



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

**ULUSLARARASI İDARİ SÖZLEŐME UYUŐMAZLIKLARINDA TAHKİM
VE BUNUN ÜZERİNDE YARGI DENETİMİ**

DARWAN HASAN AHMED

Yüksek Lisans Tezi

NICOSIA
2021



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والرقابة القضائية عليه

داروان حسن احمد

رسالة ماجستير

**ULUSLARARASI İDARİ SÖZLEŞME UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM
VE BUNUN ÜZERİNDE YARGI DENETİMİ**

DARWAN HASAN AHMED

**YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI**

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

PROF.DR. SANGAR DAWOOD MOHAMMED AMRI

**NICOSIA
2021**

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والرقابة القضائية عليه

داروان حسن احمد

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى

KABUL VE ONAY

Darwan Hasan Ahmed tarafından hazırlanan "Uluslararası idari sözleşme uyuşmazlıklarında tahkim ve bunun üzerinde yargı denetimi" başlıklı bu çalışma, 25/06/2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir

JÜRİ ÜYELERİ



Prof. Dr. Sangar Dawood Mohammed Amri (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd. Doç. Dr. Ahmad Mustafa Ali (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü




Yrd. Doç. Dr. Fawga Abbas Towfiq
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

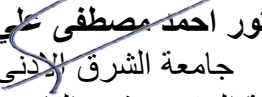
Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

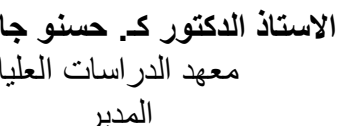
نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير داروان حسن احمد في رسالته الموسومة بـ " التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والرقابة القضائية عليه" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/06/25، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير

أعضاء لجنة المناقشة


الاستاذ الدكتور ~~سعيد~~ ~~نور~~ ~~محمد~~ ~~راشد~~ ~~عمرى~~ (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام


الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام


الاستاذ المساعد الدكتور ~~عبد~~ ~~عباس~~ ~~توفيق~~
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام


الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير

BİLDİRİM

Ben **DARWAN HASAN AHMED** olarak beyan ederim ki **Uluslararası idari sözleşme uyuşmazlıklarında tahkim ve bunun üzerinde yargı denetimi**, başlıklı tezi '**Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri**' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 25/06/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: DARWAN HASAN AHMED

الاعلان

أنا داروان حسن احمد، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والرقابة القضائية عليه، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمري، ولقد أعددتها بنفسى تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/06/25

التوقيع:

الاسم واللقب: داروان حسن احمد

TEŞEKKÜR

Sabır nimeti ve işi tamamlama kabiliyeti için öncelikle Cenab-ı Hakk'a hamd ve şükürler olsun. Bu nimetler için Allah'a hamd olsun.

Her şeyden önce, Yüce Allah'a teşekkür ediyorum ve araştırmayı tamamlamama yardım edenlere, özellikle de saygıdeğer aileme teşekkür ediyorum.

Ayrıca danışmanlarım **Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri**, saygıdeğer ve **Yrd.Doç.Dr.Ahmad Mustafa Ali**, **Yrd.Doç.Dr.Tavga Abbas Towfiq** ve **Dr. Araştırmayı kaynaklar**, referanslar ve faydalı bilgilerle zenginleştirmeme yardımcı olan herkese, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Anabilim Dalı'na tüm hukuk kütüphanelerindeki çalışanlara ve sadık dostlara teşekkür ederim. Bu bakış açısıyla insanlara teşekkür etmeyen Allah'a şükretmemiştir. Son olarak bu mektubu hazırlarken yanımda olan herkese teşekkür ederim.

شكر وتقدير

الشكر والثناء لله عز وجل اولا على نعمة الصبر والقدرة على انجاز العمل، فله الحمد على هذه النعم، واتقدم بالشكر والتقدير الى استاذي الفاضل الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمري في البداية أشكر الله عز وجل واشكر الذين ساعدوني في اتمام البحث خصوصاً عائلتي الكريمة

كما وأشكر مشرفي الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمري المحترم والاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي الاستاذ المساعد الدكتورة تافكه عباس توفيق والأخ كاوار المحترم لجهودهم المبذولة ونشاطهم المستمر وأشكر كل الذين ساعدوني في إغناء البحث بالمصادر والمراجع والمعلومات المفيدة وأشكر جامعة الشرق الأدنى كلية الحقوق قسم القانون العام وأشكر العاملين في جميع المكتبات القانونية والأصدقاء المخلصين ومن هذا المنطلق من لم يشكر الناس لم يشكر الله واخيراً اشكر جميع من وقف بجانبي في إعداد هذه الرسالة

ÖZ

ULUSLARARASI İDARİ SÖZLEŞME UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM VE BUNUN ÜZERİNDE YARGI DENETİMİ

Uluslararası idari sözleşmeler, özellikle uluslararası ticaret alanında, bir yönetim aracı ve sınır ötesi ekonomik değişimler için bir araçtır. Bu sözleşmeler konularının çeşitliliğine göre farklılık gösterir. Uluslararası satış sözleşmesi, sigortacılık gibi geleneksel uluslararası sözleşmeler vardır. sözleşme, taşıma sözleşmesi ve iş sözleşmesi Diğerlerinin yapım, tedarik, tedarik vb. sözleşmeleri gibi ekonomik ve yasal ağırlıkları vardır ve bu ilişkinin amacı bazı hukuk kurallarını taşımak olduğunda, ilişki uluslararası kabul edilir, Uluslararası ilişkilerin kuralına özel olarak hazırlanmış, diğer hukuk sistemlerine bağlı ve iç hukukun ötesine geçen, dolayısıyla uluslararası nitelikte olan, uluslararası nitelikte olan yatırım sözleşmeleri gibi, uyuşmazlığın uluslararası niteliğine dayanan tahkim idari sözleşmeler, hukuki standardı temsil eden sözleşmede yabancı unsurun bulunması ve sözleşmenin ekonomik unsuru temsil eden uluslararası ticari çıkarlarla bağlantısı sonucu ortaya çıkar.

Devletin tahkime taraf olarak ortaya çıkması, tahkim anlaşmasının akdedildiği tarihten başlayarak yargılamanın yapıldığı tarihten, kararın tanınmasına ve uygulanmasına kadar olan tahkim sürecine özel bir nitelik kazandırmaktadır. Devletin yabancı bir akit taraf nezdinde tahkime başvurmasının devletin idari yargısının yargı yetkisine aykırı olması ve yargı yetkisine saldırı teşkil etmesi nedeniyle devletin egemenliği ilkesine aykırı olduğu yönündeki bazı argümanlar üzerinde durulmuştur. tahkime başvurunun iyi bir fikir olduğuna inanan diğerleri. Bu argümanlar, caiz olup olmadığı sorusunu gündeme getiren uluslararası idari sözleşmelerde tahkime başvurma fikrini reddeden yasal bir metnin olmamasına dayanarak, bu argümanlar paralel değildir. uluslararası idari sözleşmelerde tahkim? . Kamu tüzel kişilerinin bu sözleşmelerde buna başvurmaları ne ölçüde caizdir? Veya başka bir deyişle, uluslararası idari sözleşmelerde tahkime ne ölçüde izin verilmektedir?

Irak'ta 2003 yılında siyasi sistemin deęiřmesi, serbest ekonomiye ve açık pazara yönelmesi ve kamu sektörünün rolünün azalmasından sonra, özel sektör, hizmetlerin sağlanması ve kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında yönetimin önemli bir ortağı haline geldi. Kamu yararı kavramının yeniden gözden geçirilmesini ve bireylerin günlük ihtiyaçlarını ve hizmetlerin sağlanmasında ve sağlanmasında bu özel sektörün rolünü dikkate alarak maddi kavramın benimsenmesini gerektiren . Dolayısıyla, kamu idaresinin gerçek veya tüzel kişi olsun özel sektör tarafları ile uluslararası idari sözleşmeler akdetmesi, hızlı gelişme ve deęişmeler ile kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaç ve ihtiyaçlarının karmaşıklığı ile sorgulanan zorunluluklardan biri haline gelmiştir. toplum.

Tahkim, ister iç ister uluslararası idari sözleşmelerde olsun, özellikle ulusal yargının rolündeki düşüş ve onu etkileyen şüphencilik göz önüne alındığında, devletlerin çeşitli hukuk sistemlerine kendisini dayatan hale gelmiştir. İdare ile ilgili uyuşmazlıkların ulusal yargı önüne getirildiği durumlarda taraf ve hakemdir, bu yargının aksaklıkları ve usullerin yavaşlığı ve karmaşıklığı gibi dengesizliklerden muzdarip olduğu durumlar ve diğerleri.

Irak ve bölge açık bir yaklaşım izledikten ve yabancı yatırımlar için verimli bir zemin oluşturmak ve ekonomiyi ve ulusal kalkınmayı desteklemek için bize gelmelerini teşvik etmek için çalıştıktan sonra, iç ve uluslararası idari sözleşmenin ne getireceğini merak ediyoruz? Yabancı müteahhitin tahkim şartının idari sözleşmeye dahil edilmesi konusundaki ısrarı karşısında idari iş aracı olarak mı kalacak?

Bu durumun nelere yol açacağı, yetkili ulusal (yerel) yargıyı, uluslararası idari sözleşmeler de dahil olmak üzere kamu yönetimi uyuşmazlıklarında yargı yetkisinin büyük bir bölümünü karar vermekten mahrum bırakacaktır. Öte yandan, uluslararası idari tahkim de dahil olmak üzere uluslararası idari sözleşme uyuşmazlıklarının çözümünde yargı dışı yolların yargı yetkisi, kendisini her geçen gün artan bir şekilde başvurulmuş yolların başında yapan özellikleri ve avantajları nedeniyle genişlemektedir. bizimki dahil tüm dünya ülkeleri.

Anahtar Kelimeler: tahkim, uluslararası idari sözleşmeler, yargı denetimi, tahkimin hukuka uyarlanması.

ABSTRACT

ARBITRATION IN INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE CONTRACT DISPUTES AND JUDICIAL CONTROL OVER IT

International administrative contracts are a management tool and a means for cross-border economic exchanges, especially in the field of international trade. These contracts vary according to the diversity of their subjects. There are traditional international contracts, such as the international sales contract, insurance contract, transport contract, and labor contract. Others have their economic and legal weight, such as contracts for works, supply, supply, etc., and the relationship is considered international, when the purpose of this relationship is to move some legal rules, which were specially prepared for the rule of international relations, to be linked to other legal systems, and go beyond the internal law, so the international character, on arbitration based on the international nature of that dispute, such as investment contracts, which are international administrative contracts as a result of the availability of the foreign element in the contract, which represents the legal standard, and the contract's connection with international trade interests, which represents the economic element.

The emergence of the state as a party to arbitration gives a special character to the arbitration process, starting from the date of concluding the arbitration agreement and passing through the procedures, until the time of recognition and implementation of the judgment. They base their position on some arguments, the most important of which is that the state's resort to arbitration with a foreign contracting party contradicts the principle of state sovereignty, as it contradicts the jurisdiction of the state's administrative judiciary, and constitutes an attack on its jurisdiction, but there are others who believe that resorting to arbitration is a good idea. These arguments are not in line, based on the absence of a legal text that rejects the idea of resorting to arbitration in international administrative contracts, which raised the question of the permissibility of arbitration in international administrative contracts? . To what extent is it permissible for public

legal persons to resort to it in those contracts? Or in other words, to what extent is arbitration permissible in international administrative contracts?

After the change of the political system in Iraq in 2003 and its orientation towards a free economy and open market, and the decline of the role of the public sector, the private sector became a major partner for the administration in providing services and meeting public needs, which calls for a reconsideration of the concept of public utility, and the adoption of the material concept while taking into account the Taking into account the role of this private sector in providing and providing services and the daily needs of individuals. Hence, the conclusion of international administrative contracts by the public administration with parties from the private sector, whether they are individuals or entities, has become one of the imperatives that are questioned by rapid developments and changes, and the complexity of the requirements and needs of society.

Arbitration has become, whether in internal or international administrative contracts, imposing itself on the various legal systems of countries, especially in view of the decline in the role of the national judiciary and the skepticism that affects it, since the state or the public legal person is a party and an arbitrator when disputes related to the administration are presented before the national judiciary, in light of setbacks This judiciary and what it suffers from imbalances such as slowness and complexity of procedures and others.

After Iraq and the region follow the open approach and work towards creating a fertile ground for foreign investments and encouraging them to come to us in support of the economy and national development, we wonder what the internal and international administrative contract will lead to? Will it remain as a means of administrative work in front of the foreign contractor's insistence on including the arbitration clause in the administrative contract?

What this situation will lead to will deprive the competent national (local) judiciary from deciding the greater part of its jurisdiction in public administration disputes, including international administrative contracts. On the other hand, the jurisdiction of non-judicial means in resolving international administrative contract disputes, including international administrative arbitration, is expanding due to its

characteristics and advantages that make it at the forefront of the means that are increasingly resorted to day after day in all countries of the world, including ours.

Keywords: arbitration, international administrative contracts, judicial oversight, legal adaptation of arbitration.

الملخص

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والرقابة القضائية عليه

تعد العقود الإدارية الدولية أداة تسيير ووسيلة للمبادلات الاقتصادية عبر الحدود لا سيما في مجال التجارة الدولية ، وتتنوع هذه العقود بتنوع موضوعاتها ، فهناك العقود الدولية التقليدية ، كعقد البيع الدولي ، وعقد التأمين ، وعقد النقل ، وعقد العمل ، وبتطور قوانين الاستثمار والتنمية الاقتصادية ، ظهرت عقود أخرى لها وزنها الاقتصادي والقانوني مثل عقود الأشغال والتجهيز ، والتوريد .. الخ ، وتعد العلاقة دولية ، عندما تكون الغاية من هذه العلاقة تحريك بعض القواعد القانونية ، التي أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية ، لترتبط بأنظمة قانونية أخرى ، وتتعدى القانون الداخلي ، فيكون اسباب الصفة الدولية ، على التحكيم بالاستناد الى الطبيعة الدولية لذلك النزاع ، مثل عقود الاستثمار ، التي تعد عقودا ادارية دولية نتيجة لتوافر العنصر الأجنبي في العقد والذي يمثل المعيار القانوني ، واتصال العقد بمصالح التجارة الدولية ، والذي يمثل العنصر الاقتصادي.

ان ظهور الدولة كطرف في التحكيم يضفي صبغة خاصة على العملية التحكيمية بدءا من تاريخ ابرام اتفاق التحكيم ومرورا بالإجراءات ، وحتى وقت الاعتراف بالحكم وتنفيذه ، وقد ثار خلاف في الفقه والقضاء ، حول مدى جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة الى التحكيم لفض نزاع مع طرف أجنبي ، مستنديين في موقفهم الى بعض الحجج ، يتمثل أهمها أن لجوء الدولة الى التحكيم مع طرف أجنبي متعاقد معها يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة ، كما يتعارض مع اختصاص القضاء الإداري للدولة ، ويشكل اعتداء على اختصاصه ، الا أن هناك آخرون يرون أن اللجوء الى التحكيم هو فكرة سديدة لا تتماشى وهذه الحجج ، مستندا في ذلك الى عدم وجود نص قانوني يرفض فكرة اللجوء الى التحكيم في عقود الإدارية الدولية لذي ثار التساؤل عن مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ؟ . ومدى جواز لجوء الأشخاص

المعنوية العامة في تلك العقود اليه؟ أو بعبارة أخرى ما مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية

وبعد تغيير النظام السياسي في العراق سنة 2003 وتوجهه نحو الاقتصاد الحر والسوق المفتوحة، وتفهدر دور القطاع العام، بات القطاع الخاص شريكاً رئيسياً للإدارة في تقديم الخدمات وتلبية الحاجات العامة، الأمر الذي يدعو إلى إعادة النظر في مفهوم المرفق العام، وتبني المفهوم المادي مع الأخذ في الحسبان دور هذا القطاع الخاص في القيام بتوفير وتقديم الخدمات والحاجات اليومية للأفراد. من هنا أصبح إبرام عقود إدارية دولية من قبل الإدارة العامة مع أطراف من القطاع الخاص سواء كانوا أفراداً أو كيانات من الضرورات التي تستجوبها التطورات والتغيرات السريعة وتعقد متطلبات وحاجات المجتمع.

والتحكيم أصبح سواء في العقود الإدارية الداخلية أو الدولية يفرض نفسه على مختلف الأنظمة القانونية للدول، خاصة أمام تراجع دور القضاء الوطني و التشكيك الذي يطاله، كون الدولة أو الشخص المعنوي العام يكون طرفاً و حكماً حينما تعرض نزاعات ترتبط بالادارة أمام القضاء الوطني، في ظل إنتكاسات هذا القضاء وما يعانیه من إختلالات كالبطء و تعقد الإجراءات و غيرها.

وبعد إتباع العراق والإقليم النهج المنفتح والعمل نحو تهيئة الأرضية الخصبة للاستثمارات الأجنبية وتشجيعها للقدوم إلينا دعماً للاقتصاد والتنمية الوطنية، نتساءل عما سيؤول إليه العقد الإداري الداخلي والدولي؟ هل سيبقى كوسيلة من وسائل العمل الإداري أمام إصرار المتعاقد الأجنبي على تضمين العقد الإداري شرط التحكيم.

وإن ما سيؤول إليه هذا الوضع سيؤدي الى حرمان القضاء الوطني(المحلي) المختص من البت في القسم الأعظم من اختصاصه في منازعات الادارة العامة ومنها العقود الإدارية الدولية. وبالمقابل تتمدد إختصاصات الوسائل غير القضائية في حل منازعات العقود الإدارية الدولية ومنها التحكيم الإداري

الدولي لما يمتاز بها من خصائص ومحاسن تجعله في مقدمة الوسائل التي يزداد اللجوء إليها يوما بعد يوم في كل بلدان العالم ومنها بلدنا.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، العقود الإدارية الدولية، الرقابة القضائية، التكييف القانوني للتحكيم.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	
BİLDİRİM	
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	ix
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	6
Uluslararası idari sözleşme uyuşmazlıklarında tahkim kavramı ve hukuka uyumu	6
1.1: Tahkimin doğası	6
1.2: Tahkimin tanımlanması ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarından ayırt edilmesi .	6
1.2.1: tahkim tanımı	7
1.2.2: Tahkimin diğer benzer hukuki durumlardan ayırt edilmesi.....	10
1.2.3: Tahkim ve uzlaştırma arasındaki temel farklar	14
1.3: Uluslararası idari uyuşmazlıklarda tahkim şekil ve koşulları	15
1.3.1: Hakem tarafından karşılanması gereken şartlar	20
1.4: Uluslararası idari sözleşmelerde tahkimin yasal uyarlanması.....	22
1.4.1: Tahkim sürecinin unsurları	23
1.4.2: Uluslararası idari sözleşmelerde tahkimin hukuki niteliği	24
BÖLÜM 2	27
Uluslararası idari sözleşmenin niteliği, karşılaştırmalı mevzuatın konumu ve bu sözleşmede tahkime başvurma olasılığı	27
2.1: Uluslararası idari sözleşmenin ve uluslararası standartlarının tanıtılması.....	27
2.1.1: Uluslararası bir idari sözleşmenin tanımı.....	27
2.1.2: Uluslararası İdari Sözleşme için Uluslararası Standartlar	29
2.1.3: Milletlerarası idari sözleşmelerde tahkime başvurma caiz olması.....	31

2.2: Uluslararası idari sözleşmelerde tahkime ilişkin uluslararası sözleşmelerin ve karşılaştırmalı mevzuatın konumu	33
2.2.1: Uluslararası nitelikteki idari sözleşmelerde tahkimin etkinleştirilmesinde uluslararası sözleşmelerin rolü.....	33
2.2.2: Uluslararası nitelikteki idari sözleşmelerde tahkime ilişkin karşılaştırmalı mevzuatın konumu	36
BÖLÜM 3	44
Devletin idari sözleşmelerde hakem kararının uygulanmasını tanıma yetkisi .	44
3.1: Uluslararası idari tahkim kararının tanınması, uygulanması ve yargısal denetimi	44
3.1.1: Uluslararası idari sözleşme uyuşmazlıklarında tahkimin yargısal denetimine ilişkin yasal kontroller	45
3.1.2: Tahkim ve resmi yargı arasındaki farkların özü	47
3.1.3: Hakem kararının tanınması ve uluslararası idari sözleşmelere etkisi nedir? .	47
3.2: Devlet yargısının uluslararası idari sözleşmelerde bir tahkim kararının uygulanmasını kabul etme gücü	52
3.2.1: Uluslararası idari sözleşmelerde hakem kararının uygulanmasına karar vermeye yetkili makam	53
3.2.2: Uluslararası idari sözleşmelerde tahkim hükümlerinin uygulanması amacıyla yetkili yargının denetimi	56
SON	59
KAYNAKÇA	63
İNTİHAL RAPORU	68

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	الاعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
6.....	الفصل الأول
6.....	مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وتكييفه القانوني
6.....	1.1: ماهية التحكيم
6.....	2.1: تعريف التحكيم وتمييزه عن غيره من وسائل فض المنازعات
7.....	1.2.1: تعريف التحكيم
10.....	2.2.1: تمييز التحكيم عن غيره من الاوضاع القانونية المشابهة
14.....	3.2.1: اختلافات جوهرية بين التحكيم والتوفيق
15.....	3.1: صور التحكيم وشروطه في المنازعات الإدارية الدولية
20.....	1.3.1: الشروط الواجب توفرها في المحكم
22.....	4.1: التكييف القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية
23.....	1.4.1: عناصر عملية التحكيم
24.....	2.4.1: الطبيعة القانونية للتحكيم في العقود الإدارية الدولية
27.....	الفصل الثاني

27..... ماهية العقد الادارية الدولية وموقف التشريعات المقارنة وامكانية اللجوء الى التحكيم فيه

27..... 1.2: التعريف بالعقد الإداري الدولي ومعايير دوليته

27..... 1.1.2: تعريف العقد الإداري الدولي

29..... 2.1.2: المعايير الدولية للعقد الإداري الدولي

31..... 3.1.2: مدى جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الدولية

33..... 2.2: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

33..... 1.2.2: دور الاتفاقيات الدولية لتفعيل التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

36..... 2.2.2: موقف التشريعات المقارنة من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

44..... الفصل الثالث

44..... الاختصاص القضائي للدولة في الاعتراف بتنفيذ الحكم التحكيمي في العقود الإدارية

44..... 1.3: الاعتراف بالحكم التحكيمي الإداري الدولي وتنفيذه والرقابة القضائية عليه

45..... 1.1.3: الضوابط القانونية للرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

47..... 2.1.3: جوهر الاختلافات بين التحكيم والقضاء الرسمي

47..... 3.1.3: ماهية الاعتراف بالحكم التحكيمي وأثره في عقود إدارية دولية

52..... 2.3: سلطة قضاء الدولة في الإقرار بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية

53..... 1.2.3: السلطة المختصة بإصدار قرار تنفيذ الحكم التحكيمي في العقود الإدارية الدولية

56..... 2.2.3: رقابة القضاء المختص على الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية

59..... الخاتمة

63..... قائمة المصادر

68..... تقرير الاستيلاء

المقدمة

التحكيم ليست ظاهرة مستقلة عن الماضي , فقد عرفتها المجتمعات القديمة وأخذت منها اداة لحسم المنازعات التي تنشأ بين افرادها على أساس من الأعراف والتقاليد , ومع ظهور فكرة الدولة سار التطور في اتجاه تركيز السلطات في المجتمع في يدها بدءاً من سلطة الحكم , ومروراً بسلطة القضاء , وانتهاء بسلطة صنع القانون ممثلاً في التشريع حتى أنتهى الأمر برسوخ الاعتقاد في احتكار الدولة لهذه السلطات الثلاثة وأذا كان الأصل أن القضاء هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة الحديثة لا يمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية في الدولة الحديثة والتي أنشئت خصيصاً لذلك , فإن الدولة الحديثة وبما لها من سلطات تستطيع أن تعترف ببعض الأفراد أو الهيئات غير قضائية , بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها , وفي نطاق معين , ومتى توافرت شروطاً معينة ولقد ارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية , وجذب الاستثمارات الأجنبية ولقد كان للمتغيرات الاقتصادية العالمية .

أولاً : مدخل للتعريف بموضوع الرسالة وأهميتها :

إن قضاء الدولة الذي تؤسسه قوانينها الوطنية يعد أحد أهم مظاهر سيادتها، غير أن هذا لايعني ان تظل وظيفة القضاء حكراً على الدولة. فالمتبع أن الدول في الوقت الحاضر قد أوكلت مهمة حل بعض المنازعات الى جهات ذات إختصاص قضائي خارج السلطة القضائية، دون أن يدل ذلك على تعطيل نظام العدالة أو إنتقاص من سيادة الدولة.

فالتحكيم 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 الشرعية الإسلامية.

وحيث ان الفصل في المنازعات أمام القضاء بصورة عامة و المنازعات الإدارية بصورة خاصة عادة ما يستغرق وقتاً ويستنزف جهداً في تتبع الاجراءات المحددة قانوناً، لذا أضحي التحكيم وسيلة مبتكرة لحل المنازعات تخفيفاً عن كاهل القضاء و المتقاضين، وأحتراما لإرادة الخصوم الذين يفضلونه على القضاء. و الذي يهمننا هنا المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية ، الذي عد البعض التحكيم في هذه العقود أعتداء و تدخلاً في الاختصاص الأصلي للمحاكم و مخالفة للقواعد الامرة المتعلقة بالإختصاص، و أنتقاصاً من سلطة و سيادة الإدارة العامة .

وأوسعاً لدور الدولة في المجال الاقتصادي، و بغية تحقيق التطور و النمو في الجانب الأستثماري، فان الدولة تتعاقد مع جهات دولية وأخرى وطنية سواء بطريق التعاقد العادي أو عن طريق التعاقد الإداري. فالأخير يحفظ لجهة الادارة أمتيازاتها أزاء الطرف الآخر فضلا عما يتضمنها من شروط أستثنائية غير مألوفة لانجدها في طريقة التعاقد العادي.

فالدول أصبحت الآن تتعامل مع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين على قدم المساوات وتبرم معهم مختلف العقود تلبية لإحتياجات المصلحة العامة، وما يستتبع ذلك من تزايد التعاملات عبر الحدود لجذب إستثمارات خارجية خصوصاً في مجال مشاريع البنية التحتية أو الأساسية والتي تعجز إقتصاديات بعض الدول إقامتها تحقيقاً للتنمية المطلوبة.

تبرز أهمية الموضوع في أن اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تثور بخصوص العقود الإدارية الدولية يعتبر من الموضوعات الجديدة المستحدثة التي بدأ ينتبه اليها المشرع مؤخراً في بعض الدول الطامحة في التطور، نظراً لأهميته كوسيلة فعالة لحل المشاكل والمعضلات العملية التي تواجه أطراف العقد والنتيجة عن سوء تطبيق القانون أو القصور التشريعي في القواعد الموجهة لتنظيم وحكم هذه العقود. كما وتكمن أهمية موضوع البحث أيضاً في صلته بالواقع الإداري و المالي للجهات الإدارية المتعاقدة في الدولة، فنتيجة للأنفتاح الاقتصادي الذي انتهجه العراق الجديد و منه الاقليم ، أصبح حتماً 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 عموماً هو إدراج شرط التحكيم في عقودها لمبررات مختلفة منها عدم الثقة بالقضاء الوطني أو التنصل من بعض القواعد القانونية النافذة أو اعتبارها غير ملائمة لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ عند تنفيذ هذه العقود أو لغيرها من المبررات. وبلا شك فإن هذا الأمر يقلق الجهات الإدارية المتعاقدة لان مثل هذا الشرط يفقد العقد الإداري أهم خصائصه وينكر صفة السلطة و السيادة للادارة العامة لأنها تقف على قدم المساواة مع الطرف الآخر امام هيئة التحكيم التي يمكن أن تطبق قانوناً أجنبياً وفقاً لاتفاق التحكيم.

ثانياً : إشكالية دراسة الرسالة .

1 . في ضل غياب تنظيم قانون مستقل ينظم عملية التحكيم بشأن المنازعات الأدارية ذات الطبيعة التعاقدية , وعدم وجود القانون الإجرائي المستقل الذي ينظم الإجراءات الدعوى الإدارية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , بالإضافة الى إرتباط نظام التحكيم بصفة اساسية بقانون خاص .

2. أن الأشكالية الرئيسية لموضوع رسالتنا تتمثل في أن نظام التحكيم بأسره يتعارض مع النظام القانوني للعقود الإدارية السائدة ، فهل يمكن المؤاممة بينهما؟، إذا ما علمنا أن إخضاع العقود الإدارية للتحكيم هو إخلال بسيادة الإدارة العامة، و يحد من اختصاص المحاكم الوطنية، ويخل بالقانون الواجب تطبيقه على العقد الإداري، و يضعف من ضمانات إبرام هذا العقد و تنفيذه.

ثالثاً : تساءلات موضوع الرسالة :

هل أن اللجوء الى التحكيم كنظام بديل لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية في التشريعات المقارنة كافي لإبقائه بمنأى عن القضاء سواء العادي منه او الإداري، حيث أن القاعدة العامة في العملية التحكيمية إستثنائاً إرادة أطراف النزاع في إختيار هيئة التحكيم لحل النزاع وفق رؤياهم بعيداً عن قضاء الدولة ومستوجباته.

رابعاً . سبب إختيار موضوع الرسالة:

السبب الرئيسي لأختيار هذا الموضوع هو :

1. محاولة إيجاد الإطار التشريعي لدرج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية، سعياً لتشجيع أصحاب رؤس الأموال الضخمة سواء الأجنبية منها أو الوطنية على إبرام مثل هذه العقود مع الجهات الإدارية في الدولة في صورة عقود إستثمارية أو عقود مشاركة أو عقود تشغيل وبناء وصيانة وتمليك وغيرها من العقود ذات الصلة بإنشاء البنية التحتية للمجتمعات.

2 . وبالنظر 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 الإدارية الدولية كضمانه للجهة المتعاقدة مع الإدارة العامة، فهل يستقيم ذلك مع توجه التشريعات الإدارية السائدة حول الموضوع؟ و هل يبشر ذلك بمستقبل واعد خدمة للمصلحة العامة في الدولة .على أن التلازم بين التحكيم والرقابة القضائية عليه أمر حتمي وضروري، عليه فإن الحكم التحكيمي وإن كان وليد إرادة الأطراف المتنازعة، الا أن القانون هو الذي يرسم الخطوات الإجرائية للتوصل الى ذلك الحكم من خلال التدخل في تجسيده والتأكد من صحته ضماناً لتنفيذ حكم متزن وعادل غير مشوب بالأخطاء. كما نرجع بعض السبب في إختيارنا للموضوع الى ما تخاطر الى أذهاننا بعض التساؤلات من مثل أنه مامدى تأثير التحكيم على سلطة و أختصاص القاضي الإداري ؟ فهل يعد مكملاً للمنظومة القضائية في الدولة أو انه طريق مواز و منافس للقضاء الوطني؟

وما هي آفاق إقرار نظام التحكيم في مجال العقود الإدارية الوطنية و الدولية؟ وما إنعكاس ذلك على المبادئ التي تحكم الإدارة العامة في سعيها تقديم الخدمات العامة للجمهور ومستوى تلك الخدمات ومردوداتها الاقتصادية؟

خامساً . فرضية موضوع الرسالة :

إن فرضية البحث تنطلق من الفكرة التي تتركز على أن التحكيم لم يعد نظاما بديلا أو منافسا للقضاء وإنما يأتي دوره مكملا وموازيا له ، وفي ظل هذا التكامل بين القضاء الوطني والتحكيم، فإن مسألة الرقابة القضائية على العملية التحكيمية بخصوص العقود الإدارية الدولية تصبح من الأمور المسلمة بها.

وهناك فرضية فرعية تتبع الرئيسية وهي أن جميع منازعات العقود الإدارية 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 الإدارية، فرضتها التطورات الاقتصادية و التقنية و الدولية التي تميز بها في هذه المرحلة. فنحاول قدر المستطاع التثبت من صحة هذه الفرضيات من خلال ما سنكتبه في هذا البحث من وقائع وأفكار وقواعد.

سادساً . منهجية دراسة الرسالة :

إعتمدنا في دراستنا لموضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية والرقابة عليه المنهج التحليلي , فقمنا بتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع. كما قمنا بعرض افكار و مفاهيم تتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية و القواعد التي تحكمه وتوصيفها. و كذلك قمنا بتحليل النصوص القانونية التي تنظم مسألة فض المنازعات الإدارية عن طريق التحكيم، و آراء و افكار الفقهاء و الباحثين المتعلقة به، سعيا للخروج بنتائج تخدم الجهات الوطنية و أصحاب الأختصاص. كما نتبع المنهج المقارن من خلال المقارنة بين موقف المشرع العراقي الاتحادي والاقليم من جهة وموقف كل من المشرع الفرنسي والمصري وغيرهم من جهة أخرى، للوقوف على كيفية معالجتهم للموضوع والإفادة والإستفادة من محاسنهم ونقاط القوة في تشريعاتهم لمعالجة الأشكاليات المتعلقة بموضوع البحث لذلك استندنا للدراسة على المنهج المقارن من خلال مقارنة موقف المشرع العراقي ببعض تشريعات منها الفرنسي والمصري والتشريعات الأخرى .

سابعاً . خطة البحث :

لأجل الإحاطة بتفاصيل موضوع بحثنا ومحاولة معالجة الأشكاليات المتعلقة به , سنقسم بحثنا الى ثلاث فصول , حيث سنتطرق في الفصل الأول لمفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وتكييفه القانوني , بينما سنلقي الضوء في الفصل الثاني على ماهية العقد الإداري الدولية وموقف التشريعات المقارنة من

إمكانية اللجوء الى التحكيم فيه وخصصنا الفصل الثالث للاختصاص القضائي للدولة في الإعراف بتنفيذ الحكم التحكيمي في العقود الإدارية الدولية .

و سنختم بحثنا بخاتمة نتناول فيها أهم الاستنتاجات التي سنتوصل اليها مع بيان المقترحات الكفيلة بحل ومعالجة الإشكاليات ذات العلاقة بموضوع البحث .

الفصل الأول

مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وتكييفه القانوني

يعرف التحكيم لدى معظم المهتمين بالشؤون القانونية بأنه طريق خاص لحل المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية , إذ يعتمد أساساً على أن اطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدل من الاعتماد على التنظيم القضائي , وهكذا ينشأ التحكيم بما في ذلك التحكيم الإداري من إرادة طرفي الخصومة . وقد أتجهت النظم القانونية الحديثة لدعم هذا النظام وتطويره نظراً لما يحتويه هذا الأخير من سهولة وسرعة في الاجراءات , وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري عند إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية , حيث نص على امكانية اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية . لتوضيح مفهوم نظام التحكيم وتكييفه القانوني سنقوم بتقسيم هذا الفصل الى ثلاث مباحث , سنقوم في المبحث الأول بتعريف التحكيم و تمييزه عن غيره من الأنظمة , و نتناول في المبحث الثاني صور التحكيم , و نكرس المبحث الثالث للتكييف القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية .

1.1: ماهية التحكيم

يتم التحكيم باهمية خاصة اذ انه يساعد في فض المنازعات بطريقة ودية وسهلة تحافظ على بقاء العلاقة ومثانتها بين طرفي التحكيم وغالباً ما يمكن التحكيم والهدف منه هو وضع النزاع في يد شخص حريص على علاقته بالطرفين فالمحكم يجب ان يكون كذلك لان المحكم يعد من العناصر الأساسية و الجوهرية الأزمة لنجاح عملية التحكيم وهذا يقضي منا بيان ماهية التحكيم واهميته من خلال تعريفه وانواعه .

2.1: تعريف التحكيم وتمييزه عن غيره من وسائل فض المنازعات

سبق تعريف التحكيم في العقود الإدارية بأنه : تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية التي تثور بين الإدارة أو احد الأشخاص المعنوية والمتعاقد معهما من غير طريق القضاء الإداري وفق القانون , وأما عن

تعريف التحكيم الدولي الخاص فقد عرف بأنه : التحكيم الذي يدور في نطاق العلاقات الدولية الخاصة وبالتحديد العلاقة بين افراد أو شركات من جنسيات مختلفة أو العلاقة بين الدول من جانب وطرف خاص فردا كان أو شركة من جانب آخر .

نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصص المطلب الأول للتعريف بالتحكيم ، و المطلب الثاني نجعله للتمييز بين التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات.

1.2.1: تعريف التحكيم

اولاً: التحكيم في اللغة

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 محكماً أو مُحكماً إليه، بينما يسمى الخصم محتكماً . (2)

او نستخلص في تعريف التحكيم بشكل مبسط بان الافراد يرغبون دائماً في حل ما ينشأ بين بعضهم البعض من خلاف بطريقة مبسطة قليل النفقة والجهد والوقت ولا يميلون كثيراً الى القضاء لما ينظر الى اجراءات التقاضي من ان قواعد التقاضي تتسم ببطء والشكلية والتعقيد .

لذا التحكيم بوصفه اتفاقاً على عرض مسألة على أشخاص محل ثقة واطمئنان الخصوم لا زال مطلوباً ليستغني به الناس عن المحاكم واقتصاداً في النفقة والوقت والمدة والتسويق والمماطلة في الخصومة .

ثانياً: التحكيم في الاصطلاح

أ . الاصطلاح التشريعي .

يقصد به إتفاق أطراف النزاع- اتفاقاً يجيزه القانون- على اختيار بعض الاشخاص للفصل فيه-بدلاً من القضاء المختص- ويكون القرار الصادر في هذا الشأن ملزماً لهم(3)

(1) معجم الوجيز في اللغة العربية، بدون دار النشر، القاهرة، 1980، ص165

(2) فيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر العربي، بيروت، 1978، ص98

(3) د. ماجد راغب الحلوي، التحكيم والعقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2004، ص162

و عرفه البعض بأنه (تولية الخصمان حكماً يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن تكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما) (4)

كما عرفه المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه (عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين بأختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التجامل و قاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحال الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية) (5)

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

من هنا نجد أن التحكيم هو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق 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 وفقاً لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الشيء المقضي به، ويصدر بتنفيذه أمر الجهة القضائية المختصة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

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 إليها الأطراف مهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم (6)

كما ذهب القانون التونسي إلى أن التحكيم هو (طريقة خاصة للفصل في بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم) (7)

أما القانون السوداني فقد عرف التحكيم بأنه (إتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو افراد يتم اختيارهم بارادتهم أو اتفاقهم) (8)

(4) د. أحمد حسان الغنور، التحكيم في العقود الدولية للأشياء، جامعة بني سويف الأهلية، 1998، ص 18

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

(6) المادة الأولى من قانون التحكيم الفرنسي رقم (42) لسنة 1993 .

(7) المادة 5 من الفصل الأول من قانون التحكيم التونسي رقم 42 سنة 1995

(8) المادة (4) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005

على أن المشرع المصري و معه مشرعو دول مجلس التعاون الخليجي،حينما تعرضوا لتعريف التحكيم، 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 (9)

والملاحظ أن هذا التوجه قد خلط بين أنفاق 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 الشبيهة له ، وإنما تصدت لتعريف إتفاق التحكيم و نظامه القانوني كآلية لفض المنازعات. فهذا الأختلاف حول تعريف التحكيم ماجعل من الفقه و الإجتهد أن يتعرضا لتعريفه و من ثم تمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة .

ب . الإصطلاح الفقهي .

وردت تعاريف عدة لنظام التحكيم في فقه القانون، فالفقه الفرنسي عرفه بأنه (وسيلة ودية أو سلمية لتسوية الخلافات بواسطة شخص أو عدة أشخاص عاديين-عدهم فردي- يسمون محكمين) (10)

كما عرفه البعض منهم بأنه (نظام يتمتع الأفراد في ظله بحرية تعيين محكمين يعهد إليهم مهمة حسم نزاعاتهم) (11)

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 .

كما أوضح الفقيه (كارلس غارسون) أن التحكيم هو نظام يُسوي بموجبه طرف من الغير، خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف، ممارساً لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف. 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 ملزماً (12)

(9) د.احمد عبدالكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006، ص19

(10)Vedel,droit administratif,3ed,themis, Paris,1964,p.247

(11)Revero,précis de droite, administratif,Dolloz,Paris,1965,P.218

(12)Aubry et Ran,coursed droit civil francais, Tom,6.5 ed,1962,pave Bertin,p.477

وفي الفقه العربي * تم تعريفه بأنه (الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به) (13)

كما عرف بأنه (أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها يركز على اختيار الخصوم بارادتهم أفراد عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو محتمل أن يثور بينهم من نزاع) (14)

وقد ذهب رأي في الفقه (15)، الى عكس هذا القول مؤكداً أن المشرع المصري تعرض لتعريف التحكيم حينما نص على أنه (اتفاق 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) (16)

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

* العرب وفي عصر الجاهلية عرفوا قواعد مبدأ التحكيم وكثيراً من القواعد وضعت لهذا الأساس ... وعندما اشرفت الشريعة الإسلامية على البشرية جاءت بأحكام وقواعد تنظيم حياة المجتمع ومنها أقرار مبدأ التحكيم وقد جاء في الآية الكريمة (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدون في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) الآية 64 سورة النساء .

2.2.1: تمييز التحكيم عن غيره من الاوضاع القانونية المشابهة

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 معالم هذا النظام و تبرز ذاتيته و أستقلاليته عنها،و ذلك في ثلاث نقاط متتالية:-

أولاً : تمييز التحكيم 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 (17)

(13) محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية،دون مكان و سنة الطبع، ص331

(14) إبراهيم محمد أحمد،التجارة الدولية،ط1، شركة مطابع سودان،2012،ص7

(15) محمود السيد عمر ، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية،أسكندرية،2001،ص55

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

(17) د.عزمي عبدالفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي،دون سنة و مكان الطبع، ص14

فالخبير هو الشخص العالم بيوطن الأمور بخصوص مسائل فنية أختصاصية كالتطب 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 كما سبق لنا الخوض فيه. أما الثانية فهي اتفاق 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.

لهيئة التحكيم ان تستعين بالخبرة الفنية او العملية , كما ان لها الا تستعين بها اذا وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها , فيدخل الامر في سلطتها التقديرية , على انه يجوز للطراف الاتفاق على الزام الهيئة على الاستعانة بأهل الخبرة , وقد يحدث هذا الاتفاق في مشاركة التحكيم وعندئذ تلتزم هيئة التحكيم بهذا الاتفاق .

ولا يؤدي قرار الهيئة بالاستعانة بالخبراء الى وقف ميعاد التحكيم , ما لم ينفق الطرفان على هذا الوقف سواء في اتفاق التحكيم او في اتفاق لاحق .

ويتم تعيين الخبير بقرار من الهيئة يثبت في محضر الجلسة , ولا يتقيد المحكم عند ندب الخبير بما ينص عليه قانون الأثبات من اجراءات , ولا يلزم ان يكون الخبير من المقيدين بجدول الخبراء بوزارة العدل , ولا مانع من ان تعين الهيئة خبيراً اتفق الاطراف على تحديده , ويمكن ان تعين الهيئة خبيراً او اكثر .

ويتضمن القرار بالتعيين تكليف الخبير بتقديم تقرير مكتوب او شفوي بشأن مسائل معينة يحددها قرار الهيئة , ولا يحلف الخبير يميناً قبل مباشرة مهمته , او بعدها .

ثانياً : تمييز التحكيم عن الوكالة :

يختلف التحكيم عن الوكالة (18) ففي الوكالة يقوم الوكيل بعمله باسم موكله , ويلتزم بتعليماته وعلى الوكيل ان يقوم بالعمل لصالح موكله , ولهذا فانه لايمكنه ان يكون وكيلاً عن طرفين لهما مصالح متعارضة , وليس للوكيل اية سلطة تختلف عن سلطة موكله .

وذلك كله على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للتحكيم , فالمحكم لا يصدر حكمه باسم من اختاره , وهو لا يلتزم بالاستجابة الى طلبات طرفي التحكيم اللذين اختاراه , ولا ينظر الى المصلحة اي طرف ولو كان الطرف

الذي عينه بل هو يصدر حكمه مطبقاً للقانون , وسلطة المحكم تختلف عن سلطة الطرف اذ هو يتمتع في عمله بولاية قضائية وهي ولاية لا تتوافر لدى الطرف الذي اختاره .

ثالثاً: 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 باتفاقهما عليه بواسطة الموفق (الشخص أو الجهة التي تولى عملية التوفيق). فالتوفيق الى جانب التحكيم من أهم الوسائل الودية لتسوية المنازعات ، و حتى فإن التوفيق يعد إجراءً تمهيدياً يسبق عرض النزاع على التحكيم.

فالتوفيق دخل التعامل الدولي بعد الحرب العالمية الأولى، عندما نص عليه عهد عصبة 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 (19)

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 فإن المشرع قد أستحدث نظام التوفيق لتسوية المنازعات الإدارية و منها منازعات عقود الإدارية 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.

رابعاً : تمييز التحكيم عن الصلح

الصلح عقد بموجبه يحسم المتنازعان نزاعاً قائماً أو محتملاً 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 ملزماً في هذه الحالة.

فالمشرع المصري عرفه بان (عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً،وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعاءه) (20)

(19) د.محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية , دار الفكرة العربية , القاهرة ، ص29

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

كما عرفه المشرع الفرنسي بأنه (عقد يحسم به الأطراف نزاعاً قائماً أو يتدارك به نزاعاً محتملاً) (21)

على ذلك فإن 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 لا يثبت إلا بالكتابة، علاوة على أن النطاق الموضوعي لكل من التحكيم و الصلح متطابق، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز 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 (22)

و الصلح جائز في المنازعات الإدارية شأنها شأن منازعات القانون الخاص، فالمادة (2045) فقرة (3) من التقنين المدني الفرنسي أجازت لجهات الإدارة إجراء الصلح بتصريح من رئيس الوزراء الذي بدوره أصدر مرسوماً في 8 نيسان 1995 – بعد الدراسة التي أجراها مجلس الدولة سنة 1993 بخصوص الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية (الصلح، التحكيم، التوفيق) و ذلك لحث الإدارة على اللجوء الى الصلح في منازعاتها بحسب الأحوال ، من قانون المدني العراقي * رقم 40 لسنة 1951 ، المادة (698) الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي ، المادة (699) يشترط فمّن يعقد صلحاً ان يكون اهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح والمادة (712) اذا تم الصلح فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه ، المادة (713) اذا كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين فاستحق او هلك كله او بعضه قبل تسليمه للمدعي او استحق كله او بعضه بعد تسليمه للمدعي ، والمادة (73) العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، و المادة (75) يصبح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام او للأداب ، والمادة (77) الايجاب والقبول كل لفضيين مستعملين عرفاً لانشاء العقد وأي لفظ صدر فهو ايجاب والثاني قبول ويكون الايجاب و القبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الأمر اذا اريد بهما حال ، والمادة (93) كل شخص اهل للتعاقد ما لم يقر القانون عدم اهليته او يحد منها .

و كذا الحال في مصر، فالصلح في المنازعات الإدارية جائز على أن لا يتعلق الأمر بالنظام العام، و أن يكون حق الإدارة ثابت لا نزاع فيه (23)

(21) المادة (2044) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804

(22) احمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، بدون دار النشر، 2011، ص 74.

(23) السيد احمد محمود ، مفهوم التحكيم ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 28

و مهما يكن من أمر فإن 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.

أما محل العقد في الصلح هو تسوية مباشرة للنزاع عن طريق تنازل كل من المتنازعين عن جزء ما يدعيه مقابل إبقاء الجزء الآخر .

و من حيث الطعن، فإن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، و يكون قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد إفراغه في قلبه التنفيذي. بينما عقد الصلح لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة بخصوص الأحكام، و أنما يكون قابلاً 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 (24)

3.2.1: اختلافات جوهرية بين التحكيم والتوفيق

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 فإن المحكم يصدر قراراً يفرض على الأطراف فلا يحق لهم مناقشته أو تعديله.

2. يترتب على الأتفاق على التحكيم منع عرض النزاع موضوع التحكيم على القضاء الوطني، 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 الشيء المقضي به بمجرد صدوره، بأعتبره عمل قضائي، في حين ما ينتهي إليه الموفق لا يحوز هذه الحجية (25)

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.

(24) محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1990، ص28.

(25) هذا المعنى عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 1994/12/17، في ان التوفيق يعد تسوية ودية لاتحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي فيه بل يكون إنفاذاً معلقاً على قبول أطرافها، و التقيد بها طواعية

6. أن التوفيق يجوز في كل أنواع المنازعات الإدارية و إن تعلق بالنظام العام، بينما لا يجوز اللجوء الى التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح و هي التي لا تتعلق بالنظام العام.

3.1: صور التحكيم وشروطه في المنازعات الإدارية الدولية

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 الإختياري و التحكيم الإجباري

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

و أختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء الى هذا الأسلوب لتسوية النزاع ، أو العزوفة 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 الأجبّاري قد يكفي المشرع بفرض التحكيم تاركاً للخصوم حرية أختيار المحكم و تعيين إجراءات التحكيم، و قد لا يكفي المشرع بهذا القدر من التدخل، فيضع تنظيمياً كاملاً لأجراءات التحكيم، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن (26)

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 الأقليم في قانون مجلس شوري الصادر

(26) د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000، ص30

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 (27)

و يرتب بعض الفقهاء على الطابع الأختياري للتحكيم نتيجتين اثنتين، أولاًهما 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 (28)

أما فيما يتعلق بالتحكيم الأجباري فإنه 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 (29) على ذلك يرى البعض أن التحكيم الأجباري ليس تحكيمياً بالمعنى الفني الدقيق لتخلف أهم عنصر في التحكيم وهو إرادة الأطراف، و بالتالي فليس لهذا النوع من التحكيم سوى أسمه (30)

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

(27) المادة(6) فقرة(3) من قانون مجلس شوري الدولة في العراق رقم 65 لسنة 1979 المعدل و المادة (9) فقرة اولاً (إبداء الراي في المسائل المختلفة عليها بين الوزارات او بينهما

وبين جهات غير مرتبطة) من قانون مجلس شوري و الاقليم العراق رقم(4) لسنة 2008 النافذ

(28) د.احمد ابو الوفاء، عقد التحكيم و إجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، دون سنة و مكان الطبع، ص94

(29) د.جورج شفيق سارعي، التحكيم و مدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1997، ص30 و د.أميرة صدقي، النظام القانوني

للمشروع العام و درجة إحالته دار الكتب القانونية ،القاهرة، 1971، ص636

(30) د.حمزة حداد، اتجاهات حديثة للتحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط و الشرق الاوسط، 2001

ثانياً: 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 (31)

و فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي في المنازعات بين الأشخاص العامة و الخاصة نصت المادة 69 لسنة 1984 (32) من الشروط العامة للمقاولات الاعمال الهندسية المدنية التي اصدرتها وزارة التخطيط على امكانية اللجوء الى التحكيم لتسوية النزاع بين رب العمل والمقاول في حالة عدم قبول القرار الذي يتخذه المهندس لحسم النزاع .

و على العكس من ذلك فإن التحكيم يعد خارجياً إذا صدر فيه حكم التحكيم خارج الدولة، و بالتالي فإن هذا التحكيم يخرج عن نطاق الخضوع للقانون الوطني، و ذلك على الرغم من أن التحكيم التجاري الدولي، أي المتعلق بالتجارة الدولية يمكن أن يخضع للقانون الوطني، في حالة اتفاق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون (33)

و على ذلك فإن 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 اقتصادي حيث يكون التحكيم دولياً متى كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية أستناداً الى المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري (34)

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 (35)

و بالنسبة للتحكيم الخارجي أجاز المشرع الفرنسي لطرفي التحكيم اختيار القانون الذي يرغبان تطبيقه على النزاع بغض النظر عن المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم سواء في فرنسا أو خارجها . و بنفس الاتجاه

(31) د.فتحى والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000، ص 30

(32) كتاب وزارة التخطيط العراقية الذي صدرت في 1984/9/3 المرقم 12926

(33) د. السيد عيد نائل، اتفاق التحكيم، محاضرات في الدورة العامة لاعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، 2008، ص 28

(34) د. عبدالعزیز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط1، 2006، ص 30-31.

(35) ديسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 48

سار المشرع المصري و لكنه أشرط في حالة أفاق الأطراف على إختيار قانون أجنبي للتحكيم، أن تكون القواعد التي تطبقها هيئة التحكيم غير مخالفة للنظام العام المصري حتى يتم تطبيق الحكم في مصر (36)

أما في العراق فلا وجود لقواعد محددة تميز بين هذين النوعين من التحكيم لانه لم ينظم المشرع العراقي مسائل التحكيم في قانون مستقل بل خصص له الباب الثاني في قانون المرافعات المدنية * رقم 83 لسنة 1969 في الحقيقية انه للتحكيم آثار عديدة منها تأثيره على الاختصاص القضائي للقاضي الإداري إذ ينازعه فيه في المحكم وكذلك تأثيره على الاختصاص التشريعي اذ قد يستبعد المحكم القانون الوطني ويطبق القانون الاجنبي في العقود الادارية الدولية في حالة عدم وجود نص سريع يحكم العقد

* قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 اجاز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين واجاز الإتفاق عليه في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين .

ثالثاً: 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 فإنه 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 (37)

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 (38)

أما المشرع المصري فإنه قد أخذ بكلا النوعين من التحكيم حيث نصت الفقرتين الأولى و الثانية من قانون التحكيم على أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان. أو القواعد الموضوعية في القانون التي ترى هيئة التحكيم أنها أكثر أتصلاً بالنزاع، إذا لم يتفق الطرفان على القواعد

(36) المادتين (39) و (58) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

(37) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 31 .

(38) ديسري محمود العصار، مصدر سابق، ص51

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 (39)

و قد أخذ بهذا النوع من التحكيم كل من فرنسا و مصر و العراق و الأقليم (40)

والدليل الذي استند عليه من قانون المرافعات العراقية المادة 265 تنص على انه :

1. يجب على المحكمين اتباع الاوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الإتفاق على التحكيم أو أي إتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون
2. إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام .

رابعاً: التحكيم الكلي و التحكيم الجزئي :

إن التحكيم يكون كلياً إذا 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 (41)

خامساً: التحكيم في منازعات المشروعات العامة :

إن المشرع المصري قد نظم نوع من التحكيم الإجباري 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 اعتبار أن هذه المنازعات تتعلق بالمصالح العامة و ليس بمصالح شخصية للأفراد (42) و قد أتبع المشرع المصري نهجاً مغايراً حيث أجاز لهذه المشروعات اللجوء الى التحكيم الأختياري و لم يستمر على فرض نظام التحكيم الإجباري إلا لبعض المشروعات العامة حصراً، و كان ذلك بتأثير السياسة الأقتصادية الحرة و سياسة نظام الخصصة التي انتهجتها الدولة في تلك الحقبة من الزمن (43)

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

(40) يراجع 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 و النافذ أيضاً في الإقليم.

(41) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، ط5، منشأة المعارف، اسكندرية، 1987، ص32

(42) ديسري محمد العصار، مصدر سابق، ص68

(43) ديسري محمد العصار، مصدر سابق، ص69

كما أن المشرعين العراقي و الأقليم قد أخذوا 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 المقولة أو عن تنفيذ الأعمال أو بعد إكمالها و يكون قرار المهندس ملزماً لكلا الطرفين، و إذا لم يقبل صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس فعندئذ يحال الموضوع الى التحكيم.

من هذا فإن المشرعين العراقي و الأقليم قد أخذوا بالتحكيم كأسلوب لفض المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة التي هي نوع من أنواع العقود الإدارية ذلك أن تعليمات 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 الإدارية الأخرى و ذلك أسوة بالعقود المدنية (44) التي أجاز المشرع العراقي و الاقليم لأطرافها اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بها حيث يجوز تطبيق قواعد العقد المدني على العقد الإداري كلما كانت تلك القواعد غير متنافية مع طبيعة العقد الأخير.

وفي فرنسا ومصر فأن المشرع قد أجاز اللجوء الى التحكيم كطريقة لفض منازعات العقود الإدارية بكل أنواعها.

1.3.1: الشروط الواجب توافرها في المحكم

مهما كان الشكل الذي تتخذه الهيئة التحكيمية فينبغي أن تتوفر في المحكم أو المحكمين بعض الشروط العلم بشؤون التحكيم ضماناً لمصالحها , فإن هناك شروطاً إذا لم تتوفر اعطى حق للطرف ذي المصلحة رد الحكم أولاً : الشروط الواجب توافرها في المحكم :

أ . الأستقلال والحيده :

إن تحقيق العدالة ليس حكراً على قضاء الدولة , فهناك من الطرق التي تؤدي الى تحقيقها و اخص هذه الطرق طريق التحكيم , بحيث الزم توافر صفتي الحيادية و الأستقلال ممن يتولى مهمة التحكيم , ويلزم توافر شرطي الحيده و الأستقلال في كل محكم سواء كان التحكيم حراً أو مؤسسياً , و سواء كان وطنياً أو دولياً خاصاً .

(44) العقود المدنية هي اتفاق طرف او طرفين لفعل الشيء او لعدم فعل ويكون العقد بالتراضي

ويجب أن يتوافر شرطاً الحيادة والاستقلال في المحكم طوال إجراءات التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها , ويلاحظ أن شرطي الحيادة والاستقلال يجب توافرها سواء كان المحكم فرداً أم تعدد المحكمون ولكن هل ينظر الى هذين الشرطين بنفس الدرجة بالنسبة للمحكم المعين من قبل الطرف و بالنسبة للمحكم الفرد أو رئيس الهيئة ؟

اختلف الأنظمة القانونية في هذا الشأن فوفقاً لنظام التحكيم المتبع في التحكيم الداخلي في جمعية التحكيم الأمريكية لا يلزم توافر الحيادة أو الاستقلال في المحكم الذي يختاره الطرف ولهذا فإن هذا المحكم لا يلزم بالأفصاح عن أي علاقة بينه وبين الطرف الذي اختاره ولا يخضع لنظام الرد .
ولكن الاتجاه الغالب والسائد في التحكيمين الوطني والدولي في معظم التشريعات هو أن المحكم ولو كان معيناً من أحد الأطراف يجب ان يكون محايداً ومستقلاً .

ب . الأهلية :

من الشروط المرتبطة بالشخص المحكم الاهلية وهو شرط معمول به ومتفق عليه فقهاً وقضاءً وتشريعاً فالاصل ان يكون المحكم شخصاً طبيعياً يتمتع بكل الحقوق والواجبات ((ولا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه)) فالأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاقاً على التحكيم هي اهلية الطرف للتصرف في الحقوق محل التحكيم , ذلك ان الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع الى قضاء الدولة , وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر , وتطبيقاً لهذا الشرط لا يجوز لعديم الاهلية او القاصر ما لم يكن مأذوناً له بالإدارة او للحارس القضائي على المال المتنازع عليه ابرام عقد تحكيم , ولا يجوز للوصي على القاصر ان يتفق على التحكيم بشأن مال القاصر الا بعد الحصول على اذن بذلك من القضاء (45)

ج . الجنسية :

لم تتضمن التشريعات المعاصرة باختيار المحكم من جنسية معينة وانما تركت الامر بمطلق تقدير الخصوم.

د . الخبرة :

لم تشترط كذلك التشريعات المعاصرة ان يكون المحكم حاصل على مؤهل معين او ان يكون من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المطروحة على التحكيم، فالامر متروك لمطلق تقدير أطراف التحكيم، فلمهم ان يختاروا محكماً من ذوي الخبرة الفنية او الخبرة القانونية.

(45) سلطة الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها (مصطفى الجمال وعكاشة : بند 280 ص 413)

ثانياً شروط حكم التحكيم:

إذ كانت القاعدة العامة هي عدم التزام هيئة التحكيم باتباع القواعد المقررة بالنسبة للمحاكم، فإنه يترتب على ذلك نتيجة منطقية مفادها عدم التزام هيئة التحكيم بإصدار حكمها في شكل المقرر للأحكام القضائية، ولكن لا يعني أن تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقاً للشكل الذي تحدده، بل الزم عليها المشرع التقيد ببعض الشروط الشكلية:

1 . شرط الكتابة :

يصدر حكم التحكيم غالباً في شكل مكتوب , شأنه في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة وكتابة الحكم شرط جوهرى لقيامه والقاعدة العامة هي ان يحزر حكم التحكيم باللغة العربية في الدول العربية بشرط ان يكون اطراف النزاع عربي الجنسية .

2 . شرط التسبب :

ان الالتزام بالتسبب يعد خاصية اساسية من خصائص العمل القضائي ويلتزم به كل من يمارس تلك الوظيفة , ينبغي على المحكم ان يذكر الاسباب التي دفعته الى اصدار حكمه حتى يكون مقنعاً وقد ذهب بعض الفقهاء بان التسبب هو ضمان لحقوق الاطراف وما دام المشرع الجزائري اشترط التسبب في احكام التحكيمية .

3 . شرط التوقيع على الحكم التحكيمي :

للتأكد من ان الحكم صدر عن المحكمين المذكورين به بانه يشترط جميعاً على القرار فالتوقيع من شأنه اعطاء الحكم مصداقية وجدية فلا يتصور صدور حكم تحكيمي غير موقع عليه ويجب ان يكون التوقيع من قبل كافة الاعضاء او بالاغلبية .

4.1: التكيف القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

يعتبر التحكيم اسلوباً لفض المنازعات ملزمة لاطرافه مبنى على اختيار الخصوم بارادته وهذا ليس نزولاً عن حماية القانون ونزولاً عن حق الالتجاء الى القضاء لان ذلك الحق الدستوري بل هو مجرد احلال المحكم محل المحكمة في النزاع وانما يبقى اختصاص القضاء قائماً في حال فشل المحكم للتوصل الى حل النزاع , لكي نتعرف على التكيف القانوني للتحكيم لا بد لنا من أن نتطرق الى عناصر التحكيم أو مضمونه الذي يكون مدخلاً لفهم هذا التكيف الذي اختلف الفقه القانوني في تفسيره تحديد معالمه، عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين اثنين و كالاتي :

1.4.1: عناصر عملية التحكيم

يكن أساس إلتجاء الأشخاص الطبيعية والكيانات الى التحكيم الى وجود نزاع يكتنف معاملاتهم العقدية فيراد حله بهذه الوسيلة . فالفقه اختلف 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 التصورات الفقهية في ثلاث نقاط متتالية :

أولاً: التصوير الشكلي لمفهوم المنازعة

قام جانب من فقه القانون الوضعي المقارن طرح تصوير شكلي للمنازعات يعتمد على عناصر خارجية، فالمنازعة وفق رأيهم هي المواجهة أمام القضاء و التي تتم بناءً على إجراءات الخصومة القضائية، فوجود المنازعة يعتمد على هذا الشكل بغض النظر عن وجودها الفعلي، 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 الإرادتين. و ينتقد هذا الأتجاه من حيث أن فكرة الشكل هي في محصلتها إجراءات خارجة عن المنازعة، و من ثم لا يمكن أن يتم أستنتاج وجودها بصفة عامة سابقاً للشكل و الإجراءات التي تنظر بواسطتها المنازعة (46)

ثانياً: التصوير الموضوعي لمفهوم المنازعة :

ذهب هذا الإلتجاه الى إعتداد المنازعة في حد ذاتها لأستخلاص عناصرها وفق ما يرون بأنه العنصر الراجح في تحديد مفهومها، فأعتمد البعض على أشخاصها و أعتد البعض الآخر على مضمونها، معتبراً بأنها تنازع بين الإرادات، و من ثم فإن 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 (47) 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 الجديرة بحفظها و منع الإعتداء عليها.

(46) د.محمود السيد عمر التحيوي، انواع التحكيم و تمييزه عن غيره، دار الكتب العربي الحديث، الاسكندرية، 2009، ص56- و من أشار اليهم من مؤيدين لهذا الإلتجاه (47) د.محمود السيد عمر، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2002، ص59- كذلك ما أشار اليهم من مؤيدين لهذا التوجه في الفقه المقارن

ثالثاً: الإتجاه المختلط لمفهوم المنازعة

يرى هذا الإتجاه في المنازعة بأنها 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.

فنظرية المنازعة هي التي يجب أن تحدد طبيعة العمل الذي يمكن أن تقوم بها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل عن المنازعة باعتبارها 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 إرادة أطراف المحكّمين، و الثالثة تتمثل بأرادة، هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في المنازعة، و اذا أفترق نظام التحكيم لأي من الإرادات الثلاثة سألقة الذكر فلا تظل للتحكيم أية قيمة قانونية تكون محلاً للنقاش (48)

2.4.1: الطبيعة القانونية للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

المعمول به واقعا ان التحكيم يبدأ بعقد و ينتهي بحكم، فلا بد لنا كي نحدد طبيعة التحكيم أن نبحت أمرين ، أولهما هو طبيعة اتفاق التحكيم و ثانيهما فهو طبيعة الحكم الصادر من المحكّمين أي هيئة التحكيم.

أولاً: طبيعة إتفاق التحكيم

أختلف الفقه بشأن طبيعة إتفاق التحكيم حيث تولد بعض الآراء الفقهية المختلفة ونذكرها حالا :

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 المحكّمين 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 مشاركة (49)

(48) د.ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص55

(49) د.ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص56

وقد أيد القضاء المصري هذا الاتجاه، فقررت محكمة النقض المصرية أن (التحكيم هو طريق استثنائي 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 المحكّمين 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) (50)

2- الصفة القضائية لأتفاق التحكيم أصحاب هذا الاتجاه 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 بأعتبره نظاماً خاصاً للفصل في
المنازعات الى جانب القضاء العام (في الفقه الفرنسي المؤيدين لها اوبروي رويو و فيدل) .

3- الصفة المختلطة لأتفاق التحكيم لدى هؤلاء أن جوهر التحكيم يكمن في عمليين هما أتفاق التحكيم، و
الفصل في النزاع بحكم حاسم من المحكم، و بالتالي فإن للتحكيم طبيعة خاصة لا يمكن تفسيرها في ضوء
المبادئ التقليدية و محاولة ربط العقد بالحكم القضائي (51) 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.

ج- ان المحكم لا يطبق قواعد القانون التقليدية و انما قد يرجع الى قواعد العدالة (52)

ثانياً: طبيعة الحكم الصادر من هيئة التحكيم:

أسبغ كل من المشرع الفرنسي و المصري الصفة القضائية على أحكام هيئات التحكيم، حيث أكد المشرع
الفرنسي أن القرار الصادر من المحكّمين هو حكم يقبل التنفيذ الجبري بموجب أمر تنفيذ يصدر من قاضي
التنفيذ في محكمة الدرجة الأولى الذي صدر في دائرتها الحكم التنفيذي (53)

و أجاز الطعن في هذا الحكم بطريق أعتراض الخارج عن الخصومة و بطريق الأستئناف و بطريق التماس
إعادة النظر بالأضافة الى الطعن بالبطلان الواردة في القواعد الإجرائية المدنية (54)

(50) الحكم رقم 1511 في 1937/7/27- راجع د.جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2009، ص68

(51) وفي الفقه العربي يأتي من مقدماتهم استاذة دكتورة حفيظة السيد حداد و الدكتور ماجد راغب الطلو

(52) د.عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، مجلة مصر المعاصرة، 1987، العدد 371

(53) المادة (1477) في قانون المرافعات المدنية و التجارية الفرنسي

(54) المواد(1481-1491) من قانون المرافعات المدنية و التجارية الفرنسي

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 فإنه يكون أمام محكمة أستئناف القاهرة . و قضى القانون ذاته على أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي فيه (55)

أما المشرعين العراق والأقليم 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 او عدم تصديقه (56)

بناء على ما تقدم 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 مجموعته بصفة واحدة بينما هو في الحقيقة ذات طبيعة مركبة متلاصقة و ان أي محاولة لأيجاد حد فاصل بينهما أي بين (الطابع التعاقدية و الطابع القضائي) لعملية التحكيم لا تكون ذي نتيجة و تقع خلاف للواقع، حيث يتلزم هذان الطابعان معاً منذ الأتفاق على التحكيم و حتى الأنتهاء منه بتنفيذ حكم التحكيم الصادر عن الهيئة التحكيمية.

(55) المادة (55) والمادة (56) من قانون التحكيم المصري رقم (7)، لسنة 1997.
(56) الفقرة (1) من المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969).

الفصل الثاني

ماهية العقد الادارية الدولية وموقف التشريعات المقارنة وامكانية اللجوء الى التحكيم فيه

ان العقد الإداري (بانه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسير مرفق عام او تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في اخذ باحكام القانون العام) وذلك بانه يتضمن عقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في قانون خاص نتطرق في هذا الفصل الى موقف القانون الدولي (الاتفاقيات الدولية) من هذا النوع من التحكيم، و من ثم الموقف في القانون الفرنسي و القانون العراقي و كذلك الأقليم . و لكن قبل هذا و ذاك سنستعرض مفهوم العقد الإداري الدولي و معايير دوليته في مبحثين إثنيين و كالاتي :

1.2: التعريف بالعقد الإداري الدولي ومعايير دوليته

بداية قبل الخوض في تحديد الاتجاهات 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 المطالبين الآتيين :

1.1.2: تعريف العقد الإداري الدولي

لا بد من القول 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 الآثار المترتبة عليه حتى أصبحت نظرية العقد بأكملها مرتبطة بأحكام القانون المدني و مصطبغة بصبغته (57)

(57) د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج1 - ج2 ، في نظرية العقد و الألتزامات دار الفكر العربي القاهرة ، 1987 ، ص59

و فيما يتعلق بعقود الإدارة العامة، فليست كلها عقوداً إدارية تخضع لنظام قانوني موحد، إذ قد يكون عقد الإدارة 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 الإدارة في كثير من الأحوال.

و يعرف العقد الإداري بأنه " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام (58) أو تنظيمه، و تظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، كأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الأشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " (59)

هذا بالنسبة للعقد الإداري الوطني أو المحلي، أما العقد الإداري الدولي أو ما يطلق عليه عقد الدولة فإنه الدكتور محمد عبد العزيز بكر قد عرف العقد الإداري الدولي بأنه "عقد يبرم بين دولة وشخص 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 (اوبريتي) بأنه عقد تنمية اقتصادية له أهمية بالنسبة للدولة المضيفة و تخلق نوعاً من التعاون الطويل بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي و تحرص على إبراز الطابع التعاقدية 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 تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة (60)

كما يعرفه الأستاذ (ماك نير) بأنه " عقد طويل المدة يبرم بين الإدارة من جهة، و بين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية و يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية و الطرف الأجنبي يتمتع بحقوق غير مألوفة في العقود الخاصة و العقود الداخلية، و يخضع هذا العقد في بعض جوانبه للقانون العام و جوانب أخرى للقانون الخاص و يتضمن شرط التحكيم " (61)

كما يعرفه البعض بأنه العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها و شخص خاص أجنبي بغرض إنشاء التزامات تعاقدية قد تستخدم فيه الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها (62)

(58) المقصود بالمرفق هنا هو المرفق العام بأوسع معانيه ولا محل للتقييد بنوع معين لان العقد الذي يكون احد اطرافه شخصاً معنوياً عاماً متصل بالمرافق العام و بتسييره ويتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص

(59) د. سليمان الظماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دون دار النشر ، القاهرة ، 2008 ، ص15 .

(60) نقلاً عن د. محمد عبدالعزيز بكر ، فكرة العقد الإداري عبر الحدود ،دون دار النشر، حلوان ، 2000 ، ص54

(61) نقلاً عن د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، لسنة 2003 ، ص103

(62) د. محمد عبدالعزيز علي ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الاجنبية ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، 2010 ، ص45

بناء على ما سبق يمكننا القول أن العقد الإداري الدولي هو ذلك العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة فيها بأختبارها سلطة عامة مع أحد الأشخاص المعنوية في دول أخرى بهدف إشباع حاجة عامة وطنية بأي نوع من أنواع العقود الإدارية 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 ذمته عامرة على قدر كبير من إمكانية مالية وقدرة اقتصادية لا يستهان بها (63)

2.1.2: المعايير الدولية للعقد الإداري الدولي

المعمول به أن العقد الإداري الدولي يختلف عن العقد الإداري الوطني في مسائل عدة أشار إليها فقه القانون الإداري 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 (64) و ضمن هذا المعيار ذهب رأي الى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة 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 فإنه لا يكفي لكي تعد هذه الرابطة دولية (65)

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

(63) مثال هذا النوع من العقود ، عقود امتياز المرافق العامة الدولية كوسيلة لتسيير المرافق في الدولة أو عقود الأستثمار العامة الدولية كذلك و التي تستند فيها الدولة إستغلال ثروات طبيعية معينة لشركات أجنبية ، أو عقود نقل التكنولوجيا و عقود إنشاءات عامة دولية بنظام الـ B,O,T (يعني وجود الية تمويلية انشاء البنى الاساسية في مجتمع ما بعيداً عن موارد الدولة) أو عقود مقاولات و أشغال عامة دولية و غيرها. راجع د. عصام بسيوني ، النظام القانوني للأستثمارات الأجنبية ، جامعة عين الشمس ، 1972 ، ص90.

(64) د. أحمد عبدالكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص184

(65) د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، مصدر سابق ، ص104

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 القواعد الداخلية على هذه العلاقة التعاقدية (66) و وفقاً لما تقدم و تطبيقاً لهذا المعيار فإن الأجنبي الذي يشتري شيئاً بسيط الثمن فإنه يبرم عقداً من عقود القانون الداخلي، إذ أن جنسيته عنصر سلبي غير مؤثر في تكييف العملية العقدية. عليه يمكننا القول أن العقد الإداري 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 لأخذ حالة إدخال عنصر أجنبي في العقد الإداري ذريعة للتهرب من الخضوع للقضاء الوطني لدولة التعاقد.

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

غير أن ما يؤخذ على هذا الرأي أنه يعد مصادرة على المطلوب، حيث أن دولية العقد الإداري هو الشرط المتطلب في القانون الدولي الخاص لتحويل أطرافه حق اختيار القانون الذي يحكمه و ليس اختيارهم لهذا القانون هو الذي يضفي على العقد الصفة الدولية (67)

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

أما الإتجاه الفقهي الأحدث فإنه يذهب الى إقتراح معيار آخر لدولية العقد الإداري 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 (68)

عليه فإن هذا المعيار من وجهة نظرهم يعد الأقرب لطبيعة العقد الإداري و مدعاة لعدم إصرار المستثمر الأجنبي على تضمين العقد الإداري شرط التحكيم كأسلوب لتفادي قضاء و قانون دولة العقد (69)

(66) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، بدون سنة الطبع ، ص295 .

(67) د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، مصدر سابق ، ص103

(68) أنظر د. أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الإدارية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 سنة 1965، ص75

(69) د. عصمت عبدالله الشيخ، مصدر سابق ، ص106

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

3.1.2: مدى جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الدولية

بخضوع العقد الإداري للتحكيم الدولي نصبح أمام أمرين، إما أن يتم اختيار نظام قانوني و قضائي لدول القضاء المزدوج و بالتالي لا تثور هناك أية مشكلة، أو أن يتم اختيار نظام قانوني و قضائي لدول القضاء الموحد و التي لا تميز بين العقد الإداري و المدني و ما يترتب على ذلك من تجرد الإدارة من السلطات التي تكون لها بمقتضى العقد الإداري و بذلك يفقد العقد الإداري أهم الشروط التي تميزه كعقد إداري عن العقد المدني، و بالتالي يتحول الى عقد مدني (70)

و كل ذلك ما لم تضع الإدارة شرطاً في العقد ينص صراحة على لجوئها الى الشروط الاستثنائية 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 الإداري للتحكيم على هذه الصورة التي تؤدي الى هدم أهم عناصر نظرية العقد الإداري، و هذا يفسر لنا تشدد القضاء و الفقه الإداري و عدم تسامحه تجاه أدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة (71)

و يجدر الإشارة هنا الى أغلبية التشريعات و منها التشريعات الفرنسية و المصرية قد درجتا على أن اللجوء الى التحكيم في المنازعات الإدارية يتطلب الحصول على إذن مسبق من جهة إدارية تعلوه و ذلك لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية، فالمشرع الفرنسي مثلاً أوجب الحصول على إذن مسبق قبل اللجوء الى التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة و عقود التوريد (72) الإداري (73)

(70) د. علي محمد بدير و آخرون ، مبادئ و أحكام القانون الإداري ، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر القاهرة ، 1993 ، ص475.

(71) د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص119

(72) يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين احد الاشخاص المعنوية العامة واحد افراد او الشركات على توريد مقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين ولا يكون هذا العقد ادارياً الا اذا توافرت عناصر العقد الاداري اي ان هذا العقد قد يكون عقداً مدنياً وقد يكون عقداً ادارياً

(73) أشار إليه د. جابر جاد نصار ، المصدر نفسه ، ص47-49 و د. حمدي علي عمر ، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص105.

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 اختصاصه بمنح الأذن (74) فإذا أقدم الشخص المعنوي على إدراج شرط التحكيم في العقد الإداري دون الحصول على إذن مسبق من الوزير المختص فإنه يمثل خطأً مرفقياً يرتب مسؤوليته قبل المتعاقد الآخر، إلا أن ذلك لا يمنع من إعطاء الموافقة اللاحقة من الوزير المختص حيث تعتبر الموافقة اللاحقة على مشاركة التحكيم تصحيح لبطلان شرط التحكيم (75)

و إننا نؤيد ما ذهب إليه المشرع 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 الإجراءات 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 أدنى من مستوى الوزارة أي أن لا تنزل عن المستوى الإداري الثالث نزولاً.

وأما بالنسبة للتشريع العراقي نجد أن قانون المرافعات العراقية رقم 83 لسنة 1969 المعدل لم يشر الى تعريف التحكيم ولكنه اجاز الأنفاق على تحكيم في نزاع معين كما اجاز الأنفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين أما قانون الأستثمار العراقي النافذ لم يشر أيضاً الى تعريف التحكيم ولكنه اشار في المادة (27) الفقرة (4) على انه لايجوز لأطراف النزاع الالتجاء الى تحكيم وفقاً للقانون العراقي

وأن قانون المرافعات المدنية العراقي لم يفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم حيث أنه اجاز الأنفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ولكن محكمة التمييز العراقي قد اشارت الى اشكال التحكيم ضمن قضايا القرار الصادر من محكمة التمييز المرقم (363) مدنية أولى (74) في 1975/2/5 حيث اشارت الى أن التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (251) من قانون المرافعات المدنية وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابت بالكتابة حسب المادة (252) المعدل من قانون المرافعات المدنية .

(74) د. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص 90-91 أيضاً د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و النولية ، منشأة معارف ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 107

(75) د. حمدي علي عمر ، مصدر سابق ، ص 99-101

أن محكمة تمييز اجازت الإتفاق على التحكيم وقت التعاقد أي كشرط يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين وهذا ما يطلق عليه شرط التحكيم , (وكذلك اجازت المحكمة أن يكون الإتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه مشاركة التحكيم) .

2.2: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

سنستعرض في هذا المبحث موقف التشريعات منها الدولية أي الاتفاقيات الدولية الرئيسية التي نظمت التحكيم في العقود الدولية و كذلك بعض التشريعات الوطنية للدول كالتشريع الفرنسي و من ثم العراقي و الاقليم و ذلك في مطلبين، أما المطلب الثالث فسنخصصه لبيان أثار القرار التحكيمي.

1.2.2: دور الاتفاقيات الدولية لتفعيل التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

إن عدة إتفاقيات دولية نظمت التحكيم في العقود الإدارية الدولية نجلها في النقاط الآتية :

أولاً – إتفاقية نيويورك المبرمة عام 1958 (76)

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

وفي مجال بيان دور الإتفاقية في تشجيع اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الدولية لدينا الملاحظات الآتية

- بالرغم من أن الهدف من الإتفاقية 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 والمدنية.
- الواضح أن تطبيق هذا النص قد أتاح للدول الأعضاء استخدام هذا التحفظ لتضييق نطاق أعمال الإتفاقية في مجال العقود الإدارية الدولية، حيث أن كثير من الدول ما زالت تحظر على الأشخاص المعنوية اللجوء الى التحكيم، عليه لا يمكن القول أن للإتفاقية دوراً في إزالة الحظر التشريعي بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية (77)

(76) حيث أعدت اللجنة الدولية المختصة بشؤون التحكيم التجاري الدولي لدى غرفة التجارة الدولية في آذار 1953 مشروعاً للمعاهدة قدمته أمام المجلس الاجتماعي و الاقتصادي للأمم المتحدة بشأن إبرام إتفاقية جديدة أعدت مشروعها اللجنة المذكورة. و قد تم عرض المشروع في المؤتمر الدولي الذي انعقد في نيويورك و اختتم أعماله بأصدار إتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب و تنفيذها. للتفصيل ينظر د. نجلاء حسن سيد أحمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، ص145 (77) د. حسن البغدادي ، رأي في القانون الواجب التطبيق في شأن صحة شرط التحكيم ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثاني ، 1986 ، ص3

- لا تلتزم الدول الأعضاء بالأعتراف باتفاق التحكيم إذا كان النزاع يتعلق بمسألة لا يجوز طبقاً لقانونها الوطني عرضها على التحكيم وفقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة من الإتفاقية.
 - وهذا ما أعطت الفرصة لبعض الدول المنظمة الى الإتفاقية أستبعاد عقود بعينها من نطاق الإتفاقية التي لا يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانونها الوطني (78)
 - يتضح لنا مما تقدم ان هذه الإتفاقية لم يكن لها دوراً تذكر في مجال دفع الدول المنظمة لها الى اللجوء الى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية.
- إنضمام جمهورية العراق الى إتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) (79)**
- المادة (1) تنظم جمهورية العراق الى إتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 7/حزيران/1959 مع التحفظات الآتية :
1. أن لا تسري احكام هذه الإتفاقية تجاه جمهورية العراق على قرارات التحكيم الصادرة قبل نفاذ هذا القانون
 2. أن لا تطبق الإتفاقية بالنسبة للإعتراف بالقرارات الصادرة في أراضي دولة متعاقدة أخرى وتنفيذها إلا على أساس المعاملة بالمثل .
 3. أن لا تطبق الإتفاقية من جمهورية العراق إلا على الخلافات الناشئة عن العلاقات القانونية التعاقدية والتي تعد تجارية بموجب القانون العراقي وتصدق جمهورية العراق على اتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الموقعة في بورد لويس بموريشيوس في 2015/3/17 و الموقع عليها من جمهورية العراق في نيويورك في 2017/2/10 (80)
- وان اسباب الموجبة : لغرض إعتراف جمهورية العراق بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها الصادرة في إقليم دولة أخرى طرف في إتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها على اساس المعاملة بالمثل والانضمام الى إتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) .

(78) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004، ص151- كذلك د.عبدالعزیز عبدالمنعم خليفة ، المصدر السابق ، ص109

(79) رقم 14 لسنة 2021 الذي اصدر من مجلس النواب العراقي (الوقائع العراقية / عدد 4633 في 2021/5/31)

(80) قرار رقم 25 لسنة 2020 الوقائع العراقية العدد (4615) في 2021/2/1 .

ثانياً : إتفاقية جنيف/سويسرا لعام 1961 (81)

تنص المادة الثانية من الإتفاقية في فقرتها الأولى على أنه ... في الحالات المشار إليها في المادة الأولى / فقرة أولى من الإتفاقية، فإن 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 على أنه عند التوقيع أو التصديق على هذه الإتفاقية أو الانضمام إليها، فإن كل دولة يمكن الإعلان عن تصديقها لهذه الإتفاقية وفق شروطها.

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

غير ان واقع تطبيق هذه الإتفاقية 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 الإتفاقية تميل الى تشجيع الدول الأطراف الى اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

ثالثاً – إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار بين الدول و رعايا دول أخرى لسنة 1965 (82)

أنشأت هذه الإتفاقية مركزاً دولياً لتسوية منازعات الأستثمار، فالمادة 25 من الإتفاقية تحدد أختصاص المركز بتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول و المستثمرين الأجانب، فضلاً عن أنها لم تجعل لشرط التحكيم أدنى تأثير إذا لم تكن الدولتان المعنيتان قد وقعتا سلفاً على الإتفاقية، 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 او غير ذي اهمية.

كما نصت المادة (54) من هذه الإتفاقية على أن الدول الأعضاء تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة عن

هذا المركز، و تضمن على أراضيها تنفيذ الألتزامات المالية الناشئة عن الأحكام التحكيمية (83)

(81) إن التحضير للإتفاقية جرى تحت إشراف اللجنة الأقتصادية الأوروبية ، المبرمة في 21 نيسان 1961 في جنيف في جلسة خاصة لمندوبي اثنين و عشرين دولة أوروبية . و كان الدافع وراء إبرام هذه الإتفاقية هو المساعدة على إنتشار التحكيم كوسيلة رئيسية لحل النزاعات في أوروبا العنقدية و غير العنقدية. راجع د. حمدي علي عمر ، التحكيم في عقود الادارة ، المصدر السابق ، ص104.

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

(83) د. عصام الدين القصيبي ، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1993 ، ص10

من هذه المادة تتضح أن أحكام التحكيم الصادرة عن المركز واجبة التنفيذ لدى دول الأطراف شأنها شأن أحكام محاكمها الداخلية. كما أن الأحكام الصادرة عن المركز تعتبر أحكاماً نهائية لا يجوز الطعن فيها أمام أية محكمة داخلية أو لدى محاكم تحكيم دولية.

من هذه المواد نستنتج أن لهذه الإتفاقية دوراً بارزاً في إلزام الدول الأطراف بإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية و أعمال هذا الشرط عند تحقق أسبابه.

إلا أنه بالرغم مما تقدم فإن الواقع العملي يخالف ذلك، فمثلاً في فرنسا عندما أبرمت الحكومة الفرنسية عقد مع شركة أمريكية لإنشاء 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 أن مجلس الدولة الفرنسي رفض إدراج شرط التحكيم متجاهلاً نصوص إتفاقية واشنطن التي وقعت فرنسا و أعتبرتها فوق قوانينها الوطنية، و التي تجيز إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود الإدارية الدولية الأستثمارية . و أستند المجلس في هذا الرفض الى نصوص القانون المدني التي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الدولية (84)

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 الإدارية الدولية، إلا إن المعمول به واقعاً هو أن القوانين الوطنية للدول هي التي تعول عليها بشأن جواز اللجوء الى التحكيم من عدمه و من ثم يستمر القانون الوطني هو الأساس في إمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

2.2.2: موقف التشريعات المقارنة من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

سنتناول الموقف في التشريعات المقارنة من خلال النقطتين الآتية :

أولاً: موقف التشريع الفرنسي

إذا حاولنا الوقوف عند بعض التشريعات المقارنة فنسجد بهذا الخصوص أن المبدأ العام في التشريع الفرنسي، هو منع اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية إلا إذا نص القانون على إجازته (85) فوفقاً لنص المادة (83 و 1004) من قانون المرافعات المدنية الفرنسية لسنة 1806، بأعتبره الأساس التشريعي لهذا المنع و الحظر، كما كرس المشرع هذا الحظر بمقتضى قانون (5) حزيران 1972، حينما

(84) إلا أنه و بعد ذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون 19 آب 1986 الذي سمح للدولة قبول شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية المبرمة مع شركات و مؤسسات دولية ، كما سنتناول ذلك بالتفصيل في الفرع الثاني عن هذا المطلب

(85) د. محمد عبدالعزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مصدر سابق، ص47.

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 بوحديات الإدارة العامة أو المؤسسات العامة و بوجه عام جميع المسائل التي تمس النظام العام. إلا ان هذا المنع ليس على إطلاقه، بل له استثناءات، بحيث أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه بإمكان بعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري اللجوء الى التحكيم لكن شريطة صدور مرسوم يسمح بذلك (86)

و منه فالمشرع الفرنسي حاول التلطيف من حدة المبدأ القاضي بالخطر. و قد تفاوتت 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 أعماله بالتحكيم الداخلي دون الدولي . و ذهبت أحكام القضاء العادي الفرنسي في هذا الاتجاه، إذ تم استبعاد هذا الحظر بشكل كامل في إطار التحكيم الدولي بشأن العقود الإدارية الدولية (87)

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

كما ذهبت محكمة أستئناف باريس في العديد من أحكامها الى مد نطاق أعمال 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 البحتة 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 الإدارية الوطنية و لا يشمل تلك المتعلقة بالنظام العام الدولي (88)

مما ورد أعلاه نستخلص 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

(86) د. حمدي علي عمر ، مصدر سابق ، ص 137-138

(87) أنظر د. حفيظة السيد الحداد ، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 19

(88) 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 مناقستين ، و ادرج شرط التحكيم في هذين العقدين بنصه (أتفقت الأطراف على اللجوء الى التحكيم ، في حالة المنازعة بين المفاوض و جهة الإدارة ، عند تعذر حلها من قبل الوزير) - أنظر في تفصيل ذلك مجموعة قرارات و أحكام محكمة أستئناف الفرنسية ، 24 شباط ، 1994 - و قرارات أخرى واردة فيها.

القواعد المادية مستكملة بذلك النهج الذي بدأ به القضاء بشأن صحة اتفاق التحكيم نفسه الوارد في العقد الإداري الدولي المبرم من قبل الدولة أو أحد الجهات الإدارية 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 الإدارية الدولية، فنجد أنه في أكثر من مناسبة حكم ببطالان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية مستنداً الى نصوص القانون الفرنسي، و أدى هذا التناقض في موقف كل من القضاء العادي و القضاء الإداري الى تدخل المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بخصوص عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية (89)

و ذلك بإصداره لقانون 19 آب 1986 الذي أجاز للدولة و المقاطعات و المؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الإدارية المبرمة مع الشركات الأجنبية و ذلك استثناءً من حكم المادة 2060 من القانون المدني

و في إعتقادنا 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 الإدارية الدولية و الداخلية تعني جواز ذلك دون أية قيود تحد من ذلك أو تقيده.

ثانياً - موقف التشريعات العراقية .

لا يوجد لدينا لا في العراق ولا في الإقليم 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 الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين) . يظهر من هذا النص أن المشرع أجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين و أنه لم يحدد نوع و طبيعة العقد و إنما جاء على سبيل الاطلاق، فالمشرع لم يتناول عقوداً مدنية دون عقود إدارية بالشمول، لذا فإن النص لا يفرق بين هذين النوعين من العقود.

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

1. إذا أتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد أستنفاد 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 أعتبر الدعوى مستأخرة حتى صدور قرار التحكيم (90)

كما يجب أن يكون قبول المحكم للمهمة الموكلة إليه كتابة، ما لم يكن تعيينه قد تم عن طريق المحكمة، مع أن قبول المحكم لتلك المهمة ضروري سواء تم تعيينه من طرفي النزاع أو من المحكمة (91)

4. أن تكون الخصومة في دعوى المال حيث لا يجوز التحكيم في المسائل الشخصية كمسائل البنوة او الزوجية او الولاية او الوصاية

5. ضرورة اتباع الاجراءات المقررة في قانون المرافعات أي أن يسلك المحكمين سلوك القضاء فيما يتعلق بالخصومة وقواعد التقاضي ووفقاً لاجراءات التي جاء بها قانون المرافعات المدنية رقم 38 لسنة 1969 .

6. كما ان المادة (251) من قانون المرافعات اجازت الإتفاق على التحكيم في نزاع معين او في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين , وتقع على القضاء مهمة استخلاص قصد الخصومة في العقد .

7. ان المادة (254) من قانون المرافعات تضمنت (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها) ... (ولا يجوز التحكيم بين الزوجين م (41) من قانون الاحوال الشخصية كما ان المادة (704) مدني تشترط ان يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البديل في مقابلة , وتحضر الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والاداب لان الصلح في المصالح المالية جائز وايضاً فان التحكيم غير جائز في العقود بلا مقابل كعقد الهيئة المنصوص عليه في القانون المدني م (601) مدني والاعارة ولكن يجوز في العقود الاخرى كالبيع والشراء مالم تكن مخالفة للنظام العام والاداب .

ويتم تطبيق قانون المرافعات، كقاعدة عامة، على إجراءات الدعوى التحكيمية (92) 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 (93)

مع أن هذا الأمر لا يفيد واقع التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

(90) المادة (253) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(91) المادة (259) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(92) المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(93) المادة (271) من نفس القانون

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 الإدارية 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 المقولة أو تنفيذ الأعمال أو بعد إكمالها و يكون قرار المهندس ملزماً لكل من الطرفين، و إذا لم يقبل صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس فعندئذ يحال الى التحكيم (94)

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

لكن أهم تشريع عراقي الذي يحكم مسألة التحكيم في العقود الإدارية سواء الداخلية أو الدولية المعمول به الآن هو تعليمات رقم (1) لسنة 2014 الموسومة بـ (تعليمات تنفيذ العقود الحكومية) التي أصدرتها وزارة التخطيط للحكومة الاتحادية في العراق (95)

و تناولت المادة 8 من هذه التعليمات الطرق الكفيلة لفض المنازعات و يبدأ بالتوفيق أولاً و التحكيم ثانياً و القضاء ثالثاً، أما التحكيم و يكون وفقاً لما يلي : (96)

التحكيم الوطني : و يكون وفقاً للأجراءات المحددة في شروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 .

التحكيم الدولي : لجهة التعاقد أختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة و للمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة و عندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً على أن يراعي ما يلي :

(94) المادة (46) و المادة (47) من تعليمات شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية و الكيميائية في العراق . بخصوص شرح بعض مواد هذه التعليمات راجع منى عبدالعال و رافة كريم كربل ، التحكيم و أثره على العقد الإداري ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل / كلية القانون ، 2010 ، ص123.

(95) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد 4325 في 16 / 6 / 2014

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

أولاً- أن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة.

ثانياً- تحديد مكان ولغة التحكيم.

ثالثاً- اعتماد 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 رسالتنا، إذا ان النقطة الأولى فيها نظمت التحكيم في العقود الإدارية الداخلية بما جاء في شروط المناقصة التي تحفظ لجهة الإدارة امتيازات السلطة العامة، و المسائل الإجرائية للتحكيم فيها تخضع لقانون المرافعات المدنية النافذ . أما النقطة الثانية و المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية 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 الإقليم / العراق ، فإنه لا يتميز بشئ عن ما هو جاري في العراق، فرغم أن الدستور الاتحادي سنة 2005 قد أقر للإقليم سلطة إصدار تشريعات خاصة به و ذلك في المادة 118 منه، إلا إنه لم يصدر أي تشريع لتنظيم العقود الإدارية بشكل عام و مسألة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية بشكل خاص . فما تطرقنا إليه من قواعد التي تحكم الموضوع في العراق هي نفسها نافذة في الإقليم دون أي اختلاف يذكر، سوى التعليمات رقم (2) لسنة 2016 تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية الصادرة عن وزارة التخطيط في الإقليم 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 إلغائها هناك أيضاً بصدور تعليمات رقم 1 لسنة 2014 التي أوردناها أعلاه.

فالمادة (77) من تعليمات رقم (2) سنة 2016 النافذة في الإقليم هي الوحيدة المخصصة لمعالجة مسألة التحكيم في العقود الإدارية، و من خلال فقراتها الستة من هذه المادة (97)

يتبين لنا جواز اللجوء الى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية و لكن دون أن تتضمن 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 اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية لحسم المنازعة (98)

و أن يتم اختيار اللغتين الرسميين في (العراق و الأقليم) العربية أو الكوردية كلغة التحكيم، مالم ينص على خلاف 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 الأقليم/ العراق) المتعلقة بألية فض المنازعة الأستثمارية للأجنبي عن طريق التحكيم الدولي.

فهذه الفقرة حددت شروط أربعة لأمكانية اللجوء الى التحكيم الدولي في العقود الإدارية الدولية وهي:

- 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 مما يمكن ملاحظته 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 (99)

و من خلال مقارنة تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية (100) 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 كلاهما غير كافيتان لمعالجة موضوع بالغ الأهمية وهو التحكيم في عقود إدارية الداخلية منها و الدولية، هذا الأسلوب الذي يسلب القضاء الوطني المختص سلطته في حكم هذه العقود و تبعاً

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

(99) إن مشروع الأقليم/العراق من خلال نصوص و قواعد الخاصة بالتحكيم الدولي أو التحكيم في العقود الدولية يرفض التحكيم بأسلوب مشاركة التحكيم ، أي تحديد ألية حل النزاع و المحكمين بعد نشوب النزاع حول العقد

(100) وزارة التخطيط لحكومة الأقليم/العراق مديرية التعاقدات الحكومية استناداً الى القرار 1 لمجلس وزراء لحكومة الأقليم الذي صدر في اجتماعه الاعتيادي رقم 15 في 2010/4/5 المبلغ بموجب كتاب رئاسة مجلس الوزراء / سكرتارية المجلس (سري) المرقم 1127 في 2010/5/5 اصدر التعليمات الآتية ، تعليمات رقم 2 لسنة 2016 (تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية)

لذلك تفقد العقود الإدارية سماتها المعهودة و هي تضمنها سلطة وسيادة لطرف السلطة الإدارية العامة في مثل هذه العقود.

الفصل الثالث

الاختصاص القضائي للدولة في الاعتراف بتنفيذ الحكم التحكيمي في العقود الإدارية

يمثل تنفيذ الحكم التحكيمي، الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل. فكل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل تصب في هذه المرحلة الأخيرة التي تترجم الحل النهائي للنزاع فيما بين الاطراف، وهكذا فإن فعالية التحكيم كأسلوب لفض وتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تنفيذ الحكم التحكيمي (101)

على هذا الأساس سنقوم بدراسة هذا الموضوع في هذا الفصل من خلال ثلاثة مباحث، نخصص المبحث الأول للرقابة القضائية في الاعتراف بالحكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية الدولية وتنفيذه أما المبحث الثاني فسيخصص لبيان تحديد سلطة قضاء الدولة في الاعتراف بالحكم التحكيمي الإداري الدولية وتنفيذه، أما في المبحث الثالث فسنتناول إجراءات الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الإداري الدولية.

1.3: الاعتراف بالحكم التحكيمي الإداري الدولي وتنفيذه والرقابة القضائية عليه.

يصطدم قرار التحكيم (102) بعقبة قبل تنفيذه إذ تعتبر هذه المسألة أخطر ما يواجه الحكم التحكيمي من الناحية العملية، فرباح الدعوى لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب بقدر ما يعنيه الحصول على ما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه وهو تنفيذ الحكم. بمعنى أن المشكلة لا تثور لو نفذ الحكم طوعاً، لكنها تثور أثناء رفض خاسر الدعوى التحكيمية التنفيذ، مما يجعل رباح الدعوى يضطر للجوء إلى القضاء لطلب التنفيذ الجبري (103)

(101) حوت فيروز، الرقابة القضائية على حكم تحكيم تجاري، ط1، المركز الأكاديمي للنشر القاهرة، 2019، ص 17.

(102) سمي حكم التحكيم في بعض القوانين العربية بالقرار، ومثال على ذلك قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل، لذلك مهما تعدد التسميات فإن المقصود منها إصدار المحكمين حكمهم الحاسم للنزاع: محمود نوري حسن، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2017، ص 314.

(103) جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لسنة 2015، ص 213-215

نظراً لأهمية الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية الدولية، لذلك فإننا وجدنا أنه من الواجب الإلمام بالإطار المفاهيمي لها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الأول مفهوم الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وضوابط اللجوء إليه، والمطلب الثاني نبج فيه جوهر الاختلافات بين التحكيم والقضاء الرسمي، أما في المطلب الثالث فسنبحث فيه عن بيان مفهوم الاعتراف بالحكم التحكيمي الإداري الدولي وتنفيذه.

1.1.3: الضوابط القانونية للرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

يقصد برقابة القضاء على التحكيم التحقق والتأكد من صحة عمل المحكم وحثه على العناية بعمله بإقامة العدل والذي يعد أهم واجبات الدولة تجاه مواطنيها (104)

تعد الرقابة القضائية من أفضل صور الرقابة على أعمال الإدارة نظراً لما توفره من ضمانات لحقوق الأفراد وحياتهم، والتوفيق بين مصالح الأفراد والمصلحة العامة، ويتمتع القضاء بالدوام والاستقرار والحصانة، فهو كسلطة عامة من سلطات الدولة لا ينهض بها إلا على القاضي الذي يمثل الدولة من خلال الأحكام التي يصدرها إضافة إلى أنه صاحب الولاية العامة والاصولية في كافة المنازعات. إذ أن التحكيم بدون رقابة يؤدي إلى حرمان الخصوم من قدر كبير من الضمانات القضائية التي أحاط بها المشرع في العمل القضائي، وبالتالي لا بد من الرقابة لتوفير الضمانات التي يفرضها مبدأ سيادة القانون. وفي هذا السياق تتضح الأهمية القصوى للرقابة على التحكيم، تلك التي لا تقل في أهميتها عن الرقابة التي يخضع لها الحكم القضائي إن لم تكن أوسع منها (105)

وأما فيما يتعلق بضوابط الرقابة القضائية على التحكيم. فإن للرقابة التي يمارسها القضاء على التحكيم ضوابط معينة وهي ليست مطلقة بأي حال، حيث إن ما يبرر وجود رقابة على التحكيم هو عدم توفر كافة الضمانات التي ينفرد بها القضاء مثل علانية الإجراءات وحيادية القاضي، ومن هذه الضوابط التي تحكم الرقابة القضائية على التحكيم :

أ- إن الرقابة القضائية على التحكيم هي رقابة مقيدة :

(104) د. هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 323، أشرف حسن عباس الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015، ص 416.

(105) د. أشرف حسن عباس الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015، ص 416 - 417.

بما أنه لا يحق للمحكمة من تلقاء نفسها أن تتعرض للأسباب التي تخرج عن رقابتها التلقائية، بدون أن يثيرها الأطراف، فالرقابة القضائية ليست مطلقة ولها ما يبررها، ومن أجل أن تنشأ هذه الرقابة أهدافها يمكن تقسيمها إلى ضوابط موضوعية وضوابط شكلية، فالضوابط الشكلية هي تلك الضوابط التي تدعم خصومة التحكيم وتتأى بالتعسف عنه، أما الضوابط الموضوعية فيحكمها عدم تدخل القضاء في التفاصيل، وإنما يكفي بمراجعة صحة ما انتهى إليه المحكم مستهدياً في ذلك بأحكام القانون وضوابطه (106)

ب- إن رقابة القضاء على التحكيم رهن إرادة الخصوم:

إذ لا تمارس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع رقابتها على أعمال المحكم بصفة تلقائية، وإنما بناءً على طلب من الخصوم أو الأطراف أنفسهم كقاعدة عامة، وهو ما يمكن تفسيره في ضوء الطبيعة الإتفاقية للتحكيم (107)

لذا لا بد من قبول المتعاقد الأجنبي في العقود الإدارية الدولية لرقابة القضاء الوطني للدولة المتعاقدة معها، لأن هذه الرقابة لن تدخل في فحوى ومضمون الموضوع التي اتفق على التحكيم عليه.

وفي هذه المرحلة يتضح عادة الوجه الحقيقي للعدالة التحكيمية التي توصف بالعدالة التعاقدية (108)

من هنا يظهر دور القضاء في الرقابة من خلال الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي، إذ أن الحكم التحكيمي يصدر من هيئة التحكيم التي لا تعتبر من سلطات القضاء في الدولة وليس لها بالتالي ولاية أصيلة ودائمة، وإنما لها ولاية خاصة مؤقتة وتصدر بناءً عليها أحكام قضائية كأحكام المحاكم التابعة للدولة، لكن مع الاحتفاظ ببعض الخصوصيات التي تفرقها عن أحكام المحاكم، ومن هذه الخصوصيات ضرورة إعمال الرقابة القضائية على أحكام المحكمين بعد صدورها وعند الرغبة في تنفيذها جبراً (109)

لذلك يبدو أن الإقرار لقضاء الدولة في أعمال الرقابة كان إجراءً حتمياً وضرورياً وذلك من خلال الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه.

(106) د. هدى محمد مجدي، مصدر سابق، ص 420

(107) د. أشرف حسن عباس الأعور، مصدر سابق، ص 420.

(108) جعفر مشمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص 213

(109) حوت فيروز، مصدر سابق، ص 17

2.1.3: جوهرة الإختلافات بين التحكيم والقضاء الرسمي

إذا كان القضاء والتحكيم يتفقان في كونهما جهات للفصل في المنازعات إلا انهما يختلفان في التالي , التحكيم يعد قضاء ثانوياً بجانب القضاء الرسمي .

والقضاء الرسمي حق مقرر لجميع أفراد المجتمع , بل ويجبر من لا يستجيب لدعوة القضاء على المثول أمامه أو الحكم عليه وينفذ الحكم جبراً عن طريق السلطات العامة , فالسلطة القضائية أحد مظاهر سيادة الدولة وللقضاء الرسمي ولاية عامة فهو مختص بنظر جميع القضايا التي تعرض عليه والفصل فيها حسب الأنظمة المعمول بها في الدولة . أما اللجوء الى التحكيم فلا يكون حقاً مقررأ لجميع الناس ولا يشمل كل المواضيع , فهناك قضايا أو مسائل لا يجوز اللجوء الى التحكيم لحل النزاعات الناشئة عنها . وولاية التحكيم لا تقوم إلا برضا أطراف النزاع عن طريق اتفاق التحكيم الذي يتضمن اتفاق أطراف الخصومة على اللجوء الى التحكيم والذي بدوره أيضاً يحدد نوع الخصومة والاجراءات التي يجب اتباعها لانتهاء تلك الخصومة , مع مراعاة أن الجهة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع المعروف على التحكيم يجب أن تصادق على اتفاق التحكيم وكذلك المصادقة على الحكم التحكيمي وتعطي الأمر الى الجهات المختصة في الدولة بتنفيذه .

وكذلك في حال اتفاق الأطراف علة مواصلة حل النزاع عن طريق التحكيم أو في حال صدور حكم المحكم مخالفاً للنظام العام , فإن سلطة الفصل في هذا النزاع لهم حق اختيار هيئة التحكيم , ولا يكون ذلك في القضاء الرسمي فلا يمكن لأطراف النزاع اختيار قاض معين للفصل في النزاع , والأصل في اجراءات التحكيم هي السرية في حين أن الأصل في اجراءات وجلسات القضاء العلنية .

3.1.3: ماهية الاعتراف بالحكم التحكيمي وأثره في عقود إدارية دولية

الفرع الأول: ماهية الاعتراف بالحكم التحكيمي

تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه، إلا أنه لكي يدمج الحكم التحكيمي في النظام القانوني للدول يجب أن يتم الاعتراف به، ولكي يصبح قابلاً للتنفيذ يجب أن تضى عليه الصيغة التنفيذية. وبدون الاعتراف والتنفيذ فلا يكون للحكم التحكيمي أي أثر غير كونه سنداً للإثبات (110)

(110) حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012، ص

لم يرق المشرع في الدول المقارنة بتعريف الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي، لكنه قام بتبيان أهم الشروط الواجب توافرها حتى يعترف بها. من هنا يبدو المقصود بالاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي يعني أن الحكم التحكيمي قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، بمعنى إقرار القاضي الوطني المختص بصحة ما صدر في الموضوع من قبل هيئة التحكيم في النزاع المعروض على المحكمة الوطنية ويدخل حينئذ في النظام القانوني لدولة القاضي ومطابقاً لقواعدها، والاعتراف بالحكم معناه إدخاله في المنظومة القانونية حيث يقتصر الاعتراف على مراقبة قانونية تؤدي إلى قبول القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية في النظام القانوني للدولة المعترف بها عن طريق سلطتها القضائية دون أن يعطي ذلك قوة التنفيذ الجبري ويرغم القاضي على إعطائه الصيغة التنفيذية (111)

لذا يهدف الاعتراف إلى الحيلولة دون تقديم دعوى جديدة في الموضوع الذي سبق حسمه في التحكيم بموجب حكم تحكيمي (112)

فهو يتميز عن التنفيذ. ولإثبات أن مفهوم الاعتراف مستقل عن مفهوم التنفيذ، فإن الفقه يطرح فرضيتين، الفرضية الأولى هي تلك التي يكون فيها لأحد الأطراف مصلحة في إدخال حكم تحكيمي في النظام القانوني للدولة دون أن تكون له نية في مباشرة التنفيذ الجبري له مثال حكم تحكيمي قضى برفض الطلب، والفرضية الثانية هي عندما يعتد بها بصفة فرعية بمناسبة رفع دعوى أمام القضاء في نفس النزاع الذي فصل في الحكم التحكيمي (113)

أما معنى تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي فيعني: أن يطلب المحكوم لصالحه من المحكوم ضده تنفيذ منطوق الحكم فهو نتيجة الاعتراف، وعليه يمكن أن يرفض تنفيذ حكم تحكيمي معترف به، ولكن لو نفذ فمن الضروري أن يكون معترفاً به من قبل الجهة القضائية التي أعطته القوة التنفيذية (114)

(111) عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012، ص 200،

HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge Algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit et sciences politiques, université MAMMERI, Tizi Ouzou, 2012, pp 182-184.

(112) عبدالمحميد الأحدث، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الثاني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 502

(113) حدادن طاهر، مصدر سابق، ص 107

(114) حوت فيروز، مصدر سابق، ص 33

والأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم تنفيذاً اختيارياً ودياً، نظراً للطابع الاختياري في اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع، أما إذا تعذر هذا التنفيذ بامتناع المحكوم عليه أو مماطلته أو رفضه القيام بذلك الأمر لجأ المحكوم له إلى طلب التنفيذ الجبري (115)

وتتمثل مسألة تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم أحد مظاهر الوصل بين القضاء والتحكيم، ولا شك بأن القضاء الوطني يمارس دوراً رقابياً فعالاً من خلال الأمر بالتنفيذ وتضاعف أهمية هذا الدور الرقابي بالنسبة للأسباب التي تملك المحكمة التمسك بها، وهذا يعد الأساس الذي يمكن القضاء من فرض رقابة على أحكام التحكيم وفيها يجد نطاقه (116)

وعليه فإن إضفاء الصيغة التنفيذية يمثل في حد ذاته اعترافاً من القضاء المختص بصلاحيته الحكم وامكانية تنفيذه جبراً بكافة الطرق المتاحة قانوناً. ومن هنا ينحصر دور القضاء في التأكد من توافر الشروط اللازمة في الحكم لتنفيذه من دون التدخل في الموضوع (117)

فالقاضي هنا لا يملك سلطة التحقق من عدالة الحكم المراد تنفيذه باعتباره أنه لا يعد هيئة استئنافية (118) ولكن يملك سلطة التأكد من صحة إجراءاته وامكانية تنفيذه دون ان يتعارض مع القانون الوطني أو يخالف النظام العام (119)

وبهذا المعنى فإن عملية تنفيذ الأحكام التحكيمية يعني حتماً الاعتراف لكن العكس غير صحيح، فإذا كان الاعتراف هدفة الحيلولة دون تقديم دعوى جديدة في الموضوع الذي سبق حسمه في التحكيم بموجب الحكم التحكيمي

فالتنفيذ ينتقل إلى الحجز على الأموال والحسابات المصرفية للمنفذ عليه أو الحجز على أمواله المنقولة (البضائع) وغير المنقولة أو حتى إشهار إفلاسه (120)

نخلص للقول أنه لكي ينفذ الحكم التحكيمي في مجال التعاقدات الدولية، لا بد أن يتم الاعتراف بها أولاً من قبل القاضي الوطني للدولة المستضيفة للاستثمار، ولكي يصبح قابلاً للتنفيذ يجب أن تضىف عليه الصيغة التنفيذية، وبدون الاعتراف والتنفيذ لا يكون للحكم التحكيمي أي أثر غير كونه سنداً للإثبات.

(115) جعفر ميثيمش، مصدر سابق، ص 214.

(116) عامر فتحي بطاينة، مصدر سابق، ص 216

(117) عبدالعزيز خنفوسي، القواعد الاجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، بحث منشور في مجلة المفكر، جامعة

محمد خيضر - بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 14، بسكرة، 2017، ص 200

(118) حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات التجارية، ورقة عمل مقدمة لنوة محامو المستقبل، عمان، 1998، ص 115.

(119) عبدالعزيز خنفوسي، مصدر سابق، ص 200

(120) عبدالحميد الأحذب، مصدر سابق، ص 503

هناك تلازم وتكامل بين الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية الدولية، غير أنه يمكن أن تكون هناك أحكاماً تحكيمية دولية تحتاج إلى الاعتراف دون الأمر بالتنفيذ، فالفرق بين الاعتراف بالحكم التحكيمي وبين تنفيذه وارد، فقد يعترف بالحكم ولكن لا ينفذ، ولو نفذ فإنه من الضروري أن يكون قد تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية (121)

رغم التلازم الموجود بين الاعتراف بالحكم التحكيمي وبين تنفيذه، إلا أننا نلمس التمييز، ففي الاعتراف يتذرع الطرف المحكوم لصالحه بما قضى به حكم التحكيم ويطلب الإقرار له أنه صدر بشكل صحيح. أما الأمر بالتنفيذ فيعرف بأنه الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانوناً وبأمر بمقتضاه ويتمتع حكم التحكيم وطنياً كان أو أجنبياً بالقوة التنفيذية. فهي نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص والقضاء العام، وعلى عكس الاعتراف الذي يقال عنه أنه إجراء دفاعي فإن التنفيذ إجراء هجومي، فلا يطلب من القاضي الاعتراف بوجود حكم التحكيم بل يطلب منه إعطاء الحكم التحكيمي الدولي القوة المعطاة للحكم القاضي في تنفيذ الأحكام، والتنفيذ يذهب أبعد من الاعتراف (122)

نلمس التمييز بين الاعتراف والتنفيذ بالحكم التحكيمي الدولي في نظر المشرع الجزائري (123)
أما المشرع القطري فقد نص في الفصل الثامن من قانون التحكيم بالاعتراف أو التنفيذ في المادة الواحدة (124)

ويعتقد البعض بأن مصطلح الاعتراف لا يستخدم إلا بشأن الأحكام الأجنبية وبالتالي يمكن القول أن المشرع القطري بهذا النص شمل الحكم الوطني والحكم الصادر خارج قطر بنص واحد وأحكام واحدة دون أن يشترط أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر وفق القانون القطري، لما استخدم مصطلح الاعتراف، وإنما اكتفى بمصطلح تنفيذ أحكام التحكيم. ولو أراد الفصل بينهما لأفرد فصلاً آخر بشأن الأحكام الأجنبية تحت مسمى الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، وبناء على ذلك نرى بأن المشرع القطري قد ساوى دائماً بين حكم التحكيم الأجنبي من جهة وحكم التحكيم الوطني من جهة أخرى دون قيد وهو ما يعني أن المشرع قد تخلى عن مبدأ المعاملة بالمثل (125)

(121) جوت فيروز، مصدر سابق، ص 22-23.

(122) حدادن طاهر، مصدر سابق، ص 107.

(123) كما يظهر في عنوان القسم الثالث من قانون التحكيم الجزائري رقم (09-08) لعام (2008)، الذي هو الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها) إلا أنه لم يفردهما بأحكام موحدة، حيث خص الفرع الأول بالاعتراف تحت عنوان (في الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي) في المواد من (1051-1053) من نفس القانون وعنوان الفرع الثاني (في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي) وخصه بنص المادة (1054) من نفس القانون.

(124) انظر الفصل الثامن من قانون التحكيم القطري رقم (2) لسنة (2017)، تحت عنوان (الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها)

(125) د. عماد مصطفى قميناسي، تنفيذ حكم التحكيم (وفق قانون التحكيم القطري رقم (2) لعام (2017) والقانون المقارن الفرنسي - المصري السوري)، دراسة تحليلية معمقة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018، ص 194-195.

كما حرصت الاتفاقيات الدولية على مسألة الاعتراف والتنفيذ بالحكم التحكيمي الدولي (126)

وقد خلا نص قانون التحكيم في كافة الدول المقارنة الأخرى كمصر والمملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة، من الاعتراف بحكم التحكيم الدولي ولكنها نصت على تنفيذ الحكم التحكيمي. على كل حال فإن مسألة الاعتراف بالأحكام التحكيمية في منازعات العقود الإدارية الدولية لها أهمية بالغة إذا قورنت مع الاعتراف بالأحكام التحكيمية في مجال العقود الإدارية الداخلية، إذ أن ذلك يجب أن تعترف الدول المستضيفة للاستثمار أولاً بالأحكام التحكيمية الدولية ثم تنفيذه من قبل الجهة المختصة. وعلى العموم فإن الجهة المختصة بتنفيذه هو القضاء الوطني في هذه الدول.

الفرع الثاني: آثار القرار التحكيمي الإداري الدولي لأطراف النزاع

من المستقر في التشريع والمجمع عليه فقها أن قرار لجنة التحكيم نسبي في أثره فلا ينصرف إلا للأطراف المتنازعة ولا يمتد إلى ما سواهم، ويعتبر عقد التحكيم من العقود الملزمة للجانبين فهو يرتب التزامات متبادلة على عاتق أطرافه (127)

إن أثر القرار التحكيمي بالنسبة لأطراف النزاع هو كأثر الحكم القضائي ومن ثم فإن الأثر الأول له هو الالتزام أطراف النزاع بتنفيذه، وإذا كان الحكم القضائي يمتلك قوة القانون التي تضمن تنفيذه أي الوسائل القسرية التي تتميز بها الدولة وتستخدم لتنفيذه إذا لم يتم ذلك رضاءً، فإن القرار التحكيمي يجد أساس إلزاميته في إرادة الطرفين (128)

لذا نجد في أغلب الأحيان أن هذا الالتزام يتم النص عليه صراحة في وثيقة الاتفاق على التحكيم، فبعض الاتفاقات تنص على أن قرار التحكيم يعتبر ملزماً ونهائياً وهذا الشرط يتم تناوله في غالبية العقود الإدارية الدولية وكذلك في عقود الإدارية للدول القضاء الموحد.

(126) حيث قدمت، اتفاقية نيويورك لسنة (1958) بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تسهياً ملحوظاً لتنفيذ أحكام التحكيم، فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي والإستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الإتفاقية على سبيل الحصر، فعالجت مسألة الاعتراف في المادة (3) منها بنصها، "تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأسر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، وطبقاً للشروط المنصوص عليها". واهتمت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول أخرى لعام (1965) بضرورة اعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، حيث نصت في المادة (54) منها على وجوب الاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي الصادر من المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار من طرف كل دولة موقعة على الإتفاقية.

(127) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة جامعة بغداد، 1992، ص359 - كذلك القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، 2004، ص125

(128) د. محمود السيد عمر، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص129

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 (129)

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 الاحتفاظ بمكانة التحكيم و مركزه كوسيلة هامة لفض المنازعات العقدية الدولية، فعزوف الأطراف عن تنفيذ القرارات التحكيمية سوف لا يشجع على اللجوء الى التحكيم و يضعف الثقة في جدوى هذه الوسيلة (130)

و تتخذ المنظمات المهنية و الجهات الدولية المعنية عند عدم تنفيذ قرار التحكيم بعض الإجراءات 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 إدخالها 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 (131)

2.3: سلطة قضاء الدولة في الإقرار بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية

إذا كانت القرارات الصادرة عن السلطة القضائية تتمتع بقوة التنفيذ لأنها صادرة عن سلطة تابعة للدولة، فإن حكم التحكيم لا قيمة له إن لم يحتوي على القوة التنفيذية اللازمة لإحالة إلى واقع يلمسه الخصوم. بذلك فإن الحكم التحكيمي ما لم ينفذ يبقى مجرد حبر على ورق ولن تكون له أي فعالية، لأن معظم القرارات التحكيمية تصدر عن أشخاص طبيعيين لا يرتبطون بأي سلطة تابعة للدولة (132)

لذا اهتم المشرع في الدول المقارنة وكذلك الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بمسألة تجسيد الحكم التحكيمي عن طريق الاعتراف به وتنفيذه، وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الجهة المختصة بإصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيمي الإداري الدولي، أما في المطلب الثاني فسنبحث مدى سلطة قاضي الأمر بالتنفيذ لأحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

(129) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، المصدر السابق، ص257.

(130) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، نفس المصدر، ص 21

(131) د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص360

(132) حوت فيروز، مصدر سابق، ص 19

1.2.3: السلطة المختصة بإصدار قرار تنفيذ الحكم التحكيمي في العقود الإدارية الدولية

حدد المشرع في الدول المقارنة وكذلك الاتفاقيات الدولية، الجهة المختصة لطلب الطرف رابح الدعوى التحكيمية الأمر بتنفيذ الحكم فيها، على اعتبار أنه ليس من السهولة على المستثمر الأجنبي أن يحجز على أملاك الدولة كطرف خاسر في الدعوى التحكيمية دون طلب الأمر بتنفيذ الحكم، ومع ذلك لم نجد نصاً يحدد الجهة المختصة بطلب الاعتراف بالحكم التحكيمي الإداري الدولي، لذلك سنتطرق إلى بيان الجهة المختصة بإعطاء الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي في الدول محل الدراسة. نظم المشرع المصري مسألة تحديد الجهة المختصة إعطاء الأمر بالتنفيذ في قانون التحكيم بموجب نص المادة (56) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة (1994): التي نصت على أنه " يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين... " والمادة (1/9) التي نصت على أنه " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر ". إذ يتضح أنهما عقدتا الاختصاص بإصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالنسبة للتحكيم الداخلي، بينما يعقد لرئيس محكمة استئناف القاهرة بحسب الأصل أو رئيس محكمة الاستئناف التي يحددها الخصوم بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي. لذلك فإن الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم في العقود الإدارية الداخلية إما لرئيس المحكمة الإدارية أو لرئيس محكمة القضاء الإداري المختصة طبقاً لقواعد الاختصاص المعمول بها. نوعياً ومكانياً، وهو ما ينطبق كذلك بالنسبة للعقود الإدارية الدولية متى كان التحكيم بشأنها داخلياً وطنياً (133)

أما إذا كان التحكيم بشأنها دولياً، فإن قانون التحكيم الحالي يعتبره تحكيمياً تجارياً دولياً، وبالتالي يعقد الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في تلك الحالة لرئيس محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى بشأنها في تلك المنازعات (134)

أما القانون الجزائري فهو يقضي في نصوصه بأنه يعقد الاختصاص بإصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم، سواء التحكيم الداخلي أو الدولي لرئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم كما نصت المادة (1035) من قانون التحكيم الجزائري رقم (09-08) لسنة (2008)، التي نصت على أنه " يكون حكم

(133) د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 72.

(134) د. شعبان أحمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 218

التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها،...". ويشار هنا إلى أن مسألتى الاختصاص النوعي والمحلي لرئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ تعد من النظام العام وبالتالي لا يجوز مخالفتها، فقد تم توزيع الاختصاص النوعي والمحلي كالتالي: بموجب الاختصاص النوعي، طلبات تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية والدولية والاعتراف بها هي من اختصاص رئيس المحكمة، أما الاختصاص المحلي فبالنسبة للتحكيم الداخلي يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي صدره في دائرة اختصاصها (135)

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإنه يفرق بين حالتين، الحالة الأولى إذا كان مقر هيئة التحكيم موجوداً في الجزائر، فإن المحكمة المختصة هي التي صدرت في دائرة اختصاصها الحكم التحكيمي، والحالة الثانية إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجداً خارج الجزائر وهنا الاختصاص هو لمحكمة محل التنفيذ (136)

وفي المملكة العربية السعودية، يصدر أمر التنفيذ من قضاء الدولة، وهو الذي يسبغ على الحكم قوته التنفيذية، لتحقيق نوع من الرقابة على حكم التحكيم الإداري الدولية قبل تنفيذه، بموجب نص المادتين (1،53) من قانون التحكيم السعودي رقم (م-34) لسنة (2012)، حيث نصت المادة (53) منه على أن " تصدر المحكمة المختصة أو من تنديبه، أمراً بتنفيذ حكم المحكمين...." أما المادة (3/1) من هذا القانون، فقد عرفت المحكمة المختصة بأنها "هي المحكمة صاحبة الولاية نظاماً بالفصل في المنازعات التي اتفق على التحكيم فيها" أما في قطر فنجد أن المشرع منح اختصاص تنفيذ الحكم التحكيمي الإداري الدولي إلى القاضي المختص بموجب المادة (34) من قانون التحكيم القطري رقم (2) لسنة (2017).

التي نصت على أنه " يقدم طلب تنفيذ الحكم كتابة، إلى القاضي المختص، ". والمقصود بالقاضي المختص بموجب القانون المذكور، هو قاضي التنفيذ بالمحكمة الابتدائية (137)

أما في الإمارات العربية المتحدة، يتبين بأن القضاء هو الأساس في إعطاء الصيغة التنفيذية لأحكام المحكمين، فقد نصت المادة (55) من قانون التحكيم الإماراتي رقم (6) لعام (2018)، على أنه "يتعين على من يرغب في تنفيذ حكم التحكيم ان يتقدم بطلب المصادقة على حكم التحكيم والأمر بتنفيذه إلى رئيس المحكمة،..."،

(135) جمال بن عصمان، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 8، الجزائر، 2010، ص 65.

(136) المادة (1051) من قانون التحكيم الجزائري رقم (08-09) لسنة (2008) التي نصت على أنه " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني

(137) المادة (1) من قانون التحكيم القطري رقم (2) لسنة (2017) التي نصت على أنه " في تطبيق أحكام هذا القانون، تكون للكلمات والعبارات الآتية، المعاني الموضحة قرين كل منها، ما لم يقتض السياق معنى آخر: القاضي المختص: قاضي التنفيذ بالمحكمة الابتدائية.

حيث عرفت المحكمة في المادة (1) من نفس القانون: المحكمة الاستئنافية الاتحادية أو المحلية التي اتفق عليها الأطراف أو يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم.

أما في العراق والإقليم ، فلم ينظم المشرع العراقي قواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي لا في قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم (30) لسنة (1928)، ولا في قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة (1969) المعدل، أما نص في القانون الأخير على قواعد لأحكام التحكيم الوطني وآليات تنفيذها. فقد أعطى الاختصاص بالمصادقة على قرار المحكمين وإسباغ الصيغة التنفيذية عليه إلى محكمة البداية التي يقع النزاع ضمن دائرة تخصصها، في حالة كون طرفي النزاع من العراقيين (138)

وقد اتجه البعض إلى القول بأن التحكيم الوطني الوارد في قانون المرافعات يمكن توظيفها على مستوى التحكيم الدولي، في حين يرى البعض قصر مجال أعمال تلك القواعد في نطاق أحكام التحكيم الوطنية وعدم امكانية سحبها على أحكام التحكيم الدولي، ويتجه البعض أن في ظل خلو القانون العراقي من نص يسمح بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي لا يمنع من تنفيذها لأن المشرع العراقي قبل مبدأ تنفيذ أحكام التحكيم بصورة عامة، ويعارض غالبية هذا التوجه ويرى امكانية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة من دول أعضاء في اتفاقية صادق عليها العراق (139)

كاتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لعام (1952) وكذلك اتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام (1987)، وكذلك اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام (1965). بينما لم يصادق العراق على اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام (1958) فلا يكون عندها ملزماً بقبول تنفيذ أحكام التحكيم من الدول الأعضاء في هذه الإتفاقية. من هنا تبدو أن المشرع العراقي لم يفرق بين حكم التحكيم الدولي والوطني بالنسبة للمحكمة المختصة بالتنفيذ، وقد خص المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع (محكمة البداية) المطلوب التنفيذ في دائرتها.

(138) المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة (1969) المعدل التي نصت على أنه " لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء او اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع...". وقد أشار مشروع قانون التحكيم التجاري لعام (2013) في نص المادة (41) منه إلى أن المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ هي محكمة الاستئناف التي يتفق عليها أطراف النزاع. وهذا يشكل إعتداء صارخاً وغير مبرر على حق القاضي الإداري، وذلك بعد أن يطبق نظام القضاء المزدوج في العراق والإقليم (139) فراس كريم شيعان البيضاني، التنظيم القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، جامعة بابل- كلية القانون، دراسة متاحة على الرابط الإلكتروني الآتي : (تاريخ الزيارة 5/ 21/ 2020)

وأما بالنسبة لموقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم من مسألة الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي في مجال التعاقدات الدولية، فقد تركت مهمة تحديد الجهة المختصة للقوانين الداخلية للدول المعنية، إذ أن ذلك يتعلق بمسألة تنظيم قضائي يمس سيادة الدولة ويخرج عن نطاق القانون الدولي (140)

2.2.3: رقابة القضاء المختص على الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية

إن القاضي المختص الذي يقوم بإصدار أمر التنفيذ يقوم بالرقابة على حكم التحكيم ليرى مدى أحقيته بتسمية (الحكم)، وبالرغم من خطورة هذه المهمة يتجه جانب من الفقه إلى تحديد وتقزيم هذه السلطة، بما قد ينتهي إلى تنفيذ حكم معيب بعيوب تؤدي بهذا الحكم أساساً. إلى الحد الذي جعل البعض يعلن بحق أن تقصير القاضي في واجباته الجوهرية تلك، فيه خروج على صفته كقاضٍ أي أنه لم يعد قاضياً، لذا سنتطرق إلى بيان الاتجاهات الفقهية في هذا الصدد.

يتجه جانب من الفقه إلى تضيق سلطة قاضي الأمر بالتنفيذ معتمداً على قناعة بأن الرقابة على حكم التحكيم هي من اختصاص القضاء المختص بدعوى البطلان أو القضاء الذي ينظر الطعن بالاستئناف، وبالتالي يجب على القاضي الأمر بالتنفيذ

الامتناع عن التوسع في اختصاصه هذا حتى لا يمس باختصاص ذلك القضاء، لذلك فهو يكتفي بالتحقق من أن الأمر يتعلق فعلاً بحكم التحكيم، وأنه لا توجد مخالفة ظاهرة للنظام العام الوطني في التحكيم الوطني، والدولي في التحكيم الدولي (141)

ولا يملك سوى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو رفض إصدار الأمر بتنفيذه دون أن يتعرض لمضمونه بحيث تقتصر سلطته على التأكد من توافر الشروط التي تطلبها القانون لتنفيذ حكم التحكيم وحيث وجدوا أن كل توسع في مهمة قاضي الأمر بالتنفيذ يبدو كانزلاق إجرائي إلى الرقابة لصحة حكم المحكمين (142)

ويتجه جانب آخر من الفقه إلى توسيع سلطات قاضي الأمر بالتنفيذ، اعتماداً منه على خطورة التغاضي عن مخالفات تؤدي بالحكم المطلوب تنفيذه وهو ما يفرض عدم جواز الأمر بتنفيذ هذا الحكم. ويرى أن الرقابة

(140) فمثلاً تنص (1/3) من اتفاقية نيويورك لسنة (1958)، على "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ للشروط المنصوص عليها..". ووفقاً للمادة (2/6) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام (1985) التي تنص على " تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي المحكمة أو المحاكم أو السلطة الأخرى، عندما يشار إلى تلك السلطة في ذلك القانون المختص بأداة هذه الوظائف نجد من أهم مزايا إتفاقية نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أنها لم تحدد الإجراءات الواجبة للاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو تنفيذه حيث تركت مهمة تحديدها لقانون الدولة التي سيجري التنفيذ فيها. أما اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام (1965)، فقد نصت المادة (2/54) منها على أنه "من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض وبأية تغييرات لاحقة في هذا الأمر"

(141) د. عماد مصطفى قميناسي، تنفيذ حكم التحكيم، دراسة تحليلية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2018، ص 19-20

(142) د. عماد مصطفى قميناسي، المصدر نفسه، ص 21

على الأمر بالتنفيذ تشمل كل العناصر المتعلقة بالتحكيم ما دون النظر في الموضوع. وهو يقسم الوجوه أو المطاعن التي يمكن أن تمنع قاضي الأمر بالتنفيذ من إصدار أمره إلى عيوب لا تحتاج فحصاً لوقائع وموضوع الدعوى ويتضمن وجود اتفاق التحكيم، فحكم التحكيم سيواجه بالرفض لطلب أمر التنفيذ إذا كان قد صدر على أساس اتفاق تحكيم منعدم أو باطل، أو عيوب متعلقة بصحة تشكيل محكمة التحكيم أو عيوب متعلقة بأهلية اتفاق التحكيم، التي ترجع إلى قانون الجنسية، أما العيوب التي تؤدي إلى فحص وقائع وموضوع الدعوى، بموجبه فيجب أيضاً على القاضي فحص محتوى الحكم والظروف التي تم فيها إصدار الحكم، كمبدأ المواجهة ضمن مفهوم المرافعات الحضرورية، فيما هل تم التحكيم ضمن احترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، وعدم قابلية النزاع للتحكيم واحترام المهمة الممنوحة للمحكّمين والنظام العام سواء أكان الأمر يتعلق بحكم تحكيم داخلي أم دولي، فيجب على القاضي الأمر بالتنفيذ أن يتفحص كل هذا الموضوع (143)

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه يمكن للخصم صاحب المصلحة إعلام رئيس المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ بالامتناع عن إصداره لمخالفة الحكم للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها التقاضي والتي تتعلق بالنظام العام والمتمثلة في عدم جواز ابتناء الحكم على غش أو ورقة مزورة أو على دليل في غيبة الخصم عمداً (144) ويشير سيادته إلى مواد قانون التحكيم في دول المقارنة (145)

التي تنص على أنه لا يتضمن الحكم ما يخالف النظام العام. ويتضح مما سبق أن هذا الاتجاه ليس فقط اتجاهاً لتوسيع سلطات قاضي الأمر بالتنفيذ، وإنما هو اتجاه يدعو قاضي الأمر بالتنفيذ نحو التعمق عند ممارسة سلطته في إصدار أمر التنفيذ.

وإن الوصول إلى حل سريع ونهائي للنزاع قد يأتي في بعض الأحيان على حساب دقة وعدالة حكم التحكيم، فإذا كانت سرعة الفصل في النزاع والوصول إلى قرار نهائي من أهم مزايا التحكيم، ف ضمان الوصول إلى حكم عادل وسليم من حيث استخلاص الواقع وفهم تطبيق القانون من المكونات الأساسية لأي نظام قضائي، وهو ما يحقق التوقعات المشروعة للأطراف في الحصول على حكم صحيح وعادل (146)

إن مظاهر الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية يظهر بوضوح في مرحلة تنفيذ الحكم التحكيمي، إذا كان الهدف من جعل سلطة القاضي ظاهرية أو شكلية، هو تحقيق فاعلية التحكيم، فأى

(143) د. عماد مصطفى قميناسي، المصدر نفسه، ص 25-27

(144) د. احمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة (1994) وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، بنون مكان النشر، 2000، ص 221

(145) راجع المادة (2/58) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام (1994)، والمادة (6/1056) من قانون التحكيم الجزائري رقم (09-08) لعام (2008)، والمادة (2/55) من نظام التحكيم السعودي رقم (م-34) لعام (2012)، والمادة (2/35) من قانون التحكيم القطري رقم (2) لسنة (2017)، والمادة (2/53) من قانون التحكيم الإماراتي رقم (6) لسنة (2018).

(146) د. أحمد عمار السيد، التحكيم على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 446.

فاعلية تلك التي ستكون في النهاية تنفيذ حكم باطل بل قد يكون منعدياً، وهو ما سيكون له تأثير عكسي على التحكيم، فيؤدي ذلك إلى فقدان الثقة بالتحكيم.

إذ أن هناك بعض الخطوط العريضة والقواعد العامة يمكن أن يلتزم بها القاضي في ممارسة رقابته على تنفيذ حكم التحكيم، وهي عدم جواز مساس هذا القاضي بموضوع النزاع فهو من اختصاص المحكمين، وهذه إرادة الأطراف التي باركها القانون، ودراسة الحكم بشكل جدي دون التأثير فيه، وإنما لاكتشاف العيوب التي أصابته ودون المساس به لا يتناقض مع وظيفة القاضي الأمر بالتنفيذ (147)

لذلك يتبين أن رقابة القاضي في مرحلة التنفيذ يصعب تصورها، على أنها مجرد رقابة شكلية بحتة، بل تمتد في بعض الأحيان إلى رقابة الحكم من الناحية الموضوعية، لا سيما فيما يتعلق بعدم انصواء هذا الحكم التحكيمي على ما يخالف النظام العام، الأمر الذي يفرض على القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم التحقق من احترام الحكم للقواعد المتعلقة بالمصلحة العامة التي تمثل رائد كل عمل إداري وجوهر فكرة النظام العام (148)

(147) ونذكر هنا أن قاضي الأمور المستعجلة إذا كان ممنوعاً من التعرض لأصل الحق فهذا لا يعني حرمانه من فحص الموضوع وأصل الحق وإنما يجري هذا الفحص من حيث الظاهر توصلاً إلى القضاء في الإجراء الوقتي المطلوب منه، وهذا يصح أيضاً بالنسبة للقاضي الذي يصدر أمره على عريضة. عماد مصطفى قميناسي، مصدر سابق، ص 31.

(148) د. شعبان أحمد رمضان، مصدر سابق، ص 233-234.

الخاتمة

بعد الإنتهاء من البحث المستفيض لموضوع هذه الرسالة توصلنا الى جملة أستنتاجات و مقترحات وهي كما يلي :-

أولاً: النتائج والإستنتاجات:

1. إن التحكم في العقود الإدارية الدولية هو (تنظيم قانوني بموجبه يستبعد أطراف النزاع ولاية القضاء على النزاع و ذلك بأختيارهم محكماً واحداً أو أكثر لتسوية نزاعهم).
2. يعتبرالتحكيم نوع من القضاء الخاص بموجبه يتم عرض النزاع على مجموعة محكمين يعينون بأختيار الأطراف، ويعهد إليهم بممارسة وظيفة القضاء، وفقاً إليه تسلب المنازعة من إختصاص القضاء الوطني، أي أن التحكيم هو نظام مركب من عناصر عقدية وأخرى قضائية، وتتمثل العناصر القضائية في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم وما يصدره من أحكام، بينما تتمثل العناصر العقدية في إتفاق التحكيم الذي يعد تعبيراً عن الإرادة الحرة للأطراف.
3. المجال الحقيقي للتحكيم هو كنف القانون الخاص بديهية وما يدل على ذلك من قبل المشرع العراقي من خلال قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969، وذلك بسبب نشأته وتطوره في مجاله الخصب هذا، بحيث لم يجد مناخاً مناسباً له في منازعات عقود إدارية دولية، غير أنه تحت تأثيرالتحولات الجديدة نحو أسلوب إدارة المرافق العامة الإقتصادية عن طريق شركات خاصة وطنية أو اجنبية، فقد أضحي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية مجالاً للخوض فيه.
4. التحكيم وسيلة من وسائل حل منازعات العقود الإدارية الدولية ، إذ يقف فيه أطراف النزاع على قدم المساواة أمام هيئة التحكيم التي لاتقر بالأمتيازات و السلطة العامة التي تتمتع بها جهة الإدارة، بل أنها تجعل من المساواة بين الأطراف أساساً للنظر في منازعات المتولدة عن تنفيذ الألتزامات العقدية و حفظ التوازن بين حقوق وإلتزامات الأطراف المتعاقدة.
5. بالرغم من أن التحكيم هو وسيلة إتفاقية وودية لفض المنازعات دون اللجوء الى المحاكم، إلا أنه في ذات الوقت هو تنظيم قانوني مركب لا يستقل تماماً عن إرادة المشرع والقضاء في الدولة.حيث أن رخصة التحكيم تحتاج الى نص المشرع وموافقته عليها، أي تحديد ما يجوز اولا يجوز التحكيم فيه، علاوة على ضرورة تحديد المشرع كيفية تنفيذ أحكام الهيئة التحكيمية والطعن فيها أمام القضاء، وذلك من خلال تنظيم قانوني متكامل وفعال يجمع بين إرادة الطرف كافة، أي إرادة المشرع وإرادة أطراف النزاع وكذلك إرادة المحكمين.

6. إختصاص النظر في نزاعات العقود الإدارية يدخل في إختصاص القضاء الإداري في دول القضاء المزدوج كقاعدة، وان كان القوانين المؤسسة لهذا القضاء في الإقليم والعراق قد خالفتا هذا عندما عقدتا للقضاء العادي إختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية. ولكن مع ذلك فان الاساس في التشريع الفرنسي هو منع اللجوء للتحكيم وان الأستثناء هو الجواز، وهذا ما أستقر عليه القضاء الفرنسي على الجواز به كأستثناء وإبقائه على المنع كقاعدة عامة .

7. إن الرقابة القضائية على القرار التحكيمي الإداري الدولي هي رقابة ضعيفة وشكلية ولا يمكن أن ترقى إلى أن تكون رقابة موضوعية، لأن القول بغير ذلك يفضي الى إهدار القيمة الفعلية للتحكيم وفعاليتها كوسيلة قانونية لحل منازعات الإدارية الدولية ومايرمي إليه من سرعة الإجراءات وقصر مدة فض النزاع نسبياً.

8. ما يخص موقف المشرع الأقليم والعراقي من التحكيم في العقود الإدارية الدولية نجد أنه سمح للإدارة باللجوء إليه دون الخوض في ذلك بصراحة مما ترك باب التأويل و التفسير بصدده مفتوحاً، اذ نجد أن هذا الموضوع قد جاء في تشريعات عدة، قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969، وكذلك في قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل الذي تضمن نصوصاً قانونية تتعلق بالتحكيم الأستشاري بين جهات القطاع العام فقط في حين ان هنالك نصوصاً تتعلق بالتحكيم الأجبـاري في المشروعات العامة التي تحال على القطاع الخاص، و كذلك أشار الى ذلك قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل في سنة 2004 النافذ في العراق و الأقليم، وكذلك تضمنتها تعليمات تنفيذ خطة التنمية القومية و كذلك تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم(2) لسنة 2016 في إقليم/ العراق الأتحادية و نظيرتها في العراق رقم (1) لسنة 2014 تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

9. إن القواعد الموضوعية والإجراءات للتحكيم في الأقليم والعراق هي مبعثرة وغير محددة لعدم وجود قانون لتنظيم التحكيم في العقود عموماً و منها الإدارية الدولية، وإن عدم وجود تجربة واضحة المعالم في موضوع التحكيم في مثل هذه العقود المستجدة زاد من إرباك المشهد التحكيمي بصددها، وانعكس ذلك على الوضع القضائي لدينا وما أتسم به من فقر معلوماتي وخبرتي حول الموضوع.

10. الإتجاه الحديث في دول محل المقارنة اصبح غير معترض على شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية، رغبة منها في تشجيع الأستثمارات الأجنبية، فهذا مادفع المشرع الفرنسي إصدار قانون 19 ناب 1986 الذي أجاز للدولة و للمقاطعات و للمؤسسات العامة قبول شرط التحكيم في العقود الإدارية المبرمة مع جهات أجنبية. بينما أجازت دول أخرى ذلك التحكيم بشرط إجرائي معين كموافقة الوزير المعني أو موافقة مجلس الوزراء أو أية جهة أخرى متخصصة.

11. إن نظام التحكيم في عقود إدارية دولية يصب في مصلحة الإدارة والمتعاقد معها على حد سواء عند لجوئهما إليه في تلك العقود، حيث ان لجوء الإدارة الى القضاء الوطني أو قضاء دولة المتعاقدة معه أي الأجنبي من أجل حل النزاع القائم بينهما على خلفية عدم التزامه بنود العقد المبرم بينهما، يؤدي الى الأضرار بالمصلحة العامة و يعطل سير المرفق العام وذلك لبطء الإجراءات القضائية بصفة عامة في هذا الخصوص. ومصلحة المتعاقد معها تتحقق من خلال تطبيق مبدأ المساوات بين مراكز الطراف المتنازعة من قبل الهيئة التحكيمية.

12. يترتب على إصدار قرار التحكيم الدولي حجية الشيء المقضي به، حيث لا يجوز إعادة طرحه على هيئة تحكيمية اخرى، أو جهة قضائية معينة في الدولة. لأنه فصل نهائي في أساس المنازعة و اصدر الحكم الحاسم فيها، التي تعطيه الفعالية والإلزام بحيث يصبح معادلاً للحكم القضائي ويحوز قوة التنفيذ والإزاميته.

13. تفاوت موقف التشريعات في الدول حول إجازة أو منع هذا النوع من التحكيم، وانعكس ذلك تبعا على موقف الفقه و القضاء بين داعم لجوازه أو مساند لمنعه .

14. إن السياسة التشريعية للدول تختلف بصدد إجازة او عدم إجازة درج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تدخل الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفا فيها وبالأخص مع طرف أجنبي، وما يستتبع ذلك من خضوع الدولة لنظاميين قانونيين مختلفين ، أحدهما يحفظ لها سيادتها والثاني تساويها مع الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة.

15. هل أن هذه الإشكاليات تجعل من مسألة فرض رقابة قضائية على التحكيم في العقود الإدارية الدولية صعبة أو غير مجدية، ويعقد من عمل المشرع في وضع قواعد خاصة بالتحكيم في هذا النوع من العقود طالما كانت تخضع لنظاميين قانونيين مختلفين بحسب الحالة.

ثانياً: المقترحات

1- على المشرعين العراق و الاقليم تشريع قانون مستقل بالتحكيم بمعزل عن قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (83) لسنة (1969) يتضمن كل النصوص التي تنظم كافة المسائل المتعلقة بالمنازعات الإدارية الداخلية والدولية، و بالأخص فيما يتعلق بالعقود الإدارية الدولية و بيان الإجراءات و القواعد واجبة الأتباع عند إبرامها، مسترشداً في وضعه بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعد من قبل اللجنة القانونية للأمم المتحدة لسنة 1985 والمعدل سنة 2010 لما فيه من مزايا تفيد مصالح العليا للإدارة العامة.

2- ضرورة تعديل المادة (251) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل النافذ بحيث تقرأ كالآتي: (يجوز الأتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الأتفاق عليه في جميع

المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ، سواء كانت عقود مدنية أو تجارية أو إدارية شريطة موافقة الجهة الإدارية العليا على إدراج شرط التحكيم في العقد الأخير من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة)، وذلك لأن المصلحة العليا للمجتمع تتعلق بمثل هذا النوع من العقود.

3- يجب إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة وهي في طريقها للتعاقد مع جهات و شركات أجنبية على الإستعانة بذوي الخبرة القانونية بمجال التحكيم في العقود الإدارية، ضمانا لحسن صياغة شروط العقد بما يكفل تضمين العقد النصوص التي يحفظ للعقد الإداري خصائصه و مميزاته بقدر المستطاع من حيث القانون واجب التطبيق وتحفظ للإدارة العامة المتعاقدة قسطا من هيبتها وسيادتها أزاء الطرف المتعاقد الآخر.

4- ضرورة توجيه الجهة الإدارية المتعاقدة عند الاتفاق على شرط التحكيم في العقد المبرم مع الجهة الأجنبية عدم قبولها إيراد ذلك الشرط في صورة مشاركة تحكيم منفصلة التي يتم الاتفاق عليها بعد نشوب النزاع، لان المشاركة تتيح للطرف الأجنبي ان يكون على بصيرة بنوع النزاع و طبيعته وما إذا كان العمل بالتحكيم يضر بمصالحه و مستوجباته، وهذا ما لا يكون في مصلحة الجهة الإدارية المتعاقدة .

5- وبناءً على ذلك المشرع العراقي بأن يتظمن أمور التحكيم الداخلي والخارجي في قانون مستقل بعيداً عن قانون المرافعات المدنية المعدل رقم 83 لسنة 1969 على ان ينص فيه صراحة على جواز ادراج اجراء التحكيم في العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة على ان تستحصل موافقة الوزير المختص في كل حالة على حدى

6- إفساح وإتاحة المجال للجهات الإدارية في العراق والإقليم باللجوء الى التحكيم لحل مشاكلها مع القطاع الخاص عند حدوثها ، بديلا عن حلها عن طريق القضاء وما يترتب عليه من بقاء الدعوى في أروقة المحاكم لسنوات وإستنزاف الوقت والمال والجهد وتأثيره السلبي على حسن سير أعمال المرفق العام.مع منح القضاء الوطني المختص سلطة الرقابة على القرار التحكيمي للتأكد من صحته و عدم مجانبته للصواب القانوني او تعارضه مع المصلحة العليا للدولة.

7- ضرورة تعديل المادة(273) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المتعلقة بأسباب بطلان حكم التحكيم حال تعارضه مع قرار قضائي سابق لصدوره بحيث يقرأ كالاتي (يجب أن لا يتعارض الحكم التحكيمي مع حكم سبق صدوره من محاكم الدول المطلوب تنفيذه).

قائمة المصادر

أولاً: المصادر العربية :

1. أشرف حسن عباس الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، ط/1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015،
2. أحمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في العقود الإدارية، ط/2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016،
3. د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، دون سنة و مكان الطبع.
4. ابراهيم محمد أحمد، التجارة الدولية، ط/1، شركة مطابع السودان، 2012.
5. د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري و الاجباري، ط/5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987.
6. د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم و اجراءاته، دار المطبوعات الجامعة، دون سنة و مكان الطبع.
7. د. أحمد احسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات جامعة بني سويف، 1998.
8. د. احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2001.
9. د. احمد عبدالكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية، ط/6، 2006.
10. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، 2011.
11. د. اميرة صدقي، النظام القانون للمشروع العام و درجة احالته، القاهرة، 1971.
12. السيد احمد محمود، مفهوم التحكيم، ط/1، دار النهضة العربية، 2003.
13. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، ط/1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.
14. د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
15. د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية، ط/1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2009.

16. د. جورج شفيق سارعي، التحكيم و مدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دا النهضة العربية، 1997.
17. حوت فيروز، الرقابة القضائية على حكم تحكيم تجاري، ط1، مركز الأكاديمي للنشر، 2019.
18. حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012.
19. حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات التجارية، ورقة عمل مقدمة لندوة محامو المستقبل، الاردن، 1998.
20. د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001.
21. د. حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997. 30
22. د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، بغداد، 2008.
23. د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974.
24. د. سليمان مرقصي، الواقي في شرح القانون المدني، ج1-ج2، في نظرية العقد و الالتزامات، 1987.
25. د. عماد مصطفى قميناسي، تنفيذ حكم التحكيم، دراسة تحليلية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018. د. شعبان
26. د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الثاني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
27. د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص72.
28. د. عصام العطية، القانون الدولي العام، المكتبة القانونية، ط1، بغداد، 2008.
29. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
30. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.

31. د. عزمي عبدالفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، دون سنة و مكان الطبع.
32. د. عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، 1993.
33. د. عصام بسيوني، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية، جامعة عين الشمس، 1972.
34. د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، دار النهضة العربية، 2000.
35. د. علي محمد بدير و آخرون، مبادئ احكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر، 1993.
36. د. فتحي والي، الوسيط قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2000.
37. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة جامعة بغداد، 1992.
38. فيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الفكر العربي، بيروت، 1978.
39. محمود نوري حسن، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2017.
40. د. ماجد راغب الحلو، التحكيم و العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
41. د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
42. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2004.
43. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دون مكان و سنة طبع.
44. د. محمد عبدالعزيز بكر، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، حلوان، 2000.
45. د. محمد عبدالعزيز علي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الاجنبية، المكتبة العصرية، المنصورة، 2010.
46. د. محمود السيد عمر، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
47. د. محمود السيد عمر، التحكيم و الخبرة في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
48. د. محمود سيد العمر، اركان الاتفاق على التحكيم و شروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001.

49. د. محمود سيد عمر، انواع التحكيم و تمييزه عن غيره، دار الكتب العربي الحديث، الاسكندرية، 2009.
50. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر العربي، 1990.
51. معجم الوجيز في اللغة العربية، القاهرة، 1980.
52. نبيل عبدالرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، ط2، المكتبة القانونية بغداد، 2004.
53. د. نجلاء حسين سيد احمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
54. هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
55. د. يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

ثانياً: الأطاريح الجامعية

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

ثالثاً: البحوث و الدوريات

- 1- د. احمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الإدارية، 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.
- 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. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، مجلة مصر المعاصرة، العدد 371، 1987.
- 6- منى عبدالعالو رافة كريم كربول، التحكيم و اثره على العقد الاداري، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، كلية القانون، 2010.

رابعاً : القوانين

1. قانون مرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 .
2. قانون مجلس الشورى الدولة في العراق رقم 65 لسنة 1979 .
3. قانون المصري رقم 27 لسنة 1994 .
4. قانون التحكيم الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 .
5. قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1995 .
6. القانون التحكيم المصري رقم 9 لسنة 1997 .

خامساً: المصادر الاجنبية

- 1- Aubryet Ran,coursed droit civil francaise, 1962.
- 2- Rever, preeis de droite, administratif,Dalloz, paris, 1962.
- 3- Vedel,droit administrative,paris,1964.
- 4- 1993.Motulsky(Henri):Ecrits-etudes et notes sur larbitrage-Dalloz 1974-p5.

Governance of administrative contracts between international standards and national legislation - a comparative study

ORIGINALITY REPORT

4%

SIMILARITY INDEX

4%

INTERNET SOURCES

1%

PUBLICATIONS

2%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	en.wikipedia.org Internet Source	1%
2	juricoll.fr Internet Source	<1%
3	www.goutal-alibert.net Internet Source	<1%
4	sljournal.uaeu.ac.ae Internet Source	<1%
5	www.marche-public.fr Internet Source	<1%
6	Submitted to University of Duhok Student Paper	<1%
7	archive.jinan.edu.lb Internet Source	<1%
8	library.iugaza.edu.ps Internet Source	<1%
9	conseil-etat.vlex.fr Internet Source	<1%