

دور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري دراسة في القانون الأردني

الدكتور / سليم سلامة حتامله
جامعة العلوم الإسلامية العالمية
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

يعد التحكيم وسيلة مثلى لفض المنازعات، عرفه الإنسان منذ القدم، وأجمع على أهميته ودوره في إنهاء النزاعات في مجال القانون العام والقانون الخاص، لهذا وجدنا في وقتنا الحاضر العديد من النظم القانونية قد آقرته في تشريعاتها. ونظراً لما اشتمل عليه من خصائص ومميزات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الإدارية، ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات بين أطراف التعاقد والتي تعد الإدارة أحدهم.

ومن المعلوم أن الإدارة في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بممارسة سلطات وامتيازات تتمثل في الرقابة على التنفيذ، وتعديل العقد بإرادتها المنفردة، وإيقاع الجزاءات، وإنهاء العقد، وأثناء ذلك فإنه لمن المتوقع أن تتجاوز الإدارة حدود سلطاتها، كذلك قد تطرأ حوادث خارجية ومستقلة عن إرادة أطراف العقد ولم يكن في الحسبان توقعها عند إبرام العقد، مما ينشأ عنه نزاع بين طرفي العقد، يؤدي بهما إلى اللجوء إلى اختيار طريق التحكيم لفض تلك المنازعات.

وقد جاءت هذه الدراسة، لإبراز دور المحكم في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، باعتباره من الأركان الأساسية في العقد، وقد تطلب ذلك البحث أولاً في الأساس القانوني الذي يشكل منطلقاً للمحكم وهو بصدد القيام بمهمته الموكولة إليه، وهي الوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، باعتباره المبدأ الأساسي لفكرة الحقوق المالية الناشئة عن الالتزامات المتقابلة بين أطراف العقد.

وبعد الوقوف على الأساس القانوني لسلطة المحكم، ولتلافي العجز الذي يصيب العقد ويؤدي إلى الاختلال بالالتزامات الناشئة عنه، كان لزاماً علينا أن نبحث في نطاق سلطة المحكم؛ وذلك لبيان الصلاحيات التي يملك المحكم ممارستها أثناء اتباع إجراءات التحكيم.

مقدمة:

تعد العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في مناسبة تنفيذ نشاطاتها، والتي ترسم بموجبها وتحدد لأطراف التعاقد مراكزهم القانونية، والآثار المترتبة عليها من التزامات وحقوق، سعياً منها لمباشرة وظيفتها، في إنشاء وتسيير المرافق العامة في الدولة. ومن المعلوم أن للعقود الإدارية نظاماً قانونياً ذا

طبيعة خاصة، يخضع بموجبه لقواعد القانون العام، وعليه فإنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن طبيعة النظام القانوني الذي يحكم العقود المدنية والتجارية في مجال القانون الخاص، ومن جهة أخرى، فإن للعقود الإدارية ذاتية تتنوع بتنوع موضوعاتها، لذا اقتضى الأمر وجود أحكام قانونية تحكم وتنظم عقود الإدارة كل حسب موضوعه.

ونظراً لما للتحكيم من خصوصية في مجال منازعات القانون العام، تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً في هذه المنازعات، فقد أضفى بعداً آخر على طبيعة الخلافات التي قد تواجه المحكمين وهم بصدد معالجتها والبحث لها عن الحلول، بحيث يؤدي إلى زيادة في الأعباء الموكولة إليهم، مما يتطلب منهم بذل موفور العناية والبحث للوصول إلى حلول مثلى عادلة.

فروابط العلاقة الناشئة عن إبرام العقود الإدارية ترتب آثاراً تصيب كيان الدولة كطرف في العقد بطريق مباشر، عندما يتعلق تنفيذ العقد بالثروات ذات البعد الإستراتيجي لها، أو بطريق غير مباشر، من حيث تأثير موضوع العقد، ومدى مساهمته في الخطط التنموية للدولة، مما يؤدي إلى إقرار العديد من الامتيازات والصلاحيات التي تمارسها الدولة أو إحدى إداراتها بمواجهة المتعاقد معها، بحيث تسبغ الطابع الخاص على المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذها.

ومن أهم مظاهر هذه السلطات والامتيازات في مواجهة المتعاقد، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد وما يصاحبه من خروج عن المألوف في مجال عقود القانون الخاص، وسلطتها في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون اعتبار لإرادة الطرف المتعاقد معها، ودون النظر لما يكون قد ارتكبه من خطأ، وسلطتها في تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، بالإضافة إلى سلطتها في إيقاع الجزاءات على المتعاقد إذا أخلَّ بالتزاماته التعاقدية، وأخيراً سلطتها في إنهاء العقد من جانب واحد، كل ذلك نابع من سلطتها السيادية التي اعترف بها وأقرها القانون، ومقابل هذه السلطات الاستثنائية غير المألوفة التي تتمتع بها الإدارة، تقتضي العدالة أن يتمتع المتعاقد بإمكانية المطالبة بتعديل حقوقه المقررة له، بما يضمن له مستحقاته المالية على نحو يمكنه من الوفاء بالتزاماته.

فالمتعاقدين يُقبل على التعاقد مع الإدارة ويلتزم قبلها للحصول على المنافع والحقوق كأثر لإبرام العقد، وما دامت الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات تمكنها من تعديل أو إنهاء العقد، فإن من حق المتعاقد معها أن يطالب بتعديل الحقوق المقررة له بمقتضى العقد على نحو يمكنه من الاستمرار بتنفيذ التزاماته، ويحقق التوازن بين الالتزامات والحقوق، وهو ما يطلق عليه التوازن المالي (الاقتصادي) للعقد.

إذن والحال كذلك، فإنه من المتوقع أن ينشأ عن ذلك منازعات تظهر في أثناء تنفيذ العقد مما يؤدي بأطراف النزاع إلى اللجوء إلى اختيار الأسلوب الأمثل لفض تلك المنازعات، والذي يعتبر بعد القضاء التحكيم أهمها، وذلك بدافع الحل السريع، ولكونه يقف على قدم المساواة مع النظام القضائي في الدولة، حيث يساند القضاء في تحقيق مهمته المتمثلة في الوصول إلى العدالة في الحكم.

من هنا جاءت أهمية هذا البحث، حيث تكمن في إبراز دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، محاولين الإجابة عن السؤال الآتي: هل يحقق التحكيم التوازن المالي المطلوب لأطراف النزاع؟ وما هي المعايير التي يمكن الاستناد إليها لضمان الوصول إلى هذه النتيجة المرجوة؟ كل ذلك سوف نتعرض له من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية التحكيم وأهميته في مجال منازعات العقود الإدارية.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي في مجال العقد الإداري.

المبحث الثالث: نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

المبحث الأول

ماهية التحكيم وأهميته في مجال منازعات العقود الإدارية

حظي التحكيم باهتمام بارز منذ القدم، على مرّ العصور، وما يزال ليس فقط في الأردن وحده، وإنما في كافة أنحاء العالم العربي والشرق الأوسط عموماً، بل تعدى هذا الاهتمام حتى وصل إلى المجتمع الدولي. كل ذلك انطلاقاً من كون التحكيم - كنظام لفض المنازعات - أسبق من القضاء في الظهور، بل عُدّ طريق العدل الأول للإنسان^(١) وهو أصل القضاء، وليس مستحدثاً عنه^(٢)، ومع ظهور الدولة الحديثة وجدنا أن القضاء الرسمي حلّ محلّ التحكيم وبدأ يأخذ مكانة في نظر المنازعات.

ولكننا وجدنا في عالمنا المعاصر وبعد ازدياد وتعقد العلاقات التجارية وتعددتها، وانتشار عقود الاستثمار المحلية منها والدولية، أن عاد التحكيم في الظهور مرة أخرى، وبدأ يأخذ مكانة قوية في مجال فض المنازعات، خصوصاً في المجال الدولي، حتى غدا ضمانته للأجانب في عدم الخضوع لقضاء معين، كما شكل ضمانته أساسية للأفراد داخل الدولة للتخلص من بطء التقاضي وسرعة البت في الدعاوى^(٣).

لهذا كان وما يزال للتحكيم الدور البارز في نظر المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد، وصولاً بها إلى أنجع الحلول وأسرعها لإحقاق التوازن المالي للعقد عند اختلاله، وهذا ما سوف نبثه من خلال الآتي من المطالب:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وأهميته في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم.

المطلب الثالث: أطراف التحكيم.

المطلب الرابع: شروط اتفاق التحكيم وأثره في مجال منازعات العقود الإدارية.

المطلب الأول

مفهوم التحكيم وأهميته في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري

تعنى الدراسات الإنسانية عموماً بتحديد المفاهيم للأفكار محل البحث من منطلق أن سبر غور الأفكار وتحليل مضمونها يساعد كثيراً في الوقوف على المعاني التي

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٦.

(٢) د. أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥، - د. أحمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩.

(٣) د. أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥.

تتداعى عند إطلاقها أو الأحكام التي تبني عليها، وتضيف أهمية الموضوع بُعداً قوياً للدارس، تجلي له قيمة الأفكار في المجال العملي ومدى اتصالها أو بعدها عن الواقع. وأن نظرة في التاريخ تعين كثيراً في هذا الصدر من حيث تتبع نشوء الفكرة وبيان مفهومها بالقدر الذي يثري أفكار البحث، ويقدم بعض إضاءتها على الموضوعات ذات العلاقة مع التركيز أساساً على موضوع البحث مدار الدراسة، وسوف نعرض لذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم.

الفرع الثاني: أهمية التحكيم.

الفرع الثالث: طبيعة التحكيم.

الفرع الأول مفهوم التحكيم

نوه بادئ ذي بدء إلى أن للتحكيم مفهومين: مفهوم خاص بالتحكيم الإداري والتحكيم القضائي والتحكيم المصنف، ومفهوم عام، أوضحته واختصته بالذكر الأبحاث التي تناولت موضوع التحكيم، وعليه سنتناول مفهوم التحكيم العام، ثم نعرض لمفهوم التحكيم الإداري الخاص بالعقود الإدارية والذي تنصب عليه دراستنا. وبناءً عليه فقد أولى الفقه العربي والأجنبي التحكيم وكذلك القضاء والتشريع جُلَّ اهتماماً من حيث تنظيمه وبيان أصوله، كما كثرت وتعددت التعريفات التي صيغت بصده تبعاً للطبيعة القانونية له.

فقد قيل أن التحكيم: نظام قانوني خاص للتقاضي يتم بواسطته الفصل في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير (محكم أو هيئة تحكيم) بحكم ملزم يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع^(١). ومرد تلك المقدره - التي يتمتع بها المحكم أو المحكمون والتي تتجلى بإمكانية الفصل بين المتنازعين - التنظيم القانوني الذي يعترف بإمكان تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتدى

(١) Fouchard (Philippe) and Gillard (Emmanuel) and Golden (Berth old): Paris 1996 - no 7 p. 11-12 - Mathieu de Boise's, Michel de Jug lard, Pierre Ballot: Le adroit Française de L.arbitrage, Paris, 1983, p. 5. _ Robert (Jean) and Moreau (Bertrand): L.arbitrage, droit interne et, droit international prive Paris 5 ed Dalloz. 1993. p. 3 _ Mikulski (Henri): Ecrits _ etudes et notes sur L.arbitrage, Dallos 1974, p. 5.

عليها، بالتالي تطبيق القاعدة القانونية المخالفة، بوسيلة أخرى غير الالتجاء لقضاء الدولة، هي التحكيم، ويمثل التحكيم أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة، فبهني يتفق الأطراف على عرض منازعاتهم على شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة^(١).

وقد تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم حيث جاءت انعكاساً لفكر قانوني متطور، أبرز بمجمله الوجه المضي لنظام التحكيم في عصرنا الحاضر إن على صعيد اتفاق التحكيم أو إجراءاته أو طبيعته القانونية، أو شروط انعقاده وسلطة المحكم، وحكم التحكيم وإمكانية تنفيذه، وعليه فقد عرف التحكيم بأنه: (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية)^(٢).

وفي تعريف آخر، فهو: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيار أحدهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها؛ ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"^(٣). وفي تعريف آخر: هو نظام قانوني لفض المنازعات يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، فبمقتضاه يتم إخراج النزاع من اختصاص جهات قضائية صاحبة الولاية، وطرحه على أشخاص عاديين ليست لهم ولاية القضاء ولا يتبعون أية سلطة من سلطات الدولة، فيصدرون حكماً ينهي النزاع ويتمتع بحجية الشيء المقضي به مثله في ذلك مثل الحكم الذي تصدره محاكم السلطة القضائية في الدولة^(٤).

كما عرف بأنه: نظام لقضاء خاص تستبعد فيه نزاعات معينة من دائرة

(١) Caste (Sergio): Manuela siderite process ale civil, Toronto 1955 no 61 p.76.

(٢) د. محمد السيد، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٥.

– د. أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٢٣٧.

– د. قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٢٣.

(٣) حكم المحكمة الدستورية المصرية، في القضية رقم ٢٨٠ لسنة ٢٣، تاريخ ١١/أيار/٢٠٠٣.

(٤) د. برهان أمرالله، بحث بعنوان " القضاء ونظام التحكيم في المواد المدنية والتجارية " مقدم إلى المؤتمر الأول للاتحاد الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم " عمان تاريخ ٩/١٠/٢٠١٠، ص ١.

الاختصاص العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها^(١). وعلى الرغم من تعدد التعريفات فإنها تدور حول مفهوم واحد وهو أنه: أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها، ويبتنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع^(٢).

أما التحكيم في العقود الإدارية، فقد عرف بأنه التحكيم الذي يجري بشأن الخلافات التي تتعلق بالعقود الإدارية التي تبرم بين الدولة ممثلة بأحد أشخاصها الإداريين وبين أشخاص القانون الخاص (طبيعيين أم اعتباريين) بهدف تنظيم التزام لصالح المنفعة العامة (فموضوع الإلزام في التحكيم الإداري يتصل بالمنفعة العامة)^(٣). والمتفحص في المعاني السابقة على اختلاف صيغها في التحكيم يجدها تكاد تجمع على مفهوم واحد، غير إنها اختلفت فيما بينها في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم، وعبر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن اتفاق الأطراف على التحكيم، والبعض قال عنه أسلوب لفض النزاعات.

(١) - Robert (Jean) L'arbitrage. op - cit. p 3.

- David (Rene)L'arbitrage dans les commerce international, Paris Economic, 1982, p. 9.

- د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٣٨.

Alanredfern, Martin Hunter and Murray Smith, lazy and practice of enter national commercial arbitration, Second edition, London, sweet Maxwell, 1991. p. 2.

- Harland (A), Mau rim (A) La justice, editions sirey, 1996.p. 149.

- Auby (J.M) et Drago (G), trait de contentious administrative, T.1, 3 ed L.G.D.J, Paris, 1984 no20, p.45.

(A); " L' arbitrage en métier de transport maritime de marchandises "Etude de adroit François et le adroit Egyptian, these - university de Paris 1, 2003 tome 1, p.6 est.

- د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٩.

- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، العقود الإدارية وعقود B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٦٥.

- د. سيد أحمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٢.

(٣) د. حسين الحسين، بحث بعنوان "التحكيم في العقود الإدارية" قدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ٢٠٠٨، ص ٢٧٢.

مما تقدم نستخلص أن هناك اتجاهًا فقهيًا يخلط بين مفهوم التحكيم واتفاق التحكيم، إذ يجد في مفهوم اتفاق التحكيم من الشمولية في المعنى ما يستحوذ على التحكيم باعتباره جزءاً من كل، عندما قالوا: أن التحكيم منشؤه اتفاق بين الأطراف على طرح نزاعهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم، يثير الخلط بالمعنى ظاهرياً بين المفهومين، إذ يغلب إبراز بيان المقصود باتفاق التحكيم وليس التحكيم ذاته محل الاتفاق. بينما وجد اتجاه آخر، ميز بين التحكيم، واتفاق التحكيم الذي ينظر إليه كمرحلة قانونية منشئ لقيام الالتزام باللجوء إلى التحكيم، ونحن بدورنا نؤيد ذلك، باعتبار أن البدء بإجراءات التحكيم واعتماده كنظام لفض النزاعات الدائرة بين أطرافه وإبرادتهم هو نظام قانوني خاص، يتم وفقاً لمقتضيات القانون ومبادئ العدالة وإصدار حكم نهائي ملزم منهي للخصومة.

واستناداً لهذا المفهوم الذي اعتبر أن التحكيم نظام قانوني خاص مؤسس على الفكر القانوني السائد في الدولة والمعمول به بحيث يوازي قضاء الدولة الرسمي في حل النزاعات، نظراً لما يمتاز به من وضوح ودقة.

ويمكننا أن نبادر مفرقين بين اتفاق التحكيم والتحكيم بالقول: بان اتفاق التحكيم هو: عمل قانوني مرحلي أولي يتضمن تعبير عن إرادة أطراف النزاع المتمثلة بارتضائهم اللجوء إلى محكم أو هيئة تحكيم لإعادة التوازن لالتزاماتهم العقدية قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه. أما التحكيم فإننا نفضل أن نطلق عليه مصطلح "الدعوى التحكيمية" ونعرفها بأنها: وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى جهة التحكيم المعينة باختيار أطراف النزاع لحماية حق أو تقرير حق معتدى عليه، وبناءً عليه نستخلص من هذا التعريف الآتي:

- الدعوى التحكيمية وسيلة قانونية: يتمكن من خلالها صاحب الحق أن يلجأ إلى محكم أو هيئة التحكيم، لطلب حماية حقه.
- الدعوى التحكيمية، مكنة قانونية مقررة بموجب القانون لمصلحة الأشخاص للدفاع عن حقوقهم، تتضمن إبعادهم عن اللجوء إلى القضاء العادي، أو اقتضاء حقهم بأنفسهم.
- إن اختلاف موضوع الدعوى التحكيمية مرده إلى اختلاف الأسباب القانونية أو الواقعية التي ابتنيت عليها.
- الدعوى التحكيمية، وسيلة قانونية اختيارية، لأنها قائمة أساساً على مبدأ سلطان الإرادة الحرة للطرفين، فلأصحاب المصلحة أو الحق، أن يقرروا ابتداءً ولوج هذه الدعوى أم لا.

الفرع الثاني أهمية التحكيم في العقود الإدارية

يعد التحكيم وسيلة قانونية مثلى لفض المنازعات، عرفته البشرية منذ بلغت أولى درجات التقدم، ثم أقرته وأجازته الأديان السماوية وعلى رأسها الشريعة الإسلامية^(١)، كما أقرته في الوقت الحاضر العديد من النظم القانونية؛ وذلك لما له من فائدة لا تخفى في سرعة الفصل في النزاعات التجارية والمدنية والإدارية على الصعيدين الوطني والدولي، كما أن المستثمرين الدوليين على وجه الخصوص يطمئنون إليه أكثر من الاحتكام للأنظمة القضائية المحلية، وبالتالي فإن له تأثيراً مباشراً كذلك على زيادة تداول الاستثمار وتبادلته وانتشاره.

وقد تضافرت عدة اعتبارات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الإدارية، ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد والتي تعد الإدارة أحدهم، وتفضيله على القضاء العادي في العديد من الدول في وقتنا الحاضر، حيث نسوق أهم الاعتبارات في الآتي، منها:

١ - رغبة المتعاقدين في حل المنازعات الناشئة عن علاقاتهم التعاقدية، حلاً عادلاً ينبع من واقع المجال المهني المتخصص الذين يعملون فيه، والذي يتميز من حيث خصوصية وطبيعة أنشطة الإدارة ونطاق الصلاحيات المعطاة لها، والظروف المحيطة بها التي تتم ممارستها فيها، والعوائق والإخطار التي تواجه التنفيذ، كذلك تعقيدات المنازعات الناشئة عنها، واحتوائها على معطيات قانونية وفنية ومادية معقدة تخرج عن نطاق تخصص القاضي الوطني لتدخل في اختصاص شخص أو أشخاص متخصصين في نوع النشاط محل العقد، أشخاص مارسوا الأنشطة مع الإدارة أو مازالوا يمارسونها. وعلى سبيل المثال المقاولين، الذين أكسبتهم ممارستهم لهذا النشاط الخبرة بقواعد العمل وظروفه، ومن ثم مكنتهم من العلم بواطن أمورها والقدرة على الفصل المهني العادل في منازعاتها^(٢).

٢ - جنوح أطراف التعاقد في حل منازعاتهم الناشئة عن علاقاتهم التعاقدية في سرية من حيث عقد الجلسات وإجراءاتها وأشخاصها والحكم الصادر بشأنها، هذا كله قد

(١) د. عجيل النمشي، التحكيم والتحكيم في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة في فرنسا سنة ٢٠٠٣، ص ١٣.

(٢) R.P.Bishop, the role of Cominecial, people as apposed to law as arbitrators in maritime arbitration, the VII the I.C.M.A.Casablanca, 1985, p. 56.

- لا يتوافر لهم في ظل إجراءات قضائية تتم أمام القضاء العادي^(١)، حرصاً منهم على استمرار التعاون بينهم وبين إدارات الدولة من جهة وبين باقي الأشخاص الذين يشاركونهم نفس النشاط من جهة أخرى.
- ٣ - اتجاه أطراف التعاقد باستمرار إلى الميل في حل منازعاتهم بسرعة، لا تتوافر لهم في المحاكم القضائية العادية التي تتكدس أمامها أعداد كبيرة من القضايا التي تحتاج إلى سنوات لإنجازها وإصدار الأحكام بشأنها، مما يترتب عليه تعطيل مصالح أطراف التعاقد، وخصوصاً الإدارة التي تسعى إلى تحقيق النفع العام من خلال أنشطتها^(٢).
- ٤ - ازدياد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في ممارسة الأنشطة الاقتصادية خروجاً عن الدور التقليدي لها والاتجاه نحو ممارسة كافة الأنشطة على غرار أشخاص القانون الخاص، ومع ازدياد هذا التدخل من الدولة في شتى المجالات، وحرصاً منها على عدم الوقوف أمام القضاء الوطني في دولة أخرى بصدد حل المنازعات التي تنشأ حتماً عن هذه العلاقات نظراً لاعتبارات سياسية وسيادية، فقد وجدت الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في التحكيم الإداري ملجأً لها لحل المنازعات الإدارية الناشئة عن التعاقد، إذ المحكم لا يصدر أحكاماً باسم الدولة التي ينعقد على إقليمها التحكيم، ولكنه يضطلع بمهمة الفصل في النزاع بناءً على السلطة المعهودة إليه بواسطة أطراف الاتفاق التحكيمي^(٣).
- ٥ - اتجاه إرادة أطراف التعاقد إلى تنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر فاصلة في موضوع النزاع بسهولة ويسر، لا يتوافران بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية العادية نظراً للاهتمام الكبير بالتحكيم، حيث أبرمت المعاهدات والاتفاقات الإقليمية والدولية الخاصة بالتحكيم التي تلزم الدول الأطراف باحترام اتفاقيات التحكيم، والاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة عنها وتنفيذها^(٤).

(١) R.J.Merlins, L'Arbitrage Maritime, etudes efforts a' René Rodiere, 1982. p. 401. -

(٢) أسيل الفضالة، التحكيم القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة ٢٠٠٠، ص ٦.

(٣) M.Domke, The Enforcement of Maritime Arbitration Agreements with foreign, Governments, J.Mar. L. and.Com, VOL2. April, 1971, p. 617.

(٤) J.D.M.Lew, Applicable law in international commercial Arbitration, 1978, p. 443.

وبناءً على كل تلك الاعتبارات نضيف جوانب أخرى تعلقت بها أهمية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث امتد نطاق التحكيم إليها باعتبار الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها، علماً بأنه كان بالأمس القريب لا يعترف للدولة إقبالها على التحكيم لما في ذلك من مساس بسيادتها.

ولكننا أصبحنا نجد في حاضرنا ازدهار مجالات التحكيم واتساع آفاقه في مجال القانون الإداري؛ لارتباطه بنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية والدولية بين الأفراد والدولة، حيث درجت الدول التي يقصر الادخار الوطني فيها وعائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاظمة لرؤوس الأموال التي تستلزم خطتها في مجال التنمية، على انتهاج سياسات من شأنها العمل على حفز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وذلك بتوفير المناخ المناسب الذي يتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية. وقد تضرر الدولة وأشخاص القانون العام إلى إبرام عقود التجارة الدولية أو الإشراف على عقود التنمية الاقتصادية؛ مما يجعل التحكيم الوسيلة الدائمة لتسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ هذه العقود التي تمثل الشركات الأجنبية طرفاً ثانياً فيها، وبالتالي يصعب خضوع الدول أو أشخاص القانون العام لقضاء دول أجنبية، وهذا خلاف ما يحدث في التحكيم حيث إنها تشارك فيه باختيار المحكمين واختيار القانون الواجب التطبيق^(١).

ومن جانب آخر نجد أن التحكيم قد دخل كنظام قانوني خاص في مختلف فروع القانون، وأثبت نجاحه، وجاءت العقود الإدارية لتتعارض مع هذا النظام في البدايات، مما دفع بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن: (التحكيم في الأمور الإدارية بالنسبة للمسافر في عالم القانون كالمسافر في أرض ميثوس منها)، ولكن هذا الاتجاه بدأ بالتراجع والأخذ بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية أخيراً، كل هذه الاعتبارات وغيرها دفعت الأطراف والمحكم في مجال العقود الإدارية إلى الرغبة في البعد عن منهج التنازع المقرر في القوانين الوطنية، وذلك إلى مجال أكثر رحابة يتمثل في قانون التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية^(٢).

على الرغم من المزايا الظاهرة للتحكيم والتي كانت سبباً لاختياره طريقاً لفض

(١) د. محمد وليد منصور، دستورية التحكيم، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ٨٤.

(٢) J.D.MLew, Applicable law in international commercial arbitration, 1978, p. 443.

المنازعات فإن ذلك لا يحول دون تقرير أن لنظام التحكيم بعض المساوئ والتي أهمها^(١):

- ١ - ارتفاع مصاريف التحكيم، ففي التحكيم، يتحمل الأطراف نفقات مرتفعة تتجاوز في غالب الأحوال نفقات التقاضي أمام المحاكم، إذا علمنا أن المتقاضين أمام المحاكم لا يدفعوا إلا رسوم بسيطة، ولا يحكم بالمصاريف إلا على من يخسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة بحكم نهائي.
- ٢ - طول أمد الإجراءات في التحكيم، وذلك راجع إلى عدم قيام أحد الطرفين بتعيين المحكم الذي له اختياره، أو عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد، أو عدم الاتفاق على رئيس الهيئة، أو بسبب التمسك ببطلان الاتفاق أو عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات.
- ٣ - أن يتولى التحكيم في النزاع شخص أو أشخاص تنقصهم الخبرة أو الكفاءة، في حين أنه أمام قضاء الدولة يتولى الفصل في النزاع قاض مؤهل ومحترف أكثر قدرة على الفصل فيه.
- ٤ - التأثير السلبي للتحكيم على اقتصاديات الدول النامية، حيث أن اللجوء إلى التحكيم له آثاره السلبية على الاقتصاد الوطني للدول النامية، باعتباره آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي، يستخدمها لضمان قيادة وزعامة دول الشمال المتقدم وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف.
- ٥ - يؤدي التحكيم إلى حرمان الخصوم من الضمانات القضائية، نظراً لأن المحكم غالباً ما يكون من رجال الأعمال أو المتخصصين في موضوعات معينة وخبرته القانونية تكون ضئيلة؛ بحيث لا تسعفه في بعض الحالات من الوصول إلى العدالة المطلوبة عن طريق القضاء ابتداءً، كذلك فإن الطرف الخاسر نتيجة التحكيم في الخصومة لا يستطيع اللجوء إلى القضاء للطعن في حكم التحكيم إلا في دعوى البطلان المحدودة على سبيل الحصر الضيق.

(١) د. فتحي والي، دستورية التحكيم، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ١٠. د. خالد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٢.

الفرع الثالث طبيعة التحكيم

من المتفق عليه فقهاً وقضاً أن التحكيم وسيلة قانونية يلجأ إليها الأشخاص في فض منازعاتهم القائمة أو المحتمل قيامها بينهم بواسطة شخص أو أشخاص من الغير بعيداً عن قضاء الدولة، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

ومن المعروف أن اللجوء إلى التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إليه، وقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية له، على نحو أدى بالبعض إلى القول بالطبيعة القضائية، والاتجاه الآخر أخذ بفكرة الطبيعة التعاقدية، وذهب رأي آخر إلى القول أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، ورأي آخر اعتبره نظاماً مستقلاً في طبيعته، وذلك على النحو الآتي بيانه:

أولاً - الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار التحكيم ذا طبيعة تعاقدية، لأن أطراف التحكيم لديهم الرغبة بحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهما عن طريق التحكيم، تتفق وتتجه بإرادتها الحرة إلى هذه الوسيلة، وإلى اختيار محكمين لفض تلك المنازعات، ومن ثم التسليم بقراراتهم واحترامه، فالصفة الرضائية بين الأطراف المعنية هي الأساس الذي ينطوي عليه التحكيم^(١).

كما ويرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم إنما يؤسس على أمرين، أولهما: اتفاق التحكيم، وثانيهما: الفصل في موضوع النزاع مدار التحكيم^(٢)، وكون نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف، فإن له طابعاً تعاقدياً، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، ففي إرادتهم يتعين البحث عن المرتكز الأساسي لعملية التحكيم، وبالتالي يتوجب أن يؤخذ التحكيم لمجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة، والمحكم لا يمكن تشبيهه بقاضي

(١) د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، ص ٢٩.

(٢) د. أحمد المليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٧٩، ص ٢٠٤.

الدولة، كما لا يمكن تشبيهه بقرار المحكم بالأحكام القضائية في الدولة، حيث إن قرار التحكيم ليس إلا انعكاساً لاتفاق التحكيم^(١).

ويستند أنصار هذه النظرية إلى الحجج الآتية^(٢):

- ١ - إن اتفاق التحكيم مجرد عقد يتم قبل بدء إجراءات الخصومة، وإن قرار التحكيم ينفذ بإرادة الأطراف ويتأثر بالعيوب التي يشوبها، كما وأن جوهر التحكيم هو التقاء إرادة الأطراف بقرار المحكم، وبالتالي فلن تقوم للتحكيم قائمة بدون جوهره التعاقدية.
- ٢ - إن التحكيم يختلف في غرضه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف اتفاق التحكيم.
- ٣ - إن الأشخاص باتفاقهم على التحكيم إنما يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى وعن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحقها النظام القضائي.
- ٤ - المحكم ليس له ولاية القضاء، ولا يقوم بوظيفة عامة، فلا يتمتع بالسلطة المخولة للقاضي، والقاضي له صفة العمومية والديمومة في العمل، وهذا ليس متوفراً للمحكم. ويعيب النظرية التعاقدية، أنها تبالغ في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم هم، كما هو بالنسبة للشخص الثالث، الذي يحدد ثمن المبيع، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعينة، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع مطبقاً إرادة القانون لا يلقي بالأمر إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه، ومن ناحية أخرى، فإنه ليس صحيحاً أن التحكيم وفقاً للعدالة هو الأصل^(٣).

ثانياً - الطبيعة القضائية للتحكيم:

ذهب أنصار هذا الاتجاه القائل بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية، بالنظر إلى طبيعة المهمة الموكولة إلى المحكم باعتبارها عملاً من أعمال القضاء، بالاستناد إلى المعيار الموضوعي الذي يتمثل في فكرة حسم النزاع، وهذا غاية العمل القضائي ومنتهاه.

(١) د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ص ٦٨.

(٢) د. خالد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٠ وما يليها.

(٣) د. فتحي والي، بحث بعنوان: "دستورية التحكيم وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسائله" منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ٤٥.

فكرة المنازعة وكيفية حلها، هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم، باعتباره "قاضياً" يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم، فهو يفصل في نزاع، شأنه شأن القاضي، ومن ثم فإن وظيفة المحكم قضائية، سواءً أكانت صادرة تطبيقاً لقواعد القانون أم وفقاً لقواعد العدالة، وسواءً صدر أمر بتنفيذها أم لم يصدر^(١).

ومع ذلك فإن أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم قد اختلفوا حول أساس الوظيفة القضائية للتحكيم، وذلك بين اتجاه يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية، وآخر يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستقلة عن تلك الأنظمة، خاصة عندما يكون التحكيم في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية^(٢).

ويدللون أنصار الطبيعة القضائية على رأيهم بالآتي^(٣):

- ١ - إن دور المحكم هو ذات الدور الذي يقوم به قاضي الدولة الذي يتمثل في تطبيق إرادة القانون على حالة معينة بواسطة شخص آخر.
- ٢ - إن المحكم يقوم بالتزام الحياد، ويطبق مبدأ المواجهة، ومبدأ كفالة حق الدفاع، وفي بعض الأحيان يطبقون الإجراءات والقوانين المرعية، وهذه المبادئ من مستلزمات وخصائص القضاء^(٤).
- ٣ - إن أعمال القضاء ليست حكراً على الدولة، من الممكن بواسطة أدوات السلطة والسيادة أن توافق أو تأذن للمحكمين حل المنازعات بين الأطراف المعنية عن طريق التحكيم، فيكون هذا التحكيم إذن عملاً قضائياً خالصاً.
- ٤ - تتوافر في العمل القضائي ثلاثة عناصر، وهي: الادعاء، والمنازعة أو الخصومة، والشخص أو الأشخاص الذي يخوله القانون حسم النزاع؛ فإذا نظرنا إلى هذه العناصر مجتمعة لوجدناها تتوافر في عمل المحكم.
- ٥ - إن حكم المحكم يعتبر حكماً قضائياً من حيث الموضوع والشكل، ويرتب نفس

(١) د. محمد سامي، بحث بعنوان: "التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"، مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر (للتحكيم التجاري الدولي) المجلد الأول، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٩، ص ٢٢.

(٢) د. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٢٧.

(٣) د. خالد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٤) د. زكي النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٨٤.

الآثار القانونية التي يترتبها الحكم القضائي، فمن حيث الشكل هو يصدر وفقاً للإجراءات التي تصدر بها الأحكام القضائية، ومن حيث الموضوع، فالمحكم غالباً ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويلتزم باحترام حقوق المتخاصمين في الدفاع وتقديم الطلبات والبت فيها، أما من حيث الآثار فحكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي به^(١)، وبإصداره يستنفذ المحكومون ولايتهم في نظر النزاع، هذا بالإضافة إلى أن حكم المحكمين واجب التنفيذ على إجراءات النزاع.

أما ما أخذ على هذا الرأي وما قدم من نقد ضده فقد تمثل بالآتي:

- ١ - عدم تمتع المحكم أو هيئة التحكيم بالحصانة المتوفرة للقاضي، كما أنه لا يتمتع بسلطة الأمر^(٢).
- ٢ - إن حكم المحكمين لا تنطبق عليه قواعد الأحكام القضائية الصادرة من قضاء الدولة، وذلك أنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم الذي كان سبباً له^(٣).
- ٣ - إن معايير المحكمين في إصدار الأحكام وشروط الاتفاق على التحكيم ومصدر تلك الأحكام، ونطاق سلطة المحكم، وقوة أحكامهم وآلية تنفيذها، هي من المسائل التي ما زالت محل خلاف فقهي؛ لأنها تتعلق بكل دعوى تحكيمية على حدة، بحيث تخضع لشروط تعاقدية وظروف اقتصادية وقانونية معينة.

ثالثاً - الطبيعة المختلطة للتحكيم:

عند البحث في مضمون تلك الطبيعة وظروف نشأتها، نجدها قد جاءت للتوفيق بين الطبيعة العقدية والقضائية، فبحسب هذه الطبيعة فإن للتحكيم صفتين، الأولى الصفة التعاقدية، حيث يبدو ذلك واضحاً من خلال اتجاه إرادة طرفي النزاع لاختيار التحكيم كوسيلة لإنهاء النزاع بينهما والابتعاد عن قضاء الدولة، وكذلك اختيارهم القانون الواجب التطبيق.

أما الصفة القضائية فإنها تظهر عندما ينتهي المحكم من إجراءات التحكيم ويصدر حكم في موضوع النزاع، فإن الأطراف تلجأ إلى القضاء لكسائ حكم التحكيم القوة التنفيذية ليصار إلى البدء في تنفيذه في مواجهة الأطراف.

هذه الطبيعة المختلطة هي التي تفسر لنا الأحكام التي تبدو متعارضة والتي

(١) المادة (٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

(٢) د. خالد الغنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٣) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧١.

تنطبق على نظام التحكيم، فاحترام المحكم لمبدأ المواجهة والتزامه بتسبيب أحكامه وإمكان رده وسلطاته في إدارة الخصومة، والبحث عن أدلة الإثبات لا يفسرها إلا التأثير القضائي على طبيعة التحكيم، أما جواز الطعن في حكم المحكمين بدعوى بطلان أصلية، وقدرة الخصوم على تحديد إجراءات التحكيم واختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع وجهة الاستئناف، فلا يفسره سوى التأثير التعاقدى على طبيعة هذا النظام^(١).

هذه النظرية المتمثلة بالطبيعة المختلطة للتحكيم لم تسلم من النقد وذلك من

حيث:

١ - إن قواعد التحكيم بطبيعته المختلطة تلك تقف عاجزة عن الوصول إلى الحلول الناجمة الموحدة من الإجراءات وإصدار الحكم والتنفيذ، وهذا يوضح الحلول المتعارضة التي تصدر عن المحكمين نظراً لاختلاف الدور الذي تلعبه إرادة الخصوم على صعيد التحكيم الوطني، والتحكيم الدولي الذي يفتقر إلى وجود قضاء نلجأ إليه على غرار الوطني.

٢ - ارتباط حكم التحكيم دائماً باتفاق التحكيم الذي يكون سبباً له ولا ينفصل عنه، وعادة يتقيد المحكم بالتكييف القانوني للوقائع بحسب ما يعرضه أمامه الخصوم من نزاع، وبالتالي يبني حكمه مما يعرضه للوقوع بالخطأ، وعدم تحقيق الغاية المنشودة والحكمة التي من أجلها وجد التحكيم، وهذا بعكس القاضي العادي الذي لا يتقيد بتكييف المتخاصمين للموضوع الذي يشكل نزاعاً معروضاً عليه، مما يبعد طبيعة حكم التحكيم عن كونه حكماً قضائياً.

وخلاصة فقه هذه النظرية، أن التحكيم تعاقب عليه صفتان، ويعتبر نقطة التقاء لتأثيرات مزدوجة، فكرة العقد وفكرة القضاء، فيبدو وكأنه من الحلول التي تقيم التوازن بين هذين المتناقضين^(٢).

رابعاً - الطبيعة المستقلة للتحكيم:

نظراً للإشكاليات التي واكبت تحديد بيان الطبيعة القانونية للتحكيم، ظهر اتجاه فقهي^(٣) حاول كشف النقاب عن تلك الطبيعة حيث يذهب إلى القول بأن التحكيم نظام

(١) د. محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) د. خالد العنزى، التحكيم في العود الإدارية في الكويت، مرجع سابق، ص ١٠٥.

د. حميد اللهيبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة =

نو طبيعة مستقلة قائم بذاته من حيث وظيفته والحكمة من الأخذ به ومبررات وجوده وأهدافه، فلا هو بالعمل القضائي، ولا يخضع لنظام تعاقدية، ولا هو بالعمل ذي الطبيعة المختلطة بين العمل القضائي والتعاقدية.

لذا حاول أصحاب هذا الاتجاه الوصول إلى أن التحكيم نظام قانوني مستقل، وذهب إلى القول أن العقد ليس هو جوهر نظام التحكيم، كما أن التحكيم ليس قضاء، لأن القضاء يطبق القانون تطبيقاً جامداً، أما المحكم فهو يحاول الوصول إلى حل توفيقى مستجيباً لمقتضيات التجارة والصناعة، فالتحكيم له ذاتية خاصة، ولهذا يخضع لقواعد خاصة به وإن استعار بعض قواعد العقد وبعض قواعد العمل القضائي.

وقد حاول الفقه المؤيد لفكرة الاستقلالية في قرار التحكيم باعتباره نظاماً مستقلاً قائماً بذاته، أن يستند في تأييده للطبيعة المستقلة إلى الآتي^(١):

- ١ - يعد القضاء أحد سلطات الدولة العامة التي يباشرها الجهاز القضائي بهدف ضمان تطبيق مبدأ المشروعية على المصالح المتنازعة في العلاقات الاجتماعية، أما التحكيم فيهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية هي ضمان التعايش السلمي بين أطراف الخصومة في المستقبل فضلاً عن العدل.
- ٢ - يؤكد الطبيعة المستقلة والخاصة لنظام التحكيم، أن هذا النظام أقرته القوانين الداخلية وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم، وفي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم سواء أكانت معاهدات ثنائية أم جماعية^(٢).
- ٣ - خضوع المحكم باعتباره قاضياً خاصاً أو عاماً لنظام قانوني مغاير لذلك الذي يخضع له القاضي من حيث صلاحيته ومسئوليته وسلطاته، فلا يشترط فيه ما يشترط في القاضي من صفات، ولا يخضع لقواعد المخاصمة إذا أخطأ ولا يعد

= العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٨٠.

د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٢٠.

د. محمود السيد، الطبيعة القانونية للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٤١ وما يليها.

(١) د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٤ وما يليها.

(٢) أشرف خليل، الطبيعة القانونية للتحكيم، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?Action=display>

منكراً للعدالة إذا امتنع عن أداء عمله، ولا يملك سلطة الجبر والأمر التي يملكها القاضي.

- ٤ - إن حجية أحكام التحكيم تختلف في شروطها ومداهها عن حجية الحكم القضائي، حيث تحول حجية الحكم القضائي دون تعديله أو إلغائه إلا بطريق الطعن عليه وفقاً للقانون، ومن ثم لا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم إلا في حالة انعدامه، في حين يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكمين، لأي سبب من أسباب البطلان التي نكرها القانون سواء تعلق باتفاق أو بإجراءاته أو بالحكم ذاته.
- ٥ - إن حكم المحكمين لا يتمتع بقوة تنفيذية في ذاته مثل الحكم القضائي، وإنما يلزم لتنفيذه صدور أمر بذلك من السلطة القضائية في الدولة، وبهذا فإنهما لا يستويان حتى إذا صدر هذا الأمر لحكم المحكمين، لأن القوة التنفيذية لأي عمل قانوني لا تجعله عملاً قضائياً إذا لم يكن بطبيعته كذلك، بل دليل أن المحررات الموقعة ومحاضر الصلح المثبتة في محاضر جلسات المحاكم، تصلح سنداً تنفيذية دون أن يغير هذا من طبيعته العقدية، ويجعلها أحكاماً قضائية.

المطلب الثاني

أنواع التحكيم

يحظى التحكيم في وقتنا الحاضر باهتمام الدول والجهات الرسمية والخاصة والأفراد على حد سواء لمزاياه ومبرراته، وهو في حقيقة الأمر تصرف واحد ومستقل في كيانه وأشكاله وإجراءاته وجوهره وآثاره، ولكنه يتنوع وفقاً للزوايا المختلفة التي يتم النظر من خلاله إليه، وذلك بناءً على الأسس التأصيلية ومحددات المضامين الموضوعية والأهداف للصيقة به والنطاق الزمني والمكاني الذي يتم فيه، والظروف المحيطة به التي قد يتأثر ويؤثر فيها بطبيعة الحال^(١).

وبناءً عليه فقد حدد الجانب الواقعي والقانوني أهم أنواع التحكيم والتي ظهرت على النحو الآتي:

أولاً - التحكيم الاختياري:

يكون التحكيم اختيارياً إذا كان الالتجاء إليه من قبل الأطراف المتخاصمة بإرادتهم الحرة ورغبة منهم في ولوج هذا الطريق لحل الخلافات.

(١) د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٠.

يستتبع ذلك تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها وأحكام القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالتحكيم، فهو تحكيم ينظمه الأطراف بمناسبة نزاعهم الخاص بعيداً عن كل قيد^(١).

ويستشف هذا المبدأ (التحكيم الاختياري) عندما لا يلزم المشرع أو أي مصدر قانوني آخر الأطراف المعنية صراحة باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات، أو عندما يلتزم المشرع جانب الصمت بعيداً عن تحريمه الصريح، فإن التحكيم في هذه الحالات يكون اختيارياً، لأن الأصل في الأشياء والتصرفات الإباحة، مما يفسر لنا مقولة أن التحكيم أقدم في الوجود من القضاء لانطوائه على جانب نفسي مهم يتفق والطبيعة الفطرية للإنسان التي تأبى الجبر والإلزام^(٢).

ثانياً - التحكيم الإجباري:

وهو طريق للفصل في المنازعات يلتزم أطراف النزاع باللجوء إليه واتباعه والتقيد بأحكامه طريقاً لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة دون الأخذ بعين الاعتبار ما اتجهت إليه إرادتهم ابتداءً.

يلاحظ في هذا النوع من التحكيم تغييب إرادة المتخاصمين وإحلال إرادة المشرع المتمثلة بالقوانين الخاصة الناظمة لإجراءات التحكيم، واختيار المحكم أو هيئة التحكيم، ومكان انعقاد جلسات التحكيم، وولاية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون....الخ، فيلتزم الأطراف الالتجاء إليه بدلاً من الالتجاء إلى القاضي العام.

وفي رأينا، أنه لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه احد الطرفين أم كلاهما، إنفاذا لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك أن الأصل في التحكيم الاتفاق، وإليه ترد السلطة الكاملة التي يؤسس عليها المحكمون أعمال التحكيم باعتبارها وسيلة فنية ذات طبيعة قضائية خاصة، غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من قبل أطرافها، وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بإسناد من المشرع الرسمي، ولهذا فإنه إذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسراً سندا لقاعدة قانونية أمرة دون خيار في الالتجاء إلى القضاء، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن (المادة ١٠١/١، دستور أردني)، إذ أن المقرر أن التحكيم لا ينزع من

(١) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧/١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٤، بدون ذكر دار النشر وعاصمتها، ص ١٣.

(٢) د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١.

القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه.

ثالثاً - التحكيم المؤسسي:

يقصد به التحكيم المنظم الذي يتفق الأطراف على أن يتم بواسطة مؤسسات أو هيئات أو مراكز سواء أكانت وطنية أم دولية تضطلع بالتحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته. وقد يقوم المركز أيضاً بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين تبعاً للقوائم المعدة من قبل الهيئة أو المركز بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات والكفاءات والسمعة، وتقوم الهيئة أو المؤسسة أو المركز التحكيمي بتوفير الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة لتسيير العملية التحكيمية برمتها^(١).

"وقد تنشأ هذه الجهات داخل دولة معينة لتباشر التحكيم الداخلي، كما قد تنشأ أيضاً على مستوى دولي سواء كجهات مستقلة في تنظيمها وشخصيتها، أو كجهات قائمة على أساس اتفاقيات دولية تتضمن تحديد مكانها وجميع الأمور المتعلقة بتنظيمها، وذلك لغايات القيام بعمليات التحكيم في شأن المنازعات التي قد تعرض عليها"^(٢).

وعلى الرغم من إيجابيات هذه الصورة من صور التحكيم المتمثلة بالمعرفة المسبقة من قبل طرفي التحكيم بقواعد إجراءات التحكيم المتبعة أمام تلك الهيئات أو المؤسسات التحكيمية، إلا أن ولوج هذا النوع من التحكيم له - في رأينا - محاذير على درجة من الأهمية، أولها: إن إجراءات التحكيم قائمة على فكرة إذعان طرفي النزاع للأحكام الإجرائية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع واختيار المحكمين أو هيئة التحكيم دون اعتبار لإرادة طرفي التحكيم.

ومن جهة أخرى، فإن هيئات التحكيم المؤسسي تختار قواعد قانونية هي من تتبناها وترى بأنها واجبة التطبيق على موضوع النزاع محل التحكيم، كل ذلك في غياب إرادة أطراف النزاع، وفي ذلك محاذير ننبه إليها خصوصاً ما تعلق بإصدار الأحكام وإمكانية تنفيذها، لذا ندعو أطراف التحكيم توخي الحيطة والحذر عند اختيار هذه الطريقة.

(١) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ / ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ١٣.

- د. فتحي والي، دستورية التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٢) د. بشار عبد الهادي، المرجع السابق، ص ٢٦.

رابعاً - التحكيم التوافقي أو الحر:

وهو التحكيم الذي يتولاه أطراف التحكيم استناداً للصلاحيات المخولة لهم بموجب القانون من حيث الاتفاق على اختيار المحكمين بذاتهم أو بصفاتهم، وقواعد التحكيم وإجراءاته، ومكان التحكيم، والقواعد القانونية الواجبة التطبيق عندما يثور النزاع بينهم، كل ذلك بعيداً عن مؤسسات التحكيم والمراكز المعتمدة.

ومما يتوجب ملاحظته أن هذا النوع من التحكيم تظهر فيه إرادة طرفي التحكيم جلية من خلال ما اتفقوا عليه مسبقاً، وبالتالي فهو يتناسب مع حاجات الأطراف ورغباتهم.

ولكن في رأينا يجب ألا ننساق خلف هذه الطريقة، لما يعترئها من محاذير قد تؤثر في مجريات التحكيم وتنعكس آثارها على الحكم التحكيمي الصادر في موضوع النزاع، إذا ما علمنا أنه قد يطرأ تغييرات تشريعية أو واقعية أو تغيير في شروط العقد أو ظروف تنفيذه بحيث لا يمكن تداركها أو غير محسوب حسابها فيما اتفقوا عليه، أو اتخاذ تدابير انفرادية من قبل الدولة تصيب العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، بحيث يؤثر ذلك على العلاقة بين أطراف النزاع مما يضطر معه البحث عن وسائل بديلة قد لا تسعف في حل المشكلات الناشئة عنها.

خامساً - التحكيم الوطني (الداخلي):

يعرف الفقه التحكيم الوطني بأنه: التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، أو أن يصدر الحكم فيه وفقاً لإجراءات أو تشريع وطني، وبمعنى أدق يكون التحكيم وطنياً إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها^(١). وقد وجدنا أن قانون التحكيم الأردني قد حدد نطاق سريان قانون التحكيم بقوله: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية"^(٢)، فيكون المشرع في هذا النص قد اعتمد على معيار محدد لاعتبارات التحكيم محلياً، وهو أن لا يتعرض لمسائل ذات طابع دولي، وأن يجري في الأردن عندما أشار إلى أن أحكام هذا القانون تسري على التحكيم الذي يجري في المملكة.

(١) د. موسى متري، بحث بعنوان "التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول" مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المجلد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

- Mann, Lex Facit arbitrum, in Arbitration international, Paris, 1986, p. 113.

(٢) المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

بناءً عليه فإن التحكيم الوطني، هو التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره إلى الأردن، فهو يجري على إقليمها وفي إطار سيادتها الوطنية، والمنازعة محل التحكيم موضوعها وأطرافها وأسبابها المنشأة لها أردنية، ويطبق في شأنها أحكام القانون الأردني.

سادساً - التحكيم الدولي:

هو التحكيم الذي يرتبط في أحد عناصره بعوامل خارجية، بعيداً عن مفهوم التحكيم الذي ينصب على حل المنازعات الدولية والتي تخضع لأحكام القانون الدولي العام.

فالهدف من هذا التحكيم هو أن ننأى بمنازعات الأطراف في مجال طرح منازعاتهم وإخضاعها لأحكام وإجراءات بعيدة عن المحاكم والقوانين الوطنية في مجال التجارة الدولية نتيجة خشيتهم من النتائج التي تترتب على ذلك، فهم عادة لا يكونون على دراية كافية بأحكام القوانين الوطنية وقواعدها. وقد توصل الفقه^(١) إلى صياغة عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن التحكيم الوطني، مثل معيار موضوع النزاع، جنسية المحكمين، جنسية أطراف التحكيم، القواعد القانونية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق لحسم موضوع النزاع، ومكان التحكيم..... الخ، وبغض النظر عما وجه من انتقادات لمعايير تمييز التحكيم الدولي عن التحكيم الوطني، فإنه يمكن حصرها في ثلاثة معايير رئيسية:

- **المعيار الأول - المعيار القانوني:** ويتمثل في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو حتى موضوعه، إذ يكفي أن تتصل العلاقة القانونية التي نشأ عنها النزاع المطروح على التحكيم في أحد عناصرها بأكثر من نظام قانوني لكي يعتبر التحكيم دولياً.
- **المعيار الثاني - المعيار الجغرافي:** ويتمثل في مكان التحكيم، أو المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم.
- **المعيار الثالث - المعيار الاقتصادي:** ويتمثل في تعلق العقد الذي يجري تسوية منازعاته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية، فإذا كان هذا العقد عقداً دولياً فإن التحكيم في منازعته يكتسب صفة الدولية بطريق التبعية.

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٠٠.
- د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤٨.
- د. دستورية التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٦.

المطلب الثالث أطراف التحكيم

للدعوى التحكيمية طرفان هما المُحكّم، وهو الشخص الذي أصابه الضرر الناتج عن مخالفة الطرف الآخر للالتزامات العقدية ويسمى المُحتَكَم، والحَكَم هو الشخص الذي يحتكم إليه ويسمى المُحكّم، وقد يكون المحكم والمحتكم، متعدداً، أي أكثر من اثنين على صورة هيئة أو لجنة، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً - المحكم:

المحكم في الدعوى التحكيمية، هو كل من يدعي أن مخالفة للالتزامات العقدية قد ألحقت به ضرراً شخصياً ومباشراً، وهكذا فإن الدعوى التحكيمية هي حق كل من أصابه ضرر من جراء مخالفة في اللجوء إلى التحكيم للفصل في موضوع النزاع والحكم له عن هذا الضرر، وبناءً على ذلك لا بد أن يكون المحكم قد أصابه ضرر من المخالفة المرتكبة، وأن يكون متمتعاً بأهلية التقاضي.

ففيما يخص الشرط الأول: فالمطالبة بالتحكيم واللجوء إليه لا تثبت إلا للشخص الذي وقع عليه الضرر من جراء المخالفة أو المخالفات العقدية، وأن يكون هذا الضرر مباشراً وشخصياً. وبالتالي فإن القانون لم يجز لغير صاحب المصلحة المباشرة اللجوء إلى التحكيم ابتداءً والمطالبة بحل النزاع الدائر بين أطرافه، فمن تثبت له المصلحة يستطيع أن ينصب نفسه محتكماً شخصياً في دعوى التحكيم.

وقد اشترط القانون ثانياً: إن اللجوء إلى التحكيم والبدء بإجرائه لا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه^(١)، لأن في التحكيم نوعاً من المخاطرة ببعض الحقوق أو كلها، وفيه إضعاف للضمانات المتوافرة في القضاء، واستقلاله ومرانه، وفيه اختيار لمحكمين يتطلب الأمر فيهم إحاطة ونضج رأي، وفيه نوع من التصالح^(٢). لذلك لا يملك ممارسة التحكيم الصغير غير المميز الذي لا يملك حق التصرف في ماله، ولا المعتوه أو السفهية وذو الغفلة، ولا المحجور عليه، ولا الوكيل أو الوصي أو الولي أو القيم - المأنون لهم بحكم القانون - الالتجاء إلى التحكيم أو القبول به إلا بإذن من المحكمة^(٣). وعليه فإن اللجوء إلى التحكيم واتباع إجراءاته ممن لا يملك أهلية التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

(١) المادة (١٦) من القانون المدني الأردني رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦.

(٢) د. قحطان عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٣) المواد (١١٦ - ١٣٤) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

وأما بخصوص الشخص المعنوي، فهل له أن يكون طرفاً في التحكيم؟ أمام هذا التساؤل، وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني^(١)، واستناداً لعمومية نص المادة الثالثة منه، وجدنا أن المشرع لم يقر حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية، بل أجاز صراحة حق اللجوء إلى التحكيم الذي يجري في المملكة بين أطراف من أشخاص القانون العام، أو القانون الخاص، أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية.

هذا على صعيد التحكيم في القضايا التي تنشأ بين أطراف ونزاع داخل الدولة. أما على صعيد التحكيم الدولي، وجدنا أن المشرع الأردني في قانون التحكيم لم يوضح موقفه من إمكانية اللجوء إلى التحكيم، ولكن بالرجوع إلى قانون الاستثمار الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥ وتعديلاته، حيث أعطى الخيار للحكومة وللمستثمر الأجنبي بإحالة النزاع إلى القضاء أو إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن إذا لم تتم تسويته ودياً خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر.

وعلى ذلك فإن أهم ما يميز التحكيم في القضايا الناشئة عن قضايا الاستثمار يتمثل في أن الاختصاص والسند الأساسي لهذا النوع من التحكيم ينشأ عن معاهدات الاستثمار المختلفة سواء الثنائية منها أم الجماعية.

ثانياً - المُحَكَم:

يعد المحكم الطرف الثاني في الدعوى التحكيمية، حيث أشارت المادة (٢/أ) من قانون التحكيم الأردني، إلى تعيين هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر للفصل في موضوع النزاع المحال إلى التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون.

وقد اشترط المشرع الأردني في الحكم أن يكون كامل الأهلية، وعليه لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوزاً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب إشهار إفلاسه ولو رُد إليه اعتباره.

المطلب الرابع

شروط اتفاق التحكيم وأثره في مجال منازعات العقود الإدارية

إن الاتفاق على إجراء التحكيم يعد أول المراحل في الدعوى التحكيمية، مضمونه التعبير عن إرادة أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم إذا ثار نزاع أثناء تنفيذ العقد

(١) المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

المبرم بينهما، وقد يصار إلى عقد هذا الاتفاق بعد نشوء النزاع وصورته واقعاً مؤكداً. وهذا ما عبر عنه المشرع الأردني في المادة (١١) من قانون التحكيم الأردني^(١).

ومن المفيد أن نورد التعريف الذي نصت عليه المادة السابعة من القانون النموذجي الذي تبنته لجنة القانون التجاري الدولي بقولها: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

أما عن صيغة شرط التحكيم، فليس هناك صيغة معينة أو أنموذج موحد يتبع، وإنما يتطلب أن ترد الصيغة محددة في مبادئها دالة على معانيها، ومعبرة عن إرادة طرفي التحكيم، بحيث لا تثير لبس ولا إبهام قد ينتج عنه اختلاف في الفهم لدى أطراف النزاع ابتداءً أو لدى هيئة التحكيم لاحقاً.

وبناءً على ذلك سوف نشير بالدراسة إلى أهم شروط اتفاق التحكيم على الوجه المتقدم، وما يربته من آثار في مجال نزاعات العقود الإدارية من خلال:

الفرع الأول: شروط اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: آثار الاتفاق في الدعوى التحكيمية.

الفرع الأول

شروط اتفاق التحكيم

ذكرنا سابقاً أنه قد ينشأ اتفاق التحكيم تبعاً لعقد معين ويسمى شرط التحكيم، وقد يتم الاتفاق عليه بمناسبة نزاع قائم ويسمى مشاركة التحكيم، ففي الحالة الأولى: يكون تنفيذ الشرط وبالتالي اللجوء إلى التحكيم أمراً احتمالياً؛ لأنه يتوقف على احتمالية حصول النزاع من عدمه، وفي مسعى آخر أحسن المشرع الأردني، في قانون التحكيم المشار إليه سابقاً، عندما نص على إمكانية الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع، ولكن في هذه الحالة اشترط أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً.

(١) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، بدون ذكر دار النشر والعاصمة، ١٩٨٤، ص ٧٥.

نستخلص من ذلك، أن إرادة المشرع اتجهت إلى إبطال كل اتفاق لاحق على نشوء النزاع بين الخصوم، إذا لم يحدد طرفا النزاع موضوعه تحديداً دقيقاً. هذا الموقف من المشرع الأردني مستغرب ومستهجن من قبلنا، حيث كان من الأولى أن ينص على هذا الشرط في الحالة الأولى أيضاً، التي تقرر الاتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع وإن حصل فإن ذلك يؤدي إلى عدم معرفة موضوع النزاع لأنه يصبح ما اتفقوا عليه يتصل بأمر احتمالي بحث، استناداً إلى أن اتفاق التحكيم ذو طبيعة عقدية ويخضع للقواعد العامة في العقد من حيث التكوين والآثار، لذا يلزم لانعقاده أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية العامة لصحة العقود بشكل عام، وهي الرضا والمحل والسبب، وإن عدم بيان موضوع الاتفاق فيه إخلال بأحد أركان العقد وبالتالي لا يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية إلا بتحقيق هذه الأركان مجتمعة، وفي المخالفة لذلك يجعل اتفاق التحكيم باطلاً^(١).

وتنص المادة العاشرة من قانون التحكيم الأردني على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان، أو إذا تضمن ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق، كما يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

ونضيف في مجال بيان صحة اتفاق التحكيم، فنقول أن التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين يتم بالإيجاب والقبول، بحيث تنصب إرادة الخصوم وتشف عن رغبتهم في النزول عن الالتجاء إلى القضاء، وفي حسم النزاع بواسطة التحكيم، وكونه عقداً رضائياً، يعني ذلك: إن الرضا يكفي لانعقاده وإن كان القانون يتطلب الكتابة لإثباته على الوجه المتقدم، فهو ينص على أن عقد التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة، ومعنى ذلك أن الكتابة شرط لإثباته وليس شرط لانعقاد مشاركة التحكيم، إذ أنه ليس من العقود الشكلية وبالتالي من الجائز إثبات العقد بالإقرار واليمين الحاسمة، وقيل بعدم جواز

(١) د. لافي درادكة، بحث بعنوان "امتداد شرط التحكيم إلى الغير" مقدم إلى مؤتمر الاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم" بعنوان التحكيم من أجل استثمارات أكثر، خلال الفترة ١٠/٩/٢٠١٠، عمان - الأردن، ص ١.

قبول مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لعقد التحكيم أو أي شرط من شروطه لخطورة ما يترتب على التحكيم من آثار، أهمها منع الخصوم من الالتجاء إلى القضاء^(١).

أما ما تعلق بالأهلية الخاصة بأطراف الاتفاق، فنقرر هنا أن الأهلية المقصودة هي: الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم، ولا يمكن للشخص أن يجري اتفاقاً على ذلك إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاعات المراد حسمها بالتحكيم^(٢)، وعليه فقد نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"^(٣).

ولأجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية يتم الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق، والقانون الشخصي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص وبين الدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها، وعلى ذلك فإن في العالم نظامين يتحدد بموجبهما القانون الشخصي، فقد يكون قانون البلد الذي يحمل الشخص جنسيته أو قانون البلد الذي يقيم ويزاول نشاطه الاعتباري فيه^(٤).

وبخصوص ما تعلق بتطبيق أحكام القانون الأردني، فإنه من المقرر أن القانون الشخصي الواجب التطبيق هو قانون الجنسية، وهذا ما قرره المادة (١٢/١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، حيث نصت على أن: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

إن هذا ما قرره المشرع الأردني بالنسبة لأهلية الأشخاص الطبيعية، وكذلك أهلية الأشخاص الحكمية حيث يستطيع كلاهما أن يكونا طرفين في اتفاق التحكيم استناداً إلى ما جاء به قانون التحكيم الأردني في المواد الثالثة والتاسعة منه^(٥).

(١) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، دون ذكر دار النشر وعاصمتها، رقم ٨١٠، المادة (١).

- د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٩٧.

(٢) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ١١٥.

(٣) نصت المادة (٢٠٥٩) من قانون المرافعات الفرنسي على ذلك، وكذلك المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، على أنه لا يصح التحكيم إلا ممن له حق التصرف في حقوقه.

(٤) د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٥) المواد (٣، ٩) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

الفرع الثاني آثار الاتفاق في الدعوى التحكيمية

بعد توافر شروط اتفاق التحكيم - من محل ورضا وأهلية - ونشأته صحيحاً يتوجب على أطراف التحكيم الالتزام بأحكامه والعمل على تنفيذه لما يتمتع به من قوة ملزمة، وتطبيقاً لقاعدة نسبية آثار اتفاق التحكيم فإن هذه الآثار لا تعني من حيث تطبيقها والالتزام بأحكامها سوى أطراف الاتفاق، بمعنى أن تلك الآثار قاصرة على من ارتضى أحكام الاتفاق ابتداءً، وباعتبارها أثراً مبنياً على ذلك الاتفاق.

واستكمالاً لذلك سوف نتعرض لهذا الموضوع من خلال بيان:

أولاً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدین.

ثانياً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير.

أولاً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدین:

من المعلوم، وطبقاً للقواعد العامة فإن آثار اتفاق التحكيم (العقد) لا تصيب إلا الأطراف المتعاقدة، إلا أن تلك الآثار قد لا تمتد في أحوال معينة إلى من يقوم مقام طرفي العقد ممن يطلق عليهم الخلف الخاص، والخلف العام.

والخلف العام هم: الورثة، حيث أشارت إليهم المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني بالنص على أنه: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

أما الخلف الخاص فهو: من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها، يتلق من السلف حقاً عينياً أو شخصياً ويعتبر خلفاً خاصاً فيما يتعلق بالحق الذي تلقاه^(١).

وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني، وتحديداً في مادته الثالثة نجد أنه قد حدد طبيعة أطراف التحكيم الذي تنصرف إليهم آثار العقد بقوله: تسري أحكام هذا القانون بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص، كذلك حدد طبيعة مصدر الالتزام بينهما بقوله أيضاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية.

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢١٧.

وبناءً عليه يعد اللجوء إلى التحكيم أثراً للعقد وهو موضوع الاتفاق العقدي المبرم بين طرفي التحكيم به يثبت حكم العقد في المعقود عليه، والذي أنشأ بموجبه التزاماً واجب التنفيذ على طرفيه في حال حدوث نزاع يستدعي حله اللجوء إلى التحكيم، فيتوجب على الطرفين أن يقوموا في الوفاء بما أوجبه العقد عليهما وأن يشرعا في البدء بإجراءاته لإنهاء النزاع.

ثانياً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير:

الغير بالنسبة للعلاقة التعاقدية المنشئة لواجب الالتزام بواقعة اللجوء إلى التحكيم هو الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم نهائياً ولا يعد من الخلف الخاص، واستناداً للقاعدة العامة في الالتزام فإن أثر الاتفاق لا ينصرف إلى الغير، وهذا هو الأصل.

وقد عبر المشرع الأردني صراحة عن ذلك بقوله: "لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير..... وإذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده...." (١). ومع ذلك واستناداً لما أفرزه التعامل الواقعي في المجال التجاري خصوصاً والعديد من النشاطات الأخرى على وجه العموم، وجدنا أن هناك اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى مقتضيات الاستقرار في التعامل قد تقضي بانصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الغير في بعض الحالات، حيث يترك أمر تقدير كل حالة لهيئة التحكيم أو للمحكمة المختصة كما هو واضح في التطبيقات الآتي بيانها (٢):

١ - مدى انصراف أثر التحكيم الذي أبرمه المدين إلى الدائنين الشخصيين للمدين، من المقرر أنه من الجائز أن ينصرف إليهم هذا الأثر، ويستثنى من ذلك إذا قصد من هذا التصرف الغش والإضرار بالدائنين، ففي هذه الحالة لهم أن يتمسكوا بعدم نفاذه في مواجهتهم، لأن الغش والإضرار يبطل سائر التصرفات، كما يملك الدائنون في جميع الأحوال التدخل في الخصومة أمام المحكمة لمراقبتها ومراقبة تصرف المدين، ولا يملك الدائنون الاتفاق على التحكيم فيما يخص حقوق مدينهم قبل الغير، وإن كانوا يملكون رفع دعوى غير المباشرة، ويملك الدائنون مباشرة الخصومة في التحكيم الذي عقده مدينهم (٣).

(١) المواد (٢٠٨، ٢٠٩) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٢) د. لافي درادكة، بحث بعنوان "مدى امتداد شرط التحكيم إلى الغير" مرجع سابق، ص ٧.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص ١٢٣.

- ٢ - وفي حكم آخر يتعلق بسريان آثار اتفاق التحكيم الذي يبرمه الدائن بالنسبة للكفيل، فإن كانت القاعدة أن الكفيل يكون مسئولاً تجاه الدائن، بحيث إذا دخل الدائن طرفاً في اتفاق التحكيم فإن هذا الاتفاق لا يكون ملزماً إلا إذا أجازته، وإذا صدر حكم المحكم دون أن يكون الكفيل قد قبل الدخول في اتفاق التحكيم، فلا يسري عليه هذا الحكم إلا في الحدود التي حددها القانون في الكفالة^(١).
- ٣ - وفي حالة أخرى، هل يجوز للمحامي الوكيل في رفع الدعوى أن يتفق مع الخصم على التحكيم، ففي حكم حديث نسبياً لم يجرز القانون ذلك مقررًا عدم انصراف أثر التحكيم إلى الوكيل إلا إذا بني على تفويض صريح من قبله أو في حالة الإجازة اللاحقة، وفي ذلك قالت محكمة تمييز دبي: ليس للوكيل سوى مباشرة الأمور المعينة فيها، وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات، والخروج عن حدود هذا التفويض بالاتفاق على التحكيم رغم عدم النص عليه في التفويض لا يسري في حق الموكل إلا إذا أجاز الموكل هذا التصرف لاحقاً. وفي حكم آخر في ذات الموضوع قررت محكمة استئناف باريس أنه يتوجب على الوكيل التقيد في حدود موضوع الوكالة، وأضافت في حالة الإجازة عن طريق التفويض ألا يعمد الوكيل إلى إجراء أية تعديلات في اقتصاديات العقد باستبدال الالتزامات التعاقدية بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد المشترك للطرفين^(٢).
- ٤ - وكذلك الأمر بالنسبة لسريان آثار التحكيم بالنسبة إلى الموكل، بحيث إذا أبرم الوكيل اتفاق التحكيم نيابة عن الموكل، فإن آثار هذا الاتفاق تنصرف إلى الأصل (الموكل) دون الوكيل، أما إذا كان إبرام الوكيل لاتفاق التحكيم خارجاً عن حدود الوكالة فإن هذا الاتفاق الذي أبرمه الوكيل لا يكون نافذاً في مواجهة الأصل (الموكل) إلا إذا أجازته^(٣).
- ٥ - وفي حكم حديث نسبياً، كان قد صدر في قضية أثيرت حول اندماج الشركات العائدة ملكيتها لشخص معنوي أو طبيعي، ويدور حول مدى امتداد أثر اتفاق التحكيم على أحد الشركاء، والذي اتفق عليه من قبل شركة اشتركت في عملية

(١) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٢) قرار محكمة استئناف باريس، الدائرة الأولى، تاريخ ١١/٤/١٩٩٧، المنشور بمجلة التحكيم الفرنسية، العدد الرابع، ص ٧٠٤.

- الطعن رقم ٣٢٥، لسنة ١٩٩٣، صادر عن محكمة تمييز دبي في الجلسة تاريخ ١٩٩٤/٦/٢٥.
(٣) د. لافي درابكة، بحث بعنوان "مدى امتداد شرط التحكيم إلى الغير" المرجع السابق، ص ١٦.

الاندماج، حيث ذهب رأي في ذلك الاتجاه انبرت له إحدى هيئات التحكيم فقررت عدم التزام هذه الشركة باتفاق التحكيم^(١).

٦ - وفي حكم آخر انبرى القضاء الفرنسي، مقررًا عدم جواز تمسك المنتفع باتفاق التحكيم المبرم بين المشتري والمتعهد باعتباره اشتراطاً لمصلحة الغير^(٢). وانطلاقاً مما تقدم، نوّكد أن ما ذكرناه جاء على سبيل المثال لا الحصر، موضحين هنا أن اتجاه القضاء ما زال متردداً بين التضييق والتوسع في الأخذ بفكرة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، مع تطور قد نشاهده هنا وهناك بغض النظر عن مدى تأييد أو عدم تأييد هذا التوجه.

(١) - Oho Sand rock " Arbitration agreements and groups of companies " in etudes La live, 1993, p. 265.

(٢) - Hayward Holtzman and Joseph Neuhaus, The UNCITRAL model law on international commercial arbitration, 1994, p. 300. Cassation Commercial 4Juin 1985, Revue de L'arbitrage 1987, p. 139. note Goutal.

المبحث الثاني الأساس القانوني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي في مجال العقد الإداري

يقصد بالتوازن المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت نشوء العقد، قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً، وتتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلى استمرار هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد، ولكن قد يطرأ تعديل على الالتزامات المالية تصيب التوازن المالي بالخلل، مما يؤدي إلى اختلال الالتزامات العقدية، من هنا يضطر أطراف العلاقة معها إلى إعادة التفاوض بحيث يتطلب من المحكم أو هيئة التحكيم المختارة لهذه الغاية التدخل لحل النزاعات للوصول إلى وضع مالي متوازن.

إن مضمون فكرة التوازن المالي، تكمن في التوازن بين جانبي الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، وذلك باتباع سياسة مالية معينة، تقوم بها الإدارة المتعاقدة من جهة والمتعاقد معها من جهة أخرى، عند وجود تباين بين حجم الالتزامات المتقابلة، وذلك بتعديل أحد جانبي الالتزام بغرض خلق التوازن بينهما أي تعادل الحقوق والالتزامات المتقابلة.

من هنا جاءت فكرة البحث في الأساس القانوني الذي يشكل منطلقاً للمحكم وهو بصدد القيام بمهمته الموكولة إليه، جاهداً الوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، كل ذلك نوضحه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: صلاحية المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض.

المطلب الثاني: صلاحية المحكم في ظل عدم النص على شرط إعادة التفاوض.

المطلب الثالث: صلاحية المحكم في ظل تغيير شروط العقد.

المطلب الرابع: صلاحية المحكم في ظل تصرفات الإدارة الانفرادية في العقد.

المطلب الخامس: صلاحية المحكم في ظل التغييرات التشريعية.

المطلب الأول

صلاحية المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض

لقد اقتضت طبيعة عقود الاستثمار وما ينتج عنها من مشكلات خاصة جاءت انعكاساً لتلك الطبيعة سواءً من حيث خصوصية أطراف التعاقد، بحيث تتمثل في وجود

السلطة العامة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً في هذه المنازعات، كذلك النظر إلى طول المدة الزمنية التي يستلزم تنفيذ العقد، ومحل العقد وعلاقته بالخطط والبرامج الاقتصادية للدولة، الأمر الذي نشأ عنه إعطاء الشخص العام المتعاقد امتيازات وصلاحيات أُخِلت بالتوازن بين طرفي العقد. من هنا كان لزاماً على طرفي التحكيم تضمين عقودهم شرطاً يتيح لهم إعادة النظر بشروط العقد من خلال ما يعرف بشرط إعادة التفاوض الذي يسمح بمقتضاه إعادة التوازن المالي للعقد بين أطرافه المتنازعة ابتداءً، أو من خلال مشاركة التحكيم التي يتفق عليها بعد نشوء النزاع.

هذا الإجراء برأينا يعد ضماناً مهمة للطرفين معاً، الدولة من جهة، بحيث يمكنها من اتخاذ الإجراءات المناسبة المؤدية إلى حماية مصالحها والعودة مرة أخرى إلى البحث في بنود العقد في ظل تلك الإجراءات والقواعد لاستدراك ما قد فاتها من بحثه وتضمينه العقد، وفي نفس المقدار يقرر هذا الشرط حماية لمصالح المتعاقد مع الإدارة، بحيث يعطيه فرصة إعادة النظر والبحث في الأسباب المؤدية إلى وقوع الخلل في الالتزامات العقدية ومعالجتها، سواء ما تعلق منها بالإدارة الطرف في العقد أو في أي ظروف أو متغيرات أخرى كانت سبباً في اختلال توازن العقد.

ومن وجهة نظر فقهية فإن ذلك قد يؤثر على استقرار العقد، بل في تحديد تكلفته، كما قد يؤدي إلى الحكم بعدم صلاحية هيئة التحكيم في نظر النزاع عند عرضه عليها لعدم وجود محل له محدداً ومعيناً، وإن حكمت وأصدرت بذلك قراراً قد لا يجد له طريقاً للتنفيذ^(١).

وفي هذا الاتجاه ذهب رأي فقهي إلى أبعد من ذلك، يتمثل في إعطاء هيئة التحكيم صلاحية أوسع من مجرد إصدار حكم بل صلاحية تصل إلى حد السماح لها بتعديل شروط العقد بما يحقق التوازن المالي له^(٢)، استناداً إلى الطبيعة المركبة للتحكيم، فهو نظام ذو طبيعة مزدوجة، فهو عمل اتفاقي في مصدره، لاستمداد المحكم سلطانه وسلطاته من إرادة الأطراف، فالمحكم على الرغم من أنه ليس قاضياً إلا أنه

(١) J.Y. GOTANDA, Renegotiation and Adaptation of Clauses in International Investment Contracts, Vanderbilt Journal of Transnational law, Vole. 36, 2003, p. 1461.

(٢) K.BERGER, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, The role of Contract Drafter and Arbitrators, 36 vandals. J- Transnational law 2000, p. 1347.

يقوم بنفس الوظيفة المنوط بالقاضي القيام بها، ألا وهي الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإصدار حكم فيها^(١).

وتعليقاً على الرأي المتقدم، فإننا نقرر ابتداءً أن هناك تنازلاً من قبل أطراف النزاع عن إرادتهما لصالح هيئة التحكيم، وبالتالي حلول إرادة تلك الهيئة محل إرادة الأطراف في مجال الاتفاق على حل يرضونه ويعيد للعقد توازنه الاقتصادي، هذا الإجراء له محاذيره من حيث الإتيان بحل غير ملائم لتحقيق هذا التوازن المالي بما يتفق وتوقعات الأطراف، وذلك قد ينتج عن عدم معرفة هيئة التحكيم المعرفة الكافية بأبعاد الاتفاق وأهدافه ومعايير إعادة التوازن المالي وأدواته، بالإضافة إلى ذلك، عدم تزويد أطراف النزاع بالمعلومات والمستندات والبيانات المتعلقة بالعقد والضرورية لبناء قناعة حول عدالة الحل المنشود، وذلك من منطلق أن الالتزام بإجراء التفاوض في مرحلة التنفيذ الذي نشأ في ظلها النزاع يقوم على اعتبارات اقتصادية تؤدي إلى العدالة في تنفيذ العقد.

وهذا يقودنا إلى القول أن مهمة المحكم في مجال إعادة التوازن المالي للعقد هي مهمة أولية تتمثل في الفصل في تحقق شرط الإخلال بالتوازن المالي وبحث الأسباب الواقعية والقانونية المؤدية إلى ذلك، والنتائج المترتبة حال ثبوتها، وهي مهمة فنية يقع على عاتق المحكم التثبت من وجودها، والتي تحول دون تنفيذ العقد وفقاً للاتفاق الأولي للعقد، وكل ما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد^(٢)، بحيث يعيد ضبط الالتزامات المتبادلة في العقد وإعادة التوازن إليه مرة أخرى^(٣).

ونحن بدورنا نؤيد مثل هذا الشرط الذي يؤدي إلى إعادة التفاوض للوصول إلى توازن مالي مرضٍ لأطرافه، مع التأكيد على أنه ليس بالإجراء العلاجي الشامل، فقد يعترى هذا الإجراء الكثير من المثالب وينتج عنه الآثار الجانبية، فهذه الشروط

(١) د. حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، بيروت، ١٩٩٧، ص ٧.

- د. محمد نور شحاتة، بحث بعنوان "تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية" بحث مقدم إلى مؤتمر كليات الحقوق في الجامعات العربية، المنعقد بالقاهرة، سنة ٢٠٠٦، ص ١٢.
(٢) د. رشا علي، بحث بعنوان "سلطة المحكم في ظل الأزمة المالية الراهنة" مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث، والمنعقد بجامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٩، ص ٧٤.

(٣) W.MELIS, Force Majeure and hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the practices of the ICC Court of Arbitration. See at, <http://www1.fidic.org/recources/contracts/melis.pdf>, 22-12- 2008.

نفسها تؤثر على استقرار العقد، بل قد تؤثر على التكلفة الشاملة للصفقة، والأكثر من ذلك، إن هيئة التحكيم نفسها قد ترفض الاختصاص لعدم وجود منازعة محددة، وإن فصلت قد لا يلقى حكمها طريقاً للنفاذ^(١).

المطلب الثاني

صلاحية المحكم في ظل عدم النص على شرط إعادة التفاوض

يتعرض العقد في معرض تنفيذه إلى نشوء منازعات ناتجة عن الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وتكمن المعضلة في هذا الموضوع في حال خلو العقد من شرط إعادة التفاوض الذي يمكن أطراف النزاع من مراجعة التزاماتهما التي تأثرت بتلك الاختلال، للعودة بها إلى الحال الذي ارتضوه عند إبرام العقد.

في ظل هذا الوضع نتساءل، هل يملك المحكم أن يعيد النظر بموضوع العقد بحيث يعدل ما تم الاتفاق عليه؟ إذا علمنا أن طبيعة النزاع في هذه المرحلة لا تقوم على اعتبارات قانونية؛ كون المنازعة تتعلق بتعديل العقد من حيث الالتزامات والحقوق الدائرة بين طرفيه وإنما على اعتبارات العدالة، وهل يتيح لنا هذا الوضع الناتج عن طبيعة العقود الإدارية مراجعتها وإعادة التوازن المالي لها من خلال اللجوء إلى التحكيم وإعطاء هيئة التحكيم سلطة تعديل العقد، إذا نشأت أسباب تبرر ذلك؟

بداية يرى اتجاه في الفقه نؤيده أن القضاء الإداري قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص (إن العقد شريعة المتعاقدين متى وقع صحيحاً) وأنه يرى أن أي اتفاق لا يخالف التشريعات المرعية والنظام العام يمكن العمل بمقتضاه، وذلك استجابة لحالة ملحة تقتضيها العدالة لكل من طرفي النزاع (الإدارة والمتعاقد معها)، تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح الإدارة في بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة، فإنه من الطبيعي أن تطبق تطبيقاً مقابلاً لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى^(٢).

استناداً لهذا الرأي فلا ضير من اتفاق لاحق يجيز لأطرافه الجلوس إلى قاعدة

(١) د. عصام القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر، والمنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة ٢٠٠٨، ص ٢٠٤.

(٢) د. خالد سعد راشد، أثر نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا جامعة عمان العربية، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٧.

التفاوض للوصول إلى حلول مرضية تعيد للعقد توازنه المالي لضمان استمرارية تنفيذه، حتى نتجنب الوصول إلى طريق مسدود تتعطل فيه المصلحة العامة ومقتضيات العدالة في التعامل. وقد حاول المشرع الأردني في قانون التحكيم من خلال نص المادة (٣٦/د) تحديداً أن يضع أساساً يمكن الارتكان إليه في بيان ما إذا كان المحكم يملك سلطة إعادة النظر في بنود العقد وتعديله أم لا؟ وهذا ما حاول الإجابة عليه عند قوله: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". من ذلك النص نستنتج: أن أي سلطة للمحكم يجب أن تؤسس على الإرادة الصريحة لطرفي العقد، وأن يتأسس حكمها على قواعد العدالة والإنصاف بعد استبعاد أحكام القانون من مجال التطبيق.

والمتمحصر حيثيات النص يستخلص أنه يحتمل التفسير على وجهين، الأول: إن هيئة التحكيم تستمد صلاحياتها في حل النزاع من إرادة طرفيه أنفسهم بحسب ما اتجهت إليه إرادتهما في العقد دون الإحالة إلى أي قانون آخر. والتفسير الثاني: أن سلطة المحكم لا تثبت له إلا بعد الاتفاق صراحة على ذلك للفصل في موضوع النزاع تأسيساً على قواعد العدالة والإنصاف، مع استبعاد القانون الواجب التطبيق.

وإعمالاً لمضمون ما اشتملت عليه تلك المادة، فإننا نميل إلى الأخذ بهذا التفسير، وفيه نقول: إن إرادة أطراف النزاع عندما توجهت إلى منح المحكم سلطة إنهاء النزاع قد خالفت بذلك أحكام العقد والتي منها تحديد القانون الواجب التطبيق على محل النزاع، وبهذا تم تقديم الإرادة اللاحقة لطرفي النزاع على ما انعقدت عليه إرادتهما في العقد ابتداءً، أي تعطيل شروط العقد والعمل بإرادتهما اللاحقة.

وأضيف أن في ذلك تعديلاً للعقد المبرم بينهما، وهذا طبقاً للقواعد العامة في العقد جائز قانوناً، وفي ذلك يقول المشرع الأردني في القانون المدني (المادة ٢٤١): "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله وفسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون".

بناءً عليه يحق للمحكم أن يعدل العقد بقصد إعادة التوازن المالي إذا نشأت أسباب تبرر تعديله، ولو لم يتفق ابتداءً على شرط إعادة التفاوض، وذلك استناداً للقواعد العامة في العقد التي تتطلب توافر شرطي التراضي (أي الاتفاق) والنص القانوني الوارد في القانون الخاص (قانون التحكيم المشار إليه) والقانون العام (القانون المدني).

المطلب الثالث

صلاحية المحكم في ظل تغير شروط العقد

يعد التوازن الاقتصادي من الأركان الأساسية في العقد، لذا ومن المتفق عليه أنه قد يتأثر التوازن المالي للعقد بسبب ظروف تطرأ عند تنفيذه، ظروف وحوادث خارجية ومستقلة عن إرادة طرفي العقد، ولم يكن في الحسبان توقعها عند إبرامه العقد، مما يتسبب في قلب اقتصادياته، وإن كانت هذه الحوادث أو الظروف لا تجعل التنفيذ مستحيلاً، ولكن يصبح مرهقاً وأكثر تكلفة على المتعاقد^(١)، مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأن شروطه.

ونظراً لأهمية هذه الأحداث وأثرها على تنفيذ العقد فقد جرى العمل على إدراج شرط إعادة التفاوض في ظل تغير شروط العقد الناتج عن القوة القاهرة أو الظرف الطارئ أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو فعل الأمير، التي يغلب عليها الطابع الفني ومن ثم فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة تتوافر للقائمين عليها من المحكمين كالخبرة والدراية العملية الكافية^(٢).

ومن ناحية أخرى، بعيداً عن الجانب الفني الذي تتسم فيه منازعات القوة القاهرة والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة وفعل الأمير (فعل السلطات)^(٣)، فإن المهمة الرئيسية التي سيضطلع بها المحكمون لن تقف عند حد التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة أو الظرف الطارئ أو توافر الصعوبات المادية غير المتوقعة أو تلك الأفعال الصادرة عن الإدارة والتي يعبر عنها بفعل الأمير، بل

(١) د. عبد المولى علي محمد، الظروف التي تطرأ عند تنفيذ العقد الإداري، منشورات مطبعة الطويجي، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٠.

(٢) د. عصام الدين القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٣) القوة القاهرة: حدث خارجي غير متوقع، لا يمكن مقاومته، مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ أحد الالتزامات العقدية أو مجموعها.

- الظروف الطارئة: ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقد والإدارة، يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام أكثر كلفة، ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد.

- الصعوبات المادية غير المتوقعة: وهي الصعوبات التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد بحيث لا ترجع إلى فعل أو إلى خطأ الإدارة، والتي يترتب عليه زيادة في الأعباء المحددة في العقد وبالتالي يصبح التنفيذ أكثر صعوبة.

- فعل الأمير (فعل السلطات): أعمال تصدر عن سلطة عامة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة.

ستمد إلى جوهر المنازعة ذاتها، والذي يتركز في غالبية الأحيان حول أثر توافر تلك الأسباب المشار إليها على العقد الأصلي، هنا تبرز أهمية فض مثل هذه المنازعة بطريق التحكيم بحيث يعيدوا النظر في الرابطة العقدية لتصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة^(١). وحتى يقوم المحكم بدوره، نقرر ابتداءً أن ليس له سلطة تعديل أحكام العقد وشروطه بنفسه وبدون رضا أطراف العقد لإعادة التوازن المالي إليه، بل يقتصر دوره بشأن التعديل^(٢)، في دعوة أطراف العقد للتفاوض لإجراء مثل هذا التعديل، محاولة منه إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذي يرتضيه طرفا النزاع. وذلك كله من كون الإدارة حين تضمن العقد شروطاً معينة، وتحمل بمقتضاها التزامات محددة، فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، ولو أتيح للمحكم أن يعدل شروط العقد بإرادته رغماً عن الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر، ومن ثم فإن دواعي المصلحة العامة واعتبارات النفع العام أن تظل شروط العقد نافذة، ولا تعدل إلا بموافقة الإدارة، والإدارة لن توافق على التعديل إلا عندما تتحقق المصلحة العامة من إجراءاته^(٣).

ومن نافلة القول، أن اتفاقيات التنمية الاقتصادية التي تنفذ في جزء هام منها بواسطة العقود لا يمكن النظر إليها على أنها تتضمن تحديداً جامداً للحقوق والالتزامات بين أطرافها، وإنما هي تعد بمثابة أطر يتم على ضوءها، ويقدر من المرونة، تنظيم العلاقات المستقبلية، ومن هذا المنطلق، وأمام فنور المتعاقد عادة في تقبله لإعادة النظر مرة أخرى في شروط العقد خاصة إذا ما كانت لصالحه بصفة مطلقة، فإن بعض الدول تحرص على تضمين العقد ما يعرف بشروط المراجعة أو إعادة التفاوض التي تقوم على ضرورة الأخذ في الاعتبار بالسمة المتغيرة لظروف التعاقد في الاتفاقات ذات الأجل الطويلة خصوصاً، فهذه الشروط يقصد بها مواجهة متغيرات المستقبل^(٤).

(١) د. عصام القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٢) - د. نصري النابلسي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ٧٦٩.

- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٩٢.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٩٣.

(٤) FOUAD ROUHANI, Renegotiation des contrats entre Etate et investisseurs etrangers, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, 1975, p. 95.

وعلى الرغم من أهمية تضمين تلك الشروط للعقد، إلا أن البعض يرى محدودية أثرها، إذ أنها تتضمن فقط ما يعطي طرفي النزاع إعادة مناقشة بنود العقد دون أن تستلزم بالضرورة الخروج بحلول ناجعة بحيث تعدل من نصوص هذا العقد^(١)، بقصد إعادة التوازن المالي له، ومما لا شك فيه، أن هذا النوع من المنازعات الناشئة عن اختلاف الأطراف حول ضرورة مراجعة العقد هي منازعات غير قانونية، فهي لا تتعلق في الغالب بتفسير الالتزامات التعاقدية، وإنما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها، فقد يحدث أن يتفق الأطراف على المفهوم القانوني للعقد ولكن قد يجد أحدهم أن هذه الشروط لم تعد ملائمة في ظل المستجدات الحادثة في الظروف الاقتصادية الجديدة^(٢).

ومن المقرر أن مثل هذه المنازعات التي تنجم عن اتفاقيات مبناهما العقود الإدارية، مما تقبل بطبيعتها إنهاء النزاع بطريق التحكيم، وبما أن العقد مؤسس ابتداءً على إرادة أطرافه، فمن الممكن أن يُتفق انتهاءً على إعادة التفاوض على مواطن الخلاف لتحقيق التوازن للعقد، مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرفين بما يتفق والمتغيرات الناشئة وما ترتب عليها من آثار، مع إعطاء هيئة التحكيم سلطة خاصة تمكنهم من الوصول لحكم تحكيمي ملزم دون اشتراط اللجوء لقواعد قانونية معينة. كل ذلك مرهون بالاتفاق على قواعد تنظيمية مسبقة يلزم اتباعها من قبل المحكمين؛ لضمان نجاح مهمتهم والنص على شرط يسمح لأطراف العقد بمراجعته والتفاوض بشأنه بقصد إعادة التوازن المالي إليه.

المطلب الرابع

صلاحية المحكم في ظل تصرفات الإدارة الانفرادية في العقد

تتجه إرادة الدولة عادة عند البدء في إبرام العقود إلى إيجاد مساحة من المرونة في مواجهة المتعاقد معها، يسمح لها في تشكيل النظام العقدي بما يخدم مصالحها ويحقق أهدافها من حيث قدرتها على استبعاد المتغيرات في الأحوال والظروف السياسية والاقتصادية التي قد تتعرض لها أثناء تنفيذ العقد، بحيث يدعوها ذلك إلى ضرورة اتخاذ تدابير إدارية من شأنها التأثير سلباً على شروط العقد، في حين يسعى

(١) OH.K.AHN, Les investissements étrangers dans les pays en voies de developpement, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, p. 111 et spec. p. 121.

(٢) د. عصام القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" مرجع سابق، ص ٢٢٣.

المتعاقد مع الإدارة إلى التمسك ما أمكن بعوامل ثبات واستمرار العلاقة العقدية دون تعرضها للتغيير والتبديل والتعديل.

وعلى الرغم من ذلك، فقد تتخذ الإدارة المتعاقدة أعمالاً انفرادية من شأنها أن تسيء إلى مركز المتعاقد معها وتزيد أعباءه المالية في تنفيذ التزاماته، بحيث تأخذ صوراً مختلفة تتمثل في إجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل إجراء عام.

ولتسليط الضوء على مفهوم تلك التصرفات فقد عرفها الفقه بأنها: أعمال مشروعة تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء أو (بمناسبة تنفيذ) عقد إداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ الفعل الانفرادي التزاماً على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الإضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقاً للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه^(١).

وبناءً على ما تقدم نتساءل: ما هي منطلقات الإدارة في اتخاذ تلك التدابير، أهى نظرية عمل الأمير، أم اعتبارات السيادة وتحقيق المصلحة العامة، أم ماذا؟ وما مدى تأثير استقلالية شرط التحكيم عن شروط العقد الأخرى؟

بداية نوضح أن العديد من التشريعات الوطنية ومنها التشريع الأردني^(٢)، قد أقرت مبدأ استقلال شرط التحكيم في مدلوله العام بقوله: "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". تأسيساً على موقف المشرع الأردني هذا، فإنه يتعين الأخذ بهذا الحكم والاعتراف به كمبدأ عام في مجال التحكيم وإخضاعه للتطبيق من حيث الاستقلال القانوني الكامل لاتفاق

(١) Guitter (CH): droit des contrats administratifs, themis droit, PuF. 2008.P. 417. _
Chapus (R): Droit administrative general, Montchrestion, t.1. 2001, 15, edition,
No 1384. _Waline (M): Trait des droit administrative, Serrey ge9.ed 1963,
p.620.

- د. عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري، الطبعة الأولى، دار الحريري، القاهرة، ٢٠٠٥،
ص ٥٣٨.

- د. محمد حسين سعدي، الالتزامات العامة وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد
الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٧٤.

- د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٢٨.

(٢) المادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

التحكيم، سواء نص عليه كشرط للتحكيم أو في مشاركة التحكيم، وبالتالي إبعاد هذا الشرط الاتفاقي عن أي تأثير ناتج عن تغير ذاتية شروط العقد أو حتى إلغائه. تأكيداً لمبدأ الاستقلالية هذا فإن شرط التحكيم يخرج من جهة عن نطاق تطبيق أحكام القانون الذي يخضع له العقد نفسه، ومن جهة أخرى، فإن شرط التحكيم لا يتأثر بأي خلل يصيب العقد سواءً من حيث بطلانه كلياً أو جزئياً أو فسخه أو تعديله^(١).

نستخلص من ذلك أن استقلالية اتفاق التحكيم يؤدي إلى ترسيخ فكرة الاختصاص لجهة إعطاء هيئة التحكيم استناداً لتلك الفكرة سلطة تعديل شروط العقد المؤدية إلى قلب اقتصادياته وبالتالي إحداث خلل في توازنه المالي مما يرهق المتعاقد، واعتبار سلوك الإدارة ذلك من التدابير التي تقوم بها بإرادتها المنفردة والذي يواجهه التحكيم أثناء نظر النزاع، وعليه فإنه مهما تكن اعتبارات الدولة، ومع قيام الفرض المؤسس على طبيعة تلك التدابير من حيث عدم قابليتها لأن تكون محلاً للتحكيم أصلاً، فمما لا شك فيه أنها تتضمن انتهاكاً لالتزاماتها العقدية الموافق عليها من قبلها كأثر من آثار العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها.

وبدورنا فإننا نؤيد ما اتجهت إليه غالبية الآراء الفقهية التي تقول بقابلية خضوع المنازعات الناتجة عن تلك التدابير لاختصاص هيئة التحكيم، بحيث تعمد إلى إعادة النظر ببنود العقد محل النزاع للوصول به إلى التوازن المالي المتفق عليه ابتداءً، ولا محل للإدارة ادعائها بشرعية الإجراءات والتدابير المتخذة من قبلها، ولا مجال هنا إلا البحث في حجم التعويض المناسب، استناداً لعدم قدرة هيئة التحكيم إجبار الإدارة المتعاقدة على إلغاء ما اتخذته من تدابير وقرارات، أو العودة إلى تنفيذ العقد بحال اتخذت قراراً بالتخلي عنه^(٢). ومن ذلك نستخلص أن هيئة التحكيم لا تملك صلاحية نظر شرعية الإجراءات والتدابير الانفرادية المتخذة من قبل الإدارة، وإنما لها فقط تقدير التعويضات التي تتناسب وحجم الضرر الواقع على المتعاقد معها.

وبالرجوع إلى اتفاقية واشنطن لتأييد ما تقدم من رأي والتي تبحث في تسوية وحل نزاعات العقود الاستثمارية التي يتولاها المركز الدولي، وجدنا أن هذا المركز جُلَّ اهتمامه ينصب على بحث الخلافات ذات الطابع القانوني التي تنشأ عن عقد استثمار بين الدولة وأحد المستثمرين الأجانب في إطار تحقيق توازن بين مصالح ورغبات

(١) هذا المبدأ أخذ به وطبقه القضاء الفرنسي، يراجع في ذلك: YLousouarn Cours general de droit international prive Rec.des Cours, 1973, LL, p. 307-308.

(٢) G.GEIGER, The unilateral change of economic developments, I.C.L.Q, 1974. p.73.

الطرفين^(١)، وبالتالي تستبعد من نطاق اختصاص المركز كافة المنازعات ذات الطبيعة غير القانونية والتي تتجسد في هذه الحالة بتقرير التعويض الملائم والحكم به لجبر الضرر الواقع على المتعاقد مع الإدارة بسبب ارتكابها من التدابير والأفعال ما يبرر الحكم دون النظر إلى بواعث الإدارة.

مما تقدم نخلص إلى أن التدابير والإجراءات الانفرادية التي قامت بها الدولة والتي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد فإنها تدخل في اختصاص هيئة التحكيم، بحيث يتقرر بموجبه للمتعاقد حق ضمان التوازن المالي وذلك بتعويضه عن الضرر.

والتعويض في هذه الحالة يكون قد تقرر بسبب التأثير المباشر على شروط العقد أو جاء نتيجة تغيير في ظروف تنفيذه بكيفية من شأنها تحميل المتعاقد أعباء جديدة لم تكن متوقعة وقت التعاقد^(٢).

المطلب الخامس

صلاحية المحكم في ظل التغيرات التشريعية

قد يقف النظام القانوني للدولة سداً يحول دون القدرة على ممارسة أطراف التعاقد حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، والفرض المتوقع هنا أن يصدر عن الدولة تشريع جديد قائم على حق الدولة في ممارسة سلطاتها السيادية، يتضمن حظر اللجوء إلى التحكيم، كأن ينص على أن كل إجراء خاص بالتحكيم التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها الإدارية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا القانون سيعد لاغياً، ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي إليه هذه الإجراءات أي أثر أو نفاذ في مواجهة الدولة أو أحد هيئاتها، وإن أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم والتي شرع بإجراءات التحكيم وفقاً له يعتبر لاغياً ومعدوم الأثر.

والفرض المقبول طرحه هنا إذا كان التشريع الذي تم تغييره هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بوجود هذا الفرض يبقى السؤال قائماً، ويدور حول مدى تأثيره على اتفاق التحكيم القائم ومدى إخلاله بالضمانات التي يكون المتعاقد قد عول

(١) Philippe Chapal, L'arbitrage des differends internationaux, ed, pedon. Paris, 1967, p. 60.

(٢) د. نصري منصور، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٧٠١.

عليها عند إبرامه العقد الإداري محل النزاع، وبالتالي ما هو دور المحكم في إعادة التوازن المالي لهذا العقد.

بناءً على ما تقدم فإن الفرض الأول الذي يتبادر لدينا هو أن القانون الذي نشأ الالتزام في ظله ونقصد (موجب اتفاق التحكيم) هو القانون الأولي بالتطبيق الذي جاء نتاجاً لإعمال مبدأ سلطان الإرادة لطرفي العقد^(١)، وبالتالي يتوجب على طرفي النزاع أن تتجه إرادتهما إلى تطبيق هذا القانون دون النظر لموضوعه، الأمر الذي يضع هذا القانون تحت مظلة التأثيرات التي تصيبه، مما يؤدي إلى الحد من فاعلية مبررات اللجوء إلى التحكيم. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن تلك التغييرات تزرع الخوف في نفوس المتعاقدين، مسبباً هذا الإجراء إذا تم تبنيه زعزعة الثقة والاستقرار الاقتصادي المنشود. ولمعالجة هذا الوضع، قرر المشرع في العديد من البلدان على سبيل المثال^(٢)، ضمان استمرار تطبيق القانون وشرط التحكيم الذي نشأ الاتفاق في ظله، وهو ما عرف بشرط الثبات التشريعي نظراً لما يتمتع به المتعاقد من مزايا وضمانات تكون قد تقررت له بموجب تلك التشريعات، وبالتالي الاعتراف لهيئة التحكيم المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون لحل النزاع الدائر بين أطرافه، ومع ذلك يبقى الخوف قائماً إزاء جدية هذا الشرط من حيث مدى تمسك الدولة المتعاقدة بهذا القيد التشريعي على إرادتها إذا رغبت في إجراء تعديلات تشريعية لها مساس باتفاق التحكيم، وحق اللجوء إليه في حال نشوء نزاع بين المتعاقدين.

إزاء هذا الواقع ظهرت بعض الآراء الفقهية المنادية بالإحالة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي لتجنب إشكالية التغييرات التشريعية الوطنية من قبل الدولة الطرف في اتفاق التحكيم، مع وجود بعض المحاذير القانونية التي قد تشكل عائقاً أمام هيئات التحكيم لجهة تطبيق قواعد القانون الدولي في مجال المنازعات الوطنية، وهو ما يعرف بتدويل تلك النزاعات. مقابل هذا التوجه ظهر اتجاه معارض لتلك الأفكار مدعياً ابتعاد أحكام القانون الدولي عن مجال تطبيقها في علاقات القانون الخاص^(٣)، كما إن

(١) Ryziger: Intervention au, 1 er congres international de l'arbitrage' Rev. Arbitrage, 1961, p. 138.

(٢) المادة (٥) من قانون الاستثمار الجزائري الصادر بتاريخ ١٥/٩/١٩٦٦. والمادة (٢) من قانون الاستثمار التونسي رقم (٣٥) لسنة ١٩٦٩، والمادة (٢٢) من قانون تشجيع الاستثمار الأردني لسنة ٢٠١٠.

(٣) P.WEIL" Problems relatif contrats passes entre un Etat et un particulier", Rec. des L'Academie de Dr.Int,L, TIII,P. 155.

هذه الأحكام تمثل نظاماً قانونياً قائماً بذاته ولا يعد معبراً عن حقيقة سيادة أية دولة، ونضيف أن قواعد القانون الدولي في هذا المجال لا ترقى إلى مصاف النظرية القانونية المختصة بتنظيم العلاقات التعاقدية؛ وذلك لعدم اكتمال قواعده في هذا المجال، كما هو الحال في مجالي القانون الخاص والقانون العام الإداري الداخلي^(١). وبالمقارنة بما هو منصوص عليه في التشريع الأردني فإننا نستخلص أن هناك إمكانية قانونية يستند عليها للرجوع والاحتكام إلى قواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة الأردنية إذا ما رغب أطراف التعاقد تجنب التغييرات التشريعية التي تطرأ على تنفيذ العقد.

وقد أعطى المشرع الأردني للمحکم سلطة اختيار إجراءات التحكيم التي يراها مناسبة إذا لم يتم الاتفاق ابتداءً على اختيار القواعد الإجرائية المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيمي في المملكة أو خارجها، على أن يراعي أحكام قانون التحكيم الوطني، وهذا نجد أساسه في منطوق المادة (٢٤) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، حيث نصت على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون".

وتكديداً على ذلك أيضاً في مجال الإحالة إلى قواعد الاتفاقيات الدولية فقد أورد المشرع الأردني في المادة (٢٢) من قانون تشجيع الاستثمار لإسباغ نوع من الحماية للاستثمارات الأجنبية أن يراعي عند تطبيق أحكام قانون الاستثمار الاتفاقيات العربية والدولية المتعلقة بتسوية النزاعات التي تكون المملكة طرفاً فيها.

مما تقدم وبالرجوع إلى مطلع نص المادة (٢٤) المشار إليها سابقاً التي قالت: "لطرفي التحكيم الاتفاق....." هذا يؤكد أن إرادة طرفي العقد إذا اتجهت نحو تطبيق القواعد التي ترد في الاتفاقيات الدولية التي يكون الأردن طرفاً فيها، فإن دولية هذا الاتفاق يكون مرجعه الشرط التعاقدية الذي تعلق بتحديد القانون الواجب إخضاع إجراءات التحكيم لقواعده، وكذلك الحال فيما أورده المشرع في عجز منطوق المادة

(١) ROBERT.B.VON MEHREN AND NICHOLAS KOURIDES, International arbitration between states and foreign private parties: The Libyan. Nationalization, Am.J. Int'l law, voi 75, 1981, p.510-511.

(٢٢) من قانون الاستثمار عندما قالت: وفي غياب الاتفاق بين أطراف النزاع الذي يحيل إلى الاتفاقيات الدولية فإن سلطة اختيار القواعد القانونية المناسبة التي تخضع لإجراءات التحكيم لها تعود للمحكم.

يستفاد مما تقدم، أن حق أطراف التعاقد في اختيار القواعد القانونية التي ترد في الاتفاقيات الدولية بقصد تطبيقها على إجراءات التحكيم يجب أن تستند على قاعدة اتفاق تجيز ذلك، لذا فإن الشرط التعاقدي المبدئي الذي يجيز اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق بالضرورة يجب أن يستند على نظام قانوني موجود ومشروع.

من خلال هذا المدخل إلى الاتفاقيات الدولية، يستطيع المحكم أن يخرج النزاع من نطاق تأثير التغييرات التشريعية وما قد يطرأ عليها، وتجاهل تلك التغييرات، فالمحكم في هذا الأثناء يستمد سلطته من الاتفاقيات الدولية لا من القانون الوطني.

المبحث الثالث

نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

يشكل مبدأ توازن العقد الإداري توازن الحقوق مع الالتزامات المبدأ الأساسي في المفهوم التقليدي لفكرة الحقوق المالية الناشئة عن الالتزامات المتقابلة بين أطراف العقد، ويلاقي هذا المبدأ التأييد الكلي من المتعاملين مع الإدارة، فالحكمة تقتضي بالأبداً تنفق الإدارة إلا بقدر موازنتها، وبالتالي عليها أن توازن بين المخصصات المتعلقة بتنفيذ العقد وما تنفقه من أجل ذلك، بمعنى أن توازن العقد يقتضي بالأبداً تتجاوز الإدارة المخصصات من النفقة، ومن جهة أخرى، يعني التوازن أن تبقى الالتزامات والحقوق المترتبة على العقد في حدود المتفق عليه ابتداءً بين طرفي العقد، وهذا ما اتجهت إليه دراستنا.

وعليه فإن العجز الذي يصيب العقد ويؤدي به إلى اختلال تلك الالتزامات التي تؤثر فيما بعد على التوازن المالي الذي يخلق بدوره عجزاً من جانب المتعاقد قد يؤدي به التوقف وعدم القدرة على الاستمرار في التنفيذ، من هنا فإن الحديث عن نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يتطلب منا البحث في نطاق سلطته، وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: سلطة المحكم في تفسير أحكام العقد وحدوده.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد.

المطلب الثالث: سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية.

المطلب الرابع: سلطة المحكم في إصدار قرار التعويض.

المطلب الأول

سلطة المحكم في تفسير أحكام العقد وحدوده

قد يحوي العقد بين نصوصه وبنوده ما يعوزه الوضوح أو التفسير أو التعليق لقصر عبارة النص عن الدلالة على ما قصده منه بالفعل أطراف التعاقد (الخطأ المادي)^(١)،

(١) الخطأ المادي: تضمين بنود العقد لعبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لورود خطأ لفظي، بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح ذلك اللفظ أو تلك العبارة، إن هذا الخطأ ليس بحاجة إلى تفسير دائماً وإنما إلى التصحيح فقط.

أو لغموض^(١) اكتنف عباراته، أو لتناقضه^(٢) الظاهر مع نص آخر، أو النقص^(٣) في اللفظ أو ذكر حالات معينة تؤدي إلى عدم وضوح الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، مما يؤثر على التوازن المالي للعقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يؤدي ذلك إلى صعوبة الفصل في موضوع النزاع دون الوقوف على حقيقة تلك العبارات ومعرفة مدلولها ومعناها للوصول إلى نية الأطراف، وما اتجهت إليه إرادتهم الحقيقية عند التعاقد. أمام هذا الواقع فما هي الوسيلة لتحديد مدى مثل هذه النصوص عند تنفيذ العقد؟

للإجابة عن ذلك نقرر أن المحكم يملك اللجوء إلى تفسير بنود العقد ليكون ذلك عوناً له في الوصول إلى حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين. والتفسير المقصود هنا، هو التفسير الذي يقوم به المحكم أثناء عرض موضوع التحكيم عليه، فالمحكم يتولى مهمة التفسير كإجراء تمهيدي يدخل في إطار مهمته في حل النزاع والحكم فيه، هذا كله مشروط بالألا يتجاوز المحكم نطاق مهمته في التفسير، ويذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، كأن تمتد سلطته إلى البحث في شروط العقد من حيث تعديل الالتزامات التعاقدية زيادة أو نقصان.

ويهدف المحكم من خلال التفسير، إلى البحث عن مقصد كل من طرفي العقد من إبرامه، ولكن التنفيذ ينصب على تعبير كل منهما عن إرادته، سواء أكان هذا التعبير قولاً أم فعلاً من الأفعال، أي أن الغاية من تفسير العقد، هي الكشف عن قصد المتعاقد، وذلك من تعبير الشخص عن هذا القصد، على أن تفسير العقد لا يتم بالكشف عن مقصد كل متعاقد على انفراد، بل يجب أن يكون ببيان ما اتفقا عليه عند إبرام العقد، أي تحديد مقاصد كل من طرفي العقد، في ضوء ما وقع عليه اتفاقهما، أي تحديد ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، وعدم حصر النظر عند التفسير في إرادة كل منهما على حدة^(٤).

ونؤكد هنا، أن تطبيق أحكام العقد يتطلب من المحكم بذل قصارى جهده لاستخلاص المعنى الذي قصده أطراف التعاقد في ألفاظه ومبانيه، ويستعين المحكم

(١) الغموض: تكون نصوص العقد غامضة أو مبهمه إذا كانت عباراته تحمل أكثر من مدلول، وحينئذ للمحكمة الاختيار بين المفاهيم والأخذ بالمفهوم الأقرب إلى الصواب.

(٢) التناقض: هو التعارض بين نصين في العقد يخالف أحدهما مفهوم الآخر وحكمه في موضوع محدد.

(٣) النقص: يعتبر العقد ناقصاً إذا سكت طرفا العقد عن إيراد بعض الألفاظ أو إغفال التعرض لبعض الحالات التي كان يلزم أن يتعرض لها حتى يستقيم المعنى.

(٤) [http // arabadvocates.4t.com / 19.htm](http://arabadvocates.4t.com/19.htm).

في أكثر الحالات بشتى الوسائل اللغوية والمنطقية والعقلية للتفسير، والرجوع إلى مختلف المصادر والأعمال التحضيرية لبلوغ الغاية التي أرادها محررو العقد، وهكذا فإن التفسير يعد من صميم عمل المحكم في حالة غموض النصوص العقدية، أو تناقضها أو أي عيب فيها عندما يريد تطبيقها على النزاع المعروض عليه، فهو إذن لا ينجح إلى التفسير إلا إذا عرضت عليه قضية للتحكيم فيها، وحينذاك يقوم بتفسير العقد من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك أحد.

ويميل تفسير المحكم بطبيعته إلى الناحية العملية في استنباط الحلول، لأنه يملك من الخبرة العملية في موضوع النزاع ما يؤهله لفض النزاعات بين الأطراف بحكمة وروية، بما يعيد الحقوق لأصحابها من خلال إعادة التوازن للعقد، وهو في هذا السبيل يتأثر إلى حد كبير أثناء التفسير بالاعتبارات الواقعية وحسن النية المحيطة بالنزاعات المعروضة عليه، ويعمل على أن يكون تفسيره للعقد تمثيلاً مع تلك الظروف، ومن أجل هذا تأتي تفسيرات المحكمين قريبة من الواقع ومتأثرة به.

والتفسير الذي يجريه المحكم لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا في موضوع النزاع الخاضع للتحكيم المعروض عليه بحيث يستخدمه كوسيلة لحسم هذا النزاع، ويقتصر إلزام ما يتوصل إليه على النزاع نفسه في وقائعه وأشخاصه.

ومن نافلة القول، أن تفسير العقد يخضع للقواعد العامة المتبعة في تفسير الأعمال القانونية، لكن مع مراعاة ظروف إبرام هذه العقود والأهداف الاقتصادية المقصودة فيها، وهو ما قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى جعل عملية التفسير هنا أصعب من تفسير بقية الأعمال القانونية الأخرى، وتفصيل ذلك أن إرادة الطرفين قد لا تتفق مع الأسلوب أو الإطار الذي اتخذته الطرفان للوصول إلى هدفهما من العقد، فيكون ثمة محل للموافقة بين الأثر الذي اتجهت إليه الإرادة والأثر الذي ينتهي إليه الأسلوب الذي أفرغت فيه الإرادة، وهو أثر قد يفرضه الأسلوب المتخذ وإن لم يكن أحد الطرفين يريده، لهذا نرى أن المحكم كثيراً ما يستعين بظروف إبرام العقد والهدف الاقتصادي الذي استهدفه الطرفان.

كذلك يجد المحكم صعوبة في التفسير عندما يكون أمام حلقات متتابعة تنفيذياً لعملية واحدة تشارك في تنفيذها عقود متعددة، فيضطر في مجموع هذه العقود إلى تفسير كل منهما على حدة، مع تقديره لوحدة الهدف الاقتصادي المنشود، لذلك نستطيع القول أن تعدد العمليات الناشئة عن العقد، وتعقدها وظروف الاتفاق عليها والأسلوب الذي يتبناه المتعاقدان لتحقيق الأهداف المطلوبة من العقد يجعل تكييف

هذه العمليات وتفسيرها مختلفاً من حيث الروح التي تسيطر على المحكم والاعتبارات التي عليه احترامها.

ويقع على عاتق المحكم في هذا الأثناء التزام بالنظر أولاً إلى الإرادة المشتركة للطرفين سواءً في تكييف العقد أو في تحديد مضمونه، وثانياً بإعادة النظر في اتفاق الطرفين من حيث مدى ملاءمته مع الهدف الاقتصادي المطلوب من العقد، ويفترض عندئذٍ أنهما قبلاً كل الآثار المعتادة التي يقرها إبرام العقود والتي تتداخل مع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين^(١).

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد

يقصد بتعديل الالتزامات التعاقدية إدخال بعض التغييرات بإضافة شروط جديدة أو حذف شروط أخرى لم تعد ملائمة، وهذا التغيير قد يكون جزئياً أو كلياً، ويرى جانب من الفقه أن التعديل باستبعاد شرط من العقد يختلف عن إعادة النظر فيه، ويتمثل الاتفاق في أن إعادة النظر في العقد تمتد آثارها إلى المستقبل، في حين أن استبعاد شرط من العقد تبدو آثاره بالنسبة للحقوق المكتسبة من قبل^(٢).

بناءً على هذا المفهوم للتعديل، هل يجوز أن تمتد صلاحية المحكم إلى إعادة النظر في الشروط العقدية وإحداث تغييرات فيها على النحو المتقدم أملاً في الوصول إلى حل يرتضيه أطراف النزاع؟ وإلى أي مدى يعمل بهذه القاعدة؟ وما هو موقف الفقه من صلاحيته بالتعديل وأساسه القانوني وشروط ونطاق تطبيقه؟

للإجابة عن ذلك نقرر ابتداءً أن المبدأ العام في العقد الإداري أنه يقوم على توافق إرادتين بقصد إحداث آثار قانونية، فركنه إذن الرضا، وهذا الأثر القانوني المتولد عن العقد إنما ينشأ في ذمة كل من طرفيه؛ لأن إرادة كل منهما قد اتجهت إلى قبول هذا الأثر، وبذلك فإن الأثر القانوني ينشئ مباشرة الفعالية الإرادية لأطراف العقد^(٣).

من هنا نقول إن اتفاق الأطراف على التحكيم إنما يتفقون ضمناً على التنازل عن

(١) د. موسى خليل، بحث بعنوان "التحكيم التجاري الدولي" المجلد الأول، منشورات كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، للعام ٢٠٠٨، ص ٩٥.

(٢) د. محمد شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤٤٢.

(٣) G.Lebreton, Droit administrative general, Armand - Colin, Paris, 2000 ed, p.233.

الدعوى، ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية إذ أنها تقوم على إرادة نوي الشأن، لأنه إذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر القانوني هي التي تحدد طبيعة هذا الأثر، فلا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة عامة لأن الأفراد الذين يعينون المحكمين لا يتمتعون بسلطة عامة، ولا يمنع من القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم أن يتم تعيين المحكم أحياناً من جانب السلطة القضائية، لأن هذه الأخيرة في تعيينها للمحكم إنما تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار المحكم^(١).

تأسيساً على ما تقدم، نقرر أن موضوع سلطة المحكم في تعديل بنود العقد محل النزاع لا تثار عند ورود نص صريح في العقد يجيز للمحكم التعديل دون الرجوع لطرفي العقد، لأن المتعاقدين أقر مسبقاً بحق المحكم في التعديل، بمعنى أن سلطة المحكم في تعديل الالتزامات التعاقدية مقرونة دائماً بإرادة الأطراف ما لم يمنحه القانون الواجب التطبيق هذه السلطة، ولكن ما هو الموقف عند عدم وجود نص صريح يبيح للمحكم استعمال هذه السلطة تجاه المتعاقدين؟.

بالرجوع إلى منطوق المادة (٢/١٠٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، نجدها قد نصت على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن يكون العقد غير مبرم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

عند التدقيق بمضمون تلك المادة نجدها تكشف لنا مدى تمتع القاضي بصلاحيات تصل حد استكمال الشروط العقدية عند عدم كفايتها بالنظر لطبيعة المعاملة والعرف ومقتضيات العدالة، والسؤال الذي يطرح هنا، هل يمكن أن يوكل المحكم نفس صلاحيات القاضي بالقياس من أجل إعادة النظر في التزامات المتعاقدين لإحقاق التوازن المالي للعقد؟

وفي ذلك نقول أن استكمال المحكم للنقص الذي اعترى العقد يختلف اختلافاً جوهرياً عن تعديل بنود العقد وشروطه، ونتفق مع بعض الفقه^(٢)، الذي يجيز للمحكم

(١) <http://kenanonline.com, users, Elesteha Advocate - Topics - 46598-posts - 123298>.

(٢) هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في قضايا التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٣٨.

استكمال ما يراه مناسباً لملء النقص الذي يعجز طرفا العقد عن تنظيمه والاتفاق عليه ابتداءً، بحيث يجنبهم الوقوع في الخلاف ويساهم في حل النزاع، كل ذلك في ظل غياب نص قانوني صريح يحظر على المحكم ممارسة تلك السلطة، وبالمخالفة لذلك يملك المحكم أن يمارس هذه السلطة لو وجد نص في اتفاق التحكيم أو في مشاركة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق بحيث يعطيه تلك السلطة، مع مراعاة قواعد العرف والعدالة وطبيعة العقد^(١).

ونؤكد على ما ذهبنا إليه من إمكانية لجوء المحكم للتعديل بوجود اتفاق أو نص قانوني، لما للرضا من أثر في مجال العقود الإدارية، بحيث يضع على عاتق الأطراف التزامات مؤيدة بمسؤوليتهم التعاقدية، مع إمكانية إضافة ضوابط على ممارستهم لإرادتهم لإضفاء طابع الجدية على ما اتفقوا عليه.

ومن زاوية أخرى نجد أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص والمتعلقة بالاستقرار التعاقدية لا يمكن إعمالها على إطلاقها في مجال العقود الإدارية، باعتبار أن العقد قائم ابتداءً على المحافظة على مبدأ التوازن المالي الذي يقتضي تعرضه لنوع من التغيير في حقوق والتزامات الأطراف، مع بقاء فكرة التوازن قائمة ومعمولاً بها كلما أصاب العقد تغيير، لأن مبدأ الاستقرار التعاقدية لا مجال لانطباقه على العقود الإدارية في كليته العامة ونتائجه وآثاره.

ويبقى أن نوضح في هذا الخصوص نطاق التعديل وشروطه، وعليه نقرر ابتداءً أن المحكم لا يملك التعديل إلا في نطاق موضوع النزاع المتفق عرضه على التحكيم، وبين أطرافه فقط، وليس له سلطة التعديل ومن بعده الحكم في أي نزاع آخر ولو كان مرتبطاً بهذا النزاع المعروض، كما لا يملك التعديل إلا بموافقتهم، وبالتالي يقع على عاتق المحكم قبل القيام بمباشرة مهمته أن يتحقق من نطاق النزاع المطروح عليه من حيث موضوعه وسببه وأطرافه، ويتحقق من السلطة المخولة إليه بمقتضى اتفاق التحكيم، وعليه أن يتحقق من أن موضوع النزاع لا يتصل بالنظام العام، أي مما يجوز فيه التحكيم، وهو على أي حال لا يملك إلا التعديل في موضوع النزاع المعروض عليه فقط بعد تحديد نطاق سلطته في الحكم حتى لا يجاوزها فيبطل حكمه^(٢).

(١) G.Verventis, Arbitrators and Contractual Gaps, Journal of international Arbitration, Vol.5, Issue3, 1988, p.109.

(٢) د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١١٣.

ونضيف أن سلطة المحكم بالتعديل المبني على أسس قانونية أو إرادية تجيزها ليست مطلقة، وإنما يرد عليها مجموعة قيود يترتب على مخالفتها بطلان حكم المحكم، واهم هذه الضوابط التي تحكم تعديل العقد هي ما استطعنا أن نستخلصها من طبيعة مهمة المحكم، وقد جاءت على النحو الآتي:

أولاً - أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بموضوع النزاع. إن شروط العقد المتصلة بموضوع النزاع هي وحدها تخضع لسلطة المحكم وتتعلق باحتياجات ومصالح أطرافه وكيفية تحقيقها، وهذا القيد ليس إلا نتيجة للفكرة الأساسية ذاتها التي تشكل الأساس القانوني لسلطة التعديل، وهي ضرورة إعادة التوازن المالي للعقد وتحقيق مصالح المتعاقد مع الإدارة.

من هنا فإن سلطة المحكم في التعديل تقتصر على شروط العقد المتصلة بالنزاع المعروض عليه، أما شروط العقد الأخرى غير المتصلة بموضوع النزاع فلا يملك المحكم تعديلها أو التعرض إليها إلا بالقدر الذي يعينه على الوصول إلى الحكم العادل، ويجب عليه أن يلتزم ببذل جهده على أوسع مدى في حدود الموضوع، ويتوقف التزامه عند هذا الحد.

وفي حال فرض المحكم على أطراف العقد التزاماً خارجاً عن العقد بسبب التعديل ولا صلة له بموضوعه، فإن قراره يعد باطلاً، ويجوز لطرفيه اللجوء إلى المحكمة المختصة لإلغاء حكم المحكم المبني على قراره هذا.

ثانياً - تقييد المحكم بمبدأ المشروعية. يجب أن يتقيد المحكم أثناء تعديله بنود العقد بمقتضيات مبدأ المشروعية، إذ توجد بعض البنود الخاصة بالنظام القانوني للعقد الإداري والمؤسسة على قواعد قانونية، فإذا قام المحكم بتعديل هذه البنود فإنه سوف يرتكب خرقاً لمبدأ المشروعية.

وخير مثال على تلك القواعد، تلك التي ترد على عقود الأشغال العامة، وهي في جزء كبير منها ذات طابع تنظيمي، كنسبة التأمين والكفالة التي تفرض على من يشترك في العطاء أن يرفقها في طلبه، وكذلك مراعاة القواعد والمبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية، وبالتالي لا يمكن تعديلها إلا بالطريق التنظيمي، أو عن طريق السلطة المختصة بالتشريع إذا كانت ذات طابع تشريعي^(١).

(١) Laubadere A. -DE LVOLVE,P et MODERNE F: traite des contracts administratifs,L.G.D.J,Paris TL 1983.p. 406.

المطلب الثالث

سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية

من المعلوم أن القاضي هو الذي يختص بإصدار القرارات والبت في طلبات الخصوم ذات الصفة المستعجلة فيما تعلق باتخاذ تدابير مؤقتة^(١)، أو تحفظية^(٢)، تقتضيها طبيعة النزاع. ولكن الذي يطرح، هل يملك المحكم سلطة إصدار قرارات مؤقتة أو تحفظية في مجال النزاع المطروح أمامه لتكون له سنداً أو معيناً في حل النزاع وإعادة التوازن المالي للعقد؟

من خلال بحثنا للإجابة عن ذلك، وجدنا أن الفقه قد انقسم إلى عدة اتجاهات دارت حول تقرير اختصاص هيئة التحكيم في إصدار تدابير وقتية أو تحفظية يملئها طبيعة النزاع المعروض عليها.

أما الاتجاه الأول: فإنه يرى أن القضاء وحده صاحب الولاية في إصدار قرارات وقتية أو تحفظية في النزاعات المعروضة أمام هيئات التحكيم، وذلك لما للقضاء من مميزات يمتد أثرها على طرفي النزاع، بحيث تؤدي إلى إصدار أحكام في نهاية النزاع أقرب إلى العدالة، ويظهر ذلك من خلال مجموعة من المبررات التي تشكل ضمانات هامة جاءت على النحو الآتي^(٣):

١ - امتلاك القاضي الخبرة والدراية والمعرفة بالقانون وإجراءات تطبيقه^(٤).

(١) عرف الفقه التدابير المؤقتة بأنها: تلك الإجراءات التي تتخذها هيئة التحكيم وتكون سابقة لقرار التحكيم المنهي للخصومة، بحيث تهدف إلى حماية الحق المتنازع عليه. يراجع: د. مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٠٣.

(٢) التدابير التحفظية: تلك الإجراءات التي تتخذها هيئة التحكيم بهدف الحفاظ على الحقوق المستقبلية وضماتها، وذلك تحاشياً للخطر أو لدفع الضرر الذي يمكن أن يتعرض له الحق أو المركز القانوني. يراجع: د. مهند الصانوري، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) د. هاني الدريدي، التدابير الوقتية والتحفظية طبقاً لقانون التحكيم الأردني، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٦.
- د. مظفر الراوي، سلطة المحكم في اتخاذ التدابير التحفظية والوقتية، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٢.

- د. الصاق علي السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ١، وما يليها.
(٤) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٣٦.

٢ - عدم امتلاك المحكم سلطة الإجبار على التنفيذ لا في مواجهة الأطراف، ولا في مواجهة الغير، إذ يمكن لمن صدر قرار ضده تجاهل الأمر وامتناعه عن التنفيذ إلا في بعض القوانين التي تتصدى لهذا المانع. (وهذا ما يحصل من الناحية العملية لذلك نجد أن قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١، قد أورد نصاً في المادة (٢٣/ ب) يقول أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (١٣)..... يحق لأي من طرفي التحكيم الطلب من قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها).

٣ - إن نظام التحكيم يتطلب احترام مبدأ المواجهة في الدفاع، لذلك نجد أن اتخاذ أي إجراء تحفظي يستوجب السرعة بالإضافة إلى عنصر المباغتة، لذلك فإن مبدأ المواجهة يفقد الغرض الذي من أجله اتخذ الإجراء الوقتي أو التحفظي، ويعطي الخصم سيء النية الفرصة لتعطيل اتخاذه، وعلى سبيل المثال، إذا رغب أحد الخصوم الحصول على قرار بالحجز التحفظي على مال للطرف الآخر، ضمناً لما قد يحكم له على الطرف الآخر، فعليه الانتظار إلى حين عقد جلسة هيئة التحكيم، وفي حضور الطرف المنوي الحصول على القرار ضده، مما يمكن هذا الأخير من التصرف بالمال وبيعه للحيلولة دون إجراء الحجز، أو أن يقوم بالتغيب وبالتالي لا تستطيع هيئة التحكيم القيام بأي إجراء تحفظي إلا بحضور الطرف الذي صدر ضده تطبيقاً لمبدأ المواجهة^(١).

٤ - لا يملك المحكم سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه في موضوع النزاع المعروض أمامه ابتداءً، مما يدعو الخصوم إلى اللجوء للقضاء لاكتساء الحكم الصيغة التنفيذية الضرورية للشروع بتنفيذه. مع هذا الإجراء فإن من الأفضل اللجوء إلى القضاء من البداية.

٥ - إن طبيعة العمل التحكيمي تقتضي أن يكون للقضاء وحده صلاحية إصدار التدابير الوقائية والتحفظية، حيث إن العمل التحكيمي ينظر إليه من الجانب القانوني على أنه أقل الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية من حيث الشكل والموضوع، لذلك فإن القوانين

(١) - د. فتحي والي، بحث بعنوان "سلطة المحكمين في إصدار الأحكام والأوامر الوقائية"، منشور في مجلة التحكيم التجاري الخليجي، الصادرة عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي، العدد (١٣) كانون الأول ١٩٩٩، ص ٩.
- د. سيد أحمد، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٣) ٢٠٠١، ص ٩٨.

الإجرائية تتطلب في العمل التحكيمي أمرين هما: أ- وجوب استصدار أمر قضائي بتنفيذه وإلا فلا صيغة تنفيذية له، وبالتالي فلا يجوز تنفيذه جبراً. ب - يتوجب على القاضي أن يفحص العمل التحكيمي لضمان خلوه من العيوب الإجرائية وإلا فلا يأمر بتنفيذه.

والفقه إذ يرى أن وظيفة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هي رفع هذا الحكم إلى مصاف أحكام القضاء العام، إنما يقر ضمناً بأن حكم التحكيم بطبيعته ليس في مصاف الأحكام القضائية بل أدنى منها من حيث العمومية وبالتالي من حيث الرسمية، كما يقر ضمناً بأن حكم التحكيم بطبيعته ليس في مصاف الأوامر القضائية بل أقل منها، من حيث العمومية وبالتالي الرسمية، لأن الأوامر القضائية لا يتطلب القانون في شأنها استصدار أمر قضائي بتنفيذها، وبهذا فإن نظام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو نظام وحيد وحكر على حكم التحكيم وحده دون سواه من أوراق المرافعات، مما يعني أن حكم التحكيم قبل الأمر القضائي بتنفيذه، ليس فقط أقل من الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية، إنما أيضاً أقل من أوراق المرافعات عامة، وذلك من حيث الشكلية والرسمية.

وبخصوص الاتجاه الثاني: فقد قرر مناصروه التوجه إلى إعطاء المحكم سلطة إصدار التدابير الوقائية والتحفظية، وأنكروا ذلك على القضاء باعتبار أن النزاع حول العقد من اختصاص هيئة التحكيم، وقد ساق أنصار هذا الاتجاه المبررات الآتية^(١):

- ١ - إن اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية تخضع لإرادة طرفي العقد، وبالتالي فإن سلطة المحكم مستمدة من تلك الإرادة، ومن ثم فلا حاجة للجوء إلى القضاء، وإن هيئة التحكيم هي الأقدر من غيرها على تقدير ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات، كما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع، ومن باب أولى تستطيع اتخاذ الإجراءات الوقائية أو التحفظية.
- ٢ - إن اختصاص هيئة التحكيم بنظر طلبات اتخاذ التدابير الوقائية إلى جانب النظر في موضوع النزاع يؤدي إلى الاقتصاد في النفقات وتوفير الوقت وسهولة التنفيذ.
- ٣ - بالإضافة إلى أن القاعدة التي تنص على أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ومن ثم فمحكم الأصل هو محكم الفرع، فمتى كان يباح له الفصل في النزاع فيكون من

(١) د. الصاق علي السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة في التحكيم، مرجع سابق، ص ٣، وما يليها.

باب أولى مسموحاً له بإصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بموضوع النزاع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، من يملك الكل يملك الجزء.

الاتجاه الثالث: يرى مؤيدو هذا الاتجاه أن هناك اختصاصاً مشتركاً لجهة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية للمحكّمين والقضاء الرسمي للدولة، حيث تبني أنصار هذا الاتجاه فكرة أن الاختصاص الأصلي في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية هو لقضاء الدولة دون غيره، إلا إذا نص اتفاق التحكيم على تخويل المحكّمين هذه السلطة، عندها يصبح لهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ القرار الوقائي، أما إذا لم ينص شرط التحكيم أو مشارط التحكيم على تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة فلا تملك اتخاذ مثل تلك القرارات، وعند إصدار هيئة التحكيم المخولة بالإجراء التحفظي أو الوقائي لقرار وقائي فعلى صاحب المصلحة من القرار أن يطلب من هيئة التحكيم، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ، والرد الذي يقوم به القضاء في منح هذا الإذن هو من أهم ما يقدمه للتحكيم من مساعدة من أجل سد العجز الناتج عن المحكم باعتباره شخصاً عادياً لا يتمتع بسلطة الأمر، والذي لولا هذا الدعم والمؤازرة لفقد صاحب الحق حقه نتيجة ظروف طارئة حلت بالحق، ولم يكن هناك وسيلة سريعة لإيقاف الضرر أو لزوال الدليل الذي سيثبت هذا الحق^(١).

وبالرجوع إلى نص المادة (٢٣) من قانون التحكيم الأردني لعام ٢٠٠١^(٢)، نجد أن المشرع الأردني قد اتجه إلى الجمع بين الاتجاهين الأول والثاني حيث تبني ما جاء به الاتجاه الثاني الذي أعطى دوراً لإرادة الأطراف في اتفاقهم على منح المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، والاتجاه الثالث الذي ينادي بالاختصاص المشترك بين المحكم والقاضي لجهة اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية لسد النقص أو العجز الذي قد يعتري اتخاذ وتنفيذ تلك التدابير.

- (١) - د. الصادق علي السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٤.
- د. مظفر الراوي، سلطة المحكم في اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة، مرجع سابق، ص ٣.
- (٢) نص المادة (٢٣): "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أي من طرفي التحكيم أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وإن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير. وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ".

ونحن بدورنا نؤيد مسلك المشرع الأردني عندما جمع بين الاتجاهين، الاتجاه الأول، الذي استمد المحكم سلطته في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية من الاتفاق المبني على إرادة طرفي العقد، حيث إن المشرع استدرك عجز المحكم في إجبار أطراف العقد من تنفيذ تلك التدابير وذلك باللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر بالتنفيذ.

إذن الإشكالية تثور ليس عند اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية أو من يملك اتخاذهما، ولكنها تثور بشكل جدي عند البدء بالتنفيذ، من هنا وجدنا أن المشرع الأردني قد أبرز من خلال المادة (٢٣) المشار إليها سابقاً، الدور التكاملي بين سلطة المحكم في اتخاذ تلك التدابير وسلطة القاضي في توجيه أمر التنفيذ، كون أن المحكم لا يملك سلطة التنفيذ الجبري التي يتمتع بها القضاء، وبالتالي قد يتخلف من صدر إليه الأمر عند التنفيذ، لذا برزت الحاجة إلى إشراك القضاء في تحقيق أهداف التحكيم. بناء على ذلك استبان لنا أن المشرع الأردني قد وضع عدة ضوابط وشروط لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية نذكرها من خلال الآتي:

- ١ - لممارسة المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم نصاً يجيز للمحكم ممارسة تلك السلطات.
- ٢ - يجب أن تتناسب تلك التدابير الوقتية والتحفظية وطبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم.
- ٣ - أن يأمر المحكم طالب اتخاذ تلك التدابير تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير.

المطلب الرابع

سلطة المحكم في إصدار قرار التعويض

إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، باعتبار أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً واحداً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة نتيجة تغير شروط العقد أو بناءً على تصرفات انفرادية صادرة عن الإدارة أو تغييرات تشريعية زادت من الأعباء المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة واحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك، لانتهى الأمر من الناحية العملية، إلا أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم

سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها، وعليه فإن التوازن المالي في العقود الإدارية يشمل في المفهوم الواسع كامل الحالات التي يحق فيها للمتعاقد مع الإدارة التعويض عن خسارة إما بسبب تصرف الإدارة الخاطيء معه خلال تنفيذه للعقد، وإما بسبب القرارات الإدارية التي تجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً له، وإما بسبب ظروف خاصة خارجة عن التوقع لا دخل للإدارة فيها زادت من الأعباء عليه^(١).

ومما لا شك فيه أن تلك الأسباب إذا وقعت من قبل الإدارة فمن المتوقع أن تصيب المركز المالي للمتعاقد بالضرر، بحيث ينشأ عن ذلك نزاع يستدعي عرضه على التحكيم، لأنه من المتوقع أن يحرم المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة إذا نفذ العقد بالكامل، وبناء عليه فإن مسؤولية المحكم تتحرك لجهة اتخاذ الإجراءات الكفيلة لإعادة التوازن المالي، من خلال إعمال سلطته للحكم بالتعويض لصالح المتعاقد باعتباره حقاً له، كل ذلك تأسيساً على أن التعويض يعد أحد المبادئ الثابتة في مجال العلاقات العقدية.

هذه المبادئ الثابتة نستخلص دقة تطبيقها عندما ينظم العقد ذاته أو القوانين الناظمة لأحكامه مقدار التعويض المستحق للمتعاقد المتضرر، بسبب إنهاء العقد، أو بسبب خسارة أصابته نتيجة تصرف إداري أو تغير تشريعي، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القانون حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض، بمعنى أن المحكم يملك سلطة الحكم بالتعويض في ضوء ما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، وقد ذهبت بعض قرارات التحكيم إلى ضرورة تعويض الطرف المضرور تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وقد استندت هذه القرارات إلى أن مبدأ تعويض الطرف المضرور يعد مبدأً عاماً ومشاركاً في جميع الأنظمة القانونية^(٢). أما إذا لم ينظم العقد أو القانون مدى استحقاق التعويض، فإن المحكم في هذه الحالة وبلاستناد لقواعد العرف والعدالة وحسن النية هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، مع مراعاة أن التعويض يخضع للأحكام العامة المقررة في هذا الصدد، ومنها شروط حصول ضرر من جراء تنفيذ العقد، أو عدم تنفيذ أحد الالتزامات التعاقدية من قبل

(١) د. نصري منصور، العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٦٠٤.

(٢) AmcoArbitration,rticle202,Seeat,www.arbitration-icca.org,media-12326338887130-final-list-of-awardspdf,1-2-2007.

أحد أطراف العقد^(١). وعلى خلاف ذلك ذهب بعض قرارات التحكيم إلى أن على المحكم أن يعوض المضرور بتعويض مناسب وليس تعويضاً كاملاً^(٢).

في الحقيقة لا خلاف في امتلاك المحكم مكنة التعويض على المضرور، ولكن الخلاف يكمن في مقدار التعويض، وبهذا يعد التعويض وسيلة في يد المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد، إلا أنه في النهاية يتعين على المحكم ألا يقضي بتعويض لا تقره قواعد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو بالمخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ^(٣).

وقد تتضمن بعض العقود نصوصاً تتعلق بالإعفاء من المسؤولية، وتنصب معظم حالاتها على القوة القاهرة، إلا أن الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها مقرون بعدم وقوع غش أو خطأ جسيم، كما أن توقع الظروف وعدم إمكانية دفعها يخضع لتقدير المحكم مراعيًا ظروف أطراف العقد وخبراتهم^(٤).

ويعد إنهاء العقد من قبل أحد الأطراف بإرادته المنفردة، أو تأخره في تنفيذ التزاماته، أو امتناعه عن ذلك، أو تعديل التزاماته أو فرض جزاءات مالية دون وجه حق، إخلالاً بالالتزام التعاقدي، المؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أن المحكم قد يجد نفسه مضطراً تحت تأثير بعض الظروف التي لا يستلزم ارتكاب تلك المخالفات إلى إعفاء الطرف المخالف؛ نظراً للقوة القاهرة التي حالت بينه وبين تنفيذ التزاماته، إلا أنه لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يقضي بتعويض مناسب للمضرور أو يرجئ تنفيذ العقد للمدة التي يستحيل فيها التنفيذ، وذلك لحين انتهاء القوة القاهرة، هذا ما إذا كانت القوة القاهرة جعلت من استحالة التنفيذ أمراً مؤقتاً لا مستحيلاً^(٥).

أخيراً لقد بحثنا في هذه الدراسة سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، من عدة جوانب عكست نطاق سلطته فيها، حيث ظهر لنا أن بعضها يستمد سلطته أثناء ممارستها من واقع طبيعة عمله كمحكم، وأخرى يستند في ممارستها سلطته فيها على توافق إرادة أطراف النزاع، وبالتالي فهي تضيق في جانب وتتسع في آخر، إلا أن

(١) C.Guttier,op.cit.p548.no701.

(٢) Liamco Arbitration, See at, www.Biicl.org-files-3939-1977-liamco-v-libyo.pdf, 12-2-2007.

(٣) د. رشا علي السيد، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية العالمية، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٤) Cour de Cassation, 26-11-1980, Voir a. www.lexpeek.com-jusluminum-decision-cass026-11-1980 -7970473,302645htm.

(٥) د. رشا علي السيد، المرجع السابق، ص ٩١.

هذه السلطة تبقى محل جدل فقهي واختلاف قضائي حولها ونقص تشريعي ينظمها ويبين نطاق ممارستها.

الخاتمة:

عرضنا في هذا البحث لدور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وقدمنا في هذا المجال عرضاً وصفيّاً وتحليلياً لمختلف الموضوعات ذات العلاقة التي تبرز دور المحكم وأهمية التحكيم في حل النزاعات التي تثور أثناء تنفيذ العقود الإدارية باعتبارها من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في مناسبة تنفيذ نشاطاتها، والتي ترسم بموجبها وتحدد لأطراف التعاقد مراكزهم القانونية.

ونظراً للمبررات العملية والقانونية للجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض الخلافات في مجال منازعات القانون تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفاً في هذه المنازعات، فقد أضفى بعداً آخر على طبيعة الدور الذي يقوم به المحكمون وهم بصدد معالجة تلك الخلافات والبحث عن حلول لها تؤدي إلى زيادة في الأعباء الموكولة إليهم؛ مما يتطلب منهم بذل العناية والبحث الكبيرين للوصول إلى حلول منصفة تجبر الضرر وتعيد للعقد توازنه الاقتصادي.

وفي سبيل ذلك أوضحنا مفهوم التحكيم وأهميته وأنواعه وشروط اتفاق التحكيم في مجال بحث التوازن المالي للعقد، تأسيساً على أن الدراسات الإنسانية عموماً تعنى بتحديد المفاهيم للأفكار محل البحث، من منطلق أن سبر غور الأفكار وتحليل مضمونها يساعد كثيراً في الوقوف على المعاني التي تتداعى عند إطلاقها أو الأحكام التي تبني عليها، كذلك بدت لنا أهمية اللجوء إلى التحكيم باعتباره نظاماً خاصاً يلجأ إليه أطراف النزاع بالاتفاق للفصل فيما يثور بينهم من منازعات حول الخلل الذي أصاب العقد وأثره على الالتزامات التعاقدية بين أطرافه، حيث قادنا هذا المفهوم إلى بيان آثار الاتفاق على التحكيم وأساس سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، ونطاق ممارسة هذه السلطة.

وقد توصلنا إلى فكرة أساسية مفادها أن التحكيم نظام قانون خاص، مؤسس على الفكر القانوني السائد والمعمول به والذي يوازي قضاء الدولة الرسمي في مجال حل الخلافات وإعادة التوازن المالي للعقد، ونظراً لما يمتاز به من وضوح ودقة، من هنا فقد شكل التعرض لمفهوم التحكيم مدخلاً مهماً لدراسة الأساس القانوني الذي يشكل منطلقاً للمحكم وهو بصدد القيام بمهمته الموكولة إليه، جاهداً للوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، كل ذلك بحثناه من عدة جوانب: سلطة المحكم في ظل شرط إعادة التفاوض، وكذلك في ظروف عدم وجود مثل هذا الشرط، ومدى تغير

شروط العقد وما ينبثق عن الإدارة من تصرفات انفرادية ومثلها التغييرات التشريعية على سلطة المحكم.

وتعرضنا في الجزء الأخير من دراستنا إلى بحث نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد محل النزاع، للوقوف على حقيقة سلطته في ذلك، وبيان ما هي حدود صلاحياته، وهل يملك بصدد ذلك صلاحية مطلقة أم تقديرية أم مقيدة، وذلك من خلال بيان نطاق تلك السلطة في تفسير أحكام العقد، وتعديل أحكامه، ومدى سلطته في اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية في مواجهة المخالف، وأخيراً سلطته في إصدار حكم بتعويض المتضرر.

وقد تبين لنا أن أسلوب التحكيم عموماً، والبحث في دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد خصوصاً، يؤدي إلى إنهاء النزاع الدائر بين أطرافه ويعيد للعقد توازنه، مجسداً بذلك مصلحة السلطة العامة والمتعاقد معاً، بحيث تأتي نتاجاً للقدرة العالية لدى المحكم لتفهم وجهة نظر طرفي النزاع أثناء السير في إجراءات التحكيم.

وفي هذا السياق فإننا توصلنا إلى النتائج الآتية:

- ١ - أجاز المشرع الأردني والعديد من التشريعات العربية والأجنبية للمحكم اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية في حال اتفاق أطراف التحكيم، إلا أن ذلك لا يمنع القضاء من استرداد هذه الصلاحية ونظر تلك الطلبات إذا ما رفض من وجه إليه القرار الوقتي تنفيذه.
- ٢ - تكريساً لاستقلالية شرط التحكيم قرر المشرع الأردني اعتبار شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً، ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه،
- ٣ - تشكل نظرية التوازن المالي محور عمل المحكم من خلال البحث عن إحقاق التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يتمكن من تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، فالمتعاقد لا يعنيه انعكاسات الاستثمار وآثاره الإيجابية على الخطط الاقتصادية للدولة المتعاقد معها، بقدر ما تعنيه التوازنات بين المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها أثناء تنفيذ العقد والعائد المتوقع.
- ٤ - التشعب والإسراف في سن التشريعات الناظمة للشأن الاقتصادي في الدولة عموماً، وتلك المتعلقة بقضايا الاستثمار، التي توقع المستثمر بمخاطر البيروقراطية الإدارية وعدم ثبات واستقرار مركز المتعاقد نتيجة التغييرات التشريعية المتتالية.
- ٥ - ارتباط نجاح أسلوب التحكيم في فض المنازعات بمدى تحقيقه التوازن المالي

- للعقد، حيث بات من الضروري تطوير التحكيم وبيان دور المحكم وتنظيم وتحديد نطاق عمله بدقة ووضوح.
- ٦ - تضافرت عدة اعتبارات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الإدارية ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد، والتي تعد الإدارة أحدهم، وتفضيله على القضاء العادي في الدول المختلفة في وقتنا الحاضر.
- ٧ - أجاز المشرع الأردني الاتفاق على عرض النزاع المحتمل وقوعه على التحكيم وذلك لإخلال بركن (المحل) في العقد أو الاتفاق، مما يعرض اتفاق التحكيم للبطلان.
- ٨ - إن مضمون فكرة التوازن المالي تكمن في التوازن بين جانبي الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، وذلك باتباع سياسة مالية معينة تقوم بها الإدارة من جهة والمتعاقد من جهة أخرى، عند وجود تباين بين حجم الالتزامات المتقابلة، وذلك بتعديل أحد جانبي الالتزام بغرض خلق التوازن بينهما، أي تعادل الحقوق والالتزامات المتقابلة.
- ٩ - جرى العمل في نطاق اتفاقيات التحكيم على تضمين تلك الاتفاقيات شرطاً يتيح لأطراف العقد إعادة النظر بشروط العقد من خلال ما يعرف بشرط إعادة التفاوض الذي يسمح بمقتضاه إعادة التوازن المالي للعقد بين أطرافه المتنازعة.
- ١٠ - يوجد خلاف فقهي حول خضوع التدابير والتصرفات الإدارية المنفردة التي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدي إلى إلحاق الضرر لاختصاص هيئة التحكيم من عدمه.
- ١١ - يصادف المحكم وهو بصدد التصدي للنزاعات العقدية تغيرات تشريعية تنعكس آثارها على سلطته أثناء تطبيق أحكام القانون على النزاع المعروض عليه، بحيث يحول ذلك دون قدرة أطراف التعاقد على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم.
- ١٢ - يملك المحكم الشروع في تفسير بنود العقد من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك أحد، بهدف استخلاص المعنى الذي قصده أطراف التعاقد في ألفاظه ومبانيه، بحيث يخضع في ذلك للقواعد العامة المتبعة في تفسير الأعمال القانونية، مع التأكيد على أن التفسير الذي يجريه المحكم لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا في موضوع النزاع الخاضع للتحكيم المعروض عليه، بحيث يستخدمه كوسيلة لحسم هذا النزاع.
- ١٣ - يستمد المحكم سلطة تعديل بنود العقد من إرادة أطرافه، ما لم يمنحه القانون

- الواجب التطبيق هذه السلطة، ويقتصر التعديل على موضوع النزاع المتفق عرضه على التحكيم وبين أطرافه ولا يتعداه لغيرهم مع تقيده بمبدأ المشروعية.
- ١٤ - تمتد سلطة المحكم إلى إقرار التعويض المناسب بناء على إجراءات يقوم بها كفيلة بإعادة التوازن المالي لصالح المتعاقد المتضرر باعتباره حقاً له، انطلاقاً من كون التعويض أحد المبادئ الثابتة في مجال العلاقات العقدية.
- بناءً على ما تقدم توصلنا إلى الاقتراحات الآتية:
- ١ - وضع ضوابط ومعايير تعين المحكم وهو بصدد تقدير التعويض المناسب للمتعاقد المتضرر.
 - ٢ - توحيد التشريعات النازمة للنشاط الاقتصادي في الدولة كمنظومة واحدة؛ لتسهيل الإطلاع عليها من قبل المستثمر والتخفيف من مخاطر البيروقراطية الإدارية.
 - ٣ - النص على إخضاع العقود الإدارية عموماً والعقود ذات الطابع الاستثماري خصوصاً للقواعد القانونية التي أبرمت في ظلها، لتحسينها من خطر التعرض لتأثيرات التغيرات التشريعية وعدم استقرارها في الدولة.
 - ٤ - دعوة المشرع الأردني إلى تحديد مفهوم اتفاق التحكيم ليصار إلى التعرف على خصائص التحكيم وطبيعته.
 - ٥ - نظراً لتعاظم دور التحكيم في الوقت الحاضر فإننا ندعو المشرع الأردني إلى إعادة النظر بقانون التحكيم كلياً، وطبيعة دور المحكم خصوصاً، بما يتناسب والظروف الاستثمارية القائمة.
 - ٦ - دعوة المشرع الأردني إلى إضافة نص يمنح هيئة التحكيم صلاحية النظر في مشروعية التدابير والتصرفات الإدارية التي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدية إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد.

المراجع

المراجع العربية:

- ١ - د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤٨.
- ٢ - د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٦.
- ٣ - د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧/١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٤، بدون ذكر دار النشر وعاصمتها، ص ١٣.
- ٤ - د. أحمد شرف الدين، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، مجلة إدارة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد/٥، السنة ١٩٨٥، ص ١١.
- ٥ - د. أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥.
- ٦ - د. أحمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية لقاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩.
- ٧ - د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، دون ذكر دار النشر وعاصمتها، رقم ٨١٠، المادة (١).
- ٨ - د. الصادق على السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص ١، وما يليها.
- ٩ - أسيل الفضالة، التحكيم القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة ٢٠٠٠، ص ٦.
- ١٠ - د. برهان أمراالله، بحث بعنوان "القضاء ونظام التحكيم في المواد المدنية والتجارية" مقدم إلى "المؤتمر الأول للاتحاد الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم" عمان تاريخ ٩/١٠/٢٠١٠، ص ١.
- ١١ - د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٠.
- ١٢ - د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

- ١٣- د. جابر جاد جابر، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٤- د. حسين الحسين، بحث بعنوان "التحكيم في العقود الإدارية" قدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ٢٠٠٨.
- ١٥- د. حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، بيروت، ١٩٩٧.
- ١٦- د. خالد الياقوت، التعليق على قانون التحكيم في التشريع الكويتي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- ١٧- د. خالد سعد راشد، أثر نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا جامعة عمان العربية، عمان، ٢٠٠٨.
- ١٨- د. رشا علي، بحث بعنوان "سلطة المحكم في ظل الأزمة المالية الراهنة" مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث، والمنعقد بجامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٩.
- ١٩- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، بدون ذكر دار النشر والعاصمة، ١٩٨٤.
- ٢٠- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٢١- د. سيد أحمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢٢- د. سيد أحمد، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٣) ٢٠٠١.
- ٢٣- د. عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري، الطبعة الأولى، دار الحريري، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٤- د. عجيل النمشي، التحكيم والتحاكم في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة في فرنسا سنة ٢٠٠٣.
- ٢٥- د. عصام القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن

- الاقتصادي لعقود الاستثمار " بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر، والمنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة ٢٠٠٨.
- ٢٦- د. علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ عند تنفيذ العقد الإداري، منشورات مطبعة الطويجي، القاهرة، ١٩٩١.
- ٢٧- د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٢٨- د. فتحي والي، بحث بعنوان " سلطة المحكمين في إصدار الأحكام والأوامر الوقتية، منشور في مجلة التحكيم التجاري الخليجي، الصادرة عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي، العدد (١٣) كانون الأول ١٩٩٩.
- ٢٩- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦.
- ٣٠- د. قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.
- ٣١- د. لافي درادكة، بحث بعنوان " امتداد شرط التحكيم إلى الغير " مقدم إلى مؤتمر الاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم " بعنوان التحكيم من أجل استثمارات أكثر"، خلال الفترة ٩/١٠/٢٠١٠، عمان - الأردن، ٢٠١٠.
- ٣٢- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٣٣- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، منشورات كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- ٣٤- د. مظفر الراوي، سلطة المحكم في اتخاذ التدابير التحفظية والوقتية، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
- ٣٥- د. موسى خليل، بحث بعنوان " التحكيم التجاري الدولي " المجلد الأول، منشورات كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، للعام ٢٠٠٨.
- ٣٦- د. موسى متري، بحث بعنوان " التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول " مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المجلد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية، ٢٠٠٩.
- ٣٧- د. مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.

- ٣٨ - د. محمد السيد، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٣٩ - د. محمد حسين سعيد، الالتزامات العامة وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٤٠ - د. محمد شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٤١ - د. محمد عبد المجيد إسماعيل، العقود الإدارية وعقود B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٤٢ - د. محمد نور شحاته، بحث بعنوان "تنفيذ أحكام المحكمن في التشريعات العربية" بحث مقدم إلى مؤتمر كليات الحقوق في الجامعات العربية، المنعقد بالقاهرة، سنة ٢٠٠٦.
- ٤٣ - د. محمد وليد منصور، دستورية التحكيم، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩.
- ٤٤ - د. نصري منصور، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ٤٥ - د. هاني الدرديري، التدابير الوقتية والتحفيزية طبقاً لقانون التحكيم الأردني، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
- ٤٦ - هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في قضايا التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧.

المراجع الأجنبية:

- 1 - Alanredfern, Martin Hunter and Murray Smith, lazy and practice of enter national commercial arbitration Second edition, London, sweet Maxwell, 1991.
- 2 - Auby (J.M) et Drago (G), traite de contentieux administratif, T.1, 3 ed L.G.D.J, Paris.
- 3 - AmcoArbitration,rticle202,Seeat,www,arbitration-icca.org,media-12326338887130-final-list-of- awards PDF, -1-2-2007.
- 4 - Caste (Sergio): Manuela siderite process ale civil, Toronto 1955 no 61 p.76.

- 5 - Cassation Commercial 4Juin 1985, Revue de L'arbitrage 1987, p. 139. note Goutal
- 6 - Chapus(R):Droit administrative general, Montchrestion,t.1. 2001,15,edition,No 1384
- 7 - Cour de Cassation,26-11-1980,Voir a.www.lexeek.com-juslumi-num-decision-cass026-11-198 7970473,302645htm.
- 8 - David (Rene)L'arbitrage dans le commerce international, Paris Economic, 1982, p. 9.
- 9 - Dalloz. 1993. p. 3 _ Mikulski (Henri): Ecrits _ etudes et notes sur L,arbitrage, Dallos 1974, p. 5.
- 10 - Fouchard (Philippe) and Gillard (Emmanuel) and Golden (Berth old): Paris 1996 - no 7 p. 11-12 - Mathieu de Boise's, Michel de Jug lard, Pierre Ballot: Le adroit Françoise de L,arbitrage, Paris, 1983, p. 5.
- 11 - FOUAD ROUHANI, Renegociation des contrats entre Etate et investisseurs etrangers, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, 1975, p. 95.
- 12 - Gutter (CH): droit des contrats administratifs,themis droit,PuF. 2008.P. 417.
- 13 - G.GEIGER, The unilateral change of economic developments, I.C.L.Q, 1974.p.73.
- 14 - G.Lebreton, Droit administraif general, armand - colin, Paris, 2000 ed, p2.
- 15 - G.Verventis, Arbitrators and Contractual Gaps, Journal of international Arbitration, Vol. 5, Issue3, 1988, p.109.
- 16 - [http // arabadvocates.4t.com / 19.htm](http://arabadvocates.4t.com/19.htm)
- 17 - [http: kenanonline.com/users/Elsteha Advocato/Topics/46598/ posts/123298](http://kenanonline.com/users/Elsteha_Advocato/Topics/46598/posts/123298), p.2.
- 18 - Harland (A), Mau rim (A) La justice, editionssirey, p2.
- 19 - Hayward Holtzman and Joseph Neuhaus, The UNCITRAL model law on international commercial arbitration, 1994, p. 300.
- 20 - J.D.M.Lew, Applicable law in international commercial Arbitra- tion, 1978, p. 443.

- 21 - J.Y. GOTANDA, Renegotiation and Adaptation of Clauses in International Investment Contracts, Vanderbilt journal of Transnational law, Vole. 36, 2003, p. 1461.
- 22 - K.BERGER, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, The role of Contract Drafter and Arbitrators, 36 vandals. J- Transnational law 2000, p. 1347.
- 23 - Liamco Arbitration, See at, www.biicl.org-files-3939-1977 liamco-v-libyo.pdf, 12-2-2007
- 24 - Mottawa (A); " L' arbitrage en métier de transport maritime des marchandises "Etude de adroit François et de droit Egyptian, these,
- 25 - M.Domke, The Enforcement of Maritime Arbitration Agreements with foreign, Governments, J.Mar. L. and.Com, VOL2. April, 1971, p. 617.
- 26 - Mann, Lex Facit arbitrum, in Arbitration international, Paris, 1986, p. 113.
- 27 - Oho Sand rock " Arbitration agreements and groups of companies " in etudes La live, 1993, p. 265.
- 28 - OH.K.AHN, Les investissements étrangers dans les pays en voies de developpement, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, p. 111 et spec.p. 121.
- 29 - P.WEIL " Problems relatifs contrats passes entre un Etat et an particulier", Rec.des des L'Academie de Dr.Int,L, THII,P. 155.
- 30 - Philippe Chapal, L'arbitrabilite des differends internationaux, ed, pedon. Paris, 1967, p. 60.
- 31 - Ryziger: Intervention au, 1 er congres international de l'arbitrage ' Rev. Arbitrage, 1961, p. 138
- 32 - Robert (Jean) and Moreau (Bertrand): L,arbitrage, droit interne et, droit international prive Paris 5 ed 1984. university de Paris 1, 2003 tome 1, p.6 est. -
- 33 - R.P.Bishop, the role of Cominecial, people as apposed to law as arbitrators in maritime arbitration, the V11 the I.C.M.A.Casablanca, 1985, p. 56.

- 34 - R.J.Merlins, L'Arbitrage Maritime, etudes efforts a' René Rodiere, 1982. p. 401.
- 35 - ROPERT.B.VON MEHREN AND NICHOLAS KOURIDES, International arbitration between states and foreign private parties: The lybian. Nationalization, Am.J. Int'l law, voi 75, 1981, p.510-511.
- 36 - W.MELIS, Force Majeure and hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the practices of the ICC Court of Arbitration. See at,<http://www1.fidic.org/recourses/contracts/melis.pdf>,22-12- 2008.
- 37 - T5292/vb /- www.al3boshi.com
- 38 - Waline(M): Trait des droit administrative, Serrey ge9.ed 1963, p.620.
- 39 - YLoussouarn Cours general de droit international prive Rec.des Cours, 1973, LL,p. 307-308.