

التحكيم في العقود الإدارية

رولا نائل سلامة*

ملخص

تتلخص هذه الدراسة من حساسية وخطورة التوصيف الدقيق للعقد الإداري، بالنظر إلى أن الإدارة هي أحد أطراف العملية العقدية، وبالتالي وكنتيجة حتمية تعرضها لجهات الإختصاص القضائية المقررة قانوناً حال نشوب أي منازعة قد تنشأ عن هذا العقد، مما يعزز بدوره الالتجاء لوسيلة اتفاقية ودية أخرى، يفرض من خلالها أي نزاع قد يحدث مستقبلاً، ويكون مصدره هذا العقد، ألا وهي (التحكيم)، تلك الوسيلة الاستثنائية التي تضاربت الآراء الفقهية حولها ما بين معارض ومؤيد لها، فبينما عدها جانب تجاوزا للسلطات القضائية المختصة، لإبل انتهاكا لسيادة الدولة وقانونها الوطني فيما يتصل بالتحكيم الخارجي، حال تنفيذ شرط أو مشاركة التحكيم في الدول التي أخذت بهذا الاتفاق، أشار المؤيدون للتحكيم أن عدم فض النزاع المطروح بواسطة هذا الاتفاق، لا يعفي أطراف العملية العقدية من اللجوء للقضاء، وأن إحالة النزاع للتحكيم ليس سوى تأكيداً لمبدأ الرضائية وإشاعة الود بين أطراف العملية العقدية وتخفيف العبء عن كاهل القضاء مختزلين بذلك الكثير من الوقت والجهد، عن طريق محكمين مؤهلين ومحترفين وخبراء في مجال فض النزاعات القانونية بصورة ودية لا تقل عن كفاءة القضاء، وأخيراً كيف يبررسكوت المشرع الأردني عن إيراد نص يسمح لأطراف النزاع في العقود الإدارية، اللجوء إلى التحكيم، مع مقارنة هذا بموقف مجلس الدولة الفرنسي، خصوصاً لدى حظره فض النزاع الناشئ عن العقود الإدارية (بالتحكيم)، وتخفيفه من حدة هذا المبدأ، بما يتصل بتلك الناشئة عن العقود التي تبرمها الإدارة مع الأطراف الأجنبية، مما يستدعي تطبيق قانون آخر غير ذلك الوطني.

الكلمات الدالة: التحكيم، العقود الإدارية.

المقدمة

لدى مجلس الدولة الفرنسي والذي يعتبر الوطن الأصل للقانون الإداري وكافة الدول التي سارت على نهجه هي بمثابة الأم الحاضنة لهذا القانون.

وعليه؛ فقد تناولت هذه الورقة البحثية مدى جوار اللجوء للتحكيم بوصفه الطريقة الاستثنائية كما أشار إليها معظم الفقه لحل النزاعات الناشئة عن العقود بمختلفها، ولعل ما يهمننا في معرض الحديث وبما يتصل في الموضوع محل الدراسة هو التحكيم كوسيلة لحل منازعات العقود الإدارية، ابتداءً بإيضاح مفهوم منازعات العقود الإدارية انتقالاً لمدى إمكانية هذا الاتفاق من الانطباق على تلك المنازعات بشقيها الداخلي والدولي وعلى التوالي آخذين بعين الاعتبار المنازعات والآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لهذا كله، وصولاً للتوجهات القضائية والتشريعية في القانون الأردني والتشريعات المقارنة والتي سنرى بأنها تفاوتت ما بين السكوت الغير مبرر عن إيراد نص يمنع من خلاله الاجتهاد بما ورد فيه، والحظر الذي قد نراه في معظم الأحيان مبرر للحجج القائمة عليه، وما بين تذبذب موقوف على شرط بتخلفه يعتبر اتفاق التحكيم باطلاً مما يهوي به لمرتبته العدم، مع إيراد رأينا الشخصي المتواضع الذي نتمنى أن يكون قد أدرك جانباً من الصواب والشكر لله في ذلك.

انطلاقاً من الدور الذي سعت من خلاله معظم الدول لصيانة حقوق ومصالح أفرادها المختلفة عن طريق رسم أسس تشريعية دقيقة تشكل درعاً قانونياً واقياً يحمي محل هذه المصلحة - المصلحة العامة - ويرعاها، وبالنظر للعقد الإداري والذي استقل بمعايير ميزته عن غيره من سائر العقود الأخرى، تلك التي استمدتها من عناصره المكونة له، والتي يمثلها في أعلى الهرم التنظيمي وجود الإدارة كطرف من أطرافه العقدية، وما تتمتع به من امتيازات وحقوق مضافاً إليها ما يقع على كاهلها من أعباء بوصفها شخصاً من أشخاص القانون العام ذلك الذي يمنحها الاختصاص والولاية، التي قد تخفف من مبدأ رضائية العقد بتأصيله المدني تارة، ويمنحها السلطة والسيادة تارة أخرى، بالنظر لطبيعة النشاط العقدي الذي تبرمه وما يحفه من قواعد خاصة محلها المرفق العام، وأساسها حسن تسييره بانتظام واضطراد كمبدأ أساسي ومستقر،

* مكتب الخرايشة للقانون، الأردن. تاريخ استلام البحث 2015/5/6، وتاريخ قبوله 2016/1/11.

المطلب الأول: منازعات العقود الإدارية وقابلية التحكيم للانطباق عليها

تجدر الإشارة ابتداءً إلى أنه يتوجب وإلضفاء الصفة الإدارية على أي عقد أن تكون الإدارة أحد طرفيه، وفي هذه الصدد أشار جانباً من الفقه إلى أن الإدارة وعندما تبرم عقودها تتبع طرق تختلف عن طرائق اختيار الأفراد العاديين في إبرام العقود، ولذلك فإن الإدارة تتمتع بامتيازات واسعة مقابل ضمان حقوق المتعاقدين الآخر في التوازن المالي (الجبري، 2012).

وعلى الرغم من اعتراف قضائنا الأردني بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، ونظامها القانوني المنفرد والذي يستخلص من ذاتيته هذه العقود لتعلقها محلاً (بالمرفق العامة وإدارتها)، وما تحتويه أيضاً من شروط غير مألوفة، إلا أن مشرعنا أنط النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للمحاكم العادية، ولعل أصدق مثال على ذلك هو قرار محكمة العدل العليا رقم (79/40)، والذي كان ما تضمنه الآتي:

(لقد انعقد اجتماع الفقه والقضاء معاً على أن المنازعة الخاصة بانعقاد العقد، أو صحته، أو تنفيذه، أو انقضائه، أو فسخه أو إلغائه، هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية) (كنعان، 2012).

هذا وقد أتت المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم (27 لسنة 2014م) مستثنية من بين طياتها اختصاص المحكمة الإدارية للنظر في العقود الإدارية، وعليه فلا بد في أن تتصل المنازعة الإدارية بنشاط الإدارة، باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام مستخدمة في تسييره امتيازاتها وسلطتها كصاحبة اختصاص، من هنا عرف جانب فقهي منازعات العقود الإدارية بتلك (المنازعات التي تنشأ في العقود الإدارية، وفي مجال القانون العام وتحت مظلتها، وفي خلال أجوائها ومناخه المتميز، فلا يجوز إبعادها على القضاء الإداري، وعن قواعد القانون العام وضوابطه من حيث المسؤولية وأركانها، التي لا تؤسس على قواعد القانون المدني، إذ لا غنى في مجالها عن وجوب استظهار ظروف العلاقة بين مدعي الضرر والمرفق) (البطوش، 2013).

كما وعرفه الفقه الفرنسي بأنه: نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة ووسائل أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية وطنية أو أجنبية من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي تحل بطريق التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك، وخروجاً من مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون الأخرى في اللجوء إلى التحكيم (الشنب، ناجي 2013).

وعليه فمننا بتقسيم هذه الورقة البحثية وفقاً لما يأتي:
المطلب الأول: منازعات العقود الإدارية وقابلية التحكيم للانطباق عليها.

المطلب الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية.

المطلب الثالث: اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

مشكلة البحث

تكمن إشكالية هذه الدراسة من حساسية وخطورة التوصيف الدقيق للعقد الإداري بالنظر إلى أن الإدارة هي أحد أطراف العملية العقدية، وبالتالي وكنتيجة حتمية تعرضها لجهات الاختصاص القضائية المقررة قانوناً حال نشوب أي منازعة قد تنشأ عن هذا العقد، مما يعزز بدوره الالتجاء لوسيلة اتفاقية ودية أخرى، يفض من خلالها أي نزاع قد يحدث مستقبلاً، ويكون مصدره هذا العقد ألا وهي (التحكيم) مما يطرح عدة تساؤلات في هذا الصدد، تتعلق أولها بمدى قوة الحجج المعارضة للأخذ باتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية بوصفه تجاوزاً للسلطات القضائية المختصة، وعليه هل يخرج التحكيم بوصفه عملاً تعاقدياً له مبرراته الخاصة عن أي سلطة قضائية حال تنفيذ شرط أو مشاركة التحكيم في الدول التي أخذت بهذا الاتفاق؟ وهل أن عدم فض النزاع المطروح بواسطة هذا الاتفاق يعفي أطراف العملية العقدية من اللجوء للقضاء؟ وعن اختيار المحكمين أطراف حل النزاع العقدي فهل هم أشخاص غير مؤهلين قانونياً لحل النزاع القائم فعلاً؟ أم أن الجهة القضائية المختصة هي الأقدر والأكفأ على حل النزاع قصراً وعلى وجه الحصر والتحديد؟ وبما يتعلق بالحجة القائمة على أن فض النزاع العقدي الإداري الدولي بموجب الاتفاق على إحالته للتحكيم يشكل انتهاكاً صارخاً وانتقاصاً لهيبة الدولة وسلطانها وبوصفها صاحبة الولاية والسيادة العليا فهل أن هذا هو الحاصل فعلاً وعملاً؟ أم أن لرضائية العقد وشرعيته دور للتخفيف من حدة هذا المبدأ؟ وهل أن سكوت المشرع الأردني عن إيراد نص يسمح لأطراف النزاع في العقود الإدارية اللجوء إلى التحكيم إباحة للجوء إليه؟ وماذا عن موقف مجلس الدولة الفرنسي؟ وما الحكمة من حظره لفض النزاع الناشئ عن العقود الإدارية (بالتحكيم) وتخفيفه من حدة هذا المبدأ بما يتصل بتلك الناشئة عن العقود التي تبرمها الإدارة مع الأطراف الأجنبية مما يستدعي تطبيق قانون آخر غير ذلك الوطني؟

هذا ما سنتناوله بالطرح والتحليل - قدر ما أمكن - إن شاء

الله.

المحكمة التي يقع الاتفاق أمامها مختصة بالنظر في أصل النزاع الذي أحيل على التحكيم أو لم تكن (المعاقبة، 2014).
إلا أننا نتفق مع ذلك الجانب الفقهي الحكيم، والذي اعتبر بدوره، أن الاتفاق على التحكيم هو (عمل تعاقدى رضائي مستقل عن أي شيء آخر، وأن تنفيذه شكلاً وموضوعاً هو عمل قضائي له مصدره، وإجراءاته، وموضوعه، وغاياته، وآثاره التي تقوم وتحقق ضمن إطار تنظيمي خاص) (عبدالهادي، 2005).

كان هذا على عكس ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية عندما أُلحقت اتفاق التحكيم بالطبيعة التعاقدية، وأسبغته بطابع قضائي، وبذلك رجح أنصار هذه النظرية اتسام اتفاق التحكيم بالطابع القضائي، معللين موقفهم بأن (الدولة وحدها تحتفظ بسلطة إقامة العدل بين الناس ولكنها تفوض جزء من هذه السلطة إلى المحكم الذي يختاره المتخاصمون في حدود النزاع الذي يطرحونه عليه، فيكون هذا التفويض هو السبب المنشئ لسلطة المحكم، ويكون اتفاق الخصوم بمثابة شرط لقيام هذا التفويض، مستندين إلى وحدة الوظيفة أو الغاية بين عمل المحكم والعمل القضائي، التي تتمثل بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون، وأن سلطة المحكم ليس اتفاق التحكيم فقط، بل القانون الذي يعترف بالتحكيم، ويجعل الحكم ملزماً له) (احمد، 2003).

ودون الخوض في تفاصيل الطبيعة القانونية العقدية لاتفاق التحكيم - طبقاً لما نراه - نظراً لتأسيسه على مبدأ الرضائية، والتوافق المفترض في كافة العقود المستندة لشرعية متعاقدتها وقد أحسن المشرع الأردني صنفاً عندما وظف كلمة اتفاق التحكيم في أكثر من موضع للإشارة إلى صفته العقدية بما يحيطها من اعتبارات خاصة، منبثقة من طبيعة هذا الاتفاق بتفاصيله الدقيقة معززاً تشريعه بتطبيقات قضائية تمت الإشارة إلى إحداها فيما سبق.

وعلى الرغم من الصراع المرير بين معارض ومؤيد لهذا الاتفاق، ومدى إمكانية تطويعه للانطباق على عقود المنازعات الإدارية، فإنه لا يمكن إنكار جهود الفقهاء المتراكمة في صناعة البوصلة القانونية الإرشادية الصانعة للقانون، من هنا كان لابد لنا من الاستهداء بأرائهم الجليلة وطرحها على التوالي بين مؤيد ومعارض بدء بما يتصل في منازعات العقود الإدارية الداخلية وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني بمزيد من التفصيل.

المطلب الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية
يعود الفضل في التسمية الأصل للتحكيم في المواد الإدارية للفقه والقضاء الفرنسيين ذلك الذي نعته باصطلاح

وعرفه الفقه المصري كذلك بأنه: " وسيلة قانونية تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وبمقتضاها يستغنى بها عن القضاء الإداري لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات ذات طابع إداري عقدية أو غير عقدية بما بينها وبين أحد" (الشنب، ناجي 2013).
وعليه فقد بات من المسلم به أن المنازعة تكون إدارية وتدخل في اختصاص مجلس الدولة إذا توافر فيها عنصران، أولهما: اتصال المنازعة بسلطة إدارية بمعنى أن تكون السلطة الإدارية أحد خصوم الدعوى كمدعي أو مدعى عليه، وثانيهما اتصال المنازعة بنشاط مرفقي تباشره السلطة الإدارية بوسائل القانون العام بمعنى أن تكون المنازعة محصورة في المطالبة بأثر من آثار المترتبة على علاقة إدارية من علاقات القانون العام أي علاقة يكون القانون العام هو القانون الواجب التطبيق عليها (هند، حسن 2007).

من هنا ثار خلاف فقهي طويل لتحديد الطبيعة القانونية الدقيقة للتحكيم بالنظر إلى نظامه ككل، كما تضاربت الآراء القانونية حول التوصيف الدقيق لهذا النظام، وإذا ما كان ذو صفة عقدية أو قضائية، أو أنه خليط من هذا وذلك، أم أن له استقلاله الوصفي المنفرد. ففي الغالب كل ما هو تعاقدى ليس قضائياً، وكل ما هو قضائي ليس تعاقدياً (ابو الوفاء، احمد 2000).

وعليه كان لا بد لنا من الوقوف على الأسانيد التشريعية التي تتيح بدورها اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مما يستلزم منا استعراض الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لذلك آخذين بعين الاعتبار الحجج والأسانيد التي يركز عليها كل منهما بدءاً بالمنازعات التي لا تتجاوز النطاق الإقليمي للدولة، انتقالاً لتلك التي تنشئ لدى إبرامها عقود إدارية مع جهات اجنبية، وعليه خصصنا المطلب الثاني للحديث عن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الداخلية كما وخصصنا المطلب الثالث للحديث عن تلك التي يتخللها طرف أو أطراف أجنبية.

ولأن عملية التحكيم تبدأ بالاتفاق عليه وتنتهي طبيعياً بصور الحكم المنهي للخصومة (الطراونة، 2005)، كما عبر عنها جانب فقهي مستخلصاً ذلك من قانون التحكيم الأردني الذي أشار وفي أكثر من موضع بكلمة اتفاق التحكيم (قانون التحكيم الاردني، م 9، 10، 11، 2001).

فقد ذهب محكمة التمييز الأردنية إلى تبني النظرية العقدية للتحكيم ففي قرارها رقم (54/132) أشارت إلى أن: (الاتفاق على التحكيم عقد يتم برضا الطرفين واختيارهما، ويعد عقداً صحيحاً، سواء تم أمام المحكمة أو خارجها، وسواء أكانت

الإداري (عبدالهادي، 2005).

وفي ظل ما سبق سنتناول هذه الأسباب وأسانيدها الداعمة وفقاً لما يأتي:

أولاً: عدم وجود تنافر بين تحكيم والقانون العام.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي للإشارة وطبقاً للنص الحرفي المستخلص من العبارات التالية:

(Qu'il n'y pas d'incompatibilite rationnelle entre arbitrage et droit public)

إلا أنه لا يوجد تعارض أو عدم توافق منطقي بين التحكيم والقانون العام، وختم هذا الرأي قوله وبحسب تعبيره، "حتى وإن كانا يشكلان بحسب العادة زواجاً سيئاً (جورجي، 1999).

مضافاً إلى ذلك عدم وجود نص صريح، يحرم اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية هذا ما شكل تخبطاً قضائياً متراكماً في البحث عما إذا كان هناك حظر تشريعي مطلق يمنع الأخذ بهذا الاتفاق التحكيم في العقود الإدارية مما أدى بدوره للتأثير على مستوى الأحكام القضائية بشكل مفترض (شفيق ساري، 1999).

وعليه دعم هذا الاتجاه رأيه بعدم وجود مصدر أو أصل لرفض التحكيم في العقود الإدارية بشكل قاطع، كما وتم حسم هذا الصراع العتيد كما أطلق عليه الفقه، والذي ثار ولا يزال ثائراً -حسب وصفه القانوني الأنيق - والذي انتهى بحسم تشريعي بكثير من الدول (عبدالهادي، 2005)، حتى وإن تفاوتت النصوص التشريعية ما بين إباحة مطلقة أو مقيدة، أو تلك التي تصل إلى مرحلة الحظر الغير كامل.

ثانياً: إن الدولة وبمختلف أجهزتها الإدارية العليا تمتلك القدرة القانونية، والتشريعية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية للجوء إلى أية تصرفات تراها مناسبة لحل منازعاتها وخلافاتها ومن بين هذه الخلافات (التحكيم) طالما حققت من خلالها المصالح العامة لأفرادها، مراعية في ذلك الغايات المشروعة لتحقيق أهدافها، كما أن لجوء الدولة لهذا التصرف القانوني بات معروفاً في معظم دول العالم بصفاته وخصائصه وإجراءاته وآثاره الخاصة المختلفة عن باقي التصرفات الأخرى مثل التسهيل والخبرة والوساطة، ذلك ما حدا لبعض الفقه لتسميته (بالقضاء المساعد) لأن لجوء الأطراف الرسمية العامة في الدولة للتحكيم سيدفعها إلى اختيار محكمين على مستوى عال من التخصص والخبرة والكفاءة (عبدالهادي، 2005).

مما يجعل من التحكيم الطريق الأمثل والأسرع والأكفأ لفض النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية، وفقاً لما تقتضيه طبيعة هذه العقود من سرعة ومرونة، مراعيًا بذلك المصلحة العامة وحسن تسييرها بانتظام واضطراد.

(administrative) (L'arbitrage en droit) أي التحكيم في القانون الإداري، وعلى هذا الهدي سارت معظم التشريعات العربية وعلى رأسها القانون الأردني والمصري.

وفي خضم الحديث عن صلب الموضوع محل الدراسة فقد اختلف الفقه ما بين مؤيد ومعارض بجواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، كما وقسم التحكيم بدوره إلى نوعين مستخلصين من التسمية الفرنسية الأم لهم، أولهما الحكيم الاختياري (L'arbitra Volontaire) وثانيهما (L'arbitrage Force) وهو التحكيم الإجباري، إلا أننا سنتناول الأول دون الثاني لعدم الإطالة ولأنه الأصل في التحكيم، وبه تكون إرادة الأطراف حرة في اختيار اللجوء إليه من عدمه، دون جبراً أو إلزام.

وعليه أشار جانب من الفقه إلى أن (مبدأ التحكيم الاختياري) ينطوي على جانب نفسي مهم وهو تحرير الأطراف المعنية من هيمنة الجبر والقصر والإلزام، التي لا تتفق مع الطبيعة الفطرية للإنسان بوجه عام، مستهلاً حديثه بأن التحكيم الاختياري هو المنبع التأسيلي لنشأة التحكيم لزمن بعيد (بحد تعبيره القانوني الرصين) (عبدالهادي، 2005).

ويعتمد هذا النوع من أنواع التحكيم على دعامين هما الإرادة الذاتية للخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة (عبدالنعيم، 2002).

وعليه فإذا ما طبقنا القانون الوطني على إجراءات التحكيم لعدم تجاوز أطراف العملية العقدية الحدود الإقليمية الداخلية والقانون الوطني الداخلي للدولة كان التحكيم داخلياً، وعلى العكس تماماً فإذا تجاوز النزاع الإداري العقدي إقليم الدولة بأن كان أحد طرفيه أجنبياً، وكان مؤده تطبيق قانون آخر عابر للإقليم الداخلي، وصف التحكيم بالدولية، وسواء كان المعيار الفيصل في تحديد نوع التحكيم إجرائياً ويعتمد على نوع القانون الواجب التطبيق على النزاع، أم كان موضوعياً ويتعلق بالنزاع نفسه بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق وجنسية المحكمين، والخصوم، ومحل التحكيم، سنأخذ على عاتقنا النظر في الأسانيد والحجج الفقهية في مدى جواز اللجوء للتحكيم من عدمه في منازعات العقود الإدارية؛ لأن ما سبق يخرج عن الإطار التحليلي لموضوع الدراسة.

وفي مقام الحديث عن الاتجاهات المؤيدة لإمكانية تطبيق التحكيم على منازعات لا عقود الإدارية الداخلية، والتي يرى جانب من الفقه نؤيده، بأن هذا الاتجاه لا يزال هو المهيمن فقهاً وقضاء في هذا المجال نظراً لاستناده على أسباب نظرية وواقعية معاً عززت من خلالها وجهة نظره وجعلت رأيه مطابقاً فعلاً في كثير من التصرفات الإدارية العامة ومنها العقد

وبما هو حاصل فعلا، بأن المحكمين ما هم إلا صفوة الصفوة في المجتمع القانوني، ويمثلون الشريحة الأكفأ والأمثل والأقدر، وإن الناظر في القرارات التحكيمية على الصعيد الدولي والمحلي سيجد بأن من تولوها كانوا من أستاذة القانون وكبار رجال القضاء مستعنيين بالخبراء والمتخصصين والمستشارين في جميع المجالات الفنية أو القانونية وعلى حد سواء.

ويترتب على ذلك، أن هؤلاء المحكمين قد يعملون القواعد القانونية المناسبة، ويسيروا على هدي الأعراف الإدارية الثابتة والملزمة، ويستفيدون معاً من أية أحكام وسوابق قضائية، تتعلق بموضوع التحكيم، في سبيل تحقيق واجباتهم بغية إرساء حقوق أصحاب النزاع وهو بذلك ينسجم ويتوافق مع طبيعة أعمال الإدارة وأهدافها السامية (عبدالهادي، 2005).

بالإضافة لتخصصهم الدقيق في مجال المنازعات الإدارية ذلك الذي قد لا تتمتع به هيئات التقاضي في المحاكم العادية، وفي ظل إخراج مشرعنا الأردني إياها من اختصاصات المحاكم الإدارية وإنطتها مع باقي العقود المدنية، فإننا نرى بأن أشخاص حل النزاع تحديداً في ما قد يثور بصدد الحديث عن العقود الإدارية هم الأكفأ فعلاً للنظر في موضوع النزاع، طالما تم انتقائهم على نحو من الدقة والخبرة والرصانة.

وعزز الراضين حجتهم بعدم إمكانية رفع دعوة جديدة أمام القضاء لمن صدر قرار التحكيم في غير صالحه، مما يحرمه من أهم ضماناته المصونة قضائياً والمتمثلة بحقه في الطعن بالإحكام ذلك لما يتمتع به حكم التحكيم من قوة إلزامية بين أطرافه، وعلى ذلك فلا يجوز لأحد الخصوم أن ينازع في الحكم مرة أخرى أمام القضاء أو أمام المحكمين أنفسهم لأن الحكم الصادر من المحكمين يحوز على حجية الأمر المقضي به (عبدالنعم، 2002).

إلا أننا نرى بأن عدم اللجوء للقضاء ابتداءً، أو عدم إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي انتهاءً هو ليس إلا إقراراً لمبدأ الرضائية في هذا الاتفاق، وتأسيساً لإرادة أطراف النزاع الحرة في اللجوء إليه، على عكس القضاء العادي فإن تحرر هذا الاتفاق من القيود القضائية الثابتة في الدعاوى العادية، ما هو إلا تأكيد على خصوصيته وأهميته المنفردة، واستقلالية المستمدة من طبيعته القانونية أساساً والتي تقتضي السرعة والمرونة في حل النزاع القائم بينهم بصورة ودية ووقائية.

وإننا ننفق مع الاتجاه الذي يرى بأن قبول الأطراف باعتبار قرار التحكيم قراراً نهائياً وقابلاً للتنفيذ الفوري بعد صدوره دون إمكانية الطعن فيه، حتى لا تستخدم طرق الطعن القضائية العادية كوسيلة لتعطيل تنفيذ القرار الصادر في التحكيم بإتباع الإجراءات القضائية، تلك التي نعتها ذلك الجانب بالقيمة

ثالثاً: إن اللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع قد يثور يحافظ على خصوصية موضوع النزاع القائم وحصره بين أطرافه العقدية لا بل وحتى قبل أن يثور أساساً وبذلك فهو يمثل الجانب الوقائي لا العلاجي برضا وتوافق أطرافه للجوء إليه أساساً، وعليه يحافظ التحكيم على خفايا وأسرار الشخصية القانونية والواقعية لأطراف النزاع ويحمي - موضوع النزاع - من التعري أمام الغير والناس (عبدالهادي، 2005).

مما يتضح معه - وفقاً لما نراه - زيادة في التخصيص للموضوع محل النزاع القائم، على عكس القضاء المكبل بعننية جلساته، إلا بما استثنى من ذلك، وبالنتيجة وطالما أن اتفاق التحكيم سواء أكان شرطاً في العقد واتصل بأي نزاع قد يثور مستقبلاً بمفهومه الواسع، أم كان مشاركة بتحديد نوع النزاع القابل للنظر حال نشوئه، فإنه يشكل حاجزاً قانونياً وقائياً يتصدى لكل نزاع قد ينشأ مستقبلاً، محددًا الخطوط العريضة و/أو التفاصيل الدقيقة التي ستحكمه فور نشوئه، وهو بذلك يوفر الجهد والمال والوقت بعيداً عن رسوم الدعاوى وإجراءاتها المعقدة، ويحقق أهم المبادئ الثابتة في القانون الإداري، من مرونة وسرعة ودقة، وبأسلوب رضائي (طالما أن اللجوء للتحكيم يتم ويتحقق برضا هذه الأطراف ورغبتها، وحريتها الكاملة، مما يضفي على الأفراد المعنيين جواً واقعياً ونفسياً، ويحافظ على العلاقات والمشاعر الطيبة بينهم جميعاً) (عبدالهادي، 2005).

هذا ما يجعل من التحكيم حلاً اتفاقياً ودياً، ومتوافقاً مع رغبات الأطراف، مما يؤدي إلى الرضائية السابقة والرضا اللاحق عن القرار التحكيمي بعيداً عن المحاكم والتي عادة ما تستخدم أسلوب القسر والإجبار.

وبذلك فإن التحكيم، هو حق مقرر قانوناً لطرفي النزاع معاً، ولا يملك أحدهما دون موافقة الآخر اللجوء إليه في منازعة نشأت بينهما على الإطلاق (عبدالنعم، 2002).

إلا أن جانباً عريضاً من الفقه خالف فكرة اللجوء إلى التحكيم في أي نزاع كائناً ما كان، وبرر هذا الجانب رفضه وفقاً لما يأتي:

أولاً: يشكل هذا الاتفاق - التحكيم - خرقاً لتلك الضمانات التي توفرها الجهات القضائية الرسمية، والتي تحمي حقوق الأطراف وترعاها مستنديين في ذلك إلى أنه غالباً ما يكون المحكمون من رجال الأعمال والمتخصصين في موضوعات معينة، وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة في غالب الأحيان، مما لا يساعدهم على تحقيق العدالة المطلوبة (شفيق ساري، 1999).

ويمكن الرد على هذه الحجة طبقاً لوجهة نظرنا المتواضعة

والمعقدة (سامي، 1997).

وعن الحظر الثاني فقد كان متمثلاً في النفقات الباهظة التي يتكبدها أطراف النزاع لدى لجوئهم لهذا الاتفاق، تلك التي تتمثل بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المحكمون، مضافاً إليه أتعاب المحامين والمستشارين والخبراء القانونيين، وكل ما نحوه. ولتجاوز هذا الفرض المتذبذب، فإننا نرى بأنه وإن صدق هذا القول على النزاعات في العقود الإدارية الدولية، فإن حدته تكاد تنقلص ولا تتكافأ أصلاً مع النتيجة المتواخاة لحل النزاع وحسمه بسرعة ومرونة مما يجعله وبالمقارنة مع الطريقة الأتوماتيكية لحل النزاع، والمتمثلة بالقضاء الأوفر نسبياً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار نتائجه السريعة والمرضية لأطراف النزاع دون عداوة أو بغضاء.

مما يحطم الحواجز النفسية والمادية التي تجعل كثيراً من الأفراد والجهات تتردد في التعاقد مع الإدارة لتخوفها التقليدي والمبرر - طبقاً لما يراه الفقه - من السلطات والامتيازات الكبرى التي يتضمنها العقد الإداري لمصلحة الإدارة (عبدالهادي، 2005).

أما الحجة الثالثة فقد ارتبطت بعدم إمكانية اتفاق التحكيم، لحسم النزاع القائم بين أطراف العملية العقدية، والتي ارتكزت بدورها على قصور هذه الطريقة في حسم النزاع، فما هي إلا زيادة في المماطلة وهدر الوقت -وفقاً لما يروونه - وكأنها تسير في حلقة مفرغة وتعود إلى ذات المرجع المختص المتمثل بالجهات القضائية.

مما يزيد من العبء الملقى على كاهل القضاء، ويضيف كما جديداً من المنازعات بالإضافة لذلك الموجود أصلاً مما يستنزف المزيد من الوقت والجهد (شفيق ساري).

إلا أننا حتى ولو سلمنا بصحة هذا الادعاء فالسؤال الذي يثور هنا، ما هي نسبة الحالات التي لم يصل فيها التحكيم لحسم النزاع مقارنة بتلك التي عالجها لحد الاستئصال؟

كما أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا ينتزع اختصاصات وسلطات القضاء الرسمي في الدولة، وفي كل الأحوال يظل القضاء هو السيد الأعلى لحل المنازعات، والتحكيم ليس إلا وسيلة تساعد، وتحقق أهدافه، وتخفف العبء عنه، حيث لا يتم اللجوء إليه أصلاً إلا (بإذن من المشرع سواء أكان هذا الإذن القانوني بالنص الصريح أم الإباحة الضمنية المفترضة) (عبدالهادي، 2005).

مما يعني وكنتيجة حتمية، أن هذا الاتفاق (التحكيم) لا يمس بمبدأ الفصل بين السلطات أساساً وبالتالي فهو لا يمثل قضاء خاصاً له طبيعته المنفردة.

من هنا وبعد استعراض كل من الآراء الفقهية المؤيدة

والمعارضة لإمكانية الأخذ باتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية من عدمه، والتي قد تتلاشى خطورتها أمام تلك العابرة لحدود الدولة أو قانونها الوطني، نظراً لحساسية مثل هذه العقود وانعكاساتها الخطيرة على أمن وسيادة الدولة من جانب، وعلى محل العقد المتنازع عليه من جانب آخر، كان لا بد لنا من الانتقال مباشرة لدى إمكانية تطبيق مثل هذا الاتفاق على المنازعات الإدارية الدولية، آخذين بعين الاعتبار التوجهات التشريعية في بعض الدول، ومدى طواعية هذا الاتفاق للانطباق على ما قد يثور من منازعات في عقودها الإدارية الداخلية والخارجية على حد سواء، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثالث.

المطلب الثالث: اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

عرف جانب من الفقه القانوني التحكيم الدولي بأنه (ذلك التحكيم الذي يجري مكاناً داخل دولة معينة أو عدة دول أخرى يتم الاتفاق على تحديدها، وذلك تجاه أمور أو منازعات مختلفة غير داخلية، أي لا تخص دولة بعينها وتتعلق بمجتمعها وهيئاتها الرسمية وغير الرسمية ومواطنيها وشؤونها الخاصة بها وحدها فقط، بل تتعلق بأمور ومنازعات تثار في الأغلب بين أطراف متعددة الجنسيات، ويكون محل هذه الأمور والمنازعات قضايا تتعدى في طبيعتها وأهدافها وآثارها حدود دولة واحدة - أو مصالح داخلية منحصرة فيها-)، وتطبق في مجال حلها الإجراءات والتشريعات التي تتفق عليها الأطراف المعنية، بالإضافة إلى المعطيات التحكيمية الأخرى، والتي يسترشد بها المحكمون المختارون - أياً كانت جنسياتهم - وهم يقومون بعملهم) (عبدالهادي، 2005).

وعليه فمن الممكن أن تبرم إحدى الدول أو من يعمل باسمها ولحسابها عقداً مع طرف أجنبي بهدف إنشاء التزامات تعاقدية، أو تكون طرفاً بمشروع أجنبي خاص يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية، أو إقامة منشآت صناعية بهدف التنمية طويلة الأجل، من هنا تكمن أهمية الاتفاق على حسم النزاع الناشئ بين الإدارة والطرف الأجنبي في العقود الإدارية الدولية باطمئنان الطرف الأخير حال إبرامه هذا العقد، طالما أن الإدارة ستغير مسلكها المعتاد في تسوية النزاع الناشئ عن عقودها الداخلية أمام القضاء الوطني، حال إيرادها لشرط التحكيم بما يتعلق في أي خصومة قد تنشأ عن هذا العقد، وبرضا الطرفين، وبما يحقق مصالحهما المشتركة في إبرام العقد من جهة، وحتى لا تكون الإدارة (خصماً وحكماً في آن واحد) (مخلوف، 2005).

العالم الثالث، مما ينبئ عن إعمال قانون القوي على الضعيف ويجعل مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها فارغ المضمون (المواجدة، 2005).

وتكمن الخطورة أكثر حالما يقوم الطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة، بالبحث عن بعض الوثائق والمستندات التي قد تمس ببعض الاعتبارات السيادية، حيث لا يكفي بطلبه بالإفصاح عنها، ويتجاوز ذلك بالحصول عليها بطرق غير رسمية مقدما إياها لهيئة التحكيم الأجنبية ومثال ذلك النزاع الذي نشأ بين شركة نيترسال ودولة قطر في عام 1987، بصدد تقاسم الإنتاج الممنوح لهذه الشركة، وأثر عدم سماح دولة قطر للشركة المذكورة أعلاه من التنقيب عن البترول بموجب الامتياز الممنوح لها في منطقة (أنشت والدبيل) مندرعة بالاعتبارات السياسية التي تمنعها من التنقيب عن البترول لوجود نزاع على الحدود البحرية في تلك المنطقة بين دولتي قطر والبحرين والذي قد يتسبب بتصعيد المشاكل بينهما، إلا أن هيئة التحكيم طلبت من دولة قطر العمل على تحديد ميعاد استئناف الشركة لعمليات التنقيب عن النفط في الوقت المناسب كما أن هيئة التحكيم لم ترى في المستندات التي حصلت عليها الشركة بطريقة لا قانونية ولا رسمية نوعا من الخطورة إذا ما طلعت عليها هيئة التحكيم (المواجدة، 2005).

إلا أننا نرى انه وطالما كان هناك اتفاق مسبق يسمح باعتماد التحكيم طريقة لحل أي نزاع مستقبلي قد ينشأ ووضع له إطار دقيق ومحدد، فلا ضير من إيراد شرط التحكيم بنوع من المرونة وشيء من التحفظ دون إطلاق للأمر أو غلو فيه، ذلك الذي يؤدي بدوره لإعفاء الدولة من المساس بسياساتها داخليا وخارجياً، والتي تمثل العنصر المنشئ لوجودها كدولة والكاشف لهيبتها كصاحبة سلطة وسيادة.

وعليه ما على الدولة إلا العمل على التفرقة بين ما هو سيادي بحت لا يجوز للمساس به ولا الاتفاق على ما يخالفه، وبين ما هو اتفاق عقدي شأنه شأن باقي العقود الاستثمارية التي تتمكن الدولة من خلالها بجذب رؤوس الأموال وتشجيع الاستثمارات بما يخدم مصلحة مواطنيها ويساهم في تيسير مراقبتها العامة بانتظام واضطراد، حتى لا يصبح اللجوء للتحكيم أداة للقسر السياسي ووسيلة يتذرع بها الطرف الأجنبي لإحكام قبضته السياسية على الدولة الطرف الثاني في العملية العقدية. هذا وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم السيادة قد تهاوت كثير من أركانه في الوقت الحاضر في ظل العولمة والسوق المفتوح والشركات التجارية العابرة للقرارات وعليه أصبح هذا المفهوم نسبياً، فكثير من الأمور التي كانت تعتبر سيادية بطبيعتها أصبحت خاضعة لمفهوم (العقد شرعية المتعاقدين).

إلا أن مبرر الجانب المؤيد لإيراد شرط التحكيم في العقد المبرم أو المزمع إبرامه بين الإدارة والأطراف الأجنبية وإن انحصر بالحجة التالية، مضافا إليها باقي الحجج السابقة والمتصلة بالعقود الإدارية بشقها الداخلي، وعليه فإن أنصار هذا الرأي يجدون بأن إيراد مثل هذا الشرط في منازعات العقود الإدارية الدولية، وجود جهة محايدة للفصل في النزاع بعيدا عن هيمنة الإدارة وقانونها الوطني، ولعل هذا ما يؤيد وجهة نظرنا، فعلى الرغم من خطورة إيراد مثل هذا الاتفاق في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع الجهات الأجنبية، إلا أن وجود مثل هذا الشرط مسبقاً، وبصورة اتفاقية رضائية، إنما يشكل حصانة له من أي سيطرة لاحقة قد يفرضها القانون الوطني، أو أي تعديل من شأنه أن يهدم غاية اللجوء للتحكيم أساساً.

وعليه فلا يجوز للإدارة أن تتراجع عن شرط التحكيم لوجود نص تشريعي يحظر عليها إيراد مثل هذا الشرط ولعل أصدق مثال على ذلك القضية التي ثارت بين إحدى الشركات الفرنسية ووزارة الأشغال التونسية، لدى تعاقد الأولى معها، من أجل إنشاء طريق عام بالعاصمة التونسية، حيث أحال كلا الفريقين النزاع الذي قد ينشأ عن تعاقدها للتحكيم، وبمجرد أن صدر حكم التحكيم في غير صالح ووزارة الأشغال التونسية لجأت مباشرة للطعن فيه أمام محكمة استئناف باريس مستندة في ذلك إلى الحظر الوارد في تشريعها الوطني، إلا أن محكمة استئناف باريس رفضت هذا الطعن في حكمها الصادر في تاريخ 1994/02/14 مستندة في تبرير رفضها على أن الحظر الوارد لا يتجاوز إلا العقود الداخلية فقط (مخلوف، 2005).

وهذا ما يتبين معه قصور أي قانون بحد ذاته لحكم النزاع الناشئ عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، في ظل تباين الحلول التي قد تتسجم مع مشكلة قانونية، وقد لا تتسجم مع الأخرى، لا بل وأكثر من ذلك أيضاً، فقد تتفاوت في ذات النزاع الواحد - طبقاً لما نراه -.

غير أن هناك جانبا فقهيا لا يستهان به، عارض مثل هذا الاتفاق، وفي نطاق العقود الإدارية المتمثلة بطرف أجنبي تحديداً، وللأسباب الآتية:

أولاً: يؤدي اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية لخرق هيئة الدولة، عن طريق المساس بسيادتها، كما يصطدم بالمبادئ الأساسية وبالطبيعة الدقيقة الخاصة للعقد الإداري من هنا اعتبر أصحاب هذه الحجة بأن إيراد شرط يتضمن إحالة النزاع للتحكيم ما هو إلا (مساس معيب وغير جائز بسيادة الدولة) (عبدالهادي، 2005).

ذلك بأن (التحكيم يؤدي -غالبا- إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة وخصوصاً عندها يتعلق الأمر بدول

طالما أن لجوء الإدارة العامة وأجهزتها الإدارية بالإضافة للطرف المتعاقد معها حال نشوب أي نزاع يتصل بالعقد أو ينفرع عنه للتحكيم بحر إرادتهما وكما عبر عنه رأي فقهي (إنما يدل على التزامهما واحترامهما للجانب الأدبي والأخلاقي المتعلق بهذا العقد) (عبدالهادي، 2015).

وبغض النظر عن المفارقات العملية والواقعية التي يفرزها الاتفاق على اللجوء للتحكيم بشكل أو بآخر ذلك الذي تتجلى خطورته في تلك العقود التي تبرمها الدولة مع جهات أجنبية إلا أننا لا نستطيع أن نذكر الكم الهائل من القرارات التحكيمية والتي حسمت بدورها الكثير من المنازعات في مجال العقود الإدارية بشقيها الداخلي والخارجي، بإطار من الود والتراضي مختزلة بدورها عامل الوقت والجهد والضغينة الناشئة عن اللجوء للجهات القضائية المختصة ومن هنا كان لا بد لنا من أن نتناول بنوع من الإيجاز الغير مخل توجهات بعض الدول في إخضاع منازعاتها العقدية الإدارية لاتفاق التحكيم مستهينها بموقف مشرعنا الأردني الذي تصدر الكثير من الدول العربية وكان من أوائل المهتمين بتقنين أحكام التحكيم ويعد قانون التحكيم الأردني رقم 18 لسنة 1953م أصدق دليل على ذلك. ولم يتناسى مشرعنا في مادته العشرين من ذات القانون حكماً خاصاً يتصل باتفاق التحكيم الذي تكون الحكومة طرفاً فيه وكان ما جاء بها الأتي (يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية أحد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة).

من هنا يتضح بأن هذا النص والذي لا اجتهاد بما ورد فيه، أضفى على العقود التي تبرمها الدولة مع جهات أجنبية نوعاً من المرونة في التكيف مراعيّاً بذلك مستجدات العصر، جاعلاً من المصلحة العامة للدولة العنصر الجوهري في أي عقد تنشأ مع الدول الأخرى، وبإلغاء هذا القانون وصدور قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 أضاف المشرع الأردني لدى صياغته المادة الحادية عشر من ذات القانون عبارة (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع) سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين.

وبهذا توسع المشرع الأردني في إمكانية خضوع أي نزاع لحكم التحكيم دون إيراد نصاً يبيح ذلك أو يبرره في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بشقيها الداخلي والدولي، وإننا نرى بأن في التوسع خطورة، وبإحداً لو ذكر ذلك صراحة ووضع شروطاً كتلك التي وضعتها التشريعات الأخرى كما سنرى لاحقاً خصوصاً في تلك المتصلة بالعقود المتضمنة طرفاً أجنبياً والتي

وعن اصطدام التحكيم بالطبيعة الجوهرية لنظرية العقد الإداري، بالنظر للمحور المتمثل بالسلطات الواسعة، التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقد معها، وما يؤديه من مفارقات قانونية نتيجتها الإهدار من قيمة هذا العقد، وتنازل الدولة عن مركزها الذي يمثل الجانب الأقوى في العقد، فإننا نرد على هذا الاتجاه بشرعية العقد المستقرة أساساً في القوانين المدنية، والتي تبيح تحرر أطراف العملية العقدية من عصري القسر والإلزام، فلا سلطان عليهما سوى إرادتهما الحرة.

وبهذا فإن طائفة المعايير المميزة للعقد الإداري لم تأتي إلا لحماية محل هذا العقد، تلك التي نرى معها - ونتمنى أن نكون قد أدركنا جانباً من الصواب - بأن التحكيم هو ليس إلا وقاية قانونية مضاعفة لهذا العقد بشكل أو بآخر وبنطاقه الداخلي والخارجي معاً مع بعض التحفظ والحذر فيما يخص الثاني دون الأول.

ثانياً: يشكل اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقدية الإدارية الدولية للتأثير السلبي على اقتصاديات الدول النامية، وقد يتضح ذلك في ظل العلاقات الدولية الغير متوازنة بين هذه الدول والدول المتقدمة، كما يراها أصحاب هذا الفرض مضيفاً بأن غالباً ما يؤدي هذا لكثير من التضحيات والأعباء والتنازلات لصالح الدول القوية على حساب الدول النامية مضافاً لها التكلفة الباهظة لمثل هذه العمليات، ومثالها ما حدث في قرار المحكم الانجليزي الصادر بتاريخ 08/28 لسنة 1951م، في نزاع التحكيم بين أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة ذلك الذي صدر لمصلحة الشركة الأجنبية.

وأخيراً وردا على هذا الفرض فإننا نود أن نوجه سؤالاً مفاده ما هو الأهم في العقود الإدارية الاستنزاف المالي المؤقت أم الريح البعيد المضاعف؟ وماذا عن العنصر الزمني الذي يختزله اللجوء إلى التحكيم مما يدعم بدوره سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وبما يقتضيه علم القانون الإداري من مرونة وسرعة وكفاءة في الأداء.

مضافاً إلى ذلك الكم الهائل والذي من المحتمل أن تستفيد منه الدولة في عقودها المبرمة مع الجهات الأجنبية حال تطبيقها تشريعات أجنبية محل منازعات عقودها الإدارية الدولية ومحلية ولا يسعنا إلى أن نؤيد ذلك الجانب الفقهي المشرق والذي أشار بدوره بأن (تحقيق مصالح الدولة محلياً وعالمياً أثر إيرامها لمثل هذه العقود، يفوق أية اعتبارات تتسم بالطابع النظري المجرد وبالانغلاق المظلم الكئيب عن التطور العملي الهائل والسريع، وذلك تحت ستار حجج وأراء قد تكون متوترة ومنفعلة وغير متزنة ولا مبررة في بعض الأحيان) (عبدالهادي، 2005).

الحالات التي يكون حكم التحكيم قابلاً للطعن به بدعوى بطلان التحكيم، وأن القرار المستأنف ليس ضمن هذه حالات، مما يعني أن طلب فسخ قرار هيئة التحكيم موضوع هذا الاستئناف مستوجب الرد شكلاً (مقابلة، رسالة ماجستير).

إلا أننا نتجه لضرورة تصريح مشرعنا بجواز اعتماد اتفاق التحكيم لحل أي نزاع قد ينشأ عن العقود الإدارية بنص خاص يتضمن بعض الشروط التي تضيف عليه مزيداً من الحماية والرصانة، حماية لمحل العقد شديد الحساسية والأهمية معاً وحتى لا يرتطم بسيادة الدولة بشكل أو بآخر لدى استخدام بعض الشركات الأجنبية أساليباً للتجذر السياسي متذرعاً بالعقد المبرم بينها وبين الدولة لإطلاق نفوذها وإحكام سيطرتها على الطرف الأخير.

وأما في فرنسا فلعل الناظر في الفقه الفرنسي يرى بأنه ميز بين التحكيم الداخلي والدولي وأسبغ صفة الحظر على اللجوء للتحكيم بما يتصل بالنوع الأول دون الثاني وبهذا خفف المشرع الفرنسي من هذا الحظر بصورة تدرجية وضمن استثناءات محددة بنص القانون، أجازت من خلالها واعتماد اتفاق التحكيم في بعض العقود التي تبرمها الدولة مع الجهات الأجنبية أي العقود ذات الطابع الدولي (المواجدة، 2005).

وعن مجلس الدولة الفرنسي فقد انتقل من الحظر المطلق الذي يرتب بطلان شرط التحكم لتعلقه بالنظام العام في أي عقد إداري يرد، إلى ما انتهى إليه برأيه الشهير الذي أصدره في 1986/3/6 وعليه انتهى بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم إلا إذا نص صراحة على ذلك في اتفاق دولي أو قانون داخلي، وبهذا اعتبر أن عدم وجود مثل هذا الاتفاق في العقد الذي أبرمته فرنسا مع شركة ديزني لاند العالمية بأمريكا، وإحالة أي نزاع قد ينشأ بينهما للتحكيم، وعلى إثر نزاع قام بينهما دفعت الحكومة الفرنسية بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام في فرنسا للتحكيم إلا بناء على نص خاص وصريح يسمح له بذلك، ومع خلو الموضوع المطروح من هذا النص، فإن شرط اللجوء للتحكيم هو باطل حكماً، إلا أن المشرع الفرنسي تدخل فوراً للحفاظ على مصالح البلد القومية، باعتبار أن مدينة الملاهي تمثل مطلباً عاماً ومصلحة هامة للدولة، مصدراً القانون رقم 972/86 بتاريخ 1986/8/19 ومتأولاً في مادته التاسعة من القانون المذكور السماح للدولة وللجمعيات الإقليمية أو المحلية وللمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية، بالتوسيع من شروط التحكيم، وعندما تقتضي الضرورة الحتمية، بغرض تسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود (شفيق ساري، 1999).

تقتضي مضاعفة الحيطة والحذر لمنع العناصر الأجنبية في العقد من تطويع هذا الاتفاق لغايات الهيمنة السياسية على الدول، وعدم الاكتفاء بخلو هذا القانون من نص يخرج أعمال اتفاق التحكيم من نطاق العقود الإدارية، هذا وقد توجه القضاء الأردني في العديد من أحكامه لصحة مثل هذا الاتفاق لما ورد في العقد ومن ضمنها حكم محكمة التمييز الموقرة رقم 68/283 من أنه (إذا وافق المدعي بتوقيعه للعقد المبرم بينه وبين وزير المواصلات فإن سعي المدعي في نقض هذا الاتفاق هو سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وذلك لأن اتفاق الطرفين هو قانونهم، ولأن مثل هذا الاتفاق ليس ممنوعاً في القوانين والأنظمة وغير مخالف للنظام العام (المعاقبة، 2014).

وهذا ما أقره قضاء محكمة الاستئناف مجيزاً مشروعياً لجوء الإدارة للتحكيم مما يؤكد أن سكوت المشرع إجازة لما لم يورد بحكمه نص بالنظر لقانون التحكيم من جهة والقرارات القضائية المعززة له من جهة أخرى.

ويمكن الاستدلال على ذلك ما أقرته محكمة الاستئناف، إثر نظرها لأحد اتفاقيات لتحكيم في العقد الذي أبرمته وزارة التربية والتعليم الأردنية مع شركة أشفورد إنترناشونال بتاريخ 2001/11/25، ولغايات تطوير الأجهزة الإلكترونية التابعة للوزارة من قبل الشركة المذكورة أعلاه، متفقين على إحاطة أي خلاف ينشأ عن عقدهم للتحكيم، وإثر الخلاف الذي حصل لاحقاً بما يتعلق بشروط تنفيذ العقد وإحاطة النزاع للتحكيم وبعد تعيين محكمين منتخبين من قبل أطراف النزاع مع رئيس الهيئة التحكيم البالغة خمسة آلاف دينار بالاستئناف، وعليه طعن ممثلها - المحامي العام المدني - بقرار هيئة التحكيم لدى المحكمة لفسخ القرار الطعن وعدم إلزامها بأتعاب المحكمين وإلزام المستأنف ضدها - شركة أشفورد إنترناشونال - بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، إلا أن محكمة الاستئناف ردت الاستئناف شكلاً وكان ما ورد ضمن حيثيات حكمها (حيث إن المحكمين لم يرفعوا أيدهم عن رؤية دعوى التحكيم، وإن إجراءات التحكيم لم تنته، أن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن وفقاً لأحكام المادة 48 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001، وإن حق كل طرف من طرفي التحكيم ينحصر بإقامة دعوى البطلان بعد انتهاء إجراءات التحكيم، وصدور الحكم المنهني للخصومة كلها، وحيث أن قرار المحكمين بالأتعاب المعجلة في هذه المرحلة من إجراءات التحكيم لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف إلا بدعوى البطلان مع القرار الفاصل في حكم التحكيم، إضافة إلى أن المادة 49 من قانون التحكيم حددت

إدارية بمفهومها الضيق (مخولف، 2005).

ويلاحظ مما سبق وبالنظر لموقف كل من المشرع الفرنسي والمصري وعلى حد سواء، والذي يتضح به تشدد الأول لأعلى مراتب الحظر، وإن لم يكن مطلقاً بالمعنى الدقيق أكثر من الثاني ذلك الذي عالج هذا الحظر بإضفائه شرطاً صارماً يلزم الأطراف العقدية الحصول على موافقة الوزير المختص على الرغم من تساهله في العقوبة المترتبة على تخلف هذا الشرط، ومع هذا وبالنظر إلى فصل كل من القوانين السابقة في اختصاصات الجهات القضائية النازرة في العقود الإدارية وتلك المدنية، على عكس ما انتهجه قانوننا الأردني، لدى إحالته كافة المنازعات المتعلقة بالعقود بشقيها المدني والإداري وعلى حد سواء للمحاكم العادية، فإنه لا يمكننا القياس على ما لم يرد بشأنه وجه تشابه، وبالتالي فإننا نكتفي بأن نقترح على مشرعنا إناطة النظر في منازعات العقود الإدارية للجهات صاحبة الاختصاص الأصلي، ألا وهي المحاكم الإدارية ومن ثم إيراد نص صريح يتعلق بإباحة اعتماد اتفاق التحكيم كمرجع لحل النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية، مع التحوط وإيراد ما يلزم من شروط تتصل اتصالاً مباشراً بتلك العقود الإدارية المتضمنة عنصراً أجنبياً، وإننا نرى بأن سكوت المشرع الأردني - مع الاحترام - غير مبرر أو مفسر.

وعليه فإننا نرى بأن الخطورة تزداد وتتصاعد حال إبقاء النص مطلقاً، ومأخوذاً على محل القياس بنص آخر كما فعل المشرع الأردني بالمقارنة مع المشرع الفرنسي الذي صرح بالحظر وخفف منه لدى اشتراطه صدور تشريع يبيح اللجوء للتحكيم في عقود الدولة التي تبرمها مع الجهات الأجنبية مبرراً لتقليصه لحدة هذا الحظر، وبما تقتضيه مصلحة البلاد تلك التي استمد منها وجوده أصلاً.

الخاتمة والتوصيات

ختاماً وبعد استعراض كل ما يعالج موضوع التحكيم كشرط يمكن إبراده في العقود الإدارية وبالتالي إحالة أي نزاع قد ينشأ عن هذه العقود (لاتفاق التحكيم) بدءاً بإيضاح ماهيته المتضمنة مفهومه وطبيعته القانونية، تلك التي استقاها من خصوصية هذا العقد وتوصيفه الذي لا ينحصر بالمعايير التي تميزه عن غيره من سائر العقود، وسواء ارتبط موضوع النزاع بالعقود الداخلية أو تلك التي تقتضي تطبيق قانون عابر للإقليم الداخلي مع زيادة في التحفظ على النوع الثاني دون الأول، تلك التي أحاطها الجانب الفقهي الإداري المعارض لإيراد مثل هذا الاتفاق، بمزيد من التحوط وكثير من الرفض نظراً لأنها قد تمس بسيادة الدولة وأمنها الداخلي والخارجي - على حد

أما عن مجلس الدولة المصري فقد اقتدى بذلك الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي، مما يتضح معه موقفه المتشدد في مسألة عدم جواز الاتفاق على إحالة عقود الدولة ذات الطابع الدولي لشرط التحكيم، أو مشارطته إلا في بعض الأحكام القليلة التي أحاطها بكثير من الرعاية والتزمت من هنا ألزمت المادة (58) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 الوزارات والهيئات العامة أو أي مصلحة من مصالح الدولة بالألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد صلح أو تحكيم، أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه إلا بعد استفتاء إدارة الفتوى المختصة (المواجدة، 2005).

وعلى الرغم من أن مسألة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية بقيت محل جدل في القضاء والفقهاء المصريين، إلا أنه وإثر تدخل المشرع المصري وإقراره لمبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية بالاستناد لقانونه رقم (27) لسنة 1994 وتعديلاته (قانون التحكيم المصري، 1994).

كما وأكد المشرع المصري إباحته للتحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي بصدور قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998، فقد نصت المادة (42) من ذات القانون على أنه (يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص، مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد) (المواجدة، 2005).

وبهذا فإن على الإدارة أن تراعي ولدى صياغتها مثل هذه العقود، عنصر الاستمرارية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية لكل طرف من أطراف العملية العقدية مقترنة بموافقة الوزير المختص.

إلا أن الجزاء المترتب على عدم حصول الإدارة المتعاقدة على موافقة الوزير المختص لدى إدراجها شرطاً يبيح لها الاستناد إلى اتفاق التحكيم في أي منازعة من الممكن أن تنشأ بينها وبين الطرف الآخر من العملية العقدية ما هو إلا جزءاً تأديبياً، ينظمه القانون الذي يحكم العلاقة بين الإدارة والوزير المختص، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية الصادر في 1964/6/24 وعليه قضت هذه المحكمة بأن مخالفة الإدارة لنص المادة (32) من قانون مجلس الدولة الذي يشترط الحصول على استفتاء الإدارة قبل إبرام اتفاق التحكيم ليس من شأنه أن يؤدي لبطلان مثل هذا الاتفاق، في ضوء غياب النص الصريح الذي يقر بذلك، وعليه فإن الجزاء المترتب على ذلك الخرق لا يعدو أن يشكل مخالفة يتحمل عل إثرها الموظف الإداري العقوبة التأديبية المقررة لارتكاب أية مخالفة

القائمين على التحكيم (المحكمن أطراف الهيئة)، مضافاً إلى سعة الأفق والإدراك القانوني المستخلص من خبراتهم، ولطول باعهم في مجال العمل الإداري بالنظر لضرورة إحاطتهم بالجوانب الإدارية، كونهم أصحاب اختصاص دقيق بها فإننا نرى خصوصاً في ظل إناطة مشرعنا الأردني المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للمحاكم العادية وفي ظل قائمة الشروط المطاطية العريضة التي يتم على إثرها انتخاب المحكمن والتي تختلف بحسب طبيعة موضع النزاع العقدي الإداري القائم، والتي يتضح منها أن رتبة المحكم وفي الغالب الأعم هي بمنزلة القاضي متصفاً بما يتصف به لا بل قد يكون صاحب اختصاص أدق في هذا المجال مما يجعله متمتعاً بصلاحيات أكبر للنظر في حل المنازعة الإدارية المعروضة عليه بشقيها الوقائي (السابق) أو (العلاجي) اللاحق، وبهذا فإننا نرى خصوصاً في ظل إناطة مشرعنا الأردني المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للمحاكم العادية، إن اللجوء للتحكيم بشقيه الداخلي والدولي ما هو إلا ظاهرة قانونية صحية تحتاج لقليل من القيود فيما يتصل بتلك العقود التي تتجاوز إقليم الدولة، حفاظاً على سلطان الدولة وهيبتها حالماً استدعى الأمر ذلك.

رابعاً: أما فيما يتصل بالفرض المتعلق بأن التحكيم يهدر من هبة الدولة وسيادتها، فإنه ليس بالإمكان تطبيق قانون وطني على شخص أجنبي، وإن كان هذا الفرض يصدق في داخل الحدود الإقليمية للدولة، إلا أنه لا يمتد لخارج لتلك الحدود، وعليه وبمفهوم المخالفة لا يشكل ذلك اعتداء على قانون الدولة بشكل أو بآخر، وإن هذا لا يقتضي سوى الموازنة ما بين مصلحة الدولة في تدفق رؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية، بما لا يصطدم بسيادة الدولة وهيبتها، وأخيراً ماذا عن مبدأ الرضاوية وشرعية العقد بكل ما يتضمنه من شروط؟!

تعبيرهم- ودون الخوض في تفاصيل عالي جناها فيما سبق ونتائج توصلنا إليها من استقراء النصوص القانونية والآراء الفقهية موضوع الطرح والنقاش سنتناول بضعاً من التوصيات التي نتمنى أن تكون صائبة وفي محلها:

أولاً: يلاحظ من استقراء النصوص القانونية والقرارات القضائية التي تناولها مشرعنا الأردني بأنه وسع من اختصاصات المحاكم العادية صاحبة الولاية والنظر في كافة العقود بمفهومها المدني الواسع، لدى جعله إياها جهات الاختصاص المعتمدة للنظر في أي نزاع نشأ أو قد ينشأ عن العقود الإدارية، وعليه فإننا نرتئي على مشرعنا الأردني بأن يسير على هدي المشرع الفرنسي والمصري وإناطته كل ما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالمحاكم الإدارية صاحبة الاختصاص الأصيل-وفقاً لما نراه- مما سيؤدي وكنتيجة للفرض المطروح، عدم إبقاء الباب مشرعاً أمام القبول بإجراء التحكيم على أية منازعة عقدية إدارية قد تنشأ دون قيد أو شرط.

ثانياً: يا حبذا لو أورد المشرع الأردني نصاً دقيقاً في قانون التحكيم، يمكن كلا من الإدارة والمتعاقد معها من اللجوء للتحكيم في حل النزاعات التي قد تنشأ بينها وبين الطرف الآخر سواء أكان داخلياً أو دولياً، نظراً لحساسية محل مثل هذه العقود والمراكز القانونية التي تسعى لحمايتها وتسييرها، وما يحققه لها هذا الأسلوب في حل النزاع من سرعة ومرونة كأساس مستقر لدى الفقه والتشريع الإداري وعلى حد سواء، وبهذا فإننا نرى بأن سكوت المشرع لا يبرر الإباحة دائماً، وإجازة ما لم يرد بشأنه نص هو أمر خطير جداً، ومؤداه إعمال ما هو غير موجود أصلاً انطلاقاً من الأساس القانوني لإرادة المشرع المرتبطة بالفعل (فلو أراد المشرع لفعل!)

ثالثاً: هذا وبالنظر للتراكم الفكري والمعرفي المتتابع لدى

المصادر والمراجع

الكتب القانونية العامة

الجبروري، ماهر، (2012) الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراق: بغداد، الطبعة الثانية.
عبد الهادي بشار، (2015) العقد الإداري الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، دراسة تحليلية وحلول مقترحة، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن، الطبعة الأولى.
كنعان، نواف، (2012) القانون الإداري، الكتاب الثاني، الآفاق المشرفة ناشرون، الشارقة الطبعة الرابعة.

الكتب القانونية المتخصصة

أحمد، س. (2003) مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة.
أبولوفا، أ. (2000) التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعرفة، الإسكندرية.
سامي، ف. (1997) شرح القانون التجاري، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الجزء الخامس، 1997. طبعة الأولى 2000.
شفيق ساري، ج. (1999) التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية: القاهرة،

الطبعة الأولى، 1999.

الطراونة، م. (2015) الرقابة القضائية، على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2015.

عبد الهادي، ب. (2005) التحكيم في منازعات العقود الإدارية " دراسة تحليلية مقارنة " دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2005.

عبد النعيم، م. (2002) حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الادارية، "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة.

مخلوف أ. (2005) اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.

المواجدة، م. (2005) التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة ثانية، 2005.

هند، ح. (2007) التحكيم في المنازعات الإدارية، (دراسة مقارنة) دار الكتب القانونية مصر، المحلة الكبرى، بدون طبعة، 2007.

الأطروحات والرسائل الجامعية

البطوش، عبد الله سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود

الإدارية، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، بتاريخ 2013/2/3.

مقابلة، مازن فايز محمد - التحكيم في المنازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة رسالة ماجستير، غير منشورة، -جامعة آل البيت- قسم القانون.

الأبحاث

الشنب، ناجي محمد، التحكيم في العقود الإدارية، الأكاديمية الخاصة للتحكيم الدولي، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية.

المعاقبة، محمد م. (2014) التكييف القانوني لنظام التحكيم، بحث معد للنشر، لدى مجلة دراسات في الجامعة الأردنية، 2014.

التشريعات

قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

قانون التحكيم الأردني رقم 18، لسنة 1953، المنشور على الصفحة 482 في الجريدة الرسمية، العدد 113 بتاريخ 1953/01/17.

قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في المواد المدنية والتجارية وفقا لآخر التعديلات المنشور على موقع القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على الشبكة العنكبوتية.

The Significance of the Administrative Contract

*Rola N. Salameh**

ABSTRACT

This study discusses the legal significance of the precise description of the administrative contract due to the fact that administration is one of the parties of the contractual process, and as an inevitability result of exposure to the judicial authorities that legally prescribed in case of any dispute that may arise from this contract, which in turn strengthens to resort to other friendly consensual means to settle any dispute may happen in the future. The source of this contract is arbitration which is exceptional means that jurisprudence opinions conflict around between opposite and supporter to it. Some counted it as encroachment to the competent judicial authorities, violation of the sovereign state and national law concerning outside arbitration, in case of implementation the clause of arbitration in states that have taken this agreement. The supporter of arbitration pointed out that unsolved of raised dispute by this agreement, does not absolve the parties of the contractual process from resorting to judiciary, and referring the dispute to arbitration is only an affirmation of the principle of consensual and promote friendliness between parties of the contractual process and ease the burden on the judiciary saving so much time and effort by qualified, professionals and experts arbitrators in the field of resolving legal disputes amicably no less than the efficiency of the judiciary. How Jordanian legislator silence is justified for the lack of text allows the parties of the dispute in the administrative contracts to resort? The researcher compares this with the French Council of State position, especially when it prevents solving dispute arising from administrative contracts by arbitration, and decreases the severity of this principle, in relation to those arising out of contracts that concluded by the administration with foreign parties which calls for the application of other law than that National one.

Keywords: Arbitration in Disputes Administrative Contracts.

* Kharabsheh Law Office, Jordan. Received on 6/5/2015 and Accepted for Publication on 11/1/2016.