مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ونطاق تطبيقه في المملكة العربية السعودية

د .محمد سمير محمد جمعة

أستاذ القانون العام المساعد

كلية أدارة الأعمال – جامعة المجمعة - المملكة العربية السعودية

المقدمة

موضوع البحث وأهميته: -

يعتبر التحكيم من أهم الطرق في فض المنازعات، فقد تحول التحكيم إلى طريق استثنائي يسلكه أطراف العلاقة القانونية بإرادتهم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات.

ومن المؤكد أن المستثمرين وهم بصدد الدخول في علاقات قانونية مع الدول أو أحد إداراتها العامة عن طريق العقود الإدارية يحرصون على تضمين عقودهم ما يجعلهم مطمئنين للتعاقد ، وذلك بتضمين العقد شرط اللجوء للتحكيم والبعد عن القضاء الوطني، نظرا لأن التحكيم يوفر في الوقت والجهد والنفقات ويبدد الكثير من المخاوف لدى الشخص الأجنبي إذا تعذرت عليه معرفة التشريعات الوطنية وعدم ثقته في القضاء الوطني ، وبهذا أصبح التحكيم هو إحدى الوسائل الكفيلة بالحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد الإداري.

والتحكيم في فض منازعات العقود الإدارية لم يكن محل ترحيب من الفقه والقضاء في المملكة العربية السعودية أو في مصر. وهو الأمر الذي دفع المشرع بالتدخل والنص على جواز التحكيم صراحة في تلك المنازعات. وقد اشترط المنظم لجواز التحكيم في العقود الإدارية الموافقة الصريحة من الوزير المختص أو مجلس الوزراء.[1]

وقد عرف النظام السعودي التحكيم مثل باقي الأنظمة المعاصرة. وترجع أهمية التحكيم في الوقت الحالي نظرا لوجود الكثير من العقود الإدارية التي تبرمها الجهات الإدارية بالمملكة مع الأطراف الأخرى سواء المتعاقدين الوطنيين أو الأجانب ، وذلك لتسيير المرافق العامة.

---

١ انظر، د. جمال عباس عثمان. التحكيم في منازعات العقود الادارية ومدى تطبيقه في المملكة العربية السعودية. مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الاسلامي مصر، ٢٠١٤، ص ٣٩٨

الهدف من البحث: -

يهدف البحث إلى التعرف على موضوع التحكيم ومشروعيته والعقد الإداري محل هذا التحكيم، ويهدف البحث أيضاً التعرف على مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر، كما يهدف البحث إلى دراسة موقف النظام السعودي من التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الجهات الإدارية بالمملكة. وبيان مدى قبول التحكيم في منازعات العقود الإدارية بالمملكة.

منهج البحث: -

وسوف نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي لموضوع التحكيم في العقود الادرية، حيث نتناول بالتحليل مدى قبول التحكيم في العقود الإدارية في النظام المصري، كما نتناول موقف النظام السعودي وكذلك موقف القضاء السعودي من قبول التحكيم في العقود الإدارية.

خطة البحث: -

نتناول هذا البحث في مبحث تمهيدي ومبحثين متتاليين على النحو التالي: -

المبحث الاول: مفهوم التحكيم والعقد الإداري .

المطلب الأول: تعريف التحكيم وأهميته .

المطلب الثاني: صور التحكيم وأنواعه .

المطلب الثالث: مفهوم العقد الإداري محل التحكيم .

المبحث الثاني: مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية .

المطلب الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية .

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الثالث: نطاق تطبيق التحكيم في منازعات العقود الإدارية بالمملكة العربية السعودية

المطلب الأول: تطبيق التحكيم على العقود الإدارية في ضوء نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية .

المطلب الثاني: تطبيق التحكيم على العقود الإدارية بالمملكة في ضوء ديوان المظالم والقرارات التحكيمية .

المبحث الاول
مفهوم التحكيم والعقد الإداري

ونتناول في هذا المبحث تعريف التحكيم وأهميته، وكذلك ماهية العقد الإداري محل التحكيم، وذلك في ثلاثة مطالب متتالية على النحو الاتي: -

المطلب الأول: تعريف التحكيم وأهميته .

المطلب الثاني: صور التحكيم وأنواعه .

المطلب الثالث: مفهوم العقد الإداري محل التحكيم .

المطلب الأول
تعريف التحكيم وأهميته

ونتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم في الفقه والقضاء، وكذلك أهمية التحكيم في فرعين متتاليين:

الفرع الأول
تعريف التحكيم

أولاً: التعريف الفقهي للتحكيم:

التحكيم له عدة تعريفات فقهية أوردها فقهاء القانون في تناولهم لموضوع التحكيم نذكر منها ما يلي:

التحكيم هو طريق اتفاقي لتسوية المنازعات يخرج بمقتضاه النزاع من ولاية قضاء الدولة، ويعهد به إلى فرد أو هيئة للفصل فيه بحكم ملزم للطرفين.[1]

وعرفه البعض بأنه « اتفاق أطراف نزاع ما بعرضه على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي مع التزامهم بقبول الحكم المنبثق عن التحكيم والذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه، ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية التي يراد تنفيذه في نطاق اختصاصها. »[2]

---

١ أنظر: د. عزيزة الشريف، التحكيم الاداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص٢١، د. علي شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٣م، ص٥٥٦

٢ - د. يسري العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٤٠

ونجد أن جانبا آخر من الفقه عرفه بأنه : « وسيلة لحل النزاعات تقوم على اتفاق الطرفين على إحالة بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، إلى شخص أو أشخاص يختارونهم، ليفصلوا فيها بقرار ملزم لطرفي النزاع ».[١]

وقيل أيضاً في تعريف التحكيم بأنه « إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم، مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً.[٢] ويُعرف التحكيم الإداري بأنه « وسيلة قانونية تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدية أو غير عقدية فيما بينها، أو بين إحداها وأحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الأمرة ".[٣]

ثانياً: تعريف القضاء للتحكيم:

عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر التحكيم بأنه : اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.[٤]

وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه : عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المماألة، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحال الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً، من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.[٥]

كما عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأنه : الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم.[٦]

---

١ - د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية. دار الفكر العربي. القاهرة. ٢٠٠٧. ص٢٤٥

٢ - د. جورجي شفيق ساري. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٩٩م، ص١٩

٣ - د. عزيزة الشريف. المرجع السابق. ص٢١ وما بعدها

٤ - المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم٨٨٦ لسنة ٣٠ ق.ع. جلسة ١٨/١/١٩٩٤م

٥ - المحكمة الدستورية العليا. دعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ق. جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤م. الجريدة الرسمية العدد ٢ في ١٢/١/١٩٩٥م

٦ - فتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥م حتى آخر سبتمبر ١٩٩٥م. ص١٤٣

مما سبق يتضح أن معظم تعريفات التحكيم متقاربة وتحمل معاني لغوية متشابهة. حيث يوجد عدة عناصر أساسية في تعريف التحكيم، وهي اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم وعدم اللجوء للقضاء، كذلك الحكم الصادر من المحكمين يكون ملزماً لأطراف النزاع، وأخيراً وجود نزاع قائم بين أطراف العقد أو يحتمل قيامه فيما بعد.

الفرع الثاني
أهمية اللجوء للتحكيم

وترجع أهمية اللجوء للتحكيم في زيادة الاهتمام من جانب الدول العربية بالتنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات، وهو الأمر الذي على أثره قامت معظم هذه الدول بتعديل أنظمتها الداخلية وأجازت التحكيم في العقود الإدارية، وذلك لإيجاد نظام أكثر ملاءمة لمتطلبات التنمية الاقتصادية وكذلك لإيجاد حلول مناسبة للمنازعات التي قد تنشأ بين طرفي العقد الإداري.

وحيث إن اللجوء للتحكيم يحقق عدة مزايا نذكر منها ما يلي: -

١- أن اللجوء للتحكيم يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء، حيث إن القضاء في معظم الدول يعاني من كثرة القضايا المعروضة أمامه ؛ نتيجة لازدياد مشاكل الأفراد وتنوع الخصومات وتداخل المصالح الخاصة بهم، مما يمثل عبئاً كبيراً على عاتق القضاء، الأمر الذي نرى معه ضرورة اللجوء للتحكيم ، فهو يمثل نظاماً لا غنى عنه في الوقت الحالي، حيث أصبح من الضروري تخفيف العبء عن كاهل السلطة القضائية في الدولة.

٢- اللجوء للتحكيم يحقق المرونة والسرعة في حل النزاعات الناشئة عن العقد، حيث إن نظر النزاع أمام القضاء العادي قد يستغرق وقتاً طويلاً بالإضافة للكثير من الجهد والوقت، وعلى العكس فإن إنهاء النزاعات عن طريق التحكيم بالإضافة للسرعة في إنجاز المعاملات. فإن التحكيم كذلك يتصف بقدر من المرونة في نظر المنازعات التي تعرض عليه، ويؤدي إلى القيام بعمل مواءمات وتوفيقات من خلال القوانين والعادات السائدة، كما أن عقد جلساته تتم في أوقات مناسبة وسريعة لتقيد المحكمين بمدة معينة لإصدار حكمهم وحسمهم للنزاع المطروح وذلك على خلاف القضاء الرسمي.[١]

١ - د. وليد محمد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون. المجلد ٣٤، العدد الثاني، ٢٠٠٧، ص ٣٥٩

٣- اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات يعطي لأطراف النزاع قدراً كبيراً من الحرية في الاختيار، حيث يختار طرفا النزاع المحكمين الذين سينظرون النزاع، حيث يحق لهم اختيار أشخاص ذوي خبرة بموضوع النزاع، هذا بخلاف القاضي الذي يعين سلفاً من سلطات الدولة.[١]

٤- الفصل في المنازعات عن طريق التحكيم يحافظ على سرية المعاملات الناشئة بين أطراف النزاع، حيث يستطيع أطراف النزاع الحفاظ على سرية معاملاتهم وعدم كشف أسرارهم المهنية وعدم كشف مراكزهم المالية، وذلك بعكس اللجوء للقضاء، حيث إن إجراءات التقاضي تتسم بالعلانية مما قد يؤدي إلى إفشاء أسرارهم والكشف عن مراكزهم المالية.

٥- التحكيم يتميز ببساطة إجراءاته، فالقضاء دائماً ما يتسم بالإجراءات المعقدة والطويلة والدرجات المتعددة، بعكس التحكيم حيث يحدد إجراءاته أطراف النزاع، هذا بالإضافة إلى أن هيئة التحكيم يكون حكمها نهائياً وغير قابل للطعن عليه.

المطلب الثاني
صور وأنواع التحكيم في العقود الإدارية

ونتناول في هذا المطلب صور التحكيم، ثم نتناول الأنواع المختلفة للتحكيم وذلك في فرعين متتاليين

الفرع الأول
صور التحكيم في العقود الإدارية

التحكيم له صورتان: الأولى ما يسمى بشرط التحكيم، والثانية يطلق عليها مشارطة التحكيم

أولاً: شرط التحكيم: -

وهو اتفاق أطراف العقد على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي قد تثور حول العقد وتنفيذه. وشرط التحكيم عادة ما يتم إدراجه في العقد الأصلي. إلا أن هذا لا يمنع من الاتفاق عليه في وثيقة مستقلة عنه، تعد بمثابة ملحق للعقد الأصلي. وفي جميع الأحوال يكون سابق على قيام النزاع.

١ - د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، مصر، عدد أبريل ٢٠٠٢، ص٢٦

وشرط التحكيم – طبقاً للرأي الراجح في الفقه – مستقل عن العقد الذي ورد به ومن ثم فلا يؤدي بطلان هذا العقد إلى بطلان شرط التحكيم، وهذا الأمر يرتب اختصاص المحكم سلطة النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي، حيث إن المحكم لا يستمد ولايته من العقد الباطل. وإنما من شرط التحكيم المستقل عنه[١].

وقد أخذ المشرع المصري بفكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث تنص المادة ٢٣ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه « يعتبر 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 ».

ثانياً: مشارطة التحكيم: -

هي اتفاق يبرمه الأطراف، منفصلاً عن العقد الأصلي، بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلاً بصدد هذا العقد[٢]، ومن ثم فإن مشارطة التحكيم تأتي لاحقة على قيام النزاع بعكس شرط التحكيم والذي يكون سابقاً على نشوئه.

وقد اعترف قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بصورتي التحكيم، حيث تنص المادة ١٠ منه على أن « اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ».

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة (١٠) أنه « يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع ... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً ».

---

١ - د. محسن شفيق، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٩٥

٢ - راجع في ذلك، د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧٥

وشرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في العمل حيث تبين أن ما يقرب من ٨٠٪ من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم[١]. ويفسر ذلك بأن الاتفاق على شرط التحكيم قبل وقوع النزاع يكون أكثر سهولة من الاتفاق على المشارطة بعد وقوع النزاع.

ونخلص مما سبق أن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه، بينما مشارطة التحكيم تتعلق بنزاع قائم فعلاً يحيط أطرافه بكل جوانبه.

الفرع الثاني
أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع، فمن حيث إرادة الخصوم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث النطاق الجغرافي إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي، ومن حيث تطبيق قانون معين أو دون التقيد بقانون إلى تحكيم بسيط وتحكيم مع التفويض بالصلح.

أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري:-

- التحكيم الاختياري: الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً في كل أنواع المنازعات، بحيث يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع، في اتفاق يختارون فيه المحكم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم.

وهو بهذا المعنى يعني ترك الحرية الكاملة لأطراف النزاع في اللجوء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم، ويكون اللجوء إلى أحد الطريقين مسقطاً للآخر[٢]

- التحكيم الاجباري: وقد يكون التحكيم إجبارياً حينما يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات نظراً لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعة الناشئة عنه[٣]، ومثال التحكيم الاجباري في العقود الإدارية ما كان عليه التحكيم في منازعات شركات القطاع العام والهيئات العامة في مصر[٤].

---

١ - د. ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٤٦

٢ - د. شمس ميرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٧٤، ص ٩

٣ انظر: د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٩ . د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٧

٤ - أنظر: د. عبدالمجيد الأحدب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٤١٨ وما بعدها

وقد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركاً للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم.

أما في النظام السعودي فلم يرد فيه أي نص يفيد أن يكون التحكيم إجبارياً، فقد أعطى المنظم السعودي للجهة الإدارية والمتعاقد معها الحرية في اللجوء إلى التحكيم بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء، وفي ذلك نصت المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٦ وتاريخ ١٤٠٣/٧/٢١هـ على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين ».

ثانياً: التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي:-

يعتبر التحكيم داخلياً ويخضع لأحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ متى صدر حكم التحكيم في مصر[١]، حتى ولو كان تحكيماً تجارياً دولياً، أي يحسم نزاعاً ناشئاً عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي.

ويعتبر التحكيم خارجياً إذا صدر حكم التحكيم فيه خارج مصر، ولا يخضع بالتالي للقانون المصري، إلا إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون (م/١ من قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم).

ثالثاً: التحكيم المقيد بقانون والتحكيم بالصلح:-

التحكيم المقيد بقانون: هو التحكيم الذي يستند فيه المحكم في إصدار حكمه إلى قواعد قانون معين يطبق على النزاع، وهذا القانون الذي تلتزم به الهيئة هو القانون الذي يحكم موضوع المنازعة أو أي قانون آخر تراه هيئة التحكيم ملائماً للفصل في النزاع[٢].

- التحكيم بالصلح: هو ذلك النوع من التحكيم لا تتقيد فيه هيئة التحكيم بأحكام قواعد قانونية معينة، وإنما تفصل في المنازعة على أساس ما تتحقق به العدالة، حتى ولو كان الحكم الذي يصل إليه المحكمان لا يتطابق مع حكم القانون فيما لو عرض الأمر على القضاء[٣].

١ - د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٠

٢ - د. غالب صبحي المحمصاني، مميزات التحكيم المطلق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، بيروت، ١٤٢١هـ، ص٦٧

٣ - د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٩٨، ١/١٠٨

وقد أخذ المشرع المصري بكلا النوعين من التحكيم حيث نصت الفقرتين الأولى والثانية من قانون التحكيم على أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، أو القواعد الموضوعية في القانون التي ترى هيئة التحكيم أنها أكثر اتصالاً بالنزاع، إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع.

هذا بالإضافة إلى نص الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه « يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون ».

ولا يجوز للجهة الإدارية أو المتعاقد معها الطعن على هيئة التحكيم بالصلح إلا في حالة مخالفة حكمها لقاعدة قانونية آمرة أو مخالفة للنظام العام[1].

ويأخذ نظام التحكيم السعودي بالتحكيم المقيد باعتباره الأصل في التحكيم، فقد نصت المادة ٣٩ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادرة في ١٤٠٥/٩/٨هـ على أنه « يصدر المحكمون قراراتهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية، عدا ما نص عليه في نظام التحكيم ولائحته التنفيذية، وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية ».

المطلب الثالث
مفهوم العقود الإدارية محل التحكيم

ونتناول في هذا المطلب تعريف العقود الإدارية، ثم نتناول الخصائص المميزة للعقود الإدارية

الفرع الأول
تعريف العقود الإدارية

وقد عرف الفقه الإداري، العقد الإداري بأنه « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ».[2]

١ - د. فاطمة محمد الموا، عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ، ص ٢٩٢

٢ - راجع: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٢٠

وعرفه البعض بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره وأن تظهر فيه مظاهر الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.[١]

وقد عرفه ديوان المظالم السعودي بأنه « العقد الذي يبرم بين مختلف جهات الإدارة وبين الأفراد أو المؤسسات العامة أو الشركات لتأمين تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد بحيث يتضمن بطبيعته شروطاً ويضع التزامات غير مألوفة في مجال العقود المدنية أو التجارية ».[٢]

وينشأ العقد الإداري إثر توافق إرادتي الإدارة والمتعاقد معها، حيث يصدر إيجاب من المتعاقد مع الإدارة اذا صادفه قبول منها انعقد العقد.

وفي تحديد الايجاب والقبول في العقود الإدارية، ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن " الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد، وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها، هو الايجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد ».[٣]

الفرع الثاني
الخصائص المميزة للعقد الإداري

يستند العقد الإداري على عدة خصائص، إذا توافرت كان العقد إدارياً ، وإذا تخلفت أو تخلف أحد منها انتفت عن العقد صفة العقد الإداري، ويمكن القول بأن الخصائص المميزة للعقد الإداري، تنحصر في ثلاث خصائص:

أولاً: أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا عاما:

لا يجوز أن يوصف عقد بأنه إداري، إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل جهة إدارية عامة، وإذا كان من الجائز والمقبول أن تكون الإدارة طرفاً في عقد مدني غير إداري، فإنه ليس من المعقول أن يوصف عقد بأنه إداري إذا تبين أن جميع أطرافه من أشخاص القانون الخاص.

---

١ - د. محمد سمير جمعه، العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠١٧، ص ٩

٢ - راجع ، ديوان المظالم ، قرار هيئة التدقيق رقم (٤٣٥/ ت/ ١) لعام ١٤٢٧هـ

٣ - المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٢٤٦ لسنة ٤٢ ق، جلسة ٢١/١١/٢٠٠٠م، مجلة المحاماة، العدد الثاني، ٢٠٠٢م، ص ٥٢٢

ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، بل لابد من توافر الشروط الثلاثة الآتية:-

١- أن يظل الشخص المعنوي العام محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد ، فإذا فقدها أثناء التنفيذ بتحوله إلى أحد أشخاص القانون الخاص غدا العقد عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني.[١]

٢- يجب أن تبرم الإدارة العقد بوصفها سلطة إدارية عامة، فإذا أبرمته بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص عُد العقد عقداً مدنياً.

وقد قضي في ذلك بأن تعاقد الإدارة مع مقاول مباني بصفته ناظرا للوقف، أي كشخص من أشخاص القانون الخاص، وليست كسلطة عامة، لا يسبغ على العقد الصفة الإدارية.[٢]

وتأكد المبدأ السابق في قضاء المحكمة الدستورية العليا، حيث ذهبت في حكمها إلى أنه « يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً عاماً، ويتعاقد بوصفه سلطة عامة ... « .[٣]

٣- يجب أن تبرم السلطة التنفيذية العقد بوصفها سلطة إدارة وليست سلطة حكم، فالسلطة التنفيذية تعتبر سلطة إدارة عندما تباشر أعمالاً تتعلق بتسيير المرافق العامة، ومن ثم فإن العقد يكون إدارياً إذا أبرمته السلطة التنفيذية بوصفها جهة إدارة.[٤]

ثانياً: أن يتعلق العقد بمرفق عام:

ليست كل ما تبرمه الإدارة من عقود يكتسب الصفة الإدارية، فالإدارة إلى جانب إبرامها لتلك العقود، تبرم أيضاً عقوداً مدنية، إذا رأت أن مصلحتها تقتضي ذلك.[٥]

والمرفق العام : هو كل مشروع تتولاه الدولة بنفسها أو تحت إشرافها بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين.[٦]

---

1 - المحكمة الإدارية العليا. طعن رقم 451 لسنة 43 ق. جلسة 2/1/1991م

2 - المحكمة الإدارية العليا. جلسة 13/12/1987م. مجموعة أحكام السنة الثانية والعشرين. ص 258

3 - المحكمة الدستورية العليا. قضية رقم 1 لسنة 21 ق. جلسة 5/1/1991م. المجموعة. جزء 4. ص 635

٤ - راجع: د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع السابق. ص 40 وما بعدها

٥ - د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية. الداخلية والخارجية. دار محمود للنشر. القاهرة، ٢٠١٥. ص٤٢

٦ - د. طعيمة الجرف. القانون الإداري. مكتبة القاهرة الحديثة. القاهرة. ١٩٨٤. ص ٥٣

فمناط قيام العقد الإداري إلى جانب أن تكون الإدارة أحد أطرافه إذن هو أن يتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام، من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته ، مراعاة لوجه المصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة.[١]

وفي ذات السياق يؤكد ديوان المظالم السعودي على أهمية هذا الشرط حيث يقول « إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص ، مناطه : احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجهة المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، بينما تكون مصلحة الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية بينما في العقود الإدارية غير متكافئة لأنه يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة.[٢]

وقد يأخذ اتصال العقد بالمرفق العام عدة صور، مثل صورة عقد إنشاء مرفق عام كعقود الأشغال العامة، وقد يأخذ صورة أخرى مثل المساهمة في إدارة مرفق عام كعقود الامتياز، أو صورة تسيير المرفق العام كما في حالة عقود التوريد.

ثالثاً: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص:

فلا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتعلق العقد بمرفق عام، وإنما يجب بالإضافة لما سبق أن تقوم الإدارة بإتباع أساليب القانون العام في إبرامها للعقد، وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، والتي يكون فيها التوازن بين طرفي العقد والمساواة بين كل منهما.

ويعتبر الفقهاء أن شرط تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص هو أهم الشروط المميزة للعقود الإدارية.[٣]

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية، أن يكون للإدارة حق تعديل العقد بإرادتها، ودون انتظار لقبول من المتعاقد معها، وكذلك حق الإدارة في الاشراف على التنفيذ، وقد يتضمن العقد حق الإدارة في وقف العقد مؤقتاً أو فسخه أو إنهائه بإرادتها المنفردة، ودون حاجة لرضاء المتعاقد.[٤]

١ - المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٥/١/١٨م
٢ - قرار ديوان المظالم رقم ٣٣/ت لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم ١/٥٠٤/ق ١٤٠٠هـ
٣ - د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص٣٦
٤ - د. محمد سمير جمعه، المرجع السابق، ص ١٥

وتعتبر هذه الشروط أو الامتيازات هي أهم ما يميز العقود الإدارية، لأنه بموجب هذه الامتيازات، تستطيع جهة الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، التزامات تجعل طرفي العقد غير متساويين.[1]

المبحث الثاني
مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية

ونتناول في هذا المبحث موقف كل من الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية، ثم نتناول التطور التشريعي في قبول التحكيم في منازعات العقود الإدارية. وذلك في مطلبين على النحو التالي: -

المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية .

المطلب الثاني: التطور التشريعي في قبول التحكيم في العقود الإدارية .

المطلب الأول
موقف الفقه والقضاء من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

مع غياب النصوص التشريعية المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية، قبل صدورها بعد ذلك، فقد انقسم الفقه والقضاء في موضوع التحكيم في العقود الإدارية إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يعارض اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، والثاني يجيزه.

الفرع الأول
الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

بداية يجب الإشارة إلى أن المبدأ العام في فرنسا هو عدم جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.[2]

وهذا المبدأ أيده الفقه والقضاء الفرنسي، حيث ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية.[3]

---

١ - د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ١٥

2 - A.SIALI, le recours des personnesmorales de droit public a L' arbitrage, Th,Bourgogne, 1998; Ch JARROSSON, " L' arbitrage en droit public" AJDA 1997, P. 16

3 - E. LAFERRIERE, Traite de la Juridiction administrative et des recourscontentieux, 1er ed, T. paris, 1888, p.145 L. RICHER, Droit des contratsadministratifs, 3e ed, LGDJ, paris, 2002, p.294.

وفي ذات الاتجاه سارت أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أكدت على مبدأ عدم جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.[1]

وفي مصر فقد استند الرأي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية إلى عدة حجج أهمها:

١- أن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة : فالتحكيم يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، بما ينطوي عليه من سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي يُعد مظهراً من مظاهر تلك السيادة.

فاللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الإدارية فيه مساس بسيادة الدولة من ناحيتين الأولى: سلبه لاختصاص القضاء الوطني، والثانية: سماحه للمحكم باستبعاد القانون الوطني من التطبيق على النزاع محل اتفاق التحكيم[2]

٢- التحكيم يمثل اعتداء على اختصاص القضاء الوطني: ذهب هذا الاتجاه إلى أن نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة تؤيد وجهة نظرهم في فقرتها الحادية عشر والتي تنص على : أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد، أو بأي عقد إداري آخر. وبناء على ذلك يصعب التسليم بخضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية للتحكيم، إذ لم ينص المشرع صراحة على خضوعها له.[3]

وبذلك يكون النص قد قصر تسوية منازعات العقود الإدارية على القضاء الإداري دون سواه من وسائل تسوية المنازعات الإدارية، ومنها التحكيم.

٣- مخالفة التحكيم للدستور: ذهب أنصار الرأي الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى مخالفته لنص المادة ١٧٢ من الدستور (دستور ١٩٧١م، والتي تقابل المادة ١٩٠ من الدستور الحالي) حيث تنص على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى».[4]

---

1 - par example, C.E 8 Juillet, 1959, secretaire d'etat aux force armees, C. SieuHouseaux. Rec, P. 438

2 - د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع السابق، ص 05

٣ د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٣، العدد الأول، يونيه ١٩٩١م، ص ٣٣٠

4 - د. منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 952

وبناء على ذلك فإن التحكيم الذي يعتبر سلباً لاختصاص مجلس الدولة لا يجوز في العقود الإدارية، وذلك لأن اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات هذه العقود قد قرره الدستور.

٤- تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام: يرى أنصار الرأي الرافض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية أن التحكيم في تلك المنازعات يمثل إخلالاً بفكرة النظام العام. على اعتبار أن المقصود بهذه الفكرة في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية، بشكل كامل بالمقارنة بالعقود المدنية، ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من المشرع.[١]

أما القضاء فقد ذهب، هو الآخر، في بداية الأمر إلى رفض اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه : لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ؛ لان ذلك يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات، وذلك طبقاً للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م.[٢]

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١٦٧٥، ١٩٥٦ لسنة ٣٠ ق بجلستها المنعقدة في ١٩٩٠/٣/١٣ بنفس المضمون السابق، حيث أقرت عدم جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة العامة، المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، والتي تجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوطاً بمجلس الدولة وانتهت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون، وعليه قضت بإلغاء الحكم المطعون فيه الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى المقيدة برقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق.

كما أن محكمة القضاء الإداري اتبعت ذات النهج في عدة أحكام لها ورفضت اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.[٣]

- وتجدر الإشارة إلى أن المتابع لأحكام القضاء الإداري في الفترة قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م، يتضح له مدى التردد الذي ساد أحكام مجلس الدولة إزاء التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وربما كان مبعث ذلك عدم النص الصريح على حسم هذه المسألة المهمة بنص قانوني واضح.

١ - راجع: د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص١٦٢

٢ - المحكمة الإدارية العليا، ١٩٩٠/٣/٢٠، طعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٣ق

٣ - محكمة القضاء الإداري، ١٩٩١/١/٣٠، طعن رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ق

الفرع الثاني
الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

سبق وأن ذكرنا أن المبدأ العام في فرنسا هو عدم جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، إلا أن المشرع الفرنسي أورد استثناءات على هذا المبدأ وهي: -

١- تدخل المشرع الفرنسي بمقتضى قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦م، وأجاز التحكيم لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الاشغال العامة والتوريد، ويقتصر تطبيق المادة ٦٩ من القانون السابق ذكره (والتي تقابل المادة ١٣٢ من قانون الاشغال العامة الجديد) على عقود الاشغال العامة وعقود التوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والبلديات، ويشترط للجوء للتحكيم وفق هذا القانون صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم.[١]

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي اللجوء إلى التحكيم وفقاً للمادة سالفة الذكر استثناءً لا يجوز التوسع فيه.[٢]

٢- تدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى بإصدار قانون ١٤ أغسطس ١٩٨٦ الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة قبول شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية، سواء كانت عقوداً إدارية أو مدنية، ويشترط لذلك أن يكون العقد دولياً وأن يتعلق بمشروع ذي نفع قومي ، وأن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم.[٣]

وفي مصر أيد جانب من الفقه جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية (قبل صدور قانون ٤٧ لسنة ١٩٩٤م المنظم للتحكيم) وذلك استناداً إلى الآتي:

١- أن نصوص قانون المرافعات تجيز الاتفاق على التحكيم، حيث تنص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات (قبل إلغائها) على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن عقد معين » .

واستند أنصار هذا الرأي إلى عمومية كلمة « عقد معين » ، حيث إن نص المادة ورد عاماً غير محدد نوع العقد، فلم يفرق بين العقد الإداري أو العقد المدني.[٤]

---

1 -LAUBADERE (DE.A): MODERNE (F); DELVOLVE (P): Traite des contrats administratif, Tome, 2, LGDJ, Paris, 1983,P.945.

2 - C.E,8 Fevrier 1935,ville de saint- servan, Rec, P.173.

٣ - راجع في ذلك: د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٨٢

٤ - د. محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة، طنطا، ١٩٩٣، ص ١٦٥

٢- مضمون نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة التي بينت اختصاص محاكم المجلس بنظر منازعات العقود الإدارية، فقد أراد المشرع بيان اختصاص القضاء الإداري عن القضاء العادي ولم ينص على حظر اللجوء إلى التحكيم الاختياري، ولو أراد المشرع تقرير هذا الحظر لنص عليه صراحة.[١]

٣- أن اللجوء للتحكيم يوفر الجهد والوقت والمال وخصوصاً في المنازعات التي فيها طرف أجنبي، حيث يفضل غالباً اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الإداري.[٢]

وبالرغم من التردد في أحكام القضاء الإداري في الأخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، إلا أن المحكمة الإدارية العليا حكمت بجواز هذا التحكيم، ومؤكدة مشروعية شرط التحكيم الوارد بالعقد، وبأنه يخضع للقواعد الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المنظمة للتحكيم، ومقررة أن وجود شرط التحكيم في العقد، يؤدي إلى منع المحكمة من سماع الدعوى، طالما بقي شرط التحكيم قائماً.[٣]

وعلى الرغم من إجازة أنصار هذا الاتجاه الفقهي للتحكيم في العقود الإدارية، إلا أن بعضهم يبدي تحفظات في هذا الشأن ، حيث يرى اقتصار إجازة التحكيم على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بمعناها الفني، وهذا الأمر لن يحتاج إلى تدخل تشريعي يجيزه، حيث تستند إجازة ذلك إلى الاتفاقيات الدولية التي تنضم إليها مصر وتقر التحكيم.[٤]

المطلب الثاني

التطور التشريعي في مجال التحكيم في العقود الإدارية

بعد تناولنا لموقف الفقه والقضاء من التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وظهر لنا مدى التردد للفقه وللقضاء حول الأخذ بالتحكيم من عدمه، وهو الأمر الذي حدا بالمشرع المصري بالتدخل وإصدار أكثر من قانون لإخضاع منازعات العقود الإدارية للتحكيم، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

---

١ - د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الإدارية. دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٩٧. ص ٣٤٥

٢ - د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية. دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٩٧م. ص ٥٧ وما بعدها.

٣ - المحكمة الإدارية العليا. طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ق. جلسة ١٨/١/١٩٩٤م

4 - د. محمد ماجد محمود، العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة 53، العدد الثاني، ديسمبر 3991م، ص 941

الفرع الأول
صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وذلك بعد إلغائه للمواد من ٥٠١ حتى ٥١٣ من قانون المرافعات والمتعلقة بتنظيم التحكيم، حيث نصت مادته الأولى على الآتي « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر ، أو كان تحكيماً دولياً يجري في الخارج ، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

واشترطت المادة الحادية عشر من القانون في الموضوع الذي يتم فيه التحكيم أن يكون قابلاً للتصرف فيه والتصالح بشأنه.

وفي ظل هذا القانون أقر القضاء الإداري إجازة اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية، وقد تأكد هذا المسلك في حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى المقامة من وزير الأشغال بصفته ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوربية المنفذة لمشروع قناطر إسنا الجديدة، حيث رفضت المحكمة طلب المدعي (وزير الأشغال) ببطلان حكم هيئة التحكيم في الدعوى لعدم اختصاص تلك الهيئة بنظرها لتعلقها بعقد إداري ، وهو عقد أشغال عامة ، والذي ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره.[1]

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن إلى أن التحكيم باعتباره وسيلة أقرها المشرع وأجاز لطرفي العقد – استثناء – الاتفاق عليها للفصل فيما يثور بينهما من منازعات بشأن هذا العقد هو في واقع الأمر حسبما ذهبت محكمة النقض في العديد من أحكامها « سلب لهذا الاختصاص القضائي سواء بالنسبة لمحاكم مجلس الدولة أو المحاكم العادية » أو هو بحسب تعبير المحكمة الدستورية العليا بمثابة عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناءً من خضوعها أصلاً له.[2]

---

١ - محكمة القضاء الإداري. قضية رقم ٤١٨٨ لسنة ٤٨ ق، جلسة ١٩٩٦/١/١٨م

2 - المحكمة الدستورية العليا. دعوى رقم 31 لسنة 51 ق، جلسة 4991/21/71م. منشور بالجريدة الرسمية، عدد 2 بتاريخ 5991/1/21م

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حينما عُرض عليها أمر التحكيم في العقود الإدارية. بعد استعراضها للمادتين الأولى والثانية من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م إلى رفض التحكيم في العقود الإدارية في ظل الوضع التشريعي الذي أتى به قانون التحكيم المذكور، وبناء على ذلك انتهت في فتواها إلى أن إجازة التحكيم في العقود الإدارية يتطلب تدخلا من المشرع يجيز فيه هذا التحكيم صراحة، وبضوابط محددة، وقواعد منظمة.[١]

وقد حثت تلك الفتوى المشرع على إصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، حسماً منه للخلاف الذي دار حول مدى انطباق هذا القانون على منازعات العقود الإدارية، حيث نص القانون الجديد على ذلك صراحة.[٢]

الفرع الثاني
صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

رغبة من المشرع المصري في حسم الخلاف الفقهي والقضائي والإفتائي بشأن جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد تدخل المشرع بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م ليؤكد على جواز تسوية منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، وذلك بتعديل الفقرة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م لتكون على الوجه التالي « تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م فقرة ثانية نصها كالآتي: - « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك » ، كما نصت الفقرة الثانية من القانون على أن يعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

وقد أصدر المشرع هذا التعديل المهم مدفوعاً بالرغبة في استقرار الأوضاع القانونية وتهيئة مناخ مناسب للاستثمارات الأجنبية للتدفق على مصر، حيث يرى أصحاب الأعمال أن في التحكيم وسيلة مثلى لتسوية منازعات العقود الإدارية.

---

١ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة. جلسة ١٨/٢/١٩٩٦م، ملف رقم ٥٤/١/٣٣٩ ، ١٦٠ في ٢٢/٢/١٩٩٧م

٢ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٦٧

أولا: نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

- النطاق الموضوعي للقانون: نص القانون على جواز التحكيم في كافة أنواع العقود الإدارية، وطنية كانت أم ذات طابع دولي، حيث لم يخص القانون نوعاً معيناً من العقود يتم تسوية نزاعاته عن طريق التحكيم.

- النطاق الزمني للقانون: نصت المادة الثانية من القانون على أنه « ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره ».

ومقتضى هذا النص، أن التعديل الذي استحدثه هذا القانون بخضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم يطبق من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، وبالتالي فليس له أثر رجعي، ذلك أن مثل هذا الأثر لا يكون إلا بقانون.

ثانياً: شروط تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

١- موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

وبناء على هذا الشرط فإنه لا يجوز لأي جهة حكومية أن تضمن العقد شرطاً أو مشارطة التحكيم إلا بموافقة الوزير المختص، وهذا يعني بالضرورة أن المفروض على الوزير المختص مراجعة مشروع العقد قبل إبرامه ثم يوافق على جواز اللجوء إلى التحكيم.[١]

فقد نصت المادة الأولى من القانون على أنه « وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك »، ومن ثم فإن تفويض الوزير المختص أو من يقوم مقامه بشركات القطاع العام، يبطل اتفاق التحكيم الذي تم بناءً على هذا التفويض الباطل لصدور الموافقة عليه من غير ذي صفة، الأمر الذي تنحسر معه ولاية هيئة التحكيم عن نظر هذا النزاع، ولا تكون مختصة بالفصل فيه، حيث تقضي بعدم اختصاصها بنظره.[٢]

وقد انتقد بعض الفقه هذا الشرط فيما يتعلق بضرورة صدور موافقة من الوزير المختص لإمكان اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي : حيث يؤدي ذلك إلى الاضرار بالحكومة المصرية، والتي تعتبرها هيئة التحكيم

١ - د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ١٠٣

٢ - د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٧١

طرفاً في النزاع، حيث إن الوزير الذي يمثلها وقع على العقد محل النزاع بإجازته تسويته عن طريق التحكيم، « وقد حدث ذلك بالفعل حينما وقع وزير السياحة المصري على العقد المبرم عام ١٩٧٤م بين الهيئة العامة للسياحة والفنادق من ناحية وشركة ممتلكات الباسيفيك من ناحية أخرى والمتعلق بإنشاء مركز سياحي بمنطقة الأهرامات، قد أدى إلى إلزام هيئة التحكيم للحكومة المصرية بأداء تعويض للشركة الأجنبية قدره ٢٧,٦ مليون دولار أمريكي في مايو ١٩٩٢م، عن الأضرار التي أصابتها من جراء إلغاء هذا المشروع توقياً لأضراره، بالنسبة لمنطقة الأهرامات ذات القيمة الأثرية ».[1]

٢- ضرورة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة

وهذا الشرط تنص عليه المادة ٥٨ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة، فإنه يتعين على وزارات ومصالح الدولة وهيئاتها العامة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عند إبرام عقد يتضمن شرطاً أو مشارطة تحكيم إذا كانت قيمة العقد تتجاوز خمسة آلاف جنيه. فتنص المادة ٥٨ في فقرتها الثالثة على ما يلي « ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة ».

على أن أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة وان كان أمراً ملزماً ويجب على الإدارة اتباعه، إلا أنها غير ملزمه باتباع الرأي الذي تفتي به الإدارة.[2]

الفرع الثالث

صدور قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م

وبصدور قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ م، أكد المشرع جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث نصت المادة ٤٢ من هذا القانون على أنه « يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص، مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ».

1 - د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، 2000م، ص 221

2 - د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة البحوث الإدارية، مصر، عدد أبريل 2002، ص 89

وهذا القانون نص صراحة على جواز الاتفاق بين طرفي العقد الإداري على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذه، مع اشتراط موافقة الوزير المختص على التحكيم، مع الاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الإداري محل النزاع.

المبحث الثالث
نطاق تطبيق التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية

إن المنظم السعودي وضع طرقاً نظامية يتم من خلالها الفصل في المنازعات الناشئة بين الأفراد وبعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة، وهذه الطرق تتمثل في القضاء العام، وقضاء ديوان المظالم السعودي، هذا بالإضافة إلى بعض المنازعات، مثل اللجان العمالية وغيرها ....، كما أن المنظم السعودي أضاف إلى تلك الطرق طريقاً آخر للفصل في المنازعات وهو التحكيم.

وسنتناول في هذا المبحث اللجوء للتحكيم كأحد الطرق في تسوية المنازعات في مجال العقود الإدارية بالمملكة العربية السعودية، وذلك في النظام السعودي وأحكام ديوان المظالم والقرارات التحكيمية الصادرة في منازعات التحكيم. وبناء على ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي: -

المطلب الأول: التحكيم في العقود الإدارية في ضوء نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية.

المطلب الثاني: التحكيم في العقود الإدارية في ضوء أحكام ديوان المظالم والقرارات التحكيمية.

المطلب الأول
التحكيم في العقود الإدارية على ضوء نظام التحكيم السعودي

ونتناول هذا المطلب في فرعين متتالين نتناول في الأول التطورات على نظام التحكيم في المملكة، ثم نتناول في الفرع الثاني الحصول على الموافقة الأولية من صاحب الاختصاص للجوء للتحكيم.

الفرع الأول
التطورات على نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية

أولاً: صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ بتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ:

كان التحكيم يطبق فقط على المنازعات التجارية وفقاً للنظام التجاري الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ بتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ (والمعروف بنظام المحكمة التجارية)، ولم يكن هناك أي تنظيم يذكر للتحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك قبل أن يصدر قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ بتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ، ولكن نظراً لزيادة المعاملات التجارية والاقتصادية التي تقوم بها المملكة العربية السعودية مع بعض الدول الأجنبية، الأمر الذي ينتج عنه بعض الخلافات أو المنازعات حول تطبيق أو تفسير بعض العقود المبرمة بين المملكة وبين شركات هذه الدول المتعاقدة معها، ونظراً لما لاحظه ديوان المظالم من قبول بعض الوزارات أن يكون القانون السويسري، أو بعض المراجع القضائية مرجعاً لحل الخلافات الناشئة بينها وبين الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، اقترح أن يكون ديوان المظالم هو المرجع القضائي لحل كل خلاف ينشأ بين الجهات الإدارية والشركات.[1]

وعلى ضوء ما تقدم صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ في تاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ والذي نص على أنه « لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشب بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة. ويستثنى من ذلك الحالات الاستثنائية التي تمنح فيها الدولة امتيازاً هاماً، وتظهر لها مصلحة قصوى في منح الامتياز متضمناً شرط التحكيم».

ويستفاد من القرار السابق ما يلي: -

١- أن الأصل في النظام السعودي هو عدم جواز لجوء الجهات الإدارية بالمملكة إلى التحكيم على اختلاف أنواعه في المنازعات الإدارية التي تنشب بينها وبين الجهات المتعاقد معها بالعقد.

٢- أن هذا القرار استثنى من مبدأ عدم جواز اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية، تلك المنازعات التي تنشب عن عقود الامتياز وذلك نظراً لأنها تتضمن مصالح حيوية للدولة.

---

١ أنظر: د. عبدالله بن حمد الوهيبي. القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها. مكتبة العبيكان. الرياض. الطبعة الأولى. ١٤٢٣هـ. ص٤٢٤

٣- أن هذا القرار يُعد بمثابة أول قرار ينظم التحكيم فيما يخص المنازعات الإدارية، والتي تتضمن منازعات العقود الإدارية في النظام السعودي.

٤- أن القرار بين أنه تجب موافقة الدولة أولاً قبل اللجوء للتحكيم في العقد.[١]

وتطبيقاً لهذا القرار، أصدر مجلس الوزراء السعودي القرار رقم ١٠٠٧ بتاريخ ١٣٨٨/٧/٧هـ بقبول التحكيم في العقد المبرم بين أمانة مدينة الرياض وشركة أنكاس لمشروع تطوير مدينة الرياض، واتفق الطرفان على أن يقوم كل منهما باختيار مندوب معترف به في غرفة التجارة الدولية بباريس، وعند حدوث اختلاف بين المندوبين للوصول إلى تسوية يعود الأمر إلى ديوان المظالم للبت في النزاع.[٢]

ثانياً: صدور المرسوم الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ:

ظل العمل بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ سالف الذكر، حتى صدر المرسوم الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ، فقد نصت المادة الثالثة منه على أنه « لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذ الحكم»

ويستفاد من هذا النص ما يلي: -

١- أن النظام السعودي قد تطور تدريجياً وأصبح يجيز التحكيم في المنازعات الإدارية، والتي منها منازعات العقود الإدارية.

٢- أن النظام لم يقصر اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى نوع معين من العقود، وإنما جاء النص شاملاً لجميع المنازعات، بخلاف المرحلة الأولى التي كانت تقصر التحكيم في منازعات عقود الامتياز فقط.

٣- يجب على الجهات الإدارية قبل اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية، طلب موافقة رئيس مجلس الوزراء، وتكون الموافقة له دون غيره من بقية أعضاء المجلس.

ثالثاً: صدور المرسوم الملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ:

صدر نظام التحكيم السعودي الجديد بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، حيث نص في مادته الثانية على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة

١ - د. جمال عباس عثمان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ومدى تطبيقه في المملكة العربية السعودية، مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي، مصر، ٢٠١٤م، ص٤٥

٢ - راجع في ذلك: د. عبدالفتاح حسن، دروس في القانون الإداري، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٣٩٢هـ، ص ٢١٧

الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفا فيها، تسري أحكام هذا النظام على كل تحكيم، أيا كان طبيعة العلاقة النظامية التي يدور حولها النزاع ...».

ويستفاد من نصوص النظام الجديد الآتي: -

١- إلغاء العمل بنظام التحكيم السابق والصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ حيث تنص المادة ٥٧ من النظام الجديد على أنه « يحل هذا القانون محل قانون التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ ».

٢- أن أحكام هذا النظام تسري على جميع المنازعات، مهما كان نوع العلاقة النظامية التي تنشأ عنها المنازعة أو يدور حولها النزاع.

٣- وجوب الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء قبل الاتفاق على اللجوء للتحكيم، حيث تنص المادة العاشرة من نظام التحكيم الجديد على أنه « لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك ».

الفرع الثاني

وجوب الموافقة من السلطة المختصة على اللجوء للتحكيم

توجب أنظمة التحكيم في المملكة العربية السعودية على الجهات الإدارية عند اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أن تكون هناك موافقة أولية من رئيس مجلس الوزراء.

وهذا الأمر قد نص عليه أكثر من نظام، ففي نظام التحكيم رقم م/٤٦ الصادر بتاريخ ١٤٠٣/٣/١٢هـ، نصت المادة الثالثة على أنه « لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ... ».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من نظام التحكيم الجديد رقم/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ على أنه « لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء... ».

ويستفاد من النصوص السابقة، أن النظام السعودي جعل موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم أمراً وجوبياً.

ويرى البعض[1] أن الحكمة من وجوب الموافقة على اللجوء للتحكيم، حتى تكون وسيلة لعدم الإسراف في اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية، كما أن هذه الموافقة تُعد صمام الأمان بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي لارتباطها الوثيق بأمور التنمية، كما تعد أحد العوامل التي تؤدي إلى تقوية القدرة التنافسية للشركات الوطنية في مواجهة الشركات الأجنبية.

والحصول على الإذن بالتحكيم يشمل جميع الأجهزة الحكومية، بما في ذلك المؤسسات والهيئات العامة الإدارية والاقتصادية.[2]

وقد قصر النظام الموافقة على اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية على رئيس مجلس الوزراء فقط دون بقية أعضاء المجلس، وبالتالي فإن له السلطة التقديرية في الموافقة من عدمها.

وقد أورد نظام التحكيم الجديد (رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ) بالفقرة الثانية من المادة العاشرة استثناءً على وجوب الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء، وهي حالة صدور نص نظامي خاص يجيز التحكيم مباشرة دون اللجوء للموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء.

المطلب الثاني

التحكيم في العقود الإدارية على ضوء أحكام ديوان المظالم والقرارات التحكيمية

ونتناول هذا المطلب في فرعين متتاليين على النحو التالي: -

الفرع الأول

التحكيم في العقود الإدارية على ضوء أحكام ديوان المظالم

بداية تجدر الإشارة إلى أنه لم ينظر ديوان المظالم بخصوص التحكيم في العقود الإدارية إلا قضية واحدة وهي الدعوى رقم ٢٣٥/ق/٢/١٤١٦هـ، كانت تتعلق بعقد أبرم بين جامعة الملك عبدالعزيز وشركة (أوجيم بي في) الهولندية، حيث تعاقدت الشركة مع الجامعة على تصميم وتنفيذ المرافق المؤقتة جاهزة التركيب بمبلغ ١١٢,٦٥٢,٠٧٧ ريالاً سعودياً، وقد نصت المادة ١٩ من العقد على أن « ... تحال كل أنواع

1 أنظر: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م، ص 781؛ د. عصمت عبدالله الشيخ، المرجع السابق، ص 022 وما بعدها.

2 - د. عبدالله بن حمد الوهيبي، المرجع السابق، ص 624

النزاع أو الخلافات، إن وجدت، والتي لم يصبح قرار المهندس فيها نهائياً وملزماً ... إلى التحكيم الذي يتكون من ثلاثة أعضاء«.

وأثناء تنفيذ العقد نشأت منازعة بين الجامعة والشركة الهولندية، فاتفق الطرفان على حلها بصورة نهائية عن طريق التحكيم، وبعد اختيار هيئة التحكيم من قبل الطرفين، وتأكيد الطرفين على الالتزام بقرارها، أصدرت هيئة التحكيم قرارها المتضمن الآتي: -

أولاً: أن تدفع جامعة الملك عبدالعزيز لشركة (أوجيم) مبلغاً قدره ٧,٧٧٩,٥٦٦,٧٧ ريالاً.

ثانياً: الزام الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية المقدمة من شركة (أوجيم)، وقيمتها ٢٢,٠٣١,٥٥٣ ريالاً.

ثالثاً: أن تقدم الجامعة إلى وزارة المالية طلباً لإعفاء المدعية من غرامات التأخير.

قامت الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية، ودفعت للشركة الهولندية مبلغاً وقدره ٦,٤٤٩,٣٧٧,٢٦ ريالاً، وامتنعت عن دفع بقية المبالغ المحكوم بها من هيئة التحكيم في البند أولاً.

تقدمت شركة (أوجيم) إلى ديوان المظالم بدعوى، طلبت فيها إصدار حكمه بإلزام جامعة الملك عبدالعزيز بتنفيذ قرار هيئة التحكيم، وإلزامها بدفع مبلغ ١,٢٨٠,١٨٩,٥٠ ريالاً، وهو الفرق بين المبالغ المستحقة لها حسب قرار هيئة التحكيم والمبالغ التي دفعتها الجامعة لها، استناداً لقرارات التحكيم واجبة النفاذ.

دفعت جامعة الملك عبدالعزيز بعدة دفوع أهمها ما قررته من أنه مع التسليم بما قررته لجنة التحكيم فإن اللجوء إلى التحكيم في منازعة هذا العقد أمر غير نظامي، لأن المختص في نظر هذه المنازعة هو ديوان المظالم بمقتضى قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ سالف الإشارة إليه.

وبعد دراسة الدعوى من قبل الدائرة ، رأت أن لجوء الجامعة إلى التحكيم واشتراطه والموافقة عليه أمر غير نظامي لمخالفته قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ بتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ[1]، ثم صدر حكم آخر انتهت فيه ذات الدائرة[2] إلى أنه إعمالاً لقرار مجلس

١ - الحكم رقم ٣٢/د/أ/٩ لعام ١٤١٩هـ. حكم غير منشور. مشار إليه ببحث د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص ٤٤٢

٢٢ - الحكم رقم ٢/د/أ/٩ لعام ١٤٢٠هـ. حكم غير منشور. مشار إليه ببحث د. خالد بن عبدالله الخضير، التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مجلة القضائية – السعودية، الرياض، العدد الأول، ١٤٣٢هـ، ص ١٤٢

الوزراء رقم ٤٨٧ بتاريخ ١٣٩٨/٨/٥هـ الذي عهد لديوان المظالم النظر في العقود التي تتضمن نصوصاً تخالف النظام، وأنه تحقيقاً للعدالة فإنه يستلزم الأخذ بقرار هيئة التحكيم، لأن الأصل الشرعي هو الوفاء بالعقود لقول الله تعالى « يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود » (المائدة: ١) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » وبالتالي يكون الالزام بقرار التحكيم متوافقاً مع مقتضى العدالة، وأضافت الدائرة أن الأصل الذي عليه جمهور أهل العلم هو الإلزام بحكم المحكمين في الأموال ديانةً، وقضاءً، وأنه لا يمكن نقض حكم المحكمين الا بما ينقض به حكم القاضي.

وبناء على ذلك أصدرت الدائرة حكمها بإلزام جامعة الملك عبدالعزيز بأن تدفع مبلغ ١,١٨٩,٢٨٠,٥٠ ريالاً لشركة (أوجيم) الهولندية، وهو ما يمثل الفرق بين المبالغ التي قررتها هيئة التحكيم للشركة، والمبالغ التي دفعتها الجامعة لها.

تم الاعتراض على الحكم فرفعت أوراق القضية إلى هيئة تدقيق القضايا (الاستئناف الإداري حالياً) والتي لم توافق الدائرة فيما انتهت إليه من جواز التحكيم في العقود الإدارية. وذلك تأسيساً على أن التحكيم ممنوع في فض المنازعات التي تنشب بين الجهات الحكومية وبين أي فرد أو شركة أو هيئة، وذلك أعمالاً لنص مجلس الوزراء رقم ٥٨ بتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ.

ويرى البعض[1] أن ما انتهت إليه هيئة تدقيق القضايا من عدم موافقتها على تطبيق التحكيم في الدعوى الماثلة استناداً إلى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٨ بتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ قد جانبه الصواب، وذلك نظراً لصدور نظام التحكيم بمرسوم ملكي وقد نصت المادة الثالثة من على جواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم، فهذه المادة تكون نسخت قرار مجلس الوزراء، كما أن الأداة التي صدر بها النظام (المرسوم الملكي) تكون أقوى من أداة قرار مجلس الوزراء.

1 - د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 444

الفرع الثاني
التحكيم في العقود الإدارية على ضوء القرارات التحكيمية

إن أول نزاع طبق نظام التحكيم هو النزاع الذي نشب بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو

وتخلص وقائع هذا النزاع، إنه في يوم ١٩٣٣/٥/٢٥م أبرمت حكومة المملكة مع شركة (استندراد) اتفاقاً باستغلال البترول يخول هذه الأخيرة امتيازاً مدته ستون عاماً في المنطقة الشرقية من المملكة. ثم حدث تنازل من هذه الشركة لشركة كاسكو عن عقد الامتياز ووافقت الحكومة على هذا التنازل ثم غيرت الشركة اسمها إلى أرامكو، وفي ١٩٥٤/١/٢٠م أبرمت حكومة المملكة اتفاقاً مع مجموعة شركات (أوناسيس) على أن تؤسس شركة خاصة يطلق عليها شركة (ساتكو) وتقوم بنقل البترول السعودي من موانئ السعودية في الخليج العربي لأي من موانيها على البحر الأحمر، وتضمن هذا العقد حق الأفضلية في شحن البترول ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية.

اعترضت شركة أرامكو على الاتفاق المبرم بين الحكومة السعودية وشركة ساتكو لأنه يتعارض مع اتفاق الامتياز الممنوح لها عام ١٩٣٣م. وبعرض هذا النزاع على التحكيم طبقاً للمادة ٤ من اتفاق التحكيم المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو في ١٩٥٥/٢/٢٣م والتي تضمنت أن تتولى هيئة التحكيم الفصل في النزاع طبقاً للقانون السعودي والمقصود بالقانون السعودي هو الفقه الإسلامي وهو مذهب الامام أحمد بن حنبل.

بعد الاستماع لأوجه دفاع الطرفين انتهت اللجنة إلى أن القانون السعودي لا يعرف القانون العام أو القانون الإداري، وبناء على ذلك رفضت هيئة التحكيم الأخذ بوجهة نظر الحكومة السعودية ، وهي أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين المعاهدات المبرمة بين الدول وعقود القانون العام أو العقود الإدارية والعقود المدنية أو التجارية، فكل هذه الاتفاقيات تحكمها قاعدة ثابتة واحدة هي قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وانتهت الهيئة في تكييف العقد أنه من العقود غير المسماة، ورفضت اعتباره عقداً إدارياً ؛ لأن القانون السعودي لا يعرف العقود الإدارية، وأصدرت هيئة التحكيم قرارها بأن الاتفاق بين الحكومة السعودية وشركة (أوناسيس) لا يخل بأي

حق مكتسب لشركة أرامكو. لأن عقد الامتياز بين المملكة وشركة أرامكو ليس فيه تقييد لحرية السعودية في اختيار كيفية نقل الصادرات النفطية.[1]

ويرى البعض[2] أن ما قررته هيئة التحكيم من أن القانون السعودي لا يعرف القانون الإداري، هو رأي لا يسلم به، وإنما ينم عن عدم معرفة هيئة التحكيم بحقيقة القانون السعودي الذي مصدره الشريعة الإسلامية، وما يصدر من أنظمة متطابقة مع الشريعة الإسلامية ومنها : القانون الإداري.

كما أن النظام السعودي يرى جواز اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية منذ وقت بعيد، وقبل أن تعرفه القوانين المعاصرة، حيث إنه هو الذي عرض التحكيم لحل النزاع بينه وبين شركة أرامكو.

ومما يؤكد ذلك أن عقود البترول التي كانت تبرمها المملكة العربية السعودية مع شركات البترول كانت تنص على اللجوء للتحكيم في حال نشوب نزاع بين الطرفين.

ومن أمثلة ذلك : العقد المبرم بين المملكة والشركة اليابانية للبترول في ١٠ ديسمبر ١٩٥٥م، الذي ورد فيه « أنه في حالة عجز الطرفين عن الوصول إلى تسوية ودية فيما يختلف عليه أو في حالة عجزهما عن الاتفاق على إحالة النزاع إلى محكمة ما فإن الخلاف يحال إلى مجلس تحكيم مكون من خمسة أعضاء، ويصدر حكم الهيئة بأغلبية الآراء «.[3]

---

1 - نشر الحكم في: Revue de droit international et de législation comparée, 1963, p. 314 ومشار إليه ببحث د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق. ص 744

٢ - راجع: د. خالد بن عبدالله الخضير. المرجع السابق، ص ١٥١

٣ د. عبدالرحمن عياد. أصول علم القضاء في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة. الرياض. ١٤٠١هـ. ص ٥٧

الخاتمة

بعد أن انتهينا من تناول موضوع البحث الخاص بمدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ونطاق تطبيقه في المملكة العربية السعودية، اتضح لنا موقف كل من الفقه والقضاء في مصر من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ، حيث رفض الفقه والقضاء، في بداية الأمر، اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، ثم بعد ذلك أيد الفقه والقضاء اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، ثم تبين لنا دور المشرع المصري من خلال التدخل والنص صراحة على جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، ثم تناولنا بعد ذلك مدى تطبيق التحكيم في منازعات العقود الإدارية بالمملكة العربية السعودية، وذلك من خلال تناول التطورات على أنظمة التحكيم في المملكة، وتبين لنا أن المنظم السعودي نص صراحة على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، كما تناولنا التحكيم في العقود الإدارية على ضوء أحكام ديوان المظالم السعودي والقرارات التحكيمية.

وتجدر الإشارة إلى أن التوجه الذي سلكه المنظم السعودي من خلال نظام التحكيم الجديد يخفف، إلى حد كبير، من العوائق التي تحد من اللجوء إلى التحكيم، مما يساعد على تعزيز الثقة بين بيئة الأعمال الداخلية وبيئة الأعمال الدولية، وهو الأمر الذي يدفع المزيد من الاستثمارات في المشروعات القومية والاستثمارية بالمملكة.

التوصيات: -

ومن خلال تناولنا لهذا البحث توصلنا لعدة توصيات نلخصها في الآتي: -

١- لابد من السير في ركب الاتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم في كافة المنازعات

٢- يجب احترام إرادة طرفي التحكيم، وذلك بترك الحرية لهما في اللجوء للتحكيم وتنظيمه بالطريقة التي تناسبهما.

٣- ضرورة تهيئة المحكمين والقضاة وكذلك المحامين بالمملكة تجاه أفضل الممارسات والاجتهادات في مجال التحكيم.

٤- العمل على إلغاء اللوائح والقرارات والتعاميم المتعلقة بالتحكيم والتي قد تخالف أحكام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل حكومة المملكة العربية السعودية.

٥- عدم اشتراط الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء (في النظام السعودي) للجوء الجهات الحكومية للتحكيم، إذا كنا بصدد عقد إداري دولي، حيث إن دخول الدولة كطرف في اتفاقية دولية تجيز التحكيم، يعتبر موافقة ضمنية على لجوء الجهات الحكومية بصدد عقد إداري دولي للتحكيم.

٦- زيادة الاهتمام بالتحكيم في العقود الإدارية، وذلك بإفراد نظام خاص بالتحكيم في العقود الإدارية، سواء داخلية أم دولية، وبذلك تكون المملكة سابقة على غيرها في هذا المجال.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

١- د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م

٢- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥م

٣- د.طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٨٥م

٤- د. عبدالرحمن عياد، أصول علم القضاء في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٠١ه

٥- د. عبدالفتاح حسن، دروس في القانون الإداري، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٣٩٣هـ

٦- د. عبدالله بن حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ه

٧- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م

٨- د. محمد سمير جمعه، العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠١٧م

٩- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧م

ثانياً: المراجع المتخصصة والرسائل العلمية:

١- د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

٢- د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م

٣- د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م

٤- د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م

٥- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤

٦- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الداخلية والخارجية، دار محمود للنشر، القاهرة، ٢٠١٥م

٧- د. عبدالمجيد الأحدب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨

٨- د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م

٩- د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م

١٠- د. علي شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٣م

١١- د. فاطمة محمد العوا، عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ه

١٢- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م

١٣- د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، ٢٠٠٠م

١٤- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م

١٥- د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٩٨م

١٦- د. منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩٧م

١٧- د. ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م

١٨- د. يسري العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م

ثالثاً: البحوث العلمية والمؤتمرات والندوات:

١- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠م

٢- د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، مصر، عدد أبريل ٢٠٠٢م

٣- د. جمال عباس عثمان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومدى تطبيقه في المملكة العربية السعودية، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، مصر، ٢٠١٤م

٤- د. خالد بن عبدالله الخضير، التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مجلة القضائية – السعودية، الرياض، العدد الأول، ١٤٣٢هـ

٥- د. غالب صبحي المحمصاني، مميزات التحكيم المطلق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، بيروت، ١٤٢١هـ

٦- د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٣، العدد الأول، يونيه ١٩٩١م

٧- د. محمد ماجد محمود، العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٥، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٩٣م

٨- د. وليد محمد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤، العدد الثاني، ٢٠٠٧م

رابعاً: المراجع الأجنبية:

1- A.SIALI, le recours des personnesmorales de droit public a L' arbitrage, Th,Bourgogne, 1998.

2- Ch. JARROSSON, ' L' arbitrage en droit public" AJDA 1997

3- E. LAFERRIERE, Traite de la Juridiction administrative et des recourscontentieux, 1er ed, T. paris, 1888.

4-L. RICHER, Droit des contratsadministratifs, 3e ed, LGDJ, paris, 2002.

5- LAUBADERE (DE.A): MODERNE (F); DELVOLVE (P): Traite des contratsadministratif, Tome, 2, LGDJ, Paris, 1983.

The Extent of Arbitration in Administrative Contracts and the scope of its Application In the Kingdom of Saudi Arabia

DR: Mohamed Samir Mohamed Gomaa

Abstract

Arbitration is one of the important means of resolving disputes arising from the conclusion of administrative contracts, in view of the desire of investors with country or one of its public administrations through administrative contracts to include in their contracts the requirement of arbitration and exclusion from national jurisdiction. Since arbitration saves time, Fears of a foreigner who may not know much about national justice.

The study aims to extent the acceptability of arbitration in the disputes of administrative contracts in Egypt and Saudi Arabia by studying the position of both jurisprudence and the judiciary, as well as the role of the legislator in Egypt, where the Egyptian legislator intervenes and expressly stipulates the possibility of arbitration in disputes of administrative contracts. To study the various arbitration systems in the Kingdom of Saudi Arabia, and to know the position of the Kingdom of arbitration in the administrative contracts in light of the provisions of the Saudi Controller and arbitral decisions issued in arbitration disputes arising from the administrative contracts in the Kingdom.

Key Words : extent - Arbitration - Contracts - Administrative - Scope - application Arbitration Law