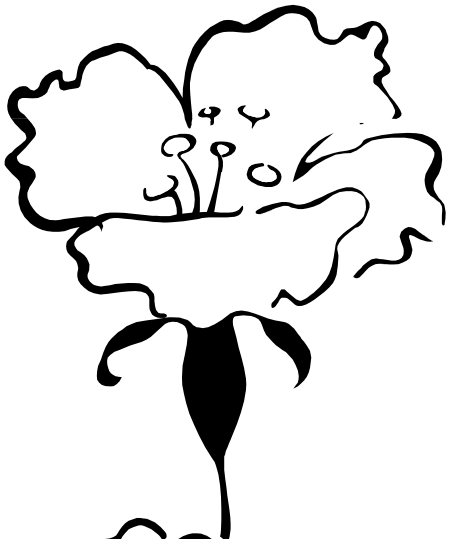

الإهـــــــــــــداء

الـى.....

من شقا لأنعم بالراحة وعلمني النجاح والصبر في مواجهة الصعاب ، ولم تمهله الدنيا لأرتوي من حنانه

والدي

رحمه الله

من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها تكسوني بحنانها لتخفف من آلامي

والدتي

الحبيبة أدامها الله

من كانوا يمهدون لي الطريق ويساعدوني ويتنازلون عن حقوقهم لإرضائي ، وحبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي

زوجي وأخوتي

وأولادي

اهدي ثمرة جهدي هذا ...

الباحثة

الخاتمـــــــــــة

ختاما ، وبعد أن انتهينا - والحمد لله – من استعراض جوانب البحث المختلفة لم يبق سوى جني ثمار هذا البحث ، والتي تتمثل في أهم النتائج التي توصل إليها البحث وكذا فيما يبدوا من مقترحات وذلك على التفصيل الآتي :

أولا" : الاستنتاجات

١- اللجوء إلى الوسائل البديلة لحسم منازعات العقود 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 .

٢- الصلح جائز في منازعات العقود الإدارية خاصة في منازعات التعويض الإداري عندما تكون الدولة مدينة بمبالغ مالية طائلة . وللصلح 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 نزاعا متعلقا بمشروعية قرار إداري لتنافي طبيعته مع طبيعة دعوى الإلغاء ، أما إذا ترتب على القرار الإداري حقوقا مالية فيمكن أن تفض أو تحسم عن طريق الصلح الحقوق المالية فقط دون التدخل في مشروعية القرار الإداري وإلغاءه.

٣- التحكيم أسلوب أو وسيلة من وسائل فض المنازعات الإدارية ـ وبالأخص منازعات العقد الإداري ـ يسمح للخصوم فـي 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 .

٤- يمكن الاستفادة من التحكيم لا سيما في ظل حركة الاستثمار الكبير التي من المؤمل ان يشهدها العراق وحاجة الإدارة فيه إلى التعاقد مع شركات ومستثمرين أجانب وعرب والذين يفضلون اللجوء الى التحكيم لفض ما قد ينشأ من منازعات حول تنفيذ او تفسير العقود التي تربطهم بالإدارة وإن كان هناك تأثير قد يلحق بسلطان الإدارة ، إلا ان الإدارة قبلت بمحض إرادتها شرط التحكيم ورأت ان قبول التعاقدات التي تنطوي على مثل هذا الشرط فيه مصلحة عامة وقومية .

٥- إن الخلاف الذي ثار يتعلق بمدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ، ولا يتعلق بالوسائل الودية الأخرى ، مثل الصلح والتوفيق ، فليس هناك موانع من اللجوء إلى مثل هذه

الوسائل ولا تثير الجدل ، على أن التحكيم يعتبر الأسلوب الأمثل والأساس لحسم ما يثور من نزاع مع الدولة أو احد الأشخاص المعنوية الأخرى .

٦- ليست هناك موانع ولا عقبات دستورية او قانونية تحول دون لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولا يمثل ذلك اعتداء" على اختصاص القضاء لما للتحكيم من دور حيوي ومفيد سواء في تشجيع الاستثمارات أو في تخفيف العبء عن القضاء .

٧- 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 .

٨- مرونة القضاء الإداري في فرنسا ومصر في قبول الطعن في كافة القرارات الممهدة لإبرام العقد الإداري ، وفي هذا توسيع لولاية قاضي الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية ، وذلك لحماية مبدأ المشروعية .

٩- إعادة اختصاص الدعاوى التي كانت تنظرها المحكمة الإدارية إلى القضاء العادي سيطيل من إجراءات التقاضي . لأن الحكم سيكون خاضعا" للطعن بطريق الاستئناف والتمييز أمام محكمة التمييز الاتحادية في حين كان القرار الصادر منها خاضعا للطعن تمييزا" أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية التي كانت تعطي لقرارات المحكمة الإدارية أسبقية في نظرها تمييزا" .

ثانيا" : التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في اختصاص محكمة القضاء الإداري وتوسيعها لتشمل النظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ، على ان تكون ولاية المحكمة ليست مقصورة على مرحلة ما قبل التعاقد وتقديم العطاءات وإنما كل مراحل حياة العقد الإداري . لما للعقود الإدارية والنظريات القانونية التي تحكمها من طبيعة خاصة تختلف عنها في العقود المدنية ، إضافة إلى إن بقاء الاختصاص للقضاء المدني يجعل المنازعات تصطبغ بالصبغة المدنية.

٢- نقترح على المشرع العراقي إعداد تشريع يتضمن أسلوب التوفيق كوسيلة لحسم منازعات العقود الإدارية لما تتميز به هذه الوسيلة من ميزات تجعلها تتقدم في بعض الأحيان على غيرها من الوسائل خاصة بعد ان تأكد على صعيد التعاملات الدولية أو المحلية نجاعة هذه الوسيلة في إنهاء الخصومات خاصة في مجال الاستثمار إذ اعتاد المستثمرون في البلدان المختلفة اللجوء إليها في فض المنازعات التي يمكن أن تعترض طريقهم في الاستثمار خاصة وان المستثمر لا يقصد من الخصومة إنهاء العلاقة أنما يقصد تصحيح مسارها ، إذا ما واجهتها عقبة يمكن تجاوزها بتسوية النزاع وبأسرع وقت واقل كلفة وبذلك فإننا نكون قد أضفنا عاملاً" مشجعا لجذب الاستثمار في ظل عراق جديد .

٣- ضرورة أن ينظم المشرع العراقي أمور التحكيم الداخلي والخارجي في قانون مستقل بعيداً" عن قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أن ينص فيه صراحة على جواز إجراء التحكيم في العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة وأن يأخذ المشرع بأحدث النصوص الواردة في قوانين الدول السباقة في إصدار قوانين التحكيم .

٤- ضرورة تعديل قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بما يجعل من قرارات هيئة التحكيم قابلة للتنفيذ دون حاجة إلى تصديقها من المحكمة المختصة مادام المشرع فتح أمام الخصوم باب الطعن بقرارات هيئة التحكيم أمام القضاء هذا من جهة ، وبهدف منح الثقة بعمل هيئة التحكيم من جهة أخرى .

٥- من الضروري وضع ضوابط معينة لعمل المحكم لا أن يترك الأمر مفتوحا ليكون أي شخص محكم ، وضرورة أن تكون هناك دورات خاصة يدخل فيها المحكمون ويأخذون هوية محكم حالهم حال الخبراء في المحاكم ، حيث إن عملهم خطير يستوجب أن تكون عندهم الثقافة القانونية اللازمة لذلك .

٦- إناطة اختصاصات المحكمة الإدارية الملغاة بمحكمة القضاء الإداري في مجلس شورى الدولة مثلما حدث في إقليم كوردستان العراق فقد أُلغيت المحكمة الإدارية المستحدثة بوزارة التخطيط في الإقليم وأُودعت اختصاصاتها إلى مجلس شورى الإقليم .

٧- شمول العقود الاستشارية وعقود التجهيز المتصلة بها والتي تكون دوائر الدولة طرفا فيها باختصاص محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات لعدم وجود أي مبرر لاستثنائها من اختصاص المحكمة . وأن يكون تشكيلة تلك المحكمة من قاضي وعضوين لأهمية القرارات الصادرة عنها .

وأخيرا ، أرجو أن أكون قد وفقت في انجاز هذه الرسالة على الوجه المرضي وأن أكون قد أضفت عملاً" نافعاً" وجهداً" متواضعاً" ، إلى جهود من سبقونا في هذا المجال.

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله تعالى على ما أمدني به من عزم وقوة لإكمال متطلبات إعداد هذه الرسالة ، رغم الظروف التي واجهتني مثلما واجهت الكثير من العراقيين .

والشكر والعرفان للأستاذ الفاضل الدكتور حيدر طالب الأمارة المشرف على رسالتي ، الذي وجدت فيه معلماً أميناً وأخاً كريماً لدعمه المتواصل وتوجيهاته القيمة التي كان لها الأثر البالغ في اثراء رسالتي وتقويمها فبارك الله فيه ورعاه خدمة للعلم وطلابه فجزاه الله عني خير الجزاء .

ويقتضي الوفاء مني أن أسجل خالص تقديري وشكري المتواصل لزميلي الدكتور فراس عبد الرزاق عميد كلية القانون / الجامعة العراقية لجهوده المبذولة ونصائحه القيمة اتمنى له النجاح الدائم وأن يحفظه الله انه سميع مجيب .

كما اتقدم بوافر الشكر والاحترام للسادة المستشارين في مجلس شورى الدولة الدكتور كريم خميس خصباك والدكتور عبد اللطيف نايف والدكتور رياض محسن مجول على ما قدموه من مساعدة في إعداد هذه الرسالة سواء بنصيحة أو مصدر .

والشكر الموصول الى السيد رئيس محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة القاضي شهاب أحمد ياسين والسيد رئيس محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ القاضي سعد محيي الجبوري لما قدماه لي من معلومات وتزويدي بالقرارات القضائية .

وكل الاحترام والمحبة إلى أسرة مكتبة كلية الحقوق في جامعة النهرين ومكتبة كلية القانون في جامعة بغداد ومكتبة كلية القانون في الجامعة المستنصرية ومكتبة وزارة العدل ومكتبة المعهد القضائي وموظفي قسم مصادر التشريعات ومحكمة القضاء الاداري في مجلس شورى الدولة ومحكمة التمييز لما قدموه لي من مساعدة للحصول على المصادر والقرارات التمييزية ذات الصلة .

والشكر والعرفان لزوجي الذي مد يد العون والمساعدة لإكمال دراستي وإخراج هذه الرسالة .

والله ولي التوفيق

الباحثة

عندما ينشأ خلاف معين بين طرفين ، ويصل الأمر الى حد النزاع ، ثم يتحول الى خصومة ، فأن القضاء هو صاحب الاختصاص الاصيل للنظر في هذا الخلاف ودراسة هذا النزاع والفصل في هذه الخصومة . فالقضاء هو الوسيلة الأساسية لحسم المنازعات بجميع أنواعها في الدولة الحديثة ، فهو سلطة من سلطات الدولة تكفل الدساتير استقلاله عن سلطات الدولة الاخرى ، وتكفل القوانين لأحكامه مهابة وقوة تنفيذية فيما قضى به .

ولكن اللجوء الى القضاء يحتاج ، كما هو معروف ، الى كثير من الوقت والجهد والمال ، مما دعا كثير من اطراف النزاعات المختلفة الى التفكير في نهج سبل اخرى واللجوء الى طرق مختلفة لفض نزاعاتهم وإنهاء خصوماتهم دون حاجة الى اللجوء الى القضاء ، ليتجنبوا مخاطر هذا الطريق ويتفادوا اثاره السلبية توفيرا" للوقت والجهد والمال .

ولقد تعددت هذه السبل والطرق ، بين الصلح ، الوساطة ، التوفيق ، التظلم ، واللجوء الى جهات فتوى او جهات استشارية والأخذ بفتواها ، أو اللجوء الى التحكيم وتسمى هذه جميعا" بالطرق البديلة للقضاء في فض المنازعات .

وقد تزايد استعمال هذه الوسائل بصفة مطردة إلى إن عرفت باسم بدائل تسوية المنازعات Alternative Dispute Resolution (A.D.R) - وذلك في السبعينات كبديل لنظام التقاضي خاصة في مؤتمر (pound) 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] .

ولبحث هذه الوسائل من حيث ماهيتها وإجراءاتها ارتأينا تقسيم الفصل على ثلاثة مباحث نبدأها بالصلح في مبحث أول ، ومن ثم التوفيق في مبحث ثان ، وبعد ذلك سنتطرق الى التحكيم في مبحث ثالث وكما يأتي :

الـــمبحـــث الاول

[١] **د.احمد أنوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء ، بحث منشور في شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني :. members.Multimania.fr/berradarz/article/hal-niza3ate.pdf تاريخ اخر زيارة في ٢٠١٤/١/١٢.**

الـصلـــح

قد يتطلب حسم نزاع معين او خصومة ما كثيرا" من التعقيدات من حيث الاجراءات التي تتطلبها الدعوى وقد يستغرق ذلك وقتا" وتكاليف باهضة لإنهاء تلك الخصومة .

كما قد يتوقى الخصوم نزاعا" بانهائه صلحا" ينتج عنه تخفيف العبء بينهم وربح الوقت ، ولقد شرع الصلح لرفع النزاع وقطع الخصومة ودليله في القران الكريم قوله تعالى { وَالصُّلْحُ خَيْرٌ } [١] . كما ويحظى عقد الصلح بأهمية كبيرة في القوانين ، لما يحققه من غاية مهمة وهي الوقاية من الخصومة وإنهائها ، لهذا قيل (صلح مجحف خير من حكم منصف)[٢] . عليه سنتناول تعريف الصلح وبيان عناصره في المطلب الاول ، اما الثاني سنخصصه لإجراءات وآثار الصلح ، والثالث للصلح في منازعات العقود الادارية .

المطلب الاول
تعـــريف الصلـــح وبيـــان عناصـــره

سوف يتم التطرق إلى تعريف الصلح في فرع أول ومن ثم بيان عناصره في فرع ثان .

الفـــرع الاول
تعـــريف الصلـــح

أولا": الصَّلحْ لغة اسم بمعنى الصّلاح : ضد الفساد ، والمصلحة : الصلاح . والاستصلاح : نقيض الاستفساد . وأَصلحَ الشئ بعد فساده : أَقامه . وأصْلَحَ الدابة : أحسن اليها فَصَلحَتْ ، والصُّلحُ : تَصالح القوم بينهم . والصُّلْحُ : السّلْم . وقد أصطَلَحُوا وصالحوا واصَّلَحُوا وتصالحوا وأصَّالحوا . وقوم صُلُوح : أي متصالحون[٣] .

ثانيا" : الصلح اصطلاحا" : سنعرف هنا الصلح فقها" ثم تشريعا" وبعد ذلك قضاء" .

أ- **الصلح فقهاً :** لقد عرف الصلح تعريفات عدة تدور جميعها حول معنى واحد وهو نية حسم النزاع بين الطرفين من خلال التنازل المتبادل بينهما ، فلقد عرف بأنه (عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم ، أو بمن يمثلهم ، يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض ما يتمسك به) [٤] .

---

[١] سورة النساء ، الآية (١٢٨) .

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

[٣] محمد بن مكرم بن منظور ، المصدر السابق ، ص ٣٧٤.

[٤] د. احمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٨، ص ٢٩.

وعرف بأنه (عقد يحسم به الطرفان نزاعا" ثار بينهما فعلا" ، او يتوقيان به نزاعا" محتملا" ، ويتأتى ذلك بتنازل ارادي من كل طرف عن بعض من مطالبه) [١] .

وعرفه الفقه الفرنسي بأنه (التصرف الذي يتم بموجبه التراضي ، والتراضي يستلزم تنازل الاطراف ، ويعتبر اسلوبا" لإنهاء النزاع بطريقة ودية ويتكون على ذلك من ركنين اولهما الموافقة الودية او الرضائية وثانيهما التنازلات)[٢] .

كما عرف بأنه (عقد يتضمن تنازلات تبادلية يتم بمقتضاه التوفيق بين أطراف علاقة معينة ، وإنهاء منازعة نشأت أو تدارك منازعة متوقعة الحدوث ، وقد يتم التصالح في مجال العقود الإدارية)[٣] .

ويرى البعض من الفقه إن الصلح الاداري يتماثل مع الصلح المدني ، وان كان الشخص العام يمثل احد أطرافه ، خاصة في مجال العقود الإدارية ، ويمكن التمييز بينهما باستخدام المعيار الإجرائي ، فلو كان النزاع من اختصاص القضاء الاداري ، كان صلحا إداريا [٤].

وبدورنا نعرف الصلح بأنه وسيلة من وسائل حل المنازعات بغير اللجوء إلى القضاء ، وهو اتفاق بين طرفين على رفع الخصومة وفض النزاع القائم او دفع المحتمل بعوض مالي او غيره بتراضيهما .

ب- **الصلح تشريعا" :** لقد كان تعريف الصلح موضع اختلاف بين التشريعات المدنية ، اذ تمحور هذا الخلاف حول وظيفة الصلح وكما يأتي :

عرفت المادة (٢٠٤٤) من القانون المدني الفرنسي الصلح بأنه (عقد يحسم به المتعاقدان نزاعاً قائماً ، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً) [٥].

وقد انتقد هذا التعريف لأنه غير كاف واقتصر على بيان الغرض من الصلح ولم يبين شروطه ، فهو لم يشر الى نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعائه وهذا من اهم خصائص الصلح [٦] .

---

[١] **د. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص ١٤٣.**

[٢] **page-Seznec(B) : les transaction en droit penal . the'se ,Paris, 1995, p.15**
نقلا"عن د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٣٤.

[٣] **د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ١٩٥.**

[٤] **د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧١.**

[٥] **نظم المشرع الفرنسي عقد الصلح في المواد (٢٠٤٤-٢٠٥٨) من القانون المدني الفرنسي .**

[٦] **د. محمود عرفات مصطفى ، روائع في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المجلد الثاني ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٧١ الهامش .**

كما عرفته المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري بأنه (عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته) [١] .

وبهذا التعريف يكون المشرع المصري قد تلافى منذ البداية عيب التعريف الذي أورده التقنين الفرنسي سالف الذكر الذي اقتصر على ذكر الصلح ، وهو حسم نزاع قائم او محتمل ، واغفل الاشارة الى وسيلته في ذلك وهي تنازل كل مصالح عن جزء من ادعائه [٢].

أما المشرع العراقي فقد عرف الصلح في المادة (٦٩٨) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بأنه (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي) [٣] .

نرى ان المشرع العراقي كان اكثر دقة في تحديد وظيفة الصلح اذ من غير المتصور الاتفاق على الصلح قبل حدوث النزاع .

جـ- **اما على مستوى القضاء :** فقد 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] ، و((الصلح عقد ينحسم به النزاع بين الطرفين في موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر، ولـهذا يجب ألا يتوسع فـي تأويله وان يقصر تفسيره علـى موضـوع النزاع .....)) [٥].

كما عرفت محكمة التمييز في العراق الصلح بأنه ((عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي ولا يجوز لأحد الطرفين الرجوع فيه ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه ....)) [٦] .

الفـــرع الثانـــي
عنـــــاصر الصلـــــح

من خلال دراستنا لتعريف الصلح يتضح لنا ان للصلح ثلاثة عناصر هي :

---

[١] **نظم القانون المدني المصري عقد الصلح في المواد (٥٤٩-٥٥٧) .**

[٢] **د. محمود جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، بدون سنة الطبع ، ص ١٦ .**

[٣] **نظم المشرع العراقي عقد الصلح في المواد (٦٩٨- ٧٢١) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .**

[٤] **حكمها في ١٩٩١/١/١٢ ، طعن رقم ٧٧٣ ، س٣٤ ، اشار اليه د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٥٤ .**

[٥] **نقض ١٩٨٥/١٢/٢٩ ، طعن ٢٥٠٦ س ، ٥٢ ق ، و نقض ١/٢٤ / ٢٠٠١ طعن ٢٣٤٩ س ٦٣ ق ، اشار إليهما المستشار أنور طلبة ، العقود الصغيرة الصلح والمقايضة والوديعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٨٧.**

[٦] **القرار رقم ٤٥٦-مدينة ثانية – ٩٧٣ في ١٩٧٣/١١/١، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، ١٩٧٤، ص ١١١ ، اشارت اليه زهراء محمد ناصر، المصدر السابق ، ص ١٣٨.**

العنصـــر الاول : نـــزاع قائـــم او محتمـــل

حتى يكون العقد الذي تم بين الاطراف صلحاً" فأنه لا بد من وجود نزاع قائم بين المتصالحين او على الاقل محتمل الوجود ؛ لأنه عقد يقصد به قطع النزاع والخصومة ، والفرق بين النزاع القائم والمحتمل ان الاول يتضمن أمرين : تعارض المصالح والمطالبة القضائية ، اما الثاني فيتضمن تعارض المصالح مع امكانية المطالبة القضائية التي لم تتم فعلاً" [١] .

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء وحسمه الطرفان بالصلح ، كان هذا الصلح قضائياً" بشرط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع ، وإلا أنحسم النزاع بالحكم لا بالصلح . ويجوز ان يكون تنفيذ الحكم النهائي محلاً" للصلح [٢] .

وليس من الضروري ان يكون هناك نزاع قائم ومطروح على القضاء حتى يكون العقد صلحاً"، اذ يكفي ان يكون هناك نزاع محتمل بين الطرفين ويأتي الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذه الحالة صلحاً" غير قضائي [٣] . فإذا انعدم النزاع بأن كان الحق ثابتاً" في جانب احد الطرفين ، وتصالحا رغم علمهما بذلك ، فأن العقد اما ان يكون عقداً" باطلاً" لانعدام سببه ، وأما ان يكون عقداً" اخر ألبس ثوب الصلح كهبة او ابراء مـن دين [٤] .

على انه لا يستلزم ان يكون النزاع حقيقياً" ، فوجود النزاع او انعدامه مسألة شخصية ونسبية يجب تقديرها بالنظر الى ذات المصالحين وما كان قائماً" في ذهنهما وقت التعاقد [٥] .

نؤيـد ما ذهب اليه الفقه مـن ضرورة وجود نزاع قائم او محتمل بين المتصالحين ليكون العقد صلحاً" .

العنصـــر الثانـــي : نيـــة حســـم النـــزاع

---

[١] المستشار انور طلبه ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثالث ، بدون سنة الطبع ، ص ٤٥٦ ، ود. سالم محمد الشوابكة ود. جعفر محمود المغربي ، عقد الصلح وتطبيقاته فـي التشريعات الجمركية ، بحث منشور فـي مجلة الحقوق ، العدد(١) السنة ٣١ ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٠٢.

[٢] المستشار انور العمروسي ، الموسوعة الوافية فـي شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، الطبعة الرابعة ، دار العدالة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢١.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٩٠ .

[٤] فإذا تنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الاجرة ليسهل عليه الحصول على الباقي ، فهذا ابراء من بعض الدين وليس صلحاً". د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ١٨ الهامش .

[٥] المصدر السابق ، ص ١٩ .

يجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، اما بإنهائه اذا كان قائما" ، وأما بتوقيه اذا كان محتملا" . ولكن ليس من الضروري ان يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين ، فقد يتناول الصلح بعض هذه المسائل فيحسمها ويترك الباقي للمحكمة لتتولى هي البت فيه [١]. كذلك يجوز للطرفين ان يتصالحا حسما" للنزاع ، ولكنهما يتفقان على ان يستصدرا من المحكمة حكما" بما تصالحا عليه ، فيوجهان الدعوى على هذا الاساس حتى يصدر من المحكمة الحكم المرغوب فيه فيكون هذا صلحا" بالرغم من صدور الحكم [٢].

ومن تطبيقات القضاء في هذا الشأن قرار محكمة بداءة الكرادة الصادر بتاريخ ٤ /٦ / ٢٠١٢ ((ان الصلح جائز بين الطرفين على ما ورد في عقد المصالحة وينسجم وحكم القانون وينهي النزاع ويرفع الخصومة بالتراضي على وفق حكم المادة (٦٩٨) مدني)) [٣] .

ونرى انه لا حاجة الى اضافة هذا العنصر الى العناصر الاخرى لعقد الصلح ، لان هذا الشرط او العنصر يستفاد من ركن التراضي في العقد اذ انه طبقا" لهذا الركن يجب ان يكون هناك تطابق بين الايجاب والقبول حتى ينعقد العقد ، والصلح في ذلك شأنه شأن سائر العقود .

العنصر الثالث : النزول عن ادعاءات متقابلة

يجب أن ينزل 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 تسليما" بحق الخصم ، إذ إن الصلح يشترط أن يقوم على تنازل من الجانبين وان لم يكن من الضروري أن يكون التنازل متعادلا" [٤] . ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما ذهبت اليه محكمة النقض اذ قضت أن ((عقد الصلح من اركانه نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه ، عدم اشتراط التكافؤ بين ما ينزل عنه كل من الطرفين ، الطعن فيه للغبن غير جائز)) [٥].

---

[١] د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الاسلامية والقوانين العربية ، الطبعة الثانية ، بدون سنة الطبع ، ص ٦٢ .

[٢] د. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، الجزء الثاني عشر ، عقود المصالحة والقرض والدخل الدائم ، دراسة مقارنة ، بدون سنة الطبع ، ص ١٤.

[٣] للمزيد ينظر قرار محكمة بداءة الكرادة الصادر بتاريخ ٤/ ٦/ ٢٠١٢ ، القاضي سالم روضان الموسوي ، قضاء محكمة البداءة ، احكام قضائية وأفكار قانونية ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٢٣٤.

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٣٩٢.

[٥] نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ سنة ٢٣ ، ص ١٢٧٤ ، اشار اليه د.محمود عرفات مصطفى ، روائع في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المجلد الثالث ، الطبعة الاولى ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٩٧.

وإذا كانت المادة (٢٠٤٤) من القانون المدني الفرنسي لا تنص على وجوب نزول الطرفين عن ادعاءات متقابلة ، لوجود نظام الصلح ، إلا إن 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 مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه ، لم يكن هذا صلحاً [١] . علـى سبيل المثال عندما يتم التصالح لتسوية نزاع تعاقدي ، فان التنازلات التبادلية تمثل غالباً في إن احد المتعاقدين يتنازل عن رفع الدعوى القضائية مقابل قبول الآخر بإصلاح ضرر أو جبر خسارة لحقت بالأول[٢] .

نرى وجوب ان يكون الصلح فيه تنازل متقابل من طرفي النزاع عن جزء من ادعائه وصولاً لحسم النزاع بين الطرفين وإن لم يكن هناك تعادلاً" فيما تم التنازل عنه .

الـمطلب الثانـــي
إجـــراءات الصلـــح وآثـــاره

قد يجنح طرفي النزاع الى تصالح فيما بينهما لإنهاء النزاع القائم وفي هذه الحالة لابد من اتباع اجراءات معينة للصلح ، كما ان له آثار ، عليه قسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول اجراءات الصلح ، اما الفرع الثاني اثار الصلح .

الفـــرع الاول
إجـــراءات الصلـــح

الصلح عقد يتم بين أطراف النزاع أنفسهم أو بمن يمثلونهم ، اي انه وسيلة ذاتية يتم عن طريقها حسم النزاع بالتنازل المتبادل .

---

[١] د. محمود التحيوي ، المصدر السابق ، ص ١٤٦.

[٢] د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية والتحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٩٥.

لذا فان إجراءه يتم من خلال حضور كل طرف بنفسه أو بوكيل عنه وكالة خاصة بالصلح امام المحكمــة وأن يقر بأنه موافق على الصلح ، فإذا تخلف هذا الشرط فلا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح . فان صدقت المحكمة على الصلح رغم تخلف احد الطرفين عن الحضور او رغم امتناعه عن التوقيع عن الصلح فان المحكمة تكون قد اخطأت في تطبيق القانون ويجوز لصاحب المصلحة ان يطعن في قرار المحكمة بطريق الطعن المناسب [١] .

والصلح لا يثبت إلا بالكتابة فلا يمكن أن يتم بمجرد الاتفاق الشفوي بين الخصوم ، إذ انه يكــون غير قابل للتنفيــذ فــي ذاته ، ولا يكون سنداً" تنفيذياً" إلا إذا افــرغ هــذا الاتفاق فــي صورة عقــد رسمــي (محرر موثق) او تم امام القضاء ، عن طريق اقرار الخصوم امام المحكمة واثبات ذلك الاقرار في محضر الجلسة [٢] ، وان دور القاضي هو التصديق على الصلح ولا يكون قائما بوظيفة الفصل في الخصومة لان مهمته تكون مقصورة في إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، وان هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا [٣] ، أي إن عمل القاضي هنا ليس من قبيل العمل القضائي وإنما يعدُّ مــن 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 [٤] .

الفرع الثــانــي
اثـــــار الصلـــــح

تقضي المادة (٧١٢) من القانون المدني العراقي ((اذا تم الصلح فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه ، ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه))[٥] . ويفهم من هذه المادة ان الصلح عقد ملزم للجانبين لازم لهما معاً" فلا يجوز لأي منهما الرجوع فيه . ومعنى هذا ان الاثر الجوهري للصلح هو حسم النزاع وإنهاءه وسقوط الدعوى القضائية ، لذا سوف نتكلم عن حسم النزاع أولاً" ومن ثم الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ثانياً" .

اولاً" - حـــسم النـــــزاع

---

[١] د. الانصاري حسن النيداني ، التنازل عن الحق في الدعوى ، دراسة تأصيلية وتطبيقية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ٥٩ ، ود. جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ١٥.

[٢] د. نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، بدون سنة الطبع ، ص ٥١ .

[٣] حكم محكمة النقض المصرية فــي ١٩٨١/١٢/١٠ ، طعن رقم ٨٩٩ س ، ٤٣ ق ، أشار إليه ، أنور طلبة ، العقود الصغيرة ، المصدر السابق ، ص ٧٤ . .

[٤] د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٥٧.

[٥] تقابل المادة (٥٥٣) مدني مصري ،(٥٢٣) مدني سوري ، (١٠٤٢) مدني لبناني ، (٢٠٥٢) فرنسي .

إذا ابرم صلح بين طرفين ، فأن هذا الصلح يحسم النزاع بينهما عن طريق انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل مـن الطرفين ، ويستطيع كل من الطرفين ان يلزم الاخر بما تم عليه الصلح ، او يطلب فسخ الصلح اذا لم يقم الطرف الاخر بما التزم به [١] .

ومـن تطبيقـات ذلك قـرار محكمـة التمييز الاتحاديـة الصادر فـي ٢٠١٤/٣/٤ حيث قضت ((..... ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه غير صحيح لمخالفته احكام القانون فلا يجبر المدعي المميز على طلب الفسخ على النحو الذي رسمته المادة (١/١٧٧) من القانون المدني بل تجد دعواه سندها بأحكام المادتين (٢٤٦ ، ٧٢١) من القانون ذاته اذ ان (محضر اتفاق الشركاء) المؤرخ في ٢٠٠٨/١١/٢٩ تضمن صلحا" في حكم المعاوضة بين الطرفين فيلزم كل منهما بتنفيذ ما التزم به تنفيذا" عينيا" متى كان ذلك ممكنا" اما عدم قيام احدهما بما التزم به فيجيز للطرف الآخر ان يطالب بتنفيذ العقد – اذا كان هذا ممكنا"- وإلا كان له ان يطلب فسخ العقد .....لذا كان على المحكمة التحقق من مدى امكانية التنفيذ العيني لبنود عقد الصلح ثم الفصل بموضوع الدعوى في ضوء ما تقدم وإصدار الحكم الذي يتراءى لها لذا قرر نقضه .....)) [٢] .

ولا يجوز لأي من الخصمين أن يجدد النزاع ، فإذا جدد احدهم الدعوى القضائية بشأن هذا النزاع أو ظل على دعواه القضائية أمام المحكمة رغم الصلح فيها لم يكن هذا جائزا ، وللطرف الآخر في الدعوى القضائية أن يدفع بالصلح [٣] . وقد قضت محكمة النقض المصرية ((إنحسام النزاع بالصلح اثره عدم جواز تجديده بين المصالحين)) [٤] ، كما قضت محكمـة التمييز الاتحادية ((اذا تم الصلح بين المتداعين فلا يجوز لأحدهما الرجوع فيه لان الصلح يدفع النزاع ويقطع الخصومة)) [٥] .

والصلح بالنسبة للحق المتنازع فيه عقد كاشف للحق لا منشئ له أي ان الحق الذي اعترف به احد المتصالحين للآخر يعتبر ثابتا" لا من وقت الصلح بل مـن وقت وجود السبب الذي انشأ هذا الحق [٦] . وان ما اراده الطرفان بالصلح ليس تنازل احدهما عن حقه او عن جزء من حقه للآخر ، لان استقرار

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٤٣٢.

[٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٦٣/ الهيأة الاستئنافية منقول /٢٠١٤ الصادر في ٢٠١٤/٣/٤ غير منشور.

[٣] د. محمود التحيوي ، المصدر السابق ، ص ١٥٦-١٥٧

[٤] طعن ١١٤٦ لسنة ٦٣ ق ، جلسة ١٩٩٣/١٢/٩ ، اشار اليه أنور العمروسي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨.

[٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٤٨٧٢/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠١٠) الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٢ ، منشور في شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني htt//thejusticenews . com /? P= 12964 اخر زيارة للموقع ٢٠١٤/١/٢٠.

[٦] د. حسن ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، شركة رابطة للنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٢٦٧ .

الحق لأحدهما دون الاخر كان دائما" موضع شك ، ولكنهما ارادا بالصلح قطع دابر النزاع والتخلص من اعبائه ونفقاته ، فكل ما ترتب على الصلح هو تعهد كل منهما بالكف عن التعرض للآخر والإقرار له بصحة ادعاءاته بصفة مطلقة او محددة .

وبناء على ما تقدم نجد ان هناك شبها" بين الصلح والحكم في ان كلا منهما يحسم النزاع ، وان الدفع بالصلح كالدفع بقوة الامر المقضي يقتضي الشروط نفسها من حيث وحدة الخصوم والمحل والسبب ، ولكن على الرغم من ذلك تبقى هناك العديد من الفروقات بين الحكم والصلح ، ومنها ان الصلح قد يحسم نزاعا" قائما" او محتملا" ، اما الحكم فيصدر لحسم نزاع قائم ، والطعن في الحكم يكون بموجب طرق معينة حددها القانون ، اما الطعن في عقد الصلح فيكون بدعوى البطلان [١] .

كما ان عقد الصلح شأنه شأن سائر العقود له اثر نسبي ، فهو مقصور على النزاع الذي تناوله دون ان يمتد الى نزاع اخر لم يشمله ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما فلا يحتج به على الغير ، وعلى السبب الذي ابرم لأجله فلا يشمل سببا" اخر لم يكن مطروحا" عند ابرام الصلح [٢].

ثانيا"- 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 ، فأنه يؤثر في قبوله تأثيرا سلبيا ، بمعنى إن وجود عقد الصلح يهيئ لميلاد الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، أما عن كيفية هذه التهيئة ، فيرى جانب من فقه القانون الوضعي ، إن ذلك يكون من خلال التأثير على شرط المصلحة ، والواجب توافره لإمكانية قبول الطلب القضائي أمام المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فـي 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 ، فقد سبق حسم النزاع عن طريق الصلح ، وهذا الحسم تتم بالإرادة المشتركة لجميع الاطراف ذوي الشأن . ومن ثم فان محاولة تقديم طلب قضائي أمام القضاء بعد الاتفاق على الصلح ، لحسم ما سبق إن حسمه الأطراف بالصلح يؤدي إلى أن يفقد الطلب القضائي شرط المصلحة القانونية الواجب توافره لإمكانية قبوله أمام القضاء ، ومن هنا يتولد الدفع بعدم قبول الدعوى

---

[١] في التفرقة بين الحكم والصلح ، يراجع ، د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٤٨.

[٢] د. محي الدين اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٦٩ .

القضائية ، كما يلاحظ تخلف شرط الاعتداء على الحق أو المركز القانوني ، وهذا التخلف يرجع إلـــى حسم كل خلاف علـــى الحق ، أو المركز القانوني بواسطة عقد الصلح [١].

وقد قضي بأنه ((الدفع بانقضاء المنازعة بالصلح ، هو حقاً مقرراً 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 ضمنا ، 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 حكما 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 القضائي ، ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى قضائية مستقلة ، كدليل لنقض حجية الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي))[٢] .

والدفع بانقضاء المنازعة بالصلح يبدي في أي حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، ما لم يكن المتصالحان قد تقابلا الصلح - صراحة ، او ضمنا" – فيصبح الدفع بسبق حسم النزاع صلحا" بغير محل يرد عليه ومن ثم يعد كأنه لم يكن .

المطلب الثالـــث
الصلح فـــي منازعـــات العقـــود الاداريـــة

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 [٣] .

لذا يثار التساؤل حول مدى إمكانية الأخذ بالصلح لحسم المنازعات الإدارية ، وللإجابة على ذلك فلابد من بيان موقف الفقه وأيضاً موقف التشريعات المقارنة والقضاء ، في كل من فرنسا ومصر والعراق ، لنبين في النهاية مدى جواز الأخذ به وهذا ما سنتناوله في ثلاثة فروع ، نبين في الأول موقف الفقه ، وفي الفرع الثاني موقف التشريع ، اما الثالث سنبحث فيه موقف القضاء .

الفـــرع الأول

---

[١] د. محمود التحيوي ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ وما بعدها .

[٢] الطعنان ٢٩٠ ، ٣٠٣ لسنة ٣٥ قضائية جلسة ١٩٧٠/٦/١١ س ٢١ ص ١٠٣١ ، المحامي قمر محمد موسى ، الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، بدون سنة الطبع، ص ٣٩٧٣ .

[٣] في تفصيل ذلك يراجع أنور طلبة ، المصدر السابق ، ص ٩٦ –٩٧ .

مـــــوقـف الفقـــــــه

يرى جانب من **الفقه الفرنسي** ان الصلح الاداري يجد مجالات تطبيقه في النزاع المترتب على الغاء العقد الاداري ، وفي نطاق الوظيفة العامة ، وفي مجالات محددة كالضرائب والصيد والغابات ، حيث تملك الإدارة التراضي في تلك المخالفات [١] . 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 [٢] .

ويرى البعض ان الصلح الاداري يحقق فائدة كبيرة للمرفق العام ، حيث يجنب تأخير الفصل في المنازعات ، وقد تجد الإدارة إن من مصلحتها الالتجاء للصلح ، ومن ثم فالصلح الاداري إجراء غير قضائي في إنهاء النزاع كما انه يعتبر بديلا" عن العقوبات الادارية [٣] ، 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 ١٩٩٥/٢/٦ 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 [٤] .

أما الفقه المصري : فقد ذهب البعض منهم الى إن الصلح جائز في مجال العقود الإدارية ، خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق أو التزامات مالية [٥] . ومنهم من يرى جواز التصالح في مجال العقود الادارية بل وفي غيرها من المنازعات الإدارية غير المتصلة بالنظام العام [٦] .

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 التكليف الضريبي كثيرا ما يحدث أن يتم تفاهم أو اتفاق بين مصلحة الضرائب والمكلف فيتفقان على حسم النزاع ، ومن ثم على مقدار الضريبة ، وأن مثل هذه الاتفاقات قد تقود أطراف النزاع إلى

---

(١) **Dobkine(M.) : L'ordre re'pressif administratif.D. 1993,P. 137 ets .**

نقلا" عن د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧١.

(٢) **Laurent Richer, Droit des contrats administratif , 1995,p.251.**

نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية والتحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٩٦ .

(٣) **د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧٢ .**

(٤) **د. جورجي شفيق ، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٢٣٢ –٢٣٣**

(٥) **المصدر السابق ، ص ٢٣٢ .**

(٦) **د. ماجد الحلو ، القضاء الاداري ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .**

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 [١] .

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) ، وبالرغم من عدم وجود نصوص قانونية صريحة بشان الصلح في المنازعات الإدارية ، سواء في قانون المناقصات والمزايدات رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ، أو قانون الهيئات العامة رقم (٦١) لسنة ١٩٦٣ ، الا ان ذلك لا يعني سوى تطبيق قواعد القانون المدني- في الصلح - على منازعات عقود الإدارة بنوعيها (مدنية ، إدارية) ، باعتبار إن هذه القواعد من الأصول العامة الواجبة التطبيق على سائر الدعاوى أمام كافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها [٢] .

أما **الفقه العراقي** فلم نجد شروحات تتعلق بالصلح وهذا مرده عدم وجود نصوص قانونية تجيز الصلح في العقود الادارية وهذا نعده نقصا" في التشريع العراقي يجب تلافيه .

مما تقدم يتضح ، تباين الاتجاهات الفقهية فالصلح الاداري يعالج المنازعات الإدارية في مجالات عديدة وان مفهومه مبهم جدا .

الفـــرع الثانـــي
مـــــوقـف التشريـــــع

لقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٠٤٥) منه صراحة على جواز الصلح في منازعات القانون العام ، واعترف صراحة للبلديات والمؤسسات العامة بإمكانية التصالح .

ولقد اعطى **المشرع الفرنسي** الصلح اهمية كبيرة في حسم المنازعات الادارية فطبقا" لقوانين الاصلاح القضائي التي شهدتها البلاد في ١٢/٣١/ ١٩٨٧ عمل المشرع الفرنسي على اعطاء اهمية كبيرة لأحكام التسوية الودية للمنازعات الادارية عقدية وغير عقدية وقام بإنشاء اللجنة الاستشارية للتسوية

---

[١] د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧١.

[٢] د. مدحت محمد عبد العزيز ، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١١ . ود. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص ٣٨-٣٩ .

الودية بموجب المرسوم الصادر في ١٩٠٧/١٢/٢٤ بتشكيل وزارة للبحث في المنازعات والخلافات الناشئة عن العقود الادارية [١] .

كما نجد كمثال لضرورة اللجوء الإجباري المسبق للصلح قبل اللجوء إلى القضاء المادة (١٤) من القانون رقم ٦٥٢/٩٢ الصادر في ١٩٩٢/٧/١٣ المعدل للمادة (١٩) من القانون رقم ٨٤ / ٦١٠ الصادر في ١٩٨٤/٧/١٦ والخاص بالمجموعات الرياضية والاتحادات [٢] .

وقد ترتب على صدور قانون ١٩٨٢/٥/٢ 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 [٣] .

أما بالنسبة **للتشريع المصري** فلا توجد نصوص صريحة تجيز اللجوء الى الصلح في المنازعات الادارية لحسم هذه المنازعات ، ألا انه يلاحظ إن المشرع المصري وضع نموذجا للتصالح الاداري ، يتمثل في القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٩٧ الصادر في ١٩٩٧/١٢/٨ ، حيث أجاز القانون التصالح في المنازعات القائمة بين مصلحة الضرائب والممولين ، وتلك المنازعات التي تتعلق بالخلاف بين الممول والإدارة حول ربط الضريبة أو قيمتها [٤] .

أما بالنسبة **للتشريع العراقي** فلم نعثر على تشريع يجيز اللجوء الى الصلح في منازعات العقود الادارية ، وسبب ذلك انه يتعلق بالمال العام مما يدفع بالكثير من المؤسسات الى عدم التصالح مع الطرف الآخر لأنها لا تملك مثل هذا الحق ، وكان الأجدر أن يتم معالجة هذا الموضوع بالسماح للمؤسسات العامة بالتصالح مع الجهات الاخرى متى ما كانت المصلحة التي تسعى الى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنة بالتكاليف والجهود التي يمكن ان تتحملها للحصول عليها .

---

[١] **د. نجلاء حسن سيد احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .**

[٢] **د. جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ٢٣٣ الهامش .**

[٣] **د. ماجد الحلو ،العقود الادارية ، الطبعة الاولى ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٨٦ .**

[٤] **د. محمد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧٣ .**

وجدير بالذكر إن قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ قضى في المادة (٥٩) مكررة منه على التسوية الصلحية والذي يتمثل بتخلي السلطة المالية عن المطالبة باتخاذ الإجراءات القانونية ضد المخالف الذي ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة (٥٧) و(٥٨) مقابل تخليه عن مبلغ من المال ، وهذا يكيف بأنه صلح ضريبي وليس صلح إداري أو صلح جنائي وان كنا نرى فيه وجه من أوجه الصلح الاداري .

الفــرع الثالــث
مـــــوقف القضـــــــاء

لقد 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 [١] .

وعندما يقبل الشخص العام التصالح بأن يدفع مبلغاً من المال إلى الطرف الآخر ، فان قيمة هذا المبلغ يجب أن تتناسب مــع 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

---

[١] **د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية والتحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٩٦ –١٩٧ .**

قضى مجلس الدولة الفـرنسي((بان الأشخاص المعنوية العـامة لا يمكـن أن يحكم عليهـا بـدفـع مبالـغ لا تجب عليها)) (١) .

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 أُسِيءَ 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 (٢).

أما بالنسبة **للقضاء المصري** فقد اقر الصلح في المنازعات الإدارية ومن ذلك مثلاً ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بان ((لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانه 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 طبقا لأحكام القانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٥٨ 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) .

أما **القضاء العراقي** لم نلاحظ له أي موقف تجاه الصلح في العقود الادارية كون القضاء ملتزم بالنصوص القانونية .

أما عن رأينا عن الصلح في العقود الادارية فنجد انه جائز خاصة في منازعات التعويض الاداري عندما تكون الدولة مدينة بمبالغ مالية طائلة . كما ونرى أن للصلح مجالاً رحباً في منازعات الضريبة بين الإدارة والمكلفين حول تحديد وعاء الضريبة أو تقدير قيمتها ،. أما بالنسبة لمنازعات دعوى الإلغاء فلا

---

(١) **C.E.8avril 1921, Compagnie de la N'Goko- Sangha , Rec . 35; C.E 19 mars 1971, Mergui , Rec, 235 نقلا" عن د. ماجد الحلو ، العقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٢٨٧ .**

(٢) **د. ماجد الحلو ، العقود الادارية والتحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٩٧.**

(٣) **ادارية عليا في ١٩٨٦/٢/١٠ ، طعن رقم ٨٠٣ لسنة ١١ قضائية ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثامن عشر ، قاعدة رقم ٥٥٧ ، ص ٨٧٠ ، أشار اليه د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٦٨.**

يمكن أن يحسم الصلح نزاعا متعلقا بمشروعية قرار إداري لتنافي طبيعته مع طبيعة دعوى الإلغاء ، أما إذا ترتب على القرار الاداري حقوقا مالية فيمكن أن تفض أو تحسم عن طريق الصلح الحقوق المالية فقط دون التدخل في مشروعية القرار الاداري وإلغاءه.

المبحث الثانـــــي
التوفيـــق

يمثل التوفيق الاسلوب الاكثر شيوعا" في العقود كافة ، مدنية كانت ام ادارية بفضل ما يتحلى به من مزايا من شأنها ان تشجع جميع المتنازعين على اللجوء اليه ، فهو وسيلة سريعة لحسم النزاع ويجنب اطرافه سلوك الاجراءات المعقدة والصعبة التي تطبع الحل القضائي والتحكيمي ، وما قد يترتب عليها من تكاليف باهضة لا مبرر لها . ولأهمية التوفيق في حسم منازعات العقود الادارية سنتناوله في مطلبين : الاول لتعريف التوفيق وأهميته وتمييزه عن الانظمة المقاربة له ، اما الثاني للتوفيق في الدول المقارنة .

المطلب الاول
تعريف التوفيق وأهميته وتمييزه عن الانظمة المقاربة له

نتناول تعريف التوفيق وأهميته في الفرع الأول وتمييز التوفيق عن الانظمة المقاربة له في الفرع الثاني .

الفـــرع الاول
تعـــريف التوفيـــق وأهميتـــه

التوفيق في اللغة يراد به الوفق : أي الوفاق والموافقة ، والتوافق : الاتفاق والتظاهر ، ووافقته اي صادفته ، ووفقت أمرك أي وفقت فيه ، ووفقه الله للخير: ألهمه ، وهو من التوفيق ، واستوفقتُ الله أي سألته التوفيق [1] ، والتوفيق هو سد طريق الشر وتسهيل طريق الخير، وتوفق نجح في ما سعى اليه [1].

---

[1] **محمد بن مكرم بن منظور ، المصدر السابق ، ص ٥٢٤ .**

أما في الاصطلاح فقد عرفه الفقهاء بأنه (وسيلة لحل المنازعات عن طريق التقريب بين وجهات نظر كل من طرفي النزاع ومحاولة انهاء الخلاف بينهما من خلال توضيح لكل طرف الاسباب التي تملي تصرف الطرف الثاني ، وتقييم هذه الاسباب ، وذلك من اجل التوصل الى حل تصالحي للنزاع او تسوية ودية له) [٢] .

وعرف ايضاً (اجراء يتبع في تسوية منازعات العمل الجماعية ويتضمن طلب توسط طرف ثالث هو الوسيط الذي يتقدم بتوصيات والتي ليست لها صفة الالزام)[٣] .

كما عرفه البعض ونحن نتفق معهم بأنه (اتفاق اطراف النزاع على احالة هذا النزاع لشخص ثالث يتفقون عليه للتوفيق بينهم في محاولة لتسوية النزاع وديا" قبل اللجوء الى القضاء او التحكيم)[٤] .

وتبرز اهمية التوفيق من نواحي متعددة ، فالتوفيق يهدف اساساً الى تشجيع وتسهيل الاتصال المباشر بين طرفي النزاع حيث ان هذا الاتصال المباشر من شأنه ان يسهل ويشجع الحوار بينهما من اجل التوصل الى تسوية تكون من خلقهما وتعبيراً عن ارادتهما ، ومن ثم يتميز التوفيق بمرونة اجراءاته وبساطتها ، بالإضافة الى البعد التام عن الشكليات وذلك على خلاف اجراءات التقاضي امام المحاكم . وعلى هذا فان نظام التوفيق الذي تقوم به اللجان هو التقريب بين وجهات النظر المتعارضة بهدف الوصول الى تسوية ودية للحقوق المتنازع عليها بين الاطراف ومحاولة انهاء الخلاف بينهما وبالتالي فان هذه التسوية لا تحوز قوة الامر المقضي به إلا بقبول الاطراف بها [٥].

وقد يترتب على التوفيق انهاء المنازعة بين طرفيها ، ويفرض على كل منهما التزاماً بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الاخر وبالتالي تنتج هذه الوسيلة اثارها في حسم النزاع ، وتستقر بذلك المراكز القانونية لأطرافه ، وقد لا يسفر التوفيق (التسوية الودية) عن التوصل الى انهاء المنازعة نتيجة عدم تلاقي ارادة طرفيها على التسوية وبالتالي يفتح امامها طريق اللجوء الى القضاء بحسبانه الوسيلة التي كفلها الدستور والقانون للفصل في المنازعات وحسمها بأحكام تحوز حجية الشيء المقضي فيه [٦].

---

[١] **جبران مسعود ، المصدر السابق ، ص ٢٥٤.**

[٢] **د. عمرو احمد حسبو ، لجان التوفيق في المنازعات في ضوء احكام القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة الطبع ، ص ٦.**

[٣] **د.إبراهيم نجار ود.أحمد زكي ود. يوسف شلال ، القاموس القانوني ، فرنسي- عربي ، مكتبة لبنان ، ص ١٩١.**

[٤] **د. حمزة احمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٧.**

[٥] **د. عمرو أحمد حسبو ، المصدر السابق ، ص ٦.**

[٦] **د. محسن العبودي ، القطاع الخاص ووسائل تسوية المنازعات ، بحث منشور على شبكة الانترنت في الموقع الالكتروني http:/www.eastlaws . com اخر زيارة للموقع ٢٠١٤/٢/١٠.**

ونظرا" لأهمية التوفيق في الوقت الحاضر وكثرة تطبيقاته في الحياة العملية ، اصدرت مؤسسات كثيرة قواعد خاصة بالتوفيق تغطي المسائل المتعلقة به ، مثل تعيين الموفقين والإجراءات امامهم ، وآثار العملية التوفيقية ، ومن ذلك قواعد التوفيق لدى لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسيترال) لسنة ١٩٨٠ ، والقانون النموذجي للتوفيق الذي اعدته اليونسيترول سنة ٢٠٠٣[١] .

الفـــــرع الثانـــــي
تمييـــز التوفيـــق عن غيره من الانظمـــة المقاربـــة له

قد يشتبه التوفيق مع بعض التصرفات القانونية التي من شأنها انهاء النزاع كالصلح والتحكيم ، لذلك لا بد من ابراز اوجه الشبه والخلاف بين التوفيق وهاتين الوسيلتين وهذا ما سنتناوله تباعا" .

أولا" - تمييـــز التوفيـــق عـــن الصلـــح

يتشابه التوفيق مع الصلح في ان كلا منهما وسيلتان لتسوية المنازعات الادارية بدلا" من القضاء وكل منهما يجد اصله في اتفاق يعبر عن رغبة اطرافه في حل النزاع بعيدا" عن قضاء الدولة [٢]. إلا انهما يختلفان من حيث انه تتم تسوية النزاع عن طريق الصلح بنزول كل طرف من الاطراف المتنازعة عن بعض او كل ما يتمسك به ، اما التوفيق هو تقريب وجهات النظر عن طريق حل يفترضه طرف ثالث ، كما ان التوفيق ملزم اللجوء اليه قبل رفع الدعوى في الدعاوي المحددة بالقانون حصرا" وإلا ادى عدم اتباع ذلك الى عدم قبول الدعوى ، اما الصلح فهو وسيلة اختيارية لا يشترط المشرع اللجوء اليه قبل رفع الدعوى وان كان الصلح يمكن ان يؤدي على منع اللجوء الى القضاء لا سيما وان النزاع ان انتهى بالصلح لا يورث الضغائن بين الافراد[٣] كما يختلف نظام التوفيق عن الصلح الذي يتم بإرادة الطرفين طواعية واختياريا" بحيث يقتصر دور القاضي فيه على الحاق محضر الصلح بمحضر الجلسة وبذلك فأن الصلح عقدا" ليس له حجية الشيء المحكوم فيه ومهمة القاضي فيه هو اثبات ما حصل امامه من اتفاق بخلاف التوفيق الذي تقوم به اللجان فأن التسوية الودية لا تحوز قوة الامر المقضي الا بقبول اطرافها [٤] .

.

---

[١] د. حمزة احمد حداد ، المصدر السابق ، ص ٤٧ الهامش .

[٢] د. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص ٣٧.

[٣] د. عبد الناصر عبد الله ابو سمهدانه ، ود. حسين ابراهيم ، لجان التوفيق مزودا" بأحدث التطبيقات القضائية حتى عام ٢٠١١ ، الطبعة الاولى ،المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٢، ص ٣٨.

[٤] د. عمرو احمد حسبو ، المصدر السابق ، ص٧.

ثانيا" - تمييز التوفيـق عـن التحكيم

يتفق التوفيق مع التحكيم في انهما يستهدفان انهاء النزاع دون الرجوع الى المحاكم ويتم تعيين المحكم والموفق باتفاق الاطراف المتنازعة [١] ، كما ان كلا" منهما يتطلب تـدخل اشخاص اخرين لحل النزاع القائم بين الاطراف ، ففي كلا النظامين يتفق الاطراف على فض نزاعاتهم بالتراضي عن طريق تفويض اشخاص آخرين بهذه المهمة [٢] .

ألا إن التوفيق يتميز عن التحكيم في امور عدة وهي :

١- يلتزم طرفي المنازعة بالأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم ، اما ما تصدره لجنة التوفيق فهي توصيات ليست لها الصفة الالزامية إلا بعد موافقة طرفي المنازعة خلال المدة القانونية .

٢- نطاق اختصاص لجان التوفيق اوسع من نطاق اختصاص هيئة التحكيم الذي يقتصر على المسائل التي يجوز الصلح فيها ، وهي المسائل التي لا تتعلق بالنظام العام ، بخلاف نطاق اختصاص لجان التوفيق الذي يشمل جميع المنازعات ، بما فيها ما يتعلق بالنظام العام ، ما دامت الادارة طرفا" فيها [٣].

المطلب الثانـــي
التوفيـــق فـــي الدول المقارنـــة

تأخذ اغلب الدول بنظام التوفيق كطريق لحسم المنازعات فتأخذ فرنسا مثلا" بنظام التوفيق الاجباري وفي مصر نظم القانون ٢٠٠٠/٧ التوفيق كوسيلة لحسم المنازعات اما في العراق فقد اخذ المشرع بالتوفيق الاختياري . عليه سنقسم المطلب على ثلاثة افرع : نبحث في الأول التوفيق في فرنسا وفي الثاني التوفيق في مصر أما الثالث سنخصصه عن التوفيق في العراق مضمنين في ذلك الاجراءات المتبعة فيه .

---

[١] د. حمزة احمد حداد ، المصدر السابق ، ص ٤٧.

[٢] حسن النجفي ، معجم المصطلحات الاقتصادية والقانونية ، الطبعة الاولى ، الدار العربية ، بغداد ،١٩٨٢، ص٣٠.

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٩.

الفـــرع الأول
التوفيـــق فـــي فـرنســـا

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 ، 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 ، 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 . وقد قضى مجلس الدولة في قراره المؤرخ في ١٩٨٩/٦/٢٣ ((بأن رفض محكمة إدارية ممارسة مهمة التوفيق ، لا تقبل المراجعة)) [١] .

كذلك أجاز قانون ١٩٨٧/١٢/٣١ والمتعلق بإصلاح المنازعات القضائية الإدارية ، والذي أشار في المادة (١٣) منه علـى خضوع المنازعات العقدية المتعلقة بالدولة ، والجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة ، والأعمال التي تجعلها مسؤولة عقديا ، على مراجعة الإدارة أو إجراء التوفيق قبل أي قضية قضائية أو تحكيمية [٢] .

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 الاداري[٣] .

---

[١] د. جورج سعد ، القانون الاداري العام والمنازعات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٧٥ .

[٢] د. جورج فودال ، بيار دلفولفية ، القانون الاداري ، الجزء الثاني ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ ، ص ٣٠ .

[٣] د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية والتحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٩٧ .

الفـــــرع الثانـــي
التوفيـــــق فـــــي مصـــــر

بموجب القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ تم انشاء لجان للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي قد تنشأ بين الاشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين معها ، او بينها وبين الافراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة [١] . وقد تصدت المحكمة الادارية العليا لذلك حيث قضت ((حين اصدر المشرع قانون انشاء لجان التوفيق ..... كان ذلك لغرض التخفيف من عبء القضايا وكثرتها امام جهات القضاء)) [٢] .

ويغلب على تشكيل هذه اللجان الطابع الاداري ، وان ما يصدر عنها توصية مرهون نفاذها بقبول طرفي النزاع لها ، ومن ثم لا تتمتع هذه اللجان بالحيدة والكفاية والاستقلال اللازمين للفصل في المنازعات المعروضة عليها ، وكون لجان التوفيق ذات طبيعة ادارية ، فان ما يصدر عنها لا يعد قضاء صادرا" من السلطة القضائية بالمعنى الكامل ، كما لا تستطيع لجنة التوفيق اذا عرض عليها منازعة لا تدخل في اختصاصها ان تقرر عدم اختصاصها والإحالة الى المحكمة او الجهة المختصة وفقا" لنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، وقد اكد ذلك المحكمة الادارية العليا حيث قضت ((اذا طرحت على المحكمة منازعة تدخل في نطاق تطبيق قانون التوفيق يجب عليها في هذه الحالة الحكم بعدم قبول الدعوى فقط وليس الحكم بعدم الاختصاص والإحالة وفقا" لنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات)) [٣] .

وتتشكل هذه اللجان برئاسة احد رجال القضاء او احد اعضاء السلطة القضائية السابقين من درجة مستشار على الاقل ممن لا يشغلون وظيفة او يمارسون مهنة ، ومن ممثل للجهة الادارية بدرجة مدير عام على الاقل او ما يعادلها تختارها السلطة المختصة وينضم الى عضوية اللجنة الطرف الاخر في النزاع او

---

[١] نصت المادة الاولى من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ على ((ينشا في كل وزارة او هيئة عامة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة لجنة او اكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشا بين الجهات والعاملين بها او بينها وبين الافراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة)) .

[٢] حكم المحكمـــة الادارية العليا فـــي ١٤/ ٤/ ٢٠٠٧ الطعن رقم (١٢٣٤) لسنة ٤٨ ق ، ص ٢٢٠ ، اشار اليه ، د. عبد الناصر عبد الله ابو سمهدان ود. حسين ابراهيم خليل ، المصدر السابق ، ص ١٤.

[٣] د. احمد صدقي محمود ، نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٢٠٠٠/٧ ، دراسة تحليلية اقتصادية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢١ وما بعدها .

من ينوب عنه ، فإذا تعدد اشخاص هذا الطرف وجب عليهم اختيار نائب واحد عنهم فإذا تعارضت مصالحهم كان لكل منهم ممثل في اللجنة [١] .

والأصل ان لجان التوفيق تختص بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية إلا ان المشرع اورد بعض الاستثناءات ومنها المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي او اي من اجهزتها طرفا" فيها ، والمنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية ، و المنازعات التي توجب القوانين فضها او تسويتها بأنظمة خاصة ، او نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية او ادارية [٢] .

وقد بينت المادة السادسة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ اجراءات التوفيق وذلك من خلال تقديم طلب من ذي الشأن (افراد ، جهات ادارية) الى الامانة الفنية للجنة المختصة استنادا" الى المادة (الثالثة) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري . ويجوز للوكيل تقديم الطلب نيابة عن ذوي الشأن . ويجب ان يتضمن الطلب بيانات متعلقة باسم الطالب والطرف الاخر وصفة كل منهما وموطنه وموضوع الطلب وأسانيده ، وإرفاق مذكرة شارحة بموضوع الطلب وحافظة مستندات [٣] . وقد خول القانون المذكور رئيس اللجنة تكليف اي من طرفي النزاع بتقديم ما يراه لازما" من الايضاحات والمستندات قبل الميعاد المحدد لنظر الطلب ، وللجنة ان تمضي في نظر المنازعة وإصدار توصياتها بشأنها بغض النظر عن حضور الاطراف شريطة ان يكون قد تم اخطارهم طبقا" لنصوص قانون التوفيق [٤].

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا" إلا بحضور جميع اعضائها وللجنة ان تستعين بمن تراه من اهل الخبرة ، وتصدر اللجنة توصياتها بأغلبية اراء اعضائها ، فإذا تساوت الاصوات رجح الجانب الذي معه الرئيس وتكون مداولات اللجنة سرية [٥]. وقد اكدت محكمة النقض عـلى سرية المداولات حيث قضت ((سرية المداولة تعني إلا يشترك فيها غير قضاة الهيئة التي نظرت الدعوى ، فضلا" عن ضرورة حصولها سرا" بينهم دون سماعها من جانب غيرهم)) [٦] .

---

[١] المادة الثانية من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠.

[٢] ينظر نص المادة الرابعة من القانون (٧) لسنة ٢٠٠٠.

[٣] د. احمد المهدي ود. اشرف شافعي ، التعليق على قانون لجان فض المنازعات ، القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٩ .

[٤] د. جابر جاد نصار ، التوفيق في بعض منازعات الدولة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٥٧ وما بعدها .

[٥] المادة الثامنة من القانون (٧) لسنة ٢٠٠٠.

[٦] الطعن رقم (٢٤٠) لسنة ٧٤ ق ، جلسة ٢٠١٠/٢/٩ ، اشار اليه د. عبد الناصر ود. حسين ابراهيم ، المصدر السابق ، ص ١٩٧.

وتصدر اللجنة توصياتها في المنازعة في ميعاد لا يتجاوز ستين يوما" من تاريخ تقديم طلب التوفيق وتعرض التوصية على السلطة المختصة والطرف الاخر في النزاع ، فإذا اعتمدتها السلطة المختصة وقبلها الطرف الاخر كتابة تقرر اللجنة اثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين وتكون له قوة السند التنفيذي[١] ، ويحق لكل مـــن الطرفين اللجوء إلى القضاء في حالة عدم قبول التوصية [٢] .

على 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 [٣] .

الفـــــرع الثالث
التوفيـــــق فـــــي العـــــراق

لم ينظم المشرع العراقي حل المنازعات الإدارية عن طريق التوفيق في تشريع خاص ومنفصل كما فعل المشرع المصري ، ألا انه لا يمكن القول بعدم الأخذ بالتوفيق أصلاً ، إذ ورد التوافق كطريق من طرق حل النزاعات بعد توقيع العقد في البند (أولا) من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ باعتباره إحدى الطرق التي يتم بها تسوية المنازعات بعد توقيع العقود ، حيث نص البند المذكورعلى (يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق (وديا") ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق أحكام القانون والتعليمات المعنية وبنود العقد ويعد محضر بذلك الاتفاق يصادق عليه من رئيس جهة التعاقد) .

إلا ان المشرع العراقي لم يتطرق إلى إجراءات اللجنة ومدى إلزامية قراراتها والمدة التي عليها فض النزاع خلالها وغيرها من الأمور ، كما وانه اقتصر على منازعات العقود الإدارية دون غيرها من المنازعات الإدارية .

كذلك فإن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ قد نظمت الكيفية التي يتم فيها حسم الخلافات الناشئة بين المقاول ورب العمل وذلك في المادة (٦٩) منها حيث نصت على ((إذا نشأ نزاع أو خلاف من أي نوع كان بين صاحب العمل والمقاول له علاقة بالمقاولة أو ناجم عنها أو عن تنفيذ الأعمال سواء كان ذلك أثناء سير الأعمال أو بعد إكمالها وسواء كان قبل أم بعد إنهاء المقاولة أو تركها أو الإخلال بها ، فيحال مثل هذا النزاع أو الخلاف إلى المهندس وتجري تسويته من قبله ، وعليه ان يبلغ قراره إلى صاحب العمل والمقاول . ان مثل هذا القرار بخصوص كل قضية احيلت بهذه الصورة يكون ملزما لصاحب العمل والمقاول لحين اكمال الاعمال ، وعلى المقاول أن يعمل به دونما تأخير وعليه

---

[١] **المادة التاسعة من القانون (٧) لسنة ٢٠٠٠.**

[٢] **د. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص ٤٤ ، و د. عمرو احمد حسبو ، المصدر السابق ، ص ١٠ .**

[٣] **المادة الحادية عشر من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠.**

الاستمرار بتنفيذ الأعمال بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم المقاول أو صاحب العمل إشعارا بعدم قبول القرار على النحو المذكور فيما بعد أم لم يقدم)) .

ثم تمضي المادة المذكورة الى بيان الموقف في حالة عدم قبول أي من الطرفين بقرار المهندس من خلال النص الآتي ((..... وإذا لم يقبل صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس هذا فعندئذ....يكون لصاحب العمل والمقاول في غضون ثلاثين يوما من التاريخ التالي لتاريخ التبليغ بالقرار المذكور أن يطلب إحالة القضية الى التحكيم ..)) .

نرى إن هذه التسوية ما هو إلا طريقا غير قضائيا" في حل المنازعات وهو (التوفيق) ، وعادة يكون الموفق فيها مهندساً . ولأن المادة (٦٩) المشار إليها لم تنص صراحة على إجراء التوفيق لذا نقترح أن تتضمن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ نصا صريحا يشير إلى مسالة التوفيق بشكل منفصل عن التحكيم إذ إن التوفيق سابقا للتحكيم .

وجدير بالذكر ان قيام احد الطرفين بسلوك طريق فض النزاعات الاخرى مع وجود بند في العقد المبرم يوجب اولا" سلوك اسلوب التوفيق (التسوية الرضائية) من شأنه ان يعرض دعواه للرد لهذا السبب . على انه اذا كان الطرفان قد اختارا طرق ابواب القضاء سبيلا" لحل النزاع فيما بينهما ، وصدر حكم يلزم (المقاول) بأداء تعويض ولو جزئي ، فلا يجوز اللجوء الى اسلوب التوفيق لأنها لا تندرج ضمن صلاحيات الوزير المختص انما تختص لجنة الشؤون الاقتصادية التابعة لمجلس الوزراء للفصل فيها [١] .

المبحث الثالث
التحكيم

[١] **كتاب مركز الأستشارات التعاقدية التابع الى دائرة العقود الحكومية العامة المرقم ب (٢٥٣٦/٧/٤) في ٢٠٠٧/٩/٥ الموجه الى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، أشار إليه رعد هاشم امين التميمي ، النظام القانوني لعقد التجهيز ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٢٩٦.**

إذا كان من الثابت ان الخصومة ينظر فيها القضاء الوطني باعتباره مظهر من مظاهر سيادته ، فأن الرغبة في تخفيف العبء عن كاهل القضاء فضلاً" عن غايات اخرى دفعت الى ايجاد طرق أخرى لتسوية الخصومات ، ولعل ابرزها هو التحكيم الذي غدا من الاهمية بحيث لا يكاد يوجد فرع من فروع القانون الخاص او القانون العام لا يعرفه وان كان ذلك يتم بدرجات متفاوتة .

والتحكيم تضرب جذوره في عمق التاريخ البشري فقد عرفه السومريون والمصريون والرومان والإغريق ، وعرفه العرب في العصر الجاهلي حتى لتذكر واقعة احتكام رؤساء القبائل العربية الى الرسول الكريم محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) لما اختلفوا حول نقل الحجر الاسود ، وعرفته الشريعة الاسلامية ايضاً" فقد قال عز وجل في محكم كتابه العزيز {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }[1] .

وللوقوف على دور التحكيم في حسم منازعات العقود الادارية ارتأينا تقسيم المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في الاول تعريف التحكيم وطبيعته القانونية ، وفي المطلب الثاني انواع التحكيم وإجراءاته ، اما الثالث سنتناول فيه التحكيم في منازعات العقود الادارية .

المطلـــب الاول
تعريف التحكيم و طبيعته القانونية

يقتضي الحديث عن التحكيم إيراد تعريفه عند علماء اللغة ، ثم في الاصطلاح الفقهي وعلى صعيد التشريعات والقضاء ، وكذلك الحديث عن طبيعته القانونية والنظريات التي قيلت بهذا الخصوص بصورة موجزة . عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين : الأول تعريف التحكيم ، اما الثاني لبيان طبيعته القانونية .

الفـــرع الأول
تعـــريف التحكيـــم

في تعريف التحكيم سنتطرق الى التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي .

اولاً" - التعريف اللغوي للتحكيم

[1] سورة النساء ، اية ٣٥.

التحكيم في اللغة العربية من الفعل (حكم) وهي من الحكمة ، والحكمة عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم[١] . ويقال حكم بينهم اي قضى ، وأحكمه استحكم اي صار(محكما") بمعنى الحاكم وهو من يختار للفصل بين المتنازعين ويقال حكمنا فلانا" فيما بيننا اي اجزنا حكمه بيننا [٢].

وقيل ايضا (هو جعل الحكم فيما لك لغيرك. يقال حكمته في مالي، اذا جعلت اليه الحكم فيه. وحكمت الرجل ، اي فوضت الحكم اليه) [٣] .

أما في اللغة الفرنسية فأن كلمة تحكيم (arbitrage) هي من الفعل حكم (arbitrer) وهي من الاصل اللاتيني من كلمة (arbitrare) وتعني التدخل فالتحكيم فـــي اللغة الفرنسية يعني تسوية خلاف او حكم تحكيمي صادر من شخص او اكثر الذي او اللذين قرر الاطراف – باتفاق مشترك بينهم – ان يخضعوا او ينصاعوا له او يتقبلوه [٤].

ثانيا"- التعريف الاصطلاحي للتحكيم سنعرف التحكيم فقها" ومن ثم تشريعا" وبعد ذلك قضاءً .

أ- **على الصعيد الفقهي :** لقد تعددت تعريفات الفقه للتحكيم فهناك من عرفه بأنه (الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة) [٥] .

وآخر عرفه بأنه (اسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها ، ويبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم افرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع وهو بذلك يكون بديلا لنظام التقاضي امام المحاكم التي تنظمها الدولة)[٦] .

كما عرف بأنه (وسيلة فض نزاع قائم ومستقبلي ، ويتضمن العزوف عن الالتجاء للقضاء المختص بشأنه ، وطرحه امام محكمين انيطت بهم مهمة نظره والفصل فيه ، بناء على اتفاق من المتنازعين على ذلك) [١].

---

[١] أبو منصور محمد بن احمد الأزهري ، تهذيب اللغة ، حققه الأستاذ عبد الكريم الغرباوي ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ١٩٦٨ ، ص ١١٠ ، مادة حكم .

[٢] محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العـرب ، الجزء الثانـي ، الطبعة الثالثة ، دار احيـاء التراث ، بيـروت ، بدون سنة الطبع ، ص ٢٧٠ .

[٣] محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الأولى ، دار الحديث ، القاهرة ، ص ٢٩.

[٤] نقلا" عن د. جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص ١٧.

[٥] د. احمد ابو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، الطبعة الاولى ، الاسكندرية ، ١٩٦٤ ، ص ٣٥ ، ومؤلفه عقد التحكيم وإجراءاته ، الطبعة الثانية ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ١٥ ، وايضا" كتابه التحكيم الاختياري والإجباري ، المصدر السابق ، ص ١٥ .

[٦] د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٥.

وعرف ايضا" بأنه (مؤسسة قانونية لتسوية الخلافات او المنازعات على يد محكمين يستمدون سلطتهم في الحكم من تفويض دائم من الدولة (اي خارج القضاء) [٢] .

وبعد تسليط الضوء على تعريف التحكيم يمكن لنا ان نعرف التحكيم بأنه نظام خاص للتقاضي يقوم اساسا" على الارادة الحرة للأطراف التي تحكم كافة جوانب اتفاق التحكيم ، وبالتالي فهو وسيلة رضائية اختيارية ، لا ينعقد إلا برضاء كافة الاطراف على اسلوبه وإجراءاته وموضوعه والقانون الواجب التطبيق عليه .

ب - على صعيد التشريعات : لقد خلت اغلب القوانين من تعريف التحكيم وهو امر محمود لأن التعاريف امر يجب تركه للفقه [٣] ، كما ان التشريعات قد اختلفت بشأن تعريف التحكيم ومع اختلاف الظاهر شكلا" إلا انها اتفقت من حيث المضمون على انه احد الوسائل القانونية التي يتم فيها حل المنازعات بطريقة ودية وسريعة .

فلقد عرف **المشرع الفرنسي** في المادة (١٤٤٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية شرط التحكيم بأنه ((اتفاق يتعهد بمقتضاه الاطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن ان تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم.)) اما المادة (١٤٤٧) من ذات المجموعة عرفت مشارطة التحكيم بأنه ((اتفاق الاطراف على اخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص ، او اكثر)) .

أما **المشرع المصري** لم يعرف التحكيم وإنما عرف اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بأنه ((اتفاق بين الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت او غير عقدية ...)) .

أما **المشرع العراقي** فانه وان لم يأت في قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل بتعريف خاص للتحكيم إلا اننا نرى ان المادة (٢٥١) من القانون المذكور جاءت بما يفيد ذات المعنى التي وردت

---

[١] المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى اقامة الدعوى المدنية ، الطبعة الرابعة ، بغداد ،٢٠١١ ، ص ١٥ .

[٢] المحامي موريس نخلة ود. روحي البعلبكي والمحامي صلاح مطر ، القاموس القانوني الثلاثي ، عربي – فرنسي – انكليزي ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٥١.

[٣] وقد خرجت عن هذا التعريف مجلة الاحكام العدلية الملغاة حيث عرفت التحكيم في المادة(١٧٩٠) بأنه (عبارة عن اتخاذ الخصمين حكما" برضاهما يفصل في خصومتهما ودعواهما.....) ، علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الاحكام ، الجزء الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص ٥٣٢.

في التعريف فنصت على ((يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)) [١] .

كذلك لم يشر قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ لتعريف التحكيم إلا انه نص في المادة (٢٧) فقرة (٤) على انه (يجوز لأطراف النزاع الالتجاء الى التحكيم وفقا" للقانون العراقي) .

ونحن نؤيد ما ذهب اليه المشرع العراقي في عدم ايراد تعريف للتحكيم تاركا" ذلك للفقه والقضاء .

أما مشروع قانون التحكيم التجاري فقد عرف التحكيم بأنه ((نظام قانوني يتفق بموجبه اطراف النزاع فـي علاقة قانونية ذات طابع تجاري على احالة النزاع الى هيئة التحكيم بدلا من اللجوء الى القضاء)) .

وتجدر الاشارة الى انه توجد في العراق لجنة خاصة في غرفة تجارة بغداد تسمى بلجنة التحكيم والعرف ، وهي لجنة دائمة لا يقل عدد اعضائها عن ثلاثة من ذوي الخبرة وقراراتها لا تعد قطعية ما لم تقترن بمصادقة مجلس إدارة الغرفة . أما عن تنفيذ قراراتها فتعتبر الغرفة ان الموافقة على التحكيم تعد موافقة على تنفيذ قرارات لجنة التحكيم وهذا بالطبع يتعلق بالتنفيذ الودي للقرارات اما التنفيذ الجبري فيستدعي تصديق المحكمة المختصة على القرار وإصدار امر بتنفيذه وفقا لما جاء في قانون المرافعات المدنية وللغرفة قواعد تحكيم وضعتها منذ عام ١٩٧٨ ولا زال العمل جار بموجبها[٢].

جـ -على الصعيد القضائي : لقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه ((طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية ، وتعلق شرط التحكيم بالنظام العام مؤداه وجوب التمسك به امام المحكمة وعدم جواز قضائها بأعماله من تلقاء نفسها ، وجواز النزول عنه صراحة او ضمنا" ....)) [٣] .

كذلك عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم بأنه ((عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما او بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك

---

[١] تقابل المادة (٥٠١) قانون المرافعات المصري .

[٢] د. فـوزي محمـد سامي ، التحكيم التجـاري الـدولي ، الطبعـة الخامسـة ، دار الثقافـة للنشر والتوزيـع ، عمـان ،٢٠١٠، ص ٤٤٦ .

[٣] الطعن رقم (١٤٦٦) لسنة ٧٠ ق جلسة ٣٠ لسنة ٢٠٠١ ، اشار اليه د. محمود التحيوي ، التجاء الجهات الادارية للتحكيم الاختياري في العقود الادارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٦ ، ود. محمدي فتح الله حسين ، شرح قانون التحكيم والتحكيم الاداري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٥.

النزاع بقرار يكون نائيا" عن شبهة الممالاة ، مجردا" من التحامل ، وقاطعا" دابر الخصومة في جوانبها التي احاله الطرفان اليه ، بعد ان يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا" .....)) [1] .

الفـــــرع الثانـــــي
الطبيعـــــة القانونيـــــة للتحكيـــــم

ثار كثير من الجدل حول الطبيعة القانونية للتحكيم لما تشكله هذه الطبيعة من اهمية خاصة في معرفة جوهر التحكيم وبيان ماهيته ، وتحديد الاسباب التي دعت الافراد الى اللجوء اليه كطريق خاص بعيدا" عن قضاء الدولة ، وما هو مصدر تلك القوة الالزامية التي يتمتع بها حكم التحكيم . فتعددت مذاهبهم واتجاهاتهم بهذا الصدد وعلى النحو الاتي :

الاتجاه الاول : نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى انصار هذه النظرية ان اتفاق الاطراف حول التحكيم ، هو قوام التحكيم وأساس تواجده سواء أكان هذا الاتفاق بند من بنود العقد او مكون من مكوناته ، ام كان اتفاق لاحق يمثل مشارطة التحكيم ، وان مقومات التحكيم من حيث القانون الواجب التطبيق والإجراءات المتبعة ، والحكم الذي يصدره المحكم في نهاية النزاع ، يستمد قوته القانونية والإلزامية من هذا الاتفاق ، وبهذا يعتبر اتفاق التحكيم والحكم الذي يصدر منه وما بينهما من خصومة تحكيمية جزءا" لا يتجزء من الاتفاق الموقع بين الاطراف حول التحكيم [2] .

وقد استند انصار هذه النظرية الى الحجج التالية :

١- أساس التحكيم هو ارادة الخصوم ، وهو أمر نابع من رغبتهم في حل نزاعاتهم بطريقة ودية [3] فضلا" عن ان التحكيم يختلف عن القضاء في هدفه ، فالتحكيم يهدف الى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم ، اما القضاء فيهدف الى تحقيق مصلحة عامة هي اقامة العدل[4] .

٢- وصف أنصار النظرية التعاقدية للتحكيم بأنه وكالة ، والمحكم يقوم بدور الوكيل وليس قاضيا" لأنه ليس له ولاية القضاء بخدمة عامة ويستمد سلطاته من ارادة المتعاقدين ولا يلتزم بمباشرة

---

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٧/ ١٢/ ١٩٩٤ في الدعوى رقم (١٣) لسنة (١٥) قضائية دستورية ، اشار اليه د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص ٢١ .

[2] د. احمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم ، داسة مقارنة ، وفقا" لاراء الفقه وأحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢١.

[3] د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١، ص ٢٤.

[4] د. جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .

التحكيم ولا بقبوله له ويستطيع رفضه ، ولا يملك توقيع الجزاءات على الخصوم او الشهود التي يملكها القضاء كي لا يستطيع الزام الغير بتقديم مستند يكون منتجا" في الدعوى [١] .

٣- لان التحكيم ليس من طبيعة قضائية ، فأن امتناع المحكم عن الفصل في النزاع المعروض عليه لا يعتبر منكرا" للعدالة ولا تطبق عليه قواعد انكار العدالة . ولذات السبب فأن المحكم اذا اخطأ في حكمه او قراره فلا يخضع لقواعد مخاصمة القضاة [٢] .

٤- حكم المحكمين لا يتمتع بالقوة التنفيذية التي تتمتع بها احكام القضاء ، بل يلزم الامر بتنفيذه من قبل قضاء الدولة . بالإضافة الى ان بطلان حكم التحكيم يكون بدعوى بطلان اصلية عكس احكام القضاء التي تتعدد بشأنها درجات التقاضي ، ولهذا اعتبر التحكيم نظام من انظمة القانون يستمد قوته وينتج اثاره من اتفاق التحكيم [٣] .

رأينا ان هذا الاتجاه قد بالغ في دور الخصم وإرادة الاطراف فمهمة المحكم حل النزاع وليس الكشف عن ارادة الاطراف .

الاتجاه الثاني : الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى أنصاره انه إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم وان كان يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده فانه يخضع لقواعد قانون المرافعات من حيث اثاره ونفاذه وإجراءاته [٤].

وقد استند انصار هذا الرأي الى الحجج التالية :

١- وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم. فكون المحكم لا يستطيع استدعاء شاهد وإلزامه بالحضور والمثول امامه ، ولا يستطيع الزام خصم بتقديم ما يحوزه من مستندات ، فهذا لا يعد دليل او حجة او سند لإنكار الصفة القضائية

---

[١] **د. نجيب احمد عبد الله الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٦ .**

[٢] **د. جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص ٣٧.**

[٣] **د. أحمد محمد عبد البديع شتا ، المصدر السابق ، ص ٢٣.**

[٤] **د. علي طاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري ، دراسة قانونية مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦ ، ص ٦١ .**

للتحكيم ، لأن ذلك لو صح يعني ان الحكم الاجنبي ايضا لا يعد قضاء ، لأنه ينطبق عليه ذات الشيء ، وهو ما لم يقل به احد[١].

٢- وظيفة المحكم كوظيفة القاضي ، وما يصدر منه يكون حكماً كحكم القاضي ومهمة المحكم كمهمة القاضي هي الفصل في النزاع .

٣- ان القرار الصادر في التحكيم والفاصل في النزاع يحوز حجية الامر المقضي به ، ومن المعروف ان هذه الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية .

٤- ذيوع التحكيم وانتشاره وظهور العديد من المنظمات والهيئات والمراكز الدائمة التي تنظم التحكيم تؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم[٢] .

ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه لان هناك اختلاف بين القاضي والمحكم ، فبينما الأول يقوم بوظيفة عامة ويتمتع بالحصانة وله سلطة الامر والإجبار ويعد منكراً للعدالة اذا توافرت حالاتها ، في حين لا يتوافر ذلك للمحكم وبالتالي لا يمكن اضفاء الصفة القضائية عليه .

الاتجاه الثالث : الطبيعة المركبة او المختلطة للتحكيم

يرى انصار هذه النظرية ان التحكيم لا يمكن ان نسبغ عليه الطبيعة التعاقدية البحته ولا الطبيعة القضائية البحته بل ان التحكيم يعد مزدوجاً بين هاتين النظريتين ، فوظيفة المحكم قضائية بطبيعتها وموضوعها ولكن يبقى مصدر تلك الوظيفة نابعاً من اتفاق الاطراف على التحكيم فضلا عن كون القرار الذي يصدره المحكم يعطي قوة الزامية تختلف عن القوة الالزامية للعقد [٣].

ويؤيد جانب من الفقه هذه الطبيعة فالبعض منهم يرى ان التحكيم يبدأ باتفاق ثم يصير اجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم ، وان التحكيم يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً فهو في اوله اتفاق وفي اوسطه اجراء وفي اخره حكم [٤] .

الاتجاه الرابـــع : الطبيعـــة الخاصـــة للتحكيم

ذهب جانب من الفقه الى ان التحكيم ذو طبيعة خاصة بمعنى ان طبيعته ليست قضائية ولا تعاقدية ولا مختلطة ، ويذهب هذا الاتجاه الى ان نظام التحكيم نظام خاص ، فهو اهم وسيلة لفض المنازعات قبل وجود القضاء المنظم ومع ذلك استطاع البقاء مع وجود هذا الجهاز فضلاً عن ذيوع وانتشار التحكيم المؤسسي (النظامي) بمراكزه وهيئاته الدولية عـلى حد سواء الامر الذي جعل منه موازياً لقضـاء الدولة . ويرون ان التحكيم له طبيعة خاصة مستقلة تتحدد من خلال الهدف الذي يسعى اليه الخصوم وهو

---

[١] د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته ، المصدر السابق ، ص ٢٠.

[٢] د. جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص ٤١.

[٣] د. احمد محمد عبد البديع ، المصدر السابق ، ص ٢٧.

[٤] د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧، ص ٢٠ .

تحقيق العدالة على اساس يختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة امام القضاء وبذلك ينتهي التحكيم الى كونه وسيلة خاصة تطبق قواعد خاصة . وطبقاً" لهذا الرأي فحكم المحكم لا يعتبر مجرد اثر من اثار العقد كما انه من العسير اعتباره حكماً" قضائياً" بحتاً" وإنما عمل قضائي ذو طبيعة خاصة او مستقلة [١].

وقد اخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه في بعض احكامها . ومحكمة النقض المصرية الذي جاء فيه ((لما كان حكم المحكمين هو قضاء خاص يستند الى ارادة الاطراف .....)) [٢] .

أما في العراق فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يبين موقف المشرع العراقي الا اننا نرى انه يميل الى تبني الاتجاه الثاني وآية ذلك المادة (٢٧٢ /١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل التي تنص على ((لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً" او اتفاقاً"ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة)) .

ومن جانبنا فنحن نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الثالث ، إذ أن التحكيم بصورة عامة ليس باتفاق خالص ولا بقضاء خالص، بل فيه شيء من الاثنين فهو ذو طبيعة مزدوجة لأنه في أول الأمر عقد (اتفاق)، وفي المرحلة التالية قضاء ، ولا أدلّ على ذلك من جواز الطعن في المحكمين ومخاصمتهم بما يجوز ضد القضاة ، وكذلك تطبيق المحكم لقانون معين عند البت في النزاع وإصدار القرار، وفضلاً عن ذلك وجوب تسبيب قرار المحكم .

المطلب الثانـــي
أنـــــواع التحكيم وإجراءاتـــــه

يأخذ التحكيم اشكالاً" مختلفة في الممارسة العملية كوسيلة للفصل في المنازعات سواء من حيث اللجوء اليه او من حيث مدى وجود منظمة تديره ، وكذا من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون ، هذا الى جانب احترام إجراءاته التي اوجبها القانون التي تنتهي بصدور قرار التحكيم ، لذا سنتناول انواع التحكيم في الفرع الاول ، وإجراءاته في الفرع الثاني .

الفـــــرع الاول
أنـــــــواع التحكيـــــم

---

[١] د. نجيب احمد عبد الله ثابث ، المصدر السابق ، ص ٥٦.

[٢] حكم محكمة النقض المصرية ١٩٨٨/٢/١٤ ، الطعن رقم (٨١٧) لسنة ٥١ ق ، ص ٣٤٢ ، اشار اليه د. نجيب عبد الله ثابت ، المصدر السابق ، ص ٥٧ ود. جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

نظرا" للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي وتأكيدا" لرغبة الافراد في انتشاره باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية ، وكذلك رغبة الدول في تشجيع الاستثمار فقد ظهرت الحاجة لوجود عدة انواع للتحكيم لتغطي كافة المنازعات سنتناولها تباعا" .

اولا" - تقسيم التحكيم من حيث التنظيم الى تحكيم خاص وتحكيم مؤسسي

فالتحكيم الخاص او الحر : هو التحكيم الذي ينعقد وتتألف هيئة التحكيم فيه بمناسبة نزاع حال او متوقع ، حيث تتفق الاطراف على كيفية تشكيل هيئة التحكيم من محكم فرد او اكثر ، وآلية تشكيل هيئة التحكيم او القانون الذي يحكم تشكيل هيئة التحكيم ، وإذا مـا تم الاتفاق في مرحلة لاحقة على بروز الخلاف ، يتم الاتفاق على اسماء المحكمين علما" ان بعض القوانين تشترط تسمية المحكمين مسبقا" مع الاتفاق سواء اتخذ شكل شرط او مشارطة تحكيم وإلا وقع الاتفاق باطلا" كالقانون الفرنسي [١] .

أما **التحكيم المؤسسي** : فهو التحكيم الذي تتولاه هيئات او منظمات دولية او وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا" وتحددها الاتفاقيات الدولية او القرارات المنشأة لهذه الهيئات [٢] . وان دور مؤسسة التحكيم في العملية التحكيمية هو دور تنظيمي لها وإشرافي عليها حسب ما هو منصوص عليه في قواعدها ، مقابل رسوم وأتعاب محددة سلفا" يدفعها الطرفان لتلك المؤسسة . ومـن امثلة مؤسسات التحكيم ، غرفة التجارة الدولية (LCC) ومقرها باريس ، ومحكمـة لندن للتحكيم الـدولي (LCIA) ومقرها لندن ، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ومقره واشنطن ، وفي الدول العربية ، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (مصر) ومركز دبي للتحكيم الدولي (الامارات) ومركز تحكيم دول مجلس التعاون الخليجي (البحرين) [٣] .

نرى أن التجاء الاطراف الى التحكيم هو في حد ذاته تشجيع للاستثمار والتنمية الاقتصادية والاجتماعية لهذا كان من الضروري على الدول السائرة في دور النمو ان تكثف جهودها بأحداث المزيد من المراكز والمؤسسات الدائمة الخاصة بالتحكيم . كما وندعو المشرع _ في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية_ أن يحدد الحالات التي يجب نظرها من قبل التحكيم المؤسسي ، سواء كان على أساس قيمة العقد ، أو طبيعته أو غيرها لأنه من الأهمية بمكان احالة مثل هذه المنازعات وخاصة الضخمة إلى

---

[١] د. جورج حزبون ، دور هيئة التحكيم في اجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي ، بحث منشور فـي مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٨، العدد ٢، تشرين الثاني ، ٢٠٠١ ، ص ٤٠٤.

[٢] د. احمد خورشيد حميدي ، التحكيم فـي العقود الادارية ومدى جواز الاخذ به فـي التشريع العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة كركوك للدراسات الانسانية ، العدد(١) ، المجلد ٤، السنة الرابعة ، ٢٠٠٩ ، ص ٩٩ ، ود.محمد علي جواد ، العقود الدولية ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢٥.

[٣] يضاف لها مركز ابو ظبي للتحكيم (الامارات)، ومركز البحرين للتحكيم الدولي (البحرين)، ومركز تحكيم تونس (تونس)، ومركز التحكيم اللبناني (لبنان) ، ومركز التوفيق والتحكيم اليمني (اليمن) والمعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة (الاردن) ، د. حمزة احمد حداد ، المصدر السابق ، ص ١١٧.

التحكيم المؤسسي ، وأن تكون اجراءاتها معلومة مسبقاً للطرفين ، لأن من شأنها ترغيب للتعاقد مع جهة الإدارة من قبل الشركات العالمية ، والتي قد يكون فيه نفع لاقتصاد الدولة بخلاف العقود اليسيرة فلا حاجة لإحالتها إلى التحكيم المؤسسي ، والتي يكفي أحالتها إلى التحكيم الحر.

ثانياً - تقسيم التحكيم من حيث المحل الى تحكيم داخلي(وطني) وتحكيم دولي

التحكيم الداخلي هو التحكيم الذي يتم طبقاً لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم ، فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الاجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم [١]، فعلى سبيل المثال نظم القانون الفرنسي التحكيم ضمن قانون الاجراءات بالمواد ١٤٤٢ وما يليها . اما في بعض الدول الاخرى فقد نحا التحكيم منحى مختلفاً بحيث افردت هذه الدول للتحكيم قانوناً مستقلاً كما هو الحال في مصر بموجب قانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بعد ان كانت نصوص التحكيم جزءاً لا يتجزأ من قانون المرافعات وعادة ما تنظم هذه القوانين كافة التفاصيل الاجرائية بصورة مبسطة مع وضع حدود للمدة التي يتوجب فيها صدور قرار التحكيم ، ويكون للقضاء دور فاعل في متابعة المحكم [٢] .

التحكيم الدولي يقصد به التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف ارادتهما المشتركة عن ان التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية او مصالح خارجية اي خارج الدول التي ينتمون اليها [٣] . وقد اخذ قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٢٧) منه بالتحكيم الدولي في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة استنادا له[٤]، وتكون العقود المبرمة وفقاً لهذا القانون هي عقود إدارية دولية [٥] . كما اخذت تعليمات تنفيذ العقود

---

[١] د. يوسف حسن يوسف ، التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، ٢٠١٣ ، القاهرة ، ص ٣٣ .

[٢] د. جورج حزبون ، دور هيئة التحكيم .....، المصدر السابق ، ص ٤٠٧ ، و بحثه الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الخاص الدولي ، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٩، العدد ١، ايار ، ٢٠٠٢ ، ص ١١٨.

[٣] لقد اخذ بذلك قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في المادة الثالثة منه والتي نصت : (يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية .....) ، كذلك أخذ به القانون الفرنسي للتحكيم الدولي في المادة (١٤٩٢) والتي نصت على : (يعتبر دولياً التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية) ، وكذلك أخذت به المادة(٨٠٩) من قانون أصول المحاكمات اللبناني .

[٤] ينظر نص الفقرة الرابعة من المادة (٢٧) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ .

[٥] د. عمار طارق عبد العزيز ، دور التحكيم في منازعات العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ١٤، العدد الثالث ، ٢٠١٢ ، ص ١٤٨ .

الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ بالتحكيم الدولي كطريق لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيا" [١] .

ثالثا" - تقسيم التحكيم من حيث إلزاميته الى تحكيم اختياري وتحكيم اجباري

الاصل ان يكون التحكيم **اختياريا**" فأطراف النزاع يملكون الحرية في اللجوء الى التحكيم او أي طريق اخر من طرق فض المنازعات ، وقد اخذ المشرع العراقي بهذا النوع ، وهو المستفاد من نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا من تنفيذ عقد معين) [٢] .

ويمارس مجلس شورى الدولة نوعا" من التحكيم الاختياري في جميع المسائل المختلف عليها بين الوزارات اوبينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة اذا احتكم اطراف القضية الى المجلس ويكون قرار المجلس ملزما" لها [٣].

ومن تطبيقات ذلك احتكام مؤسسة الشهداء ووزارة العمل والشؤون الاجتماعية الى مجلس شورى الدولة في شأن الحق في تسلم ذوي الشهيد (راتب رعاية الاسرة) فضلا" عن الراتب المخصص لهم بموجب قانون مؤسسة الشهداء رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ وقد افتى المجلس بقراره رقم (٢٠١٢/٢٦) في ٢٠١٢/٤/٢٢ الى ((يجوز الجمع بين الراتب التقاعدي ومبلغ الاعانة النقدية التي تقدم للمواطنين العراقيين)) [٤] .

أما **التحكيم الاجباري** هو التحكيم الذي يفرض من قبل المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعـات نظرا" لطبيعتها الخاصة بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء الى القضاء لتسوية تلك المنازعات [٥] . ومثاله التشريعات التي اصدرها المشرع الفرنسي في ١١/ شباط / ١٩٥٠ التي اوجب بموجبها اللجوء الى التحكيم في مواضيع التنظيمات المهنية لأرباب العمل والعمال[٦] . وفي مصر

---

[١] ينظر نص الفقرة (٢/أ) من البند (ثانيا") من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ .

[٢] د. حيدر طالب محمد علي ، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد العاشر ، العدد(٢٠) ، ٢٠٠٨ ، ص ١١١ .

[٣] ينظر نص البند(ثالثا") من المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

[٤] للمزيد ينظر قرار مجلس شورى الدولة رقم (٢٠١٢/٢٦) الصادر في ٢٠١٢/٤/٢٢ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ،مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٧٢-٧٣ ، وايضا" قراره رقم (٢٠٠٩/١٦) الصادر في ٢٠٠٩/٣/٢٩، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، بغداد ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٩، ص ٦٩-٧١. وقراره رقم (١١٦/ ٢٠١٠) الصادر في ٢٠١٠/٩/١٥ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ص ٢٦٤-٢٦٥.

[٥] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الادارية ..... ،المصدر السابق ، ص ١٢.

[٦] د. جورج حزبون ، دور هيئة التحكيم .....، المصدر السابق ، ص ٤٠٨ .

التحكيم الذي كان ينظمه قانون الكمارك رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ ، وقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال في عدد من مواده كالمواد (١٠ ، ٥٢) [١] .

رابعا" - تقسيم التحكيم من حيث الصلاحيات المتفق عليها والممنوحة للمحكمين الى التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح

الاصل ان يكون **التحكيم بسيطا**" ومعنى ذلك ان يقوم المحكمون بإصدار حكم في النزاع طبقا" لقواعد القانون بمعناه الواسع والذي يشمل جميع القواعد القانونية سواء أكانت مكتوبة ام غير مكتوبة ، وهذا ما اكده المشرع الفرنسي في المادة (١٤٧٤) مـن قانون المرافعات المدنية في اطار التحكيم الداخلي ، وأجاز في المادة (١٤٩٦) من ذات القانون لطرفي النزاع الذي يتعلق بالتجارة الدولية اختيار القواعد القانونية التي يريدان تطبيقها على النزاع ، ومنح هيئة التحكيم الحق في اختيار القواعد التي تراها مناسبة مع مراعاة الاعراف التجارية [٢] .

أما المشرع المصري فقد ترك لطرفي النزاع اختيار القواعد القانونية التي يريدان تطبيقها على النزاع سواء كان التحكيم داخليا" ام دوليا" ، وإلا كان لهيئة التحكيم تطبيق القواعد القانونية التي تراها اكثر اتصالا" بالنزاع [٣].

أما **التحكيم مع التفويض بالصلح** هو التحكيم الذي يخول طرفي النزاع هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل والأنصاف دون التقيد بأحكام قانون ما [٤] . وقد اخذ بهذا النوع من التحكيم كل من فرنسا ومصر والعراق[٥] .

رأينا ان افضل انواع التحكيم هو التحكيم المؤسسي لأنه فرض نفسه في كثير من العقود الدولية ان لم يكن في اغلبها ، ويرجع ذلك الى انه يريح الاطراف من بداية التحكيم وحتى نهايته ، ويريح هيئة التحكيم بعد تشكيلها ما دام ان له قواعد منظمة له فعلى سبيل المثال اذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين او على القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع فان قواعد التحكيم المؤسسي غالبا" ما تغطي هذه الثغرات ، اضافة الى وجود طاقم اداري في مؤسسات التحكيم مدرب جيدا" على كيفية تنظيم التحكيم .

---

[١] د. احمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، المصدر السابق ، ص ١٩-٢٠.

[٢] د. عصمت عبد الله الشيخ ، المصدر السابق ، ص ٤١.

[٣] ينظر نص الفقرة الاولى والثانية من المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

[٤] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود .....، المصدر السابق ، ص ٣١-٣٢.

[٥] ينظر نص المواد (١٤٧٤) و(١٤٩٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي ، والمادة (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٢، والمادة (٢٦٥) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

الفـــــرع الثانـــــي
إجـــــراءات التحكيـــــم

يعد الجانب الاجرائي في التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم وهو في ذات الوقت ، السياج الذي يضمن شرعيته ، وذلك بالنظر الى ان تيسير اجراءات التحكيم او اعاقتها ، يسهم الى حد كبير في تحديد مستقبل حكم التحكيم في النزاع المطروح ، وهذا ما يجعل اجراءات التحكيم تحظى بدرجة كبيرة من الاهمية بل ودفع غالبية النظم الوطنية الخاصة به وكذلك اتفاقات التحكيم الدولية ، الى ان تقرر ضرورة مراعاة المسائل الاجرائية وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم او رفض الاعتراف به او تنفيذه ·

إن البحث في اجراءات التحكيم يتطلب معرفة تشكيل هيئة التحكيم اولا" ثم إجراءات اصدار قرار التحكيم وتنفيذ ه ثانيا" وهذا ما سنتناوله تباعا" في الفقرتين الآتيتين :

اولا" - تشكيل هيئـــة التحكيم

لقد قضت المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ بصدد تشكيل هيئة التحكيم الى ان كل من صاحب العمل والمقاول يعين محكما" مستقلا" عن الهيئة وعلى المحكمين المعينين بهذه الصورة ان يتفقا على محكم ثالث ليتولى رئاسة الهيئة ، وفي حال عدم التوصل الى اتفاق خلال اربعة عشر يوما" من تاريخ تعيينهما فعندئذ يكون لصاحب العمل او المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعين المحكم الثالث وفق اجراءات يتطلبها قانون خاص بأمور التحكيم [1].

---

[1] ونصت المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على ((١- اذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين او امتنع احد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل او اعتزله او عزل عنه او قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر

أما مشروع قانــون التحكيم التجاري سالف الذكر فقد نص فـي البند (أولا") مــن المادة (١١) على ((تشكل هيئة التحكيم باتفاق اطراف النزاع فإن لم يتفقوا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة)) .

وبصدد كيفية تشكيل هيئــة التحكيم تثــور عــدد مــن الامور :

أ- **طـريقة تعييــن المحكم** : هناك طريقتان لتعيين المحكم :

الاولى أن يتم تعيين المحكم برضا واتفاق الخصوم ، ويستوي إن يتم الاتفاق علـى شخص المحكم فــي صلب عقد التحكيم ـ شرطا كــان أو مشارطة [١] ـ أو يتم فــي اتفاق مستقل ، كما يستوي أن يكون هذا الاتفاق المستقل سابقا لعقد التحكيم أو تاليا له ، وإذا كان الاتفاق على أشخاص المحكمين يتم أساساً بتحديد الأطراف المحتكمين لأسماء المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم ، أي يتم تعيينهم بذواتهم ، فأنه لا يكون هناك مانعـاً من تعيينهم بصفاتهم ، بشرط إن تكون هــذه 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 فأن هذا التحديد لا يجوز [٢].

الثانية فهي الطريقة القضائية لتعيين المحكم حيث إن المشرع العراقي لم يلزم أطراف النزاع بتعيين المحكمين في شرط أو مشارطة التحكيم وبالتالي لم يرتب أي جزاء على عدم القيام بذلك [٣] وإنما اناط

النزاع بعريضة لتعيين المحكم او المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم . ٢- يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم او المحكمين قطعيا" وغير قابل لأي طعن . اما قرارها برفض تعيين المحكمين فيكون قابلا" للتمييز طبقا" للإجراءات المبينة في المادة ٢١٦ من هذا القانون)) .

[١] شرط التحكيم هو نص وارد ضمن نصوص عقد معين ، يقرر اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا" بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه ، اما مشارطة التحكيم هو اتفاق يبرمه الاطراف منفصلا" عن العقد الاصلي ، وذلك للجوء الى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلا" بينهما . ويتبين من ذلك ان شرط التحكيم يتعلق بنزاع سيولد ، بينما تتعلق مشارطة التحكيم بنزاع ولد . د. عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم ، العقود الادارية ، الطبعة الاولى ، بلا دار النشر ، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٣٤٠ .

[٢] د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص ١٦٢-١٦٣.

[٣] لقد اختلفت القوانين في حالة ما إذا جاء شرط أو مشارطة التحكيم خاليا من تعيين المحكم ، فنجد إن القانون الفرنسي رتب حكم البطلان على اتفاق التحكيم إذا جاء خاليا 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

هذه 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 مشارطة التحكيم ووقع النزاع بينهم ولم يتفقوا على تعينهم بعد ذلك [١] .

٢- اذا اتفق الخصوم على المحكم ولكن عند وقوع النزاع امتنع المحكم عن العمل أو أعتزله 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 ، فأنه 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 تمدد من قبل الخصوم أو المحكمة المختصة [٣] .

ولابد 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] .

وقد حددت المادة (١٢) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم او المحكمين حيث نص البند (أولا") منها على ((لأطراف النزاع الاتفاق على تحديد الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم او المحكمين وفي حالة عدم الاتفاق يتبع ما ياتي : أ- إذا كان عدد المحكمين ثلاثة ، يعين كل طرف محكما عنه ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال مدة

من القواعد الآمرة والتي يترتب على مخالفتها البطلان ، أما قانون التحكيم المصري فلا يوجد فيه نصا يوجب تعيين المحكم في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل ، وانه لم يرتب البطلان على عدم القيام بذلك وإنما يجوز مراجعة المحكمة المختصة (م/١٧) ، أما قانون المرافعات المصري فقد اوجب 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) .

[١] المادة (٢٥٦/ ١) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

[٢] القاضي عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، الجزء الرابع ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٤٣٩ ، (م ١/٢٥٦) مرافعات .

[٣] المادة (٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

[٤] عبد الرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٤٣٩.

(٣٠) ثلاثين يوما من تعيين اخرهما ، تتولى المحكمة المختصة تعيينه بطلب من احد الطرفين . ب- اذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال (٣٠) ثلاثين يوما من تأريخ تسلمه طلبا بذلك من الطرف الاخر تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب الطرف الآخر . جـ - اذا كان المحكم فردا ولم يتفق الطرفان على تعيينه ، تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب احد الطرفين . د- اذا لم يقم المحكم الثالث بأداء المهمة الموكله اليه أو لم يتمكن من أدائها لأي سبب تتولى المحكمة المختصة تعيين محكم آخر بدلا" منه . "

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 مشارطة وعدم اتفاق المحكمين المعينين على اختيار المحكم الثالث الذي سيرأس هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما ومخالفة احد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين المتفق عليها ... وغيرها[١] .

ب - من يكون محكما - لم يجز قانون المرافعات المدنية العراقي أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بأذن من مجلس القضاء [٢] ولا يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره ، كما ان المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لم تتطرق لذلك . ونرى من الضروري وضع ضوابط معينة لعمل المحكم ، سيما وأن المقاولات قد تضخمت وتعقدت وتنوعت وبالتالي يستلزم الامر توافر خبرات علمية وفنية وعملية فيهم .

كما إن المشرع المصري ـ كقاعدة عامة ـ لم يجز تحكيم القضاة ، ولو كان بغير أجر ، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء ، ألا أنه قد أورد استثناءين على هذا المبدأ وذلك في المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية في مصر رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٢[٣] .

---

[١] د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الادارية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٢٦.

[٢] المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، والمادة (١٦) من قانون التحكيم المصري رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

[٣] نصت المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية المصري لسنة ١٩٧٢ 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 ، أو كان احد أطراف النزاع هي الدولة أو إحدى الهيئات العامة " ، أشار إليه د. محمود التحيوي ،التحكيم ....، المصدر السابق ، ص ١٥٨-١٥٩ .

جـ - العـدد الوتري للمحكمين - مـن المستقر عليه في الفقه والقانون إن عدد المحكمين يجب أنْ يكون وترا ، أي عددا فرديا ، والحكمة من ذلك هي تفادي الانقسام في الاراء والوصول الى حل لموضوع النزاع وهذا ما اكدته المادة (٢٥٧) مـن قانون المرافعات المدنية رقـم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، والمادة (١١/ ثانياً) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي [١]، والمادة (٢/١٥) مـن قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤[٢] ، 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 [٣] .

د – مـوافقة المحكم المعين - يجب إستحصال مـوافقة المحكم المعين وبصـورة تحريرية على قبوله مهمة العضوية بهيئة التحكيم تطبيقا لأحكام المادتين (٢٥٩) و (٢٦٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، وبإمكانه عند التكليف قبول المهمة أو رفضها ألا انه في حالة القبول لا يجوز له التخلي عـن المهمة دون عـذر مقبـول ، أمـا المحكم المعين من قبل المحكمة فلا يستلزم إستحصـال موافقته [٤] . كما اشترطت المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم المصري لالتزام المحكم بالقيام بمهمة التحكيم أن يقبل هذه المهمة كتابة ، دون ان تشترط شكلاً معيناً للكتابة [٥] .

ثانيا" - إجراءات إصدار قـرار التحكيم وتنفيـذه

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 لابد من إجراءات معينة لإصدار القرار التحكيمي [٦] ، ووجود خطوات واضحة حول كيفية تنفيذه .

---

[١] **نص البند ثانيا من المادة (١١) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي على ((اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا" وإلا كان قرار التحكيم باطلا" .)) .**

[٢] **د. عصمت عبد الله الشيخ ، المصدر السابق ، ص ٥٠.**

[٣] **د. حسن محمد هند ، المصدر السابق ، ص ١٢٥-١٢٦ .**

[٤] **القاضي محمود صالح محمد ، التحكيم وفق أحكام قانون المرافعات المدنية رقـم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، بحث ترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من أصناف القضاء ، مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، ٢٠٠٦ ، ص ١٥ .**

[٥] **نصت المـادة (٣/١٦) مـن قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على (يكون قبول المحكم بالقيام بمهمته كتابة ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته) .**

[٦] **القرار 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 إلـى إنهاء الخصومة) د. عمار طارق ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ .**

أما مـن حيث الاجراءات التي رسمها القانون والواجب اتباعها على هيئة التحكيم لكي يصدر القرار التحكيمي صحيحا وموافقا للقانون فهي كالآتي :

أ- **التقيـد بأصول قانون المرافعات المدنية** والقوانين ذات العلاقة بأحكام التحكيم[١] 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 . على انه تعفى هيئة التحكيم من اتباع الاجراءات المنصوص عليها في القانون المذكور في حالتين : **الاولى** اذا كان اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين يشير صراحة الى اعفاء المحكمين من اتباع هـذه الاجراءات ولا يشمل هــذا الاعفـاء الامـور المتعلقة بالنظام العام ، **والثانية** اذا كان المحكمون مفوضين بالصلح في عقد التحكيم او في اتفاق لاحق [٢].

وقد قضت محكمة التمييز العراقية بقرارها رقم (٢٩٣) في ٢٠٠٨/٥/٦ ((اذا لم يتبع المحكمون الاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات فعلى المحكمة ابطال قرار المحكمين والفصل في موضوع الدعوى وفقا" لأحكام المادة (٢٧٤) من القانون المذكور)) [٣] . وقرارها رقـم (١٧١) في ٢٠٠٧/٣/٢٦ ((عندما يتعذر على المحكمين القيام بالمهمة المكلفين بها فللمحكمة تطبيق احكام المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية وتركه الى هيئة خبراء لتقديم تقريرهم بشأن موضوع التحكيم وتفصل في الدعوى من قبلها مباشرة ..... ولا يجوز لها ان تصدر الحكم عندئذ معتمدة على قـرار المحكمين او تعـديله لان حكمها يكـون بمنأى عـن قــرار المحكمين)) [٤] كمـا وقضت ((الخطأ الجوهري في قرار المحكمين او الإجراءات التي تؤثر في صحته يكون سببا" لقيام المحكمة بإبطاله من تلقاء نفسها او بطلب من احد الخصوم عملا" بأحكام المادة (٢٧٣) مرافعات مدنية)) [٥].

ب- **مدة حسم النزاع :** اوجبت الفقرة (٢) من المادة (٢٦٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي صدور قرار المحكمين خلال فترة ستة اشهر من تاريخ قبولهم التحكيم إلا اذا كان قد اشترط في

---

[١] لقد أوردت الأنظمة القانونية المعاصرة قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهـي إجراءات تتماثل ـ إن لـم تكن تتطابق ـ مع إجراءات الخصومة القضائية ، في المواد (٢٥ـ٣٩) من قانون التحكيم المصري.

[٢] تنظر الفقرة (٢) من المادة ٢٦٥ من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

[٣] للمزيد ينظر قـرار محكمة التمييز رقم (٢٩٣) فـي ٢٠٠٨/٥/٦، المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٩، ص ٨٥ .

[٤] للمزيد ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٧١) فـي ٢٦/ ٣/ ٢٠٠٧، ص ٨٣ والقرار رقم (٦٥) في ٢٠/ ٦/ ٢٠٠٧ ، المصدر السابق ، ص ٨٤.

[٥] للمزيد ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٠٣) في ٢٦/ ٩/ ٢٠٠٧، المصدر السابق ، ص ٨٦ .

اتفاقية التحكيم مدة معينة اخرى لصدوره وفي حالة انقضاء مدة الستة اشهر المقررة قانونا" او مرور الفترة المتفق عليها او حدوث سبب قهري حال دون اصدار القرار جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة للفصل في النزاع أو تعيين محكمين آخرين للحكم فيه وذلك على حسب الأحوال [١] . أما المشرع المصري فقد ترك حرية تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم لهيئة التحكيم فإذا لم يتفقوا وجب عليهم أن يصدروه 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 بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم [٢] .

ونحن نؤيد ما ذهب اليه المشرع العراقي في تحديد مدة لحسم النزاع لأن الغرض من التحكيم هو فض النزاع في مدة اقصر مما عليه في القضاء .

جـ - طريقة اصدار قرار التحكيم : يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق او بأكثرية الاراء بعد المداولة القانونية فيما بينهم مجتمعين ، وقد أوجبت اغلب التشريعات المقارنة [٣] . كتابة قرار التحكيم بالطريقة التي يكتب بها الحكم القضائي الذي يصدر من المحكمة ، فان صدر خلافا للشكل الذي حدده القانون فعلى المحكمة المختصة إصدار حكم لإبطال ذلك القرار التحكيمي[٤] ، ويجب ان يشتمل القرار على ملخص

---

[١] ينظر نص المادة (٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، علما" ان المدة المقرره او المتفق عليها لصدور قرار التحكيم تنقطع في الحالات 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 ، حيث يمتد الميعاد المحدد لصدور القرار الى المدة التي يزول فيها هذا المانع .

[٢] المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

[٣] تنظر المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم المصري. وينظر البند (اولا") من المادة (٣٠) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي الذي نص على ((يصدر قرار التحكيم النهائي مكتوبا" بالاتفاق او بالأكثرية وللعضو المخالف تثبيت اسباب مخالفته على أصل القرار أو في ورقة مستقلة)) .

[٤] قررت محكمة التمييز بقرارها رقم (١٠) في ١٢/ ٨/ ١٩٩٧ نقض قرار المحكمين لأنه لم يستوف الشكل القانوني المنصوص عليه في باب التحكيم في قانون المرافعات حسب نص المادة (٢٧٠) منه والذي تقضي بكتابة قرار المحكمين بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر في المحكمة نقلا"عن رنا محمد راضي ، التحكيم في العقود الادارية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦، ص ٧٠ ، أما المشرع الفرنسي لم يؤكد هذا الشرط صراحة ألا انه اشترط وجود بيانات معينة في القرار التحكيمي لا يمكن توافرها إلا بالكتابة منها ، أسماء الخصوم وصفاتهم ومواطنهم وأسماء المحامين وغيرها .

اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم ، وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين [١] .

ويلتزم المحكمون بعد صدور القرار اعطاء صورة منه لكل من الطرفين ، وتسليم الحكم مع اصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع خلال فترة ثلاثة أيام التالية لصدوره وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة [٢] .

وتتجه اغلب التشريعات إلى إعمال قواعد مشابهة بصدد 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 [٣].

أما في القانون العراقي فإن قرار التحكيم لا ينفذ لدى دوائر التنفيذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب من احد طرفي الخصومة ودفع الرسم القانوني المقرر له [٤] . وان

---

[١] ينظر نص المادة (١٤٧٣) من قانون المرافعات الفرنسي والمادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم المصري والمادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي ، وينظر البند (ثالثا") من المادة (٣٠) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي الذي نص على ((يتضمن قرار التحكيم مكان وتاريخ صدوره وأسماء الأطراف وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم))

[٢] المادة (٢٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل . وتنظر المادة (٣٢) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي التي نصت على ((تسلم هيئة التحكيم الى كل من الأطراف قرار التحكيم موقعا" من المحكمين)).

[٣] تنظر المادة (١٤٧٧) من قانون المرافعات الفرنسي ، والمادة (٥٦) و(٩) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ ففي التشريع المصري لابد من تقديم طلب إلى المحكمة المختصة ليتم تنفيذ القرار التحكيمي وان يرفق معه أصل الحكم أو صورة موقعة منه مع صورة من اتفاق التحكيم والمحضر 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 الاداري حسب قواعد الاختصاص المعمول بها وحسب قيمة المنازعة الإدارية هذا إذا كان التحكيم داخليا ، أما التحكيم الدولي فينعقد 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 في المواد (١٤٩٢- ١٥٠٧) من قانون المرافعات الفرنسي ، د.اشرف محمد ، المصدر السابق ، ص ٢٦٣ .

[٤] المادة(٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، أما المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية فلم تتطرق 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 ، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة ، دراسة مقارنة ، دار الرشيد للنشر ، ١٩٨١ ، ص ١٢٩ .

كنا نرى ان يعتمد القرار التحكيمي على مصادقة محكمة القضاء الاداري بدلا" من المحاكم المدنية وذلك للإطلاع من جانب المحكمة المختصة على ما جرى خلال مراحل التحكيم والقواعد المتبعة به مع الاذن ببدء اجراءات التنفيذ التي لا يمكن لها ان تبدأ إلا بموافقة المحكمة المختصة .

وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في الرقابة على قرارات التحكيم فلها وفق احكام القانون ان تصدقه او تبطله كلا" او بعضا" ، والقرار الذي تصدره المحكمة في هذا الصدد لا يقبل الاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الاخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية [1].

المطلب الثالث
التحكيـــم فـــي منازعات العقـود الاداريـــــة

نظرا" لتزايد اهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في الوقت الحاضر في حسم منازعات العقود الادارية الداخلية خاصة بعد نزول الدولة الى مجال التجارة وإشرافها على تنفيذ العديد من العقود ومنها العقد الاداري والذي يعد احد الوسائل التي تلجأ اليها لانجاز أهدافها ، ولتحقيق الصالح العام ، وذلك بالتعاون مع اشخاص القانون الخاص وطنية كانت ام اجنبية ، فيعد التحكيم وسيلة مثالية لحسم المنازعات التي تنشأ عن تلك العقود .

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 لابد من بيان موقف الفقه والتشريع ومن ثم القضاء لنخلص في النهاية إلى مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

الفـــرع الاول
مـــــوقف الفقـــــــه

[1] المادة (٢٧٤-٢٧٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

موقف الفقه في **فرنسا** نجده يتأرجح بخصوص التحكيم في العقود الادارية ما بين اتجاه مؤيد ومعارض لهذه الفكرة ، اما الاتجاه المؤيد [١] فانه ينتقد بشدة الحظر التشريعي لما يمثله من اعاقة للنشاط التجاري الدولي للأشخاص الاعتبارية للقانون العام ، ولا سيما للمؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية [٢].

ويرى بعض الفقه عدم وجود تعارض ما بين التحكيم والاختصاص الاصيل للقضاء ، فهيئة التحكيم تلتزم بما يقضي به قانون المرافعات الفرنسي باحترام القواعد الاساسية التي تخضع لها الدعاوي امام القضاء ، ولا يجوز لها مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام ، وفي حالة خروجها على هذه الضوابط يجوز للطرف الذي صدر الحكم ضده الطعن في حكم التحكيم بالبطلان [٣] .

كما يرى انه لا يجوز الاعتماد على النصوص التشريعية التي تحظر على اشخاص القانون العام اللجوء الى التحكيم ، لأن مثل هذه النصوص التي استند اليها مجلس الدولة الفرنسي ، (٨٣) و(١٠٠٤) ، بالحظر وردت في قانون الاجراءات المدنية والقانون المدني الفرنسي القديم ولم يكن لها هدف إلا مسألة الاجراءات المدنية بشكل دقيق ، وحتى المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الجديد تعتبر امتدادا" لمبدأ التحريم القديم ومرتبطة به . لان التبرير الذي يعتمد على النصوص القديمة يختفي ويزول معها ، فكان جديرا بمجلس الدولة الفرنسي ان لا يتمسك بتطبيق هذه النصوص التي حاول القضاء العادي الخروج عليها [٤] .

أما اصحاب الاتجاه الثاني[٥] فقد دافعوا عن موقف المشرع مدعين ان التحكيم يمثل عدم ثقة في القضاء الاداري للدولة الذي انشئ خصيصا للمنازعات الخاصة لأشخاص القانون العام كما ان نزع اختصاص محاكم الدولة يمس اعتبارات السلطة العامة.

---

[١] من مؤيدي التحكيم في العقود الادارية فـي فرنسا الأستاذ (Charles Jarrosson) و (Dominique Foussard) والفقيه (Rivero) الذي يذهب إلى القول (انه قد لا نجد تبريرا لهذا الحظر إلا التبرير النفسي الذي يقوم على فكرتي القدوة وسمو الشخص العام ...) يراجع د. جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص١٨٩- ١٩٠ .

[٢] د.جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص ٢٢٥.

[٣] Jean Rivero ," personnes morales de droit public et aebitrage " Rev- arb, 1973, n2 , p . 268.

نقلا" عن د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٥٥.

[٤] Charles DEBBASCH, Contentieux administratif , Dalloz , 3e e'd ,1981, p . 296

نقلا"عن د. جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص ١٨٨-١٨٩ .

[٥] ومن أنصار الاتجاه المعارض في فرنسا : العلامة الكبير (Laferriere) ومفوض الحكومة (Romieu) و (Gazier) والفقيه (De Laubadere) والفقيه (Rivero) ويذهب الفقيه(De Laubadere) إلى (إن قواعد الاختصاص نص عليها قانون تشريعي ، وبالتالي فان تعديل هذه القواعد يتعين أن يتم بقانون تشريعي ، ولا يجوز أن

أما فـــي مصر فقد ذهب جانب من الفقه الى القول بعدم جواز التحكيم في العقود الادارية مستندا" في ذلك لمبررات عديـدة اهمها ادعاؤهم ان التحكيم يتعارض ومبدأ سيادة الدولة لأنه يسلب اختصاص القضاء الوطني الذي يعـد مظهرا" مـــن مظاهر سيادتها ، فضلا" عما قد ينتهي اليه التحكيم من استبعاد تطبيق القانون الوطني على المنازعة ليطبق بدلا" منه القانون الاجنبي[١] . وقولهم ان التحكيم يتعارض وحكم المادة (١٧٢) مـــن دستور مصر لسنة ١٩٧١ والمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢[٢] لأنه يسلب فـــي هـــذه الحالة اختصاصات القضاء الاداري المعقوده اليه بموجب هاتين المادتين[٣] .

ومن الفقهاء من يقول بتعارض التحكيم في العقود الإدارية مع فكرة النظام العام ، على اساس ان المقصود بهذه الفكرة في القانون الاداري هي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وان العقد الاداري تهيمن عليه المصلحة العامة مما يجعله جزءا" من النظام العام وبما ان المادة (٥٠١) من قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ قبل الغائها بقانون التحكيم الحالي رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ نصت على ((لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح))، وايضا" المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري تنص على ((عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام)) ، فأن التحكيم في العقود الادارية لا يجوز[٤] .

في حين ذهب جانب من الفقه المصري الى التقرير بجواز التحكيم في العقود الادارية وحجته في ذلك هوعدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يقضي بعدم جواز اللجوء الى التحكيم لحسم منازعات العقود الادارية ، وان ما تضمنته المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة سالف الذكر يقصد بها بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص القضاء الاداري والقضاء العادي ومن ثم لا يجوز تحميل النص اكثر مما ينبغي بالقـول انه يحظرعلى الجهات الادارية اللجـوء الى التحكيم فـــي العقـود الادارية هذا من

يكون ذلك بأداة قانونية اقل من ذلك كمرسوم مثلا أو عقد من باب أولى) ، كما ذهب الفقيه (Romieu) في احد تقاريره بخصوص احدى القضايا التي عرضت على مجلس الدولة إلى القول (...إن الإدارة العامة ـ إلا في حالة استثناء خاص ـ غير مرخص لها بالاتفاق على التحكيم ، وان الوزراء لا يستطيعون أن يضعوا في أيدي المحكمين حل مسألة متنازع عليها لأنهم لا يستطيعون التهرب او التملص من اختصاص جهات القضاء الموجودة بالفعل .) ، د. جورجي شفيق ، المصدر السابق ص ١٤٩ وما بعدها .

[١] د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٥٩ .

[٢] نصت المادة (١٧٢) من دستور مصر لعام ١٩٧١((مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، يختص بالفصل في المنازعات الادارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى)) ونصت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة لعام ١٩٧٢ ((تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الاتية ..... حادي عشر المنازعات الخاصة بعقود الألتزام والاشغال العامة او التوريد او باي عقد اداري آخر)) .

[٣] د. علي احمد حسن اللهيبي ، التحكيم في العقود الادارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد ٢٢، العدد ١، جامعة بغداد ، كلية القانون، ٢٠٠٧ ، ص ٢٨٤، ود. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص ٦٦.

[٤] د. احمد عبد البديع شتا ، المصدر السابق ، ص ٢٢٤.

جهة [١]. ومن جهة اخرى تنص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة على ان (لا يجوز لاية وزارة او هيئة عامة او مصلحة من مصالح الدولة ان تبرم او تقبل او تجيز اي عقد او صلح او تحكيم ... بغير استفتاء الادارة المختصة) مما يدل على اجازة المشرع للتحكيم في العقود الادارية وإلا لو كان التحكيم محظوراً"لما اشترط المشرع ضرورة الحصول على استفتاء الادارة المختصة فـي مجلس الدولة[٢] ويحتج اصحاب هذا الاتجاه ايضا" بان احكام قانون المرافعات هي التي تطبق على العقود الادارية في حالة عدم وجود نص خاص ، وبما ان قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٢ جاء خاليا" من نص يحظرالتحكيم في العقود الادارية فتطبق في هذه الحالة احكام المادة (٥٠١) من قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ التي تنص على ((يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين)) [٣] .

أما بالنسبة لموقف الفقه العراقي فهو بين مؤيد ومعارض ، فذهب البعض الى جواز التحكيم في العقود الإدارية مستندين في ذلك الى نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، وذلك على أساس إن اجازة اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات العقدية جاءت مطلقة من اي قيد مما يعني شمول العقود الادارية بحكمها[٤] ، بينما يرى البعض الآخـر إن هـذه المادة غير كافية للاستناد إليها للقول بلجوء المشرع إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية [٥] ويبرز اتجاه آخر لدى الكتاب يقوم على التفريق بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري كوسيلة لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية اذ يعارض اللجوء الى التحكيم الاختياري في العقود الادارية بحجة انه لا يحقق أية فائدة من ناحية تقليص مدة حسم النزاع ، أو توفير الجهود والمصروفات ، فضلا" عن إن هيئة التحكيم الاختياري غير ملزمة بمراعاة برامج وأهداف خطة التنمية القومية [٦].

نؤيد الرأي الذي يذهب الى جواز التحكيم في العقود الادارية في العراق لان نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ورد مطلقا بإجازة التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين .

الفـــرع الثانـــــي
مـــــــوقف التشريـــــــع

اختلفت التشريعات في موقفها إزاء مشروعية اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية ، فالمبدأ العام في **التشريع الفرنسي** هو منع التحكيم في العقود الادارية ، وأساس الحظر يجد سنده في المادة

---

[١] **د. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص ٨٤ .**

[٢] **المصدر السابق ، ص ٧٠ .**

[٣] **د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٣٥٩.**

[٤] **المحامي جمعة سعدون ، المصدر السابق ، ص ٢١٧.**

[٥] **د. حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، ١٩٧٧ ، ص ٨٤ .**

[٦] **شعيب احمد سلمان ، المصدر السابق ، ص ١٤٣-١٤٤ .**

(٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي رقم (٦٢٦) الصادر في ١٩٧٢/٧/٥ المعدل بالقانون الصادر في ١٩٧٥/٧/٩ التي نصت الفقرة الاولى منها على عدم امكانية اللجوء الى التحكيم فيما يخص النزاعات المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم او تلك المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العامة . وظاهر الحظر الوارد في النص يشمل كل المنازعات التي تكون الاشخاص العامة طرفاً" فيها حتى لو تعلق الامر بعقد من عقود الادارة التي تختص بها المحاكم المدنية والتجارية ، واعتبر هذا الحظر متعلقاً" بالنظام العام ولا يجوز مخالفته [١] . الا انه نتيجة لمناشدة جانب كبير من الفقه الفرنسي فقد خرج المشرع عن هذا المبدأ للحد من نطاق تطبيقه كاستثناء واصدر عدداً" من التشريعات اجاز بواسطتها للدولة وغيرها من اشخاص القانون اللجوء الى التحكيم في بعض صور العقود الادارية واهم هذه التشريعات هي :

١- **قانون ١٩٠٦/٤/١٧** ، أجاز في المادة (٦٩)[٢] منه للدولة والمحافظة اللجوء الى التحكيم لتصفية نفقات عقود الاشغال العامة والتوريد وفقاً" للأحكام التي نظمها الباب الثالث من قانون الاجراءات الفرنسي ، وذلك بعد حدوث نزاع فعلاً" ، وليس بناء على شرط تحكيم يتم النص عليه في العقد .

٢- **المرسوم الصادر في ١٩٦٠/٧/٢٥** ، الذي وسع من نطاق تطبيق القانون الصادر في ١٩٠٦/٤/١٧ 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 ١٩٠٦/٤/١٧ [٣] .

٣- **قانون ١٩٧٥ /٧/٩** ، اضاف هذا القانون الفقره الثانية الى المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني بموجب المادة السابعة منه والذي نص على ان يصدر مرسوم من مجلس الوزراء يرخص لبعض الطوائف من المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية الاتفاق على التحكيم[٤] ، إلا ان هذا المرسوم التنفيذي لم يصدر الا مؤخراً" في ٢٠٠٢/١/٨، وحدد المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء الى التحكيم ومن بينها شركة غاز فرنسا وشركة كهرباء فرنسا [٥] .

٤- **قانون ١٩٨٢/١٢/٢٠** ، سمح هذا القانون للشركة الوطنية للسكك الحديدية التي تحولت الى مؤسسة عامة في المادة ٢٥ منه باللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية التي تبرمها مع الغير استثناء من نص المادة (٢٠٦٠) .

---

[١] **د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الادارية ،المصدر السابق ، ص ٤١ .**

[٢] **أدرج المشرع الفرنسي الاستثناء في قانون الأشغال العامة الحالي في المادتين (٢٤٧،٣٦١) ، د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٦٨ .**

[٣] **د. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص١٣٥ ، ود. جابر جاد نصار ، التحكيم ....، المصدر السابق ، ص ٤٨ .**

[٤] **د. علي حسن اللهيبي ، المصدر السابق ، ص٢٧٩ ، ود. عبد الرحمن رحيم عبد الله ، المصدر السابق ، ص ١٤٦.**

[٥] **د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٦٨.**

٥- **قانون ١٩ / ١٩٨٦/٨ (جواز التحكيم في العقود الدولية)** ، اجاز هذا القانون للدولة وللمقاطعات والمؤسسات العامة ان تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركة اجنبية من اجل تحقيق نفع قومي وذلك استثناء من احكام المادة (٢٦٠) من القانون المدني[١].

٦- **قانون ٧/٢/ ١٩٩٠** ، منح هذا القانون لهيئة البريد والاتصالات الفرنسية اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن العقود التي تبرمها مع الغير.

٧- **قانون ١٢/ ٧ /١٩٩٩**، اجاز هذا القانون للمؤسسات التي تساهم في التعليم العالي بالابتكار والبحث العلمي باللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية والثقافية الاجنبية [٢] .

٨- **الاتفاقيات والمعاهدات الدولية** ، تتضمن الاتفاقات والمعاهدات التي تبرم بين الدول او بينها وبين شركات او هيئات دولية خاصة نصوص تنص بحل اي نزاع ينشأ عن طريق التحكيم ، اذ لا تسري قاعدة حظر التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام على العقود التي تنشأ عن هذه الاتفاقات الدولية دونما حاجة الى نص خاص صريح بذلك ، ومن هذه الاتفاقات المادة (٢٥) من اتفاق واشنطن المبرم لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بتاريخ ١٩٦٥/٣/١٨ ، والمادة (١- أ) ، والمادة (٢- أ) من اتفاقية جنيف بتاريخ ١٩٦١/٤/٢١[٣] .

مما تقدم يتبين لنا ان المبدأ المعمول به في فرنسا هو عدم جواز لجوء اشخاص القانون العام الى التحكيم في العقود الادارية الا في حالة وجود نص خاص يسمح لها بذلك.

أما بالنسبة لموقف **المشرع المصري** فقد نظم التحكيم في العقود الإدارية تنظيمياً جزئياً ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ في الباب الثالث منه في المواد من (٥٠١-٥١٣)[٤] .

ولاختلاف رأي الفقه والقضاء حول مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، فقد نظم أمر التحكيم تنظيماً كلياً بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية وألغيت بذلك المواد من (٥٠١-٥١٣) من قانون عام ١٩٦٨ ، 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

---

[١] وجاء اصدار هذا القانون بمناسبة تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة (Walt Disney) الأمريكية من اجل إنشاء مدينة ملاهي في فرنسا على غرار المدينة الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية ، للمزيد يراجع د. جورجي شفيق، المصدر السابق ، ص ٢٠٣-٢٠٤.

[٢] د. اشرف محمد خليل ،المصدر السابق ، ص ٦٩ وما بعدها .

[٣] د. عبد الرحمن رحيم عبد الله ، المصدر السابق ، ص ١٤٧.

[٤] ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢، ص ٣ .

مصر ، وعلى الرغم من انه كان المأمول به أن يحل النزاع ألا إن الخلاف قد استمر ، وبهدف إنهاء الخلاف فقد حسم المشرع المصري ذلك في القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ 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 بصدور القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ 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] .

مما تقدم يتبين لنا إن المشرع المصري قد اقر التحكيم في العقود الإدارية بشكل صريح بخلاف المشرع الفرنسي الذي تمسك بقاعدة (حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية) مع إيراده بعض الاستثناءات .

أما عن موقف **المشرع العراقي** فيلاحظ انه لا يوجد لدينا قانون خاص بالتحكيم ، ولكن المشرع العراقي خصص الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ من المادة (٢٥١-٢٧٦) للتحكيم ، ومن خلال نص المادة (٢٥١) يتبين انه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين سواء كان هذا النزاع ناشئاً" عن علاقة قانونية تعاقدية او غير تعاقدية ، كالنزاع الذي ينشأ عن عمل غير مشروع ، او الذي ينشأ عن الكسب دون سبب لان تعبير أي نزاع ورد مطلقا" دون تحديد مصدر او سبب النزاع ، هذا فضلاً" عن جواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ، ولم يحدد المشرع نوع العقد او طبيعته فقد جاء تعبير عقد معين بصورة مطلقة مما يؤكد ان النص قد اطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين سواء كان هذا العقد مدنياً" ام اداريا" [٣] . ونرى ان حكم هذه المادة يسري على جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ أي عقد بغض النظر عن نوعه او طبيعته .

---

[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] د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٧١-٧٤ .

[٣] د. عبد الرحمن رحيم عبد الله ، المصدر السابق ، ص ١٥٧.

كما ان قانون العقود العامة الصادر بالاستناد الى امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ اجاز في الفقرة ٢/ح من القسم (١٢) اللجوء الى التسوية البديلة للنزاع شرط ان يتفق الطرفان على ذلك [١].

كما ان قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ اجاز في الفقرة (٥) من المادة (٢٧) منه اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تحصل بين الهيئة الوطنية للاستثمار واحد المستثمرين اذا كان موضوع النزاع تجاريا" [٢].

كذلك أجازت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية حيث نص البند (ثانيا) مـن المادة (٨) من التعليمات المذكورة على (عند عدم التوصل الى اتفاق ودي يتم اللجوء الى احد الاساليب التي يجب ان ينص عليها في العقد وهي كالاتي :

أ – التحكيم ويكون وفقا لما يأتي :

(١)التحكيم الوطني : ويكون وفقا للاجراءات المحددة في شروط المناقصة او بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

(٢) التحكيم الدولي : لجهت التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون احد طرفي العقد اجنبيا على أن يراعى ما يأتي :

(أولا) ان يتم اختيار احدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة .

(ثانيا) تحديد مكان ولغة التحكيم .

(ثالثا) اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق .

(رابعا) أن تتوافر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الاسلوب)

---

[١] **نصت الفقرة (٢/ح) من القسم ١٢ على ((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 ، شرط أن يتفق الطرفان .))**

[٢] **نصت الفقرة (٥) من المادة (٢٧) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ على ((المنازعات الناشئة بين الهيئة او أي جهة حكومية او بين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة احد أحكام هذا القانون ، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف)) .**

كما اجازت المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية التي صدرت من وزارة التخطيط اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بين صاحب العمل والمقاول في حالة عدم قبول القرار الذي يتخذه المهندس لفض النزاع وقد بينت هذه المادة انه اذا لم يقبل صاحب العمل او المقاول بقرار المهندس هذا فعندئذ ، وفي أي حالة ، يكون لصاحب العمل او المقاول في غضون ثلاثين يوما" من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار المذكور ان يطلب احالة القضية الى التحكيم [١].

ورغم ان قانون المرافعات المدنية هو شريعة عامة في مجال الاجراءات الواجب اتباعها عند نشوب جميع المنازعات التي تنشأ عن العلاقات القانونية التعاقدية وغير التعاقدية إلا اننا نرى ان يحذو المشرع العراقي حذو المشرع المصري بان يصدر تشريعا" خاصا" يجيز فيه اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية .

أما عن موقف العراق حيال التحكيم التجاري الدولي فيكاد ان يكون سلبيا" ومع ذلك ، فان الضرورات العملية واهتمام العراق المتزايد بتنفيذ خطط التنمية القومية ورغبته في الحصول على الخبرة والتكنولوجيا الحديثة قد ادت الى قبول شرط التحكيم في عقودها الدولية اذ اصدرت وزارة التخطيط كتابها ٢/٦ب /٩٢٦/٥ في ١٩٨٤/٩/٣ اقرت فيه مبدأ التحكيم الدولي ، وبذلك اصبح للوزارات والأشخاص المعنوية العامة حق اللجوء الى التحكيم الدولي والاتفاق على ذلك بشرط الحصول على موافقة مجلس التخطيط وبعد الغاء هذا المجلس انتقلت صلاحياته الى مجلس الوزراء وهكذا اصبح مبدأ القبول بالتحكيم مقبولا" في العلاقات التجارية الدولية ، بشرط اخذ موافقة مجلس الوزراء ، عند وضعه في العقود [٢].

ومـن التطبيقات القضائية فـي هـذا الشأن دعوى تتلخص وقائعها فـي إدعـاء وكيل المدعي (وزير المالية- اضافة لوظيفته) لدى محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية بأنه سبق وان تعاقدت وزارة الدفاع المنحلة مع شركة (اوتوميلارا – الايطالية) بتاريخ ٢٨/ ١٢ / ١٩٨٠ والتي حلت محلها الشركتين المدعى عليهما (شركة ارمامنتي وابيروساتزير وشركة فينميكانيكا) بموجب العقد المرقم (٨٠/٥) لتجهيز صواريخ وعتاد للسفن بقيمة (٧٩٦) مليون دولار وقامت وزارة الدفاع بتسديد المبلغ عن العقد بموجب دفعات من عام ١٩٨١ ولغاية ١٩٨٧.....وكان التسديد في جزء منه نقدا" والاخر بالنفط الخام بالإضافة الى تسديد الفوائد المترتبة عن التأخير الحاصل في بعض من هذه الدفعات . طلب المدعي فسخ العقد بحدود ما لم يتم تنفيذه واسترداد كافة المبالغ والتعويض عن الاضرار المادية التي اصابت العراق ، اصدرت المحكمة المذكورة قرارها برد الدعوى) ، طعن تمييزا بالحكم وأصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها الآتي : " ..... ولدى النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح لمخالفته احكام

---

[١] ينظر نص المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ المشار اليه في الصفحة رقم (٦٠) .

[٢] د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ٤٤٧.

القانون وإن جاء اتباعا" للقرار التمييزي الصادر عن رئاسة محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية ..... والذي يتعلق بالطعن التمييزي المقدم من قبل المميز (وزير المالية) حول القرار الذي أصدرته محكمة البداءة باعتبار الدعوى المنظورة أمامها مستأخرة الى نتيجة حسم النزاع من قبل هيئة التحكيم الدولية في غرفة تجارة باريس استنادا للمادة ٣/٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ....، وقد وجد ان الفقرة (١- ١٩) من العقد المبرم بين وزارة الدفاع / مديرية التسليح والتجهيز (المنحلة) وبين شركة اوتوميلارا الايطالية في بغداد بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٢٨ الخاص بتجهيز صواريخ وتوربينات واسلحة نصت على ان كافة النزاعات الناشئة من والمرتبطة بهذا العقد والتي لا يمكن تسويتها بصورة ودية من قبل الاطراف المتعاقدة سوف يتم تسويتها بصورة نهائية بموجب قواعد المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس (فرنسا) من قبل ثلاثة محكمين يتم تعيينهم وفقا" للقواعد المذكورة . وان طرفي الدعوى قد تصادقا امام محكمة البداءة بأن الموضوع قد احيل الى هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس وانه تم استئناف قرار الهيئة امام محكمة استئناف باريس عليه فأن قرار محكمة البداءة باعتبار الدعوى المنظورة امامها مستأخرة الى نتيجة حسم النزاع امام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية يتفق وما تنص عليه المادة ٣/٢٥٣ من المرافعات المدنية . وطالما ان الطرف الاول في العقد هو وزارة الدفاع / مديرية التسليح والتجهيز(المنحلة) وان العقد تم ابرامه في بغداد فتكون المحاكم العراقية (القضاء العراقي)هي المختصة بنظر الدعوى تطبيقا للقواعد المنصوص عليها في المادتين ١٤ و ١٥ / ج من القانون المدني ، ولما كان الحكم المميز قد خالف ذلك مما اخل بصحته وعليه قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاستئخار الدعوى .....))[1]

الفـــرع الثانـــي
مـــــــوقف القضـــــــاء

يعتبر **القضاء الفرنسي** رائد الحظر للجوء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية فقد قضى **مجلس الدولة الفرنسي** في اكثر من حكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الادارية مستندا" الى نصوص قانون الاجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة ١٨٠٦ في المادتين (٨٣) و (١٠٠٤) منه والتي اصبحت المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الجديد ومنه قرار مجلس الدولة الفرنسي عام ١٨٢٤ في قضية (ouvrad) والذي قرر فيها عدم جواز لجوء الدولة في منازعاتها لمحكمين ، وكان بمناسبة عقد توريد يتضمن شرط تحكيم ، وتوالت احكام مجلس الدولة في هذا الخصوص التي جاءت كلها مؤكدة الحظر

---

[1] **قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٣٥/٢٣٤/ الهيئة الموسعة المدنية الاولى / ٢٠١٢ الصادر في ٢٠١٢/١١/٢١ غير منشور .**

وعده من النظام العام ومنها حكمه في قضية (Boyer) الصادر عام ١٨٢٥ وكانت تتعلق بعقد توريد ، وحكمه في قضية (socie'te' ge'neraldes te'le'phones) الصادر عام ١٨٩٣[١] .

وهكذا استقر القضاء الاداري الفرنسي على هذا المبدأ واعتبره من المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي ورتب على مخالفته بطلان شرط او مشارطة التحكيم بطلانا مطلقا لتعلق هذا الحظربالنظام العام.

أما بالنسبة **للقضاء العادي الفرنسي** نجد انه يذهب الى النقيض مما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي – الذي يحظر على الدولة والأشخاص القانونية العامة اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات التي تكون طرفا" فيها إلا بشرط ان يكون لديها ترخيص او اذن بذلك او بناء على قانون – وعلى رأسه محكمة النقض الى ان الاشخاص العامة تستطيع ان تتفق على التحكيم في مجال العقود الادارية ذات الطابع الدولي حتى مع غياب اتفاق دولي او قانون يجيز او يرخص لها بذلك ، وعليه قصر نطاق تطبيق مبدأ حظر لجوء هذه الاشخاص الى التحكيم في المنازعات الوطنية وحدها [٢] .

وتوالت أحكام القضاء العادي على تأكيد ان نطاق الحظر يقتصر على العقود الادارية الداخلية ، ولا يمتد الى العقود الدولية ، ويكتفي لجعل شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد ما صحيحا" اثبات وجود عقد دولي تم إبرامه بناء على الاحتياجات ، وبالشروط التي تتفق مع اعراف التجارة الدولية [٣].

نرى أن موقف القضاء العادي لا يختلف في جوهره عن موقف القضاء الاداري في مسألة مدى جواز اللجوء الى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ، كل ما هنالك أنّ القضاء العادي يستثنى المسائل الدولية من قاعدة عدم جواز اللجوء الى التحكيم الا بناء على اتفاق دولي او نص قانوني يسمح لها بذلك .

أما بالنسبة **لموقف القضاء المصري** فقد اتجه مجلس الدولة في احكامه وبعض فتاويه لتأييد الالتجاء الى التحكيم في العقود الادارية ، فقد اقرت محكمة القضاء الاداري جواز اللجوء الى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الادارية – قبل صدور قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٥/١٨[٤] في الدعوى المرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير

---

[١] **د. جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ١٢٨-١٢٩.**

[٢] **cass . civ . 2mai 1966 , Tre'sor public ,clGalaxies , Dalloz , 1966. P. 575.**
نقلا" عن د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٤٣.

[٣] **Court Appel de paris , 13 juin 1996, clumel , 1997 .n2 p.15 , ets note E .**
نقلا" عن د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٤٣.

[٤] **حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٨٦/٥/١٨ في الدعوى رقم (٤٨٦) لسنة ٣٩ قضائية ، اشار اليه د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .**

والانشاءات ضد وزير الاسكان[١] إلا إن المحكمة الادارية العليا قضت بحكمها الصادرفي ١٩٩٠/٢/٢٠ [٢] بعدم امكان لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الادارية التي تبرمها تأسيسا" على ان مجلس الدولة يختص وحده دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الادارية .

اما الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فقد افتت في بداية امرها بعدم جواز اللجوء الى التحكيم لحسم منازعات العقود الادارية بدون وجود نص تشريعي يجيز ذلك فقد افتت بأن ((ارادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم بل يجب ان يقر المشرع اتفاقهم .....)) [٣] وقد سلكت ذات النهج في الفتوى الصادرة منها بتاريخ ١٩٨٨/٣/٣٠حيث ذهبت الى ((ان من الاصول المقررة في القانون الاداري ان اهلية الاشخاص القانونية العامة في التصرف والقيام بالاعمال اللازمة لتحقيق الاهداف المنوط بها تحقيقا" انما هي اهلية محددة وتنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها ، وعليه فلا يجوز ان تلجأ الى التحكيم بغير نص يرخص لها ذلك)) الا ان موقفها هذا لم تستمر عليه اذ عدلت عنه لاحقا" وافتت بجواز التحكيم في العقود الادارية مستندة الى نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٢ [٤] وعادت لتؤكد في فتوى اخرى على جواز التحكيم في العقود الادارية الا انها هذه المرة قيدته بشرط اعمال القواعد القانونية التي تطبق على العقود الادارية [٥].

وبعد صدور قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ عادت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لموقفها السابق فأفتت بعدم صحة شرط التحكيم الذي ورد في احد العقود الادارية ، مما حذا بالحكومة الى تقديم مشروع تعديل المادة الاولى من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ليمتد نطاقه ليشمل التحكيم في العقود الادارية . وفعلا" صدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ وبموجبه اصبح الاتفاق على التحكيم في العقود الادارية امرا" جائزا" بضابط وحيد يتصل بالسلطة التي

---

[١] يراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١/١٨ الطعن رقم (٨٨٦) لسنة ٣٠ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الادارية في اربعين عاما" ، الجزء الاول ، من اول اكتوبر ١٩٥٥ حتى اخر سبتمبر ١٩٩٥ ، ص ١٤٥ وما بعدها . اشار اليه د. اشرف محمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

[٢] حكمها ١٩٩٠/٢/٢٠، طعن رقم (٣٠٤٩) لسنة ٣٢ ق ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة الخامسة والثلاثون ، العدد الأول ، ١٩٩٥ ، ص ١١٤٣ ، أشار إليه د. جورجي شفيق ، المصدر السابق ، ص ١٨٣ .

[٣] فتوى رقم ٦/٨٦/ ١٦٣ في ١٩٧٠/١/١٥ قاعدة ٢٥٨ ، الموسوعة الادارية الحديثة ، الجزء العاشر ، ص ٧٥٢، اشارت اليها د. نجلاء حسن ، المصدر السابق ، ص ٧٣ .

[٤] ينظر نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٢ المشار اليها في الصفحة رقم ٨٦ .

[٥] فتوى رقم (٢١١) في ١٩٩٣/٣/١١، مجموعة المبادئ التي.....، اشار اليه د. علي اللهيبي ، المصدر السابق ، ص ٢٨٧.

لها حق الموافقة على هذا الاتفاق ، اذ حصرها المشرع المصري في الوزير او من يقوم مقامه بالنسبة الى الاشخاص الاعتبارية العامة مع عدم جواز تفويض الغير هذا الاختصاص [١] .

أما عن موقف القضاء العراقي فقد عارض توجهات المشرع بعد ان اعتبر التحكيم شأنه شأن القضاء الاجنبي يمس سيادة الدولة [٢]، وبالتالي لا يجوز اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تكون الادارة طرفا" فيها واستمر هذا الموقف الى ان قامت محكمة التمييز بتأييد الالتجاء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الادارية ، وهذا يعني ان المحكمة اخذت حكم المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية على اطلاقه فلم تحصر تطبيقه في مجال عقود القانون الخاص فحسب ، بل طبقته في مجال العقود الادارية ايضا".

ويتضح ذلك من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية حيث قضت ((..... ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه غير صحيح لمخالفته احكام القانون ذلك لأن محكمة الاستئناف حكمت (بتصديق قرار لجنة التحكيم المؤرخ (٢٠١٢/١١/٢٠) رغم ان المدعي طلب في عريضة دعواه تصديق قرار التحكيم المؤرخ في ٢٠١١/١٢/١٠ مما يكون حكمها مشوبا" بخطأ جوهري مفاده الفصل في شيء لم يدع به الخصوم هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فإن محكمة الموضوع غير ملزمة بتصديق التحكيم اذ ان لها ان تفصل في النزاع بنفسها اذا كانت القضية صالحة للفصل فيها (م ٢٧٤) مرافعات مدنية ، ولما كان النزاع يتعلق بتفسيركلمتي (pipes) و(triple) وهل ان الخط ثلاثي شامل لثلاثة انابيب لذا كان علـى المحكمة الاستعانة بخبير مختص بترجمة المصطلحات الهندسية واطلاعـه على عقد المقاولة .... لذا قرر نقض الحكم الاستئنافي .....)) [٣] .

ننتهي الى القول باننا نعتقد انه ليست هناك موانع ولا عقبات دستورية او قانونية تحول دون لجوء الادارة الى التحكيم في منازعات العقود الادارية ولا يمثل ذلك اعتداءا" على اختصاص القضاء لما للتحكيم من دور حيوي ومفيد سواء في تشجيع الاستثمارات او في تخفيف العبء عن القضاء .

---

[١] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،الاسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٣٦١.

[٢] قرار ديوان التدوين القانوني رقم (٧٨/١٢٣) في ١٩٧٨/٨/٢٨، اشار اليه د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ١٢١.

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٣١٣/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١/١٩ غير منشور .

من أخص واجبات الدولة إقامة العدل بين الأشخاص ، والفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم ، ورد الاعتداء حتى يطمئنوا على أرواحهم وحرياتهم وأموالهم . والدولة – من ناحية أَخرى – لها وحدها حق فرض هذه العدالة ، فلا يملك أحد أن يرفض تدخلها أو أن يتحرر من سلطانها . لأن القضاء هو مظهر سيادتها . وتدخل القضاء هو الوسيلة الناجعة والطبيعية لفض المنازعات ، وذلك بسبب قوة القضية المقضية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية .

إن التسوية القضائية للمنازعات تدخل في عموم التسوية السلمية للمنازعات ، والقضاء سلطة من سلطات الدولة الأساسية الثلاث ، وولايته ولاية إجبارية يخضع لها الناس جميعا" وفقـا" للدستـور والقانون ، والحكم القضائي النهائي نافذ بذاته ، وعلى كل السلطات في الدولة أن تعمل على وضعه موضع التنفيذ وعلى ذلك فإن القضاء هو أهم الوسائل السلمية لتسوية المنازعات [١] .

على ان هناك أسلوبين في حل المنازعات الإدارية بالطريق القضائي :

الأسلوب الأول : تتولى المحاكم العادية أمر البت في المنازعات الإدارية . ويتبع هذا الأسلوب في انكلترا واستراليا ودول امريكا التي تأخذ بنظام القضاء الموحد [٢] .

الأسلوب الثاني : يعود أمر البت في المنازعات ذات الطابع الإداري إلى المحاكم الإدارية القائمة إلى جانب المحاكم العادية . ويتبع هذا الأسلوب في فرنسا واليونان وبلجيكيا ومصر ولبنان التي أخذت بمبدأ القضاء المزدوج أي المبدأ القائل بضرورة وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي .

ولغرض الإحاطة بدور القضاء في حسم منازعات العقود الإدارية نرتأي تقسيم الفصل على المبحثين التاليين :

المبحث الأول : حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء الإداري .

المبحث الثاني : حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء العادي .

---

[١] محمد ماجد عباس الخلوصي ، أصول التحكيم فـي المنازعات الهندسية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٥ .

[٢] يقصد بنظام القضاء الموحد إن المحاكم العادية تنظر بالمنازعات العادية والإدارية على حد سواء وبذات القواعد والإجراءات . د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل ، المصدر السابق ، ص ١١٧ .

المبحث الأول
حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء الإداري

هناك من يذهب إلى إن المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية تعد منازعات ذاتية لأن المتعاقد يستند في رفع هذه الدعاوى إلى سند ذاتي والمتمثل بالعقد الذي يكون أثره بين الطرفين فقط وأيضا الواقعة القانونية المحددة بالتنفيذ لمرة واحدة ومن ثم فهي لا تستند إلى وضع تنظيمي دائم . ففي فرنسا هناك قاضي العقد وآخر للإلغاء خلاف الأمر في مصر إذ ان محكمة القضاء الإداري هي وحدها تختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية حيث تكون ولايتها شاملة والنتيجة المترتبة إن المحكمة تختص بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود .

وعلى الرغم من التسليم بخضوع كافة منازعات العقود الإدارية ، لاختصاص القضاء الإداري باعتباره صاحب الولاية العامة بنظر سائر المنازعات الإدارية عقدية كانت ام غير عقدية – باستثناء المنازعات التي اتفق على تسويتها تحكيما" ، إلا إن الأمر يقتضي التعرض لولاية القضاء الإداري حين نظره لتلك المنازعات ، حيث يخضع بعضها لولاية القضاء الكامل ، في حين يخضع البعض الآخر لولاية قضاء الإلغاء . وهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : ولاية القضاء الكامل بنظر منازعات العقود الإدارية .

المطلب الثاني : ولاية قضاء الإلغاء بنظر منازعات العقود الإدارية .

المطلب الأول
ولايـــة القضـــاء الكامل بنظـــر منازعـــات العقـــود الإداريـــة

القضاء الكامل هو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على العقود الإدارية وهذا الأمر واضح في كل من فرنسا ومصر حيث ورد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في هذا

الصدد مطلقا [1] سواء ما تعلق منها بأصل المنازعة أو ما يتفرع عنها ، أما في العراق فان النزاع يكون ضمن اختصاص المحاكم العادية .

ومرجع منازعات العقود الإدارية لاختصاص القضاء الكامل أمر يتناسب وطبيعة تلك المنازعات فيما يتعلق بارتباطها بالحقوق المكتسبة للأفراد ، فمجال حماية هذه الحقوق هو دعوى القضاء الكامل بما تكفله من حماية للحقوق وإجبار على تنفيذ الالتزامات حتى لو تطلب ذلك تعديل العقد .

ولغرض بيان منازعات العقد الإداري الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل والأثر المترتب على إخضاعها لولايته ، قسم المطلب على الفرعين التاليين :

الفرع الأول : منازعات العقد الإداري الخاضعة لولاية القضاء الكامل .

الفرع الثاني : اثر إخضاع منازعات العقد الإداري لولاية القضاء الكامل .

الفـــــرع الأول
منازعـات العقـــد الإداري الخاضعـــة لولايـــة القضـــاء الكامـــل

المنازعات التي يثيرها أطراف العقد الإداري ، وتخضع لاختصاص القضاء الكامل تندرج تحت صورتين الأولى تتعلق بتنفيذ العقد الإداري وانقضائه والثانية تتعلق ببطلان العقد الإداري ، الأمر الذي يقتضي منا عرضا لهاتين الصورتين وعلى النحو الآتي :

اولا" : المنازعـات المتعلقـة بتنفيذ العقـد الإداري وانقضائـه

من المتصور أن ينشب نزاع بين المتعاقدين في المرحلة التي تلي ابرام العقد ، سواء في تفسير شروطه أو عند تعديله من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة ، أو بصدد تنفيذ الطرفين لالتزاماتهما ، أو عند

[1] د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ١١٩.

اخلال احدهما بما يفرضه عليه العقد من التزامات ، وتمس الحاجة الى حسم هذا النزاع لما له تأثير على سير تنفيذ العقد وعمل المرفق العام الذي ابرم من اجل إدامة نشاطه . ومن هذه المنازعات :

أ- دعـوى المطالبة بالحصول على مبالـغ ماليـــة

إذا نازعت الإدارة المتعاقـد فـي الحصـول على المقابل المـادي[١] ، لما اوفـي به مـــن التـزامات تعاقدية ، سواء في صورة ثمن أو رسم ، فإن بوسعه إقامة دعوى أمام المحاكم الإدارية او محكمة القضاء الإداري بحسب الأحوال للمطالبة بتلك المستحقات .

كما إن بوسع المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى المحاكم للمطالبة بتعويض عن الأضرار المادية التي أصابته من جراء خطأ جهة الإدارة المتعاقدة وهو بصدد تنفيذه لتعاقده معها [٢].

ب- دعـوى إبطال بعض تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقديـــة

إذا صدر عن الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية ، فيكون للمتعاقد معها الحق في طلب الحكم بإبطال تلك التصرفات عـن طريق القضاء الكامل [٣] وتحتفظ دعـواه في هـذه الحالة بصفتها تلك – من حيث إنها تنتمي للقضاء الكامل – حتى ولو اقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة . ولهذا أثره الخطير فيما يتعلق بإجراءات التقاضي ومدده لاختلاف كل من قضائي الإلغاء والتعويض عن الآخر في ذلك الخصوص[٤] .

ولقد أكدت على ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية في بواكير أحكامها فقضت ((القرارات الصادرة بالجزاءات التعاقدية أو فسخ العقد أو إنهائه تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه ، ومن ثم فهي

---

[١] المقابل المادي يطلق عليه الثمن في عقود الأشغال العامة والتوريد وتلتزم الإدارة بأدائه للمتعاقد معها ، في حين يطلق عليه الرسم في عقود التزام المرافق العامة ، ويلتزم بأدائه المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الالتزام ، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ .

[٢] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء" وتحكيما" ، بلا دار النشر ، ٢٠١٠ ، ص ٣٠٧ .

[٣] د. سالم بن راشد العلوي ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٨٣ .

[٤] د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٢ ، ص ٢٠٣ .

منازعات حقوقية تكون محلا" للطعن باستعداء ولاية القضاء الكامل)) [١] . كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر ((المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهة الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها ، إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل ..... حتى لو انصب طلب المتعاقد على إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله .....)) [٢] .

ويترتب على انتماء دعوى إبطال تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية إلى القضاء الكامل ألا تتقيد هذه الدعوى بمواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء [٣] وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية على ذلك بخصوص طلب إبطال القرارات الصادرة من الإدارة بالاستيلاء على الأدوات المملوكة للمقاول والموجودة في مكان العمل ، حيث تقول ((....هذا القرار صدر تنفيذا" للعقد واستنادا" إلى نصوصه ، فهو من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الإلغاء ، بل في نطاق القضاء الكامل ، ومن ثم كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد في غير محله)) [٤] .

جـ - دعـــوى فســـخ العقـــد الإداري

تملك الإدارة حق فسخ العقد الإداري ، سواء انطوى هذا العقد على نص يخولها هذا الحق ام خلا من النص على ذلك ، لأن هذا الحق من مظاهر السلطة العامة حيث تملك الإدارة حق استعماله بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء [٥].

ومما لاشك فيه انه يحق للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض منها إذا كان الفسخ الذي أوقعته الإدارة لا يرجع إلى خطأ جسيم ارتكبه ، ومن ثم فإن الفقه يفرق بين حالتين بشأن تعويض المتعاقد مع الإدارة عند فسخ عقده وهما :

١- إذا كان الفسخ صادرا" عن الإدارة المتعاقدة مباشرة اعمالا لحقها في إنهاء العقد الإداري ، تأسيسا على انه لم يعد مفيدا" للمصلحة العامة ، في مثل هذه الحالة يلتزم المتعاقد بالخضوع لأوامر الإدارة إلا إن ذلك لا يحرمه من الفائدة التي كان يأمل الحصول عليها من تنفيذ عقده ،

---

[١] حكمها في الدعوى ١٩٨ لسنة ١١ ق جلسة ١/٢٧/ ١٩٥٧، أشار اليه المستشار حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية والدولية – العقود الإدارية في التطبيق العملي – منشأة المعارف ، الأسكندرية ، بدون سنة الطبع ، ص ١٠٠ .

[٢] طعن رقم ١١٤٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٧، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٢٦ .

[٣] د. عاطف سعدي محمد علي ، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٩٥ .

[٤] حكمها في القضية رقم ٣٨٤ لسنة ٨ قضائية الصادر في ٢٣ /١٢/ ١٩٥٦ أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، المصدر السابق ، ص ٢٦٨-٢٦٩ .

[٥] د. محمد عبد الحميد ابو زيد ، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢١٤ .

مما يعطيه الحق فـي التعويض الكامل الذي يجبر ما لحقه مـن ضرر ويحقق له ما فاته من كسب [١] .

٢- إذا كان الفسخ بناء على رغبة المتعاقد سواء كان امام القاضي او بالاتفاق الودي والتفاهم مع الإدارة المتعاقدة وذلك بهدف التخلص من الالتزامات التي تحمل بها والتي تفوق امكانياته ، فعلى الرغم من ان الفسخ بناء على طلبه إلا انه جاء نتيجة تدخل الإدارة بتعديل التزاماته مما أرهق كاهله وعرقل تنفيذ العقد لذلك وجب تعويضه تعويضا كاملا ايضا" . وذلك على عكس الفسخ نتيجة الخطأ الجسيم من المتعاقد فإن ذلك لا يعطيه الحق في طلب التعويض ايا" كان مقداره [٢] وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها ((..... ولدى وضع الدعوى موضوع التدقيق وجد أن المدعي (المدير المفوض لشركة ساحل المحيط – إضافة لوظيفته) يطالب بفسخ العقد المؤرخ ٢٠٠٨/١١/٩ لإخلال المدعي عليه (امين بغداد – إضافة لوظيفته) بالتزاماته والإخلال الذي نسبه المدعي للمدعي عليه في عريضة الدعوى هو وجود اختلاف واضح في جدول الكميات حيث تبين من التحقيقات القضائية وما جاء باضبارة المناقصة ان كمية الأنابيب وملحقاتها تزيد عن حاجة الأعمال المنفذة بسبب الخطأ الواقع في جدول الكميات وبالتحديد في أطوال الأنابيب المشار إليها في العقد ..... ولما كان الإخلال المذكور لم يكن من التزامات المدعي عليه وقد حصل نتيجة خطأ غير مقصود وبسبب مقياس الرسم الخاص بخارطة التنفيذ مما يكون طلب فسخ العقد غير وارد قانونا ولما كان المدعي قد طالب بالتعويض مستندا" في مطالبته الى ذلك الإخلال فمطالبته بالتعويض هي الأخرى غير واردة قانونا"على الأساس المذكور غير ان للمدعي المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بعد تنفيذه للعقد وفق الأصول إن كان لذلك مقتضى ولما كانت المحكمة بموجب حكمها المميز قضت بفسخ الحكم البدائي المستأنف ورد الدعوى لأسباب أخرى فإن حكمها يكون صحيحا من حيث النتيجة عليه قرر تصديقه .....)) [٣] .

أما بشأن القضاء المختص بنظر منازعات المتعاقد مع الإدارة حول قرارها بفسخ العقد الإداري فإنه يخضع لولاية القضاء الكامل . وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا فـي مصر إلى انه ((.... لما كان القرار المطعون عليه وقد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن استنادا" لما نسب إليه من إخلال بالتزاماته التعاقدية بعدم سداد قيمة التأمين النهائي والتوريد خلال المواعيد المقررة ،.....فإن المنازعة التي تثار

---

[١] غسان ابو طبيخ ، تسوية المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء ، العدد الرابع ، ٢٠١٠ ، ص ١٠٩ .

[٢] المصدر السابق ، ص ١٠٩ .

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٦٠٢/الهيأة الأستئنافيه منقول / ٢٠١١ الصادر في ٢/١٠/ ٢٠١١ غير عقمنشور .

بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلا" للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل وتخرج عن ولاية قضاء الإلغاء ....)) [١] .

وفي العراق فقد خرجت محكمة القضاء الإداري عن اختصاصها الأصيل في نظر الدعاوى لتدخل في حسم منازعة أَثيرت بمناسبة وجود عقد إداري تم إبرامه بين طرفين قاصدة من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة فقد صّدقتْ المحكمة الإدارية العليا [٢] القرار الصادر مـن محكمة القضـاء الإداري بالعدد ٢٥٩/ ٢٠١٣ الصادر في ٨/٧/ ٢٠١٣ حيث قضت ((..... ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد ان المدعي كان قد ابرم عقدا مع اللجنة الخاصة بأوقاف عزرا مناحيم دانيال لإيجار البناية المشيدة على قطعة الارض تسلسل (٦٦/٦) بتاوين لمدة (١٥) سنة اعتبارا" من ٨/١٢/ ٢٠١٠ ولغاية ٢٠٢٥/٨/١٢ ببدل إيجار سنوي يدفع علـى أربعة أقساط حددت تواريخها في العقد ، وحيث ان المستأجر لم يسدد إلا قسطا واحدا بحجة عدم تمكينه من البناية المستأجرة إلا في ٢٠١١/٥/٢٠ دون ان يراعي شروط العقد ومواعيد التسديد الواردة فيه ، ونظرا لورود فقرة في العقد تشير إلى انه في حالة إخلال المستأجر بأي شرط من شروط العقد فإن العقد يعد مفسوخا دون حاجة للإنذار ولا تعاد التأمينات المدفوعة ولا يستحق قيمة التحسينات التي شيدها ، مما يبرر قيام اللجنة بفسخ عقد الإيجار ، وحيث ان محكمة القضاء الإداري قد راعت في قرارها وجهة النظر القانونية المتقدمة وقررت رد الدعوى ، لذا قرر تصديقه)) [٣] .

ثانيـــا" : المنازعـــات المتعلقـــة ببطلان العقـــد الاداري

القاعدة المسلم بها انه لا يمكن توجيه الدعوى ببطلان العقد في مجال قضاء الإلغاء ، كما لا يمكن لغير المتعاقد ان يرفعها لأنه أجنبي عن العقد ومن ثم فليس للمتعاقد الذي يريد ان يتوصل إلى إلغاء العقد لعيب في تكوينه إلا سبيل القضاء الكامل [٤] .

وتخضع دعوى بطلان العقد الإداري لولاية القضاء الكامل إذا كان سندها عيب في إجراءات تكوين العقد أو شروط صحته او أركان انعقاده . أما إذا كان أساس الدعوى مخالفة العقد للشكل الذي أوجبه القانون ، فإن الاختصاص بنظرها ينعقد لقضاء الإلغاء [٥] .

---

[١] المحكمة الإدارية العليا ، طعن ١٦٥٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢ ، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٢٧ .

[٢] أَنشأت المحكمة الإدارية العليا بموجب القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ .

[٣] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ٩١/ اداري / تمييز / ٢٠١٣ الصادر في ٢٠١٣/ ١١/٢١ غير منشور .

[٤] د. سليمان محمد الطماوي ، دروس في القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦ ، ص ١٧١.

[٥] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية .....، المصدر السابق ، ص ٣١٠ .

ولكي يكون أمامنا تصور كامل لدعوى بطلان العقد الإداري لا بد لنا من استعراض الأسباب التي يمكن أن تستند إليها الدعوى والمتمثلة في تخلف أحد أركان العقد الإداري والتي لا يقوم بدونها وتشترك فيها مع العقد المدني كالرضا والمحل والسبب .

أ- **بطلان العقــد الإداري لعيب يتعلــق بركن الــرضا**

العقد الإداري شأنه كشأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث اثر قانوني هو إنشاء التزام او تعديله .

فاعلان الإدارة عن إجراء مناقصة لمشروع تشييد عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة الى التعاقد ، وان قيام المناقصين بتقديم عطاءاتهم وفقا للشروط والمواصفات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي ان يلتقي عند قبول الإدارة لينعقد العقد ، فإذا ما قبلت الجهة الإدارية أحد العطاءات المتقدمة بوصفه الأفضل فنيا والأقل سعرا" ومن ثم قامت بإخطاره بذلك التقى إيجاب مقدم العطاء مع قبول الإدارة وانعقد العقد [١] .

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها ((..... ولدى وضع الدعوى موضع التدقيق وجد إن التقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجابا ، ورسو المناقصة على من قدم العطاء قبولا" وبارتباط القبول بالإيجاب ينعقد عقد المقاولة .....)) [٢] .

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه ((..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان العقد بين المتداعيين يكون منعقدا" لمجرد ارتباط القبول بصدور قرار الإحالة بالإيجاب بالتقدم إلى المناقصة وان عدم توقيع العقد من قبل المدعي عليه لا يحول دون مقاضاته وان كان قد أنجز جزءا" من أعمال المقاولة قبل توقيع العقد فيكون العقد المذكور قابلا للفسخ وان المحكمة اعتمدت في احتساب ما يستحقه المدعي من تعويض على ضوء تقرير الخبراء السبعة الذي جاء مسببا" ويصلح أن يكون سببا" للحكم وفقا" للمادة ١٤٠/ اولا" من قانون الإثبات . لذا قرر تصديق الحكم .....)) [٣] .

ولا يكفي لقيام العقد الإداري توافر إيجاب يصادفه قبول ، حيث يتعين لصحة العقد الإداري أن يكون التراضي سليما" ، فيجب ان يصدر الرضا من جهة الإدارة المختصة قانونا" وفقا" للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل وان يكون ممثل الإدارة المتعاقدة أهلا" للتعاقد ، وان يكون رضاه خاليا" من

---

[١] د. محمود لطيف الدليمي ، أدارة المناقصات والعطاءات في عقود المقاولات ، بلا دار النشر ، ٢٠١٢ ، ص ٥٤ .

[٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٤٤٧/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١١ الصادر في ٥/١٠/ ٢٠١١ غير منشور .

[٣] قـرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٥٢٤/ الهيأة الأستئنافية منقول / ٢٠١٤ الصادر في ٣/٣/ ٢٠١٤غير منشور.

عيوب الإرادة المتمثلة في الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال [١]. ومـن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الخصوص دعوى تتلخص وقائعها في تعاقد وزير الدفاع إضافة لوظيفته (المدعي عليه) مع المدير المفوض لشركة منير للمقاولات إضافة لوظيفته (المدعي) لتجهيزه بمادة الوقود (الكاز والبنزين) بموجب العقدين المرقمين ٦ و١٩ في ٢٠٠٥/٤/٢٨ و ٢٠٠٥/٥/٢ إلا ان دائرة المدعي عليه قامت باسترجاع المبالغ المصروفة مدعيا" انه قد اكتشف غلط وقع في صيغة التعاقد وقد طلب المدعي الزام المدعي عليه بإبرام ملاحق لهذه العقود تعالج فقرة الوقود فرفض المدعي عليه ، أصدرت محكمة الموضوع حكمها برد الدعوى وأيدت محكمة استئناف بغداد / الكرخ الحكم البدائي ، طعن تمييزا" بالقرار فأصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها الآتي (..... ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه صحيح فيما انتهى إليه ذلك لأن الدعوى هي طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء وليس مـن حـق المدعـي (المميز) إلزام خصمه بإبـرام ملحـق لكل مـن العقـديـن (٦ في ٢٠٠٥/٤/٢٨ و ١٩ في ٢٠٠٥/٥/٢) بل للطرفين الاتفاق على ذلك تراضيا" لأن التراضي ركـــن من أركان العقد وملحقه ولا يصح إجبار شخص على توقيع عقد او ملحقه بـدون رضاه فلم تجـز المـادة (١/١٤٦) من القانون المدني لأحد العاقدين الرجوع عن العقد او تعديله إلا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي ولما كان الحكم الاستئنافي المميز قد قضى برد الدعوى لسبب آخر لذا قرر تصديقه ....)) [٢] .

وسوف نتناول بإيجاز عيوب صحة التراضي وذلك على النحو الأتي :

١- <u>الغلـــط :</u>

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم بذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته [٣]. والغلط المقصود هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة لأنه هو الغلط الذي يقوم بنفس من صدرت منه الإرادة وليس الغلط الذي يقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة كالغلط في التعبير او في نقل او تفسير المعاني إلى الطرف الآخر [٤] .

ويشترط في الغلط حتى يؤدي إلى تحقيق أثره في جعل العقد معيبا أن يكون جوهريا ويكون كذلك اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد على إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط ، ويشترط ان يتصل علم المتعاقد الآخر بالغلط ولا شك في ان هذا الشرط الأخير قصد به حماية الطرف الآخر في العقد حسن النية [٥].

---

[١] **د. عزيزة الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٥ .**

[٢] **قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٥٦٥/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١١ في ٢٤ / ١٠/ ٢٠١١ غير منشور.**

[٣] **د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .**

[٤] **د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٣٤٩ .**

[٥] **د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٣٢ .**

وبناء على ذلك إذا تعاقدت إحدى الإدارات مع احد ممثلي الشركات وتبين فيما بعد انه تعاقد معها بصفته الشخصية تكون تلك الإدارة قد وقعت في غلط تحديد شخص المتعاقد لان صفة الشخص التي وقع الغلط فيها اعتبر جوهريا وكانت دافعا الى التعاقد . فعلى سبيل المثال قرر مجلس الدولة الفرنسي إبطال عقد ابرم مع ممثل شركة تعاقد لحسابه الشخصي في حين تعمدت الإدارة إبرام العقد مع الشركة فهذا الغلط في الشخص يؤدي إلى إبطال العقد [١].

ومثلما يقال عن الغلط في شخص المتعاقد يقال عن الغلط في محل العقد اذ يكون الغلط موجب ببطلان الرضا متى كان واقعا في أصل الموضوع المعتبر في العقد [٢].

٢- التغـــــرير مـــــع الغبـــــن :

هو استخدام الطرق الاحتيالية التي يوهم بها أحد المتعاقدين على الآخر على غير الحقيقة بواقعة ما فيدفعه إلى التعاقد [٣] . والتغرير في العقود الإدارية هو استعمال المتعاقد مع الإدارة طرقا احتيالية لتضليلها ودفعها إلى التعاقد ، كأن يدعي قيامه بأعمال سابقة تدل على خبرته في طبيعة عمل المرفق موضوع التعاقد ، أو يتظاهر بأية وسيلة لإظهار عفته وأمانته أمام الإدارة للتعاقد معه ، أما التغرير من جانب الإدارة فأمر مستبعد حيث يفترض ان الموظفين القائمين بالتعاقد يتحلون بالنزاهة ويعملون على تحقيق المصلحة العامة وليس لهم مصلحة شخصية في ذلك [٤] .

والقضاء الإداري في فرنسا يرجع عادة في مثل هذه الأمور الى المواد (١١١٦) ، (١١٥٣) ، (١١٥٤) من المجموعة المدنية المتعلقة بهذا الموضوع ، وحكم القانون المدني الفرنسي إزاء هذه الحالة هو أن التدليس في القانون الفرنسي يعتبر مسببا في إبطال العقد إذا كانت الحيل المستعملة من احد المتعاقدين جسيمة بحيث يكون واضحا انه لولاها لما رضى المتعاقد الآخر[٥] . وهو ذات الحكم في القانون المدني المصري . أما في القانون العراقي فيقابل التدليس التغرير المشار إليه في المادة (١٢١) من القانون المدني حيث نصت على إنه ((إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان

---

(١) **Hauriou : Pre'cis e'le'rnentaire de droit administratif , p 727 .**

نقلا" عن د. عزيزة الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٦.

[٢] **نصت المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على انه ((١- اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فإذا اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ...)) .**

كما نصت المادة (١١٨) منه على ((لا عبرة بالظن البين خطأه . فلا ينفذ العقد :١- اذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية ..)) .

[٣] **د. احمد بدر سلامة ، العقود الإدارية وعقد B-O-T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٧ .**

[٤] **د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .**

[٥] **د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٨٥ .**

العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه)) .

ولم يجعل القانون المدني العـراقي العقد موقوفا لمجرد الغبن ، بل اشترط أن يكـون الغبن ناشئا عن تغرير[١] ، واستثنى مـن القاعـدة العامة حالات معينة اعتبر مجرد الغبن فيها كافيا لجعل العقـد باطلا" ولو لم يصحبه تغرير وهذه الحالات هي التي يكون المغبون فيها محجورا او وقفا أو مال الدولة [٢] . والحكمة في ذلك هو إن هؤلاء الأشخاص لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم فـي العقود التي تبرم لمصلحتهم ، فيطمع فيهم الطامعون عادة ، لذلك فالجزاء الذي فرضه في هذه الحالات أشد من التوقف ، فقد عُدَّ العقد باطلا" لا موقوفا" [٣] .

ولا يجوز الطعن بالغبن ولو اقترن بالتغرير في عقد تم بطريق المزايدة العلنية [٤] والسبب في ذلك هو عدم أمكان حصول الغبن في هذا النوع من التعاقد . إذ التنافس موجود بين المتزايدين ، وكل يدفع ما يراه مساويا لما يريد الحصول عليه ، أما إذا حصل تواطؤ من أحد الأشخاص وبين صاحب السلعة على ان يزيد في الثمن ليرفعه فقط ، فعندئذ نكون أمام صورة من صور التغرير الصادر من غير المتعاقد والذي يعلم به هذا المتعاقد ، وهذه الصورة هي بيع النجش ، وفي هذه الحالة يمكن للمتعاقد المغبون أن يطلب فسخ العقد للغبن الناشئ عن التغرير [٥] .

٣- الإكـــراه :

الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه [٦] . ويكون الإجبار بمثابة ضغط مادي او أدبي يقع على الشخص ويبعث في نفسه رهبة تجبره على التعاقد . ولما كانت الإدارة طرفا في العقود الإدارية ، فإنه من النادر ان يقع الإكراه في التعاقد ، ومن ثم فإن معظم الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد أحكام سلبية يكتفي بها المجلس بإبطال العقد اذا ما شاب الرضا إكراه بالمعنى المعروف في القانون المدني [٧] .

---

[١] نصت الفقرة (١) من المادة (١٢٤) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على((مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير)) .

[٢] ينظر نص الفقرة (٢) من المادة (١٢٤) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

[٣] د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الكتاب الأول ، النظرية العامة للالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بدون سنة الطبع ، ص ١٥٩ .

[٤] الفقرة (٣) من المادة (١٢٤) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

[٥] د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٥٩ .

[٦] المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل . وتقابلها المادة (١١١١) من القانون المدني الفرنسي .

[٧] د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٣٨٦ .

ولكن يمكن تصور وقوع بعض حالات الإكراه من جانب الإدارة ويتمثل بضغط تمارسه الإدارة على احد المتعاقدين تجبره فيه على طلب فسخ العقد لكي تتجنب دفع تعويض مادي عن إنهاء العقد في غير الوقت المحدد ودون صدور خطأ من جانب المتعاقد ، كأن تبلغ الإدارة مستغلي مرافقها بأن الدولة سوف ترفع أجور التزام المرافق العامة بنسبة كبيرة جدا او سوف ترفع أجور العمال كثيرا دون أن ترفع أسعار خدمات ذلك المرفق . فبهذا تكون الإدارة قد بعثت في نفسه الرهبة من مقدار الخسارة التي سوف يتكبدها ما لم يتخلى عن ادارة المرفق فيطلب فسخه [١].

عليه فإذا ما شابت إرادة المتعاقد مع الإدارة ايا" من تلك العيوب جاز له التمسك بالبطلان ، لما شاب إرادتـــه من عيــوب حيث إن العقـــد يكون باطلا" لمصلحة المتعاقـــد مـــع الإدارة [٢] .

ب- بطــلان العقـــد الإداري لعيب فــي ركــن المحـل

يعرف المحل في الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به او بعدم القيام به [٣]. وبموجب القانون المدني العراقي لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه ويكون قابلا لحكمه ، ويصح ان يكون المحل مالا" ، عينا كان او دينا" او منفعة ، او أي حق مالي آخر . كما يصح ان يكون عملا" او امتناعا" عن عمل [٤] .

ومحل العقد هو ما ورد عليه العقد . ويشترط لصحة العقد الإداري في محله ان يكون هذا المحل موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل ، وأن يكون معينا" أو قابلا" للتعيين بحيث يكون معلوما من المتعاقدين علما" كافيا" نافيا" للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع ، وأن يكون قابلا للتعامل فيه أو مشروعا" [٥].

وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا في مصر المبادئ التي تتعلق بالمحل على العقود الإدارية حيث قضت ((العقد الإداري يكون باطلا" إذا كان محله غير قابل للتعامل فيه ، سواء لكون تلك التعامل محظورا" او غير مشروع لمخالفته النظام العام)) [٦].

---

[١] د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ، ص ١٠١ .

[٢] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٣٢٩ .

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٦٤ .

[٤] المادة (١٢٦) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

[٥] ينظر نص المواد من (١٢٧-١٣٠) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

[٦] طعن ٣٣٧ لسنة ٢٦ ق ، جلسة ١/١/ ١٩٨٣ ، مجموعة أحكام السنة ١٢ ، ص ٤٩٤ ، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية .....، المصدر السابق ، ص ٣١٤ .

كما يبطل العقد الإداري متى ثبت ان محل الالتزام مستحيلا . والاستحالة التي توجب بطلان العقد يقصد بها الاستحالة المطلقة سواء كانت طبيعية ام قانونية وقت التعهد بالالتزام . والاستحالة المطلقة هي التي تكون بالنسبة للكافة ، والتي يتعين وجودها قبل التعاقد ، اما الاستحالة اللاحقة فلا تكون سببا لبطلان العقد وأن كانت سببا" لفسخه ، ويقصد بالاستحالة الاستحالة الموضوعية. اما الاستحالة النسبية [١]فلا تحول دون قيام التعاقد ويستوي فـي ذلك ان تكون سابقة على التعاقد او لاحقة عليه ، ويترتب علـى الاستحالة النسبية الجزئية بطلان الجـزء الذي استحال تنفيذه فقط دون باقـي أجزاء العقد [٢] .

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا فـي مصر بقولها ((..... وان جاز ان يتضمن العقد الإداري شروطا" استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، إلا ان جميع العقود إدارية كانت او مدنية يجب ان تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحله ، فلا بد وأن يكون المحل مشروعا" وغير مستحيل في ذاته .....)) [٣] .

كما قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرارها التي ذهبت فيه ((.... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون كونه جاء اتباعا" للقرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بعد ان تأيد للمحكمة استحالة تنفيذ عقد المقاولة بسبب معارضة دائرة بلدية الغدير / امانة بغداد لإنشاء مديرية للتربية على القطعة المخصصة وفق التصميم لبناء مدرسة مما يتعذر الاستمرار في تنفيذ العقد بسبب تلك الاستحالة ويعتبر العقد منتهيا" ولا موجب لفسخه ...)) [٤] .

وقد يكون محل العقد الإداري غير ممكن التنفيذ لوجود عوائق مادية لا يمكن تجاوزها ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة التمييز في العراق في قرار لها ((ما دامت الساحة المحالة بعهدة المميز

---

[١] الاستحالة الموضوعية تعني استحالة الشيء في ذاته لا الى استحالته بالنسبة الى المتعاقد ، أي التي تعود الى المحل في ذاته ، ومثالها أن يتعهد الشخص بأن يعبر المحيط سباحة . وتكون الاستحالة نسبية إذا لم يكن في مستطاع المدين فقط القيام بما تعهد به ، وتسمى في هذه الحالة بالاستحالة الشخصية . ومثالها أن يتعهد شخص بالقيام بعمل فني يستحيل عليه القيام به ولكن لا يستحيل على غيره القيام به . د.عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص١٧١.

[٢] د. أحمد بدر سلامة ، المصدر السابق ، ص ٥٥ .

[٣] المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٥٩/١/٤، مجموعة أحكام السنتين ١٢ ، ١٣ ، ص ١٦١ ، أشار إليه ، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ٣٣٩ .

[٤] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٥٥٣ / الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ ، الصادر بتاريخ ١٨ /٢٠١٤/٣ غير منشور .

غير صالحة لاتخاذها موقفا للسيارات لوجود أنقاض ومخلفات فيها تحول دون استعمالها للغرض الذي احيلت من اجله لذا يكون من حق المدعي المطالبة بفسخ المزايدة وإعادة التأمينات)) [١] .

ونحن لا نتفق مع ما ذهبت إليه محكمة التمييز حيث نرى قد جانبت الصواب في قرارها ذلك لأن الشخص المزايد رضي بالساحة بعد الاطلاع وبما فيها من أنقاض لذا يتعين عليه السعي لإزالة تلك الأنقاض لكي يستطيع استخدامها كموقف للسيارات .

جـ- بطلان العقـــد الإداري لتخلف ركن السبب

نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي على ((يكون العقد باطلا" اذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالفا" للنظام العام او للآداب العامة ويفترض في كل التزام ان له سببا" مشروعا" ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك اما اذا ذكر السبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)) [٢] .

وسبب العقد الإداري هو الدافع الذي حدا بالإدارة إلى إبرامه ، ومـن ثم يكون السبب ركنا" لازما" لا يقوم العقد الإداري بدونه . ويشترط لقيام العقد الإداري ان يكون سببه موجودا" وان يكون مشروعا" بمعنى ان لا يكون مخالفا" للنظام العام او الآداب . فإذا تخلف سبب العقد الإداري ذاته او تخلف ايا" من شروطه المشروعية فيه وقع هذا العقد باطلا" [٣].

ويندر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة ، كما يندر أن تستهدف اغراضا" غير مشروعة فالدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما" في تحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة وإن كانت هناك فروضا" يتصور فيها بطلان العقد الإداري بسبب عدم مشروعية سبب التعاقد لدى ممثلي السلطة العامة [٤].

---

[١] قرار محكمة التمييز رقم (٧٠٠) في ١٩٨٦/١٠/٢١ ، أشار إليه د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ، ص ٩٤.

[٢] تقابل المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري .

وقد نصت المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي على ان : ((الالتزام لا يكون له اثر اذا لم يكن قائما" على سبب او كان قائما" على سبب غير صحيح أو موهوم)) ويرى الدكتور السنهوري ان النص الفرنسي الذي هو الاصل للنص العربي أدق من الأخير لأنه لم يقرن السبب بالعقد كما فعل النص العربي ، بل جعل السبب مقصورا على الالتزام ثم انه جعل السبب شرطا في وجود الالتزام لا في صحته فحسب . نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٥٣٥ .

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٤١ .

[٤] د. عزيزة الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٧.

ولما كان من النادر ان تتعاقد الإدارة دون سبب أو بناء على سبب باطل فإن الأحكام القضائية في هذا الموضوع قليلة [١].

إلا انه حينما تتعاقد الإدارة دون سبب او لسبب مخالف للقانون او للنظام العام ، فأنه يكون للمتعاقد أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لان القانون عادة يسهل إثبات التحايل على أحكامه [٢].

ويترتب على بطلان العقد الإداري – بصفة عامة – زوال هذا العقد وإلغاء ما رتبه من اثار ، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد حيث إن العقد الإداري الذي ولد تلك الآثار يعتبر كأن لم يكن .

إضافة الى ما يولده البطلان من آثار مالية ، فقد ينشئ لأحد طرفي العقد حقا" في اقتضاء تعويض من الطرف الآخر تأسيسا" على المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب حسب الأحوال [٣].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق حيث كان طرفا الدعوى مدير عام المديرية العامة للماء / إضافة لوظيفته وشركة شمال سنجار للمقاولات العامة المحدودة فقضت ((.... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة اتبعت القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بعدد ٢١٠٥ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٩/١٩ وقضت بفسخ العقد المبرم بين الطرفين والحكم بإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد وحيث إن إعادة الحال لا ترد على العقود الصحيحة وإنما ترد على العقود الباطلة وفقا" للمادة ٢/١٣٨ من القانون المدني لذا كان على المحكمة ان تقتصر في حكمها على فسخ العقد فقط وحيث إنها أصدرت حكمها المميز خلافا" لذلك . قرر نقضه ..)) [٤] .

---

[١] يرى الفقيه بيكنو إن أول أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي تشير صراحة الى ركن السبب في العقد حكمه الصادر في ٢٩/ ١٩٤٧/١ ، والمتعلق بعقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال الالمان ، ولكنه جُند في وحدة غير مقاتلة ، فلما طالب بإلغاء عقد تطوعه لفقدان ركن السبب فيه ، رفض المجلس الدعوى استنادا" الى إن الحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لإبرام العقد ، وبالتالي لا يفقد العقد سببه . د.سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٣٩٥ .

[٢] د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ، ص ٩٦.

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٤١ .

[٤] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦٧٤/الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٣ الصادر في ٢٠١٣/٣/١٧ غير منشور .

ومن المسلم ان القاضي هو الذي يملك تقرير بطلان العقد ، فالإدارة ملزمة بأن تلجأ الى القضاء للحصول على حكم ببطلان العقد ، وهي لا تستطيع ان تعلن هذا البطلان بنفسها وذلك بالرغم من السلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في العقد الإداري [١] .

على مقتضى ما تقدم فإنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد او صحته او تنفيذه او انقضائه فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء . ونعتقد إن سبب استبعاد منازعات العقود الإدارية من نطاق اختصاص قاضي الإلغاء ، هو افتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وهو القرار الإداري لأن المنازعة لا تدور حول قرار إداري أصدرته الإدارة بإرادتها المنفردة بل تدور حول عقد إداري يمثل توافق إرادتين .

الفـــــرع الثانـــي
أثر إخضـــاع منازعـــات العقـــود الإداريـــة لولايـــة القضاء الكامل

يترتب على إيكال الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لاختصاص القضاء الكامل نتائج بالغة الأهمية تتصل بالسلطات الممنوحة للقاضي ازاء نظره لتلك المنازعات وشروط تحريك دعواها ومواعيد إقامتها والمصلحة فيها وهذا ما سنوضحه تباعا" :

أولا" : سلطـة القـاضي فـي نطـاق القضـــاء الكـــامل

يتمتع القاضي فـي الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل بسلطات واسعة تتفق مـع طبيعة النزاع ، فيقوم في بداية الأمر بتقدير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد مداه ، ثم يحدد بعد ذلك حقوق المدعي ويلزم المدعي عليه بالرد والتنفيذ ، فالأمر لا يقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه اذا بان عدم مشروعيته – كما هو الشأن في دعوى الإلغاء – بل يجاوز ذلك الى تعديل هذا القرار او أصلاحه او إحلال آخر محله ، او الحكم بتعويض مالي ، ولذا فان هذه الدعوى تتشابه في هذا الجانب مع الدعاوى التي ترفع أمام القضاء العادي وتحمل من اجل ذلك تسمية القضاء الكامل [٢].

---

[١] د. عزيزة الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٩ . اما في القانون العراقي اذا كان العقد باطل بطلانا مطلقا فلا حاجة لصدور حكم بإبطاله ، ولا حاجة لمن له مصلحة في البطلان في اقامة الدعوى امام القضاء ، وإذا قام احد المتعاقدين الدعوى على الآخر طالبا تنفيذ العقد ، كان لهذا ان يدفع الدعوى ببطلان العقد ، اما العقد الباطل بطلانا نسبيا ، فلما كان عقدا صحيحا حتى يتقرر ابطاله ، فلا يتقرر هذا البطلان إلا بالتراضي او بحكم القانون ، وإذا رفع الامر الى القضاء وتأكد القاضي من وجود سبب البطلان ، فعليه أن يحكم بإبطال العقد ، ولا يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك . د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٣٧٨ .

[٢] د . فؤاد العطار ، المصدر السابق ، ص ٦٩٤.

ولذلك فللقضاء التسوية النهائية للنزاع ، فيلغي القرارات المخالفة للقانون ان وجدت ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحيتين الإيجابية والسلبية [١].

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الشأن بأنه ((..... ومن المسلم به ان قضاء العقود الادارية ينتمي أساسا" الى القضاء الكامل إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الاداري بجميع ما يتفرع عنها ، وبهذه المثابة لا يقتصر اختصاص المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه على بحث حقوق الطاعن المطالب بها بل يمتد الى بحث مستحقات الجهة الإدارية المطعون ضدها للوصول الى استجلاء وجه الحق في دعوى الطاعن .....)) [٢] .

ثانيا" : تحلل دعوى القضاء الكامل من شروط قبول دعوى الإلغاء

إذا كانت الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية حتمت إخضاع المنازعات التي تثار بشأن تلك العقود لولاية القضاء الاداري الكامل ، إلا ان تلك الدعوى تختلف عن دعوى إلغاء القرار الإداري مـن نواح عدة ، فإذا اشترط ان يكون محل دعوى الإلغاء قرارا" نهائيا" صادرا" عن سلطة إدارية وطنية ، فان نطاق دعوى القضاء الكامل يتسع ليشمل العقود الإدارية والقرارات الإدارية المتصلة بتلك العقود بصورة لا يمكن فصلها عنها ، كما يشمل هذا الاختصاص أعمال الإدارة المادية إذا ثبت اتصافها بسمات المنازعات الإدارية [٣].

وإذا كان يكفي لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة ، لا ترقى إلى مرتبة الحق ، حيث يكفي للقول بتوافر المصلحة في دعوى الإلغاء كشرط لقبولها ، ان يكون رافعها في حالة قانونية خاصة من شأن القرار الإداري محل الطعن التأثير فيها ، فان الأمر يكون مختلفا" بالنسبة للمصلحة كشرط لقبول دعوى القضاء الكامل ، والتي يشترط لقبولها ان يستند رافعها إلى حق شخصي اعتدت عليه الإدارة أو حق مهدد بالاعتداء عليه من قبلها حيث ان آثار العقد الإداري لا تنصرف لغير عاقديه ، وفقا" لقاعدة نسبية هذا العقد [٤] .

---

[١] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٠٦ .

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٦٨٣ ق جلسة ١١/٢٩/ ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاما" ص ١٣١ ، أشار إليه د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٢٤٠ .

[٣] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٤٨ .

[٤] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية .....، المصدر السابق ، ص ٣٢٣ .

كما ان دعوى القضاء الكامل وعلى عكس دعوى الإلغاء لا يقيد إقامتها موعد معين ، حيث يكون الحق فـي ذلك متاحا" طالما بقي الحق موضوع المطالبة ولم يسقط بالتقادم وفقا" للمدد التي يحددها المشرع [١] .

المطلب الثانـــي
ولايـــــة قضاء الإلغـاء بنظـر منازعـــات العقــود الإداريـــة

إذا كان قضاء العقود الإدارية ومسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية هو المجال الأصيل للقضاء الكامل فإن مجال قضاء الإلغاء في نطاق منازعات العقود الإدارية يأتي محدودا" .

وبتتبع قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتبين ان محدودية قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية مرجعه الى مبدأين :

الأول : إنّ دعوى الإلغاء لا يمكن أنْ توجه الى العقود ، ذلك ان من شروط قبول دعوى الإلغاء ان توجه الدعوى الى قرار إداري ، ولكنها لا يمكن ان توجه الى عقد من العقود ، لان العقد هو توافق إرادتين بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها . وذلك لا يعني عدم إمكان ابطال العقد ، وإنما مجال ذلك – كما رأينا – هو القضاء الكامل . ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهي ان ابطال العقد – على هذا الأساس – لا يمكن ان يصل إليه إلا أحد طرفيه لأنه ليس لأحد غير الطرفين المتعاقدين أن يرفع دعوى تستند الى العقد . ومن ناحية اخرى فإن شروط الدعوى تختلف في الحالتين ، والخلاف في فرنسا اظهر فيما يتعلق بإجراءات كل من الدعويين ، ولكنه لا يظهر في مصر ألا من ناحية شرط المصلحة ، ذلك ان هذا الشرط يفسر بغاية الاتساع في نطاق دعوى الإلغاء [٢]. وكذلك فعل المشرع العراقي حيث اشترط لصحة الدعوى ان تكون هناك مصلحة للمدعي من رفع الدعوى ، وهي شرط لقبول أي طلب او دفع او طعن في الحكم [٣].

---

[١] يقصد بالتقادم مرور مدة من الزمن يمنع القانون بعدها سماع الدعوى للمطالبة بحق من الحقوق . فالذي يسقط بالتقادم إنما هو حق إقامة الدعوى للمطالبة بالحق ، لا الحق المطالب به ذاته . ولقد نص القانون المدني العراقي على ثلاث مدد يتم فيها التقادم الأولى خمسة عشرة سنة ، ويقال للتقادم فيها التقادم العام او الطويل (المادة ٤٢٩) ، والثانية خمس سنوات ويقال للتقادم فيها التقادم الخمسي (المادة ٤٣٠) ، والثالثة سنة واحدة ويقال للتقادم فيها التقادم الحولي (المادة ٤٣١) للمزيد يراجع د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٤٩٦ وما بعدها .

[٢] حمدي ياسين عكاشة ، المصدر السابق ، ص ١١٦.

[٣] عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٨٩ . وتنظر المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

الثاني : انه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد الى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري . فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ المشروعية ، والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية [١].

وعلى الرغم من ذلك الإطلاق فإن مجلس الدولة الفرنسي والمصري قد أفسحا مكانا" محدودا" للاستثناء في حالتين : أولهما القرارات الإدارية المنفصلة عن عملية التعاقد ، وثانيهما طعون المستفيدين من عقود الامتياز وهذا ما سوف نجد تفصيله في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : القرارات الادارية المنفصلة عن العقد الاداري .

الفرع الثاني : طعون المستفيدين من عقود الامتياز .

الفـــــرع الأول
القــرارات الإداريـــــة المنفصــلة عــن العقد الإداري

سنحاول هنا ان نبين مفهوم القرار المنفصل ثم سنتطرق الى صور القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري وبعد ذلك شروط إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري وعلى النحو الآتي :

أولا" : مفهـــوم القـــرار المنفصـــل

ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات القابلة للانفصال لكي يستطيع بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة داخل العمليات القانونية المركبة دون انتظار لاكتمال او انتهاء العملية ذاتها لأنه قد يترتب على هذا الانتظار آثارا قانونية يتعذر تداركها مما يؤدي الى ضياع البعض دون مبرر .

وقد تعددت تعاريف القرارات الإدارية القابلة للانفصال فنجد ان البعض قد عرفها بأنها (قرارات إدارية تكون جزءا" من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة ، او تخرج عن أي جهة قضائية اخرى ، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ، ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد) [٢] .

ويعـرفها البعض الآخر بأنها (تصرفات قانونية تصدر مـن جانب الإدارة بمفردها – أو السلطات العامة بصفة عامة – في اطار عملية مركبة مع امكان تجنب هذه التصرفات لتمثل على حده قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف قانوني مكتمل ونهائي في حد ذاته دون ان يخل ذلك

---

[١] **د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ص ٢٠٧ .**

[٢] **د. عبد الحميد كمال حشيش ، القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٥ .**

بباقي المكونات الأخرى للعملية ، ودون ان يؤثر على كيان العملية ذاتها او يعطل او يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها) [١] .

ويذهب آخر إلى ان (القرارات الإدارية المنفصلة هي القرارات التي تصدرها الإدارة في سبيلها للتعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه) [٢] .

وهناك من عرفها بأنها (قرارات داخلة في عمل قانوني مركب يمكن تمييزها من العملية القانونية المتصلة بها ، وفصلها عنها لأغراض رقابة القضاء الإداري على تلك القرارات) [٣] .

وقد أوضح القضاء الإداري هذه النظرية في مجالات متعددة ، وقد تميز القضاء الإداري المصري بوضع تعريف للقرار المنفصل في مجال العقود الإدارية وذلك بقوله بأنه ((القرار الذي يسهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف اتمامه ، إلا انه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته ، الامر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزا" [٤].

وتحديدا" لهذه النوعية من القرارات الإدارية قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إلى ان ((.... القرارات التي تصدرها جهة الإدارة في شأن العقود الإدارية نوعان أولهما يتمثل في القرارات التي تصدرها في المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل ابرام العقد ، وتسمى هذه القرارات بالقرارات المنفصلة المستقلة ، ومن هذا القبيل القرار الصادر باستبعاد احد المتناقصين والقرار الصادر بإلغاء المناقصة او بإرسائها على شخص معين ، فهذه قرارات إدارية نهائية تخضع لما تخضع له تلك القرارات من أحكام في شأن طلب وقف تنفيذها وإلغائها ، وثانيهما يتمثل في القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا" للعقد الإداري واستنادا" الى نص من نصوصه ، كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها ، أو إلغاء العقد ذاته وهذه يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن القرارات الإدارية النهائية وإنما باعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية .....)) [٥] .

ومن ثم فإذا كان القرار سابقا على انعقاد الرابطة التعاقدية وممهدا" لها كان قرارا إداريا منفصلا عن العقد يخضع الطعن به لاختصاص قضاء المشروعية ، ولا يخضع لاختصاص قاضي العقد . أما ما

---

[١] د جورجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٣-٤٤ .

[٢] د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٢٠٨ .

[٣] د. ماهر صالح الجبوري ، القرار الاداري ، دار الحكمة للنشر والطباعة ، ١٩٩١ ، ص ١٨٨ .

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٥٦ ، جلسة ٤/٥/ ١٩٧٥ لسنة ١٧ ق ، مجموعة احكام السنة ٢٠ ، ص ٣٠٧ ، أشار اليه د. أشرف محمد خليل ، نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ١٦ .

[٥] حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤ ق ، جلسة ٤/١٤/ ١٩٧٩ ، مجموعة الخمس عشر عاما" ص ١٧٨ ، أشار إليه د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ص ٣٣٢.

عدا ذلك من قرارات تصدر بعد قيام الرابطة التعاقدية سواء كانت بصدد تنفيذ العقد أو استندت في إصدارها لنصوصه ، فإن مثل تلك القرارات أنشأها وجود العقد بحيث ترتبط به ارتباط الجزء بالكل ، الأمر الذي وجب إخضاع الطعن عليها لقاضي العقد والذي يتسع نطاق اختصاصه عن نطاق اختصاص قاضي الإلغاء ، وهو أمر تقتضيه طبيعة منازعات العقود الإدارية [١].

وإذا كان القرار الصادر قبل انعقاد الرابطة التعاقدية هو قرار منفصل عن العقد الإداري ، الأمر الذي يخضع النزاع الذي يثار حوله لاختصاص قضاء الإلغاء ، فإن ذات الحكم يسري على القرار الصادر بعد انقضاء الرابطة التعاقدية ، كما في حالة صدور قرار بصدد عقد قد انقضى [٢] .

أما عن تعريفنا للقرار المنفصل عن العقد الإداري فهو عبارة عن قرار إداري نهائي يصلح لأن يرتب بذاته أثرا" قانونيا معينا ، وهو جزء من عملية بناء قانوني أو تكوين قانوني إلا انه يمكن فصله عن تلك العملية والطعن بمشروعيته أمام قاضي الإلغاء .

ثانيـا" : صـور القـرارات الإداريـة المنفصلة عـن العقد الاداري

تأخذ القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري صور عدة بعضها يمهد ويسبق إبرام العقد الإداري ، والبعض الآخر يصاحب عملية إبرام العقد الإداري كما قد يلحق بعض القرارات بإبرام العقد نفسه ومنها ما يتعلق برفض إبرام العقد على نحو ما سوف نرى تباعا" .

أ : القـرارات السابقة على إبرام العقـد الإداري

تمر عملية التعاقد الإداري بمراحل يصدر في كل منها قرار يشكل بذاته قرارا" إداريا" منفصلا عن العقد الإداري يجوز الطعن ضده بدعوى الإلغاء استقلالا عن هذا العقد ومن هذه القرارات :

١- قـرار لجنة فتـح المظاريف (العطاءات) :

تشكل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة المتمثلة برئيس الإدارة المركزية ، مهمتها تنحصر في فتح مظاريف العطاءات المقدمة تمهيدا" لفحص العطاءات ، والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها ، واستبعاد العطاءات التي لا تستوفي الشروط لسبب او لآخر [٣] .

---

[١] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٥٨ .

[٢] المصدر السابق ، ص ٣٥٩ .

[٣] د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٢٨٨ . تنظر المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ التي نصت على ((يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة ، برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع اهمية المناقصة ، وعضوية ممثل عن الجهة المطالبة وعضو قانوني وفني ومالي ومدير إدارة المشتريات او من ينيبه ....)) .

وتنظر الفقرة (أ) من البند (اولا") مـن المادة (٦) مـن تعليمـات تنفيذ العقود الحكومية رقـم (٢) لسنة ٢٠١٤ التي نصت عـلى ((تشكل في جهة التعاقد لجنة أو أكثر لفتح العطاءات من ذوي الخبرة والاختصاص تكون برئاسة موظف لا

وبشكل عام إن قرارات لجنة فتح المظاريف – في الغالب – لا تعدو أن تكون قرارات تمهيدية تفتقد الى صفة النهائية الواجب توافرها في القرار الإداري محل دعوى الإلغاء ، ومن ثم لا يجوز الطعن على مثل تلك القرارات بدعوى الإلغاء [١]. ومع ذلك إذا أصدرت لجنة فتح المظاريف قرارات نهائية ، كما في حالة القرار الصادر باستبعاد عطاء احد الراغبين في التعاقد لعدم استيفائه الشروط القانونية المطلوبة ، كعدم وجود مرفقات التأمينات الأولية ، فإن مثل هذه القرارات يمكن الطعن عليها بالإلغاء باعتبار ان من شأنها التأثير في المركز القانوني لصاحب العطاء المستبعد [٢] .

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر من استبعاد العطاء لأنه لم يكن مصحوبا" بالتأمين المؤقت [٣] .

وقد ذهب رأي في الفقه إلى القول ان قرارات الاستبعاد الصادرة من الإدارة في مواجهة المقاول أو المورد الذي يتقدم بعطائه فعلا" ، وان كان يجوز الطعن به بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة ، إلا انها ليست تطبيقا" لمنهاج القرارات المنفصلة وغير المرتبطة بالعملية التعاقدية ، حيث يرى أنصار هذا الرأي انها قرارات عامة ، يجاوز سريانها مدة العملية العقدية [٤] .

ونحن لا نؤيد هذا الرأي ونرى ان هذا النوع من القرارات يعد تطبيقا" كاملا" لنظرية القرارات المنفصلة لأنه لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء ألا بمناسبة عقد من العقود التي استبعد فيها الطاعن في المركز القانوني لصاحب العطاء المستبعد .

٢- قرار لجنة البت (تدقيق وتحليل العطاءات) :

تشكل لجنة البت بقرار من السلطة المختصة المتمثلة بسلطة الاعتماد المختصة وتختص باتخاذ ما يلزم من الإجراءات من اجل الوصول إلى أفضل المتناقصين او المتزايدين وفقا" لما رسمه القانون ، ليتسنى للسلطة المختصة المنوط بها إبرام العقد مباشرة اختصاصاتها في هذا الشأن وتصدر هذه اللجنة العديد من القرارات الإدارية النهائية والتي يجوز الطعن عليها بالإلغاء ، ومن أهم هذه القرارات قرارها بإرساء المناقصة او المزايدة [٥] .

تقل درجته الوظيفية عن الثالثة وعضوية ممثل عن كل من الدوائر القانونية والمالية وتشكيلات العقود فيها وموظف فني مختص ومقرر لا تقل درجته الوظيفية عن السادسة .)) .

[١] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٦٠ .

[٢] د. محمد عبد العال السناري ، المصدر السابق ، ص ٧٥ .

[٣] د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٢٢٥ .

[٤] د. عبد الحميد كمال حشيش ، المصدر السابق ، ص ١٠٨ .

[٥] د. اشرف محمد خليل حماد ، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ..... ، المصدر السابق ، ، ص ١٠٢ .

وقد استقرت أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر على إخضاع قرار إرساء المناقصة لاختصاص قاضي الإلغاء باعتباره من القرارات المنفصلة عن العقد حيث يجوز لصاحب العطاء المرفوض إقامة دعوى بإلغاء القرار الصادر عن لجنة البت برفض عطائه [١] . كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها بأن ((قرار لجنة البت هو قرار إداري نهائي تنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ، ومـــن بينها وجـوب الطعن عليه خلال الميعاد المقرر قانونا ...)) [٢] .

ب – <u>القـــرارات التي تقترن بإبـــرام العقـــد وتتعـاصر معـــه</u>

تتمثل القرارات التي تقترن بإبرام العقد وتتعاصر معه نوعين من القرارات هما :- القرارات الخاصة باعتماد العقد أو إبرامه ، والقرارات المتضمنة رفض إبرام العقد .

١- القرارات الخاصة باعتماد العقد الإداري أو إبرامه

يقصد بقرار إبرام العقد الإداري بأنه القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قبل الجهة الإدارية المختصة بعد قرار لجنة البت بالإرساء ، ولا يشترط ان يكون هذا القرار صريحا" بل يمكن ان يكون ضمنيا" ، وهذا القرار يؤدي إلى إنشاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها وبه يكتمل رضا طرفيه [٣] .

فالقرار الصادر بإبرام العقد هو في ذاته قرار إداري يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد . باعتبار إن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعد ، الأمر الذي يجعل منه قرارا إداريا

وتنظر المادة (١٢) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ التي نصت على ((يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة ، وتضم هذه اللجان عناصر فنية وقانونية وفق اهمية وطبيعة التعاقد ويجب ان يشترك في عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية اذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين الف جنيه.....)) . وتنظر الفقرة (ب) من البند (أولا") من المادة (٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقـم (٢) لسنة ٢٠١٤ التي نصت علـى ((تشكل في جهة التعاقد لجنة أو أكثر لتحليل وتقييم العطاءات من الجوانب الفنية والمالية والقانونية وتكون برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الثانية من ذوي الخبرة والاختصاص وعضوية عدد مـن الفنيين المختصين بما فيهم قانوني ومالي ومقرر للجنة لا تقل درجته الوظيفية عن السادسة) ، وينظر أيضا" البند (ثالثا") من المادة المذكورة الذي نص على ((تخضع توصيات لجان التحليل وتقييم العطاءات إلى مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على قرار الإحالة حسب الصلاحيات المالية المخولة)) .

[١] المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٣٤٤٨ لسنة ٣١ ق ، جلسة ٣١ /١/ ١٩٩٣ ، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص ٣٦١.

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا الصدر بتاريخ ١٤/١/ ١٩٩٤ ، الطعن رقم ١٦٦٨ ، لسنة ٣١ ق ، مجموعة السنة السابعة والثلاثون ، ص ٣٥ ، أشار إليه د. اشرف محمد خليل ، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، المصدر السابق ، ص ١٠٢ .

[٣] المصدر السابق ، ص ١٠٣ .

منفصلا عن العقد الإداري ويجوز معه الطعن على هذا القرار بالإلغاء استقلالا عن العقد إن توافرت موجبات إلغائه [١].

ولقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في القرار الصادر باعتماد العقد او إبرامه استقلالا" عن العقد ذاته استنادا" إلى التمييز بين العقد نفسه أي تبادل التعبير عن إرادتي طرفيه ، وبين القرار الصادر باعتماد العقد [٢] .

وقـد سلك مجلس الدولة المصري مسلك نظيره الفرنسي ، حيث قضت محكمـة القضاء الإداري بأن ((القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة اثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا" بقصد إحداث اثر قانوني)) [٣] .

كما قضت فـي حكم آخر لها بان ((ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمر جائز قانونا لأن ابرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلـى السلطة العامة لجهة الإدارة حيث أصدرتها الإدارة بوصفها سلطة عامـة ، وليس بوصفها جهـة تعاقد حيث ان العقد لم يكن حال اصدارها قد انعقد بعد .)) [٤] .

٢- القـرارات المتضمنة رفض إبـرام او إتمـام العقـد الإداري

إذا كانت الإدارة ملزمة بإرساء العطاء على المتقدم بأفضل العطاءات إلا انها ليست ملزمة بالتعاقد معه اذا اقتضت المصلحة العامة عدم اتمامه [٥] .ومن ثم يُعدّ قرارها برفض التعاقد من القرارات الإدارية النهائية القابلة للطعن عليها بالإلغاء إذا شابها وجه من اوجه عدم المشروعية [٦] .

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد قرار العمدة برفض ابرام العقد خلافا لما استقر عليه المجلس البلدي في مداولاته [٧] .كما قبل مجلس الدولة المصري الطعن في القرارات الصادرة برفض إبرام العقد الإداري على أساس انها مستقلة عن عملية التعاقد ذاتها ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء

---

[١] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٦١.

[٢] CE: 31- 10- 1969 , ste' syndicat de defense des canaux de la durance , Rec . p . 462 نقلا" عن د. عاطف سعدي ، المصدر السابق ، ص ٦٠١.

[٣] حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٦/١/٨ مجموعة مبادئها ، السنة العاشرة ، ص ١٣٦ ، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، آثار الطعن بإلغاء القرار الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ١٢ .

[٤] حكم محكمـة القضـاء الإداري فـي ١٩٦٣/٤/٢١ ، قضية رقـم ٣٢٩ السنة الرابعة عشر قضائية ، أشـار إليه د. جورجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال ....، المصدر السابق ، ص ١٣٢ .

[٥] د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧٨ .

[٦] د. محمد السناري ، المصدر السابق ، ص ٧٩ .

[٧] د. عبد الحميد كمال حشبش ، المصدر السابق ، ص ١٠٦ .

الإداري الصادر في ١٩٦٠/١/٥ حيث قضت فيه ((فمن حيث انه لا نزاع في ان للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على صاحب أفضل عطاء كل ذلك ما هو ألا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد ، ومن ثم فهي تملك كلما رأت إلى المصلحة العامة إلغاء المناقصة والعـــدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حـق فـــي إلزامها بإبرام العقـــد او المطالب إي تعويض)) [١] .

مما تقدم وبعد ان ذكرنا بعض الأمثلة عن صور القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري اتضح مدى مرونة القضاء الإداري في فرنسا ومصر في قبول الطعن في كافة القرارات الممهدة لإبرام العقد الإداري ، وفي هذا توسيع لولاية قاضي الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية ، وذلك لحماية مبدأ المشروعية .

وإذا كان القضاء الإداري في مصر قد ذهب في عبارات عامة الى حد تبعيض العملية التعاقدية مما أعطى للقرارات القابلة للانفصال منحا" موضوعيا" لا يميز فيه بين متعاقد وآخر[٢] فإنه ينبغي الوقوف على شروط الطعن بالإلغاء في تلك القرارات وهذا ما سنبحثه في الفقرة التالية .

ثالثا" : شروط الطعـــن بالإلغـــاء في القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري

الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد شأنه شأن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية بصفة عامة ، فإذا ما أُصيب القرار الإداري القابل للانفصال بعيب من عيوب عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري بصفة عامة مثل عيب عدم الاختصاص او الشكل او مخالفة القانون او إساءة استعمال السلطة ، فإنه يمكن الطعن عليه بالإلغاء [٣] .

وعلى ذلك يتعين لقبول الطعن بإلغاء القرارات الصادرة في مرحلة تكوين العقد ضرورة توافر الشروط التالية :

الشرط الأول : تقديم طلب الإلغاء من غير المتعاقد

يتعين لانعقاد الاختصاص بنظر الطعن على القرار المنفصل عن العقد الإداري أن يقدم طلب الإلغاء من غير المتعاقد مع الإدارة ، متى توافرت لديه المصلحة في هذا الطعن ، بأن يكون هذا الغير في حالة قانونية خاصة من شأن القرار المنفصل عن العقد الإداري التأثير فيها ، حيث يستطيع غير المتعاقد اللجوء إلى القضاء الكامل لحسم منازعة متعلقة بالعقد لكونه غير طرف فيه ، الأمر الذي لا يكون أمامه سوى اللجوء إلى قاضي الإلغاء .لذلك لا يجوز لأحد أطراف العقد الإداري الطعن على القرار المنفصل عنه

---

[١] حكم محكمـة القضـاء الإداري الصـادر فـــي ٥/ ١/ ١٩٦٠ لسنة ١٤ ق ، المجموعـــة ، ص ١٨٢ ، أشار إليه د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣١٤.

[٢] د. عبد الحميد كمال حشيش ، المصدر السابق ، ص ١٣.

[٣] د. محمد السناري ، المصدر السابق ، ص ٨٠ .

بالإلغاء ، حيث لا يكون أمام المتعاقد سوى اللجوء لقاضي العقد ، والذي يحسم بمقتضى سلطة القضاء الكامل كافة مناز عاته [١] .

ويبرر بعض الفقه عدم جواز طعن المتعاقد على القرار المنفصل عن العقد الإداري بالإلغاء بأن المتعاقد ليست له مصلحة في الالتجاء الى قاضي الإلغاء ، لان حصوله على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد لن يرتب أثره إلا بعد اللجوء لقاضي العقد لأعمال اثر هذا الحكم على العقد الإداري ومن ثم فيكون من الأفضل للمتعاقد اللجوء إلى قاضي العقد مباشرة لنظر منازعته بولاية القضاء الكامل ، حيث يتمتع قاضي العقد بسلطات أوسع نطاقا" من تلك التي يملكها قاضي الإلغاء [٢].

ومع ذلك فإن المتعاقد مع الإدارة يملك الحق في الطعن على قرارات الإدارة المتعاقدة غير المشروعة إذا أصدرتها بوصفها سلطة عامة وليس جهة تعاقد [٣].

الشـرط الثانـي : أن يكون القـرار الإداري نهائيا" وباتا"

القرار النهائي هو القرار الصادر من جهة إدارية من دون الحاجة الى اعتماده او التصديق عليه من جهة أخرى[٤] . والقرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن كافة القرارات الإدارية يتعين لقبول طلب إلغائه أن يكون نافذا دون حاجة لتصديق سلطة تعلو سلطة إصداره ، وبذلك لا يكون محلا لدعوى الإلغاء كافة الأعمال التحضيرية او التمهيدية او الاستشارية ، حيث ان مثل تلك الأعمال لا ترتب بذاتها مراكز قانونية تعطى للأفراد حقا" في الطعن عليها بالإلغاء لعدم تمتعها بأية صفة تنفيذية . ومن ثم فلا يجوز الطعن بالإلغاء لانتفاء صفة القرار الإداري ضد الإجراءات السابقة على إبرام العقد كإجراءات الأعلان عن المناقصة او الاستشارة السابقة ونماذج المناقصات والمزايدات [٥].

الشـرط الثالث : أن يكون القـرار معيبا بأحد عيوب المشروعية

الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري يتطلب توافر موجبات ذلك الطعن من ضرورة انطواء القرار الإداري على احد أوجه الطعن بالإلغاء كما لو صدر من غير مختص او في غير الشكل الذي تطلبه القانون او كان معدوم المحل او السبب او شابه انحراف من الإدارة في استعمال

---

[١] د. عبد العزيز عبد المنعم ، تنفيذ العقد الإداري ..... ، المصدر السابق ، ص ٣٢٧ .

[٢] د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٩٣ .

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٣٥١ .

[٤] د. نجيب خلف احمد ود. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، بلا دار النشر ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٩ .

[٥] د. اشرف محمد خليل ، نظرية القرارات القابلة للانفصال ...، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

سلطتها [١]. أي ان يقدم طلب الإلغاء على أساس عدم مشروعية القرار المطعون فيه ، وليس على أساس مخالفة الإدارة لأي من التزاماتها التعاقدية [٢].

الفـــرع الثانـــي
طعـــون المستفيديـــن من عقـــود التزام المرافـق العامـــة

إذا كانت القاعدة العامة هي نسبية آثار العقود بحيث يقتصر آثارها على أطرافها ولا تتعداهم الى الغير ، ألا ان من العقود الإدارية ما ينتج آثارا" بالنسبة للغير فيكتسبون فيها بعض الحقوق ، ويظهر ذلك بصفة أساسية فـي عقود امتياز المرافق العـامة [٣] ، فهو ينشئ حقـوقا" للمنتفعين بخدمات المـرفق العام قبل الملتزم وقبل الإدارة [٤].

ومما لا شك فيه ان هؤلاء المنتفعين من خدمات المرفق العام لهم مصلحة في اداء المرفق العام للخدمات المنوطة به بصفة منتظمة وعلى نحو يتفق مع ما نصت عليه وثيقة الالتزام من ناحية ويتفق مع القانون من ناحية أخرى [٥]

ومن اجل هذا أباح القضاء الإداري في فرنسا ومصر للمنتفعين – وهم أجانب عن العقد – ان يطعنوا بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة المخالفة لشروط العقد المنظمة لكيفية اداء الخدمة للمنتفعين ، وقد برر القضاء ومعظم الفقه ذلك الى ان بعض الشروط الواردة في عقد الالتزام ذات طبيعة لائحية . بحيث يكون القرار الإداري المخالف لها مخالفا" فـي الوقت ذاته لقاعدة قانونية ، أي غير مشروع [٦].

فإذا ما خرج الملتزم على القواعد الواردة بعقد امتيازه والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين . فأن لكل ذي مصلحة ان يرده الى نطاق المشروعية ، وذلك بان يتقدم الى الجهة الإدارية المختصة طالبا" منها ان تتدخل بناء على سلطتها الإدارية لتجبر الملتزم على احترام شروط العقد ، فإذا رفضت الإدارة التدخل

---

[١] يراجع في تفاصيل ذلك د. نجيب خلف احمد ود. محمد علي جواد ، المصدر السابق ، ص ١٥٧ وما بعدها .

[٢] حمدي ياسين عكاشة ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ .

[٣] عقد التزام (امتياز) المرفق العام هو عقد إداري يتولى بموجبه المتعاقد الملتزم سواء أكان فردا" ام شركة مع الإدارة وذلك لإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات ذلك المرفق . د. محمد جمال مطلق الذنيبات ، المصدر السابق ، ٢٥٨ .

[٤] د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٢ ، ص ٥٢٣ .

[٥] د. محمد السناري ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .

[٦] د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص ٢١٥ .

صراحة او ضمنا" ، حق للمستفيد ان يطعن في هذا القرار امام قاضي الإلغاء ، ويكون القرار غير مشروع اذا ثبت فعلا" ان الملتزم لم يحترم شروط العقد [١] .

ولقد وضع مجلس الدولة الفرنسي ذلك الحق للمنتفعين في حالة عقود الامتياز في حكمه الصادر في ١٩٠٦/١٢/٢١ [٢] ثم توالت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي قبل فيها طعون المستفيدين في حالة امتياز المرافق العامة [٣] .

ولقد بررت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧ قبول طعون المستفيدين في حالة امتياز المرافق العامة بإلغاء القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة في علاقتها مع الملتزم والتي تتضمن اخلالا بشروط عقد الامتياز التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين بأن ((.... عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزا" لائحيا" يتضمن تخويل الملتزم حقوقا" مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله . وهذا المركز اللائحي الذي ينشئ الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها . أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعا" له ....)) [٤] .

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر ذلك التبرير فـي حكمها الصادر في ١٩٧٧ /١٢/٣٠ حيث قضت ((..... ان شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم الى نوعين : شروط لائحية ، وشروط تعاقدية والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت ، وفقا" لمقتضيات المصلحة العامة دون ان يتوقف ذلك على قبول الملتزم ....)) [٥] .

---

[١] د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ .

[٢] تتلخص وقائع القضية في ان الشركة الممنوحة التزام شبكة ترام مدينة ((بوردو)) قامت بعد ادخال الميكنة في جر عربات المترو بدلا" من الجر بالحيوانات عام ١٩٠١ بتعديل خطوط الترام مما ينجم عنه الغاء الخط الذي يربط حي (La croix – de seguey – Tivoli) فقامت رابطة الملاك والممولين في الحي المذكور بتقديم طلب لسلطات المديرية تطالب فيه بإنذار الشركة لتنفيذ المرفق – مرفق المترو – وفقا" للشروط الخاصة بعقد الامتياز ، ولما رفضت الإدارة إجابة هذا الطلب عرضت الرابطة الأمر على مجلس الدولة وطعنت بالإلغاء لتجاوز السلطة ، وقد قبل المجلس الطلب شكلا" ورفضه من حيث الموضوع ، د. عبد المنعم عبد الحميد ، المصدر السابق ، ص ٣٣٦ .

[٣] C.E. 27 November 1935 , Baidouin ,R,p.1105 , C.E. 25 Juin 1969 , Vincent ,R,p.334 نقلا" عن د. عبد المنعم عبد الحميد ، المصدر السابق ، ص ٣٣٧ .

[٤] حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٨٥ ، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧ أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري ....، المصدر السابق ، ص ٣٣٣ .

[٥] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٣٠ /١٢/ ١٩٧٧ ، أشار إليه د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٢٢٢ .

الفـــرع الثالـث
أثـــر حكم الإلغـــاء على العقـــد الإداري

على نحو ما سبق فإن بوسع قاضي الإلغاء الحكم بإلغاء كل قرار منفصل عن العقد الإداري بوصفه قاضي مشروعية ، متى ثبت لديه مخالفة ذلك القرار لمقتضيات المشروعية ، من اختصاص او شكل او محل او سبب او غاية .

وتجدر الاشارة هنا الى وقوف دور قاضي الإلغاء في حكمه بإلغاء مثل تلك القرارات عند حد تقرير عدم مشروعيتها ، دون تطرق منه لإصدار أمر للإدارة بالقيام بعمل ما او الاحجام عن القيام به ، حيث يكون محكوما" في هذا الشأن بحدود اختصاص قاضي الإلغاء من ان القاضي يحكم ولا يدير اعمالا" لمبدأ الفصل بين السلطات ، والذي يمنع بشكل مطلق السلطة القضائية من التدخل في عمل السلطة التنفيذية والمتمثلة في جهة الإدارة المتعاقدة .

هذا المبدأ الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي في بداية نشأته تحاشيا" للاصطدام بالإدارة التي نشأ في كنفها إلا انه تخلى عنه بعد استقلاله عـن الإدارة في الكثير من أحكامه ، إلا ان مجلس الدولـة المصري ما زال وفيا" لمبدأ الفصل بين السلطات القضائية والتنفيذية ولم يحذو حذو نظيره الفرنسي رغم اخذه بذلك المبدأ نقلا" عنه . فما زال يطبق المبدأ بجموده الذي يؤدي الى تمكين الإدارة من العصف بحقوق المتعاملين معها ، دون ان يملك القاضي سوى ان يؤكد في حكمه ان تصرف الإدارة غير مشروع ، وهو حكم يفقد كل قيمة عملية اذا ما أصرت الإدارة على عدم الانصياع له ، الأمر الذي يعد حصنا" لتعدي الإدارة على حقوق المتعاملين معها في تصرفاتها التعاقدية وغير التعاقدية على نحو سواء [1] .

والسؤال الذي يثار هنا هل يمكن ابطال العقد الإداري تأسيسا" على إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في تكوينه ؟ أم تقتصر ولاية قضاء الإلغاء في هذا الصدد على إلغاء القرار الإداري المنفصل دون أي اثر على العقد الإداري ذاته الذي يبقى قائما" حتى يطالب أحد طرفيه بطلانه أمام قاضي الالغاء (القضاء الكامل) ؟ أو بعبارة أخرى هل يعتبر العقد الإداري باطلا" بمجرد إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ؟

في هذا الخصوص نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل قبل إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية

---

[1] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسئولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٤٢ .

وفي هذا الفرض لا يوجد أي اشكال فيمكن في هذه الحالة ترتيب القواعد القانونية التي تضفي على الحكم بالإلغاء حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، وإعدام كل اثار القرار الملغي في الماضي والمستقبل ، وبذلك لا تستطيع الإدارة ان تسير في إجراءات التعاقد ، وإلا تكون قد خالفت الحجية المطلقة وقوة الشيء المقضي به لحكم الإلغاء [١] . إلا ان هذه الفرضية تكاد تكون نظرية بحتة لأن بطء الإجراءات القضائية يؤدي الى جعل عدم إبرام العقد حتى لحظة صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل مجرد افتراض قانوني بحت ، وقد تلافى المشرع الفرنسي هذه الثغرة من خلال نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ، وذلك بالنص صراحة على امكانية وقف إبرام العقد حتى البت في القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة [٢].

الفرض الثاني : صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل بعد إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية

وهذا الفرض يثير الكثير من الاشكاليات والتساؤل عن اثر الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل على العقد الإداري ذاته ؟

المستقر عليه في قضاء كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري ان الحكم الصادر بإلغاء احد القرارات القابلة للانفصال في العمليات التعاقدية ليس له في حد ذاته أي اثر مباشر على العقد نفسه ، فهذا العقد يظل قائماً" يربط بين طرفيه ومنتجاً" لأثاره ، إلا اذا قام أحد الطرفين برفع دعوى بطلان العقد امام القاضي المختص بمنازعات العقد نفسه طالباً" الحكم بالبطلان ، استناداً" الى الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء احد القرارات التي تدخل في تكوينه [٣] .

وهو ما أشار إليه المفوض روميو في قضية (martin)[٤] الذي أكد فيه على نقطة جوهرية في الموضوع وهي انه ما دامت القيمة القانونية لحكم الإلغاء نظرية فليس على قاضي الإلغاء إلا ان يبحث فيما اذا كان القرار المطعون فيه يجب او لا يجب ان يلغى دون ان يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية او ايجابية [٥] .

وذهبت المحكمة الادارية في بيانها للقيمة العملية للحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الاداري رغم عدم اهدار ذلك الحكم للعلاقة التعاقدية التي أوجدها ذلك القرار ، إلا ان ذلك لا ينفي وجود

---

[١] د. محمد عبد العال السناري ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

[٢] د. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٥٦ .

[٣] د. جورجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال .....، المصدر السابق ، ص ١٦٣ .

[٤] قبل مجلس الدولة الفرنسي في هذه الدعوى الطعن على القرار الاداري بالتصريح بمنح امتياز لأحدى شركات الترام برغم ان هذا القرار يندرج في عقد الامتياز الذي تدخل المنازعة بشأنه في اختصاص مجالس الاقاليم . د. محمد السناري ، المصدر السابق ، ص ٦٥ .

[٥] د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٨٢ .

المصلحة في طلب الغاء هذا القرار ، إذ من المحتمل ان يؤدي الحكم الذي صدر بالإلغاء الى فسخ التعاقد او تصحيح الوضع ، تأسيسا" على الرغبة في عدم الابقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه [١].

ويترتب علـــى التمسك بالحكم الصـــادر بإلغـــاء القـرار القابل للانفصال امام قاضي العقد النتائج الاتية :

١- يتمتع حكم الالغاء بحجية مطلقة امام قاضي العقد ومن ثم يمكن ان يطلب من قاضي العقد سواء كان العقد مدنيا" او اداريا" الحكم ببطلان العقد بناء على الحكم الصادر بإلغاء القرار الذي بني عليه العقد [٢] .

٢- لا يعتبر العقد باطلا" بمجرد صدور حكم الإلغاء بل لا بد ان يقضي بذلك من قاضي العقد ، فهو صاحب الاختصاص المطلق في الحكم بأبطاله سواء كان القاضي مدنيا" او اداريا" [٣].

٣- ان بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر اثره على الإجراءات التالية له التي بنيت عليه ، ولا يمتد هذا الاثر الى الإجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة في ذاتها . فالحكم بإلغاء القرار الصادر بإبرام العقد او التصديق عليه لعيب شاب القرار ذاته ليس من اثره بطلان الإجراءات السابقة على إبرام العقد [٤].

٤- اذا كان حكم الإلغاء قد استند الى ان القرار القابل للانفصال شابه عيب من عيوب المشروعية ، فان دور قاضي العقد ينحصر في بيان أثر ذلك العيب على العملية العقدية ، أما إذا كان حكم الإلغاء قد استند الى عدم مشروعية العقد ذاته فان قاضي العقد يلتزم بما قرره قاضي الإلغاء ، ولا يستطيع ان يقضي بصحة العقد أو خلوه من العيوب التي أثبتها قاضي الإلغاء [٥] .

٥- يستطيع الغير بحصوله على حكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر ، ويكون حكم الإلغاء حجة أمام القاضي الذي ينظر دعوى المسئولية [٦] .

٦- حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لا يعدم قيمته العملية لمجرد التسليم بعدم تأثيره علـــى قيام العقد الإداري ، حيث يكون بوسع الإدارة ان تقوم من تلقاء نفسها او بناء على

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا ، قضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٦/١١/١٨ ، اشار اليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسئولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٤٤ .

[٢] د. محمد السناري ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

[٣] حكم مجلس الدولة الفـرنسي الصادر فـي ١٦/ ١٩٤٤/٥ ، المجموعـة ، ص ١٣٩ ، أشار إليـه ، المصدر السابق ، ص ١٠٥ .

[٤] د. عاطف سعدي ، المصدر السابق ، ص ٦٠٤ .

[٥] د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، آثار حكم الإلغاء ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفـرنسي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ٢٠٢ .

[٦] د. أشرف محمد خليل ، القرارات القابلة للانفصال ...، المصدر السابق ، ص ١٣٣ .

طلب المتعاقد معها ، بتعديل الأوضاع القانونية للعقد التي كشف حكم الإلغاء عـن عدم مشروعيتها ، بما يتوافق مع حكم الإلغاء . كما يكون للإدارة احتراما منها لمبدأ المشروعية الاتفاق مع الطرف الاخر في العقد على إبرام عقد جديد يخلو من شوائب عدم المشروعية التي اعترت سابقه [١].

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقرارات الإدارية القابلة للانفصال في مرحلة تكوين العقد ، فان الامر يبدو أكثر صعوبة فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد ، فهل يجوز الطعن بالإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد ؟

القاعدة العامة هي عدم جواز انفصال القرارات التي تصدر عن الإدارة اثناء تنفيذ العقد ، ومن ثم فإنه لا يقبل الطعن عليها بالإلغاء . وتطبيقا" لهذه القاعدة رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة بتعديل العقد ، مثل قرار وزير الحرب بتعديل كمية العلف ، وكان مبنى الطعن مساس هذا التعديل بحقوق المورد المتولدة عن عقد التوريد حيث قرر المجلس بأن هذا الوجه من اوجه الطعن لا يمكن استخدامه كأساس لطلب إلغاء القرار المطعون فيه [٢].

وتسير المحكمة الإدارية العليا في ذات الاتجاه حيث قضت بعدم قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء قرار جهة الإدارة بفسخ العقد وشطب اسم الطاعن من سجل المتعهدين ومصادرة التأمين تاسيسا" على ان المنازعة في شأن هذا القرار تدخل في منطقة العقد وتكون محلا" للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ..... يستوي في ذلك ما يتخذ في صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري [٣] .

ويرى جانب من الفقه ان القاعدة المتقدمة ليست مطلقة ، بل ترد عليها استثناء هام مؤداه جواز الطعن على القرارات التي تصدرها الإدارة باعتبارها سلطة عامة وليس باعتبارها متعاقدة ، سواء كان هذا الطعن من المورد ام من الغير [٤] .

رأينا ان حكم الإلغاء الصادر بحق القرار الإداري المقترن بتنفيذ العقد ، لا يمكن له ان يبطل العقد الإداري ، إلا اذا تمسك احد أطرافه بهذا البطلان - في حالة توفر السبب الموجب للبطلان - وأقام الدعوى

---

[١] **د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسئولية التعاقدية .....، المصدر السابق ، ص ٤٥ .**

[٢] **C.E : 16-7-1929 , ste' Eyraud , Rec. p . 732.**

نقلا عن عاطف السعدي ، المصدر السابق ، ص ٦٠٥ .

[٣] **حكم المحكمة الادارية في الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق ، جلسة ١٢/٢٨/ ١٩٦٣ اشار اليه د. عاطف سعدي ، المصدر السابق ، ص ٦٠٤ .**

[٤] **د. محمد السناري ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .**

بذلك كونه هو صاحب المصلحة . فلا يباح ذلك لعموم الأفراد بل يبقى الأمر مقتصر على المتعاقد او على الادارة .

مما تقدم يتضح لنا ان القضاء الإداري سواء في فرنسا او مصر مستقر على عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد الإداري ذاته وانه خلافا" لذلك يقبل الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بشرط ان يكون وجه الطعن عيبا" شاب القرار ذاته او شاب العقد الإداري كله وانعكس اثره على القرار ، ويقبل الطعن بالإلغاء سواء من المتعاقدين او من الغير ، ويستثنى من هذه القاعدة القرارات التي تصدر بعد إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه .

المبحث الثانـــــي
حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء العادي

إذا كان القضاء الإداري في فرنسا ومصر هو الجهة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية فأن القضاء العادي في العراق هو المختص بنظر هذه المنازعات باعتباره صاحب الولاية العامة بنظرها استنادا" الى نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل . حيث كانت الولاية للمحاكم المدنية ولكن بعد صدور القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل والذي تم فيه استحداث محكمة القضاء الإداري فقد كان هذا القضاء يمارس الرقابة القضائية على القرارات المتصلة بعملية التعاقد استنادا الى قاعدة القرارات الإدارية المركبة والقابلة للانفصال عن عملية التعاقد [١] .

إلا ان قانون العقود العامة الصادر بالاستناد الى أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ استحدث في القسم (١٢) منه والموسوم بـ (تسوية المنازعات) محكمة إدارية جديدة للفصل في

[١] **رعد هاشم التميمي ، المصدر السابق ، ص ٢٧٩ .**

المنازعات ذات العلاقة بإحالة عقد على احد المتنافسين . ونرى انه السبب وراء عزوف محكمة القضاء الإداري عن نظر القرارات التي تصدر في عملية التعاقد .

ويدعونا الحديث عن دور القضاء العادي في حسم منازعات العقود الإدارية إلى بيان الدور الذي لعبته المحكمة الإدارية الملغية في وزارة التخطيط في حسم هكذا منازعات ، بعد ذلك نبين التنظيم القانوني لمحاكم البداءة المختصة بدعاوى عقود المقاولات ونعقد لدراسة كل ما تقدم ذكره المطلبين التاليين :

المطلب الأول : دور المحكمة الإدارية الملغية في وزارة التخطيط في حسم منازعات العقود الإدارية .

المطلب الثاني : التنظيم القانوني لمحاكم البداءة المختصة بدعاوى عقود المقاولات.

المطلب الأول
دور المحكمة الإدارية الملغية في حسم منازعات العقود الإدارية

ليس هناك من سبيل يضمن امكانية ان تكون إجراءات احالة العقود الحكومية على أساس عادل وتنافسي وعلني إلا عبر إجرائها عن طريق المناقصة[1].

ومن الطبيعي ان لا تحظى جميع المناقصات التي تعلنها مؤسسات الدولة بما يؤمن المنافسة الكاملة والحيادية واعتماد المعايير الفنية في التقييم مما يلحق ضررا بمقدمي العطاءات الذين يجدون في انفسهم انهم يمتازون على من رست المناقصة بعهدتهم بكثير من المزايا والمؤهلات .

وحسماً للنزاع الذي يحصل بعد إحالة المناقصة اقتضى ذلك تشكيل محكمة باسم – المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية – والتي أشير اليها لأول مرة في قانون العقود العامة الصادر استنادا إلى أمـــر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ في القسم (١/٢/ب/ ثانياً) حيث نص على ((وضع

---

[1] يقوم أسلوب المناقصة على أساس ضمان وجود المنافسة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة لكي يمكنها اختيار أفضل العروض من ناحية القدرة الفنية في مجال العقد المزمع إبرامه ، وكذلك من الناحية المالية . د. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، المصدر السابق . ص ٥٣٩ .

وتبني قواعد خاصة بمحكمة إدارية مستقلة تكون مختصة بالشكاوي والمنازعات الناتجة او تتعلق بمنح العقود العامة من قبل الحكومة)) .

والسؤال الذي يطرح هنا هل كان تأسيس المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الإدارية له مبرراته القانونية والعملية خاصة وإنها اختصت بمرحلة من مراحل العقد الإداري وترك باقي مراحل العقد من اختصاص جهات قضائية اخرى كمحكمة البداءة بالرغم من وجود محكمة القضاء الإداري في مجلس شورى الدولة صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الإدارية ؟ وإذا كان وجودها ضرورة ما هي الأسباب التي أدت إلى إلغائها ؟

الاجابة على هذا التساؤل سيكون من خلال تقسيم المطلب على الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مبررات تأسيس المحكمة الإدارية .

الفرع الثاني : أسباب إلغاء المحكمة الإدارية .

الفـــــرع الأول
مبـررات تأسيـــس المحكمـــــة الإداريـــــة

للوقوف على مبررات تأسيس المحكمة الإدارية يقتضي بيان تشكيلها أولا" ثم اختصاصاتها بعدها سنبحث في صلاحيتها وعلى النحو الآتي :

أولا" : تشكيل المحكمـــة الإداريـــــة

تشكلت المحكمة الإدارية بموجب الفقرة (أ) من البند (ثانيا) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية للنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاض ينسبه مجلس القضاء الأعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل عن كل من اتحاد المقاولين العراقيين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والاختصاص .

ولعل أول نقد وجه إلى المحكمة إنها شكلت خارج النظام القانوني العراقي [١] إذ إن تشكيل أي محكمة يجري عن طريق بيان يصدره مجلس القضاء الأعلى يحدد مهامها والحدود الإدارية التي تدخل في اختصاصها . كما ان من عيوب تشكيل المحكمة انها شكلت من أربعة أعضاء وهو خلاف ما استقر عليه النظام القانوني العراقي في ان يكون عدد أعضاء أي هيئة قضائية وترا" لتلافي المشاكل التي تنجم عن الاختلاف في الرأي . إذ من الصعوبة تكوين الأكثرية في هذه الحالة ولم تبين التعليمات المذكورة هذه

---

[١] د. عصمت عبد المجيد ، أصول المرافعات المدنية ، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة جيهان الأهلية ، اربيل ، ٢٠١٣ ، ص ٢٢٥ .

المسألة والى أي الجهتين يميل الترجيح في حالة تساوي الأصوات [١] يضاف إلى ذلك ان التعليمات سالفة الذكر أعطت لوزير التخطيط وفق ما ورد بنص الفقرة (أ) من البند (ثانياً") من المادة (١٠) منها الحق بتشكيل المحكمة الإدارية المستقلة رغم اختصاص رئاسة مجلس القضاء الأعلى ويعتبر غصب للسلطة وخروج على قواعد الاختصاص من قبل السلطة التنفيذية على السلطة القضائية . كما ان تشكيلها لا سند له من القانون الخاص هو الامر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والذي سكت عن كيفية تشكيل المحكمة لان التعليمات المذكورة تم إصدارها استنادا إلى نص الأمر المذكور فالتعليمات ترد لأجل تسهيل تنفيذ القانون لا ان تفسره او تكمل النقص الموجود فيه [٢].

ونرى ان المشرع كان في غنى عن الخوض في تشكيل المحكمة بمعزل عن القضاء الإداري فقد كان بوسعه ان يوسع من اختصاصات محكمة القضاء الإداري في الشكل الذي يسمح لها النظر ليس في اختيار المتعاقد مع الإدارة فحسب بل في كافة مراحل العقد الإداري ، وهذا ما مستقر عليه في جميع قوانين الدول المقارنة كقانون مجلس الدولة الفرنسي والمصري لذلك نعتقد إن تشكيل المحكمة كان يستهدف تفتيت وتشتيت اختصاصات القضاء الإداري .

ثانياً" : اختصاصات المحكمة الإدارية

تحدد اختصاص المحكمة الإدارية في القسم (١/٢/ب/ ثانياً") من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ، ثم صدرت تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ والتي أُلغيت بالتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية حيث نصت الفقرة (أ) من البند ثانياً" من المادة (١٠) منها على ((تشكل في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي[٣] محكمة مختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاضي .....)) ومن النص اتضح الآتي :

١- إنّ اختصاص المحكمة الإدارية كان محصوراً" بالنظر في الاعتراضات المقدمة من قبل أصحاب العطاءات المقدمة الى أي دائرة حكومية وتم اختيار عطاء غير عطاءهم ويعتقدون ان ذلك تم بشكل غير عادل . ولا يدخل في اختصاصها المرحلة التي تسبق تقديم العطاءات أو مرحلة تنفيذ العقود بعد اختيار العطاء المناسب المقدم من قبل شركة او مقاول لأن المشاكل التي تنتج عن ذلك

---

[١] القاضي لفته هامل العجيلي ، المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الإدارية ، دراسة في آليات الاعتراض والفصل فيه ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد الثالث السنة الرابعة ، ٢٠١٢ ، ص ١١١.

[٢] القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق ، دور المحكمة الإدارية في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي في الرقابة على المناقصات الحكومية ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٦ .

[٣] أُلغيت عبارة (والتعاون الإنمائي) وأصبحت التسمية الجديدة (وزارة التخطيط) بدلاً" من (وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي) بموجب كتاب وزارة التخطيط رقم (٢٧٣٨/٥/٤) في ١/٣/ ٢٠١٠ .

تدخل في اختصاص محاكم البداءة التي لها الولاية العامة استنادا" الى نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات [١].

٢- شمل الاختصاص المكاني للمحكمة كل الرقعة الجغرافية لجمهورية العراق استنادا" الى البند (أولا") من المادة (٢) التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية الذي نص على ((تسري أحكام هذه التعليمات على العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الحكومية (دوائر الدولة والقطاع العام) ممثلة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم مع الجهات الاخرى العراقية وغير العراقية .....)) .

٣- استثنى من اختصاص المحكمة الإدارية المشاريع والعقود العامة لدوائر الدولة الممولة من المنظمات الدولية أو الاقليمية والمنفذة استنادا الى اتفاقيات أو بروتوكولات خاصة تبرم مع الأطراف العراقية بهذا الخصوص [٢] .

اذا" اختصاص المحكمة الإدارية كان معقودا للنظر في صحة القرارات المتعلقة بالإحالة ولو كان محل الطعن عقدا ابرم استنادا اليه ، لأن الغرض من الطعن إثبات عدم صحة اختيار المتعاقد الذي فاز بالمناقصة .

ثالثا" : صلاحيات المحكمة الإدارية

كان للمحكمة الإدارية عدة صلاحيات نص عليها القسم (١٢-١/ثانيا") من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ولعل أهمها اتخاذ القرار بشأن الاعتراضات المقدمة اليها من المعترضين على قرارات الإحالة وقد وردت هذه الصلاحية على سبيل المثال وليس الحصر بما يمكن المحكمة من اتخاذ الاجراء الصحيح لإعادة مجرى المناقصة وفقا" للأسس التي اعتمدها الأمر المذكور بما يحقق المنافسة العادلة والعلنية إلى اقصى حد ممكن [٣] .

وبالرغم من أن الأمر المذكور أجاز للمحكمة ان تصدر قرارها حول الاعتراض في اقرب وقت ممكن ، إلا ان التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية ألزمت المحكمة الإدارية بإصدار قرارها بموضوع الشكوى خلال مدة لا تتجاوز ١٢٠ يوما" تبدأ من تاريخ دفع الرسم القانوني [٤] .وقد انتقدت هذه المدة من بعض الكتاب [٥] ونحن نؤيدهم بأنها طويلة خاصة وان إجراءات المناقصة وإبرام العقد ستتوقف عند حصول الاعتراض مما يعني تعطيل لمصالح الجهة المستفيدة من المناقصة . كما كان لها صلاحية إلغاء المناقصة المعترض على إحالتها وإعادة الاعلان مجددا" ، إذا وجدت ان إجراءات الاحالة على

---

[١] القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق ، المصدر السابق ، ص ٣٠ .

[٢] البند (ثانيا") من المادة (٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية .

[٣] القاضي لفته هامل العجيلي ، المصدر السابق ، ص ١١٢.

[٤] البند رابعا" من المادة (١٠) من التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية .

[٥] القاضي لفته هامل ، المصدر السابق ، ص ١١٢ .

الشركة المعترض عليها لم تكن مستوفية المعايير الفنية والقانونية ولم تلتزم الجهة المحلية بما تتطلبه المنافسة من احتساب نسب الترجيح للعروض المالية والفنية لمقدمي العطاءات واختيار العطاء الذي يحصل على أعلى الدرجات في التقويمين الفني والمالي عند الترشيح للترسيه [١] .

وأيضا" كان لها صلاحية إلغـاء الإحالة على الشركة المعترض عليها وإحالتها الى الشركة المعترضة . إذا وجدت ان ما قدمته الشركة من عطاء وما فيها مـن مزايا أخرى تتعلق بكفاءتها المالية وأعمالها المماثلة هـي الاجدر بإحالة المنـاقصة عليها . أو رد الاعتراض المقدم من احـد المنافسين وتأييد قرار الادارة متى وجدت المحكمة انه سليم وموافق للقانون ولم ينتهك قواعد المنافسة العادلة والحرة [٢] .

مما تقدم نرى ان تأسيس المحكمة الإدارية لم يكن له أي مبرر قانوني لوجود محكمة القضاء الإداري ، إضافة إلى إنها كانت معيبة من حيث تشكيلها كما ذكرنا ، وجهة الطعن على قراراتها حيث كان الطعن بأحكامها أمام محكمة استئناف بغداد / الرصافة وكان الأولى أن يكون الطعن بأحكامها أمام المحكمة الإدارية العليا في مجلس شورى الدولة بوصفها الجهة المختصة منطقيا" وقانونيا" بنظر أحكام المحاكم الإدارية فهي بمثابة محكمة تمييز . ولكن مع ذلك كان لها دور لا يمكن أن نتجاهله في الحفاظ على سلامة وشفافية قبول العطاءات وتنفيذ العقود التي تقوم بها الوزارات والدوائر الحكومية دون تمييز ، والدليل على ذلك ما صدر عنها من قرارات تم تصديق اغلبها من الجهات القضائية التمييزية .

الفـــــرع الثانـــــي
أسباب إلغـــــاء المحكمـــــة الإداريـــــة

كان لكثرة الانتقادات التي وجهت الى المحكمة الإدارية من حيث تشكيلها المعيب وتسميتها وجهة الطعن بأحكامها ولغرض إلحاقها بالقضاء العادي . أُلغيت المحكمة الإدارية بموجب القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ [٣] وتـولى القضـاء العادي النظر في المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب الأمر اعلاه [٤] .

وفـي هذا الصدد قضت محكمـة التمييز الاتحادية بقرارهـا الصادر فـي ٢/٢٤ / ٢٠١٤ علـى ((.... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد ان النظر في دعاوى المحكمة الإدارية المختصة بنظر العقود الحكومية العامة أصبح من اختصاص محكمة البداءة بعد إلغاء تلك المحكمة بموجب القانون رقـم

---

[١] البند حادي عشر من المادة (٧) من التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية .

[٢] رعد هاشم التميمي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ .

[٣] نصت المادة الأولى من القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ على ((تلغى المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وأية إشارة إليها في هذا الأمر والقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة)) .

[٤] المادة الثانية من القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ .

(١٨) لسنة ٢٠١٣ وبذلك تكون الأحكام الصادرة مــن محاكم البـداءة لا يقبل الطعن بها استئنافا" كونها من الدعاوى غير المقدرة القيمة وبذلك يكون الطعن فيها من اختصاص محكمة التمييز الاتحادية لأنها تصدر بدرجة اخيرة وليس من الدعاوى المنصوص عليها في المادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية وحيث ان محكمة الأستئناف ردت الطلب الاستئنافي لسبب آخر فيكون حكمها المميز صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة قرر تصديقه .....)) [١] .

وكذلك قضت الهيئة التمييزية لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية في قرار لها ((..... لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي يتعلق بقرار محكمة البداءة المختصة بدعاوى العقود والمقاولات الحكومية الصادر بتاريخ ٢٠ / ٣ / ٢٠١٤ وبالدعوى المرقمة ٧/ب مقاولات / ٢٠١٤ والمتضمن رد دعوى المدعي اضافة لوظيفته وقد ارسلت هذه الدعوى الى هذه الهيئة للنظر فيها تمييزا على اعتبار ان المدعي اضافة لوظيفته قد كان موضوع دعواه هو الاعتراض على احالة المناقصة الى شركة اخرى والخاصة (بالمشروع الوطني للديلزة) ، ..... وحيث ان نظر الطعن التمييزي في أحكام المحكمة الادارية تجري من قبل محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية عندما كانت المحكمة قائمة لذا فإن هذه الهيئة لم تعد مختصة بالنظر في الطعون التمييزية بعد إلغائها وإلغاء أية إشارة لها في القوانين والتعليمات النافذة ويصدر الحكم في هذه الحالة بدرجة أولى قابل للاستئناف والتمييز استنادا لأحكام المادتين (٣٢ و ١٨٠) مرافعات مدنية لذا قرر إحالة الطعن التمييزي مع اضبارة الدعوى الى محكمة التمييز الاتحادية للنظر فيها حسب الاختصاص ....)) [٢] .

ونرى أنّ إعادة اختصاص الدعاوى التي كانت تنظرها المحكمة الإدارية الى القضاء العادي سيطيل من اجراءات التقاضي . لأن الحكم سيكون خاضعا" للطعن بطريق الاستئناف والتمييز أمام محكمة التمييز الاتحادية في حين كان القرار الصادر منها خاضعا للطعن تمييزا" أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية التــي كانت تعطي لقرارات المحكمة الإدارية أسبقية فـي نظرها تمييزا" .

أما عن رأينا بصدد إلغاء المحكمة الإدارية نرى ان المشرع العراقي كان موفقا" في إلغاء المحكمة الإدارية لأنها لا تشكل حلا" صحيحا" وجذريا" لمشكلة حسم منازعات العقد الإداري . وكان الأجدر بالمشرع إناطة اختصاصات المحكمة الإدارية بمحكمة القضاء الإداري في مجلس شورى الدولة وهذا ما

---

[١] قـرار محكمة التمييز الاتحادية رقـم ٦١١/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٤/ ٢/ ٢٠١٤ غير منشور .

[٢] قرارها رقم ٣٢٩/ م / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٦/٤/٢٠١٤ غير منشور .

حدث فعلاً" في إقليم كوردستان العراق فقد أُلغيت المحكمة الإدارية المستحدثة بوزارة التخطيط في الإقليم وأودعت اختصاصاتها الى مجلس شورى الإقليم [١] .

المطـــلب الثانـــي
التنظيم القانونـــي لمحاكم البداءة المختصـــة
بدعـــاوى عقـــود المقـــاولات

تعد محاكم البداءة من تشكيلات السلطة القضائية التي حددتها المادة (١١) من قانون التنظيم القضائي في العراق رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ ، وتشكل بموجب بيان يصدره رئيس مجلس القضاء الاعلى الذي حل محل وزير العدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ في المركز الإداري لكل محافظة وحسب حاجتها أو في الاقضية والنواحي . وتعد محكمة البداءة المختصة بعقود المقاولات إحدى هذه المحاكم ، ولمعرفة التنظيم القانوني لتلك المحكمة سنبحث تأسيسها في الفرع الأول ومن ثم اختصاصاتها في الفرع الثاني وبعد ذلك نبحث في صلاحياتها في فرع ثالث .

الفـــــرع الأول
تأسيـــــس المحكمـــــــة

تأسست محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات بموجب البيان الصادر من مجلس القضاء الأعلى ذي العدد ١٤٧/ ق/أ في ٢٠١٢/١٢/٢٥ حيث نص على ((اولا" ... تشكل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية تسمى (محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات) تختص بالنظر في دعاوى عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفا" فيها ويشمل هذا الاختصاص إجراءات القضاء المستعجل والأوامر على العرائض . ثانيا" ينفذ هذا البيان اعتبارا" من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية)) [٢] .

وفي شأن تشكيل المحكمة نود أن نبين الآتي :

١- حدد البيان أسم المحكمة هي (محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات) وإن كنا نرى تسميتها محكمة بداءة دعاوى عقود المقاولات ، ذلك لأن اغلب المحاكم لا تتمسك بحرفية النص وهذا ما وجدناه من بعض القرارات الصادرة عنها .

---

[١] استحدثت هذه المحكمة بموجب التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١١ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الصادرة عن وزارة التخطيط في الأقليم ونشرت في الجريدة الرسمية (وقائع كوردستان) بعدد (١٢٤) في ٢٠١١/٤/١٤ وقد الغيت المادة (١٠) من هذه التعليمات المتعلقة بالمحكمة بموجب كتاب مجلس وزراء الاقليم المرقم (١٦٥٨) في ٢٠١١/٧/٥ بناء على مذكرة مجلس شورى الإقليم . د. عصمت عبد المجيد ، اصول المرافعات المدنية ، المصدر السابق ، ص ٢٢٥ .

[٢] نشر هذا البيان في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٦٣) في ١٤/ ١/ ٢٠١٣ .

٢- المحكمة شكلت اعتبارا من تاريخ صدور بيان التأسيس اي تاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٥ ، في حين إن قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والذي بموجبه ألغى المحكمة الإدارية نفذ بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٩ وهو تاريخ النشر في الجريدة الرسمية ، وهذا يعني إن محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات تمارس عملها قبل إلغاء المحكمة الإدارية .

ولأن بيان التأسيس يعتبر قانون خاص وقانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) قانون عام فتسري أحكام القانون الخاص على عقود المقاولات لان الخاص يقيد العام .

٣- حدد البيان اختصاص المحكمة وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفـــــرع الثانـــــي
اختصاصـــــات المحكمـــــة

لا بد من بحث اختصاصات المحكمة وفق ما حدده البيان الصادر من مجلس القضاء الأعلى ثم نبين بعد ذلك أهم الاستثناءات الواردة على اختصاصها وهذا ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين :

أولا" : الاختصاص العـــام للمحكمـــــة

الاختصـاص بمعناه العـام هــو تعيين الجهة القضائية التي خولها القانـون الفصل فـــي المنازعات . وقواعد الاختصاص هي التي تحدد المنازعات التي تدخل في ولاية كل محكمة [١] .

ولقد تحدد اختصاص المحكمة موضوع البحث في البيان المذكور حيث جاء فيه (تختص المحكمة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفا" فيها ويشمل هذا الاختصاص إجراءات القضاء المستعجل والأوامر على العرائض) .

وإذا كان الأمر كذلك فيقتضي منا إيضاح المسائل التي تدخل في اختصاص المحكمة ولو بشكل مبسط وعلى النحو الآتي :

أ- **عقــود المقاولات التي تكـون دوائر الدولة طرفا" فيها**

نظم المشرع العراقي عقد المقاولة في المواد من (٨٦٤- ٨٩٠) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وعرفت المادة ٨٦٤ المقاولة بأنها ((عقد يتعهد به أحد الطرفين ان يصنع شيئا" أو يؤدي عملا" لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر)) [٢] .

---

[١] القاضي مدحت المحمـود ، شـرح قانون المرافعات المدنية رقـم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٤٢ .

[٢] تقابل المادة (٦٤٦) مـن القانون المدني المصري ، أما المشرع الفـرنسي فانه يعتبر المقاولة نـوع من إجارة الأعمال حيث عرف المقاولة في المادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي (بأنه ذلك العقد الذي يتعهد فيه احد الأطراف أن يقوم بعمل شيء لصالح الطرف الآخر نظير اجر متفق عليه بينهما) .

فعقد المقاولة عقد رضائي ينعقد بمجرد ارتباط قبول احد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقها فلا يحتاج لانعقاده إتباع شكلية ، ولكن اعتبار عقد المقاولة عقدا" رضائيا" لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على وجوب استيفاء شكلا" معينا" بحيث لا ينعقد إلا عند مراعاة ذلك الشكل كتحرير العقد من قبل كاتب العدل مثلا فيكون العقد شكليا" لأنه لا ينعقد إلا عند مراعاة الشكل الذي تم الاتفاق عليه .وهو من عقود المعاوضة لأن كل طرف يأخذ مقابلا" لما يعطيه .كما انه من العقود الملزمة للجانبين فالمقاول يلتزم بانجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان ، وبالمقابل يلتزم رب العمل بأن يتسلم العمل بعد تمكينه للمقاول من انجازه ويدفع الأجر[١].

بيد أن عقود المقاولة في نطاق العمل الإداري المتعلق بالمرفق العام يتطلب تنظيمه إضافة إلى ما ورد في أحكام القانون المدني ، أحكاما خاصة نابعة من طبيعة العمل الإداري وخصوصيته كونه يستهدف تحقيق المصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام وفقا لما استقر الفقه على تسميته بالعقد الإداري [٢] . فقد عرفت المادة الأولى من شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية الصادرة عن وزارة التخطيط المقاولة بأنها ((شروط المقاولة والمواصفات والخرائط وجدول مفردات الأسعار والمبالغ (إن وجد) وعطاء المقاول وصيغة التعاقد وكتاب الإحالة وأية مستندات أخرى مدرجة في صيغة التعاقد وتشكل بمجموعها مستندات المقاولة)) .

أما تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ عرفت المقاولة في البند (ثانيا") من المادة الأولى بأنه ((عقد يلتزم بموجبه أحد طرفيه (المقاول) أو شركة مقاولات بتنفيذ الأعمال الآتية : أ ـ مقاولات إنشائية ... ب مقاولات الأعمال الكهربائية والميكانيكية ...)) .

والأصل في العقود التي تكون الدولة طرفا" فيها هي عقود إدارية تخضع لأحكام القانون العام ما لم يثبت إن نية الإدارة قد اتجهت إلى تطبيق قواعد القانون الخاص [٣] ، على ان هذا الذي نقول به لا يمنع من أن نعدد ما اشتهر في التعامل من العقود الإدارية وهي :

١- عقد التزام المرفق العام :

وهو عقد إداري يتولى الملتزم - فردا كان ام شركة – بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة مقابل رسم يتقاضاه من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا" عن الشروط العامة التي تضعها الإدارة في عقد الامتياز[١].

---

[١] د. جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في عقد المقاولة ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص ٧ .

[٢] د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة ، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق ، الطبعة الأولى ، مطبعة الوسام ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٣ .

[٣] د. حميد يونس ، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفا فيها ، دراسة قانونية ، بلا دار النشر ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ١٧ .

٢- عقد التوريد (التجهيز) :

وهو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد او شركة يتعهد بمقتضاه الفرد او الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين [٢] .

٣- عقد الأشغال العامة ويتفرع عنه عقد المقاولة الهندسية [٣]:

وهو عقد إداري تبرمه الإدارة مع احد المتعهدين - فردا كان ام شركة – ويقصد منه قيام المتعهد ببناء عقارات لحساب شخص معنوي عام أو ترميمها او صيانتها بغية تحقيق منفعة عامة ، وذلك لقاء ثمن محدد متفق عليه [٤] .

٤- عقد القرض العام :

وهو عقد بمقتضاه يقرض احد الأشخاص الخاصة او العامة مبلغاً من المال إلى الدولة او إلى شخص من أشخاص القانون العام مقابل تعهدها او تعهده بدفع فائدة سنوية محددة ويرد القرض في نهاية الأجل المحدد [٥] .

٥- عقد تقديم المعاونة :

وهو عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص او العام بالمساهمة عينا او نقدا في نفقات مرفق عام او أشغال عامة وقد يتقدم إلى الإدارة بعرض المساهمة فرد من الأفراد او شخص من أشخاص القانون العام فإذا ما قبلت الإدارة العرض ، انعقد بين الإدارة ومن يتطوع بالمساهمة عقد إداري وهو عقد تقديم المساهمة [٦] .

---

[١] د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٥ .

[٢] د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن ، المصدر السابق ، ص ٧٠٧ .

[٣] تعرف المقاولة الهندسية بأنها عقد يتعهد بمقتضاه شخص طبيعي او معنوي بإنشاء او تشغيل او صيانة مشروع معين لحساب شخص معنوي لقاء اجر معين وبموجب الشروط والمواصفات والخرائط المعدة لتنفيذ هذا العقد . ويعتبر عقد المقاولة الهندسية من أهم عقود الأشغال العامة . وتكون على انواع عديدة إلا ان المعروف منها هي مقاولة سعر الوحدة ، ومقاولة المبلغ المقطوع ، ومقاولة الكلفة زائدا مبلغ كأجور ، ومقاولة الكلفة زائدا نسبة معينة ربحا ومقاولة الكلفة المحددة بحد أعلى زائدا نسبة معينة ربحا . في تفاصيل ذلك يراجع حميد يونس ، المصدر السابق ، ص ١٨ .

[٤] د. محمد أحمد غانم ، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة (الفيديك) ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١١ ، ص ١٥ .

[٥] د. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ص ٤٩١ .

[٦] د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٩٤ .

ب- القضـــــــاء المستعجـــل

تبرز أهمية القضاء المستعجل في انه يسعف الأفراد بأحكام عاجلة تصدر بعد إجراءات مختصرة ومواعيد مقصرة وجائزة النفاذ بمجرد صدورها مما يعجز عن تحقيقه القضاء العادي ، كما انه كثيرا" ما ينهي النزاع فعلا" لأنه قد يضع الخصوم أمام أمر واقع يصبح الاستمرار في الخصومة عبثا" ، او قد يدل على وجه الصواب في النزاع [١].

وعلى الرغم مـن ان المشرع العراقـي نظم أحكام القضـاء المستعجل بالتفصيل فـي المواد (١٤١- ١٥٠) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ إلا انه لم يورد تعريفا له وترك الأمر للفقه والقضاء .

فقد عرفه البعض بأنه فرع من فروع القضاء المدني يتم اللجوء إليه عند الاستعجال والخطر المحدق من اجل حماية الحق مؤقتا ، مع عدم المساس بأصله ، حتى يحسم النزاع من قبل محكمة الموضوع) [٢] .

وعُرف أيضا" بأنه الفصل المؤقت الذي لا يمس أصل الحق وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة واحترام الحقوق الظاهرة او صيانة مصالح أطراف النزاع [٣].

وهناك من عرفه بأنه ولاية قضائية مدنية غير أصلية غايتها درء خطر حال بحق مطلوب حمايته بقرار مؤقت ريثما يتم الفصل بأصل الحق [٤].

اما نحن فنعرف القضاء المستعجل بأنه طلب اتخاذ إجراء وقتي يدرأ خطر داهم او ضررا قد يتعذر او يصعب أزالته إذا لجا الخصوم إلى المحاكم بإجراءات الدعوى العادية .

---

[١] عبد الـرحمن العلام ، شرح قانـون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٩ ، ص ٤ .

[٢] صاحب الفتلاوي ، نطاق اختصاص القضـاء المستعجل فـي الأردن ((ما يدخل فيه وما يخرج عنه)) ، دراسة تحليليـة مقارنـة ، بحث منشور فـي مجلة دراسات علوم الشريعـة والقانـون ، المجلد ٢٩ ، العـدد ١ ، ٢٠٠٢ ، ص ١٦٠ .

[٣] معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص ٢٥ .

[٤] القاضي هادي عزيز علي ، القضاء المستعجل ، الطبعة الأولى ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ١٩ .

ويشترط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة للنظر في الدعوى توافر شرطين أساسيين أولهما : توافر صفة الاستعجال في النزاع المعروض أمامه [١] . ثانيهما : عدم المساس بأصل الحق [٢] .

فإذا افتقرت المنازعة إلى أي من هذين الشرطين انعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظرها ويتعين عليه الحكم بعدم الاختصاص ، أما لعدم وجود عنصر الاستعجال وأما للمساس بالموضوع .

وفي شأن اختصاص محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات فأنها تختص بالفصل – بصفة مستعجلة - في كل ما يتعلق بعقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها . ومنها إجراء الكشف الذي يطلبه المتعاقد مع الإدارة لغرض تثبيت واقع حال العمل المنفذ .

جـ - الأوامـــــر علـــى العـــــرائض

أن من أهم وظائف القضاء هو الفصل في الخصومات والمنازعات التي تعرض عليه والى جانب الوظيفة القضائية توجد وظيفة أخرى اقرب إلى عمل الإدارة تسمى (القضاء الولائي) ويتمثل بالأوامر التي تصدر على عريضة احد الخصوم وهو ما تتناوله المواد(١٥١-١٥٢-١٥٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ . ويكون طلب الأمر بعريضة تتضمن موضوع الطلب وتاريخ تقديمه والبيانات اللازمة لتقديمه وأسم الخصم الموجه إليه الأمر ، مع ذكر الوقائع والأسباب القانونية التي تدعو لاستصدار الأمر . فتصدر المحكمة الأمر دون تبليغ الخصم لأن القانون لم يشترط التبليغ خصوصا وان بعض الأوامر تستدعي العجلة كالحجز الاحتياطي لأن علم الخصم بها يجعله يخفي أمواله او تهريبها هنا يصدر القاضي أمرا" بقبول الطلب او رفضه في نفس اليوم او اليوم التالي [٣].

ويجوز لمن صدر الأمر ضده ولطالب الأمر الولائي عند رفض طلبه ان يتظلم لدى المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثة ايام من تاريخ إصدار الأمر او من تاريخ تبليغه [٤] . وتفصل المحكمة في التظلم على وجه الاستعجال ولها سلطة تأييد الأمر او إلغائه او تعديله بقرار قضائي قابل للطعن تمييزا لدى محكمة التمييز [٥] .

---

[١] ركن الاستعجال يجب أن يكون متحققا ابتداء" ، أي عند رفع الدعوى لأن عدم تحققه يوم رفع الدعوى يجعل الطلب مقدم إلى محكمة غير مختصة نوعيا ويجب أن يكون الركن المذكور قائما لآخر مراحل القضاء المستعجل فزوال ركن الاستعجال يوم نظر الطلب يوجب رده من جهة الاختصاص . القاضي هادي عزيز علي ، المصدر السابق ، ص ٢٣.

[٢] ينظر نص المادة (١٤١) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

[٣] د. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات ، الجزء الثالث ، المصدر السابق ، ص ١٥١ وما بعدها .

[٤] الفقرة (٢) من المادة (١٥٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

[٥] الفقرة (٣) من المادة (١٥٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

وفي شأن اختصاص المحكمة فأنه يقتصر على إصدار الأوامر الخاصة بدعاوى عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفا فيها .

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد قرار محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات الذي يقضي ((.. بإعادة خطابات الضمان إلى المصرف الذي أصدرها وذلك لحين صدور قرار هيأة التحكيم والمصادقة عليه وإيقاف الإجراءات القانونية الأخرى ..)) [١] وقد تظلم المدعي عليه (المدير العام لشركة المعدات الهندسية) لدى المحكمة المذكورة فأصدرت قرارها الذي يقضي ((..... بتأييد الأمر الولائي الصادر بتاريخ ٢٠١٣ /٨/١٨ .....)) [٢] ، طعن تمييزا فأصدرت الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الاتحادية قرارها الآتي ((..... وعند النظر على القرار المميز المؤرخ ٢٠١٣ /٩/١٧ تبين انه غير صحيح ومخالف للقانون للأسباب الآتية ١- ان الأمر الولائي موضوع الطعن التمييزي قد صدر بناء على طلب من رئيس هيأة التحكيم وليس بناء على طلب من قبل المميز عليه ، وإذ ان المادة (١٥١) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل نصت على إن الأمر الولائي يصدر بناء على عريضة يقدمها الخصم ..... إلى القاضي المختص ، لذا تكون المحكمة قد جانبت الصواب في ذلك . ٢- ان من شروط إصدار أي أمر ولائي ان يتوافر في الطلب حالة الاستعجال ووجود نص في القانون يجيز للمحكمة إصدار الأمر المطلوب وهذا ما لم يتحقق في الأمر الصادر لعدم وجود نص في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل او أي قانون آخر يجيز إصدار أمر ولائي بإيقاف صرف خطاب الضمان فضلا عن ان مبلغ خطاب الضمان موضوع الدعوى قد تم صرفه للمميز قبل صدور الأمر الولائي المطعون فيه . ٣- ان خطاب الضمان وفقا لما جاء في المادة ٢٨٧ من قانون التجارة انف الذكر هو تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة ويحدد فيه الغرض الذي صدر من اجله ..... عليه تقرر نقض القرار ...)) [٣] .

د- أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية

---

[١] قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٥٦/ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١٨ /٨/ ٢٠١٣ غير منشور .

[٢] قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ ٥٦/ تظلم / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١٧ /٢٠١٣/٩ غير منشور .

[٣] حكمها في الدعوى رقم ٤٥٩/ حقوقية / ٢٠١٣ في ٢٩/ ١٠/ ٢٠١٣ . غير منشور . وإتباعا" للقرار التمييزي قررت محكمة البداءة إلغاء الأمر الولائي الصادر منها بتاريخ ٢٠١٣/٨/٨ بقرارها رقم ٥٦/ تظلم / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١٢/١٦ . غير منشور .

بعد أن تحدد اختصاص المحكمة بالنظر في عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها ، صدر كتاب مـن رئاسة محكمة استئناف بغـداد / الكرخ الاتحادية ذي العدد (ذ / ق / ١٦١٤) فـي ٢/٧/ ٢٠١٣ حيث ورد فيه (..... يدخل ضمن مفهوم المقاولة أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية دون العقود الاستشارية أو عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بها التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها) .

لقد حددت تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ في العراق المقصود بالأعمال الكهربائية والميكانيكية بأنها ((الأعمال المتعلقة بنصب وتركيب وصيانة المعدات والمكائن ومحطات توليد الكهرباء ومحطات الضخ وبدالات الهواتف وأعمال التكييف والتأسيسات الكهربائية والصحية والماء والمجاري والأبراج والتركيبات المعدنية وصيانة الأجهزة والبرامجيات والحاسبات الالكترونية والمشاريع الصناعية المختلفة وغيرها من الأعمال التي تدخل في دائرة هذا الاختصاص)) [١] .

وعلى الصعيد الدولـي فقد نظمت عقود الفيديك [٢] أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية فيعد الكتاب الأحمر[٣] ويقصد به مقاولات أعمال الهندسة المدنية وهو من أكثر العقود استخداما في الواقع العملي ويتضمن نموذج الشروط العقدية لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المصممة من قبل صاحب العمل او من ينوب عنه ، ويقوم المقاول في هذا النوع من العقود بتنفيذ أعمال البناء وفقا لتفاصيل التصميمات المقدمة من صاحب العمل . أما الكتاب الأصفر[٤] فيقصد به أعمال الهندسة

---

[١] الفقرة (ب) من البند (ثانيا) من المادة (١) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ .

[٢] الفيديك (FIDIC) هي الأحرف الأولى من كلمات (Federation International Des Engenieurs Conseils) أي الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين .

[٣] الكتاب الأحمر هو الاسم الذي اشتهر به العقد النموذجي الصادر عن الفيديك والخاص بأعمال البناء التي يصممها رب العمل وسمي بالكتاب الأحمر نظرا إلى ان الفيديك قد اختار لغلافه اللون الأحمر ، وقد صدر منه اربع طبعات اشهرها الطبعة الرابعة التي صدرت عام ١٩٨٧ ثم اعيد نشر طبعه معدلة عام ١٩٩٢ ثم عدلت عام ١٩٩٦ وفي عام ١٩٩٩ صدر عقد نموذجي لأعمال الهندسة المدنية لم تعتبره الفيديك طبعة خامسة من الكتاب الاحمر بل اعتبرته طبعة أولى من شروط عقد المقاولة ، إلا ان بعض الشراح الأجانب والعرب اصطلحوا على تسميته بالكتاب الاحمر الجديد (the new red book) . د. محمد احمد غانم ، المصدر السابق ، ص ٧٨ .

[٤] الكتاب الأصفر أطلق عليه هذا الاسم نظرا إلى ان الفيديك قد اختار لغلافه هذا اللون ، وقد صدرت الطبعة الأولى منه عام ١٩٦٣ ، والطبعة الثانية عام ١٩٨٠ ، والطبعة الثالثة عام ١٩٨٧ معاصرة بذلك الطبعة الرابعة من الكتاب الأحمر . د. جمال الدين احمد نصار ومحمد ماجد خلوصي ، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (فيديك) ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٧ وما بعدها .

الميكانيكية والكهربائية ويتضمن شروط عقد الآلات والبناء والتصميم للآلات الكهربائية والميكانيكية والأعمال الإنشائية او الهندسية المصممة من المقاول [١].

ثانيا" : الاستثناءات الـواردة علـى اختصـاص المحكمـة

عند التمعن بالكتاب الصادر من رئاسة محكمة استئناف بغداد / الكرخ الاتحادية نجد انه قد اَستثني من اختصاص المحكمة العقود الاستشارية أو عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بها التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها . فما هي هذه العقود ؟ وما سبب استثناؤها من اختصاص المحكمة ؟ هذا ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين :

أ- العقـود الاستشاريـة التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها

عُرف العقد الاستشاري بأنه العقد الذي يكون الالتزام الأساسي ومحل الأداء الرئيس فيه هو تقديم المشورة [٢] . كما عُرف بأنه عقد مبرم بين طرفين احدهما يملك الخبرة والمعرفة الفنية ، وطرف آخر تنقصه الخبرة والمعرفة اللتان يتمتع بها الطرف الآخر[٣]. أما في العراق فقد عُـرفت العقـود الاستشارية بأنها العقود التي تبرمها دوائر الدولة ومؤسساتها العامة مع المهندسين المتخصصين في مجال الهندسة المدنية لتقديم الاستشارات التي تتعلق بالجانب الهندسي من حيث وضع التصاميم والنماذج لإقامة المنشآت ، أو إدارة العمل والأشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات تنفيذ المقاولة والمصادقة عليها [٤] .

فالعقد الاستشاري هو عقد كغيره من العقود يستند الى المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وذلك إلى جانب ما يحدده القانون من أركان أساسية يجب ان تتوافر في كل عقد ليصبح صالحا وملزما للمتعاقدين وهي الرضا والمحل والسبب ولا تتحقق صلاحية العقد إلا إذا كان منسجما"مع القواعد القانونية المقررة في كل ركن من الأركان المذكورة [٥] .

وهو عقد رضائي ينعقد بمجرد تلاقي إرادتي المهندس الاستشاري وعميله ، سواء انعقد كتابة او شفاها" فلا فارق بين الحالتين ، بالرغم من ان الذي يحدث في الواقع العملي أن يحرر هذا العقد بشكل كتابي . وهو عقد ملزم للجانبين فهو ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة بالنسبة لطرفيه اذ يلتزم المهندس الاستشاري بتقديم المشورة الهندسية في الوقت المحدد ، والعميل بدوره ملزم بدفع الأجر للمهندس

---

[١] د. حامد عبد العزيز الجمال ، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الثاني والخمسون ، تشرين الأول ، ٢٠١٢ ، ص ٣١ .

[٢] د. حسن حسين البراوي ، عقد تقديم المشورة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٥٢ .

[٣] د. نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٦ .

[٤] د. عثمان سلمان غيلان ، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية ، الطبعة الأولى ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٢ .

[٥] د. عادل عزت السنجقلي ، عقود الاستشارات الهندسية ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ١١ .

الاستشاري نظير قيام الأخير بعمله . كما انه عقد ذات طبيعة مهنية أطرافه عبارة عن مهني متخصص وهو المهندس الاستشاري الذي يقدم أداء يحتاج إليه العميل وشخص آخر يحتاج إلى استشارة هندسية معينة (طالب الاستشارة) والمهندس الاستشاري بهذا المعنى يعد ممارسا لمهنة حرة مما يجعل من العقد الذي يبرم بينه وبين عميله عقدا ذات طبيعة مهنية [١] .

أما عن **التكييف القانوني للعقد الاستشاري** فقد طرحت عدة آراء فقهية فمن الفقه من يرى ان عقد الاستشارات الهندسية هو **عقد وكالة** مستندين في ذلك إلى المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري التي عـرفت عقد الوكالة بأنه ((عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل)) [٢] ، ويرون ان المهندس الاستشاري يقوم بنفس الدور وذلك من حيث ان الوكيل يعمل لحساب موكله وباسمه متمتعا بالاستقلال في أداء مهمته والمهندس الاستشاري يؤدي عملا" لحساب عميله وباستقلال عنه ايضا" كما ان عقد الاستشارات الهندسية كالوكالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي بين المتعاقدين [٣] .

لا نتفق مع هذا الرأي لأن عمل الاستشاري هو عمل ذهني ينطوي على تقديم دراسات وهذا يعد عملا ماديا خلاف عقد الوكالة الذي يرد على التصرفات القانونية .

وفريق آخر من الفقه يذهب إلى إن عقد الاستشارة الهندسية هو **عقد إذعان** إذ ان امتلاك الخبرة والمعرفة الفنية من قبل احد أطراف العقد يؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي ، مما يفرز عمليا وجود طرف ضعيف وطرف قوي فيجعل الطرف الضعيف يقبل دون مناقشة العقد النموذجي المعد مسبقا من الطرف الآخر وهو المهندس الاستشاري [٤] .

وقد انتقد هذا الرأي من بعض الفقه ونحن نؤيدهم في ان العقد الذي نحن بصدده يتيح للطرف الذي لا يرغب بالتعامل مع المهندس الاستشاري ، الذي يريد فرض شروط قاسية على عميله ، اللجوء إلى مهندس آخر يوافق إرادته ولا يسير ضدها [٥] .

أما الفريق الثالث فيرى ان العقد الاستشاري هو **عقد مقاولة** مستندين في ذلك الى نصوص القانون المدني التي عرفت عقد المقاولة بأنه عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا" او ان يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر ، وأنه بهذا المعنى يستجمع عقد المقاولة خصائص نجدها ايضا" في عقد

---

[١] هاشم علي الشهوان ، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص٣٤ وما بعدها .

[٢] تقابل المادة (٩٢٧) مدني عراقي و المادة (٦٦٥) مدني سوري .

[٣] هاشم علي الشهوان ، المصدر السابق ، ص ٤٤ .

[٤] د. حسام الدين الاهواني ، مصادر الالتزام ، بلا دار النشر ، ١٩٩٥ . ص ١٢٤ .

[٥] هاشم علي الشهوان ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

الاستشارة الهندسية من حيث كونه عقد رضائي ومن عقود المعاوضة وعقد ملزم للجانبين وعقد مهني أي يرد على عمل ومن هنا يرى البعض بأن الاستشارة الهندسية هو عقد مقاولة [١].

ونحن نتفق مع الرأي القائل ان عقد الاستشارة الهندسية هو عقد مقاولة استنادا إلى الخصائص المشتركة بين العقدين سالفة الذكر ، كما ان كلا العقدين تتطلب من صاحب العمل التعاقد المسبق مع مهندس استشاري (معماري او باختصاص آخر) لتقديم التصاميم والمواصفات وشروط المناقصة والإشراف على التنفيذ بعد رسو المناقصة ، كذلك يتضمن عمل الاستشاري تقديم دراسات الجدوى الفنية والاقتصادية للمشاريع وبيان مواصفات وطرق تنفيذها .

أما عن سبب استثناء العقود الاستشارية التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها من اختصاص محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات ، فلم نجد مبررا لذلك خاصة وإننا نلاحظ إن اغلب العقود التي تبرمها الدولة مع الاستشاريين في مختلف قطاعات التنمية تتعلق بتقديم دراسات وخدمات استشارية لمرافق عامة وحيوية تطلبتها زيادة تدخل الدولة في مختلف المجالات مما يقودنا إلى القول ان العقود الاستشارية التي تكون الدولة طرفا فيها هي عقود إدارية ما لم يثبت ان نية الإدارة قد اتجهت الى تطبيق مبادئ القانون الخاص في علاقاتها التعاقدية مع الاستشاري .

ب- عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بالعقود الاستشارية التي تكون دوائر الدولة طرفا" فيها :

عقد التجهيز يمثل احد أهم العقود التي تتعاطاها دوائر الدولة وأكثرها شيوعا ، لحاجة هذه الدوائر الى السلع والخدمات لتنفيذ برامجها وسياساتها العامة في مجال إشباع حاجات الجمهور وضمان سير عمل المرافق العامة باطراد وتحقيق أهداف التنمية القومية . وعلى الرغم من أهميته في تحقيق الأغراض المذكورة ، فقد ظلت الأحكام المنظمة لها غير مقننة بإطار نصوص قانونية تجمع بين دفتيها تنظيم قانوني محدد وواضح المعالم ومرجع ذلك عدة عوامل أهمها تطور النشاط الإداري واتساع نطاقه وتشعبه في جميع مجالات الحياة ، إضافة إلى تأخر المشرع العراقي في إصدار تشريع محدد لتنظيم الجوانب المتعلقة بأحكام المناقصات العامة خلافا لما هو عليه الحال في غالبية بلدان العالم الأمر الذي أدى إلى تبعثر وتشتت التشريعات المنظمة لهذه التصرفات القانونية [٢] .

وعقد التجهيز الذي تبرمه الإدارة العامة يتميز في كونه لا يبرم إلا بين طرفين احدهما احد أشخاص القانون العام ، أي احد دوائر الدولة او شركاتها او احد الأقاليم او المحافظات ، كما ان محله يجب ان ينصب على مال منقول او تجهيز خدمة معينة . إضافة إلى انه قائم على الاعتبار الشخصي حيث تلعب شخصية المتعاقد دورا مهما . وجهة ذلك ان الإدارة لا تتعاقد إلا مع من تتوسم فيه صفات معينة

---

[١] **د. حسن حسين البراوي ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .**

[٢] **رعد هاشم التميمي ، المصدر السابق ، ص ٨ .**

كالسمعة الطيبة والتجارب السابقة المرضية مع الإدارة والأمانة والنزاهة في التعامل . ويمكن تلمس دور الاعتبار الشخصي في إبرام هذا العقد في ثنايا تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ فقد أباحت توجيه دعوات مباشرة لعدد من المقاولين أو المجهزين أو الاستشاريين المعتمدين ((.....لرصانتهم وقدرتهم وكفاءتهم الفنية والمالية لتنفيذ مشاريع أو تعاقدات الجهات الرسمية ولوجود مبررات عدة تستدعي ذلك .....)) [١] .

أما عن استثناء عقود التجهيز المتصلة بالعقود الاستشارية من اختصاص محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات ، ففي الحقيقة لم نجد أي مبرر لذلك . خاصة وان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ عالجت بإحكام غالبية العقود التي تبرمها الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية مقررة سريانها على جميع العقود لتنفيذ المقاولات العامة والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية [٢] . لما تقدم نُهيب بالجهات المعنية إعادة النظر في هذه المسألة وإدخال العقود الاستشارية وعقود التجهيز المتصلة بها والتي تكون دوائر الدولة طرفا فيها في اختصاص المحكمة .

الفـــــرع الثـــالث
صلاحيـــــات المحكمـــــة

بعد أنْ بينا اختصاص محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات لا بد ان نبين صلاحيات المحكمة وهي ذات الصلاحية المنعقدة لمحاكم البداءة ولكن في جانب العقود الإدارية معززين ذلك ببعض الأحكام الصادرة منها لأجل أن نتعرف على بعض التطبيقات القضائية بصدد موضوع

---

[١] **البند (خامسا") من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .**

[٢] **الفقرة (أ) من البند (أولا) من المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .**

منازعات العقود الإدارية وتم الاختيار الأنسب من التطبيقات الخاصة بقرارات محاكم البداءة ومحكمة التمييـز الاتحادية التي تعكس صلاحيـة المحكمة ومنها على سبيل المثال :

أولا" – إذا وجـدت المحكمة ان الخصومة غير متوجهة تحكم ولو مـن تلقاء نفسها بـرد الدعوى دون الدخـول في أساسها (المادة ٨٠/١) مـن قانـون المرافعـات :.

على المحكمة ان تـدقق ولو من تلقاء نفسها فيما إذا كان المدعي أو المدعي عليه صالحا" للخصومة ، لأن الخصـــومة شرط من شروط الدعوى وأركانها فلا تقوم الدعـــوى بغير ركن الخصومة ولأن البـدء بالمحاكمة بين اثنين ليس بينهما منازعـــة هو اشتغال بما لا فـائدة معه [١] .

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما صدر عن محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات حيث قضت ((.....ومن تدقيق المحكمة للعقد وأشخاصه تبين انه مبرم بين المدعي (المدير المفوض لشركة الميناء للمقاولات العامة المحدودة) ومدير عام صحة ميسان وبذلك تكون وزارة الصحة (المدعى عليه) ليست خصم للمدعي كون مدير عام صحة ميسان يتمتع بالشخصية المعنوية وفقا لتشريعات في وزارة الصحة العراقية ، عليه تكون الدعوى واجبة الرد تجاه المدعي عليه لعدم توجه خصومته تجاه المدعي وحيث ان الخصومة من النظام العام وتقضي بها المحكمة ولو مـــن تلقاء نفسها استنادا للمادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية لـذلك قررت المحكمة الحكم بـرد دعوى المدعي اضافة لوظيفته .....)) [٢] .

كما قضت في قرار آخر لها ((..... تجد هذه المحكمة من إن المدعي (ك) قد اخطأ في توجيه خصومته لأمانة بغداد يمثلها مدير عام دائرة ماء بغداد ، إذ ان الشخص المعنوي يمثله في التقاضي رئيسه وهو في هذه الدعوى أمين بغداد إضافة لوظيفته ولا يغير من وصف ذلك إن ممثل مدير عام دائرة الماء أمانة بغداد في العقد موضوع الدعوى . لذلك تجد هذه المحكمة من ان الخصومة غير متوجهة اتجاه المدعي عليه ... لذا قررت الحكم برد الدعوى شكلا" .....)) [٣] .

ثانيا"- قد تجد المحكمة ان إجراءات الاحالة على الشركة المعترض عليها لم تكن قد استوفت المعايير الفنية والقانونية ، فتصدر قرارا بإلغاء المناقصة المعترض على إحالتها

---

[١] **د. عبد الرحمن العلام ، شرح قانـون المـرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنـة ١٩٦٩ ، الجزء الثـاني ، ١٩٧٢ ، ص ٣٤٧ .**

[٢] **حكم محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠١/ ب/ مقاولات /٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٦ غير منشور .**

[٣] **حكم محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ٨١/ب/مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٩/١٠ غير منشور .**

ومن تطبيقات ذلك ما صدر عن محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في قرار لها حيث قضت ((..... ومن خلال تدقيق اضبارة الدعوى والمستندات المبرزة فيها وأقوال وكيلا الطرفين فقد تبين ان لجنة تحليل العطاءات قد أوصت بإحالة المناقصة المرقمة (١٦ / ٢٠١٢) بعهدة شركة فتح للإنشاءات التركية رغم ان هناك فرقا" كبيرا" في مبلغ العطاء الذي تقدمت به الشركتين بفارق مبلغ يزيد على ثلاثة مليارات دينار وهذا فيه هدر للمال العام كما وجدت المحكمة ان أسس المفاضلة التي اعتمدتها لجنة تحليل العطاءات لم تكن مبنية على أسس قانونية سليمة أضف إلى ذلك فان الجهة المتعاقدة قررت سحب العمل من الشركة المحال عليها المناقصة شركة فتح للإنشاءات التركية وذلك بسبب تلكؤها رغم إنذارها نهائيا" مما يدل على ان الشركة غير متمكنة وغير قادرة على انجاز الأعمال المتعاقد عليها وبالتالي فان المعايير المعتمدة ليست دقيقة ووفق أسس فنية غير مدروسة ولم تكن وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بدليل أخفاق الشركة في انجاز العمل ، عليه وحيث ان المحكمة قد قبلت الدعوى من الناحية الشكلية عليه ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بإلغاء المناقصة رقم (١٦ / ٢٠١٢) الخاصة بتجهيز وتنفيذ وتشغيل مشروع ماء المسيب -الاسكندرية – جرف الصخر في محافظة بابل الصادرة من المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما وإلزامهما بإحالة المناقصة المذكورة على شركة بيوربك انكوربوريش (ان سي كروب) الكندية .....)) [١] .

كما وقضت ((....لدى تدقيق اضبارة الدعوى ومستنداتها فقد تبين ان المدعي محق في دعواه وإن إدراج شركة ... في القائمة السوداء يعتبر مانعا" قانونيا" موجبا" لأبعادها للدخول في المناقصات لذا قررت المحكمة الحكم بإلغاء مناقصة تجهيز قابلو قدرها ١٣٢ ك.ف مع الملحقات المرقمة ٣٥/نت/ ٢٠١٣ الصادرة عن دائرة المدعي عليه إضافة لوظيفتهما وإلزامه بإحالتها الى شركتي مجموعة السفر للمقاولات العامة المحدودة والجوف للمقاولات والتجارة العامة وعلى النحو الثابت باضبارة المناقصة .....)) [٢] .

ثالثا" - إذا قدم طلب الى المحكمة المختصة بنظر النزاع بتعيين محكمين فلا يتناول هذا الطلب بذاته التصديق على قرارهم أو الحكم بما تضمنه هذا القرار إلا إذا صرح بذلك في العريضة وعندئذ تعين المحكمة المحكمين وتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم (المادة ٢٦٤) من قانون المرافعات

ومن تطبيقات ذلك قرار محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات الذي ذهبت فيه ((..... وبعد الاطلاع على اضبارة الدعوى المبطلة المرقمة ٥٠/ب مقاولات / ٢٠١٣ المقامة بين ذات الطرفين ولنفس السبب وإطلاع المحكمة على عقد مقاولة خاص بمشروع إنشاء مركز تخصصي لأسنان الزعفرانية المبرم بين الطرف الأول محافظ بغداد إضافة لوظيفته وبين الطرف الثاني شركة ثابت محمد

---

[١] قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٢٦/ ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٣١ / ٣ / ٢٠١٤ غير منشور .

[٢] قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٢/ ب مقاولات /٢٠١٤ الصادر بتاريخ ١٦ /٢/٢٠١٤ غير منشور .

غلام وشركاؤه للمقاولات العامة المحدودة ....طلبت وكيلة المدعي عليه إضافة لوظيفته رد الدعوى ثم طلبت اللجوء الى التحكيم استنادا للفقرة التاسعة من البند الحادي عشر من عقد المقاولة ولموافقة وكيل المدعي على طلب اجراء التحكيم قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى التحكيم وقررت المحكمة تسمية رئيس هيئة التحكيم والمحكمين بعد ان ترك الطرفان أمر تسمية المحكمين للمحكمة وجعل هذه الدعوى مستأخرة لحين تقديم قرار التحكيم استنادا لأحكام المادة ٢٥٢ و ٢٥٣ مرافعات مدنية ، قدم رئيس هيئة التحكيم والحكمين قرار التحكيم والذي جاء فيه (قررت هيئة التحكيم فسخ العقد الخاص بمشروع إنشاء مركز تخصصي في الزعفرانية المبرم بين الطرفين) فقررت المحكمة فتح باب المرافعة مجددا ، وحيث انه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى وهذا ما خلص اليه تقرير المحكمين عليه قررت المحكمة تصديق قرار التحكيم المؤرخ في ٢٠١٣/١١/٢٠ ....)) [١] .

وقد تصدر المحكمة قرارا برد طلب تعيين المحكمين إذا كان الطلب لا سند له من القانون ومن تطبيقات ذلك دعوى طرفاها المدير المفوض لشركة النواعيد للمقاولات العـامة المحدودة إضافة لوظيفته (طالب تعيين المحكمين) والمدير العام للشركة العامة للاتصالات والبريد إضافة لوظيفته (المطلوب تعيين المحكمين ضده) حيث قضت المحكمة ((.... من تدقيق ما تقدم وجدت المحكمة ان الطلب لا سند له من حكم القانون لأن المادة (٩) من موضوع الدعوى قد بينت من انه وعند حصول الخلاف أثناء التنفيذ بين طرفيه فيرجا إلى أسلوب التوفيق بين طرفيه من خلال لجان مشتركة لحله وفي حالة عدم التوصل إلى هذا الحل فيحال النزاع إلى المحاكم المختصة ، وحيث إن المادة ١٥/ب من ذات العقد قد بينت المستندات التي تعتبر جزءا من العقد وأضافت بأنه تم تطبيق هذه الملاحق ويرجا إليها في حالة عدم وجود نص صريح في العقد لذلك فلا يمكن اللجوء إلى التحكيم رغم كونه احد ملاحق العقد هي الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية إزاء صريح نص المادة (٩) من العقد عليه وبالطلب قررت المحكمة رد طلب تعيين المحكمين ..)) [٢] .

رابعا" - قد تجد المحكمة إن ألاحالة للمناقصة موضوع الدعوى مستوفية للشروط القانونية فتصدر قرارا برد دعوى الشركة المعترضة .

ومن تطبيقات ذلك ما صدر عن محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في حكم لها ((..... تبين للمحكمة ان الشركة المدعية هي من الشركات التي ادرجت في القائمة السوداء مما أدى إلى

---

[١] قـرار محكمة البـداءة المختصة بنظر دعاوى عقـود المقـاولات فـي الكرخ رقـم ٨١/ ب مقـاولات / ٢٠١٣ فـي ٢٩ /١٢ / ٢٠١٣ غير منشور .

[٢] قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٨ / ب / مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٢ / ١٢ / ٢٠١٣ غير منشور .

استبعادها خشية تلكؤها في انجاز المشروع وان تم رفعها من القائمة السوداء إضافة إلى عدم وجود أعمال مماثلة متخصصة في عمل المجسرات إضافة إلى تقديمها وكالة مزورة وان المعلومات المتوفرة أثناء تقديم العطاء وقد أحيل مديرها إلى القضاء وتم غلق التحقيق بحقه وحيث ان لجنة تحليل العطاء غير ملزمة بقبول أوطأ العطاءات إذ لا يمكن اخذ ذلك على مستوى وجودة العمل عليه قررت المحكمة رد دعوى المدعي .... »[1] .

كما قضي « ..... من تدقيق المحكمة لاضبارة الدعوى تجد ان الإحالة للمناقصة موضوع الدعوى الى شركة ابن الوليد العامة قد جاءت مستوفية لما تتطلبه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ إضافة إلى ان شركة ابن الوليد العامة هي شركة حكومية عامة وجاء عطائها اقل من العطاء المقدم من شركة المدعي كما وإنها لم تستبعد من قبل لجنة الدراسة والتحليل كون هناك تقييم نهائي للجنة الوزارية العليا لمراجعة ومصادقة العقود .... كما وان ما تخرج به لجنة دراسة وتحليل العطاءات من توصيات فهي غير ملزمة للجنة العليا لمراجعة ومصادقة العقود لذا تكون دعوى المدعي واجبة الرد وبالطلب قررت هذه المحكمة الحكم برد الدعوى .....»[2] .

خامساً - قد تجد المحكمة ان الدعوى فاقدة لسندها القانوني تصدر حكما برد الدعوى

وفي هذا الصدد قضت محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في دعوى أطرافها وزير الإسكان والتعمير إضافة لوظيفته (المدعي) والمدير المفوض لشركة منار الجزيرة للمقاولات العامة المحدودة (المدعي عليه) حيث قضت « ..... ومن خلال دراسة اضبارة الدعوى تبين للمحكمة ان المدعي قد قرر سحب العمل من المدعي عليه ثم أحال المناقصة إلى مقاول آخر بفارق بين مبلغ الاحالة على المدعي عليه والإحالة الثانية على شركة الأنوار العربية للمقاولات حيث ان في العقود الملزمة للجانبين انه في حالة إخلال أي من العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى (م ١٧٧) مدني وليس للمدعي ان يطلب الفرق بين

---

[1] قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود مقاولات في الكرخ رقم ٤/ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٤/١٤/ ٢٠١٤ غير منشور .

[2] حكم محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٩/ب/ مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١/٣٠ غير منشور . وقد صدق تمييزا من محكمة التمييز الاتحادية بقرارها رقم ٣٩٠/ الهيأة المدنية / منقول / ٢٠١٤ بتاريخ ٣/١٠/ ٢٠١٤ . غير منشور .

الإحالة الأولى وبدل الإحالة الثانية مع بقاء العقد نافذا دون فسخ طبقا" للمادة المذكورة أعلاه مما تكون دعوى المدعي لا سند لها من القانون وحرية بالرد وقرر ردها .....)) [1] .

سادسا" - فسـخ عقـد المقاولة

ومن تطبيقات ذلك قرار محكمة البداءة المختصة بنظر عقود المقاولات حيث كان طرفا الدعوى المدير المفوض لشركة واصلان للمقاولات العامة إضافة لوظيفته والمدير المفوض لشركة العامة لسكك حديد العراق إضافة لوظيفته الذي قضت فيه ((... ومن خلال المستندات المبرزة في الدعوى تبين ان المدعي عليه لم يقم بتسليم موقع العمل بالكامل بعد توقيع العقد ولاستحالة تنفيذ الشركة المدعية للمشروع على ارض الواقع وبعد ذلك قام المدعي عليه إضافة لوظيفته بسحب العمل من الشركة المدعيه وهـذا مخالف لشروط عقد المقاولة لأعمال الهندسة المدنية وحيث ان فـي العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للطرف الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مـع التعويض ان كان له مقتضى ومـن خلال ما تقدم قـررت المحكمة الحكم بفسخ عقد المقاولـة رقم ١٣١/ ٢٠٠٧ ...)) [2] .

مما تقدم اتضح لنا ان للمحكمة صلاحيات عدة فيما يتعلق بالعقود الإدارية ليست في مرحلة ما قبل التعاقد فحسب بل في كافة مراحل العقد الإداري . ونرى ان كثرة محاكم البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في كل منطقة استئنافية قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص وتشتت القرارات الصادرة منها خاصة اذا علمنا بعدم وجود الكادر المتخصص في هذا النوع من المنازعات ، وكان المشرع في غنى عنها لو عقد اختصاص النظر بمنازعات العقود الإدارية لمحكمة القضاء الإداري . كما نرتأي أن يكون تشكيل هذه المحاكم من قاضي وعضوين لخطورة القرارات الصادرة منها ولأهميتها ولتعلقها بالمصلحة العامة وخاصة إذا علمنا إن اغلب العقود الإدارية تكون مبالغها طائلة .

---

[1] حكم محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ١٢/ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٣/١٦/ ٢٠١٤ غير منشور.

[2] حكم محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات فـي الكرخ رقم ٨٨ /ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٨ / ١١/ ٢٠١٣ غير منشور .

فصل تمهيدي
التعريف بمنازعات العقود الإدارية

الفصل الأول

الوسائل غير القضائية في حسم منازعات العقود الإدارية

الفصل الثاني

الوسائل القضائية في حسم منازعات العقود الإدارية

الخاتمة

المقدمة

فهرست

المصادر والمراجع

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمـــــة	١-٤
فصل تمهيدي ..... التعريف بمنازعات العقود الإدارية	٥-٣٥
المبحث الأول : مفهوم العقد الإداري .	٦-١٨
المطلب الأول : تعريف العقد الإداري وبيان شروطه .	٦
الفـرع الأول : تعريف العقد الإداري .	٧
الـفرع الثاني : شروط العقد الإداري .	٩
المطلب الثاني : التأصيل التأريخي لمنازعات العقود الإدارية .	١٤
المبحث الثاني : مفهوم المنازعة الإدارية .	١٩-٣٥
المطلب الأول : تعريف المنازعة الإدارية و أنواعها .	١٩
الفـرع الأول : تعريف المنازعة الإدارية .	٢٠
الفـرع الثاني : انواع المنازعات الإدارية .	٢٢
المطلب الثاني : معايير تمييز المنازعة الإدارية.	٢٦
الفـرع الأول : المعيار الشكلي (العضوي) .	٢٦
الفـرع الثاني : المعايير الموضوعية .	٢٧
الفـرع الثالث : موقف التشريع والقضاء من معايير تمييز المنازعة الإدارية .	٣٣
الفصل الأول ..... الوسائل غير القضائية في حسم منازعات العقود الإداريـــة	٣٦-٩٦
المبحث الأول : الصلح	٣٧-٥٢
المطلب الأول : تعريف الصلح وبيان عناصره .	٣٧
الفـرع الأول : تعريف الصلح .	٣٧
الفـرع الثاني : عناصر الصلح .	٤٠
المطلب الثاني : اجراءات الصلح وآثاره .	٤٣
الفـرع الأول : اجراءات الصلح .	٤٣
الفـرع الثاني : آثار الصلح .	٤٤
المطلب الثالث : الصلح في منازعات العقود الإدارية .	٤٧
الفـرع الأول : موقف الفقه .	٤٧
الفـرع الثاني : موقف التشريع .	٤٩
الفـرع الثالث : موقف القضاء .	٥١
المبحث الثاني : التوفيـق .	٥٣-٦١
المطلب الأول : تعريف التوفيق وأهميته وتمييزه عن الانظمة المقاربة له .	٥٣
الفـرع الأول : تعريف التوفيق وأهميته .	٥٣
الفـرع الثاني : تمييز التوفيق عن الانظمة المقاربة له .	٥٥
المطلب الثاني : التوفيق في الدول المقارنة .	٥٦
الفـرع الأول : التوفيق في فرنسا .	٥٧

الفـرع الثاني : التوفيق في مصر .	٥٨
الفـرع الثالث : التوفيق في العراق .	٦٠
المبحث الثالث : التحكيم .	٦٢-٩٦
المطلب الأول : تعريف التحكيم وطبيعته القانونية .	٦٢
الفـرع الأول : تعريف التحكيم .	٦٣
الفـرع الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم .	٦٦
المطلب الثاني : انواع التحكيم وإجراءاته	٧٠
الفـرع الأول : انواع التحكيم .	٧٠
الفـرع الثاني : إجراءات التحكيم .	٧٥
المطلب الثالث : التحكيم في منازعات العقود الإدارية .	٨٣
الفـرع الأول : موقف الفقه .	٨٤
الفـرع الثاني : موقف التشريع .	٨٧
الفـرع الثالث : موقف القضاء .	٩٣
الفصل الثاني..... الوسائل القضائية في حسم منازعات العقود الإدارية	٩٧-١٥٤
المبحث الأول : حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء الإداري .	٩٨-١٣٠
المطلب الأول : ولاية القضاء الكامل بنظر منازعات العقود الإدارية .	٩٩
الفـرع الأول : منازعات العقد الإداري الخاضعة لولاية القضاء الكامل .	١٠٠
الفـرع الثاني : أثر اخضاع منازعات العقد الإداري لولاية القضاء الكامل .	١١٣
المطلب الثاني : ولاية قضاء الإلغاء بنظر منازعات العقود الإدارية .	١١٥
الفـرع الأول : القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري .	١١٦
الفـرع الثاني : طعون المستفيدين من عقود الامتياز .	١٢٤
الفـرع الثالث : أثر حكم الإلغاء على العقد الإداري	١٢٦
المبحث الثاني : حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء العادي .	١٣١-١٥٤
المطلب الأول : دور المحكمة الإدارية الملغية في وزارة التخطيط في حسم منازعات العقود الإدارية .	١٣٢
الفـرع الأول : مبررات تأسيس المحكمة الإدارية .	١٣٣
الفـرع الثاني : اسباب الغاء المحكمة الإدارية .	١٣٦
المطلب الثاني : التنظيم القانوني لمحاكم البداءة المختصة بدعاوى عقود المقاولات	١٣٨
الفـرع الأول : تأسيس المحكمة .	١٣٨
الفـرع الثاني : اختصاصات المحكمة .	١٣٩
الفـرع الثالث : صلاحيات المحكمة .	١٥٠
الخاتمـــــة .	١٥٥
المصادر والمراجع .	١٥٩

تلجأ الادارة فـي تنفيذ مهامها الى وسائل قانونية عدة ، ولعل من انجعها هو القرار الإداري ، والذي يعتبر عملا" اداريا" انفراديا" ، يصدر عن السلطة الادارية ، دون حاجة او انتظار الى رضا الافراد او الاشخاص الاخرى المخاطبة به ، او قبولهم لنفاذ تلك القرارات الادارية وسريانها ، وهذا بدوره يساعد السلطة الإدارية على القيام بأداء خدمات الوظيفة الادارية فـي اسرع وقت ممكن . إلا ان الادارة كثيرا ما تجد نفسها لسبب او لآخر ، مضطرة الى اتباع طريق الاتفاق الودي والرضائي مـع الافراد او الاشخاص القانونية لتقوم بأداء واجبات الوظيفة الاداريـة بما يحقق الصالح العام ، فتقدم على ابرام عقـود بينها وبين اشخاص قانونية اخـرى – افردا او شركات – متى ما قدرت ان اسلوب التعاقد ، هـو الافضل فـي تحقيق الاهداف العامـة الوظيفيـة الادارية ، فلكي تستطيع الإدارة تلبية حاجاتها وانجـاز مشروعاتها وخطط التنمية ، فهي تحتاج الى العقود الإدارية التي يجب ان تخضع فـي جميع الاحـوال لقـواعد القانون الإداري .

والعقود التي تبرمها الإدارة ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد ، حيث تستطيع الاختيار بين الأخذ بأسلوب القانون العام او الأخذ بأسلوب القانون الخاص .

فالعقـود التي تبرمها بأسلوب القانون الخاص هـي تلك العقود التي تتخلى فيها الادارة عن امتيازات السلطة العامة وتتعامل مع الافراد او الشركات ، كما يتعاملون فيما بينهم ، حيث تعتبر العقود في هذه الحالة عقودا مدنية تخضع للقانون الخاص ويختص بها القضاء العادي . وعادة ما يتم التعاقد وفقا لهذه الطريقة بالنسبة للمشروعات التجارية والصناعية الصرفة ، أو عندما يتعلق العقد باستغلال الاموال الخاصة للدولة . أما عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون العام فهي العقود التي تبرمها بوصفها سلطة عامة وتهدف بها الى تنظيم مرفق عام وتسييره ، وتخضع تلك العقود لقواعد خاصة في القانـون الإداري ومـن ثم يختص القضاء الإداري بها ، والتي تسمى بالعقـود الإدارية . وهذه العقود وإن اتفقت مـع غيرها في انها تنشئ بين الاطراف حقوقا والتزامات متبادلة إلا انها تختلف مـن حيث انها لا تسلم بقاعدة المساواة بين المتعاقـدين فتتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها ترجيحا للمصلحة العامة على مصلحة المتعاقـد الخاصة ، فتملك الإدارة علـى سبيل المثال حق استبعـاد بعض الاشخاص مـن المناقصة العـامة لأسباب خاصة تقـدرها هي ، كما تملك استبعـاد بعض العطـاءات قبل البت في المناقصة بقـرار مسبب تصـدره لجنة البت فـي العطاءات وغير ذلك مـن امتيازات أخرى .

وقد ينشأ عن العقود التي تبرمها الادارة منازعات مما يتطلب حسمها خاصة وإن الفصل في هذه المنازعات منعقد للقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر خلاف ما هو عليه الحال في العراق حيث تختص المحاكم المدنية بنظرها رغم وجود القضاء الإداري العراقي .

ولا ريب إن اللجوء إلى القضاء لا يعد الطريق الوحيد في حسم المنازعات بشكل عام والمنازعات الإدارية بشكل خاص ، إذ توجد هناك أساليب أخرى لحسمها وذات أهمية كبيرة وبدأت تأخذ انتشارها في بعض الدول في حل المنازعات الإدارية وهذه الأساليب تتمثل بالصلح والتوفيق والتحكيم .

ولقد آثرنا التركيز على الوسائل غير القضائية والقضائية لحسم منازعات العقود الإدارية باعتبارها تدخل ضمن الاحكام القانونية لحسم المنازعات إضافة الى الجانب التطبيقي لها . داعين الله جلت مشيئته ان ينفع بهذا العمل كل المشتغلين والمهتمين بالعقود الإدارية .

مشكلة الدراســـة :

تكمن المشكلة في ان مسألة العقود الادارية في العراق يكتنفها الغموض وعدم الوضوح ذلك ان منازعات العقود الادارية ومنذ امد بعيد تدخل في اختصاص القضاء العادي استنادا" لنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل حيث نص (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص) وحينما صدر القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ الذي نص في الفقرة (أ) من البند (ثانيا) في المادة (٧) على تشكيل محكمة القضاء الاداري ليدخل العراق ضمن قائمة الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ، لم يمنح تلك المحكمة اختصاص النظر في منازعات العقود الادارية وإنما حصره بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية الصادرة من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام والتي لم يعين مرجعا" للطعن فيها وهذا نقص كبير جدير بالسد . وحينما صدر قانون العقود العامة استنادا" لأمـــر سلطة الائتلاف المؤقتـــة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ اشار في القسم (١٢) الى انشاء المحكمة الادارية المختصة بالعقود الحكومية العامة وأناط تشكيلها ببيان يصدره وزير التخطيط وحيث ان لكل قانون لابد من تعليمات تصدر بشأن تنفيذه فكانت التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ التي الغيت وحل محلها التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وقد حصرت التعليمات المذكورة وظيفة المحكمة واختصاصها النوعي بموجب المادة (١٠) من التعليمات بالنظر في بعض اعتراضات مقدمي العطاءات في المناقصات الحكومية العامة ، فلم تكن هناك قناعة بوجود هذه المحكمة باعتبارها الحل الصحيح لحسم منازعات العقود الادارية لا من حيث تشكيلها المعيب (شكلت برئاسة قاضي وهذا مما لا شائبة عليه وعضوية موظف لا تقل درجته عن مدير عام

وممثل عن اتحاد المقاولين العراقيين وممثل عن اتحاد الغرف التجارية) ولا من حيث الجهة التي حددها المشرع للطعن في احكامها (محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لمنطقة بغداد / الرصافة) ، وحينما صدر القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ قضى في البند الأول على الغاء المحكمة الادارية المؤسسة بموجب الامر المذكور وحسنا فعل المشرع ، إلا انه أخفق حين نص في البند الثاني على تولي القضاء العادي النظر في المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الادارية دون أن يمنحها للقضاء الإداري .

اهمية الدراسة :

تتمثل أهمية الدراسة في بيان مدى حاجة الواقع القانوني في العراق للتعديل بهذا الشأن وما يتحصل من فوائد اذا ما تم الحاق منازعات العقود الادارية في العراق بالقضاء الاداري بدلا" من القضاء العادي .

الهدف من الدراسة :

الغاية التي نرمي الوصول اليها من اعداد هذه الرسالة تتجسد في الوصول الى نتيجة صحيحة بأن تكون الولاية في نظر منازعات العقود الادارية من اختصاص محكمة القضاء الاداري اسوة ببقية الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كفرنسا ومصر، فما دام هناك قضاء اداري متخصص في العراق بمنازعات العقود الادارية ، فليس هناك من مسوغ لبقاء هذه المنازعات خارج ولاية القضاء الاداري .

منهج الدراسة :

تتطلب جميع الدراسات القانونية من الباحث اتباع منهج معين يتم على اساسه الاحاطة بجميع الجوانب القانونية التي تتطرق لها المسألة موضوع البحث .

ومن المناهج التي تم اعتمادها في الدراسة :

١- المنهج التحليلي : إذْ يتم من خلاله تحليل النصوص التشريعية التي تتناول موضوع منازعات العقود الادارية في العراق والدول الاخرى ، هذا بالإضافة الى تحليل بعض الاحكام القضائية ذات العلاقة والتعليق عليها .
٢- المنهج المقارن أي أنْ يتم مقارنة النصوص التشريعية العراقية بما نص عليه التشريع المقارن ، للتوصل الى مدى صلاحية هذه النصوص في معالجة منازعات العقود الادارية في العراق .

خطة الدراسة :

لقد سلكنا في دراستنا هذه وهي الأحكام القانونية لحسم منازعات العقود الإدارية - دراسة مقارنة - مسلكاً يتفق مع الغاية المرجوة منها ، لذا اقتضت خطة البحث تقسيمه على فصلين رئيسية مسبوقة بفصل تمهيدي يتناول التعريف بمنازعات العقود الادارية وقسمناه على مبحثين تضمن الاول مفهوم العقد الإداري ، في حين خصص الثاني لمفهوم المنازعة الإدارية .

أما الفصل الأول فقد كرس للوسائل غير القضائية في حسم منازعات العقود الإدارية ، وقسمناه على ثلاثة مباحث نتناول في الأول الصلح ، ويقف الثاني على التوفيق ، أما الثالث التحكيم ، في حين اتى عنوان الفصل الثاني الوسائل القضائية في حسم منازعات العقود الإدارية ، وقسمناه على مبحثين الاول تضمن البحث في حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء الإداري ، أما الثاني فخصصناه للبحث في حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق القضاء العادي . ثم أعقبنا كل ذلك بخاتمة تشمل ما اسفر عنه البحث من نتائج وتوصيات .

Summary

Resort management in the implementation of its functions to several legal means, perhaps one of the most effective is the administrative decision, which is pursuant to administrative unilaterally, issued by the administrative authority, without the need for or waiting to satisfaction individuals or other persons constituted by, or accepting entry into force those administrative decisions are promoted ,and this, in turn, help the authority to perform administrative services administrative function as soon as possible.

But the administration often find themselves for one reason or another, are obliged to follow through friendly and consensual agreement with individuals or legal persons to perform the duties of administrative function, including in the public interest, proceed to the conclusion of contracts between them and other legal persons or companies - campaigners - when the estimated that the method of contracting, is the best in achieving the goals of administrative career management, in order to be able to meet their needs and development projects and plans, they need to administrative contracts that should be subject to all the conditions of the rules of administrative law.

And contracts by the Department is not in the nature of the one and not be subject to a legal one, where you can choose between the introduction of public law or the introduction of private law.

Contracts concluded by a special law are those contracts where the administration of the public power and deal with individuals or companies, as well as dealing with them, where are the contracts in this case civil contracts subject to private law which specializes in the ordinary courts. It is usually contracted in accordance with this way for purely commercial and industrial projects, or when the contract of using money for the State.

The management contracts which are subject to the provisions of the law are contracts entered into by the authority of the public as to the aims of the GEF

in running, and are subject to the rules of private contracts in administrative law and the elimination of administrative, which called administrative contracts.
These contracts, and agreed with others in that it creates between the mutual rights and obligations of the parties, but it is different from where it does not recognize the equality between contractors long base management rights and privileges not enjoyed by the contractor with likely public interest on the interest of the private contractor.

The result of the contracts concluded by the Administration, which requires disputes to be resolved, especially the chapter in this ongoing conflict
administrative justice in all of France, Egypt, contrary to what was the case in Iraq, where the courts civil consideration despite the existence of administrative justice.

There is no doubt that the recourse to the Court is not the only way to resolve disputes in general administrative disputes in particular, as there are other methods to resolve them and are of great importance and began taking its
deployment in some States in resolving administrative disputes these methods of reconciliation, conciliation and arbitration.

This and that the issue of administrative contracts in Iraq is vague and clarity that the disputes administrative contracts for a long time within the jurisdiction of civil courts on the basis" of the text of the article (29) of the Code of Civil Procedure No.(83) Of 1969, as amended, despite the existence of administrative court, which was established by law No. (106) of 1989 despite the modifications that have occurred in the laws, most recently the promulgation of Law No. (17) for the year 2013 the fifth amendment of the law state consultative council No. (65) of 1979.

From here shows the extent of the need for a legal reality in Iraq amendment in this regard and obtained through the benefits of if what was causing disputes administrative contracts in Iraq elimination of administrative rather than" from the ordinary.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
&Scientific Research
AL – Nahrain University
College of law

Legal provisions
to resolve disputes administrative contracts in Iraq
Comparative Study

A Thesis Submitted by the student

SHATHA GHAIB IZZAL-DIN

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

Assistant professor

Dr.Haider Talib Al Amarah

2014 A. D 1436A.H

–½ÕŠğ√ÂŽÐÃ¸

ęďŽğ√–€xŝğ¸xƒŽğ¸ ėŽğě‰ÊÊą

–Ďôô√ÂėÌ¼ / čÊÃĀğ√ÂŽĆƒ÷

ÀŏĎƒğŞƒ¼ / Ľ'√
–√ÂŽğr ÀŸ‰ǂŁ √ǂĎŽğ√ÃƒsÊƒĢş Î ô
ÀŸ‰ƒĆĂ ¼‰ǂ

Àğƒ ğ√ƒçÕĊ²ĈĀƒ ‰

čĎĚğ√ÁšΔ ¡Ðď',Ó

čÊÃĀğ√ÂŽĆƒ÷ ĎĎ–Ďôô√ÂėÌ¼ È Ìù wΩ

ŞŽğ√ĈĽƒğr áďĕ÷ƒõÀ÷‰ǂČĕĕÃƒÌ¸ ćĕĆĆÁ÷ ęăą

Ý√ÂÓæ

‰ƒĈ'√Δ ğƒ ‰ĕ . أ.م. د.

Ş2014 ðā 1436

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾

صدق الله العظيم

النساء : ٥٩

تعتبر العقود الإدارية واحدة من ابرز وسائل الإدارة التي تستخدمها في تسيير وتنظيم مرافقها العامة . إذ تلجأ الإدارة في سبيل القيام بوظائفها إلى إبرام العقود الإدارية التي تخضع أحكامها كافة إلى قواعد القانون العام كونها تتعلق بتسيير وتنظيم مرفق عام من مرافق الدولة ، الأمر الذي يتطلب أن تخضع لنظام قانوني مستقل تماما" عن عقود القانون الخاص تظهر فيها مظاهر السلطة العامة وامتيازاتها المستمدة من القانون العام .

ونظرا" لارتباط العقود الإدارية بالمرافق العامة فإن الإدارة تتمتع بعدد من الامتيازات والسلطات تستطيع أن تمارسها في مواجهة المتعاقد معها وان لم ينص عليها في العقد ، وأهم هذه الامتيازات حق الرقابة والتوجيه وسلطة تعديل العقد وتوقيع الجزاء على المتعاقد في حالة إخلاله بشروط العقد ، وحقها في إنهاء العقد .

وبطبيعة الحال قد ينجم عن العقد الإداري منازعات تنشأ بين طرفيه سواء تعلقت المنازعة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو إلغائه أو فسخه ، من شأنها أن تنعكس على المرافق العامة ومن ثم على الأداء الحكومي مما يستلزم ضرورة إنهائها .

وأيا" كانت الجهة التي تتولى الفصل في النزاع ، فأن موضوع الدراسة يتطلب منا التعريف بمنازعات العقود الإدارية ، عليه سنقسم الفصل على المبحثين التاليين :

المبحث الأول : مفهوم العقد الإداري .

المبحث الثاني : مفهوم المنازعة الإدارية .

المبحث الأول

مفهـــوم العقـــــد الإداري

تلجأ الإدارة في تنفيذ مهامها إلى وسائل قانونية عدة لتقوم بأداء واجبات الوظيفة الإدارية بما يحقق الصالح العام ، فتقدم على إبرام عقود بينها وبين أشخاص قانونية أخرى – أفرادا" أو شركات – متى قدرت إن أسلوب التعاقد هو الأفضل في تحقيق الأهداف العامة للوظيفة الإدارية فلكي تستطيع الإدارة تلبية حاجاتها وانجاز مشروعاتها وخطط التنمية ، فهي تحتاج إلى العقود الإدارية التي يجب أن تخضع في جميع الأحوال لقواعد القانون الإداري .

وللوقوف على مفهوم العقد الإداري وتبيان طبيعته القانونية لابد من تعريفه وبيان شروطه ومعرفة الكيفية التي نشأ بها العقد الإداري واتخذ مكانا" في البناء القانوني يتميز به عن العقد المدني ، وهذا ما سنتناوله في مطلبين ، الأول : تعريف العقد الإداري وبيان شروطه ، والثاني التأصيل التاريخي لمنازعات العقود الإدارية .

المطلب الأول
تعـــريف العقـــد الإداري وبيـــان شروطـــه

إن العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم حيث إن كلا" منهما يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة ، ومن جانب آخر ليس كل عقد تبرمه الإدارة يكون عقدا" إداريا" ومن ثم يخضع للقضاء الإداري فهناك عقود تخضع للقانون العادي على الرغم من كون الإدارة طرفا" فيها وهي عقود الإدارة الخاصة ، كما أنَ هناك شروط اعتمدت في تمييز العقد الإداري عن غيره .

وبناء على ما تقدم سنتناول تعريف العقد الإداري في الفرع الأول ثم سنتكلم عن شروط العقد الإداري في الفرع الثاني .

الفـــــرع الأول
تعـــــريف العقـــــد الإداري

تناول الفقه والقضاء العقد الإداري بالتعريف والتي اتسمت بهدف ومعنى واحد ، فقد عرفه الفقهاء بأنه (عقد مبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام أو بين شخص من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص ، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه) [١] .

نجد إن هذا التعريف يفتقد إلى الشروط الاستثنائية التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني .

وهناك من عرفه بأنه (اتفاق بين طرفين احدهما جهة الإدارة ممثلة في شخص معنوي عام بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام ، ويتم إبرامه أو تنفيذه بأسلوب القانون العام من خلال تضمينه لشروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص) [٢] .

وقد اجمع تعريف مجلس الدولة الفرنسي كافة الأوصاف القانونية للعقد الإداري ، حيث عرفه بأنه (ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تيسير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وأن يتضمن شروطا" استثنائية ، وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تيسير المرفق العام) [٣] .

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد عرفت العقد الإداري بقولها ((يعد العقد إداريا" إذا كان احد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا نشاطه بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ، وتتبع وسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها)) [٤] .

نعقب على التعاريف الثلاثة الأخيرة في أنها تكاد تكون متقاربة من حيث المضمون في ضرورة توافر ثلاثة شروط ليكون العقد إداريا وهي أن تكون الإدارة طرفا في العقد وأن يتصل العقد بمرفق عام وأن تستخدم الإدارة وسائل القانون العام ، وسنتناول بحث هذه الشروط في الفرع الثاني من هذا المطلب لأهميتها .

---

[١] د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٤ ، ص ٣.

[٢] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٢.

[٣] أورده د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٥٧ ، ص ٥٢.

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم (٢٠٥٤) لسنة ٤٨ قضائية عليا ، جلسة ٢٤/ آذار/ ٢٠٠٧ ، مجموعة المبادئ ، الجزء الأول ، ص ٥٠٥ ، أشار إليه د. عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ٤٦٥ .

ومن جانبنا نعرف العقد الإداري بأنه العقد الذي تكون الإدارة احد طرفيه أو كليهما بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام مستعينة بذلك بامتيازات السلطة العامة أو تخويلها للمتعاقد معها حق التمتع بمثل هذه الامتيازات .

ومن تعريف العقد الإداري يتضح ما يأتي :

١- العقد الإداري – كالعقد المدني لا يخرج عن كونه توافق إرادتين بإيجاب ، وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين .
٢- أركان العقد الإداري هي ذات أركان العقد المدني (تراضي ، محل ، سبب) ، بالإضافة إلى شروط صحة الرضا والمحل والسبب ، تتفق في جزء كبير منها مع الشروط المقررة في العقود المدنية .
٣- العقد الإداري يختلف عن العقد المدني من حيث المبادئ العامة ، والقواعد القانونية التي تحكم كلا العقدين .

الفـــــرع الثانـــي
شـــــروط العقـــــــد الإداري

يتضح من تعريف العقد الإداري انه يجب توافر ثلاثة شروط تكون بمجموعها هي المعيار المميز للصفة الإدارية للعقد الإداري عن العقود الأخرى وهذه الشروط هي :

الشـــرط الأول : أن تكون الإدارة طرفا" في العقد

يتضح من تسمية العقد (بالعقد الإداري) بأن تكون الإدارة [١] طرفاً" في العقد ، فالعقد الذي لا يكون احد أطرافه شخصاً" من أشخاص القانون العام لا يمكن عده عقداً" إدارياً ومع كون الإدارة طرفاً" في العقد الأمر الذي لا يجعله عقداً" إدارياً" ما لم يتوافر فيه الشرطان الآخران [٢] .

والأشخاص المعنوية التي تكون طرفاً" في العقود الإدارية قد حددتها المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ وتتمثل في الدولة ، المحافظة ، المدينة ، المركز ، القرية ، ويضاف إليها الوزارات والدوائر التابعة لها إذا ما كانت تلك الدوائر مخولة بالتعاقد ، والجهات المستقلة غبر المرتبطة بوزارة التي تكون هي الأخرى شخصاً" من أشخاص القانون العام تستطيع التعاقد .

وفي إطار اعتراف القضاء للنقابات المهنية بالشخصية المعنوية العامة ، فأن ما تبرمه من عقود يصدق عليها وصف العقد الإداري ، إذا توافرت شروط العقد الإداري الأخرى [٣] .

وإذا كان وجود الإدارة طرفاً" في العقد الإداري يعد أمرا بديهيا فأن القضاء الإداري لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد بذاته ، وأخذ يقر بإمكانية إبرامه من قبل شخص آخر بالوكالة [٤].

كما يجوز الحلول في العقد بين إدارات الدولة بأن تحل إدارة ما محل إدارة أخرى فتنتقل حقوق وواجبات الدائرة المتعاقدة إلى الدائرة التي حلت محلها بموجب القانون وقد أكد القضاء العراقي بقراراته على ذلك [٥].

---

[١] للإدارة معنيان :

الأول عضوي وتظهر فيه الإدارة من خلال الأجهزة والهيئات التي تتولى تلبية حاجات الأفراد وإشباعها مستهدفة بذلك الصالح العام ، والثاني موضوعي وينصب على النشاط الذي تمارسه الإدارة من تنفيذ القوانين وحماية النظام العام في الدولة وإشباع الحاجات العامة . وللمزيد يراجع : د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر ، ٢٠١٢ ، ص ١٥ .

[٢] د. سليمان محمد الطماوي ، المصدر السابق ، ص ٥٥ .

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية – القرارات والعقود الإدارية – منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٧٢. ومؤلفه المسئولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٩ .

[٤] د. ماهر صالح الجبوري ، الوسيط في القانون الإداري ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٢١.

[٥] ينظر حكم محكمة التمييز رقم ٣٠٣ الصادر من الهيئة الموسعة الأولى في ٣١ / ١٠ / ١٩٨٧ حيث تتلخص وقائع الدعوى ان محكمة التمييز نقضت قرار محكمة بداءة النجف بعدم توجه الخصومة ؛ لان محافظة كربلاء كانت قد تعاقدت مع مقاول لترميم وتوسيع كراج مصلحة نقل الركاب في النجف عندما كانت النجف قضاء تابع إدارياً إلى محافظة كربلاء ، إلا انه عند مطالبة المقاول لمحافظة النجف بعد استحداثها بتنفيذ الالتزامات المالية المترتبة عليها امتنعت عن ذلك ؛ لأنها ليست الجهة التي أبرمت هذا العقد وبناءً عليه تكون الخصومة غير متوجهة وأيدت ذلك محكمة بداءة النجف بقرارها الذي أنقضته محكمة التمييز والتي أسست قضاءها على إن محافظة النجف قد حلت حلولاً قانونياً محل محافظة كربلاء في عقد المقاولة في كل ما يترتب عليه من حقوق والتزامات ، فتنتقل هذه الحقوق

نرى أنّ اشتراط أن تكون الإدارة طرفا" في العقد لا يكفي وحده للقول بأن العقد إداري ، لأن الإدارة قد تدخل في التعاقد كما لو كانت فردا" عاديا" كارتباطها بعقود مدنية مع الأفراد أو الشركات لبيع منتجاتها أو لشراء بعض مستلزماتها ، لذلك يلزم توافر الشروط الأخرى وإلا كان العقد خاصا" رغم دخول الإدارة طرفا" فيه .

الشـــرط الثانـــي : أن يتصل العقــد بمرفــق عـــام

لغرض إضفاء الصفة الإدارية على العقود التي تبرمها الإدارة ينبغي اتصالها بنشاط المرفق العام . ذلك إن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يحتويه النظام القانوني من خروج على القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص [١] .

والمرفق العام هو كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام ، يهدف إلى تحقيق الصالح العام ، ويكون للدولة الكلمة العليا في خلقه وتنظيمه وإدارته ، سواء كانت إدارتها لذلك النشاط بصورة مباشرة أو غير مباشرة [٢].

وعليه فأن العقد حتى يكتسب الصفة الإدارية يتعين أن يتصل بأحد المرافق العامة في الدولة ويتحقق ذلك أما عند إنشاء مرفق عام مثلما هو الشأن بالنسبة لعقد الأشغال العامة ، أو في مرحلة تنظيم المرفق أو إدارته كعقد الالتزام ، أو قد يتصل العقد بالمرفق العام في تسييره وضمان انتظام عمله باطراد مثل عقد التوريد ، وبذلك تعمل العقود الإدارية على ضمان سير المرافق العامة وتحقيق النفع العام [٣] فالصلة بين هذه العقود وبين المرفق العام قائمة ومتى انقطعت هذه الصلة بات العقد المبرم يخضع للقانون الخاص [٤].

وقد وجدت فكرة المرفق العام في أقدم أحكام مجلس الدولة الفرنسي في حكم (Blanco) عام ١٨٧٣[٥] ، كما وجـدت فـي أحكام القضاء المصري فقـد جاء لقـرار المحكمـة الإدارية العليا الصـادر

والالتزامات من الإدارة المتعاقدة إلى الإدارة التي حلت محلها ، أشار إليه د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨ ، عمان ، ص ٣١ .

[١] محمد عبد الله محمود الدليمي ، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ١٢.

[٢] د. مصطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الإداري ، الجزء الأول ، بلا دار النشر ، ١٩٥٧ ، ص ١٠ .

[٣] د. عبد الغني بسيوني . القضاء الإداري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٢٨.

[٤] د. محمد جمال مطلق الذنيبات ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٥٦.

[٥] وتتلخص وقائع القضية في ان عربة صغيرة تتبع مصنع تبغ بوردو صدمت طفلة صغيرة فأوقعتها وجرحتها فرفع والد الطفلة النزاع إلى القضاء العادي طالبا" التعويض من الدولة باعتبارها مسؤولة مدنيا عن الخطأ الذي ارتكبه عمال المصنع التابع لها ، إلا إن محكمة القضاء العادي قررت ان الجهة المختصة بالنظر في النزاع هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي حيث ان المسؤولية التي تتحملها الدولة بسبب أخطاء الموظفين الذين يعملون في المرفق العام

في ٢٤ / شباط / ١٩٦٨ ((مناط العقد الإداري .... أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة)) [١] ووجدت في أحكام القضاء العراقي مكاناً" واضحاً" فقد قضت محكمة التمييز بحكمها الصادر في ١٤/٨/ ١٩٧٤ ((ولما كان العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري لتعلقه بمرفق عام وما يستهدفه من مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة لذا فأن الضرر يعتبر واقعاً" ...)) [٢] .

والحقيقة أنّ القضاء العراقي يعطف في كثير من أحكامه على فكرة المرفق العام وفكرة الشروط الاستثنائية أو أساليب القانون العـام مما نستطيع القول انه يأخذ بالمعيار المزدوج في تمييز العقد الإداري ومـن هذه الأحكام حكم محكمة التمييز الصادر فـي ٢٨ / ٧ / ١٩٦٦ حيث تقول المحكمة ((تبين ان العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة يحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه لحكم القوانين والأنظمة)) [٣] .

نـرى أن اتصال العقد بالمرفق العام وان كانت ضرورية ، إلا إنها غير كافية للقول بأن العقـد إداري ، لأن الإدارة قد تلجأ إلى عقود ووسائل القانون الخاص باختيارها لتحقيق أهدافها فقد تلجأ مثلا إلى عقد إيجار مدني حتى في نطاق المرافق العامة ليس هناك مبرر من إخضاع هذه العقود للنظام الخاص بالعقد الإداري .

الشـــرط الثالـــث : استخدام وسائل القانون العام فـي العقـد

لم يعد الشرطان المذكوران كافيين لإضفاء الصفة الإدارية على العقد فلابد من توافر شرط ثالث هو استخدام وسائل القانون العام ، أو أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص ، ولذلك بات من المسلم به إن على الإدارة أن تتبع في تنفيذ العقد أساليب القانون العام . وان يشتمل العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وهي الشروط التي ان وضعت في عقود القانون الخاص تعد باطلة [٤] .

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية (غير المألوفة) التي يتضمنها العقد الإداري :

تقوم على أساس القانون الإداري . د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة ، ص ٨٥ الهامش .

[١] أشارت اليه د. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، بدون سنة النشر، ص٥٧

[٢] اشار اليه د. سليمان محمد الطماوي ، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية ، ١٩٧٩، ص ٢٤٤.

[٣] اشار اليه د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ، ص ٣٥ .

[٤] د. محمد جمال مطلق الذنيبات ، المصدر السابق ، ص ٢٥٧.

١- الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة والتي لا يمكن ان يتمتع بها المتعاقد معها ، ومنها احتفاظ الإدارة بحقها في تعديل بعض شروط العقد المتعلقة بتنظيم المرفق العام وتسييره والخدمة التي يؤديها ، وتوقيع الجزاءات على المتعاقد ، وفسخ العقد وإنهائه بالطريق الإداري دون رضا المتعاقد إنهاء" مبتسرا ودون اللجوء المسبق للقضاء ، وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة [١].

٢- الشروط التي تتضمن منح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير كحق نزع الملكية للمنفعة العامة [٢] ، وما يرد في عقد الالتزام من شروط تمنح الملتزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام والتي تمثل بالنسبة له المقابل المادي لقاء ما يؤديه من خدمات لهم [٣] .

٣- الشروط التي تجعل الاختصاص للقضاء الإداري في حالة المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ هذه العقود[٤].

٤- ان الطرف الأخر أي المتعاقد لا يستطيع أن يتمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وقد أوضحت ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر في احد أحكامها حيث قضت ((ان العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ويترتب على ذلك ان للإدارة سلطة الأشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائما" حق تغيير شروط العقد ..... دون ان يحتج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ....)) [٥] .

وليس نـوع الشروط غير المألوفة وعددها في عقد ما مهما" إلـى جانب الشروط المألوفة ، فيكفي ان يتضمن العقد شرطا واحدا غير مألوف لكي يضفي علـى العقد صفته الإدارية [٦] .

كـما لا يشترط أن ينص العقد نفسه علـى الشروط غـير المألوفة ، بل يكفي أن تكون هـذه الشروط منصوصا" عليها في قانون أو في لائحة ، شرط أن يحيل العقد إلى هذه النصوص[١].

---

[١] د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢٠.

[٢] د. سليمان محمد الطماوي ، المصدر السابق ، ص ٨٣ .

[٣] د. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٨٤ .

[٤] د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، المصدر السابق ، ص ٣٢١ .

[٥] الطعن رقم (٨٨٢) لسنة ١٠ قضائية ، جلسة ٣/٢/ ١٩٦٨، أشار إليه د. احمد محمود جمعة ، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٢.

[٦] د.سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٤٤ .

إن خلو العقد من الشروط الاستثنائية يعني ان نية الإدارة قد اتجهت إلى عدم استعمال أساليب القانون العام في تعاقدها ، الأمر الذي يجعل من التعاقد تعاقدا" مدنيا" . ومع ذلك هناك طائفة من العقود تبرمها الإدارة وتكون عقودا" إدارية حتى لو خلت من شروط غير مألوفة مثل عقود التزام المرافق العامة والأشغال العامة والتوريد فمثل هذه العقود تكون إدارية بطبيعتها ، حيث يشترك بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام الأمر الذي يضفي عليها الصفة الإدارية بغض النظر عن تضمنها لشروط غير مألوفة [٢] .

بقي أن نبين رأينا إن وجود الشروط الاستثنائية في العقد غير كافي لاعتبار العقد إداريا" لأنه قد نجد عقودا" في القانون الخاص يعطي فيها الأفراد لبعضهم بعض الامتيازات بالإنهاء بالإرادة المنفردة أو الفسخ من جانب واحد ، عليه يلزم توافر الشروط الثلاثة سالفة الذكر في العقد الإداري لأن الإدارة أحيانا" تستهدف المصلحة العامة من عقد يتصل بنشاط مرفق عام ، وذلك بإبرام عقود خاصة أو مدنية للحصول على خبرة أجنبية متميزة مثلا" بحيث لا يكون أمامها إلا أن تتجه إلى قواعد القانون الخاص لتحقيق هذه المصلحة العامة ولضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد .

المطلب الثانـــي
التأصيل التاريخي لمنازعـات العقـود الإداريـــة

نشأت نظرية العقود الإدارية في **فرنسا** في بدايات القرن العشرين عندما كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من جهة ، والقضاء الإداري من جهة أخرى مرتكزا" على فكرة السيادة أو السلطة وكان القضاء الإداري مختصا" بالنظر في المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة العامة دون غيرها . أما الأعمال العادية التي تكون الإدارة طرفا" فيها بوصفها شخصا" عاديا" مثل قيامها بالبيع أو الشراء أو الاستئجار فكانت من اختصاص المحاكم العادية [٣].

وطبقا" لهذه النظرية كانت العقود التي تبرمها الإدارة تعد من قبيل الأعمال العادية التي تندرج في اختصاص المحاكم القضائية التي تطبق عليها قواعد القانون الخاص بحسب المبدأ [٤]. واستثناء" على ذلك فان المشرع الفرنسي نص على ان تختص المحاكم الإدارية بالنظر في المنازعات الخاصة ببعض

---

[١] حكم المحكمـة الإدارية العليا في ٢٤ /٢/ ١٩٦٨ ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة ١٣، ص ٥٥٧ ، أشار إليه د. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٥٦٩ .

[٢] د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٧ ، ص ٧٢٩ .

[٣] د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٤ .

[٤] د.عبد الرحمن رحيم عبد الله ، دراسات قانونية ، الطبعة الأولى ، مطبعة شهاب ، اربيل ،٢٠١٠ ، ص ١٤ .

العقود التي تبرمها الإدارة كعقود الأشغال العامة وعقود بيع أموال الدولة وعقود القروض العامة [١] . إلا ان مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من دائرة اختصاصه عن طريق القياس ، فاستطاع بموجب هذه الطريقة توحيد الأحكام القانونية الخاصة بعقد الأشغال العامة – وهو عقد إداري بنص القانون – وعقد تقديم المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه ونظافة الطرق [٢] .

ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (terrier)[٣] الصادر في ٦/ شباط / ١٩٠٣ الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها ، حيث تقرر فيه ، ان اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أو محلية وسواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً" من أعمال السلطة أو تصرفاً" عادياً" ، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي أعمال

إدارية بطبيعتها ويجب ان يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات [٤].

وقد أخذت أحكام مجلس الدولة بعد هذا التاريخ تتوالى مؤكدة الاتجاه نفسه ومعبرة عن خضوع العقود الإدارية لنظام القانون العام وقواعده لا باعتبار بعض العقود التي نص عليها المشرع بل بالاستناد إلى خصائص العقد الإداري وطبيعته وذلك مما أدى إلى اتساع نطاق العقود الإدارية واتساع اختصاص القضاء الإداري بنظرها [٥] .

نرى ان مسلك المشرع الفرنسي كان صائباً" وذلك بتحديد بعض العقود على سبيل الحصر واعتبارها عقوداً" إدارية ، لان مثل تلك العقود - الأشغال العامة والقروض العامة وعقود بيع أموال الدولة - لا تدع مجالاً" للشك بأنها تحتاج إلى قواعد تنظم إبرامها مغايرة لقواعد القانون الخاص وذلك لدخول الدولة في تلك العقود بوصفها هادفة لتحقيق مصلحة عامة لا يمكن لعقود القانون الخاص ان تحمل مثل هذه المواصفات .

---

[١] د. مازن ليلو راضي ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، اربيل ، ٢٠١٠ ، ص ٩٦.

[٢] د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ، ص ١٥.

[٣] تتلخص وقائع القضية في ان مجلس الاقاليم الفرنسية اصدر قراراً" بمنح مكافأة لمن يقضي على الحيوانات الضارة ، واعتمد الأموال اللازمة لذلك ، وعندما طالب السيد(terrier) منحه مكافأة – لأنه قضى على مجموعة من الثعابين – رفض مدير الاقليم دفع المكافأة استناداً" الى نفاذ الاعتماد المالي المخصص لمثل هذه المكافأة فطلب السيد(terrier) من مجلس الدولة ادانة مجلس الاقليم للعقد الذي ابرمه صائدوا الحيوانات الضارة فقرر مجلس الدولة اختصاصه في هذه المنازعة معتمداً" في ذلك على معيار المرفق العام . د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، المصدر السابق ، ص ٨٥.

[٤] د.احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣، ص ١٤.

[٥] د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق ، ص ٩٥ .

أما في **مصر** فقد كانت المحاكم القضائية – أهلية ومختلطة – تطبق على عقود الإدارة قواعد القانون الخاص ، فلم تعرف نظرية العقد الإداري في القضاء المصري إلا بعد إنشاء المحاكم الإدارية عام ١٩٤٦ وتأكد اختصاص القضاء الإداري بحسم منازعات العقود الإدارية بصدور القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ والذي نص في المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في منازعات عقود التزام المرافق العامة والأشغال العامة والتوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد ، إلا إن تسمية القانون المذكور لبعض العقود جعلت الاختصاص مشتركا" بين القضاء الإداري والقضاء العادي في حسم منازعات العقود الإدارية فالعقد غير المسمى في قانون المجلس يرجع الاختصاص في حسم منازعاته إلى القضاء العادي [١].

وقد عالج المشرع المصري هذه العيوب بالقانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ الذي نص في المادة العاشرة منه على ان (يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر) . وتم نقل نفس النص إلى قانون مجلس الدولة الحالي رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ومن ثم أصبح مجلس الدولة مختصا" دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بأي عقد إداري دون أن يشاركه في ذلك القضاء العادي كما كان الوضع من قبل[٢] .

ونجد إن العقود الإدارية نشأت في مصر قضائيا قبل أن تنشأ تشريعيا ذلك ان الأحكام القضائية التي أصدرتها محكمة القاهرة الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة [٣] بينت ان العقود التي تهدف إلى تحقيق نفع عام والمحتوية لشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، تعتبر من عقود القانون العام . بالإضافة إلى دور المشرع بتعزيز تلك الفكرة بالنص عليها في قوانين مجلس الدولة المصري وعلى سبيل الحصر لبعض العقود باعتبارها عقودا إدارية مع إفساح المجال للقضاء الإداري ليضيف عقودا أخرى ويعتبرها إدارية متى ما توفرت فيها الشروط المطلوبة .

أما في **العراق** فقد كان النظام فيه وحتى وقت قريب يعتمد النظام القضائي الموحد على الرغم من وجود المحاكم الإدارية التي شكلت بالقانون رقم (١٤٠) لسنة ١٩٧٧ والتي اختصت بنظر المنازعات التي تحصل بين الوزارات ومؤسسات الدولة والقطاع العام ، ولم يكن للأفراد الحق في اللجوء مباشرة إلى

---

[١] د.عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، ١٩٥٠ ، ص ١٧٣.

[٢] د. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الكتاب الثالث ،١٩٧٣ ، ص ٣٠٣ .

[٣] قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر ١٩١٧/٤/٢ ((ان الحكومة حين تعقد عقدا" من عقود الالتزام بمرفق عام وتعهد إدارة المرفق إلى احد الأفراد ليديره بدلا" عنها فأن هذا العقد لا يمكن له أن يكون إلا من عقود القانون العام ...)) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر ١٢/٢٠/ ١٨٩٤ ((ان العقود التي تبرمها الحكومة تستهدف تحقيق الصالح العام وخاصة عقد التزام المرافق العامة تحقيقا" لمصالح حيوية ....)) أشار للحكمين د. مازن ليلو ، المصدر السابق ، ص ٩٦.

هذه المحاكم وإنما من خلال الدخول مع الجهة الإدارية عندما تكون خصما" في الدعوى . واستمر الأمر على هذا الحال حتى صدور القانون (١٣١) لسنة ١٩٨٠ الذي سمح للأفراد والقطاع الخاص اللجوء إلى هذه المحاكم بصورة مباشرة . وفي تلك المدة لم يتبلور قضاء إداري خاص بالعقود الإدارية فكانت وظلت متأثرة بطباع القانون الخاص [١] .

وبقي موضوع العقود الإدارية يكتنفه الغموض وعدم الوضوح ويعود ذلك إلى وجود تشريعات عدة تنظم العقود الإدارية ومنها قانون العقود العامة الصادر بالاستناد إلى أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ [٢] وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ [٣] والتعليمات الخاصة بتنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية الصادرة من وزارة التخطيط عام ١٩٨٨ ، والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨. إضافة إلى عدم استقرار القضاء العراقي على موقف محدد ، فهو تارة يطبق قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية وتارة أخرى يطبق عليها قواعد القانون العام ، أو يلجأ إلى تطبيق قواعد القانونين سوية عليها [٤] .

ولكن هذا لا يعني عدم إسهام هذا القضاء في تطوير نظريات القانون الإداري في العراق ، بل على العكس فقد ساهم مساهمة جادة في هذا المجال ، وتتمثل هذه المساهمة في اعتماد محكمة التمييز فكرة المرفق العام لتحديد طبيعة عقد مبرم بين الإدارة والمقاول فاعتبرته عقدا" إداريا" لاتصاله بمرفق عام حيث ورد بقرارها ((ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من اجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام.... فانه يكون عقدا إداريا متميزا عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص ، بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح تعلو على المصلحة الخاصة للأفراد ...)) [٥] .

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز ذهبت ((ولأن عقد المقاولة يعتبر فضلا" عن ذلك من العقود الإدارية التي تستهدف تسيير مرفق عام فالضرر فيها يكون مفترضا")) وقضت ((يتعين الحكم بغرامة

---

[١] د. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، منظمة نشر الثقافة القانونية ، اربيل ، ٢٠١٠ ، ص ١٨.

[٢] الغي قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ وحل محله القانون أعلاه المنشور بالوقائع العراقية عدد(٤٢٨٦) في ٢٠١٣/٨/١٩ .

[٣] ألغيت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وحلت محلها التعليمات المذكورة أعلاه المنشورة بالوقائع العراقية عدد (٤٣٢٥) في ٢٠١٤/٦/١٦ المصحح رقمها من (١) إلى (٢) بموجب بيان تصحيح المنشور بالوقائع العراقية عدد (٤٣٢٨) في ٢٠١٤/٧/٧ .

[٤] د. عبد الرحمن رحيم عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢٠ .

[٥] القرار رقم ٢٥٢٧/ ج / ٩٦٦ في ١٩٦٦/١١/١٢، أشار إليه د. ماهر صالح الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٢٢٧.

التأخير كاملة تحقيقا" لفكرة العقد الإداري وما يستهدفه من تسيير المرافق العامة طبقا" لما جرى به قضاء المحكمة)) [1] .

أما المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية فأن قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ الذي انشأ محكمة القضاء الإداري في العراق وقانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ قد استبعدا هذه المنازعات من اختصاص المحكمة ، واسندا القانونين المذكورين للمحكمة الفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجعا" للطعن فيها [2] ، كما استبعد قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان – العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ هو الآخر منازعات العقود الإدارية من اختصاص محكمة القضاء الإداري فقد قضى في البند (خامسا") من المادة الثالثة عشرة منه على اختصاص المحكمة بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار الناجمة من القرارات الإدارية الصادرة خلافا" للقانون ، وهذا يعد نقصا" في القانونين سالفي الذكر ، من هنا ندعو المشرعين العراقي والكوردستاني أن يتلافى هذا النقص ويحذو حذو المشرع الفرنسي والمصري بان يدخل في اختصاص هاتين المحكمتين النظر في منازعات العقود الإدارية ليكون القضاء الإداري أكثر شمولية وفعالية .

وهكذا فان هذه المنازعات تدخل في اختصاص القضاء العادي صاحب الولاية العامة [3] . ومن تطبيقات ذلك ما أفتى به مجلس شورى الدولة بقراره رقم (٣٨/ ٢٠٠٦) الصادر في ٢٠٠٦/٥/١٨ على ((ان عقود إيجار العقارات المسجلة باسم أمانة بغداد والتي تبرم بينها وبين أشخاص عراقيين وفق أحكام قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ هي عقود مدنية وليست إدارية وتخضع لأحكام القانون الخاص كما تخضع منازعاتها للقضاء العادي وليس الإداري)) [4] وقراره رقم (٢٠١٢/٥٩)

---

[1] القرارين ١١٢/حقوقية / ٦٦ في ١٩٦٧/٤/٢٧ و ١٦/ حقوقية /٩٦٧ في ١٩٦٧/٤/١٣ ، أشار إليهما د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ٢٢١ .

[2] ينظر نص المادة (٥) من القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ ، قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المنشور بالوقائع العراقية عدد(٤٢٨٣) في ٢٠١٣/٧/٢٩.

[3] نصت المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص)) .

[4] للمزيد ينظر القرار ٢٠٠٦/٣٨ الصادر في ٢٠٠٦/٥/١٨ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦ ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، بلا دار النشر ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٨-١١٩.

الصادر فـي ٢٠١٢/٨/٧ ((لا تختص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استنادا" إلى نصوص واردة في العقد)) [١] .

المبحث الثاني
مفهـــوم المنازعـــــة الإداريـــــة

تعتبر المنازعات الإدارية من أهم طوائف المنازعات التي يفصل فيها القضاء ، وهي كما يتضح من اسمها منازعات تتصل بالإدارة والعمل الإداري - فانه يمكن للأفراد التنازع معها - ومن ثم حمل المنازعة إلى القضاء ليقول كلمة القانون فيها .

وموضوع المنازعات الإدارية من أهم موضوعات القانون الإداري الذي ينظم السلطة الإدارية ويحدد أوجه نشاطها وأساليب عملها ، ويحكم العلاقات التي تنشا 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 .

ولغرض تناول مفهوم المنازعة الإدارية قسم هذا المبحث على مطلبين ، خصصنا المطلب الأول لتعريف المنازعة الإدارية وأنواعها ، ونستعرض في الثاني معايير تمييز المنازعة الإدارية .

المطلب الأول
تعـــريف المنازعـــة الإداريـــة وأنواعهـــا

عادة ما يثار نوع من اللبس بين لفظ المنازعة والدعوى والخصومة في القضاء الإداري .

وقد جرت عادة الفقه سواء في فرنسا أو مصر أو العراق على استخدام لفظ المنازعة في القضاء الإداري للتدليل على معنى الدعوى الإدارية وذلك خلافا" للخصومة الإدارية [١] .

---

[١] للمزيد ينظر القرار ٢٠١٢/٥٩ الصادر في ٢٠١٢/٨/٧ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢ ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ١١٥-١١٦.

فما هي المنازعة الإدارية ؟ وما هي أنواعها ؟

هذا ما سنتناوله فـي فرعين ، الأول لتعريف المنازعة الإدارية ، أما الثانـي نبحث فيه أنواع المنازعات الإدارية .

الفـــــرع الأول
تعـــــريف المنازعـــــة الإداريـــــة

المنازعة **لغة** : شدة الخصومة [٢] ، والتنازع : التخاصم ، والمنازعة فـــــي الخصومة : مجاذبة الحجج [٣].

أما **تشريعاً** : فقد خلت القوانين الوضعية من تعريف المنازعة الإدارية وترك المشرع هذه المهمة لاجتهاد الفقه والقضاء . وهذا ما لا يعاب على المشرع .

فعرفها **الفقهاء** بأنها كل نزاع أو تنازع 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 كفكرة قانونية تفصل فيها المحكمة المختصة بما يحقق القانون والعدل [٤] .

في حين ذهب آخر إلى تعريفها بأنها : الوسيلة القانونية التي يكفلها المشرع للأشخاص (سواء أكانت طبيعية أم معنوية) لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عـــن طريق القضاء ، وان دور الإدارة فيها هـو 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 مـــن سلطة التنفيذ المباشر [٥] .

---

[١] **د. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعة الإدارية ، دار عالم الكتب ، ١٩٨٢ ، ص ١١٠ .**

[٢] **محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٤١٨ .**

[٣] **جبران مسعود ، الرائد ، الطبعة الثامنة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٨٠١ .**

[٤] **د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٣ .**

[٥] **د.حسن السيد بسيوني ، المصدر السابق ، ص ١١٢.**

وقد ثار الخلاف حول تحديد مفهوم المنازعة الإدارية وعلاقتها بالحق الذي تحميه ، وهل هي حق مستقل ؟ أم هي ذات الحق المراد حمايته ؟ أم إنها وسيلة لحماية الحق الأصلي المراد حمايته؟

ولما كان أصل المنازعة هي دعوى فلابد من التفرقة بين الدعوى والخصومة .

لقد ثار خلاف بين الفقه حول تعريف الدعوى إزاء عدم وجود تعريف لها في القانون الإداري [١] فيعرفها بعض الفقهاء بأنها وسيلة قانونية يستعين بها الفرد في مقاضاة الإدارة أمام القضاء الإداري مطالبا" إياه التدخل لحماية الحقوق المعتدى عليها بتقريرها أو تعويض الأضرار التي لحقت به جراء عمل الإدارة المخالف للقانون [٢] .

وهي بهذا المدلول تختلف عن الخصومة التي تعني مجموعة من الروابط القانونية والإجراءات أمام القضاء ، تبدأ بإعلان صحيفة الدعـوى أو إيداعها والتي تتضمن الطلب المقدم للقضاء بما يدعيه المتقاضي ، وما يرمي إلى تحقيقه من وراء تقديمه ، وتنتهي – أي إجراءات الخصومة – بصدور الحكم البات فيه أو بانقضائها بغير حكم [٣] .

أما علـــى مستوى **القضاء** فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى ان ((الخصومـة القضائية عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة ، بناء على مسلك ايجابي من جانب المدعي وتوجه إلى مدعي عليه وتنتهي بحكم فاصل في النزاع أو بتنازل أو صلح أو بسبب عيب أو خطأ في الإجراءات أو بأمر عارض)) [٤] وعرفتها محكمة القضاء الإداري المصرية فـي حكم لها بأنها ((حالة قانونية تنشا عن مباشرة الدعوى بالادعاء لدى القضاء ، أو بالالتجاء إليه

---

[١] أن عدم وجود تعريف للدعوى في القانون الإداري لا يعني عدم وجود تعريف لها في قانون المرافعات ، فقد عرفتها المادة (٢) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل بأنها ((طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء)) .

[٢] د. حسن السيد بسيوني ، المصدر السابق ، ص ١١٥.

[٣] د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦ .

[٤] حكمها في ١٩٩٧/٩/٤ ، طعن رقم ٣٥٤٩ لسنـة ٤٠ ق .أشار إليه د. عبد الناصر عبد الله ابو سمهدانه ، مبادئ الخصومة الإدارية ، دراسة تحليلية في ضوء احدث الآراء الفقهية ، الطبعة الأولى ، بلا دار النشر ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ٢٨. ومن الملاحظ إن المحكمة تخلط أحيانا بين المنازعة والخصومة ، إذ قضت في بعض أحكامها بأن ((المنازعة الإدارية هي إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة ....)) ، حكمها في ١٩٨٥/١١/٢٤ ، طعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق . 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 .

بوسيلة الدعوى ، وقد حدد المشرع إجراءات الادعاء الذي ينعقد به الخصومة ، وتقوم هذه الإجراءات على اتصال المدعي بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ، وتكليف المدعى عليه بالمثول أمامها)) [١] .

كما استقر موقف القضاء على التفرقة بين الخصومة والدعوى في القضاء الذي عرفها بأنها ((وسيلة قانونية يتوجه بها صاحب الشأن إلى القضاء لحماية حق مقرر له)) [٢] .

وأخيرا فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر المنازعة الإدارية بأنها ((كل منازعة تثور بشأن تسيير الإدارة لأحد المرافق العامة التي تضطلع بإدارتها وفقا للقانون العام وأساليبه حيث يطبق في شأنها القانون العام)) [٣] .

مما تقدم يتبين لنا أن النزاع الإداري هو كل من يكون طرفاه جهتين إداريتين أو يكون احد 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 ، وأن الدعوى في الفقه الحديث لا تختلط بأصل الحق المراد حمايته ، وإنما هي وسيلة لحماية هذا الحق أمام القضاء .

الفـــرع الثانـــي
أنـــواع المنازعـــات الإداريـــة

يشمل اصطلاح المنازعات الإدارية العديد من الطعون القضائية التي تقدم إلى القضاء الإداري ، ولكن هذه الطعون القضائية ليست من صنف واحد وتخضع لذات النظام القانوني بل إنها متعددة ومتنوعة ، ولمعرفة تلك التصنيفات لابد من الرجوع إلى تأريخ القضاء الإداري الفرنسي فلم يبدأ الاهتمام الفقهي والقضائي بتصنيف المنازعات الإدارية إلا بعد صدور مرسوم ١٨٦٤/١١/٢ ، الذي أثار العديد من التساؤلات حول تصنيف المنازعات الإدارية [٤] .

هذا ويضع الفقه تقسيمين للمنازعات الإدارية الأول التقسيم التقليدي والثاني التقسيم الحديث .

---

[١] حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٩٨/٢/٢٨، الطعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٤٢ ق . أشار إليه د. عبد الناصر عبد الله ابو سمهدانه ، المصدر السابق ، ص ٢٩.

[٢] نقلا" عن جنان عبد الرزاق فتاح الكوفاوي ، المنازعات التقاعدية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٨ ، ص ٧ .

[٣] حكمها في ٢٠٠١/١٢/٨ ، طعن رقم ٦١٣ لسنة (٤٣) . أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١١.

[٤] أول من أشار إلى هذا التقسيم هو الأستاذ (Léon Aucoc) ، انظر مؤلفه :

Léon Aucoc , conferences sur , l'administration , et. Le, droit adminstratif ,Paris 1869, Tome I, P361. نقلا" عن د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٥٣.

أولا" : التقسيم التقليدي للمنازعات الإدارية :

يصنف هذا التقسيم المنازعات على أساس حكم القاضي بالدعوى على أربعة أنواع [١] 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 عن طريق الطعن في قرار إداري معين وطلب إلغائه بسبب عدم مشروعيته [٢] . وتقتصر سلطة القاضي على إلغاء القرار المعيب دون تعديله أو تقويمه ومن باب أولى استبداله بغيره ، فقضاء الإلغاء قضاء موضوعي توجه الخصومة فيه ضد قرار إداري تنظيمي (لائحي) أو فردي [٣].

٢- منازعات القضاء الكامل :

فـي هذه المنازعات يتمتع القاضي الإداري بسلطات واسعة فيكون قاضي قانون ووقائع ويفصل فيها كما تفصل المحاكم العادية في منازعات الأفراد العاديين ، وتكون له سلطة إبطال القرارات غير

---

[١] وقد تبنى التقسيم التقليدي الفقيه الفرنسي(Laferiere) في كتابه الشهير(القضاء الإداري والطعون القضائية) الصادر عام ١٨٨٧ وأعتمد 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 وسلطة القاضي فيها متباينة ومتغيرة حسب الأحوال والظروف ...) انظر مؤلفه :

Laferiere . Traite de la juridction administrative et des reconrs contetierx , 1887, Tome .I.P.15

كما تابعه الاستاذ Berthelemy :

Berthelemy . Traite elementaire de droit administratif . 1923 , p,983

نقلا" عن د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل ، المصدر السابق ، ص ١٤٩.

[٢] يطلق على الدعوى القضائية التي تندرج ضمن هذه الطائفة في فرنسا دعوى تجاوز السلطة (le Recours pour Excés de Pouvoir) ، والتي يطلق عليها في مصر والعراق دعوى الإلغاء ، د. علي خطار شطناوي ، المصدر السابق ، ص ٢٥٤ .

[٣] د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ١٧٣.

المشروعة والخاطئة ، وإحلال قـــرارات جديدة محلها ويتحقق مـــن الالتزامات المتبادلة ويحكم بالتعويضـــات الماليـــة ، ومثالـه الدعاوى الخاصـة بالعقود الإدارية ودعـــاوى التعويض والمنازعات الانتخابية [١] .

٣- منازعات التفسير :

يندرج تفسير الأعمال ضمن هذه الطائفة من المنازعات الإدارية ، وفيه يقتصر دور القاضي على تفسير القرارات الإدارية بعد إحالتها من القضاء العادي دون البت في موضوع الدعوى [٢] . ففي فرنسا فأن الفصل في هذه المنازعات أو الدعاوى من اختصاص القضاء الإداري ، في حين ليس للقضاء الإداري المصري مثل هذا الاختصاص الأصيل ، بل ينظر فيه تبعا" للدعوى المعروضة أمامه ابتداء" ولا وجود لهذا النوع من الدعاوى في القضاء الإداري العراقي [٣].

٤- منازعات الزجر والعقاب (المنازعات التأديبية) :

تختلف المنازعات التي تندرج ضمن هذه الطائفة عن المنازعات الإدارية السابقة في أن محلها المباشر ليس أعمالا أو قرارات أصدرتها السلطة الإدارية ، بل إنها أعمال غير مشروعة قام بها الأفراد العاديون [٤] ، ويوقع القضاء الإداري فيه العقوبات على الأفراد العاديين إذا ارتكبوا أفعالا" تمثل اعتداء على الأملاك العامة ، أو على الموظفين المخالفين من خلال محاكمتهم أمام المحاكم الخاصة بهم [٥] .

وقد انتقد الفقه الأساس الذي قام عليه التقسيم المذكور ؛ لأنه اعتمد على حكم القاضي أو سلطته في النزاع معيارا" للتقسيم ، دون النظر إلى طبيعة النزاع المعروض أمامه والحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصدار القرار[٦].

---

[١] القاضي عثمان ياسين علي ، إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعوتي الإلغاء والتعويض ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ٥٢ .

[٢] د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة الطبع ، ص ٤٢ .

[٣] القاضي عثمان ياسين علي ، المصدر السابق ، ص ٥٣ .

[٤] د. علي خطار شطناوي ، المصدر السابق ، ص ٢٥٥ .

[٥] د. غازي فيصل ود. عدنان عاجل ، المصدر السابق ، ص ١٥١ .

[٦] د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، الكتاب الأول ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،١٩٨٦ ، ص ٢٠٧.

ثانيـا" : 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 [١] ، ولعل أشهر التقسيمات هو التقسيم الثنائي الذي ظهر في أوائل القرن العشرين [٢] ، والذي يقوم على أساس تقسيم المنازعات الى منازعات تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي ، ومنازعات تنتمي إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشخصي .

١- منازعات المشروعية (القضاء الموضوعي) :

يعد القضاء موضوعيا"(عينيا") عند اتصال النزاع بمركز قانوني موضوعي ، كأن يكون موضوع النزاع مخالفة عمل قانوني أو مادي لقاعدة قانونية ، 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 ، ودعاوى فحص المشروعية ومنازعات الزجر أو العقاب ، ومنازعات التفسير إذا كانت تنصب على قرار إداري [٣].

٢- منازعات الحقوق (القضاء الشخصي) :

تكتسب المنازعة هذه الصفة اذا كان موضوعها يتعلق بالبت في مسألة تتعلق بحق شخصي [٤] ويهدف قضاء الحقوق إلى حماية المراكز القانونية الشخصية أو الذاتية ، وتدخل في نطاق هذا القضاء

---

[١] 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 ، د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بها ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٦١ .

[٢] وقد تبنى هذا التقسيم الفقيه الفرنسي الكبير (Leon Daguit)

Leon Daguit , Grait de constitutionnel , Paris, 1923, tome , p. 355.

نقلا" عن د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل ، المصدر السابق ، ص ١٥١.

[٣] د. وسام صبار العاني ، المصدر السابق ، ص ١٧٥ .

[٤] د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤ .

المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، والمنازعات المتعلقة بطلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن نشاط الإدارة [١].

وعيب هذا التقسيم انه يُبقي بعض الدعاوى خارج التقسيم المذكور لطبيعتها المتأرجحة بين القضاء الموضوعي والقضاء الشخصي كدعاوى التفسير والطعون الانتخابية والطعون الضريبية [٢].

المطلب الثانـــي
معاييـر تمييـــز المنازعـــة الإداريـــة

تعددت المعايير بصدد تحديد المنازعات الإدارية وفقا" لأسس مختلفة منها العضوي ومنها الموضوعي الذي يتصل بالغاية من النشاط الإداري ، أو ذلك الذي يتصل بأساليب ممارسة هذا النشاط ، وحيث ان الأمر مرتبط بالتطور التاريخي لمعيار المنازعات الإدارية ، فأننا نود عرضها بحسب ظهورها تاريخيا" ، إذ ظهر في أول الأمر المعيار العضوي ، ثم أعقبته المعايير الموضوعية مضمنين ذلك الإشارة إلى موقف الفقه ، ولنا بعد ذلك وقفة لتوضيح موقف التشريع والقضاء منها ، وذلك في الأفرع التالية :

الفـــــرع الأول
المعيـــار العضـــوي (الشكلـي)

ومفاده أن النزاع يعد إداريا" عندما يكون احد أطرافه شخصا عاما بمعنى انه يحدد طبيعة الدعوى وفقا"لطبيعة الأشخاص أطراف النزاع إذ يجب أن يكون أحدهما على الأقل جهة إدارية[٣].

ولقد تطورت معايير تحديد المنازعات الإدارية في فرنسا تبعا" لتطور الأساس الذي بني عليه وجود القضاء الإداري نفسه ، فكلما كان هذا الأساس يتمثل في حماية الإدارة من تدخل القضاء العادي في شؤونها ومنعه مـن عرقلة نشاطها ، كان طبيعيا" أن يلجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى الأخذ بمعيار عضوي واسع ، بمقتضاه يخرج من اختصاص القضاء العادي كل عمل صادر عن سلطة إدارية مهما كان موضوعه ، وتصبح المنازعات المتصلة بهذا العمل من اختصاص القضاء الإداري حتى يمكن تحقيق استقلال الإدارة التام في مواجهة المحاكم العادية [٤] .

---

[١] د. أشرف محمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ١٥ .

[٢] د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٩ .

[٣] د. حنان محمد القيسي ، والمحامي صفاء حسين الشمري ، وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٢، ص ٧١.

[٤] Mestre, La nation de service public d'apre's les d'ebats de L' Assemble'e nationale constituante .D.C.E1988,p185.

نقلا" عن د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة ..... ، المصدر السابق ، ص ٢٣.

وقد انتقد هذا المعيار في انه لا يتسم بالموضوعية في توزيع الاختصاص القضائي فقد اتجهت الدولة إلى التدخل في أنشطة مماثلة لأنشطة الأفراد وبالتالي خضعت هذه الأنشطة لاختصاص القضاء العادي رغم ان الدولة طرف فيها لذا أصبح غير صالح [١] .

وبالرغم مما لحق هذا المعيار من انتقادات أدت إلى هجره تماما" ، إلا إن احد الفقهاء في مصر يذهب إلى ضرورة الأخذ به ، ويرى إن (تختص محاكم مجلس الدولة بأية دعوى تكون الدولة او احد هيئاتها او مؤسساتها طرفا فيها ، كما تختص بأية دعوى يكون طرفا فيها أي شخص من أشخاص القانون العام ايا كان موضوع هذه الدعوى) ويرى إن هذا الاتجاه يوسع من اختصاص القضاء الإداري في مصر بما يتجاوز دون ريب نطاق المنازعات الإدارية ، والتي يفترض مبدئيا انها لا تتصل سوى بالمنازعات مع السلطة الإدارية في الدولة [٢] .

نرى ان هذا المعيار لا يصلح كأساس لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري رغم بساطته وسهولة تطبيقه لان هناك تصرفات تصدر عن الإدارة لكنها لا تعتبر أعمالا إدارية ولا يطبق عليها قواعد القانون الإداري ولا يختص بمنازعاتها القضاء الإداري كعقود الإدارة العامة المدنية .

الفـــــرع الثانـــــي
المعـــــايير الموضوعيـــــة

تعددت الأفكار والنظريات وكذلك المعايير الموضوعية التي تتناول أساس القانون الإداري وتحديد اختصاص القضاء الإداري إزاء ما تعرض له القانون الإداري من تطورات متلاحقة تبعا" لتطور الظروف الإدارية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدول المختلفة وخاصة في فرنسا مهد القانون الإداري ومن أهم هذه المعايير :

١- معيار الهـــــدف

ومضمونه إذا كان تدخل الإدارة يهدف تحقيق الصالح العام فان المنازعة تكون إدارية ، وتخضع بالتالي لاختصاص القضاء الإداري ، أما إذا كان تدخلها لتحقيق الصالح الخاص ، مثلها في ذلك مثل الأفراد فان المنازعة تدخل في اختصاص القضاء العادي [٣] .

وعلى الرغم من موضوعية هذا المعيار إلا انه تعرض للنقد لأن فكرة المصلحة العامة التي اعتمد عليها فكرة غامضة ومرنة وحاجتها إلـى معيار جديد يوضح متى يحقق العمل الصادر عن الإدارة مصلحة عامة اي ما هي العناصر أو المقومات التي تتكون منها المصلحة العامة ؟ فلا شك إن المصلحة العامة تتغير من عصر إلى آخر ، وتختلف في طبيعتها وعناصرها باختلاف الأنظمة السياسية

---

[١] د. حمدي أبو النور السيد عويس ، مسئولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٣١ .

[٢] د. محمد ماهر أبو العينين ، اختصاص مجلس الدولـة ، ١٩٩٣ ، ص ٥ ،٣٥ ، ١٩٠ ، ٥١٧ ، نقـلا" عـــن د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة ..... ، المصدر السابق ، ص ٢٥.

[٣] د. حمدي أبو النور السيد عويس ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .

والاجتماعية ، وتتطور مع تطور الأفكار والمثل العليا في المجتمع ، ومن ثم لا يمكن أن تصلح معيارا" محددا" لاختصاص القضاء الإداري [١] .

رأينا ان هذا المعيار لا يصلح لتمييز المنازعة الإدارية لأن الإدارة قد تلجأ 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 استهداف الإدارة للمصلحة العامة .

٢- معيار أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية

يفرق هذا المعيار بين الأعمال التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة ، وتتمتع بحق الأمر والنهي ، وهذا النوع من الأعمال تحكمه قواعد القانون الإداري ويخضع لاختصاص القضاء الإداري . وأعمال الإدارة العادية وهي الأعمال التي تباشرها الإدارة ويحكمها قواعد القضاء العادي بذات الأساليب التي يلجأ إليها الأفراد وفي نفس ظروفهم ويختص بها القانون الخاص لأنها لا تتصف بطابع السلطة العامة [٢] .

وقد سادت هذه النظرية سنوات طويلة حتى نهاية القرن التاسع عشر وكان من أنصارها الفقيه (Laferriere) وأعتمد القضاء الفرنسي عليها فترة من الزمن أساسا وحيدا للقانون الإداري . إلا ان القضاء الإداري ما لبث أن هجر هذا المعيار بفعل الانتقادات الموجه إليه ، وكان النقد الأساسي يتمثل في انه ضيق إلى حد كبير نطاق اختصاص القضاء الإداري ، فطبقا لهذه النظرية تقتصر أعمال السلطة على القرارات الإدارية والأوامر التي تصدرها سلطات الضبط الإداري لحفظ النظام العام ، وتستبعد من نطاق تطبيقها جميع الأعمال الأخرى من قبيل العقود الإدارية [٣].

نرى إن هذا المعيار لا يصلح لتحديد اختصاص القضاء الإداري لأنه يصعب التمييز بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية لأنهما متداخلان بصفة مستمرة كما هو الحال في العقود الإدارية التي هي اتفاقات رضائية تتضمن أساليب السلطة العامة .

---

[١] د. إبراهيم طه الفياض ، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري مع الإشارة إلى القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثاني ، العدد الثالث ، ١٩٩٨ ، ص ١٠٤ .

[٢] مثنى هاشم زيد ، الوجيز في القانون الإداري ، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء ، العدد الثاني عشر ، ٢٠١٣ ، ص ١٠٢.

[٣] د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه ، المصدر السابق ، ص ٤٠ .

٣- معيار نظرية الدولة المدينة

أبتدع مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار وقرر اختصاصه بجميع الدعاوى التي يترتب على الفصل فيها الحكم على الدولة بمبلغ من المال ، وقد استند القضاء الفرنسي في تقرير هذه النظرية إلى قانونين أحدهما بتاريخ ١٧٩٠/٧/١٧ ، والآخر ١٧٩٣/٩/٢٦ وبموجبهما منع المشرع المحاكم العادية من النظر في أية دعوى تؤدي إلى مسؤولية الدولة [١] .

وقد أدت هذه النظرية إلى توسيع نطاق اختصاص القضاء الإداري ؛ لأنها لم تفرق بين مصدر الدين الواجب على الدولة وعما 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 . واستمر تطبيق هذه النظرية إلى أن صدر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Rotchild) سنة ١٨٥٥ متبنيا تفسيرا ضيقا لهذه النظرية وقصر نطاق تطبيقها على أعمال الدولة الصادرة بصفتها سلطة عامة [٢] .

٤- معيار المرفق العام

ظهر هذا المعيار وتبلور في أواخر القرن التاسع عشر وأصبح الفكرة الأساسية التي اعتمدت عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي كأساس للقانون الإداري ومعيار لاختصاص القضاء الإداري ، وكان أول حكم أخذ بهذا المعيار هو حكم (Rotchild) الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في ١٨٥٥/١٢/٦ ، ألا إنه منذ عام ١٨٧٣ وبمناسبة قضية (Blanco) بدأ الفقه والقضاء الفرنسي بالأخذ بمعيار المرفق العام ، فيكون القضاء الإداري مختصا" كلما كان النزاع متعلقا" بتنظيم أو سير مرفق من المرافق العامة وسواء كانت الإدارة تتصرف تصرفات عادية او باعتبارها صاحبة سلطة [٣] .

وترتب على هذا المعيار توسيع اختصاصات مجلس الدولة نظرا لان تنظيم المرافق العامة وسيرها يستنفذان جل نشاط الإدارة ، ولعل في توسع هذه الاختصاصات المبرر في تنبه الفقه إلى معيار المرفق

---

[١] عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق ، حاضره ومستقبله ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١٠٢ .

[٢] د. نجلاء حسن سيد احمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ، ص ٣٢ .

[٣] د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، المصدر السابق ، ص ٨٤ .

العام ، ذلك انه بصدور حكم مجلس الدولة في قضية (Terrier) في ١٩٠٣/٢/٦ أصبح اختصاص مجلس الدولة شاملاً لكل المنازعات التي تكون الأشخاص الإدارية المركزية والإقليمية طرفاً فيها [١].

وظل هذا المعيار هو السائد في فرنسا إلى أن تطورت وظيفة الدولة واتسع مجال نشاط الإدارة على اثر الحروب والأزمات التي اجتاحت العالم منذ قيام الحرب العالمية الأولى فظهرت المرافق الصناعية والتجارية التي لا تختلف طبيعة نشاطها عن نشاط المشروعات الخاصة وعندئذ أُصيبت فكرة المرفق العام بأزمة [٢] وبات الاستناد إليها غير صالح لتحديد اختصاص القضاء الإداري تحديدا دقيقا ، إذ إن تعلق النزاع بمرفق عام لم يعد الشرط الوحيد الكافي لاختصاص القضاء الإداري كما هو الشأن بالنسبة لتنفيذ أنواع العقود الإدارية وبعض المسائل المتصلة باستعمال واستغلال المال العام [٣] . ونتج عن ذلك ان بات معيار المرفق العام معيارا" غامضا" مبهما" وأصبح من الصعب تحديد مضمونه كمعيار مميز للقانون الإداري ومحدد لاختصاص القضاء الإداري [٤] .

نرى ان فكرة المرفق العام لا يصلح لتمييز المنازعة الإدارية لأن وجود المرفق العام لم يعد الشرط الوحيد لتطبيق القانون الإداري .

٥- معيار المنفعـــة العامـــة

تقوم هذه الفكرة على ان معيار تمييز المنازعة الإدارية ، إنما تقوم على تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة ، فالنشاط الإداري يستهدف النفع العام وهو ما يميزه عن النشاط الخاص . بمعنى انه إذا كان العمل موضوع المنازعة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فهو من الأعمال الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري دون القضاء العادي والمنازعة بشأنه منازعة إدارية .

ويعتبر الأستاذ (مارسيل فالين) أول من نادى بهذه الفكرة وقد اعتمد في تأسيس نظريته على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية بلدية مونسكيور (Commun de Monsegur) في ١٩٢١/٦/١٠ [٥].

---

[١] د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢ – ١٩٦٣ ، ص ١٩٨ وما بعدها .

[٢] فهد عبد الكريم أبو العتم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٦.

[٣] د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨٣ .

[٤] د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

[٥] وتتلخص وقائع القضية انه وقع حادث لطفل صغير واثنين من زملائه في كنيسة (Monsequr) ، مما تسبب له بعاهة مستديمة تمثلت بقطع ساقه ، وقد حصل والد الطفل على حكم من مجلس الاقليم بإلزام البلدية المسئولة عن صيانة الكنيسة بالتعويض ، وقد استأنفت البلدية هذا الحكم من ناحية انه منذ عام ١٩٠٥ لم تعد البلدية مسئولة عن دور العبادة لانفصال الدين عن الدولة بقانون ١٩٠٥/٩/٩ ولم تعد الكنائس منذ هذا التاريخ مرافق عامة وبالتالي لا

إلا أن هذا المعيار لم يلق قبولا من جانب الفقه والقضاء ، لأنه ليس سوى عودة إلى معيار الهدف ، ولأن نشاط الإدارة وان كانت غايته تحقيق النفع العام إلا ان بعض هذا النشاط لا ينطبق عليه القانون الإداري فتجد الإدارة انه من الأنسب اللجوء إلى وسائل القانون الخاص فتلجأ في تعاقدها مع الأفراد إلى العقود العادية وهنا يطبق القانون الخاص . لذلك بات واضحا" فساد المنفعة العامة كأساس وسارع الفقه والقضاء إلى العدول عن فكرة المنفعة واستبدالها بفكرة السلطة العامة ولكن في ثوب جديد نادى به الأستاذ (Vedel) باعتبار ان وسائل السلطة تكمن في الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وكذلك في القيود والالتزامات غير المألوفة التي تتقيد الإدارة بها في ممارسة نشاطها [١] .

نرى ان تحقيق المنفعة العامة ليس حكرا على الدولة وإنما قد يساهم الأفراد في تحقيقه من خلال المشروعات الخاصة ذات النفع العام وبالتالي يختص القضاء العادي بالمنازعات الناشئة عنها .

٦- معيار السلطـــة العامـــة

يقوم هذا المعيار على أَساس تغليب الوسائل على الأهداف ويُعدّ العميد (Houriou) مؤسسأ هذا المعيار ، وكان قد غلب الوسائل التي تستخدمها السلطة العامة على الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها ، وأوضح ان السلطة العامة كأساس للقانون الإداري وتحديد اختصاص القضاء الإداري لا تقتصر على الأوامر والنواهي ، وإنما تشمل جميع الأعمال الصادرة من الإدارة التي تستخدم فيها الامتيازات المقررة للسلطة العامة . ومع ذلك فإن السلطة العامة ومن وجهة نظر (Houriou) ليست عبارة عن امتيازات وحقوق استثنائية فقط ، إذ انها ليست مطلقة ، بل هي سلطة مقيدة بحدود معينة ، وتحكمها ضوابط وقيود محددة ، وإنها سلطة موضوعية تصبو نحو تحقيق أهداف معينة ، هي المرافق العامة . وبذلك لم ينكر (Houriou) فكرة المرافق العامة بل اعترف بها كهدف للعمل الإداري ، ولكنه غلب عليها فكرة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري ومعيار محدد لنطاق تطبيقه وجعلها في مركز الصدارة [٢].

تدخل دعوى التعويض في اختصاص القضاء الإداري . غير ان مجلس الدولة لم يأخذ بهذا الدفع وأسس قضائه على انه وان لم تعد مرافق العبادة مرفقا عاما منذ انفصال الدين عن الدولة فأن ترك الكنائس تحت تصرف المؤمنين والمكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة دياناتهم انما يكون تنفيذا" لغرض ذي نفع عام ، د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه ، المصدر السابق ، ص ٤٧-٤٨.

[١] د. سمير سهيل دنون ، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ٢٠٠٩، ص ١٨.

[٢] د. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٩٤ .

وقد انتقد هذا المعيار من لدن الفقه الإداري في انه يؤدي إلى تضييق نطاق القانون الإداري تضييقا" شديدا" على خلاف معيار المرفق العام وبالتالي تضييق نطاق اختصاص القضاء الإداري وصعوبة الفصل بين الهدف والوسيلة [١] .

٧- معيار الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة

يقوم هذا المعيار على فكرة الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة بحيث ينعقد الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الإداري إذا كان النزاع المعروض على القضاء الإداري متعلقا بتسيير او تنظيم المرافق العامة . وان تستخدم الإدارة في عملها أساليب وامتيازات السلطة العامة [٢] . وان الجمع بينهما اقتضاء عدم كفاية معيار واحد لتمييز القانون الإداري وتحديد نشاطه ، إذ أن فكرة المرفق العام لا تغطي كل النشاطات الإدارية مما يستوجب تكميلها بفكرة أخرى هي استخدام أساليب القانون العام او وسائل السلطة العامة لسد هذا النقص ، وقد لاقى هذا المعيار اهتماما" وتجاوبا" مع الفقه والقضاء الإداريين [٣] .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في العديد من أحكامها على الأخذ بهذا المعيار حيث قضت بأن((المنازعة في رسوم القرار طبقا للقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٨٣ هي منازعة إدارية لاتصالها مباشرة بمرفق عام يدار وفقا لأساليب القانون العام ، ويظهر فيها واضحا وجه السلطة العامة ومظهرها ...)) [٤] .

نرجح هذا المعيار كأساس لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري فلكي يعتبر العمل إداريا يجب ان يكون متصلا بمرفق عام ، وأن تكون الإدارة قد استخدمت في هذا النشاط امتيازات وسلطات استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص .

---

[١] **د. عصام علي الدبس ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٤ ، ص١١٢ .**

[٢] **د. حمدي أبو النور السيد ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .**

[٣] **مثنى هاشم زيد ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .**

[٤] **حكمها في ١٥/ ١/ ١٩٩٥ ، طعن رقم ٢٢١٧ لسنة ٣٦ ق ، أشار إليه د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه ، المصدر السابق ، ص ٥٢.**

الفـــرع الثالـــث
مـــوقف التشريـــع والقضـــاء
من معاييـــر تمييـــز المنازعـــة الإداريـــة

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 .

أولا": مـــوقف التشريـــع

غالباً ما يلاحظ أن المشرع لا يعمد إلى الأخذ بمعيار محدد في نصوصه وإنما يقوم بتحديد اختصاص القضاء الإداري بإحدى الطريقتين **الأولى** : وهو تحديد اختصاص القضاء الإداري على سبيل الحصر بان يذكر الحالات التي تدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري ، 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 [١] .

أما **الطريقة الثانية** : فهو أن يقوم المشرع بوضع معيار عام فـي تحديد اختصاص القضاء الإداري ، ومما يؤخذ عليه انه طريق تحكمي يتم بموجبه اختيار ما يدخل فـي اختصاص كل جهـة قضائية ، مما يؤدي إلى أن تدخل في اختصاص القضاء العادي مسائل مشابهة 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[٢] .

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 [٣].

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

---

[١] عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢ ، ص٤٥-٤٦ .

[٢] د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما ، بحث منشور في مجلة بيت الحكمة ، سلسلة المائدة الحرة (٤٠) ، ١٩٩٩ ، ص ١٣ .

[٣] عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

المرافق العامة أساساً للقانون الإداري ، من ذلك قانون المؤسسات العامة الملغى رقم (٣٢) لسنة ١٩٥٧ ، وقانون التزامات المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ ألا أن قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ جعل القضاء الإداري صاحب الاختصاص العام في مجال المنازعات الإدارية [١] ، ومـن الفقه من يرى انه من الممكن تلمس موقف المشرع المصري بخصوص المعايير بأنه 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) ، فالأمر في تقدير المشرع المصري ، أن الإدارة تمارس سلطتها العامة ، فان خرجت على القيود القانونية المفروضة على هذه السلطة ، جاز الطعن بالإلغاء ضد تصرفاتها ، وبذلك تنص المادة (٣٢) من قانون مجلس الدولة الصادر في ٣١ /٧/ ١٩٤٥ على ان (مجلس الدولة ... يحكم بصفة نهائية في طعون الإلغاء لتجاوز السلطة التي تقدم ضد قرارات السلطات الإدارية المختلفة ...) [٢].

أما في **العراق** فإن الولاية العامة للنظر في المنازعات كافة كانت منعقدة للمحاكم العادية استنادا للمادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والمادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، وإن كان هناك بعض الاستثناءات التي وردت في بعض القوانين باستبعاد بعض المنازعات الإدارية من اختصاص المحاكم العادية ، وبعد صدور قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ تم استحداث محكمة القضاء الإداري ، وأنظم العراق إلى دول القضاء المزدوج [٣] واسند للمحكمة النظر فـي صحة الأوامـر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها ، وبهذا لم يسلك المشرع أياً من الطريقتين في تحديد الاختصاص ألا انه وضع قاعدة عامة في تحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري [٤] .

ثانياً : مـــوقف القضـــاء

من العسير حتى اليوم الجزم بموقف القضاء بشكل نهائي ، حيث ما زالت أحكام مجلس الدولة **الفرنسي** تأخذ بفكرتي المرافق العامة والسلطة العامة بطريقة ضمنية ، إذ يحرص القضاء الإداري الفرنسي على الإيجاز والاكتفاء بالفصل في النزاع بتحديد الحل القضائي المطبق عليه دون الربط بنظرية معينة لا يتقيد بها مستقبلاً ، وهو ذات الأمر الذي تسير عليه محكمة التنازع [٥].

---

[١] ينظر نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

[٢] د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة .....، المصدر السابق ، ص ٤٥ .

[٣] د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ .

[٤] زهراء محمد ناصر ، الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٣ ، ص ٤٠ .

[٥] د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية ..... ، المصدر السابق ، ص ٢٦ .

أما القضاء الإداري في **مصر** فإنه لا يختلف كثيراً عن القضاء الفرنسي ، إذ تعددت الأحكام القضائية التي تشير الى معيار المنازعة الإدارية دون ان تستقر على معيار محدد ، فهناك أحكام للمحكمة الإدارية العليا جمعت فيها بين ثلاثة معايير في آن واحد ، من ذلك حكمها الذي قضت فيه ان المنازعة الإدارية ((هي إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة ، والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقا للقانون العام وأساليبه ، ويتبدى فيها واضحا وجه السلطة العامة ومظهرها ، ويكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة)) [١] ، وفي حكم آخر جمعت بين معياري المرفق العام والسلطة العامة ، وفي أحكام أخرى اكتفت بمعيار السلطة العامة دون ربطه بفكرة المرفق العام أو غيرها [٢] ، إلا إنه بصدور القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ أصبح القضاء الاداري صاحب الاختصاص العام لجميع المنازعات الإدارية ولا يخرج من اختصاصه إلا ما استثني بنص خاص .

أما موقف القضاء **العراقي** فهناك بعض الأحكام الصادرة عنه قبل نفاذ القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة بمناسبة النظر في موضوعات إدارية فتخرج بها عن قواعد القانون الخاص ، منها حكم محكمة التمييز في ١٩٧٤/٨/١٤ [٣] ، 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 ١٩٦٧/١٢/١٤ حيث قضت فيه ((الأعمال التي تنشأ لغرض النفع العام يفترض وجود الضرر عند عدم انجازها في آجالها المعينة لعدم انتفاع الجمهور منها في الموعد المحدد ...)) [٤]، ألا إنه وبعد صدور قانون مجلس شورى الدولة فقد تحدد اختصاص القضاء الإداري بما ورد فيه.

مما تقدم يتضح لنا ان الرأي مستقر على وجود قواعد وقوانين إدارية تخضع لها المنازعات الإدارية وتميزها عن قواعد القانون المدني .

---

[١] حكمها في ١١/٢٤/ ١٩٨٥ طعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق ، السنة ٣١ ، ص ٢٩٤ ، أشار إليه د. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة ..... ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

[٢] ينظر حكمها في ١٩٨٢/١/١٦ طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢٥ ق ، المجموعة ، السنة ٢٧ ، ص ٢٤٧ وحكمها في ١٩٨٢/١١/٢٧ ، الطعنان رقما ٨٧٨ و ١٥٢١ لسنة ٢٦ ق ، المجموعة ، السنة ٢٨ ، ص ١٤٩ ، أشار إليهما د. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية ....، المصدر السابق ، ص ٢٨.

[٣] ينظر قرار محكمة التمييز في ١٤/ /٨/ ١٩٧٤ المشار إليه في الصفحة رقم ١١ .

[٤] قرارها رقم ٢٦٩٥ / حقوقية / ٩٦٦ ، في ١٩٦٧/١٢/١٤ ، أشار إليه أحمد عبد الله محمود الدليمي ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .

المصـــادر والمراجـــع

أولا" - القــرآن الكريم

ثانيا" - المعـــاجم

١. أبو منصور محمد بن احمد الأزهري ، تهذيب اللغة ، حققه الأستاذ عبد الكريم الغرباوي ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ١٩٦٨ .
٢. جبران مسعود ، الرائد ، الطبعة الثامنة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٩٥ .
٣. حسن النجفي ، معجم المصطلحات الاقتصادية والقانونية ، الطبعة الاولى ، الدار العربية ، بغداد ، ١٩٨٢.
٤. محمد بن أبي بكر عبد القادر ، مختار الصحاح ، الطبعة الاولى ، دار الحديث ، القاهرة .
٥. محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
٦. محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، دار إحياء التراث ، بيروت ، بدون سنة الطبع .

ثالثـــا" - الكتب العربيـــة

١. إبراهيم نجار وأحمد زكي ويوسف شلال ، القاموس القانوني ، فرنسي- عربي ، مكتبة لبنان ، بدون سنة الطبع .
٢. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ .
٣. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٨ .
٤. أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، ١٩٦٤ .
٥. أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ .
٦. أحمد المهدي وأشرف شافعي ، التعليق على قانون لجان فض المنازعات ، القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ .
٧. أحمد بدر سلامة ، العقود الإدارية وعقد B-O-T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٨. أحمد صدقي محمود ، نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٢٠٠٠/٧ ، دراسة تحليلية اقتصادية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
٩. أحمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم ، دراسة مقارنة ، وفقا" لأراء الفقه وأحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
١٠. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
١١. أحمد محمود جمعة ، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
١٢. أشرف محمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ .

١٣. أشرف محمد خليل ، نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ .
١٤. الانصاري حسن النيداني ، التنازل عن الحق في الدعوى ، دراسة تأصيلية وتطبيقية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .
١٥. أنور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، الطبعة الرابعة ، دار العدالة ، ٢٠١٠ .
١٦. أنور طلبة ، العقود الصغيرة الصلح والمقايضة والوديعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بدون سنة الطبع .
١٧. أنور طلبه ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثالث ، بدون سنة الطبع .
١٨. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دارالنهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧.
١٩. جابر جاد نصار ، التوفيق في بعض منازعات الدولة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
٢٠. جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في عقد المقاولة ، بيروت ، ٢٠١٣ .
٢١. جمال الدين احمد نصار ومحمد ماجد خلوصي ، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين (فيديك) ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٥ .
٢٢. جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية ، الطبعة الرابعة ، بغداد ،٢٠١١ .
٢٣. جورج سعد ، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
٢٤. جورج فودال ، بيار دلفولفية ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ .
٢٥. جورجي شفيق ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
٢٦. جورجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٢ .
٢٧. حسام الدين الأهواني ، مصادر الالتزام ، بلا دار النشر ، ١٩٩٥ .
٢٨. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعة الإدارية ، دار عالم الكتب ، ١٩٨٢ .
٢٩. حسن حسين البراوي ، عقد تقديم المشورة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .
٣٠. حسن ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، شركة رابطة للنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ .
٣١. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨.
٣٢. حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، ١٩٧٧ .

٣٣. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
٣٤. حمدي أبو النور السيد عويس ، مسئولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .
٣٥. حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية والدولية - العقود الإدارية في التطبيق العملي - منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون سنة الطبع .
٣٦. حمزة احمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧
٣٧. حميد يونس ، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفا فيها ، دراسة قانونية ، بلا دار النشر ، بغداد ، ١٩٧٠ .
٣٨. حنان محمد القيسي ، وصفاء حسين الشمري ، وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٢.
٣٩. رعد هاشم أمين التميمي ، النظام القانوني لعقد التجهيز ، بغداد ، ٢٠١٢ .
٤٠. سالم بن راشد العلوي ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
٤١. سالم روضان الموسوي ، قضاء محكمة البداءة ، أحكام قضائية وأفكار قانونية ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٢ .
٤٢. سامي جمال الدين ، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٤٣. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٤٤. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٤٥. سامي جمال الدين ، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بها ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٤٦. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٢ .
٤٧. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٥٧ .
٤٨. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٧ .
٤٩. سليمان محمد الطماوي ، دروس في القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦ .
٥٠. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الكتاب الثالث ، ١٩٧٣ .
٥١. سليمان محمد الطماوي ، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩.
٥٢. سميرسهيل دنون ، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ٢٠٠٩ .
٥٣. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ .

٥٤. عادل عزت السنجقلي ، عقود الاستشارات الهندسية ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٣.
٥٥. عاطف سعدي محمد علي ، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٥ .
٥٦. عبد الحميد كمال حشيش ، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦.
٥٧. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٧٠.
٥٨. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الرابع ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٩٠ .
٥٩. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٩ .
٦٠. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الثاني ، ١٩٧٢ .
٦١. عبد الرحمن رحيم عبد الله ، دراسات قانونية ، الطبعة الاولى ، مطبعة شهاب ، أربيل ، ٢٠١٠ .
٦٢. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٦٣. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨ .
٦٤. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، آثار الطعن بإلغاء القرار الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١١.
٦٥. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧.
٦٦. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٦٧. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
٦٨. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسئولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .
٦٩. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء" وتحكيما" ، بلا دار النشر ، ٢٠١٠ .
٧٠. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .

٧١. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية – القرارات والعقود الإدارية – منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
٧٢. عبد الغني بسيوني . القضاء الإداري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٧٣. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٧٤. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الكتاب الأول ، النظرية العامة للالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بدون سنة الطبع .
٧٥. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، بلا دار النشر ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ .
٧٦. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، آثار حكم الإلغاء ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٧١.
٧٧. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه ، مبادئ الخصومة الإدارية ، دراسة تحليلية في ضوء احدث الآراء الفقهية ، الطبعة الأولى ، بلا دار النشر ، القاهرة ، ٢٠١٢ .
٧٨. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه ، وحسين إبراهيم ، لجان التوفيق مزودا" بأحدث التطبيقات القضائية حتى عام ٢٠١١ ، الطبعة الأولى ،المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٢ .
٧٩. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، ١٩٥٠ .
٨٠. عثمان سلمان غيلان ، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية ، الطبعة الأولى ، بغداد ، ٢٠٠٨.
٨١. عثمان ياسين علي ، إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعوتي الإلغاء والتعويض ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ .
٨٢. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٨٣. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، بدون سنة الطبع .
٨٤. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٣ .
٨٥. عصام علي الدبس ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٤ .
٨٦. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣.
٨٧. عصمت عبد المجيد ، أصول المرافعات المدنية ، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة جيهان الأهلية ، اربيل ، ٢٠١٣ .
٨٨. عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١١ .
٨٩. علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧ ، ٢٠٠٨ ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٩ .
٩٠. علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام ،الجزء الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ .
٩١. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ .

٩٢. علي طاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري ، دراسة قانونية مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦ .
٩٣. علي محمد بدير ومهدي ياسين السلامي وعصام عبد الوهاب البرزنجي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ .
٩٤. عمرو أحمد حسبو ، لجان التوفيق في المنازعات في ضوء أحكام القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة الطبع .
٩٥. غازي فيصل مهدي وعدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر ، ٢٠١٢ .
٩٦. فهد عبد الكريم أبو العتم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ .
٩٧. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢ – ١٩٦٣ .
٩٨. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثالث ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٨ .
٩٩. قمر محمد موسى ، الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، بدون سنة الطبع .
١٠٠. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة ، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق ، الطبعة الأولى ، مطبعة الوسام ، بغداد ، ١٩٧٦ .
١٠١. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٧ .
١٠٢. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٠٣. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٠٤. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، منظمة نشر الثقافة القانونية ، اربيل ، ٢٠١٠ .
١٠٥. مازن ليلو راضي ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، اربيل ، ٢٠١٠ .
١٠٦. ماهر صالح الجبوري ، الوسيط في القانون الإداري ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٩ .
١٠٧. ماهر صالح الجبوري ، القرار الإداري ، دار الحكمة للنشر والطباعة ، ١٩٩١ .
١٠٨. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .
١٠٩. محمد أحمد غانم ، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة (الفيديك) ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١١ .
١١٠. محمد جمال مطلق الذنيبات ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ .
١١١. محمد حكيم حسين الحكيم ، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

١١٢. محمد عبد الحميد أبـو زيد ، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
١١٣. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
١١٤. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة الطبع .
١١٥. محمد ماجد عباس الخلوصي ، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ .
١١٦. محمدي فتح الله حسين ، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٥.
١١٧. محمود السيد التحيوي ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧.
١١٨. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
١١٩. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية .
١٢٠. محمود جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، بدون سنة الطبع .
١٢١. محمود حلمي ، العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٤ .
١٢٢. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨.
١٢٣. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٢ .
١٢٤. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٩٩.
١٢٥. محمود عرفات مصطفى ، روائع في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ .
١٢٦. محمود عرفات مصطفى ، روائع في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، بلا دار النشر ، ٢٠٠٩ .
١٢٧. محمود لطيف الدليمي ، أدارة المناقصات والعطاءات في عقود المقاولات ، بلا دار النشر ، ٢٠١٢.
١٢٨. محي الدين إسماعيل علم الدين ، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية ، الطبعة الثانية ، بدون سنة الطبع .
١٢٩. مدحت المحمـود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، الطبعة الرابعة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١.
١٣٠. مدحت محمد عبد العزيز ، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١٣١. مصطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الإداري ، الجزء الأول ، بلا دار النشر ، ١٩٥٧ .
١٣٢. معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ .

١٣٣. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
١٣٤. موريس نخلة و روحي البعلبكي وصلاح مطر ، القاموس القانونـــي الثلاثي ، عـربي – فرنسي – انكليزي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٢ .
١٣٥. نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، بدون سنة الطبع .
١٣٦. نجلاء حسن سيد احمد خليل ، التحكيم فـــي المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤ .
١٣٧. نجيب أحمد عبد الله الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠٦ .
١٣٨. نجيب خلف احمد ومحمد علي جواد ، القضاء الإداري ، بلا دار النشر ، بغداد ، ٢٠١٠ .
١٣٩. نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
١٤٠. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ .
١٤١. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
١٤٢. هادي عزيز علي ، القضاء المستعجل ، الطبعة الاولى ، بغداد ، ٢٠٠٨.
١٤٣. هاشم علي الشهوان ، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ .
١٤٤. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ .
١٤٥. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ .
١٤٦. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، الجزء الثاني عشر ، عقود المصالحة والقرض والدخل الدائم ، دراسة مقارنة ، بدون سنة الطبع .
١٤٧. ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
١٤٨. يوسف حسن يوسف ، التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ،القاهرة ، ٢٠١٣ .

رابعـــا" - البحوث والمقالات:

١. إبراهيم طه الفياض ، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري مع الإشارة إلى القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثاني ، العدد الثالث ، ١٩٩٨.
٢. أحمد خورشيد حميدي ، التحكيم في العقود الإدارية ومدى جواز الأخذ به في التشريع العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية ، العدد ١ ، المجلد ٤ ، السنة الرابعة ، ٢٠٠٩ .
٣. جورج حزبون ، الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الخاص الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٩ ، العدد ١ ، ايار ، ٢٠٠٢ .

٤. جورج حزبون ، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٨ ، العدد ٢ ، تشرين الثاني ، ٢٠٠١.
٥. حامد عبد العزيز الجمال ، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الثاني والخمسون ، تشرين الأول ، ٢٠١٢ .
٦. حيدر طالب محمد علي ، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد العاشر ، العدد ٢٠ ، ٢٠٠٨ .
٧. سالم محمد الشوابكة و جعفر محمود المغربي ، عقد الصلح وتطبيقاته في التشريعات الجمركية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد ١ ، السنة ٣١ ، ٢٠٠٧ .
٨. صاحب الفتلاوي ، نطاق اختصاص القضاء المستعجل في الأردن ((ما يدخل فيه وما يخرج عنه)) ، دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٩ ، العدد ١ ، ٢٠٠٢ .
٩. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما ، بحث منشور في مجلة بيت الحكمة ، سلسلة المائدة الحرة (٤٠) ، ١٩٩٩ .
١٠. علي أحمد حسن اللهيبي ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد ٢٢ ، العدد ١ ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠٧ .
١١. عمار طارق عبد العزيز ، دور التحكيم في منازعات العقد الإداري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ١٤ ، العدد الثالث ، ٢٠١٢ .
١٢. غسان أبو طبيخ ، تسوية المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء ، العدد الرابع ، ٢٠١٠ .
١٣. لفته هامل العجيلي ، المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الإدارية ، دراسة في آليات الاعتراض والفصل فيه ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، ٢٠١٢ .
١٤. لقمان ثابت عبد الرزاق ، دور المحكمة الإدارية في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي في الرقابة على المناقصات الحكومية ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع ، ٢٠٠٩ .
١٥. مثنى هاشم زيد ، الوجيز في القانون الإداري ، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء ، العدد الثاني عشر ، ٢٠١٣ .
١٦. محمود صالح محمد ، التحكيم وفق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، بحث ترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من أصناف القضاء ، مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، ٢٠٠٦ .

خامساً - الرسائل الجامعية

١- جنان عبد الرزاق فتاح الكوفاوي ، المنازعات التقاعدية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٨ .

٢- رنا محمد راضي ، التحكيم فـي العقود الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ .
٣- زهراء محمد ناصر ، الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٣ .
٤- شاكر أكباشي خلف الزبيدي ، القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٧ .
٥- عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق ، حاضره ومستقبله ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٤ .
٦- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢ .
٧- محمد عبد الله محمود الدليمي ، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ .

سادســـاً - المصادر من شبكة الانترنت

١- احمد أنوار ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء ، بحث منشور في شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني : members.Multimania.fr/berradarz/article/hal-niza3ate.pdf
آخر زيارة للموقع في ٢٠١٤/١/١٢ .
٢- محسن العبودي ، القطاع الخاص ووسائل تسوية المنازعات ، بحث منشور في شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني http:/www.eastlaws . com آخر زيارة للموقع ٢/١٠/ ٢٠١٤ .

سابعـــاً - التشريعـات العراقية والمشروعات

١. القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٢. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٣. قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٤. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ .
٥. قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ .
٦. قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ .
٧. قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ .
٨. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٩. تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ .
١٠. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط لعام ١٩٨٨ .
١١. مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي .

ثامنـاً – القـــوانين العربيـة والأجنبيـــة

١- القانون المدني الفرنسي .

٢- قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي لعام ١٩٨٠ .
٣- القانون الفرنسي للتحكيم الدولي لعام ١٩٨١ .
٤- قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ .
٥- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .
٦- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .
٧- القانون المدني المصري رقم (٣١) لسنة ١٩٤٨.
٨- قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

تاسعـــاً" – القـــرارات القضائيـــة العراقيـــة

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٦٠٢/الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١١ الصادر في ٢/١٠/ ٢٠١١ غير منشور .
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٤٤٧/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١١ الصادر في ٥/١٠/ ٢٠١١ غير منشور .
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٥٦٥/الهيأة الاستئنافيه منقول / ٢٠١١ الصادر في ٢٤ /١٠/ ٢٠١١ غير منشور.
٤. قـــرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٣٥/٢٣٤ / الهيئة الموسعة المدنية الأولى / ٢٠١٢ الصادر فـــي ٢١/١١/ ٢٠١٢ غير منشور .
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٣١٣/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١/١٩ غير منشور.
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦٧٤/الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/١٧ غير منشور .
٧. قرار محكمـة البداءة المختصة بنظـر دعاوى عقود المقـاولات في الكرخ رقـم ٥٦/ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر فـي ١٨ /٨/ ٢٠١٣ غير منشور .
٨. قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ٨١/ب/مقاولات / ٢٠١٣ الصادر في ١٠/٩/ ٢٠١٣ غير منشور .
٩. قرار محكمة البداءة المختصة بنظـر دعـاوى عقـود المقـاولات فـي الكرخ ٥٦ / تظلم / ٢٠١٣ الصادر فـي ١٧ /٩/٢٠١٣ غير منشور .
١٠. قـرار الهيئة التمييزيـة في محكمـة استئنـاف بغـداد الاتحادية رقـم ٤٥٩ / حقوقية /٢٠١٣ الصـــادر فـــي ٢٩/ ١٠/ ٢٠١٣ . غير منشور .
١١. قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ٩١/ إداري / تمييز / ٢٠١٣ الصادر في ٢١/١١/ ٢٠١٣ غير منشور .
١٢. قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات فـي الكرخ رقم ٨٨ /ب / مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٨ / ١١/ ٢٠١٣ غير منشور .
١٣. قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٥٦/ تظلم / ٢٠١٣ في ١٦/١٢/٢٠١٣ . غير منشور .

١٤. قرار محكمة البداءة المختصة بدعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٨ / ب / مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٢ / ١٢ / ٢٠١٣ غير منشور .
١٥. قـرار محكمة البـداءة المختصة بنظر دعاوى عقـود المقـاولات في الكرخ رقـم ٨١/ ب مقـاولات /٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٩ /١٢ / ٢٠١٣ غير منشور .
١٦. قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٩/ب/ مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١/٣٠ غير منشور .
١٧. قـــرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات فـــي الكرخ رقم ٢/ ب مقاولات /٢٠١٤ الصادر بتاريخ ١٦ /٢٠١٤/٢ غير منشور .
١٨. قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠١/ ب/ مقاولات /٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢/١٦/ ٢٠١٤ غير منشور .
١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦١١/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ الصادر في ٢٤/ ٢/ ٢٠١٤ غير منشور .
٢٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٥٢٤/ الهيأة الأستئنافية منقول / ٢٠١٤ الصادر في ٣/٣/ ٢٠١٤ غير منشور .
٢١. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٦٣/ الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٣/٤ غير منشور.
٢٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٣٩٠/ الهيأة المدنية / منقول / ٢٠١٤ في ٣/١٠/ ٢٠١٤ غير منشور .
٢٣. قرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ١٢/ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٣/١٦/ ٢٠١٤ غير منشور .
٢٤. قرارمحكمة التمييز الاتحادية رقم ٥٥٣ / الهيأة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ١٨ /٢٠١٤/٣ غير منشور .
٢٥. قـرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات فـي الكرخ رقم ٢٦/ ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٣١ / ٣ /٢٠١٤ غير منشور .
٢٦. قرار الهيئة التمييزية لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية رقم ٣٢٩/ م / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٤/٦ غير منشور .
٢٧. قـــرار محكمة البداءة المختصة بنظر دعـــاوى عقود مقاولات فـي الكرخ رقم ٤/ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٤/١٤ / ٢٠١٤ غير منشور .

عاشراً" - مجموعات الأحكام القضائية

١- قـرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعـام ٢٠٠٦ ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، بلا دار النشر ، بغداد ، ٢٠٠٦ .
٢- قـرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعـام ٢٠٠٩ ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، بلا دار النشر ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
٣- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠ ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ٢٠١٠ .

٤- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢ ، وزارة العدل ، مجلس شورى الدولة ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ٢٠١٢

حادي عشر - المصادر باللغة الأجنبية

1- Léon Aucoc , conferences sur , l’administration , et. Le, droit adminstratif ,Paris 1869

2- Laferiere . Traite de la juridction administrative et des reconrs contetierx , 1887.

3- Berthelemy . Traite elementaire de droit administratif . 1923 .

4- Leon Daguit , Grait de constitutionnel , Paris, 1923.

5-Mestre, La nation de service public d'apre's les d'ebats de L' Assemble'e nationale constituante .D.C.E1988 .

6-Dobkine(M.) : L’ordre re’pressif administratif.D. 1993.

7-Laurent Richer, Droit des contrats administratif , 1995 .

8-Charles DEBBASCH, Contentieux administratif , Dalloz , 3e e';gd ,1981 .