

ورقة علمية



شرط التحكيم في العقود الادارية

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين
أما بعد:

فإنّ التحكيم من الوسائل المشروعة لفضّ الخصومات، لما فيه من تحقيق الصلح، ورفع النزاع، وقطع الخصومة بطريقٍ يرتضيه الأطراف، وقد جرى العمل به قديماً وحديثاً، واعتنى به المنظمّ عنايةً ظاهرة بتنظيمه وتقنين إجراءاته. ولما كان الغالب على التحكيم في التطبيقات المعاصرة أن يكون في المنازعات التجارية والاستثمارية والعقود الخاصة، حتى صار يُتصور عند كثيرٍ من الباحثين والممارسين مقصوراً على هذا النوع من العلاقات؛ برزت مسألة التحكيم في العقود الإدارية باعتبارها من المسائل الدقيقة التي تتجاذبها اعتبارات سلطان الإرادة من جهة، واعتبارات المصلحة العامة والقيود النظامية على الجهات الحكومية من جهةٍ أخرى، فأردت أن أبين حكم شرط التحكيم في العقود الإدارية، وبيان موقف المنظمّ منه، وحدود الإباحة والمنع فيه، مع الإشارة إلى التطبيقات النظامية والقضائية ذات الصلة.

وقد جاء المنظمّ بتقنين التحكيم في نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) وتاريخ 24/5/1433هـ، مقرّراً تعريف شرط التحكيم في المادة (الأولى) بأنه: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواءً أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة، وهو تعريفٌ جامع يقرر أن التحكيم مبناه على الإرادة، وحدّه ما يجيزه الشرع والنظام.

وأما العقد الإداري، فهو ما كانت الإدارة طرفاً فيه، متصلاً بمرفقٍ عام، ومشتماً على شروطٍ استثنائية تُقصد بها تغليب المصلحة العامة على الخاصة، ومن ثمّ لم يكن هذا العقد محضً عقدٍ مدني، بل هو تصرفٌ تنظيمي تحكمه القيود النظامية، ويخضع في تفسيره وتنفيذه لمبادئ القانون العام.

التنظيم النظامي لشرط التحكيم في العقود الإدارية:

لما كانت العقود الإدارية متعلقة بالمصلحة العامة، ومتصلة بأعمال الجهات الحكومية والمرافق العامة، فإن المنظمّ لم يترك مسألة التحكيم فيها مطلقةً لإرادة الأطراف، بل أحاطها بقيودٍ وضوابط نظامية تُوازن بين تمكين الجهات العامة من الاستفادة من مزايا التحكيم، وبين حماية المال العام ومنع التوسع غير المنضبط في التنازل عن الاختصاص القضائي. ومن ثمّ جاء تنظيم شرط التحكيم في العقود الإدارية قائماً على أصل المنع إلا بإذن، مع فتح باب الاستثناء في بعض الأنظمة الخاصة التي اقتضت طبيعتها إجازة اللجوء إلى التحكيم وفق ضوابط محددة.

ولهذا جاء النص الصريح في المادة (10/2) من نظام التحكيم - بعد تعديلها بالمرسوم الملكي رقم (م/21) وتاريخ 26/1/1447هـ

بقوله: «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك».

وهذا النص أصلٌ محكم في بابه، يفيد أن شرط التحكيم في العقود الإدارية ليس حقًا مطلقًا، بل هو تصرفٌ موقوفٌ على إذنٍ سابق، فإن تحقق الإذن صحَّ الشرط ونفذ، وأوجب على المحكمة الامتناع عن نظر النزاع عملاً بالمادة (الحادية عشرة) من النظام، التي توجب الحكم بعدم جواز نظر الدعوى عند وجود اتفاق تحكيم صحيح، وإن لم يتحقق الإذن، لم يُعتد بهذا الشرط، وعاد الاختصاص إلى القضاء المختص، إذ لا يُلزم أحدٌ - لا شرعًا ولا نظامًا - بما صدر خارج حدود ولايته.

غير أن المنظم لم يقف عند هذا القيد العام، بل فتح باب الاستثناء، بنصه: «ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك»، فجاءت الأنظمة الخاصة تُفصل هذه الإباحة، وتبين مواضعها، ومن ذلك - ما يأتي:

فقد نصَّ على دعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها الطائرات للغير على سطح الأرض في إقليم المملكة، وكذلك الأضرار التي تقع على السفن والطائرات السعودية في أعالي البحار، كما في المادة الحادية والخمسين بعد المائة من نظام الطيران المدني الصادر بتاريخ 18/7/1426هـ، وهو نص يُجيز اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات ذات الطبيعة الفنية والدولية.

وكذلك ما ورد في نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم الصادر بتاريخ 13/3/1427هـ، حيث يفهم منه جواز اللجوء إلى التحكيم، وقد أشارت المادة السابعة عشرة في فقرتها (17) إلى أنه: لا يجوز الصلح والتحكيم فيما جاوز خمسين ألف ريال إلا بموافقة مجلس الإدارة، وهو قيدٌ يوازن بين الحماية والمرونة

وكذلك النزاع الناشئ بين هيئة خطوط الحديدية والمرخص له بتقديم خدمات خطوط الحديدية، كما نص عليه نظام النقل بالخطوط الحديدية الصادر بتاريخ 24/5/1433هـ في المادة الرابعة والثلاثين منه، وهو من قبيل النزاعات التشغيلية التي يُراعى فيها سرعة الفصل

وكذلك ما نص عليه تنظيم المركز السعودي لكفاءة الطاقة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (353) بتاريخ 3/7/1439هـ، حيث أجاز اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الناشئة عنه، بعد استكمال الإجراءات النظامية، وهو قيدٌ يفيد إحالة الأمر إلى الضوابط العامة

وكذلك المنازعات الناشئة عن النقل البحري والتصادم، كما أشارت إليه المواد (223) و(224) و(257) من النظام البحري التجاري الصادر بتاريخ 5/4/1440هـ، وهي منازعات يغلب عليها الطابع الدولي، فناسبها التوسعة في التحكيم وكذلك المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الخاضعة لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصت المادة الثانية والتسعون من النظام الصادر بالرسوم الملكي رقم (م/128) بتاريخ 13/11/1440هـ

على أنه: «للجهة الحكومية - بعد موافقة الوزير - الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة»، فجعل الإذن هنا في مرتبة أدنى من رئيس مجلس الوزراء، مراعاةً لطبيعة هذه العقود وكثرتها.

وكذلك المنازعات التي تنشأ عن اتفاقية الامتياز أو تطبيق نظام الامتياز التجاري، كما في المادة الخامسة والعشرين من نظام الامتياز الصادر بتاريخ 9/2/1441هـ، حيث أُجيز التحكيم فيها.

وكذلك المنازعات التي تنشأ حيال عقود واتفاقيات البنك المركزي السعودي، وذلك في الحالات التي تقتضيها مصلحة البنك، وفق السياسات الصادرة من مجلس إدارته، كما في المادة الثانية والعشرين من نظامه الصادر بتاريخ 11/4/1442هـ.

وكذلك النزاع الذي ينشأ بين وزارة الصناعة والثروة المعدنية والمرخص له، كما أشار إليه نظام الاستثمار التعديني الصادر بتاريخ 19/10/1441هـ، في مادته الثامنة والخمسون، وهو من النزاعات ذات الطابع الاستثماري. وكذلك المنازعات الناشئة عن عقد التخصيص أو أي عقود تابعة له، كما في قرار مجلس الوزراء رقم (436) وتاريخ 3/8/1442هـ، ونظام التخصيص الصادر بتاريخ 5/8/1442هـ، بشرط موافقة الجهة المختصة، وهي مجلس إدارة المركز الوطني للتخصيص، وفق ما نصت عليه القواعد المنظمة للتخصيص بتاريخ 14/2/1443هـ فهذه النصوص - على تعددها - تدل على أن الاستثناء ليس أمرًا عارضًا، بل هو تنظيم قطاعي مقصود، يُراعى فيه طبيعة كل نشاط، ومدى الحاجة إلى التحكيم فيه.

التطبيق القضائي لشرط التحكيم في العقود الإدارية:

ولم يقف الأمر عند حدود التنظيم النظامي فحسب، بل ظهر أثر هذه القيود والاستثناءات في التطبيق القضائي أمام ديوان المظالم؛ إذ برز التساؤل عن مدى صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية إذا أُبرم دون استيفاء الإذن النظامي، ومدى جواز تمسك الجهة الإدارية ببطلان الشرط بعد رضاها به ولجوئها إليه.

ومن ثمَّ اكتسبت التطبيقات القضائية في هذا الباب أهميةً ظاهرة؛ لأنها تكشف كيفية تنزيل النصوص النظامية على الوقائع العملية، وتُبين اتجاه القضاء الإداري في الموازنة بين احترام مبدأ المشروعية، وحماية المال العام، وبين استقرار المعاملات والوفاء بالشروط العقدية.

و أثناء استقرائي للسوابق القضائية المتعلقة بشرط التحكيم في العقود الإدارية، لم أقف - فيما ظهر لي - إلا على سابقة قضائية واحدة تناولت هذه المسألة بصورة مباشرة، وهي القضية رقم (225/ق/2 لعام 1416هـ)، المقامة من شركة «أوجيه بي في» الهولندية ضد جامعة الملك عبدالعزيز.

وتتلخص وقائعها في أن جامعة الملك عبدالعزيز تعاقبت مع الشركة المذكورة على تصميم وتنفيذ المرافق المؤقتة الجاهزة، وقد تضمّن العقد شرطًا يقضي بأنه إذا نشأ نزاع أو خلاف بين الطرفين ولم يصبح قرار المهندس نهائيًا، فإن النزاع يُحال إلى هيئة تحكيم مكوّنة من ثلاثة أعضاء

وبعد نشوء النزاع أثناء تنفيذ العقد، اتجه الطرفان إلى التحكيم، وصدر قرار هيئة التحكيم بإلزام الجامعة بدفع مبالغ مالية للشركة، إضافةً إلى الإفراج عن الضمانات البنكية المقدمة منها.

إلا أن جامعة الملك عبدالعزيز دفعت أمام ديوان المظالم بعدم صحة اللجوء إلى التحكيم؛ استنادًا إلى قرار مجلس الوزراء رقم (58) وتاريخ 17/1/1383هـ، المتضمن منع الجهات الحكومية من الاتفاق على التحكيم في منازعاتها إلا وفق الضوابط النظامية المقررة، وأن الأصل اختصاص ديوان المظالم بنظر منازعات العقود الإدارية

وقد انتهت الدائرة إلى أن لجوء الجامعة إلى التحكيم، واشتراطه في العقد الإداري، يُعد مخالفاً للتنظيم القائم آنذاك، باعتبار أن الجهة الإدارية لا تملك الاتفاق على التحكيم إلا في الحدود المأذون بها نظامًا، غيالدكتور خالد عبدالله الخضير في بحثه المنشور بالمجلة القضائية - مع موافقته للنتيجة التي انتهت إليها هيئة التدقيق من حيث صحة التحكيم وصحة اتفاق الطرفين عليه - إلا أنه خالفها في بعض الأسباب التي بُني عليها الحكم؛ إذ قرر أن الاستناد إلى قرار مجلس الوزراء رقم (58) وتاريخ 17/1/1383هـ للقول بمنع التحكيم في العقود الإدارية لم يعد محللاً للاستناد بعد صدور المادة الثالثة من نظام التحكيم، التي قررت جواز لجوء الجهات الحكومية إلى التحكيم بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء، مما يدل على أن المنظم لم يأخذ بفكرة المنع المطلق، وإنما اتجه إلى الإجازة المقيدة بضوابط تنظيمية

ويُبين أن المادة الثالثة من نظام التحكيم تُعد مقدمةً على قرار مجلس الوزراء المشار إليه؛ لأن الأداة النظامية التي صدر بها نظام التحكيم - وهي المرسوم الملكي - أقوى مرتبةً من الأداة التي صدر بها القرار، فضلاً عن أن النظام جاء لاحقاً ومتضمناً تنظيمًا خاصاً وصريحاً لمسألة التحكيم في العقود الإدارية، الأمر الذي يقتضي تقديم النص الأعلى مرتبةً والأحدث تنظيمًا كما أوضح أن اشتراط موافقة رئيس مجلس الوزراء يُعد قيدًا تنظيميًا موجهاً إلى الجهة الإدارية ذاتها، ولا يتعلق بأصل صحة اتفاق التحكيم، ومن ثمَّ فإن تخلف هذه الموافقة لا يترتب عليه - في نظره - بطلان شرط التحكيم، وإنما يُعد مخالفةً تنظيمية تتحمل الجهة العامة تبعاتها، ولا يجوز لها أن تتخذ من خطئها سببًا للتحلل من التزاماتها العقدية وأكد كذلك أن إبطال شرط التحكيم بسبب مخالفة إجرائية صادرة من الجهة الإدارية نفسها يؤدي إلى اضطراب المعاملات والإضرار باستقرار العقود، وهو ما يتعارض مع ما تقرر شرعاً من وجوب الوفاء بالعقود والشروط وقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم» وتبرز أهمية هذه السابقة في أنها تكشف جانباً من التطور القضائي والنظامي في النظر إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ إذ كان الاتجاه القضائي في مراحلها الأولى يميل إلى التضييق في هذا الباب حمايةً للاختصاص القضائي والمال العام، ثم جاء التنظيم الحديث أكثر تفصيلاً، فانتقل من المنع العام إلى الإجازة المنضبطة بالإذن أو بالنص النظامي الخاص وخلاصة ذلك:

أن شرط التحكيم في العقود الإدارية يدور بين أصلٍ واستثناء؛ فالأصل هو تقييد الجهات الحكومية في الاتفاق على التحكيم حمايةً للمصلحة العامة وصيانةً للمال العام، والاستثناء هو الإذن به عند وجود الحاجة والمصلحة، سواءً بإذنٍ خاص أو بنصٍ نظامي يجيزه في بعض القطاعات والأنشطة ذات الطبيعة الاستثمارية أو الفنية أو الدولية وقد أظهر المنظم في هذا الباب توازناً ظاهراً بين مقتضيات السيادة الإدارية وحماية الأموال العامة من جهة، وبين متطلبات البيئة الاقتصادية الحديثة وما تستلزمه من الرونة والسرعة والثقة في تسوية المنازعات من جهةٍ أخرى؛ فلم يتجه المنظم إلى المنع المطلق الذي قد ينعكس سلباً على جاذبية الاستثمار واستقرار العلاقات التعاقدية، كما لم يفتح الباب على إطلاقه دون ضوابط، بل أحاطه بقيود وإجراءات تكفل سلامة التصرف وتحقيق المصلحة العامة ويظهر أثر ذلك جلياً في التوسع التنظيمي الحديث في إجازة التحكيم في عددٍ من العقود والقطاعات المرتبطة بالاستثمار والتخصيص والطاقة والنقل والامتيازات التجارية وغيرها، وهو ما ينسجم مع التوجهات الاقتصادية والتنموية في المملكة، والسعي إلى تعزيز البيئة الاستثمارية، ورفع كفاءة التعاقدات الحكومية، وتوفير وسائلٍ فعّالة وعادلة لحسم المنازعات، بما يحقق الثقة والطمأنينة للمستثمرين والمتعاملين مع الجهات العامة كما أن التحكيم - متى أحسن تنظيمه وضُبطت إجراءاته - يُعد من الوسائل المعاصرة التي تسهم في سرعة الفصل في النزاعات، وتقليل آثار الخصومة، والمحافظة على العلاقات التعاقدية، لاسيما في العقود ذات الطابع الفني أو الدولي، وهو ما يحقق مقاصد معتبرة جاءت الشريعة برعايتها؛ من رفع النزاع، ومنع الضرر، وتحقيق العدل، وحفظ الحقوق، واستقرار المعاملات ولهذا كان من محاسن المنظم أنه جمع بين الاعتبارين: اعتبار حماية المصلحة العامة والمال العام، واعتبار الحاجة الاقتصادية والتنموية إلى تفعيل وسائل تسوية المنازعات الحديثة، فجاء نظام التحكيم مواكباً للتطور التشريعي والاقتصادي، مع محافظته على الأصول الشرعية والنظامية الحاكمة لهذا الباب، هذا والله أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

كتبه: أ.م.ح. حماد الحربي