أثر التحكيم على الخصائص الذاتية للعقود الإدارية

دكتور
محمود أحمد حلمي محمد حمزة
دكتوراه في الحقوق
القانون الإداري

أولاً المقدمة :

أصبح اللجوء إلى التحكيم باعتباره أسلوباً لحسم المنازعات سمة من السمات الأساسية في المعاملات المختلفة على المستوى الدولي وعلى المستوى المحلي على السواء كما اتسع مجال التحكيم وامتد إلى أنواع لم يكن يشملها من قبل . مثل المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص القانونية العامة طرفاً فيها . والتي لم يكن مقصوراً – حتى عهد قريب – أن تقبل الدولة حسمها بواسطة التحكيم بدلاً من إخضاعها إلى جهة القضاء الإداري .

ويرجع السبب في الاتجاه المطرد إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تثور بين أطراف العلاقة القانونية المختلفة إلى المزايا التي يتميز بها التحكيم وأهمها البساطة والمرونة وقيامه على إرضاء أطراف النزاع مقدماً بالحكم الذي سيصدر من هيئة التحكيم. وسرعة الفصل في المنازعات وتوفير الجهد والوقت وتوافر الخبرة والتخصص في المسائل الفنية والاقتصادية والعملية لدى المحكمين الذين يختارهم أطراف النزاع.

ثانياً : التعريف بالموضوع وأهميته :

يعد الفصل في الخصومات وقطع المنازعات بين الناس من أسمى مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء. فللتحكيم أهمية كبيرة في قطع المخاصمة وإزالة المفسدة المترتبة عليها وذلك بإيصال الحق إلى أهله.

كما أن للتحكيم أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية بين الشركات الاستثمارية والأفراد حيث يساعد بشكل أساسي في إنعاش الحياة التجارية وتشجيع المستثمرين على الدخول في استثمارات كبيرة.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع :

يرجع سبب اختيار هذا الموضوع إلى أهميته في الواقع العملي حيث اللجوء إلى التحكيم يوفر الوقت على المتقاضين بسرعة حل النزاع ، بعيداً عن ساحات المحاكم حيث الوقت الطويل والبطء في الحصول على الحقوق وهذا ما لا يستحق عند أصحاب رؤوس الأموال والمستثمرين وأصحاب الشركات.

رابعاً : خطة البحث وتشمل على تمهيد وفصلين :

التمهيد : عبارة عن نبذة عن نشأة التحكيم وتطوره .

الفصل الأول : مفهوم التحكيم وأنواعه .

المبحث الأول : ماهية التحكيم .

المطلب الأول : التعريف اللغوي والقانوني للتحكيم .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم .

المبحث الثاني : مدى حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم .

المطلب الأول : التحكيم الاختياري .

المطلب الثاني : التحكيم الإجباري .

الفصل الثاني : التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتحكيم فيها.

المبحث الأول : مظاهر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية .

المطلب الأول : المركز المتميز للإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

المطلب الثاني : حدود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإدارة المنفردة.

المبحث الثاني : التوازن المالي بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها.

المطلب الأول : كيفية تحقيق التوازن المالي في العقد الإداري.

المطلب الثاني : سلطة المحكم في تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها.

الخاتمة : وبها أهم النتائج

التمهيد :

نشأة التحكيم وتطوره

عُرِفَ التحكيم قبل ظهور الإسلام كوسيلة بديلة عن اللجوء إلى الاحتكام إلى القوة أو الانتقام الفردي أو الجماعي الذي كان سائداً في تلك الفترة.[١]

كما طبق الإغريق التحكيم في مجال العلاقات المدنية والتجارية حيث يجب على كل مواطن من مواطني أثينا أن يقوم بتسجيل اسمه في قوائم المحكمين وذلك بسبب ازدياد العبء على المحاكم الشعبية.[٢] وفي مجال العلاقات الخارجية كان هناك مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية. [٣]

وفي روما أنشأ الملك وظيفة خاصة تتولى الفصل في المنازعات المدنية يتولاها حاكم يسمى "بريتور" الذي كان يسمع إدعاءات الخصوم ويسجلها ثم يرفع النزاع إلى الحَكَمْ الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعاتهم.

كما عرف العرب قبل الإسلام الاحتكام إلى النار وكذلك التحاكم إلى الأزلام في أمور الزواج وفض الخصومات حتى جاء الإسلام وحَرَّمَ هذه الوسائل لما فيها من الإشراك بالله والحكم بغير ما أنزل الله تعالى. [٤]

---

[١] - د/ صوفي أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – مكتبة النهضة العربية – طبعة ١٩٥٧ ص ٧٩

[٢] - د/ فخري أبو سيف مبروك – مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة – مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة السادسة – العدد الأول / يناير ١٩٧٤م ص ١٠٣

[٣] - د/ عبد الحسين القطيفي – التحكيم في المنازعات الدولية – مقال بمجلة العلوم القانونية – بغداد العدد الأول ١٩٦٩م ، ص ٣٢

[٤] - د/ محمود السقا – تاريخ القانون المصري – مكتبة القاهرة الحديثة – طبعة ١٩٧٠م ص ٢٥٤، ٢٧٠

اتفاق التحكيم في النظم الوضعية

نظراً لما يحققه نظام التحكيم للمتقاضين من سرعة الفصل في المنازعات ، بساطة في الإجراءات أولى الفقه القانوني وكذا التشريعات القانونية والاتفاقات الدولية هذا الموضوع اهتماماً كبيراً في الآونة الأخيرة. [١]

فمن الدول من خصص للتحكيم قوانين مستقلة ومنها من خصص له باباً مستقلاً في تشريعاتها المنظمة للتقاضي مثل قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية ، كما اهتمت الدول بالتصديق على اتفاقات دولية في شأن التحكيم من أهمها اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي انضمت إليها مصر بعد التصديق على أحكامها في ٧ مارس ١٩٥٩م ، ووضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قانوناً نموذجياً للتحكيم يمكن للدول الاهتداء بأحكامه وتواعده عند إصدارها قوانين منظمة للتحكيم ، وامتد الاهتمام الدولي بالتحكيم إلى حد أن بعض الدول أنشأت مراكز دائمة للتحكيم على إقليمها. [٢]

وتمشياً مع حركة التطور التي طرأت على التحكيم على المستوى الدولي والأهمية المتزايدة لهذا الطريق من طرف الفصل في المنازعات في مجال المعاملات الدولية فقد لوحظ في السنوات الأخيرة اتجاه معظم التشريعات الداخلية للدول نحو الاهتمام بتنظيم موضوع التحكيم باعتباره أحد المؤثرات الهامة في جانب الاستثمارات الأجنبية.

وفي مصر لم يكن التحكيم يحظى في القانون المصري بتنظيم متكامل ، إذ اقتصر المشرع في تنظيمه على المواد من (٥٠١ إلى ٥١٣) من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م الخاص بالمرافعات المدنية والتجارية ، ولم تكن تلك المواد كافية للإحاطة بكل جوانب موضوع التحكيم والمسائل التي يثيرها . الأمر الذي حدا بالمشرع إلى إلغاء

---

[١] - د/ رضا السيد – مسائل في التحكيم – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٧م (المقدمة)

[٢] - د/ سميحة القليوبي – اتفاق التحكيم – بحث مقدم لدورة إعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقد في الفترة من ٢٠٠٧/٠٩/٠٣م إلى ٢٠٠٧/٠٩/٠٨م – الدقي – الجيزة – ص٢

نصوص المواد الواردة في قانون المرافعات . فتم إصدار قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م . [١]

كما بلغ الاهتمام المصري بالتحكيم إلى إنشاء مركز إقليمي دائم للتحكيم بالقاهرة بقرار من اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وأفريقيا الصادر في دورتها التي عقدت بالدوحة في يناير عام ١٩٧٨م الصادر بقرار رئيس جمهورية مصر العربية برقم ١٠٤/ ١٩٨٤م . [٢]

الفصل الأول

مفهوم التحكيم وأنواعه

التحكيم طريقة اختيارية اتفاقية لفض المنازعات وسرعة الحصول على الحقوق في وقت قصير بخلاف ما هو عليه في قضاء المحاكم فإنه يتحتم علينا الوقوف على مفهوم التحكيم وأنواعه ، وذلك في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : ماهية التحكيم

المبحث الثاني : أنواع التحكيم

[١] - د/ رضا السيد – المرجع السابق ، ص ٨ ، ٩
[٢] - د/ سميحة القليوبي – المرجع السابق ، ص١

المبحث الأول

ماهية التحكيم

تمهيد

سنبدأ أولاً بتحديد ماهية التحكيم ونعرض الاتجاهات المختلفة التي ظهرت بشأن طبيعته القانونية حيث ظهرت عدة نظريات فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم مثال ذلك النظرية العقدية ، النظرية القضائية ، النظرية المختلطة والنظرية التي اعتبرت التحكيم أسلوباً مستقلاً قائماً بذاته من أساليب حسم المنازعات .

لذلك نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين :

المطلب الأول : التعريف اللغوي والاصطلاحي للتحكيم

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم

المطلب الأول

التعريف اللغوي والقانوني للتحكيم

أولا التعريف اللغوي :

التحكيم لغة : مأخوذ من الحكم أي القضاء ومعناه التفويض في الحكم أي أنه مأخوذ من حكم (أو احكمه فاستحكم) وصار محكماً في ماله .

(تحكيماً) إذ جعل إليه الحكم فيه (فاحتكم) عليه في ذلك . [١]

ولا يختلف الأمر كثيراً في اللغة الفرنسية وكلمة تحكيم arbitrage في اللغة الفرنسية هي من فعل حكم arbitrer وهي من الأصل اللاتيني من كلمة arbitrare وتعني التدخل والحكم بصفته حكم والتحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه . فالتحكيم في

[١] - القاموس المحيط ج٤ ص٩٨، مختار الصحاح ص١٤٨، المصباح المنير ج١ ص٢٠٠، المعجم الوسيط ج١ ص٢٩٠

اللغة الفرنسية يعني تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر والذي قرر الأطراف – باتفاق مشترك بينهم – أن يخضعوا أو ينصاعوا له ويتقبلوه.[١]

ثانياً المعنى القانوني للتحكيم :

تعددت تعريفات التحكيم وتنوعت تحديداته في فروع القانون المختلفة حسب الزاوية التي ينظر منها التحكيم وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد له وتعبر عنه.

فقد عرفه البعض[٢] بأنه عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه المنازعات من جهات القضاء المعتادة لتحل أو لتحسم موضوع النزاع.

ونجد البعض الآخر[٣] عرفه بأنه نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر وذلك بممارسة المهمة القضائية التي عهدوا بها إليه .

وتدور تعريفات الفقه المصري في جميع فروع القانون المختلفة حول معنى التحكيم السابق بيانه.

فيعرفه البعض بأنه نوع من العدالة الخاصة والذي يتم وفقاً له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها أشخاص يختارون للفصل فيها .[٤]

ونحن من جانبنا نرى أن التحكيم ما هو إلا أسلوب خاص لتسوية المنازعات أيا كان نوعها بعيداً عن ولاية القضاء بناء على اتفاق الخصوم .

---

(2) Dictionnaire Le petit Robert 1 , paris 1978 , p93 Règlement d'un différent ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personnes , auquelles les parties ont décidé d'un accord commun, de , en remettre L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé, Dalloz, paris, 6e Edition 1- Jean ،Robert 1993 p : 3

٣ - Jean marie Aubyet at R. Drago , Traite de contentieux administratif, L.G.D.J, paris 1975 Tome I P:28

٤ - د/ محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي دروس لطلبة دبلوم للدراسات العليا في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة القاهرة طبعة ١٩٧٣ – ١٩٧٤ ص٤

انظر كذلك في معنى التحكيم د/ ماجد راغب الحلو – العقود الإدارية والتحكيم – دار الجامعة الحديثة للنشر – طبعة ٢٠٠٤ ص١٦١

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقه بشأن الطبيعة الثانوية للتحكيم ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهين

الاتجاه الأول : الطبيعة الاتفاقية التعاقدية للتحكيم

Caractère contractuelle d, l, Arbitrage

ذهب جانب من الفقه[١] إلى القول بأنه التحكيم له طبيعة اتفاقية تعاقدية وقد استند هذا الرأي إلى الحجج والأسانيد الآتية :

١- أن الأساس في تحديد هذه الطبيعة هو رغبة الطرفان في وجود محكم يفصل في النزاع القائم بينهما ورغبتهما في الامتثال لقراره . فإرادة الطرفين واتفاقهما على اختيار المحكم هي العنصر الهام في تحديد طبيعة التحكيم .

٢- التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد أما القضاء فيهدف إلى تحقيق مصلحة عامة تتمثل في إقامة العدل .

٣- التحكيم يقوم على اتفاق ضمني على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية . فالمحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف واتفاقهم . وبالتالي فللمحكم سلطة خاصة بالنزاع المحال إليه من الأطراف فلا يعتبر التحكيم قضاء لأن القضاء له سلطة عامة .

---

[١] - Ibrahim Nagib Saad: la sentence arabitrale , there paris , 1969 , p503 - وانظر كذلك د/ ماجد راغب الحلو- المرجع السابق ص١٦٨ – بعض الجوانب القانونية لشرط التحكيم ومشاركة التحكيم في اتفاق التحكيم – بحث للدورة التخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقدة بالإسماعيلية – مصر – في الفترة ٢٠٠٧/٠٧/٢٨

٤- لأن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية فإن المحكم قد يكون محكماً وطنياً وقد يكون المحكم أجنبياً طالما اتفق الأطراف عليه . في حين أن القضاء لا يمارسه إلا قضاة وطنيون.

٥- امتناع المحكم عن الفصل في النزاع المعروض عليه لا يعد منكراً للعدالة. كما أن المحكم إذا أخطأ في حكمه أو قراره فإنه لا يخضع لقواعد مخاصمة القضاء.

٦- يمكن رفع دعوى بطلان أهلية في حكم التحكيم الصادر على خلاف حكم القضاء.

ولقد تعرض أصحاب هذا الاتجاه للنقد من جانب البعض[١] على النحو الآتي :

١- التدليل على الطبيعة التعاقدية للتحكيم بأنه يرتبط بإرادة ورغبة الطرفين في اختيار المحكم والامتثال لقراره لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم. لأنه في حالات كثيرة يتفق الأطراف خاصة في عقود البيع والإيجار على تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ بينهما من نزاع حول هذا العقد.

٢- لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم القول بأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة فهذه الأخيرة يهدف إليها اتفاق التحكيم. أما قرار التحكيم فهو يهدف في النهاية – كحكم القضاء – إلى تطبيق القانون ومن خلال ذلك تتحقق المصلحة العامة والخاصة على السواء.

٣- إن الأشخاص عندما يتفقون على التحكيم فإن ذلك لا يعني تنازلهم عن الدعوى القضائية وإنما تنازلهم عن اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة.

٤- إن القول بأن التحكيم يمكن أن يقوم به محكم وطني أو أجنبي على خلاف القضاء الرسمي الذي لا يتولاه إلا قضاة وطنيون فإن هذا لا يحول دون الصفة

---

[١] - Devichi Rubllin,L arbitrage Nature furidique, these paris 1965 p:15 ، Jacqueline
وأنظر كذلك د/ عبد المنعم الشرقاوي المرافعات المدنية والتجارية – جامعة القاهرة – طبعة ١٩٥٠ ص٦٣٣ بند ٤٦٤

القضائية للتحكيم وذلك لأن القضاء الرسمي هو مظهر سيادة الدولة. أما التحكيم فهو نوع من القضاء الخاص فلا تطبق عليه المبادئ أو الضوابط التي تطبق على القضاء العام.

٥- إن القول بامتناع المحكم عن التحكيم فإنه لا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة أو وقوع المحكم في أخطاء فإنه لا تطبق عليه أحكام مخاصمة القضاة فإن ذلك ينبع من طبيعة التحكيم من أنه قضاء خاص.

الاتجاه الثاني : الطبيعة القضائية للتحكيم[١]

على خلاف الاتجاه السابق ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن للتحكيم طابع قضائي وليس إتفاقي (تعاقدي) واستند أصحاب هذا الرأي إلى الآتي :

١- جوهر القضاء هو الفصل في نزاع معروض وتطبيق حكم القانون عليه وهذا ما يفعله التحكيم.

٢- تعترف الدولة بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء والفصل في بعض المنازعات كما يعترف القانون الداخلي في حالات معينة وبشروط معينة بالأحكام الصادرة من القضاء الأجنبي. فإذا كان القضاء هو مظهر من مظاهر السيادة للدولة إلا أنه قد تعترف لبعض الأشخاص بهذه المهمة في صورة التحكيم.

٣- وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم. فإذا كان المحكم لا يستطيع إلزام الشاهد بالحضور أو المثول أمامه . كما أن القرار الصادر من التحكيم لا ينفذ جبراً إلا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة فإن ذلك لا ينفي الصفة القضائية للتحكيم. فالتحكيم مثل الحكم الأجنبي الذي ينفذ في دولة أخرى.

[١] - د/ أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام في قانون المرافعات طبعة ١٩٦٥ ص٣٧ ، د/ رمزي سيف – قواعد تنفيذ الأحكام – القاهرة طبعة ١٩٦٩ ص٦٦

٤- إن القرار الصادر في التحكيم والفاصل في النزاع يحوز حجية الأمر المقضي به L'autorite de la chose fugee ومن المعروف أن هذه الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية.

الخلاصة : وفقا لهذا الاتجاه فإن التحكيم يعتبر قضاء وحكم المحكمين يعتبر عملاً قضائياً. ولكنه لا تنطبق عليه جميع خصائص قضاء الدولة. وبعبارة أخرى إذا كان حكم المحكمين حكماً فهو ليس كغيره من الأحكام ذلك أنه لا يمكن عزله عن الاتفاق التحكيم الذي كان سبباً له.[١]

رأينا الخاص في طبيعة التحكيم

ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني من التأكيد على أن الصفة القضائية للتحكيم مع الاعتراف في نفس الوقت بأوجه الاتفاق والاختلاف بين التحكيم والقضاء وذلك على النحو الآتي :

١- أوجه الاتفاق بين التحكيم والقضاء

يتفق التحكيم و القضاء في الآتي :

أ- توافر الأهلية القانونية في شخصية من يباشرها أي المحكم والقاضي على السواء.

ب- يعد التحكيم والقضاء من وسائل الفصل في النزاع فالحكم الصادر من المحكم بمثابة الحكم الصادر من القاضي.

٢- أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء :

يختلف التحكيم عن القضاء في الآتي :

أ- التحكيم هو عقد رضائي يلزم لصحته أن يكون هناك تراضي واتفاق بين الخصوم. بخلاف القاضي الذي يتولى القضاء عن طريق الحاكم أو ولي الأمر.

[١] - التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية د/ جورجي شفيق ساري – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٩ ص٤١ ، ص٤٢

ب– المحكم لا يتقيد ببلد أو منطقة معينة بخلاف القاضي الذي يتقيد ببلد القاضي.

جـ– التحكيم يؤدي إلى قطع النزاع حقيقة وحكماً. حقيقة بالوصول إلى الحق وحكماً بإيجاد المودة والمحبة بين المتخاصمين بعد الحكم. أما الحكم الصادر من القاضي فهو وإن كان يقع النزاع حقيقة وصولاً إلى الحق إلا أنه ينطوي على الإلزام بالتقاضي الذي يورث الضغينة. [١]

يتضح مما سبق أن الطبيعة الثانوية للتحكيم هي أنه قضاء له طابعه الخاص.

المبحث الثاني

مدى حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم

تمهيد

يمكن تقسيم التحكيم إلى عدة تقسيمات حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم.

فمن زاوية طبيعة الأطراف يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي.

وإذا نظرنا إلى موضوع التحكيم فإن له أنواع متعددة باختلاف موضوع التحكيم ذاته مثل التحكيم التجاري ، التحكيم المدني ، التحكيم المصرفي ، التحكيم الضريبي والجمركي ، التحكيم العمالي .....الخ.

وإذا أخذنا في الاعتبار وقت الاتفاق على التحكيم إلى اتفاق سابق على التحكيم واتفاق لاحق على التحكيم.

وإذا نظرنا إلى مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم فإن التحكيم ينقسم إلى تحكيم إجباري ، وتحكيم اختياري وهذا هو ما نعنيه في هذا المبحث. لذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : التحكيم الإجباري

[١] - د/ خالد عبد العظيم أبو غابه – التحكيم وأثره في فض المنازعات – دار الفكر الجامعي طبعة ٢٠١١ ص ١٨ ، ١٩

المطلب الثاني : التحكيم الاختياري

المطلب الأول

التحكيم الإجباري

إذا كانت إرادة الأطراف حرة في اختيار اللجوء للتحكيم من عدمه بمعنى أنهم غير ملزمين أو مجبرين للجوء إلى التحكيم كان التحكيم اختيارياً وهذا هو الأصل في التحكيم وهو الغالب.[١]

أي أن التحكيم الإجباري استثناءً من الأصل العام وهو التحكيم الاختياري إلا أن المشرع لضرورات يقدرها في بعض المنازعات – يجبر الأفراد على اللجوء للتحكيم لحل تلك المنازعات بعيداً عن القضاء.

ويتخذ التحكيم الإجباري في الواقع العملي إحدى صورتين أولهما يحظر فيها المشرع تماماً اللجوء إلى القضاء في طائفة المنازعات. بحيث يتعين التحكيم الإجباري طريقاً وحيداً أمام الأطراف لحسم النزاع. [٢]

ولا شك أن تلك الصورة تمثل انتهاكاً صارخاً للحق في التقاضي لحرمانها الخصوم من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي.

أما الصورة الثانية فهي أن يقرر المشرع عدم جواز اللجوء إلى القضاء – في بعض المنازعات – إلا بعد طرح النزاع على هيئة تحكيم. ولا شك أن هذه الصورة أقل حدة من الصورة السابقة حيث يعد اللجوء إلى التحكيم الوجوبي شرط لقبول التداعي أمام القضاء فيما بعد بحيث يشبه التحكيم الوجوبي (الإجباري) التظلم الوجوبي في دعوى

[١] - د/ جورجي شفيق ساري – المرجع السابق ص٢٧

[٢] - د/ عاشق مبروك – النظام الإجرائي لخصومة التحكيم مكتبة الجلاء بالمنصورة ، الطبعة الثانية لسنة ١٩٩٨ ص٥

الإلغاء. ومن أمثلة هذا النوع من التحكيم الإجباري . التحكيم في منازعات العمل وفي قانون الضريبة العامة على المبيعات طبقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١.[١]

وقد عرف النظام القانوني المصري التحكيم الإجباري منذ حقبة الستينيات من القرن الماضي منذ صدور القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام مروراً بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٠ ثم انتهاءً بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته. إلا أن التحكيم الإجباري تراجع في النظام القانوني المصري على إثر صدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام والذي أجاز للشركات الخاضعة له اللجوء إلى التحكيم الاختياري الذي كان ينظمه قانون المرافعات المدنية والتجارية. [٢]

وأصبح الآن يخضع لأحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك بالنسبة للمنازعات التي تكون تلك الشركات طرفاً فيها سواء كانت تلك المنازعات فيما بينها أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأشخاص الطبيعيين وبغض النظر عن جنسية هؤلاء الأشخاص[٣] نظراً لاتجاه الدولة نحو الأخذ بنظام السوق الحر وقيامها بخصخصة العديد من المشروعات العامة ونقل ملكيتها للقطاع الخاص. [٤]

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نصوص التحكيم الإجباري في غالبية صوره في النظام القانوني المصري واستثنت من ذلك التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام والذي قضت بدستوريته إلا أن المحكمة الدستورية العليا بعدما أن أكدت دستورية مواد التحكيم الإجباري المنصوص عليها في قوانين المؤسسات

---

[١] - د/ شعبان أحمد رمضان – نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية ٢٠١٦ ص ٣٣ ، ٣٤

[٢] - د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل – التحكيم في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا دراسة مقارنة - دار النهضة العربية طبعة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م ص٦٩ وما بعدها . رسالة دكتوراه

[٣] - د/ يسري محمد العصار – التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية – دار النهضة العربية طبعة ٢٠١٠ ص٧٠

[٤] - د/ عزيزة الشريف – التحكيم الإداري في القانون المصري – دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٤ – ١٩٩٣ ص١٠٥ وما بعدها

العامة وشركات القطاع العام المتعاقبة وآخرها القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ عادت وقضت بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٦٦ من القانون سالف الذكر فيما قضت به من عدم قابلية أحكام التحكيم الصادرة طيقا لأحكام هذا القانون للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن بما فيها الطعن بالبطلان بما يشكل مخالفته لمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون وخضوع الدولة للقانون بما يوقعه في حماة مخالفة المادتين ٤٠ ، ٦٥ من الدستور.[١]

ويرى البعض – وبحق – أن التحكيم الإجباري يمكن ألا يخالف الدستور في حالة إحاطته من جانب المشرع بضمانات تكفل حياد المحكم وتتيح للأفراد حرية اختيار المحكمين مع مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي بالإضافة إلى منح القضاء سلطة الرقابة والإشراف على العملية التحكيمية. [٢]

المطلب الثاني

التحكيم الاختياري

يرتكز التحكيم الاختياري على دعامتين أساسيتين هما الإدارة الذاتية للخصوم من ناحية وإقرار المشرع لتلك الإدارة من ناحية أخرى فإدارة الخصوم تعد ركناً أساسياً يقوم عليه التحكيم باعتبارها تلعب دوراً أساسياً في إيجاد التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات حيث لا يعد الأفراد ملزمين أو مجبرين – في التحكيم الاختياري – على اللجوء للتحكيم وإنما يخضع الأمر لمحض إرادتهم واختيارهم ويتجلى هذا الطابع الاختياري فيما يبرمه الأطراف من اتفاقات وعقود تعد مظهراً لسلطات إرادتهم ولقد ساهم القضاء بجهد موفور في إبراز الطابع الاختياري للتحكيم في مصر وفرنسا على السواء حيث أوضحت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها انه لكي نكون بصدد تحكيم طبقاً للمفهوم الطبيعي لهذا النظام يتعين التحقق من إرادة أطراف خصومة التحكيم قد اتجهت نحو تخويل – شخص أو هيئة – ثالث سلطة الفصل في المنازعات بين

[١] - د/ شعبان أحمد رمضان – المرجع السابق ص٣٥ وما بعدها
[٢] - د/ يسري محمد العصار – المرجع السابق ص٦٦

الأطراف. وهو نفس المعنى الذي أكدته محكمة النقض المصرية بقولها " إن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامة الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم.[١]

وإذا كان التحكيم الاختياري هو الأصل والتحكيم الإجباري هو الاستثناء فإن التحكيم الاختياري قد مر بعدة مراحل إلى أن تم إقرار التحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

المرحلة الأولى: مرحلة قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وفيها انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض للتحكيم في العقود الإدارية.

أولاً الاتجاه المعارض : ويتمثل في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٠/٠٢/٢٠م[٢] والحكم الآخر الصادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٩١/٠١/٢٠.

بالنسبة للحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا : فقد قضت المحكمة الإدارية العليا باختصاص القضاء الإداري بالعقد المبرم بين وزارة الإسكان وبين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاء والتي أوكل إليها العقد امتياز واستغلال منطقة قصر المنتزه وتعمير جبال المقطم وذلك على الرغم من الشرط التحكيمي الذي وافق عليه الطرفان.

بالنسبة للحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بشأن العقد المبرم بين وزارة الإسكان والتعمير مع اتحاد شركة المقاولون العرب وشركة تارماك الانجليزية عبر البحار من أجل إنشاء نفق الشهيد أحمد حمدي. وتضمن العقد بأن يتم اللجوء إلى التحكيم في أي منازعة تثور بين الأطراف .

[١] - د/ شعبان أحمد رمضان – المرجع السابق ص٣١
[٢] - الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ قضائية – مجموعة السنة الخامسة والثلاثين ص١١٤٣

حيث جاء في حيثيات الحكم " ومن حيث أنه عند الرفع بعدم قبول الدعوى – وبعدم الاختصاص الولائي للمحكمة بسبب وجود شرط التحكيم فمردود عليه بأن اختصاص محاكم مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فلا يجوز سلب هذا الاختصاص بموجب نص تضمنه العقد الإداري واستناد هذا الاختصاص إلى هيئة تحكيم.[١]

وأيد جانب من الفقه[٢] اتجاه القضاء في رفض التحكيم في العقود الإدارية على أساس أن القاعدة المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي ، القضاء الإداري هي قاعدة من النظام العام ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بمنازعات العقود الإدارية وأي اتفاق يخالف تلك القاعدة يعد اتفاقاً باطلاً لأنه يتعلق بمخالفة قاعدة تتعلق بالنظام العام.

ثانياً : الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

وذلك عن طريق الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة وذلك على النحو الآتي :

أ- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ١٧ مايو ١٩٨٩

أيدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الاتجاه المؤيد للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث استندت على أن قانون المرافعات المدنية والتجارية أجاز الاتفاق على التحكيم .

كما أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية (إدارية أو مدنية) حيث نصت الفقرة الثالثة على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه لغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

---

[١] - حكم مشار إليه في مؤلف د/ يسري محمد العصار ص ١١٨ ، ١١٩

[٢] - د/ سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – دار الفكر العربي الطبعة الخامسة ١٩٩١م ص١٩٢

ب- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلسة ١٩٩٣/٠٢/٢٧م

أكدت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن أي عقد إداري حيث جاء بالفتوى " إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها سواء المدنية أو الإدارية فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات التي لا تتعارض مع الروابط الإدارية.[١] ولقد أيد جانب من الفقه[٢] ما قررته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية واستند هذا الرأي على أن قانون مجلس الدولة لم ينص صراحة على عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية كما أن المادة ٣/٥٨ من قانون مجلس الدولة نصت على ألزام الجهات الإدارية باستثناء إدارة الفتوى والتشريع المختصة قبل إبرام أي اتفاق على التحكيم في أي مواد تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه.

المرحلة الثانية : في ظل قانون التحكيم رقم٢٧ لسنة ١٩٩٤م

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم وهو يتضمن تنظيما شاملا للتحكيم فهذا القانون يجيز لأشخاص القانون العام التحكيم في أية علاقة قانونية مهما كانت طبيعتها بشرط أن يتم الاتفاق على التحكيم في مسألة تقبل التصرف فيها والتصالح بشأنها وبالتالي يجوز اللجوء إلى التحكيم في أية منازعة إدارية. وبالرغم من ذلك فقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك في الفتوى الصادرة منها بجلسة ١٨ ديسمبر لسنة ١٩٩٦م.

---

[١] - ملف رقم ٥٤ / ١ / ٣٠٧

[٢] - د/ عزيزة الشريف – المرجع السابق ص ١٠٩ ، ١١٠

أولا فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ١٨/١٢/١٩٩٦م :
صدرت هذه الفتوى بمناسبة مراجعة عقدين أبرمهما المجلس الأعلى للآثار مع شركة مقاولات انجليزية بهدف تنظيم أعمال تكميلية لمتحف آثار النوبة بأسوان وكان هذان العقدان يتضمنان شرطاً بإحالة أي نزاع يثور بين الطرفين إلى التحكيم . حيث أصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فتواها بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم على أساس أن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م لم ينص صراحة على اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية . كما ان اللجوء إلى التحكيم ينطوي على مخالفة للمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة والتي تنص على اختصاص القضاء الإداري دون غيره بنظر منازعات العقود الإدارية كما أن التحكيم لا يتلاءم مع طبيعة العقد الإداري.

<u>ثانياً</u> : موقف الفقه من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في العقود الإدارية :

انقسم الفقه إلى ثلاث آراء :

<u>الرأي الأول</u> : يرى عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية لأن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م لم يتضمن نصاً صريحاً يقضي بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

<u>الرأي الثاني</u> : يرى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية لأن القانون أجاز بنص صريح للأشخاص القانونية العامة اللجوء إلى التحكيم في أي علاقة قانونية طالما أن هذه العلاقة تقبل التصرف أو الصلح.

<u>الرأي الثالث</u>: ويرى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.[١]

يتضح مما سبق أن صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم لم يؤد إلى حسم الخلاف الذي نشأ في القضاء والفقه حول مدى جواز التحكيم في المنازعات

[١] - د/ يسري محمد العصار – المرجع السابق ص ١٢٧ وما بعدها

المتعلقة بالعقود الإدارية وأن هذا الخلاف استمر لحين إقرار المشرع للتحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م.

المرحلة الثالثة : إقرار المشرع للتحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

وتضمن هذا القرار قاعدتين إحداهما موضوعية والأخرى إجرائية

فالقاعدة الموضوعية : تتمثل في جواز التحكيم في المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع وأن عبارة أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية تشمل العقود الإدارية.

أما القاعدة الإجرائية : فتتضمن وجود قيد إجرائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية يتمثل في ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة قبل إبرام اتفاق التحكيم.

وتجدر الملاحظة أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م لم ينص على جزاء مخالفة القاعدة الإجرائية والمتمثلة في عدم قيام الأشخاص العامة بالحصول على موافقة الوزير المختص عند تضمن العقد الإداري شرط التحكيم.

نجد أن هيئات التحكيم الدولي والقضاء في هذه الحالة يتجهان إلى عدم قبول الدفع الذي يقدمه الشخص المعنوي العام ببطلان اتفاق التحكيم.[١]

[١] - د/ يسري محمد العصار – المرجع السابق ص ١٤٠ ، ١٤٤

الفصل الثاني

التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتحكيم فيها

تمهيد

أصبح التحكيم في الوقت الحالي الوسيلة الأساسية لفض المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية – ومن ضمنها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول النامية – كبديل لقبول خضوع الدولة للاختصاص القضائي لدولة أخرى عند التعاقد مع أطراف أخرى أجنبية. ونظراً لأن التحكيم يقوم على إرادة طرفي العقد فهم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع محل التحكيم. فقد يكون ذلك القانون لا يفرق بين العقود المدنية والعقود الإدارية مما يترتب عليه استبعاد تطبيق القانون الإداري وبالتالي استبعاد اختصاص القضاء الإداري.

فجاء التحكيم لتلبية أغراض معينة تتجسد في حفظ النظام والتوازن بين مصالح الأفراد وعند اختيار التحكيم في المنازعات الإدارية وخاصة المتعلقة بالعقود الإدارية فإنه يحقق سرعة الفصل في النزاع والمرونة وهذا الأمر يؤدي على تحقيق التوازن المالي للعقد لأن تحقيقه ليس بالأمر السهل لذلك نجد أنه من أفضل الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف.

و بناءاً على ما تقدم فإن هذا الفصل ينقسم إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول : مظاهر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية.

المبحث الثاني : التوازن بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها.

المبحث الأول :

مظاهر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية

تمهيد

تظهر خصوصية وذاتية العقد الإداري من خلال ما تتمتع به الإدارة من امتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها. حيث لا مجال لإعمال مبدأ المساواة بين طرفي العقد كما هو في العقود المدنية. وهذا الوضع المتميز يرجع إلى ما يحويه العقد من شروط غير مألوفة كما هو الحال في العقود المدنية. وهي شروط تعكس مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري كحق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها بالإدارة المنفردة وحقها في الإشراف والرقابة على المتعاقد والتدخل في أوضاع تنفيذ العقد الإداري وحقها في توقيع جزاءات بالإرادة المنفردة على المتعاقد المقصر في الوفاء بالتزاماته العقدية وحقها في إنهاء العقد بالإدارة المنفردة دون خطأ من جانب المتعاقد مع التعويض فاللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من شأنه أن يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها إذا كان القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف أو المحكم لا يعرف التمايز بين العقود الإدارية ، العقود المدنية.

في ضوء ما تقدم يثار التساؤل حول كيفية التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقود الإدارية وبين التحكيم فيها.

الإجابة على هذا التساؤل تكون من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : المركز المتميز للإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

المطلب الثاني : حدود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإدارة المنفردة.

المطلب الأول

المركز المتميز للإدارة في مواجهة المتعاقد معها

يشير الفقه والقضاء إلى الخصائص الذاتية للعقود الإدارية من خلال المظاهر الآتية :

أولاً : سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها

نؤكد في البداية أنه لا مجال لإعمال مبدأ المساواة في مجال العقود الإدارية حيث أن الإدارة تتمتع بسلطات وامتيازات في مواجهة المتعاقد معها. وتسعى الإدارة من خلال تعاقدها مع الغير إلى تحقيق المصلحة العامة. والسؤال الذي يثور الآن هل سعي الإدارة إلى تحقيق النفع العام يبرر سمو مركزها القانوني أمام المتعاقد معها عند إبرام العقود الإدارية ؟ أم أنه يمكن التوفيق بين هدف الإدارة المتمثل في تحقيق المنفعة العامة وبين هدف المتعاقد المتمثل في تحقيق ربح معقول؟ والحقيقة أن فكرة التوفيق بين هدف الإدارة وهدف المتعاقد لم تأت من فراغ . فأحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير إلى النية المشتركة للطرفين لتحديد التزامات وحقوق المتعاقدين في العقد الإداري. (١)

وفي ضوء النية المشتركة للمتعاقدين فإنه يجب تفسير هذه النية باعتبارها تتجه نحو تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة مع عدم الإضرار في الوقت ذاته بالحقوق المالية للمتعاقدين مع الإدارة. تلك الحقوق تشكل الباعث والدافع للتعاقد من جانبه.

فالمتعاقد بقبوله لشروط التعاقد غير المألوفة في العقود المدنية والتي تعكس مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري يعلم أن مهمته الأساسية هي التعاون مع الجهة

[١] - د/ محمد سعيد أمين – الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة التعاقدية في تنفيذ العقد الإداري – دار الثقافة الجامعية – طبعة ١٩٩٨ ص١٧

الإدارية من أجل تحقيق النفع العام مع عدم التضحية في نفس الوقت بحقوقه المالية المستمدة من العقد الإداري.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن استخدام القضاء لفكرة النية المشتركة للمتعاقدين يحدده اعتباران أساسيان هما :

الاعتبار الأول : النية المشتركة لطرفي التعاقد يجب أن تنصرف إلى تحقيق النفع العام والذي من أجله تم إبرام العقد الإداري.

الاعتبار الثاني : الاستناد إلى إرادة الطرفين سواء كانت ضمنية أو مفترضة في تفسير العقد تأكيداً لدور الرضائية في العقد الإداري والتي تعتبر جوهر فكرة العقد سواء في القانون الخاص أو القانون العام.

إذن سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقدين معها لا ينال من فكرة الرضائية في العقد الإداري ولا يحول دون التوفيق بين هدف الإدارة من العقد وهو النفع العام وبين هدف المتعاقد معها المتمثل في الربح المشروع المعقول.[١]

ثانياً : فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد

تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة وصفاته عنصراً جوهرياً في نظام عقود الامتياز فتوافر صفات معينة في المتعاقد مع الإدارة مثل القدرة المالية والقدرة الفنية والخلق والسمعة ، والجنسية تؤكد قدرة المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو يحقق النفع العام.

ويترتب على فكرة الاعتبار الشخصي في العقد الإداري نتيجة أساسية تتمثل في التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد شخصياً وعدم جواز التنازل عنه للغير أو التعاقد مع الباطن إلا بموافقة الإدارة.

[١] - د/ أشرف محمد خليل حماد – التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية – دار الفكر الجامعي – طبعة ٢٠١٠ ص٣٢٣ ، ٣٢٤ رسالة دكتوراه

والسؤال الذي يثار الآن هل اشتراط الاعتبار الشخصي في التعاقد تمثل سلطة تحكمية للإدارة تمثل إحدى الخصائص الذاتية المميزة للعقد الإداري عن العقد المدني؟

الإجابة على ذلك نقول أن فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد لا يستقل بها العقد الإداري ففي مجال القانون الخاص يتصور تمسك الدائن بضرورة قيام المدين التنفيذ بنفسه.

فالتنفيذ الشخصي في العقود الإدارية يعني مسئولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الإداري. وهذا المدلول الفني لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري يسمح للمتعاقد بإمكانية التنازل عن العقد أوالتعاقد بشأنه من الباطن مع مراعاة ضرورة الحصول على موافقة الإدارة.

وإذا تناولنا السؤال السابق بصورة أخرى وهي أن موافقة الإدارة على التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن تمثل سلطة مطلقة للإدارة أم هي سلطة تقديرية مقيدة بحسن استعمالها وعدم التعسف فيها؟

الواقع أن الإدارة لا تستطيع أن ترفض الموافقة على التنازل عم العقد أو التعاقد من الباطن لمجرد الرفض بل يجب أن يستند الرفض إلى أسباب معقولة مثل عدم الكفاية المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد. وإلا خضع رفضها لرقابة القضاء.

فالخلاصة أن حق الإدارة في رفض التنازل عن العقد يدخل في باب السلطة التقديرية للإدارة وهي سلطة مشروطة بعدم التعسف فيها تحقيقاً للمصلحة العامة.

أي أن فكرة الاعتبار الشخصي للإدارة هي وسيلة تتأكد من خلالها من قيام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو يحقق النفع العام.[١]

[١] - د/ محمد سعيد أمين – الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة التعاقدية في تنفيذ العقد الإداري – دار الثقافة الجامعية طبعة ١٩٩٨ ص ٧٦ وما بعدها

ثالثاً : حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلبت المصلحة العامة

من أبرز تطبيقات الإدارة في ذلك هو إنهاء الإدارة لعقد امتياز قبل حلول موعده دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً.

فالقضاء يعترف بحق الإدارة مانحة الالتزام في استرداد المرفق في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة العقد ومن ناحية أخرى يعمل القضاء على حماية مصالح الملتزم الذي يتكبد نفقات كبيرة في عملية الاستغلال .

نخلص من ذلك أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية قبل حلول الأجل الطبيعي لها ودون خطأ من جانب المتعاقد لدواعي المصلحة العامة وهي ليست مطلقة إنما هي سلطة حرص المشرع والقضاء على تنظيمها على نحو يحقق التوازن بين مصلحة الإدارة والمتعاقد معها. [١]

رابعاً: قاعدة عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ

قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مجال القانون هو عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه حتى يقوم المدين بتنفيذ التزامه.

نؤكد في البداية أنه لا مجال لإعمال هذه القاعدة في مجال العقود الإدارية حيث أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب ما دام في استطاعته أدائها. لأن العلاقة التي تربط المتعاقد مع الإدارة هي علاقة تعاون من أجل سير المرفق العام. وطبقا لهذه القاعدة لا يستطيع المتعاقد أن يستند إلى تأخر الإدارة في سداد المقابل المالي لوقف العمل.

والسؤال الذي يطرح هنا هل هذه القاعدة طليقة من كل قيد أم أن هناك ضوابط لتطبيقها ؟

[١] - د/ أشرف محمد خليل حماد- التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية – مرجع سابق ص٣٣٢

للإجابة على ذلك السؤال يجب أن نفرق بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : عدم تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها يرتبط باستطاعة المتعاقد الاستمرار في التنفيذ. بمعنى أن يعجز المتعاقد على تنفيذ التزامه وهذا ما أكدته أحكام مجلس الدولة المصري. [١]

الحالة الثانية : يجوز للإدارة والمتعاقد معها الاتفاق في العقد الإداري على جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة إذا أخلت بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية .

الحالة الثالثة: الاتجاه نحو التخفيف من مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية ويتضح ذلك في قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث ذهبت في حكم لها " إن مبدأ رفض الدفع بعدم قبول التنفيذ في نطاق العقود الإدارية لا يؤخذ على إطلاقه"[٢]

هذا الحكم يؤدي إلى استقرار مبدأ التوازن بين طرفي العقد الإداري من خلال إمكانية دفع المتعاقد مع الجهة الإدارية بالامتناع عن تنفيذ التزامه ما دامت هي لم تقم بذلك.[٣]

نخلص مما تقدم أن قاعدة جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها لا يمثل امتيازاً مطلقاً للإدارة بلا أي قيد بل إن تطبيق هذه القاعدة يرتبط بضوابط قوامها أن استمرار المتعاقد في التنفيذ يرتبط بقدرته الفعلية فلا تكليف بمستحيل. كما أن قضاء مجلس الدولة المصري يخفف من هذه القاعدة على نحو يؤكد كفالة التوازن بين طرفي العقد الإداري.

---

[١] - د/ جابر جاد نصار – التحكيم في العقود الإدارية – دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٧ ص٣٠٤

[٢] - حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم (٤٤٨٣) لسنة ٤١ من جلسة ١٩٩٧/٠٥/٠٦م

[٣] - د/ محمد ماهر أبو العنين – الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة – الجزء الثاني – طبعة ٢٠٠٠م ص ٨٤٨ وما بعدها

المطلب الثاني

حدود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإدارة المنفردة

يجمع الفقه[١] والقضاء[٢] على وجود سلطة للإدارة في تعديل العقد بغية تحقيق النفع العام وذلك في حالة عدم النص على تلك السلطة صراحة في العقود المبرمة بين الإدارة والمتعاقد معها.

والسؤال الذي يثار الآن هل سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تنال من فكرة الرضائية في العقد الإداري ؟

للإجابة على هذا السؤال فإننا نورد الملاحظات الآتية :

الملاحظة الأولى : إذا كان الرأي السائد في الفقه والقضاء يعترف للإدارة بسلطة تعديل العقود الإدارية إلا أن البعض تحفظ على شروط وضوابط ممارسة تلك السلطة.

ومن أهم التحفظات والضوابط ما يلي :

١- **ضرورة تغير الظروف كشرط لممارسة سلطة التعديل** فتغير الظروف التي أبرم العقد الإداري في ظلها تعد المبرر لتزويد الإدارة بسلطة تعديل العقد ذلك أن الإدارة تهدف من إبرامه تحقيق النفع العام. فطالما وجدت ظروف لم تكن في الحسبان بين المتعاقدين وقت التعاقد وكان من شأنها عدم تحقيق النفع العام. فلابد من تعديل نصوص العقد لكي يتفق مع الظروف الجديدة حتى يمكن تحقيق النفع العام.

٢- **سلطة التعديل لا تتناول كل شروط العقد** : يجب التفرقة بين نوعين من الشروط المتعلقة بالعقد الإداري :

---

[١] - André de laubader " Trait aux contrats administratife Tome 3 , 1956 p: 323

[٢] - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٥٩/١٢/١٦م في الدعوى رقم (٦٠٩) لسنة ١١ مجموعة أحكام السنة العاشرة ص٩٠

النوع الأول : الشروط المتعلقة بتنظيم المرفق العام (النفع العام) ويكون للإدارة سلطة في تعديلها.

النوع الثاني : الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة وهذه الشروط لا تتناولها سلطة التعديل باتفاق الفقه.[١]

٣- **حدود سلطة التعديل** : يجب على الإدارة أن لا تتجاوز حداً معيناً عند استخدام سلطتها في تعديل العقد الإداري. بحيث يكون المتعاقد مع الإدارة أمام عقد جديد عند إسراف الإدارة في استخدام سلطتها في التعديل. حيث يجب على الإدارة أن تتقيد عند تعديل العقد الإداري بالإمكانات الفنية والإمكانات المالية للمتعاقد.

٤- **حقوق المتعاقد في موجهة سلطة التعديل المخولة للإدارة**. وتتمثل هذه الحقوق فيما يلي :

أ- للمتعاقد الحق في المطالبة بمقابل لتغطية الأعباء المالية الناشئة عن استخدام الإدارة لسلطتها في التعديل.

ب- إذا لجأت الإدارة إلى التعديل بإجراءات غير مشروعة فللمتعاقد الحق في طلب إلغاء تلك القرارات عن طريق قاضي العقد.

ج- للمتعاقد الحق دائما في طلب فسخ العقد إذا تجاوز التعديل الحد المألوف .

الملاحظة الثانية : وتتعلق بأساس أو مصدر سلطة التعديل. وهذا الأساس قد يكون لائحيا وقد يكون تعاقديا وقد يكون خارج النصوص اللائحية أو التعاقدية وذلك على النحو الآتي :

١- إذا كانت سلطة التعديل منصوص عليها في قانون أو لائحة (لائحة المناقصات والمزايدات) فسلطة التعديل تقوم مفروضة على الطرفين بنسب وحدود معينة .

[١] - د/ سليمان الطحاوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – طبعة ١٩٧٥ ص٤٢٢ وما بعدها

٢- إذا كانت سلطة التعديل منصوص عليها في العقد الإداري فإنها لا تدخل ضمن الشروط غير المألوفة في القانون الخاص . حيث أن إرادة المتعاقد قبلت سلطة التعديل المنصوص عليها في العقد ضمن شروطه .

٣- إذا مارست الإدارة سلطة التعديل خارج إطار النصوص اللائحية والتعاقدية فإننا لا يمكن أن تهدر إرادة المتعاقد. فالنية المشتركة للطرفين في العقد الإداري تتجه نحو تحقيق الصالح العام مع عدم التضحية في ذات الوقت بحقوق المتعاقد المالية الناشئة عند العقد الإداري.

نستنتج مما سبق أنه على الرغم من الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل التزامات المتعاقد معها واعتبار ذلك من الخصائص الذاتية للعقود الإدارية إلا أن ذلك لا يهدر فكرة الرضائية في العقد الإداري والتي تبين أهمية توافق الإدارتين لتنفيذ العقد الإداري في ضوء النية المشتركة للطرفين في تحقيق المصلحة العامة . كأساس لتفسير التزامات المتعاقدين في العقد الإداري.[١]

المبحث الثاني

التوازن المالي بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها

لا يعد إبرام العقد الإداري عملية مستقلة عن الظروف اللاحقة للتنفيذ فالتعاقد يخضع لحدث توقعي بناء على دراسات متخصصة في شتى المجالات المرتبطة بعمل العقد المزمع تنفيذه.

واعتبارا للمكانة البالغة الأهمية للتوازن المالي للعقد الإداري قد تحول بعض العوامل الخارجة عن الطاقة التقديرية والاستطلاعية للمتعاقدين دون التنفيذ السليم للعقد ويمكن تصنيف هذه العوامل كالآتي :

[١] - د/ محمد سعيد أمين الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة التعاقدية في تنفيذ العقد الإداري – مرجع سابق * ص ٣٧ ، ٣٨

١- **العوامل الاقتصادية** : من المسلم به أن الظروف الاقتصادية التي يبرم فيها العقد ليست ثابتة فقد تحدث أزمات مالية أو انهيار بورصات تؤثر في الدورة الاقتصادية للدولة وبالتالي تؤثر بشكل مباشر في تنفيذ العقد الإداري الأمر الذي يضرب عمق التوازن المالي بين الحقوق والالتزامات .

٢- **العوامل الطبيعية** : تهدد العوامل الطبيعية التنفيذ السليم للعقود سواء كانت مدنية خاضعة للقانون الخاص أو إدارية خاضعة للقانون العام وتعتبر العوامل الطبيعية من أخطر العوامل المهددة للعقود الإدارية كأن يحدث زلزال أو فيضان أو عاصفة.

٣- **العوامل السياسية** : تلعب العوامل السياسية دوراً هاماً في تدبير العقود الإدارية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة من أجل المصلحة العامة فالاستقرار السياسي يحافظ على الأعمال التعاقدية للإدارة حيث انه كلما ارتفعت نسبة الإضرابات والمظاهرات بالإضافة إلى الاضطرابات السياسية كالثورات والانقلابات العسكرية التي تقع في بعض الدول تمس مباشرة حقوق المتعاقد مع الإدارة.[١]

المطلب الأول

كيفية تحقيق التوازن المالي في العقد الإداري

إن استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل العقد الإداري تحقيقاً للنفع العام مما يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتق المتعاقد معها فذلك يؤدي إلى وجود التزاماً في ذمتها بتغطية تلك الأعباء على نحو يعيد التوازن المالي للعقد الإداري إلى حالته الطبيعية والواقع أن فكرة التوازن المالي لا تجد سندها في قواعد العدالة فحسب وإنما تجد سندها في الخصائص الذاتية للعقود الإدارية فتحقيق النفع العام كغاية تسعى إليها

[١] - يوسف الإدريس – دور القضاء الإداري في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري – مجلة المعرفة القانونية على الإنترنت /mdroit.com / 1313.htm

الإدارة من خلال إبرامها العقود الإدارية فإنه يتحتم عليها تقديم معاونتها الدائمة للمتعاقد معها من أجل تسيير المرفق العام بانتظام واضطراد .

فمن نتائج عدم مساعدة الإدارة للمتعاقد معها في الأعباء الملقاة عليه نتيجة الظروف غير متوقعة عند إبرام العقد نفور العديد من الأفراد في التعاقد مع الإدارة كما أن خدمات المنتفعين بالمرفق العام ستكون مهددة بالتوقف نتيجة عجز المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية. وقد أقر الفقه نظريات ثلاثة أساسية لمراجعة الظروف الغير متوقعة والتي يترتب عليها اختلال التوازن المالي في العقد الإداري وهي :

نظرية فعل الأمير ، نظرية الظروف الطارئة ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ويلاحظ أنه يختلف الدور الذي تؤديه كل نظرية من النظريات السابقة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري باختلاف طبيعة الظرف غير المتوقع. فإذا كان الظرف ناشئا عن فعل الإدارة فإن المتعاقد يحصل على تعويض كامل وفقاً لنظرية فعل الامير أما إذا كان الظرف غير المتوقع من طبيعة اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية ولم يكن لجهة الإدارة دخلاً فيه فإنه على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به وذلك بتعويضه جزئياً استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة. أما إذا كان الظرف غير المتوقع متمثلاً في صعوبات مادية اعترضت تنفيذ العقد الإداري فجعلته مرهقاً فإن المتعاقد يحصل على تعويض كامل وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.[١]

[١] د/ أشرف محمد خليل حماد – التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية – مرجع سابق ص ٣٣٧ وما بعدها
وانظر كذلك د/ ماجد راغب الحلو – العقود الإدارية – دار الجامعة الحديثة للنشر طبعة ٢٠٠٧ ص١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٧

بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة :[١]

يلاحظ أن سلطة القاضي في إحداث التوازن المالي تكون عند الحكم بتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا جزئيا[٢] ويمثل النسبة الغالبة من الخسائر بحيث تتحمل الإدارة ما يقرب من ٨٠% من الخسائر وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد.

أما بالنسبة لنظرية فعل الأمير :[٣]

وفقا لهذا النظرية فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً في مواجهة سلطة التعديل التي تملكها الإدارة لالتزاماته التعاقدية على الرغم من أن مسئولية الإدارة التعاقدية تقوم بلا خطأ .

وبالنسبة لنظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة :[٤]

يستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً وفقاً لأحكام هذه النظرية على الرغم من استقلال تلك الصعوبات عن فعل الإدارة. ويرتبط التعويض الكامل لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة بفكرتي العدالة والخصائص الذاتية للعقود الإدارية. ففي نطاق نظرية فعل الأمير يقابل سلطات الإدارة المشروعة في تعديل التزامات المتعاقد معها تحقيقاً للنفع العام التزام الإدارة في تعويضه تعويضاً كاملاً عن كافة الأضرار التي تصيبه من جراء استخدام سلطتها المشروعة وهذا بلا شك مظهر واضح من مظاهر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية. أما في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه إزاء التزام المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري والاستمرار في هذا التنفيذ مهما كانت الصعوبات المادية التي تواجهه فمن العدالة ان تدفع الإدارة للمتعاقد تعويضاً

---

[١] - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد – دوام سير المرافق العامة- دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٧٥ ص٢١١ وما بعدها

[٢] - حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعنان (٨٤٣) ، (٩٢٢) لسنة ٢٦ قضائية جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٨ بند (١٨) ص ٩٢ ، ٩٣

[٣] - د/ سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق ص ٦٦٦

[٤] - د/ أشرف محمد خليل حماد – التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية – مرجع سابق ص ٣٤٠

كاملاً بحيث تمكنه من التغلب على تلك الصعوبات ولإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها

من خلال استعراضنا لمجموعة الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتي يمكن النظر إليها من أول وهلة أنها تمثل امتيازات وسلطات تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها إلا أن هذه المظاهر للسلطة العامة في العقود الإدارية ما هي إلا وسائل تمكن الإدارة من هدفها في العقد وهو النفع العام وهذه الوسائل لا تتعارض مع الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة وعلى ذلك فإن نية الطرفين في العقد الإداري تستهدف المصلحة العامة مع عدم التضحية بالحقوق المالية للمتعاقد وبناء على ما تقدم فإنه توجد معطيات أساسية تهيمن على المحكم في عملة أهمها تحقيق العدالة والمساواة بين الطرفين ، احترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد وهذه المعطيات يمكن تطبيقها في مجال التحكيم في العقود الإدارية.

والأمثلة على ذلك متنوعة نذكر منها على سبيل المثال :

١- عند التحكيم في نزاع يتصل بعقد إداري يكون موضوعه سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها ومدى أحقيتها في ذلك. فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يجيب المحكم الإدارة لطلبها في تعديل بعض التزامات المتعاقد . وهنا يتحقق لكل من طرفي العقد هدفه . الإدارة (المصلحة العامة) والمتعاقد (عدم المساس بالحقوق المالية المستمدة من العقد)

٢- عند التحكيم في عقد إداري موضوعه تطبيق نظرية الظروف الطارئة فإنه لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يستخدم نفس السلطة التي يستخدمها القاضي الإداري – إذا كان القانون الذي تم اختياره للتطبيق يفرق بين العقود الإدارية وغيرها من العقود وأيضا إذا تضمنت العقود الإدارية ما يحفظ للإدارة سلطاتها وامتيازاتها في

مواجهة المتعاقد معها- وهو الحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة مع عد المساس بالالتزامات التعاقدية للمتعاقد . هنا يتحقق لكل طرفي العقد الغاية التي يسعى إليها . الإدارة في عدم تعديل شروط العقد رغما عنها حتى لا تتعرض المصلحة العامة للخطر والمتعاقد بالحصول على التعويض المالي الذي يستعيد به العقد توازنه الاقتصادي .

٣- عند التحكيم في عقد إداري موضوعه استخدام الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد بلا خطأ من جانب المتعاقد (كالاسترداد في عقد الامتياز) هنا يمكن للمحكم أن يستخدم نفس سلطة القاضي الإداري فيسلم للإدارة تجعلها من إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة مع تقرير التعويض المناسب للمتعاقد بحيث يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب . حيث يتحقق لكل طرفي العقد الهدف الذي يسعى إليه. الإدارة في حقها إنهاء العقد بلا أخطاء من جانب المتعاقد لدواعي المصلحة العامة . والمتعاقد بتقرير التعويض المناسب له . باعتبار أن الحقوق المالية تمثل الهدف الأساسي له من إبرام العقد الإداري.[١]

<u>بانتهاء هذه الدراسة اتضحت لنا النتائج والتوصيات الآتية :</u>

أولا النتائج :

١- الطبيعة القانونية للتحكيم هو قضاء له طابع خاص حيث يتشابه مع القضاء من حيث وجوب توافر الأهلية القانونية من شخصية من يباشر التحكيم والقضاء على حد سواء كما يعد التحكيم والقضاء وسائل في النزاع. فالحكم الصادر من المحكم يعد بمثابة الحكم الصادر من القاضي .

إلا أن التحكيم يختلف عن القضاء في بعض الأمور منها أن التحكيم هو عقد رضائي يلزم لصحته أن يكون هناك تراضي واتفاق بين الخصوم بخلاف القاضي الذي يتولى القضاء عن طريق الحاكم أو ولي الأمر.

[١] - د/ أشرف محمد خليل حماد – التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية مرجع سابق ص ٣٤١ وما بعده

- كما أن المحكم لا يتقيد ببلد أو منطقة معينة بخلاف القاضي الذي يتقيد ببلد القاضي .
- التحكيم يؤدي إلى قطع النزاع حقيقة وحكماً حقيقة بالوصول إلى الحق وحكماً بإيجاد المودة والمحبة بين المتخاصمين بعد الحكم.

أما الحكم الصادر من القاضي فهو يقطع النزاع حقيقة وصولاً إلى الحق إلا أنه ينطوي على الإلزام بالتقاضي الذي يورث الضغينة.

٢-هناك خصائص ذاتية للعقود الإدارية تمثل سلطات الإدارية في مواجهة المتعاقد معها مثل سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، فكرة الاعتبار الشخصي في عقودها الإدارية وسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة ، حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت طالما تطلبت المصلحة العامة ذلك ، قاعدة عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ.

٣- السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ليست سلطات مطلقة بل محاطة بالعديد من الضوابط والقيود والتي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة باعتبارها النية المشتركة للإدارة والمتعاقد معها.

٤- لا يجوز للقاضي الإداري تعديل الالتزامات التعاقدية رغماً عن الإدارة وإلا تعرضت المصلحة العامة للخطر.

٥- يكون للمحكم في منازعات العقود الإدارية نفس السلطات التي يستخدمها القاضي الإداري . فالقاضي الإداري يحرص دائما على تحقيق التوازن بين مصالح طرفي الرابطة العقدية وهي نفس المهمة التي يقوم بها المحكم.

ثانياً التوصيات:

١- في التحكيم الإجباري يجب أن يضع المشرع ضمانات تكفل حياد المحكم وتتيح للأفراد حرية اختيار المحكمين مع مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي بالإضافة إلى منح القضاة سلطة الرقابة والإشراف على العملية التحكيمية.

٢- النص على عقوبة في حالة مخالفة شرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة عند إبرام اتفاق التحكيم حيث أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م لم ينص على أي عقوبة في حالة عدم مراعاة شرط موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم.

المراجع

أولاً المعاجم اللغوية :

١- القاموس المحيط – مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت – لبنان – الطبعة الثامنة ٢٠٠٥م

٢- مختار الصحاح – دار الكتاب العربي طبعة ١٩٨١م

٣- المصباح المنير – دار الصحوة – الطبعة الأولى – ٢٠١٠م

٤- المعجم الوسيط – مكتبة الشروق الدولية – مجلد(١) – الطبعة الرابعة – طبعة ٢٠٠٤م

ثانياً المراجع العامة:

١- د/ أحمد أبو الوفا – التحكيم بالقضاء والصلح طبعة ١٩٦٥م

٢- د/ أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام في قانون المرافعات طبعة ١٩٦٥م

٣- د/ جابر جاد نصار التحكيم في العقود الإدارية " دراسة مقارنة- دار النهضة العربية " طبعة ١٩٩٧م

٤- د/ جورجى شفيق ساري- التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية- دار النهضة العربية- طبعة ١٩٩٩م

٥- د/ خالد عبد العظيم أبو غابة- التحكيم وأثره في فض المنازعات- دار الفكر الجامعي- طبعة٢٠١١م

٦- د/ رمزي سيف – قواعد تنفيذ الأحكام – القاهرة – طبعة ١٩٦٩م

٧- د/ سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – دار الفكر العربي – الطبعة الخامسة ١٩٩١م

٨- د/ شعبان أحمد رمضان – نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في مجال العقود الإدارية – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية ٢٠١٦م

٩- د/ صوفي أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – دار النهضة العربية– طبعة ١٩٥٧م

١٠- د/ عزيزة الشريف – التحكيم الإداري في القانون المصري – دار النهضة العربية ١٩٩٢م – ١٩٩٣م

١١- د/ عاشور مبروك – النظام الإجرائي لخصومة التحكيم – مكتبة الجلاء – المنصورة – الطبعة الثانية – ١٩٩٨م

١٢- د/ عبد المنعم الشرقاوي – المرافعات التجارية– جامعة القاهرة– طبعة ١٩٥٠م

١٣- د/ ماجد راغب الحلو – العقود الإدارية والتحكيم – دار الجامعة الحديثة– طبعة ٢٠٠٤م

١٤- د/ ماجد راغب الحلو – العقود الإدارية – دار الجامعة الحديثة للنشر طبعة ٢٠٠٧م

١٥- د/ محمد سعيد أمين – الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة التعاقدية في تنفيذ العقد الإداري– دار الثقافة الجامعية طبعة ١٩٩٨م

١٦- د/ يسري محمد العصار – التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية – دار النهضة العربية طبعة ٢٠١٠م

ثالثاً : رسائل الدكتوراه :

١- د/ أشرف محمد خليل حماد – التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية – رسالة دكتوراه جامعة القاهرة – طبعة ٢٠١٠م

٢- د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل– التحكيم في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا " دراسة مقارنة " دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٢م

٣- د/ محمد عبد الحميد أبو زيد – دوام سير المرافق العامة – " دراسة مقارنة " جامعة القاهرة طبعة ١٩٧٥م

رابعاً: أبحاث ودراسات ومقالات:

١- عبد الحسين القطيفي – التحكيم في المنازعات الدولية – مقال بمجلة العلوم القانونية – بغداد – العدد الأول طبعة ١٩٦٩م

٢- فخري أبو سيف مبروك – مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة السادسة – العدد الأول يناير ١٩٧٤م

٣- د/ محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي – دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا – كلية الحقوق جامعة القاهرة طبعة ١٩٧٣م – ١٩٧٤م

٤- د/ نبيل أحمد حلمي – بعض الجوانب القانونية لشرط التحكيم ومشاركة التحكيم في اتفاق التحكيم – بحث مقدم للدورة التخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، المنعقدة بالإسماعيلية – مصر في الفترة من ٢٠٠٧/٠٧/٢٨م إلى ٢٠٠٧/٠٨/٠٢م

٥- يوسف الإدريسي – دور القضاء الإداري في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري– مقال بمجلة المعرفة القانونية الإلكترونية /mdroit.com/1313.htm

خامساً : الدوريات ومجموعة الأحكام :

١- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا في خمس عشر سنة ٤١ قضائية

٢- مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري – مجموعة السنة العاشرة – السنة ١١ قضائية

٣- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا – مجموعة السنة الخامسة والثلاثون السنة ٣٢ قضائية.

مراجع باللغة الفرنسية:

1- Dictionnaire Le petit Robert " Règlement d'un différent ou sentence arbitrale rendue par une ou plusiurs personnes, ouquelles les parties ont decide d'un accord commun, de remettre, paris 1978

2- Jean Robert, L'Arbitrage, Droit interne, Droit international privé, Dallols paris 6e Edition 1993

3-Jean marie Auby et R. Drago, Traite de contentieux administratif, L.GD.J, paris 1975

4- Ibrahim Naguib saad : la sentence arbitrale, thèse paris 1969

5- Jacqueline Devichi, Rubllin, l'arbitrage Nature juridique, thèse paris 1965 .