النظام العام وأثره على مدى توافق حكم التحكيم مع الأسس العامة للعقود الإدارية

الباحث/ عبد الرزاق هاني المحتسب

(ISSN: 2537 - 0758)

النظام العام وأثره على مدى توافق حكم التحكيم مع الأسس العامة للعقود الإدارية

الباحث/ عبدالرزاق هاني المحتسب

المخلص

يعتبر اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات العقدية من الامور المسلم بها في وقتنا الحالي نظراً للمميزات التي يتمتع بها النظام القانوني للتحكيم، ومع تطور دور الدولة وانتقالها من الدولة الحارسة الى الدولة المتدخلة جعل منها طرفاً في عقود التجارة الدولية وعقد الأستثمار ووعقود استغلال الموارد الطبيعية، وبطبيعة الحال فأن الجهات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة تشترط فض المنازعات من خلال الجوء الى التحكيم لاتمام العقد.

الا ان للعقود الإدارية طابعها الخاص، حيث تكون الجهة الإدارية المتعاقدة في مرتبة اعلى من المتعاقد معها وتتمتع بسلطات لا وجود لها في القانون الخاص، كما ان العقود الإدارية ترتبط بقواعد القانون الإداري والذي تعتبر جميع قواعده من قواعد النظام العام التي لا يمكن مخالفتها او تجاوزها، لذلك تظهر لدينا مشكلة تتعلق بتعارض اللجوء الى التحكيم مع النظام القانوني للعقود الإدارية وكيفية التوفيق بينها.

لذلك سيقوم الباحث بتوضيح أث النظام العام على حكم التحكيم مع الأسس العامة للعقود الإدارية، حيث ينقسم هذا البحث الى مطلبين: **إحداهما** نتحدث فيه عن الأسس العامة للعقود الإدارية، **والثاني** نتحدث فيه مدى تعارض اللجوء للتحكيم مع النظام القانوني للعقود الإدارية والحلول المقترحة.

ABSTRACT

Resorting to arbitration to settle contractual disputes is a recognized issue in our time due to the advantages enjoyed by the legal system of arbitration, With the development of the state’s role and its transfer from the guardian state to the intervening state, it was made a party to international trade contracts, investment contracts and contracts for the exploitation of natural resources, Of course, foreign parties contracting with the state stipulate the

settlement of disputes through resorting to arbitration to complete the contract.

However, administrative contracts have their own character, whereby the contracting administrative authority is at a higher rank than the contracting party and has powers that do not exist in private law, Also, administrative contracts are related to the rules of administrative law, all of which are considered public order rules that cannot be violated or transgressed. Therefore, we have a problem related to the conflict of resorting to arbitration with the legal system of administrative contracts and how to reconcile them.

Therefore, the researcher will clarify the effect of the public order on the arbitration award along with the general foundations of administrative contracts, as this research is divided into two requirements: one of which we talk about the general foundations of administrative contracts, and the second we talk about the extent to which resorting to arbitration conflicts with the legal system of administrative contracts and the proposed solutions.

المقدمة

تمارس الدولة او احدى مؤسساتها المعنوية العامة بصفتها صاحبة سلطة عامة مجموعة من الاعمال والنشاطات لتسيير أعمالها ولضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام وأضطراد، ومن هذه الاعمال العقود الإدارية، وقد تكون هذه العقود عقوداً عادية لا تظهر فيها الدولة كصاحبة سلطة وسيادة وبالتالي تخضع لأحكام وضوابط القانون الخاص وتعامل معاملة العقود التي يبرمها الأفراد وهذا النوع من العقود ليس من موضوعات دراستنا هذه.

وقد يكون العقد عقداً إدارياً تبرمه الإدارة باعتبارها سلطة عامة وتهدف من خلاله الى انشاء او تنظيم او استغلال مرفق عام، وقد يكون هذا العقد داخلياً او دولياً، ونظراً لطبيعة هذه العقود وارتباطها مع القانون الإداري ومصالح الدولة العليا فأن لها أُسس

(ISSN: 2537 - 0758)

خاصة بها تختلف على أسس التعاقد في القانون الخاص، وترتب أثاراً لا يمكن ان ترتيبها في العقود الخاصة، وترتبط القواعد التي تحكم عمل الإدارة بشكل عام والعقود الإدارية بشكل خاص بقواعد النظام العام التي تهدف الى حماية المصالح العليا وقيم المجتمع في الدولة.

ويثور التساؤل هنا عن إمكانية ان تشكل القواعد الناظمة للعقود الإدارية والمرتبطة بالنظام العام عائقاً او تعارضاً امام حكم التحكيم وتنفيذه، خصوصاً ان المشكلة الرئيسية في اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية تكمن في تنفيذ حكم التحكيم، فمن الممكن ان تلجأ الدولة أو أحد اشخاصها المعنوية العامة الى التحكيم على أمل ان يكون الحكم في صالح الدولة المتعاقدة، وثم يصدر حكم تحكيمي يتعارض مع مصالح الدولة فتلجأ الدولة الى التهرب من تنفيذ الحكم يشتى الطرق والأساليب ومن ضمنها التحجج بأن هناك أسس ومبادئ عامة تحكم العقود الإدارية وتمنح الدولة صلاحيات في مواجهة المتعاقد معها غير موجودة في قواعد القانون الخاص، مع ملاحظة ان قوانين التحكيم الوطنية والاتفاقيات الدولية وضِعت لتنظيم عقود التجارة الدولية، ولكن ونظراً لزدياد دور الدول في الحياة الاقتصادية أجازت التشريعات التحكيمية الوطنية اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مما تسبب بعدد من المشاكل في التطبيق العملي ومن أهمها تعارض التحكيم مع الأسس العامة للعقود الإدارية.

أضف الى ذلك ان اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وتحديداً الدولية منها يعتبر من شروط الشركات الأجنبية الكبرى لأتمام التعاقد، هذا الأمر قد يساهم في تجاهل احكام ومبادئ ونظريات العقود الإدارية، وبالتالي خضوع الدولة ومؤسساتها العامة لقواعد القانون الخاص خصوصاً تلك الدول التي تأخذ بإزدواجية القانون وإزدواجية القضاء[1].

وهذا يقودنا الى التساؤل التالي: هل اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية يُفقد نظرية العقد الإداري لخصوصيته وذاتيه؟ وهل تتعارض قواعد النظام العام

[1] **أنظر:** د. عبدالغني بسيوني عبدالله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٧ وما بعدها. **وكذلك:** د. محمد على الخلايلة، القانون الإداري/الكتاب الثاني، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٢٠، ص ٢٦٠، **وكذلك:** د. علي عبدالأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ط١،ج٢، مكتبة زين الحقوقية الأدبية، بيروت، ص ٨١ وما بعدها.

الناظمة للعقود الإدارية مع اللجوء الى التحكيم؟ وهل يعتبر حكم التحكيم الصادر في منازعات العقود الإدارية مخالفاً لقواعد النظام العام وبالتالي يمكن أبطاله؟

للإجابة على الاستفسارات فأنه لابد لنا من توضيح الأسس والضوابط العامة الحاكمة للعقود الإدارية، ومن ثم توضيح مدى التعارض بين القواعد القانونية الناظمة للعقود الإدارية على اعتبار انها من قواعد النظام العام وتُشكل طبيعة العقد الإداري مع اللجوء الى التحكيم، بالاضافة الى توضيح الآليات التي يمكن من خلالها المحافظة على طبيعة العقد الإداري عند اللجوء الى التحكيم لتجنب أصدار حكم يتضمن مخالفة لقواعد النظام العام، وهذا مل سنقوم به تباعاً.

المطلب الأول

الأسس العامة للعقود الإدارية وآثارها[٢]

تتميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود بان لها مجموعة من المبادئ والأسس التي تميزها عن غيرها من العقود نظراً لأرتباطها بالمصلحة العامة وكونها ترتبط ايضاً بقواعد النظام العام بموجب احكام ونصوص القانون الإداري، ولعل من ابرز ما يميز العقد الإداري عن غيره من العقود الطريقة المتبعة في أبرام العقد كالمناقصات والمزايدات بانواعها المختلفة والتعاقد بالأمر المباشر مع وجود شروط وضوابط لكل طريقة من طرق التعاقد تهدف الى تحقيق الصالح العام وترتبط كذلك بالنظام العام[٣].

ومما يميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود الطرق المتبعة في انهاء العقد الإداري[٤] كالنهاية الطبيعة للعقد او النهاية المبتسرة للعقود الإدارية، وأيضاً من آليات

---

[٢] **أنظر:** د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٧، ص٣٨٧ وما بعدها.

[٣] د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٨٣ وما بعدها. **وكذلك:**

DE Laubadere (A.), Moderne (F.) Delvolve (P.); traité de droit administratife, T.I, 12 ém. Éd. Paris-1992, p.665.

[٤] **أنظر:** د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٣١، **وكذلك:** د. محمد على الخلايلة، القانون الإداري/الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(ISSN: 2537 - 0758)

تكوين العقد الإداري ان ترد قيود شكلية تشترط اتخاذ شكل معين ضمن قواعد أختصاص معينة.

إلا ان ما يهمنا هنا الآثار التي يرتبها العقد الإداري ومدى توافقها مع التحكيم خصوصاً في العقود الإدارية الدولية، ولعل من اهم هذه الآثار[٥] سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وحقوق المتعاقد مع الإدارة، ولاهمية هذه الآثار للعقود الإدارية لابد من توضيحها بشئ من التفصيل ثم بيان مدى تحقق او تعارض هذه الآثار التي تعتبر من قواعد النظام العام مع حكم التحكيم **وذلك كما يلي:**

الفرع الأول

سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

تمييز الإدارة عن المتعاقد معها جاء لغايات الحفاظ على المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بأنتظام، وهذه الامتيازات فرضتها قواعد القانون الإداري وتعتبر من المبادئ الأساسية للعقود الإدارية، حتى ولو لم تنص عليها صراحاً القوانين والأنظمة لأن الإدارة تتمتع بهذه الصلاحيات بحكم القانون ولتعلق هذه الامتيازات بالنظام العام فلا تستطيع الإدارة التنازل، عنها كما ويقع باطلاً اي تنازل توافق عليه الإدارة، لان هذه الامتيازات منحت أساساً للإدارة عند أبرامها للعقود الإدارية بوصفها سلطة عامة تسعى الى تحقيق المصلحة العامة وتختص بتنظيم وإدارة المرفق العام.

ومن هذه السلطات[٦] المرتبطة بالنظام العام سلطة الإدارة بالرقابة والتوجيه، وسلطتها في تعديل التزامات المتعاقد معها بالنفقص او الزيادة، وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد اذا أخل بالتزاماته، وسلطتها في انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد، ولا تعتبر الإدارة عند استخدامها لهذه السلطات قد خالفت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لأن هذه السلطات فرضتها قواعد القانون الإداري في مواجهة الإدارة للمتعاقد

---

[٥] **أنظر:** د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص ٤١٥، **وكذلك:** د. محمد على الخلايلة، القانون الإداري– الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

[٦] د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٣٠، **وكذلك:** د. محمد على الخلايلة، مرجع سابق، ص ٣٠٥ **وكذلك:** د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٧ وما بعدها. **وانظر كذلك:**

Laurant (R.), Droit de contrats administrative, éd. L.G.D.J., 1995, p.299.

معها في العقود الإدارية. ويتفق الفقه والقضاء[٧] على هذه السلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لتحقيق الصالح العام دون ان يحتج الطرف الآخر بمخالفة شروط وبنود العقد، كما وتعامل القضاء مع حالات متعددة لاستخدام هذه السلطات من قبل الإدارة خصوصاً ان هذه السلطات تعتبر من الحقوق الأصيلة للإدارة وتتمتع بها دون حاجة الى النص على ذلك في العقد[٨].

ولا يعني منح هذه الامتيازات للإدارة انه يحق لها استخدامها دون اي قيد، بل تخضع الإدارة لقيود في ممارسة ممارسة هذه السلطات، فمثلاً سلطة الإدارة في الرقابة في التوجية توجب على الإدارة الألتزام بمبدأ المشروعية عند ممارسة حقها وان لا تعدل من شروط العقد اثناء استخدام هذا الحق[٩].

كما ان للإدارة سلطة تعديل شروط العقد في العقود الإدارية بالإرادة المنفردة شريطة ان تقتضي المصلحة العامة ذلك، وتستطيع الإدارة استخدام هذا الحق حتى لو لم تحتوي بنود العقد على ذلك، لأن طبيعة العقد الإداري المتصل بالصالح العام توجب منح الإدارة هذه السلطة لضمان استدامة المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، وبالتالي فأن حق الإدارة في تعديل شروط العقد لا تحتاج الى موافقة الطرف الآخر[١٠] أو النص عليه، كما لا يجوز للإدارة نفسها التنازل عن هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام[١١].

---

[٧] **أنظر**: د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني– الكتاب الثاني، ط١، دار وائل للنشر عمان، ٢٠٠٩، ص ٣٠٩. **وكذلك**: د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ١١٧. **وكذلك**: احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، ص ٢٩٦. **وأنظر كذلك**: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٤/٢٠ /١٩٥٧ في القضية رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ قضائية من مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة، رقم ٩٧، ص٩٣٧. **وكذلك** حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠، لسنة ١١ من مجموعة لمبادئ التي أقرتها المحكمة، رقم ٣٧٧، ص ٦١٠. والحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢ لسنة ١٣ من مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة، رقم ٨٣، ص ٦٢٥.

[٨] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

[٩] د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني– الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص٣١٠.

[١٠] يوجد هناك جانب من الفقه انكر وجود هذه السلطات على اعتبار انها أفكار زائفة ابتدعها الفقه، وتتناقض مع القاعدة الأصولية "العقد شريعة المتعاقدين" ولا تعترف بالقاعدة التي تلزم اطراف العقد

(ISSN: 2537 - 0758)

إلا انه ونظراً لخطورة الحق الممنوح للإدارة في سلطة التعديل العقد الإداري بالارادة المنفردة والتي تعتبر خرقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فقد استقر الفقة والقضاء على ان هذا الحق ليس حقاً مطلقاً، وإنما لابد من تحقيق بعض الشروط والضوابط للسماح للإدارة بأستعمال هذا الحق، فمثلاً لابد من ان يطرأ تغيير على ظروف العقد بعد التعاقد تستدعي تعديل شروط العقد شريطة ان تضمن تحقيق المصلحة العامة لأن هذا الحق اساساً وجد لتحقيق النفع العام[١٢]، بالاضافة الى ذلك لابد من ان يصدر القرار الذي يتضمن تعديل العقد مستوفياً لأركان المشروعية الإدارية ويكون للمتعاقد التمسك ببطلان كل تعديل يحدث خلافاً للقواعد العامة[١٣]، الا انه وفي جميع الأحوال لا يمكن المساس بالمزايا والضمانات المالية للمتعاقد عند قبول التعاقد مع الإدارة.

ولكن هل تعد هذه السلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها عائقاً امام التحكيم؟ وهل يصطدم التحكيم بفكرة النظام العام؟ فهذه السلطات مرتبطة بالنظام العام ولا يجوز للإدارة التنازل عنها، كما انه لا يشترط ان يرد النص عليها في بنود العقد الإداري على اعتبار انها سلطات تمنح للإدارة بحكم القانون، وتهدف الى تحقيق الصالح العام. وكذلك في حال صدور حكم تحكيمي ضد الدولة او أحد مؤسساتها العامة لاستخدامها سلطاتها في مواجهة المتعاقد معها سواءاً اكان العقد داخلياً او دولياً فهل يستطيع القاضي منع إصدار أمر التنفيذ على اعتبار ان الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام؟

بمضمونه. للمزيد حول هذا الرأي وخصوصاً رأي الفقيه الفرنسي جان لوبيه، **انظر:** احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩٩ وما بعدها.

[١١] **انظر** حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ ١٩٥٦/١٢/١٦، قضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية من مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة، رقم ١٢٠، ص ٨٩٧.

[١٢] **أنظر:** د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهوية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٧٤٧. **وكذلك:** احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤٠. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٤٤.

[١٣] **أنظر:** د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٣٨.

هذه الاستفسارات والاسئلة سنحاول الإجابة عليها لاحقاً في المطلب الثاني من هذا المبحث المبحث. اما الأن سنوضح آثار العقد المتعلقة بحقوق المتعاقد مع الإدارة كاحد اثار العقد الإداري.

الفرع الثاني
حقوق المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري

تبين لنا ان الإدارة تملك سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها، وكذلك الحال فأن المتعاقد مع الإدارة يمتلك مجموعة من الحقوق في مواجهة الإدارة حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وهذه الحقوق مقررة بحكم القانون حتى ولو لم تنص عليها بنود العقد الإداري صراحة.

ومن الامثلة على حقوق المتعاقد مع الإدارة[١٤] احترام الإدارة التزاماتها التعاقدية، وان يحصل النتعاقد مع الإدارة على المقابل المالي المتفق عليه في العقد، كما ان من حقوق المتعاقد مع الإدارة تحقيق التوازن المالي للعقد.

ولابد لنا ان نشير هنا الى التزامات التي تلتزم بها الإدارة نتيجة لتعاقدها مع الآخرين، فبمجرد التعاقد تُمنع الإدارة– من حيث المبدأ– من العدول عن العقد الذي أبرمته بل يجب عليها تنفيذ العقد تنفيذاً كاملاً دون مماطلة أو تسويف، فلا يعقل ان يكون العقد الإداري ملزم للأفراد وغير ملزم للإدارة، مع مراعاة ان العقد الإداري ملزم للإدارة والأفراد في الحدود التي تتفق وطبيعة الروابط العقدية[١٥].

وعليه فأنه لا يحق للإدارة فسخ العقد للتحلل من الالتزامات التي يفرضها العقد عليها، كما ويجب أحترام كافة الشروط الواردة فيه[١٦]، كما لا يحق للإدارة بدون أي

---

[١٤] **أنظر:** د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية (الابرام التنفيذ المنازعات) في ضوء أحدث احكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قنون المناقصات والمزايدات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٩١. **وكذلك:** د. رمضان بطيخ ود. نوفان العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الإردنية الهاشمية، مرجع سابق، ص ٥٢٢.

[١٥] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤٢. وكذلك: د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

[١٦] **أنظر** حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٦/٣/١١، مجموعة احكام المحكة، السنة العاشرة، ص ٢٣٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

سبب يتعلق بالصالح العام التوقف عن تنفيذ العقد، كما وتلتزم الإدارة باحترام مبدأ حُسن النية في تنفيذ العقود الإدارية.

ويحق للمتعاقد مع الإدارة عند إخلالها بالتزاماتها المطالبة بالتعويض عن الضرر المتحقق بسبب إخلال الإدارة بهذه الالتزامات، فإذا كان خطأ الإدارة تعاقدي اي انها اخلت بالالتزامات الواجبة عليها فان مسؤوليتها تكون مسؤولية عقدية وتعامل وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية، أما اذا كان الأخلال بالتزامات ناتج عن استخدام الإدارة لسلطاتها في مواجهة الغير فهنا لا يمكننا تعويض المتعاقد مع الإدارة بناءاً على المسؤولية العقدية، لأن الإدارة لم ترتكب خطأ وإنما استخدمت سلطاتها التي منحها لها القانون الإداري وهذه السلطات وجدت لتحقيق الصالح العام وترتبط بقواعد النظام العام.

وانما يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة استناداً على مبدأ التوازن المالي للعقد[١٧]، حيث ان العدالة تقتضي ان يكون هناك نوعاً من التوازن ما بين الاعباء والمميزات التي يحصل عليها المتعاقد مع الإدارة، فكما يحق للإدارة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة يكون للمتعاقد الحصول على امتيازات مالية توازي التزاماته، ومن هنا ظهرت فكرة التوازن المالي في مجال العقود الإدارية والتي تقوم على أساس انه من الضروري ان تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته[١٨].

وهذه الحقوق بطبيعة الحال تُشجع الأفراد والهيئات الخاصة المحلية والدولية على التعاقد مع الإدارة، كما ساهم القضاء والفقه في وضع هذه الحقوق للمتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري خشية ان تفقد الإدارة أهم وأفضل وسيلة لضمان سير المرافق العامة بأنتظام وأضطراد وبالتالي إعاقة دور الإدارة في تحقيق الصالح العام.

---

[١٧] أقر القضاء الفرنسي منذ زمن بفكرة التوازن المالي للعقد، حيث ورد في قضية "الشركة الفرنسية العامة للترام" بتاريخ ١٩١٠/٣/٢١ انه "اذا انهار الاقتصاد المالي للعقد، وإذا أدى استعمال السلطة مانحة الالتزام حقها في التدخل الى حدوث شيء من الاختلاف في هذا التوازن بين المزايا والأعباء، بين الالتزامات والحقوق.. فليس ما يمنع الملتزم من اللجوء الى قاضي العقد فيثبت ان التدخل وان كان مشروعاً في ذاته كان ملزماً له، سبب له ضرراً يتعين تعويضه عنه". **مشار إليه** د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص١٩١.

[١٨] د. محمد على الخلايلة، القانون الإداري– الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٣١٦.

ويتم إعادة التوازن المالي للعقد استناداً الى ثلاث نظريات أوجدها القضاء الإداري وهي نظرية الظروف الطارئة، ونظرية عمل الأمير، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وتشترك هذه النظريات بأن أساس المسؤولية عن التعويض لغايات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لا يستند على فكرة الخطأ الصادر من قبل الإدارة، وتعتبر هذه الميزة من المميزات الرئيسية في العقود الإدارية، بمعنى ان للمسؤولية في العقود الإدارية حالتين يتم من خلالها أثارة مسؤولية الإدارة أتجاه المتعاقد معها وهما المسؤولية بناءاً على الخطأ، والمسؤولية دون خطأ[١٩]. ونظراً لأن هذه الدراسة تتعلق بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية فلن نخوض في تفاصيل هذه النظريات، حيث ان ما يهمنا في مجال هذه الدراسة هو توضيح إطار النظريات الإدارية العامة التي اتخذها الفقه والقضاء لتحديد الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقود الإدارية، كون هذه النظريات والآثار التي تترتب على العقد الإداري تعتبر من قواعد النظام العام التي يجب الالتزام بها في مجال العقود الإدارية، أضف الى ذلك ان اخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها لغايات تحقيق الصالح العام لا يعتبر إخلالاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين نظراً لان قواعد القانون الإداري منحت الإدارة سلطات استثنائية في مواجة المتعاقد معها، وبالتالي يعتبر هذا الاخلال من الوسائل التي تتبعها الإدارة لتحقيق الصالح العام.

فعلياً ان ما يهمنا في هذا الموضوع هو أثر هذه القواعد المتربطة بالنظام العام على عملية التحكيم وعلى حكم التحكيم، وهل تتعارض فكرة النظام العام المتجسدة في هذه الصلاحيات الاستثنائية مع عملية التحكيم؟ وهل يمكن أبطال أحكام التحكيم الإداري نظراً لتضمنها ما يخالف أحكام النظام العام؟ وهذا هو مدار بحثنا في المطلب القادم.

المطلب الثاني

مدى تعارض اللجوء للتحكيم مع النظام القانوني للعقود الإدارية المرتبط بالنظام العام

العقد الإداري كغيره من العقود لا بد من تتوافر فيه الشروط اللازمة لانعقاد العقد، ويقوم كذلك على فكرة الالتزام بتنفيذ شروط العقد واحكامه، إلا انه يتميز عن العقود

[١٩] للمزيد حول النظريات إعادة التوازن المالي للعقد والآراء الفقهية **أنظر:** محمد علي محمد عبدالوالي، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص ١٩٢ وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

الخاصة بأن له مجموعة من الخصائص الذاتية تجعل الإدارة تسمو بمركزها القانوني في مواجهة المتعاقد معها[٢٠]. اما نظام التحكيم يعتبر من الأساليب البديلة لحل المنازعات ويقوم على المساواة بين أطراف العقد وبصرف النظر عن طبيعة المتعاقدين سواءاً اكانوا من القطاع الخاص او العام، وهذا مما يؤثر على الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية ويمس مركز الإدارة في مثل هذه العقود.

ولتوضيح مدى التعارض او التوافق بين أسس التحكيم والقواعد الناظمة للعقود الإدارية الموصوفة بانها من قواعد النظام العام، لا بد لنا من البحث بمدى التعارض بين التحكيم والنظام القانوني للعقد الإداري، بالاضافة الى البحث عن الطريق التي يمكن من خلالها المحافظة على طبيعة العقد الإداري ونظامه القانوني، وهذا ما سنقوم به تباعاً.

الفرع الأول

تأثير التحكيم على القواعد القانونية الناظمة للعقود الإدارية

طالما ان التحكيم يُبنى اساساً على المساواة بين أطراف النزاع وعدم التمييز بينهما، بينما يكون للإدارة في منازعات العقود الإدارية سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها وتكون في مركز قانوني يسمو على المتعاقد معها، هذا الأختلاف في الطبيعة القانونية لكل من التحكيم والعقود الإدارية دفع جانب من الفقه[٢١] الى القول بان التحكيم يتعارض بشدة مع الأُسس التي تُبنى عليها العقود الإدارية.

حيث ان للعقود الإدارية أسس واضحة وثابتة تقوم عليها وتتصل بالنظام العام، كما أستقر الفقه والقضاء على هذه الأُسس، وتعتبر مخَالفة لأُسس التحكيم وقواعده، كما ويرون ان اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية سيؤدي أنهيار نظرية العقد الإداري.

أضف الى ذلك ان اي حكم تحكيمي ضد الدولة تستيطيع الدول ان تتمسك في مواجهة بحصانتها التنفيذية، كما يمكن للقضاء الوطني رفض أصدار الأمر بالتنفيذ نظراً لأن الحكم يتضمن ما يخالف قواعد النظام العام المرتبطة بالعقود الإدارية.

---

[٢٠] **للمزيد أنظر:** د. محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٣٠٥ وما بعدها.

[٢١] د. نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٢٤. **وكذلك:** د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص١٢٣.

بمعنى ان اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وتطبيق القانون المختار قد يتجاهل الطبيعة القانونية لأطراف العقد، مما يعني عدم الأعتراف لإدارة بأي امتيازات قانونية في مواجهة المتعاقد معها لغايات تحقيق الصالح العام، وفي الوقت ذاته قد لا يعترف للمتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويضات اللازمة إذا حدث إخلال بالتوازن المالي للعقد، حيث ان هيئة التحكيم تُطبق القواعد العادية المتعارف عليها في العقود المدنية والتجارية دون ان تأخذ طبيعة قواعد قانون الإداري بعين الاعتبار، وهذا بطبيعة الحال لا يتفق مع الوضع المتميز للإدارة بإعتبارها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد[٢٢].

الا ان السؤال المطروح هنا: هل فعلاً يتعارض حكم التحكيم في العقود الإدارية مع النظام القانوني للعقد لإداري وطبيعته؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الإشارة الى **النقاط التالية:**

١- العقد الإداري يعتبر عمل مشترك بين الإدارة والمتعاقد وبالتالي لا تتم عملية التعاقد بالإرادة المنفردة وإنما لا بد من توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها وهذه هو جوهر الرابطة التعاقدية، مما يعني ان العقد الإداري لا يختلف عن العقد المدني من حيث توافق الإرادتين لغايات إنعقاد العقد.

إلا ان الإدارة في العقود الإدارية تتمتع بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها غير موجودة في عقود القانون الخاص، وهذه السلطات لا تكفي لأن تُهدر الرابطة التعاقدية خصوصاً ان هذه السلطات مستمدة من إتصال العقد الإداري بالصالح العام[٢٣].

٢- بما ان العقود الإدارية تتفق مع العقود المدنية في آليات انعقاد العقد[٢٤] فأن ذلك يعني بشكل عام أنها تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٢٥]، إلا انه ونظراً لطبيعة

---

[٢٢] للمزيد حول التميز بين العقد الإداري والمدني **أنظر:**
LANGROD, GEORGES, Administrative Contracts" A Comparative Study. The American Journal of Comparative Law, (4), No 3. p338

[٢٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

[٢٤] للمزيد من التفاصيل **أنظر:** د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٣٩٠ وما بعدها. **وكذلك:** بشار جميل عبدالهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٥، ص ٥٤. **وكذلك:** د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع

(ISSN: 2537 - 0758)

العقد الإداري المرتبط بتحقيق الصالح العام وضمان سير المرفق العام بانتظام وأضطراد لا يمكننا تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها حيث ان الهدف من العقود الإدارية تحقيق المصلحة العامة والنفع العام لذلك تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية غير موجودة في قواعد القانون الخاص وذلك لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية للمتعاقد مع الإدارة مع ضمان حقوق المتعاقد المالية.

٣- يمكننا القول بأن العقد الإداري يميز المصلحة العامة على المصلحة الخاصة على اعتبار ان المتعاقد مع الإدارة تعهد- ولو ضمناً- بمعاونة الإدارة على تحقيقها[٢٦]، وبالتالي لا يمكننا القول بأن العقد الإداري كما العقد الخاص ينشئ مراكز ذاتية لا يجوز المساس بها للمتعاقدين.

٤- ان التشابة بين العقد الإداري والمدني يتمثل بقيام كل منهم على أساس التراضي والأتفاق بين أطراف العقد، وهو ما أكدته المحكمة الإداية لعليا المصرية في أحد احكامها[٢٧]، بينما يظهر الأختلاف بينهما في المبادئ العامة والقواعد التي تحكم كلا العقدين[٢٨].

٥- الإدارة تخضع لإجراءات مقيدة في اختيار المتعاقد معها، حيث ان اختيار المتعاقد مع الإدارة يجب ان يتم حسب الطرق التي حددها القانون، على عكس اختيار المتعاقد في العقود التي تخضع للقانون الخاص التي يمنح فيها المتعاقد حرية اكبر

سابق، ص ١١١ وما بعدها. **وانظر** كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٧/٤/٨ السنة الثانية عشر من مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة، رقم ٩٤، ص ٨٧٨.

[٢٥] **نصت المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري على ان** "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للاسباب التي يقررها القانون". **تقابلها المادة ٢٤١ من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه** "إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه الا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون".

[٢٦] احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩٢.

[٢٧] **أنظر:** حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٧/٤/٨ السنة الثانية عشر من مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة، رقم ٩٤، ص ٨٧٨.

[٢٨] **أنظر:** د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهوية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص٧١١. **وكذلك:** د. علي عبدالأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١١٤.

في الأختيار، أما قواعد اختيار الإدارة فأنها تخضع للقواعد القانونية المحددة والتي ترتبط بالنظام العام، كما وترتبط بسلطة الإدارة المختصة في تقرير التعاقد وفي اختيار المتعاقد، وفي تحديد شروط التعاقد، وفي تطبيق السلطات الممنوحة للإدارة بموجب النظرية العامة للعقد الإداري، بمعنى ان حرية التعاقد الإداري حدد المشرع قوامها وآلياتها وكل ما يتعلق، كما انها حرية تعاقد موضوعية وتسعى لتحقيق المصلحة العامة.

٦- كما ان العقد الخاص يختلف عن العقد الإداري من حيث تنفيذ العقد، صحيح ان الإدارة لها سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها ويمكنها تعديل شروط العقد وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إلا ان هذا التعديل والتغيير يوجب على الإدارة تعويض المتعاقد معها بما يضمن تحقيق التوازن المالي للعقد، مما يعني ان قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تبقى قائمة وتحكم أطراف العقد الإداري[٢٩] ايضاً سواءاً اكان عقداً وطنياً او أجنبياً.

وبناءاً على ما سبق نستطيع القول إن مبدأ قوة العقد الملزمة لا يُطبق في العقد الإداري بنفس الجمود والإطلاق اللذان يطبق بهما في العقود المدنية، بل يطبق تطبيقاً مرناً في كل من جهتي الإدارة والمتعاقد معها تأسيسا على أنه إذا كانت المرونة تُطبق لصالح جهة الإدارة في بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة، فإنه من الطبيعي أن تطبق تطبيقا مقابلا لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى[٣٠]، فالعقد الإداري يخضع لمبدأ الحركة والدينامكية وهو مبدأ مرتبط بتحقيق الصالح العام، ويقابل هذه المبدأ فكرة التوازن المالي للعقد الإداري بحيث يضمن المتعاقد مع الإدارة حقوقة والالتزماته[٣١]، وبالتالي يعتبر الرضى هو أساس انعقاد العقد الإداري، كما ان قاعدة العقد شريعة

---

[٢٩] د. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية/لبنان/مصر، ج١، ط١، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص ١١٦٩.

[٣٠] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠، لسنة ١١ من مجموعة لمبادئ التي أقرتها المحكمة، رقم ٣٧٧، ص ٦١٠.

[٣١] د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٦٤. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ **وكذلك:**
LANGROD, GEORGES, Administrative Contracts" A Comparative Study. The American Journal of Comparative Law, (4), No 3. p342.

(ISSN: 2537 - 0758)

المتعاقدين تبقى مطبقة على العقد الإداري بما يتناسب وتحقيق الصالح العام، بمعنى انه اذا تم تعديل شروط العقد لغايات النفع العام فأنه يقابل هذا التعديل تعويض للمتعاقد مع الإدارة بما يضمن تحقيق التوازن المالي للعقد[٣٢]خصوصاً ان المتعاقد مع الإدارة يسعى أولاً واخيراً الى تحقيق الربح.

وبذلك يكون العقد الإداري كما العقد المدني في بأنعقاد العقد وحفظ حقوق المتعاقدين مع الإدارة، ولكن هل ينطبق الامر نفسه فيما يتعلق بمبدأ المساواه في العقود الإدارية، حيث ان العقود الخاصه تضع المتعاقدين في مستوى قانوني واحد بينما يجعل العقد الإداري الإدارة في مركز قانوني اعلى من المتعاقد معها، وهذا المبدأ كان محل خلاف بين الفقهاء، أضف الى ذلك ان عدم تحقيق مبدأ المساواة في العقود الإدارية يتناقض مع اللجوء الى التحكيم في المنازعات الإدارية.

في الحقيقة ان النظر الى العقود الإدارية كما العقود المدنية فيما يتعلق بمبدأ المساواة لا يراعي الطبيعة العقدية لكل عقد، حيث ان العقد المدني يقوم أساساً على تحقيق الربح للمتعاقدين بالدرجة الاولى، بينما يهدف العقد الإداري الى تحقيق الصالح العام للدولة ويعتبر المتعاقد مع الدولة او احد مؤسساتها العامة معاون للدولة في تحقيق الصالح العام[٣٣]، وهذا التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها هو اساس السلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها وفي الوقت ذاته هو أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإدري.

هذه العلاقة التي تربط أطراف العقد الإداري جعلت مفهوم المساواه في العقد الإداري تقوم على التوزان بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة فلا يتم تجاهل او الاضرار بإحدى المصلحتين من اجل المصلحة الأخرى، على عكس العقد المدني الذي يمنح حقوق والتزامات متساوية لأطراف العقد وهو ما لا يمكن ان يطبق في ظل العقد الإداري الذي يسعى لتحقيق المصلحة العامة.

---

[٣٢] لا يجوز دائما التحجج بمصلة المتعاقد الأجنبي وحاجة الدول لهذا المتعاقد لمنع الإدارة من تعديل العقد بالإدارة المنفردة، لان الامتيازت التي تتمتع بها الإدارة لا تتعارض مع أستقرار العقد والتزام كل طرف بالعقد وشروطه لان في نهاية المطاف سيتم تحقيق المنفعة التبادلية. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٤٨.

[33] LANGROD, GEORGES, Administrative Contracts, Op. Cit, p332.

إلا ان فكرة المساواة تظهر في إعادة التوازن المالي للعقد، بمعنى ان سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها يقابلها حقوق مالية وتعويضات للمتعاقد مع الإدارة جراء اي ضرر يلحق بالمتعاقد نتيجة استخدام الإدارة لسلطاتها، وذلك بسبب ارتباط العقد الإداري بالمال العام مع ملاحظة ان العقد المدني والإداري لا يختلفان في ذاتية العقد نفسه.

ولابد من الإشارة الى ان التطور الحاصل في العلاقة بين العقد الإداري والعقد المدني ساهمت في الحد من الاختلافات بين العقدين، خصوصاً ان الامتيازات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها أصبحت في تراجع مستمر، لا بل ان الإدارة أصبحت تلجأ الى التفاوض والتوافق مع المتعاقد معها قبل تعديل العقد بالإرادة المنفردة[٣٤] من خلال ملحق للعقد الإداري، واعتبار التعديل بالإرداة المنفردة حل نهائي بعد استنفاذ جميع الطرق المتاحة[٣٥].

نعتقد ان النقاط المشتركة التي تجمع العقد الإداري والعقد المدني قادرة على تذليل الصعوبات امام اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، خصوصاً انه مع التطور الحاصل في عمل الدولة وتدخلها في مناحي الحياة المختلفة ومنها الجانب الاقتصادي ساهمت في تضيق الفجوة بين العقود الإدارية والعقود المدنية.

أضف الى ذلك ان اركان العقد وآليات الانعقاد والآثار المترتبة على العقد الإداري ترجع في أصلها الى أحكام ونصوص القانون المدني، كما ان سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها لا تستمدها من العقد ذاته وإنما من أرتباط العقد بالصالح العام وسعيه الى تحقيق النفع لعام وضمان استمرارية المرافق العامة بانتظام وأضطراد.

وبالتالي فان العقد الإداري بوصفه عقداً يقوم على الأيجاب والقبول لا يتعارض مع اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنه، خصوصاً مع تطور فكرة العقد الإداري مع مرور الزمن نتيجة لزيادة تدخل الدولة في اعمال كانت من اختصاص القطاع الخاص، ولكن العائق الرئيسي امام اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الإدارية هي السلطات التي يمنحها القانون الإداري للدولة أو أحد اشخاصها المعنوية العامة عندما تظهر الإدارة في العقد بمظهر السلطة العامة، وهذه القواعد بطبيعة الحال تعتبر من القواعد المرتبطة بالنظام العام التي يجب على الدولة احترامها وتطبيقها وعدم التنازل

[٣٤] د. علي عبدالأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص٣٨٢.
[٣٥] د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

عنها، بمعنى ان العائق اما اللجوء الى التحكيم في المنازعات الإدارية هي السلطات التي تُمنح للإدارة في مواجهة المتعاقد معها وليس العقد ذاته، مما يخلق نوعاً من التعارض بين اللجوء الى التحكيم وبين العقد الإداري[٣٦] خصوصاً عندما يكون المتعاقد مع الإدارة مستثمراً اجنبياً من الدول التي لا تفرق بين العقد الإداري والعقد المدني مثل الدول الأنجلوأمريكية، وبالتالي لابد من ان يتم التحكيم في العقود الإدارية بآلية يتم من خلالها مراعاة طبيعة العقد الإداري وعدم تجاوزها، حيث تعتبر القواعد القانونية المنظمة للعقود الإدارية من قواعد النظام العام التي لا يجوز تجاهلها أو اهمالها، كما ان صدور حكم التحكيم دون مراعاة القواعد الخاصة بالعقد الإداري يجعل حكم التحكيم قابلاً للإبطال سواءاً اتم الطعن به بدعوى البطلان امام القضاء المختص، أو رفض القاضي الوطني المختص إصدا أمر التنفيذ على اعتبار ان الحكم يتضمن ما يخالف قواعد النظام العام في دولة التنفيذ، او دفع الدولة بحصانتها التنفيذية ضد التنفيذ الجبري على ممتلكاتها او مالها العام اذا كان التنفيذ خارج حدود الدولة.

لذلك لابد من إيجاد آليات نستطيع من خلالها المحافظة على الطبيعة القانونية للعقد الإداري وفي الوقت ذاته اللجوء إمكانية اللجوء الى التحكيم بدون اي تعارض بين النظامين القانونين، وهذا وما سنبحثه تالياً.

الفرع الثاني

آليات المحافظة على الطبيعة القانونية للعقد الإداري عند اللجوء للتحكيم

لا شك في ان هيئات التحكيم تسعى دائما نحو تجاهل نظريات وأُسس العقد الإداري عند اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية نظراً لأن نظرية العقد الإداري لا تتناسب مع العقود التي يكون احد أطرافها شخص أجنبي ومع العقود الدولية والمرونة التي تحتاجها، استناداً الى ان العقد الإداري لا يحقق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وخصوصاً في العقد الإداري الدولي، كما ان الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها وهو ما يلغي فكرة المساواة في العقود الإدارية، وبالتالي تسعى هيئات التحكيم الى إلغاء فكرة العقد الإداري ومعاملة جميع العقود الخاضعة للتحكيم والتي تكون الدولة او اي جهة إدارية طرفاً فيها معاملة العقود المدنية.

[٣٦] د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٦٣.

بل ان الدول وتحديداً النامية منها أصبحت مجبرة على قبول شرط التحكيم لاتمام عملية التعاقد لضمان استمرارية مرافقها العامة، حتى ان الدول أصبحت تتساهل مع الشركات الأجنبية الكبرى على حساب نظرية العقد الإداري، مما يؤدي الى فجوة بين الطبيعة القانونية العقد الإداري وبين تطبيق هذه الفكرة على أرض الواقع[٣٧].

فالدولة فعلياً تجد نفسها أمام تحدي التوفيق بين الأُسس العامة للعقد الإداري وبين اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الإدارية، خصوصاً ان مصلحة الدولة تتحقق من خلال اللجوء الى التحكيم ومن خلال التمسك بأسس العقد الإداري فكلا النظامين يحقيقون المصلحة العامة للدولة، مع ضرورة الملاحظة ان القواعد التي تحكم عمل الإدارة تعتبر من قواعد النظام العام التي يجب ان تحكم العلاقات التي تكون الدولة أو احدى الجهات الإدارية طرفاً فيها.

واقع الحال يقتضي التوفيق والملائمة بين ما يحققه التحكيم من مزايا للمتعاقد مع الإدارة، وبين ما يحدثه من إخلال بالمركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وذلك من خلال إخضاعها لقواعد قانونية تختلف في طبيعتها عن تلك القواعد التي تحكم عمل السلطة العامة المحددة بحكم نصوص القانون والمتفق عليها قضائياً، بمعنى ضروة التوفيق والملائمة بين ما يحققه نظام التحكيم من جذب للاستثمارات والانفتاح على العالم للإسراع في عملية التنمية، وبين ما يصاحبه من مخاطر الإضرار بالمصالح الوطنية إرضاءً للمستثمرين الأجانب خاصة في ظل توجه الشركات العالمية وهيئات التحكيم الدولية الى استبعاد تطبيق النظم القانونية الوطنية خدمة لمصالحها على حساب الدول النامية[٣٨].

لذلك ولضمان فعالية اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية، وضمان تنفيذ حكم التحكيم الإداري في ظل إرتباط القواعد القانونية الناظمة للعقود الإدارية بالنظام العام مما يعني ان مخالفة قواعد النظام العام قد تؤدي الى إبطال الحكم او منع تنفيذه وبالتالي فقدان التحكيم لقوته القانونية، فأنه لابد من وضع مجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية للجوء الى التحكيم في العقود الإدارية، خصوصاً مع سكوت المشرعين عن وضع قواعد قانونية تتفق مع الطبيعة القانونية للعقود الإدارية والتي تمتاز قواعده القانونية أساساً بأنها قواعد مستمدة من السلطة العامة للدولة مما يعني انها قواعد

---

[٣٧] د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٧١.

[٣٨] د. شعبان احمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٦٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

مرتبطة بالنظام العام، على ان يكون الهدف من هذه الضوابط الشكلية والموضوعية التوفيق بين جميع الاعتبار السابق ذكرها بما ينعكس إيجاباً على تنفيذ حكم التحكيم دون اي معوقات أو مشكلات تذكر.

لعل من اهم الإجراءات التي يمكن للإدارة اتباعها لتوفيق بين كل الاعتبارات السابقة تضمين العقد نفسه المبادئ الأساسية للعقود الإدارية، حيث يتم النص في نبود العقد على تطبيق القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الإداري على اي نزاع ينشأ نتيجة لتنفيذ تلك العقود[٣٩]، وبالتالي تُمنح الإدارة السلطات المقررة لها بموجب احكام القانون الإداري عند إدراج مثل هذا الشرط في بنود العقد الإداري وبالتالي نتجاوز فكرة مخالفة النظام العام عند اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.

إلا ما يؤخذ على تضمين العقد نفسه للمبادىء الأساسية للعقود الإدارية انها تشترط موافقة المتعاقد مع الإدارة على إدراج مثل هذا الشرط وهو ما لا يحدث في معظم الاحوال، مما يترتب على الأصرار على إدراجه إحجام الشركات الكبرى على التعاقد مع الجهات الإدارية. إلا ان المتتبع لواقع العقود الإدارية في الدولة المختلفة يلاحظ وجود تنافس شديد وكبير بين الشركات العالمية المختلفة والتي تمثل قوى اقتصادية وسياسية مختلفة، مما يعني ان المستثمر الأجنبي يحتاج الى مثل هذه العقود كما تحتاجها الدولة لاسباب سياسية واقتصادية، مما يعني تعدد الخيارات امام الدولة المتعاقدة مع الشركات التي تقدم نفس الخدمات وهذا بطبيعة الحال سيؤدي الى قدرة الدول على التمسك بإدراج تلك الشروط في العقد الإداري[٤٠].

كما وتستطيع الدولة لضمان المحافظة على طبيعة العقد الإداري وعدم مخالفة القواعد القانونية الناظمة له اختيار اشخاص متخصصين في القانون وتحديداً في القانون العام لتمثيلها أمام هيئات التحكيم، نظراً لمعرفتهم بالقواعد المميزة للعقود الإدارية، بالاضافة الى قدرتها على الاستعانة بالجهات المختصة– كمجلس الدولة مثلاً– لمساعدة الجهات الإدارية في صياغة العقود على نحو يضمن المحافظة على مقومات العقد

---

[٣٩] د. نجلاء حسن سيد، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص٥٣١. وكذلك د.عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٣٨.

[٤٠] د. نجلاء حسن سيد، المرجع السابق، ص٥٣٢. **وكذلك** د. عصمت عبدالله الشيخ، مرجع سابق، ص٢٣٩ وما بعدها.

الإداري واستبعاد النصوص والشروط الواردة في العقد والتي تخالف القواعد القانونية الناظمة للعقود الإدارية[٤١].

ومن الضمانات التي تستطيع الدولة أو احدى الجهات الإدارية اللجوء إليها لضمان المحافظة على المبادئ الأساسية للعقود الإدارية عند اللجوء الى التحكيم، السعى نحو التطبيق القانون الوطني الإداري على المنازعات العقدية الإدارية سواءاً عند اختيار القانون الواجب التطبيق، وذلك بأن يتم الاتفاق على اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وان تُطبق قواعد القانون الإداري على منازعات العقود الإدارية أمام هيئات التحكيم في الحالة التي لا يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق صراحاً تطبيقاً لنص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي تقابلها المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١[٤٢].

خصوصاً ان جميع المؤشرات والقرائن تشير الى ان القانون الوطني هو القانون الملائم وواجب التطبيق على هذه المنازعات عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون واجب التطبيق وهو الأجراء الذي يجب على المحكم اتخاذه وبغض النظر عن مكان تنفيذ العقد. وكان الأجدر بالمشرع المصري والأردني[٤٣] النص على تطبيق قواعد القانون الوطني عندما يتعلق النزاع بالعقود الإدارية، او تطبيق قانون يعرف التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنيه، إلا نص المواد في ١/٣٩ من قانون التحكيم المصري والمادة ٣٦/أ من قانون التحكيم الأردني خرجت عن الأصل المتعلق بالتطبيق قواعد القانون الوطني على لعقود الإدارية واتاحت لهيئة التحكيم اختيار وتطبيق القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالنزاع[٤٤].

---

[٤١] د. شعبان احمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٧٣.

[٤٢] نصت المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم المصري تنص على انه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك" وكذلك نص المادة ٣٦/أ من قانون التحكيم الأردني والتي أحتوت على نص مماثل للنص المصري.

[٤٣] ولعل السبب في ذلك يرجع لاقتباس المشرع المصري للمادة ٢٨ فقرة ١، ٢ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ يونيه ١٩٨٥ والذي يعالج التحكيم التجاري الدولي.

[٤٤] **انظر:** حكم المحكمة ادستورية العليا في القضية الدستورية رقم ٨١ لسنة ١٨ قضائية دستورية، في جلسة ١٩٩٨/٤/٤، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٨، ص١٢٧٣. **وكذلك أنظر** د. ياسر

(ISSN: 2537 - 0758)

الخاتمة

ولا بد من ضرورة التروي من قبل الدولة او احدى اشخاصها المعنوية العامة عند اللجوء الى التحكيم في المنازعات الإدارية، خصوصاً ان تلك المنازعات التي تمس قواعد النظام العام ومجالاته، حيث ان مثل هذه الموضوعات لا يجوز إخضاعها إلا للقضاء الوطني وتحديداً في العقود الإدارية الدولية نظراً لإمكانية إبطال حكم التحكيم اذا تضمن ما يخالف قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية أساسا، كما يجب على الدولة الا تلجأ الى التحكيم في مثل هذه العقود إلا للضرورة القصوى، حيث ان دول العالم في تنافس مستمر وتسعى للتعاقد مع الدول لفرض سيطرتها وهيمنتها الاقتصادية والسياسية، كما ان خيارات الدولة في التعاقد مع الشركات الكبرى أصبحت متعددة نظراً لتعدد التحالفات الدولية والتي يسعى كل تحالف الى السيطرة على الاقتصاد العالمي.

في الحقيقة ان المحافظة على المبادئ الأساسية للعقود الإدارية هي الوسيلة الوحيدة لضمان تنفيذ حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لإرتباط قواعد العقد الإداري بالنظام العام وبالتالي لا يمكن تجاهل هذه القواعد او مخالفتها، حيث ان مخالفة النظام العام تعرض حكم التحكيم لإمكانية إبطال الحكم، كما ويستطيع القضاء الوطني رفض إصدار الأمر بالتنفيذ للحكم التحكيمي بحجة ان الحكم يتضمن ما يخالف قواعد النظام العام.

الا ان محاولتنا هذه في المحافظة على طبيعة العقد الإداري عند اللجوء الى التحكيم لا تمنعنا من مطالبة المشرع المصري والأردني بضرورة وضع احكام قانونية خاصة بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية تتفق مع طبيعة العقد الإداري وخصائصه، وتضمن تحقيق الصالح العام والوصول الى توافق بين خصائص التحكيم وخصائص العقد الإداري وأستقرار المركز القانوني للعقود الإدارية سواءاً داخلياً او دولياً، حيث ان تطبيق اي قانون على النزاع العقدي الإداري لا يراعي الفرق بين العقود الإدارية والمدنية يمكن ان يمنع الدول من تنفيذ حكم التحكيم إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك للعام ١٩٥٨ على اعتبار ان حكم التحكيم يتضمن ما يخالف احكام النظام العام في دولة التنفيذ.

عبدالسلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٨٧.

المراجع:

- **د. احمد عثمان عياد**، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر.
- **د. بشار جميل عبدالهادي**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٥.
- **د. جابر جاد نصار**، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- **د. جورجي شفيق ساري**، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- **د. سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٧.
- **د. شعبان احمد رمضان**، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- **د. صلاح الدين فوزي**، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- **د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفه**، الأسس العامة للعقود الإدارية (الابرام التنفيذ المنازعات) في ضوء أحدث احكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قنون المناقصات والمزايدات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- **د. عبدالغني بسيوني عبدالله**، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٣.
- **د. عصمت عبدالله الشيخ**، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- **د. علي خطار شطناوي**، القانون الإداري الأردني/ الكتاب الثاني، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٩.
- **د. علي عبدالأمير قبلان**، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ط١،ج٢، مكتبة زين الحقوقية الأدبية، بيروت.

(ISSN: 2537 - 0758)

- **د. ماجد راغب الحلو**، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤.
- **د. محمد سعيد حسين أمين**، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- **د. محمد على الخلايلة**، القانون الإداري/الكتاب الثاني، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٢٠.
- **د. محمد علي محمد عبدالوالي**، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٩١.
- **د. محمد فؤاد مهنا**، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهوية مصر، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- **د. محمود زكي شمس**، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية/ لبنان/ مصر، ج١، ط١، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠.
- **د. مهند مختار نوح**، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- **د. نجلاء حسن سيد احمد خليل**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- **د. نصري منصور نابلسي**، العقود الإدارية، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- **د. ياسر عبدالسلام منصور**، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- LANGROD, GEORGES, Administrative Contracts" A Comparative Study. The American Journal of Comparative Law, (4), No 3.
- DE Laubadere (A.), Moderne (F.) Delvolve (P.); traité de droit administratife, T.I, 12 ém. Éd. Paris-1992.
- Laurant (R.), Droit de contrats administrative, éd. L.G.D.J., 1995.