دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد 45، العدد 4، ملحق 3 2018

أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار

ماهر صالح علاوي الجبوري *

ملخص

إنَّ تطور العلاقات الاقتصادية وتشابك العلاقات التجارية بين الدول وخاصة بعد ثورة تكنلوجيا المعلومات والاتصالات الحديثة والاكتشافات العلمية الهائلة ورياح العولمة التي هبت على العالم وتوجس الأجنبي من القضاء الوطني جعلت المشرع في كثير من الدول يُجيز اللجوء إلى بديل اتفاقي عن القضاء الوطني وهو التحكيم. إلا إنَّ التحكيم قد يؤدي إلى نتائج واجتهادات تتعارض مع ما استقرت عليه مبادئ العقد الإداري المبنية على أساس مقتضيات ومتطلبات المرفق العام ومتطلبات تسييره بانتظام واستمرار، وكل ما قاله المؤيدون للتحكيم في العقود الإدارية من مبررات ومزايا لا سند لها من الواقع وإنَّ الواقع العملي والتطبيقات القضائية تدحض معظم هذه المبررات. فقد أصبح مبدأ دوام انتظام سير المرفق العام من المبادئ الدستورية الأمر الذي يجعل النصوص التشريعية التي أجازت التحكيم غير دستورية لمخالفتها أصل نظرية العقد الإداري وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

الكلمات الدالة: التحكيم، المرفق العام، منازعات، العقد الإداري، ضمان، انتظام واستمرار.

المقدمـة

بنى القضاء الإداري وفقه القانون العام في فرنسا نظرية وأحكام العقد الإداري على وفق متطلبات المرفق العام وواجب الإدارة في ضمان سيره بانتظام واستمرار. وقد اكتسب العقد الإداري خصوصيته ونظامه القانوني من صلته بالمرفق العام.

وكأي عقد في القانون العام أو الخاص فإنَّ العقد الإداري قد يشهد خلافات بين طرفيه في تفسير بنوده أو الظروف التي يُنفَّذ فيها واختلافات أثناء تنفيذه.

وقد تعدَّدت طرق حل هذه الخلافات، فقد يحدد المشرع الجهة المختصة بالنظر في منازعات العقد الإداري والحكم فيها. كما فعل المشرع الفرنسي الذي أناط بالقضاء الإداري اختصاص النظر في منازعات عقود إدارية سمَّاها، ثم أصبحت له ولاية عامة في فرنسا للنظر في منازعات العقود الإدارية جميعاً وجعل معيار تمييز العقد الإداري مجرد صلته بالمرفق العام فكلما ساهم المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ وتسيير مرفق عام فالعقد إداري لمجرد هذا الاتصال.

وكذلك فعل المشرع المصري في قانون مجلس الدولة عام 1949 عندما وسَّع اختصاص القضاء الإداري ليشمل منازعات بعض العقود الإدارية إضافة إلى اختصاصه في الفصل في الطعون التي توجه للقرارات الادارية.

وفي بلدان أخرى كالعراق والأردن أعطى المشرع للقضاء العادي اختصاص النظر في منازعات العقود الادارية شأنها شأن أي عقد آخر، إلا أنَّ القضاء العادي طبق أحكام نظرية العقد الاداري كما سنرى لاحقاً.

ولما كانت نظرية العقد الإداري نظرية قضائية أنشأها وطورها القضاء الإداري في فرنسا فإنَّ الدول التي يختص القضاء الإداري فيها في منازعات هذه العقود وغالبية فقه القانون العام لا ترى بديلاً عن القضاء الإداري لفض منازعات العقد الإداري.

إلا أنَّ تطور العلاقات الاقتصادية وتشابك العلاقات التجارية بين الدول وخاصة بعد ثورة تكنلوجيا المعلومات والاتصالات الحديثة والاكتشافات العلمية الهائلة ورياح العولمة التي هبت على العالم وتوجس الأجنبي من القضاء الوطني جعلت المشرع في كثير من الدول يُجيز اللجوء إلى بديل اتفاقي عن القضاء الوطني وهو "التحكيم".

ولما كانت غاية الإدارة من إبرام العقد الإداري ضمان سير المرفق العام لتقديم الخدمات لجمهور المواطنين بشكل منتظم ومستمر فلا بُد من طرح السؤال لمعرفة ما إذا كان التحكيم كبديل عن القضاء الإداري في فض منازعات العقد الإداري يتفق مع

* جامعة اربد الاهلية، اربد. تاريخ استلام البحث 2016/9/22، وتاريخ قبوله 2016/11/17.

© 2018 عمادة البحث العلمي / الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

غايات العقد الإداري ويحقق للإدارة وللجمهور ما يهدف إليه من مصلحة عامة يحققها المرفق العام الذي يتصل العقد به. سؤال لم يعطه فقه القانون العام الاهتمام المطلوب على الرغم من أهميته وخطورته، فلم يتناوله بالبحث والتأصيل.

أهمية الدراسة:

بالنظر إلى الصلة الوثيقة بين نظرية العقد الإداري ومبدأ انتظام سير المرفق العام فإنَّ إسناد موضوع النزاع المحتمل للعقد الإداري إلى جهة معينة يجب أنْ يتلائم مع انتظام سير المرفق العام، وبالنظر لتعدد الجهات التي يمكن أنْ ينيط بها المشرع اختصاص النظر في منازعات العقد الإداري وحسمها فإنَّ تحديد الجهة الأكثر انسجاماً وتحقيقاً لمبدأ سير المرفق العام تبدو في غاية الأهمية.

مشكلة الدراسة:

لما كانت بعض طرق حل منازعات العقد الإداري كالتحكيم لا تنسجم ولا تتلاءم مع متطلبات سير المرفق العام؛ فإنَّ البحث عن الطريقة الأمثل لحل منازعات العقد الإداري تُعد مشكلة تحتاج إلى بحث معمق.

أسئلة البحث:

- لماذا أخذت الدول بطرق مختلفة لحل منازعات العقد الإداري؟
- أي طريقة أفضل تحقق الغاية من إبرام العقد الإداري وهي ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار؟
- هل يلائم التحكيم مبدأ انتظام سير المرفق العام؟
- لماذا ترددت دول القضاء الإداري كفرنسا كثيراً في إجازة السماح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في حل منازعات عقودها الإدارية؟
- لماذا يكون القضاء الإداري هو الأنسب للنظر في منازعات العقد الإداري؟
- هل يتعارض التحكيم مع المبادئ الدستورية كمبدأ دوام وانتظام سير المرفق العام؟

منهج البحث:

المنهج الذي اتبعناه في هذا البحث هو المنهج الوصفي التحليلي المقارن المستند إلى نصوص القوانين وقرارات المحاكم، وقد جاءت الدراسة مقارنة بين تشريعات كل من فرنسا ومصر والعراق والأردن مع الإشارة إلى تشريعات بعض الدول الأخرى.

خطة البحث:

وعلى أساس ما تقدم سنتولى في هذا البحث تسليط الضوء على الطريقتين الرئيستين لحل منازعات العقد الإداري "القضاء والتحكيم" لنرى أيهما أكثر تحقيقاً وانسجاماً مع الهدف والغاية التي دفعت الإدارة لإبرامه، وأي طريق لفض منازعات العقد الإداري ينسجم ويتلائم مع مصلحة المرفق العام الذي يتصل العقد به؟

لقد انساق جانب كبير من الفقه مع موجة "تشريعات إجازة التحكيم" دونما تحليل وتمحيص ونظر عميق لفلسفة العقد الإداري وصلته بالمرفق العام وضرورات سيره بانتظام واستمرار، فهل يحقق غير القضاء الإداري هدف الإدارة من إبرام العقد الإداري ومصالح المرفق العام؟

هذا السؤال الذي سنحاول الإجابة عنه في هذا البحث الذي سنقسمه على مبحثين وعلى النحو التالي:

1- أثر مبدأ انتظام سير المرفق العام في اجتهادات القضاء الإداري في حل منازعات العقد الاداري.
2- التحكيم ومدى ملاءمته لمتطلبات سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

المبحث الأول

أثر مبدأ انتظام سير المرفق العام في اجتهادات القضاء الإداري في حل منازعات العقد الإداري

إنَّ مهمة القاضي الإداري هي تطبيق القانون على المنازعات التي تُعرض عليه، لكن قانون الإدارة العامة الذي يطبقه القاضي الإداري غير مُحدد القواعد وغير مُقنن بشكل كامل؛ الأمر الذي أعطى القاضي الإداري مرونة كبيرة في الاجتهاد وايجاد الحلول

للنزاعات التي تُعرض عليه التي لا يجد نصاً صريحاً واجب التطبيق عليها وهو قد تحرر من قواعد القانون الخاص منذ حكم بلانكو 1873 فأخذ القاضي الإداري يطبق روح القانون ويبتدع الحلول أكثر مِمَّا هو مقيد بنصوص مُحددة.

فالأمر بالنسبة للقاضي الإداري هو ملاءمة النص الذي يطبقه أو الحل الذي يبتدعه لمصلحة الإدارة ومتطلبات تسيير مرافقها العامة بانتظام واستمرار وفي نفس الوقت ضمان الحقوق والمصالح المشروعة للأفراد ومنها مصالح المتعاقد مع الإدارة الذي رعاه القضاء الإداري رعاية خاصة بالنظر إليه على أنَّهُ معاون للإدارة في تسيير المرفق العام وأنَّ متطلبات السير المنتظم للمرفق العام تقتضي توفير حماية وضمانات مهمة للمتعاقد كي يستمر في تنفيذ التزاماته مهما كانت الظروف أو الصعوبات التي يواجهها عدا استحالة التنفيذ.

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة المصري لعام 1955 هذا الدور بالقول بأنَّ: "القضاء الإداري قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة العامة والأفراد ....".

وقد أجمع فقه القانون العام على أنَّ هذا الدور الإنشائي للقاضي الإداري هو الأساس الأول في نشأة قواعد ونظريات القانون الإداري ووُصِفَ هذا القانون بأنَّهُ قانون قضائي النشأة بالدرجة الأساس(الجبوري، 2012، le droit administraitif est » devenu, selon l'expression consarea mais exacte, un droit fondamentalement jurisprudential" (caapus-1995).

وقد وصف الفقيه فيدل Vedel مجلس الدولة الفرنسي الذي أنشأ القانون الإداري وصفاً دقيقاً قائلاً: "إنَّ القانون الذي ينشئه القاضي يساوي ما يساويه القاضي الذي أنشأه وقيمة القانون الإداري تتأتى من أنَّهُ من عمل مجلس الدولة وهو هيئة تملك تقاليد علمية عريقة ورصينة ويتمتع باستقلال تام واحساس عالٍ بمفهوم الدولة وبالارتباط والتمسك بالحريات" (vedel, 1992).

هذا المجلس الذي يمتلك هذه المواصفات الراقية صاغ في مطلع القرن العشرين وبعد اتساع نشاط الدولة وتعدد مرافقها العامة نظرية العقد الإداري (الجبوري، 2012). وللعقد الإداري نظام قانوني خاص يعطي الإدارة سلطات وامتيازات صاغها القضاء الإداري ضماناً لمتطلبات المرفق العام الذي يتصل العقد به وحرصاً على سيره بانتظام واستمرار، وتتمتع الإدارة بهذه السلطات والامتيازات بحكم اتصال العقد بالمرفق العام ويستوي الأمر بذكرها أو عدمه في نصوص العقد.

إلا أنَّ القضاء الإداري وانطلاقاً أيضاً من الحرص على ضمان سير المرفق العام بانتظام أعطى للمتعاقد مع الإدارة ضمانات وامتيازات هي أيضاً من خصوصيات العقد الإداري. وسنبحث في المطلبين التاليين:

1- اجتهادات القضاء الإداري في منح الإدارة امتيازات وسلطات أثناء تنفيذ العقد الإداري.
2- ضمانات المتعاقد كونه مساعد للإدارة في تسيير المرفق العام.

المطلب الأول

اجتهادات القضاء الإداري في منح الإدارة امتيازات وسلطات أثناء تنفيذ العقد الإداري

يختص القضاء الإداري في فرنسا منذ نهاية القرن التاسع عشر ومصر منذ العام 1949 في منازعات بعض العقود الإدارية، وقد صاغ مجلس الدولة الفرنسي مجموعة مبادئ ومجموعة سلطات وامتيازات تُمكِّن الإدارة أثناء تنفيذ العقد من ضمان الغرض الذي من أجله أبرمته وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار، منها سلطة الإدارة في تعديل العقد في حدود معينة وبشروط محددة وسلطة فرض جزاءات على المتعاقد وسلطة إنهاء العقد إذا اقتضت مصلحة المرفق العام، وإنَّ هذه الامتيازات والسلطات تكون للإدارة حتى ولو سكت عنها العقد (chapus, 1995).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المعنى بقولها: "تستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص هذه العقود الإدارية ولكن من طبيعة المرفق العام واتصال العقود به، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة، ولذلك فإنَّ الإدارة تتمتع بهذه الامتيازات في مجال العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في تلك العقود" (الطماوي، 1995).

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية في 30 حزيران 1957 تُبين المحكمة الهدف من إبرام العقود الإدارية وهو تحقيق المصلحة العامة بعكس العقود الخاصة وإنَّ الإدارة لا تستهدف تحقيق نفع مادي أو مصالح شخصية وإنَّما "هدفها المصلحة العامة وهي القوامة عليها أو المختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها، فهي تتعاقد لتكفل حسن سير المرفق العام وانتظامه واستمراره وإنجاز الأعمال والخدمات المطلوبة على وجه مرضي وفي المواعيد المقررة، ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية

بحقوق وسلطات واسعة ....." (الطماوي، 1995).

وفي فرنسا فإنَّ مجلس الدولة الذي أنشأ نظريات القانون الإداري لا زال يتمسك بمواقف "وطنية" باعتباره ضامناً للتقاليد والقيم الفرنسية ولكنه أثبت عبر التأريخ قدرة هائلة على تطوير نظريات القانون الإداري تبعاً للتحولات والتطورات التي تحصل في المجتمع نحو آفاق جديدة، وخير تجربة لمجلس الدولة هي مواجهته للتحولات الجذرية التي أحدثتها الوحدة الأوروبية وتشريعاتها. فقد أثبت المجلس أنَّهُ لا يمكن أنْ يتجاهل هذه التحولات ولا أنْ يكون غائباً عنها. ويقول المستشار في مجلس الدولة B.STIRN:

"Si il est le garant de tradition, qui dans notre histoire sont dabord des traditions nationales, le conseil dEtat a aussi tradition montre, au fil des siecles, quil savait adapter le droit aux evelution qui entrainent lasociete vers de nouveaux horizon" (Bernard).

وينظر حول تحولات آراء ومواقف مجلس الدولة على ضوء تشريعات الاتحاد الاوروبي: (Sirinelli, 2011).

فعندما اتسع نشاط الإدارة في نهاية القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين ميز عقود الإدارة التي تتصل بالمرفق العام وأنشأ نظرية العقد الإداري. ولعل من أول وأهم الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي بصدد العقد الإداري وضمان سيره بانتظام واستمرار نظرية الظروف الطارئة L imprev ision التي صاغها مجلس الدولة في قضية غاز بوردو عام 1916.

لقد أقر القضاء الإداري مجموعة امتيازات وسلطات تتمتع بها الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري مثل حق الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد دون خطأ المتعاقد في بعض الحالات دون خطأ المتعاقد ويسمح للإدارة بتعديل شروط العقد أثناء التنفيذ الأمر الذي يتعارض مع عدم قابلية العقد للتعديل immutabilite ويعترف للإدارة بامتيازات خاصة مِمَّا يجعل مساواة المتعاقدين في موضع شك وتساؤل، ففي حكم لمجلس الدولة الفرنسي في 2 شباط 1983 في قضية (اتحاد النقل العام الحضري والإقليمي) (union des transports Publics urbains et regionaaux) أقر بأنَّ السلطة المنظمة للمرفق العام تستطيع أثناء تنفيذ العقد إجراء تعديلات من جانب واحد لشروط العقد المتعلقة بتنظيم المرفق العام وطريقة استغلاله وإنَّ هذا الإجراء ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة التي تطبق على العقود الإدارية (Ibid).

كما أقر المجلس الدستوري في قرار له في 18 كانون الثاني 1985 حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وبأنَّ هذا تطبيق "للمبادئ المطبقة على العقود الإدارية":"principe applicables aux contrats administratifs"

ومن الامتيازات التي أقرها القضاء الإداري للإدارة حق فرض جزاءات على المتعاقد المتلكئ وتطبقها من جانبها وحدها وهذه العقوبات يمكن إيقاعها من اللحظة التي يكون فرضها ضروري لاستمرار سير المرفق العام.

(des L instant ou ell es sont indispensables pour assurer La continuite du service) (حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية مدينة تولون في 23 حزيران 1944، مشار إليه لدى: فيدل، 1992). وقد برر المجلس بوضوح سلطة فرض الجزاءات بضرورات تسيير المرفق العام بانتظام واستمرار.

ومن سلطات الإدارة في العقد الإداري سلطة تعديل شروط العقد وشروط تنفيذه. وهذه السلطة هي التي تُعد الخروج الأكثر وضوحاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المطبقة على عقود القانون الخاص، فقد أقر الفقه والقضاء هذه السلطة للإدارة باستثناء الشروط المالية في العقد وبشرط إعادة التوازن المالي للعقد، إلا أنَّ التشريع الأوروبي أضاف إلى جانب الشروط المالية التي لا يجوز تعديلها من جانب الإدارة شرط التحكيم إنْ كان العقد يحتوي على هذا الشرط.

فقد أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حق الدولة والإدارة الطرف في العقد في تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وتقول المحكمة:

" La Jurisprudence internationale, juridictionnelle ou arbitrale recoonait d'ailleurs a tout Etat un pouvoir souuvrain pour modifier, voire resiler, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers .. anisi le veulent la preeminence des interets superieurs de LEtat sur les obligations contractuelles et La necessite de sauvegarder lequilibre du contrat ".

وأضافت المحكمة أنَّهُ لا يُسمح لأحد أطراف العقد تعديل الشروط التي تسمح لأحد الطرفين التملص من الطريقة المتفق عليها لفض منازعات العقد إذا كانت هذه الطريقة هي التحكيم Larbitrage (Auby, 2010).

وبهذا تقر المحكمة أنَّ شرط التحكيم في حالة تضمينه في العقد فلا يجوز للإدارة بما لها من سلطة التعديل أنْ تلغي هذا الشرط.

وفي جميع الأحوال فإنَّ المتعاقد مع الإدارة يضع في الحسبان عند التعاقد معها أنَّ العقد عُرضة للإلغاء أو التعديل من جانب

الإدارة ويقبل ذلك ويبرم العقد وهو في جميع الأحوال محمي بوجود التعويض الكامل عن أي إجراء تتخذه الإدارة من هذين الإجراءين (ibid).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر منذ السنوات الأولى لإنشاء القضاء الإداري في مصر على خصوصيات العقد الإداري وصلته بالمرفق العام ومركز الإدارة السامي كونها مسؤولة عن تسيير المرفق العام بانتظام واستمرار، حيث قالت في حكمها 1957/1520:

"إنَّ العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية؛ إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أنْ يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتَّبُ على ذلك أنَّ للإدارة سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنَّهُ أكثرا اتفاقاً للصالح العام دون أنْ يتحدى الطرف الآخر بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، كل ذلك بشرط ألا يصل لتعديل إلى حد فسخ العقد كلية، وإلا جاز للطرف الآخر فسخه، وبشرط أنْ يكون له الحق في التعويضات إذا اختلت الموازنة في الشروط المالية" (الحلو، 2000).

وفي العراق الذي للقضاء العادي فيه ولاية النظر في منازعات العقود الإدارية أكدت محكمة التمييز خصوصية العقد الإداري ونظامه القانوني المتصل بالمرفق العام وضرورات تسييره بانتظام في أكثر من حكم فقالت في أحد أحكامها:

"ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام فإنَّهُ يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للأفراد...." (القضية رقم (654،42)، حقوقية/65، في 1965/7/25).

كما أوضحت محكمة التمييز في العراق أنَّ حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد بمجرد تأخره في التنفيذ حرصاً على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وأكدت أنَّ الضرر مفترض افتراضاً قانونياً غير قابل لإثبات العكس وأنَّ الإدارة تستطيع أنْ توقع هذه الجزاءات من تلقاء نفسها (حكم محكمة التمييز رقم 654،42، حقوقية، 1965 في 1965/7/25).

المطلب الثاني

ضمانات المتعاقد كونه مساعداً للإدارة في تسيير المرفق العام

لا تُعامِل نظرية العقد الإداري المتعاقد مع الإدارة بصفته مجرد متعاقد كما هو شأن متعاقدي العقد الخاص وإنما تجعله في مركز مميز كونه يساعد الإدارة في تسيير المرفق العام ويعمل كما هو واجب الإدارة، على ضمان سيره بانتظام واستمرار (Chapus, 1995).

وقد أكد القضاء الإداري في مصر على هذا المركز المميز حيث قالت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ 17 حزيران 1972: "إنَّ هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأنْ يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات" (الطماوي، 1995).

والمتعاقد مع الإدارة قد قَبِلَ بإقدامه على إبرام عقد إداري بما في نظرية العقد الإداري من سلطات وامتيازات للإدارة ولكنه يعلم أيضاً ابتداءً أنَّ حقوقه المالية مضمونة بالكامل في حالة اختلال التوازن المالي للعقد بسبب تدخل الإدارة المتعاقدة أو بسبب تدخل سلطات عامة أخرى أو ظروف الطبيعة والمخاطر الأخرى.

ومن أبرز النظريات التي صاغها مجلس الدولة الفرنسي على وفق متطلبات سير المرفق العام بانتظام وإطراد نظرية "الظروف الطارئة" impre vision التي وضع أسسها في الحكم المشهور بقضية غاز بوردو الصادر في 30 آذار 1916. حين طلبت الشركة العامة للإنارة في مدينة بوردو الفرنسية زيادة سعر الغاز بسبب ارتفاع أسعار الفحم وهو مادة تستعمل في صناعة الغاز أضعافاً لسعره عام 1915 بسبب الحرب العالمية الأولى، وقد عرف مفوض الحكومة أمام المجلس الدولة في هذه القضية عقد التزام المرفق العام بأنَّهُ عقد يتحمل بموجبه شخص أو شركة تنفيذ مشروع عام أو ضمان تسيير مرفق عام على نفقته مقابل رسوم يأخذها من المنتفعين. وقد اقترح مفوض الحكومة تعويض المتعاقد مع الإدارة إذا كان ضحية ارتفاع غير معتاد وغير متوقع في الأسعار.

والأمر الذي يهمنا في هذا البحث هو تأكيد مجلس الدولة الفرنسي على سير المرفق العام أكثر من مرة في الحكم ونقتبس

العبارة الآتية منه: "من المهم البحث عن حل لوضع حد لصعوبات مؤقتة يضع في الحسبان المصلحة العامة التي تتطلب (استمرار سير المرفق) من جانب الشركة بمساعدة جميع وسائل الإنتاج في هذه الظروف التي لا تسمح بالتنفيذ الاعتيادي للعقد".

"de rechercher pour mettre fin a des difficultes temporaires, une solution qui tient compte touti La fois de L interet generale Lequel exige la continuation du service par la compagnie a yaide de tous ses moyens de production. et des conditions speciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale "(long 2009).

فالمتعاقد يجب أنْ يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية لضمان سير المرفق العام مهما كانت الصعوبات المالية التي يواجهها، فالظروف الطارئة غير القوة القاهرة (Vedel, 1992).

كما أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظرية "فعل الأمير" Fait le prince لضمان التوازن المالي للعقد الإداري والمصالح المالية للمتعاقد في حال تدخل السلطة العامة في مجال العقد الإداري وأدى ذلك إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري (الجبوري، 2012).

ولقد أشار فقه القانون الإداري الأردني إلى النظريات الثلاث (الظروف الطارئة وعمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة) كحق للمتعاقد مع الإدارة إذا اختل التوازن المالي للعقد الإداري (الخلايلة، 2015). لكي يستمر المتعاقد بتنفيذ التزاماته وحتى لا تؤثر الإجراءات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على خدمات المرفق العام محل العقد وتشغيله وضمان استمراره بانتظام وإطراد.

المبحث الثاني

مدى ملائمة التحكيم لمتطلبات سير المرفق العام بانتظام واستمرار

التحكيم اتفاق بين أطراف النزاع على إعطاء الحكم في نزاعهم لشخص أو أكثر، أي استبعاد القضاء من النزاع وحله بحكم أشخاص يتم اختيارهم من الأطراف المتنازعة أو بحسب القانون.

وقد أثار اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل نزاع قائم أو محتمل بين أطراف العقد الإداري جدلاً واسعاً في فقه القانون العام.

فقد برر البعض اللجوء إلى التحكيم بكثرة الدعاوى أمام القضاء وتأخر حسم الكثير منها (Richer, 1995). وهناك تبريرات أخرى سنأتي على ذكرها في سياق هذا البحث.

وكان المشرع في الدول المختلفة يمنع إلى وقت قريب اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية، إلا أنَّ المشرع خفف هذا القيد في السنوات الأخيرة لأسباب مختلفة سنأتي على ذكرها لاحقاً أيضاً، لذا سنتناول في المطلبين التاليين:

1- موقف المشرع في بعض البلدان من التحكيم في العقود الإدارية.
2- موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الأول

موقف المشرع من التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة

كان حظر التحكيم في العقود الإدارية هو القاعدة حتى السنوات الأخيرة من القرن العشرين وسنبين موقف بعض الدول من ذلك وكما يلي:

1- فرنسا:

منع المشرع الفرنسي الدولة والأشخاص المعنوية العامة والإقليمية والمؤسسات العامة من اللجوء إلى التحكيم. ويستند هذا المنع إلى نصوص قانون المرافعات المدنية في المواد (83 و1004). وعلى الرغم من إلغاء هذين النصين فإنَّهُ لم ينص على إجازة التحكيم في عقود الأشخاص المعنوية العامة، فهذه الأشخاص لا تخضع إلا للقضاء الرسمي للدولة وهذا الأمر مرتبط بمفهوم السيادة عند الفرنسيين.

ويستند منع هذه الأشخاص من اللجوء إلى التحكيم من جانب آخر إلى المادة (2060) من القانون المدني الجديد التي أبقت على حظر اللجوء إلى التحكيم هذا من جانب المشرع، أمَّا القضاء الإداري فإنَّ مجلس الدولة الفرنسي قد أرسى أساساً عاماً للحظر مفاده أنَّهُ لا يمكن قبول أو تصور أنَّ شخص معنوي عام لا يثق بقضاء الدولة أو يخضع منازعاته لغيره.

" on ne saurait admettre qu une personne publique ne fasse pas confiance aux juridcions etatique " (Vedel, 1992).

ويشمل حظر اللجوء إلى التحكيم المؤسسات العامة الاقتصادية والصناعية والتجارية (vedel, 1992).

وقد أعطى مجلس الدولة الفرنسي رأياً حاسماً بتاريخ 6 آذار 1986 في قضية (ديزني لاند) Eurodisney Loand مفاده أنَّ أي اتفاق بإبعاد القضاء الوطني واللجوء إلى التحكيم إذا كان أحد أطرافه شخص معنوي من أشخاص القانون العام يقع باطلاً وهذا البطلان من النظام العام.

وقد اضطر المشرع الفرنسي لإضافة الفقرة (2) إلى المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي بموجب القانون الصادر في 9 تموز 1975 لتخفيف الحظر المقرر على اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمؤسسات العامة الاقتصادية (الصناعية والتجارية). حيث أجاز المشرع بهذا التعديل للمؤسسات العامة الاقتصادية اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم بموجب إجازة خاصة تصدر بمرسوم.

كما أصدر المشرع الفرنسي استثناءً آخر على أثر رأي مجلس الدولة بشأن منع شرط التحكيم الذي اشترطته شركات أمريكية في قضية ديزني لاند صدر في 19 آب 1986 فقضت المادة 9 من هذا القانون بأنَّ الدولة والأشخاص الإقليمية والمؤسسات العامة إذا أبرمت "مجتمعة" عقداً مع شركات للقيام بأعمال تحقق المصلحة الوطنية العامة يسمح لها بتضمين عقودها شرط تحكيم اتفاقي بهدف تسوية نهائية للنزاعات المتعلقة بتطبيق أو تفسير هذه العقود. وبموجب هذا النص تم إدراج شرط التحكيم في عقد مع شركات أمريكية لإنشاء مدينة ترفيهية في محافظة (مارن لافاليه) الفرنسية Marne La Valle (Chapus, 1995).

ويشمل منع الاشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم في عقودها الإدارية التحكيم لنزاع محتمل مستقبلاً cLause compromissoire والاتفاق على التحكيم في نزاع قائم حول تغيير أو تنفيذ أو أنهاء العقد compromise (Vedel,1992).

نخلص مِمَّا تقدم أنَّ القاعدة في فرنسا حظر التحكيم في عقود الأشخاص المعنوية العامة والمؤسسات العامة والاقتصادية والاستثناء هو إجازته بحسب شروط وإجراءات معينة.

2- مصر:

كان الرأي في مصر قبل صدور قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية لأنَّ قانون مجلس الدولة أعطى اختصاص النظر في منازعات العقد الإداري للقضاء الإداري وقواعد الاختصاص من النظام العام لا يجوز مخالفتها أو الاستثناء منها إلا بقانون يجيز ذلك صراحة.

وقد أثار نص المادة الأولى من القانون المذكور جدلاً لعدم وضوحه حيث جاء فيه إنَّ أحكام القانون تسري على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع .... الخ. فأصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فتوى في 1996/12/18 مفادها عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية. الأمر الذي حمل المشرع المصري على إصدار القانون رقم (9) لسنة 1997 لينص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية (الحلو، 2000).

ولكن المشرع المصري اشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولم يجز تفويض هذا الاختصاص.

وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا في مصر في أحكامها على عدم دستورية النص على التحكيم الإجباري كبديل عن القضاء (الحلو، 2000).

فالتحكيم اختيار حر أجاز المشرع اللجوء إليه استثناءً من الأصل وهو اللجوء إلى قاضي العقد واشترط فيه موافقة الوزير المختص.

3- الأردن:

لا زال اختصاص القضاء الإداري في الأردن محدد بالقرارات الإدارية، أمَّا العقود الإدارية فإنَّ القضاء العادي هو المختص في نظر منازعاتها، وقد نَصَّت المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على سريان أحكامه على كل اتفاق يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف (أشخاص القانون العام) أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية.

كما نَصَّت المادة (43) من قانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة 2014 على: "تُسوى نزاعات الاستثمار بين الجهات الحكومية والمستثمر ودياً خلال مدة أقصاها ستة أشهر، وبخلاف ذلك لطرفي النزاع اللجوء إلى المحاكم الأردنية أو تسوية النزاعات وفقاً لقانون التحكيم الأردني أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات باتفاق الطرفين".

أمَّا القضاء الأردني فقد أقر التحكيم ووصفته محكمة التمييز الأردنية بأنَّهُ: "جهة قضائية اختيارية يوجدها الخصوم لحسم النزاع القائم وأنَّ المحكمين يمارسون مهام القضاة ويصدرون حكمهم ويكون ملزماً للطرفين" (حكم محكمة التمييز الأردنية رقم

2010/1783، بتاريخ 2010/10/6).

ومما يؤخذ على هذا الحكم أنَّ محكمة التمييز عدَّت المحكم "جهة قضائية" وهذا يحتاج إلى إيضاح فهو يمارس مهمة قريبة من مهمة القضاء ولكن لا يمكن أنَّ يكون جهة قضائية فالجهات القضائية يحددها النظام القانوني والتشريعات النافذة في كل بلد.

وقد طُعن بعدم دستورية نص المواد (51 و 54) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 أمام المحكمة الدستورية واستند الطعن إلى تعارض بين المادتين (3 و9) من قانون التحكيم، فبينما نَصَّت المادة (3) على نطاق سريان أحكام القانون، فقد حددت المادة (9) جواز اللجوء إلى التحكيم للشخص الطبيعي أو المعنوي (الاعتباري) الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها.

إلا أنَّ المحكمة الدستورية في الأردن ردت الطعن من هذه الناحية مستندة إلى أنَّ المادتين (163 و 60) من القانون المدني تشيران إلى أموال الدولة المخصصة للنفع العام، أمَّا أموال المرفق العام فهي من الأموال الخاصة للدولة التي يجوز التصرف بها (حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم 2013/3).

ولنا على هذا الرأي ملاحظة جوهرية هي أنَّ معيار تحديد المال العام عند كثير من الفقهاء هو تخصيصه لخدمة مرفق عام وبالتالي فإنَّ أموال المرافق العامة لا يجوز التصرف بها طالما كانت مخصصة للمرفق العام، ولما كان العقد الإداري يتصل بالمرفق العام فإنَّ أي اتفاق تحكيم فيه يكون في رأينا مخالفاً للنظام العام لأنَّهُ وقع على مال عام، لأنَّ أموال المرفق العام وخاصة إذا كان يدار إدارة مباشرة هي أموال مخصصة للنفع العام (الجبوري، 2012، وعبد الحميد، 1984).

4- العراق:

نَصَّت المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014: "يلتزم طرفا العقد باختيار الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذه بينهما وفقاً لأحد الأساليب المنصوص في هذه المادة وفق شروط التعاقد المتفق عليها التي يجب ذكرها ابتداءً في وثائق المناقصة ". وأسلوب تسوية المنازعات المنصوص عليها هي " التوافق أو التحكيم أو القضاء".

ونرى أنَّ هذا النص لم يكن موفقاً وفيه مخالفة لنص المادة (27) من الدستور العراقي التي تنص على حرمة الأموال العامة وواجب حمايتها ونص المادتين (71و72) من القانون المدني العراقي.

5- المملكة العربية السعودية:

نَصَّت المادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي على:

" 1. لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواءً أكان شخصاً طبيعياً – أو من يمثله– أم شخصاً اعتبارياً.

2. لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك".

ويعد التحكيم في الشريعة أقل شأناً من القضاء إذ للقاضي ولاية عامة أوسع مِمَّا يملكه المحكم. ولذا قال الفقيه أبو يوسف "لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء لأنَّ حكمه مقتصر على من رضا به فقط، بينما يتعدى (حكم القاضي) إلى الغير" (الشواربي، 1996).

وعرفت المادة (1/10) من قانون التحكيم المصري اتفاق التحكيم بأنَّهُ: "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أنْ تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

ونصت المادة (28) من "القانون النموذجي للتحكيم" الذي وضعته الأمم المتحدة عام 1985 على ما يلي: "المساواة في المعاملة بين الطرفين".

وقد نَصَّت بعض القواعد القانونية الخاصة بالتحكيم في بعض الدول على عدم جواز الاتفاق على التحكيم في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

فقد نَصَّت المادة (306) من الباب الثامن المتعلق بالتحكيم من القانون المدني المغربي لعام 1974 على ما يلي:

"يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أنْ يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها ". غير أنَّهُ لا يمكن الاتفاق على التحكيم في: " النزاعات المتعلقة بعقود وأموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام".

أمَّا النص الجزائري في المادة (442) من قانون التحكيم فقد جاء أكثر شمولاً إذ قضى بعدم جواز التحكيم في بعض المواضيع منها المسائل المتعلقة بالنظام العام، حيث جاء فيه:

"ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أنْ يطلبوا التحكيم".

أمَّا قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي فقد بين الأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم فنص في المادة (740) على: "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام...."

المطلب الثاني

موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية

انقسم فقه القانون العام بين مؤيد ومعارض في اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقد الإداري، فذهب البعض إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية، وذهب آخرون إلى معارضة التحكيم في العقود الإدارية (الحلو، 2013).

1- ذهب جانب من الفقه إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية لا بل أنَّ البعض اجتهد في إيجاد مبررات وحسنات للتحكيم لتزيينه وتشجيع الأخذ به، ومن أكثر مبررات هذا الجانب ما يلي:

أ- التحكيم يوفر الخبرة الفنية باختيار أشخاص لهم خبرات فنية قد لا تتوافر لدى القاضي.

ب- يوفر التحكيم السرعة في حسم القضايا والنزاعات بإجراءات سريعة وبسيطة، وإجراءات التحكيم بسيطة وسريعة ليست كإجراءات التقاضي.

ج- توفير الأموال والنفقات التي يمكن أنْ تُصرف على إجراءات التقاضي الرسمي الطويلة.

د- يوفر التحكيم الاطمئنان لدى الخصوم بالحفاظ على أسرارهم وقضاياهم التي لا يرغبون باطلاع الآخرين عليها وهو أمر لا توفره علانية المحاكم وإجراءاتها.

هـ- كما أنَّ التحكيم يوفر للطرف الأجنبي الاطمئنان الذي قد لا يراه في القضاء الرسمي.

2- مناقشة الآراء المؤيدة للأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية:

إذا كان جانب من الفقه قد أيد الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية فإننا سنناقش مخاطر التحكيم في هذه العقود ونرد على الآراء المؤيدة له ومعنا جانب من الفقه يرفض التسليم بالتحكيم لفض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها (شعيب، 2015).

1- إنَّ المحكمين أشخاص قد لا تتوافر فيهم خبرات القاضي وحياده وموضوعيته وتخصصه، ومهما وضع المشرع من شروط ومواصفات في المحكم فإنَّها قد لا توفر الخبرة القانونية الموضوعية اللازمة لحسم نزاعات قد تصل إلى مليارات الدنانير والدولارات.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنَّهُ لا يشترط في المحكم "القراءة والكتابة" فهو يجوز أنْ يكون "أمياً" (الصادق، 2015).

كما أنَّ معظم التشريعات التي أجازت التحكيم لا تشترط أنْ يكون المحكم من حملة جنسية الشخص المعنوي ولا تمانع من أنْ يكون المحكم أجنبياً (الصادق، 2015).

2- التحكيم في منازعات أشخاص القانون العام يتعارض مع جوهر النظام القانوني الذي يوجب حل منازعات هذه الأشخاص عن طريق القضاء الرسمي للدولة دون غيره، وقد أكد جانب كبير من فقه القانون العام تعارض التحكيم مع طبيعة القانون الإداري (الصادق، 2015).

ونحن نؤكد تعارضه مع فكرة العقد الإداري ومبرراته المتمثلة بضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

3- إنَّ القول بأنَّ التحكيم يحقق السرعة في حسم القضايا ويُجنب أطراف النزاع مضار طول إجراءات التقاضي قول تعوزه الدقة أيضاً.

فقد تطول إجراءات التحكيم لمدة أطول من المدة المعتادة من حسم القضية في المحكمة المختصة وقد يتعمد طرف أو أكثر إطالة إجراءات التحكيم والمماطلة والتسويف، ونذكر المثال الآتي على احتمال طول إجراءات التحكيم؛ فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف عمان برقم (483/ 2014) أنَّ طلباً لتعيين محكم عن المستدعي ضدها تم تقديمه بتاريخ 2014/10/29 ولم تحسم المحكمة تسمية المحكم إلا بتاريخ 2016/3/14، فإذا كان تعيين محكم قد استغرق قرابة العامين فكم من الوقت سيستغرق حسم الخلاف وإصدار حكم التحكيم؟

ومن جانب آخر فإنَّ المادة (37) من قانون التحكيم الأردني قد حددت مدة اثني عشر شهراً لإصدار حكم التحكيم وأجازت لهيئة التحكيم تمديدها لستة أشهر أخرى وللطرفين الاتفاق على مدة أطول.

وعدت محكمة التمييز الأردنية تجاوز المدد القانونية المحددة في القانون وعدم اعتراض المميز ضده على تجاوز المدة موافقة على تمديدها وإنَّ تجاوز مدة التحكيم ليس من الحالات التي يجوز معها قبول دعوى بطلان حكم التحكيم المحددة في المادة (49) من قانون التحكيم (ذكره القطاونة، 2012).

4- حكم التحكيم نهائي ولا توجد جهة قضائية تراقب المسائل الموضوعية التي فصل بها، وقد أوضحت محكمة التمييز الأردنية ومحكمة استئناف عمان دور محكمة الاستئناف في الرقابة على حكم التحكيم بموجب المادة (49) من قانون التحكيم الأردني، فقالت محكمة التمييز في قرارها: إنَّ دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً بالاستئناف، فلا يتسع لإعادة النظر في موضوع، وليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملائمته أو مراقبة حسن تقدير المحكين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الوقائع وتكييفها أو تفسير القانون وتطبيقه (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2006/201 بتاريخ 2006/8/21).

وقد كررت محكمة استئناف عمان هذا الرأي وتقيدت به، ومثال ذلك الحكم الذي قالت فيه: "يستفاد من أحكام المادة 49 من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وما استقر عليه قضاء محكمة التمييز والفقه أنَّها تضمنت حالات محددة لبطلان حكم التحكيم ولا يجوز التوسع فيها وهي في معظمها حالات وأسباب شكلية وأنَّ دعوى بطلان حكم التحكيم ليست دعوى استئنافية برقابة محكمة الدرجة الثانية على محكمة الدرجة الأولى مِمَّا يعني أنَّ رقابة محكمة الاستئناف لا تمتد إلى قناعة هيئة التحكيم في البينة المقدمة أو مراقبة صواب أو خطأ اجتهادهم وفي فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه كون الرقابة المنصوص عليها في المادة المشار إليها أعلاه شكلية حيث لا تنفذ إلى أصل النزاع ولا تسلط المحكمة رقابة على كيفية تأويل هيئة التحكيم للقانون وكيفية تطبيقه ...." (قرار محكمة استئناف عمان رقم 2016/3، غير منشور).

وقد يرد الفقه المؤيد للتحكيم عدم إمكانية مراجعة حكم التحكيم من المحاكم المختصة وعدم إمكانية النظر في حسن تطبيق المحكمين للقانون أو فهمهم له بالقول:

"الاستئناف يتعارض مع جوهر التحكيم الذي يقتضي هجر عدالة قضاء الدولة البطيء لصالح العدالة الخاصة التي يمثلها قضاء التحكيم السريع والناجز، فالعودة أمام قاضي الدولة لفحص موضوع النزاع من جديد يلغي كل مزية منتظرة من التحكيم وخاصة حرية اختيار المحكمين والسرعة والخبرة والسرية (الطراونة، 2010).

وإذا كان هذا القول قد يكون وارداً في عقود القانون الخاص التي تكون العلاقة فيها بين أشخاص يملكون التصرف بأموالهم وحقوقهم؛ فإنَّ هذه المبررات في التحكيم في العقود الإدارية نراها أوهى من بيت العنكبوت، ذلك أنَّ موضوع هذه العقود هو أموال المرفق العام وأنَّ الأثر المباشر لأي حكم قد يكون تهديداً لسير المرفق العام بانتظام واستمرار، فكيف يُسمح لأشخاص مهما كانت خبرتهم في التقرير في هذه المسائل الخطيرة دون رقيب أو معقب على حكمهم؟

5- القول بقلة نفقات وتكاليف التحكيم قول مردود وغير دقيق.

فقد تفوق نفقات التحكيم أضعاف أضعاف ما يكلفه نظر الدعوى من القضاء المختص، فقد يتطلب التحكيم تنقل المحكين بين دول مختلفة ونفقات النقل والإقامة والأتعاب التي تقدر بنسبة من مبلغ العقد، ولما كانت هذه المبالغ قد تكون بمئات الملايين من الدنانير فيمكن تصور مبلغ الأتعاب الكبير جداً في مثل هذه القضايا، ونورد بعض الأمثلة فقد ذكرت محكمة استئناف عمان:

"إنَّ هيئة التحكيم قد فصلت في المسائل المتعلقة بالعطاء رقم (2003/185) والمتمثل بإنشاء مبنى مؤسسة المواصفات والمقاييس والمختبرات الجديدة والبالغ قيمة العطاء (7,957) مليون دينار وأنَّ هيئة التحكيم قد قامت بالفصل في المطالبات الواردة في هذا العطاء فقط ...." (حكم محكمة استئناف عمان رقم 2015/247، غير منشور).

وفي قضية أخرى ذكرت محكمة استئناف عمان في حكمها: "إنَّ حكم المحكين ألزم وزارة الأشغال العامة والإسكان بدفع مبلغ (721670) دينار ويشمل المبلغ (477222) دينار بدل الحسبيات ومبلغ (27800809) دينار بدل نفقات تمويل ومبلغ (20670) دينار مبلغ بدل أتعاب ومصاريف التحكيم ...." (حكم محكمة استئناف عمان رقم 2015/261، غير منشور).

وهناك عشرات الدعاوى تكلف الأشخاص المعنوية العامة مبالغ طائلة كأتعاب ومصاريف التحكيم وقد تكون مبالغ أتعاب المحكمين في قضية واحدة ما يعادل رواتب القضاة في شهر كامل أو عِدَّة أشهر.

وفي حكم لمحكمة التمييز الأردنية أيدت فيه استحقاق المحكم بموجب الاتفاق بين الطرفين بنسبة 7% من قيمة ما يحكم به نتيجة التحكيم وهو مبلغ كبير جداً (حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2005/3624، هيئة خماسية، في 2006/5/22). كما أنَّ تحديد نفقات التحكيم بنسبة من قيمة ما يحكم به قد يغري المحكمين لرفع قيمة ما يحكمون به لترتفع بذلك نسبة أتعابهم.

6- رأى جانب من الفقه أنَّ التحولات في العلاقات الاقتصادية والتجارية وانتشار الاستثمارات الوطنية والأجنبية في الدول أدت لإقرار التحكيم لحل خلافات ونزاعات عقود الاستثمار لأنَّ المستثمر يبحث دائماً عن ضمانات "والتحكيم يعتبر من أهم الضمانات" (راضي، 2007).

لو علم المستثمر ما في تطبيق نظرية العقد الإداري وما في أحكام القضاء الإداري من ضمانات أكيدة وفعالة لما اختار غيرها، فالقاضي الإداري لا يهدف – كما أسلفنا- إلا لضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار فهو ينصف المتعاقد وينتصف له لتحقيق هذا الهدف، وقد يحكم على الإدارة المتعاقدة بتحمل تعويضات بمبالغ كبيرة لمصلحة المتعاقد دونما خطأ منها.

7- إنَّ إخراج منازعات العقد الإداري من نطاق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري يُعد في نظر البعض مخالفاً للنظام العام، فإذا لم تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون الإداري وامتيازات الإدارة العامة في تنفيذ العقد الإداري الهادفة لضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار فإنَّ حكمها يُعد باطلاً لمخالفته النظام العام.

كما أنَّ اللجوء إلى التحكيم قد يهدر المصلحة العامة إذا طبق قانوناً لا يميز بين العقود الإدارية والمدنية (خليفة، 2011، والمحروقي وناجي، 2012).

ومن المتفق عليه أنَّ قواعد الاختصاص من النظام العام ولا يمكن استنتاجها استنتاجاً ما لم ينص عليها المشرع صراحة، وعلى أساس ما تقدم فإنَّنا لا نتفق مع الرأي القائل أنَّ المشرع الأردني قد أقر "ضمناً" مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية (العبادي، 2007).

8- يرى البعض أنَّ التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة وتجاوز على اختصاصات السلطة القضائية المحددة في الدستور، والقضاء الوطني يمارس جانب من سيادة الدولة في فض المنازعات والدعاوى تعبيراً عن سيادة الدولة التي يمثلها في هذا المجال القضاء الذي يطبق القانون ولا سلطان عليه لغير القانون، أمَّا الأشخاص العاديين (المحكمين) والذين من الممكن أنْ يكونوا أجانب فليس لهم التعبير عن سيادة الدولة وسلطانها (التحيوي، 1995، المحروقي وناجي، 2012).

9- التحكيم يلحق بالبلدان الأقل نمواً وتطوراً ومنها بلداننا العربية عندما يتعلق الأمر بمستثمر أجنبي وخاصة إذا كان من الدول الصناعية الكبرى ضرراً كبيراً، ذلك أنَّ التحكيم يتم في شركات ومؤسسات خاصة موجودة في هذه البلدان الصناعية الكبرى كالولايات المتحدة الأمريكية والبلدان الأوروبية وقد تتبع هذه الشركات الكبرى المتعاقدة مع دولة عربية أساليب غير مشروعة ومخالفة للقانون في شراء ذمم المحكمين الأجانب وهم ليسوا ملائكة ولا معصومين، أمَّا الحكومات المتعاقدة فلا يمكنها بحال من الأحوال اللجوء إلى هذه الأساليب وبالتالي فهي الخاسرة لا محالة في مثل هذه الأحوال.

لذا نحذر الدول العربية وبشدة من السماح بالتحكيم في عقود الأشخاص المعنوية العامة وخاصة عقود الاستثمار مع مستثمر أجنبي.

10- يرى جانب من الفقه أنَّ اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية يتعارض مع الثوابت التي تستند إليها نظرية العقد الإداري وأنَّ اللجوء إلى التحكيم "ينسف نظرية العقد الإداري برمتها" (العبادي، 2007).

فنظرية العقد الإداري قائمة كما أشرنا سابقاً على متطلبات تسيير المرفق العام الذي تديره أو تشرف عليه الجهة الإدارية المتعاقدة، لذا فإنَّ مساواتها مع المتعاقد الآخر يقوض أسس نظرية العقد الإداري، ومن المعلوم أنَّ قواعد التحكيم تقوم على أساس المساواة بين طرفي النزاع وهذا ما يتعارض مع متطلبات المرفق العام وضرورات تسييره بانتظام واستمرار ويهدم أسس نظرية العقد الإداري.

11- نرى أنَّ المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام ويجب أنْ ينظر فيها ويحسمها القضاء الرسمي لأنها تتعلق بأموال المرفق العام وهي أموال عامة طالما كانت مخصصة لخدمة وانتفاع جمهور المواطنين، وأي أموال ينتفع الناس بها أكثر من أموال المرافق العامة التي تقدم لهم الخدمات الأساسية للحياة ؟.

12- وأخيراً فإنَّنا نرى أنَّ اللجوء إلى التحكيم فيه مخالفة دستورية صريحة من جانبين:

أ- التحكيم يتنافى مع مبدأ سير المرفق العام وقد يؤدي إلى حلول لا تتلائم مع مقتضيات هذا المبدأ، ومبدأ انتظام سير المرفق العام مبدأ دستوري مستقر منذ سنين وإذا كان المجلس الدستوري الفرنسي قد أقر منذ ثمانينيات القرن الماضي بأنَّ هذا المبدأ مبدأ دستوري فإنَّ دساتير حديثة نَصَّت عليه صراحة منها الدستور المغربي لعام 2011 (الجبوري، 2015).

ب- إنَّ إخراج منازعات العقد الإداري من ولاية القضاء الإداري الذي هو القاضي الطبيعي للفصل في كافة المنازعات الإدارية عدَّهُ البعض مخالفة دستورية (سويلم، 2015.).

الخاتمة

لقد بُنيت نظرية العقد الإداري على يد القاضي الإداري لهدف أساسي هو تحقيق مصلحة المرفق العام وضمان سيره بانتظام واستمرار، ولا يمكن من وجهة نظرنا تحقيق هذا الهدف السامي الذي ترتبط به حياة الإنسان ومعيشته وسعادته إلا بحصر منازعات العقد الإداري بالقضاء الإداري.

وقد أثبتت تجارب السنين وعبر عشرات القضايا أنَّ القاضي الإداري قاضٍ محايد بين طرفي النزاع (الإدارة والمتعاقد معها). ولكن هذا الحياد لا يعني عدم انحيازه لمصلحة المرفق العام فهو في أي نزاع بين طرفي العقد الإداري ينظر أولاً لمصلحة المرفق العام ومتطلبات سيره بانتظام واستمرار ثم يضع الحل الذي يضمن هذا الهدف. وقد يحكم على الإدارة المتعاقدة بتحمل نفقات وتعويضات دونما خطأ من جانبها ولكنه يرى أنَّ هذا الحل فيه ضمانة لتحقيق الهدف الأساس والغرض الرئيس من العقد الإداري وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

أمَّا المحكم الذي ليس له خبرة القاضي الإداري – وهاجسه الأساس في ضمان سير المرفق العام– قد ينظر إلى موضوع النزاع نظرة بعيدة عن هذه الاعتبارات ويتهدد سير المرفق العام وبالتالي تُصاب المصلحة العامة بضررٍ كبير.

هذا من جانب ومن الجانب الآخر فإنَّ مبدأ دوام وانتظام سير المرفق العام أصبح منذ عشرات السنين من المبادئ الدستورية حتى أنَّ بعض الدساتير الحديثة (دستور المغرب لسنة 2011) قد نَصَّت عليه في صلب الدستور كمادة دستورية ملزمة لجميع السلطات. وأنَّ أي نص يتعارض مع هذا المبدأ يكون بالتالي نص غير دستوري. ونرى أنَّ النصوص التي أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية هي نصوص غير دستورية مخالفة لهذا المبدأ.

النتائج:

1- لقد صاغ القضاء الإداري نظرية العقد الإداري على وفق متطلبات المرفق العام ووجوب الحرص على سيره بانتظام واستمرار، ونظرية العقد الإداري ليست نصوصاً تُطبق وإنما أفكار ومبادئ يتعامل معها القاضي الإداري في كل حالة بحسب الوقائع والظروف المحيطة بها ويضع الحلول المناسبة لضمان الهدف من العقد الإداري وهو دوام وانتظام سير المرفق العام، ولا أحد غير القاضي الإداري يستطيع التعامل مع هذه المتطلبات.

2- القاضي الإداري محايد بين طرفي النزاع في العقد الإداري ولكنه منحاز لمصلحة المرفق العام فحيث ما كانت حكم، فإنْ كانت متطلبات المرفق العام وضرورات تسييره بانتظام واستمرار تتطلب الحكم للإدارة حكم لها لتضمن سير المرفق العام (كالتعديل والجزاءات) وإنْ كانت مصلحة المرفق العام وضرورات تسييره بانتظام واستمرار تقتضي الحكم للمتعاقد حكم له ولا يبالي (الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة وعمل الأمير).

3- إنَّ التحكيم قد يؤدي إلى نتائج واجتهادات تتعارض مع ما استقرت عليه مبادئ العقد الإداري المبنية على أساس مقتضيات ومتطلبات المرفق العام ومتطلبات تسييره بانتظام واستمرار، وكل ما قاله المؤيدون للتحكيم في العقود الإدارية من مبررات ومزايا لا سند لها من الواقع وإنَّ الواقع العملي والتطبيقات القضائية تدحض معظم هذه المبررات.

4- يساوي التحكيم بين الإدارة العامة المكلفة بتسيير المرفق العام أو الإشراف عليه وبين المتعاقد معها، وهذا لا يعكس نظرية العقد الإداري التي بُنيت على أساس وجود طرف يمثل المصلحة العامة ويرعاها (الإدارة) له مركز أعلى وسلطات أكبر من متعاقد عادي، ويضمن للمتعاقد عدم إلحاق أي ضرر مادي به إذا اختل التوازن المالي للعقد الإداري بسبب هذه السلطات أو بسبب الطبيعة أو ظروف أخرى خارجية، والتحكيم يؤدي بالتالي إلى تقويض أسس نظرية العقد الإداري، والعقد الإداري لم يكن نتاج ترف فكري أو خيال قانوني وإنما أملته ضرورات عملية تتصل بتقديم الخدمات لجمهور المواطنين من خلال المرافق العامة وضمان استمرار هذه الخدمات بشكل منتظم.

5- لقد أصبح مبدأ دوام انتظام سير المرفق العام من المبادئ الدستورية الأمر الذي يجعل النصوص التشريعية التي أجازت التحكيم من وجهة نظرنا غير دستورية لمخالفتها أصل نظرية العقد الإداري وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

التوصيات:

1- إلغاء جميع النصوص التشريعية التي أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية لمخالفتها لمبدأ دستوري وهو مبدأ انتظام ودوام سير المرفق العام الذي عده المجلس الدستوري الفرنسي منذ أكثر من ثلاثين عاماً من المبادئ الدستورية وكذلك ما

نَصَّت عليه بعض الدساتير صراحة مثل الدستور المغربي لسنة 2011. أو على الأقل تقييد اللجوء إلى التحكيم بأضيق الحدود وبما لا يتعارض مع أحكام ومبدئ نظرية العقد الإداري وإلزام أطراف التحكيم بجعل مصلحة المرفق العام ومتطلباته هي الهدف الأساس في أي حل يضعه المحكم أو المحكمين.

2- إعطاء القضاء الإداري الاختصاص الحصري للنظر في منازعات العقود الإدارية لأنَّهُ الأقدر على مواءمة مبدأ انتظام سير المرفق العام مع الحلول التي يضعها للنزاعات المعروضة عليه. وتوسيع اختصاص القضاء الاداري ليشمل منازعات العقود الإدارية إلى جانب القرارات الإدارية في البلدان التي لا زال القضاء العادي هو المختص فيها بنظر تلك المنازعات.

3- ندعو فقه القانون العام إلى توضيح نظرية العقد الإداري وصلتها بالمرفق العام من جانب وبالقضاء الإداري من جانب آخر. فهذا القضاء هو الذي أرسى قواعد وأحكام العقد الإداري لكي يضمن سير المرفق العام بانتظام واستمرار وبالتالي لا يمكن لغير هذا القضاء أنْ يوائم بين متطلبات المرفق العام وضرورات تسييره بانتظام واستمرار وبين حل منازعات العقد الإداري بما يضمن ويحقق هذا الهدف.

المراجع

التحيوي، م. (1995)، اتفاق التحكيم وقواعده، (ب.ط)، مصر: دار الفكر الجامعي، ص: من131 إلى 132.

الجبوري، ش. (2015)، أثر مبدأ انتظام ودوام سير المرفق العام في تنفيذ العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة إربد الأهلية.

الجبوري، م. (2001)، العوامل المؤثرة في اجتهاد القاضي الإداري الحولية العراقية للقانون، ع1، ص: من 57 وما بعدها.

الجبوري، م. (2012)، الوسيط في القانون الإداري، (ط2)، دار ابن الأثير، ط2، ص: 274 إلى 448.

الجبوري، م. (2015)، جودة خدمة المرفق العام المبدأ الرابع من المبادئ التي تحكم المرافق العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العراق.

الحلو، م. (2013)، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، (ب.ط)، ص: 20 إلى 345.

الخلايلة، م (2015)، القانون الإداري، الكتاب الثاني، (ب.ط)، عمان: دار الثقافة، ص: 316.

خليفة، ع. (2011)، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، (ب.ط)، مصر، منشأة المعارف، ص: من 276 إلى 277.

راضي، ر. (2007)، التحكيم في العقود الإدارية –دراسة مقارنة– رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين.

سويلم، م. (2015)، مبادئ الإصلاح الدستوري، (ب.ط)، المكتب الجامعي الحديث، ص: 620.

شعيب، م. (2015)، إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء، مجلة الحقوق، الكويت، ع4، ص: 301.

الشواربي، ع. (1996)، التحكيم والصلح في التشريعات المختلفة، (ب.ط)، (ب.د)، ص: 11.

الصادق، م. (2015)، الخلفية الثقافية والقانونية للمحكم ومدى تأثيرها على الدعوى التحكيمية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع4، ص: من 306 إلى 306.

الطروانة، م. (2010)، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، (ب.ط)، عمان: دار وائل، ص: 24.

الطماوي، س. (1995)، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، (ب.ن)، ص: من 340 إلى 432.

طه، م. (2015)، الوسائل غير القضائية في تسوية منازعات العقود الإدارية، رسالة ماجستير، الأردن: جامعة آل البيت.

العاني، م. (2016)، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون العراقي، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء.

العبادي، م. (2007)، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج34، ع2، ص: 367.

العبادي، م. (2007)، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، (34)، العدد (2)، ص: 367.

عكاشة، خ. (2014)، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، (ب.ط)، عمان، دار الثقافة، ص: 67.

القطاونة، م. (2012)، شرح قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، بحث منشور على شبكة قانوني الأردن، ص: من 160 إلى 193.

المحروقي، ش وناجي، أ (2012)، التحكيم في العقود الإدارية (ب.ط)، (ب.ن)، ص: 82 إلى 86.
Vedel.(1999), G. Delovole .p. Droit administratif . P.U.F.
Bernard STIRN. Le conseil dEtat et l Eurepe.
Sirinelli.J.(2011), Les transfor mations du droit administratif par le droit de l union europeen. L.G.D.J,.
Auby. J.B. L (2010), influ ence du droit europeen sur les categorpies du droit public. Dallaz.
Long et autres. (2009)Les grands arrets de la jurisprudenc administrative.
Richer.L. (1995), Droit des contrats administratifs. L-G.D-J.P. -
Debbaseh.c.Ricci.J.c. contentieux administratif Dalloz .6 edition.-
Chapus. R. (1995), Droit administratife general .T.1. -

Method Solution Of Disputants Of The Contract Administrative In Security Walk The Enclosed Year In Uniformity And Continuation

Maher S. Aljbouri *

ABSTRACT

The development of economic ties and interlocking trade relations between the countries, especially after the supplier modern communications and scientific discoveries and the enormous winds of globalization that swept the world and foreign distrust of the national judiciary technology revolution has made the legislature in many states permit the use of alternative Convention for the national judiciary which is arbitration. However, the arbitration leads to results and assumptions contradict what is settled upon principles based on the basis of the interests and demands public utility and the requirements of run it regularly and the continuing the administrative contract, and all what he said pro-arbitration in Public Contracts of justifications and benefits are not guaranteed in reality though practice and judicial applications refutes most these justifications. The principle Permanence has become irregular conduct of public utility of the constitutional principles which makes legislation which allowed arbitration to be unconstitutional for violating the theory of the origin of administrative contract it is to ensure the functioning of public utility to systematically and continuously.

Keywords: Arbitration, Public utility, Disputes, administrative contract, Guarantee, Systematically and continuously.

* Irbid Private University. Received on 22/9/2016 and Accepted for Publication on 17/11/2016.