

التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية

د. خالد بن عبدالله الخضير

القاضي بديوان المطالم بالرياض

المقدمة

إنَّ المشاهد والمتبع للفصل في المنازعات في المملكة العربية السعودية يجد أنها تتم من خلال القضاء الرسمي، الممثل في القضاء العام، وقضاء ديوان المظالم، إضافة إلى بعض الجهات التي أسند لها النظام الفصل في الخصومات؛ كاللجان العمالية، ولجان الأوراق التجارية وغيرهما، كما أنَّ هناك طريقاً آخر لعب دوراً مهماً في الفصل في المنازعات؛ وهو التحكيم.

إلا أن السابر لمسيرة التحكيم في المملكة يجد أن الأحكام والقرارات التحكيمية غالبها وجلّها في قضايا المنازعات التجارية، حتى يتراءى للناظر أن المنازعات الأخرى ليس لها نصيبٌ من ذلك.

لذا رأيت أن أبيّن للقارئ الكريم من خلال هذا البحث أن النظام في المملكة بحكم شموليته لم يغفل المنازعات الأخرى، التي منها منازعات العقود الإدارية مع خصوصيتها وأهميتها. وبناءً عليه سيكون الحديث في هذا البحث، إن شاء الله، عن التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية على ضوء نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٦ وتاريخ ١٢ / ٣ / ١٤٠٣هـ، وأحكام ديوان المظالم،

والقرارات التحكيمية، وبيان ما يوجبه النظام من موافقة أولية على التحكيم في العقود الإدارية، وعلى ذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٦ وتاريخ ١٢ / ٣ / ١٤٠٣هـ.

المطلب الثاني: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء أحكام ديوان المظالم والقرارات التحكيمية.

المطلب الثالث: الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الأول

حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء نظام التحكيم^(١)

أودُّ قبل أن أدخل في دراسة نظام التحكيم أن أذكر التطور التاريخي للتحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، لأمرين:
الأول: لم أجد من تطرَّق لذكر النشأة التاريخية للتحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

الثاني: أهمية معرفة التطور التاريخي الذي حصل للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية لمعرفة موقف النظام السعودي من التحكيم في العقود الإدارية.

قبل صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ في تاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣ هـ لم يكن هناك أيّ تنظيم للتحكيم في الدعاوى الإدارية بشكل عام في النظام السعودي، وإنما كان تنظيم التحكيم يتعلق بالمنازعات التجارية وفق ما نُظِم في (النظام التجاري)^(٢)، الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ وتاريخ ١٥ / ١ / ١٣٥٠ هـ.

وبناءً على ما لاحظته ديوان المظالم من قبول بعض الوزارات أن يكون القانون السويسري، أو بعض المراجع القضائية الأجنبية مرجعاً لحلّ الخلافات الناشئة بينها وبين الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، أقترح أن يكون ديوان المظالم هو المرجع القضائي

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٢/٣/١٤٠٣ هـ.

(٢) الشائع أن هذا النظام يسمى نظام المحكمة التجارية مع أن التسمية الرسمية هي النظام التجاري.

لحل كل خلاف ينشأ بين الجهات الإدارية والشركات^(٣).

على ضوء ذلك صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ في تاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣هـ، الذي نصَّ على أنه: «لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ 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».

ترتب على صدور القرار ما يأتي:

أولاً: يُعدُّ هذا القرار أول تنظيم للتحكيم فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية، التي منها منازعات العقود الإدارية في النظام السعودي.

ثانياً: بين هذا القرار أنَّ الأصل في النظام السعودي هو الحظر في التحكيم في المنازعات الإدارية، ولذا فإن الجهات الإدارية ممنوعٌ عليها فض خلافاتها مع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين عن طريق التحكيم.

ثالثاً: القرار حظر على الجهات الإدارية التحكيم، سواء كان تحكيمياً داخلياً أو خارجياً دولياً، فالقرار جاء مجملاً، حيث لم يفرِّق بين التحكيم الداخلي والدولي.

رابعاً: استثنى القرار التحكيم في منازعات العقود الإدارية دون بقية المنازعات الإدارية الأخرى، وبصفة خاصة عقود الامتياز التي تتضمن مصالح حيوية للدولة، وهذا يظهر اهتمام النظام السعودي بالتحكيم في المنازعات الإدارية.

خامساً: بين القرار أنَّه يجب على الجهات الإدارية قبل طلب أو قبول التحكيم أخذ موافقة الدولة.

(٣) عبدالله بن حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ، ص ٤٢٤ و ٢٥٠.

وذهب البعض^(٤) إلى أن القرار المشار إليه قد ذكر استثناء آخر للجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم، وهو الخلافات الفنية، إلا أن المتأمل لقرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ يلاحظ عدم وجود أي استثناء لهذه الخلافات الفنية، مع أن الاستثناء يجب أن يكون واضحاً وصريحاً، فالقرار صريحٌ وواضحٌ بقصر التحكيم على عقود الامتياز.

وتطبيقاً لهذا القرار أصدر مجلس الوزراء قراره رقم ١٠٠٧ وتاريخ ١٣٨٨ / ٧ / ٧ هـ بقبول التحكيم في العقد المبرم بين أمانة مدينة الرياض وإحدى الشركات^(٥) لمشروع تطوير مدينة الرياض، واتفق الطرفان على أنه يقوم كل منهما باختيار مندوب معترف به في غرفة التجارة الدولية بباريس، وعند اختلاف المندوبين للوصول إلى تسوية يعود الأمر إلى ديوان المظالم للبت في النزاع^(٦) كما أن هناك حالات أخرى تضمنت اللجوء إلى التحكيم، من ذلك عقود مشاريع إنشاء الصرف الصحي في كل من مدينة الرياض وجدة بين وكالة البلديات بوزارة الداخلية وبعض المقاولين الأجانب^(٧).

ظل العمل بهذا القرار المنظم للتحكيم في منازعات العقود الإدارية خلال تلك الفترة الزمنية، حتى صدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٦ وتاريخ ١٢ / ٧ / ١٤٠٣ هـ، فبصدوره انتهى العمل بهذا القرار، وبدأت مرحلة جديدة لتنظيم التحكيم في منازعات العقود الإدارية في النظام السعودي.

فقد نصّت المادة الثالثة منه على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم

(٤) د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، بيروت ١٩٢/٢.

(٥) شركة انكاس.

(٦) انظر د. عبد الفتاح حسن، دروس في القانون الإداري، معهد الإدارة العامة الرياض ١٣٩٣ هـ، ص ٢١٧.

(٧) عبد الله بن حمد الوهيبي، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

لفضّ منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم».

يستدل من هذا النص على ما يلي:

أولاً: أن النظام السعودي يجيز التحكيم في المنازعات الإدارية، التي منها منازعات العقود الإدارية.

ثانياً: يجب على الجهات الإدارية إذا رغبت في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية طلب موافقة رئيس مجلس الوزراء^(٨) أي أنّ الموافقة فقط لرئيس مجلس الوزراء دون بقية أعضاء المجلس.

ثالثاً: لجوء الجهات الإدارية للتحكيم شامل لجميع المنازعات مهما كان نوع الدعوى الإدارية، بخلاف المرحلة الأولى التي كانت لا تشمل إلا منازعات عقود الامتياز.

والمنازعات الإدارية التي يشملها التحكيم تدخل في المنازعات الإدارية التي من اختصاص ديوان المظالم بموجب النص النظامي، أو بماله من ولاية عامة بنظر المنازعات الإدارية، أو كانت متعلقة بمنازعة حول ملكية عقار يختص بها القضاء العام، أو كانت منازعة تختص بها اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، مثل المنازعات العمالية التي تختص بها اللجان العمالية بوزارة العمل، والتي نصّ نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٥١ وتاريخ ٢٣ / ٨ / ١٤٢٦هـ على جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العمالية التي تنشأ بين الجهات الإدارية وعمالها^(٩).

رابعاً: انتهاء العمل بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ في تاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣هـ^(١٠).

(٨) سيأتي الحديث إن شاء الله عن الموافقة الأولية.

(٩) نصت المادة ٢٢٤ من نظام العمل والعمال على: «يجوز لطرفي عقد العمل تضمينه نصاً يقضي بتسوية الخلافات بطريقة التحكيم، كما يمكن لهما الاتفاق على ذلك بعد نشوء النزاع، وفي جميع الأحوال تطبق أحكام نظام التحكيم النافذ في المملكة ولائحته التنفيذية».

(١٠) سيأتي إن شاء الله بيان السبب في انتهاء العمل به.

المطلب الثاني

حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء أحكام ديوان المظالم والقرارات التحكيمية

إنَّ ديوان المظالم بعد استقراء وسؤال لم يتصدَّ إلا لقضية واحدة صدر فيها عدة أحكام، وهي التي ستكون موضوع الدراسة لمعرفة موقف ديوان المظالم من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

وستكون دراسة الأحكام الصادرة بالتركيز على معرفة موقف ديوان المظالم من مسألة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فقط، دون الدخول في الأحكام الإجرائية التي وردت فيها.

كما سأقوم، إن شاء الله، في هذا المطلب ببيان طبيعة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء القرارات التحكيمية، وسوف أتعرض للقرار الصادر بخصوص المنازعة بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو، وسوف تكون الدراسة لمعرفة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، باعتباره طرفاً في هذه المنازعة دون الخوض فيما قرره المحكم في تلك المنازعة.

وذلك على حسب التقسيم الآتي:

الفرع الأول: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء أحكام ديوان المظالم.

الفرع الثاني: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء القرارات التحكيمية.

الفرع الأول:

حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء أحكام ديوان المظالم

ديوان المظالم لم ينظر بخصوص التحكيم في العقود الإدارية إلا قضية واحدة، هي القضية رقم ٢٣٥ / ق / ٢ / ١٤١٦ هـ المقامة من شركة (أوجيم بي في) الهولندية ضد جامعة الملك عبد العزيز.

وتتلخص وقائعها في أن شركة (أوجيم بي في) الهولندية تعاقدت مع جامعة الملك عبد العزيز على تصميم وتنفيذ المرافق المؤقتة جاهزة التركيب بمبلغ ١١٢,٦٥٢,٠٧٧ ريالاً.

وقد نصَّ العقد المبرم بينهما في المادة التاسعة عشرة: «على أن تحال كل أنواع النزاع أو الخلافات، إن وجدت، والتي لم يصبح قرار المهندس فيها نهائياً وملزماً.... إلى التحكيم الذي يتكون من ثلاثة أعضاء».

في أثناء تنفيذ العقد حدثت منازعة بين جامعة الملك عبد العزيز وشركة (أوجيم بي في) الهولندية فاتفق الطرفان على حلها بصورة نهائية عن طريق التحكيم. تم اختيار هيئة تحكيم من قبل الطرفين، وأكدوا على نهائية قرارها والإلزام به، وأصدرت هيئة التحكيم قرارها المتضمن الآتي:

أولاً: أن تدفع جامعة الملك عبد العزيز لشركة (أوجيم) مبلغاً هو ٧٧,٥٦٦,٧٧٩,٧٧٩ ريالاً.

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

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

قامت الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية، ودفعت للشركة الهولندية مبلغًا وقدره ٢٦، ٣٧٧، ٤٩٩، ٦ ريالاً، وامتنعت عن دفع بقية المبالغ الملزمة من قبل هيئة التحكيم الواردة في البند أولاً من قرارها.

تقدمت شركة (أوجيم بي في) الهولندية إلى ديوان المظالم بدعوى طلبت فيها إصدار حكمه بإلزام جامعة الملك عبدالعزيز بتنفيذ قرار هيئة التحكيم، وإلزامها بدفع مبلغ ٥٠، ١٨٩، ٢٨٠، ١ ريالاً الفرق بين المبالغ المستحقة لها حسب قرار هيئة التحكيم، والمبالغ التي دفعتها الجامعة لها استناداً إلى أن قرارات لجنة التحكيم قضائية واجبة التنفيذ.

قُيدت اللائحة التي تقدمت بها الشركة الهولندية قضية بالرقم المشار إليه، وتم إحالتها إلى الدائرة الإدارية التاسعة التي قامت باستدعاء جامعة الملك عبدالعزيز للجواب على دعوى شركة (أوجيم بي في) الهولندية.

حضرت جامعة الملك عبدالعزيز أمام الدائرة، وردت على دعوى الشركة الهولندية وعلى ما طلبته بعدة دفوع، ما يعيننا منها ما دفعت به بما قررتة: «أنه على التسليم بما قررتة لجنة التحكيم فإنَّ اللجوء إلى التحكيم في منازعة هذا العقد أمرٌ غير نظامي؛ لأنَّ المختص في نظر هذه المنازعة هو ديوان المظالم بمقتضى قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣هـ، الذي نصَّ على أنه: «لا يجوز لأيِّ جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفضِّ المنازعات التي تنشأ بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة»، وكذلك الفقرة (ب) من ذات القرار التي نصَّت على أنه: «في الحالات التي تتضمن العقود التي تبرمها أي وزارة نصوصاً تخالف نظام مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، أن يحال العقد إلى ديوان

المظالم للبتّ فيه بما يحقق العدالة».

بعد دراسة الدعوى من قبل الدائرة رأّت^(١١) أنّ لجوء الجامعة إلى التحكيم واشترائه والموافقة عليه في هذا العقد أمرٌ غير نظامي لمخالفته قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ وتاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣هـ بمنع الجهات الحكومية من اللجوء إلى التحكيم لفضّ المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة، حيث إنّ الأصل أنّ نظار المال العام وكلاء عن ولي الأمر يتصرفون في تلك الأموال فيما يحقق المصلحة العامة وفي حدود ما نظمه ولي الأمر.

ثم صدر حكم آخر انتهت فيه الدائرة^(١٢) إلى أنّه إعمالاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٤٨٧ وتاريخ ٥ / ٨ / ١٣٩٨هـ، الذي عهد لديوان المظالم النظر في العقود التي تتضمن نصوصاً تخالف النظام، وأنّه تحقيقاً للعدالة فإنّه يستلزم الأخذ بقرار هيئة التحكيم؛ لأنّ الأصل الشرعي هو الوفاء بالعقود لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١) ولقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون عند شروطهم»^(١٣) لأنّ اشتراط التحكيم في العقد المبرم بين الشركة والجامعة وموافقة الطرفين على إحالة النزاع الناشئ بينهما إلى التحكيم أمرٌ جائز شرعاً، وبالتالي يكون الإلزام به متوافقاً مع مقتضى العدالة، وللجهة الإدارية الرجوع على المتسبب في مخالفة النظام من منسوبيها^(١٤). وأضافت الدائرة أنّ الأصل الذي عليه جماهير أهل العلم هو الإلزام بحكم المحكمين في الأموال ديانةً

(١١) الحكم رقم ٣٢/د/أ/٩ لعام ١٤١٩هـ حكم غير منشور.

(١٢) الحكم رقم ٢/د/أ/٩ لعام ١٤٢٠هـ حكم غير منشور.

(١٣) سبق تخريجه.

(١٤) الحكم رقم ٢/د/أ/٩ لعام ١٤٢٠هـ حكم غير منشور.

وقضاءً، وأنه لا يمكن نقض حكم المحكمين إلا بما ينقضي به حكم القاضي^(١٥)(١٦).
 بناءً على ذلك أصدرت الدائرة حكمها بإلزام جامعة الملك عبدالعزيز بأن تدفع مبلغ ١٨٩,٥٠, ٢٨٠, ١ ريالاً لشركة (أوجيم أي بي في) الهولندية، وهو يمثل الفرق بين المبالغ التي قررتها هيئة التحكيم للشركة، والمبالغ التي دفعتها الجامعة لها.
 تم الاعتراض على حكم الدائرة فرفعت أوراق القضية إلى هيئة تدقيق القضايا (الدائرة الأولى)^(١٧)، التي لم توافق الدائرة فيما انتهت إليه من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقد الإداري.

وتأسيساً على أن التحكيم ممنوع في فض المنازعات التي تنشأ بين الجهات الحكومية وبين أي فرد أو شركة أو هيئة، وذلك إعمالاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ وتاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣هـ والمتضمن أنه: «لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ بينهما وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة»، وليس هنا ما يقيد هذا القرار أو يخصه^(١٨).

دراسة تحليلية:

بدراسة قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ وتاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣هـ، المتضمن أنه: «لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ بينهما وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة»، وهو القرار الذي دفعت به الجهة الإدارية بعدم صحة قرار التحكيم في النزاع الناشئ بينها وبين الشركة،

(١٥) الحكم السابق.

(١٦) الحكم رقم ٢٩/د/٩ لعام ١٤٢٠هـ حكم غير منشور.

(١٧) الأحكام رقم ١٨/ت/١٤١٩، هورقم ١٠٢/ت/١٤٢٢هـ، ورقم ١٣٨/ت/١٤٢٠هـ، ورقم ١٠٢/ت/١٤٢٢هـ، أحكام غير منشورة.

(١٨) تصدت هيئة التدقيق في حكمها ١٠٢/ت/١ لعام ١٤٢٢هـ، وحكمت: (بنقض حكم الدائرة الإدارية رقم ١٢ لعام ١٤٢١هـ، ورفض دعوى المدعية بجميع طلباتها)، حكم غير منشور.

وهو القرار الذي رأته الدائرة أنه يجعل اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أمراً غير نظامي. وهو القرار الذي استندت عليه هيئة التدقيق من ضمن أسبابها في نقض حكم الدائرة، باعتباره لا يجيز للجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم لفضّ منازعاتها مع الغير حيث لا يوجد ما يقيد أو يخصصه.

أرى أن الاستناد إلى هذا القرار للحكم بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أمرٌ محل نظر لأمرين:

الأول: لأنّ العمل بالقرار رقم ٥٨ وتاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣ هـ انتهى بصدر المادة الثالثة من نظام التحكيم، التي لها دورٌ مهمٌ في بيان وجهة نظر النظام السعودي في حكم لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعاتها بشكل عام، وبشكل خاص في منازعات العقود الإدارية، التي يجب عدم إغفالها.

وذلك باعتبار أن حكم قرار مجلس الوزراء ملغيٌّ أو مقيّد بنص المادة الثالثة من نظام التحكيم، لأنّ القرار يبيّن حكماً مفاده منع الجهات الإدارية من اللجوء إلى التحكيم، والمادة الثالثة من نظام التحكيم بيّنت حكماً مفاده جواز لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء، أو منع الجهات الإدارية من اللجوء إلى التحكيم إلا إذا كانت هناك موافقة من رئيس مجلس الوزراء. وبناءً على ذلك فالمادة الثالثة من نظام التحكيم لا تعدو أن تكون ناسخةً للقرار، أو مقيدة له.

فإذا اعتبرنا أن المادة الثالثة ناسخة للقرار لتأخر تاريخ النظام على تاريخ القرار كان حكم القرار ملغيّاً بنسخه، لأنّ النسخ إبطال للحكم؛ لأنّه رفع له^(١٩). وإذا اعتبرنا أنّ المادة الثالثة مقيّدة لمطلق القرار لاتحاد حكمهما وهو المنع؛ لأنّ

(١٩) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧م، ص ١٩٧.

التقييد اشتراط والمطلق محمول على المقيد^(٢٠)، وذلك باشتراط موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم، فإنها تكون قيداً لإطلاق منع الجهات الإدارية للجوء إلى التحكيم، هذا عند إعمالنا لقواعد علم أصول الفقه.

كما يمكن الاستناد على أن حكم قرار مجلس الوزراء ملغى من القواعد القانونية، وذلك أن نظام التحكيم صدر بموجب مرسوم ملكي، أما قرار مجلس الوزراء فإنه صدر بموجب قرار من مجلس الوزراء، وعلى القول أن حكمهما مختلف أو غير مختلف فإن الأداة النظامية التي صدرت بها المادة الثالثة أقوى من الأداة التي صدر بها القرار، وبالتالي يُعمل حكم المادة التي صدرت بأداة أقوى.

وبيان ذلك أن المرسوم الملكي باعتباره قراراً مكتوباً صادراً من الملك؛ باعتباره رئيساً للسلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية فإنه يعطي النظام قوة في التنفيذ، كما أن هذا النظام تم عرضه على مجلس الوزراء، ونظر فيه باعتباره أيضاً سلطة تنظيمية، وبالتالي فإن نظام التحكيم يعبر عن إرادة الملك ومجلس الوزراء معاً، فالأداة التي صدر بها تكون أقوى من أداة قرار مجلس الوزراء الذي عبر فقط عن إرادة المجلس، وصدر منه فقط، ونسب إليه وليس إلى رئيسه (الملك)^(٢١).

وبالتالي فإن الاستشهاد بالقرار على عدم نظامية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية غير صحيح؛ لمعارضته لنص المادة الثالثة من نظام التحكيم.

الثاني: أن الدائرة رأت صحة التحكيم في هذه القضية بناءً على مقتضيات العدالة، ولأنه عقدٌ يجب الوفاء به، وأن عقد التحكيم عقدٌ صحيحٌ وملزمٌ وإن

(٢٠) المستصفي من علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار العلوم الحديثة، بيروت ٢/٨٨. مرجع سابق ٢/١٨٥ وإرشاد الفحول للشوكاني، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٢١) انظر د. عبد الفتاح حسن، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

خالف نص القرار، وأن «للجهة الإدارية الرجوع إلى المتسبب في مخالفة النظام من منسوبها»^(٢٢).

ومع موافقتي للنتيجة التي انتهت إليها الدائرة بخصوص صحة التحكيم، إلا أنني أرى أن هذه النتيجة لم تبين على سبب صحيح، حيث إن السبب الذي يتم الاستناد إليه على صحة هذا التحكيم يبنى على المادة الثالثة من نظام التحكيم. أما فيما يتعلق بموافقة رئيس مجلس الوزراء على هذا التحكيم فإن عدم الموافقة لا تؤثر على صحة التحكيم، حيث إن هذه الموافقة المخاطب بها الجهة الإدارية دون المتعاقد معها، فإذا أبرم عقد تحكيم دون أخذ الموافقة فإن ذلك لا يرتب بطلان عقد التحكيم، فخطأ جهة الإدارة لا يرقى إلى إبطال عقد التحكيم، وإنما يمثل خطأ بحقها^(٢٣). ولا يجوز لجهة الإدارة أن تحتج بخطئها.

الفرع الثاني

حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء القرارات التحكيمية

يُعدُّ النزاع الحاصل بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو من أوائل القرارات التحكيمية الصادرة في منازعة عقد إداري.

وتتلخص وقائع هذا النزاع أنه في ٢٥ / مايو / ١٩٣٣ م أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية مع شركة (استنراد) اتفاقاً باستغلال البترول يخوّل هذه الأخيرة امتيازاً مدته ستون عاماً في المنطقة الشرقية من المملكة العربية السعودية.

وإعمالاً لنص المادة ٣٢ من عقد الامتياز المبرم بين الطرفين تم إنشاء شركة كاسكو التي تنازلت لها الشركة الموقعة عن الحقوق والامتيازات كافة الناجمة عن عقد

(٢٢) الحكم رقم ٢/د/أ/٩ لعام ١٤٢٠هـ حكم غير منشور.

(٢٣) انظر د. حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ١٣٩.

الامتياز، ووافقت الحكومة السعودية على هذا التنازل.

وفي ٣١ يناير ١٩٤٤ م غيرت الشركة اسمها من كاسكو إلى شركة أرامكو. في ٢٠ يناير ١٩٥٤ م أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية اتفاقاً مع مجموعة شركات (أوناسيس) على أن تؤسس شركة خاصة تحمل اسم شركة ناقلات البحرية السعودية، ويطلق عليها شركة (ساتكو)، ويتم رفع العلم السعودي عليها، وتقوم هذه الشركة بنقل البترول السعودي من موانئ السعودية في الخليج العربي لأي من موانئها على البحر الأحمر.

تضمن العقد المبرم بينهما أن لشركة (ساتكو) 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 ١٩٣٣ م.

ولحل هذا النزاع الناشئ بينهما اقترحت حكومة المملكة العربية السعودية عرض هذا النزاع على التحكيم.

أُبرم اتفاق التحكيم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو في ٢٣ / فبراير / ١٩٥٥ م، الذي نص في المادة الرابعة منه على أن تتولى هيئة التحكيم الفصل في النزاع طبقاً للقانون السعودي.

والمقصود بالقانون السعودي هو القانون الإسلامي تبعاً للمذهب المطبق في المملكة العربية السعودية، وهو مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وذلك إذا كان يتعلق بالمسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، أما إذا كان يتعلق بالمسائل التي لا تقع داخل إطار اختصاص المملكة العربية السعودية فيتم الفصل في النزاع طبقاً للقانون الذي ترى محكمة التحكيم تطبيقه.

تم عرض موضوع النزاع على هيئة التحكيم التي رأت أنه من الواجب عليها حتى يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة أن تقوم بتكييف العلاقة القانونية في العقد المبرم بين الطرفين (محل المنازعة) من أجل معرفة ما إذا كان عقد الامتياز المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو يُعدُّ تصرفاً صادراً بالإرادة المنفردة، أو عقداً عاماً، أو عقداً إدارياً، أو عقداً من عقود القانون الخاص.

بعد استماع هيئة التحكيم لطرفي الدعوى والحجج المقدمة من كليهما انتهت إلى أن القانون السعودي لا يعرف القانون العام، أو فكرة القانون الإداري المعروف في القانون الفرنسي، وأنَّ فقه الإمام أحمد بن حنبل لا يتضمن أيَّ قاعدة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن، ومن باب أولى المتعلقة بالبتروول.

وبناءً عليه رفضت هيئة التحكيم الأخذ بوجهة النظر التي أبدتها الحكومة السعودية، وهي أنَّ الفقه الإسلامي بناءً على ما ذكره ابن تيمية 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 أنَّ العقد شريعة المتعاقدين^(٢٤).

انتهت هيئة التحكيم في تكييف العقد المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو من المذكرات المقدمة من الحكومة السعودية، ومن المناقشات الشفوية التي تمت أنَّ العقد المبرم بين الطرفين يُعدُّ عقداً غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة، ورفضت اعتباره عقداً إدارياً؛ لأنَّ القانون السعودي لا يعرف هذه الطائفة من العقود^(٢٥).

وبعد أن نظرت هيئة التحكيم في موضوع المنازعة أصدرت قرارها في

(٢٤) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٣ ص ٣١٠.

(٢٥) د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

٢٣ / أغسطس / ١٩٥٨ م بأن اتفاق الحكومة السعودية مع شركة (أوناسيس) لا يخلّ بأيّ حق مكتسب لشركة أرامكو؛ لأنّ عقد الامتياز بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو ليس فيه تقييد لحرية السعودية في اختيار كيفية نقل صادرات النفط^(٢٦).

دراسة تحليله :

أولاً: أن ما توصلت إليه هيئة التحكيم في تكييفها للعقد بأنه ليس عقداً إدارياً غير سليم، حيث إنّها بدأت بدراسة القانون الواجب التطبيق، ثم إنزال العقد عليه فرأت أنّه لما كان القانون السعودي لا يعرف القانون الإداري فإنّ العقد لا يُعدّ إدارياً. فهي لم تقم بدراسة العقد لمعرفة هل هو عقدٌ إداريٌّ، وبالتالي تطبق عليه قواعد القانون الإداري أم أنّه عقدٌ خاصٌّ مع أنّ العقد إذا كان إدارياً فإنه لا تتغير حاله باعتبار كون القانون الواجب التطبيق يعرفه أم لا.

وكان على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تراه محققاً للعدالة المطلوبة؛ لأنها هي غاية لدى العقلاء والمحكمين والقضاة.

مع أنني أرى أنّ التكييف الصحيح للعقد المبرم بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو يُعدّ عقداً من العقود الإدارية لكونه عقد امتياز وهو من العقود المعروفة في القانون الإداري.

ثانياً: أرى أنّ ما ذكره المحكم من عدم معرفة القانون السعودي للقانون الإداري لا يسلم له بذلك، وإمّا ينم عن عدم معرفة هيئة التحكيم بحقيقة القانون السعودي الذي مصدره الشريعة الإسلامية، وما يصدر من أنظمة متطابقة مع الشريعة الإسلامية.

(٢٦) نشر الحكم في Revue critique de droit international privé، ١٩٦٣، p. ٣١٤، وكان المحكم في الدعوى السويسري سوسر هل.

ومن المعلوم أنّ أحكام الفقه الإسلامي زاخرة بالحلول الناجمة للفصل في أيّ نزاع، سواء كان عقداً إدارياً أو خاصاً، ولقد بيّنت الحكومة السعودية لهيئة التحكيم ذلك، ولكن لم تأخذ بوجهة النظر السعودية.

ثالثاً: أنّ النظام السعودي يرى جواز اللجوء إلى التحكيم لفضّ منازعات العقود الإدارية منذ وقت بعيد، وقبل أنّ تعرفه القوانين المعاصرة، وقبل أنّ يعرف وينتشر، حيث إنّه هو الذي عرض التحكيم لحلّ النزاع الذي بينه وبين شركة أرامكو. ومما يؤكّد على ذلك أنّ عقود البترول التي كانت تبرمها المملكة العربية السعودية مع شركات البترول كانت تنصّ على اللجوء إلى التحكيم في حال نشوب نزاع بين الطرفين.

فمنها العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية والشركة اليابانية للبترول في ١٠ ديسمبر ١٩٥٥ م، الذي ورد فيه «أنّه في حالة عجز الطرفين عن الوصول إلى تسوية ودية فيما يختلف عليه أو في حالة عجزهما عن الاتفاق على إحالة النزاع إلى محكمة ما فإنّ الخلاف يحال إلى مجلس تحكيم مكون من خمسة أعضاء، ويصدر حكم الهيئة بأغلبية الآراء»^(٢٧).

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

المطلب الثالث وجوب الموافقة الأولية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يوجب نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية عند لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية أن تكون هناك موافقة أولية من رئيس مجلس الوزراء.

وهذا الأمر جاء النصُّ عليه في نظام التحكيم في المادة الثالثة التي نصّت على أنّه: «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفضّ منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم».

كما جاء في اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٧ / ٢٠٢١ / م في ٨ / ٩ / ١٤٠٥ هـ في المادة الثامنة ما نصه: «في المنازعات التي تكون جهة حكومية طرفاً فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم، يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع، مبيّناً فيها موضوعه، ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم، لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم، ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها».

فالمادة الثالثة من نظام التحكيم دلّت على وجوب أخذ الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء عند اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية، التي منها منازعات

العقود الإدارية. فالنظام السعودي جعل موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم أمراً لازماً سواء كان شرطاً أم مشاركةً.

ولعل الحكمة من وجوب الموافقة حتى تكون وسيلة لعدم الإسراف في اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية، كما أن هذه الموافقة تُعدُّ صمام أمان بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي لارتباطها الوثيق بأمر التنمية، كما تُعدُّ أحد العوامل التي تؤدي إلى تقوية القدرة التنافسية للشركات الوطنية في مواجهة الشركات الأجنبية^(٢٨).

والحصول على الإذن بالتحكيم يشمل جميع الأجهزة الحكومية، بما في ذلك المؤسسات والهيئات العامة الإدارية والاقتصادية^(٢٩).

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

إلا أن المادة أعطت لمجلس الوزراء الحق في تعديل حكم المادة حول هذه الموافقة، فلمجلس الوزراء أن يعطي جهة أو بعض الجهات الإدارية الحق في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية مباشرة دون الموافقة الأولية من رئيس الوزراء، وهذا يتمُّ بالتصويت وفقاً لنظام مجلس الوزراء.

وصلاحية مجلس الوزراء بتعديل حكم المادة يُعدُّ أمراً نظامياً لكونه مفوضاً بهذا التعديل، وليس اعتداءً منه باعتباره سلطة تنفيذية على صلاحيات السلطة التنظيمية.

(٢٨) انظر د. ماجد راغب الحلوم، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٨٧، د. عصمت عبدالله الشيخ - التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢٢٠ و ٢٢٢.

(٢٩) عبد الله بن حمد الوهيبي، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

ويتبين من خلال نص المادة الثالثة من النظام، ونص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية أن موافقة رئيس مجلس الوزراء تختلف بحسب وقت نشوء المنازعة. فإذا لم تكن هناك منازعة فإنه من الجائز لرئيس مجلس الوزراء أن يوافق للجهة الإدارية أن تفض نزاعاتها، بشرط أن يكون ذلك في العقد الإداري فقط، أما المنازعات الإدارية الأخرى فإن الموافقة لا تكون إلا بعد نشوء النزاع، بحيث يكون لمنازعات العقود الإدارية خاصية مميزة عن بقية المنازعات الإدارية الأخرى.

وأرى أن نص المادة الثامنة من اللائحة نص على عبارة (الناشئة) ولو كانت بدلاً عنها عبارة (التي تنشأ) لكان أولى، حيث إن (الناشئة) المقصود بها التي حدثت فتكون الموافقة بعد حصول النزاع، وهو ما يعارض نص المادة، أما عبارة (التي تنشأ) فتكون الموافقة بعد حصول النزاع، وهو الذي يوافق نص المادة.

ولقد استثنى النظام السعودي في أنظمة صدرت حديثاً وجوب الموافقة الأولية على التحكيم، فأعطى للجهة الإدارية الحق باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري مباشرة دون أخذها الموافقة من رئيس مجلس الوزراء.

ونظام الاستثمار التعديني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٧ وتاريخ ٢٠/ ٨/ ١٤٢٥هـ نص في المادة الثامنة والخمسين على أنه: «يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له والوزارة عن طريق عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية...».

والمقصود بالمرخص له كما جاء في المادة الأولى من النظام أنه: «الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يمنح حقوقاً معينة بموجب هذا النظام».

وهذه الحقوق هي التي يمنح من خلالها المرخص له رخصة لاستطلاع أو كشف

أو جمع مواد أو استغلال مواد معدنية^(٣٠)، وبالتالي تكون العلاقة بين المرخص له والوزارة علاقة عقدية لدخول هذه الرخصة في عقد الامتياز. كذلك جاء الاستثناء من وجوب الموافقة الأولية للتحكيم في نظام الكهرباء الصادر بالمرسوم م / ٥٦ وتاريخ ٢٠ / ١٠ / ١٤٢٦هـ، الذي نصّ في المادة الثالثة عشرة - الفقرة الثامنة على أنه: «يجوز الاتفاق على تسوية أيّ نزاع أو خلاف ينشأ بين أيّ مرخص له والهيئة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم»، وجاء في المادة الأولى تعريف المرخص له بأنه: «كل شخص يحمل رخصة سارية المفعول صادرة من الهيئة تصرح له القيام بأيّ نشاط كهربائي». وعُرِّفَت الهيئة في النظام أنها: «هيئة تنظيم الكهرباء والإنتاج المزدوج». وعُرِّفَ النظام الرخصة بأنها: «إذن تمنحه الهيئة للقيام بنشاط كهربائي بموجب هذا النظام ولوائحه التنفيذية وتنظيم الهيئة». فالعلاقة التي بين المرخص له وهيئة تنظيم الكهرباء علاقة عقدية، وتدخل هذه الرخصة ضمن عقود الامتياز.

والنظام في هذين النظامين أعطى الجهة الإدارية أن تلجأ إلى التحكيم لفضّ المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها مع المرخصين معهم، وبذلك يكون ذلك استثناءً من وجوب الموافقة الأولية على اللجوء إلى التحكيم الوارد في نظام التحكيم.

وهنا مسألة، وهي أن النظامين ذكرا عبارة «وفقاً لأحكام نظام التحكيم»، فالنظاميان لما ذكرا أن يكون اللجوء إلى التحكيم وفقاً لنظام التحكيم فإنه يجب أخذ الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء، لأنّ نظام التحكيم اشترط ذلك. وأرى أن وجهة النظر هذه قوية يمكن الجواب عليها بأمرين:

(٣٠) المادة الثانية من نظام التعدين.

الأول: أن النظامين لما ذكرا جواز لجوء الجهة الإدارية مع المتعاقد معها إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقد لم يكن ذلك لغواً أو عبثاً، وإنما لغاية، وهي استثناء العقدين المبرمين نتيجة لهذين النظامين من نظام التحكيم؛ لأنه لو لم يرد الجواز لما تغير شيء؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو وجوب أخذ الموافقة الأولية على التحكيم، ولو لم يكن ذلك لكان ذكر التحكيم في النظامين لا فائدة له.

الثاني: أن المقصود بعبارة «أن يكون التحكيم وفقاً لنظام التحكيم» أي أن تكون إجراءاته من أول إجراء، وهو اعتماد وثيقة التحكيم وحتى صدور الحكم التحكيمي وفقاً لنظام التحكيم، وتحت إشراف ديوان المظالم باعتباره الجهة التي تنظر النزاع أصلاً.

وأرى من المناسب أن يضاف في أول المادتين اللتين في النظامين: «استثناء من نص المادة الثالثة من نظام التحكيم يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له...»، خروجاً من أي خلاف يحصل في تفسير المادة.