التحكيم في منازعات عقود الانشاءات

جودة ابراهيم النور

جامعة النيلين

مجلة كلية الدراسات العليا

الرقم الدولي الموحد: 1858-6228

المجلد: 16 ، 2021م
العدد: 01

كلية الدراسات العليا
جامعة النيلين

Graduate College Journal – NU
Vol.16 -2021, No. (1)
ISSN: 1858-6228, http://www.neelain .edu.sd

مجلة الدراسات العليا - جامعة النيلين
المجلد (16) –2021، العدد (1)
الرقم الدولي الموحد للدوريات: 1858-6228

التحكيم في منازعات عقود الانشاءات

جودة ابراهيم النور
قسم القانون الخاص - كلية القانون -جامعة الجزيرة – السودان

المستخلص

جاءت هذه الورقة بعنوان: التحكيم في منازعات عقود الانشاءات، حيث تكمن اهمية هذا الموضوع فيما يتميز به العقد الإداري عن العقود المدنية هي انعدام الحرية الكاملة في اختيار المتعاقد إذ فرض المشّرع قيودا" لأساليب التعاقد في المجال الإداري وذلك لان المتعاقد معها يسهم وبشكل فاعل في تامين سير المرفق العام بانتظام واطراد وضمان استمراريته خدمة للصالح العام وتحقيق المنفعة العامة. لذا هدف البحث إلى التعرف على مفهوم وأهمية العقود الإنشائية، التعرف على الوسائل المستخدمة في فض منازعات عقود الإنشاءات، والإطلاع على دور التحكيم في فض منازعات عقود الإنشاءات. يسعى الباحث من خلال هذا البحث إلى اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن. توصل الباحث للعديد من النتائج من أهمها: إن مسألة التحكيم في العقود الإدارية من المسائل الشائكة في النظام القانوني لعدم اتفاق التحكيم مع طبيعة العقد الإداري، أما التحكيم في العقود الإدارية الدولية فقد أجيز فيه التحكيم في هذا النوع من العقود وحتى القضاء الجزائري ساير هذا الموقف، وهذا من الأسباب التي أدت النوع من العقود وحتى القضاء ساير هذا الموقف. وبناء على النتائج السابقة يوصي الباحث بالآتي: تنظيم التحكيم الداخلي والخارجي وعدم حصر هذا التنظيم في قانون الإجراءات المدنية، توسيع نطاق التحكيم ليشمل المسائل الجزائية التي يغلب فيها الحق الخاص على الحق العام.، تطوير التحكيم من خلال اعتماد و تعزيز التحكيم الإلكتروني هذا لمزاياه المتعددة.

الكلمات المفتاحية: عقود الانشاءات – المنازعات – التحكيم .

مقدمة

إن عموم العقود والعقود التجارية بشكل خاص يتم الاتفاق عليه وتنفيذها بسهولة، ولكن قد تظهر بعض الصعوبات في تنفيذ هذه العقود فإنها غالباً ما تحل بالاتفاق بين الأطراف ولكن قد لا تتوصل أطراف التعاقد إلى حل فيما بينهم وبالتالي ينشأ نزاع بينهما مما يؤدي إلى الحاجة في جهة تحل هذا الخلاف.

حيث إن تلك العقود أصبحت هى العقود الرسمية لعدد كبير من الدول العربية مثل الأردن والإمارات والسودان، كما تم أخيراً إعداد عقد الإنشاءات الرسمي الذي أعده اتحاد المهندسين العرب بناء على موافقة مجلس وزراء الإسكان العرب وكان مطابقاً لعقود الفيديك وبالتالي فقد أصبحت العقود الرسمية للدول العربية جميعها تأخذ روح عقود الفيديك وعلى أساس من هذا الفهم جاء هذا البحث، حيث إن العدالة ليست وقفاً على دور المحاكم بل هي قائمة في كل مجلس صلح وفي كل هيئة توفيق أو تحكيم.

أهمية البحث

إن من أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الإداري عن العقود المدنية هي انعدام الحرية الكاملة في اختيار المتعاقد إذ فرض المشّرع قيودا" لأساليب التعاقد في المجال الإداري وذلك لان المتعاقد معها يسهم وبشكل فاعل في تامين سير المرفق العام بانتظام واطراد وضمان استمراريته خدمة للصالح العام وتحقيق المنفعة العامة .

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث الأساسية في السؤال الرئيسي: ما دور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار والجوانب المتعلقة بها؟، والذي تتفرع منه الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما مفهوم عقود الإنشاءات؟
2. ما هي أهم الوسائل المستخدمة في فض المنازعات بالنسبة لطرفي العقد؟
3. ما دور التحكيم في قضايا ومنازعات عقود الإنشاءات؟

أهداف البحث

1- الإلمام بأهمية العقود الإنشائية
2- إبراز الوسائل المستخدمة في فض منازعات عقود الإنشاءات.
3- الكشف عن دور التحكيم في فض منازعات عقود الإنشاءات

منهج البحث

يسعى الباحث من خلال هذا البحث إلى اتباع المنهج الوصفي والتحليلي المقارن

هيكل البحث

المبحث الأول: ماهية عقد الإنشاء الدولي

المبحث الثاني: ماهية التحكيم لغة وفقهاً وقانوناً

المبحث الثالث: النظام القانوني لعقود الإنشاءات

الخاتمــة: وتحتوي على النتائج والتوصيات

اولاً: النتائج

ثانياً: التوصيات

المبحث الأول

ماهية عقد الإنشاء الدولي

المطلب الأول: تعريف العقد لغة

العقد لغة هو ما يربط أطراف الشيء، وضده الحل، وهو عند العرب يطلق على هذا المعنى كما يطلق على كل ما يفيد التزاماً سواء كان من جانب أو جانبين. وللعقد عدة تعريفات حيث عرفه ابن منظور (العقد نقيض الحل والجمع عقود[1]

العقد لغة: عقد الحبل والبيع والعهد فانعقد ، وعقدته عليه بمعني عاهدته[2] وعقدت الحبل : شددته وقويت بين أطرافه[3].

والعقد مصدر فعل: عقد الشيء يعقده عقدا وتعاقدا، وعقده، فانعقد وتعقد، إذا شده، فانشد، فهو نقيض الحل، وهو في الأصل للحبل ونحوه من المحسوسات ثم أطلق في أنواع العقود من البيوع والمواثيق وغيرها، وفي التصميم الجازم على الشيء، ومنه العقيدة، أي ما يعقد عليه الإنسان قلبه من الآراء بجزم وتصميم، ومنها قوله الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[4]. وقوله تعالى (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا)[5].وقوله تعالى (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار وكان عهد الله مسئولا)[6] وقوله تعالى : (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها)[7].

[1] ابن منظور ،أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، الطبعة الثانية ، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ، 1992، ج9، ص309.

[2] مختار الصحاح للرازي ، ص 444 ، والمصباح المنير ، للفيومي ، طبعة دار الفكر ، ص 421.

[3] مختار الصحاح ، ص 445.

[4] سورة المائدة ، الآية (1)

[5] سورة الإسراء، الآية (34)

[6] سورة الأحزاب، الآية (15)

[7] سورة النحل، الآية (91)

قال ابن فارس :(العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشِدّةِ وُثوق، وإليه ترجعُ فروعُ البابِ كلها، من ذلك عَقْد البِناء، والجمع أعقاد وعُقود، وعَقَدت الحبلَ أعقِده عَقْدًا، وقد انعقد، وتلك هي العُقْدة، وعاقَدته مثل عاهدته، وهو العَقْد والجمع عُقود).

يطلق العقد في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، وضده الحل، ويطلق أيضاً بمعنى إحكام الشيء وتقويته. ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلامين، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسيّة للشيء أُخذت اللفظة وأُريد بها العهد، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثّق، والضمان، وكل ما يُنشئ التزاما.

وعلى ذلك يكون عقداً في اللغة، كل ما يفيد الالتزام بشيء عملاً كان أو تركاً، من جانبٍ واحد أو من جانبين، لما في كل أولئك من معنى الربط والتوثيق.

المطلب الثاني: تعريف العقد اصطلاحا

هو ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يثبت أثراً شرعياً في المحل المعقود عليه[8].

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه. والعقد، كذلك، هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، أو بعبارة أخرى، هو توافق إرادتين على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها. إن موضوع العقد لم يرد في كتب الفقهاء كموضوع مستقل وإنما تواردت أحكامه في ابواب مختلفة منها إلا أنه يمكن استخلاص هذه الأحكام واستخلاص آراء هؤلاء الفقهاء حولها ودراستها كل على حده[9].

وقال الزبيدي : (عقد الحبل، والبيع، والعهد، يعقده عقدا فانعقد: شده، وعقد العهد، واليمين، يَعْقِدُهما عَقْدًا وعَقَّدهما: أَكَّدَهما[10].

والذي صرح به أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحل.. ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم).

نجد جمهور الفقهاء والأحناف منهم على وجه الخصوص يطلقون لفظ (عقد) على معنيين أولهما هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في العمل، وثانيهما أن العقد هو ما يتم به الإرتباط بين إرادتين من كلام غيره، فهو لا يكون إلا فيما يقع بين اثنين أو أكثر من كلام، ويطلق بعض الفقهاء ومن بينهم الفقيه الحنفي الجصاص لفظ (العقد) على ما كان الإلتزام فيه من جانبين كالبيع والإجارة والزواج وما كن لا بعد من انعقاده من تلاقي إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول

[8] العناية على هامش فتح القدير (74/5) ، خاشية ابن عابدين (261/2)

[9] أبو زهرة، الإمام محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، دار الفكر، 1996، ج1، ص300

[10] مجلة البحوث الإسلامية، الجزء رقم : 91، الصفحة رقم: 210

كالوكالة والوصية على أفراد، كما يشمل ما يتم الإلتزام فيه بإرادة واحدة من غير توافق على شيء كالطلاق المجرد والعزل من التوكيل. ولذا فإن أكثر الفقهاء لا يطلقون اسم العقد على الطلاق، والإبراء، والإعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرفٍ واحدٍ من غير كلام الطرف الثاني. في حين يطلقون اسم العقد على البيع، والهبة، والزواج، والإجارة وغيرها مما لا يتم إلاّ بربط كلامين من طرفين.

أما المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد فانه لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو حصرٌ له وتخصيص لما فيه من العموم، وللعقد معنيين عندهم، ويطلق بإطلاقين: فمن عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما.

وقد أشار الإمام أبو زهرة إلى أن هناك من الفقهاء من يعممون فيطلقون لفظ (العقد) على كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، على أننا نلاحظ أن المشهود الغالب من آراء الفقهاء يميل إلى إطلاق لفظ العقد على ما يترتب على ربط كلامين من نتائج شرعية يقررها الشارع.

المطلب الثالث : العقد في الاصطلاح القانوني

1- تعريف العقد عند القانونين[1]

هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها. ويميز بعض شراح القانون بين الاتفاق والعقد، فالاتفاق عندهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وأما العقد فهو أخص من الاتفاق عند هؤلاء فهو يقتصر على إنشاء التزام أو نقله فقط. وهذه التفرقة لها جذور تاريخية نقلها القانون المدني الفرنسي عن بعض شراح القانون القدامى[2] ونص عليها في المادة1101 مدني فرنسي ولكن هذا التمييز ليس له أهمية، ولذلك فإن الأصح أنه لا فرق بينهما[3]، والمهم في العقد أن يكون اتفاقاً على إحداث أثر قانوني أي له قوة الإلزام. والعقد في القانون لا يكون إلا بين شخصين على الأقل فالقوانين لا تعرف العقد بالإرادة المنفردة إلى يومنا هذا ويستوي في هذا الأمر القوانين ذات الأصل اللاتيني والقوانين ذات الأصل الأنجلوسكسوني والقوانين ذات الأصل الجرماني . وإنه لمن الواضح أن جميع القوانين الوضعية التي تحكم العالم لا تعرف العقد إلا على أنه بين شخصين على الأقل وهي متأثرة في هذا بالقانون الروماني الذي ورثت عنه هذه القاعدة البالية[4].

وفي كتب القانون الإنجليزي نجد أن الشراح يصرحون بأن العقد لا يتصور إلا من إرادتين على الأقل [أن الوعد أو العهد يشتمل - على الأقل - على طرفين أحدهما يصدر والآخر يتلقى فيسمى الأول موجباً والآخر قابلًاويقولون أيضًا: [إن الإيجاب الذي لم يصادف قبولاً ليس له أي أثر قانوني] ويلاحظ أننا نرجع إلى كتب القانون الإنجليزي مباشرة لأن شراح القانون العرب لم يتعرضوا - إلا فيما ندر - للقانون الإنجليزي. هذا وقد أخذ بعض شراح القانون في ألمانيا وفرنسا منذ منتصف القرن الميلادي الماضي ينادون بأهمية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام

2- تعريف العقد في القانون الفرنسي

المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي، تعرّف العقد بأنه "اتفاق يلتزم، بمقتضاه، شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه".

3-العقد في قانون المعاملات السوداني :

جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)[5]. ويؤخذ مما سبق أن العقد يتم بقبول وإيجاب مرتبطين ، إلا أن بعض الفقهاء استعملوا العقد في كل عهد يلزم به الشخص نفسه . فأطلقوا العقد على ما يتم بإرادتين وعلى ما يتم بإرادةٍ واحدةٍ كالوصية والوقف واليمين[6]. والعقد هنا المقصود به الذي يرتبط فيه القبول بالإيجاب على وجه يثبت للمشتري الملك في البيع ، وهذا هو الأثر الشرعي الذي يثبت في المحل المعقود عليه وهو تمليك المبيع للمشتري وتمليك الثمن للبائع .

المطلب الرابع: ماهية العقد الإداري

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري:

يعرف القضاء والفقه الإداريان العقد الإداري بأنه (عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر فيه نية الإدارة العامة للأخذ بأسلوب القانون العام عن طريق تضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في القانون الخاص)[7] ، ويؤخذ من هذا التعريف أنه لكي يكون العقد إداريا لا بد له من ثلاثة عناصر:

أولاً: يجب أن يكون طرفا العقد أو أحدهما شخصا من أشخاص القانون العام، ومن المتفق عليه بهذا الخصوص أن أشخاص القانون العام تشمل الدولة والمحافظات والهيئات المحلية - اللامركزية الإقليمية - كما تشمل الهيئات والمؤسسات والمصالح والشركات العامة - اللامركزية المرفقية[8]،

---

[1] السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ج 1 ص 149

[2] مثل بوتييه ودوما ويراجع في هذا كله الوسيط للسنهوري ج 1 ص150

[3] القانون المدني المصري في المادة 122 منه لكن هذه المادة ألغيت بسبب آخر وهو تجنب الإكثار من التعريفات في القانون.

[4] السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ج 1 ص128.

[5] المادة 1/33.

[6] أحكام القرآن: أحمد بن على الرازي الجصاص ، تحقيق محمد صادق قمحاوي ، بيروت: دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأخيرة ،1412هـ - 1992م(2/295،294)

[7] محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري – **دراسة مقارنة**–، ط1، 1993م، د. ن، ص14

[8] المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 154 لسنة 34ق، بتاريخ 1997/1/2، منشور في **الموسوعة الإدارية الحديثة**، الدار العربية للموسوعات بالقاهرة، 1994م- 1995م، حسن الفكهاني، ج49، ص54.

يستوي بعد ذلك أن يكون الطرف الثاني في التعاقد فرداً أو شخصاً معنوياً خاصاً.

كذلك هو العقد المبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وعرفته محكمة القضاء الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تيسيره وأن تظهر نيته في العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة[1].

تعريف العقد الإداري حسب القضاء الفرنسي :

حسب ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن "العقد الإداري هو كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام، على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد معها- وهو أحد أشخاص القانون الخاص –بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[2].

وعرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه هو العقد الذى أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة ويتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تيسيره أو تنظيمه ويتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية

المبحث الثاني

ماهية التحكيم

المطلب الأول: تعريف التحكيم لغة

التحكيم في اللغة مصدر حكمه في الأمر والشيء ، أي جعله حكماً وفوض الحكم إليه ، وحكموه بينهم أي طلبوا منه أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم ، وحكمه في ماله تحكيماً ، أي جعل إليه الحكم فيه[3] ، ويقال : حكمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا[4] ، والتحكم يقصد به التفويض فهو مأخوذ من حكم ، وأحكمه فاستحكم أي صار محكماً في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه ، فاحتكم إليه[5] ومادة حكّم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ، ويسمى الحكم بفتح الحاء والكاف أو المحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف مشددة[6] .

ويقال حاكمته إلى الحاكم أي خاصمته إليه ، ودعوته محكمه وحاكمته إلى الله دعوته إلى حكمه ، واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم إذا رفعوا أمرهم إليه[7] ويقول الله تعالى في ذلك (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُواْ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُواْ إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُواْ أَن يَكْفُرُواْ بِهِ ...)[8] وفي الحديث النبوي الشريف (وإليك حاكمت)[9].

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في الإصطلاح الفقهي

والتحكيم يقصد به اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد تم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم[10] .والتحكيم هو أن يتخذ طرفي الخصومة ويتوافق بينهما طرفاً ثالثاً ليفصل فيما تنازعا فيه فهو كعقد توليه القضاء يصدر من صاحب الولاية العامة ، أما توليه المحكم فيصح أن يقع من آحاد الناس أو ممن له صفة خاصة كالإمام[11]

وكذلك فإن نظام التحكيم هو أداة فعاله للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات بدلاً من القضاء العام في الدولة الحديثة (صاحبة الولاية العامة) والاختصاص بالفصل في جميع منازعاتهم وأياً كان موضوعها[12] .

التحكيم هو وسيلة لتسوية نزاع ما حول مسألة ما تتعلق بها مصلحة شخصين أو أكثر حيث يعهد بها إلى شخص أو أكثر يسمو بمحكم أو محكمين[13].

---

[1] سميمان محمد الطماوي , ألسس العامة لمعقود إلدارية , دار الفكر العربي الطبعة الرابعة–1948ص32

[2] الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة .(مقارنة – الطبعة الثالثة ١٩٧٥ ، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٥٠

[3] زين العابدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح تحقيق ، محمود خاطر وحمزة فتح الله ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان دار البصائر ، دمشق ، سوريا 1407هـ - 1987م وطبعة دار الكتب العربية ، بيروت ص148

[4] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، الناشر: دار صادر ، بيروت ، لبنان طبعة 1990م – 1410هـ المجلد الثاني عشر ص141 ، مادة حكم .

[5] مجد الدين محمد بن يعقوب فيروز أبادى المتوفى سنة 817هـ الطبعة الثانية مطبعة مصطفى الحلبي 1371هـ - 1952م ص105 .

[6] الدكتور ، محمود مختار أحمد بريري / التحكيم التجار الدولي ، الطبعة الثالثة 2004م الناشر دار النهضة العربية ص1 .

[7] الزمخشري ، أساس البلاغة ص190 ، وتهذيب اللغة المجلد الثاني ص953

[8] الآية (60) من سورة النساء .

[9] رواه البخاري في صحيحه عن إبن عباس رضي الله عنه (باب التهجد بالليل) المجلد الثالث ص61 الحديث رقم (1128) وفي باب الدعاء إذا انتبه بالليل الحديث رقم (3690) وفي صحيح الإمام مسلم ، كتاب صلاة المسافرين وقصرها الحديث رقم (1844) .

[10] المادة 4 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م .

[11] محمد الحسن حسين شرفي ، التحكيم بين الشريعة والقانون دراسة تطبيقية مقارنة ، مطبعة القضائية السودان الخرطوم ص6

[12] د. محمود السيد عمر التحيوي / التحكيم الحر والتحكيم المقيد / الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية / جلال حزي وشركاه / الطبعة 2001م ص32 .

[13] مجلة العدل / مجلة قانونية فصلية محكمة / يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل / جمهورية السودان – الخرطوم / السنة الثامنة / العدد التاسع عشر ديسمبر 2006م ص320 .

وقال آخرون : هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين[1]

هذه التعارف لا خلاف بينهما رغم تنوعها ورغم تعدد مصادرها ، وهذا دليل واضح بأن الدولة الحديثة لم تحتكر سلطة الفصل في المنازعات التي تنشأ عادة بين مواطنيها من جهة وبين الأجهزة العامة التابعة للدولة وأطراف مدنية أخرى ، وإنما جعلت الباب مفتوحاً دون قيد أمام الأفراد أو الجماعات باللجوء إلى نظام التحكيم للفصل في المنازعات القائمة أو المحتمل أن تقوم بينهم . وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة و دون الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة – صاحب الولاية العامة – والاختصاص بالفصل في جميع منازعات الأفراد والجماعات وأياً كان موضوعها إلا ما استثنى بنص قانوني وضعي خاص ، وفقاً للإجراءات العادية للتقاضي ، وإذا كان الأصل أن القضاء لا يمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية المخصصة لذلك ، فإن النظم القانونية الوضعية وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها[2]، قد أجازت للأفراد والجماعات وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها، عمدت إلى فرضه في خصوص منازعات معينة ، حددتها بنصوص قانونية وضعية خاصة[3] .

المطلب الثالث: تعريف التحكيم في القانون

يقول الدكتور محسن شفيق: "إن التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط تفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء" يبدأ بهه الاتفاق على طرح النزاع على شخص وقد جاء في تعريف التحكيم معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به. كما أنه الطريق البديل الثالث لحل النزاعات بعد الصلح و الوساطة، يتم خارج مرفق القضاء و دون تدخل من القاضي ،شريطة أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع[4].

إذن هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية ،على لفعل ،أو التي يحتمل أن تثور عنرت بينهم أن يتم الفصل في المنازعة التي طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين[2] .

كما يستطيعوا الأطراف الاتفاق على "التحكيم قبل حدوث أي خلافات بينهم ،فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد ،م الأصلية ، أو الاتفاق الذي ينظم علاقات وقد يحررون وثيقة أو اتفاقا مستقلا، يضم اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات في العقد الأصلي إلى التحكيم[5].

المبحث الثالث

النظام القانوني لعقود الإنشاءات

المطلب الأول : أركان العقود الإدارية ووسائل وطرق إبرامها

الفرع الأول: أركان العقود الإدارية

يعتمد تطبيق العقود الإداريّة على وجود عدّة أركانٍ، وهي:

الرضا: هو توافق إرادتين على إبرام العقد الإداريّ؛ عن طريق التعبير بالقبول والإيجاب مع التقيد بكافة الأحكام القانونيّة.

المكان: هو المحل أو الموقع الذي ستُنفّذ فيه عملية إبرام العقود الإداريّة بشكلٍ قانونيّ.

السبب: هو الاعتماد على وجود سبب مشروعٍ لإبرام العقد بعد تحقيق ركنيّ الرضا والمكان.

الشكليّة: هي الاعتماد على الشكل القانونيّ للعقود الإداريّة في حال ألزم القانون بذلك.

أولاً: أنواع العقود الإدارية[6]

توجد العديد من أنواع العقود الإداريّة، وفيما يأتي معلومات عن أهمّها:

1-عقد الامتياز:

ويُعرّف أيضاً باسم عقد الالتزام، وهو عقد إداريّ مهم؛ بسبب منحه للمنشأة أو الفرد حقاً إداريّاً للاستفادة من مرفق عام.

عقد الأشغال العامة: هو عبارة عن مقاولةٍ تُطبق بين شخصيّة قانونيّة عامة ومنشأة أو شخص يتعهد بتنفيذ أعمال الصيانة أو البناء أو الترميم وفقاً لمبلغٍ ماليٍّ يُحدّده العقد.

3- عقد التوريد:

هو اتفاق يحصل بين شخصيّة قانونيّة عامة ومنشأة أو شخص يتعهّد بتوريد أشياء منقولة مقابل الحصول على مبلغٍ ماليٍّ مُحدّد.

الفرع الثالث: وسائل وطرق إختيار الإدارة للمتعاقد :

أولاً: الإعتبارات الواردة على إختيار الإدارة للمتعاقد :

---

[1] الدكتور / محمود اليد عمر التحوي ، التحكم الحر والتحكم المقيد ، مرجع سابق ص33 .

[2] محمود محمد هاشم / قواعد التنفيذ الجبري و إجراءاته في قانون المرافعات ، طبعة 1991م دار الفكر العربي بالقاهرة ص212 .

[3] د. محمود السيد عمر التحيوي / التحكيم الحر والتحكيم المقيد ، مرجع سابق ، ص4

[4] درة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)قانون رقم 08 -09مؤرخ في 2008/02/23،طبعة أولى 2009، أستاذ لبليدة ،منشورات Sمحاضر بجامعة سعد دحلب بغدادي، ص534

[5] ديري:التحكيم التجاري الدولي ،الطبعة الثالثة 2004،الناشر دار النهضة العربية ،ص5

[6] اصر لباد : القانون الإداري ، النشاط الإداري – الجزء الثاني – الطبعة الأولى – سنة 2004 ، صفحة 407-409

1- إعتبارات المصلحة العامة:وهو يهدف في مجال إختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة إلى هدف المحافظة على المالية العامة للدولة ، بتوفير أكبر وفر وقدر مالي ممكن للخزينة العامة في الدولة . وبناءا على هذا الإعتبار المالي يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة أن تلتزم باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أحسن وأفضل الشروط المالية بالنسبة للخزينة العامة في الدولة . وهذا الإعتبار المالي يؤدي بالضرورة الى تقييد حرية الإدارة في اختيار الطرف المتعاقد معها . وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية والثاني مراعاة المصلحة الإدارية ويتطلب تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من إن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها))[1]

والطرائق التي يقصد بها المشرع سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها تتعدد على وفق لموضوع العقد وظروف عملية التعاقد فإذا كان منصباً على بيع مال أو تأجيره اوعلى التزام مرفق عام يكون بإتباع أسلوب المزايدات أما إذا كان منصّباً على مقاولة أو توريد أو نقل عام يكون بإتباع أسلوب المناقصة[2] .

2- إعتبارات المصلحة الفنية :وجوهر هذا الإعتبار الفني وجوب التركيز في مجال اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة ، وبناءا على ذلك على الإدارة أن تلتزم بالتعاقد مع الأكفاء والأقدر فنيا على تحقيق أغراض العقود الإدارية بصرف النظر عن إعتبار المصلحة المالية للخزينة العامة . وهذا الإعتبار يؤدي إلى منح الإدارة قدرا من الحرية في نطاق إختيار الطرف المتعاقد معها .

3- إعتبارات العدالة القانونية :وهذه الإعتبارات والمبررات تقوم على أساس ضرورة كفالة حماية حقوق الأفراد وحرياتهم بتحقيق الضمانات اللازمة لذلك من أي تهديد من تعسف السلطات الإدارية المتعاقدة وإساءة استعمال حريتها المطلقة في الإختيار المطلق للطرف المتعاقد معها[3].

ثانياً: كيفية إختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة :

1- المناقصات والمزايدات العامة :

أهم الطرق والكيفيات التي يقيد بها القانون السلطة الإدارية في إختيار الطرف المتعاقد معها هي طريقة المناقصات والمزايدات العامة. وتعرف المناقصات والمزايدات العامة بأنها مجموعة الإجراءات تقرر القوانين واللوائح العامة اتباعها بقصد الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم ويحقق أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة ، وإذا كانت الأحكام القانونية للمناقصات والمزايدات العامة واحدة فإن معنى المناقصات يختلف عن إصلاح المزايدات العامة .

فالمناقصات العامة تعني الطريقة أو الإجراء الذي تلتزم الإدارة بمقتضاه باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أقل عطاء ممكن ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كما هو الحال في عقود الأشغال العامة ، أو القيام بالشراء أو التوريد أو النقل مثلا .

أما المزايدة العامة فهي تفيد وتعني الطريقة والإجراء المقرر قانونا والذي تلتزم بمقتضاه الإدارة بإختيار الطرف المتعاقد الذي قدم أعلى عطاء ممكن .

المطلب الثاني: المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها النظام القانوني للمناقصات والمزايدات العامة :

تقوم طريقة المناقصات والمزايدات العامة في إختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة على ثلاثة مبادئ أساسية وهي :

أ- مبدأ العلانية في إجراء عملية المناقصات والمزايدات العامة :لتحقيق الغرض والقصد من المناقصات والمزايدات العامة لابد من إحترام وتطبيق مبدأ علانية المناقصات والمزايدات العامة في جميع مراحلها ، ويتطلب تحقيق هذا المبدأ الإعلان مقدما عن تاريخ ومكان إجراء عملية المناقصات والمزايدات العامة ، بطريقة تضمن وتكفل جميع أرباب المهنة بموضوع المناقصات والمزايدات العامة .

ب - مبدأ المنافسة العامة : يعني هذا المبدأ إفساح المجال إلى جميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات والمزايدات العامة ، والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم شروط المناقصات والمزايدات العامة ، ويساعد على تحقيق وقيام مبدأ المنافسة الحرة هذا مبدأ إعلانية المناقصات والمزايدات العامة

ج - مبدأ المساواة بين المتنافسين :ويقصد بهذا أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا وفعلا ومثال تطبيق مبدأ المساواة بين المتنافسين أنه لا يجوز مثلا قبول طلب وعروض أنه بدون تأمين بينما يلزم الباقون بإرفاق طلباتهم بتأمين

أنواع المناقصات والمزايدات العامة[4]:أ- المناقصات العامة المفتوحة :

وهي تلك المناقصات والمزايدات العامة التي يسمح بالإشتراك فيها لمن يشاء ، فبعد إجراء عملية العلانية التامة ، تلتزم الإدارة في هذا النوع من المناقصات والمزايدات بإختيار من يتقدم بأفضل الشروط المالية والفنية دون أن تقتصر المنافسة فيها على أشخاص معينين .

ب – المناقصات والمزايدات العامة المقيدة والمحدودة :وهي التي تقتصر فيها المنافسة على أشخاص معينين تختارهم الإدارة مقدما ، كأن يقتصر حق

[1] حكم محكمة القضاء الاداري في القضية 7027 في 1952/4/14 ، السنة الثامنة اورده د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ،ص 251 .

[2] د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، مصدر سابق ،ص 48 .

[3] ادريس العلوي العبدلاوي، البعد الأخلاقي للقاعدة القانونية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، العدد 13، المغرب، 1996، ص99

[4] محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1، 2010، ص 65

الإشتراك في منافسات المناقصات والمزايدات العامة على أشخاص أو غرف مسجلة في سجلات أو كشوف جهات فنية أو حرفية خاصة بوزارة من الوزارات في الدولة وذلك لتمييزها وكفايتها من الناحية الفنية أو المالية .

ج - المناقصات والمزايدات العامة على أساس الموازنة بين السعر والجودة :وهي المناقصة العامة التي لا ينظر فيها إلى إعتبار الثمن وحده ولكن جودة العينة أو السلعة أيضا ، أي تقوم الإعتبارات المالية والإعتبارات الفنية معا في هذ النوع من المناقصات والمزايدات العامة ، وبناءا على ذلك تقدر الإدارة الإعتبارات الفنية في الشروع محل وموضوع المناقصة أو البضائع المطلوب توريدها ، ثم تلتزم الإدارة بإختيار للمتعاقد معها من يقدم أفضل الشروط المالية لتحقيق غرض هذا العقد .

إجراءات المناقصات والمزايدات العامة[1] :–

المرحلة الأولى : مرحلة إعدادا مواصفات الأصناف والأعمال المراد طرحها في المناقصات والمزايدات العامة ، وشروط تقديم العروض والعطاءات . ويتطلب ذلك تطبيق مبدأ إعلانية المناقصات والمزايدات العامة السابق بيانه أي يجب أن تعلن إلى جمهور الراغبين في التعاقد مع الإدارة العامة حتى يفتح بابا للمنافسة المتساوية .

– المرحلة الثانية : مرحلة تقديم العطاءات :تقدم العطاءات من طرف المشاركين في المناقصة والمزايدات العامة ، وذلك في خطابات موضوعة داخل ظرفين مغلقين وترسل في البريد المضمون إلى الجهة الإدارية المختصة ، وهذه العروض أو العطاءات يلتزم أصحابها بمجرد تقديمها ، فلا يمكن سحبها أو تعديل ماجاء فيها إلا إذا قرر عكس ذلك .

- المرحلة الثالثة : مرحلة فحص العطاءات :في هذه المرحلة تفحص وتفرز العروض والعطاءات ، ثم ترتب بواسطة لجنتين لكل منها اختصاص محدد في هذا النطاق هما لجنة فتح الظروف التي تقوم بفتح الظروف المشتملة على العطاءات والعروض ، وتبين عدد الظروف والوثائق المرفقة بكل عطاء وبيانات أخرى من إسم مقدم العطاء وقيمة التأمين المقدم وذلك في السجل المخصص لذلك.

- المرحلة الرابعة : مرحلة إرساء المناقصة والمزايدة العامة بعد مرحلة الظروف وفحصها وفرزها ، بينت في المناقصة العامة أو المزايدة العامة بإرساء المناقصة أو المزايدة في العروض أو العطاءات على من قدم أفضل وأكثر الشروط المالية أو الفنية وتلتزم الإدارة قانونا بإختيار من يقدم أفضل الشروط المالية أو الفنية لتتعاقد معه ، وتختص بالقيام بإجراءات مرحلة البت أي إرساء المناقصة أو المزايدة لجنة خاصة تدعى لجنة البت أو الإرساء.

- المرحلة الخامسة : مرحلة التصديق أو الإعتماد :ليكون إرساء المناقصة أو المزايدة العامة هذا عملا قانونيا منتجا ومولدا لآثاره القانونية (قرار إداري) لابد لذلك من المصادقة على قرار الإرساء والبت في المناقصة أو المزايدة العامة . تثبت نتائج كل مناقصة في محضر تذكر فيه بالتفصيل الظروف التي جرت فيها العملية ، ويصادق على المناقصة من طرف الشخص المسؤول عن الصفقات أو السلطة الوصية بالنسبة للجماعات المحلية ، وتصبح نهائية بهذه المصادقة التي يجب تبليغها خلال مدة أقصاها شهر .

3/ كيفية إختيار الإدارة للطرف المتعاقد معها عن طريق الممارسة الحرة: وسيلة وطريق الممارسة الحرة أو " الإتفاق المباشر" في إختيار جهة الإدارة للطرف الراغب في التعاقد إداريا معها يخضع لمبدأ حرية الإدارة في إختيار المتعاقد معها ، عكس طريق المناقصات والمزايدات العامة الذي يؤدي إلى تقييد حرية الإدارة في هذا المجال ، فطريق الإتفاق المباشر أو الممارسة الحرة عن طريق التراضي هو ذلك النظام الذي يسمح للإدارة بأن تتفق مباشرة مع المتعاقد معها دون الإلتجاء إلى طريقة ووسيلة المناقصات والمزايدات العامة وذلك في العقود التي لا يمكن فيها أعمال وتطبيق أسلوب المناقصات والمزايدات العامة ، كما هو الحال في تعاقد الإدارة في عقود عرض وتقديم المساهمة في مشروع عام ، حيث لا يمكن (أعمال وتطبيق وسيلة) المناقصات والمزايدات العامة في مثل هذه العقود الإدارية[2](1) .

المطلب الثالث : عملية تنفيذ العقد ونهايته:

الفرع الأول : تنفيذ العقد الإداري- سلطات الإدارة إزاء المتعاقد معها :

للإدارة سلطة كاملة في توجيه تنفيذ العقد وفي الرقابة على تنفيذه في مختلف مراحله ، ويعترف غالبا بهذه السلطة في العقد نفسه ، وتمارس الإدارة سلطة الرقابة وتوجيه تعليمات للمتعاقد معها حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف

· تتمتع الإدارة إلى حد ما بسلطة تعديل أحكام العقد بصفة إنفرادية ، وسلطة التعديل المعترف بها للإدارة بإعتبارها طرفا للعقد تميز العقد الإداري عن عقد القانون الخاص بحيث إن هذا الأخير لا يمكن تعديله إلا بإرادة وموافقة الطرف الآخر .

· للإدارة الطرف في العقد ، عندما لا ينفذ المتعاقد معها الإلتزامات المنصوص عليها في العقد (كالتأخير في التنفيذ ، والإهمال) ، أولا إمكانية اللجوء إلى القاضي للحصول على إدانة المقاول أو المورد ليدفع للإدارة

[1] احمد منصور – المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، بدون دار نشر ، 1996 ،ص 337 ، د. زين بدر فراج – الاحكام العامة للتعاقد وفق قانون 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات ، دار النهضة العربية، 2000 ، ص 295

[2] د. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، 1997 ،ص 13

تعويضات وفوائد ، ويمكن كذلك للقاضي أن يعلن عن فسخ العقد على الطرف العاجز.

· إن فسخ العقد يمكن أن يتم من جهة بإتفاق من الطرفين كما هو الحال في القانون الخاص فهو يسمى بالفسخ الإتفاقي ويمكن من جهة ثانية أن يكون الفسخ كذلك بتدخل من القاضي سواء بناءا على طلب من الإدارة أو بناء على طلب من المتعاقد معها ، ومن جهة ثالثة يجوز للإدارة إذا أخل المتعاقد معها بإلتزاماته بصورة جسيمة أن تفسخ العقد أو حتى في حالة عدم إرتكابه لخطأ إذا كان الفسخ مبنيا على مقتضيات المصلحة العامة ومتطلباتها إما بقرار فردي أو بقرار تنظيمي .

حقوق المتعاقد مع الإدارة[1]

- الحصول على المقابل المالي : ويعتبر من أهم إلتزامات الإدارة المتعاقدة وكذلك من أهم حقوق المتعاقد معها ، لأن هدف هذا الأخير من التعاقد هو الحصول على الربح ويتخذ هذا المقابل المالي صورا متعددة وهذا بحسب موضوع العقد ، فقد يكون مرتبا شهريا كما هو الحال في عقد التوظيف في مجال الوظيفة العمومية ، وقد يكون ثمنا للسلع والبضائع كما هو الحال في عقود التوريد وثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية أو رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين كما هو الحال في عقد إمتياز المرفق العمومي .

- إحترام التوازن المالي للعقد :

إن المقابل المالي المحدد في العقد ، مبدئيا لا يمكن تغييره فالمتعاقد مع الإدارة شأنه شأن الإدارة يجب عليه أن ينفذ إلتزاماته بالثمن المتفق عليه إلا أن بعض الأحداث الغير متوقعة يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة وتؤدي في التغيير في وضع العقد ، فتجعل تنفيذه باهض الكلفة للمتعاقد مع الإدارة وقد تنتهي بإفلاسه ، إن هذه الوضعية قد تكون الإدارة هي مصدرها بما تكون قد إتخذته من إجراءات أثرت مباشرة على العقد كما يمكن أن يتعلق الأمر بظروف ناتجة عن إجراءات عامة تم إتخاذها من قبل السلطات العمومية ، دون أن يكون العقد هو المقصود بالذات بتلك الإجراءات كما يمكن أن يتعلق الأمر بظروف لا دخل للإدارة فيها ولكنها تنعكس أيضا على التوازن المالي للعقد أو مايسمى كذلك بالمعادلة المالية للعقد .

الفرع الثاني: نهاية العقد الإداري :

أولاً : الأسباب العادية :

تنتهي العقود الإدارية مثل بقية العقود لتحقيق أغراضها عن طريق تنفيذ الإلتزامات التعاقدية بتسليم المواد والسلع في عقود التوريد والإنتهاء من الأعمال المطلوبة في عقد الأشغال العمومية وكأن تأتي المدة التي أبرم العقد لها إلى نهايتها .

الفرع الأول : الأسباب الغير عادية :

قد تنتهي العقود الإدارية بصفة غير عادية للأسباب الآتية :

أ - بسبب الإتفاق بين طرفي العقد .

ب - بسبب فسخ العقد من طرف القاضي :يمكن لأحد طرفي العقد إلى اللجوء إلى القضاء لطلب فسخ العقد بناءا على إستحالة تحقيق غرضه أو على الإضطراب الشديد والدائم الحاصل في التوازن المالي للعقد ، ويتم تأسيس الطلب في هذه الحالة إما على نظرية الظروف الطارئة أو على نظرية القوة القاهرة

جـ - بسبب فسخ العقد من طرف الإدارة :إن السلطة الإدارية المتعاقدة تملك الحق لإنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا كان العقد أو نصوص قانونية معينة تسمح بمثل هذا الإجراء إلا أنه يجوز للإدارة المتعاقدة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى وإن لم يكن هناك نص قانوني أو بند في العقد يسمح لها بذلك إذا ارتكب المتعاقد معها خطأ جسيما أو حتى في حالة عدم إرتكابه لخطأ إذا كان الفسخ مبنيا على مقتضيات المصلحة العامة ومتطلباتها ولكن في هذه الحالة الأخيرة وفي المقابل يجب على السلطة الإدارية المتعاقدة تعويض المتعاقد معها[2].

ثانياً: التحكيم في نزاعات العقود الدولية

القاعدة العامة في القانون الفرنسي هي عدم جواز التحكيم في هذه العقود ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك. ولمصالح البلاد وجلب المستثمرين الأجانب ورؤوس الأموال الأجنبية، قد استثنى المشرع الفرنسي العقود الإدارية الدولية من هذه القاعدة.وفي6مارس 1976تم الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم، وفي 19أغسطس 1976الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية. فنصت المادة 9من قانون 1976 لمخالفة لأحكام المادة 2060:" أنه من التقنين المدني الفرنسي يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة لاشتراك مع شركات أجنبية لأجل القيام بأن تدرج في عقودها التي أبرمتها بعمليات اقتصادية وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار عند تفسير وتنفيذ مثل تلك العقود"[3].

فالمشروع لم يقتصر مجال التحكيم على نوع معين من العقود الإدارية الدولية، بل وسع من نطاق اللجوء إلى التحكيم بحيث يشمل جميع صور العقود الدولية، وكافة المنازعات التي تنشأ عن

[1] حكم المحكمة الادارية العليا في مصر في الطعن رقم 845 ، س19ق ، جلسة 1980/1/22 وارد في موسوعة العقود الادارية ، ص224

[2] ناصر لباد : المرجع السابق ، الصفحة : 437

[3] د.هشام علي صادق:القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية منشاة المعارف الإسكندرية،1995،ص52.

هذه العقود"[1].لموافقة كذلك اشترط المشرع الفرنسي أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء على تضمين العقد شرط التحكيم وكذلك يجوز التحكيم في العقود الإدارية ناشئة عن اتفاقية أو معاهدة دولية قد صادقت عليها فرنسا الدولية وتكون بدورها تجيز هذه الاتفاقية تسوية النزاع مع اطرافها عن طريق التحكيم رغبة من المشرع في جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد، فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وتفرق أغلب التشريعات الحديثة ومنها التشريح الجزائري والفرنسي والمصري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ويختص حكام متميزة مختلفة عن التحكيم الدولي، اتفاقية التحكيم الداخلي من عدة نواح ومن بينها التزام أغلب دول العالم حاليا نيويورك التي أبرمت عام1958 الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الدولية، كما رغبة من المشرع في جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد، فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وتفرق أغلب التشريعات الحديثة ومنها التشريح الجزائري والفرنسي والمصري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ويختص حكام متميزة مختلفة عن التحكيم الدولي، اتفاقية التحكيم الداخلي من عدة نواح ومن بينها التزام أغلب دول العالم حاليا نيويورك التي أبرمت عام1958الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الدولية، كما نظمت كذلك كيفية التعاون بين مختلف الدول

الخاتمة

إن العقد بصفة عامة هو توافق الإرادتين على خلق وإنشاء إلتزام متبادل فيجب أن يقوم العقد بين الإدارة والمواطن على شروط مستوفاة قبل التعاقد ولا يجب أن يتجاوز أي طرف هذه الإلتزامات وإلا أعتبر العقد ملغى أو باطل ومن خلال هذه العملية تهدف الدولة إلى تسيير مرفقها العام بطريقة قانونية وتعزيز علاقتها مع المواطن لإنماء المشاريع الإقتصادية .

اولاً: النتائج:

1. إن مسألة التحكيم في العقود الإدارية من المسائل الشائكة في النظام القانوني لعدم اتفاق التحكيم مع طبيعة العقد الإداري.
2. أما التحكيم في العقود الإدارية الدولية تدخل المشرع بتعديل قانون جديد أجاز فيه التحكيم في هذا النوع من العقود.
3. هناك تفتح في التشريعات المعاصرة على التحكيم الدولي والظروف الاقتصادية والمرحلة الانتقالية المتمثلة في تحرير الاقتصاد و اثره على التحكيم الدولي تفتح اقتصادها على جلب الاستثمار الخارجي.
4. توافق العقد مع القانون الموضوعي هو توافق مع الأخلاق اكثر من توافقه مع القانون الوضعي. فلقد إتضح أن المبدأ الأساسي الذي يخضع له العقد، هو فكرة العدالة العقدي
5. أن العدالة العقدية ومبدأ حسن النية ومقتضياته يعززان العلاقة الوثيقة بين القانون والأخلاق، وتكريسهما في القانون أدى إلى تهذيب الأحكام المنظمة للعقد و تزكية القيمة المعنوية للعلاقات العقدية، ما يمثل تجسيد لفكرة أخلقة العقود التي إستدعتها التطورات الحديث

ثانياً: التوصيات:

1. توسيع نطاق التحكيم ليشمل المسائل الجزائية التي يغلب فيها الحق الخاص على الحق العام.
2. تنظيم التحكيم الداخلي والخارجي وعدم حصر هذا التنظيم في قانون الإجراءات المدنية.
3. توسيع نطاق التحكيم ليشمل المسائل الجزائية التي يغلب فيها الحق الخاص على الحق العام.
4. تطوير التحكيم من خلال اعتماد وتعزيزه التحكيم الإلكتروني هذا لمزاياه المتعددة.

المصادر والمراجع:

المصادر:

اولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الأحاديث النبوية الشريفة:

ثالثاً: المعاجم

1. ابن منظور ،أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، الطبعة الثانية ، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ، 1992، ج9، ص309.
2. أبو زهرة، الإمام محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، دار الفكر، 1996.
3. أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، " معجم مقاييس اللغة" تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399 .
4. مختار الصحاح للرازي والمصباح المنير ، للفيومي ، طبعة دار الفكر.

[1]أنور احمد رسلان: التحكيم في المنازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة بحث منشور في مجلة الأمن والقانون كلية شرطة دبي،السنة السادسة،العدد الأول يناير1998،ص222

5. محمد المرتضى الزبيدي، " تاج العروس من جواهر القاموس الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، دار الفكر، 1414هـ .

كتب الفقه:

1- الزمخشري ، أساس البلاغة ص190 ، وتهذيب اللغة المجلد الثاني.

2- العناية على هامش فتح القدير (74/5) ، خاشية ابن عابدين (261/2).

رابعاً: الكتب والمراجع:

1. أحمد بن على الرازي الجصاص ، أحكام القرآن: تحقيق محمد صادق قمحاوي ، بيرو ت: دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأخيرة ،1412هـ - 1992م(2/295،294).
2. أحمد شرف الدين، التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون دار نشر، 1992.
3. احمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، بدون دار نشر ، 1996 .
4. د. زين بدر فراج – الاحكام العامة للتعاقد وفق قانون 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات ولمزايدات ، دار النهضة العربية، 2000 .
5. د. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، 1997 .
6. د. محمود السيد عمر التحيوي / التحكيم الحر والتحكيم المقيد / الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية / جلال حزي وشركاه / الطبعة 2001م.
7. د.هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية منشاة المعارف الإسكندرية،1995.
8. درة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية 2008، ط1 2009، أستاذ لبليدة ،منشورات محاضر بجامعة سعد دحلب بغدادي.
9. الدكتور ، محمود مختار أحمد بريري / التحكيم التجار الدولي ، الطبعة الثالثة 2004م الناشر دار النهضة العربية .
10. الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة .(مقارنة – الطبعة الثالثة ١٩٧٥ ، دار الفكر العربي، القاهرة.
11. ديري:التحكيم التجاري الدولي ،الطبعة الثالثة 2004،الناشر دار النهضة العربية ،ص5
12. زين العابدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح تحقيق ، محمود خاطر وحمزة فتح الله ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان دار البصائر ، دمشق سوربا 1407هـ - 1987م وطبعة دار الكتب العربية ، بيروت .
13. سميمان محمد الطماوي , االسس العامة لمعقود اإلدارية , دار الفكر العربي الطبعة الرابعة–1948.
14. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،
15. مجد الدين محمد بن يعقوب فيروز أبادى المتوفى سنة 817هـ الطبعة الثانية مطبعة مصطفى الحلبي 1371هـ - 1952م .
16. محمد الحسن حسين شرفي ، التحكيم بين الشريعة والقانون دراسة تطبيقية مقارنة ، مطبعة القضائية السودان الخرطوم .
17. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري – دراسة مقارنة–، ط1، 1993م، د. ن.
18. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1، 2010.
19. محمود محمد هاشم / قواعد التنفيذ الجبري و إجراءاته في قانون المرافعات ، طبعة 1991م دار الفكر العربي بالقاهرة .
1. أنور احمد رسلان: التحكيم في المنازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة بحث منشور في مجلة الأمن والقانون كلية شرطة دبي،السنة السادسة،العدد الأول يناير1998.

المجلات والدوريات:

1. ادريس العلوي العبدلاوي، البعد الأخلاقي للقاعدة القانونية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، العدد 13، المغرب، 1996.
2. اصر لباد : القانون الإداري ، النشاط الإداري – الجزء الثاني – الطبعة الأولى – سنة 2004
3. اكثم أمين الخولي: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبق للقانون الجزائري الجديد-مجلة التحكيم العدد5،سنة2010.
4. مجلة البحوث الإسلامية، ج 91.
5. مجلة العدل / مجلة قانونية فصلية محكمة / يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل / جمهورية السودان – الخرطوم / السنة الثامنة / العدد التاسع عشر ديسمبر 2006م.
6. قرارات المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 154 لسنة 34ق، بتاريخ 1997/1/2، منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة، الدار العربية للموسوعات بالقاهرة، 1994م- 1995م، حسن الفكهاني.

التشريعات والقوانين

1. القانون المدني المصري في المادة 122 منه لكن هذه المادة ألغيت بسبب آخر وهو تجنب الإكثار من التعريفات في القانون.
2. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
3. قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م .

4. أحكام المحكمة الادارية العليا في مصر في الطعن رقم 845 ، س19ق ، جلسة 1980/1/22 وارد في موسوعة العقود الادارية.
5. حكم محكمة القضاء الاداري في القضية 7027 في 1952/4/14 .
6. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994المادة 3.