جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون

دور القضاء في التحكيم بمنازعات العقود الإدارية
(دراسة مقارنة)

اطروحة تقدم بها الطالب

حسين محمد مكطوف

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

بإشراف

الاستاذ المساعد الدكتور

سليم نعيم خضير الخفاجي

١٤٤٢ ٢٠٢١

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا }

{النساء/٦٥}

الإهداء.....

الى شمسي... بكل ما فيها من دفء...

أيام الشتاء..

الى قمري... نورٌ يهدي التائهين..

في الدروب العمياء...

الى ظلي... ما فارقني يوماً...

يرقبني في صبحٍ ومساء...

الى المعطاءة الكريمة...

الى الجزيلة في العطاء...

الى التي أخذتها الأقدار مني...

بلا مقدمات ..بلا وداع..

الى أمي.... ومن غيرها..

بكت عليها...

حتى طيور السماء...

إليك يا نور عيني..

ويا معشوقتي الأبدية

اهدي ثواب هذه العمل...

لعلي افلح بالإهداء...

حسين الأسدي

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه الميامين وبعد...

يطيب لي وانا انتهي من كتابة هذه الاطروحة ان اتوجه بخالص شكري وتقديري إلى أُستاذي الفاضل الدكتور (سليم نعيم خضير الخفاجي) لتفضله مشكوراً بالإشراف على هذه الاطروحة، ولكل ما قدمه من توجيهات وارشادات والتي كان لها الاثر البالغ في ظهور اطروحتي بشكلها النهائي . فجزاه الله خير جزاء المحسنين وانعم عليه بما يتمناه.

كما يطيب لي ان أتقدّم بوافر الشكر والامتنان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم مشكورين بقبول مناقشة رسالتي ولكل ما سيقدمونه من ملاحظات وتوجيهات التي ستصب حتماً في مصلحة البحث.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى منتسبي كلية القانون جامعة البصرة كافة، وإلى العاملين في مكتبات معهد العلمين للدراسات العليا والروضة الحيدرية، وإلى موظفيّ مكتبة كلية القانون في جامعة البصرة، وإلى منتسبي مكتبات كليات القانون والمكتبات المركزية في الجامعات العراقية.

وشكري مع اعتذاري لكل من ساعدني لإنجاز هذا البحث ولم يسعني ذكر اسمه وهم كثير فجزاهم الله خيرا.

الباحث

الفهرست

المقدمة			١-٣
الباب الاول	الإجراءات السابقة على صدور القرار التحكيمي في منازعات العقود الادارية		٤-٩٨
الفصل الأول	الرقابة القضائية السابقة على صدور القرار التحكيمي في منازعات العقود الادارية		٥-٦٣
	المبحث الأول	ماهية اتفاق التحكيم والرقابة القضائية عليه	٦-٤٣
		المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعة الدفع به أمام قضاء الدولة	٧-٢٧
		الفرع الاول: الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية	
		الفرع الثاني: طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم	
		المطلب الثاني: الرقابة القضائية على وجود اتفاق التحكيم وصحته	٢٨-٤٣
		الفرع الاول: وجود اتفاق التحكيم	
		الفرع الثاني: صحة اتفاق التحكيم	
	المبحث الثاني	مظاهر الرقابة القضائية على التحكيم في العقود الإدارية	٤٣-٦٣
		المطلب الأول: دور قضاء الدولة في تشكيل هيئة التحكيم	٤٣-٥٣
		الفرع الاول: تحديد المحكمة المختصة بتعيين المحكمين وحدود تدخلها	
		الفرع الثاني: أسباب تدخل القضاء في تعيين هيئة التحكيم وأشكاله	
		المطلب الثاني: دور القضاء في رد المحكم	٥٣-٦٣
		الفرع الاول: أسباب رد المحكم	
		الفرع الثاني: إجراءات رد المحكم	
الفصل الثاني	الرقابة القضائية اثناء التحكيم في منازعات العقود الادارية		٦٤-٩٨

	المبحث الاول	دور القضاء في اتخاذ التدابير والإجراءات الوقتية والتحفظية		٦٥-٨٣
		المطلب الاول	موقف الفقه والقضاء من تحديد الجهة المختصة باتخاذ تدابير الوقتية والتحفظية عند وجود اتفاق تحكيم	٦٦-٧٥
		الفرع الاول	موقف الفقه من تحديد الجهة المختصة باتخاذ تدابير الوقتية والتحفظية عند وجود اتفاق تحكيم	
		الفرع الثاني	موقف القضاء من تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية عند وجود اتفاق التحكيم	
		المطلب الثاني	موقف التشريعات من مسألة تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير والوقتية والتحفظية	٧٦-٨٣
		الفرع الاول	موقف التشريع الفرنسي والمصري	
		الفرع الثاني	موقف التشريع اللبناني والعراقي	
	المبحث الثاني	دور القضاء في تكملة سلطة المحكم		٨٣-٩٨
		المطلب الاول	سلطة القضاء في اجراءات الأثبات	٨٣-٨٦
		الفرع الاول	إستدعاء الشهود	
		الفرع الثاني	الإنابة القضائية	
		المطلب الثاني	دور القضاء في الفصل بالمسائل الأولية	٨٦-٩٨
		الفرع الاول	سلطة المحكم بالفصل في المسائل الأولية التي تنصب على القرارات الادارية	
		الفرع الثاني	إدعاء التزوير	
الباب الثاني	الإجراءات اللاحقة بعد صدور القرار التحكيمي في منازعات العقود الادارية			٩٩-١٧٦
الفصل الاول	الرقابة القضائية من خلال الطعن في الحكم التحكيمي الصادر في منازعات العقود الاداري			١٠١-١٤٢

	المبحث الاول	دور القضاء في مراجعة القرار التحكيمي عن طريق الطعن بالبطلان		١٠١-١٢٠
		المطلب الاول	الطعن بالبطلان في حكم التحكيم	١٠٢-١١٠
		الفرع الاول	الاتجاه الموسع للرقابة على القرار التحكيمي	
		الفرع الثاني	الاتجاه المخفف للرقابة على القرار التحكيمي	
		المطلب الثاني	حالات دعوى بطلان حكم التحكيم	١١٠-١٢٠
		الفرع الاول	حالات البطلان التي تتعلق بمشاكل اتفاق التحكيم	
		الفرع الثاني	بطلان حكم التحكيم لعدم احترام المحكم إرادة الأطراف	
	المبحث الثاني	حدود رقابة قضاء الدولة على أحكام التحكيم المطعون بها		١٢١-١٤٢
		المطلب الأول	المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم	١٢١-١٣٤
		الفرع الاول	المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم الاداري الدولي	
		الفرع الثاني	المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم الداخلي	
		المطلب الثاني	حدود سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم	١٣٤-١٤٢
		الفرع الاول	حدود سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان	
		الفرع الثاني	الطعن على الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم	
الفصل الثاني	الرقابة القضائية من خلال تنفيذ حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية			١٤٣-١٧٦
	المبحث الاول	حصول القرار التحكيمي على الصيغة التنفيذية		١٤٤-١٦٨
		المطلب الاول	أسباب رقابة القضاء على التنفيذ وحجية حكم	١٤٤-١٥٩

			التحكيم	
		الفرع الاول	أسباب رقابة القضاء على تنفيذ حكم التحكيم	
		الفرع الثاني	حجية حكم التحكيم واجراءات تنفيذه	
	المطلب الثاني		حدود الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم	١٥٩-١٦٨
		الفرع الاول	الجهة المختصة باصدار امر تنفيذ حكم التحكيم	
		الفرع الثاني	مدى سلطة القاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ	
	المبحث الثاني		الطعن بالقرار الصادر في الصيغة التنفيذية إصدر الأمر برفض تنفيذ حكم التحكيم	١٦٩-١٧٦
		المطلب الاول	إصدر الأمر برفض تنفيذ حكم التحكيم	١٦٩-١٧٣
		الفرع الاول	مدى جواز الطعن برفض إعطاء المحكمة الصيغة التنفيذية	
		الفرع الثاني	إصدر الأمر برفض تنفيذ حكم التحكيم	
		المطلب الثاني	إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم	١٧٣-١٧٦
		الفرع الاول	مدى جواز الطعن باعطاء المحكمة الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم	
		الفرع الثاني	المدة والمحكمة المختصة بالطعن	
الخاتمة				١٧٧-١٨٢
المراجع				١٨٣-٢١٤

المقـــدمـــة

لقد أضحى التحكيم الوسيلة الأساسية لحسم سائر منازعات العقود الدولية، إذ يكاد لا يستثنى عقداً من العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة إلا ويتضمن اللجوء الى التحكيم كبديل عن القضاء الوطني، بل أصبح شرط التحكيم أحد الشروط الرئيسية التي يضمنها المتعاقد الأجنبي في العقد لغرض إتمام التعاقد مع الدولة، تحت طائلة عدم الإستثمار.

بالنظر للمزايا التي يتمتع بها التحكيم بخلاف القضاء الوطني، منها السرعة في إجراءاته والسرية وخبرة المحكمين في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، الأمر الذي يساعد في تهيئة مناخ صالح للإستثمار، وجذب رؤوس الأموال المستثمرة، كل ذلك جعل من التحكيم ليكون النظام القضائي البديل لحسم منازعات العقود الإدارية، الأمر الذي جعل الدول المختلفة تضمنه في قوانينها الداخلية، مع بعض الاختلاف في معالجته، فقد أجاز المشرع الفرنسي لأشخاص القانون العام اللجوء الى التحكيم لحسم بعض منازعاتها، وذلك استثناءً من الأصل العام الذي أوردته المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي والتي حظرت على الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء للتحكيم لفض المنازعات التي تكون طرفاً فيها، في حين أجاز المشرع المصري وبشكل صريح تسوية منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم، بموجب قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل، وهو ذات المسلك الذي انتهجه المشرع اللبناني بموجب قانون رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢ والذي بموجبه اجاز التحكيم في العقود الإدارية وبشكل صريح، وكذا الأمر بالنسبة للمشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية.

ولكن هل انتهت المسألة بإجازة المشرع للتحكيم في منازعات العقد الاداري؟

الاجابة على ذلك حتماً عند القضاء، والذي نقصد به هنا القضاء الاداري، فهو مطلوب منه أن يلعب دوره في الرقابة على آلية التحكيم في العقود الادارية وأن يفرض ويمد اختصاصه حتى عند عدم وجود نص، لأنه قضاء انشائي مهمته الاجتهاد والقياس عند عدم وجود نص يحدد نطاق اختصاصه.

اهمية الدراسة

ان التحكيم والقضاء يسعى كلاهما لإصدار حكم توافرت له عناصر الصحة بما يكفل تنفيذه، ومن هنا تبدو أهمية الرقابة القضائية على التحكيم عبر مراحلة المختلفة منذ بدء إجراءاته عبر تقديم العون والمساعدة لهيئة التحكيم، مروراً بالفصل في خصومة التحكيم، وانتهاءً بتنفيذ الحكم الصادر فيها، بغية تأكيد وجوده وفاعليته، ووصولاً بخصومة التحكيم إلى منتهاها.

فالقضاء يلعب دور مساعد ومؤازر للتحكيم دون المساس بدوره، كجواز اللجوء الى قضاء الدولة لتشكيل هيئة التحكيم في حالة تعذر الاطراف تشكيلها أو وجود مانع يمنع القيام بذلك، وكذلك دور القضاء في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية إن دعت الحاجة لذلك. وفي نفس الوقت هناك رقابة وإشراف من قبل القضاء على اجراءات وقرارات التحكيم والمتمثلة بالطعن والتنفيذ على أحكام التحكيم، إذ يضطلع القاضي الوطني المختص وهو في سبيل الأمر بتنفيذ حكم التحكيم بمراقبة الحكم للتأكد من الشروط التي يتطلبها المشرع الوطني.

اشكالية الدراسة

لقد اقتصر مسلك تشريعات الدول المقارنة محل الدراسة على موضوع تقرير مشروعية التحكيم في العقود الادارية دون وضع تنظيم قانوني متكامل له، إذ لم تتطرق هذه التشريعات إلى العوائق الإجرائية والموضوعية التي تعترض التطبيق العملي للتحكيم في منازعات العقود الادارية، الأمر الذي يؤدي إلى خلق نوع من اللأمن القضائي، فالمتقاضي لا يعلم مسبقاً أي قاضي يجب التوجه إليه إذا كان أمام نزاع نشأ بسبب عقد اداري هل هو القاضي الاداري أم القاضي العادي؟ إذ أن عدم تحديد الجهة القضائية المختصة بمراقبة الحكم التحكيمي الصادر في نزاع اداري من شأنه إيقاع القاضي في جريمة إنكار العدالة أو تجاوز الاختصاص.

وإذا كان للقضاء دور يلعبه في التحكيم لتحقيق فاعليته فما هو هذا الدور؟ هل هو دور يغلب عليه طابع المساعدة والمعاونة أم الرقابة؟ أم الاثنين معاً؟ وما نوع هذه الرقابة شكلية أم موضوعية؟ وما هو مدى رقابة القضاء على التحكيم سواء في الإجراءات السابقة على صدور

الحكم التحكيمي، أو بعد صدوره، وسواء أكان ذلك بمناسبة الطعن على التحكيم بالبطلان أم لدى استصدار الأمر بتنفيذه من القاضي المختص، وإذا كان هذا التساؤل والإجابة عليه أمرين ملحين في مجال التحكيم التجاري الدولي أو في مجال عقود القانون الخاص عموماً، فإنهما يبدوان أكثر إلحاحاً في مجال التحكيم في منازعات العقود الادارية نظراً لما تخضع له تلك العقود من قواعد مغايرة لتلك المتعارف عليها في مجال القانون الخاص.

ولا ريب أن التسليم بتلك الرقابة وبيان مداها على نحو دقيق من شأنه أن يسهم في طمأنة تلك الاعتراضات والتخوفات من امتداد التحكيم لمجال العقود الادارية.

منهجية الدراسة

من أجل التطرق لتفاصيل هذه الدراسة، وزيادة في الدقة والفائدة، فقد ارتأينا اعتماد المنهج المقارن حيث تم الاعتماد عليه في مضاهاة موقف التشريعات المختلفة التي اخترناها لتكون محور دراستنا والمتمثلة بفرنسا ومصر ولبنان والعراق، كذلك سنتطرق الى ما انتهى اليه القضاء الاداري الوطني والمقارن، فضلاً عن بيان ما تبناه الفقه الاداري، مع التطرق الى الأحكام القضائية بشأن موضوع الدراسة.

بذلك تكون خطة البحث على النحو التالي:

الباب الأول: الإجراءات السابقة على صدور القرار التحكيمي في منازعات العقود الادارية.

الفصل الأول: الرقابة القضائية السابقة على صدور القرار التحكيمي في منازعات العقود الادارية

الفصل الثاني: الرقابة القضائية أثناء التحكيم في منازعات العقود الادارية.

الباب الثاني: الإجراءات اللاحقة بعد صدور القرار التحكيمي في منازعات العقود الادارية.

الفصل الأول: الرقابة القضائية من خلال الطعن في الحكم التحكيمي الصادر في منازعات العقود الادارية.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية من خلال تنفيذ حكم التحكيم في منازعات العقود الادارية.

الخاتمة