المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

اسم المقال: القانون الواجب التطبيق في تحكيم النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة الاستثمارية بين القطاعين العام والخاص
اسم الكاتب: د. محمد حسين مجلي المجالي، محمد فهمي غزوي، محمد تيسير خليفة الجبور
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/10011
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 08:52 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية جامعة مؤتة ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

The applicable law in arbitrating disputes arising from investment partnership contracts between the public and private sectors

Dr. Mohammad Hussein Majali/ Faculty of Law, Al-Zaytunah University, Jordan
Mohammad Fahmi Ghazawi/ Faculty of Law, Al-Zaytunah University, Jordan
Mohammad Tayseer Khalifa Al-Jabour - Independent Researcher/ Jordanian Judicial Council

Received : 10/08/2024
Revised : 21/11/2024
Accepted : 10/12/2024
Published : 30/09/2025

DOI: 10.35682/jjlps.v17i3.1167

*Corresponding author :

mmohmmadh@yahoo.com

Abstract

This research paper examines the applicable law in arbitrating disputes arising from public-private partnership contracts. To achieve research objectives, the descriptive-analytical approach is utilised because it is the most appropriate method for studying this type of contract, as it follows scientific problems through description and analysis in a systematic manner. Hopefully, this research paper will constitute a scientific contribution and address a key theoretical and practical issue by outlining the procedural legislation that governs the rules of arbitration in disputes arising from partnership contracts between the public and private sectors. The research problem is reflected in the difficulty of determining the applicable law in arbitration, especially if the parties to arbitration remain silent on agreeing on the applicable law to the dispute. The results indicate that the Jordanian legislator must address the provisions related to arbitration in a detailed and independent manner in the Arbitration Law, specifically regarding administrative investment contracts resulting from partnerships between the public and private sectors and establish controls that regulate the resort to arbitration in this type of contract. Given the results, the study recommends granting the administrative judiciary general jurisdiction to consider all administrative disputes, including those related to administrative contracts, and enabling it to exercise control over the arbitration process in international investment partnership contracts.

Keywords: Arbitration, disputes, partnership contracts public sector, private sector

القانون الواجب التطبيق في تحكيم النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة الاستثمارية بين القطاعين العام والخاص

د محمد حسين مجلي المجالي / كلية الحقوق-جامعة الزيتونة الأردنيّة
محمد فهمي غزوي/ كلية الحقوق-جامعة الزيتونة الأردنيّة
محمد تيسير خليفة الجبور- باحث مستقل /المجلس القضاء الأردنيّ

تاريخ الاستلام: 2024/08/10
تاريخ المراجعة: 2024/11/21
تاريخ موافقة النشر: 2024/12/10
تاريخ النشر: 2025/09/30

الباحث المراسل:
mmohmmadh@yahoo.com

الملخّص

تناولت هذه الدراسة الموسومة بالقانون الواجب التطبيق في تحكيم النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ولتحقيق أهداف الدراسة، تم استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي؛ لأنه الطريقة الأكثر ملائمة لدراسة هذا النوع من العقود، فهو يتبع المشكلات العلمية من خلال القيام بالوصف والتحليل بطريقة علمية. على أمل أن يشكل هذا البحث إضافة علمية ومسألة غاية في الأهمية النظرية والعملية والمتمثلة في بيان التشريع الإجرائي الذي يحكم قواعد التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وتظهر إشكالية البحث في صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم لا سيما في حال سكوت أطراف التحكيم على الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع، مما يوصلنا إلى نتيجة مفادها ضرورة أن يتناول المشرع الأردنيّ الأحكام المتعلقة بالتحكيم بشكل مفصل ومستقل في قانون التحكيم فيما يتعلق بالعقود الإداريّة الاستثمارية الناجمة عن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ووضع الضوابط التي تنظم اللجوء للتحكيم في هذا النوع من العقود وخلصت الدراسة إلى جملة من التوصيات أهمها منح القضاء الإداري الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات الإداريّة، بما في ذلك تلك المتعلقة بالعقود الإداريّة لتمكينه من ممارسة رقابته على العملية التحكيمية في عقود الشراكة الدولية الاستثمارية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، القطاع العام، القطاع الخاص، النزاعات، عقود الشراكة

أولاً: مقدمة:

في الآونة الأخيرة، شهد التعاون بين القطاعين العام والخاص اهتمامًا متزايدًا من الحكومات، وذلك في إطار النهج الجديد الذي اعتمدته الحكومات في سياستها الاقتصادية وبرنامجها الإصلاحي. حيث يهدف هذا النهج إلى استثمار مكامن القوة في الاقتصاد، وتحسين النقاط الضعيفة بهدف تحقيق تحول نوعي نحو اقتصاد السوق الاجتماعي وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبشرية يعد أحد أهداف هذا النهج، مما يستدعي من الدول بذل كل الجهود واتخاذ إجراءات فعالة لتعزيز الاستثمار في مختلف القطاعات دون زيادة الأعباء الحكومية أو تأثير سلبي على الميزانية العامة، ودون الحاجة لفرض ضرائب أو رسوم جديدة. ويشدد النهج على أهمية المشاركة الفعّالة والتعاون المستمر لتحقيق تقدم ملحوظ في تنمية الاستثمار في قطاعات مثل السياحة، والطاقة، والمياه، والنقل، وغيرها.

في السياق نفسه، لاحظنا دعمًا متزايدًا في السنوات الأخيرة لدمج القطاع الخاص بفعالية في تمويل وبناء وتشغيل المشاريع الخدمية، نظرًا لعدم قدرة الإنفاق الحكومي بمفرده على إقامة العديد من المشروعات الأساسية والبنية التحتية. تهدف هذه الخطوة إلى تحسين المرافق الأساسية بكفاءة عالية وبتكلفة أقل، وتعزيز النمو الاقتصادي والاجتماعي عبر تنفيذ مشروعات وطنية، مما يسهم في تحسين مستوى المعيشة لكافة فئات المجتمع وتحقيق أهداف التنمية المستدامة (Faccio, 2023).

بالإضافة إلى ذلك، يعد التحكيم وسيلة لفض النزاعات الناجمة عن عقود الاستثمار بين القطاعين العام والخاص. فهذه العقود غالبًا ما تتضمن الإدارة كطرفٍ أساسي مع المستثمر، خاصة المستثمرين الأجانب، في إنشاء أو تشغيل مرافق عامة لتقديم الخدمات للمواطنين (Yas, 2024).

فعقود الاستثمار تندرج وفقا للتكييف القانوني الدقيق لها ضمن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي عالجها المشرع الأردنيّ في قانون مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (19) لسنة 2023 حيث سمح المشرع الأردنيّ في المادة (18) من القانون باللجوء إلى التحكيم في مثل هذا النوع من العقود باعتباره احد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، إلا أن المسألة التي يثيرها البحث هو القانون الواجب التطبيق في التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار كطائفة من طوائف عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

ثانياً: مشكلة الدراسة

تتمثل المشكلة الرئيسة للدراسة في بيان مدى كفاية التشريعات الناظمة لعقود الشراكة الاستثمارية ومدى إمكانية تحقيق التوازن بين المصحة العامة للدولة و المتعاقد مع الإدارة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد أجاز المشرع الأردنيّ في المادة (18) من قانون مشروعات الشراكة بين القطاع العام والخاص رقم (19) لسنة 2023 اللجوء للتحكيم باعتباره إحدى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات،

إلا أن الإشكالية تكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم لا سيما في حال سكوت أطراف التحكيم على الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع، مما يوصلنا إلى نتيجة مفادها ضرورة أن يتناول المشرع الأردنيّ الأحكام المتعلقة بالتحكيم بشكل مفصل ومستقل في قانون التحكيم فيما يتعلق بالعقود الإداريّة الاستثمارية الناجمة عن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ووضع الضوابط التي تنظم اللجوء للتحكيم في هذا النوع من العقود.

ثالثاً: أسئلة الدراسة

تطرح الدراسة عدد من الأسئلة على النحو التالي:

1. ما الطبيعة القانونية لعقود الشراكة الاستثمارية؟
2. ما مدى ملائمة التحكيم لعقود الشراكة الاستثمارية بين القطاع العام والخاص؟
3. ما هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في عقود الشراكة الاستثمارية بين القطاعين العام والخاص؟
4. ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة الاستثمارية بين القطاعين العام والخاص؟

رابعاً أهمية الدراسة

- **الأهمية العملية:** تبرز الأهمية العملية للدراسة من خلال بيانها مدى كفاية التشريعات الناظمة لعقود الشراكة الاستثمارية في الأردن ومدى قدرتها على تحقيق التوازن بين المصلحة العامة للدولة من جهة والمستثمر المتعاقد مع الإدارة من جهة أخرى.
- **الأهمية النظرية:** تتمثل أهمية الدراسة النظرية من خلال تقديمه أدباً نظرياً دقيقاً وشاملاً لمسألة القانون الواجب التطبيق على التحكيم في عقود الشراكة الاستثمارية بين القطاع العام والخاص ومدى موائمة التحكيم مع الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

خامساً: أهداف الدراسة

تسعى الدراسة إلى تحقيق هدف رئيس يتمثل في بيان القانون الواجب التطبيق على التحكيم في عقود الشراكة الاستثمارية بين القطاع العام والخاص، وذلك من خلال بيان الطبيعة القانونية لعقود الشراكة الاستثمارية بين القطاع العام والخاص وموقف المشرع الأردنيّ من هذا النوع من العقود.

سادساً: منهجية الدراسة

يقتضي هذا النوع من الدراسات اللجوء إلى المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وهو الأسلوب الأكثر ملائمة لدراسة هذا النوع فهو وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة وعرض واقع الحال وتحليل مشكلة الدراسة وتقدير الحلول الملائمة لها.

سابعاً: تقسيم الدراسة

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

من الضروري تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لفهم تأثيراتها القانونية ولتحديد السلطة القضائية المختصة في حال وقوع نزاعات. هل تصنف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كعقود إدارية تخضع للقانون الإداري، حيث يقوم القضاء الإداري بفصل المنازعات المتعلقة بها؟ أم تُصنف كعقود خاصة تخضع لقواعد القانون الخاص، حيث يعالج القضاء العادي المنازعات المرتبطة بها بنفس الوزن؟ وللإجابة على هذه التساؤلات، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يوضح موقف الفقه من الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بينما يسلط المطلب الثاني الضوء على تأثير هذا التحديد على السلطة القضائية المختصة والقوانين المطبقة.

المطلب الأول: موقف الفقه من الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

لقد شهد الفقه تبايناً واضحاً فيما يتعلق بتحديد التصنيف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث اختلف الفقهاء بشأن تصنيفها القانوني، بعضهم يرون أنها تندرج تحت فئة العقود الإداريّة، في حين يعتبر جزء آخر منهم أنها تنتمي إلى فئة العقود الخاصة، وهناك جانب ثالث اعتبر هذه العقود ذات طبيعة خاصة تستحق التنظيم المستقل.

وسنقدم فيما يلي تحليلًا تاريخيًا يتتبع الأصول التاريخية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول التي تعتمد نظام القضاء المزدوج والدول التي تتبع نظام القضاء الموحد. كما سنسلط الضوء على أهمية التصنيف القانوني لهذه العقود في سياق الأنظمة القانونية المختلفة، وسنعرض الآراء المتباينة للفقهاء بشأن التصنيف القانوني لهذه العقود، مستعرضين أبرز الحجج التي قدموها لدعم آرائهم.

الفرع الأول: الأصول التاريخية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول القضاء الموحد والقضاء المزدوج

أمام قيود وتعقيدات النظريات العامة للعقود الإداريّة وعجزها عن التكيف مع التطورات في مجال الخدمات العامة، مثل المرافق العامة والبنية التحتية، ظهرت حاجة ماسة إلى نظام تعاقدي جديد يتجاوز هذه الصعوبات ويمنح الإدارة سلطات أوسع في تمويل وتنفيذ وإدارة هذه المشاريع. لتلبية هذه الحاجة، اعتمدت بريطانيا مبادرة مالية خاصة تعرف بـ"PF1" ، والتي تهدف إلى إقامة مشاريع البنية التحتية عبر تفويض الخدمات العامة للقطاع الخاص مقابل رسوم محددة يدفعها المستفيدون أو الحكومة. تقوم هذه

المبادرة على مجموعة من المبادئ الأساسية مثل العدالة، تسريع عمليات التنفيذ، توفير خدمات مرنة، تعزيز الشفافية، توزيع المخاطر بشكل أفضل، وضمان تمويل طويل الأجل. (BrunoDe, 2014)

الفكرة الأساسية للمبادرة المالية الخاصة "PFI" متأثرة بشكل غير مباشر بتجربة فرنسا في عقود امتياز المرافق العامة. يتمثل التشابه بين النظامين في أن كليهما يعتمد على عقود طويلة الأجل لإدارة مرفق عام مقابل رسوم مالية محددة. فالاختلاف الأساسي يكمن في أن البدل المالي الذي يتلقاه المتعاقد في عقود امتياز المرافق العامة يكون مباشرة ناتجًا عن استغلاله للمرفق، بينما يتم تحديد البدل المالي المستلم في عقود "PFI" مقدمًا ويتم دفعه مقابل الخدمات المقدمة وفقًا للأساليب المتفق عليها مع الإدارة.

وبعد دراسة التجربة البريطانية في تبني المبادرة المالية الخاصة "PFI"، اتجهت فرنسا نحو تطوير نظام مشابه يتماشى مع نظامها القضائي المزدوج. في هذا السياق، استحضرت فرنسا عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مستلهمة بشكل كبير من تجارب بريطانيا ومبادرتها "PFI". ورغم وجود أساس فكري مشترك بين النهجين، فإن هناك اختلافات في كيفية التنفيذ ونطاق التطبيق. ففي بريطانيا، تُعتبر مبادرة الـ "PFI" سياسة عامة تطبق على مجموعة واسعة من العقود، مما يتيح استخدامها في مختلف القطاعات والمشاريع العامة. أما في فرنسا، فإن عقود الشراكة لا تتماشى بنفس الطريقة، حيث يتم التعامل مع كل عقد على حدة بناءً على خصوصياته واحتياجاته. وبالتالي، لا يمكن تطبيق نفس النهج العام لجميع العقود كما هو الحال في بريطانيا، بل يجب معالجة كل عقد بشكل فردي وفقًا للظروف الخاصة به. ومن هنا، يتضح أن الاختلاف الرئيس بين النهجين يكمن في طريقة التعامل مع العقود ونطاق تطبيقها. بينما تكيفت مبادرة الـ "PFI" كسياسة عامة قابلة للتطبيق على مجموعة واسعة من العقود في بريطانيا، فإن عقود الشراكة في فرنسا تُعالج على أساس فردي، مما يتطلب مرونة أكبر في التعامل مع تفاصيل كل مشروع. (صلاح الدين، 2012، ص147-149)

ويرى الباحثان أن فرنسا وعلى الرغم أنها مهد القانون الإداري وأنها تتبنى النظام القضائي المزدوج، إلا أنها تسعى إلى الاستفادة من التجارب الناجحة للدول الأخرى وذلك في سبيل تحسين أدائها في مجال إدارة الخدمات العامة، حيث تشير هذه الديناميكية إلى أن التأثيرات بين الأنظمة القانونية ليست بالضرورة مرتبطة فقط بالأسس القضائية، بل تتعلق أيضًا بالاحتياجات العملية والتحديات التي تواجهها الدول في سياقات معينة، لذا تكمن المفارقة في أن الأنظمة القضائية المختلفة يمكن أن تتفاعل وتستفيد من التجارب المشتركة، مما يسهم في تطوير سياسات جديدة تتماشى مع الاحتياجات المحلية، حتى لو كانت تختلف في الأسس القانونية.

الفرع الثاني: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل العقود الإداريّة

يعرف العقد الإداري بأنه "العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإداريّة باعتبارها سلطة رسمية عامة، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام واطراد لتحقيق

مصلحة عامة، ويرتكز على أساليب ووسائل القانون العام وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص" (عبد الهادي، 2015، الصفحات 20-21) وعليه، وبناء على التعريف السابق، فإن العقد لكي يكون إدارياً لا بد أن تتوفر فيه ثلاثة أركان أساسية (الجبوري، 2010، الصفحات 36-55) (عبد الهادي، 2015، الصفحات 317-321).

أولاً: ينبغي أن يكون أحد أطراف العقد الإداري الشخص القانوني الممثل للإدارة أو أحد الأجهزة الإداريّة، ويُفهم هذا الشخص أو الجهاز كوكيل للسلطة العامة وممثل لها في الصفقة.

ثانياً: يجب أن يكون محل العقد أو موضوعه متصلًا بمرفق عام معين. وهذا يعني أن العقد الإداري يندرج ضمن إطار تسيير المرافق العامة بشكل منتظم ومستمر، وذلك لتحقيق الصالح العام وتلبية احتياجات المجتمع. ويعرف المرفق العام بأنه "حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخل الحكومة لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام، سواء أكان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أم لا، أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع إلى إدارتها من الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها، لا فارق بين أن تكون تلك الخدمة تتعلق بنشاطات تجارية أو صناعية أو خلافه". (عدل عليا، 1967/47)

ثالثًا: يجب أن يستند العقد إلى مبادئ القانون العام، حيث لا يكفي وجود جهة إدارية كجزء من العقد ليتم اعتباره إداريًا. إذ يجب أن يحتوي العقد بالإضافة إلى ذلك على شروط وأحكام تتماشى مع أساليب ومبادئ القانون العام. حيث يؤمن أصحاب هذا الاتجاه بأن جميع عناصر العقد الإداري، مثل وجود الدولة أو جهة قانونية عامة كطرف، والهدف من العقد في بناء وإدارة مرافق عامة، يمكن أن توجد في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويشيرون إلى أن هناك شروطًا استثنائية تضاف إلى هذه العقود، مثل تفويض الإدارة للتدخل في تعديلات تنظيمية دون موافقة الطرف الآخر، بناءً على مصلحة عامة محددة، مع الاحتفاظ بحق المتعاقد في التعويض" (الظفيري، 2007، صفحة 61). الإضافة إلى ذلك، يُعتبر مجرد مشاركة المتعاقد في بناء وتشغيل مرفق يقدم خدمات عامة للجمهور كميزة استثنائية غير مألوفة، مما يُعزز طابع العقد بالطابع الإداري. وهذا ما دفع أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بالطبيعة الإداريّة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. مستندين إلى الحجتين التاليتين:

1. تطلع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى إنشاء وإدارة واستغلال مرافق عامة. ولذلك، فإن تطبيق القواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص على هذا النوع من العقود يعتبر غير مناسب. ويعتبر هذا الأمر غير ملائم لأن هذه القواعد تعتمد على تحقيق مساواة بين المصالح الفردية والمصالح العامة، وهو ما قد يؤثر سلبًا على استمرارية واستقرار المرافق العامة في تقديم

الخدمات التي تقدمها، مما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى توقف أو انقطاع تلك الخدمات (الحمود، 2010، صفحة 29).

2. توسعت المهام والصلاحيات الممنوحة للقطاع الخاص في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يتولى الشريك الخاص مهام تشييد وتشغيل واستغلال المرافق العامة. ومع ذلك، لا يقلل هذا التوسع من دور الإدارة في ضمان استمرارية واستقرار المرافق العامة في تقديم خدماتها بانتظام ومن دون انقطاع للجمهور. حيث تقوم الإدارة بمراقبة تنفيذ وتطبيق هذه العقود، مع حقها في الإشراف على المرافق والتدخل عند الضرورة، بما في ذلك تعديل شروط وأحكام العقد أو استرداد المرفق إذا لزم الأمر قبل انتهاء مدته، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة (الحمود، 2010، صفحة 54).

قد تعرض أصحاب هذا الرأي لانتقادات من قبل أولئك الذين يرون أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يجب أن تخضع لقواعد القانون الخاص بدلاً من القانون العام (الحبشي، 2008، صفحة 138)، ويقوم هؤلاء بتأسيس حجتهم على أساس أن هذه العقود لا تتمتع بالخصائص الفريدة للعقود الإداريّة، وبالتالي فهي لا تقبل بشروط استثنائية. ففي سياق التجارة الدولية، يتعين أن تعامل الدولة بنفس القواعد التي يتم التعامل بها مع الأفراد الآخرين، وهو ما يعني أن الإدارة ليست مخولة بشروط استثنائية في عقودها مع الجهات الأجنبية، نظرًا لأن سيادة الدولة محددة داخل حدودها الجغرافية.

ويرى الباحثان أن انتقادات أصحاب هذا الرأي يمكن أن تكون مبررة من حيث إن عقود الشراكة بين القطاعين تتعلق بمصالح عامة وتتطلب مستوى معينًا من الشفافية والمساءلة، مما يجعل تطبيق قواعد القانون العام أمرًا ضروريًا لحماية المصلحة العامة، ومع ذلك فإن حجتهم بأن الإدارة ليست مخولة بشروط استثنائية يمكن أن تؤدي إلى تحديات في سياقات معينة، حيث تحتاج الإدارة إلى بعض المرونة لضمان تنفيذ مشاريع حيوية تتطلب استثمارًا كبيرًا، وهذا الأمر يتطلب توازنًا بين الحفاظ على سيادة الدولة وضمان الامتثال للقواعد الدولية، بالإضافة إلى أهمية مراعاة الخصائص الفريدة لكل نوع من العقود.

الفرع الثالث: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل عقود القانون الخاص

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تُعد عقودًا من القانون الخاص، حيث تخضع لسلطة إرادة الطرفين ولمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي يجب تطبيق أحكام وقواعد القانون الخاص عليها، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي، وليس القضاء الإداري. ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج والأسانيد التالية:

1. يتفق الفقهاء والقضاة على أن للعقود الإداريّة ثلاثة أركان أساسية يجب توافرها لكي تكتسب هذه الصفة. أولاً، يجب أن تكون الإدارة أو أحد أجهزتها القانونية طرفاً في العقد. ثانياً، يجب أن يكون

موضوع العقد متعلقاً بمرفق عام. وثالثاً، ينبغي أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة. يرى أصحاب هذا الرأي أن الركن الثالث من تمييز العقود الإداريّة لا يظهر في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث تبرم الجهة الحكومية هذه العقود مع القطاع الخاص كما لو كانت فرداً عادياً. وهذا يتطلب من الإدارة أن تتعامل بمساواة مع المتعاقد معها. ويشير أنصار هذا الرأي إلى أن الجهة الحكومية، على الرغم من أنها قد تحتوي على شروط استثنائية في عقودها الداخلية، إلا أنها لا تستطيع تطبيق هذه الشروط على المتعاقد الأجنبي، حيث تقتصر سلطاتها على النطاق الجغرافي للدولة. كما أن متطلبات التجارة الدولية تقتضي أيضاً أن تتعامل الدولة مع المتعاقدين بمثلية وعلى قدم المساواة وتتجنب أساليب القانون العام، وذلك من أجل تحقيق مصالحها الاقتصادية. ففي حالة إصرار الجهة الحكومية على سلطاتها التعاقدية، قد تقوض بذلك العلاقات التعاقدية مع المتعاقد الأجنبي (الحبشي، 2008، صفحة 31) (ناصيف، 2006، صفحة 139).

2. الاعتقاد بأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لها طابع إداري يثير جدلاً واسعاً، خاصة في ضوء سياسات تشجيع الاستثمار. بحيث يُعتبر هذا الاتجاه متناقضاً مع السياسات التي تهدف إلى جذب المستثمرين، إذ يمكن أن يثير تصنيف هذه العقود كعقود إدارية قلق المستثمرين ويثير مخاوفهم، مما يدفعهم لتجنب استثمار أموالهم في تلك البلدان. لذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الدولة يجب أن تتخلى عن القواعد والأحكام القانونية العامة وتلجأ بدلاً من ذلك إلى تطبيق القوانين الخاصة لتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي، وذلك من خلال توفير بيئة استثمارية أكثر جاذبية ومرونة. هذا النهج يمكن أن يساهم في زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية والوطنية، وبالتالي يعزز النمو الاقتصادي ويخلق فرص عمل جديدة (الحبشي، 2008، صفحة 32).

1. اعتبار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقود إدارية يتعارض مع مفهوم ملكية الشريك الخاص للمشروع. بعض عقود الشراكة تمنح الشريك الخاص ملكية تامة للمشروع، في حين لا تتمتع بهذا الحق في العقود التي تخضع لقواعد القانون العام، حيث يكون المشروع مملوكًا للجهة الحكومية (ناصيف، 2006، صفحة 139).
2. عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام، باستثناء بعض القوانين التي تتناول بعض الجوانب الفرعية المتعلقة بمشاريع البنية التحتية المحددة المراد تمويلها. حيث يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة في هذه العقود، وهذه المبادئ تستند إلى القوانين المدنية، حيث تُعتبر المبادئ العامة المنصوص عليها في القوانين المدنية الأساس القانوني لكافة فروع القانون الخاص.(رمضان، 2011، ص23)

هذا الرأي، في الواقع، تعرض لانتقادات من جانب الاتجاه الذي يعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الإداريّة (الحمود، 2010، صفحة 52)، يقول هذا الاتجاه إن القول بأن الدولة لا تملك الحق في تطبيق شروط استثنائية على المتعاقد الأجنبي، لأن ذلك يخرج عن نطاق السيادة الجغرافية للدولة، يُعتبر غير دقيق، لأن كل مشاريع الشراكة تنشأ على أراضي الدولة لخدمة مصلحة عامة لمواطنيها.

كما أن تضمين العقد شروطا استثنائية لا يعني أبدًا سلب حقوق المتعاقد مع الإدارة، بل يظهر أن عقود الشراكة تضمن للشريك الخاص كافة حقوقه التعاقدية. والتمسك بهذا الرأي يمنع تدخل الإدارة لتعديل شروط العقد، مما يعرقل السير الطبيعي للمرافق العامة (الحمود، 2010، صفحة 52).

بالإضافة إلى ذلك، فإن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يمكن أن تُصنف كعقود مدنية، نظرًا لتعلقها في تسيير مرافق عامة ولوجود أحكام غير مألوفة في القانون العادي.

وأخيرًا، أصبحت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أكثر العقود أهمية وشهرة في جميع أنحاء العالم. لقد أصبح لها إطار قانوني وأساسي معروف لدى المستثمرين في مختلف القطاعات، ولم يعد لديهم أي تخوف من الاستثمار في هذا النطاق، خاصة مع وجود تشريعات متخصصة تنظم هذه العقود، مما أدى إلى استبعاد الرأي الذي يعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقودًا مدنية.

الفرع الرابع: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقود ذات طبيعة خاصة

يميل جانب من الفقهاء (العبادي، 2013، الصفحات 201–202) فيما يتعلق بطبيعة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى اتخاذ موقف وسط بين الفقهاء الذين يذهبون إلى اعتبار هذه العقود من فئة العقود الإداريّة، والفقهاء الذين يتجهون إلى اعتبارها من فئة العقود الخاصة. حيث يرى أصحاب هذا الموقف أن من الصعب تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود مسبقًا، وبدلاً من ذلك، ينبغي تقييم كل عقد على حدة لتحديد طبيعته القانونية.

بناءً على هذا المنظور، قد تتبنى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص سمات العقود الإداريّة أو العقود المدنية وفقًا لشروط وأحكام كل عقد بشكل فردي. ويعتمد هذا الاتجاه على النظر في مواد العقد وشروطه لتحديد الإطار القانوني الذي يندرج تحته كل عقد. ويستند أصحاب هذا الموقف إلى حجتين رئيستين في دعم وجهة نظره:

1. عقود الشراكة تعتبر من العقود الحديثة والمعقدة التي تشمل مجموعة واسعة من العناصر التعاقدية المختلفة. وتتنوع هذه العناصر بما في ذلك ملكية الأرض المخصصة للمشروع، وكيفية إعادة المشروع إلى السلطات العامة بعد انتهاء فترة الشراكة، والرسوم والمدفوعات المالية المتعلقة بالمشروع، وحقوق الطرفين فيما يتعلق بالاستفادة من العائدات، وغيرها من الجوانب القانونية والمالية التي تتغير باختلاف مراحل العقد، ونظرًا لتعقيد هذه العناصر وتنوعها، يصعب وضع تكييف قانوني

عام ينطبق على جميع عقود الشراكة. بدلاً من ذلك، يتطلب كل عقد تكييفًا خاصًا يتماشى مع ظروفه الفريدة ومتطلباته الخاصة، وذلك باعتبار عناصر العقد وشروطه بشكل دقيق. إذ يجب أن يكون التكييف القانوني للعقد متسقًا مع طبيعة العلاقة القانونية التي تنص عليها العقد، ويكشف عن جوهره وخصوصيته التي تميزه عن غيره من عقود الشراكة. (الشرايعة، 2015، ص22)

2. عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتمتع بسماتها الفريدة التي تميزها عن غيرها من العقود الإداريّة. وبدلاً من أن تكون عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مبنية على نمط عقود امتياز المرافق العامة التقليدية، فإنها تبرم بعد جولات من المفاوضات بين الجهة الحكومية والشريك الخاص. وتجدر الإشارة إلى أن العديد من القواعد التقليدية التي كانت تسيطر على عقود امتياز المرافق العامة قد تم تحديثها في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. فعلى سبيل المثال، أصبح تمويل المشروع يتم من القطاع الخاص، وملكية الأرض غالبًا ما تكون للشريك الخاص. هذا التحول يجعل من الصعب تطبيق تكييف محدد وثابت لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، نظرًا لتعقيد العناصر والظروف المتغيرة التي تحكمها. (الشرايعة، 2015، ص22)

وبالرغم من الانقسام الحاصل في آراء الفقهاء بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، فإننا نميل نحو تفضيل الجانب الذي يرى طبيعتها الإداريّة. وذلك باعتبار أنها تمثل إحدى النماذج الحديثة لعقود التزام المرافق العامة، وقد خرجت إلى الوجود نتيجة التطورات والتحديثات التي أُدخلت على عقود التزام المرافق العامة لتواكب احتياجات العصر الحديث.

فعلى الرغم من أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تنطلق من جوهر عقود الامتياز المنصوص عليها في المادة (117) من الدستور الأردنيّ، إلا أنها تختلف عنها في جوانب عديدة. فعقود التزام المرافق العامة، تصدر فقط بقانون، ولا يمكن للإدارة تعديلها إلا بموافقة المتعاقد والسلطة التشريعية. بينما في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يخضع اختيار المتعاقد مع الإدارة للعديد من القيود والإجراءات المنصوص عليها في نظام مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ.

على صعيد آخر، تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بسماتها الفريدة التي تميزها عن غيرها من العقود الإداريّة. فعلى الرغم من أن عقود التزام المرافق العامة تتبع نموذجًا تقليديًا يتضمن سلطات ثابتة للإدارة، إلا أن الحال في الأردن تتميز بالاختلاف إلى حد ما. ففي الأردن، تكون سلطات الإدارة في تعديل بنود العقد وإنهائه مقيدة بالحصول على موافقة المتعاقد والسلطة التشريعية، نظرًا لأنه يجب أن تصدر هذه العقود بموجب قانون وفقًا لأحكام المادة (117) من الدستور الأردنيّ.

بالإضافة إلى ذلك، يشار إلى أن معظم المؤيدين للنظرية المدنية والخاصة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد قدموا آرائهم وحججهم في غياب تنظيم تشريعي خاص يتعامل مع أحكام هذه

العقود. وقتها، لم تكن هذه العقود قد تمت صياغتها بشكل نهائي أو وضع إطار قانوني كامل لها بعد. مع ظهور التشريعات الخاصة التي تنظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يجب الآن إعادة النظر في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود بناءً على هذه التشريعات الجديدة. عند النظر إلى خطة المشرع الأردنيّ، يُلاحظ أنه أكد بوضوح على الطبيعة الإداريّة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث تم توضيح معظم سمات هذه الطبيعة في النص بشكل صريح، حيث عرفت المادة الثانية من قانون مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ رقم (19) لسنة 2023 العقد بأنه "اتفاق الشراكة الذي يُبرم بين الجهة الحكومية وأي من جهات القطاع الخاص، والذي تُحدد فيه الشروط والأحكام والإجراءات وحقوق والتزامات الطرفين وفقًا لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه". كما عرفت المادة ذاتها الجهة الحكومية بأنها "أي وزارة أو دائرة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو هيئة أو مجلس أو سلطة أو بلدية أو شركة مملوكة بالكامل للحكومة أو التي تساهم فيها بنسبة لا تقل عن 50%". وعليه يكون أول أركان العقد الإداري المتمثل في أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد، قد توفر. بالنظر إلى الجانب الآخر، فيما يتعلق بالركن الثاني من أركان العقد الإداري الذي يتمحور حول الارتباط بالمرفق العام، أكد المشرع الأردنيّ بوضوح هذا الارتباط عندما عرف مشروع الشراكة في المادة الثانية من قانون مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ رقم (19) لسنة 2023 فقد وضع تعريفاً للشراكة كنشاط يهدف إلى تقديم خدمة عامة ذات أثر اقتصادي أو اجتماعي أو خدمي، أو تحسين خدمة عامة من خلال خفض تكاليفها أو زيادة كفاءتها، وذلك مع تقاسم وتوزيع المخاطر والفرص، ويكون ذلك تحت إشراف الجهة المتعاقدة ومسؤوليتها. وبناءً على هذا التعريف، يتضح أن هذا الركن يتوافر في عقود الشراكة أيضًا.

أما بالنسبة للركن الثالث من أركان العقد الإداري الذي يتعلق بتضمين شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإنه من المهم ملاحظة أن هذا النوع من الشروط يشكل جزءًا أساسيًا من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإنه يمكن لنا أن نستخلص ذلك من خلال ما جاء في المادة (59) من نظام مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ رقم (19) لسنة (2023)، التي نصت على أنه يجب أن يتضمن عقد الشراكة البنود الأساسية التي تحكم مشروع الشراكة وتنظم العلاقة بين أطرافه وتحديد حقوقهم والتزاماتهم بما في ذلك ما يلي: (ك) كيفية إجراء التعديلات على شروط العقد بعد التوقيع عليه. (ي) الحالات التي يحق فيها للجهة المتعاقدة إنهاء العقد بشكل منفرد والالتزامات المالية الناجمة عن ذلك (س) الإشراف المالي والفني والإداري على مشروع الشراكة ومنهجية مراقبة مراحله المتعددة ومتابعة تنفيذها ومتطلبات إعداد التقارير المتعلقة بأنشطة الرقابة وتحديد الجهة التي ستتحمل تكاليف الرقابة".

وبنظره لنص المادة السابقة، يتبيّن للباحثين أن المشرع الأردنيّ كان ملتزمًا بضرورة تضمين عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بنود تمنح الإدارة سلطة الرقابة والإشراف، وأخرى تمنحها سلطة التعديل

في بنود العقد، بالإضافة إلى بنود تمنح هذه الأخيرة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، مما يؤكد على الطبيعة الإداريّة لهذه العقود. وفي تأكيد لهذا الأمر، قد منح المشرع الأردنيّ الجهة المتعاقدة سلطة تقديرية في إلغاء عطاء مشروع الشراكة في حال توافر أي من الحالات الثلاث التالية: الأولى تتعلق بمصلحة عامة، حيث يمكن للجهة المتعاقدة إصدار قرار بإلغاء العطاء إذا استدعت المصلحة العامة ذلك. أما الثانية، فتتعلق بعدم تحقق متطلبات القيمة المضافة مقابل المال. أما الثالثة، فتنطوي على الحالات التي لا يقدم فيها إلا متقدم واحد للعطاء، ويمكن إلغاؤه بقرار من الجهة المتعاقدة بناء على توصية من الوحدة وموافقة المجلس، في أي وقت، دون أن يكون للمتقدمين حق في المطالبة بتعويضات عن الأضرار الناتجة عن الإلغاء قبل توقيع العقد (المادة 41، من نظام مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (9) لسنة 2024). وبمفهوم المخالفة لنص المادة السابق. فإننا نجد أن الإدارة ملزمة بتعويض المتقدم للعطاء في الأحوال التي يتم فيها إلغاء العطاء من دون تحقق إحدى الحالات الثلاث التي أوردها المشرع الأردنيّ، أو في حال تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها التقديرية بالإنهاء. وفي جميع الأحوال فإن قرار الجهة المتعاقدة بإلغاء العطاء يعتبر من القرارات الإداريّة التي تخضع لرقابة القضاء الإداري سندًا لنص الفقرة (أ) من المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري الأردنيّ رقم (27) لسنة 2014.

ويُلاحظ الباحثان أن المشرع الأردنيّ منح الجهة الإداريّة الحق في إلغاء العطاء في حال تحقق إحدى الحالات المعينة يبرز وجود أهمية لهذه الحالات في تحقيق الصالح العام. يظهر من خلال النظر في هذه الحالات أن الهدف الرئيس هو تعزيز مصلحة المجتمع بشكل عام. فقد يحدث تغير في الأولويات للجهة الإداريّة بعد طرح العطاء، حيث تتحول اهتماماتها نحو مشروع آخر يُعتبر أكثر أهمية ويمكنه تلبية احتياجات المجتمع بشكل أفضل. كما قد تواجه الإدارة مواقف تجعلها تتردد في تنفيذ المشروع، سواء بسبب الأوضاع الاقتصادية المعقدة أو الضغوط السياسية، أو ربما لعدم رؤية الفائدة من استمرار المشروع. فبعض الحالات يمكن أن تكون بناءً على عدم قدرة الشريك الخاص على تحقيق قيمة مضافة، مما يعني عدم قدرته على تحقيق عائد اقتصادي إضافي خلال فترة تنفيذ المشروع، سواء من حيث التكلفة والسعر والجودة، أو نقل المخاطر، أو التوازن بينها، أو في الحالات التي يتجاوز فيها عدد المتقدمين القليل مرحلة التأهيل الأولية. بناءً على ذلك، فإن إلغاء العطاء يكون مناسبًا وضروريًا لتحقيق مصلحة المجتمع بشكل أفضل وفقًا لمقتضيات الصالح العام .

المطلب الثاني: آثار تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

سبق لنا في المطلب السابق تسليط الضوء على الاتجاهات الفقهية المتعلقة بتحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وقد توصلنا إلى استنتاج يفيد بأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتمتع بكافة ملامح وأحكام العقود الإداريّة.

وكما أشرنا سابقاً إلى أهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، إما كونها عقود إدارية أو مدنية، باعتبار ذلك يحدد النظام القانوني المطبق عليها والمحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عنها. وبناءً على ذلك، فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الأول يتناول القضاء المختص بنظر النزاعات المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بينما يتناول الفرع الثاني القانون المطبق على هذه النزاعات.

الفرع الأول: القضاء المختص

تظهر تأثيرات تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بشكل واضح في الدول التي تعتمد نظام القضاء المزدوج، حيث يوجد قضاء عادي يُعنى بالمنازعات القانونية العامة وقضاء إداري يختص بالمنازعات ذات الطابع الإداري، بما في ذلك المنازعات المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وتأتي فرنسا في مقدمة هذه الدول التي تطبق هذا النظام. على الجانب المقابل، لا تأخذ الدول التي تتبنى نظام القضاء الموحد، مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، في اعتبارها تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بنفس الأهمية، حيث لا يوجد تمييز قانوني بين القواعد المطبقة على الأفراد العاديين وتلك المطبقة على الإدارة. وبناءً على ذلك، سنتناول في هذا السياق الجهة القضائية المعنية بنظر النزاعات المتعلقة بعقود الشراكة في الدول التي تتبنى نظام القضاء المزدوج بشكل أساسي.

يمكن للمتتبع لمجلس الدولة الفرنسي ودوره الفاعل في تطور نظريات القانون الإداري أن يشير إلى أن نظرية العقود الإداريّة لم تظهر في فرنسا إلا في مرحلة متأخرة. ففي السابق، كان المعيار المتبع في فرنسا لتقسيم الاختصاص بين السلطة القضائية العادية والإداريّة يستند إلى مبدأ السيادة أو السلطة. وبناءً على هذا المبدأ، كانت مهمة القضاء الإداري تقتصر على فصل المنازعات المتعلقة بالأعمال التي تقوم بها الإدارة بصفتها ذات سلطة وسيادة، بما في ذلك النزاعات المتعلقة بالعقود الإداريّة. في هذا السياق، تغيّر الوضع في بداية القرن العشرين، خاصة بعد حكم تيريه الصادر عام 1903، الذي شكّل الأساس لفكرة العقود الإداريّة، وقد جاء فيه "إن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أم محلية... فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإداريّة بطبيعتها، ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات" (السويلميين، 2015، صفحة 181).

في الأردن، وعلى خلاف الوضع في فرنسا، ليس تحديد طبيعة العقد، سواء كان إداريًا أم مدنيا، ذا أهمية بالغة في ضوء النظام القانوني، حيث يكون اختصاص للقضاء المدني في معالجة منازعات العقود الإداريّة، وذلك بموجب المادة (5) من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014. وتحدد هذه المادة اختصاصات المحكمة الإداريّة بشكل دقيق دون تضمين المنازعات المتعلقة بالعقود الإداريّة. وعلى الرغم من حداثة هذا

القانون، إلا أنه يتبع نهجاً مماثلاً لقانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992، الذي لم يمنح محكمة العدل العليا صلاحيات نظر النزاعات المتعلقة بالعقود الإداريّة. ويلاحظ أن القضاء الأردنيّ يعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإداريّة وبنظامها القانوني المرتبط بإدارة المرافق العامة، إلا أن الاختصاص بنظر النزاعات المنبثقة عن هذه العقود يكون في صفوف القضاء العادي.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق

تقوم الدولة بتوقيع العديد من العقود لتنفيذ أنشطتها وتقديم خدماتها. ورغم أن هذه العقود في الماضي كانت تندرج تحت مفهوم العقود الخاصة التي يبرمها الأفراد، وتخضع لأحكام القانون المدني، إلا أنه بعد تأسيس القضاء الإداري كنظام مواز، أصبحت هناك حاجة ملحة لتحديد معيار يفصل بين العقود الإداريّة التي تبرمها الدولة أو أجهزتها المختلفة، وتخضع لأحكام القانون الإداري، وبين العقود التي يبرمها الأفراد العاديون بينهم، أو التي تبرمها الدولة وهي في موقع الفرد العادي، حيث تتخلى عن أساليب وامتيازات السلطة العامة، وتخضع لأحكام القانون المدني.

ونلاحظ في آراء الفقهاء في هذا المجال أن هناك اتجاهًا نحو ضرورة تطبيق أحكام ومبادئ القانون الإداري على العقود التي تقوم الإدارة بتوقيعها لتسيير مرافق عامة أو تنظيمها، حيث يتبع هذا الاتجاه منهج القانون العام بإدراج شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص (شرق، 2002، صفحة 939). بالمقابل تختلف العقود الإداريّة التي تتبع فيها الإدارة منهجية الأفراد العاديين عن العقود الإداريّة التي تتخذ من الإدارة موقفًا مماثلًا للأفراد العاديين عند توقيعها، حيث تُبرم العقود الإداريّة من النوع الأول بمظهر يُشبه عقود الأفراد العاديين، وتتدخل فيها الإدارة عن بعض السلطات والامتيازات العامة، وتخضع لأحكام القانون الخاص. وفي هذا السياق، يهمنا فقط النوع الأول من العقود الإداريّة حيث تندرج عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تحت هذا النوع.

بناءً على ذلك، يجب تطبيق قواعد ومبادئ القانون الإداري على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بما في ذلك تلك القواعد التي تنظم سلطات الإدارة في الدولة ونشاطها كسلطات عامة، وذلك وفقاً للأصل العام في القانون (راضي، 2005، صفحة 12)، وتوجد مجموعة من المبادئ التي نشأت في سياق القضاء الإداري، حيث كشف مجلس الدولة الفرنسي عن العديد من النظريات والمبادئ الأساسية التي تشكل جوهر القانون الإداري، حيث اعتمد القضاء الإداري في العديد من أحكامه على هذه المبادئ، حتى أصبح الدور المنوط بالمشرع في كثير من الأحيان مقتصرًا على تسجيل ما وصل إليه القضاء الإداري من أحكام، وعلى الرغم من ذلك، يتمسك القضاء بأداء مهامه وابتكار مبادئ وقواعد القانون الإداري دون تعارض مع

النصوص التشريعية السائدة، إذ يعتبر القضاء تعبيرًا عن إرادة مفترضة للمشرع، ولكنه يلتزم بتطبيق النصوص التشريعية عندما تتضح إرادة القانون بشكل واضح.

وتجدر الإشارة إلى أنه وبتاريخ 2014، أصدر المشرع الأردنيّ قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (31) لسنة 2014، وصولاً لإصدار قانون مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (19) لسنة 2023 وتبعا لذلك صدر نظام مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (9) لسنة 2024 والذي يحاول من خلالهم المشرع الأردنيّ وضع إطار تفصيلي متكامل لتنفيذ أحكام قانون الشراكة، وآلية عمل الأجهزة التي تم إنشاؤها بموجبه، والإجراءات القانونية التي تحيط بإبرام عقود الشراكة في الأردن.

وختامًا، ينبغي التأكيد على أن انطباق قواعد ومبادئ القانون الإداري على المنازعات المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يعني فصل هذه العقود تمامًا عن القانون المدني. فالقانون المدني يظل الشريعة العامة التي تنظم جميع التصرفات والعقود، وهو يحظى بالاحترام حتى في سياق العقود الإداريّة. لذلك، يحق للقاضي الإداري تطبيق القواعد المدنية التي تتلاءم مع الروابط القانونية الناشئة في مجال القانون العام بين الإدارة والأفراد، ويمكنه طرحها جانباً إن كانت غير متوافقة مع تلك الروابط. كما يمكنه تطويرها لتحقيق هذا التوافق دون أي لوم، حيث تظل الأركان العامة للعقود ضرورية في هذا السياق، مما يبرز أهمية التوازن بين القواعد الإداريّة والمدنية في مجال العقود الإداريّة.

ويرى الباحثان في هذا السياق بأنه إذا قرر القاضي الإداري تطبيق أحكام القانون المدني على العقود الإداريّة، فإن ذلك قد يؤدي ذلك إلى إهدار الخصائص الفريدة للعقود الإداريّة، ذلك أن استخدام أحكام القانون المدني قد يقيد السلطة التقديرية للإدارة ويقلل من قدرتها على تحقيق الأهداف العامة، إلا أنه ومن جهة أخرى يُعتبر من الضروري أن يظل القاضي الإداري متماسكًا في تطبيقه للقواعد القانونية، ولكنه يجب أن يراعي أيضًا الخصائص الخاصة للعقود الإداريّة، لذا يمكن القول إن القاضي الإداري يحتاج إلى تحقيق توازن بين احترام قواعد القانون المدني والحفاظ على الخصوصية والمرونة التي تتطلبها العقود الإداريّة، لذلك ينبغي أن يكون تطبيق أحكام القانون المدني مدروسًا بعناية، بحيث لا يُهدَر جوهر القضاء الإداري أو يؤثر سلبًا على فعالية الإدارة في تنفيذ مشاريعها.

المبحث الثاني: القواعد القانونية المنظمة لإجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة الاستثمارية

بناءً على طبيعة العقود الإداريّة الاستثمارية، وبالنظر إلى أن التحكيم يُعتبر وسيلة مهمة في فض المنازعات المتعلقة بعقود القانون الخاص، يُمكن استخدامه في منازعات العقود الإداريّة ذات الطابع الاستثماري، وبالرغم من أن نظام التحكيم قد يكون أقل مرونة في بعض الحالات مقارنة بالإجراءات القضائية، وعلى الرغم من أن سلطة القاضي الإداري في المنازعات الإداريّة تُعتبر أوسع من سلطة القاضي

العادي، إلا أن أهمية القرارات الصادرة عن المحكمين في التحكيم لا تقل أهمية عن القرارات الصادرة عن القاضي العادي، حيث تقوم سلطتهم على اتفاق الأطراف وموافقتهم (المحروقي، 2005).

وما يميز التحكيم كقضاء خاص هو ضرورة وجود أصول إجرائية تتناسب مع هذا النوع من القضاء، وهذا يستثني تطبيق أصول المحاكمات العادية التي قد لا تكون ملائمة لهذا السياق. ومع هذا، يجب أن يكون هناك احترام للمبادئ الأساسية في التقاضي، والتي تعتبر جزءًا من النظام العام، والتي يجب الالتزام بها في جميع الظروف. (خليل، 2003، ص90)

ونظرًا لتعقيدات إجراءات التقاضي، التي قد تكون غير واضحة بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي قد لا يكون على دراية بالقوانين الوطنية، وخاصة في ظل التنوع في الأنظمة القضائية والقانونية حول العالم، كما يمكن أن يؤدي ذلك إلى تضييع الوقت وفرصة الوصول إلى المحكمة المختصة بدعواه. بالإضافة إلى ذلك، قد تتعارض سرعة الفصل في مثل هذه المنازعات مع بطء وطول الإجراءات، لذا يظهر التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات نظراً لما يتميز به من وضوح وسرعة .

المطلب الأول: القواعد القانونية المنظمة لتشكيل واختصاصات هيئة التحكيم

وسنتناول في هذا المطلب تشكيل هيئة التحكيم واختصاص هيئة التحكيم وذلك في إطار الحديث عن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإداريّة الاستثمارية .

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم

يعرف المحكم بأنه " الشخص الذي يتولى سلطة الفصل في نزاع قائم أو أكثر وفقا لاختيار الأطراف له بناء على ثقتهم فيه "(علي، 2009، ص74) ويعرف كذلك بأنه" شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة بينهم، وقد يتم تعينه من جانب المحكمة في الحالات المقررة إذا كان التشريع يجيز ذلك" (أبو الوفا، 1988).

وقد توسع البعض في تعريف المحكم بقولهم إن المحكم هو "الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الاتفاق على التحكيم، أو بمقتضى اتفاق مستقل؛ بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت معدود، وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه" (عبد التواب، 2009، صفحة 147) والمحكم في هذا السياق يشغل دور القاضي، لكنه يعتبر قاضيًا خاصًا، حيث يكتسب قراره حجية الحكم المقضي به ولكنها حجية خاصة؛ كما انه يعد المركز الأساسي الذي تدور حوله الخصومة التحكيمية. ويعتمد نجاح عملية التحكيم وصحة الحكم الصادر عليه على دقة وكفاءة المحكم، وتعتمد فعالية أدائه على مؤهلاته وخبراته. إذ يتولى المحكم إدارة الخصومة التحكيمية، ولا يقتصر دوره على الجانب القانوني فحسب، بل يتطلب أيضًا فهمًا عميقًا للمجالات التقنية ذات الصلة. (شعيب، 2015، ص268).

وفي حديثنا عن تشكيل هيئة التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الشراكة الاستثمارية، سنشير أولا إلى إرادة الأطراف في تعيين المحكمين، ثم إلى التزام الأطراف بتعيين المحكمين .

1. إرادة الأطراف في تعيين المحكمين

الأصل أن يقوم أطراف التحكيم باختيار المحكمين، وقد أشار قانون التحكيم الأردنيّ رقم (31) لسنة (2001) وتعديلاته، إلى هذه المسألة في المادة (41) من القانون، وإذا لم يتفقا على عدد المحكمين، كان العدد ثلاثة، وقد أوجب المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة أن يكون عدد المحكمين وتراً تحت طائلة اعتبار التحكيم باطلاً، ثم أورد في المادة (15) من القانون الشروط الواجب توافرها في المحكم، من حيث لزوم أن لا يكون قاصراً، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه اعتباره .

كما تناولت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردنيّ جواز الاتفاق على التحكيم لكل من الشخص الطبيعي والاعتباري، في اكتفت المادة (15) من هذا القانون بإيراد الشروط المتعلقة بأهلية المحكم وكفاءته،

وهي شروط يمكن أن تنطبق على الشخص الطبيعي والمعنوي في آن واحد وخصوصاً فما يتعلق بشهر الإفلاس.

في الساحة الدولية، أظهرت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 اهتمامًا خاصًا بتشكيل هيئات التحكيم، حيث تناولت التفاصيل بدقة لتجاوز العقبات التي كانت تواجه تشكيل تلك الهيئات. وقد تم ذلك سواء في سياق التحكيم العرضي، حيث كانت الإجراءات التحكيمية تواجه بعض الصعوبات، خصوصا في عقود الاستثمار الدولية حيث تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا متعاقدا فيها، أو في سياق التحكيم المؤسسي الذي يتعلق بالتحكيم الدولي. (حزبون، 2006، ص542-545)

فمن حيث تسمية المحكمين أجازت الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، إذ بينت الفقرة الثانية من المادة (37) كيفية تشكيل هيئة التحكيم بقولها " تتكون الهيئة من شخص واحد أو من أي عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب اتفاق الأطراف، وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم تتكون الهيئة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكم والثالث الذي يكون رئيسا للهيئة يعين باتفاق الأطراف ."

من جانبها، منحت الاتفاقية الأطراف حرية كبيرة في اختيار المحكمين وتحديد عددهم ومصادر ترشيحهم. بحيث يمكن للأطراف اختيار المحكمين من بين القوائم المعدة مسبقًا من قبل المركز أو غيره، والقيود الوحيدة هي أن يكون عدد المحكمين فرديًا وأن تكون أغلبية المحكمين من رعايا دول أخرى غير الدولة الطرف في النزاع (المواد (37) و (39) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965)

وقد اتخذ المشرع الأردنيّ خطوة صائبة بعدم اشتراط جنسية محددة للمحكمين، وفقًا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون التحكيم. إذ يُعتبر التحكيم نظامًا منفصلاً عن القضاء الوطني، فهما يختلفان على الرغم أن كل منهما يصدر قرارات نهائية ذات حجية. ويعتمد هذا النهج على توجهات الأونسيترال، التي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة لسنة 1985 وتعديلاته، حيث جاء في المادة (11) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي على: "لا يمنع أي شخص من العمل كمحكم بسبب جنسيته مالم يتفق الطرفان على غير ذلك"، والجدير بالذكر في هذا المقام أن قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام (2010) لم تشر لهذا النص، وتركت أحكام تشكيل هيئة التحكيم دون هذا الاستثناء، إذ لم تورد ما يتعلق بجنسية المحكمين من ضمنها .

وبالعودة إلى اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، نجد أن المادة (14) منها تضمنت الشروط الواجب توافرها في المحكمين وعلى النحو التالي: - 1 " يجب أن يكون الأشخاص الذين يعينون بالقوائم من ذوي الأخلاق العالية، والكفاءة المعتبرة في ميادين القانون أو التجارة أو الصناعة، أو المال، ويمكن الاعتماد عليهم لممارسة حكم مستقل، وتكون للكفاءة في مجال القانون أهمية خاصة بالنسبة للأشخاص

الذين يعينون بالقائمة أو المحكمين بقائمة المحكمين 2- يراعي الرئيس فضلا عن اختيار من يعينهم بالقوائم أهمية ضمان تمثيل النظم القانونية الرئيسة في العالم، وكذلك الأشكال الهامة المختلفة للنشاط الاقتصادي ."

كما أوجبت قواعد الأونسيترال وفقاً لصيغتها المنقحة الجديدة لسنة(2010) ، في المادة السادسة منها أن " تراعي سلطة التعيين الاعتبارات التي يرجح أن تكفل تعيين محكم مستقل ومحايد"، وشددت هذه القواعد على المسائل التي تتعلق بنزاهة المحكم في المادة (11) بقولها" عند مفاتحة شخص ما بشأن احتمالية تعيينه محكما، يفصح ذلك الشخص عن أي ظروف يحتمل أن تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حياده واستقلاليته، ويفصح المحكم، منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم للأطراف ولسائر المحكمين دون إبطاء، عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن أعلمهم بهذا من قبل، مما يعني أن يكون المحكم، محايدا ومستقلا، وأن لا يكون له صلة أو مصلحة بينه وبين أحد الخصوم، تكون خفية على الخصم الآخر، وألا تقوم ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته، أو استقلاله، (شعيب، 2015، ص278) وهذا يشابه جزئياً ما نصت عليه الفقرة (أ) من النموذجي المادة (17) من قانون التحكيم الأردنيّ والتي جاء فيها " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله.

وينبغي التأكيد في النهاية على أن مسألة الكفاءة والتخصصية لم ترد كشروط يجب مراعاتها في شخصية المحكم وفقا لأحكام قانون التحكيم الأردنيّ – إلا إذا تم النص على هذه المسألة صراحة في اتفاق التحكيم، وعلى النقيض تماماً ما جاءت به اتفاقية واشنطن وفقاً لأحكام المادة (14) منها. كما تجدر الإشارة إلى أن مسألة الرد مختلفة تماما ما بين القانون الأردنيّ وقانون الأونسيترال، على اعتبار أن قانون الاونسيترال هو قانون غير ملزم للدول وإن كان القانون الأردنيّ قد تأثر في غالبية أحكامها بما جاء فيه ولكن هناك بعض مسائل لم تأخذ بها، وبالرجوع لفكرة الرد مثلا فإن قوام الرد هي المساس بفكرة الحياد والاستقلال الواجب مراعاتها من قبل المحكم طوال فترة نظر النزاع وفقا لحكم المادة (15/ج) من قانون التحكيم، ويرى الباحثان أن مسالة المؤهلات وعدم مراعاتها في شخص المحكم قد يكون عيب يصيب الهيئة في تشكيلها تكون معالجته من خلال طلب بطلان الحكم التحكيمي سندا لحكام المادة (49/أ/ 5) والتي جاء فيها" اذا تم تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون او لاتفاق الطرفين "

2. الالتزام بتعيين المحكمين

عمومًا، أولى المراحل هي مرحلة تشكيل هيئة التحكيم، وباكتمال تشكيل الهيئة التحكيمية والذي يكون بقبول رئيس الهيئة لمهمته التحكيمية تبدأ إجراءات التحكيم عملاً بأحكام المادة (26) من قانون التحكيم، ينبغي أن يتزامن اختيار المحكمين مع الاتفاق على بدء إجراءات التحكيم كقاعدة عامة، وقد يتفق الأطراف على وقت اخر لبدء إجراءات حيث يجب أن يتضمن هذا الاتفاق اسم المحكم الذي اختاره الأطراف، إلا أنه يمكن لأحد أطراف التحكيم أن يسعى لتأخير الإجراءات عن طريق تأخير اختيار المحكم. ولتجنب

هذا الأمر، وضعت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية نصوصًا مناسبة. تتمثل في تحديد هيئة قضائية أو إدارية تتولى تعيين المحكم في حالة تأخر أحد الأطراف في اختيار المحكم أو رفضه ذلك، حيث جاء في نص المادة (16/2) من قانون التحكيم الأردنيّ على أنه " وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما ويتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فاذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما يتولى القاضي المختص تعيينه بناءً على طلب أي من الطرفين وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينته المحكمة.

وقد وضع المشرع الأردنيّ في المادة (16) من قانون التحكيم الأردنيّ شروطاً خاصة يجب مراعاتها من قبل المحكمة عند اختيارها للمحكم، وفقا لما يتطلبه هذا القانون ولما اتفق عليه الطرفان، شريطة أن تصدر المحكمة قرارها هذا بالسرعة الممكنة، وحصن المشرع هذا القرار في ختام هذه الفقرة منعاً لإطالة إجراءات التحكيم بقوله ولا "يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بأي من طرق الطعن". ولا بد من الإشارة إلى عملية التشكيل واختيار المحكمين ليس من ضمن إجراءات التحكيم.

وتشددت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار في وجوب تعيين المحكمين على وجه من السرعة، فقد بينت المادة (38) من الاتفاقية الإجراءات الواجب اتباعها، حال عدم اتفاق الأطراف على تسمية محكميهم وفق المدة المحددة بقولها "إذا لم يتم تكوين المحكمة خلال (90) يوماً من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل من السكرتير العام طبقا للفقرة الثالثة من المادة(36) ، أو في أي مهلة أخرى يوافق عليها الطرفان يقوم الرئيس تلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان، بتعيين المحكم، أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد ولا يجوز للمحكمين المعينين من قبل الرئيس طبقا لنصوص هذه المادة، أن يكونوا من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفا في النزاع، أو أن يكونوا من الدول المتعاقدة، التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع ."

وقد تناولت قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي في المواد (8 ،9 ، 10) ذات الأمر فقد أشارت الفقرة الأولى من المادة (8) إلى أنه " وحال انقضاء (30) يوماً على تسلم جميع الأطراف الآخرين اقتراحاً بتعيين محكم وحيد دون أن يتوصلوا إلى اتفاق بهذا الشأن، فإن سلطة التعيين هي من ستتولى تعيين ذلك المحكم بناء على طلب أحد الأطراف، أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد أوجبت على سلطة التعيين أن تقوم بتعيين هذا المحكم بأسرع ما يمكن [1] ."

([1]) تنص المواد (8، 9، 10) من قواعد الأونسيترال على أنه المادة 2/8 تُعيِّنُ سُلطَةُ التعيين المُحكّم الوحيد بأسرع ما يمكن وتتَّبع في هذا التعيين طريقة القائمة التالية، ما لم ينفق الأطراف على عدم اتباع تلك الطريقة أو ما لم تُقرِّر سُلطَةُ التعيين، بما

وعلى هذا النهج سار القضاء الأردنيّ، ففي قرار لمحكمة استئناف حقوق عمان أشارت المحكمة إلى اختصاصها بتعيين المحكم الذي لم يتم تعينه من قبل أحد الأطراف بقولها "وحيث إن المستدعى ضدها لم تقم بتسمية محكم عنها فتكون محكمة الاستئناف هي المختصة بتعيينه إعمالا لحكم المادة (16) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة(2001) ، على أن يقوم المحكمان المسمى من قبل المستدعية والمحكم المعين من قبل محكمة الاستئناف باختيار محكماً ثالثا. (استئناف، 2008/83)

الفرع الثاني: إجراءات هيئة التحكيم

بعدما يوافق المحكم على قبول مهمة التحكيم، يجب عليه إبداء موافقته بشكل مكتوب أو بأي وسيلة أخرى معترف بها، مع توافر مرونة في اختيار أساليب الاتصال المستخدمة، سواء كانت التقليدية أو الحديثة كالبريد الإلكتروني. وفي حال عدم قبول المحكم للمهمة، يبقى اتفاق التحكيم ساري المفعول حتى يتم قبول المهمة من قبل محكم آخر أو حتى يتم تعيين محكم آخر من قبل المحكمة المختصة، سواء بناءً على اتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة. وبعد تشكيل هيئة التحكيم وقبول أعضائها للمهمة، يجب على الهيئة متابعة نظر النزاع حتى صدور قرارها فيه، داخل الفترة الزمنية المحددة قانونًا (حداد، 2007، صفحة 61).

وتتفاوت القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم، وحتى صدور القرار النهائي في النزاع، بحسب نوع التحكيم والجهة المسؤولة عنه، ففي حالة اللجوء إلى إحدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، لا يلعب الخصوم دورًا حاسمًا في وضع القواعد الإجرائية التي تحكم سير النزاع، حيث يجب عليهم التماشي مع الإجراءات المعمول بها في تلك المراكز وفقًا للوائحها المعتمدة. بالمقابل، وفي حالة التحكيم الحر الذي يشارك فيه الخصوم في تعيين هيئة التحكيم، يلعبون دورًا أساسيًا في وضع واختيار القواعد

لها من صـلاحية تقديرية، أنَّ اتِّباع طريقة القائمة لا يُناسِـبُ ظروف القضـية- أ- تُرسِـلُ سُـلطَةُ التعيين إلى كُلِّ واحد من الأطراف نسخاً متطابقة لقائمة تتضمن ثلاثة أسماء على الأقل ب- يجوز لكُلِّ طرف، في غضـون 15 يوماً من تاريخ تسلُّم هذه القائمة أن يعيدها إلى سلطة التعيين بعد شطب الاسم أو الأسماء التي يعترض عليها وترقيم الأسماء المتبقية في القائمة مُرتَّبَةً بحسـب أفضـليتها لديه ج بعد انقضـاء المدة المذكورة أعلاه، تُعينُ سُـلطة التعيين المُحكَّم الوحيد من بين الأسـماء التي وافق عليها الأطراف في القوائم التي أعيدت إليها ووفقاً لترتيب الأفضـلية الذي بينه الأطراف؛ د. إذا تَعذَّرَ، لأي سـبب من الأسـباب تعيين المحكّم باتِّباع هذه الطريقة، جاز لسـلطة التعيين أن تمارس صـلاحيتها التقديرية في تعيين المحكّم الوحيد (المادة -1- (9) إذا أريد تعيين ثلاثة محكمين، فَيُعَيِّنُ كُلَّ طرف مُحكِّماً واحداً، ثم يختار المحكمان المُعيَّنان على هذا النحو المُحكّم الثالث، الذي يتولى رئاسـة هيئة التحكيم - إذا أَبلَغَ طرف طرفاً آخر بتعيين محكم، ثم لم يقم هذا الأخيرُ، خلال 30 يوماً من تاريخ تسلُّمه هذا البلاغ، بتبليغ الطرف الأول بالمحكم الذي عينه، جاز للطرف الأول أن يطلب من سـلطة التعيين أن تعين المحكم الثاني. 3- إذا انقضـى 30 يوماً على تعيين المحكم الثاني دون أن يتفق المحكّمان على اختيار المحكّم الرئيس، تولّت سـلطة التعيين تعيين المحكّم الرئيس بالطريقة نفسـها المتَّبعةِ في تعيين المحكم الوحيد بمقتضـى المادة 8 (المادة -1- (10) لأغراض الفقرة 1 من المادة 9 عندما يراد تعيين ثلاثة محكمين مع تعدد الأطراف سـواء بصـفة مدع أو مُدَّعَى عليه، وعدم اتفاق الأطراف على طريقة أخرى لتعيين المحكمين يقوم الأطراف المتعدّدون معا، سـواء بصـفة مُدَّع أو مُدَّعى عليه، بتعيين محكّم إذا اتَّفق الأطرافُ على أن تُشـكَّل هيئة التحكيم من عدد من المحكمين ليس واحدا أو ثلاثة، وجب تعيين هؤلاء المحكّمين وفقا للطريقة التي يتَّفق عليها الأطراف -3 .في حال عدم التمكن من تشـكيل هيئة التحكيم بمقتضـى هذه القواعد، تتولّى سلطة التعيين، بناءً على طلب أي طرف تشكيل هيئة التحكيم، ويجوز لها، لدى القيام بذلك، أن تُلغي أي تعيين سبق إجراؤه وأن تعيّن كُلاً من المحكمين أو تُعيد تعيينَ كُلِّ منهم، وأن تُسمّي أحدهم محكّماً رئيساً ."

الإجرائية التي تحكم عملية التحكيم، وفي اختيار القانون الذي ينظم النزاع، سواء كان هذا الاختيار صريحًا أو ضمنيًا (أبو زيد، 1981، صفحة 87).

فبالنسبة لميعاد بدء إجراءات التحكيم أوضحت المادة (26) من قانون التحكيم الأردنيّ بأن اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم هو الموعد المحدد لبدء إجراءات التحكيم، غير أن المشرع عاد في نهاية النص ليفصح بأن هذا الأمر هو منوط بعدم اتفاق الأطراف على غير ذلك، أما ميعاد اصدار حكم التحكيم فقد حدد المشرع الأردنيّ المادة (37) من قانون التحكيم ميعاد إصدار حكم التحكيم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ اكتمال تشكيل هيئة التحكيم، على أنه يجوز لهيئة التحكيم تمديدها لمدة أخرى أو مدد لا يزيد مجموعها على اثني عشر شهراً، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك " حيث جاء في المادة (37): "أ- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ اكتمال تشكيل هيئة التحكيم، يجوز أن تقرر هيئة التحكيم قبل انقضاء المدة تمديديها مدة أو مدداً أخرى على أن لا يزيد مجموعها على اثني عشر شهراً ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك .ب- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (أ (من هذه المادة، جاز لأي من طرفي التحكيم، أن يطلب من القاضي المختص، أن يصدر أمراً لتحديد موعد إضافي، أو أكثر، أو بإنهاء إجراءات التحكيم، وذلك بعد سماع أقوال الطرف الآخر، فإذا صدر القرار بإنهاء تلك الإجراءات يكون لأي من الطرفين رفع دعوى إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها

ومن أهم الضمانات الأساسية التي يجب على المحكم الالتزام بها هو مبدأ المساواة، الذي يعبر عن توفير فرص متساوية للخصوم واحترام حقوقهم في الدفاع، ويُعرف أيضًا بمبدأ المواجهة. وقد حرصت معظم التشريعات الخاصة بالتحكيم في مختلف أنحاء العالم على ترسيخ هذا المبدأ، وقد نصت جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على تعزيزه. ففي حين يمنح حق الدفاع الخصوم استغلال الفرص المتاحة لإعداد دفاعهم وتقديم الأدلة، يُتيح مبدأ المساواة لهم الحق في المشاركة في الإجراءات أمام المحكمين، بما في ذلك سماع الشهود والمرافعة بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم. ومن الناحية الأخرى، يجب التأكيد على أن عدم تطبيق إجراءات التقاضي على التحكيم وإعفاء المحكم منها لا يعني استبعاد هذه الإجراءات وعدم الرجوع إليها، فمن القواعد الأصولية أن المحكم لا يجوز له أن يقضي بناء على علمه الشخصي (الشرقاوي، 2011، صفحة 262).

يجب على المحكم أن يلتزم بعدم الإخلال بالدفاع الجوهري للخصم، والذي إذا ثبت صحته، يمكن أن يؤثر بشكل كبير على مجرى الدعوى وقد يقلبها رأساً على عقب، مما يتيح للخصم الفرصة لإثباته أو نفيه بوسائل قانونية متاحة ومقبولة في النزاع، وإلا وجب على المحكم الرد في حكمه على الدفاع الجوهري

ولو كان محكماً مصالحاً، مع ضرورة منح الخصم الآخر فرصة للرد على هذا الدفاع (مشيمش، 2009، صفحة 78).

وقد أشار المشرع الأردنيّ إلى مسألة المساواة كضمانة يتوجب على المحكم التقيد بها فقد جاء في المادة (25) من قانون التحكيم على أنه يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه".

ونرى أن هذا النص على قدر كبير من الأهمية، ففي مخالفته يمكن البحث في نص المادة (49/أ) من ذات القانون، والتي تتعلق بأسباب بطلان الحكم التحكيمي، حيث أجاز المشرع في المادة (49/أ/3) من قانون التحكيم الأردنيّ قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إذا تعذر "على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه؛ بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته"، إذ يتضح من صياغة هذا النص إمكانية الاستناد عليه لإثبات الإخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم على أساس أن في ذلك مخالفة للنظام العام بسبب الإخلال بأحد مبادئ التقاضي . قد أشارت كل من قواعد الاونسيترال للتحكيم الدولي والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام (1985) إلى مسألة المساواة، حيث نصت المادة (17) من قواعد الأونسيترال للتحكيم الدولي يجب على هيئة التحكيم أن: "تعامل الأطراف على قدم المساواة، وأن تتيح لكل ظرف، وفي مرحلة مناسبة من الإجراءات فرصة معقولة لعرض قضيته وتسير هيئة التحكيم لدى ممارستها صلاحياتها التقديرية الإجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داع، ويكفل الإنصاف، والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف"

وبالاستناد لما ورد في المادة (5/د/1) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة(1958) ، يتضح أن الفريق الذي يواجه قرار التحكيم ضده لديه إمكانية لرفض الاعتراف بالقرار وعدم تنفيذه، إذا قدم إثباتًا بأنه لم يتلق أي إشعار بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو أنه لم يكن قادرًا على عرض قضيته بشكل كامل. ففي حالة عدم اتباع هيئة التحكيم للإجراءات المنصفة التي تحمي حقوق الدفاع للخصمين، يمكن أن يؤدي ذلك إلى إلغاء قرار التحكيم وبطلانه. وهذا الأمر ذو أهمية بالغة، حيث إن الالتزام بالقواعد الإجرائية ومبادئ العدالة أمر أساسي لصحة صدور الحكم ولحمايته من أي اعتراض محتمل في المستقبل، ومما تجدر الإشارة إليه أنّ المملكة الأردنيّة الهاشمية صادقت على هذه الاتفاقية بتاريخ (1979/7/8)، مما يعني إلزامية ما ورد فيها ووجوب تطبيقها، وهو أمر سنقوم بإيضاحه لاحقاً في معرض الحديث عن القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة الاستثمارية

في حديثنا عن القانون الواجب التطبيق في إطار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة الاستثمارية، سنعالج القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق

على موضوع النزاع، غير أننا سنتناول بنوع من التحليل المحور الثاني دون المحور الأول لأنه قد يشكل نقطة الخلاف في هذه المسألة، وقد أتاحت التشريعات ذات الصلة مرونة كافية لإرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وفي حال عدم وجود توافق بينهم أو عدم كفاية القواعد التي تحددها هيئات التحكيم، يتعين اللجوء إلى القانون المعمول به في مكان التحكيم. ومع ذلك، ليس هذا الأمر بالبساطة والوضوح، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود إدارية دولية تشارك فيها إحدى الأطراف كمستثمر أجنبي. ويتجلى هذا بوضوح في القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع، ومدى امكانية فصل القانون المطبق على إجراءات التحكيم عن القانون المطبق على جوهر النزاع. وبناءً على ذلك، سيتم التركيز في هذا النقاش على ثلاثة محاور رئيسة وهي: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، والقانون الذي يجب تطبيقه في حال عدم التوافق، والمبادئ التوجيهية التي يجب الأخذ بها في فض النزاع.

الفرع الأول: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق

على الرغم من التسامح الذي تظهره التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والجماعية تجاه إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية في المنازعات المتعلقة بالعقود المحالة إلى التحكيم، إلا أن هناك قيودا قانونية لا بد من احترامها ومراعاتها عندما تتعارض مع هذه الإرادة، سواء كان التحكيم داخلياً أو دولياً. وتكثر القيود على التحكيم الدولي أكثر من التحكيم الداخلي، مما يتفق مع الواقع القانوني. وبشكل عام، يظهر ضابط الإسناد الأصيل في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات الدولية أو الإجرائية من خلال إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في اختياره.

في الحالة الأولى، يكون الأمر واضحاً ومفهوماً بوضوح، حيث يعبر أطراف النزاع بوضوح وصراحة عن اختيارهم للقانون واجب التطبيق. أما في الحالة الثانية (التحكيم الدولي)، فيكون الأمر أكثر تعقيداً، حيث يعتمد الأمر على الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، ففي الأخيرة يترك للمحكم مهمة استنتاج ما قصدته الأطراف. ومع ذلك، يجب على المحكم الالتزام بالضوابط الموضوعية والمنطقية والقانونية في تحديد القانون المناسب.

وقد اتفقت غالبية الآراء القانونية على أنه في حالة عدم وضوح التصرف المباشر من قبل التشريع، يترك للمحكم تحديد القانون المناسب للنزاع، وذلك مع تقيده بالضوابط المنطقية والقانونية.(الحداد، 2002، ص484)

ونحن هنا لا نعارض الحرية التي منحها المشرع للأطراف وللمحكم في اختيار القانون الأنسب لحل النزاع، ولا ننكر القاعدة الأساسية بأن العقد شريعة المتعاقدين. ومع ذلك، نحن نتحفظ حيال مسألة أن يكون المحكم الجهة الفاعلة في اختيار القانون في حال سكوت المشرع والأطراف عن تحديده، إلا أنه نجد من المنطلق أن يكون العقد هو الذي يحدد القانون وليس اختيار المحكم ذاته، ذلك أن العقد الذي يتضمن

اختيار الطرفين لنظام التحكيم يجب أن يحدد أيضاً القانون الواجب التطبيق على النزاعات المحتملة، سواء كان ذلك في شرط التحكيم أو في اتفاق التحكيم المبرم بعد حدوث النزاع (مشارطة التحكيم)؛ شريطة تحديد النزاع في هذه الأخيرة وإلا كانت المشارطة باطلة.

فحتى لو كان المحكم خبيراً قانونياً وفنياً وقضـائياً، فإن ذلك لا يجيز برأينا له اختيار القانون الذي يجده مناسباً لتطبيقه على النزاع. وعند النظر في النصوص القانونية، نجد أن المساحة التي منحها المشرع لهيئة التحكيم تأتي بشـرط وجود اختيار القانون الأكثر صـلة بالنزاع ، وهو أمر أوضـحته الفقرة الثانية من المادة (36) من قانون التحكيم الأردنيّ وأفردت الفقرة الثالثة من ذات المادة قائمة من الشـروط التي تحد من صلاحيات هيئة التحكيم، في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث تنص على أنه "في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصـل في موضـوع النزاع، شـروط العقد موضـوع النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين ".

وهنا لا بد من الوقوف على نص المادة (18) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ لسنة 2023 والتي أوجبت تطبيق القانون الأردنيّ على عقود الشراكة وأجازت اللجوء لفض المنازعات المتفرعة عن مثل هذه العقود باللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات والتي من ضمنها بطبيعة الحال التحكيم.

ويؤكد هذا النص وجهة نظرنا السابقة من أن التشريع وحده هو من يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف، والتي يجب أن لا تتعارض مع القيود القانونية، وهي مسألة واضحة للمحلل القانوني، طالما أن المشرع حسم المسألة بنص صريح .

ويؤخذ الأمر على بساطته في عقود الشراكة الداخلية، غير أنه ليس كذلك في عقود الشراكة الدولية، فعلى الرغم من خضوعها لما ورد من أحكام في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإنه لا يجب أن نغفل ما ورد في الاتفاقيات الدولية من نصوص تقيد ما ورد في هذا القانون، والتي تكون قد تناولت بدورها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع العقدي المتفرع عن العقود الإداريّة الدولية المحالة للتحكيم .

وبحسب ما جاء في المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، فإن هيئة التحكيم تطبق على النزاع القواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وبالتالي فإن المحكم في – إطار المركز الدولي – ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية التي يختارها أطراف النزاع التحكيمي؛ أي تطبيق قانون الإرادة، وهو ذات التوجه الذي أخذ به المشرع الأردنيّ في المادة (1/36) من قانون التحكيم بقوله: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان". وهذا ما أيدته المادة (28) من قواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري (UNCITRAL) الأونسيترال، والتي اشترطت أن يكون اختيار الأطراف للقانون صريحاً ويمكن استنتاجه من العقد بشكل واضح دون لبس أو غموض(حزبون، 2006، ص582).

وكان ما جاء في المادة (28) من قواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري (UNCITRAL) الأونسيترال " تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني، يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك "

وفي ضوء ما تقدم وباعتبار الأردن أحد الدول المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، فلا بد من بيان القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة الدولية، فيما يخص موضوع النزاع الناشئ عن عقد محال لنظام التحكيم، فهل هو نص المادة (42) من اتفاقية واشنطن أم المادة (18) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ؟

فقد خلت نصوص الدستور الأردنيّ من مادة توضح مرتبة المعاهدة بالنسبة للقانون الوطني، ولكن الأمر حسم قضائياً، حيث أكدت الأحكام القضائية على سمو الدستور على المعاهدات، وهو أمر أوضحه جانب من الفقه بقوله " وبعد النظر في أحكام القضاء الأردنيّ، نجد أنه قد اتجه إلى منح المعاهدة قيمة أقل مرتبة من القواعد الدستورية، وقد كان القضاء موفقاً في ذلك، إذ إن الدستور الأردنيّ هو من الدساتير الجامدة، بمعنى أنه يحتاج إلى إجراءات خاصة إلى تعديله، حيث يشترط لتعديل الدستور الأردنيّ، إجراءات اشتراط موافقة جلالة الملك على التعديل، وموافقة مجلس الأمة بالأغلبية المشددة (الثلثين)، وكذلك المناداة على الأعضاء بأسمائهم بصوت عال، وبالتالي فإن طريقة تعديل الدستور الأردنيّ، لا يمكن أن تكون عن طريق معاهدة دولية" (العكور، العدوان، و بيضون، 2013).

وبالاستناد لما سبق، وفيما يتعلق بمسألة ترتيب أولوية التطبيق فيما إذا كانت للقانون الوطني أم المعاهدة الدولية، يبدو أن هناك حاجة لتعديل الفقرة (18) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الأردن. ذلك أن الوضع الحالي ينص على أن القانون الأردنيّ هو الذي يجب تطبيقه بشكل حصري على موضوع النزاع فيما يتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومن وجهة نظر الباحثين، ينبغي ترك المجال مفتوحًا لإرادة الأطراف المتعاقدة للاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع .

بقي أن نقول بأن قانون مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ، قد أشار في المادة (18) لإمكانية حل النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باللجوء إلى التحكيم مع وجوب تطبيق القانون الأردنيّ.

الفرع الثاني: القانون الأولى بالتطبيق في حالة عدم الاتفاق

تم التأكيد سابقاً على استبعاد تصور فض أي نزاع عقدي باللجوء للتحكيم دون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع هذا النزاع، غير أن هذا قد يحصل فعلا وإن كان في حالات نادرة، ويحصل عدم الاتفاق في مثل هذه الحالة، إما نتيجة عدم الاهتمام أصلاً من جانب الطرفين، أو بسبب اختلافهما على هذا التحديد، ولا يترتب على عدم الاتفاق على تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، عدم انعقاد خصومة التحكيم، إذ يناط بهيئة التحكيم قانوناً مهمة اختيار هذا القانون، ما دام أي من الطرفين لم يعلقا مباشرة على اختيارهما لهذا القانون (مشيمش، 2009، صفحة 181).

على الرغم من وجود آراء متعددة بشأن القانون الواجب التطبيق على نزاعات التحكيم المتعلقة بعقود الشراكة الدولية بين القطاعين العام والخاص في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديده، فإن الفقه قد استقر على تطبيق ما يعرف بـ "نظرية التركيز الموضوعي" في مثل هذه الحالات. وتنص هذه النظرية على أنه يجب تطبيق القانون الوطني للدولة التي تتعاقد فيها الأطراف، حيث تتركز العلاقة العقدية كونه الأكثر اتصالاً بموضوع العقد، وقد عبر جانب من الفقه عن ذلك بقوله "يعد قانون مقر المشروع هو الأكثر ملائمة لحكم العقد المبرم بين الدولة مقر المشروع وشركة المشروع، فبالموازنة بين معطيات هذا العقد والترجيح بينها نجد أن مقر تنفيذ المشروع يبرز كعنصر يمثل مركز الثقل في العلاقة العقدية أو العنصر الأكثر أهمية والأوثق صلة بهذه العلاقة"(البهجي، 2008، ص135) .

ويؤيد الباحثان وجهة نظر هذا الجانب القانوني بما تتماشى مع المنطق الواقعي، حيث تضمن تطبيق "نظرية التركيز الموضوعي" ألا تخرج هيئة التحكيم من إطار القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع. كما يجب الإشارة هنا إلى أن سلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع تنشأ فقط في التحكيم الدولي ذي الطابع الاستثماري والمتعلق بالمرافق العامة التي تنشأ أو تديرها أو تنظمها، والتي تتمتع عادة بتمويل أجنبي (عقود الشراكة الدولية). أما في العقود عقود الشراكة الداخلية، فلا يمكن التفكير في اختيار قانون أجنبي من قبل هيئة التحكيم؛ لأن كل عناصر العملية العقدية هي عناصر وطنية بحتة.

ويتضح أن الرأي السائد في الفقه، استنادًا إلى الاعتبار بأن "عقود الشراكة" التي تتمتع بطابع دولي هي عقود إدارية، يستلزم أن يكون القانون المعمول به هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن الدولة تُمثل بواسطة أحد أعضائها المعنويين العامين في هذه العملية العقدية، حتى إذا كانت الغاية الأساسية للعقد تحقيق أرباح للطرف الأجنبي (أي المستثمر)، يظل الهدف الرئيس هو ضمان سير المرافق العامة (حلمي، 1993، صفحة 56).

وقد أرست محكمة العدل الدولية مبدأ خضوع الدولة لقانونها الوطني في حكمها الصادر سنة (1929) في قضية القروض الصربية البرازيلية، وكان من ضمن ما جاء في حيثيات ذلك الحكم "كل" عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسه في القانون الوطني

لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون لما كان الطرف المفترض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها، أو التي تتعلق بهذا الفرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها. (المواجدة، 2015، ص820)

على الرغم من النهج الذي اعتمده الفقه والقضاء في الالتزام بتطبيق القانون الوطني للدولة التي يتم فيها تنفيذ المشروع عندما يتعلق الأمر بعقود الشراكة الدولية الاستثمارية، إلا أنه على الجانب المقابل، يُمكن أحيانًا أن يتضمن اتفاق التحكيم امكانية تطبيق القانون الوطني للدولة بالإضافة إلى قوانين أجنبية أخرى في نفس الوقت. وبهذا الصدد، يعتقد الباحث أن هذا التوجه لتطبيق قوانين متعددة على نزاع ناشئ عن عقد شراكة دولي واحد، ورغم وجود تبرير لهذا بناءً على طبيعة مثل هذه العقود، إلا أنه قد يؤدي إلى فقدان الهدف من اللجوء للتحكيم كوسيلة سريعة لتسوية النزاعات. يجب أن يتم التأكيد على أن اللجوء للتحكيم يجب أن يتم بضوابط تحددها وتخدم الغاية المرجوة منه، وذلك لتفادي الانجراف نحو استنفاذ الوسائل الداخلية لفض النزاع واللجوء للقوانين الأجنبية التي قد تُخدم مصالح المستثمر الأجنبي في مثل هذه العقود.

وعلى الاتجاه الآخر، هناك من يرى بأن عدم اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق على منازعاتهم الناشئة عن عقد شراكة دولي يتضمن شرطا باللجوء للتحكيم، لا يعني بالضرورة تطبيق قانون مقر المشروع، بل من الممكن تطبيق مبادئ القانون الدولي مع قانون الدولة المتعاقدة (سلامة، 2017، الصفحات 84-85)، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة (42) من اتفاقية واشنطن لعام (1965) قد أشارت إلى هذه المسألة بشكل واضح وعلى نحو يماثل ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (36) من قانون التحكيم الأردنيّ .

وهو توجه يخالف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والذي أشار في المادة (28)منه إلى أن الاتفاقية، وحال عدم اتفاق الأطراف، أو خلافهم على القانون الواجب التطبيق تعتمد حكماً قانون الدولة المضيفة الموقعة على الاتفاقية والطرف في النزاع، وذلك دون الحاجة للبحث عن إرادة الأطراف الضمنية، هذا مع السماح لهيئة التحكيم تطبيق قواعد تنازع القوانين – الخاصة بالدولة المضيفة المنضمة لهذه الاتفاقية – مع اعتبار هذه القواعد مكملة ومصححة لقانون الدولة المصادقة على الاتفاقية إذا كان قانونها غير مطابق لتلك القواعد (المواجدة، 2015، ص224)

الفرع الثالث: المبادئ الواجب مراعاتها في حسم النزاع:

تعد المبادئ العامة في حسم المنازعات العقدية عن طريق التحكيم وفقا للرأي الغالب في الفقه نظاماً قانونياً وسطاً بين القانون الداخلي والقانون الدولي العام، وبناءً على ذلك، يمكن القول بأن الالتزام بتطبيق مثل هذه القواعد يُعَدُّ واجباً يقع على عاتق القاضي أو المحكم، إذ يُمكِنه ذلك من سد الفجوة التي يترتب عن

عدم وجود قاعدة قانونية صريحة لتسوية النزاع. وبالتالي، يتيح له ذلك استنتاج القواعد القانونية بأسلوب متقدم، باستخدام الأدوات المتاحة لديه لمعالجة النزاع الذي يُعرض أمامه. (أبو حلو، 2004، ص114)

ونؤمن بأن هذه المبادئ توفر حلولاً للقاضي أو المحكم في حال مواجهته لتحديات قانونية معقدة، حيث أنها تُعَدُّ أدوات مرنة للغاية نظرًا لعدم تحديدها بشكل دقيق، مما يمنح المحكم سلطة تقديرية واسعة تمكنه من تطبيق القواعد الملائمة على النزاع المعروض أمامه (الحداد، 2002، ص781)، ومن الأمثلة على هذه المبادئ مبدأ حسن النية، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليهما في القانون المدني حيث نصت المادة (1/202) من القانون المدني الأردنيّ" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

وقد أشـــارت المادة (36) من قانون التحكيم الأردنيّ إلى المبادئ العامة التي يجب مراعاتها من قبل هيئة التحكيم بقولها" وفي جميع الأحوال، يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شـروط العقد موضـوع النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين".

ويتفق الباحث مع النظرة الفقهية التي تعتبر تلك المبادئ عامة جداً وغالباً ما تكون محاطة بالمثالية، مما يجعلها عادةً عاجزة عن إيجاد حلول فعّالة للنزاعات. فغالبًا ما تكون هذه المبادئ قواعد "فوقية إرشادية"، لا يمكن أن تشكل أساسًا صلبًا لتطبيق القانون على النزاع المحدد (الجمال و عكاشة، 1998، صفحة 115).

ولعل ما أشار إليه قانون التحكيم الأردنيّ في المادة (36) أكثر تحديدا في هذا المجال فالأعراف الجارية المشار إليها في المادة، تعتبر مصدراً من مصادر القانون الواجب التطبيق سواء بالنسبة لحالة اتفاق الأطراف على اختياره، أو لتحديد هيئة التحكيم له عند عدم الاختيار وهذا ما جعل الفقه يتشدد في مسألة إثبات هذه الأعراف، والتي اعتبرها من قبيل الشروط التعاقدية التي يقع على الخصوم عبء إثباتها، كونها من مسائل الواقع لا القانون (مشيمش، 2009، صفحة 183).

وسواء كانت تلك المفاهيم تتعلق بالمبادئ العامة في القانون أو بالأعراف المعتمدة، فإن تطبيقها على عقود الشراكة يثير العديد من التحديات، خاصة فيما يتعلق بتحديد معانيها ومضامينها. فعلى الرغم من وجود تقارب في الفهم الظاهري لهذه المفاهيم بين الدول، إلا أنها في الواقع تختلف في تفاصيلها، خصوصاً عندما يتم ربطها بالمبادئ العامة للقانون الدولي أو القانون الداخلي. ونتيجة لذلك، قد ينشأ تباين في التفسير عند مواجهة نزاع معين أمام هيئة التحكيم. وبالطبع، فإن تلك المفاهيم لا يمكن اعتبارها نظاماً قانونياً ثابتاً، ولا يمكن أن تحل محل الأنظمة القانونية المستقرة (علوان، 1976، الصفحات 170-171) .

بشكل آخر، يجب التأكد من قدرة هذه المبادئ والأعراف على أداء دورها كقواعد قابلة للتطبيق على النزاعات في عقود الشراكة ذات الطابع الدولي. إذ ينبغي التحقق مما إذا كانت تشكل بذاتها نظامًا قانونيًا

مستقلاً، بما يتجاوز الارتباط بالقوانين المحلية للدول المتعاقدة أو القوانين الدولية، وكذلك عادات وأعراف التجارة الدولية. بالإضافة إلى ذلك، يجب أن تكون هذه المبادئ متسمة بالعمومية والتجريد والوضوح، حتى لا يتمكن المحكم من تقديم حجج واهية من أجل تطبيق مبادئ القانون الدولي العام (خيال، 2002، صفحة 149).

وربما يكون هذا هو السبب وراء رؤية بعض الفقهاء أن مصلحة المستثمر تظل محفوظة في ضوء هذا التفسير، حيث لا تتأثر بتطبيق مبادئ القانون الدولي، التي يجب أن تُلتزم بها، حتى في حالة اختيار الأطراف للتطبيق الصريح للقانون، حيث يمكن للمحكم تطبيق هذه المبادئ في مثل هذه الحالة، وبالتالي، يمكن أن يكون من الأفضل تطبيقها في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون بشكل صريح (ضيا، 2008، صفحة 149).

وعلى الرغم من المنطقية التي يحملها هذا الاقتراح، إلا أننا لا نتفق معه بالكامل. إذ ينطوي تطبيق هذه المبادئ بشكل يتعارض مع القانون المعمول به عندما يختار الأطراف تطبيقه على خطر يمكن أن يؤدي إلى استبعاد هذا القانون بشكل عام. ففي حالة عدم توافق هذه المبادئ مع القانون المختار من قبل الأطراف، قد يتيح ذلك لهيئة التحكيم سلطة واسعة تحت هذا السياق، مما يمكن أن يؤدي إلى استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف بالكامل، مما يضعنا في وضع يعتبر وجود الاتفاق وعدمه سيان؛ ولذا، يجب على هيئة التحكيم أن تحقق توازنًا بين القانون الذي ستطبقه في حال اختيار الأطراف له، وبين تطبيق هذه المبادئ والأعراف. هذا الأمر يتطلب تقديرًا دقيقًا يجب أن يتم لكل نزاع على حدة، ولا يعد بسيطًا كما يعتقد الفقهاء الذين يركزون على تشجيع الاستثمار وتعزيز العلاقات الاقتصادية بين الدول. وعلى أي حال، يرى الباحثان بأنه يجب على هيئة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار نقطة حساسة في عقود الشراكة الدولية، وهي المرفق العام الذي تنصب عليه مثل هذه العقود، ويجب أن تضمن إدارته بطريقة تضمن تحقيق المصلحة العامة، وذلك لتجنب تحول إدارة وتطوير هذه المرافق إلى وسيلة للخسارة. ولذلك، يتعين على الأطراف اختيار القانون المناسب لتطبيقه على النزاع منذ البداية، وتطبيق مبادئ القانون الدولي بحذر شديد، مع مراعاة الأنظمة القانونية المناسبة لموضوع النزاع .

الخاتمة:

يعتبر اصطلاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحد أبرز نتائج التطورات السياسية التي تهدف إلى تحسين بيئة الاقتصاد وتحقيق التقدم المطلوب داخل الدولة، وتوفير النمو الاقتصادي الذي يسهم مباشرة في تحسين الخدمات المقدمة للمواطنين. ويحتل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مكانة بارزة في أدبيات هذا النوع من العقود، حيث يسهم في تحديد الآثار القانونية لهذه العقود على أطرافها وفي تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بها. لذا، ركزت الدراسة على مسألة التحكيم في عقود الشراكة الاستثمارية كإحدى الوسائل البديلة لفض النزاعات الناجمة عن هذا النوع من العقود، وذلك بالاستناد إلى قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ رقم (19) لسنة 2023 والقضاء الأردنيّ والاتفاقيات الدولية ذات الصلة. و تتألف الدراسة من فصلين، تناول في الأول مفهوم وخصائص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وفي الثاني تناول المؤلف التحكيم ومدى توافقه مع الطبيعة القانونية لعقود الشراكة الاستثمارية، والتناقضات الفقهية حول اللجوء للتحكيم في هذه العقود، وموقف التشريع والقضاء الأردنيّ من هذا الأمر. فضلاً عن تناول تنفيذ حكم التحكيم في عقود الشراكة الاستثمارية، وقد توصل الباحثان إلى جملة من النتائج والتوصيات والتي يمكن إجمالها على النحو التالي:

النتائج:

1. يشهد الفقه انقساماً واضحًا فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات: أولها يعتبر عقود الشراكة من قبيل العقود الإداريّة، وثانيها يصنفها تحت القانون الخاص، فيما يعتبر الاتجاه الثالث هذه العقود ذات طبيعة مميزة تتطلب معاملتها بشكل مستقل ومنفرد.
2. يؤكد المشرع الأردنيّ على الطابع الإداري لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ويظهر ذلك بوضوح في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
3. على الرغم من الطبيعة الإداريّة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن المحاكم المدنية هي السلطة المختصة في التعامل مع النزاعات المتعلقة بها في الأردن، نظرًا لعدم اشتمال اختصاص المحكمة الإداريّة على العقود الإداريّة بشكل عام.
4. نجح المشرع الأردنيّ في وضع إطار قانوني خاص ينظم أهم القضايا المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال قانون مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردنيّ رقم (19) لسنة 2023، ونظام مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (9) لسنة 2023.
5. تناول المشرع الأردنيّ في المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم (31) لسنة (2001) وبشكل عام مسألة سريان هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري

بين أطراف أشخاص القانون العام والخاص، وبهذا فقد أباح قانون التحكيم الأردنيّ اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الإدارة ممثلة بأشخاصها العامة طرفاً فيها، ومن ضمنها عقود الشراكة الاستثمارية.

6. يعتبر المشرع الأردنيّ التحكيم الدولي في عقود الشراكة الاستثمارية متساويًا مع التحكيم الداخلي فيما يتعلق بالتطبيق القانوني، مما يعكس حرصه على تحقيق المساواة في التعامل مع جميع أنواع التحكيم.

التوصيات:

عطفا على ما سبق من نتائج. فإننا نوصي بما يلي:

1. نتمنى من المشرع الأردنيّ تعديل نص المادة (5) من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014، وذلك بإضافة منازعات العقود الإداريّة، بما في ذلك عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لتشمل اختصاصات المحاكم الإداريّة. ويعود السبب في ذلك إلى الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، وذلك من خلال منح القضاء الإداري الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات الإداريّة، بما في ذلك تلك المتعلقة بالعقود الإداريّة، وذلك لتمكينه من ممارسة رقابته على العملية التحكيمية في عقود الشراكة الدولية الاستثمارية.
2. توصي الدراسة بتعديل قانون التحكيم الأردنيّ ليتضمن أحكامًا مفصلة تتعلق بالتحكيم الدولي، أسوة بنظيره المشرع المصري، نظرًا لأهمية هذا النوع من التحكيم في عقود الشراكة الدولية الاستثمارية. كما تقترح على المشرع الأردنيّ، بناءً على السماح باللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
3. بناءً على أهمية التحكيم في منازعات عقود الشراكة الدولية الاستثمارية، نقترح على المشرع الأردنيّ أن يتضمن قانون التحكيم نصًا يمنع هيئة التحكيم من اختيار القانون المناسب للنزاع، ما لم تمنح الأطراف الهيئة هذا الحق. أسوة بما جاء في المادة (42) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بحيث تمنع الاتفاقية إصدار حكم التحكيم في حالة سكوت القانون وغموضه. حيث لا يدعم الباحث فكرة إعمال إرادة المحكم بدلاً من إرادة الأطراف في حالة سكوتهم، ونؤكد على ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن عقود الشراكة الدولية الاستثمارية.

المراجع

Faccio, S. (2023). *Investment Contracts and the Reform of Investment Arbitration: Towards Sustainability, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 38, Issue 3, 625–643.* Retrieved from https://doi.org/10.1093/icsidreview/siad026

Yas, B. (2024). *'The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration', in Katia Yannaca-Small (ed.), Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, 2nd Edition (2018; online edn.* Oxford Academic. Retrieved from https://doi.org/10.1093/law/9780198758082.003.0019

أ أبو الوفا. (1988). *التحكيم الاختياري والإجباري، الإسكندرية* (المجلد دون طبعة). منشأة دار المعارف.

إ ناصيف. (2006). *سلسلة أبحاث قانونية مقارنة (6): عقد ال BOT* . لبنان: المؤسسة الحديثة للكتب.

ج مشيمش. (2009). *التحكيم في العقود الإداريّة والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره (دراسة مقارنة)* (المجلد 1). بيروت: مكتبة زين الحقوقية والأدبية.

ح حداد. (2007). *التحكيم في القوانين العربية الجزء الأول* (المجلد 1). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

ر أبو زيد. (1981). *الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي* (المجلد بدون طبعة). القاهرة: دار الفكر العربي.

ر سلامة. (2017). *التحكيم في العقود الإداريّة الدولية الاستثمارية، رسالة دكتوراه*. الجامعة الأردنيّة.

ش المحروقي. (2005). *الإجراءات في الدعوى الإداريّة الإسكندرية* (المجلد 1). دار الجامعة الجديدة.

ص. السويلميين. (2015). *الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإداريّة*. دراسات / علوم الشريعة والقانون.

ع شرق. (2002). *العقود الإداريّة* (المجلد 1). مصر: الناشر المؤلفة.

ع العكور، م العدوان، و م بيضون. (2013). مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردنيّ، المجلد 40، العدد 1. *بحث منشور لدى مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون*.

ع حلمي. (1993). *معيار تمييز العقد الإداري، القاهرة، بدون طبعة*. دار النهضة العربية.

ف خيال. (2002). *التحكيم في عقود الدولة، رسالة ماجستير غير منشورة*. القاهرة، مصر: جامعة القاهرة.

ل ضيا. (2008). *خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن (1965)، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بيروت العربية*. بيروت، لبنان.

م الحبشي. (2008). *الوجيز في عقود البوت (BOT)*. مصر: دار الكتب القانونية.

م الجبوري. (2010). *العقود الإداريّة (ط) (1)* . الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع.

م الشرقاوي. (2011). *التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)* (المجلد 1). القاهرة: دار النهضة العربية.

م الظفيري. (2007). *الأساس القانوني لعقود البوت (BOT) في ظل كل من القانون الأردنيّ والقانون الكويتي لدراسة مقارنة، (رسالة ماجستير) غير منشورة*. الأردن: الجامعة الأردنيّة.

م العبادي. (2013). *طبيعة القانون الذي يحكم العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي الأردنيّة في القانون والعلوم والسياسة*.

م عبد التواب. (2009). *الموسوعة الشاملة في التحكيم، الكويت، المجلد الأول* (المجلد 1). دار مشاري للإصدارات القانونية.

م علوان. (1976). *بحث منشور لدى نقابة المحامين الأردنيّين بعنوان" الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية ، العدد (11)*. عمان.

م. راضي. (2005). *القانون الإداري طبيعة القانون الإداري - التنظيم الإداري - نشاط الإدارة العامة - الضبط الإداري - الوظيفة العامة - الأموال العامة - القرار الإداري - العقود الإداريّة* (المجلد 3). مصر: دار المطبوعات الجامعية.

مصطفى الجمال، و عبد العال عكاشة. (1998). *التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الإسكندرية، ج 1، ط1*. الفتح للطباعة والنشر.

و الحمود. (2010). *عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT): حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، (ط1)*. الأردن: دار الثقافة النشر والتوزيع.

ي. عبد الهادي. (2015). *العقد الإداري، الجوانب القانونية والإداريّة والأدبية دراسة تحليلية وحلول مقترحة. (ط1)*. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.