧ م ، السنة ٩ ، رقم (٥٠٨) ، مجموعة أحكام السنة ١٣ ، ص ١٩٣ ، وانظر د. مازن ليلو ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٧ ، ود. احمد عثمان عياد ، المصدر نفسه ، ص ٣٥٠-٣٥٢ .

العامة ثم الشراء على حساب المتعاقد بالنسبة لعقود التوريد إضافة إلى قيام الإدارة بإنهاء الرابطة التعاقدية بفسخ العقد مع المقاول (١) .

وأساس التكييف القانوني لمصادرة التأمينات في كونه شرطاً جزائياً يقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد المقصر في حالة إلغاء العقد بسبب تقصير ، وهذا الجزاء هو تعويضاً إنفاقياً قدر في العقد بقيمة التأمين المقدم من المتعاقد المقصر (٢) .

وبذلك يمكننا القول انه ليس ثمة ما يمنع من تطبيق الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات في العقود الإدارية باعتبارهما طريقاً لحل النزاع قبل وقوعه وتجنباً للدخول في ساحة القضاء .

(١) د. محمد علي الطائي ، مصدر سابق ، ص ١١٢ ، و د. زكي محمد النجار ، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠ م ، ص ٩٥ .

(٢) د. خالد خليل الظاهر ، مصدر سابق ، ص ٢٦٤ .

الفصل الثاني/التحكيم في المنازعات الإدارية

يعد القضاء الطريق الطبيعي لحل المنازعات ووسيلة إقرار العدل في المجتمع بين مختلف أفرادها ، لأنه مظهر من مظاهر سيادة الدولة ولا يمكن ممارسته إلا من قبل السلطة العامة في الدولة ، لذا فعند نشوء خلاف معين بين طرفين ووصوله إلى حد النزاع ، فإن القضاء هو صاحب الاختصاص الأصيل للنظر فيه ، ألا أنه نظراً لما تتسم به المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها من خصوصية – وخصوصاً ما يتعلق بالعقود الإدارية – بالإضافة إلى اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى كثير من الوقت والجهد والمال مما دعا كثير من أطراف النزاع إلى التفكير في نهج سبل أخرى واللجوء إلى طرق مختلفة لفض نزاعاتهم وإنهاء خصوماتهم دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء في ذلك و تجنباً لمخاطر هذا الطريق وتقادياً لآثاره السلبية توفيراً للوقت والجهد والمال ، ومن أهم هذه الطرق والوسائل التحكيم ، وهو سبيل عرفته غالبية فروع القانون المختلفة – وأخذت به – وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة فهو طريق معروف ومأخوذ به ومطبق في القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي العام، ومن هنا فإن التحكيم قد ظهر كوسيلة مثلى لحسم المنازعات الإدارية خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات ، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسؤولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم متخصص له خبرة فنية دقيقة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع الذي يتسم بالتعقيد فيما يرتبط به من أمور فنية وعادات وأعراف ومصطلحات تحتاج للوقوف على فحواها من قبله ، والكشف عن مقدار تعلقها بالنزاع محل التحكيم ، ومدى أثرها على حقوق المتنازعين وبذلك يفتح هذا النظام الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار ، وجذب رؤوس الأموال المستثمرة .

وجدير بالذكر إن إقرار نظام التحكيم الإداري في مجال حسم المنازعات الإدارية بدلاً من القضاء يرتبط بالإضافة إلى رضا الأطراف المتنازعة بالتحكيم إقراره من المشرع بإصداره قوانين تجيز اللجوء إليه (١) .

وتجدر الإشارة إلى إن أهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم المنازعات الإدارية لا يقتصر على العقود الإدارية (الداخلية أو ذات الطابع الدولي) وحدها ، ولكن هناك صور أخرى من المنازعات الإدارية التي لا توجد وسيلة لحسمها غير التحكيم وهو ما يعرف (بالتحكيم الإداري الإيجابي) الذي يستند إلى قاعدة تشريعية – كما في بعض الأنظمة القانونية – فقد يحدد المشرع حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى القضاء إلا بعد مراعاة وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم (٢) .

(١) للوقوف على التطور التشريعي لنظام التحكيم في مصر وفرنسا راجع : نجلاء حسن السيد ، مصدر سابق ، ص ١٠-١٣ ، وانظر د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ م ، ص ٣٠-٣٣ .

(٢) د. اشرف محمد خليل ، مصدر سابق ، ص ٨ ، ود. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ١٤ .

لقد ازدادت في الآونة الأخيرة أهمية التحكيم كطريق يتم اللجوء إليه لفض أو تسوية المنازعات ، غير إن هذا الأسلوب عرف في المجتمعات القديمة (1) ، قبل ظهور قضاء الدولة ، ويرجع ازدهار استخدامه في الآونة الأخيرة لجملة من الأسباب لاسيما ما يتعلق بالتطور الاقتصادي الذي توسع في ظله نظام التحكيم وأقرته غالبية النظم القانونية ، بالإضافة إلى ما يحققه من فض المنازعات حيث إن الواقع العملي يدعو دائماً إلى الاتفاق على التحكيم لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم بدلاً من طرحها على القضاء بهدف الاستفادة من خبرتهم الفنية وتفاذي علانية الجلسات أمام القضاء وإضاعة الوقت والجهد والمال .

ونظراً لأهمية التحكيم في المنازعات الإدارية على النحو سالف الذكر كوسيلة لفض المنازعات الإدارية فهو يحتاج إلى دراسة متأنية لتوضيح ماهيته والتمييز بينه وبين غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له وبيان طبيعته ، فضلاً عما تثيره مسألة قدره الدولة وسائر أشخاص القانون العام على اللجوء إلى التحكيم من خلافات فقهية وقضائية ، ونظراً لأن العقود الإدارية هي أهم صور المنازعات الإدارية باعتبارها أداة الدولة الأولى في تحقيق التنمية الاقتصادية ، فإن قابلية منازعات هذه العقود للتحكيم قد حظيت باهتمام كبير من البحث ، وامتد نطاق الدراسة ليشمل الخلاف حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لمنازعات دعوى الإلغاء نظراً لعدم ملائمة طبيعتها مع نظام التحكيم كذلك اشترنا إلى مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في دعاوى التعويض ، وإكمالاً للفائدة فقد أثرنا البحث في إجراءات التحكيم ورقابة القضاء عليه وآثاره القانونية بالنسبة لنظرية العقد الاداري وسيادة الدولة ، لذا فقد قسمنا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في الأول التعريف بالتحكيم الاداري ، ومن ثم ننتقل لنتناقش مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية في مبحث ثانٍ ، وفي المبحث الثالث فسوف نبين إجراءات التحكيم ورقابة القضاء عليه وآثاره على نظرية العقد الاداري ، وكما يأتي :

(1) لقد عرف الإنسان هذه الوسيلة -التحكيم- منذ القدم وحتى قبل ظهور الدولة الحديثة وتنظيم سلطاتها العامة ومنها السلطة القضائية التي عهد إليها الفصل في المنازعات وإقامة العدالة ، فلقد كان التحكيم معروفاً عند السومريين غير انه كان يعتمد على الكهنة ، وهذا ما أكده اللوح المعثور عليه والمحرر بالسومرية الذي يتضمن نصوص معاهدة أبرمت في القرن ٣٢ ق.م ، بين مدينة (لكش) ومدينة (اوما) السومريتين التي نصت على وجوب احترام خندق الحدود بين المدينتين ، ونصت على شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشأ بينهما بشأن الحدود ، وأيضاً عرف التحكيم عند قدماء المصريين ، وأيضاً عند الإغريق حيث كان في اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات بين المدن اليونانية ، أما الرومان فقد عرفوا التحكيم في مجال القانون الخاص بين الشعب الروماني وأنكروا اللجوء إليه في مجال القانون الدولي العام لعدم تسليمهم بمبدأ المساواة بين الشعوب والشعب الروماني ، أما العرب قبل الإسلام فقد عرفوا نظام التحكيم ، فقد احتكمت قريش إلى النبي محمد (ص) قبل البعثة عندما تنازعت حول وضع الحجر الأسود في مكانه عند إعادة بناء الكعبة ، وقد أقرته الشريعة الإسلامية ، راجع في ذلك / جورجى شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٩-١٠ ، ود. محمود السيد عمر التحيوي ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م ، ص ١٣-١٥ ، وبولقواس سناء - الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم نموذجاً - رسالة مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر -باتنة ، الجزائر ، ٢٠١٠-٢٠١١ م ، ص ١ .

يتطلب البحث في التعريف بالتحكيم الاداري الوقوف على تعريفه لغةً واصطلاحاً ، وبيان عناصره وأساسه في مطلب أول ، ومن ثم بيان صور التحكيم الاداري وأنواعه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له في مطلب ثانٍ ، ودراسة الطبيعة القانونية للتحكيم ومبررات اللجوء إليه ومميزاته وسلبياته في مطلب ثالث ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول/ تعريف التحكيم الادارى وبيان عناصره وأساسه

سوف يتم التطرق إلى تعريف التحكيم الاداري في فرع أول ومن ثم بيان أساسه وعناصره في فرع ثان .

الفرع الأول/ تعريف التحكيم الاداري

للتحكيم معنيان /معنى واسع (لغةً) ومعنى ضيق (اصطلاحاً)

أولاً / التحكيم لغةً

يراد بالتحكيم لغة : هو طلب الفصل في المنازعة ، سواء عن طريق قضاء الدولة ، أم عن طريق خاص يرتضيه أطرافها (١) ، حيث يقال حكموا القضاء في منازعاتهم بمعنى رفعوا الأمر إلى السلطة القضائية ، وهذا هو المقصود من التحكيم الذي ورد بالآية الكريمة ((فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً))(٢) .

هذا وان أصل كلمة التحكيم من مصدر الفعل (حكم) وهي من الحكمة ، والحكمة عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم (٣) .

ومنها الحكم (بضم الحاء) : أي العلم والفقه والقضاء بالعدل ، ويقال حكمت فلان في مالي : إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحكم علي في ذلك (٤) ، والمحاكمة : المخاصمة إلى الحاكم ، وحكم واحكم : بمعنى منع ورد ، ومنها يقال للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم (٥) .

ثانياً /التحكيم الاداري اصطلاحاً

١- تعريف التحكيم الاداري قانوناً : يلاحظ عدم وجود تعريف للتحكيم الاداري قانوناً ، إلا إن بعض التشريعات قد تعرضت لتعريف التحكيم بصورة عامة ، فلقد عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في المادة (١٧٩٠) حيث نصت على إن (التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهاما يفصل خصوماتهما ودعواهما) ، وكذلك المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات الفرنسي الذي عرفه بأنه : (اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم) (٦) .

(١) ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م ، ص ١٦١ .

(٢) سورة النساء ، الآية (٦٥) .

(٣) أبو منصور محمد بن احمد الأزهرى ، تهذيب اللغة ، حققه الأستاذ عبد الكريم الغريباوي ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ١٩٦٨م ، ص ١١٠ ، مادة حكم ، ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ص ٥٤٠ .

(٤) ابن منظور ، لسان العرب ، المصدر نفسه ، ص ٥٤٠ .

(٥) ابن منظور ، المصدر نفسه ، ص ٥٤١ ، وإسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح ، مصدر سابق ، ص ٢٥٢ .

(٦) ومثلها أيضا المادة الأولى من التشريع الفرنسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ م حيث أورد تعريف بشأن التحكيم بشأن التحكيم ينظر في ذلك د.جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ، ص ٢١ .

ويرى البعض (١) إن المادة العاشرة من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م ، قد عرفت التحكيم بطريق غير مباشر وهي بصدد الحديث عن اتفاق التحكيم .

هذا ولم يضع مشرنا العراقي تعريفاً واضحاً يحدد فيه معنى التحكيم ، ألا انه ومن خلال استعراض نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م المعدل نجدها تنص : (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) وهو بهذا التحديد لمعنى التحكيم يتفق مع ما ورد في التشريعات العربية من تعريفاً له (٦) .

٢- تعريف التحكيم فقهاً : التحكيم في اصطلاح الفقه الإسلامي (هو تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما) (٣) ، ويعرف التحكيم بصورة عامة بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به (٤) ، كما عرف بأنه : (أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها ، وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع ، وهو بذلك يكون بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة) (٥) ، أما على صعيد الفقه القانوني فلقد تعددت تعريفات التحكيم وتنوعت تحدياته في فروع القانون المختلفة حسب طبيعة المنازعة التي يراد حسمها عن طريقه ، فإذا كانت المنازعة تجارية يسمى تحكيمياً تجارياً ، وإذا كانت المنازعة مدنية سمي تحكيمياً مدنياً ، وإذا كانت المنازعة إدارية سمي تحكيمياً إدارياً (٦) .

فعلى صعيد الفقه الاداري فلقد عرف التحكيم الاداري بأنه : (اتفاق أطراف النزاع – اتفاقاً يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه – بدلاً من القضاء المختص – وقبول قراره بشأنه) (٧) .

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧/لسنة ١٩٩٤م على إن : (١) اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية .

ينظر : د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣م ، ص ٣٦٤ ، ود. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣م ، ص ٤٢-٤٥ ، ود. ماهر محمد حامد ، دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي ومسؤوليته القانونية ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الجامعة الخليجية ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩م ، ص ١٢٥ ، والمادة (السابعة) الفقرة (١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م (الاونسيترال) .

(٢) ومن هذه المواد المادة (٢٥٤) مرافعات كويتي ، و المادة (٨٢١) من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية لسنة ١٩٨٣م ، والمادة (٢) من قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣م ، و المادة (٢) من قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م ، ولقد عرفت المادة ١/أولاً من مسودة مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي بأنه (التحكيم : أسلوب يختاره أطراف النزاع لحله من محكم أو أكثر بدلاً من اللجوء للقضاء) .

(٣) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٤٢٨ ، نقلاً عن نجيب أحمد عبد الله الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦م ، ص ١٦ ، وانظر : باسم سعيد يونس ، التحكيم الاختياري وسيلة لفصل منازعات العقود الدولية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٠م ، ص ١٨ .

(٤) د. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤م ، ص ١٥ .

(٥) د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٥ .

(٦) د. اشرف محمد خليل ، مصدر سابق ، ص ١٣ ، ود. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٢١ ، وجورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز ... ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

(٧) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ ، وهو يشير فيه إلى المعنى الضيق للفظ التحكيم ، ألا إننا نرى انه تعريف شامل وليس مقتصرأ على التحكيم الاداري .

وورد تعريفه في الفقه المصري بأنه : (الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري

عقدية أو غير عقدية فيما بينهما أو بين احد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الأمرة (١) .

وعرف 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) (٢) .

كما عرف (هو الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطاً كان أم مشاركة) (٣) .

أما في الفقه الفرنسي فقد عرف التحكيم الإداري 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 بناء على نص قانوني يجيز ذلك ، وخروجاً على مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إلى التحكيم) (٤) و(٥) .

من كل ما تقدم نرى إن التحكيم الإداري أسلوباً أو وسيلة من وسائل فض المنازعات الإدارية - وخصوصاً منازعات العقد الإداري - يسمح للخصوم في المنازعات الإدارية بأن يتفقوا على حل منازعة حالة أو مستقبلية ، ناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري ، داخلية كانت أم دولية ودون اللجوء إلى السلطة القضائية ، وتحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص يختارهم الخصوم ويسندون لهم مهمة الفصل في هذا النزاع بحكم ملزم وهو بذلك بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم .

(١) ويلاحظ على التعريف بعض الملاحظات وهي ١- وجوب التحكيم في بعض المنازعات الإدارية في التشريع المصري وجعله إجبارياً كقانون الضريبة العامة على المبيعات المصري رقم ١١ لسنة ١٩٩١ م ، وغيره ، ٢- امتداد نطاق التحكيم الإداري إلى جميع المنازعات الإدارية عقدية كانت أم غير عقدية في المجالين الداخلي والدولي وبالنسبة لجميع الأشخاص المعنوية العامة سواء في علاقاتها القانونية فيما بينها أو بينها وبين احد أشخاص القانون الخاص وطنية أو أجنبية كما ورد في القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م قانون التحكيم المصري وتعديله رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ م مع وضع بعض الشروط ، انظر : د. نجلاء حسن السيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(٢) د. جورجى شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز ... ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ م ، ص ٢١ .

(٤) Bay , L'arbitrabilité des litiges international de droit économique , Dalloz 1992 . p.122.

وانظر : Auby(J.M), L'arbitrage en matière administrative , A . J . D . A . 1955 , P. 81 .

لقد أجاز المشرع الفرنسي التحكيم في بعض المنازعات الإدارية مثل التحكيم الخاص بمؤسسات البحث العلمي بالقانون الصادر في ١٥/٧/١٩٨٢ م ، والتحكيم في مرفق البريد والتلغراف بالقانون الصادر في ٢/٧/١٩٩٠ ، والتحكيم الذي نظمته المرسوم الصادر في ٣/٢/١٩٨٢ م الخاص بإجازة اللجوء إلى التحكيم في عقود هيئة السكك الحديدية ، وأجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وبشرط أن تهدف إلى تحقيق نفع قومي وان تكون مبرمة مع طرف أجنبي بموجب القانون في ١٩/٨/١٩٨٦ م انظر : د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٥-٢٦ ، ود. جورجى شفيق ، التحكيم ومدى جواز ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٩٨-٢٠٥ .

(٥) وللوقوف على المحاولات الفقهية في مصر وفرنسا لتعريف التحكيم انظر: د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠-٣٦٣ .

يقوم التحكيم على أساسين اثنين هما ؛ إرادة الخصوم وإجازة المشرع ؛ وهذا ما سنتناوله تباعاً :

١- إرادة الخصوم : التحكيم إجراء يبيت بموجبه بالنزاعات أشخاص عاديون يستمدون مهمتهم - من حيث المبدأ - من إرادة المتخاصمين بدلاً من إحالتها إلى الأجهزة القضائية في الدولة (١).

حيث تقوم الفكرة الأساسية للتحكيم على ترك الحرية لأطراف النزاع في اختيار وسيلة تسوية منازعاتهما (٢)، فلا بد للخصوم أن يتفقوا على الالتجاء إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم بدلاً من القضاء الذي توفره الدولة عن طريق محاكمها ، فالالتجاء إلى القضاء حق دستوري مصون ومكفول للناس كافة ، ولا يجوز حرمان شخص منه ، أو إجباره على الالتجاء إلى التحكيم ، فالتحكيم - في الأصل - لا يقوم إلا عن رضا واختيار ، باتفاق الخصوم بإرادتهم الحرة ، تقديرأ منهم انه أكثر تحقيقاً لمصالحهم ، فهو يقوم على اتفاق بين شخصين أو أكثر على تسوية منازعاتهم باللجوء إلى التحكيم ، فإذا نشأ النزاع فعلاً فيتوجب على الطرف المعني أن يلجأ للتحكيم لتسوية هذا النزاع وليس إلى المحاكم القضائية فإذا أقيمت دعوى أمام المحكمة توجب أن تحيل الأطراف للتحكيم إذا توفرت شروط ذلك (٣).

وبما إن التحكيم يتصل أساساً بالفصل في المنازعات التعاقدية لذا فقد يتفق الإطراف على التحكيم مسبقاً وقبل وقوع النزاع ، وقد يكون بعد نشأته ، والمحتكم - باتفاقه على التحكيم - لا يتنازل عن حقه الدستوري في الالتجاء إلى القضاء ، وإنما تقتصر إرادته على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في الحكم في النزاع فإذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم في النزاع إلى المحكمة ، لأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة ، وإنما يمنعها من سماع الدعوى المتفق على التحكيم بشأنها طالما بقي شرط التحكيم قائماً فحسب (٤).

وكل ذلك يرجع إلى إن الأصل في التحكيم إنه اختياري يتم بمحض إرادة أطراف النزاع ليستغنوا به عن اللجوء إلى المحاكم قصداً في النفقة والوقت ، غير انه قد يكون إجبارياً في أحيان أخرى .

٢- إجازة المشرع

ينشأ التحكيم عن إرادة الأطراف المحتكمين ، وهذه الإرادة هي التي تخلق التحكيم وهي قوام وجوده وبدونها لا يتصور أن يكون ، ألا إن هذه الإرادة - إرادة الخصوم - لا تكفي لوحدها لكي يتسنى الفصل في منازعاتهم عن طريق التحكيم ، لأن التحكيم استثناء من الأصل العام المتمثل في قيام السلطة القضائية بالفصل في كافة المنازعات في الدولة ، فلا بد أن يجيزه المشرع ويضع له التنظيم القانوني الذي يحكمه ، فالقانون هو الذي يحدد الهيئة التحكيمية ، ويبين اختصاصها وينظم طريقة تشكيلها (٥) ، بعبارة أخرى إذا لم ينص المشرع على جواز التحكيم وجواز تنفيذ أحكامه ، ما كانت إرادة الخصوم كافية لخلقه (٦) .

(١) جورج فوديل وبيار دلفولفيه ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

(٢) د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ٩ ، ود. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(٣) د. ادم وهيب الندوي ، المرافعات المدنية ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ م ، ص ٢٩٠ - ٢٩١ .

(٤) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ - ١٦٤ .

(٥) د. ماجد راغب الحلو ، المصدر نفسه ، ص ١٦٥ .

(٦) د. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ م ، ص ٢٠ .

هذا ولقد تنازع الفقه بين هذين الأساسين ، فالبعض يقيم أساس التحكيم على إرادة الخصوم وإجازة المشرع كلاهما (١) ، والآخر يقيمه على إجازة المشرع فقط ، على أساس إن القانون الذي يجيز التحكيم ، هو وحده الذي

يمثل الأساس القانوني للتحكيم ، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على الالتجاء إلى التحكيم إلا شرط إستلزمه القانون لجواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدلاً من المحاكم ، فالمشرع يقر التحكيم كطريق خاص لحل المنازعات ، وينظم قواعده وإجراءاته احتراماً لإرادة الخصوم ، ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الخصوم بحسم النزاع عن طريق التحكيم ، ويفرض حكم التحكيم عليهم ، وينتهي اثر إرادتهم عند هذا الحد^(٢) ، فضلاً عن ذلك فان هذا الأساس يصلح لتفسير الأساس القانوني لكلا نوعي التحكيم (الاختياري والإجباري) في حين إن الأول يعجز عن تفسير الأساس القانوني للتحكيم الإجباري^(٣) .

ونرى إن أساس التحكيم يتمثل في إرادة الخصوم وإجازة المشرع إذ إن لهذه الإرادة دور مهم في الاتفاق على التحكيم ، فالعبرة إذن أن تكشف إرادة الخصوم عن رغبتهم في النزول عن الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة لحل منازعاتهم وحسم النزاع بواسطة التحكيم ، ألا انه لا بد من وجود تشريع يسمح لهم باتخاذ ، أما بالنسبة للتحكيم الإجباري فنرى انه يمثل في هذه الحالة طريقاً استثنائياً للتحكيم يتخذه المشرع لما يكون قد رأى من ضرورة في حل نوع من أنواع النزاع بطريق التحكيم فجعله إجبارياً .

هذا وقد بدأت اغلب التشريعات وفي جميع البلدان على إجازة التحكيم وتنظيمه بالطرق التي تراها محققة لمصالحها مستهدية بالنموذج التشريعي الذي وضعتة الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ م .

ثانياً / عناصر نظام التحكيم

يقوم التحكيم على عناصر عدة تتكاتف معا لتحديد مضمونه والهدف منه ، فمن أهم هذه العناصر هو وجود نزاع يكون مناط اللجوء إلى التحكيم ، ففي كل حالة لا يوجد فيها نزاعا ، لا يوجد ثمة تحكيم ، ففكرة المنازعة^(٤) وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم أو المحكمون ، فمن بين عناصر التحكيم التي تميزه عن غيره من النظم القانونية الأخرى ، كالكوالة والخبرة ، هو وجود نزاعا قائما ، أو محتملاً بين الأطراف ذوي الشأن ، وتخويل الغير (المحكم أو المحكمين) ، سلطة حسمه بمقتضى حكم ، وتخلف النزاع يؤدي إلى انتفاء التحكيم^(٥) .

ونتيجة لذلك فانه لا يصح شرط التحكيم أو مشارطته بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين طرفيه ، أما بحكم قضائي حاسم للنزاع ، أو حتى بحكم تحكيم نهائي .

(١) د. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية ... ، مصدر سابق ، ص ٢٠ ، ود. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٤٧ ، و د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ م ، ص ٢١ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ ، ود. احمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٨ م ، ص ٢٠-٢١ .

(٣) مكرر انظر : د. علي احمد حسن اللهيبي ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، المجلد ٢٢ ، العدد الأول ، ٢٠٠٧ م ، ص ٢٧٤ - ٢٧٥ .

(٤) اختلف حول تحديد مفهوم المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة على وفق ما تم الإشارة إليه في الفصل التمهيدي .

(٥) د. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٨-١٩ ، وانظر تفصيل ذلك تحديد المنازعة كعنصر للتحكيم ، محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد ... ، مصدر سابق ، ص ٥٥-٦٧ ، ومؤلفه ، التجاء الجهات الإدارية ... ، مصدر سابق ، ص ٥٥-٩٢ .

تشمل عناصر التحكيم أيضا وجود لجنة تحكيم أو هيئة تحكيم - حسب المسميات - وان تعين باتفاق الخصوم^(١) وأيضا تتمثل هذه العناصر في وضوح إرادة الأطراف الخصوم في اختيار التحكيم كأسلوب وحيد لفض النزاع

وإحالة النزاع على طرف ثالث وهو المحكم أو المحكمين لحسم النزاع - القائم أو المحتمل بين الخصمين - بعيداً عن القضاء، أي وجود نية حسم النزاع (٢) .

المطلب الثاني / صور التحكيم الاداري وأنواعه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة

سنتناول في هذا المطلب صور التحكيم الاداري ، ومن ثم نتطرق لبحث أنواع التحكيم وتمييز التحكيم الاداري عما يشته به من وسائل وأنظمة قانونية أخرى .

الفرع الأول / صور التحكيم الاداري

قد يرد اتفاق التحكيم كشرط في العقد وضمن نصوصه أو يتفق عليه في ملحق العقد الأصلي قبل حدوث النزاع الاداري - فيسمى في هذه الحالة شرط التحكيم ، وقد يتم إبرام اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم (٣) .

أولاً / شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم ، ذلك الشرط الذي يرد ضمن نصوص عقد معين ، والقاضي بعرض المنازعات المستقبلية - التي يمكن أن تثور في مسألة معينة بين الأطراف المحكمتين - على التحكيم بدلاً من الالتجاء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع ، فشرط التحكيم قد يرد في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية - سواء كان عقداً تجارياً أو مدنياً أو إدارياً - ويتفق طرفاه على إن ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يصير حسمه بواسطة التحكيم (٤) .

غير انه ليس من الضروري أن يرد شرط التحكيم في العقد ذاته ، بل قد يأتي في محرر مكتوب ومنفصل عن العقد الأصلي (ملحق للعقد الأصلي) ، وكل ما في الأمر انه يتم الاتفاق عليه قبل حدوث المنازعة ، و يكتفى بالعقد بالإحالة إليه على أن تكون هذه الإحالة واضحة الإشارة (٥) .

هذا وان ذوي الشأن عند اتفاهم على عقد معين قد يتفقون على تفسير أو حل النزاع الذي يقع بينهم بمناسبة تنفيذ العقد من قبل محكمين بدلاً من اللجوء إلى القضاء العادي ويدرج على شكل فقرة في صلب العقد الأصلي ويعتبر جزء من عقد قائم بين الطرفين ، وهو لا يتضمن مبدئياً تعيين المحكمين أو المسائل المتنازع عليها في عقد التحكيم،

(١) د. نجيب احمد ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

(٢) حيدر حسن شطاوي ، النظام القانوني لعقد التوريد ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠٠٨ م ، ص ١٦٥ ، ود. نجيب احمد ، المصدر نفسه ، ص ١٧ .

(٣) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ص ١٦٩ ، ود. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم العادي والالكتروني ، بحث منشور في مجلة الجامعة الخليجية ، المجلد الأول ، العدد (الثاني) ، ٢٠٠٩ م ، ص ١٥٢ .

(٤) د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ص ١٥٢ ، ود. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية ... ، مصدر سابق ، ص ٢٢ ، وانظر في تفصيل شرط التحكيم ، نجيب احمد ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٧٥ - وما بعدها .

(٥) عمار صادق كريم ، التحكيم في الدعوى المدنية ، بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة في المعهد القضائي ، المرحلة الثانية ، ٢٠١٢ ، ص ٢٩ .

إذ يمكن تحديد ذلك في عقد التحكيم الذي سيتم إبرامه استناداً إلى شرط التحكيم بعد قيام النزاع فعلاً ، وقد يأتي شرط التحكيم بصورة مطلقة بحيث يتم الاتفاق مقدماً بين ذوي الشأن على حسم جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد الذي تضمنه عن طريق التحكيم وفي هذه الحالة يشمل جميع المسائل التي قام عليها النزاع بين الطرفين، وقد يأتي الاتفاق مقيداً كأن يقتصر عمل المحكم على تفسير العقد دون سواه^(١).

ورغم ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي ، فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد ، فهو تصرفاً قانونياً مستقلاً، ويترتب على هذا انه قد يتصور صحة شرط التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي باستثناء أن يكون سبب البطلان شاملاً لشرط التحكيم ، وكذلك فان بطلان شرط التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد^(٢).

ثانياً / مشاركة التحكيم

هي اتفاق بين الأطراف المحتكمين بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم – أي بعد وقوع النزاع – للفصل فيه بواسطة محكمين و دون اللجوء إلى المحكمة لنظر النزاع^(٣) ، وقد يتم هذا الاتفاق بعد وقوع النزاع وقبل إقامة الدعوى واللجوء إلى المحكمة المختصة ، أو قد يتم الاتفاق عليه بعد إقامة الدعوى وأثناء نظر الدعوى أمام المحكمة ، فيتفق الطرفان على حل النزاع عن طريق التحكيم ، فإذا اقترن ذلك بموافقة المحكمة فإنها تكلفهما بانتخاب المحكم أو المحكمين وتحدد نقاط النزاع التي يستلزم التحكيم فيها ومن ثم تطلب من المحكم الفصل فيها ، وتصدر قرارها باستئجار الدعوى لحين صدور قرار التحكيم^(٤).

يتبين من ذلك إن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل لم ينشأ بعد ، أما مشاركة التحكيم فهي تتعلق بنزاع قائم فعلاً^(٥) ، ولما كانت مشاركة التحكيم تبرم بعد قيام المنازعة الإدارية فان الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة يكون أكثر تفصيلاً ووضوحاً ، خاصة فيما يتعلق بتحديد موضوع النزاع وتسمية المحكمين^(٦).

وقد أخذ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بصورتي التحكيم (الشرط و المشاركة) وذلك في المادة العاشرة منه ، كذلك فان قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م المعدل قد أخذ بهما وهو ما يستفاد من نص المادة (٢٥٢) منه^(٧).

(١) د. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، مصدر سابق ، ص ٣١-٣٢ ، عمار صادق كريم ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

(٢) وهذا ما أكدته المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م ، انظر د. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد ... ، مصدر سابق ، ص ٢٣ ، ود. الأنصاري حسن النيداني ، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩م ، ص ١٥-١٦ .

(٣) د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، بدون ذكر مكان النشر ، ٢٠٠١-٢٠٠٢م ، ص ٣٤١ ، ود. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢١ .

(٤) د. ام وهيب الندوي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

(٥) د. نجيب احمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ ، ود. عبد المنعم عبد الحميد ، المصدر نفسه ، ص ٣٤١ ، ود. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١١٩ .

(٦) د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ ، ود. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٧) نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م على : (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ، ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة ، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة ، فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم) . وانظر كذلك المواد الآتية من التشريعات المقارنة والتي أخذت بشرطي التحكيم م/ (١٤٤٣) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي لعام ١٩٨٠ م ، المواد (٢ ، ١٦) من قانون التحكيم اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م ، المادة (٣٠٩) من قانون المسطرة المدنية بالمملكة المغربية رقم (٦٦-١٥٤) لسنة ١٩٧٤م ، المادة (٥٠٦) من قانون أصول المحاكمات السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣م ، المادة (٧٣٩) من قانون المرافعات الليبي لعام (١٩٥٤م) ، والمادة (٨٢٨) من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، ويعبر عن مشاركة التحكيم فيه ب (العقد التحكيمي) وعن شرط التحكيم ب (الفقرة التحكيمية) .

الفرع الثاني / أنواع التحكيم

يقسم التحكيم عدة تقسيمات حسب المعيار الذي يؤخذ كأساس للتقسيم ، أو الزاوية التي ينظر منها إليه ، فإذا أخذناه من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون عند الفصل في النزاع فإنه سوف يقسم إلى التحكيم بالقانون والتحكيم المطلق ، وإذا نظرنا إليه من حيث مدى وجود منظمة تديره فإنه سينقسم إلى التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي ، وإذا تناولناه من زاوية حرية اللجوء إليه فيمكن تقسيمه إلى التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ، أما إذا أخذنا نطاق التحكيم كمعيار للتقسيم فإنه سيقسم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي (١) ، لذا فإننا سوف نتطرق إلى أنواع التحكيم وكما يأتي تباعاً :

أولاً / التحكيم بالقانون والتحكيم المطلق

يقسم التحكيم من حيث مدى سلطة المحكم أو المحكمين في إمكانية تطبيق القانون عند الفصل في النزاع إلى نوعين وهما التحكيم بالقانون والتحكيم المطلق أو ما يسميان (التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح) ، ويقصد بالتحكيم بالقانون ؛ هو التحكيم الذي يتقيد فيه المحكمون عند الفصل في النزاع المطروح عليهم بالقواعد القانونية المعمول بها (قواعد القانون الموضوعي والإجرائي) (٢) .

أما التحكيم المطلق أو التحكيم بالصلح فهو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بالقواعد القانونية عند الفصل في النزاع ، ويحكم بمقتضى قواعد الإنصاف والعدالة (٣) ففيه يرتضي الطرفان تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة وصولاً إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهم ، وإن الأصل هو التحكيم بالقانون، أما الاستثناء فهو التحكيم المطلق أو طبقاً لقواعد العدل والإنصاف ، ألا إن الأخذ بالتحكيم المطلق لا يعني إن المحكم فيه لا يمكنه الاستعانة بقواعد القانون حيث انه ملزم في جميع الأحوال بتطبيق قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام (٤) .

وسواء كان التحكيم بالقضاء أو بالصلح ففي كلتا الحالتين يتمتع قرار المحكم بقوة إلزامية في مواجهة أطراف التحكيم وهذا ما يميز الأخير بنوعيه عن مهمة المصالح (٥) .

(١) وهناك من أشار إلى اعتبارات أخرى لتقسيم التحكيم لأنواع أخرى منها تقسيمه من حيث موضوع التحكيم إلى تحكيم تجاري وتحكيم ضريبي وتحكيم إداري ...، ومن حيث وقت التحكيم إلى تحكيم سابق وتحكيم لاحق ، انظر د. جرجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز...، مصدر سابق ، ص ٢٥ ، وانظر في معيار التفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي : عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧م ، ص ٢٢-٢٦ .

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٣٨ ، ود. محمدي فتح الله حسين ، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٥م ، ص ٥٠ .

(٣) د. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، مصدر سابق ، ص ٤١ و ١٩٠ - ٢٠٣ ، ود. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية ...، مصدر سابق ، ص ٤٦ ، ود. حسين الماحي ، التحكيم النظامي في التجارة الدولية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣م ، ص ١٩٩-٢٠١ .

(٤) ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٥) د. معوض عبد التواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم في مصر والدول العربية ، المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، دار شادي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٩م ، ص ٢٧ .

التحكيم الحر أو ما يسمى بالتحكيم الخاص – هو التحكيم الذي يعهد به إلى محكم أو محكمين يختارون من قبل الخصوم بمناسبة نزاع معين ، كما يتولى الخصوم في الوقت ذاته تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي يتعين تطبيقها على النزاع ، فهو يجري في حالات فردية ، ولا يختار فيه الأطراف هيئة تحكيم دائمة ، وإنما يتم اختيار المحكم بإرادتهم^(١) ، ويتميز نظام التحكيم الحر بأنه يحقق أكبر قدر من السرية وقل تكلفة وأكثر سرعة^(٢) .

ويعتبر التحكيم مؤسسياً عندما تتولاه هيئات أو مراكز دولية أو وطنية متخصصة على وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً ، فيعهد الخصوم إليها به لحل منازعاتهم^(٣) .

ويمتاز بأنه يجنب الأطراف المتنازعة مشقة البحث عن الحكم المناسب لوجود قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات .

ومن أمثلة المؤسسات التحكيمية ، محكمة لندن للتحكيم الدولي ، وغرفة التجارة الدولية بباريس^(٤) .

ثالثاً / التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي (الوطني)

لم يستقر فقه القانون على تحديد معيار لدولية التحكيم أو للترقية بين التحكيم الدولي والتحكيم الوطني ، ويستند الفقه إلى جملة ضوابط للترقية ، فذهب رأي إلى الأخذ بفكرة القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإجراءات التحكيم الداخلي فهو الذي يخضع في إجراءاته للقانون الوطني ، أما التحكيم الدولي فهو الذي يخضع في إجراءاته لقانون أجنبي أو لنصوص اتفاقية دولية ، وذهب رأي آخر إلى إن الترقية تكون بمكان صدور حكم التحكيم ، وهناك رأي استند إلى جنسية المحكم أو جنسية الخصوم ، ورأي يستند إلى مكان المركز الرئيسي للمنظمة التي تتولى التحكيم كأن يقع في دولتين مختلفتين^(٥) ، أما المعيار الحديث فهو يتعلق بطبيعة النزاع ، ويعتبر التحكيم دولياً عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية المرتبطة بعملية حركة انتقال البضائع والخدمات عبر حدود أكثر من دولة ، أي عندما يرتبط النزاع بأكثر من دولة واحدة^(٦) .

(١) انظر د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ٢٢-٢٣ ، ود. حسن علي كاظم ، التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة منار العدالة ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ٢٠١٠م ، ص ٦ .

(٢) للوقوف على مزايا التحكيم الحر وعيوبه انظر : محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣-٣٧٤ ، ود. حسن علي كاظم ، المصدر نفسه ، ص ٦-٧ ، وبولقواس سناء ، مصدر سابق ، ص ٢٨ – ٢٩ .

(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

(٤) للوقوف على بيان لبعض منظمات أو هيئات التحكيم المؤسسي ، انظر : د. حسين الماحي ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٨ – ٦٠ ، وباسم سعيد يونس ، مصدر سابق ، ص ٤٤ – ٥٧ .

(٥) د. عصمت عبد الله الشيخ ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٣٣-٣٥ ، ود. عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي والداخلي ... ، مصدر سابق ، ص ٢٢ - ٢٣ ، ود. علي الدين زيدان ومحمد السيد ، مصدر سابق ، الجزء السابع ، ص ٢٠٦-٢٠٨ .

(٦) لقد اخذ بذلك قانون التحكيم المصري في المادة الثالثة منه والتي نصت : (يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية ..) ، كذلك فقد اخذ به القانون الفرنسي للتحكيم الدولي في المادة (١٤٩٢) منه : (يعتبر دولياً التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية) ، وكذلك أخذت به المادة (٨٠٩) من قانون أصول المحاكمات اللبناني .

- ولقد حدد القانون النموذجي للاونسفال أكثر من معيار لدولية التحكيم في المادة (٣/١) منه .

وقد اخذ قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م في م (٢٧) منه بالتحكيم الدولي في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة استنادا له^(١) ، ويمكن القول أن العقود المبرمة وفقاً لهذا القانون هي عقود إدارية دولية^(٢) .

أما بخصوص التحكيم الوطني فهو يكون كذلك إذا كان جميع أطرافه من دولة واحدة^(٣) .

رابعاً / التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

معيار التمييز بين هذين النوعين من التحكيم هو مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم أو مدى إلزامية اللجوء إليه^(٤) .

والأصل أن يكون التحكيم اختيارياً ، ويكون كذلك عندما يتفق الخصوم بإرادتهم على حل النزاع بينهم فيختارون فيه – أي الاتفاق – المحكم ، ويعينون القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم ، مستندين في ذلك إلى سلطان الإرادة^(٥) ، ألا إن المشرع في بعض الأحوال قد يوجب على الأطراف الالتجاء إلى التحكيم ، ويضع له القواعد المنظمة لأحكامه ويسمى هنا التحكيم الإجباري^(٦) .

ويأخذ مشرعنا العراقي بالتحكيم الاختياري ، وهو المستفاد أو المستخلص من نص م (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م المعدل (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)^(٧) .

من كل ما تقدم نرى إن التحكيم في المنازعات الإدارية والعقود الإدارية بشكل خاص – قد يكون اختيارياً وبإرادة الأطراف والإدارة ، وقد يكون إجبارياً يفرض من قبل المشرع عليهم ، وقد يكون التحكيم دولياً أو داخلياً ، هذا مع انه قد يكون تحكيمياً بالقانون وقد يكون تحكيمياً بالصلح ، مع ملاحظة إن التحكيم بالصلح يكون أكثر ملائمة للتحكيم الاداري وذلك لما يتميز به من مميزات ، كما إن التحكيم الاداري قد يكون حراً أو قد يكون مؤسسياً وان التحكيم المؤسسي هو الأفضل لما للمؤسسات فيه من محكمين لديهم الخبرة والإلمام بمختلف أنواع المنازعات.

(١) ذكرت الفقرة الرابعة من المادة أعلاه جواز اللجوء للتحكيم إلى أي جهة معترف بها دولياً .

(٢) د. عمار طارق عبد العزيز ، دور التحكيم في منازعات العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ١٤ ، العدد الثالث ، ٢٠١٢ م ، ص ١٤٨ .

(٣) محمد ماجد خلوص ، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٨ م ، ص ٧ .

(٤) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى جواز اللجوء ... ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٥) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٢٩ ، ود. معوض عبد النواب ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٦) قد تدق التفرقة بين التحكيم الإجباري وقضاء الدولة الرسمي وخاصة القضاء الاستثنائي ، ألا إن هناك عدة مميزات بينهما توضح ما قد يشوبهما من خلط ، منها على سبيل المثال إن القضاء الرسمي يختص بالنظر في جميع أنواع المنازعات أياً كانت طبيعة المنازعة ، عدا ما يستثنيه المشرع ، أما التحكيم فهناك مسائل معينة لا يمكن فيها اللجوء إليه ، للمزيد انظر : د. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية ... ، مصدر سابق ، ص ٣٩ – ٤٠ ، ود. جورج شفيق ساري ، التحكيم ومدى ... ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٨ – ٣٠ .

(٧) د. حيدر طالب محمد علي ، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد العاشر ، العدد (٢٠) ، ٢٠٠٨ م ، ص ١١١ .

الفرع الثالث / تميز التحكيم الاداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له

يعد التحكيم الاداري وسيلة لتسوية المنازعات الإدارية بغير طريق القضاء العام في الدولة ، من ذلك فانه قد يتشابه مع وسائل أخرى لتسوية المنازعات بغير الطريق القضائي أيضا كالصلح والتوفيق والوساطة وغيرها ، وقد يتشابه مع بعض الأنظمة القانونية كالخبرة والوكالة ، وانه قد يقترب مع القضاء أيضا من بعض الوجوه ، لذا فهو قد يختلط بها فضلا عن إن الخصوم قد يستخدمون ألفاظاً مبهمه وغير محددة يصعب تكييفها ، إلا انه يختلف عن هذه الأنظمة في أمور أخرى ، لذا كان من اللازم أن نبين أوجه الشبه والاختلاف بينه وبينها للتأكيد على ذاتية التحكيم واستقلاله .

أولاً / تمييز التحكيم الاداري عن الصلح

سوف لا نتعرض إلى التعريف للصلح تاركين ذلك للفصل الثالث عند الحديث عنه كوسيلة لحسم المنازعات الإدارية .

تتمثل أوجه الشبه بين التحكيم والصلح في إنهما وسيلتان لحسم أو فض المنازعات الإدارية بدلاً من القضاء العام في الدولة ، وان أساس كل منهما يتمثل في اتجاه إرادة الخصوم أي أطراف المنازعة إلى تسويتها بعيدا عن القضاء ، سواء كانت تلك المنازعة قد وقعت بالفعل أو ستقع مستقبلا ويترتب على كل منها عدم جواز عرض النزاع على قضاء الدولة ، فما فصل فيه بالتحكيم أو اتفق عليه صلحا يصلح لإثارة الدفع بحجية الشيء المحكوم به عند إثارة نفس النزاع أمام القضاء ، وبذلك فكلهما يؤديان إلى إنهاء النزاع بين الطرفين المتنازعين (١) .

ويختلف التحكيم عن الصلح من حيث إن الصلح يتم بين الخصوم أنفسهم أو من ينوب عنهم ، حيث يمكن أن يجري دون واسطة من شخص ثالث (٢) ، في حين إن التحكيم لا يكون إلا عن طريق طرف ثالث غير الطرفين المتنازعين وهو المحكم ويقوم فيه بمهمة القاضي فيصدر قراره سواء رضي به الطرفان أم لم يرضوا ، وفي الصلح يتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن بعض أو كل ما يتمسك به في مواجهة الطرف الآخر ، في حين يقتصر دور الأطراف المتنازعة على اختيار المحكم ليتولى الفصل دون اشتراط التضحية أو التنازل بين الطرفين ، ويكون الحل الذي ينتهي إليه التحكيم نابعاً من إرادة هيئة التحكيم ، دون الاعتداد بإرادة الأطراف ، ويلاحظ إن حكم المحكم يكون قابلاً للتنفيذ بمجرد مصادقة المحكمة عليه وإصدارها الأمر بتنفيذه بخلاف عقد الصلح الذي لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته ، ما لم يتم في صورة عقد رسمي ، أو يتم أمام المحكمة المختصة ، هذا بالإضافة إلى إن حكم المحكم يكون قابلاً للطعن أما الصلح فيكون ملزم لأطرافه ولا يقبل الطعن به (٣) .

(١) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٣٧ ، وبولقواس سناء ، مصدر سابق ، ص ٣٤-٣٥ ، وصديق محمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٢ م <http://droit-site-forums.com/t8.topic> منتدى الدراسات والحوارات القانونية والاجتماعية ، تاريخ الزيارة ٢٠١٢/١٢/٣١ م .

(٢) ثار التساؤل حول معيار التفرقة بين نظام الصلح ونظام التحكيم في الفرض الذي بموجبه يكون الصلح محققا بواسطة تدخل شخص ثالث (الغير) ، فالمعيار التقليدي المستخدم في هذا الغرض يعتمد بصفة أساسية على طبيعة السلطة المخولة لهذا الشخص (الغير) والاعتماد على الطبيعة القضائية للمهمة المعهود بها إليه ، ألا إن هذا المعيار منتقد من قبل فقه القانون الوضعي ويرون بضرورة وجود معايير مكملة له وليس الاعتماد عليه وحده ، فهناك من رأى إن التفرقة تكمن من خلال دور الطرف الثالث ، أو من حيث سلطة الطرف الثالث أو من خلال نية المتخاصمين وغيرها ، راجع في تفصيل ذلك : د. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في ... ، مصدر سابق ، ص ٥٤-٥٥ .

(٣) القاضي احمد سعيد المومني ، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة التوفيق ، عمان ، ١٩٨٦ م ، ص ٦٢-٦٣ ، ود. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٣ ، ود. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٢٤-٢٥ ، ود. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٣٨-٣٩ ، ود. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم ... ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

من كل ذلك فهناك من ذهب إلى إن (التحكيم اشد خطورة من الصلح) لان الأطراف في الصلح يعرف كل منهما بقيمة أو مقدار ما سيتنازل عنه ، على عكس التحكيم فالأطراف لا يكون لديهم أي علم أو معرفة بما قد يمكن أن يحكم به المحكم أو ما سيكون عليه حل النزاع (١) .

ثانياً / التمييز بين التحكيم والتوفيق

التوفيق هو احد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية بمعنى انه طريق ودي لفض المنازعات عن طريقة تستطيع الأطراف المتنازعة بأنفسها أو بمساعدة الغير الوصول إلى حل نهائي للمنازعة ، فإذا نجح الأطراف في التوصل إلى هذا الحل يحررون به محضراً رسمياً موقعاً من الشخص المختار للتوفيق بينهما (٢) .

لذا فهو اقرب إلى الصلح الذي تنحسم به المنازعات بطريقة ودية والذي يكون مؤداه أن يتنازل الأطراف عن بعض حقوقهم مقابل الآخر حتى يمكن الوصول إلى اتفاق يرضي المتنازعين ويكفيهما مشقة الدخول في ساحة القضاء (٣) .

ولذا فالتحكيم والتوفيق يتشابهان من حيث إن كليهما وسيلة غير قضائية لحل المنازعات الإدارية وكلاهما يقوم به شخص من الغير ، ومن اختيار الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل ، ألا إنهما يختلفان من حيث إن رأي الموفق غالباً غير ملزم حيث يقدم اقتراحات وحلول وهذه غير ملزمة للأطراف ، أما المحكم فقراره أو حكمه ملزم للأطراف الخصوم ، كذلك فان التحكيم هو الاتفاق على حل كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بين الأطراف بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية ، أما التوفيق فيتم لتسوية نزاع معين دون اللجوء في نزاعات أخرى (٤) .

ثالثاً / التحكيم والخبرة

تعرف الخبرة بأنها الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص بمهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني الذي يكون على دراية بها ودون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي (٥) .

وعليه فان أوجه الشبه بين التحكيم والخبرة تتمثل في إن أساسها يتمثل في اتفاق الأطراف ، وان كليهما يقتضيان الاستعانة بأشخاص آخرين لإبداء رأيه في موضوع النزاع ، وان المحكم والخبير يجب أن يتسما بالحياد والنزاهة والاستقلال والعمل بالعدل (٦) .

ويختلف التحكيم عن الخبرة في الكثير من الأمور ، ألا إن من الأمور الجوهرية التي تميز بينهما هي إن المحكم يحسم النزاع بقرار ملزم للأطراف ورأيه يفرض عليهم ، أما الخبير فلا يكلف إلا بمجرد إبداء الرأي فيما يطرح

(١) د. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

(٢) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

(٣) د. عمرو احمد حسبو ، لجان التوفيق في المنازعات في ضوء أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص ٨ .

(٤) د. عمرو احمد حسبو ، المصدر نفسه ، ص ٧ ، ود. جورج شفيق ، التحكيم ومدى جواز ... ، مصدر سابق ، ص ٥٧-٥٨ .

(٥) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٩٣م ، ص ٣٠٨ .

(٦) د. حسان عبد السميع هاشم ، الخبرة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١م ، ص ١٢ .

عليه من مسائل ، وهذا الرأي لا يلزم الخصوم وكما لا يلزم القاضي ^(١) ، وكما انه لا يجوز الطعن بقرار الخبير فان حكم المحكم يمكن الطعن به ، وان المحكم يكون مقيداً بالمواعيد والمهل والإجراءات الواردة في باب التحكيم ، أما الخبير فلا يتقيد إلا بالمواعيد والإجراءات المقررة في قانون الإثبات والخاصة بالخبرة ^(٢) .

هذا مع ملاحظة إن التحكيم قد يلتبس مع الخبرة في بعض الأحيان ، وهنا يجب الأخذ بالمعنى الحقيقي للألفاظ وليس المعنى الظاهر ، فمثلاً يعتبر محكماً الشخص الذي يكلفه الخصوم بحسم نزاع بينهم ولو وصفه هؤلاء بكونه خبيراً أو مستشاراً ، ولا يعتبر محكم الشخص الذي يكلفه الخصوم بتقدير قيمة الخسائر في حادثة ما ^(٣) .

رابعا / اختلاف التحكيم عن الوكالة

لا تعتبر الوكالة ^(٤) من ضمن طرق أو وسائل حل المنازعات الإدارية إلا انه نظاما قد يختلط مع التحكيم ، فهو يتشابه مع التحكيم في إن الخصوم في كلاهما يفوضون أشخاصا آخرين ليقوموا مقامهم في تصرف جائز معلوم ^(٥) ، إلا انه يختلف عنه في إن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل مع التزامه بحدود وكالته وإلا تتصل منه الموكل ، أما المحكم فانه مستقلا تمام الاستقلال عن الخصوم بمجرد الاتفاق على اختياره للتحكيم ^(٦) ، وان الوكيل يمكن عزله بإرادة الموكل ، وله - الوكيل - اعتزال الوكالة في أي وقت شاء بشرط أن لا يكون بقصد الإضرار بالموكل ، أما المحكم فلا يمكن عزله و لا يمكن له التنحي بغير عذر مقبول ^(٧) .

خامساً / اختلاف التحكيم عن القضاء

يقترّب التحكيم من القضاء في بعض الأمور ، منها إنها وسيلتان لحسم المنازعات ، وإن قراراتهما ملزمة للأطراف المتنازعة ولكنهما يفترقان في أمور جوهرية أخرى منها إن القضاة معينين مسبقا وبصفة دائمة ، في حين إن المحكمين يختارهم أطراف النزاع لكل قضية على حدة ، كما يفترقان في إن إجراءات التحكيم أكثر سرعة من إجراءات القضاء وان الأحكام التي تصدر من المحكمة تحوز بذاتها القوة التنفيذية ، بينما ما تصدره هيئات التحكيم لا يحوز بذاته القوة التنفيذية وإنما يتعين صدور أمر بتنفيذه ، كما إن القضاء سواء العادي أو الاداري يتألف من عدة درجات ، أما التحكيم فيكون على درجة واحدة ، وان ولاية القاضي عامة - سواء العادي أو الاداري - فينظر في جميع القضايا التي تعرض عليه بينما ولاية المحكم مقصورة على قضية الأطراف الخصوم حصراً ولا تتعدى إلى قضية أخرى ، كذلك فان الالتجاء إلى القضاء يعد حقاً عاماً يستعمله الخصوم دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو الاستناد إلى نص خاص يجيزه ، أما التحكيم فيتم بناء على اتفاق أو نص خاص في القانون ^(٨) .

(١) إن ما يقدمه الخبير من آراء للقاضي تكمن ضمن حدود السلطة التقديرية للقاضي ، فله كامل الحرية في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها ، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (١٤٠) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ م والتي نصت : (رأي الخبير لا يقيد المحكمة ، وعليها إذا ما قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً) .

(٢) انظر : د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى جواز ... ، مصدر سابق ، ص ٦٠ ، ود. محمدي فتح الله ، شرح قانون التحكيم ... ، مصدر سابق ، ص ١٠ ، ود. احمد سعيد المومني ، مصدر سابق ، ص ٦٣-٦٤ ، ود. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

(٣) د. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، مصدر سابق ، ص ٣٠ ، ود. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٤) عرفت المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ م : (الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) .

(٥) حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، ١٩٧٧ ، ص ٢٥ .

(٦) د. محمدي فتح الله حسين ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٠ ، ود. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

(٧) عمار صادق كريم ، مصدر سابق ، ص ١٣ ، ود. محمدي فتح الله ، المصدر نفسه ، ص ١٠-١١ .

(٨) د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٠ ، ود. عصمت عبد الله الشيخ ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢٣ ، وصديق محمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، مصدر سابق ، وعمار صادق ، المصدر نفسه ، ص ١٥ .

المطلب الثالث / الطبيعة القانونية للتحكيم ومبررات اللجوء إليه

سنتناول في هذا المطلب الطبيعة القانونية للتحكيم في فرع أول ، ومن ثم نناقش مبررات اللجوء إلى التحكيم الإداري في فرع ثاني وكما يأتي :

الفرع الأول / الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد ثار الجدل بين الفقهاء واختلفت آرائهم حول الطبيعة القانونية للتحكيم فمنهم من ذهب إلى إن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية لأنه يتم بإرادة الخصوم ، ولأن لهذه الإرادة سلطانا في اختيار المحكمين أو المحكم وتعيين اختصاصاتهم ، وفي صدد تطبيقه لقواعد القانون أو لقواعد العدالة ، وبصدد إمكان نزول الخصوم عن حكمه أو الطعن فيه (١) ، ويستندون في ذلك إلى عدة حجج وأسناد لإثبات رأيهم (٢) .

وذهب فريق ثاني إلى إن للتحكيم طبيعة قضائية لأن جوهر القضاء عندهم هو تطبيق إرادة القانون في الحالة المعنية بواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها ، وبالتالي فإن اتفاق الأطراف على التحكيم لا يعني نزولهم عن اللجوء إلى القضاء وإنما هو نزول عن اللجوء إلى القانون لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضائهم وتعترف به الدولة ، فالتحكيم نوع من أنواع القضاء (٣) .

ويعترف مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل بالصفة القضائية لقرار المحكم (٤) .

ويرى فريق آخر إلى إن للتحكيم طبيعة مختلطة فهو ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يتخذ في كل مرحلة طابع مختلف فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم (٥) .

وتظهر أهمية تحديد طبيعة نظام التحكيم في النتائج التي تترتب على هذه الطبيعة ، فمن يرى في التحكيم انه من طبيعة تعاقدية فإنهم ينتصرون لقانون الإرادة ويعتبرون إن قرار التحكيم مجرد اتفاق وليس حكماً ومن ثم لا يكون واجب التنفيذ – عند عدم وجود نص خاص – إلا إذا أقرته المحكمة بناءً على دعوى ترفع إليها للحكم بتنفيذ مضمونه ، ومن يرى في طبيعة التحكيم إنها قضائية فيعتبر قرار التحكيم حكماً يقترب تماماً من الحكم القضائي ،

(١) د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ٢١ .

(٢) يعتبر النائب العام Merlin هو أول من تبني النظرية العقدية للتحكيم فقد دفع في ١٥ يوليو ١٨١٢ أمام محكمة النقض في قضية le coultenx de cautelou بأن المحكمين ليسوا قضاة فليس لديهم ما للقضاة من سلطة عامة وإنما تحركهم إرادة الأطراف ، فاتفاق التحكيم هو الأساس الذي يعتمد عليه المحكم ، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية لمجموعة المرافعات المصرية بان (حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً) ، انظر في تفصيل ذلك : د.جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ، ص ٣٥-٣٧ ، ود. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ٤٦-٥٠ ، ود. نجيب احمد الجبلي ، مصدر سابق ، ص ٤٥ - ٤٧ .

(٣) ذهب إلى هذا الاتجاه الرأي السائد في الفقه الفرنسي ، والرأي الغالب في الفقه العربي ، ومعظم التشريعات الحديثة ، كالتشريع اليمني والفرنسي ، انظر في تفصيل ذلك : احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، مصدر سابق ، ص ١٦-١٨ ، ود. حسن محمد هند ، المصدر نفسه ، ص ٥٠-٥٢ ، ود. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد ... ، مصدر سابق ، ص ٢٣-٢٤ ، ود. نجيب احمد الجبلي ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٠-٥٤ .

(٤) د. جورجي شفيق ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٤٦ ، أما في العراق فإنه لا يأخذ بالطابع القضائي حيث على الرغم من عدم وجود نص إلا إن المادة (١/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩م يستخلص من ذلك : (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء أم اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع وبناء على طلب احد الطرفين...) انظر : د. علي احمد الهبيبي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦-٢٧٧ .

(٥) انظر د. ماهر محمد حامد ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ ، ود. حسن محمد هند ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٤-٥٥ ، ود. معوض عبد التواب ، مصدر سابق ص ١٨ ، ود. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ .

ويكون قابلاً للتنفيذ بذاته ولا يحتاج إلى تقديم طلب إلى قاضي التنفيذ لوضع الصيغة التنفيذية عليه من دون حاجة إلى استصدار حكم من القضاء لإقرار مضمونه (١).

وذهب فريق رابع إلى إن التحكيم ذو طبيعة خاصة ، فهو أهم وسيلة لفض المنازعات قبل وجود القضاء المنظم ، واستطاع البقاء حتى مع وجود هذا الجهاز ، لذا فانه يجب النظر إليه ومن دون ربطه بفكرة العقد أو الحكم القضائي، وإنما ينظر إلى الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من لجوئهم إلى التحكيم ، ألا وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن الأسس التي يقوم عليها الحكم القضائي ، هذا وان المحكم لا يمثل قضاء الدولة ولا تنطبق عليه جميع قواعده وإنما تنطبق عليه القواعد المستمدة في الاتفاق ، فإرادة الخصوم هي أساس التحكيم ، ويرون انه لا يمكن التسليم بالطبيعة العقدية ولا القضائية ولا يمكن التسليم بالطبيعة المختلطة ، فالتحكيم له طبيعة ذاتية خاصة مستقلة تتحدد من خلال الهدف الذي يسعى إليه الخصوم وهو تحقيق العدالة على أساس يختلف عن مفهوم العدالة أمام القضاء (٢).

ونحن نسلم بالطبيعة الذاتية المستقلة لنظام التحكيم التي تميزه عن غيره من النظم والتي يستمدتها من إرادة الخصوم وإجازة المشرع إذ إن المحكم يستند إلى اتفاق التحكيم المعقود بين الفرقاء ، والمحكم لا يمثل قضاء دولة ولا تنطبق عليه جميع قواعده ، إنما تنطبق عليه قواعد مستمدة من التحكيم ، مما يضيف عليه طبيعة ذاتية مستقلة ، وهذه الطبيعة تتحدد من خلال الهدف الذي يسعى إليه الخصوم وهو تحقيق العدالة على أساس يختلف عن مفهوم العدالة أمام القضاء ، فالتحكيم وسيلة لفض المنازعات ولكنه وسيلة مختلفة عن القضاء وموازية له .

الفرع الثاني / مسرات اللجوء إلى التحكيم

يتم اللجوء إلى التحكيم عادة للعديد من الأسباب والكثير من المبررات التي تدعو إلى الالتجاء إليه ، بل وإلى الوسائل الأخرى البديلة للجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات ، وهي أسباب تدفع الأطراف المتنازعة إلى تفضيله على القضاء وتعود المبررات لما يتسم به التحكيم من مزايا أهمها :

أولاً / المرونة والسرعة : يمتاز التحكيم بالمرونة في نظر المنازعات التي تطرح عليه وتبدو المرنة في مواعيد عقد الجلسات فتنسم غالباً في الأوقات المناسبة لظروف الأطراف المتنازعة (٣) ، كذلك فهو يمتاز بالسرعة في حسم المنازعات ، إذ إن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة ، فيتيسر لهم حسمها في وقت اقرب مما يلزم عادة للمحاكم ، نظراً لتقييد المحكمين بمدة معينة يلتزمون بإصدار حكمهم أو قرارهم خلالها تلافياً لبطء الإجراءات وحسماً للنزاع المطروح ، وذلك على خلاف القضاء الذي يتسم ببطء شديد غالباً ما يرتبط ذلك بعدد المنازعات والدعاوى المعروضة أمامه (٤) وهذه الميزة تزداد أكثر بالنسبة للمنازعات الإدارية – العقد الاداري خصوصاً – إذ إن التأخر في فصل النزاع يؤدي إلى أضرار كبيرة (٥).

(١) انظر د. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٤٥-٤٦ .

(٢) راجع في ذلك ، نجيب احمد الجبلي ، مصدر سابق ، ص ٥٧ ، ود. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ٥٣-٥٤ ، ود. عصمت عبد الله الشيخ ، المصدر نفسه ، ص ٤٥ ، ود. عمار طارق عبد العزيز ، مصدر سابق ، ص ١٣٩-١٤٠ .

(٣) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ، ص ٦٨ ، ود. محمد سليم العوا ، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٨م ، ص ١٢٤ و ٢٨٦ .

(٤) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٦٧ ، ود. جابر جاد ، التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

(٥) د. عمار طارق عبد العزيز ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٣٧ ، ود. علي احمد اللهبي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٢ .

ثانياً / قلة النفقات والتكاليف : إذ لا تزال نفقات التحكيم اقل كثيراً من نفقات رسوم المحاكم وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ ، واهم سبب يؤدي إلى قلة النفقات هو كون التحكيم في الغالب من درجة واحدة خلاف القضاء الذي تتعدد درجاته (١) .

ثالثاً / السرية : تتحقق مصلحة الأطراف المتنازعة في السرية ، أي تمكينهم من المحافظة على أسرارهم التي تمثل مصلحة عليا في عدم إذاعتها ، ويتميز التحكيم بسرية إجراءاته حيث إن جلسات التحكيم لا يحضرها إلا الخصوم أو ممثلوهم ، هذا بالإضافة إلى إن المحكمين يلتزمون بالحياد والسرية والمحافظة على الأسرار المهنية ، لذا يفضل الخصوم التحكيم لما يحققه لهم من السرية وحفاظ على أسرارهم ، والبعد عن القضاء لعدم التعرض للعلائية في عرض النزاع (٢) .

رابعاً / تخصص المحكمين وإمامهم بالنزاع : مما يمتاز به نظام التحكيم انه يسمح للأطراف اختيار المحكمين من ذوي الخبرة الكافية في مجال المنازعة ، حيث يكون المحكمون المكلفون بالتحكيم غالباً متخصصين في المنازعات التي يطلب منهم الفصل فيها ولديهم الخبرة الكافية والاختصاص في النزاع المطروح دون حاجة إلى انتداب خبراء ، لكن يلاحظ إن القضاء يستعين غالباً بالخبراء (٣) .

خامساً / المحافظة على حسن العلاقات بين أطراف النزاع وتلافى الحقد بين المتخاصمين : فالطريقة التي يلجا إليها الخصوم لحل منازعاتهم لها تأثير ملحوظ على نفسية كل خصم ، فالتحكيم يكون اقرب إلى التراضي ، وبذلك فان قرار المحكم يؤدي إلى قمع التخاصم وإعادة العلاقات الطيبة بين المتخاصمين (٤) .

سادساً / بساطة الإجراءات : يمتاز التحكيم ببساطة وسهولة اللجوء إليه إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء ، فالقضاء دائما يحاط بإجراءات طويلة ومعقدة ومتعددة الدرجات ، أما إجراءات التحكيم فغير مقيدة إلا بما ينفع حسم النزاع .

سابعاً / الرضائية : أي إن التحكيم يقوم على الرضا التام باختيار المحكمين وقبول حكمهم من قبل الأطراف ، فالتحكيم يعطي الأطراف المتنازعة الحرية في تحديد المحكمين الذين سوف ينظرون في النزاع (٥) .

ثامناً / تزايد العلاقات التعاقدية التي فيها طرف أجنبي وعدم تفضيل كل طرف فيها الخضوع لقضاء الطرف الآخر (٦) .

(١) د. محمود السيد التحيوي ، التجاء الجهات ...، مصدر سابق ، ص ٢٥ ، ود. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ .

(٢) د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١٤ ، ود. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ٦ ، ود. جابر جاد ، التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

(٣) د. محمد سليم العوا ، مصدر سابق ، ص ٢٨٧ ، ود. محمود السيد التحيوي ، التجاء الجهات ...، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٢١ .

(٤) وهذا ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري بصدد التحكيم (لم يزل التحكيم مطلوباً ليستغني به الناس عن المحاكم ، قصداً في النفقة والوقت ورغبة عن شطط الخصومة القضائية واللدد فيها ...) انظر : د. احمد سعيد المومني ، مصدر سابق ، ص ٥٨ ، ود. جورج شفيق ، مصدر سابق ، ص ٧١ و د. محمود التحيوي ، التجاء الجهات ...، المصدر نفسه ، ص ٢٤ .

(٥) د. حسن محمد هند ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٦ ، ود. جابر جاد ، التحكيم في ...، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٢ .

(٦) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٨٩ .

ألا انه رغم كل هذه المزايا والفوائد ألا أن هناك من أظهر بعض العيوب والمثالب للتحكيم منها :

أولاً / ارتفاع نفقات التحكيم ، حيث يرى البعض إن التحكيم باهظ التكاليف ، خاصة إذا تعلق بنزاع به عناصر أو أطراف تنتمي لدول متعدد ، ألا انه يرد عليه بان ارتفاع التكاليف لا يكون في كل الأحوال وإنما حالات معينة وهي غالباً المنازعات الدولية – وفي هذه الأحوال تكون قيمة العقود كبيرة جداً فلا تمثل تكاليف التحكيم سوى نسبة قليلة منها (١) .

ثانياً / عدم حسم التحكيم للنزاع في بعض الحالات ، ويرد عليه إن مثل هذه الحالات نادرة أو قليلة جداً .

وغيرها من الانتقادات التي لا نرى لها مبرراً ، ورغم العيوب التي نسبها البعض إلى التحكيم ، فان ذلك لم يمنع أو يوقف الدول أو المشرعين من النص عليه والأخذ به حيث إن مزاياه تفوق عيوبه ، وان العيوب يمكن تلافيها والتقليل من أثارها غير المرغوب فيها ، وعليه فقد أصبح التحكيم نظاماً عالمياً ، ووسيلة من وسائل حل المنازعات دون اللجوء إلى القضاء الرسمي في الدولة وهذا يشمل المنازعات الإدارية .

ويثار هنا التساؤل هل يجوز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ في مجال المنازعات الإدارية بشكل عام والعقود الإدارية بشكل خاص ، وهذا ما سنبحثه في المبحث الثاني .

(١) انظر في تفصيل الانتقادات ، جورجى شفيق ، التحكيم ومدى ...، مصدر سابق ، ص ٨٢-٨٩ ، وعمار صادق ، مصدر سابق ، ص ٢٢- ٢٤ .

المبحث الثاني / مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية

أدى تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية ، ورغبتها في إشباع الحاجات العامة على ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية ، وترتب عليه قبول نظام التحكيم في حال نشوء منازعات تترتب على تلك العلاقات ، ألا انه رغم إن التحكيم أصبح من الوسائل الأساسية لحل مثل هذه المنازعات ، إلا إن الوضع لم يكن بهذه السهولة في المجال الإداري ، فقد لاقى هذا النظام معارضة كبيرة من قبل الفقه والقضاء وانقسمت الآراء الفقهية وتضاربت الأحكام القضائية واختلفت التشريعات الوطنية حول مشروعية التحكيم في حسم المنازعات الإدارية ، ورغم ذلك فإن الحياة الاقتصادية والاجتماعية الجديدة أدت إلى قبول اللجوء إليه لحسم تلك المنازعات والتي أغلبها متعلقة بالعقود الإدارية (الداخلية والدولية) ، بالإضافة لما حددته بعض التشريعات من اللجوء إلى التحكيم الإجباري في بعض المنازعات، لذا سوف نتناول هذا المبحث على مطلبين في الأول منه مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ، وفي المطلب الثاني مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية وكما يأتي :

المطلب الأول / مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

يعد العقد الإداري احد الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لانجاز أهدافها ، ولتحقيق الصالح العام وذلك بالتعاون مع أشخاص القانون الخاص – وطنية أو أجنبية – ومن المتوقع أن تثور بشأن هذه العقود منازعات تعد من قبيل المنازعات الإدارية التي يختص القضاء الإداري بحسب الأصل بنظرها (١) ، ألا انه للأسباب المذكورة سابقا ، وللتخفيف عن كاهل القضاء فقد ظهر التحكيم كوسيلة مثالية لحسم منازعات العقود الإدارية ، ويعرف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ووسائله ، وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص ، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص ، بتحويل المتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة (٢) ، وهذا التعريف يضم عناصر العقد الإداري الثلاثة التي يقوم عليها ، من هنا يثار التساؤل لدى المتعاقد مع الإدارة حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود لحل النزاع الذي قد يثار ؟

يمكن القول إن مشروعية التحكيم في العقود الإدارية قد أثار جدلاً كبيراً سواء من جهة الفقه أم التشريع أم القضاء وسواء على الصعيد الداخلي أو الدولي ، من هنا نرى أن نتبين موقف التشريع ومن ثم الفقه والقضاء من كل ذلك لنخلص في النهاية إلى مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

(١) جدير بالإشارة إلى إن منازعات العقود الإدارية في العراق هي من اختصاص القضاء العادي ، وتكون له ولاية القضاء الكامل ، وذلك اعتماداً على نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م المعدل ، بالإضافة إلى إن قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩م لم يمنح محكمة القضاء الإداري اختصاص النظر بمنازعات العقود الإدارية بل حصره في نطاق ضيق وهو النظر بالقرارات الإدارية ، ونعتقد انه من الأفضل أن يكون اختصاص فض هذه المنازعات من اختصاص القضاء الإداري في العراق ، لكونه قضاء متخصص بالإضافة إلى إن العراق من دول القضاء المزدوج .

(٢) د. عبد المنعم عبد الحميد ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١١ ، ود. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

الفرع الأول / موقف التشريع

اختلفت التشريعات في موقفها إزاء مشروعية اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية فالمبدأ العام في التشريع الفرنسي هو حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم لحسم المنازعات الإدارية ، فقد حظر المشرع الفرنسي في المادتين (٨٣) و (١٠٠٤) من قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام ١٨٠٣م التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدولة أو الأشخاص المعنوية العامة إذا كان من الواجب إبلاغ النيابة العامة في شأنها ولقد تم إلغاء المادتين المذكورتين وحلت محلها المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني رقم (٦٢٦) الصادر في ٥/تموز/١٩٧٢م والمعدل بالقانون الصادر في ١٩٧٥/٧/٩م ، والذي حظر التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالوحدات المحلية والمؤسسات العامة ، بل مده بالنسبة لكل المسائل المتصلة بالنظام العام بصفة عامة ألا انه تدارك ذلك بموجب القانون رقم (٥٩٦) في ١٩٧٥/٧/٩م وقضى باستثناء بعض فئات المؤسسات العامة الصناعية والتجارية التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم على أن يكون ذلك بموجب مشاركة تحكيم وليس شرط تحكيم (١) .

لذا فإذا كانت القاعدة العامة للقانون الفرنسي هو حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام للتحكيم إلا إن المشرع قد خرج على هذا الأصل العام وأجاز اللجوء إلى التحكيم في بعض صور العقود الإدارية وذلك بإيراده بعض الاستثناءات :

١- قانون ١٩٠٦/٤/١٧م : أجاز القانون في المادة (٦٩)^(٢) ، باللجوء إلى التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد ولا يتعدى ذلك إلى المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود ولا تتصل بهذه المشكلة ، وان ذلك يتم بناءً على مشاركة تحكيم بعد وقوع النزاع ، مع العلم إنها تسري فقط على الوحدات المحلية ولم تسري على المؤسسات العامة (٣) .

٢- المرسوم الصادر في ١٩٦٠/٧/٢٥م : الذي وسع من نطاق تطبيق القانون الصادر في ١٩٠٦/٤/١٧م حيث أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها البلديات ونقابات البلديات والنقابات المشتركة والمراكز الحضرية وقطاعات البلديات والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية وبنفس قيود قانون ١٩٠٦/٤/١٧م (٤) .

٣- قانون ١٩٧٥/٧/٩م : حيث أضاف الفقرة الثانية إلى المادة (٢٠٦٠) من التقنين المدني الذي أجاز اللجوء إلى التحكيم لبعض طوائف المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية على أن يصدر مرسوم يرخص لها ذلك (٥) ، ألا إن هذا المرسوم لم يصدر إلا في ٢٠٠٢/١/٨م وحدد المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء للتحكيم ومن بينها شركة غاز فرنسا وشركة كهرباء فرنسا (٦) .

(١) لقد انتقد غالبية الفقه الفرنسي بشدة هذا الحظر التشريعي الذي يضر بمصالح البلاد الاقتصادية وحاولوا البحث عن المبررات وراء هذا الاتجاه التشريعي فذهب لافيرير إلى إن السبب وراءه هو الخوف من أن تهمل المصلحة العامة فضلا عن إساءة اختيار المحكمين من جانب أطراف النزاع ، انظر ، د.نجلع حسن ، مصدر سابق ، ص ١١٥-١١٨ ، ود. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ ، ود. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٢) أدرج المشرع الفرنسي الاستثناء في قانون الأشغال العامة الحالي في المادتين (٢٤٧،٣٦١) انظر: د. نجلع حسن ، المصدر نفسه ، ص ١٣١ ، و د. اشرف محمد خليل ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

(٣) د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، المصدر نفسه ، ص ٤٦-٤٧ ، و د. ماجد راغب الحلو ، المصدر نفسه ، ص ١٧٨ .

(٤) د. محمد عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٠ ، ود. نجلع حسن ، المصدر نفسه ، ص ١٣٥ ، و د. جابر جاد ، المصدر نفسه ، ص ٤٨ .

(٥) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى جواز ... ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ .

(٦) د. شريف يوسف خاطر ، التحكيم في مجال العقود الإدارية ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي ، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : sconf.uaeu.ac.ae/Arabic-prev-conf 2008.asp . تاريخ الزيارة ٢٠١٣/١/٦ م .

(١٠٥)

٤- قانون ١٩٨٢/٧/١٥ م : سمح هذا القانون للمؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود الأبحاث العلمية مع الهيئات الأجنبية^(١).

٥- قانون ١٩٨٢/١٢/٣٠ م : سمحت المادة (٢٥) من هذا القانون بإجازة شرط التحكيم في عقود الشركة الوطنية للسكك الحديدية الفرنسية (S.N.C.F) التي تبرمها مع الغير^(٢).

٦- قانون ١٩٨٦/٨/١٩ م : استثناء من أحكام المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني ، أجاز المشرع الفرنسي في قانون ١٩٨٦/٨/١٩ للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع شركات أجنبية وذلك للنفع العام ، وقد أجازت ذلك بشروط^(٣).

٧- قانون ١٩٩٠/٧/٢ م : وهو القانون الخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية (P.F.T)^(٤).

٨- قانون رقم ٥٨٧ في ١٩٩٩/٧/١٢ م : الخاص بالابتكار والبحث العلمي حيث أجازت المادة الثانية منه للمؤسسات التي تساهم في التعليم اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ العقود التي تبرمها مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية^(٥).

فضلاً عن ذلك فإن الاتفاقيات الدولية تلعب دوراً هاماً في منح الدولة وأشخاص القانون العام الحق في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ في العقود الإدارية التي تبرمها مع الغير سواء على المستوى الداخلي أو المستوى الدولي ، فنص - عادة - الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على تسوية أي خلاف عن طريق التحكيم ، ومن أمثلة هذه الاتفاقيات ، اتفاقية نيويورك المبرمة في ١٩٥٨/٧/١٠ م ، واتفاقية جنيف المبرمة في ١٩٦١/٤/٢١ ، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في ١٩٦٥/٥/١٨ م^(٦).

وبذلك يلاحظ تحول موقف المشرع الفرنسي من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي وذلك بإجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية في قانون ١٩٨٦/٨/١٩ م ، مع حظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية مع بعض الاستثناءات^(٧).

(١) د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٧٠-٧١ ، و د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ .

(٢) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى جواز ... ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

(٣) لقد صدر هذا القانون بمناسبة تعاهد الحكومة الفرنسية مع شركة والت دزني (Walt Disney) الأمريكية من اجل إنشاء مدينة ملاهي في فرنسا على غرار المدينة الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية ، للمزيد انظر: د. جابر جاد ، مصدر سابق ، ص ٥٠-٥٢ ، و د. محمد عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٠-٣٩١ .

(٤) د. اشرف محمد خليل ، المصدر نفسه ، ص ٧٠ .

(٥) انظر د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ١٣٦-١٣٩ ، و د. اشرف محمد ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٧١ .

(٦) انظر: د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٣٩-١٩٣ ، و د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، المصدر نفسه ، ص ٢٠٦-٢٠٧ .

(٧) نود الإشارة إلى إن تطبيقات التحكيم في العقود الإدارية الدولية في قد تتمثل في عقود الاستثمار وعقود البترول والغاز وعقود الإنشاءات الدولية وعقود البوت ، انظر في تفصيل ذلك : د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ١٩٤-٢٧٣ ، و د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ١٠٤-١٢٢ .

- أما بالنسبة لموقف التشريع المصري : فيلاحظ إن المشرع المصري قد نظم التحكيم في العقود الإدارية تنظيمياً جزئياً ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٦٨م في الباب الثالث منه في المواد من (٥٠١-٥١٣) ، ولاختلاف رأي الفقه والقضاء حول مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، فقد نظم أمر التحكيم تنظيمياً كلياً بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية وألغيت بذلك المواد من (٥٠١-٥١٣) من قانون عام ١٩٦٨م ، والذي نص في مادته الأولى على (... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ...) وبذلك أصبح هو القانون العام للتحكيم في مصر ، وعلى الرغم من انه كان المأمول به أن يحل النزاع إلا إن الخلاف قد استمر ، وبهدف إنهاء الخلاف فقد حسم المشرع المصري ذلك في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م والذي عدل بموجبه المادة (١) بإضافة فقرة ثانية إليها بقوله (...وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك) ، هذا وقد تأكد اتجاه التشريع المصري في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصور القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨م الخاص بالمناقصات والمزايدات في المادة (٤٢) منه (١) ، والذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وأضاف شرطاً جديداً وهو التزام كل من طرفي العقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد (٢) .

وبذلك نرى إن المشرع المصري قد أقر التحكيم في العقود الإدارية بشكل صريح بخلاف المشرع الفرنسي الذي تمسك بقاعدة (حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية) مع إيراده بعض الاستثناءات .

- وعن موقف المشرع العراقي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، فيلاحظ إن المشرع العراقي لم يخصص لها قانون خاص بالتحكيم إلا انه يمكن القول بإجازته كما فعل المشرع المصري ، وبعض التشريعات الأخرى (٣) .

(١) نصت المادة (٤٢) من قانون المناقصات والمزايدات المصري : (يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم ، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد) .

(٢) انظر د. عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٤١٥-٤١٦ ، و د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص٧١-٧٤ .

(٣) تتضمن بعض التشريعات العربية أحكاماً مماثلة تجيز للدولة وللأشخاص المعنوية التحكيم الإداري ، فقد أجاز المشرع اللبناني التحكيم في منازعات العقود الإدارية بإصداره القانون رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢م وذلك في المادة (٧٦٢) حيث نصت الفقرة الثانية منها على : (يجوز للدولة وللأشخاص القانون العام أيا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم ...) وقد اشترطت الفقرة الثالثة من نفس المادة (... إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ من مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص ...) وقد صدر هذا القانون نتيجة الجدل الفقهي والقضائي حول مدى جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية من عدمه ، انظر في ذلك: هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص٦٣-٧٨ ، و د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص٧٦-٧٨ .

- أما عن جواز التحكيم في المملكة العربية السعودية ، فقد نصت المادة (٣) من المرسوم رقم (م/٤٦) في ١٢/٧/١٤٠٣هـ الموافق ٢٥/٤/١٩٨٣م على : (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء ...) يلاحظ إن النص لم يفرق بين التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والعقود الإدارية الدولية مما يعني جوازه في النوعين ، ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص١٩٣ .

- وقد أقر المشرع السوري التحكيم في العقود الإدارية بموافقة اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة مهما كانت قيمة العقد موضوع النزاع بموجب نظام العقود الصادر بقانون رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٤م ، والذي أكده قانون التحكيم السوري الجديد رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨م في المادة الثانية الفقرة الثانية منه .

- أما المشرع المغربي فقد نص صراحة في قانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٥م قانون تعديل المسطرة المدنية في الفصل (٣١٠) الفقرة (٣) على (... يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم ...) ، كذلك الفقرة (٢) من الفصل (٣١١) والتي نصت : (... يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها ...) انظر في تفصيل ذلك المستشار محمد المحجوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن ، بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://dpm.xooitfr/t584.htm> منتدى القانون العام المغربي (forum de Droit public Marocain) ، تاريخ زيارة الموقع ٢٠١٣/١٦ .

وردت قواعد التحكيم كجزء من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م ، فخصص لها المواد من (٢٥١-٢٧٦) منه وهي قواعد لتنظيم التحكيم بصورة عامة ولا تشير صراحة إلى جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الاداري^(١) ، إلا إن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية^(٢) فقد أجازت اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المقولة التي تكون الدولة طرفا فيها ، بوصفها رب العمل والمقاول كطرف ثاني سواء كان عراقيا أم أجنبيا ، فلقد نظمت الشروط العامة العراقية ، الكيفية التي يتم فيها حسم الخلافات الناشئة بين المقاول ورب العمل ونصت المادة (٦٩) على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع أو خلاف من أي نوع بين صاحب العمل والمقاول وهذا يتم حتى لو لم يتم الاتفاق بين الأطراف على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بينهم^(٣) ، فإذا ما نشب نزاع بينهما ، فينبغي إحالته إلى المهندس ويجري لتسويته من قبله وعليه أن يتخذ قراراً لحل النزاع ويبلغهما به^(٤) ، فإذا لم يقتنع احد الأطراف أو كلاهما بقرار المهندس ، حينها يمكن اللجوء إلى التحكيم وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار القرار من قبل المهندس ، وفي حالة عدم وجود نص لواقعة معينة يتم الرجوع لأحكام قانون المرافعات المدنية العراقي الخاصة بالتحكيم بوصفها الأصل العام^(٥) ، لذا فان هذه التعليمات قد سمحت باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية (خصوصا عقود الأشغال العامة) .

كذلك فقد أجاز قانون العقود الحكومية العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤م والصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ضمناً في القسم (٢/١٢/ح) منه بنصه على إن (التسوية البديلة للنزاع عند تسوية جميع النزاعات المماثلة – أي سواء أكانت اعتراضات على المناقصة أو شكاوى خلال إدارة العقود العامة – تستعمل مبادئ التسوية البديلة للنزاع إلى أقصى حد ممكن ، بشرط أن يتفق الطرفان) .

(١) لقد نصت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي على : (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين) .

- أما التشريع السوري فقد صدر القانون رقم (٤) في ٢٥/٣/٢٠٠٨م والذي نص في المادة (٦٤) منه على إلغاء المواد من (٥٠٦-٥٣٤) من قانون أصول المحاكمات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ عام ١٩٥٣م وتعديلاته . وانظر أيضا المادة (٢/٢) منه .

(٢) يراجع الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، وزارة التخطيط ، ٢٠٠٦م ، المادة (٦٩) .

(٣) انظر : ياسين كريم الحلفي ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ ، إذ يحق للمقاول أن يطلب عرض النزاع على التحكيم وليس لرب العمل الاعتراض على هذا السبيل أو تعطيل هيئة التحكيم ، وذلك لان شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة (٦٩) من الشروط العامة بعد اتفاقا مسبقا لحل كل الخلافات المتمثلة بين الطرفين عن طريق عن طريق هيئة التحكيم .

(٤) نرى إن في إحالة النزاع إلى المهندس قبل التحكيم هو طريق لتسوية النزاع عن طريق التوفيق (تسوية ودية) قبل اللجوء إلى التحكيم وان هذا طريق ملزم للطرفين ، وسنتناول ذلك في الفصل القادم .

(٥) انظر نص المادة (٦٩) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية .

كذلك فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م قد ذكرت في المادة (١١/ب) تحت عنوان آلية فض المنازعات بعد توقيع العقد ، التحكيم كطريق لفض النزاعات (١) ، ولم يقتصر المشرع على ذكر الكيفية التي يتم بها اللجوء إلى التحكيم في نص المادة (٦٩) ، وإنما شمل بذلك المادة (٤٥) من شروط المقابلة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية ، فقد جاءت متفقة مع نص المادة (٦٩) في تحديد الوسيلة التي يتم بها تسوية النزاع العقدي بين الإدارة والمتعاقد معها (٢).

كذلك بالنسبة لقانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦م المعدل فقد سمحت المادة (٢٧) منه بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم باعتباره وسيلة لحل المنازعات في نوع من أنواع العقود الإدارية الدولية وهي عقود الاستثمار (٣) .

مما تقدم نرى إن ما ورد في المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، قد ورد بشكل مطلق ولا يمكن الاستناد إليه للقول بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ، ألا إن ذلك لا يعني انه لم يسمح باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فقد أورد في بعض الأحيان نصوص تجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كما مر ذكرها ومنها نستطيع القول بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية – الداخلية والدولية – ألا إن ذلك وبرأينا غير كافي حيث يستلزم تدخل المشرع بنص صريح أو قانون خاص يجيز التحكيم في العقود الإدارية .

وبعقد المقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري والعراقي نرى إن نطاق التحكيم في مصر أوسع منه في فرنسا فهو يشمل كل العقود الإدارية الداخلية والدولية ، بينما في فرنسا يحظر التحكيم في العقود الداخلية إلا في بعض الاستثناءات التشريعية ويجوز التحكيم في العقود الدولية بشروط معينة كما وردت في قانون ١٩٨٦/٨/١٩م، أما في العراق فإن اللجوء إلى التحكيم الإداري وإن كان جائزاً ألا انه ليس منظماً تنظيمياً دقيقاً بحيث يشمل جميع منازعات العقود الإدارية كما هو حال التحكيم في القانون المصري ، حيث نراه مشتتاً ومتناثراً بين نصوص ومواد القوانين المختلفة (قانون المرافعات المدنية ، وقانون العقود وتعليماتها ، والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية وغيرها...) كما مر ذكرها .

ولما كانت المنازعات الإدارية تختلف اختلافاً بيناً عن المنازعات المدنية ، لذا نرى انه من المفترض أن يصدر تشريع خاص بالتحكيم الإداري يجيز اللجوء إليه وينظم أحكامه وإجراءاته ويفرض اللجوء إليه كطريق لحل المنازعات الإدارية (عقدية وغير عقدية) قبل اللجوء إلى قضاء الدولة .

(١) نصت المادة (١١/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م على (التحكيم: ويكون باختيار كل طرف متنازع حكماً يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع ويختار المحكمين محكماً ثالثاً لرئاسة لجنة التحكيم ، وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث، وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة الموضوع المتنازع عليه بكل حيثياته وتصدر اللجنة قرارها النهائي لحسم النزاع ويتحمل الطرف الخاسر نفقات التحكيم ويكون ملزماً بقرار اللجنة بعد تصديقه من محكمة الموضوع وفقاً للقانون) ، فلقد حددت المادة (١١/أولاً) آلية فض النزاعات بعد توقيع العقد ب (١-التوفيق ، ٢-التحكيم ، ٣-أحالة النزاع إلى المحاكم المختصة ، ٤- اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون احد طرفي العقد أجنبياً) وألزمت الفقرة الثانية من نفس المادة طرفي العقد باختيار الأسلوب الأمثل لفض المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقد بينهما بإحدى الطرق المنصوص عليها في البند أولاً من المادة (١١) .

(٢) فضلاً عن إن الاتفاقيات الدولية تلعب دوراً هاماً في السماح بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي في العراق ، ومن أبرزها عقود امتيازات النفط من ذلك الاتفاقية المعقودة في ٣/شباط/١٩٥٢م بين حكومة العراق وشركات النفط العراقية المحدودة و النفط البصرة المحدودة و نفط الموصل المحدودة حيث نصت المادة (٣/ج) من الاتفاقية أعلاه على : (إذا نشأ نزاع أو اختلاف بين الحكومة والشركات حول تفسير أو تنفيذ ... ، فيحسم ذلك بالتحكيم...) ، انظر : فؤاد الراوي ، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات ، نصوص ٦ ، من (١٩٥٠-١٩٥٥) ، مجلس التخطيط ، بغداد ، ١٩٧٥م ، ص ٢١٢ .
- وكمثال آخر انظر المادة (١٠) من الاتفاقية المبرمة بتاريخ ١٨/٩/١٩٥٥م مع شركة التنوير والقوة الكهربائية المحدودة لمدينة بغداد ، انظر: فؤاد الراوي ، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات ، نصوص (٧) ، من (١٩٥٥-١٩٥٦) ، ص ٢٥٣ . كما نشير في ذلك إلى الفصل الرابع (المواد ٣٦-٧٥) من قانون انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول أخرى رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ ، منشور في الوقائع العراقية ، العدد ٤٢٨٣ في ٢٩/٧/٢٠١٣ .

(٣) انظر المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي لعام ٢٠٠٦م المعدل الفقرتان (٤) و (٥) منها .

الفرع الثاني / موقف القضاء

يعتبر القضاء الفرنسي رائد الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، فيتسم موقف مجلس الدولة الفرنسي بالتشدد في رفض التحكيم في العقود الإدارية ، فالقاعدة عنده هي عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، وقد قضى في أكثر من حكم ببطالان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية مستندا للمواد (١٠٠٤ و ٨٣) و ٢٠٦٠ المار ذكرها ، ولقد تبنى مجلس الدولة هذا الموقف منذ زمن طويل وأول قرار له عام ١٨٢٤ في قضية (ouvrard) بمناسبة عقد توريد ومن ثم حكم (boyer) عام ١٨٢٥م ، أي إن القضاء الاداري الفرنسي يحظر على أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في منازعات العقد الاداري إلا في حالة وجود نص تشريعي أو اتفاق دولي يرفض ذلك (١) .

أما عن موقف القضاء العادي الفرنسي فيمكن القول بشأنه انه قد اتخذ موقف قريب من موقف القضاء الاداري، فلقد ذهب إلى القول بان الأشخاص العامة تستطيع أن تتفق على التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية حتى مع غياب وجود اتفاق دولي أو قانون يجيز لها ذلك ، وعليه فانه قصر نطاق الحظر على المنازعات الوطنية وحدها أي على العقود الإدارية الداخلية ، أي بعبارة أخرى انه فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي (٢) .

وبالنسبة لموقف القضاء الاداري المصري : فقد تردد بين مؤيد ومعارض لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الاداري فقد أقرت محكمة القضاء الاداري في مصر جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية - قبل صدور قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م - في حكمها الصادر في ١٨/٥/١٩٨٦م (٣) ، ألا إن المحكمة الإدارية العليا قضت بحكمها الصادر في ٢٠/٢/١٩٩٠م (بعدم إمكان لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تبرمها تأسيساً على إن مجلس الدولة يختص وحده دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وفقاً للقانون) (٤) .

هذا ولقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في بداية دراستها لمشروعية التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية بعدم جواز اللجوء إليه لحسم هذه المنازعات ما لم يوجد نص تشريعي يجيز ذلك إذ إن إرادة الخصوم لا تكفي لوحدها (٥) ، ألا أن المحكمة الإدارية العليا قد ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ١٨/١/١٩٩٣ إلى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بعد أن كانت تقضي بخلاف ذلك سابقاً (٦) .

(١) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى... مصدر سابق ، ص ١٢٨ - ١٢٩ . ود. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٤١ - ٤٢ و ٦٠ .

(٢) من ذلك حكم محكمة استئناف (Aixen- provence) في قرارها الصادر ١٩٨٦/٥/٥م وهو الاتجاه الذي أيدته محكمة النقض كذلك ، انظر : د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٤٣-٤٤ .

(٣) حكم محكمة القضاء الاداري بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦م ، بالدعوى المرقمة ٤٨٦ ، لسنة ٣٩ قضائية ، أشار إليه : د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، المصدر نفسه ، ص ١٨٢-١٨٣ ، و د. عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠-٣٦٢ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠م لسنة ٣٢ ق ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، لسنة ٣٥ ، العدد الأول ، ١٩٩٥م ص ١١٤٣ ، أشار إليه الدكتور اشرف محمد خليل ، المصدر نفسه ، ص ٤٤ ، ود. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، المصدر نفسه ، ص ١٨٣ ، و د. عبد المنعم عبد الحميد ، المصدر نفسه ، ص ٣٨٤ .

(٥) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم ١٦٣/٦/٨٦ في ١٥/١/١٩٧٠م ، أشارت إليها د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

(٦) حكمها في ١٨/١/١٩٩٣م ، طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما ، الجزء الأول من أكتوبر ١٩٥٥م حتى سبتمبر ١٩٩٥م ، ص ١٤٥ وما بعدها ، أشار إليه د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٦١ .

أما الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فقد تراجعت عن موقفها في الحظر وأفتت بجواز التحكيم في العقود الإدارية مستندة في ذلك إلى نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م^(١)، وأيدت موقفها هذا في فتوى أخرى بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧م والتي خلصت فيها إلى جواز التحكيم إلا إنها اشترطت لصحة اللجوء للتحكيم أعمال القواعد الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية عند نظر المنازعة المطروحة أمام التحكيم^(٢).

أما بعد صدور قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م عادت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى موقفها السابق فأفتت بعدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ومن ثم انتهت إلى إن إجازة التحكيم في العقود الإدارية تتطلب عمل تشريعي يجيز التحكيم في العقد الاداري بضوابط محددة وقواعد منظمة^(٣).

و فعلاً صدر القانون برقم (٩) لسنة ١٩٩٧م وبموجبه أصبح التحكيم في العقود الإدارية جائزاً ولكنه اشترط موافقة الوزير أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة مع عدم جواز تفويض الغير بهذا الاختصاص.

أما موقف القضاء العراقي من اللجوء إلى التحكيم فقد جاء متماشياً مع موقف المشرع من التحكيم، فلكون التحكيم في العقود الإدارية لم يخصص له قانون يجيز اللجوء إليه بشكل صريح ومستقل عن أحكام التحكيم في قانون المرافعات بالإضافة إلى عدم الرغبة في الالتجاء إليه والعمل به إلا في حالات نادرة، لذا فإن الأحكام القضائية بخصوصه قليلة جداً^(٤)، وأغلبها يتناول التحكيم طبقاً للشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، من ذلك قرار محكمة التمييز في ١٩٦٨/٦/١م ((... نص في عقد المقولة بأنه إذا حدث خلاف بين الطرفين فإنه يحسم من قبل المهندسين الاستشاريين ويكون قرارهم نهائياً وملزماً للطرفين ولكل طرف إحالة الأمر إلى التحكيم في ظرف مدة معينة فإن هذا النص يعتبر صحيحاً ويتعين التقيد به))^(٥).

كذلك قرارها في ١٩٥٤/٨/٣٠م والذي جاء فيه (إن شرط العاقد كنص الشارع، فإذا اتفق العاقدان على تحكيم شخص ثالث لفض النزاع الناتج عن تنفيذ عقد المقولة كان قضاء المحكم قضاء ملزماً وحاسماً للنزاع)^(٦).

(١) فتوى الجمعية بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧م، ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤م أشار إليها د. جرجي شفيق، التحكيم...، مصدر سابق، ص ١٨٤، ود. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية...، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٢) فتواها بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧م، ملف رقم ٣٠٧/١/٥٤م أشار إليها د. جرجي شفيق، التحكيم...، مصدر سابق، ص ١٨٥، ود. نجلاء حسن، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٣) فتواها بجلسة ١٩٩٦/١٢/١٨م ملف ١٦٠/٣٣٩/١/٥٤ في ١٩٩٧/٢/٢٢م المختار من فتاوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاما، المكتب الفني، ١٩٤٧-١٩٩٧م، أشار إليه، د. نجلاء حسن، ص ٨٩، ود. جرجي شفيق، التحكيم ومدى...، ص ١٤٦.

وقد صدرت هذه الفتوى بمناسبة مراجعة مشروع العقد المزمع إبرامه بين المجلس الأعلى للآثار وشركة (جليستير سلفر نايت) البريطانية للقيام بالأعمال التكميلية لأعمال إعداد الموقع الخارجي بمتحف آثار النوبة بأسوان وكذلك مشروع عقد استكمال بعض الأعمال الخاصة بالمتحف نفسه.

(٤) من خلال قيامنا بالبحث عن موقف القضاء لم نحظي بقرارات تحدد موقفه، ومن خلال الاستفهام من مدير قسم العقود في وزارة التخطيط أعلمنا بأنهم يستندون في ذلك إلى المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية والمادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ولم يحصل أن عرض نزاع على التحكيم وإنما يلتجئون في ذلك إلى القضاء.

(٥) قرار محكمة التمييز في ١٩٦٨/٦/١م، رقم الإضبارة ٩٦٧/٢/١٦٤٨/١، أشار إليه د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، الجزء الرابع، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠م، ص ٤١٦.

(٦) قرار رقم ١٣٣٠-ح-١٩٥٤ في ١٩٥٤/٨/٣٠م، أورده، ياسين كريم الحلفي، مصدر سابق، ص ١٥٣ (الهامش)، وغيرها من القرارات راجع المصدر نفسه، ص ١٥٣.

ألا إنه بالرغم من ذلك فقد وجدنا بعض الجهات الإدارية^(١) قد التجأت للتحكيم في حل منازعاتها الإدارية من ذلك قرار التحكيم في مشروع (إنشاء أقسام علمية في الكلية التقنية الإدارية / الكوفة) والصادر في ٢٠١٢/٤/٢١م ، حيث اتفق طرفا النزاع (ممثل هيئة التعليم التقني وممثل شركة الدانك) على إحالة النزاع إلى التحكيم وعلى أن تكون جهة رئاسة التحكيم هي (نقابة المهندسين العراقية) ، وتكونت لجنة التحكيم من رئيس وعضوين ، وتمثل النزاع حول إضافة مدة إضافية ، وحيث إن العقد خاضعاً للشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الميكانيكية والكيميائية وبالقدر الذي لا يتعارض مع قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤م وتعليمات تنفيذه رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م ، فقد أقرت هيئة التحكيم بأحقية المقاول (طالب التحكيم) بتمديد مدة المقولة للمشروع وإلزام طالب التحكيم بتأدية أجور المحكمين .

من كل ما تقدم نخلص إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الاداري ، باعتباره وسيلة من وسائل فض المنازعات وذلك للمزايا التي يتمتع بها ، واهم مزية هو التخفيف عن كاهل القضاء الاداري ، بالإضافة إلى عدم وجود نصوص صريحة تحرم اللجوء إليه ، كما انه إن كان مأخوذ به في نطاق القانون الخاص ، فإننا لا نرى هناك ما يمنع من الأخذ به في نطاق القانون العام .

الفرع الثالث / موقف الفقه

اختلف الفقه في فرنسا ومصر بين مؤيد ومعارض لجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، أما الجانب الذي عارض اللجوء إلى التحكيم ، فقد استند إلى عدة حجج أو أسانيد لرفضه اللجوء إلى التحكيم ومنها : اصطدام نظام التحكيم بمبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصلي لقضائها ، إذ ذهبوا إلى القول بان التحكيم في مجال العقود الإدارية يمس أو ينتقص من سيادة الدولة ، وذلك يقوم على أساسين : الأول ؛ لما ينطوي عليه من سلب للاختصاص الأصلي للقضاء الذي يعد مظهر من مظاهر السيادة ، والثاني ؛ إن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطني ويطبق مبادئ أخرى وقوانين أجنبية^(٢) ، واستندوا إلى حجة أخرى تتمثل في إن اللجوء إلى التحكيم يخل بمبدأ الفصل بين السلطات وبالتحديد بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية^(٣) ، كما إن اللجوء إليه في منازعات العقد الاداري ينطوي على اعتداء على اختصاص القضاء الاداري^(٤) وخروجاً على مبادئ التفويض^(٥) ، إذ إن القضاء الاداري هو صاحب الاختصاص الأصلي في الفصل في هذه المنازعات طبقاً لنصوص قانونية صريحة ، إذ إن منح القضاء الاداري هذا الاختصاص لما للعقود الإدارية من طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من العقود المدنية والتجارية ، فضلاً عن تضمينها شروطاً استثنائية ، كذلك فإن التحكيم يصطدم بالأسس والمبادئ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية ، وإن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية يتعارض مع فكرة النظام العام ، إذ إن الفكرة التي تهيمن على العقود الإدارية والتي تعتبر من النظام العام هي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ومن ثم استناداً لهذه الفكرة لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأن العقود الإدارية إلا بنص تشريعي صريح^(٦) ، إذ إن المحكمين لا تهمهم المصلحة العامة ، كما أن قواعد الاختصاص القضائي من النظام

(١) وذلك من خلال مراجعتنا (د. صعب ناجي) ، مدير قسم العقود الحكومية في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي .

(٢) د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٥٩ .

(٣) د. جورج شفيق ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .

(٤) د. اشرف محمد خليل ، مصدر سابق ، ص ٣٦ ، و د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى ... ، المصدر نفسه ، ص ١٠٨ - ١٠٩ .

(٥) يعد اللجوء إلى التحكيم خروجاً على المبادئ الأساسية المعروفة في التفويض ، وهذه الحجة مصدرها في نظرية الوزير القاضي ، ومضمون الحجة إن اللجوء إلى التحكيم يعني قيام الوزراء بتفويض سلطاتهم للمحكمين وهم لا يملكون ذلك ولا يستطيعون تعديل أو تغيير نظام جهات القضاء. انظر د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٣٨ .

(٦) د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٤٠ .

العام ولا تملك الإدارة تعديلها باتفاقها مع الغير^(١) ، كذلك ذهبوا إلى القول بان أهلية الأشخاص المعنوية مقيدة بما يمنحه القانون لها إذ إن الإدارة تتمتع بأهلية محددة ينظمها القانون لها ، فإذا قرر القانون حقها في الالتجاء إلى التحكيم في منازعاتها العقدية جاز لها ذلك ، وإذا لم يقرر لها ذلك فإنها تظل مقيدة^(٢) .

– أما أصحاب الاتجاه المؤيد^(٣) للتحكيم فقد ذهبوا إلى تنفيذ هذه الحجج وذلك بالقول بأن التحكيم ليس فيه أي انتقاص من سيادة الدولة لكون المشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم وينظم إجراءاته بمقتضى القوانين الداخلية، وحتى لو كان التحكيم اختيارياً ، إذ انه في هذه الحالة فإن إرادة الأطراف ليست كافية وإنما لابد من تدخل المشرع لإقرار اللجوء إليه ، من ناحية ثانية إن التحكيم لا تنقطع صلته بالقضاء ، فالمشرع يسمح بتلك النصوص التي تنظم التحكيم على إعطاء سلطة للقضاء في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو الرقابة أو الإشراف ، كما إن القانون الوطني ليس مستبعداً في جميع الأحوال التي يلجا فيها أطراف النزاع إلى التحكيم ، إذ إن الأشخاص العامة وهي بصدد إبرام العقد الاداري وإدراج شرط التحكيم تستطيع أن تشتترط تطبيق القانون الوطني لتسوية تلك المنازعات ، وإذا قبلت تطبيق قانوناً أجنبياً فإن ذلك قد تم بإرادتها ومن ثم لا ينال من سيادتها^(٤) ، فضلاً عن عدم إمكانية خروج المحكم عن النظام العام في الدولة^(٥) .

فمثلاً لا يمكن القول بان التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع فكرة النظام العام فلا علاقة بين هذه العقود والنظام العام فلا يمكن القول بان عقد التوريد بين الدولة أو احد أشخاص القانون العام وبين احد أشخاص القانون الخاص داخلية أو أجنبية من جهة أخرى يتعلق بالنظام العام ، ودليل ذلك إن الصلح جائز في هذه العقود والصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام^(٦) ، كما إن القول بان التحكيم يؤدي إلى اصطدامه بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظرية العقد الاداري ، إذ رد عليها بأنه لا يعقل أن تقوم الإدارة باختيار محكمين لا يراعون هذه القواعد والمبادئ^(٧) .

ويذهب رأي إلى إن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية جائز حتى لو لم يرد جوازه في النص صراحة ، مادام إنها لا تنص صراحة على حظر اللجوء إلى التحكيم في تلك المنازعات إذ إن العام يؤخذ على

(١) د. عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص ٣٧٨ .

(٢) د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٤١ ، و د. عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص ٣٧٩ .
– ومن أنصار الاتجاه المعارض في فرنسا : اندريه دولوبادير ، ولافييريير (Laferriere) ومفوض الحكومة (Romieu) و (Gazier) حيث يذهب الفقيه (De Laubadere) إلى (إن قواعد الاختصاص نص عليها قانون تشريعي ، وبالتالي فإن تعديل هذه القواعد يتعين أن يتم بقانون تشريعي ، ولا يجوز أن يكون ذلك بأداة قانونية أقل من ذلك كمرسوم مثلاً أو عقد من باب أولى) ، كما ذهب الفقيه (Romieu) في احد تقاريره بخصوص احد أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى القول (...إن الإدارة العامة - إلا في حالة استثناء خاص - غير مرخص لها بالاتفاق على التحكيم ، وان الوزراء لا يستطيعون أن يضعوا في أيدي المحكمين حل مسألة متنازع عليها لأنهم لا يستطيعون التهرب من جهات القضاء القائمة ...) للمزيد انظر : د. جورجي شفيق ، التحكيم ومدى ... ، مصدر سابق ص ١٤٩ ص ١٥٣ ، و د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٣٤ - ص ٣٦ .
– أما من أنصاره في مصر فهو د. سليمان الطماوي ، انظر مؤلفه الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤م ، ص ١٧١ - ص ١٧٣ .

(٣) من مؤيدي هذا الاتجاه الفقهي الفرنسي الأستاذ شارل جاروسو (Charles Jarrosson) وكذلك الفقيه ريفيرو ودومينييك فوسارد (Dominiaque Foussard) حيث يذهب الفقيه ريفيرو إلى القول (انه قد لا نجد تبريراً لهذا الحظر إلا التبرير النفسي الذي يقوم على فكرة القدوة وسمو الشخص العام ...) انظر د. جورجي شفيق ، التحكيم ومدى ... ، المصدر نفسه ، ص ١٨٩ - ١٩٠ .

(٤) د. جابر جاد ، مصدر سابق ، ص ٥٩ - ٦١ ، و د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٣٥ .

(٥) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٦٧ ، و د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ١١٦ .

(٦) د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٦٧ .

(٧) د. عمار طارق ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

إطلاقه ما لم يخصص ومن ثم لا يجوز تحميل النص أكثر مما ينبغي^(١) ، بالإضافة إلى إن نطاق التحكيم يرتبط بالمسائل التي يجوز فيها الصلح ، والتحكيم شأنه شأن الصلح لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع^(٢) .

أما بالنسبة لموقف الفقه العراقي فهو بين مؤيد ومعارض أيضاً ، فذهب بعض الفقهاء إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك استناداً إلى نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي لعام ١٩٦٩ م المعدل ، وذلك لأن جواز التحكيم جاء مطلقاً من أي قيد مما يعني شمول العقود الإدارية بحكمها^(٣) ، وعلى أساس إن التحكيم أكثر ملاءمة لتسوية المنازعات التي قد تثور في مجال العقود الإدارية ، بينما يرى البعض الآخر إن هذه المادة غير كافية للاستناد إليها للقول بلجوء المشرع إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية^(٤) ، وهناك من ذهب إلى التفريق بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري كوسيلة لحسم منازعات العقود الإدارية ، فهو لا يرى أية فائدة للتحكيم الاختياري سواء من ناحية تقليص مدة حسم النزاع ، أو توفير الجهود والمصروفات بالإضافة إلى إن هيئة التحكيم الاختياري غير ملزمة بمراعاة برامج وأهداف خطة التنمية القومية^(٥) .

(١) وهذه الحجة لدى الفقه المصري بصدد القانون رقم (٢٧) سنة ١٩٩٤ م قبل صدور القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ م . انظر د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٨٤ - ٨٥ ، و د. جابر جاد ، مصدر سابق ، ص ٧٧ - ٧٨ .

(٢) انظر المواد الآتية من التشريعات المقارنة : المادة (١١) من قانون التحكيم المصري ، والمادة (٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي ، والمادة (١٧٣) /٣/ من قانون المرافعات الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠م ، والمادة (٢) من نظام التحكيم السعودي ، والمادة (٢٠٥٤) من القانون المدني الفرنسي ، والمادة (٥٠٧) من قانون أصول المحاكمات السوري ، د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٣) د. جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٢١٧ .

(٤) د. حسين المؤمن ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

(٥) شعيب احمد سليمان ، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٨م ، ص ١٥٤ - ١٥٩ .

لا يقتصر التساؤل حول إمكانية اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية على منازعات العقود الإدارية فحسب، بل يمتد ليشمل مدى إمكانية التحكيم في منازعات مشروعية قرار إداري صادر من إحدى الجهات الإدارية بدلاً من عرضه على القضاء الإداري في صورة دعوى الإلغاء؟

وكما يثار التساؤل حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم بشأن التعويض عن ضرر ناجم عن قرار إداري غير مشروع صادر من الإدارة؟

ولا يقف التساؤل عند هذا الحد بل يمتد لنتساءل عن إمكانية اللجوء إلى التحكيم بصدد عمل مادي صادر عن الإدارة رتب ضرراً للغير بهدف تقدير مقدار التعويض المستحق للمضرور بدلاً من رفع دعوى التعويض أمام القضاء؟

من هنا سوف يتم البحث في الفرعين الآتيين عن مدى مشروعية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية (دعوى الإلغاء) في فرع أول، ومن ثم مدى مشروعية التحكيم في دعوى التعويض في فرع ثان، ولكن قبل ذلك لابد من بيان المعيار العام لقبالية التحكيم في المنازعة الإدارية، إذ إن النصوص التشريعية لم تنص صراحة على قابلية منازعات هذه الدعاوى للتحكيم، لذا فقد وضع المشرعون معياراً ليطبق على تلك الدعاوى يمكن استخلاصه من نصوص القوانين - قوانين المرافعات المدنية والقانون المدني وقوانين التحكيم في الدول التي قننت نصوصه - لمعرفة مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيها لحسم المنازعات التي تثار بشأنها من عدمه، إذ لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن يتم خالياً من العيوب بل ينبغي أن يتم بين طرفين يجوز لهما قانوناً الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهما - أي له أهلية التصرف في حقوقه - (وهذه تسمى القابلية الشخصية للتحكيم) ^(١)، من ناحية ثانية ينبغي أن يرد - أي التحكيم - على مسألة قابلة للفصل فيها عن طريقه إذ قد يكون محظوراً بالنسبة لنوعية معينة من المنازعات استناداً لنص قانوني معين استبعدتها من نطاقه وهذه هي (القابلية الموضوعية للتحكيم) ^(٢)، إذ تظهر أهميتها عند البحث في مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في مسألة لم ينص المشرع صراحة على جواز التحكيم بشأنها، فهنا ينبغي وضع معيار لقبالية الموضوعية للتحكيم.

ويظهر من دراسة التشريعات المقارنة، إن معيار القابلية للتحكيم يشترط مالية الحق محل النزاع و قابليته للتصرف فيه وضرورة قابليته للصلح، فضلاً عن عدم تعلقه بالنظام العام.

أثار نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري تساؤل الفقه المصري حول ما إذا كان نطاق سريان القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م يشمل كل العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام والخاص مالية وغير مالية أم يقتصر فقط على العلاقات المالية ^(٣)، ومنعاً للخلاف والجدل فقد قيد المشرع المصري نص المادة الأولى بما

(١) انظر في تفصيل ذلك: د. نجلاء حسن، مصدر سابق، ص ١٦٦-١٦٩ و٣٨٦، ود. عصمت عبد الله الشيخ، مصدر سابق، ص ٥٧، ود. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية...، مصدر سابق، ص ٧٨-٨٥.

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ، المصدر نفسه، ص ٥٥-٥٦، ود. محمود التحيوي، المصدر نفسه، ص ١٠١-١١١.

(٣) نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري (...تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...).

ورد في المادة (١١) من نفس القانون والتي أشارت إلى عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها ^(١)، بالإضافة إلى ذلك فلقد اشترطت المادة (٥٥٠) من القانون المدني المصري فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف في حقوقه، وعليه يستفاد من النصين السابقين إن النزاع محل التحكيم يجب أن يكون قابلاً للتصرف فيه وجائز الصلح فيه، ولقد حددت المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري هذه المسائل المتعلقة بالحالة

الشخصية والنظام العام^(١) ، والنظام العام فكرة قوامها المصلحة العامة سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم أدبية^(٢) .

ولقد اعتنق المشرع الفرنسي هذا الاتجاه وذلك في المادة (٢٠٥٩) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم (٦٢٦) في ١٩٧٢/٧/٥م والتي نصت على استطاعة الأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يملكون التصرف فيها ، ثم أضاف في المادة (٢٠٦٠) من القانون ذاته على انه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام^(٤) .

ونسحب نفس التساؤلات حول القوانين العراقية فالمادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي نصت على جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين وهذا ما يثير التساؤل لدينا حول إمكانية خضوع صور أخرى من صور المنازعات الإدارية - مثل دعوى الإلغاء ودعوى التعويض - للتحكيم ؟ ، وكما يمتد التساؤل عن المعيار العام المطبق بشأنها ؟

رجوعاً للمادة ٢٥٤^(٥) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل العراقي ، نراه قد حدد التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها ، ولكنه لم يذكر ما هي هذه المسائل ، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م لمعرفة وبيان المسائل التي يجوز الصلح فيها نجد إن المادة (٧٠٤) منه^(٦) قد حددت المصالح عنه بأنه مما يجوز اخذ البديل في مقابلته وذلك في الفقرة (١) منها ، أما الفقرة الثانية فقد ذكرت عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، ولكنها أجازت الصلح في المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم .

(١) وتقابل هذه المادة في التشريعات المقارنة : المادة (٣/١٧٣) من قانون المرافعات الكويتي رقم ٨٣ لسنة ١٩٨٠م ، والمادة (٢) من نظام التحكيم السعودي ، والمادة (٢/٥٠٧) من قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٥٣م ، والمادة (٧٤٠) من قانون المرافعات الليبي لسنة ١٩٥٤م ، والمادة (٥) من قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م .

(٢) من أمثلة المسائل التي أخرجها المشرع المصري لتعلقها بالنظام العام المسائل المتعلقة بأعمال سلطات الدولة الثلاث ، فلا يجوز التحكيم بصدد نزاع على دستورية القانون أو اللائحة أو على صحة قرار إداري أو إجراء من إجراءات التقاضي أمام المحاكم أو رد القضاة ومسائل التجريم والعقاب ولكن يجوز التحكيم في شأن التعويض المستحق للمجنى عليه عن الضرر المترتب على الجريمة ، وكذلك لا يجوز التحكيم بصدد نزاع على مبدأ استحقاق ضريبة تفرضها الدولة أو على مقدارها وغيرها ، انظر د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٣٩٣-٣٩٤ ، ود. احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مصدر سابق ، ص ٧٣-٧٤ .

(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .

(٤) انظر المواد الآتية من التشريعات المقارنة والمتعلقة بعدم جواز التحكيم بالمسائل المتعلقة بالنظام العام وهي : المادة (٥١٩) مدني سوري ، والمادة (٥٥٠) مدني ليبي ، والمادة (٥٥٣) مدني كويتي .

(٥) نصت المادة (٢٥٤) على : (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ، ولا يصح إلا من له أهلية التصرف في حقوقه ..) كما نصت المادة (٩) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي (لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح او المخالفة للنظام العام أو المتعلقة بالجنسية أو الأحوال الشخصية باستثناء ما يترتب عنها من آثار مالية) .

(٦) نصت المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م على : (١- يشترط أن يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البديل في مقابلته ويشترط أن يكون معلوماً إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم ، ٢- ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم) .

ولا يوجد في التشريع العراقي تعريفاً لمعنى النظام العام والآداب العامة وإنما ترك تقدير ذلك للقاضي على ضوء الأحوال والعادات السائدة ، ألا إن الفقرة الثانية من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي قد بينت المسائل التي تعتبر من النظام العام^(١) .

مما تقدم نرى جواز التحكيم في الحقوق المالية فقط ، أي إن الحق المالي يقبل التحكيم حتى ولو ترتب على عمل لا يجوز اللجوء بشأنه إلى التحكيم (مثلاً يجوز التحكيم بشأن التعويض عن أعمال الإدارة حتى ولو كانت مترتبة على عمل لا يجوز فيه التحكيم كقرار غير مشروع مثلاً) وكما يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح سواء كانت ناشئة عن روابط عقدية أو غير عقدية لذا فإن نطاق التحكيم يمتد ليشمل أي منازعة إدارية أخرى تدور حول حق من الحقوق التي يجوز أن تكون محلاً للصلح والتصرف ، وهي الحقوق المالية بوجه عام ، وتكاد تجمع التشريعات على إن المسائل التي لا يجوز الصلح هي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح أو الآثار المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم (٢) .

من هنا فإن المعيار العام المطبق هو مالية الحق محل النزاع وقابليته للتصرف فيه وعدم تعلقه بالنظام العام وقابليته للصلح .

الفرع الأول / مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات مشروعية القرار الاداري (دعاوى الإلغاء)

للإجابة عن التساؤل الذي طرحناه عن مدى إمكانية التحكيم في منازعات مشروعية قرار إداري صادر من إحدى الجهات الإدارية بدلاً من عرضه على القضاء الاداري في صورة دعوى الإلغاء ؟ لابد من بيان مدى خضوعها للمعيار العام من عدمه .

تعرف دعوى الإلغاء بأنها (دعوى قضائية يطلب فيها الطاعن من القضاء الاداري مراقبة مشروعية قرار إداري والحكم بإلغائه إذا ثبت له عدم مشروعيته) (٣) ، ويتبين من التعريف إن خصائص دعوى الإلغاء تتمثل في إنها دعوى قضائية ، فهي تعتبر من القضاء العيني أو الموضوعي ، فهي لا تعتبر دعوى نزاع بين أطراف ، وإنما تختص فيها القرار الاداري نفسه ، بخلاف الدعوى الشخصية التي تقوم فيها الخصومة بين شخصين ، وكذلك فهي جوهر قضاء المشروعية ، كما إنها ذات علاقة بالنظام العام ، وعليه فإن الطبيعة القانونية للمنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية - منازعات مشروعية القرار الاداري - تتنافى مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم ، أي تتنافى مع إمكانية اللجوء إلى التحكيم للفصل فيها ، فدعوى الإلغاء تقوم على اختصاص القرار الاداري ذاته ، واختصاص قضاء الإلغاء بنظر هذه المنازعات - أي مشروعية القرار الاداري - يتعلق بالنظام العام ، ونظراً لأن أسلوب التحكيم يقوم على توافق إرادة أطراف النزاع - أي تراضي أطراف المنازعة - بعرضه على محكم أو محكمين بقبول حكمه فهو بذلك

(١) نصت المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي على (٢...- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية) .

(٢) انظر : د. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٥٦ ، ود. نجيب احمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

(٣) د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

يتناقض مع طبيعة الدعوى الإدارية التي تعتبر وسيلة لحماية المشروعية والتي تتعلق بالنظام العام (١) .

وقد أوضح القضاء المصري عدم إجازة التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام (٢) ، كما ذهب إلى عدم جواز الصلح في دعاوى الإلغاء أو في الأحكام الصادرة بشأنها وبالتالي إلى عدم جواز التحكيم بشأنها (٣) .

مما تقدم نرى بعدم إمكان اللجوء إلى التحكيم في منازعات القرارات الإدارية محل دعوى الإلغاء لعدم توافر المعيار العام لقابلية التحكيم بشأنها - وهو الحق المالي الذي يقبل التصرف والصلح - كما إنها تخضع - دعوى الإلغاء - لاختصاص القضاء الاداري وهو اختصاص يعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ولاختلاف طبيعة دعوى الإلغاء عن طبيعة التحكيم .

الفرع الثاني / مدى جواز التحكيم في منازعات التعويض (دعوى التعويض)

لاشك أن معرفة مدى جواز التحكيم في منازعات دعوى التعويض يتطلب تطبيق معيار القابلية للتحكيم على هذه الدعوى ولكن قبل تطبيقه - وهو الطبيعة المالية للمسألة محل النزاع ومدى تعلقها بالنظام العام ومدى قابليتها للصلح - لابد من تعريف دعوى التعويض ، فلقد عرفت بأنها : (الدعوى التي يرفعها احد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة لجبر ما أصابه من ضرر نتيجة لتصرف الإدارة) ، أو هي : (دعوى قضائية يطلب فيها المدعي من القضاء تقدير مشروعية تصرفات الإدارة وتقييمها وإلغائها أو تعديلها والتعويض عنها) (٤) .

وعليه فدعوى التعويض ذات طبيعة شخصية ومالية ، تهدف إلى حماية المراكز الفردية والحقوق الشخصية لأطرافها ويكون التعويض أما بمقابل عيني أو بمقابل نقدي ، وبذلك تختلف عن دعوى الإلغاء التي تهدف إلى حماية المشروعية وإلغاء القرار غير المشروع فهي لا علاقة لها بمبدأ المشروعية ولا بالنظام العام ، حيث يقف دور القاضي عند حد تعويض المدعي ، عما أصابه من ضرر جراء قرار إداري غير مشروع أو فعل ضار من جانب الإدارة (٥) ، وهذه المسألة لا تكون متعلقة بالنظام العام .

كما إن الصلح جائز في دعاوى القضاء الكامل ، ومنها دعوى التعويض ، وعليه فيجوز التحكيم في هذه الدعوى ، بالإضافة إلى إن الحق الذي تحميه يجوز للإطراف التصرف فيه لأنه حق شخصي مالي لهم ، إلا إن الصلح وان كان جائزاً في دعاوى القضاء الكامل إلا انه مشروط بأن تكون الحقوق محل الصلح متنازعاً عليها بين

(١) تختلف طبيعة دعوى الإلغاء مع طبيعة التحكيم من عدة جوانب أهمها : أ- الخصومة في دعوى الإلغاء لذات القرار الاداري لعدم المشروعية ، وليست خصومة بين أطراف ، أما التحكيم فالخصومة فيه بين طرفين معينين بالاتفاق فيما بينهما عليه للمطالبة بحق شخصي ذات طابع مالي قابل للصلح والتصرف . ب- يحوز الحكم في دعوى الإلغاء حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، أما حكم التحكيم فحجيته نسبية بين أطرافه . ج- ونرى إن الهدف من دعوى الإلغاء هو إلغاء القرار الاداري المخالف للقانون كلاً أو جزءاً ، في حين يهدف التحكيم إلى رضاء الطرفين الخصوم والمحافظة على حقوقهم المالية . انظر : د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ١٣٢-١٣٣ .

(٢) انظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (٢٦) بتاريخ ١٥/١/١٩٧٠م ، ملف (١٦٣/٦/٨٦) المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاماً ، السنة ١٩٨٧ ، بند (٧٧) ، ص ٥٠٧ ، أشار إليه : ود. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٤٠٧ .

(٣) انظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، ملف ٧٢٨/٣/٨٦ جلسة ١٩٨٩/١/٤ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ٣٣ ، ص ٩٧٥ ، قاعدة ٤٩٧ ، أشار إليه د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٤٠١ ، وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٩٤/١/١٨م ، الطعن رقم ٨٦٦ ، لسنة ٣٠ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، من سنة ١٩٩٣-١٩٩٧ م ، ج ٤٣ ، مبدأ رقم (٢٨٥) ص ٨٠٧ ، أشار إليه د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ١٣١ .

(٤) د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٤١٠ ، ود. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ .

(٥) د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص ٤٧٨ ، ود. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٤١٠ .

الإدارة والطرف الآخر أما إذا كانت هذه الحقوق محسومة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع فعندئذ لا يجوز التنازل عنها (١) .

وعليه نرى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في دعوى التعويض حيث يمكن تطبيق المعيار العام لقابلية التحكيم فهو مما يمكن اخذ البديل في مقابلته (٢) ، مع عدم تعلق دعوى التعويض بالنظام العام بالإضافة لما تقدم ذكره من إمكانية

التصرف فيه لأنه حق شخصي مالي لصاحبه ، هذا وقد أشار قانون التحكيم المصري إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية وذلك في المادة (١٠/أولاً) منه .

جدير بالإشارة إلى ما يسمى بدعوى التسوية في الفقه المصري والتي تتعلق بالطلبات ذات الصبغة المالية والمتصلة بشؤون الموظفين العموميين والخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم فهي تدخل ضمن طعون الموظفين بصفة عامة ، فموضوع دعاوى التسوية ليس الطعن في مشروعية احد القرارات الإدارية وإنما هو نزاع ذو صبغة مالية بين الموظف أو وراثته وبين الإدارة من جهة أخرى ، فيطلب فيها تعديل راتبه أو معاشه وتسويته وفقاً لأحكام القانون (٣) .

وعليه فقد استقر الرأي في مصر إلى إنها دعوى شخصية ومالية تهدف إلى حماية المركز الشخصي للمدعي وبأنها لا تتعلق بالنظام العام ، وبحكم طبيعتها المالية فيجوز اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات التسوية بين الإدارة والموظف .

علماً إن فرنسا لا تعرف هذا النوع من الدعاوى إذ إنها تعد من قبيل دعاوى الإلغاء (٤) ، وعليه فهي تدخل في نطاق قضاء المشروعية في فرنسا ولا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم ، نظراً لتعلقها بالنظام العام .

ولقد مدت بعض التشريعات نطاق التحكيم إلى صور أخرى من المنازعات الإدارية غير منازعات العقود الإدارية، رأت إن الضرورة تتطلب فرض التحكيم كوسيلة وحيدة لحسم هذه المنازعات وهذا ما يعرف (بالتحكيم الإداري الإلزامي) ، ويستند إلى قاعدة تشريعية – تفرض اللجوء إلى التحكيم – ويحدد المشرع فيها حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى القضاء إلا بعد مراعاة وجوب عرض النزاع على محكم أو محكمين .

وهذا ما سلكه المشرع المصري (٥) ، في منازعات القطاع العام بقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣م ومنازعات الجمارك والتحكيم في منازعات الضريبة العامة على المبيعات ، والتحكيم في منازعات سوق راس المال (٦) .

(١) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٤١٦ .

(٢) المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي .

(٣) يميز الفقه المصري بين دعوى الإلغاء ودعوى التسوية ففي الأخيرة يطالب المدعي بحق ذاتي مقرر له مباشرة في قاعدة تنظيمية كقانون أو لائحة والأعمال التي تقوم بها الإدارة تنفيذاً للقاعدة المذكورة أعمال مادية بحتة وبالتالي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء ، د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٤١٣ ، ود. غازي فيصل مهدي ، محاضرات ملقاة على طلبة الدراسات العليا / الماجستير ، مصدر سابق .

(٤) د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات ملقاة على طلبة الدراسات العليا ، الماجستير ، المصدر نفسه .

(٥) لا مجال للتحكيم الإلزامي في المنازعات الإدارية في فرنسا باستثناء التحكيم الذي نظمته المشرع في قانون ١٩٤٦/٤/٨م المتعلق بتأميم الغاز والكهرباء والذي جعله إلزامياً بشأن المنازعات التي يولدها التأميم ، انظر د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٢٨٠ .

(٦) في تفصيل التحكيم الإلزامي في المنازعات الإدارية في مصر انظر : د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ١٣٨-١٧٤ .

المبحث الثالث / إجراءات التحكيم وعلاقة القضاء به وآثاره على نظرية العقد الاداري

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى بيان إجراءات التحكيم الاداري في مطلب أول ومن ثم بيان العلاقة بين القضاء والتحكيم في المنازعات الإدارية في المطلب الثاني ، وتتناول في المطلب الثالث آثار التحكيم على نظرية العقد الاداري ، وكما يأتي :

المطلب الأول / إجراءات التحكيم الاداري

لابد من إجراءات معينة للتحكيم الاداري ، ولا تختلف إجراءات التحكيم في المنازعات الإدارية عن إجراءات التحكيم في غيرها من المنازعات ، إلا في بعض المسائل التي ينبغي مراعاتها بسبب طبيعة المنازعات الإدارية - خصوصا منازعات العقد الاداري - وفي هذا الصدد يمكن الرجوع إلى القوانين المقارنة - قوانين المرافعات وقوانين التحكيم - لمعرفة الأوضاع والإجراءات المقررة فيه للتحكيم ، ومنها يمكن القول إن القاعدة العامة المستقرة في القانون الفرنسي والمصري إن اتفاق التحكيم هو الذي يحدد الإجراءات واجبة التطبيق في هذه المنازعات (١) ، فإذا لم يتضمن الاتفاق المذكور هذه الإجراءات فحينها يصار إلى تطبيق الإجراءات المقررة في القوانين (٢) .

وفي ذلك تنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على حق أطراف التحكيم في الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم (٣) .

كما إن المشرع الفرنسي قد ذكر في مادته (١٤٦٠) من قانون المرافعات الفرنسي بان يحدد المحكمون إجراءات التحكيم دون تقييد بإتباع قواعد إجراءات التقاضي أمام المحاكم إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق

(١) يعبر عن هذه الفكرة بقانون الإرادة حيث أقر القانون الفرنسي بان الإرادة هي التي تحكم إجراءات التحكيم ، فقد يتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على المنازعات الإدارية وفي هذه الحالة يلتزم به المحكم ولا يملك أن يتجاهله ويطبق قانون آخر إلا في حالات معينة ، وقد يكون اختيار الأطراف لهذا القانون الذي يحكم منازعات الدولة اختيارياً ضمناً يستشفه المحكم من مؤشرات العقد مثلاً أو الظروف المحيطة بالنزاع ، انظر : د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٩٦-٣٠٤ .

(٢) انظر المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على : (١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك .

٢- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع .

٣- يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة .

٤- يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون) .

(٣) نصت المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري على : (لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أية منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم ، مع مراعاة أحكام هذا القانون ، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة) .

(١٢٠)

التحكيم ، ولكن يتحتم دائماً احترام المبادئ الأساسية الحاكمة للدعوى والمنصوص عليها بخصوص التقاضي أمام المحاكم والمتمثلة في احترام مبدأ المساواة وحقوق الدفاع (١) .

كما أوضح قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل الإجراءات التي يجب على المحكمين والخصوم إتباعها في قضايا التحكيم ، فلقد نصت المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على (١- يجب على المحكمين

إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون .

٢- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام) ، وبذلك فإن القانون العراقي لم يبتعد أيضاً عن القاعدة العامة التي ذكرناها حيث للمحكمين إتباع الإجراءات المتفق عليها في اتفاق التحكيم أو أي اتفاق لاحق فان لم توجد يصر إلى تطبيق الإجراءات المقررة في القانون (٢) .

تنقسم القواعد القانونية إلى موضوعية وإجرائية (٣) ، وهي تختلف بين التحكيم العادي والمطلق والداخلي والدولي ، فالقواعد الإجرائية واجبة التطبيق في التحكيم الداخلي العادي هي أصول المحاكمة العادية عدا ما لا يتفق مع الأصول الخاصة بالتحكيم أو لا يتفق مع جوهره ، أو عند اتفاق الخصوم على إعفاء المحكم من تطبيق أصول المحاكمة العادية ، ولكن في جميع الأحوال يجب على المحكم التقيد بالمبادئ الأساسية للمحاكمة كمبدأ المساواة بين الأطراف وغيرها ، أما في التحكيم الداخلي المطلق فان المحكم يعفى من تطبيق أصول المحاكمة العادية عدا ما يتعلق بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة ، والأصول الخاصة التي يتفق عليها الخصوم ، وبالنسبة للقواعد الموضوعية في التحكيم المطلق فان المحكم يعفى من التقيد بقواعد القانون ويحكم بمقتضى الإنصاف والعدالة ، باستثناء القواعد المتعلقة بالنظام العام (٤) .

وبالنسبة للتحكيم الدولي فيطبق المحكم فيه القواعد الإجرائية التي يحددها اتفاق التحكيم ، فإذا لم توجد فيه أصولاً معينة أو كافية ، يطبق المحكم القواعد والأصول التي يراها مناسبة من خلال قانون معين أو نظام محدد للتحكيم ، مع العلم إن حرية الأطراف الخصوم ليست مطلقة في وضع الإجراءات إذ يجب أن تكون غير مخالفة لأي قاعدة أمرة أو قاعدة من قواعد النظام العام (٥) .

مما تقدم يتوجب علينا بيان طريقة تشكيل هيئة التحكيم في فرع أول ومن ثم بيان إجراءات إصدار القرار التحكيمي وتنفيذه في فرع ثان وذلك للإحاطة بالموضوع في صورة شاملة وكما يأتي :

(١) وانظر المادة (١٤٩٤) من قانون المرافعات الفرنسي والخاصة بالتحكيم الدولي .

(٢) نرى ذلك أيضاً في المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدني العراقي والتي نصت (... يكون "لصاحب العمل" أو "المقاول" الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين المحكمة الثالث وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية أو وفق أية إجراءات ينص عليها قانون خاص بأمر التحكيم ...)

(٣) يقصد بقواعد القانون الإجرائي القواعد القانونية التي تطبقها هيئة التحكيم على الإجراءات التي تتم أمامها ، أو تتخذها هي لنظر النزاع تمهيداً للفصل فيه ، أما قواعد القانون الموضوعي فهو القانون الذي يحكم موضوع النزاع وحقوق الأطراف والتزاماتهم التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية ، انظر في ذلك : د. محمد سليم العوا ، مصدر سابق ، ص ١٠٠-١٠٩ .

(٤) وهذا ما نصت عليه المادتان (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي و (٣٩) من قانون التحكيم المصري مارتا الذكر ، انظر د. عمار طارق ، مصدر سابق ، ص ١٥٠-١٤٩ ، و د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ .

(٥) د. محمد سليم العوا ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ١٠٧-١١٠ .

الفرع الأول / تشكيل هيئة التحكيم

حري بالذكر بأنه ينبغي تعيين المحكم من قبل الخصوم أنفسهم أو من قبل القضاء في حالات استثنائية معينة ، فقد يعين الخصوم محكماً واحداً أو أكثر من محكم (بشرط أن يكون عددهم وتراً) من أجل حسم النزاع (١) ، مع ملاحظة أن الأصل العام لدينا في حالة عدم وجود حكم خاص لواقعة معينة في القوانين الخاصة فانه يتم الرجوع

إلى أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م بوصفها الأصل العام ، فبالرجوع إلى المادة (٦٩) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية نجدها قد ذكرت تشكيل هيئة التحكيم من محكم يختاره صاحب العمل وآخر يختاره المقاول ، ويتولى هذان المحكمان اختيار محكم ثالث ليتولى رئاسة هيئة التحكيم ، وفي حالة عدم توصل المحكمين إلى اتفاق حول المحكم الثالث خلال أربعة عشر يوماً من آخر تاريخ لتعيينهما فعندئذ يكون لصاحب العمل أو المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين المحكم الثالث على وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية أو على وفق أية إجراءات ينص عليها قانون خاص بأمر التحكيم (٢) .

يستفاد من ذلك انه يتعين على كل طرف من طرفي العقد أن يعين محكم واحد من جانبه ومن ثم يتفق المحكمين المعينين على محكم ثالث يتولى رئاسة هيئة التحكيم ، ولنا في ما يأتي بيان لبعض الأمور المتعلقة بطريقة تشكيل هيئة التحكيم :

أولاً / هناك طريقتان لتعيين المحكم ، فالأصل أن يتم تعيين المحكم برضا واتفاق الخصوم ، ويستوي إن يتم الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم - شرطاً كان أو مشاركة - أو يتم في اتفاق مستقل ، كما يستوي أن يكون هذا الاتفاق المستقل سابقاً لعقد التحكيم أو تالياً له (٣) ، وإذا كان الاتفاق على أشخاص المحكمين يتم أساساً بتحديد الأطراف المحتكمين لأسماء المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم ، أي يتم تعيينهم بذواتهم ، فإنه لا يكون هناك مانعاً من تعيينهم بصفاتهم ، بشرط إن تكون هذه الصفة قاطعة الدلالة على شخص معين دون غيره ، أي أن تصلح لتحديد شخص معين بذاته ، كأن يقال نقيب المحامين الحالي ، أو عميد كلية الحقوق الحالي في جامعة معينة بالاسم ، أما إذا كانت الصفة تتوافر في أكثر من شخص فإن هذا التحديد لا يجوز (٤) ، وهذه هي الطريقة الأولى.

أما الطريقة الثانية فهي الطريقة القضائية لتعيين المحكم حيث إن المشرع العراقي لم يلزم أطراف النزاع بتعيين المحكمين في شرط أو مشاركة التحكيم وبالتالي لم يرتب أي جزاء على عدم القيام بذلك (٥) ، وإنما أناط هذه

(١) انظر المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي نصت على : (يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً عدا حالة التحكيم بين الزوجين) ، وكذلك انظر المادة (٢/١٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والتي نصت على (إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً) ، انظر المادة (١٤٥٤) من قانون المرافعات الفرنسي ، كما إن مشروع قانون التحكيم التجاري نص في المادة (٢/١٠) والتي نصت (ثانياً/ إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً) .

(٢) انظر كذلك نص المادة (١١/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م والتي نصت على (ب - التحكيم : ويكون باختيار كل طرف متنازع محكماً يمثل من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع ويختار المحكمان محكماً ثالثاً لرئاسة لجنة التحكيم ، وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث ، وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة الموضوع المتنازع عليه ...).

(٣) د- محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية ...، مصدر سابق ، ص ١٦٢ .

(٤) د- محمود التحيوي ، المصدر نفسه ، ص ١٦٣ .

(٥) لقد اختلفت القوانين في حالة ما إذا جاء شرط أو مشاركة التحكيم خالياً من تعيين المحكم ، فنجد إن القانون الفرنسي قد رتب حكم البطلان على اتفاق التحكيم إذا جاء خالياً من تعيين المحكم وذلك مستفاد من نص المادة (٢/١٤٤٨) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي والتي نصت على : (يجب أن يشتمل اتفاق التحكيم على تعيين المحكم أو المحكمين أو بيان كيفية تعيينهم ، وذلك إبقاء على الطابع الشخصي لاختيار المحكم) ، وهذا النص يعتبر من القواعد الآمرة والتي يترتب على مخالفتها البطلان ، أما قانون التحكيم المصري فلا يوجد فيه نصاً يوجب تعيين المحكم في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل ، وأنه لم يرتب البطلان على عدم القيام بذلك وإنما يجوز مراجعة المحكمة المختصة (م/١٧) ، أما قانون المرافعات المصري فقد أوجب تعيين أشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل م (٣/٥٢) منه ، كما فعل ذلك المشرع العراقي أي إن اتفاق التحكيم لا يبطل وإنما يجوز مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لتعيين المحكم ، المادة (١/٢٥٦) .

المهمة بالمحكمة المختصة بنظر النزاع وبناء على طلب احد الأطراف وذلك في إحدى الحالات الآتية :

١- إذا اتفق الخصوم على التحكيم ولم يتفقوا على تعيين المحكمين في شرط أو مشاركة التحكيم ووقع النزاع بينهم ولم يتفقوا على تعيينهم بعد ذلك (١) .

٢- حالة اتفاق الخصوم على المحكم ولكن عند وقوع النزاع امتنع المحكم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو توفي أو تعذر عليه القيام بالتحكيم لوجود مانع من مباشرته (كالمرض أو السفر مثلاً) ، ولم يكن هناك اتفاق على تعيين المحكم البديل ، فإنه يجوز لأي من الأطراف الخصوم أن يتقدم بطلب إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع لتعيين المحكم بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم (٢) .

٣- إذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المحددة في عقد التحكيم أو المقررة قانوناً ولم تمتد من قبل الخصوم أو المحكمة المختصة (٣) .

ولا بد أن يتقدم احد الخصوم بطلب إلى المحكمة لكي تقوم بنظر النزاع بتعيين المحكم مع قيام هذا الخصم بتبليغ الطرف الآخر بهذا الطلب ودعوته للمشاركة في هذا الإجراء ، وكما يتم تعيين المحكمين بحضور الخصم الآخر أو بغيابه عند امتناعه الحضور رغم تبليغه تبليغاً صحيحاً ، كما لا يجوز للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تقوم بهذا التعيين ، إلا بعد أن تتحقق من اختصاصها بذلك ، ومن عدم وجود شرط خاص بين الخصوم (٤) . كما تضمنت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصري حالات تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم وهي حالات نص عليها على سبيل المثال وليس الحصر ، وهذه الحالات تتمثل في عدم اتفاق الأطراف المحتكمون على تعيين المحكم الوحيد أو امتناع احد الأطراف عن تعيين محكمه في خلال ثلاثين يوماً التالية لتاريخ تسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر في اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة وعدم اتفاق المحكمين المعيّنين على اختيار المحكم الثالث الذي سيرأس هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما ومخالفة احد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين المتفق عليها ... وغيرها (٥) .

ثانياً / يشترط فيمن يعين محكماً من قبل طرفي العقد أن يكون كامل الأهلية أي أن لا يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره ، كما لم يجز قانون المرافعات المدنية العراقي أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بأذن من مجلس القضاء (٦) ، كما إن المشرع المصري - كقاعدة عامة - لم يجز تحكيم القضاة ، ولو كان بغير اجر ، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء ، ألا انه قد أورد استثناءين على هذا المبدأ وذلك في المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية في مصر رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٢م (٧)

(١) المادة (١/٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٢) عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٤٣٩ ، (م/١/٢٥٦) .

(٣) المادة (٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٤) عبد الرحمن العلام ، المصدر نفسه أعلاه ، ص ٤٣٩ .

(٥) انظر د. محمود التحيوي ، التحكيم في المواد ... ، مصدر سابق ، ص ١٦٧-١٦٨ و د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

(٦) المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ م ، وانظر المادة (١٦) من قانون التحكيم المصري .

(٧) نصت المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية المصري لسنة ١٩٧٢م على : (لا يجوز بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يقوم القاضي أيا كانت درجته بالتحكيم ولو بغير اجر ، ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان احد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية ، أو كان احد أطراف النزاع هي الدولة أو إحدى الهيئات العامة) ، أشار إليه د. محمود التحيوي ، المصدر نفسه ، ص ١٥٨-١٥٩ .

ثالثاً / يجب أن يكون عدد المحكمين وتراً (أي عدد فردي) وفقاً للمادة (٢٥٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والمادة (٢/١٥) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤م ، وذلك للحصول على حكم مرجح وهذا الشرط يسري سواء كان التحكيم بالقضاء أو بالصلح وسواء كان الاتفاق على التحكيم في صورة شرط أو مشاركة ، وقد عالج المشرع الفرنسي ذلك صراحة في المادة (١٤٥٤) من قانون المرافعات والتي قضت بأنه في حالة تحديد عدد

زوجي فلمحكمة التحكيم أن تختار محكماً سواء اتفق الأطراف على ذلك أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم وإذا اختلفوا فيتولى رئيس المحكمة الابتدائية ذلك (١) .

رابعاً / يجب إستحصال موافقة المحكم المعين وبصورة تحريرية على قبوله مهمة العضوية بهيئة التحكيم تطبيقاً لأحكام المادتين (٢٥٩) و (٢٦٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، وبإمكانه عند التكليف قبول المهمة أو رفضها إلا انه في حالة القبول لا يجوز له التخلي عن المهمة دون عذر مقبول ، أما المحكم المعين من قبل المحكمة فلا يستلزم إستحصال موافقته (٢) .

كما إن المشرع المصري أيضاً اشترط لالتزام المحكم بالقيام بمهمة التحكيم أن يقبل هذه المهمة كتابة ، ولم يشترط شكلاً معيناً لهذه الكتابة ، وذلك في المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم المصري (٣) .

خامساً / عند تعيين المحكمين لا يجوز عزلهم باعتبار إن اختيارهم كان على أساس الثقة والاستقامة ، إلا إن ذلك ليس مطلقاً ، فقانون المرافعات المدنية العراقي سمح بعزل المحكم بعد تعيينه في حالتين وهما :

١- إذا اتفق الطرفان المتخاصمان على عزل المحكم وفقاً للمادة (٢٦٠) من القانون المذكور .

٢- إذا تأيد لأحد الطرفين توفر إحدى أسباب الرد في المحكم المطلوب عزله وذلك بطلب يقدم للمحكمة المختصة (البداءة) يشترط قبل الدخول في أساس التحكيم وإلا سقط الحق في الرد وفق المادة (٩٥) من القانون أعلاه ، إلا إذا استجدت أموراً ثبت انه لم يكن يعلم بها (٤) .

(١) د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٢٥-١٢٦ ، وانظر المادة (١٠) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي .

(٢) القاضي محمود صالح محمد ، التحكيم وفق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م في ضوء أحكام قرار محكمة التمييز المرقم ٨٧/٨٦ استئنافية منقول ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٢/١٥م ، بحث ترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من أصناف القضاء ، مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، ٢٠٠٦م ، ص ١٥ .

(٣) نصت المادة (٣/١٦) منه على : (يكون قبول المحكم بالقيام بمهمته كتابة ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده) .

(٤) نصت المادة (٢٦١) من قانون المرافعات المدنية العراقي على : (١- يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي ولا يكون ذلك إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم .

٢- يقدم طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويكون قرارها في هذا الشأن خاضعاً للتمييز طبقاً للقواعد المبينة في المادة (٢١٦) من هذا القانون) ، وانظر المادة (١٩) من قانون التحكيم المصري .

- أما عن أسباب رد المحكم فهي على نوعين وهما أسباب إلزامية وهي المنصوص عليها في المادة (٩١) من قانون المرافعات المدنية العراقي وأسباب جوازيه وهي المنصوص عليها في المادة (٩٣) من القانون نفسه .

الفرع الثاني / إجراءات إصدار القرار التحكيمي وتنفيذه

لا تكفي لتحقيق العدالة شروطاً معينة في طلب التحكيم وإنشاء هيئة التحكيم وإطلاق الحرية لهم في إتباع الإجراءات المطلوبة وفسح المجال لأهوائهم في إصدار الأحكام وتنفيذها ، بل لا بد من إجراءات معينة لإصدار

القرار التحكيمي ، ووجود خطوات واضحة حول كيفية تنفيذه ، فالمقصود بالقرار التحكيمي : (هو القرار الصادر عن المحكم أو هيئة التحكيم ويفض النزاع المطروح ، كلياً أو جزئياً ، سواء تعلق هذا القرار بموضوع النزاع ذاته أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات التي تؤدي إلى إنهاء الخصومة) (١) .

فمن حيث الإجراءات التي رسمها القانون والواجب إتباعها على هيئة التحكيم لكي يصدر القرار التحكيمي صحيحاً وموافقاً للقانون فهي كالاتي :

أولاً / وجوب إصدار القرار من المحكمين الذين كلفوا للقيام بهذه المهمة بذاتهم ، إذ إن هذه المهمة تقوم على الاعتبار الشخصي أي بمعنى إن شخصية المحكم فيها محل اعتبار الخصوم (٢) .

ثانياً / التقيد بأصول قوانين المرافعات المدنية والقوانين ذات العلاقة بأحكام التحكيم - فقد أوردت الأنظمة القانونية المعاصرة قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهي إجراءات تتماثل - إن لم تكن تتطابق - مع إجراءات الخصومة القضائية ، في المواد (٢٥-٣٩) من قانون التحكيم المصري ، كذلك فقد أوجبت المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي مراعاة تطبيق المحكمين نفس الأساليب المتبعة في المحاكم بالنسبة للإجراءات والشكليات والصلاحيات المنصوص عليها في القانون المذكور عند عقد الجلسات وإجراء المرافعات واستماع أقوال الخصوم وتكليفهم بتقديم مستنداتهم والاستماع إلى شهودهم وغيرها (٣) .

أما إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح فإنهم يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام ، كما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات العراقي .

ثالثاً / بعد انتهاء هيئة التحكيم من الاستماع إلى أقوال طرفي النزاع وانجاز تحقيقاتها وإجراءاتها أن تعلن ختام المرافعة تمهيدا لإصدار القرار ولا يمكن تصور صدور حكم التحكيم بدون مداولة ، حيث تباشر الهيئة بالمداولة وبصورة سرية وهذا ما شارته إليه المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، والمادة (٤٠) من قانون التحكيم المصري ، وبعد تبادل وجهات النظر وتثبيت الآراء يصدر القرار أما باتفاق الآراء أو بالأكثرية (٤) .

(١) د. عمار طارق ، مصدر سابق ، ص ١٥٠ ، يجب ملاحظة انه ليس صدور حكم التحكيم الفاصل في النزاع هو السبب الوحيد لإنهاء خصومة التحكيم بل هي تنتهي بأحد قرارات ثلاثة ، نص عليها المشرع المصري في قانون التحكيم ، فقد تنتهي بقرار إنهاء الإجراءات في بعض الحالات ، أو قرار التسوية الودية للنزاع ، وأخيرا تنتهي خصومة التحكيم بحكم التحكيم ، المواد (١/٣٤) و (٤١) و (٢/٤٥) و (٤٨) من قانون التحكيم المصري ، انظر د. محمد سليم العوا ، مصدر سابق ، ص ٩٤ - ٩٧ ، و د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ - ٢٠٤ ، و د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

(٢) انظر د. محمود التحيوي ، التحكيم في المواد...، مصدر سابق ، ص ١٤٦ ، وانظر قرار محكمة التمييز ، رقم ٥٨٦ - مدنية أولى - ١٩٧٩ ، بتاريخ ١٩٨٠/١١/١٥ ، مجلة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة ١١ ، ١٩٨٠ ، ص ٢٥٥ .

(٣) لقد قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها بأنه (إذا لم يتبع المحكمون الإجراءات التي نص عليها قانون المرافعات المدنية فإن العمل الذي قاموا به لا يتعدى عن كونه من أعمال الخبراء) قرارها المرقم ٦٨/٨٠٤ ، في ١٢/٤/١٩٦٩م ، مجلة القضاء ، السنة ١٩٦٩م ، العدد الثالث ، ص ١٦٦ ، ويستثنى من ذلك الأمور التي بطبيعتها لا يمكن للمحكمين القيام بها والمشار إليها في المادتين (٢٦٨ - ٢٦٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، حيث يقتضي على هيئة التحكيم عند عرض مثل هذه الأمور عليها التوقف عن السير بإجراءاتها وإبلاغ الخصوم بمراجعة المحكمة المختصة بشأن البت فيها .

(٤) القاضي محمود صالح محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢ ، وانظر: د. محمود التحيوي ، التحكيم في المواد...، المصدر نفسه ، ص ١٩٨ - ١٩٩ ، و د. حسين الماحي ، المصدر نفسه ، ص ٢٠٦ .

ولقد أوجبت اغلب التشريعات المقارنة (١) كتابة قرار التحكيم وبنفس طريقة كتابة القرار القضائي ، فان صدر خلافا للشكل الذي حدده القانون فمن الواجب على المحكمة المختصة أن تصدر حكما لإبطال ذلك القرار التحكيمي (٢) ، وينبغي أن يتضمن القرار التحكيمي على اسم أو أسماء المحكمين الذين أصدره ومكان وتاريخ

إصداره وأسماء الخصوم وصفاتهم وأسماء وكلائهم إن وجدوا و خلاصة ما أبداه الخصوم من وقائع وطلبات وأدلة مؤيدة لها، وأسباب القرار ومنطوقه وفقرته الحكمية^(٣) ، وتوقيع المحكمين الذين أصدره ، إذ يعتبر التوقيع بمثابة التصديق للقرار من قبل هيئة التحكيم ، فإذا صدر القرار التحكيمي بالاتفاق فيجب أن يحتوي هذا القرار على جميع تواريخ المحكمين الذين أصدره ، أما إذا صدر قرار التحكيم بالأغلبية المطلقة^(٤) ، ففي مثل هذه الحالة يكفي توقيع أغلبية المحكمين لصدور هذا القرار ، وإذا جاء القرار التحكيمي خالياً من توقيع احد المحكمين الذين أصدره فسوف يكون مصيره البطلان ، وهذا ما جاء عليه التشريع الفرنسي والمصري والعراقي^(٥) .

رابعاً / مدة حسم النزاع : ينبغي أن يصدر قرار التحكيم خلال المدة المحددة في شرط أو مشاركة التحكيم – إذ للخصوم الاتفاق على تحديد المدة – ما لم يتفقوا على تمديد المدة لفترة أخرى ، وفي حالة عدم اشتراط طرفي العقد للمدة فإن المشرع العراقي قد حددها بمدة ستة أشهر من تاريخ قبول المحكمين القيام بمهمتهم وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦٢) مرافعات عراقي ، وإذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه وذلك على حسب الأحوال^(٦) .

أما المشرع المصري فقد ترك حرية تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم لهيئة التحكيم فإذا لم يتفقوا وجب عليهم أن يصدره خلال أثنى عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم ، ويجوز لهيئة التحكيم أن تمد الميعاد بما لا يتجاوز ستة أشهر ألا إنه يجوز للطرفين مد المدة أكثر من ذلك فإذا لم يصدر حكم التحكيم رغم ذلك جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من قانون التحكيم المصري أن يصدر أمراً

(١) انظر المواد : (٢٧٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، المادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم المصري ، المادة (٧٦٠) من قانون المرافعات الليبي لسنة ١٩٥٣ م ، والمادة (٤/أولا) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز في العراق رقم (١٠) في ١٢/٨/١٩٩٧ ، غير منشور ، أشارت إليه رنا محمد راضي ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠٠٧ م ، ص ٧٠ .

- مع ملاحظة إن المشرع الفرنسي لم يؤكد هذا الشرط صراحة إلا انه اشترط وجود بيانات معينة في القرار التحكيمي لا يمكن توافرها إلا بالكتابة منها ، أسماء الخصوم وصفاتهم ومواطنهم وأسماء المحاميين وغيرها .

(٣) انظر المادة (١٤٧٣) من قانون المرافعات الفرنسي والمادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم المصري والمادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي .

(٤) المادة (٥٠٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

(٥) نص المادة (١٤٧٣) من قانون المرافعات الفرنسي ، والمادة (١/٤٣) من قانون التحكيم المصري ، والمادة (٢/٢٧٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، وانظر بذلك حكم محكمة استئناف القاهرة ، جلسة ١٩/١٩/٢٠٠٦ م ، القضية رقم ٤٥ ، لسنة ١٢٢ ق . تحكيم ، وحكمها بجلسة ٢٩/٦/٢٠٠٣ ، القضية رقم ٤٧ ، لسنة ١١٩ ، ق.تحكيم ، أشار إليهما د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٦) انظر المادة (٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، كذلك فإن الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم يمتد إلى المدة التي يزول فيها إحدى الموانع المذكورة في المادة (٢/٢٦٢) وهي وفاة احد الخصوم أو عزل المحكم أو رده ، وكذلك ما ورد في المادتين (٢٦٨ و ٢٦٩) من القانون ذاته .

ونرى إن ما أخذ به المشرع العراقي في حسم مدة النزاع أفضل وذلك لكون الغرض من التحكيم هو لفض النزاع في مدة اقصر مما عليه في القضاء .

خامساً / وبعد استكمال محتوى القرار التحكيمي ينتقل بعد ذلك إلى مرحلة إصدار القرار ، وبعد ذلك تتعدم سلطة المحكمين المخولة لهم ، وتخرج المسألة من دائرة اختصاص هيئة التحكيم لتدخل ضمن اختصاص القضاء ، ولا يملك المحكمون بعدها إلا صلاحية واحدة وهي صلاحية تفسير القرار التحكيمي إذا ما وقع منه أدنى غموض^(٢).

وبعد الانتهاء من الإجراءات وبعد صدور القرار يسلم نسخة منه لكل واحد من الخصمين مع تسليم أصل القرار واصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال فترة ثلاثة أيام التالية لصدوره لقاء وصل يوقع عليه كاتب المحكمة^(٣).

هذا وان قرار التحكيم قد يتمتع منذ صدوره بحجية القضية المحكوم بها بالنسبة إلى النزاع الذي فصل به^(٤) ، كما انه لا يتمتع بحجية مطلقة وإنما تتحدد حجيته بالموضوع الذي فصل فيه - أي محل النزاع - والأساس الذي قام عليه كما إن هذه الحجية تتحدد من ناحية الأشخاص^(٥).

وتتجه اغلب التشريعات إلى إعمال قواعد مشابهة في صدد قرارات التحكيم ، فبعد إيداعها لدى المحكمة المختصة لا تكون واجبة التنفيذ إلا بأمر تصدره المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وان قاضي التنفيذ هو القاضي المختص بصدد هذه المسألة ، وهذا هو اتجاه القانونين الفرنسي والمصري^(٦).

أما القانون العراقي فيشترط أيضاً لنفاذ القرار التحكيمي مصادقة المحكمة المختصة بالنزاع ، أي إن قرار التحكيم لا ينفذ إلا بعد تصديقه لدى المحكمة المختصة حيث تستلزم مراجعتها وتقديم الطلب إليها من احد الخصوم ودفع الرسم القانوني المقرر له^(٧) ،

(١) المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصري .

(٢) انظر المادة (١٤٧٥) من قانون المرافعات الفرنسي ، والفقرات (٣ و٢ و١) من المادة (٤٩) من قانون التحكيم المصري .

(٣) القاضي محمود صالح ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(٤) نصت المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري على انه : (تحوز أحكام المحكمين الصادرة ، طبقاً لهذا القانون ، حجية الأمر المقضي به ، وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون) .

(٥) في دراسة الحجية القضائية ونطاقها بالنسبة لحكم التحكيم انظر: د. محمود النحوي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢-٢٠٣ .

(٦) انظر المواد (١٤٧٧) من قانون المرافعات الفرنسي ، والمادة (٥٦) و (٩) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ م .
- ففي التشريع المصري لا بد من تقديم طلب إلى المحكمة المختصة لكي يتم تنفيذ القرار التحكيمي وان ترفق معه أصل الحكم أو صورة موقعة منه بالإضافة إلى صورة من اتفاق التحكيم مع صورة من المحضر الدال على إيداع القرار التحكيمي ، وان الجهة القضائية المختصة بإصدار أمر التنفيذ بالنسبة لأحكام التحكيم في المنازعات الإدارية إما أن يكون لرئيس المحكمة الإدارية المختصة أو لرئيس إحدى دوائر محكمة القضاء الإداري بحسب قواعد الاختصاص المعمول بها ، وبحسب قيمة المنازعة الإدارية وذلك إذا كان التحكيم داخلياً ، أما التحكيم الدولي فينعتد الاختصاص لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو لرئيس أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف المحتكمون ، وبالنسبة للتحكيم الداخلي في فرنسا فانه وفق المادة (١٤٧٧) من قانون المرافعات الفرنسي تختص المحكمة الابتدائية التي صدر الحكم التحكيمي في نطاقها بمنح الصبغة التنفيذية ، ويصدره قاضي التنفيذ ، أما التحكيم الدولي فتطبق عليه قواعد أخرى نظمها المرسوم الصادر في ١٩٨١/٥/١٢ م في المواد (١٤٩٢-١٥٠٧) من قانون المرافعات الفرنسي ، انظر : د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣-٢٦٤ .

(٧) المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات المدنية العراقي ، أما المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية فلم تنطبق إلى تصديق المحكمة على قرار هيئة التحكيم وقد فسر سكوتها بعدم اشتراط تصديق المحكمة على القرار مما لذلك من إطالة أمد النزاع ، شعيب احمد سليمان ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ ، ود. جمعة سعدون الربيعي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .

ويكون قرار المحكمة أما بالمصادقة^(١) أو التعديل أو الإبطال كلاً أو جزءاً^(٢)، والغاية من ذلك هي منح الرقابة القضائية للمحكمة المختصة^(٣)، كما اعتبر قانون المرافعات العراقي حجية القرار نسبية، إذ إنها لا تسري إلا في مواجهة الخصوم الذين لجؤوا إلى التحكيم وفي الموضوع الذي صدر فيه قرار التحكيم، أي انه نسبي الأثر من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون وهذا ما قضت به المادة (٢٧٢) منه، مع ملاحظة إن الحكم الصادر عن المحكمة بالمصادقة على القرار التحكيمي أو إبطاله أو تعديله يكون قابل للطعن بالطرق المحددة قانوناً^(٤)، وإن قرار المحكمين بعد اكتسابه الدرجة النهائية يكتسب نفس حجية أحكام المحاكم النهائية ويصبح قابلاً للتنفيذ ولا يجوز معاودة الخصومة فيما قضى به المحكمون^(٥).

المطلب الثاني / العلاقة بين القضاء و التحكيم في المنازعات الإدارية

يقوم القضاء بدور مهم تجاه التحكيم، فالتحكيم يستمد فاعليته من سلطة القضاء، فلطالما إن التحكيم يتم تحت مظلة النظام القانوني للدولة فإنه يحتاج لكي يستكمل أسباب فاعليته وإنفاذ قراراته وأحكامه إلى تدخل قضاء الدولة - باعتباره سلطة عامة تملك وحدها إلزام الخصوم على تنفيذ قرارات المحكمين - ولقد نظمت التشريعات الحديثة العلاقة بين القضاء والتحكيم - سواء من جهة التعاون بينهما أم من جهة الرقابة والإشراف على التحكيم - لضمان حسن سير التحكيم وتحقيق أهدافه، ولم يعد دور القضاء يقتصر على إصدار الأمر بالتنفيذ للقرار التحكيمي وإنما امتدت رقابته لمواجهة المشاكل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم والنظر في منازعة التحكيم والى صدور القرار التحكيمي وبعده - أي إن دوره سابقاً لصدور القرار ولاحقاً أيضاً .

ولقد حرصت قوانين التحكيم الدولية والداخلية على تنظيم ما يأتي :

١- مساعدة قضاء الدولة للتحكيم في الحالات التي تقتضي التمتع بسلطة الأمر التي لا يتمتع بها المحكم - مثل إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده .

٢- معاونة قضاء الدولة للتحكيم في الحالات التي تسبب في عرقلة التحكيم مع عدم اتفاق الخصوم على كيفية مواجهتها مثل حالة امتناع احد الخصوم عن تعيين محكمه .

٣- مراجعة القضاء لأحكام المحكمين قبل إصدار الأمر بتنفيذها وتصديده للفصل في الطعن في الحكم الصادر من المحكمين وفق أحكام القانون^(١) .

هذا مع عدم تسبب هذه العلاقة - أي رقابة القضاء على التحكيم - إلى المساس بذاتية نظام التحكيم وإبعاد الغرض منه وهو فض المنازعات، لذا فقد حرصت القوانين على تحديد الضوابط وتنظيمها التي تبين العلاقة بينهما ودور القضاء في التدخل بالتحكيم، وسوف نتطرق لذلك وكما يأتي :

(١) انظر قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ٨/موسعة، في ٢٩/٩/١٩٨٥ م، أشار إليه القاضي، محمود صالح، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٢) المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٣) انظر قرار محكمة التمييز المرقم ٥٦٦/مدنية أولى/١٩٧٣، في ٢٢/٣/١٩٧٣، النشرة القضائية، السنة الرابعة، العدد الأول، ص ١٧٢.

(٤) المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٥) القاضي محمود صالح، مصدر سابق، ص ٢٧ .

(٦) د. اشرف محمد، مصدر سابق، ص ١٧٧-١٧٨ .

الفرع الأول / دور القضاء بالنسبة للتحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الفرنسي

تظهر حدود وحالات العلاقة بين القضاء والتحكيم - مساعدة ورقابة - في القانون الفرنسي (١) من خلال ما يأتي:

أولاً / تدخل القضاء في تعيين المحكم أو المحكمين إذا حصل بعد نشوء النزاع أن حصلت عقبة في تشكيل هيئة التحكيم ، إذ يعين القضاء عندئذ المحكم أو المحكمين وذلك ما قضت به المادة (١/١٤٤٤)^(٢) من قانون المرافعات الفرنسي ، وكذلك فقد أجازت نفس المادة في فقرتها الثالثة للقاضي رفض تعيين المحكم إذا تبين له إن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان ، أو غير كاف لإمكان تعيين المحكم ، فالقاضي لا يقضي لبطلان الاتفاق أو سقوطه ، وإنما يحكم بعدم قبول طلب التعيين بالنظر فقط إلى ما يبدو من الظاهر لاتفاق التحكيم (٣) .

ثانياً / تدخل القضاء في تمديد المهلة القانونية أو التعاقدية للتحكيم وذلك بناء على طلب المحكمين أو احد الأطراف في حالة عدم وجود نص في اتفاق التحكيم يحدد هذه المهلة ، وهذا ما قضت به المادة (١٤٥٦) من قانون المرافعات الفرنسي .

ثالثاً / منح القانون الفرنسي - المشار إليه - في المادة (١٤٦٣) لرئيس المحكمة المختصة اختصاص معالجة المشاكل الناجمة عن امتناع المحكم عن العمل أو رده (٤) .

رابعاً / كما قضت المادة (١٤٧٥) من القانون الفرنسي بتولي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع مهمة تفسير قرار التحكيم أو تصحيح الأخطاء أو السهو الذي وقع فيه المحكمين ، أو إكمال القرار التحكيمي في حالة إغفال هيئة التحكيم في نظر احد الطلبات وذلك في حالة تعذر إعادة عقد هيئة التحكيم لأي سبب من الأسباب .

خامساً / تنفيذ القرار التحكيمي بإصدار الأمر بالتنفيذ والنفذ المعجل وذلك حسب ما قضت به المادة (١٤٧٧) من قانون المرافعات الفرنسي .

سادساً / المساعدة من خلال النظر في الطعون المقدمة في قرار المحكمين (٥) .

(١) لقد نظم المشرع الفرنسي عملية التحكيم في المرسوم رقم ٣٥٤/٨٠ والصادر في ١٤/١٠/١٩٨٠ تنظيمًا شاملاً وذلك في المواد (١٤٤٢-١٤٩٢) والذي أضاف لقانون المرافعات كتاباً رابعاً خاصاً بالتحكيم الداخلي ، وأضاف المرسوم رقم ٥٠٠/٨١ والصادر عام ١٩٨١ إلى الكتاب الرابع بابين آخرين ، الأول خاص بالتحكيم الدولي وهو الباب الخامس والثاني خاص بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين وهو الباب السادس ، وبذلك لم يعد دور القضاء قاصراً على تنفيذ القرارات وإنما يشمل عملية التحكيم منذ الاتفاق عليها وحتى بعد صدور القرار التحكيمي .

(٢) نصت المادة (١/١٤٤٤) من قانون المرافعات الفرنسي على : (إذا حصل بعد نشوء النزاع إن قامت عقبة في تشكيل المحكمة التحكيمية بفعل احد الأطراف ، أو في تطبيق طريقة تعيينهم ، يعين عندئذ رئيس المحكمة الكلية المحكم أو المحكمين)

(٣) تنص المادة (٣/١٤٤٤) على: (إذا كان الشرط التحكيمي باطلاً بطلاناً واضحاً أو غير كافٍ كي يتيح تشكيل المحكمة التحكيمية يصدر رئيس المحكمة قراراً يثبت فيه ذلك ويعلن فيه أنه لا مجال لتعيين المحكمين) ، للمزيد انظر د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧-٢١١ .

(٤) للمزيد انظر: د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٢٢٠ .

(٥) حصر المشرع الفرنسي طرق الطعن ضد قرار المحكمين في : الاعتراض المادة (١٤٨١) ، والطعن بالاستئناف (م١٤٨٢) ، والطعن عن طريق دعوى البطلان الأصلية (م١٤٨٤) وأخيراً الطعن بطريق التماس إعادة النظر (م١٤٩١) ، انظر د. احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩-٢٩٧ ، واسعد فاضل جياش ، النظام القانوني للتحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠٠٢م ، ص ١٨٥-١٩١ .

الفرع الثاني / دور القضاء في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

حددت نصوص قانون التحكيم المصري حالات تدخل القضاء في عملية التحكيم ، فلقد حددت المادة (١٤) من قانون التحكيم المصري دور القضاء في التدخل لاتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها ، كما إن المادة (١٧) كما مر ذكرها قد حددت دور القضاء بصدد اختيار هيئة التحكيم أو استكمالها ، كما إن للقضاء التدخل في موضوع رد المحكمين كما أشارت إليه المادة (١٩) منه ، وقضت المادة (٢٠) من القانون ذاته بمهمة القضاء في إنهاء مهمة المحكم ، كما يمتد دور القضاء في مساعدة المحكم عن طريق فرض جزاءات على من يتخلف من الشهود عن الحضور أمام هيئة التحكيم أو يمتنع عن الإجابة والأمر بالإجابة القضائية حسب المادة (٣٧) من القانون ، ودوره في إنهاء الإجراءات وقبول الطلب برفع دعوى أمام المحكمة المختصة وذلك بعد انتهاء المدة المقررة للمحكمين لإنهاء الخصومة وفشلهم في إصدار قرار نهائي رغم مرور المدد المذكورة^(١)، وللقضاء الفصل بصدد المسائل العارضة التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم كإثبات التزوير واتخاذ الإجراءات الجنائية بحق المزور وما شابه ذلك^(٢) ، كذلك فللقضاء دور في الطعن ببطلان قرار التحكيم ألا انه حددها فقط فيما ورد في المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري^(٣) ، كما إن له - أي القضاء - دور باصدار أمر تنفيذ القرار التحكيمي^(٤) .

الفرع الثالث / دور القضاء بالنسبة للتحكيم في القانون العراقي

أشار قانون المرافعات المدنية العراقي مدى إمكانية تدخل القضاء في عملية التحكيم ، وأوجه المساعدة وكذلك ما يعتبر كرقابة على أعمال هيئة التحكيم ، ومن أهم صور العلاقة بين القضاء والتحكيم تتمثل في المساعدة في تعيين المحكمين إذا ما تعذر تعيينهم لأي سبب كان وفقا لما أشارت إليه المادة (٢٥٦)^(٥) ، كذلك دور القضاء في مسالة رد المحكمين^(٦) ، ودوره في تمديد مهل التحكيم وفقا لما أشارت إليه المادة (٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، وكذلك ووفقا لما أشارت إليه المادة (٢٦٨) من القانون المذكور فان للقضاء الدور في اتخاذ الإجراءات اللازمة بصدد المسائل التي تخرج عن ولاية المحكمين^(٧) ، وله دور في مسائل الإنابة القضائية

(١) المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصري .

(٢) المادة (٤٦) من قانون التحكيم المصري .

(٣) القاعدة في قانون التحكيم المصري عدم الطعن بحكم التحكيم بصفة مطلقة وذلك في المادة (١/٥٢) والتي نصت: (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية) ، إلا إن الفقرة الثانية منها أجازت رفع دعوى بطلان قرار التحكيم في الأحوال المنصوص عليها بالمادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري ، انظر د. عمار طارق ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ ، ود. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠-٢٣١ .

(٤) المادة (٥٦) من قانون التحكيم المصري ، انظر: د. اشرف محمد ، المصدر نفسه ، ص ٢٢٣-٢٧٢ ، و د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ١٤٣-١٧٠ .

(٥) وهذا ما نصت عليه المادة (١١/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م والتي نصت: (...، وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث...)

(٦) المادة (٢٦١) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٧) نصت المادة (٢٦٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي على: (إذا عرضت خلال التحكيم مسالة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي آخر يوقف المحكمون عملهم ، ويصدرون قرارا للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى ان يصدر حكم بات في هذه المسالة) .

وإلزام الشهود بالحضور أمام المحكمين^(١) ، والمصادقة على قرار التحكيم لأجل تنفيذه أمام الدوائر المختصة^(٢) ، كما إن للقضاء إمكانية إبطال قرار التحكيم بناء على طلب الخصوم ، وللمحكمة أن تبطل قرار التحكيم من تلقاء نفسها في الأحوال المحددة في المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، ولها في هذه الحالة أن تعيد القضية إلى المحكمين للفصل فيها من جديد أو إصلاح ما شاب القرار أو أن تفصل بنفسها في هذه القضية^(٣) ، كما إن للمحكمة المختصة بنظر النزاع دور في تحديد أجور المحكمين في حكمها أو بموجب قرار مستقل بناءً على طلب احد طرفي النزاع ، والقرار الصادر من المحكمة بهذا الخصوص يمكن التظلم منه لدى نفس المحكمة إضافة إلى إمكانية الطعن به تمييزاً وفقاً للمادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي^(٤) .

المطلب الثالث / أثر التحكيم على نظرية العقد الاداري

يمثل التحكيم أسلوباً لفض المنازعات الإدارية وأهمها – منازعات العقود الإدارية – وينبني على إرادة الأطراف الذين يختارونه ، ويحددون القانون الواجب التطبيق موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم ، وعليه فان التحكيم قد يؤدي إلى المساس بالأساس القانوني لنظريات القانون الاداري ، ومن ابرز هذه النظريات – نظرية العقود الإدارية – والتي تحتل الصدارة ضمن موضوعات القانون الاداري ، إذ إن الأفراد غالباً ما يفضلون الالتجاء إلى أسلوب التعاقد باعتباره وسيلة رضائية يوفر لهم – أيا كانت امتيازات الإدارة – الضمانات الكفيلة لحماية حقوقهم وغالباً ما يسعون إلى إدراج شرط التحكيم كوسيلة لحسم منازعات العقود بدلاً من اللجوء إلى القضاء الوطني ، وعليه قد يترتب على ذلك – لاسيما في العقود الدولية – التي يكون طرفها أجنبياً – استبعاد القضاء الوطني والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها أطراف النزاع لفض بعض المنازعات ، كما انه قد يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع واختيار قانون أجنبي لتطبيقه على العقد .

ونظراً لأن نظرية العقود الإدارية قضائية النشأة ، فلقد كان للقضاء الاداري دوراً هاماً في وضع المبادئ والقواعد التي تحكم العقود الإدارية ، ولقد بدأ القضاء بإرساء المعايير المميزة في صورة ثلاثة عناصر هي أن يكون احد أطراف العلاقة شخصاً من أشخاص القانون العام ، وان يتصل هذا العقد بالمرفق العام وان يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة تبرز دور العقد في خدمة المصلحة العامة التي يسعى إلى تحقيقها^(٥) .

وعلى ذلك فخضوع العقد الاداري لنظام قانوني لا يعتد بنظرية العقد الاداري كما هي معروفة في فرنسا ومصر والدول التي تأخذ بهذا النظام يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه ، وقد يتضح إن تضمين العقد الاداري شرط التحكيم قد يؤثر على خصائص هذا العقد وعلى النظام القانوني الذي يحكمه ، ولما كان التحكيم أسلوباً لفض المنازعات وينبني على إرادة الأطراف ، فان التساؤل يثور عن اثر التحكيم على المعيار المميز للعقد الاداري من حيث اتصاله بمرفق عام ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد شروطاً استثنائية ؟

(١) المادة (٢٦٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٢) المادة (١/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٣) المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٤) المادة (٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، انظر في بيان أجور هيئة التحكيم وأتعاب وكلاء طرفي النزاع ، القاضي ، محمود صالح ، مصدر سابق ، ص ٢٨-٢٩ .

(٥) انظر حكم محكمة القضاء الاداري المصري في ١٦/١٢/١٩٥٦م ، الدعوى المرقمة ٢٢٢ ، لسنة ١٠٠ق ، مجموعة المبادئ القانونية ، ص ١١ ، ص ٨٧ ، أشار إليه د. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ١١٥ .

فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد في القانون المدني فإن مرد ذلك هو اتصال العقد الاداري بنشاط مرفق عام ، وإذا كان المرفق العام يستهدف إشباع حاجة عامة وتحقيق مصلحة عامة ، فإنه يخضع لمبادئ حاكمة لنشاطه أهمها دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد ، وهذا المبدأ يقضي أن يحتوي العقد من الشروط التي تضمن قيام المرفق بأداء الخدمة بانتظام واستمرار^(١) ، ومنها حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه وحققها في تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو بالزيادة ، وحققها في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد إذا اخل بالتزاماته ، وأخيراً حققها في إنهاء العقد الاداري وان لم يثبت خطأ المتعاقد^(٢) .

والإدارة كطرف في العقد الاداري تمارس هذه الحقوق دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً ودون حاجة للنص عليها بداءة في العقد الاداري المبرم بينها وبين المتعاقد معها ، وذلك باعتبارها جزءاً من القواعد التي تحكم نظرية العقد الاداري والتي أسس معظم قواعدها القضاء الاداري .

وان هذه الامتيازات والحقوق المقررة للإدارة في العقد الاداري واختلاف مركزها القانوني في هذه العقود قد يتعارض مع نظام التحكيم الذي يبني على إرادة الأطراف ومما يستتبع ذلك التأثير على طبيعة العقد الاداري ، لأن التحكيم لن يعترف بحق الدولة في الإشراف على تنفيذ العقد متابعته ولا بحقها في إدخال التعديلات اللازمة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وذلك لأن التحكيم يقوم على أساس المساواة بين طرفي النزاع وعدم تمييز احدهما على الآخر ، وغالباً ما تطبق هيئة التحكيم القواعد العادية المتعارف عليها في العقود المدنية أو التجارية وليس قواعد العقود الإدارية مما لا يتفق مع الوضع المتميز الذي ينبغي أن تكون فيه الدولة باعتبارها تمثل المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة كما هو الحال في القانون الخاص مما يفقد نظرية العقود الإدارية قيمتها القانونية وأهميتها العملية^(٣) .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد ففي التحكيم الداخلي ، قد يحفظ للعقد الاداري خضوعه للنظام القانوني ومن ثم يحفظ له القواعد الموضوعية وبالتالي يؤدي إلى الحفاظ على خصائص العقد الاداري مع وجود شرط التحكيم .

ففي التحكيم الداخلي يكون الغرض من التحكيم في غالب الأحيان استبعاد الاختصاص القضائي توكيلاً للسرعة في فصل المنازعات دون أن يستتبع ذلك بالضرورة استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على العقد ، أما التحكيم الاداري في العقود الدولية فهنا تثار المسألة وذلك في حالة خضوعه لنظام قانوني وقضائي لا يعرف التمايز بين العقد المدني والعقد الاداري ، ويستتبع ذلك أن تتجرد الإدارة من سلطاتها التي تكون لها بمقتضى العقد الاداري ويفقد العقد شرطاً مهماً من الشروط التي تميز العقد الاداري ، ومن ثم يؤدي بالعقد أن تتحول طبيعته إلى عقد مدني ، ما لم تشترط الإدارة صراحة في العقد لجوئها إلى الشروط الاستثنائية أياً كان النظام القانوني الذي يخضع له العقد^(٤) ، وهذا غير ممكن في غالب الأحيان لحرص المتعاقد الأجنبي على عدم الخضوع للنظام القانوني والقضائي الوطني ، وبهذه الصورة فإن خضوع العقد الاداري للتحكيم يؤدي إلى هدم لأهم عناصر نظرية

(١) في دراسة صور اتصال العقد الاداري بالمرفق العام انظر: د. عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص ١٠٧-٢٩٠ ، ود. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ١١٦-١١٧ .

(٢) د. ماجد الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٥-١٤٩ ، ود. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٥٢٣ .

(٣) د. جورج شفيق ، التحكيم ومدى... ، مصدر سابق ، ص ١٢٣-١٢٥ .

(٤) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٢١٠-٢١٢ ، وص ٢٣٤-٢٣٦ .

العقد الاداري ، وهذا ما يفسر لنا التشدد في عدم قبول إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة (١) .

وبذلك نرى إن التحكيم في حد ذاته لا يؤثر على طبيعة العقد الاداري ولكن الذي يؤثر على تلك الطبيعة هو أن يطبق على النزاع محل التحكيم قواعد غير تلك التي تقررها نظرية العقد الاداري ، ولكي يتم الحفاظ على امتيازات الإدارة العامة في نطاق العقود الإدارية والحفاظ على نظرية العقود الإدارية فإن ذلك يستلزم تطبيق القانون الاداري على هذه العقود ، أي إن الحفاظ على خصائص العقد الاداري في ظل نظام التحكيم لا يتحقق إلا إذا اتفقت الإدارة مع المتعاقد على أن يكون القانون الوطني (الاداري) هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع ينشأ عن تنفيذ العقد الاداري ، إذ نطبق أي قانون آخر يميز ما بين العقود الإدارية والعقود المدنية بما يحفظ للإدارة حق تمتعها بالامتيازات في مواجهة المتعاقد معها ، وكما يمكن الاحتفاظ بالقضاء الاداري كمصدر إنشائي لهذه العقود حول تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وليس للقضاء العادي كما هو متبع حالياً .

جدير بالإشارة إلى إن النظام القانوني المصري والذي أجاز التحكيم في كافة العقود الإدارية والنظام الفرنسي الذي أجاز التحكيم في بعض العقود الداخلية وكل العقود الدولية لم يشترطاً تطبيق القانون الاداري على هذه العقود مما يثير مسألة اثر التحكيم على نظرية العقود الإدارية ، فالمادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري نصت على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع محل التحكيم وتلتزم هيئة التحكيم بتطبيقه وفي حالة عدم اختيار القانون من جانب الأطراف تطبق هيئة التحكيم القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع وهذا القانون قد لا يعرف التفرقة بين المنازعات الإدارية والمنازعات المدنية مما يؤدي إلى أن تفقد الإدارة مركزها القانوني المتميز بصدد هذه العلاقة وقوتها على قدم المساواة مع الأفراد ، كما إن نص المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات الفرنسي أجازت حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع محل التحكيم ، وفي حالة عدم اتفاق التحكيم على تحديد هذا القانون يكون لهيئة التحكيم حرية اختيار القانون الأكثر ملاءمة للنزاع (٢) .

كما نجد بين نصوص قوانين التشريع العراقي (٣) ، انه ترك للأفراد - المحكّمين - حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وعدم اشتراط تطبيق القانون الاداري على العقود الإدارية مما يثير مشكلة تطبيق قانون لا يميز بين العقد الاداري والعقد المدني ، أو تطبيق القانون الاداري بمعرفة محكّمين يجهلون طبيعة وأساس نظريات القانون الاداري نظراً لكونه لا يشترط أن يكون المحكّمون قانونيين (٤) .

إنّ حفاظاً على خصائص العقود الإدارية لابد من اشتراط تطبيق القانون الوطني على هذه العقود خاصة في حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق أو اشتراط تطبيق قانون يعرف التفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية ، ولا يقف الأمر عند هذا الحد ، فلتحقيق ذلك الهدف - الحفاظ على خصائص العقد الاداري والحفاظ على امتيازات الإدارة - لابد أن تعمل الإدارة جاهدة على تضمين العقد الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية من حق الدولة في الإشراف على تنفيذ العقد ، وحققها في إدخال التعديلات من جانب واحد إذا اقتضت

(١) د. جابر جاد ، مصدر سابق ، ص ١١٩ ، ود. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢-٣٣٠ .

(٢) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٥٢٩ .

(٣) رجوعاً إلى نصوص القوانين (قانون المرافعات المدنية العراقي ، والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، وقانون العقود الحكومية العامة لسنة ٢٠٠٤م) ، نجد إن المشرع سكت عن تطبيق القانون الاداري على العقود الإدارية وأعطى الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع .

(٤) رنا محمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

المصلحة العامة ، فالعقد الاداري كأي عقد يجب أن يقوم على مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ، وإدراج هذه الأسس التي تجعل الإدارة في وضع متميز في مواجهة المتعاقد معها يلتزم بها المحكم ما دامت مدرجة في العقد وباتفاق الطرفين ، ويتوقف هذا الحل على موافقة الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة ، إذ إن تمسكها بهذا الشرط سوف يكون إدراجها بمثابة عامل غير مشجع للتعاقد معها خاصة من جانب الشركات العالمية التي تملك الخبرة الفنية والإمكانات المالية (١) .

نخلص مما سبق انه ينبغي على المشرع أن يحرص في القوانين المنظمة للتحكيم على تطبيق القانون الوطني (الاداري) على العقود الإدارية حفاظاً على خصائص هذه العقود وما تتضمنه من مميزات للإدارة وحرصاً على تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم بصدد هذه العقود ، وكما ينبغي عليها عند إبرام العقد تضمينه الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية ، وان كان ولا بد من التعاقد مع أشخاص لا يقبلون إلا التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ووفقاً لقانون لا يعرف التمايز في مراكز المتعاقدين فيمكنها في هذه الحالة القبول مع مراعاة كل ما من شأنه تحقيق الانضباط والفائدة للمصلحة العامة ، وكما يمكنها أن تتمسك بان يكون التحكيم داخلياً ، حيث كما سبق القول بأن التحكيم الداخلي وإن كان يستبعد الاختصاص القضائي إلا انه لا يستبعد بالضرورة أعمال القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الاداري .

كما إن هناك من يرى انه بالإضافة لذلك فلا بد من أن يكون اللجوء لحسم المنازعات الإدارية مشروطاً بضرورة الحصول على موافقة الإدارة للتأكد من عدم مساس التحكيم بالأساس القانوني لنظريات القانون الاداري فضلاً عن التأكد من ضرورة اللجوء إليه ، وانه في حالة إبرام العقد الاداري الدولي لابد من اخذ موافقة مجلس الدولة - سواء في مصر أو فرنسا - ولا بد أيضاً من حضور عدد من المستشارين القانونيين في مجلس الدولة أو من المختصين في مجال القانون العام عند إبرام العقد وصياغة بنوده (٢) .

هذا ويلاحظ أن خضوع الدولة وسائر أشخاص القانون العام للتحكيم قد أثار مشاكل قانونية عديدة من أهمها اصطدام التحكيم بمبدأ سيادة الدولة والذي يعتبر الخضوع للقضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني من أهم سماته، إذ إن الواقع العملي قد اثبت إن الدولة وبعد إبرامها لاتفاق التحكيم وعند قيام نزاع ترفض الممثل أمام هيئات التحكيم وتدفع بحصانيتها القضائية وتتمسك بضرورة تطبيق قانونها الوطني ، بحجة إن للتحكيم اثر على سيادة الدولة وعلى الحصانة القضائية للدولة أمام القضاء الأجنبي ، إلا انه سبق الإشارة إلى إن التحكيم ليس فيه تأثير على سيادة الدولة إذ إنها هي التي تجيزه بمقتضى قوانينها الداخلية ، كما إنها تتمكن من اشتراط تطبيق قانون يعرف التفرقة بين النظريات الإدارية والمدنية ، كما إن قبول الدولة المتعاقدة لاتفاق التحكيم يعد تنازلاً منها عن حصانيتها القضائية ، وأيضاً حصانيتها ضد التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الصادر في مواجهتها لتحقيق فاعلية التحكيم والغاية منه ، و توطيداً لثقة المتعاقدين مع الدولة ، فالحكم هو ثمرة التحكيم ، والموافقة على اتفاق التحكيم تتضمن الموافقة على الآثار القانونية التي تترتب عليه بما فيها إجراءات تنفيذ الحكم (٣) .

(١) د. نجلاء حسن ، مصدر سابق ، ص ٥٣٢ .

(٢) انظر: د. نجلاء حسن ، المصدر نفسه ، ص ٥٥٩-٥٦٠ ، د. عصمت الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٢٤١ .

- ويمكن تطبيق ذلك في العراق بأخذ موافقة مجلس شورى الدولة أو الوزير المختص عند إبرام العقد الاداري الدولي ، انظر: رنا محمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .

(٣) د. اشرف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

الفصل الثاني
التحكيم في المنازعات الادارية

(الخاتمة)

حقيق بنا بعد إن وصلنا إلى نهاية المطاف في هذه الدراسة المتواضعة لـ (الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية - دراسة مقارنة -) أن نسلط الضوء على أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها :

أولاً / النتائج

لقد أبرزت الدراسة عدة نتائج وكما يأتي :

١- النزاع الإداري : هو كل نزاع يكون طرفاه جهتين إداريتين ، أو يكون احد طرفيه جهة إدارية ، أي هو النزاع القائم بفعل النشاط الإداري أو اثر من الآثار المترتبة على علاقة إدارية ، أي انه يمثل تصادم السلطة عند تمتعها بامتيازات السلطة العامة مع مبدأ المشروعية .

٢- إن نشاط الإدارة الذي يعد محلاً للمنازعة الإدارية هو ما تصدره جهة الإدارة وهي تمارس سلطة إدارة كأن تصدر قراراً إدارياً أو تبرم عقداً إدارياً ، وان أي طعن في ذلك القرار أو هذا العقد في أي مرحلة من مراحلها فإنه يمثل نزاعاً إدارياً .

٣- يتطلب تمييز العمل الإداري عن غيره من الأعمال الجمع بين المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي لتحديد مدلول العمل الإداري وان معيار تحديد المنازعة الإدارية ونطاق تطبيقها يتحدد بالعمل الإداري الصادر من سلطة إدارية بصدد مباشرة وظيفتها الإدارية ، فيخضع هذا العمل الإداري لقواعد وأحكام القانون الإداري ، وتعد المنازعة النائرة بشأنه من المنازعات الإدارية ويختص القضاء الإداري بها .

٤- الأسلوب غير القضائي : هو الوسائل أو الأساليب التي يلجأ إليها الأطراف المتنازعة عوضاً عن اللجوء إلى القضاء (العادي أو الإداري) عند نشوء نزاعاً إدارياً بينهم بغية التوصل لحل ذلك النزاع .

٥- إن اللجوء إلى الأسلوب البديل في حل المنازعة الإدارية لا يعني التنازل عن الحق في اللجوء إلى القضاء ، لأن الأخير يعد حقاً من الحقوق الأساسية التي لا يجوز التخلي عنها ، فهو الأصل للفصل في جميع المنازعات ، أما الاستثناء فهو اللجوء إلى الأساليب غير القضائية في حل النزاع .

٦- للإدارة بما تملك من سلطة إلغاء أو تعديل أو سحب القرارات الإدارية ، فإنها تستطيع حل النزاع قبل الطعن به قضاءً، وهذا يمثل أوضح أسلوب لحل المنازعات بعيداً عن القضاء .

فالرقابة الإدارية ولاسيما الرقابة بناءً على تظلم تغني عن اللجوء إلى القضاء ، ففي حالة اقتناع الإدارة بعدم مشروعية قرارها وبأحقية المدعي في طلبه وقيامها بعد ذلك بتصحيح أخطائها بالسحب أو الإلغاء أو التعديل ، فإنها تكون بذلك قد حلت النزاع ودياً ، أو على الأقل تجنبت الدخول في منازعات مع الأفراد ، ومن ثم التجنب من سلوك طريق القضاء وتقليل الوارد من القضايا - بقدر المستطاع - وتحقيق العدالة الإدارية بطريق أيسر للناس وحل النزاع في مرحلته الأولى بواسطة طريق إداري غير قضائي .

٧- التظلم الإداري ما هو إلا عبارة عن وسيلة قانونية لفض المنازعات الإدارية من قبل الإدارة نفسها سواء استجابت الإدارة إلى مصالح صاحب الشأن كلياً أو جزئياً ، ويستوي أن يقدم هذا التظلم إلى مصدر القرار نفسه أو

إلى رئيس مصدر القرار أو إلى لجنة إدارية حددها المشرع ، وان انتهاء المنازعة دون اللجوء إلى القضاء هو المعيار الأمثل لنجاح التظلم وإلا أصبحت التظلمات مضيعة للوقت والجهد وعقبة في طريق التقاضي ، ولأصبح الضرر أكبر من النفع .

٨- تعد الرقابة السياسية طريقاً من طرق حل المنازعات الإدارية ، فرقابة الرأي العام - من رقابة إعلام ورقابة مؤسسات المجتمع المدني - والرقابة البرلمانية ، لها دور كبير في حل المنازعات الإدارية أو تجنب قيام المنازعة، وذلك لما تؤديه من كشف لأخطاء الإدارة وحثها على اتخاذ القرارات الإدارية السليمة ، وكما تجنب الإدارة من الوقوف أمام القضاء وإعطاء كل ذي حق حقه .

٩- تعد رقابة الهيئات المستقلة - نظام الأبودسمان السويدي والوسيط الفرنسي - أسلوباً جيداً في حل المنازعات الإدارية ورقابة فعالة لأعمال الإدارة نظراً لما يملكه من سلطات في توجيه الإدارة إلى إتباع أسلوب معين في العمل ، والتوجه إلى الإدارة ببعض التوصيات تصل إلى طلب التعويض أو طلب تغيير قراراتها ، لإيجاد حل ودي ، وإلا فإنها سوف تساءل عند تقديمه التقرير السنوي عن الإدارة إلى رئيس الجمهورية أو إلى البرلمان . وتجنبها ذلك فان فيه تخفيف عن كاهل القضاء .

١٠- التحكيم الإداري أسلوباً أو وسيلة من وسائل فض المنازعات الإدارية - وبالأخص منازعات العقد الإداري - يسمح للخصوم في المنازعات الإدارية بأن يتفقوا على حل منازعة حالة أو مستقبلية ، ناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري ، داخلية كانت أم دولية ودون اللجوء إلى السلطة القضائية ، وتحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص يختارهم الخصوم ويسندون لهم مهمة الفصل في هذا النزاع بحكم ملزم ، وهو بذلك بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم .

١١- يعد نظام التحكيم ذا طبيعة ذاتية مستقلة قائمة على اتفاق أطرافه تميزه عن غيره من النظم خصوصاً القضاء .

١٢- إن الخلاف الذي ثار يتعلق بمدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ، ولا يتعلق بالوسائل الودية الأخرى ، مثل الصلح والتوفيق والوساطة والتفاوض ، فليس هناك موانع من اللجوء إلى مثل هذه الوسائل ولا تأثير الجدل ، على أن التحكيم يعتبر الأسلوب الأمثل والأساس لحسم ما يثور من نزاع مع الدولة أو احد الأشخاص المعنوية الأخرى .

١٣- إن المنازعات التي يجوز حسمها عن طريق التحكيم هي تلك التي تتعلق بحقوق مالية قابلة للتصرف بها أو التنازل عنها من قبل صاحبها سواء كانت ناشئة عن روابط عقدية أو غير عقدية ، حتى ولو نشأت هذه الحقوق عن روابط قانونية تتعلق بالنظام العام ، فالمنازعات الإدارية التي يتوافر لها المعيار العام للتحكيم يجوز التحكيم فيها ، أما المنازعات التي لا يتوافر فيها هذا المعيار فإنها تخرج عن نطاق التحكيم ، فمثلاً ما يتعلق بالعقود الإدارية يقتصر التحكيم على الحقوق المالية المترتبة عليها فقط ، ولا يشمل مثلاً مسألة سلطات الإدارة وامتيازاتها التي تتمتع بها .

ولا يقتصر التحكيم في المنازعات الإدارية على العقود الإدارية وإنما يمتد إلى منازعات إدارية أخرى ينطبق عليها المعيار العام للقابلية للتحكيم ، وهي المنازعات التي تتعلق بحقوق مالية تقبل الصلح والتصرف ومنها منازعات الضريبة ومنازعات الجمارك أيضاً ، أما المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام فتخرج عن

نطاق القابلية للتحكيم ، ومنها المنازعات المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية لتعلقها بالنظام العام ، لتنافي طبيعة التحكيم المستمدة من إرادة الخصوم وإرادة المشرع عن طبيعة دعوى إلغاء القرار الإداري المتعلقة بالنظام العام ، فالقرار الإداري تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة بما لها من سلطة عامة ، وبذلك لا يعتبر من الحقوق المالية التي يجوز التحكيم فيها ، ويختص القضاء الإداري وحده دون غيره بالنظر في منازعاته ، فهذا الاختصاص من المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أما ما قد يترتب على القرار الإداري غير المشروع من حقوق مالية قابلة للصلح والتصرف كالتعويض مثلاً - منازعة غير عقدية - فيجوز أن يكون محلاً للتحكيم .

وبذلك فإن دعوى الإلغاء تخرج عن التحكيم ودعوى التعويض يجوز فيها التحكيم .

١٤- لا يثير اتفاق التحكيم أي مشكلة في اللجوء إليه في عقود القانون الخاص ، ألا إن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية لما له من أثر سلبي على خصائصها الذاتية .

١٥- إن نظام التحكيم ليس بمنأى عن ولاية القضاء فثمة علاقة بينهما لتحقيق فاعليته ، وتتم هذه العلاقة بطبيعة مزدوجة ، فهي من جهة تتمثل بطابع المساعدة والتعاون بين التحكيم والقضاء ، ومن جهة ثانية تأخذ طابع الرقابة والإشراف من قبل القضاء على التحكيم لضمان حسن سير التحكيم وتحقيق أهدافه .

١٦- أجاز المشرع العراقي اللجوء إلى التحكيم الإداري في منازعات العقود الإدارية فقد جاءت الإجازة متناثرة بين نصوص القوانين منها (قانون العقود الحكومية لعام ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذه لسنة ٢٠٠٨م ، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الميكانيكية والكيميائية) ، كذلك يلاحظ عدم وجود ما يمنح التحكيم الإداري في قانون المرافعات المدنية أو أي قانون آخر ، ألا إن ذلك غير كافي ، إذ انه غير منظم تنظيم دقيق ومتلائم مع طبيعة المنازعة الإدارية .

١٧- الصلح الإداري وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بغير اللجوء إلى القضاء ، وهو عقد يحسم به الطرفان المتنازعين نزاعاً إدارياً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً بالتراضي ، وذلك بنزول كلاً من الطرفين عن جزء من ادعائه ، وإن الأطراف المتنازعة هي التي تفصل في أمرها دون تدخل شخص ثالث .

١٨- الصلح الإداري ذو طبيعة عقدية قائمة على اتفاق إرادة الإدارة مع إرادة الطرف الآخر .

١٩- جواز اللجوء إلى الصلح في حل المنازعات الإدارية المتعلقة بحقوق مالية ، ولذا يمكن أن تحسم به منازعات العقود الإدارية المتعلقة بالحقوق المالية ، وتحسم به منازعات التعويض الإداري ، كما ويمكن أن تحسم به منازعات الضريبة الناشئة بين الإدارة والمكلف والناشئة عن ربط الضريبة أو تقدير قيمتها .

إلا أن الصلح غير جائز في نزاع يتعلق بمشروعية قرار إداري لتنافي طبيعته مع طبيعة دعوى الإلغاء ، ولا يمكن إلا بما يتعلق بالحقوق المالية المترتبة على القرار الإداري.

٢٠- ينحسم النزاع في عقد الصلح الإداري عن طريق نزول كل خصم عن ادعائه ، ولكل طرف أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح ، ولا يجوز لأي من الخصمين أن يجدد النزاع ، فإن تم الاتفاق عليه لا يمكن تركه واللجوء إلى القضاء ، أما الطرق الأخرى (كالوساطة والتوفيق والمفاوضة) فإن لها موعد محدد ويمكن لأحد الأطراف إذا

لم يقتنع برأي الموفق أو الوسيط أو المفاوض اللجوء إلى القضاء مع تحديد مدة معينة للاعتراض على القرار وإلا فإنه يعد بعد ذلك نافذاً .

٢٢- للوسيط دور مهم في حل النزاع الإداري عن طريق تقريب وجهات النظر وإزالة سوء الفهم حول نقاط النزاع ، والعمل على تسهيل الحوار بين الأطراف ، بغية الوصول إلى حل دون اللجوء إلى القضاء العام في الدولة .

٢٣- يعد التوفيق أسلوباً بديلاً مهماً من أساليب حل المنازعات الإدارية ، وذلك من خلال قيامه بمحاولة التوفيق بين طرفي النزاع ومحاولة إنهاء الخلاف بينهما والوصول إلى تسوية ودية على إن قراراته لا تحوز قوة الأمر المقضي به إلا بقبول الأطراف لها ، ويفضل أن تأتي على شكل لجان توفيق .

٢٤- أجاز المشرع العراقي اللجوء إلى الوسائل البديلة في ثنايا نصوصه ، فقد وجدنا ذلك في القسم (٢/١٢/ح) من قانون العقود الحكومية لعام ٢٠٠٤م ، وكذلك المادة ١١/أولاً من تعليماته لعام ٢٠٠٨م ، كما إن قانون مجلس شوري الدولة قد أحال الاعتراض في بعض القرارات إلى الجهات المحددة لها بمقتضى القوانين ولم ينظر الطعن بها أمام القضاء الإداري ، وغير ذلك ، مع عدم ملاحظة ما يشير إلى المنع من الأخذ بالوسائل البديلة لحسم النزاع، وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع لم يبين هذه الوسائل والأساليب لذا فيمكننا بيانها بالآتي :

أ - اللجوء إلى التظلم الإداري

ب - إمكانية حل النزاع عن طريق المفاوضة أو الوساطة وعلى الأخص في العقود الإدارية .

ج - إمكانية حل النزاع عن طريق الصلح .

د - تشكيل لجان توفيق لحل المنازعات الإدارية بعد أن يتم التظلم منها ، على غرار قانون التوفيق في مصر .

هـ - اللجوء إلى التحكيم على أن يتفق أطراف النزاع على ذلك .

و - للإدارة أن تحل النزاع عن طريق وضع الشرط الجزائي في العقود الإدارية .

ز - فضلاً عن كل ذلك لا يمكننا أن ننسى مدى دور الرقابة السياسية في حل النزاع الإداري .

وللأطراف المتنازعة الأخذ بأي وسيلة من الوسائل المذكورة آنفاً والتي تتناسب مع إمكانية حل نزاعهم .

٢٥- الشرط الجزائي في العقود الإدارية وهو تعويض مقدر مقدماً من المتعاقدين في عقدهما أو في اتفاق لاحق ، ويتضمن مبالغ نقدية توقعها الإدارة على المتعاقد بموجب قرار إداري دون اللجوء إلى القضاء حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته أو تأخره في المواعيد المقررة .

لذا فيعتبر تضمين العقود الإدارية شرطاً جزائياً ضماناً للمتعاقد - سواء كان المتعاقد دائن أو مدين - فهو وسيلة هامة وحيوية للضغط على المدين تدفعه إلى الامتثال لتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وعدم التأخر في ذلك خشية توقيع هذا الجزاء عليه ، وبذلك فهو يعتبر سبيلاً لحل النزاع تتفق عليه الإدارة مع المتعاقد معها ابتداءً ، ويجنبها والمتعاقد اللجوء إلى القضاء وطول إجراءاته .

٢٦- إن فرض الشرط الجزائي على المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري لا يشترط لتوقيعه إثبات وقوع ضرر أصابها أو أصاب المرفق العام فعلاً إذ إن الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب الاستحقاق المنصوص عليه في العقد وذلك لأنه يستهدف تحقيق سير المرافق العامة .

٢٧- يمكن إعمال الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات في العقود الإدارية باعتبارهما طريقاً لحل النزاع الإداري قبل وقوعه تجنباً للدخول في ساحة القضاء .

ثانياً / التوصيات

وفقاً لما تقدم من نتائج فقد انتهينا إلى عدة توصيات تتمثل بالآتي :

١- ضرورة التفات المشرع العراقي لسن قانون مستقل يحكم إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية المطروحة أمام القضاء الإداري ، وبما يتناسب مع طبيعة المنازعة الإدارية ، لاختلاف خصائصها عن خصائص المنازعة المدنية (العادية) وذلك على غرار التنظيم في دول القضاء المزدوج والذي يعتبر العراق واحداً منها .

٢- توسيع اختصاصات محكمة القضاء الإداري بحيث تكون شاملة للمنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية والأعمال المادية للإدارة ، والتقليل من الاستثناءات المضروبة على ولايته وبالأخص الفقرة (ج) من المادة (٧/ خامساً) من قانون مجلس شوري الدولة والتي رسمت طريقاً للاعتراض على القرارات أو الطعن فيها أمام غيره .

٣- تنوع طرق الطعن أو التظلم من القرارات الإدارية ، بين التظلم أمام مصدر القرار أو الجهة الرئاسية له وبين الاعتراض لغير تلك الجهات كالاعتراض أمام الوزير أو أمام لجنة أو هيئة للفصل فيه دون تقديمه للقضاء الإداري ، وذلك ما أكدت عليه المادة (٧ / خامساً / ج) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي ، هذا وان المشرع قد ذهب إلى ابعاد من ذلك إذ جعل الاعتراض على بعض القرارات الصادرة من بعض اللجان أمام محاكم التمييز، ونرى إن ذلك يسم القضاء الإداري بعدم الانتظام ، إذ انه استثنى بعض القرارات من ولايته وجعل التظلم من القرار الإداري متناثراً بين التظلم أمام مصدر القرار وبين الاعتراض أمام جهة أخرى تكون قراراتها قطعية .

ولذا نرى - وان كان الاعتراض أمام اللجان يمثل أسلوباً غير قضائي في حل المنازعات الإدارية - ضرورة الاقتصار على طريق التظلم الإداري أمام مصدر القرار أو الجهة الرئاسية له ، على انه يفضل أن تشكل لجان إدارية مشكلة من عناصر قانونية وإدارية وفنية تنظر في جميع التظلمات ومن اجتماع آرائهم يمكن الوصول إلى القرار الإداري السليم ، على أن يتم فحص التظلمات في حضور صاحب الشأن وإجراء ما يلزم ليبيدي صاحب الشأن وجهة نظره ، إما أن يتم في غيبته فإن ذلك قد يمثل عمل تقليدي لا أكثر ، أي الاقتصار على طريق التظلم ومن ثم يمكن تشكيل لجان توفيق لحل النزاع بطريقة بديلة أخرى ، أي يتم اللجوء إلى لجان التوفيق لحل النزاع - بعد تقديم التظلم الإداري - وفي حالة عدم البت في النزاع أو عدم موافقة طرفا النزاع على توصية الموفق عندها يتم اللجوء إلى القضاء الإداري .

الختام

٤- ضرورة تدخل المشرع العراقي بسن تشريع لتنظيم إجازة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية ، وينظم أحكامه وإجراءاته ، وان يكون شاملاً لجميع صور المنازعات الإدارية والتي ينطبق عليها المعيار العام للقابلية للتحكيم .

٥- تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (٢٧١) من قانون المرافعات المدنية العراقية واعتبار التحكيم الإداري من قبيل المحررات القابلة للتنفيذ المباشر لدى دوائر التنفيذ ، بحسب نص المادة (١٤) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ، وهذا ما لم يعترض عليه احد الخصوم ، فان اعترض احد الخصوم ، فعلى منفذ العدل أن يبلغ طالب التنفيذ بمراجعة المحكمة المختصة لأستحصال حكم بتصديق القرار التحكيمي ، وذلك بهدف منح الثقة بعمل هيئة التحكيم .

٦- تعديل نص المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقية التي تنص على انه : ((لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن من مجلس القضاء الأعلى)) وذلك بأن يمنع المشرع العراقي القضاة المستمرين في ممارسة وظيفة القضاء من القيام بمهمة التحكيم وان يقتصر ذلك على القضاة المتقاعدين ، لأجل الحفاظ على هيبة القضاء وعدم إشغال القاضي الذي لا يزال في وظيفة القضاء بأمر أخرى خارج نطاق عمله الوظيفي ، كما يمتد ذلك السماح للقضاة المتقاعدين دون غيرهم في الدخول في عملية التوفيق أو الوساطة أو المفاوضة الخ .

٧- يجب على الإدارة عند إدراجها لشرط التحكيم في العقد الإداري أن تعمل على الحفاظ على المبادئ الأساسية للعقود ، وما تتمتع به من سلطات وامتيازات ، وذلك بتضمين العقد عند إبرامه الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية .

٨- ضرورة اشتراط المشرع صراحة تطبيق القانون الوطني الإداري على العقود الإدارية حفاظاً على خصائص هذه العقود وما تنظمه من مميزات للإدارة وحرصاً على تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم بصدد هذه العقود .

٩- نوصي الإدارة عند إبرام عقد إداري دولي بحسن اختيار المحكمين والاستعانة عند إبرام اتفاق التحكيم بذوي الخبرات القانونية والفنية التي تمكنهم من الصياغة الدقيقة لكافة جوانبه ، بحيث لا تغفل خصائص العقد الإداري ، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع أو الإجراءات ، حتى لا تفاجأ بتطبيق المحكم لقانون لا علاقة له بالنزاع ، أو ربما يجهل التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية ، مما يفقدها امتيازاتها المقررة لها بموجب القانون الإداري ، مع اشتراط أخذ موافقة الوزير المختص أو مجلس الوزراء وذلك لتعلق الأمر بالصالح العام .

١٠- قيام وزارة العدل بإعداد دورات خاصة لتأهيل المحكمين والموفقين والوسطاء على انه يفضل أن يكونوا في الغالب الأعم من المحامين والقانونيين وذوي الخبرة الفنية في الاختصاصات الأخرى وذلك من خلال المعهد القضائي ، علماً إن مثل هذه الدورات تساعد على بلورة الثقافة القضائية لدى المحكمين والموفقين والوسطاء ، بما يؤدي إلى حسم النزاع بطريق غير القضاء ، بالإضافة إلى ضرورة عقد المؤتمرات والندوات لتبادل الخبرات على مستوى العالم وزيادة المعرفة القانونية بالوسائل البديلة وطرق حلها للمنازعات الإدارية ونشر وترسيخ ثقافة هذا النظام نظرياً وممارسة .

الختاتمة

١١- نوصي المشرع العراقي بضرورة تعديل نص المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي ، بحيث يكون تعريف الصلح متضمناً لذكر نزول متبادل بين الطرفين عن جزء من ادعاءاتهم ، وذلك لأجل عدم اختلاطه بغيره من التصرفات والوسائل الأخرى ، ويكون نص المادة كالاتي : ((الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي ، وذلك بنزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته)) .

١٢- تطويع نظام التقادم في التشريعات الوطنية بما يتلاءم مع نظام الوسائل البديلة في حل المنازعات الإدارية وبما يجعل لها من اثر قاطع للتقادم المسقط للحق المتنازع عليه في العقود الإدارية ، مما يكون له اثر بالغ في عدم ضياع الحقوق المتنازع عليها .

١٣- ضرورة تقنين نظام الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية في نصوص واضحة ومفصلة وخالية من الغموض وغير قابلة لعدة تأويلات ، متضمناً الإشارة إلى الإجراءات والمواعيد التي يتم فيها حسم النزاع ، مع تحديد المدة لتسوية المنازعات بالأساليب البديلة لمدة أقصاها أربعة أشهر للتحكيم وستين يوماً للتوفيق أو الوساطة أو الصلح وذلك انسجاماً مع الغاية من التحكيم والأساليب الأخرى .

١٤- إنشاء لجان أو مراكز متخصصة للوسائل البديلة في حل المنازعات الإدارية مع تولي إحدى الجهات الرسمية إدارتها وقيامها بالتنسيق لعمليات المفاوضة والوساطة والتوفيق والصلح ، حيث تقوم بإعداد قوائم بأسماء الوسطاء والموفقين من ذوي الخبرة في عدة مجالات من قانونيين ومهندسين وغيره من المختصين بإدارة جلسات خاصة بهذه الوسائل ، وتصدر اللجنة قرارات (تسوية) على أن يذيل القرار الصادر من الموفق أو الوسيط مثلاً بالصيغة التنفيذية ليكتسب الصفة الرسمية ويكون قابلاً للتنفيذ ، على إن قبول الأطراف للقرار مهماً حيث يشترط أن يكون هناك ميعاد للطعن به يكتسب بعده القرار الدرجة القطعية .

١٥- يتطلب إنجاز هذا النظام (الطريق غير القضائي) تحقيق مجموعة من الضمانات ومنها :

أ - ضمان النزاهة الذي يتطلب احترام موافقة الأطراف المتنازعة .

ب - ضمان السرية .

ج - ضمان الحياد واستقلالية الموفق أو الوسيط أو المحكم .

د - احترام الإدارة لتوصيات اللجان ووضعها موضع التطبيق والقبول وتنفيذها طالما إن هذه التوصيات تتفق مع مبدأ المشروعية والمبادئ القضائية .

١٦- الإشارة إلى الشرط الجزائي في العقود الإدارية كطريق لحل النزاع الاداري إن كان هناك مقتضى له .

المق
دمة

فصل تمهيدي

الفصل الأول

الرقابة غير
القضائية وسيلة
لحل المنازعات
الإدارية

الفصل الثاني

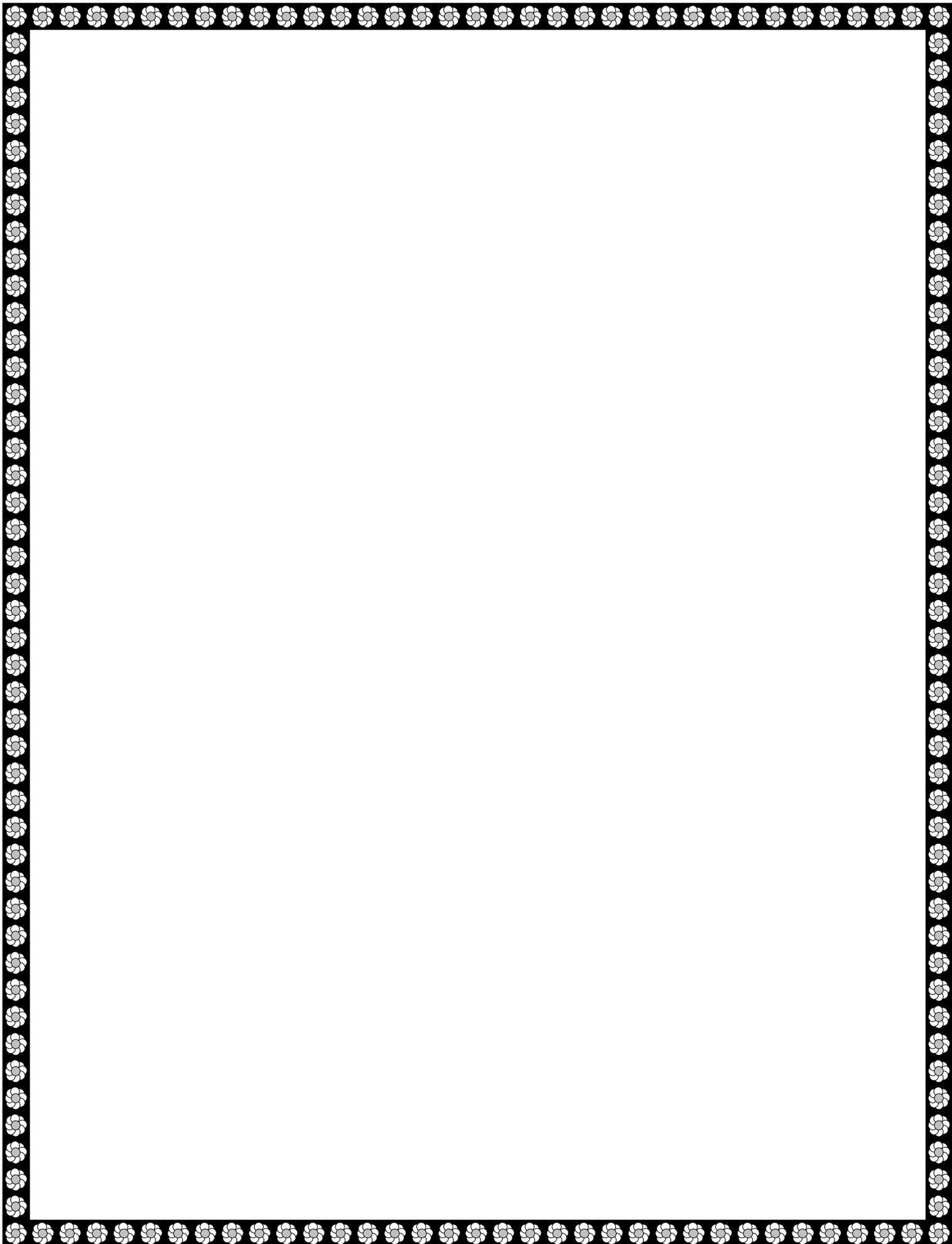
التحكيم في المنازعات الإدارية

الفصل الثالث

الوسائل الاحتياطية لحل
المنازعات الإدارية عن
الطريق غير القضائي

الخاتمة

قائمة



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي



جامعة النهريين/ كلية الحقوق

((الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية))

— دراسة

مقارنة —

رسالة تقدمت بها الطالبة

((زهاء محمد ناصر بدوي))

إلى مجلس كلية الحقوق — جامعة النهريين

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

و

الأستاذ المساعد الدكتور

سلام منعم مشعل

كاظم علي عباس الجنابي

٢٠١٣ م

١٤٣٤ هـ

((الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات
الإدارية))

— دراسة

مقارنة —

رسالة تقدمت بها الطالبة

((زهراء محمد ناصر بدوي))

إلى مجلس كلية الحقوق — جامعة النهريين

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

و

الأستاذ المساعد الدكتور

سلام منعم مشعل

كاظم علي عباس الجنابي

٢٠١٣ م

١٤٣٤ هـ

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

AL – Nahrain university

College of law

Non – Judicial Style in Solving the Administrative Disputes

Comparative Study

A Thesis Submitted by the student

(Zahraa Mohammed Nasir badawi)

To the Council of the Faculty of Law – university of AL – Nahrain

As a part of the requirements of the Master’s Degree in General law

Supervised by

Assist . Prof . Dr .

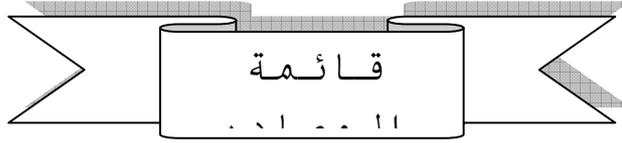
Kadhim Ali AL-janabi

Assist . Prof . Dr .

Salam Muneam Mishaal

2013 A.C

143^ε A.H



أولاً / القرآن الكريم

ثانياً / المعاجم

- ١- أبو منصور محمد بن احمد الأزهري ، تهذيب اللغة ، المجلد الأول ، تحقيق عبد الكريم الغرباوي ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ١٩٦٨م .
- ٢- إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٩٠م ، تحقيق محمد زكريا يوسف ، ٢٠٠٨م .
- ٣- جبران مسعود ، الرائد ، الطبعة الثامنة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥م .
- ٤- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٣٠٠٣م .
- ٥- محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩م .

ثالثاً / الكتب العربية

- ١- د. إبراهيم سيد احمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣م .
- ٢- د. إبراهيم طه الفيض ، القانون الاداري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون العراقي ، الجزء الثالث ، بدون مكان نشر ، بلا سنة طبع .
- ٣- د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١م .
- ٤- د. احمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤م .
- ٥- د. احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٨م .
- ٦- د. احمد المهدي والمحامي اشرف الشافعي ، التعليق على قانون لجان فض المنازعات ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٦م .
- ٧- د. احمد حافظ نجم ، القانون الاداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١م .
- ٨- القاضي احمد سعيد المومني ، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة التوفيق ، عمان ، ١٩٨٦م .
- ٩- د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣م .
- ١٠- د. احمد يوسف محمد علي ، التظلم الاداري في ضوء الفقه والقضاء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١١م .
- ١١- د. ادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩م .
- ١٢- د. اشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠م .

- ١٤- د. أنور احمد رسلان ، وسيط القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩م .
- ١٥- المستشار أنور طلبه، العقود الصغيرة الصلح والمقايضة والوديعة، الكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .
- ١٦- القاضي بشير الصليبي ، الحلول البديلة للنزاعات المدنية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن، ٢٠١٠م .
- ١٧- د. بكر قباني ، الرقابة الإدارية ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، ١٩٧٨م .
- ١٨- د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الاداري ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦م .
- ١٩- د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م .
- ٢٠- د. جابر جاد نصار ، التوفيق في بعض منازعات الدولة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢م .
- ٢١- د. جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦م .
- ٢٢- د. جورج سعد، القانون الاداري العام والمنازعات الإدارية ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦م .
- ٢٣- جورج فوديل وبيار دلفولفية ، القانون الاداري ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، ترجمة منصور القاضي ، ٢٠٠١م .
- ٢٤- د. جورج شفيق ساري ، قواعد وأحكام القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢-٢٠٠٣م .
- ٢٥- د. جورج شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥م .
- ٢٦- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد ، ١٩٥٤م .
- ٢٧- د. حسن محمد عواضة ، المبادئ الأساسية للقانون الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧م .
- ٢٨- د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٨م .
- ٢٩- د. حسان عبد السميع هاشم ، الخبرة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١م .
- ٣٠- د. حسني درويش عبد الحميد ، نهاية القرار الاداري عن غير طريق القضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١م .
- ٣١- د. حسين الماحي ، التحكيم النظامي في التجارة الدولية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣م .
- ٣٢- حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، ١٩٧٧م .
- ٣٣- د. حمدي عبد المنعم ، ديوان المظالم ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٨٨م .
- ٣٤- د. حمدي سليمان القبيلات ، الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠م .

- ٣٦- د. خالد خليل الظاهر، القانون الاداري ، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، دارالمسيرة ، عمان، ١٩٩٧م .
- ٣٧- د. خليل السيد هيكل ، الرقابة على المؤسسات العامة الإنتاجية والاستهلاكية ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٧١م .
- ٣٨- د. رحيم الكبيسي ، حرية الإدارة في سحب قراراتها ، دراسة مقارنة في النظم الفرنسي والمصرية والعراقية، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٠م .
- ٣٩- د. زكي محمد النجار ، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩-٢٠٠٠م .
- ٤٠- د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الاداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، دار الثقافة ، عمان، ٢٠٠٩م .
- ٤١- د. سامي جمال الدين ، دعاوى التسوية وولاية القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٦م .
- ٤٢- د. سامي جمال الدين ، الدعاوى الإدارية - دعوى إلغاء القرارات الإدارية ودعاوى التسوية ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣م .
- ٤٣- د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣م .
- ٤٤- د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م .
- ٤٥- د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م .
- ٤٦- د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥م .
- ٤٧- د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشؤون الموظفين ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٥م .
- ٤٨- د. سامي جمال الدين ، الإدارة العامة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦م .
- ٤٩- د. سعاد الشرفاوي ، الوجيز في القضاء الاداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١م .
- ٥٠- د. سعيد الحكيم ، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧م .
- ٥١- د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ورقابته لأعمال الإدارة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦١م .
- ٥٢- د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة لل عقود الإدارية ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤م .
- ٥٣- د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥م .
- ٥٤- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء الإلغاء ، الكتاب الأول ، الطبعة السادسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦م .

- ٥٥- د. سمير سهيل دنون، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٩م .
- ٥٦- د. شاب توما منصور ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، طبع على نفقة جامعة بغداد ، ١٩٨٠م .

- ٥٧- د. طارق المجذوب ، الإدارة العامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٨٨ م .
- ٥٨- د. طعيمة الجرف ، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الاداري ، الطبعة الأولى ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، ١٩٥٦ م .
- ٥٩- د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٣-١٩٦٤ م .
- ٦٠- د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لإعمال الإدارة العامة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٠ م .
- ٦١- د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ م .
- ٦٢- د. عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية و الإدارية طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ٦٣- د. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م ، الجزء الرابع ، مطبعة الزهراء ، بغداد، ١٩٩٠ م .
- ٦٤- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، طبعة منقحة من قبل المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ م .
- ٦٥- د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، المرافعات الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ٦٦- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعوى التأديبية والمستعجلة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ٦٧- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ٦٨- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القضاء الاداري ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ م .
- ٦٩- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ م .
- ٧٠- د. عبد الغني بسيوني، ولاية القضاء الاداري على أعمال الإدارة، قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣م.
- ٧١- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الاداري ، الطبعة الأولى ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٣م.
- ٧٢- د. عبد الفتاح أبو الليل ، الوجيز في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م .
- ٧٣- د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ الإدارة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ م .
- ٧٤- د. عبد القادر خليل ، نظرية سحب القرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ م .

- ٧٥- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٩ م .

- ٧٦- د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ م .
- ٧٧- د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، بدون مكان النشر ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ م .
- ٧٨- د. عبد المنعم محمد الشرقاوي ، شرح المرافعات المدنية والتجارية (قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م) ، دارالنشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٠ م .
- ٧٩- د. عدنان عمرو ، القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ م .
- ٨٠- د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري ، قضاء الإلغاء ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع .
- ٨١- د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري - مبدأ المشروعية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .
- ٨٢- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، الطبعة السادسة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ م .
- ٨٣- د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ م .
- ٨٤- د. علي الدين زيدان ومحمد السيد ، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الاداري ، نور الإيمان للإصدارات القانونية ، بدون مكان نشر ، ٢٠١٠ م .
- ٨٥- د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الاداري ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثاني ، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٨ م .
- ٨٦- د. علي عباس ، الرقابة الإدارية على المال والأعمال ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرائد العلمية ، عمان ، ٢٠٠١ م .
- ٨٧- د. علي عوض حسن ، التعليق على القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن التوفيق في المنازعات ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ م .
- ٨٨- د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الاداري ، الطبعة الرابعة ، العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠٠٩ م .
- ٨٩- د. عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الأول ، القضاء الاداري، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ١٩٨٨ م .
- ٩٠- د. عمر محمد الشوبكي ، مبادئ الرقابة على أعمال الإدارة وتطبيقاتها في الأردن ، المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، عمان ، ١٩٨١ م .
- ٩١- د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٧ م .
- ٩٢- د. عمرو احمد حسبو، لجان التوفيق في المنازعات في ضوء أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠ م .
- ٩٣- د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤ م .

(١٩٧)

- ٩٤- د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل ، القضاء الاداري ، الطبعة الأولى ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ٢٠١٢ م .
- ٩٥- د. فاروق احمد خماس ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٨ م .
- ٩٦- د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٩٣ م .

- ٩٧- د. فؤاد العطار ، القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢-١٩٦٣ م .
- ٩٨- د. فهد عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الاداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ م .
- ٩٩- د. ماجد راغب الحلو ، علم الإدارة العامة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ م .
- ١٠٠- د. ماجد راغب الحلو ، الاستفتاء الشعبي بين الأنظمة الوضعية والشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، مكتبة المنار الإسلامية ، الكويت ، ١٩٨٠ م .
- ١٠١- د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ م .
- ١٠٢- د. ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ م .
- ١٠٣- د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامع الجديد ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ م .
- ١٠٤- د. ماجد راغب الحلو ، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ م .
- ١٠٥- د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الاداري الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ م .
- ١٠٦- د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الاداري في الأردن ، الطبعة الأولى ، دار قنديل ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٥ م .
- ١٠٧- د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، منظمة نشر الثقافة القانونية ، مؤسسة O.P.L.C للطباعة والنشر ، ٢٠٠٩ م .
- ١٠٨- د. محسن خليل ، القضاء الاداري اللبناني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ م .
- ١٠٩- د. محسن خليل ، قضاء الإلغاء ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ م .
- ١١٠- د. مدحت محمد عبد العزيز ، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ م .
- ١١١- د. محمد احمد فتح الباب ، مبادئ الإدارة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ م .
- ١١٢- د. محمد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، طبعة مزيدة ومنقحة ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، ٢٠٠٥ م .
- ١١٣- د. محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، ٢٠٠٩ م .
- ١١٤- د. محمد جمال الذنبيات ، الوجيز في القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ٢٠١١ م .
- ١١٥- د. محمد حكيم حسين الحكيم ، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ م .

- ١١٦- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٥ م .
- ١١٧- د. محمد سامي الشوا ، القانون الاداري الجزائري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ م .
- ١١٨- د. محمد سامي الشوا ، الوساطة والعدالة الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

- ١١٩- د. محمد سليم العوا ، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٨ م .
- ١٢٠- د. محمد شافعي أبو راس ، القضاء الاداري ، عالم الكتب ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ١٢١- د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، اثر التفويض في الإصلاح الاداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ م .
- ١٢٢- د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤-١٩٩٥ م .
- ١٢٣- د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، توازن السلطات ورقابتها ، دراسة مقارنة ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة، ٢٠٠٣ م .
- ١٢٤- المستشار محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمسقط ، الطبعة الثانية ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٦ م .
- ١٢٥- د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م .
- ١٢٦- د. محمد علي جواد ، القضاء الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- ١٢٧- د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٧٣ م .
- ١٢٨- د. محمد ماجد خلوص ، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى، مصر، ٢٠٠٨ م .
- ١٢٩- د. محمد ماهر أبو العينين ، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي ، الكتاب الثالث ، نهاية القرارات الإدارية ، دار أبو المجد ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٧ م .
- ١٣٠- د. محمد محمد عبده ، القضاء الاداري ومبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ١٣١- د. محمود الجبوري ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٨ م .
- ١٣٢- د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ م .
- ١٣٣- د. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ م .
- ١٣٤- د. محمود السيد عمر التحيوي ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ١٣٥- د. محمود السيد عمر التحيوي ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ١٣٦- د. محمود حلمي ، القضاء الاداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧ م .

- ١٣٧- د. محمود سعد الدين الشريف ، أصول القانون الاداري ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٥ م .
- ١٣٨- د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الاداري ، الطبعة الثانية ، دن، ديم ، ١٩٩٩ م .

- ١٣٩- د. محمود محمد حافظ ، القضاء الاداري ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ م .
- ١٤٠- د. محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الاداري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ، مصر، ٢٠٠٥ م .
- ١٤١- د. مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر ، ٢٠٠٥ م .
- ١٤٢- د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، الطبعة الثانية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٣ م .
- ١٤٣- د. مصطفى رضوان ، الادعاء العام والرقابة الإدارية فقهاً وقضاءً ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .
- ١٤٤- د. معوض عبد التواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم في مصر والدول العربية ، المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، دار شادي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م .
- ١٤٥- د. نجلاء حسن السيد احمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤ م .
- ١٤٦- نجيب احمد عبد الله الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ م .
- ١٤٧- د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٣ م .
- ١٤٨- د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٣ م .
- ١٤٩- د. نواف كنعان ، النظام التأديبي في الوظيفة العامة ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجامعة، عمان ، الأردن، ٢٠٠٨ م .
- ١٥٠- د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ م .
- ١٥١- د. هاني علي الطهراوي ، القانون الاداري ، الطبعة الأولى ، الإصدار الرابع ، دار الثقافة ، عمان ٢٠٠٩ م .
- ١٥٢- د. هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٨ م .
- ١٥٣- د. هشام إبراهيم توفيق ، التعويض الأتفاقي (الشرط الجزائي) ، دار نور الإسلام ، القاهرة ، ٢٠١١ م .

رابعاً / الرسائل و الأطاريح

- ١- إدريس حسن محمد ، الرقابة على المؤسسات الخاصة ذات النفع العام وتطبيقاتها في القانون العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠١ م .
- ٢- اسعد سعد برهان الدين بكر ، إنهاء القرارات الإدارية بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ م .
- ٣- اسعد فاضل جياش ، النظام القانوني للتحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٢ م .

(٢٠٠)

- ٤- باسم سعيد يونس ، التحكيم الاختياري وسيلة لفصل منازعات العقود الدولية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ م .
- ٥- بولقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم أنموذجاً - رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١ م .

- ٦- جنان عبد الرزاق الكوفاوي ، المنازعات التقاعدية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٨ م .
- ٧- حبيب الهرمزي ، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ م .
- ٨- حسين علي طه ، الرقابة الشعبية وسيلة إسهام الجماهير في السلطة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨١ م .
- ٩- حيدر حسن شطاوي ، النظام القانوني ، لعقد التوريد ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين، ٢٠٠٨ م .
- ١٠- حيدر وهاب عبود العنزي ، التسوية الصلحية في قانون ضريبة الدخل العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٠ م .
- ١١- خالد لفته شاكر ، الاختصاص القضائي للإدارة في غير منازعات الوظيفة العامة ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢ م .
- ١٢- رنا محمد راضي البياتي ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٧ م .
- ١٣- سرمد رياض عبد الهادي ، إلغاء القرارات الإدارية من جانب الإدارة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين ، ٢٠٠٥ م .
- ١٤- سلمى طلال عبد الحميد ، القرارات التي يجوز سحبها وإلغائها دون التقيد بميعاد الطعن ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠١٠ م .
- ١٥- شعيب احمد سليمان ، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٨ م .
- ١٦- ضامن حسين العبيدي ، المجالس واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ م .
- ١٧- عادل حسين شبع ، القيود الواردة على اختصاص القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ م .
- ١٨- عامر زغير محيسن الكعبي ، حدود سلطة الإدارة في إنهاء القرار الاداري السليم ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠١ م .
- ١٩- عبد الأمير محسن مغير ، سلطة الإدارة في إصدار القرارات التنظيمية والرقابة عليها ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ م .

(٢٠١)

- ٢٠- عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الاداري في العراق ، حاضره ومستقبله ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٤ م .
- ٢١- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢ م .

- ٢٢- علي مزبهر سواي السوداني ، إلغاء الإدارة لقراراتها الإدارية المشروعة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٨ م .
- ٢٣- كلاويش مصطفى إبراهيم الزلمي ، نظام المفتش العام وتطبيقه في العراق ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٦ م .
- ٢٤- لقاء صفاء الدين محمود الزبيدي ، ضمانات الأفراد في مواجهة سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للقرار الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة المستنصرية ، ٢٠١٠ م .
- ٢٥- ماجد نجم عيدان ، النظام القانوني لدعوى الإلغاء في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٠ م .
- ٢٦- محمد عبد الله محمود الدليمي ، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1983 م .
- ٢٧- هاشم حمادي عيسى، النظام القانوني للتظلم الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩ م
- ٢٨- ياسين كريم محمد الحلفي ، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦ م .

خامساً / البحوث والمجلات والدوريات

- ١- إبراهيم خليل عوسج ، الوساطة الجزائرية المشروعة ، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الخامس ، شباط ، ٢٠١٢ م .
- ٢- د. إبراهيم طه الفياض ، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري مع إشارة إلى القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد الثاني ، العدد الثالث ، ١٩٩٨ م .
- ٣- د. إبراهيم طه الفياض ، السلطة الإدارية الرئاسية مقوماتها واختصاصاتها ، دراسة مقارنة بين القانون الإداري والإدارة العامة ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد السابع ، العدد الثاني عشر ، كانون الأول ، ٢٠٠٤ م .
- ٤- د. حاتم علي لبيب ، نظام المفوض البرلماني في أوروبا ، مجلة مصر المعاصرة ، ١٩٧١ م .
- ٥- د. حسن علي كاظم ، التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة منار العدالة ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ٢٠١٠ م .
- ٦- د. حيدر طالب محمد علي ، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد العاشر ، العدد عشرون ، ٢٠٠٨ م .
- ٧- خالد عبد الغني عزوز ، دور القضاء الإداري في الرقابة على أعمال الإدارة ، دراسة مقارنة ، بحث ترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة ، مقدم إلى المعهد القضائي ، وزارة العدل ، ١٩٩١ م .

(٢٠٢)

- ٨- د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم العادي والالكتروني ، بحث منشور في مجلة الجامعة الخليجية ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩ م .
- ٩- د. خالد محمد مصطفى المولى ، الجزاءات المالية في العقد الإداري ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، العدد الثامن عشر ، آذار ، ٢٠٠٧ م .

١٠- د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، السنة التاسعة عشر ، ١٩٦١ م .

١١- سنان عبد الستار شوكت ، عقد الصلح وآثاره في القانون العراقي ، بحث مقدم إلى المعهد القضائي ، وزارة العدل ، آب ، ١٩٩٢ م .

١٢- د. شاب توما منصور ، رقابة القضاء على إنهاء الإدارة لقراراتها بإرادتها المنفردة ، بحث منشور في مجلة القضاء العددان الأول والثاني ، السنة السادسة والأربعون ، ١٩٩١ م .

١٣- د. عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في الكويت ، دراسة نظرية تطبيقية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الخامسة ، العدد الرابع ، ديسمبر ، ١٩٨١ م .

١٤- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإدارة وحسم إشكالات التنازع بينهما ، بحث منشور في مجلة بيت الحكمة ، سلسلة المائدة الحرة (٤٠) ، ١٩٩٠ م .

١٥- د. علي احمد اللهبي ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، المجلد الثاني والعشرون ، العدد الأول ، ٢٠٠٧ م .

١٦- د. علي محمد بدير ، مهمة الوسيط في النظام الفرنسي لحماية الأفراد ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد الحادي عشر ، العدد الثاني ، ١٩٩٦ م .

١٧- علي نجيب حمزة ، سحب القرار الإداري ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الأول ، المجلد الأول ، حزيران ، ٢٠٠٨ م .

١٨- عمار صادق كريم ، التحكيم في الدعوى المدنية ، بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة فيه ، المرحلة الثانية ، ٢٠١٢ م .

١٩- د. عمار طارق عبد العزيز ، دور التحكيم في منازعات العقد الإداري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد ١٤ ، العدد الثالث ، ٢٠١٢ م .

٢٠- د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، ٢٠٠١ م .

٢١- د. ماهر صالح علاوي ، الرقابة على تحقيق النفع العام في قرارات الإستملاك ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد العاشر ، العدد الأول ، ١٩٩٤ م .

٢٢- د. ماهر محمد حامد ، دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي ومسؤوليته القانونية ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الجامعة الخليجية ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩ م .

٢٣- د. محمد انس قاسم ، نظام الأمبودسمان السويدي مقارناً بناظر المظالم والمحتسب في الإسلام ، مجلة العلوم الإدارية ، القاهرة ، العدد الأول ، سنة ١٩٧٥ م .

٢٤- د. محمد علي الطائي ، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، السنة (٢٠٣)

التاسعة والثلاثون ، العددان الأول والثاني ، ١٩٨٤ م .

٢٥- د. محمود خليل خضير ، نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد العاشر ، العدد عشرون ، ٢٠٠٨ م .

٢٦- القاضي محمود صالح محمد ، التحكيم وفق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م في ضوء أحكام قرار محكمة التمييز المرقم ٨٧/٨٦ استئنافية ، منقول ، ٢٠٠٥م في ٢٠٠٥/٢/١٥م ، بحث ترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من أصناف القضاء ، مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، ٢٠٠٦م .

٢٧- د. نفيص مدانات ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وأسس ومبرراته وحدوده ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد السابع ، العدد الحادي عشر ، السنة ٢٠٠٤م .

٢٨- مجلة القانون المقارن ، العدد الأول ، ١٩٦٧م .

٢٩- مجلة القضاء ، العدد الثالث ، ١٩٦٩م .

٣٠- مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول ، ١٩٧٠م .

٣١- النشرة القضائية ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، ١٩٧٤م .

٣٢- النشرة القضائية ، السنة الرابعة ، العدد الرابع ، ١٩٧٤م .

٣٣- مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة ١٩٧٦م ،

٣٤- النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ١٩٧٧م .

٣٥- مجلة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة ١١ ، ١٩٨٠م .

٣٦- مجموعة الأحكام العدلية ، العدد (١ - ٤) ، السنة ١٩٨٣م .

سادساً / مواقع شبكة الانترنت

١- د. احمد انوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء ، بحث منشور على الموقع members.Multimania.fr/berradarz/article/hal-naza3ate.pdf في تاريخ ٢٠١٣/٣/٣١م .

٢- المحامي حازم خرفان ، الوسائل البديلة لفض النزاعات ، تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٣/١٦م ، على الموقع الالكتروني : <http://www.nlcworld.com/newsletter/details.asp?topic.idc300> .

٣- د. شريف يوسف خاطر ، التحكيم في مجال العقود الإدارية ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي ، المؤتمر السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :

Slconf.uaeu.ac.ae/Arabic.Prev-conf-2008.asp في ٢٠١٣/١/٦م .

٤- د. صدراتي صدراتي ، مقياس المنازعات الإدارية ، محاضرات في المنازعات الإدارية ، ملقاة في كلية الحقوق ، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة (C.A.P.A) للسنة الدراسية ٢٠٠٤-٢٠٠٥م ، الجزائر ، منشورة على الموقع : <http://forum.Law.dz.com> تاريخ الزيارة في ٢٠١٢/٩/٢٦م .

٥- صديق محمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، بحث منشور في منتدى الدراسات والحوارات القانونية والاجتماعية على الموقع الالكتروني : <http://droit-site-forums.com/t8.topic> تاريخ الزيارة ٢٠١٢/١٢/٣١م .

(٢٠٤)

٦- د. عمر مشهور حديثة الجازي ، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية ، بحث ملقى في ندوة بعنوان (الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات) في ٢٠٠٤/١٢/٢٨م ، جامعة اليرموك ، اربد ، المملكة الهاشمية الأردنية على الموقع : www.jcdr.com/pdf/jcdr-january-o5.pdf تاريخ الزيارة ٢٠١٣/٣/٣١م .

٧- د. ليلي ت كلا ، نظام الأُمبودسمان البرلماني والديمقراطية في السويد ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :

الزيارة <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?serial=213120&eid=1656> تاريخ الزيارة ٢٠١٢/١٢/٨ .

٨- د. مازن ليلو راضي ، النظم البديلة لتحقيق العدالة والرقابة على أعمال الإدارة ، بحث منشور على الموقع الالكتروني : <http://www.minshawi.com/other/raghy.htm> تاريخ الزيارة في ٢٠١٢/١٢/٩ م .

٩- د. محمد الحلاق ، الأساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :

www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/.../22.../hallak.pdf ، تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٣/٣١ م .

١٠- المستشار محمد المحجوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن ، بحث منشور على الموقع : <http://dpm.Xooitfr/t584.htm> منتدى القانون العام المغربي، تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/١/٦ م .

١١- ونفناق حفيظة ، الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://www.courdeconstantine.mjustice.dznaknak.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠١٣/٣/٤ م .

١٢- منتدى جامعة ورقلة ، مفهوم النزاع الإداري ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :

www.Montada-echroukonlin.com تاريخ زيارة الموقع في ٢٠١٢/٩/٢٨ م .

١٣- النزاع الإداري ومعايير التمييز بينه وبين النزاع العادي ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :

www.Montada-echroukonlin.com تاريخ زيارة الموقع في ٢٠١٢/٩/٢٨ م .

١٤- بحوث عن تأسيس وعمل المنظمة العربية للأمم المتحدة عام ٢٠٠٩ م على المواقع الالكترونية :

<http://www.mediator.ma> و www.maghress.com/almaghribia/99791 تاريخ الزيارة في ٢٠١٢/١٢/١٨ م .

١٥- الصلح في المنازعات الإدارية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :

<http://etudiantdz.net/vb/showthread.php?t19497> تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٢/٢٦ م .

١٦- المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، منشورة على الموقع الالكتروني : <http://previous.eastlaws.com/support/modawana.aspx> تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٤/١٠ م .

١٧- <http://alassy.net/news/index.php?category> تاريخ الزيارة في ٢٠١٣/٥/٢٢ م .

سابعاً / المجموعات القضائية والقرارات والاتفاقيات :

١- مجموعة القرارات التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، مجلس الدولة ، مصر ١٩٤٨ م .

٢- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، مجلس الدولة ، مصر، السنة الثانية، ١٩٥٦-١٩٥٧ م .

(٢٠٥)

٣- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني ، مجلس الدولة ، السنة التاسعة ، العدد الأول ، ١٩٦٣-١٩٦٤ م .

٤- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠م) ، صادر عن المكتب الفني لمجلس الدولة المصري ، ج ٤ .

- ٥- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمس سنوات ، سمير أبو شادي ونعيم عطية .
- ٦- فؤاد الراوي ، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات والبروتوكولات ، نصوص (٦) ، من (١٩٥٠-١٩٥٥) ، مجلس التخطيط ، بغداد ، ١٩٧٥ م .
- ٧- فؤاد الراوي ، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات والبروتوكولات ، نصوص (٧) ، (١٩٥٥-١٩٥٦) ، مجلس التخطيط ، بغداد ، ١٩٧٥ م .
- ٨- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١ م ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة .
- ٩- دليل التشريعات القانونية الخاصة بالوظيفة العامة ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، مطبعة الوقف الحديثة ، ٢٠١٢ م .
- ١٠- قرار محكمة القضاء الاداري المرقم ٢٠١٢/٢١٤ ، رقم الدعوى ٢٠١٢/٢٢٨/ق ، بتاريخ ٢٣/٧/٢٠١٢ م ، غير منشور .
- ١١- قرار محكمة القضاء الاداري في العراق المرقم ٢٠١٢/٢٥٦ ، رقم الدعوى ٢٠١٢/٢٩٠/ق ، بتاريخ ٢٤/٩/٢٠١٢ م ، غير منشور .
- ١٢- قرار لجنة التحكيم في مشروع (إنشاء أقسام علمية في الكلية التقنية الإدارية / الكوفة) ، الصادر في ٢١/٤/٢٠١٢ م ، غير منشور .

ثامناً / القوانين والأنظمة والتعليمات العراقية

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ م .
- ٢- قانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٨ م الملغي .
- ٣- قانون جوازات السفر رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ م الملغي .
- ٤- قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ م .
- ٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ م .
- ٦- قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠ م .
- ٧- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ م المعدل بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ م .
- ٨- قانون حماية الحيوانات والطيور البرية رقم (٢١) لسنة ١٩٧٩ م الملغي .
- ٩- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ م المعدل .
- ١٠- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ م .
- ١١- قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ م .
- (٢٠٦)
- ١٢- قانون الإستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ م المعدل .
- ١٣- القانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠١ م قانون التعديل الثامن لقانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ م .
- ١٤- قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ م المعدل .

- ١٥- قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم (١١) لسنة ١٩٨٣م الملغى .
- ١٦- قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨م المعدل .
- ١٧- قانون الجمعيات رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠م الملغى .
- ١٨- قانون العقود العامة الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤م .
- ١٩- قانون المفصولين السياسيين رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٥م .
- ٢٠- قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م .
- ٢١- قانون المنظمات غير الحكومية رقم (١٢) لسنة ٢٠١٢م .
- ٢٢- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، وزارة التخطيط ، ٢٠٠٦م .
- ٢٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م .
- ٢٤- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية ، وزارة التخطيط .
- ٢٥- مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي .

تاسعاً / القوانين والأنظمة العربية والأجنبية

- ١- القانون المدني الفرنسي .
- ٢- قانون مجلس الدولة المصري رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م .
- ٣- قانون مجلس الدولة المصري رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م .
- ٤- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م .
- ٥- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩م .
- ٦- قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣م .
- ٧- قانون أصول المحاكمات السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٥٣م .
- ٨- قانون المرافعات الليبي لعام ١٩٥٤م .
- ٩- قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م .
- ١٠- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م .
- ١١- القانون المدني الليبي رقم (٣٦) لسنة ١٩٦٨م .

(٢٠٧)

- ١٢- قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م .
- ١٣- قانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٢م المصري .
- ١٤- قانون المسطرة المدنية بالمملكة المغربية رقم (٦٦-١٥٤) لسنة ١٩٧٤م .
- ١٥- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م .

- ١٦- القانون المدني الكويتي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٠ م .
- ١٧- قانون المرافعات الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ م .
- ١٨- قانون المرافعات المدنية الفرنسي لعام ١٩٨٠ م .
- ١٩- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ م .
- ٢٠- نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم رقم (م/٤٦) لسنة ١٩٨٣ م .
- ٢١- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ م (الاونسيترال) .
- ٢٢- قانون التحكيم اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ م .
- ٢٣- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م وقانون تعديله رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ م .
- ٢٤- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ م .
- ٢٥- قانون لجان فض المنازعات المصري رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ م .
- ٢٦- قانون رقم (٤٤٠) لسنة ٢٠٠٢ م اللبناني .
- ٢٧- قانون تعديل المسطرة المدنية المغربي رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥ م .
- ٢٨- قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ م .
- ٢٩- القانون المدني الجزائري المعدل رقم (٠٥-٠٧) لسنة ٢٠٠٧ م .
- ٣٠- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم ٠٩/٠٨ الصادر في ٢٥/٢/٢٠٠٨ م .
- ٣١- قانون التحكيم السوري الجديد رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨ م .

عاشراً / مصادر أخرى

- ١- د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات في القضاء الاداري ، ملقاة على طلبة الدراسات الأولية ، المرحلة الثالثة ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، للعام الدراسي ٢٠٠٦-٢٠٠٧ م ، غير منشور .
- ٢- د. غازي فيصل مهدي ، النظام القانوني لدعوى الإلغاء ، محاضرات ملقاة على طلبة الدراسات العليا ، الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، للعام الدراسي ٢٠١١-٢٠١٢ م ، غير منشور .
- ٣- د. حيدر طالب الامارة ، الخصائص المميزة لإجراءات القضاء الاداري ، محاضرات ملقاة على طلبة الدراسات العليا ، الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، للعام الدراسي ٢٠١١-٢٠١٢ م ، غير منشور .

(٢٠٨)

احد عشر / الكتب الأجنبية

- 1) Alexander Bevan, Alternative Dispute Resolution , sweet and Maxwell , 1992 .
- 2) Auby(J.M), L'arbitrage en matière administrative , A . J . D . A . 1955 .
- 3) Bay , L'arbitrabilité des litiges international de droit économique , Dalloz 1992 .

4) Edouard Laferriere , Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux , 2 Volumes , 1887 ,Tome , I.

5) Goldberg , sanders ,Rogers, Dispute Respte Resolution , Negotiating tactics for legal services lawyers , Meltsner Schrag , second Edition ,Boston,Little , Brown &co. , 1992 .

6) Hani Sarie , Consortia Agreements in the international construction Industry: with special reference to Egypt ,London, Boston : Kluwer Law International , 1996 .

7) Karl Mackie, David Miles, William marsh , Commercial Dispute Resolution ,utterworths , 1995 .

8) Léon Aucoc , conferences sur , l'administration , et. Le, droit adminstratif ,Paris , 1869 , Tome I.