

الموضوع الرئيسي: التحكيم في القانون العام

"الأصل العام هو بطلان التحكيم في العقود الإدارية - الإستثناء المتصل أو المقرر في إتفاقية دولية للإستثمار - تساؤلات حول عقد امتياز المرفق العام وعقد ال B.O.T. كأحد تطبيقاته المعاصرة - بطلان العقد الإداري يمكن أن يكون موضوعاً لدعوى إدارية - مراجعة تفسير وتقدير مشروعية أو صحة العمل الإداري وإجلاء بعض التساؤلات حولها."

كلمات مفاتيح وموضوعات قانونية مثارة

- اتفاقية دولية (١٧-٢٧)
- اختصاص مجلس شورى الدولة (١٢) - (٢٠)
- انتظام عام (٢٢)
- الأساس الدستوري لـ (١٢) - (٢٠)
- أعمال متصلة بالعقد الإداري (١١)
- التزام مرفق عام (٧)
- بناءً على قانون (٧-١٤-٢٣)
- امتياز الأولوية (٢)
- امتياز السلطة العامة (٢-٢٤)
- تفويض تشريعي (١٠-٢٣)
- حكم قضائي
- سرعة إصداره (١٨)
- حياد تشريعي (٢٠)
- خطأ جسيم (٤)
- دستور (١٢-٢٠)
- سلطة استئنابية (١٣-١٤-٢٣)
- السلطة العامة (٢)
- السلطة القضائية (١٢)
- الصيغة التنفيذية (٢٤)
- العقد الإداري (٣-٧-٢٢-٣٤)
- إبطال (٣٤-٣٥)
- عقد امتياز مرفق عام (٩-٢٢-٣٠-٣١)
- طابع احتكاري (٣٢)
- عقد ال B.O.T. (٣٠-٣٣)
- شروط تعاقدية وتنظيمية (١٠)
- عمل إداري
- تقدير مشروعية (٣٦) - قانون خاص
- حالة خضوع الإدارة للـ (٢٤)
- قرار تنظيمي (١٠-١١)
- قضاء إداري
- طبيعته (٣٩)
- قضاء شامل (٣٤-٣٥-٣٦)
- تمييز بين (٣٥) - وقضاء إبطال (٣٥)
- مراجعة تفسير عمل إداري (٣٦-٣٧)
- مراجعة تقدير مشروعية عمل إداري (٣٦-٣٧)
- الجمع بين المراجعتين (٣٨)
- مبدأ عام (١٧-١٩-٢٥-٢٦)
- مرفق عام (٧)
- أساليب إدارة الـ (٣١)
- المصلحة العامة (٢-٣-٩)
- مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها (٤)
- مهلة المراجعة (٤)
- مناقصة واستدراج عروض (٣١)
- موظف (٤)

م.ش. قرار رقم ٦٣٩ / ٢٠٠٠-٢٠٠١ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧

رقم المراجعة ٩٥٧٣ / ٢٠٠٠

المستدعية: الدولة

المستدعي ضدها: شركة ف.ت.م.ل (F.T.M.L.)

الهيئة الحاكمة:

الرئيس: د. غالب غانم

المستشار: د. يوسف نصر

المستشار: د. طارق مجذوب

١-تتبع أهمية هذا الحكم، من خلال المسائل القانونية الهامة المثارة، ومحاولته الإجابة على تساؤلات وإشكاليات كانت "منسية" ومهمشة في ظل الاجتهاد القضائي؛ فعمد هذا الحكم موضوع التعليق على إيضاحها وإخراجها إلى وضوح النهار: مثل تلك التساؤلات التي تتعلق أكثر ما تتعلق بعقود امتياز المرافق العامة، ويرتبط بها بالطبع عقد ال (Build, Operate, Transfer) B.O.T؛ والنوع الآخر من التساؤلات يدور حول إمكانية رفع دعوى إدارية موضوعها المباشر إبطال عقد إداري أو أحد بنوده كما هو مثار في القضية الحالية بشأن إبطال البند التحكيمي (المادة ١٣ من العقد محل المنازعة)؛ وأخيراً يحاول الحكم الإجابة عن بعض التساؤلات التي تنيرها مراجعة تفسير وتقدير شرعية القرار الإداري وتقدير صحته أو مشروعيته، ونعني بذلك تفسير وتقدير شرعية القرار الإداري فردياً كان أم تنظيمياً لأن العقد الإداري لا يدخل في إطار تلك المشكلة التي واجهتها المادة ٦٥ من فقرة أولى من نظام مجلس شورى الدولة. إضافة إلى هذه النقاط تبرز المشكلة الأكثر خطورة وأهمية في الحكم محل التعليق والتي ستكون محل البداية الأولى والعناية الأساسية، ألا وهي مدى شرعية الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية وما يرتبط به من

شرعية إيراد بند تحكيمي في العقد الإداري، الذي هو بطبيعته يتسم بطابع السلطة العامة، لأنه أُبرم من سلطة إدارية لأجل الصالح العام. ولكن وقبل تعرضنا لمجمل هذه النقاط القانونية المثارة، سنبرز وفي فقرة أولى لوقائع القضية موضوع الحكم، لنعود بعدها وفي فقرة ثانية ونتوقف على المشاكل القانونية المثارة وموقف مجلس شورى الدولة منها.

الفقرة الأولى: وقائع القضية وأدلة الطرفين:

أولاً: وقائع القضية:

٢- إن أول ما يلفت نظرنا في هذه القضية هو أن المستدعية في القضية ليست جهة خاصة أو فرد وإنما هي الدولة ذاتها، التي تكون عادة في القضايا الإدارية في موقف المستدعي ضدها. وهذا عائد بالطبع إلى تمتعها بامتياز الأولوية، أو بحق المبادرة والتقرير اللذان يدخلان ضمن صلاحيات السلطة الإدارية إزاء الأفراد والهيئات الخاصة.

إن الدولة والسلطة العامة بحسب القانون العام، لا تتساوى مع الأفراد بل تتمتع بامتيازات السلطة التي تضعها في مستوى أعلى من الأفراد بوسائل متعددة منها القرار الإداري والعقد الإداري؛ ولا يخفى الهدف من وراء ذلك لأن الأمر يتعلق بتحقيق الصالح العام بالفاعلية الواجبة والممكنة. ومن هنا قولنا يتمتع الجهات الإدارية بمركز المدعى عليه أو المستدعي ضده، لأنها لها حق المبادرة والمبادرة مستخدمة وسائل السلطة العامة، علماً بأن قرارات هذه السلطة وأعمالها يجب أن تتسم بالمشروعية؛ وكل من ينازع في ذلك فعليه إقامة الدعوى الإدارية ضد الإدارة مثبتاً عدم شرعية قراراتها أو إجراءاتها الإدارية على وجه العموم.

٣- لكن وفي بعض الأحيان النادرة نجد أن الدولة أو الشخص العام يكون في موقف المدعي أو المستدعي، مثل حالة العقد الإداري لا سيما عندما يكون المتعاقد مع الإدارة مقصراً على نحو جسيم بحيث ينزل ذلك أفدح الخسائر بالصالح العام؛ خصوصاً عندما لا يكفي الحق العام مجرّد مصادرة الدولة المتعاقدة لكفالة المتعاقد معها المالية التي يجب وضعها في صندوق الخزينة الخاص.

٤- وكمثال آخر في هذا السياق نورد حالة للموظف الذي ارتكب خطأً شخصياً جسيماً كان هو السبب في مقاضاة الدولة بصفتها مسؤولة عن أخطاء موظفيها المرتكبة أثناء العمل أو بأدوات المرفق. (راجع التفاصيل في مؤلفنا "القانون الإداري العام" الكتاب الثاني بيروت ٢٠٠٤ ص ٣٠٠ وما يليها).

وفي هذه الحالة، تدفع الدولة التعويض، ثم تقيم دعوى إدارية للرجوع على الموظف مرتكب الخطأ الشخصي العمدي أو الجسيم. (هذه الدعوى تبقى دائماً من اختصاص القاضي الإداري؛ فهي وإن لم تكن موجهة ضد قرار إداري، بل تبقى دعوى خاصة نصّ عليها القانون، ولذلك فإن مهلة الشهرين المنصوص عليها في نظام مجلس شوري الدولة لا تطبق على هذه الدعاوى. (م.ش. قرار رقم ١٠٦ تاريخ ١٩٧٩/٣/٢٧ غير منشور).

٥- إن قضيتنا الراهنة هي خير مثال لما أثراه أعلاه؛ إذ نجد أنفسنا أمام دعوى إدارية أقامتها الدولة الممثلة الأولى للسلطة العامة ضد فرد أو هيئة خاصة هي في القضية شركة خاصة المستدعي ضدها. إن الدولة اللبنانية ممثلة برئيس هيئة القضايا بوزارة العدل تقدمت بمراجعتها بتاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٠، ضد شركة ف.ت.م.ل. F.T.M.L. شركة مساهمة لبنانية، تطلب فيها الدولة من مجلس شوري الدولة إعلان بطلان البند التحكيمي الوارد في المادة ٣٠ من العقد الموقع مع الشركة المذكورة؛ وإعلان صلاحية المجلس للنظر في النزاعات المتعلقة بتعليمات الإدارة إلى

الشركة استناداً إلى سلطاتها الدستورية في التوجيه والرقابة المكرسة في المادة ١٣ من العقد المذكور.

٦- عرضت الدولة المستدعية، أن وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ممثلة بالوزير المختص قامت بإبرام عقدي امتياز لإدارة مرفق عام مع شركتين أجنبيتين بناء على قرار لمجلس الوزراء؛ وقبل ذلك بناء على قانون صادر عن مجلس النواب رقم ٢١٨ لعام ١٩٩٣ الذي أجاز لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية استدراج عروض عالمي لتحقيق نظام مشروع الراديو الخلوي الرقمي المتطور وتلزيمة لمدة لا تتجاوز الإثني عشر عاماً.

٧- وما يشير إلى أننا في إطار عقد التزام مرفق عام، الذي هو عقد إداري من الدرجة الأولى في الأهمية، لأن موضوعه إدارة المرفق العام ذاته وبواسطة هيئة أو شركة خاصة. إن الأمر يتطلب إصدار القانون المشار إليه لتحقيق الرقابة المسبقة للمجلس النيابي على إبرام مثل هذه العقود الهامة المتميزة، تطبيقاً لما نصّ عليه الدستور اللبناني في المادة ٨٩ منه؛ علماً بأن هذه المادة قد اشترطت سبق موافقة مجلس النواب بقانون على كل عقد موضوعه التزام إدارة واستغلال مرفق عام أو استغلال ثروة من الثروات الطبيعية للبلاد.

والسبب في ذلك يعود إلى إتاحة المجال لممثلي الشعب، بممارسة حق المراقبة المسبقة للوقوف على الحاجة الملحة والضرورية لإبرام مثل هذه العقود المتعلقة بمصالح الدولة العليا. وفي هذا السياق، فإن أحد هذين العقدين اللذين أبرمهما وزير البريد والمواصلات مع شركة فرانس تليكوم أنترناشيونال بتاريخ ١٨/٦/١٩٩٤، وهو العقد الذي يتصل به النزاع موضوع قضيتنا الحاضرة.

وقد نصّت المادة التاسعة من هذا العقد على أن المسؤولية عن الأداء والتنفيذ في إدارة واستغلال المرفق موضوع العقد يجب تحويلها إلى شركة لبنانية فرنسية تدعى

F.T.M.L (فرانس تلكوم) وهي الشركة المستدعى ضدها في القضية، التي سبق تسجيلها في السجل التجاري في جبل لبنان تحت رقم ٥٢٩٩٤ / بعبدا. وإن المادتين في هذا العقد اللتين أثرتا في صلب وجوهر النزاع هما: المادة ١٣ التي نصّت على التزام الشركة بالأنظمة والتعاليم التي تصدرها السلطة العامة؛ ومن ناحية أخرى المادة ٣٠ التي نصّت على تسوية النزاعات بين الدولة والشركة عبر المشاورات وإلا طبقاً لقواعد المصالحة والتحكيم أمام غرفة التجارة الدولية.

٨- واستطردت الدولة المستدعية قائلة بأن الشركة المستدعى ضدها ارتكبت عدة مخالفات جسيمة أثناء تنفيذ المشروع، مما اضطر الوزراء إلى توجيه تعليمات خطية بشأنها على مدار العامين ١٩٩٩ و ٢٠٠٠. وعلى أثر ذلك، وبناءً على قرار لمجلس الوزراء أصدر الوزير المختص أمر تحصيل موجهاً إلى الشركة المستدعى ضدها بوجوب دفع مبلغ ثلاثماية ألف دولار أمريكي كتعويضات للخزينة. وقد اعترضت الشركة على أمر التحصيل، ثم تقدمت بمعاملة تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية في باريس استناداً إلى المادة ٣٠ من العقد سابق الإشارة إليها، الأمر الذي دفع الدولة إلى تقديم هذه المراجعة لتفسير أحكام المادتين ١٣ و ٣٠ من العقد وبالذات طلب بطلان البند التحكيمي الوارد في المادة ٣٠.

ثانياً، أدلة الفريقين:

بالنسبة للدولة المستدعية:

٩- أدلت الدولة بأن مجلس شورى الدولة هو صالح للنظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة ١٣ من العقد الذي هو عقد امتياز واستثمار مرفق عام وطني وقّعه الوزير بناء على تفويض من المشتري. وإن التعليمات التي أصدرتها الإدارة استناداً

للمادة ١٣ هي قرارات ذات صفة إدارية يعود أمر النظر فيها إلى المجلس بموجب أحكام المادتين ٦١ و ٦٢ من نظامه.

ونشير بإيجاز هنا بأن الدولة تبدو محقة في اعتبار هذا العقد هو عقد امتياز مرفق عام لأن موضوعه حاجة عامة للمواطنين ومصلحة عامة عهد أمر إدارتها وتحقيقها إلى الشركة الخاصة بموجب عقد مع الدولة ممثلة بالوزير المختص. وبالفعل، فقد تضمن هذا العقد شروطاً تنظيمية ملزمة للشركة لضمان المصلحة العامة للمرفق تمثلت أساساً فيما نصّت عليه المادة ١٣ المذكورة والتي تعطي الدولة الطرف الأول (مانح الالتزام) سلطة إعطاء تعليمات ملزمة على سبيل الرقابة والإشراف طبقاً لطبيعة هذا العقد الإداري.

١٠- لكن نتحقّق في أمرين: الأول إن القانون رقم ٩٣/٢١٨ ليس تفويضاً من المشرّع؛ فكلمة تفويض غير ملائمة لأننا لسنا إزاء نظام التفويض التشريعي المعطى لمجلس الوزراء لإصدار مراسيم إشتراعية بناء على ذلك التفويض. وإنما القول الأدق أنه قانون يتضمن موافقة المجلس النيابي على إبرام عقد الإمتياز مع بعض الضوابط طبقاً للمادة ٨٩ من الدستور كما أشرنا من قبل.

أما الأمر الثاني والذي نتحقّق فيه على أقوال الدولة هنا فهو أن القرارات والتعاميم الصادرة عن الإدارة سواء عن مجلس الوزراء أو الوزير المختص طبقاً للمادة ١٣ هي للوهلة الأولى إجراءات ترتبط بتنفيذ العقد وتنتمي بالتالي للقضاء الشامل طبقاً للإجتهاد المستقر لمجلس شوري الدولة، وهذا يعني عدم اعتبارها قرارات إدارية تقبل الطعن بالإبطال استقلاً. ولذلك كان الأصح بحسب وجهة نظرنا القول بأن عقد امتياز إدارة المرفق العام (ومن تطبيقاته عقد "B.O.T.") له طبيعة متميّزة لكونه يتعلق بإدارة المرفق ذاته من جانب المتعاقد مع الإدارة (الشركة الخاصة)؛ وبالتالي، فإن له طبيعة مزدوجة عقدية وتنظيمية في آن؛ وهكذا يغدو من الواجب أن يتضمن

نوعين من الشروط مالية وعقدية من ناحية وتنظيمية لضمان حسن تنظيم وسير المرفق من ناحية ثانية.

١١- إن السير بهذا التحليل يحتم بشكل صريح وجوب التفرقة في أعمال المادة ١٣ من العقد بين الإجراءات والقرارات ذات الصفة العامة المجردة، أي التنظيمية وتكون لها الطبيعة الإدارية كقرارات إدارية تنظيمية دائماً تقبل الطعن استقلاً بالإبطال لتجاوز حد السلطة، وبين الإجراءات ذات الصلة الفردية وغير العامة وتعتبر مجرد إجراءات مرتبطة بتنفيذ العقد يطعن فيها بدعوى العقد كقضاء شامل وليس بدعوى الإبطال لتجاوز حد السلطة.

١٢- أما بالنسبة للبند التحكيمي الوارد في المادة ٣٠ من العقد، فقد اعتبرته الدولة أنه بند باطل؛ وهذا هو بالفعل العقد الأساسي والجوهرية في النزاع في هذه القضية. وتعلل الدولة ذلك البطلان المطلوب من مجلس الشورى إعلانه، بأن العقد المعني هو عقد إداري له طابع السلطة مثل طبيعة العقود الإدارية، سيما وهو عقد امتياز مرفق عام؛ وهذا يعني استحالة استبعاد سلطة القضاء الإداري الوطني عن الفصل في منازعات هذا العقد لصالح هيئة تحكيم خاصة. ويلاحظ أن مجلس شورى الدولة سوف يستعيد هذه الحجة في الحكم ويزيد عليها تدعيماً بإسناد اختصاص القضاء الإداري في لبنان (أي مجلس الشورى) إلى الدستور اللبناني ذاته في المادة ٢٠ من كما سنرى؛ إن هذا الموقف يحتاج كما نعتقد إلى الإيضاح والتدعيم، خصوصاً وأن هذه المادة اقتصر على القول بأن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها واختصاصها؛ وبالتالي فهي لم تحدد نظام الإزدواج القضائي وتراوحه بين القضاء العدلي والإداري؛ بل أحالت تنظيم المحاكم واختصاصاتها إلى القانون أو "ضمن نظام ينص عليه القانون".

وبالتالي فإننا لا نرى أي أساس دستوري لاختصاص القضاء الإداري. وهذا يعني أن المادة ٢٠ بنصها الحالي لا يمكن أن تؤسس بذاتها هذا الأساس الدستوري. أما الأمر في فرنسا فهو مختلف بعض الشيء عن لبنان؛ فالقانون الصادر في ٢٤ أيار ١٨٧٢ نص على اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي مركزاً على دوره كقضاء مفوض بعد أن كان قضاءً مقيداً. وجاء من بعده المجلس الدستوري الفرنسي ليؤكد استخلاص القيمة الدستورية للقضاء الإداري من المبادئ الأساسية لقوانين الجمهورية، التي تعتبر أحد المصادر الدستورية بناءً على مقدمة دستور ١٩٤٦ المحال إليها من مقدمة دستور ١٩٥٨ الحالي.

(C.C. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, Rec. Cons. const. p8).

وهذه هي بالفعل خصوصية فرنسية لا توجد مثيلاً لها في لبنان طبقاً لتنظيمها القانوني والدستوري. وهذا يعني بصريح العبارة عدم جواز الأخذ بالقيمة الدستورية لاختصاص مجلس الدولة الفرنسي في لبنان، لاختلاف الظروف القانونية والدستورية.

(المجلس الدستوري اللبناني قرار رقم ٢٠٠٠/٤ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٢ الصادر في الطعن بالقانون رقم ٢٢٨ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٣١ - مجموعة قرارات المجلس الدستوري ١٩٩٧-٢٠٠٠ ص ٤٤٦).

١٣- أخيراً، أضافت الدولة المستدعية لطلب إبطال البند التحكيمي أن القانون رقم ٩٣/٢١٨ سابق الإشارة إليه، لم يجر إدراج بند تحكيمي في عقد ال B.O.T. بموجب مراسيم، وهي تعني العقد موضوع البحث. إن هذه الحجة هي واهية بحسب وجهة نظرنا لأن دور هذا القانون يبقى مجرد الموافقة والسماح للسلطة التنفيذية بإجراء التعاقد أو استدراج العروض للتعاقد تاركاً لها السلطة الإستسابية في تحديد بنود ومواد العقد؛ وهذا يعني أن القانون لم يسمح كما أنه أيضاً لم يمنع إمكانية التحكيم.

بالنسبة للشركة المستدعى ضدها:

- ١٤- ردت الشركة المستدعى ضدها طلبات الدولة المستدعية على الشكل التالي:
- إنه يقتضي رد المراجعة لعدم الاختصاص، لأن اختصاص النظر في صحة البند التحكيمي يعود للمحكم نفسه.
 - إنه يقتضي عدم قبول المراجعة المباشرة التي تستهدف تقدير صحة عمل إداري، وكذلك بالنسبة لمراجعة التفسير، لعدم وجود عمل إداري مبهم أو غامض؛ وعدم وجود نزاع قائم بين الفريقين حول تفسير العمل؛ كما أنه لا يجوز الجمع بين مراجعة التفسير وطلب تقدير صحة العمل الإداري. وهذا أمر غير دقيق ومردود عليه كما سنرى.
- وأضافت الشركة المستدعى ضدها أن العقد الذي يربط الطرفين ليس امتيازاً بدليل أن القانون رقم ٩٣/٢١٨ لم يعط أي امتياز للمتعاقد مع الإدارة لأنه أطلق يد الحكومة في التعاقد مع غير شركة واحدة.
- وهذا الأمر هو أيضاً غير دقيق لأن المادة ٨٩ من الدستور اللبناني تستهدف فقط قيام المجلس النيابي للنظر في ملاءمة إجراء عقد الامتياز أو الالتزام؛ وليس القيام بالتعاقد نفسه مع الشركات لأنه أمر إستثنائي للسلطة الإدارية بحكم تخصصها ووظيفتها.

١٥- وقد اعتبرت الشركة المستدعى ضدها من ناحية أخرى أن التحكيم أصبح جائزاً في القانون اللبناني بعد إلغاء المادتين ٨٢٨ و ٤٠٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية القديم، ولم يتم إيراد حكمها في القانون الجديد: المادة ٨٠٩ و ٧٩٥ لمصلحة جواز التحكيم في مثل النزاع المعروض. وفي هذا السياق جاءت المادة ٨٠٩ لتجيز للدولة ولسائر الأشخاص المعنوية العامة الأخرى اللجوء إلى التحكيم الدولي في كل ما يتعلق بمصالح التجارة الدولية. أما المادة ٧٩٥/فقرة ثانية فإنها تنص على

اختصاص رئيس مجلس شورى الدولة بإعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي إذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الإداري. وأخيراً أضافت الشركة المستدعى ضدها من قبيل الإستطرداد، إنه حتى في حال استبعاد تطبيق المادة ٨٠٩ من قانون أصول محاكمات مدنية المشار إليها والتي أجازت للدولة ولكل شخص عام أمر اللجوء للتحكيم الدولي، فإن التحكيم يبقى جائزاً بوجه خاص في العقد الماثل موضوع النزاع، لأنه جاء تطبيقاً للإتفاقية الموقعة في باريس بين الحكومتين اللبنانية والفرنسية بشأن تشجيع وحماية الإستثمارات المتبادلة. تلك الإتفاقية التي أجاز إبرامها القانون الصادر عن مجلس النواب اللبناني رقم ١٩٩٩/٦٠. وهذه الإتفاقية قامت بتعريف معاني الإستثمارات والمستثمر وتطبق على النزاع المعروض؛ خصوصاً وأن الشركة الأم الفرنسية F.T.M.L. تملك أغلبية أسهم الشركة اللبنانية.

الفقرة الثانية: المشاكل القانونية المثارة

١٦- سنعالج فيما يلي هذه المشكلات القانونية المثارة والمشار إليها في عنوان هذا التعليق على التوالي:

أولاً: الأصل العام هو بطلان التحكيم في العقود الإدارية

١٧- هذه هي الإشكالية الأم والأساسية المثارة هنا والتي تمثل عصب القضية وجوهرها؛ وقد حرص مجلس شورى الدولة في هذا السياق على أن يقرر المبدأ العام أو الأصل العام وهو بطلان التحكيم في العقود الإدارية؛ سواء ورد التحكيم في بند في العقد الإداري أو نص عليه في اتفاق خاص، أو حتى مشاركة التحكيم بشأن عقد إداري بين شخص معنوي عام وبين شركة خاصة أجنبية أو وطنية. ولكن ونظراً لتعذر وجود مبدأ عاماً مطلقاً، فإن كل أصل عام أو مبدأ عام يقبل الاستثناء؛ وهذا

هو بالضبط ما لمسناه في هذا الحكم الذي سمح بإمكانية قبول الاستثناء؛ أو بعبارة أخرى أجاز التحكيم في أحد أو بعض العقود الإدارية على أن يكون ذلك إما بنص تشريعي خاص - باعتبار أن المبدأ القانوني العام يمكن استبعاد تطبيقه بنص خاص - ولكن ليس بنص تنظيمي وإنما بنص قانوني أو تشريعي صريح. كما أن الاستثناء يمكن تحقيقه في اتفاقية دولية مبرمة بين الحكومة اللبنانية وحكومة أجنبية ينص فيها صراحة على إمكانية وجواز التحكيم في منازعات الاستثمار؛ ويشترط أن تكون هذه الاتفاقية قد أجاز إبرامها قانون صريح في المجلس النيابي تطبيقاً للدستور اللبناني.

١٨- ما يهمنا هنا بالدرجة الأولى هو تأسيس وإسناد هذا الأصل العام أو المبدأ العام ببطلان التحكيم في العقود الإدارية. وفي هذا الصدد حرص مجلس شورى الدولة على حشد الحجج والأسانيد القانونية لتأسيس هذا البطلان الذي اعتبره من الانتظام العام.

وقبل بدء البحث في هذه الحجج، لفتنا السرعة التي أصدر فيها مجلس شورى الدولة هذا الحكم التي لم تتجاوز السنة، ولعلّ مجلس الشورى أراد أن يبين أنه أسرع من الهيئات التحكيمية في فصل النزاعات، وبالتالي لا عذر للقائلين ببطء إجراءات التقاضي من أجل تبرير اللجوء إلى التحكيم.

١٩- يؤسس المجلس البطلان كأصل عام بناءً على الاجتهادات المستقرة لمجلس الدولة الفرنسي؛ إذ يقول مجلس الشورى "... وبما أن التحكيم في العقود الإدارية هو مبدأ راسخ في العلم والاجتهاد الإداريين..." ويشير في هذا الصدد إلى ثلاثة أحكام قديمة لمجلس الدولة الفرنسي ترجع للقرن التاسع عشر. وكان يمكنه أيضاً ذكر أحكام في نهايات القرن العشرين. ثم أتى المجلس على ذكر الرأي الاستشاري للجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Euro Disney Land بتاريخ ١٩٨٦/٣/٦ حيث أكد المجلس الفرنسي على أن مبدأ عدم جواز التحكيم في العقود

الإدارية هو من المبادئ العامة للقانون التي لا يجوز مخالفتها إلا بنص تشريعي صريح. ولكن في ذات الوقت أسقط مجلس شورى الدولة التعديل التشريعي الفرنسي الشهير العائد لعام ١٩٨٦؛ والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية المبرمة لمصلحة اقتصادية وطنية عبر مرسوم يصدر عن مجلس الوزراء.

كما وأنه في تأسيسه للأصل العام في عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ذكر مجلس الشورى قرارين له في هذا الصدد أحدهما صادر عام ١٩٤٨ (قرار بتاريخ ١٩٤٨/١٢/٧ مجموعة حاتم ج ٧١ ص ٢٣) والآخر في عام ١٩٨٨ (قرار بتاريخ ١٩٨٨/٢/١ الدولة/مديكو، م.ق.إ. العدد الخامس ص ٣٧). وقد رتب مجلس الشورى على ما سبق بأن منع التحكيم في العقود الإدارية هو مبدأ يتعلق بالانتظام العام، مما يقتضي إثارته عفواً. وهذا ما نلمسه بالفعل في بعض الأحكام الفرنسية التي أوردها مجلس الشورى اللبناني، التي تعتبر القرار التحكيمي باطلاً فيما لو صدر؛ ليس هذا فحسب، بل يعود للشخص العام حق التمسك ببطالانه رغم سبق مشاركته وقبوله لإجراءات التحكيم.

٢٠- من ناحية أخرى، استند مجلس الشورى إلى أقوال للعلامة Laferrière، أحد كبار فقهاء القانون العام التقليدي القدامى، مؤكداً على أن مبررات عدم جواز التحكيم ما زالت قائمة؛ وهي أن مقتضيات النظام العام توجب على الدولة ألا تخضع إلا للمحاكم الوطنية؛ وبالذات للقضاء الإداري، لا سيما في ظل نظام ازدواج القضاء العدلي والإداري إلا ما استثني منها بنص خاص.

وفي هذا السياق، حاول مجلس الشورى اللبناني التأكيد من ناحيته على أن هذا المبدأ له في لبنان قيمة دستورية من خلال عبارات المادة ٢٠ من الدستور اللبناني. هذه المادة التي نصت على أن السلطة إن "السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها واختصاصها ضمن نظام ينص عليه القانون...". لكن سبق وأبدينا مخالفتنا لهذا التوجه مشيرين إلى حيادية هذه المادة بهذا الشأن؛ فهي لا تؤكد بذاتها

تلك القيمة الدستورية لمبدأ اختصاص القضاء الإداري، بل هي تشير فقط إلى اختصاصات المحاكم بأنواعها وفق للنظام الذي يحدده القانون؛ فهي أحالت للقانون، ولم تشر لاختصاص القضاء الإداري على نحو خاص وإعطائه هذه القيمة الدستورية. هذا بالإضافة إلى أن المجلس الدستوري اللبناني نفسه رفض اعتبار مبدأ خصوصية القضاء الإداري في لبنان مبدأ ذي قيمة دستورية (قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم ٢٠٠٠/٥ سابق الإشارة إليه).

٢١- إلا أننا يمكن أن نستخلص من المادة ٢٠ من الدستور جواز اللجوء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية بموافقة الإدارة المسبقة وفقاً للأصول القانونية، أما التحكيم الإجباري في كل أنواع العقود الإدارية على إطلاقها وبدون تحديد فهو مخالف للدستور حتى ولو جاءت إجازته بنص تشريعي. (راجع: الدكتور خالد قباني - اجتهاد المجلس الدستوري والتحكيم الإلزامي في العقود الإدارية - مجلة القضاء الإداري ٢٠٠٥ باب المقالات ص ١١).

لذا رفض مجلس شورى الدولة التحكيم بالمطلق الذي يتحوّل إلى نوع من التحكيم الإجباري. (م.ش. قرار رقم ٤٤٧ تاريخ ١٥/٤/٢٠٠٣ شركة المرافق اللبنانية ش.م.م.).

٢٢- وفي معرض تأكيده لبطلان التحكيم في العقود الإدارية أبرز مجلس شورى الدولة حجة خاصة تتصل بطبيعة عقد امتياز المرفق العام، الذي هو عقد إداري من الدرجة الأولى ليس فقط لاتصاله بإدارة المرفق العام نفسه، بل أيضاً وبالذات لاحتوائه على أحكام تنظيمية تعطي الدولة بما لها من سلطة عامة سيادية في تنظيم هذا المرفق العام، وهو ما رددته المادة ١٣ من العقد محل النزاع. كذلك استند مجلس شورى الدولة إلى خصوصية أخرى تتصل بعقد الامتياز والتي تحول دون أي اختصاص تحكيمي بشأنه، وهو ما نصت عليه المادة ٧٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي نصت على أن "الدعوى المتعلقة بصحة أو مخالفة

امتياز ممنوح أو يعترف به من قبل الدولة اللبنانية تقام إلزامياً لدى المحاكم الوطنية". وهو ما يعني تكريس هذا النص لقضاء الدولة (بالذات القضاء الإداري) في النزاع الحاضر لتعلقه بصحة أو بطلان مواد في عقد امتياز مرفق عام؛ أما مسألة الاختصاص فتبقى في النظام العام مثل كل مسائل الصلاحية طبقاً للاجتهاد المستقر لمجلس شوري الدولة.

٢٣- كما أنه وفي معرض تأسيسه لبطلان التحكيم في العقود الإدارية استند مجلس الشوري إلى أن القانون رقم ٢١٨ تاريخ ١٣/٥/١٩٩٣ الذي فوض الوزير المختص بإجراء استدراج عروض عالمي لتلزي مرفق الاتصالات الخلوية ولم يتضمن أي نص بالإجازة له التوقيع على بند تحكيمي في العقد؛ وهذه في نظرنا حجة واهية في الحكم، لأن القانون المشار إليه جاء تطبيقاً لأمر الدستور في المادة ٨٩ والقاضي بضرورة موافقة المجلس النيابي بقانون على كل امتياز مرفق عام أو استثمار مورد من موارد الثروات الطبيعية. وفي هذا السياق لا بد لنا من إبداء ملاحظتين حول هذا القانون:

- فهو لم يحم بأي حال من الأحوال بتفويض تشريعي بالمعنى الصحيح كما سبق وأشرنا، وإنما اقتصر دوره فقط بالموافقة على مبدأ التلزي بالموافقة والترخيص للسلطة التنفيذية أو الحكومة باتخاذ إجراءات العقد التفصيلية.

- وهو من ناحية ثانية، فإنه ليس من طبيعة مثل هذا القانون الذي أعطى الضوء الأخضر لمبدأ الموافقة على التلزي أن يهتم بالتفاصيل المتعلقة بإمكانية الالتجاء للتحكيم في شأن هذا العقد الذي ستتخذ إجراءاته. لأنه من غير المتصور أو المعقول أن ينص مثل هذا القانون على هذه المسألة طالما أنه ترك إجراءات وتفاصيل وبنود العقد برمتها للحكومة بسلطتها الإستثنائية؛ محتفظاً فقط بتحديد المدة القصوى للتلزي والتي حددها باثني عشر عاماً.

٢٤- وأخيراً، أزال، أو حاول مجلس الشورى أن يزيل من أمامه العقبة الأخيرة التي تقف ضد الأصل العام من عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية؛ وقد تمثلت هذه العقبة في نص كل من المادة ٨٠٩ والفقرة الثانية من المادة ٧٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد. إن المادة ٨٠٩ - كما سبقت الإشارة - أجازت للدولة وسائر الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم الدولي في كل ما يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

وجاء تفسيرها في هذا الحكم محل التعليق حاصراً تطبيقها في العقود التي تجريها الدولة وتخضع فيها للقانون الخاص؛ أي أنها لا تمارس فيها امتيازاتها كسلطة عامة وتخضع بالتالي منازعاتها للقانون الخاص؛ مما يجعلها بعيدة كل البعد عن العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام ولاختصاص القضاء الإداري. إننا ولأول وهلة نرى أن هذا التفسير من جانب مجلس شورى الدولة من شأنه أن يخصص عموم النص دون سند، لأن النص العام يجب أن يفهم على عمومته؛ لأنه وحتى ولو فرضنا بأن الدولة قد وافقت على إخضاع عقد إداري للتحكيم في شأن منازعاته مع الطرف الأجنبي لاحتياجات التنمية الاقتصادية، فلماذا يكون ذلك غير مشروع مع إطلاق النص؟ ثم إن الإصرار على إخضاع مثل هذا العقد لاختصاص القضاء الإداري رغم صفته الإدارية يتضمن إضرار بالمصلحة القومية الاقتصادية التي استهدفت الدولة تحقيقها من وراء العقد، مثل عقد B.O.T. يتضمن إنشاءات ضخمة وإدارة مرفق عام اقتصادي حيوي. وما الخطر في ذلك لو أن الدولة في بنود العقد أخضعت إدارة وتنظيم المرفق لإشرافها ورقابتها على النحو الذي توجبه طبيعة عقد امتياز المرفق العام!!!

٢٥- أما بالنسبة للنص الآخر وهو الفقرة الثانية من المادة ٧٩٥ التي نصت على اختصاص رئيس مجلس شورى الدولة بإعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي إذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الإداري. إن التفسير المنطقي المباشر لهذا النص يفيد إمكانية وجواز التحكيم في العقود الإدارية، وإلا لم يكن

هناك داع أو سبب لإعطاء رئيس مجلس الشورى كقضاء إداري هذه الصلاحية إن لم يكن العقد موضوع النزاع إدارياً.

ومع ذلك حاول مجلس الشورى تفريغ هذا النص من ذلك المعنى المنطقي المباشر؛ وذلك بقصد حصر مجال تطبيقه على الحالات الاستثنائية التي يكون فيها التحكيم جائزاً في بعض العقود الإدارية إما بناء على نص تشريعي صريح أو بناء على اتفاقية دولية. ونشير إلى أن تعديل ٢٠٠٢ التشريعي الذي أجاز التحكيم في لبنان في العقود الإدارية جاء في رأينا ليضعف من تحليل مجلس شورى الدولة؛ وفي هذا السياق، قد يقال إننا ما زلنا في إطار هذا التحليل من ناحية أننا إزاء نص تشريعي خاص أجاز التحكيم بناء على مرسوم من مجلس الوزراء، بحيث يبقى المبدأ العام خارج إطار النص الخاص هو بطلان أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية. ولكن النص التشريعي الجديد لم يخصص عقوداً إدارية بذاتها وإنما جاء عام الإطار؛ وبالتالي فإنه لا مناص في رأينا من اعتبار المبدأ العام صار هو المبدأ العكسي تماماً لأن الجواز أصبح هو الأصل العام أو المبدأ العام وليس عدم الجواز. (يراجع: د. غالب غانم- اجتهاد مجلس شورى الدولة اللبناني في حقلي التحكيم والاستثمار-مجلة القضاء الإداري ٢٠٠٤ باب المقالات ص ١١).

٢٦- كما أنه قد يقال أن النص الجديد التشريعي وضع شروطاً لتطبيقه منها مثلاً تطلب مرسوم من مجلس الوزراء لكل عقد إداري على حدة. ونرد بدورنا بالقول بأن كل نص تشريعي أو كل مبدأ عام بالضرورة لا ينطبق إلا بتحقيق الشروط التي تطلبها النص؛ إن هذا لا يهم وإنما المهم هو ان التحكيم كأصل عام أصبح جائزاً مما يضعف إلى حد كبير تحليل مجلس الشورى . لا سيما وإن مجلس الوزراء وهو المهيم على المصالح العامة للدولة يستطيع وبمرسوم تلبية متطلبات التجارة الدولية وفقاً لمصالح التنمية الاقتصادية التي هي الصالح العام الأساسي لكل دولة نامية.

ثانياً: إجازة التحكيم في العقود الإدارية بناء على اتفاقية دولية

٢٧- على الرغم من المبدأ العام لبطلان التحكيم أجاز مجلس الشورى في هذا الحكم إمكانية التحكيم إما بناء على نص خاص أو بناء على اتفاقية دولية بين حكومة لبنان وحكومة أجنبية أجاز إبرامها تشريع خاص من مجلس النواب. وهذا بالفعل ما أكدته الحكم محل التعليق، إذ بعد أن أفاض مجلس الشورى في حشد كل الحجج والأدلة الفقهية والقضائية نحو تأسيس المبدأ العام لبطلان التحكيم في العقود الإدارية، وبوجه خاص في عقود امتياز المرافق العام، جاء ليقبل هذا الاستثناء في الجواز بناء على اتفاقية دولية.

٢٨- وفي هذا الشأن يقول مجلس الشورى في الحكم "بما ان القانون رقم ٦٠ الصادر في ١٩٩٩/٣/٣١ أجاز للحكومة إبرام اتفاقية حول تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين حكومة الجمهورية اللبنانية وحكومة الجمهورية الفرنسية...". ثم عرض الحكم لجوهر مضمون هذه الاتفاقية في تشجيع وحماية الاستثمارات، وتابع: "وبما أنه ثبت بأقوال المستدعى ضدها المعززة بالمستندات... إن غالبية أسهم شركة F.T.M.L اللبنانية التي تم التنازل عن العقد لمصلحتها مملوكة من شركة F.T.M.L الفرنسية. وهذا يعني أن الشركة اللبنانية خاضعة لسيطرة الشركة الفرنسية على الأقل "بصورة غير مباشر. من هنا وجوب تطبيق الاتفاقية موضوع المناقشة على النزاع المعروض...".

ثم يعرض الحكم في هذا الشأن إلى أن المادة السادسة من الاتفاقية إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين البلدين في حال فشل الاتفاق أو التسوية الودية خلال فترة الستة أشهر من تاريخ نشوئه، فإنه يحال للتحكيم بناء على طلب أي من الفريقين طرفي الخلاف لدى المركز الدولي لتسوية

الخلافاً حول الاستثمارات المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية
الخلافاً حول الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى.
وإذا كان أحد الفريقين المتعاقدين غير منضم إلى اتفاقية واشنطن المشار إليها، يحال
الخلاف للتحكيم بناءً على طلب أي من الطرفين لدى هيئة تحكيمية خاصة تنشأ
بموجب أنظمة التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

٢٩- ولقد أبرز الحكم أن الاتفاقية المعنية تطبق في إطار النزاع الحالي، مما يفيد
جواز تطبيق آلية التحكيم الواردة فيها العقد موضوع النزاع رغم صفته الإدارية. وكنا
نتصور أنه بعد كل ذلك سينتهي مجلس الشورى في الحكم إلى رفض إبطال البند
التحكيمي موضوع النزاع، باعتبار أن تأسيسه قد تم على أساس الاتفاقية اللبنانية
الفرنسية التي أجازت مبدأ التحكيم في العقود الناشئة عن الاستثمارات بين البلدين
وشركاتهما. ولكن مع ذلك انتهى المجلس إلى بطلان البند التحكيمي الوارد في المادة
٣٠ من العقد محل النزاع في القضية؛ وذلك بسبب أنه لم يتبع ذات الآلية التحكيمية
المرسومة في الاتفاقية المشار إليها، وإنما نصت هذه المادة ٣٠ على التحكيم في
غرفة التجارة الدولية بباريس.

ثالثاً: بعض التساؤلات حول عقد امتياز المرفق العام

٣٠- حاولت الشركة المستدعى ضدها - دون أن تفلح - أن تنفي عن العقد الإداري
موضوع النزاع صفته كعقد امتياز مرفق عام، وقد فُند مجلس شورى الدولة هذه
الدفع، وردَّ عليها بالنفي تباعاً، ليؤكد وعن حق طبيعة العقد الحقيقية المتمثل بأنه
عقد امتياز مرفق عام. ومن هنا تأتي أهمية الحكم أيضاً ليرد على تلك التساؤلات أو

مواطن التشكيك في الطبيعة العقد كعقد امتياز. كذلك أكد الحكم - وهذا موطن آخر لأهميته - إن عقد ال B.O.T. الشهير والذي تلجأ إليه الدول النامية في العصر الحاضر إليه بكثرة، ما هو إلا صورة من عقد إمتياز المرفق العام لكونه يستجمع مقومات هذا العقد الأساسية. وهذا ما سوف نراه في هذه الفقرة التالية:

٣١- أ- أولاً - عن التساؤلات المثارة حول طبيعة عقد امتياز المرفق العام، فقد أثارتها الشركة المستدعى ضدها ورد عليها تباعاً مجلس الشورى كما يلي:

- الإدعاء بأنه لا مجال للقول بوجود عقد امتياز عندما يتم التلزم عن طريق المناقصات واستدراج العروض.

ربما قد يكون أساس هذا الإدعاء من جانب المستدعى ضدها هو أنه عادة وحسب الاتجاه الشائع أن يتم إبرام عقد امتياز المرفق العام بناء على سلطة الإدارة الإستتسابية شبه المطلقة بأسلوب الاختيار المباشر، وليس بأسلوب المناقصات واستدراج العروض للمفاضلة كما يحدث في باقي العقود الإدارية الشائعة مثل عقدي الأشغال العامة والتوريد (توريد اللوازم).

وذلك بالنظر إلى أن عقد الامتياز ليس عقداً إدارياً عادياً بل أخطر وأهم من ذلك هو يمثل أحد أساليب إدارة المرافق العامة، بواسطة شركة خاصة على نفقتها ومسؤوليتها لقاء تقاضي رسوماً من المنتفعين بالمرفق. ولهذا يجب أن تتوافر في هذه الشركة القدرة المالية الكبيرة وكذلك القدرة الفنية التخصصية في الإدارة وبالذات في نوعية المرفق العام المعنية.

ولكن - وهو ما أثبتته مجلس الشورى بحق - ليس ما يمنع مع ذلك أن تلجأ الدولة إلى أسلوب المناقصة العامة والدولية باستدراج العروض بين الشركات العالمية - أو الداخلية - الكبرى المتخصصة وذات السمعة وذات القدرات المتميزة، حتى تختار الحكومة أفضلها لمصلحة المرفق العام. وأضاف مجلس الشورى لتدعيم رأيه بأن العقد موضوع المراجعة هو امتياز، منح بناءً على قانون، رخص للحكومة صراحة

بإجراء الامتياز عن طريق استدراج العروض؛ وأضاف القانون بأن تحدد التفاصيل والأصول العائدة للمشروع فنياً وإدارياً واستثمارياً ومالياً بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء. ولا شك أن استصدار قانون خاص بالترخيص بالتلزم يؤكد صفة العقد كامتياز مرفق عام، لأن المادة ٨٩ من الدستور اللبناني استلزمت ذلك لأهمية هذا العقد.

٣٢- ب- إن المشرع في القانون رقم ٩٣/٢١٨ لم يعط أي امتياز، بدليل أنه أطلق يد الحكومة في التعاقد مع أكثر من شركة. أي أن التساؤل الثاني المثار من جانب المستدعي ضدها بأن عقد امتياز المرفق العام يتضمن بالضرورة إنشاء احتكار في إدارة المرفق العام وتجهيزه من شركة واحدة هي الشركة الملتزمة أو صاحبة الامتياز. في الحقيقة، يبدو الامتياز في غالب الأمر بصورة احتكار للشركة التي وقع عليها اختيار الحكومة أو الوزارة. ولكن بالمقابل، وكما أثبت عن وجه حق مجلس شورى الدولة فإن هذا الاحتكار لا يعتبر شرطاً ضرورياً يتصل بطبيعة وجوهر عقد امتياز المرفق العام. وخير دليل على ذلك أن القانون رقم ٩٣/٢١٨ أراد أن تكون للحكومة رؤيتها واستنسائها إذا ما شاءت أن تمنح الامتياز أو التعاقد مع أكثر من شركة واحدة. والمشرع هنا قد يرى بأن تحقيق المصلحة العامة قد يتطلب نوعاً من التعددية بين الشركات بحيث ينصب التلزم على أكثر من شركة كما رأينا بشأن الاتصالات الخلوية.

إن الاحتكار كما نعلم هو نظام متميز لا يرتبط حتماً بالامتياز؛ والدليل على ذلك أن المادة ٨٩ من الدستور اللبناني تفرق بين هاتين الطريقتين: أن هذه المادة استلزمت إصدار قانون عن المجلس النيابي سواءً بالنسبة لامتياز المرفق العام أو لاستثمار ثروة طبيعية، أو سواءً بالنسبة لإنشاء احتكار. إذاً الاختلاف واضح؛ صريح وظاهر. وهذا ما يحملنا على التأكيد بأن إيجاد نوع معين من الازدواجية أو التعددية هو خيار

أنسب إلى الصالح العام أكثر من السعي وراء احتكار ينزل أشد الضرر بالمنتهجين من المرفق العام.

٣٣- أخيراً، ولنفي صفة عقد الإمتياز لجأت الشركة المستدعى ضدها إلى أن استناد المستشار المقرر في تقريره إلى قرار سابق لمجلس شورى الدولة هو استناد في غير محله - والمقصود بالطبع هو قرار المجلس الصادر تحت رقم ٥٨٥ تاريخ ١٩٩٦/٥/٩.

هذا وقد فند مجلس الشورى في الحكم هذا الإدعاء بقوله أن القرار رقم ٥٨٥ وصف عقد الـ (B.O.T) بأنه عقد امتياز مرفق عام؛ لكنه بالمقابل فرق بين امتياز المرافق العامة وبين امتياز الأشغال العامة؛ خصوصاً من الناحية الدستورية حيث يتطلب العقد الأول صدور قانون خاص من المجلس النيابي بخلاف العقد الثاني.

أما محاولة الشركة المزج بين عقد امتياز المرفق العام والعقد الحديث المسمى بالـ (B.O.T) وبأنهما لا يختلفان بالجوهر؛ فقد ورد في الحكم وأيضاً في تقرير المستشار المقرر للرد على ادعاء الشركة بأنهما عقدان مختلفان في طبيعتهما.

وكما أثبت مجلس الشورى وبحق أن قرار المجلس السابق رقم ٥٨٥ تاريخ ١٩٩٦/٥/٩ كان قد أكد لأول مرة أن عقد الـ (B.O.T) هو الصورة المعاصرة أو المستحدثة لعقد امتياز المرافق العامة، فهما يتفقان في الجوهر؛ غاية ما هنالك أن الـ (B.O.T) هي التسمية الإنجلوسكسونية من حيث المظهر الشكلي فقط. وعاد مجلس الشورى في القضية محل التعليق ليؤكد مرة ثانية هذه الحقيقة؛ موضحاً تماثل عناصر عقد الـ (B.O.T) مع ذات عناصر عقد امتياز المرفق العام. فعقد الـ (B.O.T) يعني ثلاثة عناصر هي: "B" أي Build إنشاء (أو تجهيز المنشآت والأدوات) و "O" أي operate بمعنى تشغيل المرفق العام و "T" بمعنى transfer أي إعادة المرفق العام بمنشآته وتجهيزاته إلى الدولة. وهذه العناصر الثلاثة هي ذات عناصر عقد امتياز المرفق العام، فعقد الامتياز هو الأصل وهذا

هو معناه ومفهومه الفرنسي؛ وعقد الـ B.O.T هو الصورة المستحدثة في المفهوم الإنجلوسكسوني. ولكن جوهرها واحد، والأصح القول بأن الإنجلوسكسوني نهل من الأصل الفرنسي.

رابعاً: العقد الإداري يمكن أن يكون موضوعاً لدعوى إبطال

٣٤- نفت الشركة المستدعى ضدها، أي إمكانية لأن يكون العقد الإداري موضوعاً لدعوى إبطال. ذلك أن دعاوى العقد قد تكون للمطالبة بحقوق ذاتية من المتعاقد مع الإدارة وهي الصورة الغالبة، كمثل الحقوق المالية المستمدة من بنود العقد، وإما للمطالبة بتطبيق الظروف الطارئة والتعويض عن عبئها الذي أخل بتوازن العقد على نحو صارخ، وإما لطلب التعويض عن تعديل الإدارة للعقد؛ وأخيراً بطلب فسخه لإخلال الإدارة بالتزاماتها على نحو شديد أو لوجود قوة قاهرة.

أما طلب إبطال العقد الإداري أو بعض بنوده كما في المنازعة الراهنة فهو أمر غير مألوف لأنه يبدو أن ذلك يدخلنا في إطار قضاء المشروعية والذي يتعلق بالقرارات الإدارية وتجاوزها لحد السلطة.

وأضافت الشركة في هذا الإطار الذي عرضناه أن طلب إبطال العقد أو بعض بنوده أمر يتمتع أن يختص به القضاء الإداري، لأنه بذلك يتدخل في أعمال الإدارة عن طريق إلزامها بموقف غير الذي ارتضته. وربما نرد على ذلك بالقول بأن الأمر هنا في الاتجاه العكسي إذ أن الإدارة ذاتها هي التي تطلب من القاضي الإداري إبطال أحد بنود العقد وهو البند التحكيمي، وطلب الإبطال لم يأت من الشركة كشخص خاص في مواجهة الإدارة!!!

٣٥- وعلى أية حال، فإن مجلس الشورى تصدى في القضية لهذه المسألة مؤكداً أنه ليس ما يمنع من إمكانية وجود دعوى بطلب إبطال العقد الإداري، وذلك بقوله

أنه لو كان صحيحاً عدم إمكانية ذلك لأصبح محظوراً على القاضي الإداري النظر في أي موضوع يتعلق بالعقود الإدارية، وليس هذا الأمر وارداً أو ممكناً بالطبع. وقد عالج مجلس الشورى ذلك في بند تأكيد اختصاصه بالمنازعة.

وفي هذا الإطار لا نستطيع هنا أن نمنع أنفسنا من بيان عدم قوة هذا الرد من جانب مجلس الشورى في هذه النقطة. فهو لم يرد بصورة محددة وواضحة ليبين كيف أن منازعات العقود هي قضاء شامل يمكن أن تتضمن نزاعاً خاصاً بالمشروعية أي مشروعية العقد.

ونحن نقول ولماذا لا؟ لأن الفصل بين قضاء المشروعية والإبطال والقضاء الشامل إذا كان واضحاً من حيث المبدأ العام ومجالات تطبيقهما، إلا أن هناك حالات جديّة يتلامس ويختلط فيها أو يمتزج فيها النوعان من القضاء. خصوصاً وأن موضوعات القانون العام ليست كلها دائماً أبيض وأسود. ولنضرب مثلاً على ذلك: القضايا المتعلقة بالحقوق المالية للموظفين، فلو أن الإدارة أخطأت في تحديد التعويض الذي حدده النص القانوني لأحد الموظفين أو حتى راتبه؛ إن هذه الدعوى هي دعوى قضاء شامل، ومع ذلك فالموظف يطلب إبطال قرار الإدارة وإعادة التقدير القانوني السليم. ونفس الشيء يمكن أن يقال عن منازعات الضرائب والرسوم رغم أنها تعرض أمام مجلس الشورى بطريق الاستئناف، ونفس الأمر في منازعات الانتخابات الإدارية إذا ما طلب المرشح الخاسر إبطال الانتخاب رغم أن هذه المنازعات تقليدياً تنتمي للقضاء الشامل. وبالتالي، فليس ما يحول قانوناً من أن يطلب أحد الفريقين في عقد إداري إبطال هذا العقد أو أحد بنوده، سيما إذا طلب المتعاقد مع الإدارة هذا الأمر نظراً لما شاب إبرام العقد من مخالفة قانونية كخرق لمبدأ المساواة في مناقصة عامة أو إستدراج عروض إلخ ...

خامساً: مراجعة تفسير تقدير مشروعية عمل إداري

٣٦- تمسكت الشركة المستدعى ضدها بعدم قبول المراجعة المقدمة من قبل الدولة لإبطال البند التحكيمي في العقد؛ والسبب في ذلك يرجع بحسب وجهة نظرها إلى أن هذه المراجعة لا تنتمي إلى فئة مراجعات تفسير العمل الإداري نظراً لوضوح بنود العقد. ليس هذا فحسب، بل ذهبت الشركة المستدعية إلى حد التصور بأنه حتى ولو تمثلت هذه المراجعة التي بين أيدينا بشكل طلب تقدير صحة أو مشروعية عمل إداري فإنه لا يجوز الجمع بينها وبين طلب التفسير؛ أو لا يجوز تقرير طلب تقدير صحة هذا العمل بدعوى أو مراجعة مباشرة بل في إطار مراجعة عدلية أو أصلية ثار خلالها مسألة مشروعية العمل الإداري تبقى لمفهوم المادة ٦٥ من نظام مجلس شورى الدولة.

إن إثارة هذه الإشكالية المتعلقة بشأن تطبيق المادة ٦٥، قد رفضها مجلس الشورى من الأساس، بل رفض حتى مجرد البحث بها؛ لأنها وبحسب رأيه تتعلق بتفسير أو تقدير مشروعية عمل إداري فردي أي قرار إداري وليس عملاً إدارياً تعاقدياً. وقد ذكر مجلس الشورى في هذا الإطار ما سبق وأشار إليه بأن المنازعة موضوع هذه المراجعة هي منازعة قضاء شامل تتعلق بصحة أو إبطال أحد بنود عقد إداري؛ ومنازعات العقود الإدارية هي كما نعرف تنضوي تحت راية منازعات القضاء الشامل؛ مما يعني أننا خارج إطار المادة ٦٥ من نظام مجلس شورى الدولة.

٣٧- هذا وفي سبيل التأكيد على اجتهاده اعتبر مجلس الشورى أن مراجعة التفسير أو تقدير مشروعية عمل إداري معين التي يمكن أن تثور بمناسبة مراجعة عدلية تستوجب وجود ما سمي بالمسألة المستأخرة. يستأخر على أثرها القاضي العدلي النظر في الدعوى بعد اطلاعه على مشروعية هذا العمل، أو على مدلولاته من قبل القاضي الإداري. لكن هذا الأمر لا يمنع من إقامة مثل هذه المراجعات بصورة مباشرة؛ أو حتى الجمع في نفس المراجعة بين طلبي تفسير العمل الإداري وتقدير مشروعيته في آن واحد. وقد استشهد مجلس الشورى على هذا الأمر بقراره السابق

رقم ٩٢-٩١/١١٠ تاريخ ١٦/٣/١٩٩٢ مجلة القضاء الإداري عدد ١٩٩٢-١٩٩٣ ص ٣١٤.

٣٨-وبالتالي، فلماذا يكون الجمع غير ممكن بين هذين الطلبين؟ فلنفرض أننا إزاء مشكلة متعلقة بغموض قرار إداري في مضمونه ومعناه، وقد ثارت في نفس الوقت مدى صحة هذا القرار وشرعيته من الناحية القانونية. فالحقيقة هنا فإنه ليس ما يمنع قانوناً الجمع بين المسألتين المرتبطتين في مراجعة مباشرة، طالما أن تقديم المراجعة مباشرة من دون الاستناد إلى قرار من المحكمة العدلية هو من الأمور الممكنة؛ وقد سبق وأقره اجتهاد مجلس شورى الدولة في قراره السالف الذكر، والذي لا يعد السابقة الأولى لهذا الاجتهاد.

٣٩-وفي الختام، إن مسألة التحكيم في العقود الإدارية التي هي من المسائل المهمة، وقد بدأت تفرض نفسها شيئاً فشيئاً في القانون الداخلي. فبالرغم من جهود مجلس الشورى اللبناني المتجه نحو عدم إقرار مبدأ عدم جواز التحكيم وبالتالي إبطال البند التحكيمي، إلا أن الوقائع والأحداث فرضت نفسها عليه. فجاء التعديل التشريعي لعام ٢٠٠٢ في قانون أصول المحاكمات المدنية ليجيز التحكيم في العقود الإدارية مع شرط بسيط ليس من الصعب تجاوزه أو تحقيقه، وهو إجازته في العقد الإداري بمرسوم صادر عن مجلس الوزراء. ولا ننسى ما قد يصيب المصلحة القومية من أضرار وكم من الخسائر ستلحق بجهود التنمية إزاء عقد B.O.T ضخم استلزم الطرف الأجنبي المستثمر خضوع منازعاته للتحكيم، وجاء مجلس شورى الدولة ليبيط البند التحكيمي فيه، في حين سبق لمجلس الوزراء أن وافق عليه بمرسوم. لكن، هذه القضية على أهميتها لم تحجب قضايا أخرى تصدى لها مجلس الشورى ببراعته المعهودة. لاسيما تلك المتمثلة بإمكانية تقديم مراجعة مباشرة لإبطال عقد إداري أو أحد بنوده دون أن يخرج ذلك عن إطار مراجعات القضاء الشامل، وكذلك

إمكانية مراجعة التفسير المباشرة لعمل إداري، أو أخيراً إمكانية الجمع بين طلي التفسير وتقدير مشروعية العمل الإداري. وهكذا يثبت القضاء الإداري أنه قضاء إنشائي متطور؛ إذ أنه وعلى الرغم من استقرار المبادئ الكبرى في القانون العام، إلا أن تفاصيل تطبيقاتها تنير دائماً النقاش والخلاف والاجتهاد؛ وهذا راجع بالطبع إلى أن الحقيقة لا تتجلي دائماً إلا بالحوار والنقاش العلمي المتميز بالشفافية والصدق. فالقاضي الإداري الذي لا يستطيع التغاضي عن النصوص القانونية، فإنه يحاول أحياناً تلطيفها والتخفيف من صلابتها قدر المستطاع (يراجع: د. غالب غانم - اجتهاد مجلس شوري الدولة اللبناني في حقلي التحكيم والاستثمار -مقالة سابقة الذكر).