مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَولِيّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

العدد السابع – كانون الاول – December / 2023

التحكيم لحل النزاعات في العقود الادارية الدولية

م.د نهاد عبد اللطيف السامرائي [1]
[1] كلية العلوم الإدارية والمالية \قسم المالية والمصرفية

ملخص.يعد موضوع اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية، من الموضوعات الحديثة والتي بدأت مختلف التشريعات توليها اهتماما كبيرا، فلم يعد التحكيم يقتصر على المنازعات الناتجة عن العقود المدنية والعقود التجارية الدولية، بل اتسع مجاله ليشمل المنازعات الإدارية والتي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها بوصفها سلطة عامة.ولقد اختلف التشريع والقضاء حول إمكانية حل المنازعات الإدارية الدولية عن طريق التحكيم. فالتحكيم الإداري هو طريق يتعلق بالفصل في منازعة إدارية يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري، لذا نجد أن شروط التحكيم الإداري أن يوجد عقد إداري وأن يكون أحد أشخاصه سلطة عامة.ونجد أن معظم الدول على اختلاف أنظمتها القانونية قد أخذت بالتحكيم بشكل عام والتحكيم الإداري بشكل خاص إذ أنه أداة مهمة للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص و يتم إسناد مهمة التحكيم إلى أفراد لا يمتون إلى القضاء بصلة يطلق عليهم لفظ (المحكمين) ويجري اختيارهم من قبل أطراف النزاع، كذلك يتميز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له بأنه ينتهي إلى قرار تحكيمي نافذ لا يخضع لرقابة أي سلطة أخرى، بينما نجد أن الصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فالصلح يتم بعمل تعاقدي أما التحكيم فيتم حله بعمل قضائي. وخلصت الباحثة الى نتائج اهمها ان عقد التحكيم من العقود الرضائية التي يكون للأطراف فيها حق التنازل عن اللجوء إلى القضاء لحين التوصل إلى حسم النزاع إيجابا أم سلبًا.وان التحكيم هو الوسيلة الأكثر قبولًا محليًا ودوليًا.وأما أهم

Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256
مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ

توصياتهما فتنحصر في وجوب تشكيل قسم خاص بالتحكيم، في الوزارات والجهات الحكومية التابعة لها، ويكون من مهامه التسوية الودّية بين أطراف النزاع، مع ضرورة النص على اختصاص محكمة القضاء الإداري للنظر بتحكيم المنازعات الإدارية.

Abstract. The topic of referring to arbitration as a mean to solve conflicts in international administrative contracts، is a modern topic، which legislator،judiciary and administrative jurisprudence began to pay attention to it all over the world، which arbitration is not confined to civil and international trade conflicts، but it has expanded to include new areas as the case in administrative conflicts which the state or one of the public law people is a party، as a public authority.Jurist and jurisprudence differed on the possibility of resolving international administrative conflicts thought arbitration.Administrative arbitration is a procedure related an administrative dispute where one party is an administrative contact acts as a public authority and it is related to an administrative contract، so we find that the clauses of the administrative arbitration are an administrative contract where one party is a public authority.We find that most countries of different legal systems have adopted arbitration in general and administrative arbitration in particular and that where it is considered as an important tool for adjudication of disputes arising from administrative contracts with private law، the task of arbitration is assigned to members have nothing to do with judiciary and who are called (arbitrators) being chosen by the parties of the conflict.The administrative arbitration is distinguished from other similar systems in the fact that it ends with an effective arbitrary decision that is not subject to the control of any other authority while we find that reconciliation is a contract where a potential conflict between two parties is resolved where each party waives of part of his claim so that the reconciliation is done a contractual action whereas arbitration is resolved by a judicial action.The researcher concluded with the most important results، the most important of which is that the arbitration contract is one of the consensual contracts in which the parties have the right to waive recourse to the judiciary until reaching a positive or negative settlement of the dispute.Arbitration is the most acceptable method locally and internationally.As for their most important recommendations، they are confined to the necessity of forming a special department for arbitration، in the ministries and government agencies affiliated with them، and one of its tasks will be amicable

Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256
مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ

settlement between the parties to the dispute، with the need to stipulate the jurisdiction of the Administrative Court to consider arbitration of administrative disputes.

المقدمة

تُعد العقود الإدارية من أهم العقود التي تبرمها الدولة لأنها تنصب على تنفيذ مشروعات كبرى ومهمة منها استثمار الثروات الطبيعية كالنفط والغاز والمعادن وعقود إنشاء المطارات والبنية التحتية وعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، لذلك يجب توافر الشفافية الكاملة في الإعلان عن هذه المشاريع والتعاقد عليها وحل المشكلات الناتجة عنها بهدف حماية المال العام ودفع عجلة الاقتصاد الوطني بشكل ناجح وفعال.

وعلى الرغم من أن القضاء الإداري هو المختص بنظر منازعات العقود الإدارية لكن مع تراكم القضايا أمام القضاء وبطء إجراءاته كان من الضروري البحث عن وسيلة أخرى لحسم تلك المنازعات التي يتعين الفصل فيها في اقصر وقت ممكن حتى تستقر المراكز القانونية بين المتنازعين، وبأقل قدر ممكن من العلانية والنشر وبإجراءات مبسطة تتيح في مجملها احتواء النزاع في أضيق نطاق، ومن هنا ظهر نظام التحكيم كوسيلة مثلى لحسم مثل تلك المنازعات خروجا عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسؤولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم متخصص له خبرة فنية دقيقة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع.

1 .المبحث الاول: - مفهوم التحكيم

يعرف التحكيم في اللغة بانه طلب الفصل في المنازعة سواء عن طريق قضاء الدولة او عن طريق قضاء خاص بترضية اطرافها (د.خطاب و د.صادق، 1995، ص629)

اما اصطلاحا فهو اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه القانون على اختيار بعض الاشخاص للفصل فيه بدلا من القضاء المختص وقبول قراره بشأنه (د.عبد الله، 2010، ص124) وعرف التحكيم في نص القانون للمشرع العراقي بانه اتفاق طرفا النزاع بإرادتهما الحرة على اللجوء الى هيئة تحكيم للفصل فيه سواء كانت الجهة التي تتولى هذه الإجراءات منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم تكن كذلك.

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

ووضح (د.خليل، 2010، ص62) التحكيم بانه اجراء يتفق بمقتضاه الاطراف في نزاع معين على اخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزما.

وذكر (د.عيسى، 2009، ص98) قد يرد التحكيم في صورة بند في أحد العقود يتفق بمقتضاه المتعاقدان على حل النزاعات التي تنشأ عن العقد بواسطة التحكيم ويطلق على هذا الاتفاق شرط التحكيم اي قبل وقوع النزاع وقد لا يتفقان في العقد الاصلي وانما بعد قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقا خاصا لعرض النزاع على محكمين ويسمى ذلك مشارطة التحكيم او وثيقة التحكيم الخاصة (د.حاتم،2011، ص81) ويعد شرط التحكيم مستقلا عن عقد التحكيم.

بعد التعرف على التحكيم بشكل عام، سوف نتعرف على التحكيم الاداري بشكل خاص من خلال المفاهيم التي تتطرق لها الباحثين والمختصين في هذا المجال، فقد وضح (د.الحلو، 2013، ص330) ان التحكيم الإداري هو طريق يتعلق بالفصل في منازعة إدارية يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري، لذا نجد أن شروط التحكيم الإداري أن يوجد عقد إداري وأن يكون أحد أشخاصه سلطة عامة.ونجد أن معظم الدول على اختلاف أنظمتها القانونية قد أخذت بالتحكيم بشكل عام والتحكيم الإداري بشكل خاص إذ أنه أداة مهمة للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص ويتم إسناد مهمة التحكيم إلى أفراد لا يمتون إلى القضاء بصلة يطلق عليهم لفظ (المحكمين) ويجري اختيارهم من قبل أطراف النزاع، كذلك يتميز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له بأنه ينتهي إلى قرار تحكيمي نافذ لا يخضع لرقابة أي سلطة أخرى. ويتميز التحكيم الاداري عن غيره من الانظمة المشابهة له بأنه يعد عنصر الاتفاق بين الجهة الادارية والمتعاقد وهو اساس التميز بين التحكيم الاداري وغيره من النظم القانونية الاخرى، ويختلف التكيف حسب طبيعة المهمة التي يمنحها الاتفاق، فان كان يمنح سلطة القيام بعمل قضائي فان الاتفاق يكون اتفاق تحكيم ومن اهم المميزات هي :-(د.المحروقي و د.محروس، 2012،ص66-67)

1. الميزة الاساسية للتحكيم الاداري بانه ينتهي الى قرار تحكيمي نافذ لا يخضع لرقابة اي سلطة اخرى.
2. ان اللجوء الى التحكيم الاداري يمنح الاطراف المتنازعة ميزة سرعة حسم النزاع بعيدا عن التعقيدات الادارية التي يواجهها طرفا النزاع في حالة لجوئهم الى القضاء حيث يتطلب وقت وجهد اضافي.

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

3. يتميز التحكيم الاداري عن بقية انواع التحكيم بميزة مهمة كونه يحافظ على شؤون الدولة عند تعاقدها وخاصة في حال كون موضوع العقد يتم بالسرية وجلسات القضاء علنية ولا تكون سرية الا في حالات استثنائية.
4. يمتاز بتوافر الثقة في المحكمين اذ ان طرفي النزاع يحرصون على وضع من يتوسمون فيه بالثقة والكفاءة، وحرية اختيار القانون المطبق والقواعد الاجرائية الموضوعة.

مدى جواز اللجوء الى التحكيم في النزاعات الادارية في العراق لم ينظم المشرع العراقي مسائل التحكيم في قانون مستقل، بل خصص له الباب الثاني في قانون المرافعات المدنية المعدل رقم 83 لسنة 1969.وقد شغلت نصوص التحكيم المواد من 251 إلى 276 ولا يوجد ضمن هذه المواد ما يمنع الدولة أو الأشخاص العامة من وضع شرط التحكيم في عقودها المدنية أو عقودها الإدارية إلا انه يمكن القول بان الدولة في العراق لم تستقر على مسألة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية، ففيما يتعلق بعقودها الإدارية ذات الطابع الدولي نجدها تقر بإمكانية لجوء الوزارات والمؤسسات إلى التحكيم الدولي والاتفاق على ذلك بشرط ان تحصل تلك المؤسسات على موافقة مجلس التخطيط.وفيما يتعلق بالتحكيم الداخلي في المنازعات بين الأشخاص العامة والخاصة نصت المادة 69 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية التي أصدرتها وزارة التخطيط على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع بين رب العمل والمقاول في حالة عدم قبول القرار الذي يتخذه المهندس لحسم النزاع (المحروقي، 2012، ص66)

وترى الباحثة ان التحكيم يرتكز على أساسين هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع بهذه الإرادة فإذا كان المشرع في المادة 250 من قانون المرافعات المعدل رقم 83 لسنة 1969 أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما أجاز الاتفاق عليه في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين، ولما كانت الإجازة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه فإننا نعتقد بان المشرع اقر بإمكانية اللجوء إلى التحكيم بصورتيه في منازعات العقود الإدارية.ولكن هناك موقف قضائي معارض لذلك إذ اعتبر ان التحكيم شأنه شأن القضاء الأجنبي يمس سيادة الدولة،إلا ان محكمة التمييز لها رأي مؤيد لتوجه المشرع في الإقرار بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إذ نظرت في العديد من الدعاوى المتعلقة بصحة التحكيم من عدمه بين الأشخاص العامة من ناحية وأشخاص القانون الخاص من ناحية أخرى ولم نجد أحكاماً تقضي بأبطال إجراء التحكيم بسبب ان إدراجه في مجال العقود الإدارية مخالفا للقانون وهذا ما ذكره (عبد الرحمن علام، 1999، ص406)

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

اثار التحكيم: – للتحكيم اثار عديدة منها تأثيره على الاختصاص القضائي للقاضي الإداري اذ ينازعه فيه المحكم، وكذلك تأثيره على الاختصاص التشريعي اذ قد يستبعد المحكم القانون الوطني ويطبق القانون الأجنبي في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي في حالة عدم وجود نص صريح يحكم العقد، وقد يتسبب التحكيم أيضاً في ظهور تنازع القوانين في مجال القانون الإداري إذا ما تم تكييف العقد ذا الطابع الدولي كعقد إداري فقد يستلزم تطبيق قانون عام أجنبي على العقد.وعلى الرغم من هذه التأثيرات وتوابعها، إلا انه يمكن الاستفادة من التحكيم ولا سيما في ظل حركة الاستثمار الكبيرة التي من المؤمل ان يشهدها العراق.وحاجة الادارة فيه إلى التعاقد مع شركات ومستثمرين أجانب وعرب والذين يفضلون اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ من منازعات حول تنفيذ أو تفسير العقود التي تربطهم بالإدارة.وان كان هناك تأثير قد يلحق بسلطات الإدارة إلا انها (أي الإدارة) قبلت بمحض إرادتها شرط التحكيم ورأت ان قبول التعاقدات التي تنطوي على مثل هذا الشرط فيه مصلحة عامة وقومية.ولا شك ان اشتراط المادة الأولى / الفقرة الثانية من قانون التحكيم المصري رقم 9 لسنة 1997 موافقة الوزير التي لا يقبل التفويض على التحكيم مثال للتحوط التشريعي لأنه يشكل صمام أمان لقبول اتفاق التحكيم من عدمه، وهو نهج شبيه بنهج المشرع العراقي عندما اشترط موافقة مجلس التخطيط على اللجوء للتحكيم ولكن في مجال التحكيم الدولي.

وفي ظل الظروف التي تمر بها البلاد وحاجتها الماسة إلى تشجيع القطاع الخاص للولوج إلى الحياة الاقتصادية بقوة لمساعدة الدولة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، نرى انه من أهم محفزات القطاع الخاص للتعامل مع أشخاص القانون العام هو منحه الثقة الكاملة في ان منازعاته بشأن العقود التي يبرمها معها، ستنظر أمام محكمين يثق هو بهم إذ يختارهم بنفسه لكفاءتهم، وخبراتهم الفنية، ولاسيما ان طبيعة المنازعات الحالية هي من طبيعة فنية تحتاج إلى خبرة هؤلاء المحكمين، فضلا عن المميزات العديدة لهذا النظام.وبناء على ذلك قد نصت مسودة قانون التحكيم العراقي المواد المدرجة ادناه للعمل بها في حل النزاعات التي تقع بين المتعاقدين وهي: – (المركز العراقي للتحكيم الدولي، 2018 موقع الكتروني)

المادة (2) تطبق أحكام هذا القانون على كل تحكيم يكون أطرافه من أشخاص القانون العام أو من القانون الخاص أو من كليهما دون الالتفات الى طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع فيما إذا كان هذا التحكيم يجري في جمهورية العراق أو كان تحكيماً تجارياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون على ان يراعي في هذا الشأن الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية العراق.

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

المادة (3) يكون التحكيم خاضع لأحكام هذا القانون إذا كان النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية سواء كانت تلك العلاقة ((مدنية، تجارية، إدارية، ائتمانية، صناعية، زراعية، خدمية)) أو أي علاقة أخرى يتفق الطرفان على إنها ذات طابع اقتصادي.

المادة (4) يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانيا: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء الى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية العراق أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم مرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم واقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان احد الأماكن التالية واقع خارج هذه الدولة :

أ. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار الى كيفية تعيينه.

ب. مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة القانونية بين الطرفين.

ج. المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

المادة (5) في الأحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الإتباع في مسألة معينة فان ذلك يتضمن حقيهما في تفويض الغير في اختيار هذا الإجراء ويعتبر من الغير كل منظمة أو مركز للتحكيم في جمهورية العراق أو خارجها.

المادة (6)

أولا: لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية او أي عقد آخر وجب العمل بأحكام هذا العقد بما يشمله من أحكام خاصة

فالمشرع العراقي نظم أمور التحكيم الداخلي والخارجي في قانون مستقل بعيدا عن قانون المرافعات المدنية المعدل رقم 83 لسنة 1969، وهذا ما جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) المنشورة في الوقائع العراقية رقم (4325) في 2014\6\16، ص 68، الذي ينص فيه

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

صراحة على جواز إدراج إجراء التحكيم في العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة على ان تستحصل موافقة الوزير المختص في كل حالة على حدة.وفيما يتعلق بمنازعات الاشخاص العامة فيما بينها يمكن اللجوء الى التحكيم لفضها ولكن بشكل اختياري تجنباً لمساوئ اللجوء الى التحكيم الالزامي وتحقيقاً لفوائد التحكيم على وجه العموم.

2 .المبحث الثاني: - القرار الاداري

موضوع القرار الإداري من أكثر المواضيع أهمية وحيوية في القانون الإداري، كما عرفه ((د.الحلو، 2013، ص330))

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم كيفية مباشرة السلطة التنفيذية في الدولة لوظيفتها الادارية وهو ينظم العديد من المسائل كتشكيل الجهاز الاداري للدولة (الوزارات والمصالح الحكومية) وينظم علاقة الحكومة المركزية بالإدارات وإلهيات الاقليمية (كالمحافظات والمجالس البلدية) كما انه يبين كيفية الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدولة وبين الافراد وجهة القضاء التي تختص بها.فهو الأسلوب الأكثر شيوعاً في أعمال الإدارة، ولا نظير له في مجال القانون الخاص، فمن شأنه أحداث آثار قانونية على عاتق المخاطبين به دون أن يتوقف ذلك على قبولهم.في هذا الجزء من البحث نتطرق الى تعريف القرار الإداري والعناصر اللازمة لوجوده صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية.

2.1. تعريف القرار الإداري

نال موضوع القرار الإداري عناية الكثير من الفقهاء، كما أسهم القضاء الإداري في الكشف عن الكثير من ملامحه، ومع اختلاف تعريفات الفقه والقضاء للقرار الإداري من حيث الألفاظ فأنه ينم عن مضمون واحد فقد عرفه العميد " دوجي " بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة.(منصور،1999،ص389)

أما في الفقه العربي، فقد عرفه البعض منهم بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد أحداث أثر قانوني معين.بأن القرار الإداري وفي رأينا هو إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثاراً قانونية.أما القضاء الإداري المصري فقد استقر على تعريفه (عكاشة، 2001، ص21) أنه أفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضي القوانين واللوائح بقصد أحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة.ويتضح من هذا التعريف أن هناك عدة شروط يجب توافرها لنكون أمام قرار إداري وهي :

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

- أن يصدر القرار من سلطة إدارية مختصة وطنية.
- أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.
- ترتيب القرار لأثار قانونية.

تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى (عكاشة، 2001، ص33)

تمارس الدولة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ثلاث مهام أو وظائف هي الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية، فالوظيفة التشريعية تتضمن مهمة وضع القواعد السلوكية العامة والمجردة وتختص بممارستها السلطة التشريعية.أما الوظيفة القضائية فتتضمن الفصل في المنازعات وتختص بها السلطة القضائية.أما الوظيفة التنفيذية فتختص بها السلطة التنفيذية التي تمارس أعمال مختلفة منها الأعمال المادية كبناء المنشآت العامة وتعبيد الطرق أو بناء الجسور، كما تصدر أعمالاً قانونية وهذه الأخيرة منها ما يصدر بإرادتها المنفردة دون مشاركة الأفراد وهذه القرارات الإدارية، ومنها الأعمال القانونية التعاقدية التي تصدر باتفاق أرادتين.

فالسلطة التشريعية تمارس عملاً إدارياً عندما تصدر الميزانية والسلطة التنفيذية قد تفصل في خصومة عن طريق المجالس الإدارية ذات الاختصاص القضائي، بينما يمارس القضاء بعض الاختصاصات الإدارية المتعلقة بموظفي الهيئات القضائية فضلاً عن وظيفته الأصلية في الفصل في المنازعات.

2.2. القرارات الإدارية والأعمال التشريعية (جمال الدين، 1990، ص49)

القرارات الإدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وعلى العكس من ذلك فإن القوانين لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري المقرر.ويتردد الفقه الحديث بين معيارين لتحديد صفة العمل تشريعية أم إدارية :

2.2.1. اولاً : المعيار الشكلي :

وفقاً للمعيار الشكلي أو العضوي يتم الرجوع إلى الهيئة التي أصدرت العمل أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره دون النظر إلى موضوعه فإذا كان العمل صادراً من السلطة التشريعية فهو عمل تشريعي، أما إذا كان صادراً من أحدى الهيئات الإدارية بوصفها فرعاً من فروع السلطة التنفيذية فهو عمل إداري.ومن ثم يمكن تعريف العمل الإداري وفق هذا المعيار بأنه كل عمل صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها.فهذا المعيار يقف عند صفة القائم بالعمل دون أن يتعدى ذلك إلى

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

طبيعة العمل ذاته، وهو معيار سهل التطبيق لو التزمت كل سلطة بممارسة نشاطها وأخذت بمبدأ الفصل التام بين السلطات.

2.2.2. ثانياً : المعيار الموضوعي :

يعتمد المعيار الموضوعي على طبيعة العمل وموضوعه بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره فإذا تمثل العمل في قاعدة عامة مجردة فأنشأ مركزاً قانونياً عاماً اعتبر عملاً تشريعياً أما إذا تجسد في قرار فردي يخص فرداً أو أفراداً معينين بذواتهم فأنشأ مركزاً قانونياً خاصاً اعتبر عملاً إدارياً.

2.2.3. انواع القرارات الادارية

تنقسم القرارات الادارية الى عدة انواع بحسب الزاوية التي ننظر منها الى القرار الاداري.

فمن زاوية التكوين هناك قرارات بسيطة وقرارات مركبة،

فالقرار البسيط هو الذي ينشأ ويتم بأجراء واحد مثالها قرار تعيين موظف،

اما القرار المركب فهو الذي يتكون بعملية قانونية مركبة يتضمن عدة اجراءات متتابعة مثالها قرار نزع ملكية عقار للمنفعة العامة.

وهناك قرارات ايجابية وهي قرارات صريحة تظهر ارادة الادارة كقرار تعيين موظف،

وهناك قرارات سلبية، وهو تعبير عن موقف سلبي يتضمن عدم الرد على طلب صاحب المصلحة صراحة.

وهناك قرارات فردية يخاطب افراد معينين بالذات

وقرارات لائحية يتضمن قواعد مجردة مثالها لوائح المرور.

وهناك قرارة ادارية يجوز الطعن بها امام القضاء الاداري،

وقرارات لا يجوز الطعن بها وهي ما تسمى بأعمال السيادة.وهي اعمال تقوم بها السلطة التنفيذية وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء لاتصالها بسيادة الدولة اي الاعمال التي تصدر عن ولي الامر باعتباره سلطة حكم لا سلطة ادارة.

2.2.4. اركان القرار الإداري

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

يقوم القرار الإداري على عناصر أساسية إذا لم يستوفها يكون معيباً أو غير مشروع، وقد درج الفقه والقضاء على أنه يلزم أن يتوافر للقرار الإداري باعتباره عملاً قانونياً خمس عناصر لينتج آثاره ويكون صحيحاً هي :السبب الاختصاص، الشكل، المحل، الغاية.

أولاً: السبب.

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره، فالسبب عنصر خارجي موضوعي يبرر للإدارة التدخل بإصدار القرار وليس عنصراً نفسياً داخلياً لدى من إصدار القرار.

وقد استقر القضاء على ضرورة توفر شرطين في سبب القرار الإداري :

1. أن يكون سبب القرار قائماً وموجوداً حتى تاريخ اتخاذ القرار، ويتفرع من هذا الشرط ضرورتان الأولى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية موجودة فعلاً وإلا كان القرار الإداري معيباً في سببه، والثاني يجب أن يستمر وجودها حتى صدور القرار فإذا وجدت الظروف الموضوعية لإصدار القرار إلا أنها زالت قبل إصداره فإن القرار يكون معيباً في سببه وصدر في هذه الحالة، كذلك لا يعتد بالسبب الذي لم يكن موجوداً قبل إصدار القرار إلا أنه تحقق بعد ذلك، وأن جاز يكون مبرراً لصدور قرار جديد.
2. أن يكون السبب مشروعاً، وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة السلطة المقيدة للإدارة، عندما يحدد المشرع أسباباً معينة يجب أن تستند إليها الإدارة في لإصدار بعض قراراتها، فإذا استندت الإدارة في إصدار قرارها إلى أسباب غير تلك التي حددها المشرع فإن قراراها يكون مستحقاً للإلغاء لعدم مشروعية سببه.

ثانياً: الاختصاص.

أن توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية من الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام القانون العام ويراعى فيها مصلحة الإدارة التي تستدعي أن يتم تقسيم العمل حتى يتفرغ كل موظف لأداء المهام المناطة به على أفضل وجه، كما أن قواعد الاختصاص تحقق مصلحة الأفراد من حيث أنه يسهل توجه الأفراد إلى أقسام الإدارة المختلفة ويساهم في تحديد المسؤولية الناتجة عن ممارسة الإدارة لوظيفتها.

والقواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص يمكن حصرها بالعناصر الآتية :

1. قواعد الاختصاص من حيث الأشخاص: يشترط لصحة القرار الإداري أن يصدر من الشخص أو الهيئة المنوط بها إصداره، فلا يملك هذا الشخص أو تلك الجهة نقل اختصاصها للغير إلا

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

في الأحوال التي يجيزها القانون بناءً على تفويض أو حل قانوني صحيح وإلا كان القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص.

2. قواعد الاختصاص من حيث الموضوع: يحدد القانون اختصاصات كل موظف أو جهة إدارية بموضوعات معينة فإذا تجاوز هذا الموظف أو الإدارة اختصاصاته تلك فتعدى على اختصاصات جهة أخرى، تحقق عيب عدم الاختصاص، ويكون هذا الاعتداء أما من جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى موازية أو مساوية لها.
3. قواعد الاختصاص حيث المكان: يتم من خلالها تحديد النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيه، فإذا تجاوز هذا النطاق، فإن قراراته كون مشوبة بعيب عدم الاختصاص، وهذا العيب قليل الحدوث في العمل لأن المشرع كثيراً ما يحدد وبدقة النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يمارس اختصاصه فيه وغالباً ما يتقيد الأخير بحدود هذا الاختصاص ولا يتعداه.
4. قواعد الاختصاص من حيث الزمان: وذلك بأن يتم تحديد فترة زمنية معينة يكون لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها، فإذا أصدر قرار خارج النطاق الزمني المقرر لممارسته، كما لو أصدر رجل الإدارة قراراً إدارياً قبل صدور قرار تعيينه أو بعد قبول استقالته أو فصله من الوظيفة أو إحالته على التقاعد.

ثالثاً: الشكل.

الشكل هو المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد.

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره، كأن يشترط القانون ضرورة أن يكون القرار مكتوباً، أو استشارة جهة متخصصة قبل إصداره أو تسبيبه إلى غير ذلك من أشكال أخرى.

ويحدد القانون بمعناه العام قواعد الشكل والإجراءات بما ينص عليه الدستور أو التشريع العادي أو الأنظمة وكذلك تؤدي المبادئ القانونية العامة دوراً مهماً في ابتداع قواعد شكلية غير منصوص عليها في القانون والأنظمة بالاستناد إلى روح التشريع وما يمليه العقل وحسن تقدير الأمور

1- الأشكال التي تؤثر في مشروعية القرار الإداري :

لا يمكن أن نحصر الأشكال والإجراءات التي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري إلا أن المستقر في الفقه والقضاء الإداري أن أهم هذه الشكليات تتعلق بشكل القرار ذاته، وتسبيبه والإجراءات

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

التمهيدية السابقة على إصداره، والأشكال المقررة لحماية مصالح المخاطبين بالقرار أو التي تؤثر في الضمانات المقرر للأفراد في مواجهة الإدارة.

2- الأشكال التي لا تؤثر في مشروعية القرار الإداري :

من المستقر في القضاء الإداري أنه لا يترتب البطلان على كل مخالفة للشكليات دون النظر إلى طبيعة هذه المخالفة فقد أطرد القضاء على التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال الثانوية أو غير الجوهرية ورتب البطلان على الأولى دون الثانية.

رابعاً: المحل.

يقصد بمحل القرار الإداري الأثر الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه.

ويجب أن يكون محل القرار ممكناً وجائزاً من الناحية القانونية، فإذا كان القرار معيباً في فحواه أو مضمونه بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار غير جائز أو مخالف للقانون أياً كان مصدره دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً أو عرفاً أو مبادئ عامة للقانون، ففي هذه الحالات يكون غير مشروع ويكون القرار بالتالي باطلاً.

رابعاً ركن الغاية: الغاية من القرار الاداري هو النتيجة النهائية التي تسعى اليها فهذه الغاية تتمثل في تحقيق المصلحة العامة فإذا استهدفت الادارة غاية غير تحقيق المصلحة العامة تكون قد انحرفت عن السلطة او اساءت استعمال السلطة.

لذلك فان القرار التي تبتغي الادارة منه تحقيق مصلحة خاصة يكون القرار مشوب بعيب الانحراف بالسلطة، مثال على ذلك قرار نزع الملكية لاحد العقارات تحقيقاً لمصلحة مدير الادارة مصدرة القرار.

يسري القرار الاداري في حق الادارة كما في حق الافراد. فالقرار الاداري يسري بحق الادارة من تاريخ صدوره، اما سريان بالنسبة للأفراد فمنذ العلم به سواء بالنشر او الاعلان او العلم اليقيني.

مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية: القرارات الادارية تسري بأثر فوري او مباشر وقد قضى ديوان المظالم بهذه القاعدة.

الاستثناء على المبدأ: هناك حالات تسري معها القرارات الادارية بأثر رجعي وهي التالية:

1- رجعية القرار بناء على نص في النظام.

2- رجعية القرار تنفيذاً لحكم قضائي بإلغاء القرار الاداري.

3- رجعية القرارات نظراً لطبيعة القرار كالقرارات المفسرة او المصححة او المؤكدة لقرارات سابقة.

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

هناك طريقان لتنفيذ القرار الادري: اما بطريق اختياري اي طوعاً وهو الطريق العادي لتنفيذ القرارات الادارية، واما الطريق الجبري وهذا الطريق يتم التنفيذ المباشر للقرار الاداري من قبل الادارة، ويتم التنفيذ المباشر وفق حالات محددة وهي التنفيذ المباشر طبقاً للنظام، وحالات الضرورة.

وقد يتم التنفيذ الجبري عن طريق القضاء برفع دعوى جنائية او مدنية على من لا يخضع للقرار الاداري طوعاً.

وقف تنفيذ القرار الاداري: يمكن للإدارة من تلقاء نفسها ان توقف العمل بقرار اداري لأي سبب من الاسباب، لكي يقتضي توافر عدة شروط لوقف التنفيذ وهي التالية:

1- تقديم طلب امام القضاء الاداري
2- ان يترتب عن تنفيذ القرار ضرر لا يجوز تداركه
3- ان يستند الوقف الى اسباب جدية
4- ان يتوافر عنصر الاستعجال في وقف القرار.

3 .الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراستنا للتحكيم أصبح جليا بأن القانون العراقي لم يُنظم التحكيم بشكل دقيق و مُفصل، ولمْ ينظمه في قانون مستقل خاص به، بل نظمه ضمن قانون المرافعات العراقي رقم 83 للسنة (1969) في الباب الثاني منه وذلك في المواد (251 – 276) وهناك الكثير من قضايا التحكيم الاساسية، التي لم يوضحها المشرع العراقي أو ينظمها، وقد رأينا بأن التحكيم وسيلة قديمة لحل المنازعات وهي سابقة على القضاء، فقد كان التحكيم معروفا لدى السومريين والبابليين في العراق وكذلك لدى الشعوب العربية قبل ظهور الاسلام، وقد أكدته الشريعة الاسلامية السمحاء وذلك في قوله تعالى " وربُك لا يُؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفُسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما "، وقد انقسمت الدول في تنظيمها لهذا القضاء الاستثنائي إلى قسمين : فالبعض نظم التحكيم في قانونُ مستقل مثل قانون التحكيم المصري والبعض الاخر نظمهُ ضمن تشريعاته المنظمة للتقاضي مثل قانون دولة الامارات العربية، الكويت، فرنسا، العراق.وبالتالي فإذا كان التحكيم داخليا فإنه ينبغي مُراعاة النظام العام الداخلي للبلد المطلوب منه تنفيذ الحكم أما إذا كان دوليا فإنه ينبغي مُراعاة النظام العام الدولي ومن هذه الدول التي أخذت بهذه التفرقة (لبنان، تونس، الجزائر)، أما القانون المصري فيشترط موافقة الحكم التحكيمي للنظام العام الداخلي، وبعض الدول تَشددت أكثر واشترطت أن يكون الحكم موافقا للشريعة الاسلامية مثل اليمن، لذلك فالنظام العام يبقى دائماُ متميزا بالوطنية مهما كان وضعهُ

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

داخليا أم دوليا، فكلاهما يُشكل جزء من النظام العام الوطني، وإن اختلف وضعهُ وفي العلاقات الداخلية والدولية.وأخيراً فختام الحديث عن التحكيم نأمل بأن يصدر المشرع العراقي قانونا منفصل ومستقل للتحكيم من أجل مواكبة التطورات التي حدثت في مجال التحكيم، على غرار المشرع المصري، وذلك لتغطية عيوب القانون الحالي.

4 .الاستنتاجات

وفي الختام توصلت الباحثة الى عدد من الاستنتاجات

1- يعد التحكيم من اهم الظواهر القانونية التي اتسع نطاقها وتم الاعتراف بها من قبل كافة دول العالم، على الرغم من اختلاف انظمتها القانونية واوضاعها الاقتصادية.

2- اختلاف التحكيم عن الانظمة القانونية المشابهة له والمتمثلة بالوساطة والصلح والحكم القضائي.

3- يعد التحكيم الاداري عندما يكون أحد أطراف التعاقد شخص معنوي عام يسعى لتحقيق منفعة عامة فيعتمد لحل النزاعات الناشئة عن العقد المبرم مع شخص من اشخاص القانون الخاص.

4- نص المشرع العراقي بنصوص صريحة وواضحة الى اعتماد التحكيم كطريقة لتسوية النزاعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الادارة مع القطاع الخاص.

5- ان المشرع العراقي لم يقتصر على اللجوء الى التحكيم الاجباري بل أشار الى التسوية (الودية) ايضا كطريق لتسوية النزاعات الناشئة عن ابرام العقود الادارية.

5 .التوصيات

1- بعد التأكد على صعيد التعاملات الدولية او المحلية نجاح التحكيم في انهاء الخصومات خاصة في مجال الاستثمار، نقترح على المشرع العراقي اعداد تشريع يتضمن اسلوب التوفيق كوسيلة لحسم منازعات العقود الادارية لما تتميز به الوسيلة من ميزات تجعلها تتقدم في بعض الاحيان على غيرها من الوسائل.

2- اقترح تنظيم امور التحكيم الداخلي والخارجي في قانون مستقل بعيدا عن قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل وان يأخذ المشرع أحدث النصوص الواردة في قوانين الدول السباقة في اصدار قوانين التحكيم، ليتضمن نص صريح على جواز اجراء التحكيم في العقود الادارية المبرمة بين الاشخاص العامة والاشخاص الخاصة.

Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

3- اقترح وضع ضوابط او شروط معينة لعمل المحكم، يجب ان تكون لدية ثقافة قانونية اللازمة لعمل المحكم، ومنح هوية محكم حالهم حال الخبراء في المحاكم، لا ان يترك الامر مفتوحا ليكون اي شخص محكم لكون عملهم خطير واصحاب قرار.

4- وجوب تشكيل قسم خاص بالتحكيم، في الوزارات والجهات الحكومية التابعة لها، ويكون من مهامه التسوية الودّية بين أطراف النزاع، مع ضرورة النص على اختصاص محكمة القضاء الإداري للنظر بتحكيم المنازعات الإدارية.

واخيرا، ارجو ان اكون قد وفقت في انجاز هذا البحث على الوجه المرضي وان اكون قد اضفت عملا نافعا وجهدا متواضعا الى جهود من سبقوني في هذا المجال.

المصادر

[1] الشيخ الامام بن قدامة المقدسي. (1995). المغنى والشرح الكبير (الجزء 13). مكتبة دار الحديثة، القاهرة. تحقيق: الدكتور محمد شرف الدين خطاب والدكتور سيد ابراهيم صادق.

[2] عبد الله، عبد الرحمن رحيم. (2010). الدراسات القانونية (تسلسل 19). مركز ابحاث القانون المقارن، العراق – اربيل.

[3] العدل، فاطمة محمد سليم. (1999). تأثير مجلة الاحكام العدلية على التقنيات العربية. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية.

[4] خليل، أشرف محمد. (2010). التحكيم في منازعات العقود الادارية واثاره القانونية. دار الفكر العربي، الاسكندرية.

[5] عيسى، عبد الله. (2009). حكم التحكيم. منشأة المعارف، الاسكندرية.

[6] حاتم، عبد الرحيم. (2011). التحكيم في الشريعة والقانون: دراسة مقارنة. مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، العراق – النجف الاشرف.

[7] المحروقي، شادية ابراهيم مصطفى، & محروس، احمد. (2012). التحكيم في العقود الادارية: دراسة مقارنة. مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية – الرياض.

[8] الحلو، ماجد راغب. (2013). العقود الادارية. دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر – الاسكندرية.

[9] منصور، شاب توما. (1999). القانون الاداري. دار الفكر العربي.

[10] عكاشة، حمدي ياسين. (2001). موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة (الجزء الاول). المملكة العربية السعودية.

[11] سامي، جمال الدين. (1999). الدعوى الادارية والاجراءات امام القضاء الاداري. منشأة الاسكندرية.

[12] الذنيبات، محمد جمال مطلق. (2003). الوجيز في القانون الاداري. دار وائل للنشر.

[13] بسيوني، عبد الغني. (1994). القانون الاداري. دار النهضة العربية، مصر – القاهرة.

[14] تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 المنشورة في الوقائع العراقية رقم 4325 في 2014\6\16.

[15] الموقع الالكتروني (مسودة مشروع قانون التحكيم العراقي). [*http://www.icacn.org*] قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 النافذ.