التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية

عدنان ظاهر علي أ.م.د.عمار طارق عبد العزيز
كلية الحقوق /جامعة النهرين

الملخص

يُعدُ التحكيم وسيلة من وسائل الفصل في المنازعات وهذا النظام شأنه شأن كافة الأنظمة القانونية مر بمراحل مختلفة من التطور بحسب تطور المجتمعات التي ظهر فيها ، ففي بدايته كان يعد وسيلة للفصل في المنازعات الجنائية في المجتمعات القديمة ، وذلك لغلبة السلطة القبلية والعشائرية على تلك المجتمعات وغياب دور الدولة بسلطاتها المعروفة لعدم وجود تنظيم سياسي واجتماعي واقتصادي لتلك المجتمعات ، ومع تطور المجتمعات وتقدمها وظهور التنظيمات السياسية ، والاجتماعية ، والاقتصادية ، وما تبعه من ظهور الدول بشكلها الحالي وتركيز السلطة المركزية فيها ، وبسط سيطرتها على أقاليمها وتعدد السلطات فيها ، أصبح القضاء هو الطريق الطبيعي للفصل في المنازعات التي تقع بين الأفراد وإقرار العدالة في المجتمع .

ونتيجة لتطور الحياة الاقتصادية لاسيما في بداية القرن التاسع عشر وازدهار التجارة الدولية ، والتغيير الذي حصل في أنماط العلاقات التجارية ، والتقدم الكبير الذي طرأ على المجتمع الدولي نتيجة الثورة الصناعية التي أسهمت إسهاما كبيرا في زيادة العلاقات التجارية والصناعية بين الدول ، وتشابك هذه العلاقات وتعقدها ، برزت أهمية التحكيم كوسيلة مثلى لفض المنازعات في ميدان التجارة الدولية والتي تنطوي على عنصر أجنبي سواء ما يتعلق بأشخاصها أو موضوعها لعدم وجود قضاء دولي وعدم رغبة الأطراف في عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني ، إذ أصبحت العقود النموذجية وسندات الشحن وإيجار السفن وعقود المقاولات والأشغال الكبرى وعقود الإنشاء لا تخلو من شرط التحكيم في أغلب الأحوال .

ثم اصبح التحكيم من اهم وسائل فض المنازعات على المستوى الوطني ،لكن الخلاف ظهر بالنسبة للمنازعات الادارية لا سيما غير العقدية منها ،لكن ومن خلال البحث في طبيعة هذه المنازعات تبين وجود جانب كبير منها يمكن ان تسري عليه قواعد التحكيم لاسيما منازعات القضاء الكامل .

Arbitration in administrative disputes is Streptococcus

Abstract

The arbitration consider one of the means of adjudicating disputes and this system like all legal systems over the different stages of development, according to the development of societies that appeared to show, in the beginning was considered a way to separate the criminal disputes in ancient societies, to the predominance of tribal and clan power over those communities and the absence of role of authorities due to the lack of political organization, social and economic of those communities, and with the development and progress of societies and the emergence of political organizations, social, economic, and the subsequent emergence of countries in its current form and concentration of Central power in them, and the extension of its control over the territories and the multiplicity of authorities, the judiciary became the normal way to separate in conflicts that take place between individuals in society and justice to be served.

As a result of the development of economic life, especially in the beginning of the nineteenth century and prosperity of international trade, and the change that took place in the patterns of trade relations, and the substantial progress that has taken place on the international community as a result of the Industrial Revolution, which contributed significantly to the increase of commercial and industrial relations between the countries, and the complexity of these relationships the importance of arbitration as an ideal way to settle disputes in the field of international trade had been emerged, which involves a foreign element, whether they relate people or subject due to the lack of an international judiciary and the unwillingness of the parties in the presentation of these disputes on the national judiciary, as model contracts become bills of lading and rent ships and contracts Contracting major works and construction contracts not devoid of the arbitration clause in most cases.

Then the arbitration became one of the most important means of resolving disputes at the national level, but the dispute appeared for the administrative disputes, particularly non Streptococcus them, but it is through research into the nature of these conflicts show a large part of which can be subject to the rules of arbitration, particularly disputes complete judgment

المقدمة

إن الخلاف الفقهي والقضائي الذي ثار بصدد مدى إمكانية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وإختلاف التشريعات المقارنة في إجازته كطريق لفض الخصومات ، يلجأ إليه الإفراد بإرادتهم بدلا من اللجوء الى قضاء الدولة الرسمي ، لا يمثل نهاية المطاف فيما يتعلق بمدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية ، وعلى الرغم من أن العقود الإدارية تمثل جانبا مهما من نشاط الإدارة لاسيما في مجال إدارة وتسيير المرافق العامة وتقديم الخدمات ، إلا أن هناك أوجها أخرى لنشاط الإدارة وتطرح ذات التساؤل بشأن مدى جواز التحكيم فيها .

فالإدارة قد تعمد أثناء ممارستها لنشاطها الى إصدار مختلف انواع القرارات الإدارية ، وقد يثار النزاع بصدد مدى مشروعية هذه القرارات ، وما إذا كان بالإمكان حسم منازعات مشروعية هذه القرارات بالتحكيم بدلا من اللجوء الى قضاء الدولة العام .

كما إن الدولة وبحكم تدخلها في الحياة الإقتصادية ودخولها في علاقات مع أشخاص القانون الخاص وطنيين وأجانب ، وما تتخذه من قرارات غير مشروعة قد تسبب أضرارا للغير ، إضافة الى ما يصدر عنها من أعمال مادية ضارة ، تثير مسئوليتها التقصيرية في مواجهة هؤلاء الأشخاص ، وهنا يثار ذات التساؤل حول مدى إمكانية الفصل في هذه المنازعة بالتحكيم .

ولابد لنا من القول بداية أنه لا يوجد نص صريح في التشريعات المقارنة محل البحث يجيز اللجوء الى التحكيم لحسم هذه المنازعات ، ولكن يمكننا بيان مدى قابلية مثل هذه المنازعات للتحكيم من عدمه ، وذلك من خلال تطبيق المعيار العام لقابلية المنازعة للتحكيم ، وبمقتضى هذا المعيار فإن المنازعات التي يجوز التحكيم بصددها هي تلك المنازعات التي تنطوي على حقوق مالية وقابلة للصلح والتصرف بشأنها ، وهذا ما سنتوصل إليه عند بحثنا لمدى إمكانية حسم مثل هذه المنازعات بالتحكيم أو عدم إمكانية حسمها به .

وهناك بعض صور المنازعات الإدارية الأخرى التي أوجب المشرع حسمها عن طريق التحكيم وهو ما يسمى بالتحكيم الإجباري ، ولن نتطرق في بحثنا لهذه النوع من التحكيم لكونه يتنافى مع الأصل في التحكيم وهو حرية الإرادة في اللجوء اليه ، ولمحدودية نطاق تطبيقه واقتصاره على بعض التشريعات ، ناهيك عن عدم دستوريته كما قضت بذلك المحكمة الدستورية

العليا المصرية في عدة مناسبات ([1]) .

---

[1]- التحكيم الإجباري هو الذي يفرض على الخصوم فض منازعاتهم من خلاله ، كطريق وحيد لفض هذه المنازعات ، بموجب قاعدة قانونية آمرة يمتنع على الأطراف الاتفاق على خلافها .

وتعود فكرة التحكيم الإجباري – لاسيما – في القانون المصري ، الى المذكرة التي رفعها وزير العدل المصري الى مجلس الوزراء والمؤرخة في ١٩٦٦/١/٣، وملخص هذه المذكرة أن هناك عددا كبيرا من القضايا معروضة أمام المحاكم ، وتمثل هذه القضايا منازعات بين أشخاص القانون العام من وزارات ومصالح حكومية ووحدات الإدارة المحلية التابعة للهيئات والمؤسسات العامة والشركات والجمعيات العائدة لها .

وهذه الأشخاص تمارس نشاطها باسم الدولة ولحسابها ، ومن ثم فإن المنازعات فيما بينها لا تمثل منازعات حقيقية ، وذلك لأن أموالها وممتلكاتها تعود ملكيتها في النهاية الى الدولة ، وقد اقترح تشريع قانون يخضع هذه المنازعات الى سلطة هيئة تحكيم تنظرها إجباريا ، ونتيجة ذلك تم تشريع قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الذي حدد الجهة المتخصصة بنظر هذه المنازعات .

(د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٥) .

وتعرض هذا النوع من التحكيم الى الانتقاد ، وصدرت عدة أحكام من المحكمة الدستورية العليا المصرية مقررة عدم دستورية هذا النوع من التحكيم ، وذلك لكونه يتنافى مع الأصل في التحكيم وهو حرية إرادة أطراف النزاع في اللجوء اليه ، اضافة الى أنه يسلب حق الناس المكفول دستوريا ، وهو حق الالتجاء الى القضاء لحسم منازعاتهم .

ومما جاء في حيثيات أحكام هذه المحكمة بشأن التحكيم الإجباري قولها (لا يجوز أن يكون التحكيم إجباريا إنفاذا لقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، فالتحكيم مصدره الاتفاق سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائما أو محتملا) القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ ، المجموعة ، ج٦ ، رقم القاعدة ٥/٣١ ، ص ٤٠٨ .

وأشارت في قضية أخرى الى أن (التحكيم يعتبر نظاما بديلا عن القضاء فلا يجتمعان ، لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تعزل المحاكم عن نظر المسائل التي انصب عليها التحكيم استثناء من أصل خضوعها لولايتها ، وعلى ذلك فإنه إذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسرا بقاعدة قانونية آمرة دون خيار في اللجوء الى القضاء ، فإن ذلك يعد انتهاكا لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثامنة والستين التي أكدت أن اللجوء الى القضاء .. هو أحد الحقوق الجوهرية التي تبنى عليها دولة القانون وتتحقق بها سيادته) القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ ق دستورية ، جلسة

وعلى هذا فإننا سوف نتناول هذا البحث من خلال بيان مدى إمكانية التحكيم في دعوى الإلغاء في مبحث أول ، وفي المبحث الثاني نبحث مدى إمكانية التحكيم في دعوى التعويض.

٢٠٠٢/١/١٣، الجريدة الرسمية ، العدد ٤ ، في ٢٠٠٢/١/٢٤، ص٣٠ ، أشار اليه ، د.محمد فؤاد عبد الباسط ، مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٤ .

وهناك أحكامٌ أخرى للمحكمة الدستورية تؤكد فيها عدم دستورية نصوص قوانين فرضت التحكيم الإجباري كطريق لحسم منازعاتها ، ومنها قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ، وقانون الضرائب على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ ، وقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٧ المتعلق بإنشاء بنك فيصل الإسلامي .

وعللت المحكمة ما ذهبت اليه في أحكامها بالطبيعة الخاصة لنظام التحكيم القائمة على حرية الإرادة في اللجوء اليه ، وأنه لا يجوز للمشرع أن يقوم بعمل يناقض هذه الطبيعة ، بأن يفرض التحكيم قسرا على أشخاص لا يسعون اليه ويرفضون سلوك طريقه .

المبحث الأول
مدى جواز التحكيم في منازعات القرارات الإدارية

لم يرد في التشريعات المقارنة ما يشير الى جواز التحكيم في منازعات مشروعية القرارات الإدارية ، ولبيان مدى إمكانية التحكيم في هذه المنازعات وفقا للمعيار العام لقابلية المنازعة للتحكيم الذي بموجبه فإن المنازعات التي يجوز اللجوء للتحكيم فيها هي تلك التي تتعلق بالحقوق المالية التي يجوز فيها الصلح والتصرف ، لذلك يتطلب الأمر تحديد مفهوم القرار الإداري ودعوى الإلغاء التي ترفع للطعن بعدم مشروعيته في مطلب أول ، وفي المطلب الثاني تناقض الطبيعة الإتفاقية للتحكيم مع طبيعة دعوى الإلغاء .

المطلب الأول
مفهوم دعوى الإلغاء وطبيعتها

يمكن تعريف القرار الإداري محل دعوى الإلغاء بأنه (عمل قانوني تصدره جهة إدارية بإرادتها المنفردة) [١].

وعرفه البعض بأنه (عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة ، لإحداث تغيير في الأوضاع القائمة ، إما بإنشاء مركز قانوني جديد – عام أو فردي – أو تعديل لمركز قانوني قائم أو إلغاءه) [٢].

وأما على صعيد القضاء فقد عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية على أنه (إفصاح من جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة ، بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني ، متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا بهدف تحقيق المصلحة العامة) [٣].

---

[١]– د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، دار ابن الأثير ، الطبعة الثانية ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢، ص ٢٩٨ .

[٢]– د. علي محمد بدير وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٤١٥ .

[٣]– حكمها في جلسة ١٩٧٩/١/٢٧ ، رقم الطعن ٤٣٢ ، لسنة ٢٣ ق ، مجموعة الخمسة عشر عاما ، الجزء الأول ، ص ٧٥ ، أشار اليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٣ .

وجاء في قرار لمجلس شورى الدولة بأن (القرار الإداري هو إعلان الإدارة عن إرادتها الملزمة بحكم القانون ، بقصد إنشاء مركز قانوني معين أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم، ودعوى الإلغاء لا ترد إلا على قرار إداري نهائي ...) [1] .

وإذا ما أصدرت الإدارة بإرادتها المنفردة قرارات إدارية بالمخالفة لقواعد القانون الآمرة ، فإنها ستثير بصدد هذه القرارات المخالفة للقانون ما يسمى بمنازعات المشروعية ومحلها دعوى الإلغاء ، وذلك حين يتعلق الأمر بطلب إلغاء القرار الإداري لمخالفته قاعدة قانونية آمرة وسواء كان مرد الطعن تخصصاً أو محلا أو سببا أو شكلا أو غاية [2].

ويمكن تعريف دعوى الإلغاء وتسمى أيضا دعوى تجاوز حد السلطة بأنها دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفا للقانون ، وتعد هذه الدعوى أهم وسائل حماية المشروعية ، إذ تؤدي الى ترتيب البطلان كجزاء يصيب القرار المخالف للقانون [3].

ومن وجهة نظر القضاء الإداري فقد عرفت دعوى الإلغاء بأنها دعوى تستهدف إعادة الأوضاع الى ما كانت عليه قبل صدور القرار المطلوب إلغاؤه [4].

وعلى هذا يمكن القول بان دعوى الإلغاء تتميز بخصائص تميزها عن غيرها من الدعاوى ومن أهم هذه الخصائص :

أولا: دعوى الإلغاء دعوى موضوعية : تُعدُّ دعوى الإلغاء دعوى موضوعية أو عينية ، ذلك أنها تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع ، ويتولى القاضي الإداري في هذه الدعوى البحث في مشروعية القرار الإداري المطعون فيه ، وذلك بصرف النظر عن الحقوق الشخصية لرافع الدعوى ، ويحكم بإلغاء القرار المطعون فيه إذا انتهى الى عدم مشروعيته[5].

---

[1]- قرار مجلس شورى الدولة رقم ١٩٢ ، في ٢٠١١/٦/٩، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الأول ، السنة الرابعة ، ٢٠١٢ ، ص ٢٤٠ .

[2]- د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

[3]- د. ماجد راغب الحلو ، الدعاوى الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٩ .

[4]- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، طعن رقم ٩٩٩ ، لسنة ٣٧ قضائية ، في ١٩٩٧/١/١٩ ، أشار اليه د. محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ الهامش رقم (٥) .

[5]- د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦، إسكندرية ، ص ٤١١ .

ثانيا : يقوم قضاء الإلغاء أساسا على حماية مبدأ المشروعية ، إذ من خلال دعوى الإلغاء يراقب القضاء الإداري مشروعية القرارات التي تصدرها الإدارة ، ويحكم بإلغاء القرارات الصادرة عنها والمخالفة للقانون ، كما أن هذه الدعوى تحقق حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة الإدارة عند تجاوزها على هذه الحقوق [١].

ثالثا : تعلق دعوى الإلغاء بالنظام العام ، من جهة عدم جواز التنازل عن هذه الدعوى من صاحب المصلحة ، ويتولى القاضي الإداري إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون لعدم مشروعيته ، ذلك أن قاضي الإلغاء هو قاضي المشروعية الذي يفصل في صحة تصرفات الإدارة وعدم مخالفتها للقانون [٢].

والفرق بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل يبدو في طبيعة كل من الدعويين ، وكذلك من ناحية السلطات أو الصلاحيات التي يمارسها القاضي عند نظره في كلا الدعويين ، وأخيرا من ناحية أثر الحكم الصادر فيهما ، فمن حيث طبيعة كل منهما ، فإن دعوى الإلغاء تقع ضمن القضاء العيني أو الموضوعي كونها تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع أو المخالف للقانون ، في حين أن موضوع دعوى القضاء الكامل يتمثل في خصومة بين الفرد والإدارة ، إذ يقوم أحد الأفراد بمقاضاة الإدارة والمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن اعتداء الإدارة على حق شخصي له ، إذ تتعلق هذه الدعوى بمركز قانوني أو ذاتي [٣].

أما من ناحية السلطات التي يتمتع بها القاضي في كل من الدعويين ، فإن دور القاضي أو سلطته في دعوى الإلغاء تقتصر على إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بعدم المشروعية دون أن تمتد هذه السلطة الى الحكم بالتعويض ، بينما في دعوى القضاء الكامل تكون سلطة القاضي أوسع نطاقا منها في دعوى الإلغاء ، إذ تنصرف سلطة القاضي الى تعديل القرار

---

[١]- د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، الطبعة الاولى ، مؤسسة النبراس ، النجف الأشرف ، ٢٠١٢ ، ص ١٥٣ .

[٢]- د. أشرف محمد خليل ،التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٦ .

[٣]- د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠٦، الإسكندرية ، ص ٤٢٠ .

الإداري أو تعويض المضرور عن الأضرار التي أصابته جراء تصرف الإدارة القانوني أو عملها المادي [1] .

ومن حيث أثر الحكم الصادر في كل من الدعويين ، فإن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري يحوز على الحجية المطلقة في مواجهة الكافة ولا يقتصر أثره على طرفي النزاع ، في حين أن الحكم في دعوى القضاء الكامل له حجية نسبية تقتصر على طرفي النزاع ، دون أن يمتد أثره الى الغير الذي لم يكن طرفا في الدعوى ، ويترتب على ذلك أن مايحكم به القاضي من تعويض يستفيد منه رافع الدعوى الذي أصابه الضرر دون غيره [2].

المطلب الثاني

تناقض الطبيعة الإتفاقية للتحكيم مع طبيعة دعوى الإلغاء

أشرنا سابقا الى أن التشريعات المقارنة لم يرد فيها ما يشير الى جواز التحكيم في منازعات مشروعية القرارات الإدارية ، وقد اتضح لنا عند تحديدنا لمفهوم القرار الإداري ودعوى الإلغاء التي ترد عليه ، أنها دعوى موضوعية أو عينية تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع ، ويتولى القضاء بحث مشروعية القرار بصرف النظر عن الحقوق الشخصية للمدعي ، إضافة الى تعلق هذه الدعوى بالنظام العام .

والتشريعات المختلفة التي أجازت اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات ، حددت نطاقه وجعلته ساريا على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية التي يجوز فيها الصلح والتصرف وعدم تعلقها بالنظام العام ، فقد ورد في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ما يشير الى عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح [3] ، كما أن المادة (٥٥٠) من القانون المدني المصري تشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق

---

[1]- د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، المرجع السابق ، ص ١٥٥- ١٥٦ .

[2]- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السابق ، ص٤٢٣ .

[3]- المادة (١١) من قانون التحكيم المصري التي نصت على أنه (لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) ، وتقابل هذه المادة من بعض التشريعات المقارنة : المادة (٢) من نظام التحكيم السعودي ، والمادة (٣/١٧٣) من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة (٥) من قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

التي يشملها عقد الصلح ، إضافة الى أن المادة (٥٥١) من القانون المذكور حددت المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وهي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام[١].

وقد سار المشرع الفرنسي على ذات الاتجاه فقرر في المادة (٢٠٥٩) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٦٢٦لعام ١٩٧٢ إجازة التحكيم للأشخاص في جميع الحقوق التي يملكون التصرف فيها ، كما ذهب المشرع الفرنسي في المادة (٢٠٦٠) من ذات القانون الى عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام[٢].

وأما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ، ولا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ...) ، وقد حددت المادة (٧٠٤) من القانون المدني المصالح عنه بأنه مما يجوز أخذ البدل في مقابلته ، وذهبت فقرتها الثانية الى عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وجوازه على المصالح المالية المترتبة على الحالة الشخصية أو الناشئة عن ارتكاب إحدى الجرائم[٣].

١- حدد جانب من الفقه مدلول النظام العام في الدولة بأنه (مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي ، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها ، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية . وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة ، وجودا وأثرا ، غالبا في صورة قواعد آمرة تحكم هذه العلاقة . والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها ، عقدا كان هذا العمل أو عملا منفردا ، من ناحية ، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الآخر ، من ناحية أخرى) ، د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ١٥٣ .

٢- د. نجلاء حسن سيد أحمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٨٨-٣٨٩ .

٣- نصت المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي على أنه (يشترط أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ البدل في مقابلته ويشترط أن يكون معلوما إن كان مما يحتاج الى القبض والتسليم ، ٢- ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم) .

ويتبين لنا من العرض المتقدم أن التحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح والتصرف، وحيث أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، فإن ذلك يعني عدم جواز التحكيم كلما كان محل النزاع يثير تطبيق قاعدة آمرة أي متعلقة بالنظام العام ، وإنما يقتصر نطاقه على الحقوق المالية القابلة للصلح والتصرف سواء كانت عقدية أو غير عقدية .

ويفهم مما سبق بيانه أن اقتصار نطاق التحكيم على الحقوق المالية القابلة للصلح والتصرف يتنافى مع طبيعة وخصائص دعوى الإلغاء التي ترد على منازعات مشروعية القرارات الإدارية ، ذلك أن هذه الدعوى – كما قدمنا – دعوى موضوعية تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع وتبحث في مدى صحة تطبيق القانون ، فهي لا تمثل خصومة بين أطراف حول حقوق شخصية ، وإنما يقتصر نطاقها على فحص مشروعية القرار المطعون فيه ، فإذا تبين لها مخالفته للقانون فتقضي بإلغائه دون أن ينصرف حكمها الى تقرير حقوق المدعي الشخصية ، ومن ثم تعلقها بالنظام العام في الدولة الذي يجعلها في منأى عن نظام التحكيم الذي لا يرد على هذه المسائل ، كما إن اختصاص القضاء بنظر منازعات الإلغاء اختصاص أصيل ومتعلق بالنظام العام .

ويمكننا استخلاص مدى تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام من خلال نص المشرع على عدم جواز الاتفاق على خلاف مقتضى تلك القاعدة ، أو عدم جواز النزول عما تقرره من حقوق أو مراكز قانونية ، وبترتيب البطلان على كل اتفاق أو تنازل يجري على خلاف ما تقرره هذه القواعد ، وفي حالة غياب النص التشريعي الذي يحدد مدى تعلق القاعدة بالنظام العام ، يتولى القاضي تحديدها وفقا للمفاهيم المكونة لمضمون فكرة النظام العام [1].

واختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات القرارات الإدارية اختصاص أصيل يجد سنده في النصوص التشريعية وفي أحكام القضاء ، فقد أضفى المجلس الدستوري الفرنسي في عام ١٩٨٧ قيمة دستورية على تخصص مجلس الدولة بالفصل في منازعات مشروعية القرارات الإدارية بحيث يتطلب الأمر لتعديل هذا التخصص أن يكون ذلك بنص دستوري ، وليس مجرد نص تشريعي ، وذلك على أساس أن مسائل المشروعية يجب أن ينعقد اختصاص

[1] – د. محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ .

نظرها الى قضاء مجلس الدولة وحده ، ولكون قواعد تحديد الإختصاص من مظاهر سيادة الدولة ([1]).

أما في مصر فقد انعقدت الولاية العامة لمجلس الدولة المصري للنظر في جميع المنازعات الإدارية بكونه هيئة قضائية مستقلة ، وذلك بموجب نص المادة (١٧٢) من الدستور المصري، وتختص محاكم القضاء الإداري التابعة لمجلس الدولة بالنظر في منازعات القرارات الإدارية كافة وفقا لنص المادة (١/١٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

ويختلف موقف الدستور المصري عن اتجاه المجلس الدستوري الفرنسي وذلك من خلال تفويضه للمشرع تحديد الهيئات القضائية وتخصصاتها بموجب المادة (١٦٧) منه ، وهذا النص سمح للمشرع المصري بنصوص خاصة أن يخرج طوائف معينة من المنازعات الإدارية من نطاق اختصاص مجلس الدولة ، ويعهد بها الى هيئات قضائية أخرى ، أو على العكس يعهد الى القاضي الإداري بمنازعات تقع أصلا في نطاق اختصاص القضاء العادي ، ولذلك لا يمكن إخضاع هذه المنازعات لولاية هيئة التحكيم التي تُعد نوعا من القضاء الخاص ، الذي لا يهدف الى تحقيق المصلحة العامة التي يسعى الى تحقيقها القضاء العام في الدولة([2]).

أما في التشريع العراقي فإن اختصاص النظر بمنازعات القرارات الإدارية معقود حاليا للقضاء الإداري بموجب القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ، وذلك في المادة (٧/ رابعا) من القانون ([3]).

وبموجب هذا القانون تختص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة عن دوائر الدولة والقطاع العام .والى جانبها محكمة قضاء الموظفين المختصة بالفصل بشؤون الوظيفة العامة سواء تلك الناشئة عن قانون الخدمة

---

[1]- المرجع نفسه ، ص ١٢١- ١٢٢ .

[2]- د. أشرف محمد خليل ، المرجع السابق ، ص ١٢٩- ١٣٠ .

[3]- التي تنص على أنه (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام ، التي لم يعين مرجع للطعن فيها ، بناء على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة ...) .

المدنية او القوانين او الانظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيها ، او تلك الناشئة عن تطبيق قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل .

ويثار التساؤل هنا حول موقف الفقه المقارن من مسألة التحكيم في منازعات مشروعية القرارات الإدارية ، وما إذا كان موقفه المتباين من مسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ينصرف الى مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية ، فيختلف هنا كما إختلف هناك ؟

لابد من القول بداية الى أن مسألة التحكيم في منازعات القرارات الإدارية ، لم تثر خلافا فقهيا كالذي ثار لدى الفقه بصدد مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وربما كان لصراحة النصوص القانونية في تقريرها لتخصص القضاء الإداري – دون غيره – بالنظر في هذه المنازعات ، وتعلقها بالنظام العام ، مانعا للفقه من التوسع في النقاش الفقهي حول هذه المسائل ، وبيان مدى إمكانية اللجوء الى التحكيم بشأنها .

فالفقه الفرنسي يتفق مع الموقف الذي اتخذه المجلس الدستوري من عدم قابلية منازعات المشروعية للتحكيم ، والذي أضفى قيمة دستورية على القواعد المحددة لتخصص مجلس الدولة بنظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية ، لكونها من مظاهر سيادة الدولة وتعلقها بالنظام العام ، ومن ثم يختص مجلس الدولة بنظر منازعاتها دون غيره ، علما أن الفقه الفرنسي كان قد دعا المشرع الفرنسي الى التوسع في نظام التحكيم في المسائل الخارجة عن نطاق المشروعية والإلغاء ( )[١].

وأما الفقه المصري فإنه يذهب الى تأييد موقف المشرع المصري في عدم قابلية منازعات المشروعية والإلغاء للتحكيم بشأنها ، وينحصر اختصاص النظر بالمنازعات الناشئة عنها لقضاء مجلس الدولة وحده دون مزاحمة من قضاء التحكيم الذي يُعدُّ قضاءً خاصاً وليس من المحاكم التابعة لقضاء الدولة ، وأن تخصص المجلس بهذا النوع من المنازعات يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه .

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه المصري أن (الطبيعة الرضائية والاتفاقية للتحكيم تتنافى ، في اعتقادنا ، مع طبيعة دعوى إلغاء القرارات الإدارية التي لا تقوم على خصومة بين

---

[1]– CHARLES JARROSSON,L'ARBITRAGE EN DROIT PUPLIC, A.J.D.A, 1997, DOSSIER,P.20.

المدعي والإدارة ، وإنما تقوم على خصومة عينية موجهة الى القرار ذاته ، الذي مس بالمركز القانوني لرافع الدعوى ... وأن الطابع الرضائي والاتفاقي لنظام التحكيم لا يمكن أن يتلائم مع طبيعة دعوى الإلغاء ، ولا مع قضاء المشروعية بوجه عام ، نظرا لأن هذا القضاء يهدف الى حماية المشروعية في ذاتها ، ولا يتعلق بإرادة الأفراد ، ولا تقوم فيه أية منازعة بين أطراف ، وإنما تكون المنازعة موجهة الى العمل الإداري ذاته) [١].

وذهب جانب آخر من الفقه الى القول بعدم جواز التنازل عن حق التقاضي في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، وذلك لأن هذا الحق يتعلق بالنظام العام ، وأنه في حالة التنازل عنه ،فإن مثل هذا التنازل يُعَدُّ باطلا ، ولمن صدر منه التنازل أن يعود عنه ، إضافة الى ذلك فإن للمحكمة أن تقضي ببطلان هذا التنازل من تلقاء نفسها حتى دون دفع من الخصوم [٢].

وأما موقف القضاء من إمكانية التحكيم في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، فقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي بهذا الصدد الى أن قبول الطاعن للقرار الإداري ، لا يمنعه من الطعن على هذا القرار بالإلغاء ، وذلك لتعلق دعوى الإلغاء بالنظام العام بكونها دعوى موضوعية تتصل بشرعية القرار الإداري [٣].

وفي ذات الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بوجوب إعمال شرط التحكيم المدرج في عقد إداري ، وكان مما استندت اليه في حكمها بأن هذه المنازعة (... لا تجاوز في حقيقتها نطاق تفسير العقد الإداري ، ولا تخرج عن دائرته ، ومن ثم تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ، ولا يرد عليها الوقف المتعلق بالقرارات الإدارية ، ومن ثم يجوز فيها التحكيم) ، وفسر هذا الحكم بمفهوم المخالفة أنه لو تعلق الأمر بمنازعة إلغاء قرار إداري ، لما جاز فيها التحكيم لتعلقها بالنظام العام[٤].

---

[١]- د. يسري محمد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص ١٨٩ وما بعدها .

[٢]- د. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠، ص ٥٢٢ ، أشار اليه د. أشرف محمد خليل ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ .

[٣]- د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص ٤٠٣ .

[٤]- حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٨ /١/١٩٩٤، طعن رقم (٨٦٦) ، لسنة ٣٠ ق ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، من سنة ١٩٩٣-١٩٩٧ ، ج ٤٣ ، مبدأ رقم (٢٨٥) ، ص ٨٠٧ ، أشار اليه د. محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

ويبدو لنا مما تقدم عدم إمكانية التحكيم في منازعات دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، ذلك أن هذه الدعوى تقوم على مخاصمة القرار الإداري في ذاته ، والمطعون فيه بمخالفته للقانون ، ويتخصص بنظرها والفصل فيها القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في هذا المجال ، وعدم جواز التنازل عن حق التقاضي فيها ، وذلك لتعلقها بالنظام العام ، فضلا عن عدم قابليتها للصلح والتصرف الذي يرد على المنازعات الحقوقية التي تنطوي على حقوق مالية قابلة للتحكيم بشأنها .

وأنه يلزم للقول بإمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية أن يكون ذلك بنص خاص وصريح يجيز اللجوء الى التحكيم بصدد هذه المنازعات ، ولا يكفي الاستناد الى عمومية النصوص القانونية التي تجيز التحكيم في جميع المنازعات العقدية وغير العقدية ، للقول بهذا الجواز ، لأنه لو كان كذلك ، لما استلزم الأمر من المشرع المصري أن يورد نصا خاصا لإجازة التحكيم في العقود الإدارية وألحقه في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

المبحث الثاني
مدى جواز التحكيم في منازعات التعويض الإدارية

لم يرد في التشريعات المقارنة نص خاص يجيز اللجوء الى التحكيم لحسم منازعات دعوى التعويض الإدارية التي ترد على التعويض عن أعمال الإدارة الضارة ، سواء كانت قرارات إدارية غير مشروعة ، أم أعمال مادية سببت ضررا للغير ، ولمعرفة مدى قابلية هذه المنازعات للتحكيم بصدد الحقوق الناشئة عنها ، وذلك وفقا للمعيار العام لقابلية المنازعة للتحكيم الذي بموجبه فإن المنازعات القابلة للتحكيم هي تلك التي تنطوي على حقوق مالية قابلة للصلح والتصرف فيها ، فإن ذلك يتطلب تحديد مفهوم دعوى التعويض وطبيعتها في مطلب أول ، وقابلية هذه الدعوى للتحكيم في مطلب ثان .

المطلب الأول
مفهوم دعوى التعويض وطبيعتها

دعوى التعويض هي الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص الى القضاء للمطالبة بتضمين ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة [١] .

هذا وتعد دعوى التعويض أهم صورة من صور دعوى القضاء الكامل ، إذ تتسع فيها سلطة القاضي الإداري عند نظره لهذه الدعوى ، والقضاء الكامل هو ذلك القضاء الذي يتيح للقاضي سلطات واسعة في الدعوى ، لا تقتصر على مجرد بحث مدى مشروعية العمل الإداري ، وإنما يتعدى ذلك الى تصحيح المركز القانوني الذاتي للمدعي ، وذلك من خلال تعديل العمل الإداري أو تبديله إذا تبين عدم صحته أو عدم مشروعيته ، والحكم للمدعي بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة تصرف الإدارة [٢].

وتنتمي دعوى التعويض الى القضاء الشخصي وفقاً للتقسيم الحديث لولاية القضاء الإداري ، والذي يقوم على طبيعة المنازعة المعروضة أمام القضاء ، فإذا تعلق النزاع بمركز قانوني موضوعي فإننا نكون أمام قضاء موضوعي ، وتكون دعوى الإلغاء واجبة الإتباع ، أما إذا كان النزاع يتعلق بمركز شخصي ، فإننا نكون أمام قضاء شخصي ويجب إتباع دعوى القضاء الكامل[٣].

---

[١]– د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

[٢]– د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ .

[٣]– المرجع نفسه ،ص ٤١٥ .

ودعوى التعويض تتيح للأفراد الطعن بالأعمال التي تتخذها الإدارة التي تسبب لهم أضرارا ، سواء كانت ناتجة عن قرارات إدارية غير مشروعة ، أم كانت ناجمة عن أعمال الإدارة المادية التي تقع منها بقصد أو بغير قصد ، وتشمل جميع أعمال الإدارة التي تخرج عن مدلول القرار الإداري ، وتخضع منازعاتها لإختصاص محاكم مجلس الدولة[١].

وهذه الأعمال المادية للإدارة إما أن تكون أفعالا إرادية انصرفت إرادة الإدارة الى تحقيقها ، أو تكون أفعالا غير إرادية تقع بطريق الخطأ والإهمال ، وفي كلتا الحالتين لا يمكن الطعن بالإلغاء في تصرفات الإدارة هذه ، ولكن يمكن دائما طلب التعويض عما يترتب عليها من أضرار ، ومثال الأعمال الإرادية ما تقوم به الإدارة من إجراءات تنفيذية أو أعمال تحضيرية، أما الأعمال غير الإرادية فتشمل كل ما يقع من الإدارة نتيجة الخطأ أو الإهمال ، ومن الأمثلة التقليدية على هذه الأعمال ما يتعلق بحوادث السيارات التابعة للإدارة ، وحوادث الأشغال العامة [٢].

وتقتصر حجية الحكم الصادر في دعوى التعويض على أطراف النزاع فقط – المدعي والجهة الإدارية المعنية – ولا يمتد أثره الى الغير ، وعلى العكس من ذلك يحوز الحكم الصادر بالإلغاء على الحجية المطلقة في مواجهة الكافة [٣].

وإذا كان القضاء الموضوعي ينصب على مخاصمة القرار الإداري المطعون بعدم مشروعيته، ومن ثم يتولى القاضي الإداري إلغاء هذا القرار أو إعدامه في حالة ثبوت عدم مشروعيته ، وإزالة آثاره التي ترتبت عليه ، فإن هذا الإلغاء للقرار الإداري المخالف للقانون قد لا يكون كافيا لجبر الضرر الذي لحق بالطاعن من جراء هذا القرار ، وهنا تبدو أهمية وجود دعوى التعويض الى جانب قضاء الإلغاء ، إذ يتمتع القاضي عند نظرها بسلطات واسعة تتمثل في تعويض الضرر الناجم عن تصرفات الإدارة والذي لا تدخل في نطاقه دعوى الإلغاء ، وإلغاء بعض القرارات الإدارية الأخرى كالقرار الذي تفرض الإدارة بموجبه جزاءات على المتعاقد

---

[١]– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، ص ١٩ وما بعدها .

[٢]– د.محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ٩٦ وما بعدها .

[٣]– د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، المرجع السابق ، ص ٢١٩ .

معها ، وكذلك إلغاء بعض التصرفات القانونية التي لا ينطبق عليها وصف القرار الإداري ، كما في حالة إبطال الانتخابات المحلية أو العقود الإدارية [1].

وقد أجاز المشرع المصري الجمع بين طلب إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون وبين طلب التعويض في عريضة واحدة ، هي عريضة دعوى الإلغاء ، وفي هذه الحالة ينظر طلب التعويض بالتبعية لطلب إلغاء القرار الإداري غير المشروع ، وذلك على عكس القاعدة العامة في فرنسا والمتمثلة باستقلال كل من الدعويين عن الأخرى [2].

والتعويض المترتب على أعمال الإدارة الضارة سواء كانت قرارات إدارية غير مشروعة أم تصرفات مادية ، قد يكون تعويضا نقديا يحكم به القاضي في ضوء جسامة الخطأ الصادر عن الإدارة ، وقد يكون تعويضا عينيا يتمثل في إزالة أسباب الضرر ، وذلك بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل حدوث الضرر [3].

والأصل في التعويض عن أعمال الإدارة الضارة أن يكون هذا التعويض نقدا ، ذلك أن التعويض العيني المعمول به في مجال القانون الخاص ، لا ينسجم مع التعويض الإداري المقرر في مجال القانون العام ، وذلك أن مسألة التعويض العيني تتفق مع المسئولية عن العمل غير المشروع في مجال القانون الخاص ، أما في مجال القانون العام فإن القاضي الإداري لا يمكنه التدخل في عمل الإدارة وأن يوجه لها الأوامر بهذا الشأن ، وذلك مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات ، وترك الحرية للإدارة لاتخاذ ما تراه من قرارات بحسب وظيفتها الإدارية [4].

ويتبين لنا مما تقدم أن دعوى التعويض تنطوي على طبيعة شخصية ومالية ، فهي تمثل الوسيلة القانونية التي يتمكن الأفراد من خلالها الى حماية مراكزهم الفردية ، وتقرير حقوقهم الشخصية ، وذلك عندما تتعرض هذه الحقوق والمراكز الى اعتداء من جانب الإدارة عند مباشرتها لتصرفاتها المختلفة ، سواء كانت في صورة قرارات إدارية غير مشروعة أو كانت أعمالا مادية ، ترتب عليها إضرارا بمصالح الأفراد الشخصية ومساسا بمراكزهم القانونية

---

[1]- د. ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

[2]- د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، المرجع السابق ، ص ٤٢٣ .

[3]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص ٣٣ وما بعدها .

[4]- د. أحمد محمود جمعة ، منازعات التعويض في مجال القانون العام ، منشأة المعارف ، إسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢ .

الذاتية ، وهدف الأفراد من اللجوء الى القضاء بهذه الوسيلة – دعوى التعويض – هو لجبر الضرر الذي سببته الإدارة لهم بتصرفها غير المشروع ، والحصول على التعويض العادل في مقابل هذا الضرر ، وذلك على خلاف دعوى الإلغاء التي تقتصر على إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون .

المطلب الثاني
قابلية دعوى التعويض الإدارية للتحكيم

من خلال بحثنا في مفهوم دعوى التعويض وطبيعتها القانونية ، بدى لنا أنها دعوى شخصية تنتمي الى القضاء الشخصي ، وتُعدُّ هذه الدعوى أهم صور هذا النوع من القضاء ، ويتعلق النزاع فيها بمركز المدعي الشخصي الذي تعرض الى الانتهاك بسبب تصرف الإدارة المادي أو القانوني ، وهي دعوى مالية لأنها تنطوي على مطالبة المدعي بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة ما بدر من جانب الإدارة من تصرف غير مشروع ، سواء كان هذا التصرف قرارا إداريا مخالفا للقانون أم كان عملا ماديا عمديا أو غير عمدي ، ولا يمكن للمدعي الحصول على هذا التعويض عن طريق قضاء الإلغاء الذي يقتصر نطاقه على بحث مشروعية القرار المطعون فيه دون التطرق الى الحقوق الشخصية للمدعي ، وذلك لتعلق هذا القضاء بالمشروعية والنظام العام ، فالقضاء الكامل أوسعُ مدىً وأكثر شمولاً من قضاء الإلغاء ، ومن ثم فهو أكثر فائدة ، وأعظم نفعا للطاعن .

وما دامت دعوى التعويض – في ضوء الوصف المتقدم – دعوى شخصية ومالية ، وأن مناط هذه الدعوى يتعلق بالتعويض الذي يطالب به المدعي في مواجهة الإدارة ، والذي غالبا ما يكون تعويضا نقديا ، تحكم به المحكمة للمدعي المتضرر من عمل الإدارة ، فإن هذه الدعوى لا علاقة لها بمبدأ المشروعية أو بالنظام العام .

وبتطبيق المعيار العام لقابلية المنازعة للتحكيم على دعوى التعويض ، والذي بموجبه تكون المنازعات التي يجوز فيها اللجوء الى التحكيم هي تلك التي تتعلق بالحقوق المالية التي يجوز فيها الصلح والتصرف ، وحيث أن محل دعوى التعويض هو الحق المالي الذي يتقاضاه المدعي مقابل الضرر الذي لحق به ، فإن هذا الحق المالي قابل للصلح بشأنه ، كما أنه قابل للتصرف فيه من الشخص الذي تقرر التعويض لمصلحته ، وبتوافر هاتين الصفتين في الحق محل دعوى التعويض يجعل منه قابلا للتحكيم في هذه الدعوى [1].

---

[1]– د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ .

وقبول الحق المالي للصلح وتسويته على هذا الأساس ، فإنه يكون مانعا من تجدد النزاع أمام القضاء بصدد هذا الحق ، وفي هذا الاتجاه تقرر المحكمة الإدارية العليا المصرية (وبناءا عليه فإن الدعوى مثار الطعن الماثل وقد رفعت متجاهلة الصلح الذي سبق أن حسم موضوع الخصومة تكون جديرة بالرفض ، ويكون الحكم المطعون فيه والأمر كذلك قد صادف الصواب فيما انتهى اليه من رفض الدعوى) [1].

وفي ذات السياق ذهبت محكمة تمييز العراق في أحد أحكامها الى أن اتفاق رب العمل والمقاول على إجراء تسوية شاملة لكافة طلبات المقاول ، ففي هذه الحالة لا يحق للمقاول اللجوء الى التحكيم بعد توقيع التسوية ، لأن التسوية بين الطرفين قبل اللجوء الى التحكيم تعد إبراء خاصا ، ولا تسمع أي دعوى تتعلق بحقوق طالب التحكيم (المقاول) بعد الصلح وإبراء ذمة المطلوب التحكيم ضدها (الإدارة) [2].

ويفهم من مدلول الحكمين السالفين أن الصلح جائز في دعاوى القضاء الكامل ومنها دعوى التعويض الإدارية ، وجواز الصلح في هذه الدعاوى وقابلية محلها للتصرف يستتبع جواز التحكيم في هذه المنازعات ، وذلك لتعلقها بحقوق شخصية ومالية قابلة للتصرف فيها من الأطراف لأنه حق شخصي ومالي مقرر لهم .

وقد سبق لنا التطرق الى النصوص القانونية في الدول المقارنة التي تواترت على إجازة التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح والتصرف وعدم جوازه فيما عداها [3].

ويذهب جانب من الفقه الى أن تعلق منازعات التعويض الإدارية بحق مالي وقابل للتصرف فيه ، لا يكفي للقول بجواز التحكيم في هذه المنازعات ، وذلك لكون المادة (١/١٠ بند- عاشرا) من قانون مجلس الدولة المصري ، أناطت بالمجلس اختصاص الفصل في طلبات التعويض المترتبة على القرارات الإدارية التي يتخصص المجلس بالنظر في طلبات إلغائها ،

---

[1]- حكم المحكمة الإدارية العليا ، رقم الطعن ٩٢٠ ، لسنة ١٤ قضائية ، جلسة ١٩٧٦/١/١٤، مجموعة السنة ٢١ ، ص ٣٢ ، رقم ١٢، أشارت اليه د. نجلاء حسن ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ .

[2]- حكم محكمة تمييز العراق رقم الإضبارة ٢١٥/ م١/ تسلسل ٥٧١ في ١٩٩٣/٨/١٤ ، أشارت اليه ، رنا محمد راضي ، المرجع السابق ، ص ٥٩- ٦٠ .

[3]- كالمادة (٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي ، والمادة (١١) من قانون التحكيم المصري ، والمادة (٢٠٥٩) من القانون المدني الفرنسي .

سواء رفعت إليه بصفة أصلية أم تبعية ، وانه يلزم وجود نص خاص يجيز اللجوء الى التحكيم بشأن هذه المنازعات بدلاً من التخصص القضائي العام المقرر بموجب المادة المتقدمة ([1]).

في حين يذهب رأي آخر الى جواز التحكيم في منازعات التعويض الإدارية استنادا الى نص المادة (١١) من قانون التحكيم المصري التي تنص على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، وكذلك عمومية المادة الأولى من القانون المذكور التي أجازت التحكيم بين أشخاص القانون العام والخاص ، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية ، وأن عبارة غير عقدية تنطبق على دعوى التعويض الإدارية ، ويقف دور المحكم عند حد تقرير التعويض دون التعرض لشرعية القرار محل الطعن ([2]).

ومن جانبنا نرى أنه يجوز التحكيم في منازعة التعويض الإدارية استناداً الى عمومية النصوص القانونية التي تجيز التحكيم في كافة المنازعات العقدية وغير العقدية ، وذلك بتطبيق المعيار العام لقابلية المنازعة للتحكيم ، وبموجبه فإن المنازعات التي يجوز اللجوء فيها للتحكيم هي تلك التي تتعلق بحقوق مالية قابلة للصلح والتصرف فيها ، وعلى هذا فإن تعلق منازعة التعويض الإدارية بحق مالي وقابل للصلح والتصرف فيه ، يجعلها منازعة قابلة للتحكيم بصددها ، وأنه لا يلزم للقول بهذا الجواز ضرورة إيراد نص خاص يجيز التحكيم بهذا النوع من المنازعات ، وإنما يشملها النص العام الذي يجيز التحكيم في كافة المنازعات العقدية وغير العقدية ، بشرط قابلية الحق محل المنازعة للصلح وتعلقه بحق مالٍي وقابلٍ للتصرف فيه.

الخاتمة

بعدما تقدم من عرض للتحكيم في المنازعة الإدارية غير العقدية، تلوح أمامنا بعض النتائج التي استخلصناها من خلال بحثنا في هذا الموضوع ، بالاضافة الى ما نراه من توصيات في هذا الشان :

---

[1]– د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

[2]– د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل، المرجع السابق ، ص ٤١٧– ٤١٨ .

الاستنتاجات :

١- لم يعد التحكيم ذلك النظام الاستثنائي الذي يثير الخشية من اللجوء اليه ، سواء كان ذلك في المنازعات الداخلية أم الدولية ، وإنما أصبح حقيقة واقعة وفعالة في حسم المنازعات المختلفة التي يتفق أطرافها على اللجوء اليه ، ولم تصمد الدعوات المناهضة أمام هذا النظام الذي تتسارع خطاه ويتسع نطاقه ، لتعدد مزاياه ومحاسنه وازدياد الأخذ به في حسم المنازعات بدلا من القضاء العادي الذي تتسم إجراءاته بالتعقيد وطول الوقت وارتفاع التكاليف وتكدس الدعاوى ، إذ يضمن نظام التحكيم الفصل في النزاع بإجراءات مبسطة وغير معقدة وبوقت أقصر ، إضافة الى سرية جلساته وحفاظه على العلاقة الودية بين الخصوم .

٢- وفي المنازعات الإدارية غير العقدية ، فإنه على الرغم من عدم وجود نص صريح في معظم التشريعات المقارنة يجيز التحكيم في هذه المنازعات ، فإنه بالإمكان الاعتماد على المعيار العام لقابلية المنازعات للتحكيم لمعرفة مدى إمكانية التحكيم في هذه المنازعات ، ووفقا لهذا المعيار العام فإن المنازعات التي يجوز حسمها بطريق التحكيم هي المنازعات التي تتعلق بحقوق مالية قابلة للصلح والتصرف فيها ، وقد تبين لنا عدم وجود مانع قانوني يحول دون اللجوء الى التحكيم في بعض صور المنازعات الإدارية التي تتعلق بحقوق مالية قابلة للصلح والتصرف بشأنها والتي تثور بين الجهات الإدارية والأفراد كما في دعوى التعويض.

وبطبيعة الحال تخرج المنازعات المتعلقة بالمشروعية والإلغاء عن نطاق التحكيم ، وذلك لكونها لا تمثل نزاعا بين أطراف ، وإنما تقوم على مخاصمة القرار الإداري المطعون بعدم مشروعيته ، وتخصص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات اختصاص أصيل يجد سنده في النصوص التشريعية وفي أحكام القضاء .

التوصيات :

١- ضرورة تشريع قانون خاص بالتحكيم في العراق يتماشى مع الاتجاهات المتطورة في الأنظمة القانونية المقارنة ، ويسترشد في أحكامه بما جاء في الاتفاقيات الصادرة عن الأمم المتحدة ، وما جاءت به التشريعات المقارنة ، ذلك أن نصوص التحكيم في القانون العراقي صيغت في وقت لم يكن التحكيم يحظى فيها بالأهمية التي يحتلها اليوم ، كما أن معظم الدول المجاورة أصدرت قوانين خاصة بالتحكيم في السنوات القليلة السابقة ، لا بل أن بعضها أصدرت أكثر من قانون للتحكيم خلال المدة السابقة ، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية التي صدر نظام التحكيم فيها عام ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية عام ١٩٨٥ ، عادت

وأصدرت قانونا جديدا للتحكيم عام ٢٠١٢ متضمنا أحدث النصوص والأحكام التي تنظم التحكيم ، والمستوحاة من القوانين الإنموذجية والتشريعات المقارنة .

٢- ضرورة تحديد القانون العراقي لنوع النزاع المشمول بالتحكيم من حيث كونه نزاعا مدنيا أو تجاريا أو إداريا ، ومدى إمكانية التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ، والنص صراحة على جواز التحكيم في كافة المنازعات ومنها المنازعات الإدارية التي تنطوي على حقوق مالية وقابلة للصلح والتصرف فيها ، وطبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع فيما إذا كانت عقدية أو غير عقدية وذات طابع اقتصادي أو تجاري .

٣- ضرورة تلافي النقص التشريعي المتمثل بعدم انضمام العراق الى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، إذ أن تصديق العراق على هذه الاتفاقية وانضمامه اليها يوفر ضمانة حقيقية للمستثمرين الأجانب ويُعدُّ عامل تشجيع لهم على الاستثمار في العراق ، وبما يسهم في دعم عملية التنمية في البلاد ، ومن الجدير بالذكر أن هذه الاتفاقية لاقت قبولا واسعا على المستوى الدولي ، إذ صادقت عليها أكثر من ١٢٨ دولة أجنبية وعربية .

٤- من الضروري أن يعمد المشرع العراقي الى تفصيل الإجراءات الواجب اتباعها في عملية التحكيم ، ومنها السقوف الزمنية للتبليغ بالدعوى ومواعيد الجلسات وتعيين المحكمين ، فضلاً عن بيان الحكم المترتب على بعض الحالات ، مثل حالة تخلف أحد الطرفين عن الحضور وعدم تقديم دفاعه ، أو عدم تقديم ما طلب منه تقديمه من أوراق ومستندات ، وإصدار المحكمين حكمهم استنادا الى الأدلة المتوفرة لديهم ، وغيرها من الإجراءات التي تتعلق بتنظيم عملية التحكيم .

المصادر والمراجع

أولاً : المراجع القانونية باللغة العربية

١- د. أحمد محمود جمعة ، منازعات التعويض في مجال القانون العام ، منشأة المعارف ، إسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٢- د. أشرف محمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، ٢٠١٠ .
٣- د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٤ .
٤- د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٥- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٦ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .
٧- د. علي محمد بدير وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بغداد ، ١٩٩٣ .
٨- د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، الطبعة الاولى ، مؤسسة النبراس ، النجف الأشرف ، ٢٠١٢ .
٩- د. ماجد راغب الحلو ، الدعاوى الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٠- د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، دار ابن الأثير ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢ .
١١- د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
- د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
١٢- د. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ .
١٣- د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١٤- د. يسري محمد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

ثانيا : المراجع الأجنبية :

1- Charles Jarrosson, L'arbitrageen Droit Puplic, A.J.D.A , 1997, Dossier, P. 20 .

ثالثا: قوانين مختلفة :

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

٣-قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ .

٤-قانون المرافعات المدنية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

٥-قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

٦-مجلة التحكيم التونسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ .

٧-نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالأمر الملكي رقم ٣٤ في ٢٤/ ٥/ ١٤٣٣ هج.

٨-نظام التحكيم السعودي القديم الصادر بالمرسوم رقم م / ٤٦ في ١٢/ ٧ / ١٤٠٣ هج.

٩-قانون المرافعات المدنية الفرنسي لسنة ١٩٨٠ ..

١٠- قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لعام ١٩٨١ المتعلق بالتحكيم الدولي .