الاختصاص القضائي
بمنازعات عقد التوريد

الدكتور

حيدر طالب محمد علي

المدرس في كلية الحقوق/جامعة النهرين

المقدمـــة

تمارس الادارة نشاطاً واسعاً منه اعمال مادية واخرى قانونية، فالاولى تمارسها الادارة ولا تهدف من ورائها احداث اثار قانونية بشكل مباشر، والثانية هي الاعمال القانونية التي تقصد من ورائها احداث آثار قانونية وذلك اما بأنشاء مركز قانوني جديد او تعديل في مركز قانوني قائم او الغاء لها، وهذه الاعمال هي اما قرار اداري او عقد اداري.[١]

فالعقد الاداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ويقصد منه تسيير مرفق عام او تنظيمه وتظهر فيه نية الادارة في الاخذ باساليب القانون العام لتميزه عن العقود المدنية، وبالتالي يكون من اختصاص القضاء الاداري[٢]، وما دام عنوان بحثنا يهتم بعقد التوريد فسنهتم فقط بأعمال الادارة القانونية المتمثلة بأسلوب العقد الاداري.

فكثيراً ما تلجأ الادارة الى طريق الاتفاق الودي مع الافراد، اذا ما رأت ان الاخير هو الافضل في تحقيق الاهداف التي تروم تحقيقها.[٣]

فلا تملك الادارة في جميع الاحوال التصرف في اموال الافراد والاستعانة بها جبراً عليهم، لهذا تهتم بأبرام عقد يحدد حقوق والتزامات الطرفين، وهي في ذلك اما ان تبرم عقد يخضع للقانون العام وهذا عندما تنزل الى منزلة الافراد العاديين في تصرفاتهم او ان تبرم عقد اداري تمارس فيه امتيازات السلطة العامة التي لا نظير لها في القانون الخاص.[٤]

ولكي تحصل الادارة على المنقولات التي تسير لها مرافقها العامة لابد لها من أن تبرم عقد توريد، والذي يحضى بأهمية سواء بالنسبة للادارة او للمتعاقد معها، فالدولة تحتاج الى مواد اولية او صناعية لتسيير مرافقها العامة، والمورد يسعى لتحقيق الربح ومصلحته الخاصة، الا انه وبنفس الوقت يكون مساعداً للادارة، لهذا تفرض عليه الاخيرة التزامات لا نظير لها في القانون الخاص.[٥]

وما دام الامر كذلك فقد ينشأ من عقود التوريد منازعات لابد من تحديد الاختصاص بنظرها، خصوصاً وان العراق يختلف عن فرنسا ومصر في تحديد الجهة المختصة بالفصل في تلك المنازعات، ففي القانون الفرنسي والمصري يختص القضاء الاداري بنظر منازعات عقد التوريد اذا ما اشتمل على اساليب القانون العام وكان عقداً ادارياً، اما في العراق فتختص المحاكم المدنية بنظر منازعات عقد التوريد برغم وجود القضاء الاداري العراقي حيث استمر هذا الحال حتى صدور تعليمات تنفيذ العقود

---

[١] د.عصام عبدالوهاب البرزنجي وآخرون، القانون الإداري، بغداد، ١٩٩٣، ص٤١١ وما بعدها.

[٢] د.عزيزة الشريف، دراسات في العقد الإداري، ١٩٨٠، ص٣٠.

[٣] د.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤، ص٢٣.

[٤] د.محمد سعيد حسين امين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩، ص٥.

[٥] د.جابرناصر، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص١٩٩ وما بعدها.

الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧، وبموجب هذه التعليمات تم أنشاء محكمة العقود الادارية والتي سنورد عليها الملاحظات خلال البحث، هذا بالاضافة الى أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

وعليه وسنهتم أيضاً بالتحكيم كوسيلة من وسائل حسم منازعات عقد التوريد ومدى اهميتها في هذا العقد وذلك من خلال مبحثين وكالأتي:-

المبحث الاول: اختصاص القضاء الاداري في منازعات عقد التوريد.

المبحث الثاني: التحكيم الاختياري في منازعات عقد التوريد.

المبحث الأول

اختصاص القضاء الاداري في منازعات عقد التوريد

يملك القضاء الاداري بصفة عامة نوعين من الولاية على المنازعات، الاولى منها هي قضاء التعويض اما الثانية فهي قضاء الالغاء.

وعلى ذلك فأن الادعاء امام القضاء الاداري لا يمكن له ان يخرج عن هذين الدعويين، فالخصومة في دعوى الالغاء هي خصومة عينية موجهة ضد القرار الاداري في ذاته مستهدفاً المدعي مشروعية ذلك القرار، الا ان المدعي بالحق في دعاوى عقود التوريد يطلب حقوق شخصية تتعلق بموضوع النزاع مع الإدارة وعليه فتكون من دعاوى التعويض، كما وأن الدعوى الأخيرة تعطي سلطة واسعة للقاضي لكي يتولى تقرير المركز القانوني للمدعي ويحدد مداه ثم يحدد بذلك حقوقه، ويلزم الطرف المدعى عليه برد هذه الحقوق او تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، وهذا بعكس سلطة القاضي وصلاحياته في دعوى الإلغاء والذي يكتفي من خلالها بإلغاء القرار الإداري دون التوسع إلى أبعد من ذلك، فهو لا يملك الحلول محل الادارة في إصدار القرارات الإدارية أو تعديلها.[1]

وتناسباً مع الفرق الحاصل في كلا الدعويين من صلاحية القاضي الإداري وسعة الدعوى، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول منها اختصاص قضاء التعويض بمنازعات عقود التوريد، بينما يهتم الثاني، بقضاء الإلغاء في منازعات عقود التوريد.

---

[1] انظر في ذلك د.محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، ص٢٤ وما بعدها كذلك د.حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص٩٣ وما بعدها.

المطلب الأول

اختصاص قضاء التعويض في منازعات عقود التوريد

يعتبر قضاء التعويض هو القضاء الأصيل في منازعات العقود الإدارية بشكل عام وعقود التوريد الإدارية بشكل خاص، ففي فرنسا ومصر جعل المشرع اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد التوريد بهذا الصدد مطلقاً، ولكن الوضع في العراق جاء مختلفاً فالنزاع هذا يدخل في اختصاص القضاء المدني وذلك اعتماداً على نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل حيث نص على انه ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص)) وحين اوجد قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة محكمة القضاء الإداري ليدخل العراق ضمن قائمة الدول التي تملك قضاء مزدوج إلا ان نص المادة (٧/د) من قانون المجلس المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل لم يمنح تلك المحكمة اختصاص النظر في المنازعات العقود الإدارية بل حصره في أضيق نطاق إلا وهو النظر في القرارات الإدارية، وبذلك تبقى الولاية في نظر منازعات عقود التوريد المتعلقة بالتعويض في مجال القضاء المدني وولايته العامة المشار إليها سابقاً.

هذا وقد نصت المادة الثامنة بفقرتها أولاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ على تشكيل محكمة العقود الحكومية والتي تتكون برئاسة قاض ينسب من مجلس القضاء الاعلى، وهذا ممالاشائبة عليه، الا ان عضوية المحكمة متكونة من موظف لا تقل درجته عن مدير عام وممثل عن اتحاد المقاولين العراقيين، وهذا ما يمثل خلل تشريعي، فكلا العضوين المشار اليهما لا يحملا صفة قاضي، فكيف يمكن لهما ان يكونا أعضاء محكمة، كما ويلاحظ أيضاً ان هذه المحكمة ليست دائمة التشكيل فهي تتكون بقرار من وزير التخطيط بمناسبة وجود نزاع يتعلق بالعقود الحكومية، وفوق كل ذلك يتم استئناف قراراتها امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لمنطقة بغداد/الكرخ[١]، وهذا مما لا علاقة له بالقضاء الاداري الممثل بمجلس شورى الدولة.

وتتخذ منازعات عقود التوريد في نطاق قضاء التعويض صوراً متعددة وذالك بحسب الهدف منها وكالاتي: [٢]

أولاً: دعوى بطلان العقد:

---

[١] المادة (٨/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٢] د.حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص١٠١.

لا يمكن توجيه الدعوى ببطلان العقد في مجال قضاء الإلغاء، وبنفس الوقت لا يمكن لغير المتعاقد أو الشخص الأجنبي عن العقد رفع تلك الدعوى ومن ثم ليس للمتعاقد الذي يريد ان يتوصل إلى إلغاء العقد في تكوينه وبنيته إلا سبيل القضاء الكامل.

ثانياً: دعوى الاستحقاق:

وهي الدعوى التي يستهدف من يقيمها الحصول على مبالغ مالية وذلك أما بصورة ثمن الأصناف في عقد التوريد والتي قام المورد بتوريدها للإدارة أو أجور النقل التي دفعها المورد في حالة تسليم الأصناف للإدارة المتعاقدة والتي تشتمل في كل الأحوال تعويض عن الإضرار التي أصابت المورد من جراء إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

ثالثاً: دعوى إبطال التصرفات الإدارية المخالفة للعقد، وهنا إذا صدر عن الإدارة تصرف يخالف التزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في العقد فيكون للمورد الحق في طلب إبطال تلك التصرفات.

المطلب الثاني
قضاء الإلغاء في منازعات عقود التوريد

بما ان عقد التوريد يتكون من عمليات مركبة، يصدر البعض منها بالإرادة المنفردة للإدارة ويأخذ شكل القرارات الإدارية، والبعض الأخر منها ذات طبيعة ثنائية، لذلك يتصور الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية التي تصدر من قبل الإدارة إثناء مرحلة تكوين العقد، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي وكذلك مجلس الدولة المصري، الطعون التي تقدم ضد هذه القرارات الإدارية، مستنداً في ذلك على فكرة ان العقد الإداري يمثل وحدة قانونية واحدة لا تقبل التجزئة، ويكون بذلك للمتعاقد مع الادارة –أي المورد– ان يطعن بكل تلك القرارات امام القاضي المختص ولا يكون للغير أي الأجنبي عن العقد ان يطعن بالإلغاء بتلك القرارات كونه لا يمثل احد أطراف العقد.[١]

واستناداً إلى ذلك أدى هذا المنهج إلى الإضرار بالغير الذي قد يصيبه الضرر من جراء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، إذ لا سبيل للطعن بهذا العقد أو القرارات الإدارية المتعلقة به، لهذا بات من الضروري ابتداع الحلول القضائية لمواجهة هذه المشكلة، تمثل الحل هنا بنظرية سميت بنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد، ومحتوى هذه النظرية انه يمكن تحليل العملية التعاقدية لفصل القرارات الإدارية الممهدة لها أو المتداخلة في تكوينها وإجازة الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً، إذ ان القرارات المتداخلة في العملية التعاقدية يمكن مواجهتها من الجهة العقدية باعتبارها من مكونات العقد ومن الوجهة الإدارية حيث ان القرارات الإدارية صادرة من سلطة الإدارة الامرة[٢] وبذلك أصبح من الممكن الطعن بإلغاء القرارات الإدارية التي تصدر في مرحلة تكوين العقد وكالأتي:

أولاً: الطعن بالإلغاء في القرارات السابقة على ابرام العقد:

تصدر من الإدارة العديد من القرارات السابقة على إبرام العقد ولكنها حتماً تكون متعلقة به مثل قرار إرساء المناقصة، فهذا القرار يمنح لأصحاب العطاءات المرفوضة أو التي لم يتم قبولها بالطعن به إلغاءاً، كما ويكون ذلك لصاحب العطاء الذي تم قبوله حين ترفض الادارة توقيع العقد معه أو حتى تصديقه بعد قبول عطاءه، ان يطعن بالإلغاء بقرار الإدارة المتمثل بالامتناع.

هذا وقد اشار امر سلطة الائتلاف المرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ في القسم (١/١٢) منه على امكانية الاعتراض من قبل مقدم العطاء الذي تم رفضه والذي يعتقد بأنه ظلم من هذا الاستبعاد، وذلك

---

[١] د.محمد السناري، المصدر السابق، ص٣٦.

[٢] د.عبدالحميد حشيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة والستون، ١٩٧٦، ص٨٣.

أمام محكمة العقود الحكومية التي تشكلت فيما بعد بموجب التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ ذات العلاقة بالعقود الحكومية ويكون هذا الطعن قابل للاستئناف أيضاً أمام المحكمة المختصة.

ثانياً: شروط الطعن بالالغاء في مرحلة تكوين العقد.

يطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري شأنها في ذلك شأن جميع القرارات الإدارية بشكل عام، فأن إصابة القرار الإداري بعيب من عيوب عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري تجيز الطعن بالإلغاء، وتشمل تلك العيوب عيب الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة، وهي العيوب التي تتعلق بأركان القرار الإداري[١]، ولهذا يجب ان تتوافر الشروط المحددة لقبول الطعن بإلغاء القرارات الصادرة في مرحلة تكوين العقد وتتمثل تلك الشروط بالأتي:

١. ان يكون التصرف او العمل المطعون به عملاً أدارياً ينطبق عليه وصف القرار الإداري فيكون صادراً من جهة إدارية، ويكون نهائياً وتنفيذياً أي ان يصدر من جهة إدارية تملك إصداره دون حاجة الى تصديقه من سلطة أعلى منها، أما تنفيذياً فتعني ان لا يكون من قبيل الأعمال التحضيرية كالمقترحات والاستشارات والتقارير.
٢. ان يكون القرار المطعون به معيباً بأحد عيوب عدم المشروعية وهي مخالفة الاختصاص أو مخالفة الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو إساءة استعمال السلطة.

ثالثاً: الآثار المترتبة على الإلغاء للقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد:

ان إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقد التوريد يمكن أن يؤدي إلى بطلان ما ترتب على تلك القرارات من نتائج وذلك طبقاً للقاعدة العامة التي تقول (ان ما بني على الباطل فهو باطل).

إلا اننا نجد ان العقد يجب ان يبقى سارياً حتى يتمسك أحد أطراف العقد بهذا البطلان، أي ان القاضي الذي يصدر حكم الإلغاء بالقرار الإداري المنفصل عن العقد الاداري لا يمكن له في نفس الوقت ان يحكم بإلغاء عقد التوريد نفسه بصفته نتيجة مترتبة على ذلك القرار الباطل، فالعقد –أي عقد التوريد بشكل خاص والعقد الإداري بشكل عام– اذا تمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالغاء القرار الإداري أمام القاضي المختص بالعقد والذي يكون هو صاحب الاختصاص في إصدار الحكم بأبطال العقد بدعوى منفصلة عن دعوى الإلغاء الموجهة ضد القرار الإداري والتي يمكن ان توجه من أطراف العقد أو من الغير بشكل عام، إلا ان أبطال العقد لا يمكن ان يوجه الا من أحد أطرافه متمسكاً بحكم الإلغاء الصادر بحق القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد.

واذا كان الحكم الصادر بأبطال عقد التوريد مستنداً الى حكم الإلغاء بحق القرار الذي شابه عيب من عيوب مشروعية القرار الإداري، فالقاضي يبحث هنا في بيان اثر ذلك العيب على العملية التعاقدية،

---

[١] د.حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٠١.

فبطلان ذلك القرار الإداري يمكن له ان يعيب ما بني عليه من أثار قانونية أي تلك الأعمال التي ترتب عليه وجاءت لاحقة لصدوره، ولكن لا يشمل الأبطال القرارات السابقة لصدوره والمتصلة به فالأخيرة تبقى صحيحة ونافذة. وإذا كان القرار الصادر بالإلغاء شاملاً لقرار أداري سابق لتنفيذ العقد فالحكم يكون واضح بشأنه فمادام الامر في مرحلة تكوين العقد فالإبطال يمكن تدارك آثاره، الا ان الأمر يكون على درجة من الصعوبة حين يتعلق بقرار اداري متزامن مع تنفيذ العقد وانتاج آثاره، فالقرار الاداري القابل للانفصال عن العقد اذا ما تم إلغاءه ما هو مصير العقد؟

للإجابة على هذا السؤال يرى جانب من الفقه ان العقد اذا تم تنفيذه فلا يكون هناك مجال لوجود قرارات ادارية قابلة للانفصال عنه، الا ان هذا يرد عليه من جهة فقهية أخرى بالقول، ان هذا القرار الإداري صادر من سلطة عامة شأنه في ذلك شأن أي من القرارات الإدارية الاخرى.[1]

ونرى ان حكم الإلغاء الصادر بحق القرار الإداري المقترن بتنفيذ العقد، لا يمكن له ان يبطل عقد التوريد الساري آثاره، إلا اذا تمسك أحد أطرافه بهذا البطلان وأقام الدعوى بذلك كونه هو صاحب المصلحة، فلا يباح ذلك لعموم الأفراد، بل يبقى الأمر مقتصر على المورد أو على الإدارة.

---

[1] د.محمد السناري، المصدر السابق، ص٨٩.

المبحث الثاني

التحكيم في منازعات عقد التوريد

عقد التوريد شأنه في ذلك شأن العقود الإدارية الأخرى، يمكن اللجوء الى وسيلة التحكيم الاختياري وحتى الإجباري كوسيلة لحسم المنازعات التي يمكن ان تنشأ منه وتعتبر طريقة التحكيم من الوسائل التي تعود على كلٍ من الإدارة والمورد بالفائدة، ففي كثير من الأحيان يتضمن عقد التوريد معلومات سرية وخصوصاً عقود التوريد المتعلقة بالدوائر الامنية والجهات العسكرية، فللحفاظ على تلك السرية والمعلومات ذات العلاقة بالمواد الموردة يفضل عدم اللجوء الى القضاء الذي سيعتمد العلانية في مرافعاته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ان المسلك القضائي بالإضافة الى ما يكلفه للطرفين من نفقات مالية ورسوم قضائية، فهو يحتاج كذلك الى مدة زمنية طويلة من اجل أتمام إجراءاته وصدور الإحكام ودخولها مرحلة البتات وقابلية تنفيذها.

ولهذا ومن أجل الحفاظ على السرية بشأن عقود التوريد وكذلك اختصاراً للوقت والإجراءات الطويلة، كان الاعتماد على وسيلة التحكيم لحسم منازعات عقود التوريد وسيلة تستدعي الاهتمام والتوضيح لمفومهه أولاً ومن ثم بيان الإجراءات الواجب اعتمادها اذا ما اتبعنا هذه الوسيلة وهذا ما سنفصله في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

يقصد بالتحكيم لغتاً، هو طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، أما في التعريف الاصطلاحي فيعرف بأنه اتفاق بين أطراف العلاقة القانونية على ان يتم الفصل في النزاع الحاصل بينهم او النزاع الذي يمكن ان يحصل مستقبلاً من قبل جهة معينة تكون أحكامها ملزمة لجميع الإطراف.

ويعتمد المشرع العراقي وسيلة التحكيم حين نص عليها في قانون المرافعات المدنية بالقول ((يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)).[١]

والملاحظ من النص أعلاه ان المشرع العراقي أجاز التحكيم لحسم منازعات العقد بصفة عامة، الا انه جعل ذلك لاختيار الطرفين واتفاقهم ومن ثم يكون المشرع العراقي قد لجأ الى التحكيم الاختياري بموجب النص المذكور.

فهنا التحكيم الاختياري الذي يترك أمر الأخذ به لارادة الطرفين واتفاقهم وأيضاً التحكيم الإجباري الذي يفرضه القانون وبنص المشرع على الطرفين، هذا بالإضافة الى التحكيم الوطني، الذي يكون جميع إطرافه من دولة واحدة والتحكيم الدولي الذي يتعلق بعملية تعاقدية تحتوي عناصر أجنبية وأخرى وطنية يتفق كلاهما على الأخذ بتحكيم جهة محددة.[٢]

وفي كل تلك الإشكال المذكورة أعلاه يمكن ان يعتمد المحكمين على العدالة والإنصاف في أعطاء الحلول فيكون التحكيم مطلقاً، او يعتمد المحكمين على نصوص شرعية واجب الأخذ بها فيكون التحكيم مقيداً.[٣]

أما الطبيعة القانونية للتحكيم، فيتنازع في ذلك أمرين الأول قضائي والثاني تعاقدي، أما عن القضائي فيعتمد على المحكم فيكون بمثابة قاض لموضوع النزاع فيكون رأيه ملزم مثلما رأي القاضي الذي يفصل في الدعوى خصوصاً وأن طرفي النزاع قد اتفقا على الأخذ برأيه واعتماده واعتباره ملزماً لهما.

---

[١] المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

[٢] أخذ قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٢٧) منه بالتحكيم الدولي في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود المتعلقة بهذا القانون.

[٣] أنظر للتفصيل في أنواع التحكيم:

- د.محمد عبدالمجيد، عقود الاشغال الدولية، ٢٠٠٣، ص٣٧٢.
- د.منير عبدالمجيد، الاسس العامة للتحكيم، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٤٤.

أما عن اعتبار مصدر الإلزام للقرار ألتحكيمي، مشابه للعقد، فيعتمد ذلك على اعتبار ان الطرفين عندما اتفقا على الأخذ بالرأي ألتحكيمي والالتزام به، فأن ذلك يمثل تعاقداً بين الطرفين يكون ملزماً لهما.[١]

ونرى التفسير للطبيعة القانونية يكمن في المسلك القضائي خصوصاً وأن المحكمين مع انها لا يحملون صفة قاضي ولا يعتمد أسلوب التحكيم أسلوب المرافعات والإجراءات التي يعتمدها القضاء، ولكن القانون قد يحدد التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية ويكون لزاماً على الطرفين الأخذ بهذه الوسيلة برضاهما أم جبراً عنهم، فيكون القرار التحكيمي كالقرار القضائي من حيث الزاميته.

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم في منازعات عقد التوريد

تكون ولاية الفصل في منازعات العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر معقودة لمجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، واللذان يمثلان القضاء الإداري في كلتا الدولتين، اما في العراق فقد اخرج المشرع من اختصاص القضاء الإداري منازعات العقود الإدارية وإدخالها في مجال القضاء المدني.[٢]

وقد اهتمت المادة (٢٦) من قانون المرافعات العراقي بالنص على إجراءات التحكيم، حيث تتمثل تلك الإجراءات بمرحلتين أساسيتين:

المرحلة الاولى: المرافقة الصريحة من الوزير المختص او من يخوله:

فمن الضروري موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة على اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية فاللجوء الى التحكيم يحتاج الى ذلك التفويض لاعتماد التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات، ولعل السبب في ذلك يرجع الى أنه بمقتضى ذلك التفويض تكتمل الارادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في إبرام الاتفاق على التحكيم واذا كانت تلك الولاية معقودة للوزير فبلا شك أنها كذلك لمن يمارس اختصاصه، الا وهم الرؤساء الإداريين للهيئات غير المرتبطة بوزارة على سبيل المثال، والتي تكون لها اختصاصات مشابهه لاختصاصات الوزير.[٣]

---

[١] د.محمد ماجد محمود، العقد الاداري وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة (٣٥)، العدد الثاني لسنة ١٩٩٣، ص١٢٦.

[٢] وذلك وفقاً للمادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

[١] ميلاد سيدهم، جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة هيئة قضايا الحكومة، السنة السابعة والاربعون، العدد الرابع، ٢٠٠٣، ص٨.

المرحلة الثانية: الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم.

تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين على تشكيلتها، وقد تكون مكونة من محكم واحد أو أكثر، ويجب أن يكون في جميع الأحوال عددها وتراً والا بطل التحكيم، وقد يتعذر اتفاق الطرفين على عدد المحكمين فيكون العدد والحال هذه ثلاثة، يختار كل طرف من الأطراف محكماً، فالإدارة تختار واحداً والمورد كذلك، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث.[١]

وبعد اجتماع المحكمين الذين تحددت أسمائهم يتولون إصدار الحكم بعد المناقشات والاستماع الى طرفي النزاع ومن ثم إصدار الحكم مسبباً، ويكون هذا الحكم ملزماً لجميع الأطراف ويحوز الحجية المطلقة كما في الحكم القضائي الا أن للمحكمين استقلالية في اعتماد القواعد الموضوعية لحسم النزاع المعروض، كما وأن المشرع العراقي لم يشترط تصديق المحكمة على قرار المحكمين والذي يتطلبه المشرع المصري، ويحاول المشرع العراقي برأينا من ذلك اعتماد استقلالية إقرار المحكمين عن الأحكام القضائية، الا أننا نجد ذلك غير محمود، فمع الأخذ بعين الاعتبار تحقيق استقلالية لهيئة المحكمين في إصدار قرارها الا ان هذا لا يمنع من تحقيق لرقابة القضاء على التحكيم وذلك من خلال المراجعة للأحكام التي يصدرها المحكمين وهذا قبل إصدار الأمر القضائي بتنفيذها فالأمر لا يخلو من المساعدة التي يجب ان تنشأ بين القضاء وهيئة التحكيم والذي بلا شك يمكن ان يكون اداة لتقويم عمل هيئة التحكيم ومراقبة للمنازعات والاختلافات التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين بشأن اختيار المحكمين أو حتى عزلهم، وهذا ما اعتمدته الكثير من التشريعات المقارنة[٢].

الا ان الوضع المشار اليه قد تم تعديله بموجب أمر سلطة الائتلاف المرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ حيث نص في القسم (٢/١٢/ث/سابعاً/ح) على طريقة التحكيم الاختياري والذي اسماه طريقة التسوية البديلة للنزاع والتي تعتمد على اتفاق الطرفين، فهذه الجملة تدل بوضوح الى التحكيم الاختياري بين اطراف النزاع، وبما ان الامر المذكور لم ينص على اجراءات ذلك التحكيم فيبقى الامر معتمداً على تلك الاجراءات التي نصت عليها المادة (٢٦) من قانون المرافعات المدنية.

الخاتمــة

ان النظر في منازعات عقد التوريد بشكل خاص، والعقود الإدارية بشكل عام، في العراق يحتاج الى إعادة النظر من جانب المشرع وذلك مسائل عدة ولعل من أهمها:-

---

[٢] د.هدى محمد مجدي، دور المحاكم في خصوصية التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص١٧٤.

[٣] مثال ذلك المرسوم الفرنسي رقم (٣٥٤) بتاريخ ١٩٨٠/٥/٤، والقانون المصري للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

١. تكون الولاية العامة للقضاء العادي في منازعات العقود الإدارية وذلك من حيث النظر في دعاوى التعويض عن الإضرار التي تصيب أحد الأطراف أما بسبب أجنبي او قوة قاهرة أو بسبب الطرف الأخر، فتنظر محكمة البداءة في هذه الدعوى وهذا مما يخالف منهج الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، فما دام المشرع العراقي قد أنشاء محكمة للقضاء الإداري بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، فيجب والحال هذه أن تكون الولاية في نظر منازعات العقود الادارية معقودة لمحكمة القضاء الإداري، وهذا ما سار عليه كل من فرنسا ومصر، ومما يحتاج المشرع العراقي الى إعادة النظر وإدخال العقود الإدارية في اختصاص القضاء الإداري. فلا يمكن بأي حال من الاحوال ان نقتنع بمحكمة العقود الحكومية التي نصت عليها التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧، بوصفها حل صحيح وجذري لمشكلة حسم منازعات العقد الاداري، لا من حيث تشكيلها المعيب ولا من ناحية الجهة التي حددها المشرع للطعن في احكامها، فلا بد ان تتشكل من عناصر قضائية من جهة القضاء الاداري، وتكون احكامها قابلة للطعن بها امام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة وهذا ما يحتاج الى التفاتة جديدة من جانب المشرع العراقي.

٢. ومع أن لمحكمة القضاء الإداري في العراق الاختصاص بنظر الطعون في القرارات الإدارية الصادرة من دوائر الدولة والقطاع العام، الا أن القرارات الإدارية التي يمكن أن تلغى والمقترنة بعقود التوريد، لا يمكن لها أن تبطل العقد الا اذا تمسك أطرافه، فالقرار الصادر بالإلغاء لا يهدم كل ما بنى على ذلك العقد، وهذا يحقق ازدواجية في القضاء الذي ينظر في مركز قانون واحد إلا وهو عقد التوريد.

٣. ان الأخذ بالتحكيم في منازعات عقود التوريد أمراً أجازه القانون كوسيلة لحسم منازعات عقد التوريد، الا ان تنظيم أمر التحكيم جاء قاصراً بما تعلق بهذا العقد، وذلك من حيث اعتماده على مواد قانون المرافعات المدنية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، جعل للمحكمين الحرية في اختيار قواعد الفصل في المنازعات.

والحقيقة أن كلا الجانبين منتقد، فموضوع التحكيم في منازعات عقود التوريد والعقود الإدارية بشكل عام يحتاج الى خصوصية تميزه عن القواعد الحديثة وذلك من خلال إصدار تشريع خاص بالتحكيم يتعلق بمنازعات العقود الإدارية.

كما يجب أن يعتمد القرار ألتحكيمي على مصادقة المحكمة المختصة والتي يفضل ان تكون محكمة القضاء الإداري بدلاً من المحاكم المدنية، وذلك للاطلاع من جانب المحكمة المختصة على ما جرى خلال مراحل التحكيم والقواعد المتبعة به مع الأذن ببدأ إجراءات التنفيذ التي لا يمكن لها أن تبدأ الا بموافقة المحكمة المختصة.

وعلى كل ذلك لا يمكن لنا ان نقتنع لحسم للمنازعات الإدارية وخصوصاً لمنازعات عقود التوريد الا بعد حصر اختصاص النظر بتلك المنازعات لمحكمة القضاء الإداري، والاهتمام بموضوع التحكيم في

تلك المنازعات من خلال قانون مستقل بإجراءاته ونصوصه عن تلك التي وضعها قانون المرافعات آملين من مشرعنا العراقي الالتفات الى هذا النقص التشريعي، وادراك ان تدخله المتمثل بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية كان غير صحيح ومعيب.

المصـادر

١. د.جابر نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
٢. د.حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقود الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٢
٣. د.حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٨.
٤. د.سليمان محمد الطماري، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤.
٥. د.عبدالحميد حشيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة والستون، ١٩٧٦.
٦. د.عزيز الشريف، دراسات في العقود الإدارية، ١٩٨٠.
٧. د.عصام عبدالوهاب البرزنجي وآخرون، القانون الإداري، بغداد، ١٩٩٣.
٨. د.محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية.
٩. د.محمد عبدالمجيد، عقود الأشغال الدولية، ٢٠٠٣.
١٠. د.محمد سعيد حسين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩.
١١. د.محمد ماجد محمود، العقود الإدارية وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة والثلاثون، العدد الثاني، ١٩٩٣.
١٢. د.منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٣. ميلاد سيدهم، جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة هيئة قضايا الحكومة، السنة السابعة والأربعون، العدد الرابع، ٢٠٠٣.
١٤. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.
١٥. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
١٦. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.
١٧. المرسوم الفرنسي المرقم (٣٥٤) في ١٩٨٠/٥/٤.
١٨. أمر سلطة الائتلاف المؤقته المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
١٩. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧.