مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التحكيم في منازعات العقود الأدارية الدولية

دراسة تحليلية

Arbitration in disputes of international administrative contracts
An analytical study

الأستاذ الدكتور عبدالملك يونس محمد

أستاذ في القانون العام/ كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة صلاح الدين

المدرس الدكتور محى الدين حسن يوسف

مدرس في القانون العام/ كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة صلاح الدين

محاضر بكلية القانون والعلاقات الدولية/ الجامعة اللبنانية الفرنسية

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: ٢٠١٧/١١/١٥
القبول: ٢٥ / ٢٠١٧/١٢
النشر: **شتاء ٢٠١٨**

Doi: 10.25212/lfu.qzj.3.1.12

الكلمات المفتاحية:

Arbitration, international administrative contracts, types of arbitration,

ملخص البحث

أضحى التحكيم سواء في العقود الادارية الداخلية أو الدولية يفرض نفسه على مختلف الأنظمة القانونية للدول، خاصة أمام تراجع دور القضاء الوطني و التشكيك الذي يطاله،كون الدولة أو الشخص المعوى العام يكون طرفا و حكماً حينما تعرض نزاعات ترتبط بالادارة أمام القضاء الوطني، في ظل إنتكاسات هذا القضاء وما يعانيه من إختلالات كالبطأ و تعقد الأجراءات و غيرها.

إننا وامام النهج المنفتح للعراق الجديد و إقليم كور دستان نحو تهيئة الأرضية الخصبة للأستثمارات الأجنبية و تشجيعها للقدوم إلينا دعما للاقتصاد و التنمية الوطنية، نتسائل عن ما سيؤول إليه العقد الاداري الداخلي و الدولي،هل سيبقى كوسيلة من وسائل العمل الاداري أمام إصرار المتعاقد الأجنبي على تضمين العقد الاداري شرط التحكيم .

كل هذا يجعل التنبؤ بكساد نظرية العقد الاداري مسألة واقعية في ظل التزايد الملحوظ في مستوى رغبة الاطراف المتعاقدة في الاستعانة بالتحكيم

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

لحل النزاعات العقدية و تفضيل تطبيق قوانين لايميز بين العقود الخاصة و العقود الادارية .

و بالنتيجة فان هذا الو ضع يؤدي الى حرمان القضاء الوطني المختص (الاداري أو العادي) من البت في جزء أساسي من اختصاصه في المنازعات المتعلقة بالادارة العامة و منها العقود الادارية الدولية.

legislation, international agreements

1. **المقدمة:**
2. **موضوع البحث**

التحكيم كوسيلة لفض المنازعات كان معروفا لدى المجتمعات القديمة، فقد مارسته المجتمعات الفرعونية و اليونانية و الرومانية و البابلية، كذلك عرفه المجتمع الاسلامي القديم بعدما أقرت مشروعيته الشريعة الأسلامية.

وحيث ان الفصل في المنازعات أمام القضاء بصورة عامة و المنازعات الادارية بصورة خاصة عادة مايستغرق وقتا ويستنزف جهداً في تتبع الاجراءات المحددة قانونا، لذا أضحى التحكيم وسيلة مبتكرة لحل المنازعات تخفيفا عن كاهل القضاء و المتقاضين، وأحتراما لأرادة الخصوم الذين يفضلونه على القضاء . و الذي يهمنا هنا المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية الدولية، الذي عد البعض التحكيم في هذه العقود أعتداء و تدخلا في الأختصاص الأصيل للمحاكم و مخا لفة للقواعد الأمرة المتعلقة بالاختصاص، و أنتقاصا من سلطة و سيادة الادارة العامة .

وأتساعا لدور الدولة في المجال الأقتصادي، و بغية تحقيق التطور و النمو في الجانب الأستثماري، فان الدولة تتعاقد مع جهات دولية وأخرة وطنية سواء بطريق التعاقد العادي أو عن طريق ال تعاقد الاداري . فالأخير يحفظ لجهة الادارة أمتيازاتها أزاء الطرف الأخر فضلا عما يتضمنها من شروط أستثنائية غير مألوفة لانجدها في طريقة التعاقد العادي .

3. **أهمية الموضوع :**

تكمن أهمية موضوع البحث في صلته بالواقع الاداري و المالي للجهات الادارية المتعاقدة في الدولة ، فنتيجة للأنفتاح الاقتصادي الذي انتهجه العراق الجديد و منه اقليم كوردستان، أصبح حتميا عليهما إبرام عقود إدارية مع أشخاص محلية و دولية بصيغة عقود أستثمارية أو غير أستثمارية، تتعلق كلها بتقديم خدمات أساسية للمجتمع أو إنشاء البنى التحتية للمرافق العامة و صيانتها. ولأجل ذلك نجد ان توجه المتعاقدين الأجانب عموما هو إدراج شرط التحكيم في عقودها لمبررات مختلفة منها عدم الثقة بالقضاء الوطني أو التنصل من بعض القواعد القانونية النافذة أو أعتبارها غير ملائمة لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ عند تنفيذ هذه العقود أو لغيرها من المبررات.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وبلا شك فأن هذا الأمر يقلق الجهات الإدارية المتعاقدة لان مثل هذا الشرط يفقد العقد الاداري أهم خصائصه وينكر صفة السلطة و السيادة للادارة العامة لأنها تقف على قدم المساواة مع الطرف الأخر امام هيئة التحكيم التي يمكن أن تطبق قانونا أجنبيا وفقا لأتفاق التحكيم.

4. مشكلة الموضوع :

الأشكالية الرئيسية لموضوع بحثنا تتمثل في أن نظام التحكيم بأسره يتعارض مع النظام القانوني للعقود الادارية السائدة لدينا، فهل يمكن المؤاءمة بينهما؟، إذا ما علمنا أن اخضاع العقود الادارية للتحكيم هو إخلال بسيادة الادارة العامة، و يحد من اختصاص المحاكم الوطنية، ويخل بالقانون الواجب التطبيق على العقد الاداري، و يضعف من ضمانات ابرام هذا العقد و تنفيذه.

وبين كل هذا و ذاك، فان موقف التشريعات في الدول هو متفاوت حول إجازة أو منع هذا النوع من التحكيم، وانعكس ذلك تبعا على موقف الفقه و القضاء بين داعم لجوازه أو مساند لمنعه فنحاول تسليط الضوء على كل ذلك في ثنايا هذا البحث .

5. أسباب أختيار الموضوع :

بالنظر الى أن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات قد تزايد في الوقت الحالي، وبالأخص في المنازعات المختلفة الناشئة عن العقود و المعاملات المبرمة داخل الدولة و خارجها، وبزوغ روحية العمل بالتحكيم في حل منازعات العقود الادارية الدولية كضمانه للجهة المتعاقدة مع الادارة العامة، فهل يستقيم ذلك مع توجه التشريعات الادارية السائدة حول الموضوع؟ و هل يبشر ذلك بمستقبل واعد خدمة للمصلحة العامة في الدولة .

و مامدى تأثير التحكيم على سلطة و أختصاص القاضي الاداري؟فهل يعد مكملاً للمنظومة القضائية في الدولة أو انه طريق مواز و منافس للقضاء الوطني؟

وما هو آفاق إقرار نظام التحكيم في مجال العقود الادارية الوطنية و الدولية؟ وما إنعكاس ذلك على المبادئ التي تحكم الادارة العامة في سعيها تقديم الخدمات العامة؟

6. فرضية البحث :

إن فرضية بحثنا تنطلق من نقطة ثابتة وهي أن جميع منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية تخضع لأختصاص القضاء الوطني سواء كان قضاءً عاديا أم قضاءً إداريا. و إن حل هذه النزاعات عن طريق لجان و هيئات التحكيم ماهو إلا متغيرات و مستجدات طرأت على النظام القانوني للعقود الادارية، فرضتها التطورات الأقتصادية و التقنية و الدولية التي تميز بها في هذه المرحلة. فنحاول قدر المستطاع التثبت من صحة هذه الفرضية في الواقع القانوني و الاداري و القضائي للدولة.

7. منهجية البحث :

أتبعنا في ه ذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي فقمنا بعرض افكار و مفاهيم تتعلق بالتحكيم في العقود الادارية الدولية و القواعد التي تحكمه و سماته . و كذلك قمنا بتحليل النصوص القانونية التي تنظم مسألة فض المنازعات الادارية عن طريق التحكيم، و أراء و افكار الفقهاء و الباحثين المتعلقة به، سعيا للخروج بنتائج تخدم الجهات الوطنية و أصحاب الأختصاص.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

8. خطة البحث

تم تقسيم الموضوع كالآتي:

المبحث الأول: ماهية نظام التحكيم و أنواعه و طبيعته القانونية

المطلب الاول: تعريف التحكيم و تمييزه عن غيره

الفرع الأول: تعريف التحكيم

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم في العقود الادارية الدولية

الفرع الأول: مضمون التحكيم من التحكيم فيه

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعملية التحكيم

المبحث الثاني: مفهوم العقد الاداري الدولي و موقف التشريعا

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي و معاييره

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الدولي

الفرع الثاني: معايير دوليةَ العقد الإداري

الفرع الثالث: مدى جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية

المطلب الثاني: موقف التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية الدولية و آثار القرار التحكيمي

الفرع الأول: موقف الإتفاقيات الدولية من التحكيم في العقد الإداري الدولي

الفرع الثاني: موقف التشريعات الفرنسية و العراقية و الكوردستانية من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

الفرع الثالث: آثار القرار التحكيمي لطرفي النزاع

الخاتمة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المبحث الاول

ماهية نظام التحكيم و أنواعه و طبيعته

لتوضيح ماهية نظام التحكيم و انواعه و طبيعته القانونية سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب ، سنقوم في المطلب الأول القيام بتعريف التحكيم و تمييزه عن غيره من الأنظمة ، و نتناول في المطلب الثاني أنواع التحكيم ، و نكرس المطلب الثالث للطبيعة القانونية للتحكيم في العقود الأدارية الدولية.

المطلب الأول :تعريف التحكيم و تمييزه عن غيره

نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نخصص الفرع الأول للتعريف بالتحكيم ، و الفرع الثاني مكرس لتمييز التح كيم عن غيره من الأنظمة.

الفرع الاول: تعريف التحكيم

اولاً: التحكيم لغة

إن لفظ التحكيم في اللغة من مصدر الفعل (حكم) بتشديد الكاف مع الفتح يقال (حكم)، الأمر-حكماً: قضي له و حكم عليه، وحكم بينهم،حكم فلانا في شيء، والأمر يعرف فيه كما يشاء، يقال أحتكم في مال فلان،و احتكم في أمره.[1]

كما أن التحكيم هو إطلاق اليد في شيء أو تفويض الأمر للغير، لهذا يقال حكم الخصمان فلان،إذا جعل له النظر في منازعاتهما. و من يفوض إليه النظر في التحكيم يسمى محكما أو مُحكَما إليه، بينما يسمى الخصم محتكما.[2]

ثانيا:التحكيم إصطلاحاً:

يقصد به إتفاق أطراف النزاع - أتفاقا يجيزه القانون - على أختيار بعض الاشخاص للفصل فيه -بدلا من القضاء المختص - ويكون القرار الصادر في هذا الشأن ملزما لهم.[3]

---

1 – معجم الوجيز في اللغة العربية، دون دار النشر، القاهرة،1980،ص165 .

2 – فيروز أبادي،القاموس المحيط، دار الفكر العربي، بيروت، 1978، ص98 .

3– د.ماجد راغب الحلو، التحكيم و العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص162 .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و عرفه البعض بأنه (تولية الخصمان حكما يحكم بينهما،أي أختيار ذوي الشأن شخصاً أو اكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن تكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما).[1]

كما أوضح الفقيه (گارلس گارسون) أن التحكيم هو نظام يُسوي بموجبه طرف من الغير، خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف، ممارساً لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء ألاطراف. بينما أشار الفقيه (أوبرى) الى ان التحكيم هو إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين امام محكم يختارونه و يحددون سلطاته للفصل بينهم، مع تعهدهم بقبول قرار التحكيم الذي يصدره المحكم و يعتبرونه ملزما.[2]

كما عرفه المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه (عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين بأختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالئة، مجرداً من التجامل و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحال الطرفان إليه،بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية).[3]

وفي ضوء ما تقدم يمكننا تعريف التحكيم بأنه نظام قانوني عقدي محدد، بموجبه يستبعد طرفا النزاع ولاية القضاء على النزاع و ذلك بأختيارهما محكماً واحدا أو أكثر لتسوية نزاعهم.

من هنا نجد أن التحكيم هو عملية قانونية مركبة تقوم على أتفاق اطراف النزاع على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه على ضوء قواعد القانون و مبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي،أو على ضوء قواعد العدالة وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين،والذي يحوزحجية الشئ المقضي به، ويصدر بتنفيذه أمر الجهة القضائية المختصة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

ثالثاً: تعريف التحكيم تشريعا:

ورد تعريف التحكيم في تشريعات عدد من الدول،منها ما جاء في التشريع الفرنسي في أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم،يعهد اليها الأطراف مهمة القضاء فيها بمقتضى أتفاق تحكيم .[4]

كما ذهب القانون التونسي إلى أن التحكيم هو(طريقة خاصة للفصل في بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الاطراف مهمة البت فيها بموجب أتفاقية تحكيم).[5]

أما القانون السوداني فقد عرف التحكيم بأنه (إتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على ماينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو افراد يتم اختيارهم بارادتهم أو أتفاقهم).[1]

4–د.أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للأنشاءات، جامعة بني سويف، 1998، ص[18] .

1– Aubry et Ran,coursed droit civil francais, Tom,6.5 ed,1962,pave Bertin,p.477 .

2 – دعوى رقم (13) لسنة 1994، منشور في الجريدة الرسمية للمحكمة الدستورية العليا،عدد (12) في 1995/1/12 .

3– المادة الاولى من قانون التحكيم الفرنسي رقم (42) لسنة 1993 .

4–المادة 5 من الفصل الأول من قانون التحكيم التونسي رقم 42 سنة 1995 .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

على أن المشرع المصري و معه مشرعو دول مجلس التعاون الخليجي،حينما تعرضوا لتعريف ال تحكيم، اكتفوا بأبراز عناصره و خصائصه الذاتية التي تميزه عن الوسائل الأخرى لفض المنازعات كالصلح و التوفيق - على سبيل المثال - تاركا الباب لاجتهاد الفقه و القضاء بهذا الصدد.[2]

وقد ذهب رأي في الفقه [3]، الى عكس هذا القول مؤكدا أن المشرع المصري تعرض لتعريف التح كيم حينما نص على أنه(أتفاق الطرفين على الألتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية).[4]

والملاحظ أن هذا التوجه قد خلط بين أتفاق التحكيم كآلية لنظام التحكيم وبين المحاكم كنظام قائم و مستقل بذاته،فهذه المادة لم تتعرض لتعريف التحكيم و تبيان مفهومه و عناصره التي تميزه عن الأنظمة الأخرى الشبيه له،وإنما تصدت لتعريف أتفاق التحكيم و نظامه القانوني كآلية لفض المنازعات.[5]

فهذا الأختلاف حول تعريف التحكيم ماجعل من الفقه و الأجتهاد أن يتعرضا لتعريفه ومن ثم تمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة .

رابعاً: تعريف التحكيم فقهاً:

وردت تعاريف عدة لنظام التحكيم في فقه القانون، فالفقه الفرنسي عرفه بأنه (وسيلة ودية أو سلمية لتسوية الخلافات بواسطة شخص أو عدة أشخاص عاديين-عددهم فردي- يسمون محكمين).[6]

كما عرفه البعض منهم بأنه (نظام يتمتع الأفراد في ظله بحرية تعيين محكمين يعهد إليهم مهمة حسم نزاعاتهم).[7] فهذه التعاريف في تقديرنا تدور حول مضمون و معنى واحد يتحدد بحسم الخلاف المثار بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص مختصين يختارهم الأطراف بمحض إرادتهم دون توجيه من المحكمة او الجهة ذات الصلة.

وفي الفقه العربي تم تعريفه بأنه (الأتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به).[8] كما عرف بأنه (أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها يرتكز على اختيار الخصوم بارادتهم أفراد ع اديين للفصل فيما يثور بينهم أو محتمل أن يثور بينهم من نزاع).[9]

الملاحظ ان التعاريف التي قال بها الفقه العربي تقترب من تلك التي قيل بها في الفقه الفرنسي،و أنهما يكادان أن يحملا المعنى ذاتها.من هنا فان عناصر نظام التحكيم تشترك بها فقه قوانين دول مختلفة .

1- المادة (4) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005 .

2- د.احمد عبدالكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص[19]

3-محمود السيد عمر ، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية،أسكندرية، 2001، ص[55].

٣4-المادة العاشرة الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (27) سنة 1994.

5-أنظر قريبا من هذا المعنى:صبري أحمد محسن،إجراءات التحكيم التجاري الدولي،اطروحة دكتوراه من جامعة عين شمس،2004،ص[3] .

6-Vedel,droit administratif,3ed,themis, Paris,1964,p.247.

7-Revero,précis de droite, administratif,Dolloz,Paris,1965,P.218

نقلا عن د.سليمان محمد الطماوي،دروس في القضاء الاداري،دار الفكر العربي، القاهرة، 1974،ص[117].

1-محمد سعيد حسين أمين، العقود الادارية،دون مكان و سنة الطبع، ص[331] .

2-إبراهيم محمد أحمد،التجارة الدولية،ط1، شركة مطابع سودان،2012،ص[7] .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة

التحكيم كوسيلة ودية لفض المنازعات القائمة بين الأشخاص عن غير طريق القضاء في الدولة،فانه كنظام يتشابه مع أنظمة أخرى تعمل في هذا المجال،فوجدنا أنه لزام علينا مقارنته مع أنظمة الصلح و التوفيق و الخبرة، حتى تتضح م عالم هذا النظام و تبرز ذاتيته و أستقلاليته عنها،و ذلك في ثلاث نقاط متتالية:-

أولاً: تمييز التحكيم عن الصلح

الصلح عقد بموجبه يحسم المتنازعان نزاعا قائما أو محتملا يترك به أي منهما جزءاً من إدعاءاته لأرضاء الاخر، والصلح قد يكون عند عرض النزاع امام المحكمة أو المحكمين،و يتم تسجيل اتفاق الصلح و إصداره كحكم حتى يكون القرار ملزما في هذه الحالة.[1]

فالمشرع المصري عرفه بانه(عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا،وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه).[2]

كما عرفه المشرع الفرهسي بأنه(عقد يحسم به الأطراف نزاعا قائما أو يتدارك به نزاعا محتملا).[3]

على ذلك فأن كل من التحكيم و الصلح يرتكزان على إرادة الأطراف و يؤكدان رغبتهم في حل الخلاف القائم بينهما دون تدخل القضاء، و ان كل من اتفاق الصلح والتحكيم لايثبت إلا بالكتابة،علاوة على أن النطاق الموضوعي لكل من التحكيم و الصلح متطابق، حيث لايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو الناشئة عن ارتكاب الجرائم و إجازتها في الحقوق المالية المترتبة عليه .كما أن ما فصل به بالتحكيم أو أتفق عليه صلحاً، يصلح لأثارة الدفع بحجية الشيء المحكوم به عند إثارة ذات النزاع أمام القضاء.[4]

و الصلح جائز في المنازعات الأدارية شأنها شأن منازعات القانون الخاص، فالمادة (2045) فقرة (3) من التقنين المدني الفرنسي أجازت لجهات الأدارة إجراء الصلح بتصريح من رئيس الوزراء الذي بدور ه أصدر مرسوماً في 8 نيسان 1995 – بعد الدراسة التي أجراها مجلس الدولة سنة 1993 – بخصوص الطرق البديلة لحل المنازعات الأدارية (الصلح، التحكيم، التوفيق) و ذلك لحث الأدارة على اللجوء الى الصلح في منازعاتها بحسب الأحوال.

و كذا الحال في مصر، فالصلح في المنازعات الأدارية جائز على أن لا يتعلق الأمر بالنظام العام، و أن يكون حق الأدارة ثابت لا نزاع فيه.[5]

و مهما يكن من أمر فأن هناك فوارق أساسية بين التحكيم و الصلح تجعل كل منهما يختلف عن الآخر . فمحل العقد في التحكيم و هو الألتزام بعدم طرح النزاع الذي يوجد بشأنه أتفاق التحكيم على القضاء، حيث يترك أمر الفصل فيه للمحكم المختار،

3–نفس المصدر ، ص[74] .

4–المادة (2) من قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994.

5–المادة (2044) من القانون المدني الفرنسي .

1–أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتى، الكويت، دون دار النشر، 2011، ص[74] .

2–السيد احمد محمود، مفهوم التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2003،ص[34].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أما محل العقد في الصلح هو تسوية مباشرة للنزاع عن طرق تنازل كل من المتنازعين عن جزء ما يدعيه مقابل إبقاء الجزء الآخر . و من حيث الطعن، فأن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، و يكو ن قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد إفراغه في قالبه التنفيذي. بينما عقد الصلح لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة بخصوص الأحكام، و أنما يكون قابلا للبطلان أو الفسخ وفق قواعد القانون المدني، و يكون غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا بوروده في عقد رسمي أقر به الخصوم أمام القضاء و تم إثبات ذلك الأقرار في محضر الجلسة.[1]

ثانياً: تمييز التحكيم عن التوفيق

إن التوفيق عرف فقها بأنه نظام يقوم على تدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما، و تسوية النزاع المثار بأقتراح حل يستند الى إرادة الطرفين و من ثم تنفيذه بأتفاقهما عليه بواسطة الموفق (الشخص أو الجهة التي تولى عملية التوفيق). فالتوفيق الى جانب التحكيم من أهم الوسائل الودية لتسوية المنازعات، و حتى فأن التوفيق يعد إجراءً تمهيدياً يسبق عرض النزاع على التحكيم.

فالتوفيق دخل التعامل الدولي بعد الحرب العالمية الأول ى، عندما نص عليه عهد الأمم لسنة 1922، و كذلك تضمنته المعاهدات الجماعية و الثنائية التي أبرمت لتسوية المنازعات الدولية، منها ميثاق لوكارنو سنة 1925 و معاهدة بلطيق للسنة نفسها.[2]

ففي فرنسا أعتبر التوفيق إجبارياً في بعض المنازعات، فالمادة 6 من دستور سنة 1871 نصت على أنه لا يمكن للقضاء العادي أن يقبل أية قضية مدنية دون أن يتأكد من أن الأطراف تم إحضارهم أو أن المدعي كلف الخصم بالحضور أمام وسيط من أجل التوفيق بينهما.

و في مصر فأن المشرع قد أستحدث نظام التوفيق لتسوية المنازعات الأدارية و منها منازعات عقود الأدار ية الداخلية و الدولية، بأصداره قانون رقم 7 لسنة 2000، و ذلك لحل كل هذه المنازعات التي تكون الدولة و الأشخاص العامة طرف فيها دون اللجوء الى القضاء.

فثمة إختلافات جوهرية بين التحكيم و التوفيق يمكننا تلخيصها في الآتي:

1. في التوفيق ان ما ينتهي إليه الموفق من حل لا يعدو أن يكون مجرد اقتراح غير ملزم للأطراف، فلهم الحرية في الأخذ به من عدمه.

   أما في التحكيم فأن المحكم يصدر قراراً يفرض على الأطراف فلا يحق لهم مناقشته أو تعديله.
2. يترتب على الأتفاق على التحكيم منع عرض النزاع موضوع التحكيم على القضاءالوطني، أما في التوفيق فيحق لأي من طرفي النزاع اللجوء الى القضاء على الرغم من إبرامهما إتفاقاً يوجب عرضه على موفق.
3. يحوز قرار التحكيم حجية الشي المقضي به بمجرد صدوره، بأعتباره عمل قضائي، في حين ما ينتهي إليه الموفق لا يحوز هذه الحجية.[1]

3–محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر العربي،القاهرة ، 199، ص[28].

4–د.محمود محمد هاشم، المصدر السابق، ص[29]– و أيضاً د.عصام العطية،القانون الدولي العام،المكتبة القانونية، ط 1،بغداد،2008،ص[591] .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

4. أن المحكم يعتبر قاضياً يفصل في الخصومة، بينما الموفق لا يعدو أن يكون مجرد وسيط يستعان به عند الحاجة.
5. أن مدة التحكيم تحدد عادة من قبل الأطراف ينص عليها في وثيقة التحكيم، أما في التوفيق فيتم تحديدها من قبل القاضي عندما يكون التوفيق قضائياً.
6. أن التوفيق يجوز في كل أنواع المنازعات الأدارية و إن تعلقت بالنظام العام، بينما لا يجوز اللجوء الى التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح و هي التي لا تتعلق بالنظام العام.

ثالثاً: تمييز التحكيم عن الخبرة:

يعرف الخبرة بأنها إجراء يعهد بمقتضاه قاضي أو محكم أو خصوم الى شخص ما يسمى بالخبير مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني الذي يكون على دراية بها دون أن يلزم القاضي بهذا الرأي.[2]

فالخبير هو الشخص العالم ببواطن الأمور بخصوص مسائل فنية أختصاصية كالطب و الهندسة و العلوم النظرية و التطبيقية، فيتم ندبه من قبل المحكمة أو بطلب الأطراف لأبداء رأي فني حول مسألة تتعلق بموضوع الدعوى بحيث تعيين المحكمة للوصول الى حكم سليم، و رأيه هذا يعد عنصراً من عناصر الأثبات فحسب.

و الخبرة تكون على نوعين، قضائية و إتفاقية، فالأولى هي أستعانة القاضي بشخص متخصص في مسألة من المسائل الفنية ليتسنى له الحكم في النزاع المعروض عليه ك ما سبق لنا الخوض فيه . أما الثانية فهي أتفاق الأطراف على الأستعانة بشخص أو أكثر من الغير لأبداء الرأي في شكل تقرير مفصل حول مسائل فنية يصعب على الأطراف الالمام بها، كل ذلك في سبيل حل معضلة الموضوع أو النزاع القائم بينهم.

المطلب الثاني : أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم من حيث إرادة الخصوم في تشكيله الى تحكيم أختياري و تحكيم إجباري، و بالنظر الى النطاق الجغرافي ينقسم الى تحكيم داخلي و تحكيم خارجي، و من حيث الأساس الذي يستند إليه المحكمون الى تحكيم بسيط و تحكيم مع التفويض بالصلح، و من حيث المضمون الى تحكيم كلي و تحكيم جزئي و كذلك التحكيم في المشروعات العامة، عليه سنتناول كل هذه الأنواع في عدة نقاط متتالية:

أولاً: التحكيم الأختياري و التحكيم الأجباري

الأصل في التحكيم أن يكون أختيارياَ، بحيث يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع، في أتفاق يختارون فيه المحكم و القانون الواجب التطبيق و إجراء التحكيم.

1–هذا المعنى عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 1994/12/17،في ان التوفيق يعد تسوية ودية لاتحوز االتوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي فيه بل يكون إنفاذها معلقا على قبول أطرافها،و التقيد بها طواعية .

2–د.عزمي عبدالفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي،دون سنة و مكان الطبع، ص [14] .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و أختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء الى هذا الأسلوب لتسوية النزاع، أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر للقضاء، أو اللجوء لأي طرف آخر لتسوية نزاعهم.

و **على** الرغم من ذلك فقد يكون التحكيم إجبارياً حينما يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات نظراً لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء الى القضاء لتسوية تلك المنازعات، و في التحكيم الأجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركاً للخصوم حرية أختيار المحكم و تعيين إجراءات التحكيم، و قد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل، فيضع تنظيماً كاملاً لأجراءات التحكيم، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن .[1] ففي مصر صدر القانون رقم (27) لسنة (1994) بشأن التحكيم الأختياري في المواد المدنية و التجارية و نص في المادة (4) فقرة أولى منه أنه (ينصرف لفظ التحكيم في هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفي النزاع بأرادتهما الحرة سواء كانت الجهة أو إجراءات التحكيم بمقتضى إتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك). و هذا ما أخذ به المشرع العراقي و الكوردستاني في قانون مجلس شورى الصادر في العراق و الأقليم، بخصوص جميع المسائل المختلف عليها بين الوزارات أو بينها و بين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا أحتكم أطراف القضية الى المجلس و يكون قرار المجلس ملزماً لها.[2]

و يرتب بعض الفقهاء على الطابع الأختياري للتحكيم نتيجتين أثنتين، أولاهما أنه لا يتقيد اللجوء الى التحكيم بميعاد معين فيمكن للأطراف اللجوء إليه حتى لو كان النزاع القائم بينهم معروض على القضاء . و ثانيتهما أنه يملك الأطراف في أية لحظة ترك التحكيم و اللجوء إلى القضاء لحل النزاع القائم بينهم.[3]

أما فيما يتعلق بالتحكيم الأجباري فأنه في تصوري يتخذ إحدى صورتين، الأولى هي أن يحدد المشرع حالات معينة يمنع فيها اللجوء الى القضاء بصفة مطلقة، فلا يكون أمام الأطراف الا اللجوء للتحكيم و هذه وضعية نادرة الحدوث لأنها تخالف إعلانات الحقوق و الدساتير التي تنص على حق كل إنسان في اللجوء الى القضاء المحدد له قانوناً.

أما الثانية فأنها تحصل عندما يشترط المشرع لقبول الدعوى أمام القضاء ضرورة طرحها في بادئ الأمر على هيئة التحكيم، و إلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط لإزم من شروط قبول الدعوى.[4]

على ذلك يرى البعض أن التحكيم الأجباري ليس تحكيماً بالمعنى الفني الدقيق لتخلف أهم عنصر في التحكيم وهو إرادة الأطراف، و بالتالي فليس لهذا النوع من التحكيم سوى أسمه.[5]

و بدورنا لانتفق مع القائلين بأن اللجوء الى التحكيم بنوعيه الأختياري و الأجباري القصد منه الاقتصاد في الوقت و النفقات،بل نجد ان ذلك لايكون دقيقاً أو مجانباً للصواب بالنسبة للتحكيم الاجباري و عندما تكون أطرافه من أشخاص القانون العام كونها جميعاً تعمل على تحقيق الصالح العام و إن أختلفت مجالات عمل كل منها، و طالما كانت أموالها جميعاً من أموال العامة للدولة في نهاية المطاف.

---

1 – د.عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي،دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000، ص[30]

1–المادة(6) فقرة(3) من قانون مجلس شورى الدولة في العراق رقم 65 لسنة 1979 المعدل و المادة (9) فقرة اولا من قانون مجلس شورى الاقليم كوردستان العراق رقم(4) لسنة 2008 النافذ .

2–انظر د.احمد ابو الوفا،عقد التحكيم و إجراءاته،دار المطبوعات الجامعية،دون سنة و مكان الطبع،ص[94] .

3– د.جورج شفيق سارعي، التحكيم و مدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية،دار النهضة العربية، 1997، ص[30] و د.أميرة صدقي، النظام القانوني للمشروع العام و درجة إحالته،القاهرة، 1971، ص[636] .

4–د.حمزة حداد، أتجاهات حديثة للتحكيم التجاري الدولي،ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط و الشرق الاوسط، 2001 .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياَ: التحكيم الداخلي و التحكيم الخارجي:

يعد التحكيم داخلياً عندما يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعاً و أطرافاً و سبباً . و يعد التحكيم أجنبياً إذا جرى خارج الدولة و لم يتفق أطرافه على إخضاعه للقانون الوطني.[1]

و على العكس من ذلك فأن التحكيم يعد خارجياً إذا صدر فيه حكم التحكيم خارج الدولة، و بالتالي فأن هذا التحكيم يخرج عن نطاق خضوع للقانون الوطني، و ذلك على الرغم من أن التحكيم التجاري الدولي، أي المتعلق بالتجارة الدولية يمكن أن يخضع للقانون الوطني، في حالة أتفاق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون.[2]

و على ذلك فأن المشرع المصري يعتمد في تحديده لدولية التحكيم على معيارين أولهما جغرافي يستند الى تعدد جنسيات أطراف التحكيم و تعدد أماكن و مكان تنفيذ و مكان التحكيم و محل إقامة أطراف النزاع و ثانيهما أقتصادي حيث يكون التحكيم دولياً متى كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية أستناداً الى المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري.[3]

و قد نظم المشرع الفرنسي التحكيم الداخلي في المواد (1442 - 1491) من قانون المرافعات المدنية و التجارية و الزم القانون هيئة التحكيم بتطبيق القانون الفرنسي على النزاع إذا كان التحكيم داخلياً و لم تكن هذه الهيئة مفوضة بالصلح.[4]

و بالنسبة للتحكيم الخارجي أجاز المشرع الفرنسي لطرفي التحكيم أختيار القانون الذي يرغبان تطبيقه على النزاع بغض النظر عن المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم سواء في فرنسا أو خارجها . و بنفس الأتجاه سار المشرع المصري و لكنه أشترط في حالة أتفاق الأطراف على إختيار قانون أجنبي للتحكيم، أن تكون القواعد التى تطبقها هيئة التحكيم غير مخالفة للنظام العام المصري حتى يتم تطبيق الحكم في مصر.[5] أما في العراق فلا وجود لقواعد محددة تميز بين هذين النوعين من التحكيم.

ثالثاَ: التحكيم البسيط و التحكيم مع التفويض بالصلح:

التحكيم البسيط هو الذي يستند المحكم في إصدار حكمه فيه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع سواء كانت القواعد مكتوبة أو عرفية . و إذا كان هذا التحكيم هو الأصل فأنه أستثناء منه يجوز التحكيم مع التفويض بالصلح و بموجبه يخول طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل و الأنصاف دون التقيد بأحكام قانون معين.[6]

فالمشرع الفرنسي و في المادة (1496) من قانون المرافعات المدنية أجاز لطرفي النزاع الذي يتعلق بالمعاملات الدولية أختيار القواعد القانونية التي يريدانها التطبيق على النزاع، و منح هيئة التحكيم الحق في أختيار القواعد المناسبة و المنسجمة مع واقع حال الأعمال في الدولة.[7]

أما المشرع المصري فأنه قد أخذ بكلا النوعين من التحكيم حيث نصت الفقرتين الأولى و الثانية من قانون التحكيم عل ى أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان . أو القواعد الموضوعية في القانون التي ترى

1–د.فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000،ص 30 .

2–د.السيد عيد نايل،اتفاق التحكيم، محاضرات في الدورة العامة لاعداد المحكم،مركز حقوق عين شمس للتحكيم، 2008،ص28.

3–أنظر د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية،منشأة المعارف بالاسكندرية،ط 1، 2006،ص30–31.

4–د.يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص48 .

5–المادتين (39) و (58) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

1–انظر د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية، مصدر سابق، ص 31 .

2–د.يسري محمود العصار، مصدر سابق، ص 51 .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

هيئة التحكيم أنها أكثر أتصالاً بالنزاع، إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع . و إذا أتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الأنصاف دون التقيد بأحكام القانون.[1]

و قد أخذ بهذا النوع من التحكيم كل من فرنسا و مصر و العراق و أقليم كوردستان.[2]

رابعاً: التحكيم الكلي و التحكيم الجزئي:

إن التحكيم يكون كلياً إذ ا أتفق الخصوم على أن يكون التحكيم شاملاً لجميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد مهما كانت طبيعتها سواء أكانت ذات طابع فني أو أقتصادي أم قانوني . و التحكيم يكون جزئياً إذا أتفق أطراف النزاع على أن يشتمل التحكيم بعض أنواع المنازعات دون غيرها كأن تكون منازعات فنية أو قانونية أو أي نوع آخر معين.[3]

خامساً: التحكيم في منازعات المشروعات العامة:

إن المشرع المصري قد نظم نوع من التحكيم الأجباري عندما أصدر مجلس الوزراء فيه نظام 10 كانون الثاني لسنة 1966 المقرر بتسوية المنازعات التي تنشأ بين وحدات القطاع العام أو بينها و بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بطريق التحكيم أمام لجان خاصة مشكلة ضمن مرافق وزارة العدل دون اللجوء الى القضاء على أعتبار أن هذه المنازعات تتعلق بالمصالح العامة و ليس بمصالح شخصية للأفراد.[4]

و قد أتبع المشرع المصري نهجاً مغايراً حيث أجاز لهذه المشروعات اللجوء الى التحكيم الأختياري و لم يستمر على فرض نظام التحكيم الأجباري إلا لبعض المشروعات العامة حصراً، و كان ذلك بتأثير السياسة الأقتصادية الحرة و سياسة نظام الخصصة التي انتهجتها الدولة في تلك الحقبة من الزمن.[5]

كما أن المشرعين العراقي و الكوردستاني قد أخذا بهذا النوع من التحكيم حينما أشارا الى التحكيم في المادة (11) فقرة (7) من تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع و أعمال خطة التنمية القومية لسنة 1988، كما ذكرت في المادة (69) من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية لسنة 1990 النافذ في الأقليم و المادة (45) من تعليمات شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية، بأحالة النزاع الناشيء بين صاحب العمل و المقاول الى المهندس و أيا كان نوعه سواء أكان ناجم عن المقاولة أو عن تنفيذ الأعمال أو بعد إكمالها و يكون قرار المهندس ملزماً ل كلا الطرفين، و إذا لم يقبل صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس فعندئذ يحال الموضوع الى التحكيم.

3-انظر (ف 1) من المادة (39)من قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 .

4-راجع المواد(1474) و(1497) من قانون المرافعات المدنية و التجارية الفرنسي و فقرة (4) من المادة (39) من قانون التحكيم المصري و المادة (265) من قانون المرافعات العراقي والنافذ أيضاً في أقليم كوردستان .

5-د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الأجباري،ط5،منشأة المعارف،اسكندرية،1987، ص[32] .

6-د.يسرى محمد العصار، مصدر سابق، ص[68] .

1-د.يسرى محمد العصار، مصدر سابق،ص[69] .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

من هذا فإن المشرعين العراقي و الكوردستاني قد أخذا بالتحكيم كأسلوب لفض المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة التي هي نوع من أنواع العقود الأدارية ذلك أن تعليما ت تنفيذ مشاريع خطة التنمية القومية هي بمثابة التشريع المطبق في مجال عقود الأشغال العامة في العراق و الأقليم.

كما أنه في تقديرنا لا يكون هناك مانع من الأخذ بنظام التحكيم في العقود الأدارية الأخرى و ذلك أسوة بالعقود المدنية التي أجاز المشرع العراقي و الكوردستاني لأطرافها اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات النتعلقة بها حيث يجوز تطبيق قواعد العقد المدني على العقد الأداري كلما كانت تلك القواعد غير متنافية مع طبيعة العقد الأخير.

و في فرنسا و مصر فأن المشرع قد أجاز اللجوء الى التحكيم كطريقة لفض منازعات العقود الأدارية بكل أنواعها.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم في العقود الأدارية الدولية

لكي نتعرف على الطبيعة القانونية للتحكيم لابد لنا من أن نخوض في غمار عناصر التحكيم أو مضمونه الذي يكون مدخلاً لفهم هذه الطبيعة التي أختلف الفقه القانوني في تفسيرها و تحديد معالمها، عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين أثنين و كالآتي:

الفرع الأول: مضمون التحكيم (عناصره)

إن لجوء الأشخاص (طبيعة كانت أو معنوية) الى التحكيم يكمن أساسه في وجود نزاع يكتنف معاملاتهم العقدية فيراد حله بهذه الوسيلة . فالفقه أختلف حول مفهوم المنازعة و خاصة في المجال القانوني، فذهب جانب من الفقه الى تصوير المنازعة تصويراً شكلياً، و جانب آخر صورها تصويراً موضوعياً . بينما قام جانب آخر بالجمع بين التصويرين الشكلي و الموضوعي، و نورد أدناه هذه الأتجاهات الفقهية في ثلاث نقاط متتالية:

أولاً: الأتجاه الشكلي لمفهوم المنازعة

حاول جانب من فقه القانون الوضعي المقارن تقديم مفهوم شكلي للمنازعات يعتمد على عناصر خارجية، فالمنازعة وفق رأيهم هي المواجهة أمام القضاء و التي تتم بناءاً على إجراءات الخصومة القضائية، فوجود المنازعة يعتمد على هذا الشكل بغض النظر عن وجودها ا لفعلي، و إذا كان توافر هذا الأخير يعتمد على إرادة المشرع و إرادة المتقاضيين، فهذا سيرتب بالضرورة نتيجة هامة مفادها أن وجود فكرة المنازعة على الصعيد القانوني يتوقف على هاتين الأرادتين .و ينتقد هذا الأتجاه من حيث أن فكرة الشكل هي في محصلتها إجراءات خارجة عن ا لمنازعة، و من ثم لا يمكن أن يتم أستنتاج وجودها بصفة عامة سابقاً للشكل و الإجراءات التي تنظر بواسطتها هذه الأخيرة.[1]

1 – أنظر د.محمود السيد عمر التحيوي، انواع التحكيم و تمييزه عن غيره،دار الكتب العربي الحديث،الاسكندرية، 2009، ص56 – و من أشار إليهم من مؤيدين لهذا الاتجاه .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً: الأتجاه الموضوعي لمفهوم المنازعة:

يعتمد هذا الإتجاه المنازعة في حد ذاتها لأستخلاص عناصرها وفق مايرون بأنه العنصر الراجح في تحديد م فهومها، فأعتمد البعض على أشخاصها و أعتمد البعض الآخر على مضمونها، معتبراً بأنها تنازع بين الأرادات، و من ثم فأن وجود المنازعة مرتبط بلحظة توافر هذا المضمون، دون أشتراط توافر شروط أخرى في الشخص الذي تصدر عنه، أو في طبيعة المصلحة التي يدافع عنها، و إنما تلزم هذه الأخيرة فقط لتحديد التشكيلات القضائية المختصة بالفصل في النزاع و كذلك الإجراءات الواجبة أتباعها عند النظر فيه.[1] بدورنا نرى أن المنازعة وفق هذا الأتجاه ما هي إلا تعارض في المصالح، يتخذ صورة تنازع إرادتين تتمثل بإدعاء من جانب تجابهه معارضة من جانب آخر ، و تتخذ هذه المعارضة أشكال مختلفة تتمثل في أغلبها الأعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها.

ثالثاً: الأتجاه المختلط لمفهوم المنازعة

في منظور هذا الإتجاه فان المنازعة تتحلل من حيث المحتوى الى ثلاثة عناصر و هي، تعارض بين إدعاءات خصمين، و قبول أشخاص المنازعة الحل القانوني السلمي يعرضها على القضاء، و من ثم وجود قاضي مختص يمثل السلطة العامة يكون مهمته الفصل فيها بحل قانوني بعيد عن العنف.

ففكرة المنازعة هي التي يجب أن تحدد طبيعة العمل الذي يمكن أن تقوم بها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل عن المنازعة بأعتبارها قضاء خاص، و من ثم لا يجوز ابرام عقد تحكيم بالنسبة لمنازعة أنتهت بالفصل بين أطرافها، إما بحكم قضائي صادر من القضاء العام بالدولة يكون حاسماً لها أو بحكم تحكيم صادر في هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فيها و يكون نهائياً، عليه فأن نظام التحكيم بناء قانوني مركب من ثلاثة إرادات، إحداها هي إرادة النظام القانوني الوضعي،و الثانية هي ارادة أطراف المحتكمين، و الثالثة تتمثل بأرادة، هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في المنازعة، و اذا أفتقر نظام التحكيم لأي من الإرادات الثلاثة سالفة الذكر ف لا تظل للتحكيم أية قيمة قانونية تذكر.[2]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعملية التحكيم

الجاري في العمل ان التحكيم يبدأ بعقد و ينتهي بحكم، فلا بد لنا كي نحدد طبيعة التحكيم أن نبحث أمرين أولهما هو طبيعة أتفاق التحكيم و ثانيهما فهو طبيعة الحكم الصادر من المحكمين.

أولاً: طبيعة أتفاق التحكيم

أختلف الفقه بشأن طبيعة أتفاق التحكيم حيث ذهبوا في ذلك لأربع أتجاهات منها:

2–د.محمود السيد عمر، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، منشاة المعارف بالاسكندرية، 2002، ص59 – كذلك ما أشار اليهم من مؤيدين لهذا التوجه في الفقه المقارن .

1–د.ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص55 .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1 - الصفة التعاقدية لأتفاق التحكيم، حيث يذهب انصار هذا الأتجاه الى ان جوهر التحكيم هو اتفاق التحكيم، حيث يستغرق هذا الاتفاق بقية مراحل التحكيم حتى صدور حكم المحكم الذي يلتزم به طرفا المنازعة، لأن هذا الإتفاق هو الذي يمهد الطريق الى التحكيم و يحدد الإجراءات التي يتبعها المحكمين و حتى صدور الحكم الذي يرتبط بأتفاق التحكيم أرتباطاً لا يقبل التجزئة.
هنا فأننا نلاحظ أن هذا الأتجاه يعظم الى حد كبير من دور الأتفاق سواء أكان شرطاً أو مشارطة.[1]

و قد أيد القضاء المصري هذا الأتجاه، فقررت محكمة النقض المصرية أن (التحكيم هو طريق أستثنائي سنه المشرع لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية و ما تكفله من ضمانات و من ثم فهو محصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين من عرضه على هيئة التحكيم).

كما أيدت محكمة التمييز الفرنسية ذلك حيث قضت بأن (قرارات التحكيم صادرة على أساس عقد تحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذا العقد و تنسحب عليها صفته التعاقدية).[2]

2 - الصفة القضائية لأتفاق التحكيم –أصحاب هذا الأتجاه تذهب الى القول بأن الطبيعة القضائية للتحكيم هي السمة الغالبة في تحديد طبيعة أتفاق التحكيم بتغليب المهمة التي تسند الى المحكم و الغرض الذي وجد من أجله هذا النظام . فهؤلاء يرون أن أتفاق التحكيم ما هو إلا المحرك للتحكيم بأعتباره نظاماً خاصاً للفصل في المنازعات الى جانب القضاء العام.

3 - الصفة المختلطة لأتفاق التحكيم – لدى هؤلاء أن جوهر التحكيم يكمن في عملين هما أتفاق التحكيم، و الفصل في النزاع بحكم حاسم من المحكم، و بالتالي فأن للتحكيم طبيعة خاصة لا يمكن تفسيرها في ضوء المبادئ التقليدية و محاولة ربط العقد بالحكم القضائي مستندين في ذلك إلى:

أ - ان التحكيم هو السعي الى العدالة بطريق غير تقليدي (قضائي).

ب - ان حكم المحكم هو عمل قضائي من نوع خاص لأنه لا يصدر عن سلطة قضائية و لا تتبع بشأنه الأجراءات المقررة للأحكام القضائية.

جـ- ان المحكم لا يطبق قواعد القانون التقليدية و انما قد يرجع الى قواعد العدالة.[3]

ثانياً: طبيعة الحكم الصادر من هيئة التحكيم:

أضفى كل من المشرع الفرنسي و المصري الصفة القضائية على أحكام هيئات التحكيم، حيث أكد المشرع الفرنسي أن القرار الصادر من المحكمين هو حكم يقبل التنفيذ الجبري بموجب أمر تنفيذ يصدر من قاضي التنفيذ في محكمة الدرجة الأولى الذي صدر في دائرتها الحكم التنفيذي .[4]و أجاز الطعن في هذا الحكم بطريق أعتراض الخارج عن الخصومة و بطريق الأستئناف و بطريق التماس إعادة النظر بالأضافة الى الطعن بالبطلان.[5]

1–د.عزالدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، مجلة مصر المعاصرة، 1987، العدد 371، ص 20 – و كذلك د .احمد ابو الوفا، التحكيم الأختياري و الأجباري ، مصدر السابق، ص 18–19 .

2–المادة (1477) في قانون المرافعات المدنية و التجارية الفرنسي.

3– المواد(1481–1491) من قانون المرافعات المدنية و التجارية الفرنسي .

2–د.ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص 56 .

3–الحكم رقم 1511 في 1937/7/27– راجع د .جعفر مشيمش،التحكيم في العقود الادارية و المدنية و التجارية، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ط 1، 2009، ص 68 .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أما المشرع المصري فقد أطلق مصطلح "حكم التحكيم" على القرار الصادر من المحكمين و قرر عدم جواز تنفيذ الحكم إلا بعد الحصول على أمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع ، و أجاز المشرع المصري أيضاً رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم أمام محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع هذا فيما يخص التحكيم الداخلي، أما التحكيم الدولي فأنه يكون أمام محكمة أستئناف القاهرة . و قضى القانون ذاته على أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي فيه.[1]

أما المشرع العراقي و الكوردستاني فلم يعطياً لقرارات المحكمين قوة الأحكام القضائية من حيث التنفيذ إلا إذا قام أحد أطراف النزاع بتقديم طلب الى المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع لتصديق قرار التحكيم و ذلك بعد دفع الرسوم المقررة قانوناً و يكون للمحكمة مطلق الحرية في التصديق من عدمه.[2]

و مما سبق يمكننا القول بأن للتحكيم طبيعة مزدوجة، يتضمن الصفة العقدية بالنسبة لأتفاق التحكيم، و الصفة القضائية فيما يخص الحكم الصادر من المحكمين. و في تقديرنا ان نقطة الضعف في الاتجاهات الفقهية التي عرضناها أعلاه تكمن في أن كل منها حاولت توصيف التحكيم في مجموعه بصفة واحدة بينما هو في الحقيقة ذات طبيعة مركبة متلاصقة و ان أي محاولة لأيجاد حد فاصل بينهما أي بين (الطابع التعاقدي و الطابع القضائي) لعملية التحكيم لا تكون ذي نتيجة و تقع خلاف للواقع، حيث يتلازم هذان الطابعان معاً منذ الأتفاق على التحكيم و حتى الأنتهاء منه بتنفيذ حكم المحكمين.

المبحث الثاني

مفهوم العقد الإداري الدولي و موقف التشريعات من التحكيم فيه

نستعرض في هذا المبحث موقف القانون الدولي (الأتفاقيات الدولية) من هذا النوع من التحكيم، و من ثم الموقف في القانون الفرنسي و القانون العراقي و من ضمنه الكوردستاني . و لكن قبل هذا و ذاك سنتطرق الى بيان مفهوم العقد الأداري الدولي و معاييره في مطلبين أثنين و كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم العقد الأداري الدولي و معاييره

قبل أن نخوض في تحديد الأتجاهات الفقهية القانونية لأعتبار عقد إداري كونه دولياً أو وطنياً أو ما يسمى بـ (معايير) دولية العقد الأداري، لا بد من التعرض لتعريف هذا العقد وفقاً للمفاهيم الواردة حوله، و ذلك من خلال الفرعين الآتيين

4- المادة (55) و المادة(56) من قانون التحكيم المصري رقم (7)، لسنة 1997 .
5-الفقره (1) من المادة(272) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الأول: تعريف العقد الأداري الدولي

بداية نقول أن فكرة العقد أساساً نشأت في كنف القانون المدني بصدد علاقات الأفراد بعضهم ببعض، فتناول فقهاؤه بيان ماهية العقد و شروط أنعقاده و صحته و ألاثار المترتبة عليه حتى أصبحت نظرية العقد بأكملها مرتبطة بأحكام القانون المدني و مصطبغة بصبغته.[1]

و فيما يتعلق بعقود الأدارة العامة، فليست كلها عقوداً إدارية تخضع لنظام قانوني موحد، إذ قد يكون عقد الأدارة عقداً من عقود القانون الخاص تسرى عليه أحكام القانون المدني و التجاري، أو قد يكون

عقداً إدارياً تسرى عليه أحكام القانون العام، و ذلك لعدم توافق أحكام القانون الخاص مع طبيعة النشاط الذي تمارسه الادارة في كثير من الأحوال . و يعرف العقد الأداري بأنه (ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، و تظهر نية الأدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، كأن يتضمن العقد شروطاً أستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الأدارة الأشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام).[2]

هذا بالنسبة للعقد الأداري الوطني أو المحلي، أما العقد الأداري الدولي أو ما يطلق عليه عقد الدولة فهو عقد يبرم بين دولة و شخص أجنبي لتحقيق سبب ال‌تعاقد سواء كان يتعلق بخدمة أساسية عامة أو بتجارة دولية تتعلق بحاجات عامة في الداخل أو بغيرها.

و على هذا تعددت تعاريف الفقه لهذا النوع من العقد، إذ عرفه الفقيه (ديبوتي) بأنه عقد تنمية أقتصادية له أهمية بالنسبة للدولة المضيفة و تخلق نوعاً من التعاون الطويل بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي و تحرص على إبراز الطابع التعاقدي بين الدولة و الأجنبي من خلال وجود نصوص تهدف الى تحقيق الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و إخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف المتعاقد مع الدولة من سلطة الدولة التي تستخدمهالتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة.[3]

كما يعرفه الأستاذ (ماك نير) بأنه عقد طويل المدة يبرم بين الأدارة من جهة، و بين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية و يتعلق بأستغلال الموارد الطبيعية و الطرف الأجنبي يتمتع بحقوق غير مألوفة في العقود الخاصة و العقو د الداخلية، و يخضع هذا العقد في بعض جوانبه للقانون العام و جوانب أخرى للقانون الخاص و يتضمن شرط التحكيم.[4]

كما يعرفه البعض بأنه العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها و شخص خاص أجنبي بغرض إنشاء إلتزامات تعاقدية قد تستخدم فيه الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها.[5]

مما سبق يمكننا القول أن العقد الأداري الدولي هو ذلك العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة فيها بأعتبارها سلطة عامة مع أحد الأشخاص المعنوية في دول أخرى بهدف إشباع حاجة عامة وطنية بأي نوع من أنواع العقود الأدارية

---

1 – أنظر د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج1 – ج2 ، في نظرية العقد و الألتزامات ، 1987، ص59

2–د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الأدارية ، دون دار النشر ، القاهرة ، 2008 ، ص15

1 – نقلاً عن د. محمد عبدالعزيز بكر ، فكرة العقد الأداري عبر الحدود ،دون دار النشر، حلوان ، 2000 ، ص54 3.

2 –نقلاً عن د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الأدارية ذات الطابع الدولي مصدر سابق ، ص103 .

3–د. محمد عبدالعزيز علي ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص ا لاجنبية ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، 2010 ، ص45.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التي ينطبق عليها التعريف . و تتمتع الدولة في هذا العقد بالحصانة القضائية أمام الطرف المتعاقد معها الذي لا يتمتع بهذه الحصانة بالرغم من أنه قد يكون على قدر كبير من الأمكانية الأقتصادية و المالية.[1]

الفرع الثاني: معايير دولية العقد الأداري

كما هو جاري أن العقد الأداري يختلف عن العقد الأداري الوطني في مسائل عدة أشار إليها فقه القانون الأداري الدولي، لكن الأختلاف حصل في كنه هذه المعايير و أفضلها للتمييز بينهما. عليه سنشير الى كل ذلك تباعاً.

فالفقه التقليدي تبنى معياراً أعتد بعناصر الرابطة العقدية أطلق عليه المعيار القانوني . فهذا المعيار يقوم على فكرة أساسية مؤداها أن العقد يكون دولياً فيما لو أتصلت عناصره بأكثر من دولة غير دولة القضاء المطروح عليه النزاع الناشئ عن العقد، و من ثم إتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد.[2]

و ضمن هذا المعيار ذهب رأي الى التسوية بين العناصر القانونية ل لرابطة العقدية بحيث يترتب على أصطباغ الصفة الأجنبية الى أي منها أكتساب العقد الطابع الدولي وفقاً إليها.

و ثمة رأي آخر معاصر يفضل التفرقة بخصوص العناصر القانونية للعقد و منها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة و المؤثرة و بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة ، و على ذلك فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير ذي أهمية من عناصر العقد أي لعنصر محايد لا يشكل ثقلاً في الرابطة التعاقدية المطروحة فأنه لا يكفي لكي تعد هذه الرابطة دولية.[3]

الغالب في الأتجاه الفقهي الحديث يؤيد هذا التوجه، إذ يرى وجوب توظيف العلاقة القانونية محل البحث لمعرفة ما إذا كانت تتعدى نطاق النظام الداخلي بطريقة تقتضي الألتجاء الى قواعد ذات صفة دولية، فهنا يكون المحك هو المساس بقواعد أو أنظمة تتعدى نطاق القانون الداخلي و تكون وسيلة التأكد من ذلك هي التعويل على تطبيق قواعد تتميز و تختلف عن القو اعد الداخلية على هذه العلاقة التعاقدية.[4]

و وفقاً لما تقدم و تطبيقاً لهذا المعيار فأن الأجنبي الذي يشتري شيئاً بسيط الثمن فأنه يبرم عقداً من عقود القانون الداخلي، إذ أن جنسيته عنصر سلبي غير مؤثر في تكييف العملية العقدية.

عليه يمكننا القول أن العقد الأداري يكون دولياً وفقاً للمعيار القانوني، إذا تطرقت الصفة الأجنبية الى أحد عناصر العلاقة العقدية، إلا أنه يجب النظر الى هذه الصفة الأجنبية بصورة موضوعية أي أن تكون العلاقة العقدية ذي العنصر الأجنبي، ذات فاعلية و تأثير في الرابطة العقدية، و ذلك تفادياً لأتخاذ حا لة أدخال عنصر أجنبي في العقد الأداري ذريعة للتهرب من الخضوع للقضاء الوطني لدولة التعاقد.

4–مثال هذا النوع من العقود ، عقود أمتياز المرافق العامة الدولية كوسيلة لتيسير المرافق في الدولة أو عقود الأستثمار العامة الدولي ة كذلك و التي تستند فيها الدولة أستغلال ثروات طبيعية معينة لشركات أجنبية ، أو عقود نقل التكنولوجيا و عقود إنشاءات عامة دولية بنظام الـ B,0,T أو عقود مقاولات و أشغال عامة دولية و غيرها. راجع د. عصام بسيوني ، النظام القانوني للأستثمارات الأجنبية ، جامعة عين الشمس ، 1972 ، ص90.

1–د. أحمد عبدالكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2001 ، ص184.

2–د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الدارية ذات الطابع الدولي ، مصدر سابق ، ص104.

3–د. إبراهيم أحمد أبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، بدون سنة الطبع ، ص 295

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و من ناحية أخرى يذهب جانب من الفقه الأيطالي الى أن التفريق بين العقد الأداري الوطني و العقد الأداري الدولي يكون على أساس القانون الذي يخضع له العقد، فإذا خضع العقد للقانون الداخلي فهو عقد وطني و إن أخضعه الأطراف لقانون أخر فهو عقد دولي.

غير أن ما يؤاخذ على هذا الرأي أنه يعد مصادرة على المطلوب، حيث أن دولية العقد الأداري هو الشرط المتطلب في القانون الدولي الخاص لتخويل أطرافه حق أختيار القانون الذي يحكمه و ليس أختياره م لهذا القانون هو الذي يضفي على العقد الصفة الدولية.[1]

في تقديرنا أن هذا الرأي يناقض المنطق القانوني السليم و لا يصلح أن يكون معياراً لتحديد دولية العقد الأداري، إذ أنه لم يحدد عناصر معينة يمكن الأستناد إليها ضمن مكونات لمعرفة صفة العقد الأداري من أنه محلي أو دولي.

أما الأتجاه الفقهي الأحدث فأنه يذهب الى إقتراح معيار آخر لدولية العقد الأداري وهو المعيار الأقتصادي، إذ يعد العقد دولياً إذا كان موضوعه يتعلق بمصالح دولية أقتصادية أو تجارية أي عندما تتجاوز الرابطة التعاقدية الأقتصاد المحلي لدولة ما، فتترتب عليه الدورة الأقتصادية حركة ذهاباً و إياباً عبر الحدود للأموال و الخدمات.[2]

عليه فأن هذا المعيار من وجهة نظرهم يعد الأقرب لطبيعة العقد الأداري و مدعاة لعدم إصرار المستثمر الأجنبي على تضمين العقد الأداري شرط التحكيم كأسلوب لتفادي قضاء و قانون دولة العقد.[3]

و بدورنا نؤيد هذا المعيار و نعتبره الأفضل لتحديد دولية العقد الأداري لأنه عول على عنصر أساسي هام في العقد الأداري لتحديد دوليته الا وهو العنصر الأقتصادي الذي هو محتوى و أساس العلاقة التعاقدية الناشئة بين الاطراف، و أنه في الواقع ما يحدث الحركة التجارية و الأ قتصادية بين الدول، فضلاً من أنه سيحد من ظاهرة إدخال عنصر أجنبي في العقد الأداري كذريعة للتمكن في أدراج شرط التحكيم في العقد تهرباً من الخضوع للقضاء و قانون الدولة المتعاقدة، و الذي يسمح بذلك المعيار القانوني المذكور آنفاً.

الفرع الثالث: مدى جوازية التحكيم في العقود الأدارية الدولية

عندما يخضع العقد الأداري للتحكيم الدولي نكون أمام أمرين،إما أن يتم أختيار نظام قانوني و قضائي لدول القضاء المزدوج و بالتالي لا تثور هناك أية مشكلة،أو أن يتم أختيار نظام قانوني و قضائي لدول القضاء الموحد و التي لا تميز بين العقد الأداري و المدني و ما يترتب على ذلك من تجرد الأدارة من السلطات التي تكون لها بمقتضى العقد الأداري و بذلك يفقد العقد الأداري أهم الشروط التي تمييزه كعقد أداري عن العقد المدني، و بالتالي يتحول الى عقد مدني، [4] و كل ذلك ما لم تضع الأدارة شرطاً في العقد ينص صراحة على لجوئها الى الشروط الأستثنائية أيا كان النظام القانوني الذي يخضع له العقد و ذلك أمر ليس باليسير اذ ان المتعاقد الاجنبي يحرص على ان يبعد نفسه عن نظام القانوني و القضائي الوطني و الأقرار بخضوع العقد الأداري للتحكيم على هذه

4–د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الأدارية ذات طابع الدولي ، مصدر سابق ، ص[103].

1–أنظر د.أحمد القشيري، الأتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الأدارية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 سنة 1965،ص [75] .

2–د. عصمت عبدالله الشيخ ، مصدر سابق ، ص[106].

3–أنظر د. علي محمد بدير و آخرون ، مبادئ و أحكام القانون الأداري ، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ، 1993 ، ص[475].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الصورة التي تؤدي الى هدم أهم عناصر نظرية العقد الأداري، و هذا يفسر لنا تشدد القضاء و الفقه الأداري و عدم تسامحه تجاه أدراج شرط التحكيم في العقود الأدارية إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة.[1]

و لابد من الأشارة هنا الى أن غالبية التشريعات و منها التشريعَين الفرنسي و المصري قد درجتا على أن اللجوء الى التحكيم في المنازعات الأدارية يتطلب الحصول على إذن مسبق من جهة أدارية تعلوه و ذلك لعدم إساءة أستخدام التحكيم في العقود الأدارية، فالمشرع الفرنسي مثلاً أوجب الحصول على إذن مسبق قبل اللجوء الى التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة و عقود التوريد.[2]

أما قانون التحكيم المصري رقم (9) لسنة 1997 فقد قصر صلاحية منح الأذن بالنسبة الى الأشخاص المعنوية العامة على الوزير أو من يقوم مقامه قانوناً و لم يسمح له أن يفوض أختصاصه بمنح الأذن.[3]

فإذا أقدم الشخص المعنوي على إدراج شرط التحكيم في العقد الأداري دون الحصول على إذن مسبق من الوزير المختص فأنه يمثل خطئاً مرفقياً يرتب مسؤوليته قبل المتعاقد الآخر، إلا أن ذلك لا يمنع من إعطاء الموافقة اللاحقة من الوزير المختص حيث تعتبر الموافقة اللاحقة على مشارطة التحكيم تصحيح لبطلان شرط التحكيم.[4]

و بدورنا نفضل هذا التوجه للمشرع المصري من وجوب أستحصال موافقة الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة فيما يتعلق بمنح الإذن للأشخاص المعنوية العامة لغرض اللجوء الى التحكيم، و لكننا نرى وجوب ان يتم تحديد سقف زمني لمنح الموافقة على التحكيم حتى لا تفقد هذه الوسيلة الهدف من اللجوء إليها ألا وهو التخلص من الأجراءات القضائية الطويلة التي تمتد أحياناً لسنوات، كما أن بعض المرافق العامة تتميز بخصوصية خاصة تستوجب التمعن من إمكان اللجوء الى التحكيم حتى لا يترك أمر الموافقة بشأنها الى أشخاص و جهات دون مستوى الوزارة.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من التحكيم في العقود الأدارية الدولية و أثار القرار التحكيمي

سوف نتناول في هذا المطلب موقف التشريعات منها الدولية أي الأتفاقيات الدولية الرئيسية التي نظمت التحكيم في العقود الدولية و كذلك بعض التشريعات الوطنية للدول كالتشريع الفرنسي و من ثم العراقي و الكوردستاني و ذلك في فرعين، أما الفرع الثالث فسنخصصه لبيان أثار القرار التحكيمي.

1–د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الأدارية ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص[119].

2–أشار إليه د. جابر جاد نصار ، المصدر نفسه ، ص 47–49 و د. حمدي علي عمر ، التحكيم في العقود الأدار يةِ دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص[105].

3–د. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص 90–91 أيضاً د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الأدارية الداخلية و الدولية ، منشأة معارف ، الأسكندرية ، 2006 ، ص[107].

4–د. حمدي علي عمر ، مصدر سابق ، ص[99–101].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الأول: موقف الأتفاقيات الدولية من التحكيم في العقد الأداري الدولي

إن التحكيم في العقود الأدارية الدولية نظمته عدة إتفاقيات دولية نجملها في النقاط الآتية:

أولاً – إتفاقية نيويورك المنعقدة سنة 1958*

حددت المادة الأولى و الثانية من الإتفاقية نطاق تطبيق هذه الإتفاقية إذ نصت على أنها تطبق على الأعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الأعتراف و تنفيذ الأحكام الناتجة عن ا لخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، و تطبق كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها الأعتراف و تنفيذ الحكم.

و في مجال بيان دور الأتفاقية في تشجيع اللجوء الى التحكيم في العقود الأدارية الدولية نلاحظ ما يلي:

- على الرغم من أن الهدف من الأتفاقية هو تنشيط التحكيم في مجال التجارة الدولية فأنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع تجارياً لأن من الدول ما لا يعرف التفرقة بين الأعمال التجارية و المدنية.
- الواضح أن تطبيق هذا النص قد أتاح للدول الأعضاء أستخدام هذا التحفظ لتضييق نط اق إعمال الأتفاقية في مجال العقود الأدارية الدولية، حيث أن كثير من الدول ما زالت تحظر على الأشخاص المعنوية اللجوء الى التحكيم، عليه لا يمكن القول أن للأتفاقية دوراً في إزالة الحظر التشريعي بعدم جواز التحكيم في العقود الأدارية.[1]
- لا تلتزم الدول الأعضاء بالأ عتراف بأتفاق التحكيم إذا كان النزاع يتعلق بمسألة لا يجوز طبقاً لقانونها الوطني عرضها على التحكيم وفقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة من الأتفاقية.

و هذا ما أعطت الفرصة لبعض الدول المنظمة الى الأتفاقية أستبعاد عقود بعينها من نطاق الأتفاقية التي لا يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانونها الوطني.[2]

---

* حيث أعدت اللجنة الدولية المختصة بشؤون التحكيم التجاري الدولي لدى غرفة التجارة الدولية في آذار 1953 مشروعاً للمعاهدة قدمته أمام المجلس الأجتماعي و الأقتصادي للأمم المتحدة بشأن إبرام إتفاقية جديدة أعدت مشروع ها اللجنة المذكورة. و قد تم عرض المشروع في المؤتمر الدولي الذي أنعقد في نيويورك و أختتم أعماله بأصدار إتفاقية بشأن الأعتراف بأحكام المحكمين الأجانب و تنفيذها . للتفصيل أنظر د. نجلاء حسن سيد أحمد ، التحكيم في المنازعات الأدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، ص145.

1 - أنظر قريباً من هذا المعنى د. حسن البغدادي ، رأي في القانون الواجب التطبيق في شأن صحة شرط التحكيم ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثاني ، 1986 ، ص3.

2–د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004، ص151– كذلك د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، المصدر السابق ، ص109.

* إن التحضير للأتفاقية جرى تحت إشراف اللجنة الأقتصادية الأوروبية ، المبرمة في 21 نيسان 1961 في جنيف في جلسة خاصة لمندوبي أث نين و عشرين دولة أوروبية . و كان الدافع وراء إبرام هذه الأتفاقية هو المساعدة على إنتشار التحكيم كوسيلة رئيسية لحل النزاعات في أوروبا العقدية و غير العقدية. راجع د. حمدي علي عمر ، التحكيم في عقود الادارة ، المصدر السابق ، ص104.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يتضح لنا مما تقدم ان هذه الأتفاقية لم يكن لها دوراً تذكر في مجال دفع الدول المنظمة لها الى اللجوء الى التحكيم في مجال العقود الأدارية الدولية.

ثانياً : إتفاقية جنيف لسنة 1961.*

تنص المادة الثانية من الأتفاقية في فقرته ا الأولى على أنه ...في الحالات المشار إليها في المادة الأولى / فقرة أولى من الأتفاقية، فأن الأشخاص المعنوية التي تعد وفقاً للقانون الخاضعة له من أشخاص المعنوية العامة لها قدرة على إبرام إتفاقات تحكيمية صحيحة.

و تنص المادة الثانية أيضاً في فقرتها الثانية عِلى أنه ...عند التوقيع أو التصديق على هذه الأتفاقية أو الأنضمام إليها، فأن كل دولة يمكن الأعلان عن تصديقها لهذه التفاقية وفق شروطها.

الواضح لنا من خلال هذه المادة أنها تجيز للدول الاطراف في الأتفاقية من إدراج شرط التحكيم في العقود كافة بما فيها العقود الأدارية سواء الداخلية أو الدولية.

غير ان واقع تطبيق هذه الأتفاقية من قبل الدول الأطراف كان متبايناً و مختلفاً وفقاً للنظام القانوني لكل دولة و توجهاتها الفلسفية و الأقتصادية بصدد الأخذ بالتحكيم من عدمه فيما يخص عقود القانون العام.

نرى أن نصوص هذه الأتفاقية تقيل الى تشجيع الدول الأطراف الى اللجوء الى التحكيم في العقود الأدارية الدولية.

ثالثاً – إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار بين الدول و رعايا دول أخرى لسنة 1965.*

هذه الأتفاقية أنشأت مركزاً دولياً لتسوية منازعات الأستثمار، فالمادة 25 من الأتفاقية تحدد أختصاص المركز بتسوية المنازعات التي تنشب بين الدول و المستثمرين الأجانب، فضلاً عن أنها لم تجعل لشرط التحكيم أدنى تأثير إذا لم تكن الدولتان المعنيتان قد وقعتا سلفاً على الأتفاقية، كما جعلت قبول الشخص المعنوي العام بأختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار متوقفاً على موافقة الدولة المتعاقدة التابع لها على ذلك ما لم تخطر هذه الدول المركز بأن هذه الموافقة غير ضرورية.

كما نصت المادة (54) من هذه الأتفاقية على أن الدول الأعضاء تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة عن هذا المركز، و تضمن على أراضيها تنفيذ الألتزامات المالية الناشئة عن الأحكام التحكيمية.[1]

يتضح من هذه المادة أن أحكام التحكيم الصادرة عن المركز واجبة التنفيذ لدى دول الأطراف شأنها شأن أحكام محاكمها الداخلية.

---

* هذه الأتفاقية حققت نجاحاً كبيراً في مجال الأستثمار الدولي حيث أدخلت نظام التحكيم بين الدولة المضيفة و المستثم ر الأجنبي أي بين شخص من أشخاص القانون الخاص و شخص آخر من أشخاص القانون العام . و قد لقيت هذه الأتفاقية نجاحاً كبيراً في مختلف دول العالم ، إذ أنضمت إليها منذ البداية (18) دولة أوروبية ، و (34) دولة أفريقية ، و (11) دولة آسيوية و (4) دول من من أمريكا الشمالية . راجع د. نجلاء حسين سيد أحمد ، المصدر السابق ، ص157.

1 - د. عصام الدين القصبي ، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1993 ، ص10.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

كما أن الأحكام الصادرة عن المركز تعتبر أحكاماً نهائية لا يجوز الطعن فيها أمام أية محكمة داخلية أو لدى محاكم تحكيم دولية.

نرى من خلال هذه المواد أن لهذه الأتفاقية دوراً بارزاً في إلتزام الدول الأطراف بإدراج شرط التحكيم في العقود الأدارية الدولية و إعمال هذا الشرط عند تحقق أسبابه.

إلا أنه بالرغم مما تقدم فأن الواقع العملي يخالف ذلك، فمثلاً في فرنسا ع ندما أبرمت الحكومة الفرنسية عقد مع شركة أمريكية لأنشاء مدينة ألعاب (والت ديزني) في فرنسا على نسق ما هو موجود في الولايات المتحدة حاولت الشركة تضمين شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في العقد، إلا ان مجلس الدولة الفرنسي رفض ادراج شرط التحكيم متجاهلاً نصوص إت فاقية واشنطن التي وقعتها فرنسا و أعتبرتها فوق قوانينها الوطنية، و التي تجيز إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود الأدارية الدولية الأستثمارية . و أستند المجلس في هذا الرفض الى نصوص القانون المدني التي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم في العقود الأدارية الدولية.[1]

من ذلك فإنه كان من المفترض ان يكون لأتفاقية واشنطن الدور المؤثر في إزالة الحظر الوارد على الأشخاص المعنوية العامة للجوء الى التحكيم في العقود الأدارية الدولية، إلا إن المعمول به واقعاً هو أن القوانين الوطنية للدول هي التي تعول عل يها بشأن جواز اللجوء الى التحكيم من عدمه و من ثم يستمر القانون الوطني هو الأساس في إمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الأدارية الدولية.

الفرع الثاني : موقف التشريعات الفرنسية و العراقية و الكوردستانية من التحكيم في العقود الأدارية الدولية:

سنتناول الموقف في التشريعات المقارنة من خلال النقاط الثلاثة آلاتية:

اولاً: موقف التشريعات الفرنسية : اذا حاولنا الوقوف عند بعض التشريعات المقارنة فسنجد بهذا الخصوص أن المبدأ العام في التشريع الفرنسي، هو منع اللجوء الى التحكيم في العقود الأدارية الداخلية و الدولية إلا إذا نص القانون على إجازته.[2]

فوفقاً لنص المادة (83 و 1004) من قانون المرافعات المدنية الفرنسية لسنة 1806، بأعتباره الأساس التشريعي لهذا المنع و الحظر، كما كرس المشرع هذا الحظر بمقتضى قانون (5) حزيران 1972، حينما ألغى المادة 1004 وحلت محلها المادة 2060 من قانون المدني الفرنسي التي نصت في فقرتها الأولى على عدم إمكانية اللجوء الى التحكيم فيما يخص النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم أولئك المتعلقة بوحدات الأدارة العامة أو المؤسسات العامة و بوجه عام جميع المسائل التي تمس النظام العام.

إلا ان هذا المنع ليس عل ى إطلاقه، بل له أستثناءات، بحيث أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه بأمكان بعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري اللجوء الى التحكيم لكن شريطة صدور مرسوم يسمح بذلك .[3] و منه فالمشرع الفرنسي حاول التلطيف من حدة المبدأ القاضي بالحظر.

2-إلا أنه و بعد ذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون 19 آب 1986 الذي سمح للدولة قبول شرط التحكيم في العقود ا لأدارية الدولية المبرمة مع شركات و مؤسسات دولية ، كما سنتناول ذلك بالتفصيل في الفرع الثاني عن هذا المطلب .

1- د. محمد عبدالعزيز علي بكر، النظام القانون للقعود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مصدر سابق، ص 47.

2-د. حمدي علي عمر ، مصدر سابق ، ص137-138.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و قد تفاوت موقف كل من الفقه و القضاء العادي و قضاء مجلس الدولة في تفسير الحظر القانوني في فرنسا، فالفقه ذهب الى أن الحظر الوارد في المادة 2060 من قانون المرافعات ينحصر مجال إعماله بالتحكيم الداخلي دون الدولي . و ذهبت أحكام القضاء العادي الفرنسي في هذا الأتجاه، إذ تم أستبعاد هذا الحظر بشكل كامل في إطار التحكيم الدولي بشأن العقود الأدارية الدولية.[1]

كذلك فأن محكمة النقض الفرنسية في قضية (سان كارلو) أنتهت الى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة و الوحدات العامة في قبول إدراج شرط التحكيم من مجال العقود الأدارية الدولية حيث أخضعت مسألة صحة أتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد و ليس القانون الشخصي للأطراف المتعاقدة.

كما ذهبت محكمة أستئناف باريس في العديد من أحكامها الى مد نطاق إعمال الحكم الذي أنتهى إليه محكمة النقض الفرنسية من أن الحظر الوارد على الدولة و مؤسساتها في قبول شرط التحكيم، يعمل به في إطار العقود الوطنية البحته دون العقود الدولية . منها إحدى قراراتها في المنازعة القائمة بين الوزارة التونسية للأنشاء و التجهيز و الشركة الفرنسية (فرياريس بيس)، بأن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العقود الأدارية الوطنية و لا يشمل تلك المتعلقة بالنظام العام الدولي .[2]

نستخلص مما ورد أعلاه أن القضاء العادي الفرنسي و في معرض تقديره لصحة الحظر الوارد على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لم تفصل في هذه المسألة من خلال منهج التنازع و إنما من خلال أعمال منهج القواعد المادية مستكملة بذلك النهج الذي بدأ به القضاء بشأن صحة أتفاق التحكيم نفسه الوارد في العقد الأداري الدولي المبرم من قبل الدولة أو أحد الجهات الأدارية فيها ليس وفقاً لما تقرره القواعد الداخلية و إنما تحكمه قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم تقرر صحته.

أما موقف مجلس الدولة الفرنسي من مسألة قبول التحكيم في العقود الأدارية الدولية، فنجد أنه في أكثر من مناسبة حكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الأدارية مستنداً الى نصوص القانون الفرنسي، و أدى هذا التناقض في موقف كل من القضاء العادي و القضاء الأداري الى تدخل المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بخصوص عدم جواز التحكيم في العقود الأدارية الداخلية و الدولية 3. و ذلك بإصداره لقانون 19 آب 1986 الذي أجاز للدولة و المقاطعات و المؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الادارية المبرمة مع الشركات الأجنبية و ذلك أستثناءاً من حكم المادة 2060 من القانون المدني.

و نحن نعتقد أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد نصاً أو دلالة، و ان عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يحظر التحكيم لحسم منازعات العقود الأدارية الدولية و الداخلية تعني جواز ذلك دون أية قيود تحد من ذلك.

3-أنظر د. حفيظة السيد الحداد ، الأتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الأدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ، 2001 ، ص[19]

1 – إذ إنه بتاريخ 8 / 12 / 1981 ، صادق الوزير التونسي للتجهيز و الأنشاءات على العقود المبرمة بين هذه الوزارة و شركة (فرياريس بيس) الفرنسية حول إقامة مجموعة من الطرق من خلال مناقصتين ، و ادرج شرط التحكيم في هذين العقدين بنصه (أتفقت الأطراف على اللجوء الى التحكيم ، في حالة المنازعة بين المقاول و جهة الأدارة ، عند تعذر حلها من قبل الوزير) – أنظر في تفصيل ذلك مجموعة قرارات و أحكا م محكمة أستئناف الفرنسية ، 24 شباط ، 1994 – و قرارات أخرى واردة فيها.

2- د. حفيظة السيد الحداد ، المصدر السابق ، ص[90].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً – موقف التشريعات العراقية و الكوردستانية

لا يوجد لدينا في العراق قانون خاص بالتحكيم، و لكن قانون المرافعات المدينة رقم (83) لسنة 1969 المعدل قد خصص الباب الثاني من المادة 251 الى 276 للتحكيم . فالمادة 251 نصت على أنه (يجوز الأتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الأتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين) . يظهر من هذا النص أن المشرع أجاز الأتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين و أ نه لم يحدد نوع و طبيعة العقد و إنما جاء على سبيل الاطلاق، فالمشرع لم يتناول عقوداً مدنية دون عقود إدارية بالشمول، لذا فأن النص لا يفرق بين هذين النوعين من العقود

كما أشترط القانون الكتابة لأثبات إتفاق التحكيم، كما أشترط شروطاً أخرى منها انه :

1 - إذا أتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد أستنفاذ طرق التحكيم.
2 - و مع ذلك إذا لجأ الطرفين الى رفع الدعوى دون أعتداد بشرط التحكيم و لم يتعرض الطرف الآخر في الجلسة الأولى لذلك جاز نظر الدعوى و أعتبر شرط التحكيم لاغياً .
3 - أما إذا أعترض الخصم فتقرر المحكمة أعتبار الدعوى مستأخرة حتى صدور قرار التحكيم.[1]

كما يجب أن يكون قبول المحكم للمهمة الموكلة إليه كتابة، ما لم يكن تعينه قد تم عن طريق المحكمة، مع أن قبول المحكم لتلك المهمة ضروري سواء تم تعينه من طرفي النزاع أو من المحكمة.[2]

و يتم تطبيق قانون المرافعات، كقاعدة عامة، على إجراءات الدعوى التحكيمية[3]، وهذا يتنافي في تقديرنا مع طبيعة هذه الدعوى، لأختلاف النظام القانوني لكل منهما، فنرى ضرورة أختلاف إجراءاتها عن إجراءات الدعوى القضائية.

كما يجب إيداع حكم التحكيم النهائي لدى المحكمة المختصة خلال ثلاثة أيام التالية لصدوره[4]، مع أن هذا الأمر لا يفيد واقع التحكيم في العقود الأدارية الدولية.

و للمحكمة المختصة صلاحية إبطال التحكيم من تلقاء نفسها دون طلب من أحد الخصوم، و ذلك إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 273 من القانون . في تقديرنا ان هذا الأمر مقبول عند مخالفة الحكم للنظام العام في الدولة، لكنه غير مقبول في حالات أخرى، و مع ان تلك الحالات جميعها لا تمت بالتحكيم في العقود الأدارية الدولية بصلة .

كما أن المادة 69 من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية، و المادة 45 من شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية و الكيميائية قد نصتا بأحالة النزاع الناشئ بين صاحب العمل و المقاول الى المهندس أيا كان نوعه سواء كان ناجم عن المقاولة أو تنفيذ الأعمال أو بعد إكمالها و يكون قرار المهندس ملزماً لكل من الطرفين، و إذا لم يقبل صاحب العمل أو المقا ول بقرار المهندس فعندئذ يحال الى التحكيم.[5]

---

1 - المادة (253) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
2 – المادة (259) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
3– المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
4– المادة (271) من نفس القانون .
5–المادة (46) و المادة (47) من تعليمات شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية و الكيميائية في العراق . بخصوص شرح بعض مواد هـ ذه التعليمات راجع منى عبدالعال و رأفة كريم كربل ، التحكيم و أثره على العقد الأداري ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل / كلية القانون ، 2010 ، ص[123].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

نرى في كل ذلك أن التشريع العراقي قد أخذ بالتحكيم كأسلوب لفض المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة التي هي نوع من أنواع العقود الأدارية، ذلك ان التشريعات التي ذكرناها هي الشريعة العامة المطبقة في مجال عقود الأشغال العامة، فلا مانع قانوني من الأخذ بنظام التحكيم في العقود الأدارية الأخرى أسوة بالعقود المدنية التي يجوز فيها اللجوء الى التحكيم عملاً بمبدأ جواز تطبيق قواعد العقد المدني على العقد الأداري الداخلي و الدولي كلما كانت القواعد لا تتنافى مع طبيعة العقد الأخير.

لكن أهم تشريع عراقي الذي يحكم مسألة التحكيم في العقود الأدارية سواء الداخلية أو الدولية المعمول به الأن هو تعليمات رقم (1) لسنة 2014 الموسومة بـ (تعليمات تنفيذ العقود الحكومية) التي أصدرتها وزارة التخطيط للحكومة الأتحادية في العراق [1]، و تناولت المادة 8 من هذه التعليمات الطرق الكفيلة لفض المنازعات و يبدأ يالتوفيق أولاً و التحكيم ثانياً و القضاء ثالثاً، أما التحكيم و يكون وفقاً لما يلي[2]

1 - التحكيم الوطني : و يكون وفقاً للأجراءات المحددة في شروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم83 لسنة 1969.

2 - التحكيم الدولي : لجهة التعاقد أختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة و للمشاريع الأستراتيجية الكبرى أو المهمة و عندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً على أن يراعي ما يلي : أولاً- أن يتم أختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة. ثانياً- تحديد مكان ولغة التحكيم. ثالثاً- أعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق. رابعاً- أن تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب.

و يمكننا التعليق على هذه المادة بأن نصها هو الأهم المتعلق بموضوع بحثنا، إذا ان النقطة الأولى فيها نظمت التحكيم في العقود الأدارية الداخلية بما جاء في شروط المناقصة التي تحفظ لجهة الأدارة أمتيازات السلطة العامة، و المسائل الأجرائية للتحكيم فيها تخضع لقانون المرافعات المدنية النافذ . أما النقطة الثانية و المتعلقة بالتحكيم في العقود الأدارية الدولية من قبل جهات دولية تحكيمية فأن المشرع أجاز اللجوء إليها و بشروط محددة و كثيرة بحيث ان معظمها عراقيل في هذا الطريق من ان تكون تسهيلات في سبيل اللجوء الى التحكيم، و هذا النهج جاء منسجماً مع نهج المشرع العراقي في قانون الأستثمار النافذ رقم(13) لسنة 2006.

أما الموقف التشريعي في إقليم كوردستان، فأنه لا يتميز بشئ عن ما هو جاري في العراق، فرغم أن الدستور الأتحادي سنة 2005 قد أقر للأقليم سلطة إصدار تشريعات خاصة به و ذلك في المادة 118 منه، إلا إنه لم يصدر أي تشريع لتنظيم العقود الأدارية بشكل عام و مسألة التحكيم في العقود الأدارية الداخلية و الدولية بشكل خاص . فما تطرقنا إليه من قواعد التي تحكم الموضوع في العراق هي نفسها نافذة في الأقليم دون أي أختلاف بذكر، سوى التعليمات رقم (2) لسنة 2016 تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية الصادرة عن وزارة التخطيط في الأقليم التي تطبق في هذا الشأن حيث حلت محل تعليمات رقم (1) لسنة 2011 التي أُلغيت بصدور الأخيرة، و التي هي مقتبسة حرفياً من تعليمات رقم (2)لسنة 2008 تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق التي تم إلغاءها هناك أيضاً بصدور تعليمات رقم 1 لسنة 2014 التي أوردناها أعلاه.

فللمادة (77) من تعليمات رقم (2) سنة 2016 هي الوحيدة المخصصة لمعالجة مسألة التحكيم في العقود الأدارية، و من خلال فقراتها الستة من هذه المادة [3]، يتبين لنا جواز اللجوء الى التحكيم لحل منازعات العقود الأدارية و لكن دون أن تتضمن

1- نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد 4325 في 16 / 6 / 2014.

2- أنظر المادة (8) البند ثانياً الفقرة (أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية النافذة رقم (1) لسنة (2014).

1 - المادة (77) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في الأقليم رقم (2) لسنة 2016.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

جديداً حول ذلك و ما ورد فيها من إجراءات و آليات هي من بديهيات التحكيم . أما الفقرة سادساً فنصت على التحكيم الدولي لفض المنازعة عندما يكون أحد طرفيه أجنبياً و ان يتم أختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية لحسم المنازعة.[1]

و أن يتم أختيار العربية أو الكوردية كلغة التحكيم، م الم ينص على خلا ف ذلك في وثيقة العقد بحسب الفقرة خامساً من المادة (77) من هذه التعليمات.

و الملاحظ ان الفقرة أعلاه جاءت لتتوافق مع المادة (17) من قانون رقم 4 لسنة 2006 (قانون الأستثمار في أقليم كوردستان / العراق) المتعلقة بآلية فض المنازعة الأستثمارية للأجنبي عن طريق التحكيم الدولي.

فهذه الفقرة حددت شروط أربعة لأمكانية اللجوء الى التحكيم الدولي في العقود الأدارية منها:

- وجود نص في العقد يسمى شرط التحكيم.
- يجب ان يكون أحد طرفي العقد أجنبياً.
- تحديد الألية و الأجراءات المتعلقة بالتحكيم في العقد مسبقاً.
- المركز أو الهيئة التي تنظر النزاع بصفة المحكم يجب ان يكون دولياً.

و الملاحظ على هذه الشروط أنها لم تعتمد المعيار الموضوعي لتحديد طبيعة العقد الذي يجوز اللجوء الى التحكيم لفض النزاع الناشئ عنه، بل اعتمد المعيار الشكلي و هو وجود طرف أجنبي في العقد حتى و ان كان موضوعه غير ذي أهمية هذا من جانب، و من جانب آخر فأن المستثمر المحلي و ان قام بمشروع أستراتيجي و حيوي و كان موضوع العقد الأداري الدولي ذي أهمية بالغة فلن يستفيد من هذا الأسلوب لحل النزاع.[2]

و بمقارنة تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم (2) لسنة 2016 في الأقليم مع نظيرتها تعليمات رقم (1) لسنة 2014 تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق نجد ان الأخيرة أكثر دقة و شمولاً من الاولى، و مع ذلك فأن كلتاهما غير كافيتان لمعالجة موضوع بالغ الأهمية وهو التحكيم في عقود إدارية الداخلية منها و الدولية، هذا الأسلوب الذي يسلب القضاء الوطني ا لمختص سلطته في حكم هذه العقود و تبعاً لذلك تفقد العقود الأدارية سماتها المعهودة و هي تضمنها سلطة الأمر و النهي لطرف الأدارة العامة فيها.

الفرع الثالث: آثار القرار التحكيمي لطرفي النزاع

مما لا شك فيه أن قرار لجنة التحكيم نسبي في أثره فلا ينصرف إلا للأطراف المتنازعة و لا يمتد الى ما سواهم، و يعتبر عقد التحكيم من العقود الملزمة للجانبين فهو يرتب ألتزامات متبادلة على عاتق أطرافه.[3]

---

2 – نص الفقرة (سادساً) من المادة (77) من تعليمات رقم (2) لسنة 2016 في الأقليم.

3– إن المشرع الكوردستاني من خلا ل نصوص و قواعد الخاصة بالتحكيم الدولي أو التحكيم في العقود الدولية يرفض التحكيم بأسلوب مشارطة التحكيم ، أي تحديد آلية حل النزاع و المحكمين بعد نشوب النزاع حول العقد .

1– د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مطبعة جامعة بغداد ، 1992 ، ص[359] – كذلك القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، ط 3 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2004 ، ص[125].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إن أثر القرار التحكيمي بالنسبة لأطراف النزاع هو كأثر الحكم القضائي و من ثم فأن الأثر الأول له هو ألتزام أطراف النزاع بتنفيذه، و إ ذا كان الحكم القضائي يمتلك قوة القانون التي تضمن تنفيذه أي الوسائل القسرية التي تتميز بها الدولة و تستخدم لتنفيذه إذا لم يتم ذلك رضاءً، فأن القرار التحكيمي يجد أساس إلزاميته في إرادة الطرفين[1].

لذا نجد في أغلب الأحيان أن هذا الألتزام يتم النص عليه صراحة في وثيقة الأتفاق على التحكيم، فبعض الأتفاقات تنص على أن قرار التحكيم يعتبر ملزماً و نهائياً و هذا الشرط يتم تناوله في غالبية العقود الأدارية الدولية و كذلك في عقود الادارية للدول القضاء الموحد.

أما كيفية تنفيذ القرار التحكيمي، ففي الغالب يقوم الطرف الخاسر بتنفيذه بإرادته طوعاً، فأساس التنفيذ الإرادي للقرارات التحكيمية يكمن في توافق إرادة الطرفين على اللجوء الى التحكيم، إذ قد تلجأ الأطراف الى التنازل عن حق الطعن في القرار التحكيمي بعد صدوره و يعد ذلك جائزاً قانوناً[2] . و عادةً تسعى المنظمات و الجهات الدولية المختصة الى حث أطراف النزاع لتنفيذ القرار التحكيمي بمحض إرادتهم و تلقائياً من قبل الأفراد المنتمين إليها، في سبيل الأحتفاظ بمكانة التحكيم و مركزه كوسيلة هامة لفض المنازعات العقدية الدولية، فعزوف الأطراف عن تنفيذ القرارات التحكيمية سوف لا يشجع على اللجوء ا لى التحكيم و يضعف الثقة في جدوى هذه الوسيلة.[3]

و تتخذ المنظمات المهنية و الجهات الدولية المعنية عند عدم تنفيذ قرار التحكيم بعض الأجراءات العقابية منها، فصل العضو من المنظمة التي ينتمي إليها أو تغريمه في نطاق ميثاقها أو نظامها الداخلي . كما قد تلجأ أحياناً الى نشر أسم الشخص أو الجهة الممتنعة عن تنفيذ القرار التحكيمي في وسائل النشر المتاحة أو أدخالها في القائمة السوداء في إطار القواعد التي تتيح ذلك، و ما يترتب على ذلك من تردد الجهات و الهيئات الأخرى في التعامل معها مستقبلاً في نطاق دول العالم ذات التوجه التحكيمي.[4]

الخاتمة

في نهاية هذا البحث توصلنا الى جملة أستنتاجات و مقترحات نلخصها في الأتي:-

أولاً:الأستنتاجات

1 - تعرضنا الى تعريف التحكيم في العقود الادارية الدولية تشريعا و قضاءً وفقها،و بدورنا عرفناه بأنه (نظام قانوني محدد بوجبه يستبعد طرفا النزاع ولاية القضاء على النزاع و ذلك بأختيارهما محكماً واحداً أو أكثر لتسوية نزاعهم).

2– د. محمود السيد عمر ، التحكيم و الخبرة في المواد المدنية و التجارية ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 2002 ، ص[129].
3–د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الأختياري و الأجباري ، المصدر السابق ، ص[257].
4–نفس المصدراعلاه ، ص[21].
5– د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص[360]

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2 - إن التحكيم وسيلة من وسائل حل المنازعات عموما و منازعات العقود الادارية الدولية على وجه الخصوص، إذ يقف فيه أطراف النزاع على قدم المساواة أمام هيئة التحكيم التي لاتقر بالأمتيازات و السل طة الأستثنائية التي تتمتع بها جهة الأدارة، بل أنها تجعل من مبدأ المساواة بين الأطراف أساسا للنظر في منازعات المتولدة عن تنفيذ الألتزامات العقدية و حفظ التوازن المالي لأطرافه.

3 - إن النظر في منازعات العقود الادارية يعد أختصاصا أصيلاً للقاضي الاداري في دول القضاء المزدوج من حيث المبدأ، وان كان التشريعات المنظمة لهذا القضاء في العراق و إقليم كوردستان قد خالفتا هذا عندما عقدتا للقضاء العادي أختصاص النظر في منازعات العقود الادارية. ولكن مع ذلك فان الاساس في التشريع الفرنسي هو منع اللجوء للتحكيم وان الأستثناء هو ا لجواز، وهذا ما أستقر عليه القضاء الفرنسي بابقائه على المنع كقاعدة عامة و على الجواز كأستثناء .

4 - بالنسبة لموقف المشرع العراقي من التحكيم في العقود الادارية الدولية نجد أنه سمح للادارة باللجوء إليه دون الخوض في ذلك بصراحة مما ترك باب التأويل و التفسير بصدده م فتوحا، اذ نجد أن هذا الموضوع قد جاء في تشريعات عدة، منها ماجاء في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969، وكذلك في قانون مجلس شورى الدولة رقم (65)لسنة 1979 المعدل الذي تضمن نصوصا قانونية تتعلق بالتحكيم الأستشاري بين جهات القطاع العام فقط في حين ان هنالك نصوصا تتعلق بالتحكيم الأجباري في المشروعات العامة التي تحال على القطاع الخاص،وهذه تضمنتها تعليمات تنفيذ خطة التنمية القومية و كذلك تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم(2) لسنة2016 في اقليم كوردستان العراق و نظيرتها في العراق رقم (1) لسنة2014 تعليمات تنفيذ العقود الحكومية و كذلك أشار الى ذلك قانون الشركات رقم (21) لسنة1997 المعدل في سنة2004 النافذ في العراق و الأقليم .

5 - إن أهمية التحكيم أزدادت في السنوات الأخيرة بصدد العقود الادارية الدولية،فأصبح شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأج نبي-شخصا طبيعيا كان أو معنويا عاماً أو خاصا - شرط لابد منه، و مرد ذلك لأسباب أقتصادية و سياسية أو لعدم ثقة المستثمر الأجنبي بالقضاء الوطني للدول محل النزاع.

6 - إن أسس و إجراءات العملية التحكيمية و قواعدها تكاد تكون معدومة في العراق و الأقليم لعدم وجود قانون لتظيم التحكيم في العقود عموما و منها الادارية الدولية، و مما زاد الطين بلة في العراق و الأقليم عدم وجود تجربة واضحة المعالم في موضوع التحكيم في مثل هذه العقود المستجدة كون المنازعات في العقود الادارية عندنا تخضع لأختصاص المحاكم العادية.

7 - إن الدول أصبحت لاتستطيع الأعتراض على شرط التحكيم في العقود الادارية الدولية رغبة منها في تشجيع الأستثمارات الأجنبية، فهذا مادفع المشرع الفرنسي إصدار قانون 19 ثاب 1986 الذي أجاز للدولة و للمقاطعات و للمؤسسات العامة قبول شرط التحكيم في العقود الادارية المبرمة مع جهات أجنبية . بيرها أجازت دول أخرى ذلك التحكيم بشرط إجرائي معين كموافقة الوزير المعني أو موافقة مجلس الوزاراء أو أية جهة أخرى متخصصة.

8 - إن التحكيم بانواعه التي تناولناها في البحث هو يصب في مصلحة الادارة عند لجوئها إليه في العقود الادارية الدولية،حيث ان لجوء الادارة الى القضاء الوطني أو قضاء دولة المتعاقد معه الأجنبي من أجل حل النزاع القائم بينهما على خلفية عدم التزامه ببنود العقد المبرم بينهما،يؤدي الى الأضرار بالمصلحة العامة و يعطل سير المرفق العام وذلك لبطء الأجراءات القضائية بصفة عامة في هذا الخصوص.

9 - إن من المشكلات التي أثارت جدلا كبيرا في الفقه و القضاء هو التحكيم في العقود الادارية، و ذلك لأختلاف طبيعة التحكيم الذي يقوم على اساس الأتفاق، في حين أن نظرية العقود الإدارية تستهدف المصلحة العامة و تستعمل الادارة شروط استثنائية لتحقيق هذا الهدف.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً: المقترحات

1 - ضرورة قيام مشرعي العراقي و الكوردستاني باصدار قانون خاص بالتحكيم و يتضمن كل النصوص التي تكفل حسن تنظيم هذا الموضوع الهام و الحيوي وعدم الأكتفاء بمواد محددة ضمن قوانين مختلفة، و بالأخص فيما يتعلق بالعقود الادارية الدولية و بيان الأجراءات و القواعد واجبة الأتباع عند مباشرته كوسيلة لحل منازعات مثل هذه العقود .

2 - إستجابة لدواعي المصلحة العامة و ترسيخ النظام القانوني للتحكيم لدينا، نرى ضرورة حث الحكومة على العمل في انضمام العراق و - تبعا له حكومة أقليم كوردستان - الى الأتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التي سبق الأشارة إليها في البحث، وبالأخص إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم وذلك لأهميتها .

3 - ضرورة إستعانة الجهة الادارية المتعاقدة وهي في طريقها للتعاقد مع جهات و شركات أجنبية بذوي الخبرة القانونية بمجال التحكيم في العقود الإدارية، ضمانا لحسن صياغة شروط العق د بما يكفل تضمين العقد النصوص التي يحفظ للعقد الاداري خصائصه و مميزاته بقدر المستطاع من حيث القانون واجب التطبيق وإنفصاله عن العقود المدنية و غير ذلك من الأمور.

4 - على الجهة الادارية المتعاقدة عند الاتفاق على شرط التحكيم في العقد المبرم مع الجهة الأجنبية عدم قبولها إيراد ذلك في صورة مشارطة تحكيم منفصلة التي يتم الاتفاق عليها بعد نشوب النزاع، لانها تتيح للطرف الأجنبي ان يكون على بصيرة بنوع النزاع و طبيعته وما إذا كان العمل بالتحكيم يضر بمصالحه و مستوجباته،إذ تتيح المشارطة له سلطة الدراية و المبادرة و غيرها من المسائل ذات أهمية.

5 - السماح للوزرات لدينا باللجوء الى التحكيم لحل بعض المشاكل التي تحدث بينها و بين القطاع الخاص بدلا من البقاء في أروقة المحاكم لسنوات و احيانا دون الوصول الى نتيجة مرضية،لما في ذلك من توفير للوقت و الجهد و المال .مع منح القضاء المختص في البلد سلطة الرقابة على القرار التحكيمي للتأكد من صحته و عدم مجانبته للصواب القانوني .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

1 – د.ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، دون سنة و مكان الطبع.
2 – ابراهيم محمد أحمد، التجارة الدولية، ط1، شركة مطابع سودان، 2012.
3 – د.احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري و الاجباري، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987.
4 – د.احمد ابو الوفا، عقد التحكيم و اجراءاته، دار المطبوعات الجامعة، دون سنة و مكان الطبع.
5 – د.أحمد احسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات جامعة بني سويف، 1998.
6 – د.احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2001.
7 – د.احمد عبدالكريم سلامة،التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية، ط6، 2006.
8 – أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، 2011.
9 – د.اميرة صدقي، النظام القانون للمشروع العام و درجة احالته، القاهرة، 1971.
10 – د.جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
11 – د.جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية و المدنية و التجارية، ط1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2009.
12 – د.جورج شفيق سارعي، التحكيم و مدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، دا النهضة العربية،1997.
13 – د.حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية،دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001.
14 – د.حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
15 – د.عصام العطية، القانون الدولي العام، المكتبة القانونية، ط1، بغداد، 2008.
16 – د.سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، بغداد، 2008.
17 – د.سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة1974.
18 – د.سليمان مرقصي، الواقي في شرح القانون المدني،ج1-ج2، في نظرية العقد و الالتزامات، 1987.
19 – السيد احمد محمود، مفهوم التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، 2003.
20 – د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
21 – د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقود الادارية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
22 – د.عزمي عبدالفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، دون سنة و مكان الطبع.
23 – د.عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية،1993.
24 – د.عصام بسيوني، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية، جامعة عين الشمس، 1972.
25 – د.عصمت عبدالله الشيخ،التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية،2000.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

26 – د.علي محمد بدير و أخرون، مبادئ احكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر، 1993.
27 – د.فتحي والي، الوسيط قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية،2000.
28 – د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة جامعة بغداد،1992.
29 – فيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الفكر العربي،بيروت،1978.
30 – د.ماجد راغب الحلو، التحكيم و العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
31 – د.ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر،2011.
32 – د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية،2004.
33 – محمد سعيد حسين أمين، العقود الادارية، دون مكان و سنة طبع.
34 – د.محمد عبدالعزيز بكر، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، حلوان،2000.
35 – د.محمد عبدالعزيز علي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الاجنبية، المكتبة العصرية، المنصورة،2010.
36 – د.محمود السيد عمر، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
37 – محمود السيد عمر، التحكيم و الخبرة في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية،2002.
38 – محمود سيد العمر، اركان الاتفاق على التحكيم و شروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،2001.
39 – د.محمود سيد عمر، انواع التحكيم و تمييزه عن غيره، دار الكتب العربي الحديث، الاسكندرية، 2009.
40 – محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر العربي،1990.
41 – معجم الوجيز في اللغة العربية،القاهرة،1980.
42 – نبيل عبدالرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، ط2، المكتبة القانونية بغداد، 2004.
43 – د.نجلاء حسين سيد احمد، التحكيم في المنازعات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة،2009.
44 – د.يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة،2001.

ثانياً: المصادر باللغات الاجنبية

1- Aubryet Ran,coursed droit civil francaise, 1962.
2- Rever, preeis de droite, administratif,Dolloz, paris, 1962.
3- Vedel,droit administrative,paris,1964.

ثالثاً: الرسائل و الاطاريح الجامعية

1 - صبري احمد محسن، اجراءات التحكيم التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس،2004.

رابعاً: البحوث و الدراسات

1 - د.احمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الادارية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (21)، 1965.
2 - د.حسن البغدادي، رأي في القانون الواجب التطبيق في شأن صحة شروط التحكيم، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد(2)، 1986.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

3 - د.حمزة حداد، اتجاهات حديثة للتحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط و الشرق الاوسط، 2001.
4 - السيد عيد نايل، اتفاق التحكيم، محاضرات في الدورة العامة لأعداد المحكم، مركز حقوق جامعة عين الشمس للتحكيم،2008.
5 - د.عزالدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، مجلة مصر المعاصرة،العدد 371، 1987.
6 - منى عبدالعال و رأفة كريم كربل، التحكيم و اثره على العقد الاداري، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، كلية القانون،2010.

خامساً: القوانين و التعليمات

1 - قانون الاستثمار في اقليم كوردستاني رقم (4) لسنة 2006.
2 - قانون التحكيم التونسي رقم(42) لسنة 1995.
3 - قانون التحكيم السوداني لسنة 2005.
4 - قانون التحكيم الفرنسي رقم(42) لسنة 1993.
5 - قانون التحكيم المصري رقم (9) لسنة 1997.
6 - قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994.
7 - قانون المدني الفرنسي.
8 - قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.
9 - قانون المرافعات المدنية الفرنسي.
١٠- قانون مجلس شورى الاقليم رقم (4) لسنة 2008.
١١- قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم(65) لسنة 1979.
١٢- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (1) لسنة 2014.
١٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (2) لسنة 2008.
١٤- تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية لاقليم كوردستان رقم (2) لسنة 2016.
١٥- تعليمات شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية و الكيميائية العراقي .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

پوختە

ناوبژیوان کردن لە گرێبەستە کارگێریە ناوخۆی و نێودەوڵەتیەکان خەریکە خۆی لەسەر سیستەمە یاساییە جۆراوجۆرەکانی دەوڵەتاندا بسەپێنێ، بە تایبەتی لەبەردەم پاشەکشەکردنی ڕۆڵی دادگای نیشتمانی و ئەو گومانانەی لێی دەکرێ، بەوەی دەوڵەت یا کەسێکی مەعنەوی گشتی دەبێتە لایەن و ناوبژیوانیش کاتێك کێشەکانی پەیوەست بە کارگێری وە دەخرێنە بەردەم دادگای نیشتمانی، لە ئەنجامی شکستیەکانی ئەم دادگایە و گیرۆدەبوونی بە سستی و ئالۆزی ڕێو شوێنەکانی ... هتد .

ئێمە لە کاتێکدا لە بەردەم ڕێبازێکی کراوە داینە لە عێراقی نوێ و هەرێمی کوردستان بەرەو زەمینە سازی بۆ وەبەرهێنانی بیانی و هاندانیان بۆ پاڵپشتی ئابوری و گەشەپێدانی نیشتمانی، دەپرسین کە ئایا گرێبەستە کارگێریە ناوخۆی و نێودەوڵەتیەکان بە کوێ دەگەن؟ ئایا وەك میکانیزمێك لە میکانیزمەکانی کارگێری دەمێنێتەوە لە بەرامبەر پێداگیری لایەنی گرێبەستی بیانی بەوەی کە دەبێ گرێبەستی کارگێری مەرجی ناوبژیوان لەخۆ بگرێ؟.

هەموو ئەمانە وادەکات پێشبینی کردنی بێ توانایی تیوری گرێبەستی کارگیری بابەتێکی واقعی بێت . بە تایبەتی لەسایەی زیادبوونی بەرچاو لە ئاستی خواستی لایەنەکانی گرێبەست بە هانابردنە بەر ناوبژیوانی کردن بۆ چارەسەری كێشەکانی گرێبەست و بەهەند وەرگرتنی سەپاندنی یاسایەك کە جیاکاری نەکات لە نێوان گرێبەستی تایبەت و گرێبەستی کارگێری .

لە ئەنجامدا ئەم ڕەوشە دەبێتە هۆی بێ بەش کردنی دادگای نیشتمانی تایبەتمەند (کارگێری یان ئاسایی) لە بەشێکی بنەڕەتی پسپۆری خۆی لەو کێشانەی پەیوەست بە کارگێری گشتی و لە نێرێشیدا گرێبەستە کارگێریە نێودەوڵەتیەکان .

Abstract

Arbitration in local and international administrative contracts seem to impose itself on the various legal systems of States, especially in front of the decline the role of the national judiciary and the suspicion on it, the State permissible person becomes a side and mediator when disputes related to the administration goes to the national judiciary as the result of setbacks of this judiciary and the suffering from complexity of procedures and dysfunctional governance.

We are in front of the open approach to the new Iraq and the Kurdistan region towards creating opportunities to foreign investments and encouraging them to come to our country to support national economy and development, we wonder what will happen to the internal and international administrative contract? Will it remain as a means of administrative work as opposed to the maintain of the foreign contractor to include in the administrative contract arbitration clause?

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

All of these make prediction of the incapability of the theory of administrative contract is a real issue, especially in light of the noticeable increase in the level of willingness of the contracting parties to use arbitration to resolve the conflicts of contract and prefer to apply the laws that do not distinguish between private contracts and administrative contracts.

Consequently, this situation leads to depriving the national judiciary administrative or ordinary to decide on a fundamental part of its jurisdiction in disputes related to public administration, including administrative contracts.