كلية إدارة الأعمال – قسم القانون

بحث بعنوان

" أثر ادراج شرط التحكيم على المركز القانوني للإدارة في العقود الادارية "

مُقدم لمجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

بكلية الحقوق جامعة مدينة السادات

إعداد

دكتور / السيد فتوح محمد هنداوي

أستاذ مساعد القانون العام بقسم القانون

كلية إدارة الأعمال جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز

المملكة العربية السعودية

المقدمة

تمهيد :

يشغل العقد الإداري مكاناً بارزاً بين الأعمال القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لتسيير مرافقها العامة وممارسة نشاطها الإداري وكفالة حسن سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، فالعقود الإدارية لها دور هام في تسيير المرافق العامة ، ولا تخضع كل العقود التي تُبرمها الإدارة لنظام قانوني واحد، فقد تبرم بعض العقود وفقاً لأسلوب القانون الخاص وتسمى عقوداً خاصة وتخضع لقواعد القانون الخاص، وقد تُبرم عقوداً وفقاً لأساليب القانون العام وتسمى عقوداً إدارية وتخضع لقواعد القانون العام التي تتوافق مع طبيعة النشاط الذي تُمارسه الإدارة فتأخذ بأسلوب القانون العام وتظهر فيه بمظهر السلطة العامة تحقيقاً للمصلحة العامة ومصلحة المرفق العام، ولذلك يكون لهذه العقود طبيعتها الذاتية المستقلة عن العقود الخاصة التي تجعل الجهة الإدارية في مركز قانوني متميز يُمكنها من إدارة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة ، فقد مُنِحت الإدارة سلطات وامتيازات في مواجهة المتعاقد معها لا تملكها في تعاقداتها المدنية . حيث يبدو ذلك جلياً أن يكون للإدارة المتعاقدة مركزاً مُتميزاً عن المتعاقد معها وذلك بحكم قيامها على تحقيق الصالح العام، ومن ثم فهي تتمتع بسلطات استثنائية لا مثيل لها بالقانون الخاص، وذلك لارتباط العقود الإدارية ارتباطاً وثيقاً بالمرافق العامة وضرورة المحافظة على استمرارها بانتظام واطراد، وتلك الصلة هي التي تُبرر ذاتية العقد الإداري فيما يُرتبه من آثار والتزامات وضرورة خضوعها للقضاء الإداري وليس القضاء العادي، ويخضع العقد الإداري لنظام قضائي خاص يتفق مع الطبيعة الخاصة لتلك العقود .

كما أن المتعاقد في العقود الإدارية يتمتع بحقوق لا نظير لها بالقانون الخاص كحقه في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة اختلاله، وحقه في الحصول على تعويضات من الإدارة دون خطأ من جانبها حيث تمثل تلك

الامتيازات خروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك لاتصال العقد بالمرفق العام ووجوب الحرص على استمراره وانتظام سيره بما يُحقق المصلحة العامة، ومن جانب آخر نظراً لحرص المشرع على جذب الاستثمارات الداخلية والخارجية، وجذب المتعاقدين للدخول في تعاقدات مع الدولة لتنفيذ المشروعات الأساسية التي تُساهم في دفع عملية التنمية الاقتصادية، فكان لابد من مُسايرة المشرع للتطورات الاقتصادية وإيجاد وسيلة قضائية يقبلها المتعاقد مع الإدارة لتسوية منازعاته مع الإدارة ويأمن على استثماراته من خلالها، وخاصة أنه ليس أمامه بديل سوى الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولذلك كان دور التحكيم الداخلي كوسيلة قضائية سهلة الإجراءات تتسم بسرعة البت وتسوية النزاع وتجعل المتعاقد على حدٍ سواء مع الإدارة أثناء تسوية النزاع أمام التحكيم الوطني إضافة لما تتمتع به هيئات التحكيم من دراية كافية بطبيعة العقد الإداري. فتلجأ الإدارة لإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية سواء الداخلية أو الدولية حرصاً منها لجلب الاستثمارات .

فلا شك أن إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية يُعد أحد الأمور الهامة لجلب الاستثمارات الأجنبية وجذب المتعاقدين للدخول في علاقات اقتصادية وتجارية مع الدول والأشخاص العامة في الدولة النامية التي تحتاج للاستثمارات التي تساهم في مشروعات البنية التحتية والبنية الأساسية مما يكون له دوراً هاماً في المشاركة في التنمية الاقتصادية في تلك البلاد، ولاشك أن مصر ساعية في هذه الآونة إلى الاستثمار والتنمية وأهم عوامل النجاح وتحقيق ذلك هو طمأنة المستثمرين والمتعاقدين على عقودهم، حيث يمثل وجود شرط التحكيم وسيلة الأمان والطمأنينة للمستثمرين لكونه يمثل وسيلة سريعة وفعالة ومُحايدة لحسم في حسم منازعات العقود الإدارية، ولكن من جانب أخر قد يكون لإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية التأثير على طبيعة تلك العقود لما تتمتع به الدولة من سيادة ومركز قانوني مُتميز باعتبارها أحد أشخاص القانون العام في مواجهة المتعاقدين

معها سواءً كان تحكيم داخلي وتحكيم خارجي، وما أثر ذلك على طبيعة العقود الإدارية .

أهمية البحث :

تأتي أهمية البحث من أهمية العقود الإدارية ذاتها كوسيلة هامة وفعّالة لتلبية احتياجات الإدارة وتسيير المرافق العامة، فقد غدت العقود الإدارية الوسيلة الفعالة لتنفيذ الكثير من المشروعات الحيوية ومشروعات البنية التحتية والمشروعات الاقتصادية، ولما تتميز به تلك العقود من طبيعة ذاتية تُمكنها من القيام بالمصلحة العامة، وبدافع المصلحة العامة أيضاً تلجأ الإدارة للتحكيم في حسم منازعات تلك العقود حرصاً على جذب المُستثمرين، ولذلك تبرز أهمية البحث في تسليط الضوء على أهمية التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية وأثره على نظرية العقود الإدارية التقليدية والتي تجعل الإدارة في مركز مُتميز عن المتعاقد معها لتتمكن من تحقيق المصلحة العامة .

أهداف البحث :

تتمثل أهداف البحث في إلقاء الضوء على مفهوم الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني المُتميز للإدارة، ومفهوم وأهمية التحكيم في العقود الإدارية وصوره وأنواعه، وأثر كلاً من التحكيم الداخلي والخارجي على تلك الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وذلك وفي ضوء الأحكام القضائية في القضاء الإداري وقضاء التحكيم.

الدراسات السابقة:

تقتضى أدبيات البحث ضرورة التعرض للدراسات السابقة في مجال البحث، وذلك لعدم تكرار ما سبق بحثه، ولبيان أهمية وقيمة البحث المُضافة للمكتبة القانونية وبيان القيمة العلمية للبحث، وعليه فقد تم البحث والتقصي في العديد من المكتبات القانونية ولم أقف على بحث مُتخصص ألقى الضوء على أثر التحكيم على الطبيعة الذاتية للعقود الإداري، وهناك بحث قريب من هذا الموضوع

لسعادة الدكتور/ صبري السنوسي، بعنوان أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية الصادرة عن الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية ومقرها جامعة القاهرة، العدد الثالث عشر والرابع عشر 2001، ونأمل أن يكون هذا البحث استكمالاً لما توصل إليه سعادته.

إشكالية وتساؤلات البحث :

تتمثل إشكالية البحث في بيان أثر التحكيم على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، فهل تحتفظ العقود الإدارية الداخلية أو الدولية بطبيعتها الذاتية والمُستقلة بعد الاتفاق على التحكيم بشأن منازعات تلك العقود سواء في صورة شرط التحكيم أو مُشارطة التحكم؟ وهل مازالت الجهة الإدارية تحتفظ بمركزها القانوني المُتميز مع وجود شرط التحكيم؟ فهل يؤثر ذلك على مركز الإدارة المُتميز في العقد الإداري أم زال للعقد طبيعته الذاتية وما زالت الإدارة تتمسك بمركزها المتميز؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال صفحات البحث إن شاء الله.

منهجية البحث :

تعتمد الدراسة بشكل أساسي على المنهج الاستقرائي والتحليلي بتحليل النصوص القانونية، والأحكام القضائية والآراء الفقهية بهذا الشأن، وذلك في ضوء الأحكام القضائية الحديثة الصادرة من القضاء الإداري المصري وقضاء التحكيم.

خطة البحث:

تقتضي طبيعة البحث دراسته في مبحثين يسبقهم مطلب تمهيدي وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب التمهيدي: الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني المُتميز للإدارة

المبحث الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية .

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية .

الفرع الأول: مفهوم التحكيم وأساسه .

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الوسائل القانونية.

المطلب الثاني: صور و شروط التحكيم في العقود الإدارية .

الفرع الأول: صور وأنواع التحكيم.

الفرع الثاني: شروط التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الثاني: التحكيم وأثرة على ذاتية العقود الإدارية .

المطلب الأول: أثر التحكيم الداخلي على طبيعة العقود الإدارية الذاتية .

المطلب الثاني: أثر التحكيم الداخلي على طبيعة العقود الإدارية الذاتية .

الفرع الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقود الإدارية

الفرع الثاني: سلطة المحكم في منازعات العقود الادارية

الخاتمة:

النتائج

التوصيات:

المطلب التمهيدي

الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني المُتميز للإدارة

العقود الإدارية هي تلك العقود التي تُبرمها أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره وتظهر فيه نية الإدارة للأخذ بأسلوب القانون العام[1]، وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ولذلك يتطلب توافر ثلاث عناصر لاعتبار العقد إدارياً وهي:

1- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

3- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية أو غير مألوفة في القانون الخاص[2]، فلكي يكتسب العقد السمة الإدارية يجب أن يكون أحد أطرافه على الأقل شخصاً من أشخاص القانون العام[3]، فهو شرط لازم لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، ويجب فضلاً عن ذلك أن يكون موضوع العقد مُتصلاً بنشاط المرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق أهدافه[4]، فإذا انقطعت الصلة ما بين العقد والمرفق العام فقد صفته الإدارية وكان عقداً من عقود القانون الخاص، كما يجب أن يتضمن العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[5]، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا حيث قضت ".... يعتبر العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً نشاطه بمرفق عام

---

(1) د/محمد صلاح عبد البديع السيد، الأصول الإسلامية للقانون الإداري المعاصر، دار النهضة العربية، طبعة 1999، ص 50 .

(2) د/ محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الزقازيق 1993، ص6 .

(3) د/ عبدالرؤوف هاشم بسيوني، تطور معيار العقد الإداري في القضائيين الفرنسي والمصري، دون دار نشر، طبعة 2010، ص 7 .

(4) المستشار الدكتور / عبدالفتاح بيومي حجازي، عقود البوت .B.O.T في القانون المقارن، دار شتات للنشر والبرمجيات، طبعة 2008، ص 91 .

(5) المستشار الدكتور / عبدالفتاح بيومي حجازي، عقود البوت .B.O.T في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 96 .

ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص"[1]، وبتوافر تلك الشروط مُجتمعة يكتسب العقد الصفة الإدارية ويكون له طبيعته الذاتية عن العقود المدنية التي تُبرمها الإدارة لما يتضمنه القانون الإداري من خروج على القواعد المألوفة في القانون الخاص[2]، حيث تختلف القواعد والأحكام التي تخضع لها العقود الإدارية اختلافاً واضحاً عن تلك القواعد والأحكام التي تخضع لها العقود الخاصة[3] ويرجع ذلك لاتصالها الوثيق بالمرافق العامة وارتباطها بالمصلحة العامة فمقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تُبرر تلك الطبيعة الذاتية والمركز المتميز للإدارة في تلك العقود .

ويستمد العقد الإداري تلك الطبيعة الذاتية من النصوص التشريعية وأحكام القضاء الإداري الذي يمارس دوراً بارزاً في ابتداع واستخلاص المبادئ القانونية التي تحكم هذه العقود دون التقيد بأحكام القانون المدني[2] فنظرية العقود الإدارية من ابتداع القضاء الإداري الذي قرر ضرورة إعطاء الإدارة مجموعة من السلطات والامتيازات تمكنها من القيام بمسئوليتها في تنظيم وإدارة المرافق العامة بما يكفل استمرار سيرها بانتظام[1]، ولذلك تمتلك جهة الإدارة حقوقاً وسلطات في مواجهة المتعاقد معها لتحقيق المصلحة العامة وتتمكن من أداء مسئوليتها تجاه المرفق العام، وتتمثل تلك الحقوق في حق الرقابة والتوجيه، وحق تعديل العقد بإرادتها

---

[1] حُكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (2054) لسنة 48 ق . ع ، جلسة 2007/3/24 ، مجموعة كنوز لأحكام المحكمة الإدارية العليا ، سابق الإشارة إليها ، الجزء الثامن ، ص 4967 ، نفس المعنى حكمها في الطعن رقم (15819) لسنة 49 ق . ع ، جلسة 2007/4/14 ، ذات المجموعة ، ص 4967 .

[2] د/ علي محمد علي عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس 1991 ، ص 57

[3] د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 60 .

[2] راجع د/ ثروت بدوي ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة 1991 ، ص 12 .

[1] د/ محمد صلاح عبد البديع السيد ، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد ، دار النهضة العربية ، طبعة 2009 ، ص 6 .

المنفردة، وحق توقيع الجزاءات، وحق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وسوف نتعرض لكلاً منهم بشيء من التفصيل فيما يلي :

أولاً : سلطة الرقابة والتوجيه

تمتلك الإدارة سلطة مراقبة تنفيذ المتعاقد لبنود العقد للتحقق من مُطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها سواءً من الناحية الفنية أو من الناحية المالية ضماناً لسلامة العقد، كما تمتلك أيضاً سلطة توجيه المتعاقد في تنفيذ العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقة تنفيذها[2]، فالعقد الإداري هو وسيلة الإدارة في تسيير المرفق العام، فعليها التأكد من تنفيذ العقد وفقاً لشروطه ووفقاً للمصلحة العامة .

ثانياً : سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة

تخضع عقود القانون الخاص لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديلها إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة، فلا يجوز أن ينفرد طرف بتعديل شروط العقد إلا بعد موافقة الطرف الآخر، وعلى خلاف تلك القاعدة فلجهة الإدارة في العقد الإداري حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، وقد ينص على هذا الحق في شروط العقد باعتباره من الشروط الاستثنائية التي تميز تلك العقود، وتمارسه الإدارة بموجب سلطتها القانونية المُستمدة من النصوص القانونية، فقد تتطلب المصلحة العامة التعديل في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة[1]، فهذه السلطة تمارسها الإدارة سواء تم النص عليه في بنود العقد أم لم يتم النص عليه حيث أن النصوص القانونية مكملة لنصوص العقد .

---

[2] د/ محمد صلاح عبد البديع ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 17 .

[1] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 262 .

ثالثاً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد :

للإدارة حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها الذي يُخل بالتزاماته سواءً تمثل هذا الإخلال في الامتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه أم التنفيذ بصورة لا تتفق وشروط العقد، وتهدف تلك الجزاءات إلى تأمين سير المرفق العام بضمان تنفيذه بإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته على الوجه الأمثل، وتوقيع الجزاءات من قِبل الإدارة حق تملكه الإدارة كسلطة عامة توقعه بنفسها وفي الوقت المناسب الذي تقرره ودون حاجة لصدور حكم قضائي لتوقيعه شريطة أن يتم إخطار المتعاقد وإنذاره بذلك[2]، ويجب أن يكون قرار توقيع الجزاء مسبباً، ولا تستند الإدارة في ممارسة تلك السلطة لنصوص العقد بل تستند لسلطتها الضابطة للمرافق العامة والتي بموجبها يمكن للإدارة توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للجوء للقضاء، وعلة ذلك أن تأخير المتعاقد أو تقصيره قد يضر بالمرفق العام[3]،وتتنوع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد، وتشمل الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة وفقا لما يلي :

(أ) الجزاءات المالية :

وهي تلك المبالغ المالية المحددة سلفاً بالعقد أو في النصوص القانونية ويلتزم بها المتعاقد حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية, وهي تختلف عن الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في القانون الخاص أن الإدارة توقعها على المتعاقد دون تدخل من القضاء، وبغير حاجة إلى إثبات ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد[1]، ومن الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته غرامات التأخير، ومُصادرة التأمين النهائي في حالة عدم الوفاء بالتزاماته

---

[2] د/ هاني عبدالرحمن إسماعيل ، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2012 ، ص 897 .

[3] د/ بلاوي ياسين بلاوي ، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، طبعة 2011 ، ص 37 .

[1] د/ محمد فؤاد عبدالباسط ، الأعمال الإدارية القانونية ، الكتاب الثاني ، العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 503 .

التعاقدية، والهدف من غرامة التأخير هو ضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المحدد المتفق عليه حرصاً على حسن سير المرفق العام بانتظام، ولذلك فهي توقع بمجرد التأخير ودون الحاجة لحدوث ضرر أو إنذار أو اتخاذ إجراء معين، وبخصوص التأمين النهائي فيحق للإدارة مصادرة التأمين النهائي بطريق التنفيذ المباشر ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ، وسواءً تم النص على ذلك في بنود العقد أم لا [2] .

(ب) الجزاءات الضاغطة :

وهي جزاءات تملك الإدارة توقيعها لإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية كالتنفيذ على حساب المتعاقد المقصر، وحلول الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته أو تكليف الغير بذلك، والهدف من تلك الجزاءات أن العقود الإدارية يجب أن تُنفذ بدقة وعناية حرصاً سير المرافق العامة، ويشترط لتوقيع الجزاءات الضاغطة على المتعاقد أن يرتكب المتعاقد خطأ تعاقدي ويجب إنذاره قبل توقيع الجزاء، وتهدف تلك الجزاءات للضغط على المتعاقد المُقصر أو المُتخاذل لحثه للوفاء بالتزاماته[3] .

(ج) فسخ العقد :

وهو جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد المُقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية على نحو يحمل الإدارة لإنهاء الرابطة التعاقدية كجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته، وبعد أن تكون الإدارة استنفذت كافة الوسائل لحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو من أخطر الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد، ولذلك يجب

---

[2] راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (1772) لسنة 29 ق . ع ، جلسة 1985/2/5 ، مجمعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، الجزء الأول، بند 87 ، ص 566

[3] د/ محمد صلاح عبد البديع ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 25 .

أن يقترن توقيعه بخطأ جسيم يرتكبه المتعاقد في تنفيذ التزاماته[1]، فإذا كانت الإدارة تملك فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة حتى ولو لم يرتكب المتعاقد خطأ تعاقدياً، فمن باب أولى تملك ذلك الحق في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ويستوجب الأمر في هذه الحالة إخطار المتعاقد قبل فسخ العقد، وخاصة إذا نص العقد على مهلة الإخطار قبل إنهاء العقد .

وقرار فسخ العقد هو إجراء مُتصل بالعقد تتخذه الإدارة بوصفها طرفاً في التعاقد، ومن ثمّ فلا يكون للمتعاقد الحق بالطعن بالإلغاء ضد قرار فسخ التعاقد فلا يُعد من قبيل القرارات المُنفصلة عن العقد، وإنما يخضع لولاية القضاء الكامل ويخرج عن ولاية الإلغاء[2]، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " .... ومن المقرر أن القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية المتعاقدة استنادا إلى نصوص العقد لا تعد قرارات إدارية بمعناها المستقر عليه حينما تكون تعبيراً عن الإرادة المنفردة للجهة الإدارية بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وإنما تعد إجراءً من إجراءات العقد حيث استندت وأعملت ما تضمنته نصوصه وبالتالي تكون مخاصمة هذه الإجراءات وإن سمي قراراً بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء"[1] .

رابعاً : سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة :

للإدارة حق إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ من جانب المتعاقد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وتملك الإدارة هذا الحق ولو لم ينص

---

[1] د/ محمد فؤاد عبدالباسط ، الأعمال الإدارية القانونية ، الكتاب الثاني ، العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 551 .

- د/ بلاوي ياسين بلاوي ، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 37.

[2] د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 308.

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم (13837) لسنة 50 ق . ع ، جلسة 2008/4/15 ، الموسوعة الماسية لأحكام المحكمة الإدارية العليا شركة ناس للطباعة والنشر، طبعة 2011 ، الكتاب الأول ، ص 201 ، حكم رقم 52 .

عليه في العقد، ولا يجوز لها التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام، ويقع باطلاً تنازل الإدارة عنه[2]، ويستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً في هذه الحالة عمّا فاته من كسب وما لحقه من خسارة، ويخضع قرار الإنهاء لرقابة القضاء الإداري، حيث يلزم أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية للإدارة[3]، وتلجأ الإدارة لإنهاء العقد الإداري إذا اقتضت المصلحة العامة أن تنفيذ العقد الإداري أصبح غير ضروري[4].

والجدير بالذكر أن المتعاقد يستحق التعويض في حالة فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة حتى وإن كان عدم الاحتياط للمصلحة العامة راجعاً لإغفال الإدارة ذلك الأمر في شروط الطرح، ويعتبر حق الإنهاء الانفرادي من الحقوق الهامة، ومن خلاله تحرص الإدارة على إنهاء رابطة عقدية أصبحت غير ذي فائدة للمرفق العام، ومناطها في ذلك هو المصلحة العامة للمرفق ولا يجوز للمتعاقد الاعتراض على تلك السلطة طالما أن مصالحه المالية مصونة بتعويضه[1].

---

[2] د/ محمد صلاح عبد البديع ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص452

[3] د/ رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص ، دار النهضة العربية ، طبعة 2010، ص 35

[4] راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3567 ، جلسة 2001/5/15 ، منشور في مجلة المحاماة ، العدد الثاني عام 2002 ص531

[1] د/ محمد صلاح عبد البديع ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 428 .

المبحث الأول

ماهية التحكيم في العقود الإدارية

لاشك أن أهمية تمييز العقد وبيان ما إذا كان إدارياً أم مدنياً تبدو من أكثر من زاوية، فهي أولاً تسمح بتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع، وثانياً تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة به، أما عن النقطة الأولى، فلا شك أن التحكيم يسلب اختصاص القضاء الإداري المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وهو القضاء الإداري المختص بنظر المنازعات الإدارية، كما يؤثر أيضاً على القانون الواجب التطبيق، حيث قد يطبق قانوناً غير القانون المقرر تطبيقه على المنازعة، وتبدو أهمية التحكيم في العقود الإدارية بسرعة في الفصل في المنازعات .

ومع تطور وتغير أنماط العلاقات التجارية نتيجة للتحولات الاقتصادية التي يشهدها العالم ظهرت إلى جانب القضاء وسائل أخرى اختيارية لفض المنازعات كالتحكيم والمصالحة والتوفيق والوساطة وغيرها، وحظي التحكيم باهتمام بالغ ومكانة بارزة بين الوسائل البديلة المتاحة لتسوية المنازعات بغير الطريق القضائي[2]، حيث يتم تسوية المنازعات بآلية يختارها الأطراف مُسبقاً لما قد ينشأ من خلاف أو بعد وقوع النزاع دون ولوج الطريق القضائي تخفيفاً عن كاهل القضاء واحتراماً لإرادة الخصوم الذين يفضلون التحكيم لما يُحققه لهم من مزايا أهمها سرعة الفصل في المنازعات[1]، وقلة التكاليف والسرية والخبرة في مجال المنازعات [2].

---

[2] د/ علي علي أمين يوسف ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، 2013 ، ص 198 وما بعدها .

[1] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دراسة تحليلية تطبيقية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 2011 ، ص 7 .

[2] د/ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 286 .

وتأتي أهمية التعرض للتحكيم ودوره في حسم منازعات العقود الإدارية نظراً لما تتمتع به الدولة من سيادة ومركز قانوني متميز باعتبارها أحد أشخاص القانون العام في مواجهة المتعاقدين معها[3]، فلا شك أن إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية يُعد أحد الأمور الهامة لجلب وجذب الاستثمارات الأجنبية، وتدفع المتعاقدين للدخول في علاقات اقتصادية وتجارية مع الدول والأشخاص العامة في الدولة النامية التي تحتاج للاستثمارات التي تساهم في مشروعات البنية التحتية والبنية الأساسية مما يكون له دوراً هاماً في المشاركة في التنمية الاقتصادية في تلك البلاد .

ويمثل وجود شرط التحكيم وسيلة الأمان والطمأنينة للمستثمرين لكونه يمثل وسيلة سريعة وفعالة ومُحايدة لحسم منازعاتهم، ولكن هل يتأثر العقد الإداري بإدراج شرط التحكيم أم يظل محتفظاً بطبيعته الذاتية التي تُميزه عن العقود المدنية، وتظل الإدارة في مركز مُتميز عن المتعاقد معها هذا ما سوف نتعرض له بالبيان، ولبيان ماهية التحكيم في العقود الإدارية ينبغي التعرض أولاً لمفهوم التحكيم وأساسه، وهذا ما نخصص له المطلب الأول، ونتعرض في المطلب الثاني وبيان ذاتيته واستقلاله وصوره، ثم بيان أثر التحكيم الداخلي والخارجي على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وفقا للتقسيم التالي :

المطلب الأول : مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية.

المطلب الثالث : صور وشروط التحكيم في العقود الإدارية .

---

[3] د/ فتحي عطية السيد ، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون رقم (89) لسنة 1998 ، مرجع سابق ص753

المطلب الأول

مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

سوف نتعرض أولاً لبيان مفهوم التحكيم ثم التمييز بينه وبين الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات العقدية وذلك في فرعين متتاليين وفقاً لما يلي:

الفرع الأول : مفهوم التحكيم وأساسه .

الفرع الثاني : التمييز بين التحكيم وغيره من الوسائل المشابهة .

الفرع الأول

مفهوم التحكيم وأساسه

التحكيم لغةً يعني إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير، فيقال حكّم الخصمان فلاناً إذ جعلا له النظر في منازعتهما، فهو التفويض في الحكم وهو طلب الفصل في المنازعة عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها[1]، وهذا هو المعنى المقصود من التحكيم الذي ورد في الآية الكريمة في الكتاب الكريم " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شجر بينهم"[2]، ومن يُفوَّض إليه النظر في النزاع يسمى حكَماً أو محكِّماً أو محتكَماً إليه .

أما عن المعنى الاصطلاحي فقد تعددت أقوال الفقهاء في معنى التحكيم، وإن كانت كلها تدور في فلك المعنى اللغوي، فقد عرفه بعض الفقه بأنه " وسيلة في يد الخصوم يمكنهم بمقتضاها إخراج نزاعهم من سلطة المحكمة المختصة به ليعهد بالفصل فيه إلى محكّمين يقومون باختيارهم"[1]، كما عرّفه البعض الأخر

---

[1] لسان العرب لعبدالله أحمد بن المكرم أبي الحسن بن أحمد الأنصاري المعروف بابن منظور ، طبعة دار المعارف ، القاهرة ، دون سنة نشر ، الجزء 15 ، ص 31 .

[2] الآية رقم (65) من سورة النساء .

[1] د/ أنس جعفر ، د/ أشرف أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات ، مرجع سابق ، ص 319 .

بأنه " اتفاق أطراف النزاع اتفاقاً يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلاً من القضاء المختص وقبول قراره بشأنه"[2]، كما عرّفه آخرون بأنه " اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكِّم أو أكثر للفصل فيه في ضوء القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة وفقاً لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين"[3].

وقد تعرضت المحكمة الإدارية العليا لتعريف التحكيم في أحد أحكامها بأنه " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[4]، وقد عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على أنه " اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة، وذلك بحكم مُلزم للخصوم، ويتخذ هذا الاتفاق إحدى صورتين أولهما قد يرد ضمن نصوص العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، ثانيهما أن لا يتفق الطرفان على التحكيم في العقد الأصلي ولكن بعد ققيام النزاع بينهما فيبرمان اتفاقاً خاصاً للفصل في النزاع الذي نشأ بأسلوب التحكيم"[1].

وقد تعرض القانون رقم (27) لسنة 1994 بشأن التحكيم لتعريف التحكيم في المادة العاشرة حيث نصت على أنه " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على

---

[2] د/ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 285 .

[3] د/ يسري محمد العصّار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، طبعة 2010 ، ص 14 .

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم (886) لسنة 30 ق . ع ، جلسة 1994/1/18 ، مجموعة أحكام المكتب الفني لمجلس الدولة السنة 39 ، الجزء الأول ، ص 691 .

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (661) الصادرة بتاريخ 1989/7/1 ، جلسة 1989/5/17 ، ملف رقم 265/1/54 قاعدة رقم 4 ، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية ، سابق الإشارة إليها ، الجزء الأول ص 82 .

الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[2]، ويلاحظ على التعريف السابق أنه أجاز التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية[3]، وتعرض للتحكيم بصورته السابقة واللاحقة على نشوء المنازعة، بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يتعرض إلا للتحكيم السابق (شرط التحكيم) حتى صدور قانون التحكيم في عام 2011 والذي أجاز مُشارطة التحكيم[4] .

ويمكننا تعريف التحكيم بأنه " وسيلة بديلة للقضاء يلجأ إليها أطراف العلاقة بمحض إرادتهم لتسوية نزاع قائم بالفعل أو نزاع محتمل حدوثه وذلك عن طريق شخص أو أكثر يسمى محكِّم أو محكِّمين ويكون قرارهم مُلزم لطرفي النزاع"، ومن خلال التعريفات السابقة يتبين لنا أن أساس التحكيم كوسيلة بديلة لقضاء الدولة لتسوية المنازعات التي وقعت أو المحتملة هو إرادة طرفي العلاقة القانونية على إحلال محكم أو محكمين للفصل في منازعاتهم بدلاً عن قضاء الدولة وبحيث يقوم حكم المحكم محل حكم المحكمة المختصة وتحتاج تلك الإرادة إلى إجازة تشريعية تحدد نطاق التحكيم وتحديد المسائل التي يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها من منازعات، فالتحكيم يقوم على أساسين هما إرادة الخصوم وإرادة المشرع[1] .

---

[2] الجريدة الرسمية ، العدد 16 الصادر في 1994/4/21م .

[3] تضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 المبادئ التي تنظم التحكيم الاختياري في المواد (501) وحتى (513) دون التعرض لتعريف التحكيم حيث نصت على : أولاً : يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة التحكيم خاصة ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ، ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

[4] د/ حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، طبعة 1997، ص 51 .

[1] د/ محمد رفعت عبدالوهاب ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية صادرة عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني 2010 ، ص466 .

1- إرادة الخصوم:

فالأصل في التحكيم أنه طريق اختياري يتم بمحض إرادة أطراف النزاع بعدم اللجوء للقضاء قصداً في النفقة والوقت، ولابد أن يتفق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم بدلاً من القضاء الذي توفره الدولة عن طريق محاكمها، فالأصل أن القضاء هو الطريق الطبيعي لفض المنازعات، ولا يجوز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء إلا بتلاقي إرادة أطراف المنازعة على ذلك، فالتحكيم لا يقوم في الأصل إلا على الرضا والاختيار باتفاق الخصوم بإرادتهم الحرة تقديراً منهم أنه أكثر تحقيقاً لمصالحهم[2]، ولا يعني الاتفاق أطراف المنازعة على اللجوء للتحكيم تنازل أي منهم عن حقه في اللجوء للقضاء فهو حق متعلق بالنظام العام وإنما يقتصر اتفاقهم على إحلال التحكيم محل القضاء في تسوية المنازعة[3]، فإذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم في النزاع للقضاء لأن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من القضاء، وإنما يُمنع اللجوء للقضاء من أي طرف على حده طالما أن شرط التحكيم قائماً[1].

2- إرادة المشرع :

إذا كانت إرادة الخصوم هي أساس التحكيم إلا أنها لا تكفي وحدها لإمكانية الفصل في المنازعة عن طريق التحكيم[2]، فلابد من تفعيل اتفاق التحكيم بإجازة المشرع اللجوء للتحكيم وضرورة احترام اتفاق التحكيم وفقاً لما حدده

---

[2] د/ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 286 .

[3] د/ صبري السنوسي ، أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، صادرة عن الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية ومقرها جامعة القاهرة ، العدد الثالث عشر والرابع عشر ، 2001 ، ص 153 .

[1] يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم (886) لسنة 30 ق . ع ، جلسة 1994/1/18 .

[2] د/ حمدي علي عمر ، التحكيم في عقود الإدارة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، طبعة 1997، ص 102

المشرع من مسائل يجوز التحكيم فيها حتى يتسنى تنفيذ أحكام التحكيم وإمكانية الطعن عليها[3]، ولعل القانون الذي يجيز التحكيم هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على الالتجاء إلى التحكيم إلا شرط استلزمه القانون لجواز عرض النزاع على التحكيم ليفصل فيه المحكمين بدلاً من المحكمة المختصة[4].

وعلى ذلك فلا يجوز التحكيم في المسائل التي لم يجز المشرع التحكيم فيها، فما أجاز المشرع التحكيم فيه يتم الاعتداد باتفاق أطراف المنازعة بشأنه وإعماله، وما عدا ذلك فلا ينشأ التحكيم باتفاق الأطراف طالما لم تلتقي بإرادة المشرع، أما إذا تلاقت إرادة الخصوم وإرادة المشرع بشأن اتفاق التحكيم فيُمنع عرض النزاع على القاضي المختص بنظره طالما أن شرط التحكيم ما زال قائماً، ويحق للمدعى عليه الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، ويجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة[1] .

---

[3] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 14 .

[4] د/ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 288 .

[1] د/ أنس جعفر ، د/ أشرف أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات ، مرجع سابق ، ص 355 .

الفرع الثاني

التمييز بين التحكيم وغيره من الوسائل القانونية

التحكيم كوسيلة بديلة لفض وتسوية المنازعات له ذاتية خاصة تُميزه عن الطرق غير القضائية لفض المنازعات كالصلح والتوفيق ولجان فض المنازعات والرأي الذي تصدره الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، والغرض من التمييز بين التحكيم وغيره من النظم المشابهة هو بيان ذاتيته المستقلة في تسوية المنازعات فهو نظام قائم بذاته لا يندرج تحت إحدى وسائل فض وتسوية المنازعات، وسوف نوضح الفرق بين كلاً منهم فيما يلي :

أولاً : التحكيم والصلح :

يهدف الصلح إلى إنهاء النزاع القائم أو المُحتمل حدوثه على أساس تنازل كل طرف من أطراف الخصومة عن جزء من حقه، وذلك من أجل حسم المنازعة فيما بينهم، فالأطراف المتنازعة هي التي تفصل في أمرها بخلاف التحكيم الذي يتم الفصل في منازعته عن طريق محكِّم وليس من جانب الأطراف المتنازعة[2]، ويتلاقى التحكيم مع الصلح في أن كليهما يهدف لتسوية نزاع قائم بالفعل أو محتمل وقوعه،كما أن كلاً منهم نظام رضائي واختياري أساسه إرادة طرفي النزاع، ورغم ذلك يختلف التحكيم عن الصلح في أمور جوهرية، فالصلح هو نظام اتفاقي خالص من بداية إجراءاته إلى نهايتها، أما التحكيم فهو نظام رضائي فقط في أساسه من حيث اللجوء إليه أو عدم اللجوء إليه، وما يصدر عن التحكيم والمحكمين هو حكم قضائي مُلزم للطرفين[1]، إضافة إلى أن الصلح يقتضي بطبيعته تنازلاً من الخصوم عن جزء من حقوقهم محل النزاع، أما التحكيم فلا يتضمن مثل ذلك التنازل حيث يكون بوسع المحكّم أن يقضي بكامل الحق لصالح

---

[2] د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 499 .

[1] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 20 .

أحد طرفي النزاع[2]، كما أن عقد الصلح مُلزمٌ للطرفين وغير قابل للطعن عليه بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام وإن كان قابلاً للفسخ وفقاً لقواعد القانون المدني، بينما يمكن الطعن على حكم التحكيم بطرق الطعن المختلفة بحسب القواعد المقررة[3] .

ثانياً : التحكيم والتوفيق :

التوفيق هو وسيلة ودية لتسوية المنازعات بتدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما، وتسوية النزاع عن طريق حل يستند إلى إرادة الطرفين، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق إلا باتفاق الطرفين[4]، ولقد نظم المشرع التوفيق كوسيلة للفصل في بعض المنازعات الإدارية التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية طرفاً فيها، وذلك في القانون رقم 7 لسنة 2000 الخاص بإنشاء لجان التوفيق، حيث نص في مادته الأولى على " أن ينشأ في كل وزارة أو هيئة عامة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات والعاملين بها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة، وتجدر الإشارة إلى أن التقدم للجان التوفيق يُعد شرطاً أساسياً لقبول الدعوى أمام القضاء فلا يجوز للأطراف اللجوء للقضاء أو للتحكيم إلا بعد الانتهاء من عمل لجنة التوفيق[1] .

---

[2] د/ عزيزة الشريف ، التحكيم في القانون الإداري المصري ، دار النهضة العربية ، طبعة 1993 ، ص 9 .

[3] د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 500 .

[4] د/ يسري محمد العصّار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سابق ، ص 44 .

[1] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق، ص 21 .

فجوهر الاختلاف بين التحكيم والتوفيق في أن التحكيم اختياري أساسه إرادة الطرفين يتم بمجرد الاتفاق عليه، أما التوفيق فهو وجوبي على طرفي المنازعة التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، إضافة إلى حكم التحكيم ملزم للطرفين بعكس التوصية الصادرة عن لجنة التوفيق فإنها لا تصبح ملزمة للطرفين إلا إذا وافق عليها الطرفان خلال خمسة عشر يوماً عرضها عليها، كما أن التحكيم أضيق نطاقاً من التوفيق الذي يشمل جميع المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها حتى ولو كانت تتعلق بالنظام العام أما التحكيم فيقتصر على المسائل التي يجوز الصلح فيها .

ثالثاً : التحكيم والرأي الصادر من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة :

حرصاً من المشرع على تسوية المنازعات بين الأشخاص العامة دون اللجوء إلى القضاء وبواسطة التحكيم فقد أناط أمر تسوية تلك المنازعات للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بإصدار رأي ملزم للجانبين، حيث حدد المشرع طريقاً خاصاً للفصل في المنازعات بين الأشخاص القانونية العامة دون اللجوء إلى القضاء، فأناط بالجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة مهمة حسم هذه المنازعات عن طريق رأي مُلزم لأطراف النزاع، وقد نص على هذا الاختصاص في المادة 66 من القانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة[2]، ولا يعد هذا الرأي حُكماً قضائياً كما أوضحت محكمة النقض في قضائها حيث قضت " بأن المشرع لم يسبغ على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ولاية القضاء في المنازعات التي تقوم بين فروع السلطة التنفيذية، وذلك لأن هذه الجمعية ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائي بمجلس الدولة، ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التي رسمها قانون

---

[2] راجع د/ يسري محمد العصّار، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق ، ص 35 .

المرافعات أو أية قواعد إجرائية أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات إجراءات التقاضي وضماناته، وهي على هذا النحو لا تعد من جهات القضاء أو الجهات ذات الاختصاص القضائي، وإنما تختص فقط بمهمة الإفتاء في المنازعات بإبداء الرأي مسَببا"[1] .

ويعد هذا الأمر هو جوهر الاختلاف بين ما تقوم به الجمعية العمومية والتحكيم إذ أن ما يصدر عن التحكيم هو حكم قضائي[2]، ومن جانب آخر يقوم التحكيم على أساس اتفاق أطراف نزاع معين على إحالته إلى شخص أو أشخاص يختارونهم لتسوية هذا النزاع بواسطة قرار مُلزم[3]، أما ما تقوم به الجمعية العمومية ليس اختياراً لأطراف النزاع، فلا مناص أمامهم إلا بعرض النزاع وتسويته بهذا الطريق، فلم يجز المشرع للأشخاص القانونية العامة رفع دعاوى أمام القضاء أو حسم منازعاتهم بواسطة التحكيم[4]، وهذا ما قررته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حيث قالت " أن اختصاصها دون غيرها بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات بعضها البعض هو بديل عن استعمال الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات"[1] .

---

[1] حكم محكمة النقض الصادر في الطعن رقم 1107 بتاريخ 1984/3/20 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، السنة 35 ، ص 758 .

[2] د/ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 303 .

[3] د/ نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها على تسيير المرفق العام ، دراسة مقارنة ،مرجع سابق ، ص 230 .

[4] د/ يسري محمد العصّار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 36 .

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 106 الصادرة بتاريخ 1996/2/3 ، مجموعة المبادئ القانونية للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، السنة الخمسون ، ص261 .

رابعاً : التحكيم ولجان فض المنازعات :

صدر القانون رقم (7) لسنة 2000 الخاص بتنظيم لجان فض المنازعات بين الأفراد والجهات الإدارية، وجعل اللجوء إلى تلك اللجان إجبارياً قبل رفع الدعوى أمام القضاء، والملاحظ أن ما يصدر عن تلك الجهات من توصيات هو غير ملزم لطرفي النزاع، وبعكس ما يصدر عن التحكيم فهو ملزمٌ للطرفين، وإلى جانب ذلك فاللجوء إلى التحكيم هو اختيارياً بعكس اللجوء للجان فض المنازعات[2]، وعلى هذا تعد لجان فض المنازعات مرحلة من مراحل فض المنازعة حيث يتم الفصل في المنازعة عن طريق القضاء الذي لا يقبل الدعوى إلا بعد مرحلة فض المنازعات بخلاف التحكيم الذي يعد وسيلة مستقلة لتسوية المنازعات، فلا يحتاج لمرحلة تسبقه كي يباشر المحكِّم عمله .

ويتضح مما سبق اختلاف التحكيم واستقلاله عما سواه من سُبل وطرق تسوية المنازعات، وإن كان يتشابه مع بعضها في إحدى الأوجه إلا أن له ذاتيته المستقلة، فهو وسيلة بديلة مستقلة يجمع بين بعض مظاهر قضاء الدولة، وبين بعض مظاهر طرق التسوية الودية الأخرى، كما أن التحكيم يأتي في المرتبة الثانية بعد القضاء في شأن تسوية المنازعات لما يقدمه من حكم ملزم للطرفين يترتب عليه إنهاء النزاع، وما يجعله يتميز به عن طريق القضاء في تسوية المنازعات ودور إرادة طرفي المنازعة في اللجوء إليه، وذلك عندما ترى أنه يحقق له مميزات أفضل وتسوية سرية وسريعة من قبل المتخصصين في مجال المنازعة[1]، ولاشك أن تلك الإرادة في اللجوء للتحكيم تعد أهم مميزاته إضافة إلى أن ما يصدر عنه من حكم ملزم للطرفين، فالتحكيم بهذه الصورة قد جمع بين

---

[2] د/ فتحي عطية السيد ، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون 89 لسنة 1998 ، مرجع سابق ، ص 754وما بعدها .

[1] د/ نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها على تسيير المرفق العام ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 232 .

مميزات القضاء، ومميزات طرق التسوية الودية الأخرى، وتلافي العيوب الموجهة لكلٍ منهما .

المطلب الثاني
صور وشروط التحكيم في منازعات العقود الإدارية

سوف نتعرض أولاً لبيان صور وأنواع التحكيم وخصصنا لذلك الفرع الأول، ثم نتعرض في الفرع الثاني لبيان شروط اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية فيما يلي :

الفرع الأول
صور وأنواع التحكيم

للتحكيم صورتان فقد ينص على اتفاق التحكيم في العقد الأصلي ويسمى هذا الاتفاق بشرط التحكيم لأنه أحد شروط العقد ويتصل بأمر التحكيم، وهو عبارة عن شرط يرد ضمن نصوص العقد فينص على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي سوف تنشأ بين الأطراف حول العقد أو تنفيذه وما قد يثار من منازعات[2]، وقد ينص على اتفاق التحكيم في وثيقة منفصلة عن العقد الأصلي مصدر الرابطة العقدية بحسم النزاع القائم بينهما فعلاً عن طريق التحكيم، ويسمى بمُشارطة التحكيم، فاتفاق التحكيم يأتي بعد نشوء نزاع وقع فعلاً وبقصد إيجاد حل له، وقد أخذ قانون التحكيم المصري الجديد بصورتي التحكيم (شرط التحكيم ومُشارطة التحكيم)، وكذلك أجاز المشرع الفرنسي صورتي التحكم اللاحقة والسابقة في قانون التحكيم الجديد الصادر في عام 2011 .

---

[2] د/ عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية 2008 ، ص 26 .

أما عن أنواع التحكيم فينقسم التحكيم إلى أنواع عديدة وفقاً للزاوية التي ينظر من خلالها إلى التحكيم[1]، وقد درج الفقه على تقسيم التحكيم من حيث دور إرادة الخصوم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث سلطة المُحكمين ينقسم التحكيم إلى تحكيم بسيط وتحكيم مع التفويض بالصلح، ومن حيث هيئة التحكيم ينقسم إلى تحكيم فردي أو خاص وتحكيم مؤسسي، ومن حيث نطاقه الجغرافي ينقسم إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي، وسوف نتعرض لبيان كلٍ منهم فيما يلي :

أولاً : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري :

الأصل في التحكيم أنه اختياري لأن إرادة الأطراف هي قوام التحكيم ولبنته الأساسية[2]، حيث تشكل إرادة طرفي العلاقة القانونية محل التحكيم أساساً لقيامه وذلك من خلال اتفاق أطراف المنازعة على تسوية المنازعات المستقبلية، أو الحالية الخاصة بتلك العلاقة حيث تُحدد إرادة الأطراف المحكّم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم، ولهم بإرادتهم العدول عن التحكيم واللجوء لرفع الأمر للقضاء[3].

ولكن قد يتدخل المشرع بنصوص ملزمة تجعل التحكيم إجبارياً فيما يتعلق ببعض صور المنازعات نظراً لطبيعتها الخاصة، وبحيث يصبح التحكيم إجبارياً

---

(1) د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 506 .

(2) د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة لقسم البحوث والدراسات القانونية بمعهد البحوث والدراسات العربية التابع للمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، جامعة الدول العربية ، عام 2012 ، ص 179 .

(3) د/ عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ، ص 29،30 .

بديلاً عن القضاء[1]، وقد يكتفي المشرع بفرضه على الخصوم أطراف المنازعة تاركاً لهم حرية تحديد تفاصيله من اختيار المحكّم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد يضع تنظيماً كاملاً للتحكيم، وبحيث تنعدم إرادة الأطراف في هذا الشأن، ومن أمثلة التحكيم الإجباري التحكيم في منازعات القطاع العام، وتميل المنازعات الناتجة عن المعاملات الداخلية إلى الأخذ بالتحكيم الإجباري، أما المنازعات التي تنشأ نتيجة المعاملات الدولية فتميل إلى الأخذ بالتحكيم الاختياري .

ولاشك أن التحكيم الاختياري هو الذي يستند لشرط أو مُشارطة التحكيم في حين لا يتوافر أي منهما في التحكيم الإجباري، والذي يستند إلى النص القانوني ليحل محلهما، والحكمة من جعل المشرع التحكيم إجبارياً في بعض الفروض إن تلك المنازعات بحسب طبيعتها لا تعد من قبيل الخصومات الحقيقية، وذلك لأن محصلة الحكم الصادر في تلك المنازعة سيؤول في النهاية للخزانة العامة للدولة، ويترتب على التحكيم الإجباري أنه لا يجوز للأطراف اللجوء للقضاء للفصل في تلك المنازعات لتعلق التحكيم بالنظام العام.

ثانياً : التحكيم البسيط والتحكيم بالصلح :

الأصل في التحكيم أن يكون تحكيماً بسيطاً أي تحكيم بالقضاء بأن يلتزم المحكم أو المحكمون شأنهم في ذلك شأن القاضي بإصدار حكم في النزاع على ضوء القواعد القانونية الخاصة بإجراءات التقاضي، والذي يشمل القواعد القانونية مكتوبة كانت أم غير مكتوبة كالمبادئ القانونية والعرف[2]، أما التحكيم بالصلح أو التفويض بالصلح فهو استثناءً من الأصل في التحكيم بأن يكون المحكم مُخولاً الصلح، وفي هذا النوع من التحكيم يجب أن تكون إرادة الأطراف صريحة

---

(1) د/ يسري محمد العصّار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق، ص 57 .

(2) د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 507 .

وواضحة فيما تقصده ويجب عدم تفسيرها إلا تفسيراً ضيقاً ولا يكون الحكم الصادر فيه قابلاً للطعن[1] .، وقد أخذ المشرع المصري بكلٍ من نوعي التحكيم فنص على التحكيم البسيط في المادة (39) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الفقرة الأولى والثانية " لطرفي النزاع اختيار القواعد القانونية التي يريدان تطبيقها على النزاع الخاص بالتحكيم سواءً كان تحكيماً داخلياً أو دولياً، وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق القواعد القانونية التي ترى أنها أكثر اتصالاً بالنزاع مع مراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة "، ونُصّ على التحكيم بالصلح في ذات المادة في فقرتها الرابعة " على أنه يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على التفويض بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون معين " .

والخلاصة أنه في التحكيم البسيط يكون المحكّم ملتزم بالقواعد القانونية التي اتفقا عليها طرفا النزاع، وعليه الالتزام بتطبيق القواعد القانونية المناسبة على النزاع في حالة عدم الاتفاق على تلك القواعد القانونية، ويكون الحكم الصادر في هذا التحكيم قابلاً للطعن فيه، بخلاف التحكيم بالصلح الذي تحكم فيه هيئة التحكيم في ضوء قواعد العدل والإنصاف، ولا يكون الحكم الصادر في هذا التحكيم قابلاً للطعن عليه، ولذلك يجب أن تكون إرادة طرفي المنازعة صريحة واضحة في الأخذ بهذا النوع من التحكيم.

ثالثاً : التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

ينقسم التحكيم إلى تحكيم خاص وتحكيم مؤسسي ويطلق عليه الفقهاء التحكيم النظامي، وهو ذلك التحكيم الذي يعهد فيه أطراف العلاقة محل النزاع إلى مؤسسة تحكيمية تفصل في النزاع وفقاً للإجراءات التي تضعها المؤسسة نفسها،

---

[1] د/ زينه سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 180 .

ومن خلال محكمين يختارهم أطراف العلاقة أو المؤسسة نفسها، وتبقى المؤسسة مسئولة عن تنظيم العملية التحكيمية والإشراف عليها حتى صدور القرار التحكيمي مقابل أجر معين[1]، فالهيئات أو المنظمات الدولية أو الوطنية تقوم بتسوية النزاع وفق إجراءات محددة وموضوعية مقدماً، وأغلب المنازعات التي تنشأ عن التعامل التجاري يتم تسويتها عن طريق التحكيم المؤسسي حيث تتضمن عقودها نصوصاً تقضي بحسم النزاع الذي قد ينشأ عن طريق التحكيم المؤسسي[2]، أما التحكيم الخاص فهو الذي يتفق الطرفان فيه على أن يتولى التحكيم فيما بينهم محكّماً أو أكثر يضع الأطراف أو المحكمين القواعد والإجراءات التي ستسير عليها عملية التحكيم حتى نهايتها[3]، كما يقوم الأطراف بتحديد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم، ورغم أن التحكيم الخاص كان سابقاً في ظهوره على التحكيم المؤسسي إلا أن التحكيم الأخير قد أصبح هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، وتوصف مراكز التحكيم بالتخصص لأنها لا تقف عند عملية تحكيم بعينها بل تظل قائمة بصفة مستمرة لتلقى ما يعهد إليها من تحكيم[4].

وقد أخذ المشرع المصري بهذين النوعين في قانون التحكيم الجديد[5]، ولاشك أن التحكيم المؤسسي أفضل حالاً من التحكيم الخاص لتسوية المنازعات التي تعرض عليه نظراً لما لديه من قواعد وإجراءات تطبقها الهيئة أو المنظمة

---

(1) د/ يسري محمد العصّار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 58 .

(2) د/ عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ، ص 31

(3) د/ فتحي عطية السيد ، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات ، مرجع سابق ، ص 757 .

(4) د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 508 .

(5) تنص المادة (15) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكّم واحد أو أكثر ، فإذا لما يتفقا في عدد المحكمين كان العدد ثلاثة " ، كما نصت المادة (120) على أنه " لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تعليم في جمهورية مصر العربية أو خارجها " .

التحكيمية إذا ارتضى الطرفان ذلك بما يوفر الوقت في تنظيم هذه المسألة في حالة التحكيم الخاص، فهو يوازي القضاء من حيث تنظيمه وإجراءاته المنظمة في هذا الشأن إضافة إلى سرعة البت في النزاع والسرية والخبرة المتخصصة في شأن المنازعات محل التحكيم .

رابعاً : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي أو الخارجي :

التحكيم الداخلي هو الذي يجري في داخل الدولة ويسري عليه القانون الداخلي بالنسبة لإجراءات التحكيم وليس موضوع النزاع، أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يكون بين طرفين المركز الرئيسي لكل منهما يقع في دولتين مختلفين، أو إذا كان موضوع النزاع يرتبط بأكثر من دولة[1]، وقد ذهب الفقه التقليدي لوضع معيار الدولية للتفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي استناداً إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإذا كان القانون الإجرائي هو قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم كان تحكيماً داخلياً، أما إذا كان القانون الإجرائي أجنبياً عن قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم كان التحكيم دولياً، وقد أخذ الفقه الحديث بالمعيار الجغرافي، فإذا تضمن النزاع عنصراً يخرج النزاع من النطاق الوطني البحت كاختلاف جنسية الخصوم أو المحكمين أو أجنبية القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع كان التحكيم دولياً[2] .

---

[1] د/ فتحي عطية السيد ، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات ، مرجع سابق ، ص757 .

[2] د/ عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في عقود الإدارة ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ، ص34 ، 35 .

الفرع الثاني

شروط التحكيم في العقود الإدارية

أجاز المشرع المصري التحكيم في العقود الإدارية أخذاً بالرأي الغالب في الفقه والقضاء، ورغبةً منه في جذب الاستثمارات الأجنبية بإيجاد وسيلة لتسوية المنازعات تحقق مصلحة المستثمرين، وكوسيلة لجذب المتعاقدين للدخول مع الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة في تعاقدات للمشاركة في المشروعات الكبرى والمساهمة في دفع عجلة التنمية، وذلك حرصاً من المشرع للتطور بما يواكب ويحقق المصلحة العامة، فيعتبر التحكيم أحد وسائل فض المنازعات وهو على رأس الضمانات التي توفرها الدولة الساعية لاستضافة الاستثمار[1]، ومن جانب آخر تطلب شروطاً ينبغي على الإدارة الالتزام بها للجوء للتحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن تعاقداتها الإدارية تحقيقاً للمصلحة العامة، ويمكن حصر هذه الشروط في ضرورة الحصول على الإذن باللجوء للتحكيم، والحصول على رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لضمان تلائم التحكيم مع المصلحة العامة، وكذلك ضرورة الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية .

الشرط الأول : رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة :

وقد نصت على ذلك الشرط المادة (58) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1947، فقد ألزمت الوزارات والهيئات العامة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة قبل إبرام أي عقد إداري يتضمن شرطاً للتحكيم إذا كانت قيمة العقد تتجاوز خمسة آلاف جنيه، ويتعين استفتاء الإدارة المختصة في ذلك إلا أن جهة الإدارة غير ملزمة بإتباع هذا الرأي فهو غير ملزم

---

[1] د/ علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار (دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار) بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، صادرة عن كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، عدد خاص ، العدد 21 ، 22 ، ديسمبر 2011 .

لها[1]، والعبرة من ذلك الشرط هو ضرورة التأكد من تلائم شرط التحكيم مع المصلحة العامة، وهو شكل جوهري واجب الاحترام لصحة اتفاق التحكيم[2] .

وعلى الرغم من أن نص المادة (58) من قانون مجلس الدولة تُلزم الجهات الإدارية بأخذ رأي إدارة الفتوى المختصة إلا أنه رأي غير مُلزم لها، ولم ترتب المحكمة الإدارية العليا البطلان على مخالفة ذلك، حيث استندت في ذلك إلى أن المشرع لم يرتب البطلان حال عدم استيفاء رأي إدارة الفتوى المختصة قبل اتخاذه، وأنه لا بطلان إلا بنص خاص كما أن هذا الالتزام تلتزم به الجهة الإدارية وليس المتعاقد، وعدم التزامها بذلك إن ترتب عليه مسئوليتها الإدارية إلا أنه ليس سبباً لبطلان التحكيم وما يترتب عليه من التزامات[3] .

ونرى أن اتجاه المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن اتجاه غير محمود، وكان الأولى أن تُلزم الجهة الإدارية وترتب مسئوليتها حال عدم أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فطلب أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة هو شكل جوهري واجب الاحترام، وكان يتعين على المحكمة الإدارية العليا ترتيب مسئولية الجهة الإدارية حال عدم التزامها بهذا الشكل الجوهري حتى يمكن تحقيق الهدف الذي ابتغاه المشرع من نص المادة (58) من قانون مجلس الدولة وهو ملائمة اتفاق التحكيم للمصلحة العامة، وإلا فما العبرة من وجود هذا النص وهذا الالتزام على الجهة الإدارية مع عدم ترتيب بطلان اتفاق التحكيم في حالة عدم الحصول على رأي إدارة الفتوى المختصة، فإذا كان اتفاق التحكيم ملائماً للمصلحة العامة أجازته إدارة الفتوى المختصة، وفي حالة مخالفته للمصلحة العامة كان الأولى

---

(1) راجع د/ جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 110 وما بعدها .

(2) د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 128 .

(3) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3603 لسنة 48 ق . ع ، جلسة 2005/5/17 ، مجموعة أحكامها الصادرة في الفترة من عام 1965 وحتى عام 2008 ، أسطوانة مدمجة ، إعداد المحامي سعيد الديب ، نسخة خاصة بنادي مجلس الدولة .

إجراء التعديلات الملائمة على اتفاق التحكيم بما يحقق المصلحة العامة، وكذلك مصلحة المتعاقد بما يحقق الثقة في الجهة الإدارية .

الشرط الثاني : موافقة الوزير المختص :

نظراً لأهمية وخطورة التحكيم في العقود الإدارية، وبما يترتب عليه من انحصار دور القضاء الإداري واستبعاد القانون الوطني[1]، فقد حصر المشرع المسئولية في الموافقة على التحكيم للوزير المختص أو من يتولى اختصاصه فقد نصت المادة(1) فقرة (2) من قانون التحكيم رقم27لسنة1994 بأنه "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك"[2] فيجب موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة أو المحافظ بالنسبة للأشخاص المحلية، على اتفاق التحكيم بنفسه، فلم يجيز له التفويض في إبرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وإلا كان الاتفاق باطلاً لصدوره من غير ذي صفة[3]، فالأصل أن الوزير هو الرئيس الإداري الأعلى لوزارته وهو الممثل لوزارته في كل ما يتعلق بوزارته أمام القضاء وفي مواجهة الغير، وكذلك من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فهذا الحق يجب أن يباشره بنفسه وليس له أن يفوض ذلك إلى غيره لخطورته ولاعتبارات الصالح العام[4] .

والمقصود بموافقة الوزير المختص أو من له اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على التحكيم كشرط لصحة اللجوء إليه هو

---

(1) د/ جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 108 .

(2) تم إضافة الفقرة الثانية للمادة الأولى بقانون رقم 9 لسنة 1997 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم27لسنة1994 والصادر بتاريخ13مايو سنة1997م .

(3) د/ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 308 وما بعدها .

(4) د/ حمدي علي عمر ، التحكيم في عقود الإدارة ، دراسة مقارنة ،مرجع سابق ، ص 138 وما بعدها .

الموافقة على مبدأ تسوية النزاع تحكيماً، فالموافقة على اختيار هذا الطريق تكفي لتحقيق قصد المشرع من هذا الإجراء الجوهري، فليس بلازم أن يوقع أو يوافق بعد ذلك على مُشارطة التحكيم باعتبارها تستمد شرعيتها أصلاً من الموافقة السابقة للوزير [1].

وقد ذهب بعض الفقه[2] إلى أن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه قد يكون كافياً بالنسبة لبعض العقود الإدارية، إلا أنه قد يبدو غير كاف بالنسبة لبعض العقود الإدارية الأخرى، والتي تتصل باستغلال موارد الثروة الطبيعية أو عقود الامتياز المتعلقة بها، وغيرها من العقود المتعلقة بالمصالح العليا للدولة، والتي يجب أن يشترط لإدراج شرط التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء، فذلك أدعى للحيطة وضبطاً لممارسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، كما أضاف البعض[3] أيضاً أن تطلب موافقة الوزير المختص لإمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية يتضمن ضرراً بالمصلحة العامة وبالحكومة المصرية في المجال الدولي وخاصة بأنه قد يتضمن التحكيم في مثل هذه العقود عرض النزاع على هيئة خارج الدولة دون عرضه على هيئة تحكيم وطنية بما قد يضر بالمصلحة العليا للدولة .

ونحن نتفق مع وجهة النظر السابقة، وخاصة بالنسبة للعقود الإدارية الدولية كعقود B.O.T والتي غالباً ما يكون محلها ينصب على المرافق العامة الحيوية للدولة ومشروعات البنية الأساسية فيها، فمثل هذه المشروعات يجب ألا تكون الموافقة على شرط التحكيم فيها بيد الوزير المختص، بل يستلزم الأمر ضرورة موافقة مجلس الوزراء لإدراج شرط التحكيم في تلك العقود وبعد إجازة مجلس الدولة لشرط التحكيم، لذلك نهيب بالمشرع المصري ضرورة التدخل بجعل

---

[1] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 122 .

[2] د/ جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 108 .

[3] د/ نجلاء حسن أحمد خليل ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 100 .

الموافقة على إدراج شرط التحكيم بيد مجلس الوزراء بالنسبة للعقود الإدارية الدولية، وذلك حفاظاً على المصلحة العامة للدولة، وخاصة لما سيترتب على التحكيم من أعباء مالية ضخمة تتحملها الخزانة العامة للدولة، وكفانا ما حدث ونتذوق مرارته في عقود تصدير الغاز للدول الأجنبية، وإدراج بها شرط التحكيم أمام هيئات أجنبية تطبق قوانين أجنبية مما جعل الأمر بين خيارين كلاهما مُر، إمّا الاستمرار في تنفيذ هذه العقود، أو عدم تنفيذها والدخول في تحكيم دولي قد يقضي بتعويضات ضخمة تتحملها الدولة، فجعل الموافقة بيد مجلس الوزراء لاشك أنه أفضل أماناً وحرصاً على المصلحة العامة من جعل الأمر في يد الوزير وحده، وقد أخذت تشريعات بعض الدول بضرورة موافقة مجلس الوزراء على التحكيم في مجال العقود الإدارية، ومن ذلك التشريع الإيراني والذي يفرض على الأشخاص المعنوية العامة ضرورة الحصول على موافقة مجلس الوزراء وعرض الاتفاق على البرلمان للتصديق عليه، وكذلك ما جاء في التشريع السعودي الذي يشترط الحصول على موافقة مجلس الوزراء لإدراج شرط التحكيم[1]، ولم ينص القانون على جزاء معين في حالة مخالفة أحد الأشخاص المعنوية العامة ذلك القانون وعدم الحصول على موافقة الوزير المختص، فما أثر عدم التزام الجهة الإدارية بهذا الشرط على التحكيم؟

ذهب بعض الفقه إلى أن تخلف الإذن بالتحكيم أو صدوره من غير مختص به هو إغفال لشكل جوهري نص القانون على ضرورة استيفائه، ولأن في إغفاله عدم تحقيق الغاية التي قصدها القانون بالنص عليه [2]، ووفقاً لم أستقر عليه الفقه والقضاء، فإن تخلف الشكل الجوهري يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم , وقد تأكد ذلك البطلان في قضاء المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأنه".....

---

[1] د/ دويب حسين صابر عبدالعظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ، وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت" ، مرجع سابق ، ص 501 ، ص 502 .

[2] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 125 ، 126 .

وحيث أن أوراق الطلب خلت مما تفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة على اللجوء للتحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثاني فمن ثمّ يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكّم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير قائم على سندٍ من القانون"[1] .

كما ذهب بعض الفقه إلى أن ذلك يُعد خطأً مرفقياً من جانب الإدارة، ويُرتب مسئوليتها قِبَل المتعاقد معها[2]، ومن جانبنا نرى أنه يجب على الإدارة ألا تتقاعس أو تتراخى في الحصول قبل الموافقة على التعاقد حتى لا يحدث ضرراً للمتعاقدين معها للأشخاص الأجنبية الخاصة الين اعتقدوا بشرعية شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الإدارة، وبالتالي فإن هذه الشركات الأجنبية قد تخشى من أن الإدارة قد تحتمي وراء عدم حصولها على الموافقة أو الإذن بالتحكيم من الوزير المختص أو من يقوم مقامه للتخلص من أحكام المحكّمين إذا صدرت في غير صالحها، ولذلك كان من الأفضل أن ينص المشرع المصري على مدة معينة يتعين على جهة الإدارة الحصول خلالها على موافقة من الوزير المختص أو من يقوم مقامه، فإن انتهت هذه المدة دون صدور قرار صريح بالموافقة على إدراج شرط التحكيم فيُعتبر ذلك بمثابة قرار برفض إدراج شرط التحكيم، وفي ذلك ضمان للطرفين المتعاقدين لوضوح الأمر وبيانه لهم قبل إبرام العقد، كما أن هذا من شأنه أن يشجع المستثمرين الأجانب على إبرام عقود الاستثمار وجذب الاستثمارات التي تساهم في دفع عملية التنمية[1] .

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 6368 لسنة 46 ق . ع ، جلسة 2005/5/31 ، مجموعة أحكامها الصادرة في الفترة من 1965 وحتى 2002 ، سابق الإشارة إليها

[2] د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 105 وما بعدها .

[1] د/ حمدي علي عمر ، التحكيم في عقود الإدارة ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 139

الشرط الثالث : الاستمرار في الوفاء بالالتزامات التعاقدية :

نصت على ذلك الشرط المادة 91 من قانون التعاقدات الحكومية بأنه " يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف أثناء تنفيذه، وقبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب الأحوال، الاتفاق على تسويته عن طريق التوفيق أو الوساطة، وذلك إذا تضمنت شروط الطرح أو العقد جواز ذلك، وبموافقة السلطة المختصة مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.

كما يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من أضرار نتيجة إخلال الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، ما لم يوافق الوزير المختص بالجهة الإدارية على اللجوء إلى التحكيم وتتضمنه شروط العقد، ويتفق عليه الطرفان وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 "

ويبرر هذا الشرط الطبيعة الخاصة بالعقود الإدارية المرتبطة بتسيير المرافق العامة، وبذلك فتوقف أيّيٌ من طرفي العقد الإداري محل التحكيم عن الوفاء بالتزاماته يرتب مسئوليته التعاقدية باعتبار أن مثل ذلك التوقف يُعد بمثابة خطأ من جانبه يجعل للطرف الآخر الحق في التعويض إذا أصابه ضررٌ عن ذلك[2]، ولم يحدد القانون المذكور جزاء عدم الاستمرار في التنفيذ على التحكيم ولكن وفقاً لنص القانون المتعاقد ملتزم بالاستمرار بالتنفيذ حرصاً على مصلحة المرفق العام، ويُعد شرطاً لإمكانية حصوله على التعويض الذي يحقق له التوازن المالي، ولذلك يستوجب الأمر على المتعاقد الاستمرار في التنفيذ لأن ذلك يُعد التزاماً قانونياً عليه، حيث أن النص القانوني المذكور يُعتبر مُكّملاً لنصوص العقد، وإخلال المتعاقد بهذا الالتزام يرتب مسئوليته تجاه الإدارة، وقد تدفع الإدارة أمام هيئة التحكيم بتوقف المتعاقد عن التنفيذ ومخالفته للالتزام القانوني .

---

[2] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 129 ، 130 .

المبحث الثاني

التحكيم وأثره على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة

يختلف أثر التحكيم الداخلي في العقود الإدارية الداخلية عن أثر التحكيم الخارجي على العقود الإدارية، وهذا ما سنتعرض له وفقاً لما يلي :

المطلب الأول: أثر التحكيم الداخلي على طبيعة العقود الإدارية الذاتية.

المطلب الثاني: أثر التحكيم الخارجي على طبيعة العقود الإدارية الذاتية .

المطلب الأول

أثر التحكيم الداخلي على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة

لاشك أن التحكيم في العقود الإدارية الداخلية أمام هيئة تحكيم داخلية ستطبق القانون الداخلي للفصل في النزاع وتقوم بعمل القاضي الإداري الذي كان مختصاً بالفصل في النزاع[1]، ووفقاً لإجراءات سريعة تحقق سرعة البت في المنازعات، حيث يتولى أمر التحكيم مُحكمين مُتخصصين لهم من الدراية والخبرة الكافية بالعقود الإدارية وبالتالي سيتحقق الغرض من التحكيم والهدف الذي يسعى ورائه المتعاقد بحصوله على حقوقه في وقت قصير، وبذلك يُحقق التحكيم الداخلي مصلحة طرفي العقد الإداري على حدٍ سواء، فيُعد التحكيم في العقد الإداري الداخلي ضمانة في حد ذاته للمتعاقد مع الإدارة، فلا شك أن قبول الإدارة لشرط التحكيم هو خير دليل على حرص الإدارة، وفي حالة حدوث نزاع سيحصل المتعاقد على تسوية النزاع من هيئات مُتخصصة على دراية بطبيعة العقد الإداري وفي أقل وقت ممكن، فالتحكيم يتميز بالسرعة وقصر وقت الفصل في النزاع فضلاً

---

[1] د/ جابر جاد نصّار ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 256 .

عدم جواز الطعن بالاستئناف في أحكامه لما في ذلك من إطالة لأمر الفصل في النزاع الأمر الذي قد تضيع معه الغاية التي لأجلها لجأ أطراف المنازعة لتسويتها تحكيمياً[1] .

ومن جانب آخر يُحقق التحكيم الداخلي مصلحة الإدارة المتعاقدة بتطبيق القانون الوطني الذي يؤكد ويُحافظ على المركز الخاص والمُميز للإدارة في مجال عقودها الإدارية، وتحقيق الغاية التي ترمي إليها الإدارة من تلك العقود، حيث تهدف الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، وتطبيق القانون الداخلي من قِبل هيئة تحكيم وطنية ستراعي الهدف من تلك العقود ومركز الإدارة المُتميز والتحكيم الداخلي وفقاً لهذه الصورة لا يؤثر على الطبيعة الذاتية للعقود الادارية حيث ستظل الإدارة في مركز قانوني متميز لاتصالها الوثيق بالمصلحة العامة، فقد حل المُحكم محل القاضي الإداري في حل النزاع بطريقة أسرع وأكثر فاعلية بتطبيق القانون الوطني الذي يحفظ للإدارة مكانتها ومركزها المُتميز .

وهناك العديد من أحكام التحكيم الداخلي تؤكد الحفاظ على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، حيث قضت هيئات التحكيم الداخلي في العديد من القضايا التحكيمية بالاستناد لنظريات العقد الاداري التي أبتدعها القاضي الإداري للحفاظ على ذاتية العقود الإدارية لاتصالها بالمرفق العام وتحقيقها للصالح العام حيث قضت بأنه " ..... إن استمرار بقاء العقد منوط باستمرار الحالة الواقعية كما كانت عليه وقت نشوء العقد، فإن تغيرت الحالة لا يكون ثمة ما يوجب استمرار بقاء العقد، إن العقود المُلزمة إنما تبرم مقترنة بشرط عدم تغيير الظروف وهذا استثناءً من المبدأ الذي أورده المشرع في المادة 1/147، وهو أن العقد شريعة المتعاقدين، وهو استثناء تمليه العدالة والتضامن الاجتماعي أراد به القانون كبح جماح مبدأ سلطان الإرادة الذي يقتضي بعدم المساس بالعقد الذي أبرم على وجه

---

[1] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 238 .

صحيح مهما ترتب عليه من خيرٍ وفير لأحد الطرفين، وشر مستطير للطرف الآخر على أثر ما يمكن أن يطرأ من ظروف لاحقة على انعقاد العقد"[1] .

وأيضاً ما ذهبت إليه هيئة التحكيم في أحد أحكامها التحكيمية حيث قالت "..... تطبيق أحكام العقد بوصفها أحكاماً يحيط بها النظام التشريعي والفقهي للعقد الإداري لا يفيد وحده الالتزام بما يفيد السلطات الخاصة لجهة الإدارة بالنسبة للمتعاقد معها بموجب ما يستلزمه تسيير المرافق العامة من واجبات وأوضاع تلتزم بها السلطة العامة وتنعكس على قراراتها بشأن من يتعاملون معها، لكنه يستلزم مع ذلك وجوب الالتزام بما أقره فقه العقود الإدارية وتشريعاتها ونصوص عقودها من وجوب مراعاة التوازن المالي للعقود، والحاصل أن مبدأ التوازن المالي للعقود، ونظرية الظروف الطارئة إنما تولدا في مجال العقد الإداري ليتحقق بهما التوازن الواجب للمتعاقدين مع جهة الإدارة في مواجهة ما تملك عليهم من سلطات استثنائية"[2] .

وفي أحد أحكام التحكيم تعرضت هيئة التحكيم لبيان مفهوم نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها في الفقه والقضاء الإداري حيث قالت " ومن حيث أنه عن نظرية الظروف الطارئة . والتي هي وبحق عماد هذا التحكيم ـ فإن تطبيقها في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شأنها أن تُنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها

---

[1] القضية التحكيمية رقم 77 لسنة 97 ، حكم نهائي صادر في 1996/7/14 ، أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، إعداد د/ محي الدين علم الدين ، طبعة 2011 ، الجزء الثالث ، ص 297 .

[2] القضية التحكيمية رقم 394 لسنة 2004 ، حكم نهائي بتاريخ 2005/8/28 ، أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، الجزء الثاني ، سابق الإشارة إليه ، ص 399 .

إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة المرفق العام الذي يخدمه ومراعاته للصالح العام، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض .....، فالظروف الطارئة وإن كانت لا تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً إلا أنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، والمتعاقد يجب عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من هذه الظروف الاستثنائية "[1].

كما تعرضت أيضاً هيئة التحكيم في أحد أحكامها لآثار نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري حيث قالت " .... مُفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أثقل عبئاً وأكثر كُلفة مما قدّره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المُضار أن يطلب من الجهة الإدارية المتعاقدة مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فتعوضه تعويضاً جزئياً[2] .

ومن خلال ما سبق يتبين تقدير هيئات التحكيم للطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والحفاظ على المركز المتميز للإدارة ، وإن كان هذا الأمر ملموساً في منازعات العقود الإدارية الداخلية والتي تعرض على هيئات تحكيمية داخل جمهورية مصر العربية، وذلك تأثراً بالنظام القضائي الإداري، وما يُخصصه ذلك

---

[1] القضية التحكيمية رقم (52) لسنة 1994 ، حكم نهائي بتاريخ 1995/7/17 ، أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول ، سابق الإشارة إليه ، ص 146 .

[2] القضية التحكيمية رقم (343) لسنة 2005 ، جلسة 2006/8/7 ، منشورة في مجلة التحكيم العربي ، العدد التاسع ، أغسطس 2006 ، ص 288

القضاء للعقود الإدارية من نظريات خاصة بها لاتصالها الوثيق بالمرافق العامة، وما تهدف إليه من غاية المصلحة العامة، فالتحكيم الداخلي يحفظ للعقد الإداري خضوعه للنظام المصري، ومن ثمّ يستصحب معه تطبيق القواعد الموضوعية على المنازعة، ففي هذه الحالة لا تتأثر خصائص العقد الإداري مع وجود شرط التحكيم ؛ فالتحكيم الداخلي في غالب الأحيان يكون الغرض منه استبعاد الاختصاص القضائي توخياً للسرعة في فصل المنازعات دون أن يستتبع ذلك بالضرورة استبعاد القواعد الموضوعية التي تُطبق على العقد .

المطلب الثاني

أثر التحكيم الخارجي على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة

لا شك أن اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات في العلاقات الدولية يُحقق مزايا عديدة يتمتع بها التحكيم عن غيره من وسائل حسم المنازعات[1]، وقد يأتي التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية بمُحكّم ينتمي لدولة لا تأخذ بنظام القضاء المزدوج كإنجلترا وأمريكا[2]، والتي لا تعترف بنظريات العقد الإداري، ولا تعترف بامتيازات استثنائية للإدارة في مواجهة المتعاقد مما قد يؤثر بالسلب على نظرية العقد الإداري وعلى خصائصه الذاتية، وذلك لأن المحكّم سيتأثر بالنظام القانوني والقضائي لدولته، وخاصةً عندما لا يجد بنداً في العقد يمكن تطبيقه على النزاع، فسوف يقوم بطبيعة الحال بتطبيق قواعد القانون المدني التي لا تعترف للإدارة بالشروط الاستثنائية أو الامتيازات العقدية مما سيؤثر بالسلب على العقد الإداري لعدم فهمه لطبيعة العقد الإداري وتكييف العقد كعقد من عقود القانون الخاص[3]، كما يترتب على التحكيم الخارجي استبعاد القانون الوطني وتطبيق قانون أجنبي

---

(1) د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 490 .

(2) العقد الإداري الدولي هو العقد الذي تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة ، أو يبرمه شخص معنوي مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من رعايا الدول الأخرى ، ومن أمثلته عقود إمتياز المرافق العامة التي يتطلبها تسيير هذه المرافق أو عقود شراء الأسلحة للحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي ، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة وبصفة خاصة التنقيب عن البترول ، مشار لهذا التعريف لدى د/ علي علي أمين يوسف ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 190 .

(3) د/ علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار (دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار) مرجع سابق ، ص 447 .

يختاره المحكّم الأجنبي في حالة عدم وجود نص صريح بتحديد القانون الواجب التطبيق في العقد[4] .

وبذلك فإن التحكيم الخارجي في العقود الإدارية قد يترتب عليه أثر باستبعاد القانون الوطني والتأثير على مُستقبل نظريات العقد الإداري التقليدي[1] ولتوضيح أثر التحكيم الخارجي على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية يستوجب الأمر التعرض لبيان أثر اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم وطبيعة العقد الإداري وفقاً لما يلي :

الفرع الأول

اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقود الإدارية

لا شك أن موضوع اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم لم يكن محل اهتمام الفقه والقضاء إلا بعد إجازة التحكيم في العقود الإدارية من قبل المشرع، واحتل التحكيم مكانته لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية[2]، وترتب على إجازة المشرع للتحكيم في العقود الإدارية الدولية إثارة مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق على التحكيم من الناحية الإجرائية والموضوعية، وما تثيره هذه المسألة من مشاكل عملية في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق أو في حالة الاتفاق على قانون لا يعرف التفرقة بين المنازعة الإدارية والمدنية، وبما سيؤدي إلى إهمال مبادئ القانون العام التي تحكم نظريات

---

[4] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 268 .

[1] د/ دويب حسين صابر ، الإتجاهات الحديثة في عقد الإلتزام ، مرجع سابق ، ص 508 .

[2] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 239 .

القانون الإداري، والتي تتمتع الدولة بمقتضاها بامتيازات وسلطات خاصة في العقود الإدارية، مما سيؤثر سلباً على المصالح التي ترمي هذه العقود لتحقيقها[3] .

وموضوع تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم في العقود الإدارية ليس بالمسألة البسيطة والهيّنة، وذلك لأن مصالح طرفي العقد دائماً تكون متعارضة، ويحاول كل طرف من أطراف العقد في حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقدهم اختيار القانون الذي يؤيد ويحقق رغباته ومصالحه الخاصة[1]، فمصلحة الدولة في تطبيق قانونها الوطني لاعتبارات متعلقة بالسيادة، وعلمها بأن القانون الوطني تم وضعه لإعلاء المصلحة العامة التي تمثلها الدولة كجهة إدارية على المصلحة الخاصة للمتعاقدين مع الإدارة، ومن جانب آخر مصلحة المتعاقد الذي يسعى لتطبيق قانون محايد، وقد يكون متطوراً عن قانون الدولة بما يحقق له مصلحته، واختيار الأطراف في العقد الدولي للقانون الواجب التطبيق إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً[2] .

ويكون الاختيار صريحاً بإفصاح الأطراف في العقد الدولي عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة بالنص على ذلك في نصوص العقد، أو أن يُبرم الطرفان اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي، ويكون اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ضمنياً إذا اتفق الأطراف في العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بصورة ضمنية كأن يتضح من الظروف تطبيق قانون بلد معين[3] .

---

[3] د/ جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية ، طبعة 2005 ، ص 9 .

[1] د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 530 .

[2] د/ علي عوض حسن ، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات الإدارية ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، طبعة 2004 ، ص 62 .

[3] د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 538 .

واختيار طرفي العقد للقانون الواجب التطبيق في التحكيم في منازعات العقود الإدارية إما ينصب على إجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع في العقود الإدارية، وسوف نتناول كلاً منهم بالبيان :

أولاً : اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم :

يقصد بإجراءات التحكيم تلك القواعد الإجرائية التي تنظم إجراءات التقاضي وتحكم سير الخصومة أمام المُحكّمين حتى يتم تسوية النزاع بإصدار حكم التحكيم[1]، وتمثل إجراءات التحكيم أهمية بالغة حيث أن القواعد الإجرائية الصحيحة التي ستحكم سير الخصومة من شأنها أن تؤدي إلى حكم تحكيم صحيح ومعترف به وقابل للتنفيذ، وعلى العكس فمخالفة تلك القواعد تفتح الباب للطعن على قرار التحكيم بالبطلان ورفض الاعتراف به وعدم تنفيذه[2]، ويتمتع أطراف المنازعة التحكيمية بسلطات واسعة في اختيار القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم، وفي حالة عدم اختيار الأطراف لهذا القانون فالأمر متروك للمُحكّم في اختيار القواعد التي ستُطبق على إجراءات سير عملية التحكيم، ولم ينص المشرع المصري صراحة على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من مجموع نصوص قانون التحكيم، فقد نصت المادة (25) منه على مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار إجراءاته، وإن لم تشر صراحة على حقهم في إخضاعه لقانون معين، ثم نصت المادة (28) على حق الأطراف في الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو

---

(1) د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 201 .

(2) د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 241 .

خارجها، و يُستخلص من تلك النصوص حق طرفي النزاع في الاتفاق على اختيار إجراءاته واختيار القانون الذي يخضع التحكيم لقواعده[3].

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه بالنسبة للتحكيم الذي يُجرى في الخارج، واختيار أطرافه نصوص القانون المصري فيمكن للأطراف اختيار النصوص التي تتلاءم مع مقتضيات وطبيعة النزاع، ولا يحد من حريتهم في ذلك إلا النظام العام الدولي[4] .

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق أطراف النزاع على إسناد التحكيم إلى مركز تحكيمي دائم يعني ذلك اتفاقهم ضمنياً الاتفاق على الخضوع للقواعد المتعلقة بالإجراءات في لائحة هذا المركز، وقد يقوم أطراف النزاع بوضع إجراءات التحكيم بأنفسهم، وهو ما يُطلق عليه التحكيم الحُر، وهو قيام أطراف المنازعة بوضع القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة بأنفسهم، ويسمى تحكيماً حُراً لأنه يعتمد على إجراءات يضعها أطراف النزاع أنفسهم ويستند إلى بنود التحكيم ذاتها التي تُستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية[1] .

وفي حالة عدم اختيار أطراف النزاع للقواعد الإجرائية التي تحكم سير عملية التحكيم، فيكون الأمر متروكاً للمُحكّم لاختيار القواعد التي ستُطبق على الإجراءات، وله اختيار القواعد الإجرائية التي تتناسب مع موضوع النزاع، وأياً كان الأمر فإن القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم هو الذي يوضح الإجراءات الشكلية الواجب إتباعها للفصل في النزاع، وبالتالي فلا يكون لهذا القانون تأثير على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، فلن تُطبق أحكامه على موضوع النزاع أو التدخل في العقد وإنما يُحدد الإجراءات الشكلية للفصل في النزاع فقط .

---

[3] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 245 .

[4] د/ نجلاء حسن أحمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 505 .

[1] د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 205 .

ثانياً : اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقود الإدارية

ويقصد به القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، فهي تلك النصوص التي تحكم أصل النزاع بين طرفي الخصومة، والتي تتجسد في القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين الطرفين وعلى ضوئه يُفسر العقد والآثار المترتبة عليه في تحديد الحقوق والالتزامات، فهو الأساس في إصدار حكم التحكيم وحسم النزاع وإنهائه[2].

فلاشك أن اختيار قانون يُطبق على موضوع النزاع غير قانون الدولة المتعاقدة في حد ذاته هو ضمانة للمتعاقد مع الدولة أي المستثمر الأجنبي لأنه يعتبر قانوناً مُحايداً بين الطرفين، ويُعد قرينة قاطعة الدلالة على حرص الدولة كجهة إدارية متعاقدة على تنفيذ العقد الإداري الدولي[1]، وتذليل كافة الصعوبات والمعوقات التي قد تعترضه حتى لا تصل في النهاية إلى التحكيم وتطبيق قانون غير قانونها الوطني، فإذا كانت الدولة كطرف في عقد إداري دولي تلجأ للتحكيم لجذب رؤوس الأموال الأجنبية[2]، ودفع عجلة التنمية بمُساهمة المستثمرين في المشروعات الكبرى التي لا تستطيع الدولة القيام بها بمفردها إلا أنها في ذات الوقت لا ترغب وبصورة قاطعة حدوث منازعات في ذلك العقد والوصول إلى التحكيم وتطبيق قانون دولة أخرى، أو لتطبيق الأعراف الدولية وقواعد القانون الدولي والتي قد تلزمها بأعباء مالية ضخمة[3].

---

[2] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 571 .

[1] د/ علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار ، دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار ، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، عدد خاص ، 21 ، 22 ديسمبر 2011، ص 404 .

[2] د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، مرجع سابق ، ص 155 .

[3] د/ أشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، آثاره القانونية ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، طبعة 2010 ، ص 8 .

ويتمتع طرفي العقد بحرية كاملة اختيار القواعد الموضوعية التي يُطبقها المُحكّم على النزاع المعروض سواء صراحةً أو بشكل ضمني[4]، فقد يتفق أطراف النزاع صراحة في العقد على القانون الواجب التطبيق، وفي هذه الحالة يلتزم المُحكّم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ولا يملك أن يطبق قانوناً آخر، وقد لا يُنص عليه صراحةً ويكون اتجاه طرفي النزاع لتطبيق قانون على النزاع بشكل ضمني يستنبطه المُحكّم من خلال العقد والظروف المحيطة به لاختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع ضمنياً[1]، وتكون سلطة المُحكّم في هذه الحالة واسعة في استنباط القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع، وسوف نوضح كلاً من الصورتين وفقاً لما يلي :

1- الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل طرفي النزاع

ويعني ذلك إفصاح الأطراف عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة، ويمكن أن يرد شرط اختيار القانون الواجب التطبيق في نصوص العقد، وقد يُبرم الطرفان عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي، أي اتفاقاً لاحقا للعقد بموجبه يختار المتعاقدون القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وغالباً ما يختار الأطراف القانون الذي يحقق مصالحهم .

والاختيار الصريح بإرادتهم للقانون الواجب التطبيق على النزاع يكون مُلزماً للمُحكّم، ولا يجوز له أن يطبق قانوناً غيره[2]، وأساس ذلك أن المُحكّم يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم المُبرم بين طرفي النزاع، فقد تتجه إرادة الأطراف لاختيار قانون بلد لا علاقة له بالعقد، فلا هو قانون مكان الانعقاد ولا هو قانون

---

(4) د/ علي علي أمين يوسف ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 337 .

(1) د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 490 .

(2) د/ علي علي أمين يوسف ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص337 .

مكان التنفيذ حيث تتجه إرادتهم لقانون مُحايد أو مُتطور لتطبيقه لحسم النزاع[3]، وهو ما نص عليه المشرع المصري حيث نص في المادة (39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 بأن " تُطبق هيئة التحكيم القاعدة التي يتفق عليها الطرفان .....، وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أنه الأكثر اتصالا وملائمة بالموضوع "[4]، وتتقيد سلطة المحكم في هذه الحالة، فلا مجال لإعمال سلطته بل عليه الالتزام بتطبيق وتنفيذ إرادة طرفي النزاع، ولا يجوز له العدول عن تطبيقه إلا فيما يتعارض مع النظام العام الدولي ويترتب على استبعاد الواجب التطبيق المتفق عليه من قِبل المُحكم بطلان حكم التحكيم، وهو ما قرره المشرع المصري في المادة (53) فقرة (1) من قانون التحكيم رقم 47 لسنة 1994، وتبنّاه أيضاً القضاء المصري حيث قضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 1999/9/7 ببطلان حكم التحكيم في الدعوى المقامة من هيئة النقل العام والتي طالبت فيها ببطلان حكم التحكيم الصادر ضدها من غرفة التجارة الدولية بباريس استناداً إلى أن هيئة التحكيم لم تطبق القانون المتفق عليه مع الشركة الإيطالية، فقد استبعد الحكم التحكيمي القانون الواجب التطبيق وهو القانون الإداري المصري" [1].

2- الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تثور مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم النص عليه صراحة في بنود العقد، وليس معنى عدم النص عليه انتهاء دور إرادة الأطراف المتنازعة في اختيار القواعد الموضوعية

---

[3] د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 485 .

[4] د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ،مرجع سابق ، ص 212 .

[1] حكم محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة (17) دعوى بطلان حكم التحكيم رقم 8 لسنة 115 ق . ، جلسة 1999/9/7 .

الواجبة التطبيق على النزاع[2]، بل يتعين الكشف والتحري عن إرادتهم الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك من خلال ظروف النزاع وظروف التعاقد[3] وهناك العديد من القرائن تساعد المُحكّم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كإدراج شرط الثبات التشريعي، حيث يدل ذلك على أن الطرف الأجنبي قد ارتضى قانون الدولة المتعاقدة[1]. وإذا تبين للمُحكّم واستدل على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التزم به وطبقه دون غيره.

ويكون للمُحكم سلطة واسعة في التحري والكشف عن إرادة طرفي العقد الضمنية، وملابسات التعاقد لتحديد اتجاه إرادتهم في تطبيق القانون المناسب على المنازعة، وتزداد سلطة المُحكّم في هذه الحالة، وعلى المُحكّم في حالة عدم الاستدلال عن تلك الإرادة الضمنية البحث عن القانون الموضوعي الملائم لطبيعة التعاقد لتطبيقه لفض وتسوية النزاع بصورة تتفق وطبيعة المنازعة وطبيعة التعاقد، وتحقق المصلحة والهدف من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وهو ما نص عليه المشرع المصري فقد نص على تطبيق القانون ذات الصلة الوثيقة بموضوع النزاع، فلم يكتفِ باعتبارات الملائمة في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا شك أن موقف المشرع المصري في تلك الحالة يمثل خطورة بالغة حيث قد يصل الأمر لتطبيق قانون لا يعرف التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية[2]، ومن ثمّ كان أولى بالمشرع أن ينص على تطبيق أحكام القانون الوطني المصري

---

[2] د/ جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، مرجع سابق ، ص 161 .

[3] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 253 .

[1] د/ علي علي أمين يوسف ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص346 .

[2] د/ صبري السنوسي ، أثر التحكيم في العقود الإدارية على اختصاص القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 146 .

أو الفرنسي حال انعدام اختيار الأطراف لهذا القانون، أو اختيار قانون يأخذ بنظام القضاء المزدوج والنظرية المستقلة للعقود الإدارية وذلك حفاظاً على الطبيعة الذاتية لتلك العقود وحماية للمصالح الحيوية التي تحميها هذه العقود[3] .

ويترتب على تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الإدارية في تحديد الآثار المترتبة عليها بما يتوافق مع خصوصية العقود الإدارية ، فالقانون المُطبق على موضوع النزاع يعطي هيئة التحكيم محاولة إعادة العلاقة العقدية بين أطرافها، ويتوقف ذلك بلا شك على طبيعة النظام القانوني الذي ينتمي إليه القانون المطبق[1]، كما يترتب على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والذي تم التوافق عليه بإرادة الأطراف جعل أطراف المنازعة يحترمون ويلتزمون بما قد يفرضه هذا القانون على كلٍ منهم، إضافةً إلى ذلك يمثل ضمانة تنفيذ لحكم التحكيم، فاحترام الأطراف للقانون الخاص الواجب التطبيق سيترتب عليه استقرار المعاملات وثقة المستثمرين في التعامل مع الدولة[2] .

وبناءً عليه فإن اختيار القانون الواجب التطبيق لحسم المنازعات الإدارية تكمن أهميته في مقدار ما يُحققه من أثار ايجابية للطرفين، وهو ما يُعزز مكانة التحكيم بقدر ما يُعطيه القانون الواجب التطبيق على المنازعة الإدارية من حلول للوصول إلى تسوية للمنازعة تحقق مصالح طرفي العلاقة العقدية[3]، وبقدر فهم ذلك القانون للطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وما ترتبط به من تحقيق مصلحة عامة للإدارة المتعاقدة، ويختلف ذلك بحسب أخذ النظام القانوني المُطبق بقواعد خاصة

---

[3] د/ فؤاد الديب ، المحكّم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية ، بحث منشور بمجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد الرابع ، العدد الثاني ، 2008 ، ص 41 .

[1] د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص216 .

[2] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 257 .

[3] د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 219 .

بالعقود الإدارية من عدمه، فإذا تم الاتفاق على اختيار قانون يُطبق على النزاع وكان هذا القانون يأخذ بنظرية العقد الإداري ويؤكد على ذاتية واستقلالية لطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، فلا يكون هناك تأثير على تلك الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية بعكس ما إذا كان القانون لا يأخذ بنظرية العقود الإدارية، ففي هذه الحالة تتأثر تلك الطبيعة الذاتية وتكون الإدارة في مركز مُتماثل مع المتعاقد معها.

وقد يكون ذلك هو محل الصعوبة في اختيار القانون، وذلك لأن الإدارة ستسعى لتطبيق قانوناً ينتمي لذات النظام القانوني الذي ينتمي إليه قانونها، وعلى العكس يسعى المتعاقد لتطبيق قانوناً يُحقق له الطمأنينة والأمان، ويُحافظ على حقوقه المالية من وراء التعاقد، وكذلك يسعى لتطبيق قانون يُحد من سلطات الإدارة المتعاقدة قدر المستطاع بما سيعود عليه بالفائدة .

الفرع الثاني

سلطة المُحكّم في منازعات العقود الإدارية

تختلف سلطات المُحكّم بحسب اختياره القانون الواجب التطبيق على النزاع سواءً من الناحية الإجرائية أو الموضوعية من عدمه، ولذلك يستوجب الأمر التعرض لنطاق سلطات المُحكّم في الحالتين ثم نتطرف لبيان أثر ذلك على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية .

أولاً : سلطة المُحكّم في الإجراءات التحكيمية

يقتصر دور المُحكّم على تطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف لتحكم الدعوى التحكيمية، ولا يجوز له العدول عن تلك القواعد، أما في حالة عدم قيام الأطراف بتحديد القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية، فإن المُحكّمين يمتلكون سلطات كبيرة وواسعة في تنظيم الإجراءات التحكيمية[1]، فله سلطة مرنة في تحديد الإجراءات الملائمة لكل نزاع على حدة، ولكن هذه السلطة ليست سلطة مطلقة من كل قيد، فهناك قيود مرتبطة بطبيعة عمل المُحكّم يجب عليه الالتزام بها، وذلك لأن مهمة المُحكّم ذات طبيعة قضائية في حل النزاع، ولذلك يجب على المُحكّم مراعاة القيود الآتية[2]:

1- وجوب احترام الضمانات الأساسية لحق التقاضي، وهي احترام مبدأ المساواة بين الخصوم، واحترام حق الدفاع لكل طرف، واحترام مبدأ المواجهة، وحقوق كل خصم من الخصوم في أن يستمع إليه المُحكّمون، ومناقشة عناصر الواقع والقانون.

2- احترام مبدأ التسبيب، فيجب على المُحكّم تسبيب حكمه، وهذه قاعدة يجب عليه الالتزام بها إلاّ في حالتين هما حالة إعفاء الأطراف المُحكّم من تسبيب

---

(1) د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 576 .

(2) د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 221 .

حكمه، والأخرى إذا كان القانون المطبق على إجراءات التحكيم لا يشترط تسبيب الحكم التحكيمي .

3- وجوب احترام القواعد الآمرة في قانون دولة التحكيم والتي تعتبر من النظام العام[1]، وبخلاف هذه القيود، فللمُحكّم سلطة واسعة ومرنة في سير إجراءات الدعوى التحكيمية وفقاً لكل نزاع على حدة ووفقاً لطبيعة العلاقة التعاقدية.

ثانياً : سلطة المُحكّم في موضوع النزاع

تتحدد سلطة المُحكّم في موضوع النزاع في ضوء القانون الذي اختاره الأطراف المتنازعة للفصل في منازعاتهم، وفي حالة الاختيار يلتزم المُحكّم بتطبيق القواعد الموضوعية المحددة من قِبل طرفي النزاع إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وقد يختار الأطراف قانون دولة معينة ليُطبق على النزاع، وقد يتفقون في الغالب لإخضاع موضوع النزاع لقواعد دولية، وذلك لاقتناع الأطراف بأن القواعد الدولية أكثر ملاءمة[2]، وسلطة المُحكّم سلطات ضيقة في تطبيق هذه القواعد، حيث يقتصر دوره على احترام هذه القواعد أيّاً كان أصلها، فلا يستطيع المُحكّم من تلقاء نفسه أن يُنشئ قواعد جديدة لتطبق على المنازعة وإلا كان حكمه معرضاً للبطلان، ولا يملك المُحكّم مراجعة شروط العقد حتى لو حدث تغيير في الظروف الخارجية المحيطة بالعقد طالما لم يُجز له القانون ذلك[1].

أما في حالة عدم قيام الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق وحسم النزاع، ففي هذه الحالة تكون سلطة البحث عن قاعدة إسناد ملائمة لطبيعة النزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق، وله البحث في القواعد الموضوعية الدولية،

---

[1] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص

[2] د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 223 .

[1] د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 581 وما بعدها .

كأعراف وعادات التجارة الدولية ليطبقها على النزاع وله سلطته الواسعة في هذا الشأن إلا ما تعارض مع النظام العام، فيجب أن تكون القواعد الموضوعية المطبقة غير مخالفة للنظام العام، وكذلك ضرورة أن تكون تلك القواعد القانونية ملائمة لموضوع النزاع[2]، وإذا تم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم، يقوم المُحكّم بتطبيق تلك القواعد وصولاً لإصدار حكم تحكيمي عادل لحسم النزاع .

ومما لاشك فيه أن مصلحة الإدارة المتعاقدة، والمتعاقد معها تتمثل في حل ما قد يثور بينهما من منازعات بأسرع وقت ممكن تحقيقاً للمصلحة العامة، وهذا هو الهدف المنشود من التحكيم لما يتسم به من سرعة ومرونة في الفصل في المنازعات بخلاف القضاء الإداري الذي قد يأخذ من الوقت ما لا يتناسب مع طبيعة العقد[3]، ولذلك تكمن هنا وتتجلى أهمية التحكيم ليبدو الوسيلة القضائية المناسبة لفض منازعات العقود الإدارية، وخاصة العقود الدولية المرتبطة بالاستثمارات والتي تتطلب سرعة الفصل في المنازعات[4]، وتزداد أهمية التحكيم بتحقيقه للتوازن المالي للعقد الإداري في حالة تعرض العقد لمخاطر إدارية أو اقتصادية أو صعوبات مادية غير متوقعة، ذلك التوازن الاقتصادي الذي يمثل أهمية قصوى للمتعاقد أو المستثمر في العقود الإدارية الضخمة المتعلقة بالمشروعات الاقتصادية[1] .

---

[2] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 265 .

[3] د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 583 .

[4] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 271

[1] د/ علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار (دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، سابق الإشارة إليها ، ص 433 .

وتختلف سلطة المُحكّم باختلاف القانون المطبق على النزاع فالمُحكّم ملتزم بتطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف، ولا يملك تفسير تلك القواعد القانونية تفسيراً مُغايراً للتفسير السائد في قضاء الدولة إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك، وإذا كان المُحكّم مفوّض بالصلح فيكون له سلطة حل النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، ويترتب على ذلك إعفاؤه من تطبيق قواعد القانون الموضوعي إلا ما كان منها متعلقاً بالنظام العام .

وسلطة المُحكّم سواءً كان مُلزماً بتطبيق قانون إرادة طرفي النزاع، أو تطبيق قواعد العدالة والإنصاف بين الطرفين هي ذات سلطات القاضي الإداري[2]، فللمُحكّم سلطة الحكم بالتعويضات المناسبة وفسخ العقد استناداً إلى فكرة التوازن المالي، والذي على أساسها يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في احترام حقوقه المالية، وللمُحكّم أيضاً الحكم بالتعويض الكامل استناداً لنظرية عمل الأمير إذا ترتب على تصرفات الإدارة كسلطة عامة زيادة أعبائه المالية[3]، فهيئات التحكيم الدولية حال نظرها منازعة أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاصها العامة مع طرف أجنبي تُشير إلى أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتي يستغرق تنفيذها مدة طويلة تنشأ في بيئة سياسية واقتصادية تتسم بالتطور، وكثيراً ما تحدث تغييرات استثنائية في أثناء تنفيذ العقود مما يثير المنازعة بين طرفي العقد، وفي الغالب يتفق الأطراف في العقود الإدارية الدولية على أن التغيرات السياسية كالثورة أو الحرب تعد تغييرات أساسية في العقد .

ويجوز للمُحكّم في هذه الحالة تفسير الشروط التعاقدية وفقاً للقانون الواجب التطبيق على الموضوع، وإذا لزم الأمر من ناحية العادات الدولية، وقد درجت هيئات التحكيم الدولية على تطبيق مبدأ تبادل الأحكام بتغير الظروف أي

---

[2] د/ زينة سالم محمد الطائي ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 223 .

[3] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 272 .

نظرية تغير الظروف السياسية[1]، وتعد الثورة أو الحرب أحداث قادرة على إحداث تغير في إطار العقود الإدارية سواءً الداخلية أو الدولية، وقد تؤدي إلى فسخ العقد أو إعادة توفيقه بإعادة التوازن المالي بين حقوق المتعاقد والتزاماته، ومن أهم التطبيقات العملية في هذا الشأن حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس (221) في القضية رقم (7365)، حيث ذهبت إلى أن التغير الذي حدث أثر ثورة والاتجاه المختلف للحكومة الجديدة والسياسة الجديدة للدولة في مجال السياسة الدولية يمثل تغييرات أساسية تجيز للطرف المتعاقد فسخ العقد المتنازع حولها في حال عدم توفقيها خلال مدة معقولة، ويكون للمُحكّم سلطة واسعة في حل النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف[2]، ووفقاً لهذه الصورة هل يكون للتحكيم الخارجي أثر على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة ؟

ذهب جانب من الفقه[3] إلى أن التحكيم له أثر على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، فخضوع العقد الإداري للتحكيم يؤثر على معيار تمييزه وعلى خصائص العقد الإداري الذاتية، فخضوع العقد الإداري للتحكيم يصعب معه التسليم بخضوعه لنظام قضائي يُميز العقد الإداري عن العقد المدني، ويبدو ذلك جليّاً في التحكيم الخارجي، فشرط التحكيم يؤثر على خصائص العقد الإداري وخضوع الإدارة للتحكيم يؤثر على معيار تمييز العقد الإداري من حيث مدى اتصاله بالمرفق العام ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد شروطاً استثنائية ، وخاصة حال خضوع التحكيم لنظام قانوني وقضائي لا يعرف التمييز بين العقد الإداري والمدني، ويفقد العقد شرطاً من الشروط التي تميزه، فخضوع العقد الإداري

---

[1] د/ علي سليمان الطماوي ، مدى تأثر نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 920 .

[2] د/ رياض إلياس عيسى الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 272 .

[3] راجع د/ جابر جاد نصّار ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 256 حتى 258 .

للتحكيم بهذه الصورة يؤدي إلى هدم لأهم عناصر نظرية العقد الإداري التي أرثاها القضاء الإداري .

وقد خالف جانب من الفقه [1]هذا الرأي وذهب إلى أن إدراج شرط التحكيم في حد ذاته لا يؤثر على الطبيعة الذاتية والخاصة بالعقود الإدارية، وإنما يتعلق الأمر بمدى تضمين العقد للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تُميز العقد الإداري عن غيره، فإذا وجدت الشروط الاستثنائية كان العقد إدارياً وإن لم يوجد كان عقداً مدنياً .

وهناك جانب من الفقه [2] اتخذ موقفاً مُحايداً من تلك المسألة، حيث ذهب إلى أن أثر شرط التحكيم على مفهوم ومعيار العقد الإداري إنما يتعلق بالأساس بالعقود الإدارية غير المسماة، أما العقود الإدارية المسماة مثل عقود الالتزام والتوريد والأشغال العامة فهي عقوداً إدارية بنص القانون، فالأصل فيها اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بها وتطبيق أحكام القانون الإداري، ومن ثمّ فإدراج شرط التحكيم في هذه العقود لا يُخل بكونها عقوداً إدارية في الأصل، ويترتب على شرط التحكيم فيها منع سماع الدعوى أمام القضاء الإداري ويطبق القانون الذي اتفق عليه أطراف النزاع، أما العقود الغير مُسماه فهي التي يؤثر فيها إدراج شرط التحكيم في العقد الإداري، وقد يُغير من طبيعةِ العقد الأمر يتوقف على مدى توافر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في هذا العقد من عدمه، فإذا توافرت كان العقد إدارياً، وإن لم تتوافر كان العقد مدنياً مع ملاحظة أن العقود التي يدرج بها شرط التحكيم غالباً ما يتم فيها الاتفاق على حقوق وواجبات كل طرف بدقة، ويتوقف مدى تمتع الدولة أو الإدارة بسلطاتها الاستثنائية على إرادة الطرفين،

---

[1] د/ عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ، ص 239 .

- د/ علي علي أمين يوسف ، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 338 .

[2] د/ صبري السنوسي ، أثر التحكيم في العقود الإدارية على اختصاص القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 141 ، 142 .

كما أن الاتفاق على التحكيم من خلال مُشارطة التحكيم والتي يتم فيها الاتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي لا يؤثر بذاته على طبيعة العقد المُبرم بين الطرفين، فهو اتفاق مُستقل عن العقد الأصلي، وبالتالي لا يؤثر على طبيعة العقد ومعيار تميزه .

ويتضح مما سبق أن الرأي السابق يجعل أثر التحكيم على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية قاصراً على شرط التحكيم فقط دون مشارطة التحكيم، كما أن هذا الأثر ينحصر أيضاً في حالة العقود الإدارية غير المسماة، حيث تتأثر طبيعة تلك العقود بوجود شرط التحكيم ومدى توافر شروطاً استثنائية بالعقد من عدمه .

ونحن نؤيد هذا الرأي ونُضيف إلى ما أستند إليه من مبررات ما يلي :

1- العقد الإداري الدولي له طبيعته الخاصة والتي يجب مراعاتها عند إبرامه، حيث تتعاقد الدولة أو جهة الإدارة مع مستثمر ينتمي لدولة أجنبية ولا يحمل جنسيتها، ونظراً لاحتياج الدولة لإبرام مثل تلك العقود كان لابد من قبول تحفظات المتعاقد الأجنبي والتي تتمثل في شرط التحكيم حماية لمصلحته، فالمستثمر إن لم يجد مناخاً ملائماً وآمناً فلن يُجازف بأمواله ومصالحه ويدخل في علاقة تعاقدية قد تضر بمصالحه، فلذلك فهو يجد في شرط التحكيم الضمانة والثقة في اللجوء لجهة محايدة لفض ما قد يطرأ من منازعات .

2- إذا تضمن شرط التحكيم تطبيق قانون أجنبي غير القانون الوطني لا يأخذ بنظام القضاء المزدوج ولا يعرف التفرقة بين العقد الإداري والمدني فلا شك أن ذلك يفقد الدولة أو جهة الإدارة مركزها المُتميز في العقود الإدارية ويحرمها من الامتيازات المقررة لها في العقود الإدارية، ويعاملها على قدم المساواة مع الطرف الأجنبي مما قد يضر بالمصالح الحيوية والاقتصادية التي تسعى تلك العقود لتحقيقيها، أما إذا تضمن شرط التحكيم تطبيق قانون يأخذ بالتفرقة بين نوعي العقود الإدارية والمدنية، فلن يؤثر التحكيم بدوره في هذه الحالة على طبيعة العقد ومعيار تميزه، ولذلك أولى بالمشرع المصري التدخل والنص على ضرورة أن

يختار طرفي العلاقة التعاقدية في حالة عدم تطبيق القانون الوطني قانوناً يأخذ بالنظام المزدوج للتقاضي ويعرف نظرية العقود الإدارية، والتفرقة بينها وبين العقود المدنية وذلك حفاظاً على الطبيعة الذاتية لتلك العقود بما يُحقق حماية مصلحة الدولة في الحفاظ على مصالحها الاقتصادية والحيوية، فعملاً أيضاً بقاعدة لا ضرر ولا ضرار، فإنه إذا كان من الضروري أن تلجأ الدولة إلى التحكيم حتى يمكنها إبرام هذه العقود لإصلاح اقتصادها، وجذب رؤوس الأموال الأجنبية في ظل التزايد الكبير في حجم المبادلات الاقتصادية، إلاّ أن ذلك يجب ألاّ يكون على حساب المصالح الحيوية للبلاد بتطبيق قانون لا يعترف للشخص العام بمركزه القانوني المُتميز الذي تقرره مبادئ القانون العام والتي تستهدف تحقيق المصالح العامة ويفضلها على المصالح الشخصية للطرف المتعاقد مع الإدارة، وفي هذه الحالة تحقق الهدف المنشود من التحكيم في حماية مصلحة المستثمر الأجنبي، وحماية مصالح الدولة المتعاقدة .

الخاتـــــمة:

نخلص مما سبق بأن للعقود الإدارية طبيعتها الذاتية المستقلة عن العقود الخاصة التي تُمكنها من إدارة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، حيث تخضع تلك العقود لنظام قانوني وقضائي يختلف عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية لما لها من طبيعة ذاتية خاصة، فقد مُنِحت الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها لا تملكها في تعاقداتها المدنية والتي بمقتضاها تمتلك الإدارة سلطات وامتيازات في مواجهة المتعاقد، وكذلك يتمتع المتعاقد معها بحقوق لا نظير لها بالقانون الخاص، وذلك لاتصال العقد بالمرفق العام ووجوب الحرص على استمراره وانتظام سيره بما يُحقق المصلحة العامة، وقد أجاز المشرع التحكيم في العقود الإدارية لجذب الاستثمارات ودفع عملية التنمية، فلا شك أن إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية يُعد أحد الأمور الهامة لجلب الاستثمارات الأجنبية وجذب المتعاقدين للدخول في علاقات اقتصادية وتجارية مع الدولة والأشخاص العامة، حيث يُمثل وجود شرط التحكيم وسيلة الأمان والطمأنينة للمستثمرين لكونه يمثل وسيلة سريعة وفعالة ومُحايدة لحسم في حسم منازعات العقود الإدارية، فالتحكيم وسيلة سهلة الإجراءات تتسم بسرعة البت وتسوية النزاع لما تتمتع به هيئات التحكيم من دراية كافية بطبيعة العقد الإداري، وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة لعدد من الاستنتاجات والتوصيات كالتالي :

أولاً: الاستنتاجات:

1- العقود الإدارية لها طبيعتها الذاتية عن العقود الخاصة لارتباطها الوثيق بالمرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، ولا تكتسب تلك الطبيعة الذاتية إلا بتوافر الشروط الثلاثة مُجتمعة لاعتبار العقد إدارياً وهي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد وأن يكون متصلاً بنشاط المرفق العام وأن يتضمن شروط استثنائية لا مثيل في القانون .

2- الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية تجعل الإدارة في مركز قانوني مُتميز عن المتعاقد معها لحرصها على تحقيق المصلحة العامة فيكون لها من السلطات الاستثنائية التي لا مثيل لها في القانون الخاص، وهذه السلطات ليست سلطات مطلقة بل تمارسها الإدارة في ضوء الضوابط القانونية المقررة .

3- تلجأ الإدارة للتحكيم لما يُحققه من مزايا عديدة وتحقيق المصلحة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقها لجذب الاستثمارات وحث الأفراد والشركات للتعاقد معها لوجود ضمانة فعالة حال حدوث نزاع بخصوص تلك التعاقدات .

4- التحكيم وسيلة قانونية مستقلة عن باقي الوسائل القانونية للفصل في المناعات وهو قائم بشكل أساسي على إرادة الأطراف وبعد إجازة المشرع اللجوء للتحكيم.

5- التحكيم الداخلي يُحقق مصلحة الإدارة والمتعاقد معها حيث يُعد التحكيم الداخلي ضمانة للمتعاقد مع الإدارة كما أنه وسيلة فعالة للحصول على حقوقه، كما يُحقق التحكيم الداخلي مصلحة الإدارة المتعاقدة بتطبيق القانون الوطني الذي يؤكد ويُحافظ على المركز الخاص والمُميز للإدارة في مجال عقودها الإدارية، وتحقيق الغاية التي ترمي إليها الإدارة من تلك العقود .

6- التحكيم الخارجي يُحقق مصلحة الإدارة والمتعاقد معها كما هو الحال في التحكيم الداخلي حال تطبيق قانون موضوعي يعترف بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ومركز الإدارة المُتميز .

7- التحكيم الداخلي لا يؤثر على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية بتطبيق القانون الوطني الذي يؤكد ويُحافظ على المركز الخاص والمُميز للإدارة في مجال عقودها الإدارية .

8- التحكيم الخارجي بتطبيق قانون يأخذ بنظام القضاء المزدوج ويعترف بنظرية العقود الإدارية لا يؤثر وفقاً لهذه الصورة على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية .

9- التحكيم الخارجي بتطبيق قانون أجنبي غير القانون الوطني لا يأخذ بنظام القضاء المزدوج ولا يعرف التفرقة بين العقد الإداري والمدني ولا يعترف بنظرية العقود الإدارية يؤثر وفقاً لهذه الصورة على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية .

10- أثر التحكيم على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية مرتبط بالقواعد الموضوعية للفصل في المناعات الناشئة عن تلك العقود فإذا كانت القواعد الموضوعية المُطبقة تأخذ بنظام القضاء المزدوج فلا أثر للتحكيم والعكس صحيح .

ثانياً: التوصيات:

1- ضرورة عدم التوسع في إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية واللجوء لمُشارطة التحكيم باتفاق مُستقل على العقد سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الخارجي حيث يكون مركز الادارة أفضل .

2- نهيب بالمشرع المصري تعديل النصوص المُتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية بضرورة إلزام الجهات الإدارية في حالة رغبتها في اللجوء للتحكيم أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري وأن يتم التحكيم أمام هيئات التحكيم الوطنية، وفي تلك الحالة تتحقق العدالة والفصل في النزاع بالسرعة المطلوبة، فقد تم الجمع بين مميزات اللجوء للقضاء والتحكيم في ذات الوقت في تلك الحالة، وبخصوص التحكيم الخارجي يجب إلزام طرفي النزاع اختيار القانون المصري أو أي قانون يأخذ بنظرية العقود الإدارية كنظرية مُستقلة وقائمة بذاتها، أي اختيار قانوناً يأخذ بنظام القضاء المزدوج والنظرية المستقلة للعقود الإدارية حفاظاً على الطبيعة الذاتية لتلك العقود.

3- ضرورة تعديل نص المادة (58) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 بالنص على ترتيب البطلان على العقود التي تُدرج شرط التحكيم دون الحصول رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة قبل إبرام أي عقد إداري يتضمن شرطاً للتحكيم إذا كانت قيمة العقد تتجاوز خمسة آلاف جنيه للتأكد من ملائمة شرط التحكيم مع المصلحة العامة، وهو شرط

جوهري واجب الاحترام لصحة اتفاق التحكيم، وإلا فما العبرة من وجود هذا النص وهذا الالتزام على الجهة الإدارية مع عدم ترتيب بطلان اتفاق التحكيم في حالة عدم الحصول على رأي إدارة الفتوى المختصة والتأكد من ملائمة شرط التحكيم مع المصلحة العامة .

4-التوصية بضرورة تعديل القانون رقم (9) لسنة 1997 والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية وأوكل الاختصاص بمنح إذن اللجوء للتحكيم للوزير المختص دون التفرقة بين العقود الإدارية الداخلية والعقود الإدارية الدولية، فيجب أن يكون الإذن باللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية بيد مجلس الوزراء بعد إقرار مجلس الدولة لشرط أو مُشارطة التحكيم، وذلك لما قد يتضمن التحكيم في مثل هذه العقود من عرض النزاع على هيئة خارج الدولة دون عرضه على هيئة تحكيم وطنية بما قد يضر بالمصلحة العامة، وتحميل الحكومة المصرية بأعباء مالية ضخمة جراء هذا التحكيم، فذلك أدعى للحيطة وضبطاً لممارسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ألا يكون الإذن باللجوء للتحكيم بيد الوزير المختص وحده.

5- ضرورة تحديد عدد من الأنظمة القانونية التي تتفق مع النظام القانوني المصري وتأخذ بنظام القضاء المزدوج ونظرية العقود الإدارية وجهات تحكيم معينة بعد دراسة المر من قبل مختصين بعدم تأثير تلك القوانين على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وحث الجهات الإدارية بالنص على اللجوء للتحكيم لهذه الجهات وتطبيق أحد هذه القوانين حال اللجوء إلى التحكيم

" وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين "

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والمؤلفات:

1- ابن منظور (عبدالله أحمد بن المكرم أبي الحسن بن أحمد الأنصاري)، لسان العرب لابن منظور، طبعة دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر .

2- د/ أحمد يسري،أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة التاسعة 1991م .

3- د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 2001

4- د/ أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2010

5- د/ أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 1973

6- د/ أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2010

7- د. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار شتات للنشر والبرمجيات، طبعة 2011

8- د/ جابر جاد نصر، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2005 .

9- د/ جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية طبعة 2005

10- جورج فودال، بيار دلفوليفية، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة 2004

11- د/ جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية طبعة 2005

12- المستشار الدكتور/ حازم بيومي المصري،التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك . اليونسترال)، دار النهضة العربية، طبعة 2010 .
13- د/ حسام أحمد هلال منصور، د/ حسين إبراهيم خليل، قانون التحكيم الفرنسي المعدل بموجب المرسوم 84 لسنة 2011، دار النهضة العربية، طبعة 2013 .
14- د/ حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، طبعة 2007
15- د/ حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 1997
16- المستشار الدكتور / خالد عبدالفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2009 .
17- د/ دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، دار النهضة العربية طبعة 2010
18- د/ رأفت فوده، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة، دار النهضة العربية، طبعة 1994 .
19- د/ رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية، طبعة 2010 .
20- د/ سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ، دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبوالمجد للطباعة، طبعة 2006
21- د/ صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2012

22- د/ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية دار النهضة العربية، طبعة 1991.
23- د/ مجدي مدحت النهري، مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، قضاء التعويض، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1997 .
24- د/ محمد صلاح عبد البديع، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، طبعة 2003
- الوسيط في القانون الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، طبعة2004
- الأصول الإسلامية للقانون الإداري المعاصر، دار النهضة العربية، طبعة1999 .
25- أ . د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 2011
26- المستشار الدكتور / عبدالفتاح بيومي حجازي، عقود البوت .B.O.T في القانون المقارن، دار شتات للنشر والبرمجيات، طبعة .2008
27- د/ عزيزة الشريف، التحكيم في القانون الإداري المصري، دار النهضة العربية، طبعة 1993
28- د/ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2008
29- المستشار / علي الدين زيدان، أ / محمد السيد، لموسوعة الشاملة في القضاء الإداري، الجزء الرابع، المركز القومي للإصدارات القانونية، دون سنة نشر.
30- د/ علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات الإدارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2004
31- د/ مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2010

32- المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العنين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011، الكتاب الثاني والثالث، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2011
33- د/ محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2003
34- د/ مصطفى عبدالمحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت .B.O.T، دار شتات للنشر والبرمجيات، طبعة 2008 .
35- د/ نجلاء حسن أحمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2003، 2004
36- د/ نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2007
37- د/ وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، طبعة2011
38- د/ يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2010

ثانيًا: الرسائل العلمية

1- د/ إبراهيم الدسوقي عبداللطيف، عقد امتياز المرافق العامة، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة عين شمس 2003 .
2- المستشار الدكتور/ أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق
3- د/ حازم بيومي المصري، التطورات الاقتصادية الحديثة وأثرها على مركز المتعاقدين، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2008 .
4- د/ رياض إلياس عيسى، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة عين شمس 2007 .

5- د/ زينة سالم محمد الطائي، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، قسم البحوث والدراسات القانونية بمعهد البحوث والدراسات العربية التابع للمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، 2012 .
6- د/ علي سليمان الطماوي، مدى تأثر نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2012 .
7- د/ علي علي أمين يوسف ، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية 2013 .
8- أ . د/ علي محمد علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة عين شمس 1991 .

ثالثاً: المقالات والأبحاث :

1- د/ إبراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة الحادية والأربعون، العدد الثاني، إبريل . مايو 1997 .
5- د/ صبري السنوسي، أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، صادرة عن الجمعية العلمية بكليات الحقوق العربية ومقرها جامعة القاهرة، العدد الثالث عشر ، والرابع عشر 2001
8- د/ علاء التميمي عبده، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار(دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عدد خاص، العدد 21، 22 ديسمبر 2011
11- أ . د/ محمد رفعت عبدالوهاب، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني 2010

12- د/ ميلاد سيدهم، جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية والمختص به بعد العمل بالقانون رقم (9) لسنة 1997،مجلة قضايا الدولة، العدد الرابع، السنة السابعة والأربعين، أكتوبر . ديسمبر 2003، العدد رقم (188) .

رابعاً: مجموعات الأحكام والفتاوى

1- الموسوعة الماسية لأحكام المحكمة الإدارية العليا
أحكام المحكمة في الأعوام 2008، 2009 حتى مارس 2010، إعداد أ/ وجدي شفيق، الكتاب الأول، شركة ناس للطباعة والنشر بالقاهرة، طبعة 2011

2- مجموعة كنوز لأحكام المحكمة الإدارية العليا، أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955 حتى عام 2010، إعداد د/ مجدي محمود محب حافظ، دار محمود للنشر والتوزيع، طبعة 2010

3- الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة منذ عام 1993 حتى عام 1997 الجزء (49) إعداد الأستاذ / حسن الفكهاني ، والأستاذ / نعيم عطية الدار العربية للموسوعات بالقاهرة، طبعة 1999

4- مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، المكتب الفني، السنة الحادية والستون من أكتوبر 2006 وحتى سبتمبر 2007، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، دون سنة نشر .

5- لموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقص المصرية، الدار العربية للموسوعات، طبعة 1984 .

6- الموسوعة الالكترونية، الشامل في أحكام المحكمة الإدارية العليا، أحكام المحكمة حتى عام 2012، أسطوانة مدمجة صادرة عن دار العدالة بالقاهرة .

7- مجموعة أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني والثالث، إعداد د/ محي الدين علم الدين، دون دار نشر، طبعة 2011 .

خامسًا: المجـــلات

1- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية . كلية الحقوق جامعة الإسكندرية .

2- مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، صادرة عن الجمعية العلمية بكليات الحقوق ومقرها جامعة القاهرة.

3- مجلة هيئة قضايا الدولة تصدرها هيئة قضايا الدولة .

4- مجلة المحاماة، العدد الثاني عام 2002

الفهـرس:

البيـــــــان	رقم الصفحة
مقدمة	2
تمهيد	2
أهمية البحث	3
أهداف البحث	4
الدراسات السابقة	4
إشكالية وتساؤلات البحث	5
منهجية البحث	5
خطة البحث	5
المطلب التمهيدي : الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة.	6
المبحث الأول : ماهية التحكيم في العقود الإدارية .	13
المطلب الأول : مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية .	16
الفرع الأول : مفهوم التحكيم وأساسه .	16
الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن غيره من الوسائل القانونية.	21

المطلب الثاني : صور وشروط التحكيم في العقود الإدارية .	26
الفرع الأول : صور وأنواع التحكيم.	26
الفرع الثاني : شروط التحكيم في العقود الإدارية .	31
المبحث الثاني : التحكيم وأثرة على الطبيعة الذاتية العقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة.	39
المطلب الأول : أثر التحكيم الداخلي على الطبيعة الذاتية العقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة.	39
المطلب الثاني : أثر التحكيم الخارجي على الطبيعة الذاتية العقود الإدارية والمركز القانوني للإدارة.	44
الفرع الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقود الإدارية	45
الفرع الثاني : سلطة المُحكم في منازعات العقود الادارية .	54
الخاتمة	61
النتائج	63
التوصيات	65
قائمة المراجع	67
الفهرس	72