Journal of Economic, Administrative and Legal Sciences (JEALS) • Vol 7, Issue 13 (2023) • P: 73 - 53
https://journals.ajsrp.com/index.php/jeals
ISSN: 2522-3372 (Online) • ISSN: 2522-3372 (Print)

Arbitration in public project disputes in the Law of Saudi Arabia

Dr. Hashem Baker Alshaikh

College of Sharia and Law | Jouf University | KSA

Received: 15/02/2023

Revised: 27/02/2023

Accepted: 18/09/2023

Published: 30/12/2023

* Corresponding author: tark_632003@yahoo.com

Citation: Alshaikh, H. B. (2023). Arbitration in public project disputes in the Law of Saudi Arabia. *Journal of Economic, Administrative and Legal Sciences, 7*(13), 53 – 73. https://doi.org/10.26389/AJSRP.K150223

2023 © AISRP • Arab Institute of Sciences & Research Publishing (AISRP), Palestine, all rights reserved.

• **Open Access**

This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY-NC) license

Abstract: This study aimed to identify arbitration in public project disputes in the Saudi system, to identify similarities and differences between arbitration and similar systems, to identify types of arbitration in public project disputes in law, to identify the nature of public project disputes in the Saudi system, and to identify the nature of arbitration in project disputes The general and identification of the competent authority to consider public project disputes in the Saudi system, and the original approach was used, which depends on theorizing the particles and their response to a general principle that governs them, and the study reached the most important results, which are: 1.Arbitration is one of the permissible and legitimate matters in Islamic jurisprudence, and the most correct of the sayings of Islamic jurisprudence scholars is that it is permissible and legitimate in general, whether there is a judge in the country or not. 2.Arbitration is similar to the means of settling other disputes, such as judiciary, conciliation, and conciliation, in that it aims at one goal, which is to resolve the dispute between the litigants, and achieve justice, and that the differences between it and arbitration are differences that do not affect the end of disputes. 3.The types of arbitration in public project disputes are three. The first type is optional and compulsory arbitration, and this type is related to the extent of the will of the administrative authority and the contracting party with it to resort to arbitration. The second type is private or free arbitration and institutional arbitration, and this depends on the type of arbitrators. The law and procedures applicable to the dispute. 4.The administrative dispute in the law and that it is a legal means guaranteed by the law for people to protect their rights from confronting the administration through the administrative judiciary, and that there are standards that jurists differ in defining the administrative dispute, and that the most correct among them is the mixed criterion that combines the criterion of public authority and the criterion of public utility.

Keywords: arbitration - public project disputes - the Saudi system.

التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي

الدكتور / هاشم بن بكر الشيخ

كلية الشريعة والقانون | جامعة الجوف | المملكة العربية السعودية

المستخلص: هدفت هذه الدراسة للتعرف على التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي، والتعرف على أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم والنظم المشابهة له والتعرف على أنواع التحكيم في منازعات المشروع العام في القانون والتعرف على ماهية المنازعات المشروع العام في النظام السعودي والتعرف على ماهية التحكيم في منازعات المشروع العام والتعرف على الجهة المختصة بنظر منازعات المشروع العام في النظام السعودي، وتم استخدام المنهج التأصيلي وهو يعتمد على تنظير الجزئيات وردها لمبدأ عام يحكمها، وتوصلت الدراسة إلى أهم النتائج وهي: 1.أن التحكيم من الأمور الجائزة والمشروعة في الفقه الإسلامي، وان الراجح من أقوال علماء الفقه الإسلامي، انه جائز ومشروع بالجملة سواء وجد قاضي في البلد أم لم يوجد. 2.أن التحكيم يتشابه مع وسائل التسوية المنازعات الأخرى، كالقضاء والصلح والتوفيق، في أنها تهدف إلى هدف وأحد وهو فض المنازعة بين المتخاصمين، وتحقيق العدالة، وان الاختلافات التي بينها وبين التحكيم خلافات لا تؤثر في إنهاء المنازعات.3.أن أنواع التحكيم في منازعات المشروع العام ثلاثة، النوع الأول تحكيم اختياري وإجباري وهذا النوع يتعلق بمدى إرادة الجهة الإدارية والمتعاقد معها للجوء إلى التحكيم، النوع الثاني تحكيم خاص آو حر وتحكيم مؤسسي، وهذا بحسب نوعية المحكمين، والنوع الثالث تحكيم مقيد وبالصلح وهذا متعلق بالقانون والإجراءات المطبقة على المنازعة. 4.والمنازعة الإدارية في القانون وأنها وسيلة قانونية كفلها القانون للأشخاص لحماية حقوقهم من مواجهة الإدارة عن طريق القضاء الإداري، وان هناك معايير اختلف الفقهاء في تحديد المنازعة الإدارية، وان الراجح من بينها المعيار المختلط الذي يجمع بين معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام.

الكلمات المفتاحية: التحكيم – منازعات المشروع العام – النظام السعودي.

المقدمة:

التحكيم من أقدم الوسائل لحل المنازعات منذ قديم الزمن؛ فقد نشأ قبل الدولة، فهو قديم قدم المجتمعات حيث كان سائداً في المجتمعات القبلية باعتباره الأداة الفردية للتسوية الودية للمنازعات عن طريق الغير.

ففي المملكة العربية السعودية عَرف النظام السعودي التحكيم -كغيره من الأنظمة المعاصرة-، واتخذه وسيلة من وسائل فض المنازعات انطلاقًا من مشروعيته في الإسلام.

فالتحكيم يحتل مكانة خاصة في النظام السعودي في كافة المنازعات، والتي منها منازعات العقود الإدارية، والتي يختص بنظر المنازعات الناشئة عنها ديوان المظالم.

إلا أن أهمية التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي تبرز لوجود العديد من التعاقدات في الوقت الراهن التي تبرمها جهة الإدارة في المملكة مع العديد من المتعاقدين الوطنيين أو الأجانب لسير المرافق العامة، خاصة عقود الامتياز مع الشركات الأجنبية، والتي تؤدي دوراً فاعلاً في الاقتصاد السعودي.

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل الودية التي تعالج نزاع قائم أو قد يقوم بين الأفراد، على الرغم من أنه حديث النشأة إلا أنه يعتبر وسيلة جيدة مصدرها القانون لحل النزاعات، إلا أن القانون لم يعتبر التحكيم بمثابة القضاء وبديلاً عنه كالتشريعات المقارنة، إنما اعتبره إستثناء عنه، تقوم قواعد قانون التحكيم على نظام قانوني، حيث تم النص على قواعد تنظمه في قانون التحكيم والائحة التنفيذية، إضافة إلى مشروع قانون التحكيم السعودي، فيتم اللجوء إلى تسوية النزاعات بطريقة التحكيم من خلال إتجاه الإرادة بذلك، أي أنه لا يمكن اللجوء إليه إلا بمجرد إتفاق بين طرفي النزاع، فمبدأ سلطان الإرادة يعتبر مبدأ جوهري به، كما تم اللجوء إليه بإرادة الأطراف فهو لا ينتهي إلا بإرادتهم، وبناءاً على ما سبق، يعتبر التحكيم عقد بين الطرفين، وينطبق عليه كافة الأركان الموضوعية المتعلقة بالعقود وفقاً لمجلة الأحكام العدلية وهي على سبيل الحصر وهي (الأهلية، ولرضا، والسبب، والمحل) أما فيما يخص الأركان الشكلية له، فهناك من اعتبر الكتابة شرطاً للإنعقاد، وهناك من اعتبرها شرط إثبات، وتعددت وجهات النظر في ذلك، لكن الرأي الراجح أنها شرط إثبات، ذلك لأن القانون نص صراحة على الحالات التي تبطل إتفاق التحكيم ولم ينص على الإمتناع عن الكتابة، والمشرع قد تبنى المفهوم الواسع للكتابة.

وهناك أطراف اتفاق التحكيم كأي عقد له أطراف، فأطراف إتفاق التحكيم هم من حصل النزاع بينهم، فيقوموا بتعين محكم أو أكثر للنظر في موضوع النزاع، وإن كان أكثر من محكم فيتم تعين مرجح إما يعين من قبل الأطراف أو إن اختلفوا فيعين من قبل المحكمين، وللمحكمة أيضاً صلاحية في تعين المحكمين أو المرجح وذلك إن اختلفوا أطراف النزاع، ويعتبر دور المحكمة هنا دوراً إستثنائياً، وبعد دراسة موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم، تصدر قرارها وفقاً لذلك، ويكتسب هذا القرار حجية الأمر المقضي به حتى قبل المصادقة عليه من قبل المحكمة وإكتسابه الصفة التنفيذية، هذا يعني أن قرار التحكيم بمثابة قرار القضاء، لذلك لا يمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء طالما وجد إتفاق تحكيم أو تم البدء بإجراءات التحكيم، ويمكن للطرف الأخر الدفع بذلك قبل الدخول بأساس الدعوى وفقاً للمادة السابعة من قانون التحكيم.

وهناك المنازعات التى قصد المشرع إخضاعها لنظام التحكيم الإجبارى إنما هى المنازعات الموضوعية التى تنشأ بين شركات القطاع العام أوبين إحداها وبين جهات حكومية أوهيئة أومؤسسة عامة بشأن تقرير حق أونفيه وذلك اعتباراً بأن هذه الأنزعة . على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية . لا تقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح كما هوالشأن فى مجال القطاع الخاص بل تنتهى جميعا، فى نتيجتها إلى جهة واحدة هى الدولة، لا يصح القول بأن المشرع وقد ناط بهيئات التحكيم الفصل فى كافة منازعات الحكومية، فإنه يكون قد قصد إسقاط ما سبق صدوره من أحكام نهائية مما يخول لتلك الهيئات نظر الموضوع من جديد إذا أحيل إليها الطعن بحالته من محكمة المختصة بذلك بأنه ما دام المشرع لم ينص صراحة على إسقاط هذه الأحكام فإنها لا تسقط بطريق الاستنتاج لما يترتب على إسقاطها من المساس بالحقوق المكتسبة للخصوم. والصواب أن تظل لهذه الأحكام قوتها وحصانتها التى كفلها القانون حتى يقضى من محكمة النقض فى أمر الطعن المرفوع عنها فإن قضت برفضه طويت صفحة النزاع نهائيا وإن بنقض الحكم سقطت عنه حصانته وزالت آثاره وتعين على محكمة النقض عندئذ أن تحيل القضية إلى هيئات التحكيم التى أحلها المشرع محل محكمة الموضوع.

مشكلة البحث:

تبرز مشكلة البحث في الإجابة على التساؤل الأتي: ما هي المنازعات المشروع العام في النظام السعودي وما هي أنواع التحكيم في منازعات المشروع العام في القانون وما هي الجهة المختصة بنظر منازعات المشروع العام في النظام السعودي.؟

أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا الموضوع أن التحكيم في هذا العصر قد تطور تطوراً كبيراً فلم يعد حاله كالسابق في نظر المنازعة من قبل شخص أو أكثر بل ظهر العديد من الشخصيات المعنوية على شكل هيئات وغرف تحكيمية لها كياناتها المستقلة ونظامها الخاص مهمتها فقط الفصل في النزاعات، وقد يُنَصُّ في العقود المبرمة بين الأطراف على أنها المختصة في الفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم، وقد يُضّمن هذا النص في العقد الإداري، فيكون شرطا في العقد.

كل ذلك يبرز ضرورة وأهمية تتبع التطورات المختلفة في النظام السعودي في هذا الخصوص، خاصة أن الدراسات في هذه المسائل لا زالت دراسات أولية لم تعط للموضوع أهميته.

فلأهمية هذا الموضوع رأيت أن يكون ذلك موضوع هذا الكتاب، وبعد أن استخرت الله عز وجل، قررت الكتابة والبحث في: **(التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي)**.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى التعرف على الأتي:

1. تحديد تعريف التحكيم.
2. التعرف على أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم والنظم المشابهة له.
3. التعرف على أنواع التحكيم في منازعات المشروع العام في القانون.
4. التعرف على ماهية المنازعات المشروع العام في النظام السعودي
5. التعرف على ماهية التحكيم في منازعات المشروع العام.
6. التعرف على الجهة المختصة بنظر منازعات المشروع العام في النظام السعودي
7. التعرف على حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 وتاريخ 1403/3/12هـ
8. التعرف على حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي على ضوء أحكام ديوان المظالم والقرارات التحكيمية
9. التعرف على شرط الموافقة الأولية على التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي

منهج البحث:

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التأصيلي وهو يعتمد على تنظير الجزئيات وردها لمبدأ عام يحكمها، وكذلك تعتمد على المنهج المقارن وهو الذي يقوم بمعالجة موضوع معين في نظامين مختلفين، بهدف عرض أوجه الشبه والاختلاف، وذلك لتوضيح التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي.(المصري، 2013م: ص 47).

الدراسات السابقة:

دراسة علي شمس (1973م) بعنوان: التحكيم في منازعات المشروع العام: دراسة مقارنة قسم الباحث الرسالة الى قسمين: الاول: التحكيم فى منازعات المشروع العام فى النظم المقارنة، وقسمه الى بابين: 1- النظم الاشتراكية، 2- النظام الفرنسى، الثانى: التنظيم القانونى للتحكيم فى منازعات المشروع العام فى مصر، وقسمه الى بابين: 1- النظام القانون قسم الباحث الرسالة الى قسمين: الاول: التحكيم فى منازعات المشروع العام فى النظم المقارنة، وقسمه الى بابين: 1- النظم الاشتراكية، 2- النظام الفرنسى، الثانى: التنظيم القانونى للتحكيم فى منازعات المشروع العام فى مصر، وقسمه الى بابين: 1- النظام القانون.

دراسة وليد محمد عباس يوسف (2008) بعنوان: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية - دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي وتوصلت الدراسة إلى أنه -يمثل التحكيم قضاءً خاصاً بموجبه تسلب المنازعات من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص خاصة يعهد إليهم بممارسة وظيفة قضائية، و يعد التحكيم عقداً في أساسه، وقضاءً في وظيفته؛ أي نظام مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية، وتتمثل العناصر العقدية في اتفاق التحكيم الذي يعتبر مظهراً لإرادة الأطراف، ويخضع لما تخضع له العقود من أحكام من حيث إجراءاته وبطلانه، وتتمثل العناصر القضائية في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وما يصدر عنه من أحكام، ويتميز التحكيم ببعض الخصائص التي تباعد بينه وبين غيره من الأنظمة القانونية الأخرى والتي قد تتشابه معه، مثل الصلح والتوفيق والخبرة. وهذا ما يؤكد استقلاله وخصوصيته، ولا يتخذ التحكيم في الواقع العملي

شكلاً واحداً، وإنما ينقسم إلى أنواع وأشكال مختلفة، فهو ينقسم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى التحكيم الطليق والتحكيم بالقانون، ومن حيث تنظيمه وإدارته إلى تحكيم الحالات الخاصة والتحكيم المؤسسي، على أن أهم تقسيماته تلك التي تميز بين التحكيم الوطني والدولي، وبين التحكيم الاختياري والإجباري، إن العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي ليست عقوداً خاصة على إطلاقها، وإنما يمكن خلع الصفة الإدارية عليها حال اشتمالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية، على اعتبار أن الدولة تقوم بصنفين من الأنشطة؛ أنشطة مرتبطة بممارسة السيادةJur imperii ، وأخرى ذات صبغة صناعية وتجارية Jur gestionis تتمثل في إدارة مشاريع أو أعمال تجارية .

دراسة محاسن الجواني (2022م) بعنوان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية يعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية استثناء على الأصل المذكور لحل النزاعات التي تحصل بينهم، لذا يعتبر التحكيم من أهم الظواهر القانوني المعاصرة، ومما يؤكد ذلك اللجوء المتزايد بين المتعاقدين سواءً على مستوى التجارة الدولية أو الداخلية في حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة وهو أداة اتفاقية يكون اللجوء إليها رهين إرادة أطراف العقد، سواء في اختيار الشخص أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع. ولهذه الاعتبارات، اهتمت دول العالم أجمع بالتحكيم، وعنيت بوضع تنظيم قانوني للتحكيم يتناول الاتفاق عليه، ويحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامه، ويبسط كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي يسير عليها. وقد واكبت المملكة العربية السعودية التطورات المتسارعة التي يشهدها العالم المعاصر الذي بات يعول على التحكيم للفصل في الكثير من المنازعات. فأصدرت نظاماً للتحكيم عام 1403هـ 2ليكون وسيلة فاعلة في الفصل في المنازعات التجارية، ثم أصدرت بعد ذلك نظاماً جديداً للتحكيم في عام 1433هـ ليصبح بديلاً عن النظام السابق. وقد جاء النظام الجديد مواكباً للتطورات الاقتصادية والتنموية التي تشهدها المملكة العربية السعودية. وقد تمت معالجة الإشكال القانوني المتمثل في مدى ملاءمة شرط الموافقة المسبقة لرئيس مجلس الوزراء لشرط التحكيم في العقود الإدارية مع طابع السرعة التي مناسبة تطلبها النهضة الاقتصادية في المملكة العربية السعودية وفق رؤية المملكة 2030م.

دراسة أحمد هزاع الشمري (1434هـ) بعنوان: التحكيم في العقود الإدارية، اول هذا البحث مدى خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم في النظام السعودي وقد اعتمد هذا البحث على المنهج الاستقرائي الذي ينطلق من استقراء القواعد العامة إلى التطبيق الجزئي على نقاط البحث المختلفة والعكس وبسبب عرض الكثير من النصوص القانونية المنظمة للتحكيم وكذلك من خلال استعراض مختلف الآراء الفقهية والمواقف القضائية، بالإضافة إلى المنهج الوصفي والتحليلي نظرا لتبيان ماهية العقود الإدارية، وكذلك المنهج التطبيقي في سبيل توضيح الأفكار المطروحة، من خلال تدعيمها بعديد من منازعات العقود الادارية التي عرضت أمام مختلف هيئات التحكيم والتي كانت مؤيدة لتلك الآراء في بعض المرات، ومفندة لها في مرات أخرى، واهم النتائج التي توصل اليها الباحث أن جل التشريعات الدولية والوطنية أقرت بأن القانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة لا ينبغي على قضاء التحكيم أن يتغاضى عنه، لكن الدراسة العملية للعديد من أحكام التحكيم الدولية الصادرة في قضايا عقود الإدارية أثبتت خلاف ذلك، إذ أن كثير من المرات قام المحكمين الدوليين بتنحية قانون الإرادة سواء بصفة كلية أو جزئية. كذلك إن التنقيحات القانونية التي أجرا المملكة العربية السعودية هو راجع لإفرازات العولمة بشتى أنواعها، وهو بمثابة الأمر الحتمي لمواكبة التشريعات الحديثة، ومن أجل فتح أبواب الإستثمار فيها وكذا دفع عجلة نمو إقتصادها، وأن عدم قيام بعض الدول بتعديل القوانين وإدراج تلك الشروط سيجعلها قبلة غير مرغوب فيها للإستثمار.

الإطار النظري

الفصل الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته والنظم التي تشابهه في الفقه الإسلامي والقانون والنظام السعودي

المبحث الأول تعريف التحكيم:

المطلب الأول: تعريف التحكيم للغة:

التحكيم في اللغة مصدر حكّم، فالحاء والكاف والميم أصل وأحد، وهو المنع؛ يقال حكم فلان في كذا إذا جعل أمره إليه انظر: (مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس (مادة) حكم 91/2)،، والتحكيم مصدر حكَّم يُحكِّم (بتشديد الكاف)، اي جعله حكماً انظر (لسان العرب، ابن منظور، 1990م ص98). والتحكيم هو التفويض؛ أي جعل الأمر إلى الغير ليحكم ويفصل فيه (عبد الكريم، 1423هـ، ص20).

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في الاصطلاح

أولاً: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:

عَرَّفَ فقهاء المذاهب الأربعة التحكيم بصياغات مختلفة تؤدي جميعها لمعنى واحد، والمتأمل في تعاريفهم يجدها موافقة للمعنى اللغوي للتحكيم.

فعَرَّفَ علماء الحنفية التحكيم بأنه: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وكما عَرَّفَه علماء المالكية بأنه: تولية الخصمين حكماً يرتضيانه ليحكم بينهما.

أما علماء الشافعية فقد عَرَّفَوا التحكيم بأنه: تولية خصمين حكماً صالحاً للقضاء ليحكم بينهما (الشربيني، 1958م، 378/4).

وعَرَّفَ علماء الحنابلة التحكيم بأنه: تولية شخصين حكماً صالحاً للقضاء يرتضيانه للحُكم بينهما (المرداوي، 1381هـ ، ص298).

ثانياً: دراسة تحليلية لتعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:

عند دراسة التعاريف السابقة للتحكيم نلاحظ الآتي: -

أولاً: أن التحكيم يتم بإرادة من الطرفين المتنازعين؛ فليس لغيرهما أن يفرض عليهما اللجوء إلى التحكيم.

ثانياً: التحكيم عبارة عن اتفاق بين المتخاصمين؛ أي أنه عقد يسري عليه ما يسري على العقود.

ثالثاً: أن من يتولى الفصل في المنازعة طرف أجنبي عن المتنازعين هو المحكم وله ولاية خاصة على المتنازعين، وأن حكمه له ذات القوة التي لحكم القاضي ما لم يخالف الشرع المطهر.

رابعاً: أن التحكيم حسم نزاع بين طرفين بغير طريق القضاء.

ثالثاً: تعريف التحكيم في القانون.

عرف التحكيم في القانون بأنه " اتفاق وطريقة وأسلوب لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع معين عن طريق أفراد عاديين يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلا من فصلها عن طريق القضاء المختص (سامي،1992، ص17).

وتعريفه القانوني بأنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم، والناتجة عن علاقة عقدية، أو غير عقدية أمام شخص محكم، أو أكثر دون اللجوء إلى القضاء".

"اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية، أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانًا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة، أو مركز من الهيئات، أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقًا للقواعد، أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات.

وعرف أيضًا بأنه: " نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد طبيعيين تم اختيارهم من قبل الخصوم، أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها تمكين أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المُخول لها طبقًا للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص طبيعيين يختارونهم"، وينتج عن ذلك الاتفاق أن يتم إقصاء النزاع من عرضه على القضاء العادي"(رضوان،1981م، ص34).

تعريف التحكيم في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م.

نصت "المادة الرابعة" " فقرة 1"بأنه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفي النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولي إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة، أو مركز دائم للتحكيم، أو لم يكن كذلك". (خليل،2003م، ص47).

كما عرفته المادة العاشرة من ذات القانون سالف الذكر بأنه:

1. 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.
2. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقًا على قيام النزاع سواء قام مستقلًا بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين. . . . كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية.

قانون التحكيم اليمني رقم "33" لسنة 1981م

عرفته المادة 1 التحكيم هو اختيار الخصمين برضائهما شخصًا آخر، أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000م عَرّف التحكيم في المادة الأولى منه بأنه: "وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة تحكيم للفصل فيه".

قانون المرافعات الفرنسي: عرفته المادة (1442) مرافعات بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".

وجاءت أيضًا المادة "1447" من ذات القانون السابق على أنه "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر" (خليل،2003م، ص49).

قانون التحكيم الهولندي: فقد نص في المادة 1020 من قانون التحكيم الهولندي على أنه: "اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي تنشأ، أو قد تنشأ مستقبلًا نتيجة علاقة قانونية معينة عقدية، أو غير عقدية إلى التحكيم".

تعريف التحكيم في أحكام القضاء:

باستطلاع بعض أحكام القضاء نجد أنها رغم اختلاف عباراتها إلا أنها اتحدت في مفهومها للتحكيم، ومن هذه الأحكام:

- المحكمة الدستورية العليا في مصر: عرفت التحكيم في أحد أحكامها بأنه "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، ويعين باختيارهما، أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيًا عن أي شبهة تلحق به، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة
- محكمة النقض المصرية: عرفت التحكيم في أحد أحكامها بأنه "طريق استثنائي لفض المنازعات – قوامه – الخروج على طرق التقاضي العادية – عدم تعلق شرط التحكيم بالنظام العام – مؤداه – وجوب التمسك به أمام المحكمة وعدم جواز قضائها بإعماله من تلقاء نفسها – جواز النزول عنه صراحة أو ضمناً – سقوط الحق في إثارته بعد الكلام في الموضوع – علة ذلك (خليل،2003م، ص50).

ثالثاً: تعريف التحكيم في النظام السعودي.

لم يُعَرِّفَ النظام السعودي التحكيم كما ورد في بعض القوانين المعاصرة، وإنما عَرَّفَ اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة الأولى من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 في 1403/7/12هـ والمنشور في جريدة أم القرى في العدد 2969 في 1403/8/22هـ على أنه: " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين"، ويشير أيضاً المنظم في المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي بأنه: اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، سواء كان التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة مشارطة تحكيم مستقلة".

المبحث الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم والنظم المشابهة له.

المطلب الأول: أوجه التشابه والاختلاف

بين التحكيم في منازعات المشروع العام والقضاء الإداري

في هذا المطلب سوف أبين، إن شاء الله، بعض أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم في العقود الإدارية والقضاء الإداري.

أولا: أوجه التشابه بين التحكيم في منازعات المشروع العام والقضاء الإداري:

هناك عدة نقاط تشابه بين التحكيم في منازعات المشروع العام والقضاء الإداري هي:

أولاً: أن كلا من التحكيم في منازعات المشروع العام والقضاء الإداري، فصل في نزاع معروض عليهما.

ثانياً: يملك من ينظر في النزاع في كل من التحكيم والقضاء الصلاحية اللازمة لحسم المنازعة (علي،1973م ،ص465).

ثالثاً: يقوم التحكيم في منازعات المشروع العام والقضاء الإداري، بتحقيق فاعلية القواعد الشرعية والقانونية التي تحكم العلاقة محل المنازعة (الشريف،1993م، ص ص10-11).

ثانيا: أوجه الاختلاف التحكيم في منازعات المشروع العام:

هناك أوجه اختلاف بين التحكيم في منازعات المشروع العام والقضاء الإداري هي:

أولاً: ولاية التحكيم ولاية خاصة، أما القضاء فهو ولاية عامة؛ فالتحكيم اقل رتبة من القضاء(القرافي ،1994م-34/11.

ثانياً: عند اللجوء للتحكيم لابد من تراضي الأطراف، أما في القضاء فلا يشترط التراضي (ابن نجيم، 1992م،27/7)، فالمحكم مقام من الأطراف، والقاضي مقام من السلطان (الصاوي، 1972م ،494/5).

ثالثاً: التحكيم لا يمتد نظره في القضايا التي تمس النظام العام، بخلاف القضاء الذي تمتد ولايته لتشمل منازعات الحق

العام والخاص (الخويلدي،1424هـ، ص147).

رابعاً: لا يتقيد التحكيم باختصاص مكاني بنظر المنازعات، أما القاضي فمقيد بالنظر بالمنازعات التي يختص بها مكانيًا قال ابن عابدين: "وأنه لا يتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم في البلاد كلها" (ابن عابدين، 1981م، 413/5).

خامساً: ولاية التحكيم قاصرة في نظر المنازعة المعروضة عليها باتفاق الأطراف وليس لها النظر في غيرها إلا باتفاق جديد؛ لأن ولايته تنتهي بإصدار حكمه قال في رد المحتار: "ينعزل الحَكم بقيامه من المجلس" (ابن عابدين، 1981م، 413/5).

بخلاف ولاية القضاء فإنه ينظر في كل ما يعرض عليه؛ لأنه مولى من قبل السلطان (مجلة الأحكام العدلية المادة 1842 وشرحها 341/4)

سادساً: تؤدي الطبيعة الشخصية في التحكيم في العقود الإدارية دوراً هامًا، حيث إن المحكم مختار من قبل الأطراف، وبالتالي فلا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، بخلاف القاضي فشخصيته ليس لها أهمية في نظر المنازعة وبالتالي يجوز له أن يستخلف غيره.

سابعاً: يجوز تعدد المحكمين بحسب إرادة الأطراف في التحكيم حيث يمكن التحاكم إلى اثنين، ولا ينفذ حكم أحدهما بمفرده، بل لابد أن يجتمعا، أما في القضاء الإداري فإن مبدأ تعدد القضاة لا علاقة للأطراف به بل هو خاضع للنظام القضائي في الدولة.

ثامناً: يعتبر القضاء الإداري مؤسسة من مؤسسات الدولة وتمثلها السلطة القضائية فيه فهو منسوب إليها وبالتالي فهو مرفق من مرافق الدولة وإحدى سلطاتها.

بخلاف التحكيم في منازعات المشروع العام، فإن هيئات التحكيم سواء كانوا أفرادا أو مراكز أو غرف تحكيمية فإنها لا علاقة لها بالدولة فليست من مؤسساتها ولا هيئاتها العامة وبالتالي، فالمؤسسة والغرف التحكيمية تعتبر هيئات معنوية خاصة.

المطلب الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم في منازعات المشروع العام والصلح في منازعات المشروع العام

أولاً: تعريف الصلح:

يُعَرَّفَ الصلح، بأنه عقد رضائي، أو إجراء غير رسمي يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم ومن يمثلونهم ويستدعون بواسطة طرف ثالث ويقومون بمقتضاه لحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم على وجه التقابل عن بعض ما يطالب به وللأطراف الحرية بقبول الصلح أو رفضه.

فالصلح ما هو إلا وسيلة لحل النزاع بين أطراف المنازعة، سواء كان قائمًا أو في حالة نشوئه بعيدا عن إجراءات القضاء في الدولة، وهو يلتقي مع القضاء والتحكيم في النتيجة والمحصلة النهائية وهي حسم النزاع، وهو يقوم على ثلاثة مقومات:

- وجود نزاع قائم أو محتمل. - وجود النية عند الطرفين لحسم النزاع.
- تنازل كل من الطرفين المتصالحين عن ادعائه.

"فالصلح عقد رضائي لا شكلي، ويختلف الصلح عن الترك، فنزول أحد الطرفين عن كل ما يدعيه ولم ينزل الآخر عن شيء مما يدعيه لا يعتبر صلحا، وان عد تركا.....ولا يشترط في الصلح أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة أو متساوية في الأهمية" (النجار،1981م، ص ص 479-480).

وهذا المفهوم للصلح يشمل كافة المنازعات التي تنشأ بين الخصوم، وهو كذلك يشمل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

ثانياً: أوجه التشابه بين التحكيم في منازعات المشروع العام والصلح في منازعات المشروع العام:

يمكن أن القول: إن أوجه التشابه بين التحكيم في منازعات المشروع العام والصلح في منازعات المشروع العام تتلخص في الآتي:

أولاً: أنهما وسيلتان لتسوية منازعات العقود الإدارية بدلاً من القضاء.

ثانياً: أنهما صادران برغبة من الجهة الإدارية مع المتعاقد معها بإرادته الحرة على فض نزاع العقد الإداري بعيداً عن القضاء.

ثالثاً: الهدف من الاتفاق بين الجهة الإدارية مع المتعاقد معها هو حل نزاع قائم أو محتمل.

رابعاً: إذا تم الاشتراط بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها على حل منازعات العقد الإداري فإنه يجب عليهما احترام هذا الشرط وعدم عرض المنازعة على القضاء؛ لما يتمتعان به من حجية الشيء المحكوم فيه، "فما فصل فيه التحكيم أو اتفق عليه صلحاً يصلح لإثارة الدفع بحجية الشيء المحكوم به عند إثارة نفس النزاع أمام القضاء"(خليل،2003م، ص38).

خامساً: أن كلاً منهما يتفقان على المسائل التي لا يجوز لهما إنهاء النزاع بشأنها فقد نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه: "...لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

سادساً: أن كلاً منهما يوجد فيه طرفًا ثالثًا أو طرفًا آخر يقوم بعملية التحكيم أو بعملية الصلح يسمى في التحكيم المحكم ويسمى في الصلح المصلح أو المصالح(ساري، 1999م، ص52)

ثالثاً: أوجه الاختلاف بين التحكيم في منازعات المشروع العام والصلح في منازعات المشروع العام:

هناك اختلافات بين التحكيم في العقود الإدارية والصلح في منازعات المشروع العام أذكر بعضًا منها وهي:

أولاً: التحكيم في منازعات المشروع العام لا يحدث فيه تنازل متبادل من الإدارة والمتعاقد معها للفصل في النزاع، فالنتيجة تحسم لأي من الطرفين، أما في الصلح في العقود الإدارية فإنه يقتضي بطبيعته التنازل المتبادل من الأطراف عن جزء من الحق (الشريف،1993م، ص 9).

ثانياً: في التحكيم في منازعات المشروع العام؛ حكم المحكمين يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة المقررة قانونا، أما في الصلح في العقود الإدارية فإن قرار الصلح غير قابل للطعن، إلا إذا اعترى الصلح سبب من أسباب بطلان الصلح (أبو الوفا، 1974م، ص30).

ثالثاً: قرار التحكيم في منازعات المشروع العام ينهي النزاع بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من القضاء، أما في الصلح في العقود الإدارية فإنه يجب أن يصدر حكم من القضاء يقر الصلح لكي يمكن تنفيذه (السنهوري، 1962م،5139/1).

المطلب الثالث: وجه التشابه بين التحكيم في منازعات المشروع العام، والتوفيق في منازعات المشروع العام:

توجد أوجه للتشابه بين التحكيم في منازعات المشروع العام والتوفيق في منازعات المشروع العام هي:

أولاً: أنهما وسيلتان لتسوية منازعات العقود الإدارية بدلاً من القضاء(السنهوري، 1962م،160/1).

ثانياً: الهدف من الاتفاق بين الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على التحكيم أو الصلح هو لحل نزاع قائم أو محتمل.

ثالثاً: إذا تم الاشتراط بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها على حل منازعات العقد الإداري بالتحكيم أو التوفيق، فإنه يجب عليهما احترام هذا الشرط وعدم عرض المنازعة على القضاء(خليل،2003م، ص43).

رابعاً: أن كلاً من الوسيلتين يوجد طرفاً ثالثاً أو طرفاً آخر يقوم بعملية التحكيم أو بعملية التوفيق، ويسمى في التحكيم المحكم، ويسمى في التوفيق الموفق أو الوسيط (عيد ،1988م،45/10).

ثالثا: أوجه الاختلاف بين التحكيم في العقود الإدارية والتوفيق في العقود الإدارية:

هناك عدة اختلافات توجد بين التحكيم في العقود الإدارية والتوفيق في العقود الإدارية، نذكر بعض هذه الاختلافات وهي:

أولاً: التحكيم في العقود الإدارية يتم فيه الفصل في النزاع لصالح أحد الطرفين أما في التوفيق فيتم الفصل في النزاع في المنازعة العَقْدية عن طريق تخلي كل طرف عن جزء من مطالبه؛ أي عن طريق تنازلات متبادلة، فإذا أصر كل طرف على موقفه وتمسك بكل مطالبه دون تنازل فلن يكون هناك توفيق (ساري، 1999م، ص49).

ثانياً: في التحكيم في العقود الإدارية يقبل حكم المحكمين الطعن بطرق الطعن المختلفة المقررة قانوناً، أما في التوفيق في العقود الإدارية فإنه غير ملزم للإطراف فهو مجرد توصية أو اقتراح (حسين، 2005م، ص58).

ثالثاً: قرار التحكيم في العقود الإدارية ينهي النزاع بعد أن يصدر مشمولا بأمر الصيغة التنفيذية ويكون قابلا للتنفيذ مباشرة، أما في التوفيق في العقود الإدارية فإنه غير قابل للتنفيذ في حد ذاته، وإنما يفتقر إلى صدور حكم من القضاء يقره ويأمر بتنفيذه (ساري، 1999م، ص51).

رابعاً: التحكيم في العقود الإدارية ينهي النزاع بقرار تحكيمي أو بحكم تحكيمي أما في التوفيق فإن النزاع ينتهي باتفاق بين الطرفين؛ أي عن طريق عقد بينهما(ساري، 1999م، ص50).

المبحث الرابع: أنواع التحكيم في منازعات المشروع العام في القانون.

نظرا للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على الصعيدين الدولي والداخلي، وتأكيدا لرغبة الأفراد في انتشار هذا النظام باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية، وكذا رغبة الدول في تشجيع الاستثمار، لذلك ظهرت الحاجة لوجود عدة أنواع للتحكيم لتغطي كافة المنازعات وخيارات الأفراد، فمن ناحية قد يكون التحكيم حرا وقد يكون مؤسسيا، وقد يكون اختياريا وقد يكون إجباريا وأخيرا قد يكون التحكيم وطنيا وقد يكون دوليا، وسوف نبين في بحثنا هذا أنواع التحكيم المختلفة في عجالة سريعة تمكننا من معرفة أهمية كل نوع ووظيفته لحل المنازعات المختلفة بالطرق السلمية.

المطلب الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

هذا النوع من أنواع التحكيم يحكمه طبيعة تدخل المقنن في اللجوء إلى التحكيم من ناحية كونه اختياريًّا أو إجباريًّا فهو ينقسم إلى قسمين:

أولا: التحكيم الاختياري في منازعات المشروع العام:

هو الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا في جميع أنواع المنازعات، والتي تتمثل في منازعات العقود الإدارية، فإنها تتفق الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على التحكيم في العقد الإداري، فيكون لكل منهما الخيار بين الالتجاء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم ويكون الالتجاء إلى أحد الطريقين مسقطا للآخر.

فإذا لم تكن الجهة الإدارية والمتعاقد معها غير مفروض عليهما بنص أو وفق نظام معين في حالة خلافاتهما اللجوء إلى التحكيم؛ كان التحكيم اختياريًا (أبو طالب، 1957م، ص79).

ثانياً: التحكيم الإجباري في منازعات المشروع العام:

هذا القسم يُخضع القانون- لاعتبارات معينه- الجهة الإدارية والمتعاقد معها إلى اللجوء للتحكيم للفصل النهائي في المنازعات الناشئة عن العقد الإداري.

وبناء على فإن هذا القانون الملزم بالتحكيم، لا يجوز لطرفي العقد الإداري اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعة الناشئة عنه(مؤمني، 1983م، ص65).

وقد ينص القانون على عدم جواز الالتجاء إلى المحاكم إلا بعد طرح النزاع على هيئة التحكيم(عياد، 1401هـ، ص58).

والتحكيم الإجباري قد يأخذ صورتين، فهو إما أن يكتفي المشرع بفرض التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وإما أن يتدخل المشرع فيضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم ككل، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم.

ومثال التحكيم الإجباري القانون المصري رقم 97 لسنة 1983 بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته فقد قضى في المادة 56 منه " بأن تختص هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى".

وعلى الصعيد الدولي فقد نجد التحكيم الإجباري موجودا في بعض الاتفاقيات الدولية أو في صورة شروط عامة يجب إتباعها في بعض المجالات، كما هو الشأن في الشروط التي وضعها مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) في عام 1968 وهي تلك التي تحكم بيوع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية في بلدان الكوميكون (عياد، 1401هـ، ص50).

المطلب الثاني: التحكيم الخاص أو الحر والتحكيم المؤسسي في منازعات المشروع العام.

هذا النوع من التحكيم في منازعات المشروع العام يرتكز على أساس طبيعة القائم على إجراءات التحكيم وهو ينقسم إلى قسمين: (الشواربي،1997م، ص 24).

أولاً: التحكيم الخاص أو الحر في منازعات المشروع العام:

التحكيم الخاص أو الحر في العقود الإدارية معناه: أن تقوم الجهة الإدارية مع المتعاقد معها بتحديد إجراءات التحكيم من مُهَل ومواعيد.

كما تقوم الجهة الإدارية مع المتعاقد معها بتعيين المحكمين وعزلهم وردهم، وتحديد جميع الإجراءات اللازم إتباعها للفصل في الدعوى التحكيمية في ظل قانون التحكيم.

وقد نص قانون التحكيم المصري لسنة 1994م في المادة 15والمادة17 والمادة25على التحكيم الخاص أو الحر حيث ذكرت المادة 15على: "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين ..." ونصت المادة17 على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم..."ونصت المادة25 على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم....".

هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحددونه بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام.

وقد ظهر التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي، وفيه يعطي حرية كبيرة للأفراد في اختيار المحكمين الذين يضعون فيهم ثقتهم اعتمادا على خبرتهم في حل النزاع، وقد تكون القواعد والإجراءات المتبعة لحل النزاع أكثر مرونة وواقعية عنها في قواعد التحكيم المؤسسي، كما أن عامل السرية والسرعة في حل النزاع، قد يكون أكثر ما يميز هذا النظام، كما أن الاعتماد على مؤسسة أو هيئة لحل النزاع القائم، قد يأتي بكثير من القواعد والإجراءات التي قد تكون على عكس توقعات الأفراد والتي قد تساعد على إطالة زمن التحكيم لتأخر فهم الخصوم لها وما يتبعها من تحضير مستندات، ودفوع تستطيع الرد على هذه القواعد والإجراءات (الشواربي،1997م، ص 25).

ثانياً: التحكيم المؤسسي في منازعات المشروع العام:

في هذا القسم تخضع الدعوى التحكيمية بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها لنظام جهة خاصة حيث تقوم بالفصل في النزاع مؤسسة أو هيئة أو منظمة أو جمعية تنشأ للقيام بالتحكيم، وبموجب نظامها تتحدد فيها الإجراءات والمهل وتعيين المحكمين وردهم وعزلهم وغيرها من إجراءات (الشيخ، 2000م، ص31).

وهذه الجهات قد تنشأ داخل دولة الجهة الإدارية، أو على مستوى دولي كجهات مستقلة الشخصية والتنظيم، أو كجهات قائمة على أساس اتفاقيات دولية للقيام بعمليات التحكيم في المنازعات التي تعرض عليها(عبدالهادي، 2005م، ص ص 26- 27).

وأرى أن التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يجب على المقنن أن يتدخل في تحديد الحالات التي يجب نظرها من قبل التحكيم المؤسسي، سواء كان على أساس قيمة العقد، أو طبيعته أو غيرها حيث إنه من الأهمية بمكان أن تحال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الضخمة إلى التحكيم المؤسسي فإحالة النزاع التحكيمي في مثل هذه العقود إلى هيئة تحكيم مؤسسية معينة تعقد فيها جلسات التحكيم وتكون الإجراءات معلومة مسبقاً للطرفين، وغيرها من الأمور التي تؤدي فيها سرعة الفصل في المنازعة فيها ترغيب للتعاقد مع جهة الإدارة من قبل الشركات العالمية، والتي قد يكون فيه نفع لاقتصاد الدولة وهذا بخلاف العقود اليسيرة التي ليس هناك حاجة لإحالتها إلى التحكيم المؤسسي، والتي يكفي أحالتها إلى التحكيم الحر.

فهو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات موضوعة ومحددة سلفا، تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد شاع انتشار مراكز التحكيم، وبخاصة بعد الحرب العالمية الثانية، وقد عظمت أهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية، ومن هذه المراكز ما هو متخصص في مجال معين كتجارة القطن أو الحبوب مثلا، ومنها ما هو عام يتولى التحكيم في مختلف أوجه النشاط التجاري، ومنها ما هو وطني مثل غرفة التحكيم بباريس، ومنها ما هو دولي كغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري.

وكل هذه المؤسسات السالفة الذكر توصف بالتخصص والدوام لأن التحكيم هو وظيفتها الوحيدة، وهي أيضا دائمة لأنها لا تقف عند عملية تحكيم بعينها بل هي مستمرة لتلقي ما يعهد إليها من عمليات تحكيمية.

ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو الأساس في مجال التجارة الدولية، فالأطراف عادة ما يفضلون الاستعانة بأنظمة التحكيم المؤسسي لما تكلفه من تنظيم مسبق ومفصل لمعظم مسائل التحكيم، مما يمكنهم من تفادي مسألة عدم الخبرة في وضع قواعد وإجراءات التحكيم واستهلاك مزيدا من الوقت في الاتفاق على هذه القواعد كما هو الحال في نظام التحكيم الحر، هذا فضلا عن الإمكانيات الإدارية والمالية والتنفيذية التي تتمتع بها تلك الهيئات وتضعها بين أيدي الأفراد، وكذا الخبرة التي تتمتع بها تلك الهيئات نظرا لوجود قواعد عملية وواقعية ثم تجربتها وثبت نجاحها في العديد من المنازعات التي فصلت فيها.(الشيخ، 2000م، ص39).

ثالثاً: التحكيم الخاص أو الحر والتحكيم المؤسسي في منازعات المشروع العام في النظام السعودي:

باستقراء نظام التحكيم السعودي نجد أنه يأخذ بنظام التحكيم الخاص أو الحر في دعاوى العقود الإدارية.

فالمواد الأولى والخامسة والعاشرة والحادية عشرة والثانية عشرة من نظام التحكيم السعودي جعلت للجهة الإدارية والمتعاقد معها-باعتبارهما طرفي الدعوى التحكيمية-تحديد المهل والمواعيد والمحكمين ولها عزلهما وردهما، وكذلك لها تحديد جميع الإجراءات اللازم إتباعها للفصل في الدعوى الناشئة عن العقد الإداري بشرط أن تكون هذه الإجراءات متوافقة مع نظام التحكيم السعودي.

وتحت إشراف ومتابعة ديوان المظالم باعتباره الجهة القضائية المختصة في الفصل في دعاوى العقود الإدارية في النظام السعودي.

أما بالنسبة للتحكيم المؤسسي في دعاوى العقود الإدارية فإن النظام السعودي لم يرد فيه نص واضح وصريح على أن تكون دعاوى التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية في إطار مركز أو مؤسسة أو هيئة تحكيمية معينة.

المطلب الثالث: التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في منازعات المشروع العام.

هذا النوع أعطى القانون الجهة الإدارية والمتعاقد معها الحق في تحديد طبيعة نوع التحكيم التي تلتزم بها هيئة التحكيم عند نظرها للمنازعات.

فهيئة التحكيم عند فصلها لنزاع في عقد إداري فإنها تلتزم بالطريق الذي اتفق الأطراف عليه.

أولاً: التحكيم المقيد في منازعات المشروع العام:

هذا القسم يسمى التحكيم بالقانون، ويسمى أيضا التحكيم بالقضاء أو التحكيم العادي، وأرى أنه من الأنسب أن يسمى التحكيم المقيد حيث إن هيئة التحكيم تكون مقيده بقانون معين. (انظر النقض المدني المصري –طعن 60وتاريخ1965/5/25م، ص223).

ويعتبر التحكيمُ المقيدُ الأصلَ في التحكيم مالم يعبر الأطراف صراحة عن عدولهما إلى غيره (إبراهيم، 1997م، ص19).

فهيئة التحكيم تلتزم بقانون معين ليس لها الخروج عنه وتطبيق قواعد العدالة، وإلا كان حكمها عرضة للطعن أمام القضاء فهيئة التحكيم من هذه الناحية تتعامل مع القضية وكأنها محكمة رسمية(حداد، 2005م، ص3).

والقانون الذي تتقيد به هيئة التحكيم إما أن يكون القانون الذي تخضع له المنازعة، وإما قانوناً معيناً تراه هيئة التحكيم للفصل في المنازعة(المحمصاني، 1421هـ، ص67).

ثانياً: التحكيم بالصلح في منازعات المشروع العام:

التحكيم بالصلح معناه أن هيئة التحكيم لا تتقيد بأحكام القانون وإنما تفصل بالمنازعة على أساس ما تتحقق به العدالة، حتى لو كان الحكم الذي يصل إليه المحكمين ما هو مخالف لحكم القانون فيما لو عرض الأمر على القضاء(الجمال، وعبدالعال، 1998م، 108/1).

والتحكيم بالصلح في منازعات العقود الإدارية يجب النص عليه في وثيقة التحكيم صراحة انطلاقاً من مبدأ الحذر والحيطة في تفسير ما اتجهت إليه إرادة الجهة الإدارية والمتعاقد معها حتى لا يكون هناك توسع في تفسير نوع التحكيم الذي يتم اللجوء إليه(أبو الوفا، 1974م، ص40).

ففي التحكيم بالصلح لا يتقيد المحُكمون بأحكام العقد المبرم بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها لأن في التحكيم بالصلح تسعى هيئة التحكيم للتصالح بين الطرفين، فحقيقته صلح، ومقتضى الصلح-كما سبق ذكره-تنازلٌ من الطرفين للوصول إلى حل للنزاع يرضى عنه الأطراف.

وبناء على ذلك فليس للجهة الإدارية أو المتعاقد معها الطعنُ على حكم هيئة التحكيم بالصلح لمخالفته لقانون معين، لأن هيئة التحكيم في الأصل ليست مقيدة بقانون في حكمها إلا في حالة مخالفة حكمها لقاعدة قانونية ثابتة أو مخالفة للنظام العام (العوا، 1423هـ، ص 292).

وقد أخذت القوانين المعاصرة بالتحكيم بالصلح، فالمادة 4/39من القانون المصري نصت على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضهما بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

إلا أن إعطاء الحرية للمُحكمين أو لهيئة التحكيم للفصل في المنازعة دون التقيد بقانون معين ليس معناه الانفلات عن تطبيق القواعد والمبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمها احترام حقوق الدفاع بل يجب عليها التقيد بها باعتبار التحكيم قضاءً يلزمه أن يتقيد بالمبادئ العامة للقضاء (انظر: حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 77السنة 40جلسة1976/12/16 -القاعدة رقم 324-1769/2).

كما أن التحكيم بالصلح ليس معناه حرمان هيئة التحكيم من صلاحية الحكم وَفْق القانون إذا وجدت ذلك عادلا ومنصفا (حداد، 2005م، ص4).

ويعتبر الحكم الصادر بناء على التحكيم بالصلح في العقود الإدارية من صنع هيئة التحكيم، وليس كما في الصلح في العقود الإدارية فإنه يكون من صنع الجهة الإدارية والمتعاقد معها وتثبته هيئة التحكيم، ويعتبر الحكم الصادر بناء على التحكيم بالصلح في العقود الإدارية ملزما للجهة الإدارية والمتعاقد معها وصالحاً للتنفيذ الجبري عن طريق القضاء بخلاف التوفيق الذي لا يتضمن حلاً ملزما للنزاع في العقود الإدارية، وإنما يتضمن اقتراحاتٍ وحلولاً قد لا تصادف قبولاً من الجهة الإدارية والمتعاقد معها(الشواربي،1997م، ص 419).

ثالثاً: التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في منازعات المشروع العام في النظام السعودي:

يأخذ نظام التحكيم السعودي بالتحكيم المقيد باعتباره الأصل في التحكيم كما هو حال في القوانين المعاصرة، فالنظام السعودي يقيد هيئة التحكيم بأحكام الشريعة الإسلامية والنظام.

فقد نصت المادة التاسعة والثلاثون من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الموافق عليها بخطاب رئيس مجلس الوزراء رقم 2021/7/م وتاريخ 1405/9/8هـ على ذلك صراحة فذكرت أنه: "يصدر المحكمون قراراتهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية، عدا ما نُصَّ عليه في نظام التحكيم ولائحته التنفيذية، وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية".

كما أن النظام السعودي أقر التحكيم بالصلح ولم يفرق بين التحكيم المقيد إلا من حيث وجوب صدوره بإجماع المحكمين.

فنصت المادة السادسة عشرة من نظام التحكيم على أن: "يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء، وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع".

الفصل الثاني: مفهوم منازعات المشروع العام في القانون والفقه الاسلامي والنظام السعودي

المبحث الأول: ماهية منازعات المشروع العام في النظام السعودي

المطلب الأول: تعريف منازعات المشروع العام في النظام السعودي:

الدعوى بشكل عام في الفقه القانوني الحديث سواء كانت مدنية أو جنائية أو إدارية وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته (أبو رأس، 1978م، ص 150).

وعلى هذا فالدعوى الإدارية وإن كان لها خصائصها إلا أنها لا تتعارض مع مفهوم الدعوى كفكرة قانونية ذات مدلول محدد.

إلا أنها تختلف عن المنازعات والدعاوى الأخرى بأنها وسيلة قانونية التي كفلها القانون للأشخاص، لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء الإداري(بسيوني، 1988م، ص119).

المطلب الثاني: معيار منازعات المشروع العام في القانون:

أما عن معايير المنازعة الإدارية فإن هناك عدة معايير وهي(أبو رأس، 1978م، ص 152):

المعيار الأول: أن تكون جهة الإدارة طرفًا في النزاع:

هذا المعيار يجعل المنازعة إدارية إذا كانت الجهة الإدارية طرفًا في المنازعة، وانتقد هذا المعيار أن هناك منازعات تكون الإدارة طرفا فيها، ولا تعتبر منازعة إدارية؛ إذ أنها تتعلق بنشاط غير إداري.

المعيار الثاني: معيار المرفق العام:

إن المنازعة تكون إدارية إذا كانت متعلقة بنشاط المرفق العام، وهو المشروع الذي تنشئه الدولة وتقوم بتنظيمه وتسييره بهدف تقديم النفع وتحقيق المصلحة العامة.

وقد أُنْتُقِدَ هذا المعيار بأن فكرة المرفق العام لم تعد تكفي معيارا لتحديد المنازعة الإدارية، إذ إن وجود المرفق العام لم يعد الشرط الوحيد أو الضروري لتطبيق القانون الإداري.

المعيار الثالث: معيار السلطة العامة:

المنازعة تكون إدارية على حسب هذا المعيار، إذا كانت بسبب عمل من أعمال الإدارة مارست فيها سلطة الأمر والنهي على الأفراد، أما إذا كانت الوسيلة التي لجأت إليها الإدارة شبيهة بتصرفات الأفراد العاديين فقد أُخْتَصَّ بالنزاع القضاء العام.

وقد أُنْتُقِدَ هذا المعيار لأنه يؤدي إلى خروج كثير من أعمال الإدارة المختلطة التي تكون من طبيعة الإعمال العادية وتتضمن بعض عناصر السلطة العامة الآمرة كالعقود الإدارية، كما أنه يؤدي إلى تضييق اختصاص القضاء الإداري.

المعيار الرابع: المعيار المختلط:

هذا المعيار يجمع بين معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام، ومقتضاه أن المنازعة تعتبر إدارية إذا كانت تتعلق بنشاط المرفق العام واستخدمت الإدارة في تسييره وانجازه امتيازات السلطة العامة (أبو رأس، 1978م، ص 153)

بهذا المعيار أخذ الفقه القانوني الحديث (أبو رأس، 1978م، ص 154) كما أخذ به القضاء المصري حيث جاء في حكم محكمة القضاء الإداري: "من حيث إن الرأي المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة ومحكمة التنازع في فرنسا من مدة طويلة وحتى الآن، وهو ما يتعين الأخذ به في مصر، والمتمثل في أن المنازعة تكون إدارية إذا توافر فيها عنصران الأول اتصال المنازعة بسلطة إدارية، أي تكون السلطة الإدارية أحد الخصوم في الدعوى، والثاني هو اتصال المنازعة بنشاط مرفقي تباشره السلطة العامة الإدارية بوسائل القانون العام؛ أي أن يكون موضوع المطالبة بأثر من الآثار المترتبة على علاقات القانون العام"(انظر: الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري الدائرة الاستئنافية في الطعن رقم 211 بجلسة 1977/4/25م).

ولعل هذا المعيار هو الراجح من بين المعايير السابقة؛ ذلك أنه بالنظر والتمعن فيه نجد أنه مشابهه ومماثل للأركان الواجب توافرها في العقد الإداري والمميزة له عن غيره من العقود من حيث إن يكون طرف التعاقد جهة الإدارة أو شخصية معنوية عامة، باستخدام وسائل القانون العام، وأن يكون متعلقا بمرفق عام.

المطلب الثالث: ماهية منازعات المشروع العام في الفقه الإسلامي.

لم يذكر اصطلاح (المنازعة الإدارية) أو (الدعوى الإدارية) لدى الفقهاء، فالفقهاء عند حديثهم عن (الدعوى) وتعريفهم لها عَرَّفَوا (الدعوى)بصفة عامة.

باعتبار أن مصطلح (الدعوى الإدارية) و(المنازعة الإدارية) مصطلح حديث لم يُعرف في ذلك الوقت الذي دُوِّنَ فيه الفقه الإسلامي، وإن كانت واقعا قائما عند كلامهم حول اختصاصات ديوان المظالم، كما سيأتي بيانه إن شاء الله.

ولعدم وجود تعريف محدد لدى الفقهاء (للمنازعة الإدارية) فسوف استعرض ما ذكروه في تعريف الدعوى بشكل عام.

فعَرَّفَ الحنفية الدعوى أنها: "مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته".

أما المالكية فقد عَرَّفَوها أنها: "طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا لا تكذبها العادة"

وعَرَّفَ الشافعية الدعوى أنها: "إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به".

وعَرَّفَ الحنابلة الدعوى: "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته".

فهذه التعاريف التي ذكرها الفقهاء عامة تشمل (المنازعة الإدارية) وغيرها.

وبالنظر إلى من كتب من الفقهاء حول قضاء المظالم أو ولاية المظالم في الفقه الإسلامي لكونه قضاءً مختصًّا بنظر الدعاوى المتعلقة بالسلطة في النظام الإسلامي فنجد أنهم عند ذكرهم لاختصاصات قضاء المظالم لم يستخدموا اصطلاح (المنازعة الإدارية) المستخدمة في القانون.

فقضاء المظالم عالج موضوعات تندرج في ولاية القضاء الإداري القائم في الأنظمة المعاصرة، ولكن بألفاظ ومصطلحات كانت مستخدمة آنذاك، ولا مشاحة في الاصطلاح، فالعبرة بالمضمون والمعاني لا بالألفاظ والمباني (الباز،2004م، ص ص 86 – 87).

المطلب الرابع: معيار منازعات المشروع العام في النظام السعودي:

إن الهدف من تحديد معيار للمنازعة الإدارية-كما سبق ذكره- هو تحديد الجهة القضائية المختصة بنظرها.

وكما مر سابقاً فإن الفقه الإسلامي يحدد الجهة القضائية أخذا بالمعيار الشكلي لطبيعة المنازعة، فإذا كانت الدولة طرفا في المنازعة كانت الدعوى من اختصاص قضاء المظالم وصارت دعوى إدارية يختص بالفصل فيها.

بخلاف الدول الآخذة بنظام ازدواج القضاء في النظم المعاصرة فهي تهدف من تحديد القضاء الإداري تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة، فإذا كانت المنازعة إدارية طبقت قواعد القانون الإداري على المنازعة، ويختص بنظرها مجلس الدولة أما إذا كانت ماعدا ذلك كانت المنازعة غير إدارية خاضعة لقضائها المختص.

أما عن معيار المنازعة الإدارية في النظام السعودي فإن المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/15 وتاريخ 1402/7/17هـ

بينت المعيار بما نصت عليه من: "الاختصاصات التي نص عليها النظام-نظام ديوان المظالم –جاءت من الشمول بحيث أصبح لديوان المظالم الاختصاص العام للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها سواء كان مثارها قرارا أم عقدا أم واقعة"(انظر: نظام المظالم الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم 87/م في 1428/9/19هـ والذي نص في المادة السادسة والعشرين على: "يحل هذا النظام محل نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/51 وتاريخ 1402/7/17هـ).

وقد أكد على هذا المعيار ديوان المظالم في عدة أحكام صادرة منه، فذكر أن: "المنازعة الإدارية هي التي تكون إحدى جهات الإدارة طرفا فيها" (انظر: حكم رقم 29/ت/2/1415هـ حكم غير منشور)، وفي حكم آخر يقول: "إن الديوان –ديوان المظالم- بهيئته قضاء إداري يختص بنظر الدعاوى التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص ذوي الشخصية المعنوية العامة طرفا فيها"(انظر: حكم رقم 17/ت/2/1416هـ حكم غير منشور).

فمعيار المنازعة الإدارية الذي في النظام السعودي معيار وحيد هو أن تكون الجهة الإدارية طرفًا في المنازعة.

وبذلك يتفق النظام السعودي مع أحد المعايير التي وضعها القانون للتفرقة بين المنازعة الإدارية عن غيرها من المنازعات.

المطلب الخامس: أنواع المنازعات الإدارية في النظام السعودي

عددت المادة الثالثة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم 78/م في 1428/9/19هـ المنازعات التي يختص بها ديوان المظالم، وهذه المنازعات ترجع إلى ثلاث مجموعات هي كالآتي (الطماوي، 1971م، ص ص 279- 292):

المجموعة الأولى: منازعات إلغاء القرارات الإدارية:

يقصد بمنازعة الإلغاء أو دعوى الإلغاء تلك المنازعة أو الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد أو الأشخاص المعنويين إلى القضاء الإداري بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون.

وطبيعة هذه المنازعات التي تندرج تحت هذه المجموعة تكون سلطات القضاء أمامها ناقصة بحيث يقتصر نظر القاضي عليها في مدى مشروعية القرار من عدمه، فإذا تبين له مجانبة القرار للقانون حكم بإلغائه، ولكن دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك، فليس

له أن يعدل القرار محل المنازعة الإدارية، أو يستبدل غيره به، فحقيقة دعوى الإلغاء التي تهدف إلى مخاصمة القرار الإداري المعيب الصادر من جهة الإدارة بقصد التوصل إلى إلغائه كليا أو جزئيا مع ضمان واستقرار المراكز والحقوق القانونية المكتسبة.

المجموعة الثانية: منازعات القضاء الكامل:

وهي المنازعات التي يرفعها أحد الأفراد أو أحد الأشخاص المعنوية إلى ديوان المظالم لحماية حقوقهم من قبل من يعتدي أو يهدد بالاعتداء على تلك الحقوق.

ويقصد بها المنازعات التي يرفعها أحد الأفراد أو الأشخاص المعنوين إلى القضاء الإداري لحماية حقوقه أو حقوقهم قِبَلَ من يعتدي أو يهدد باعتداء على تلك الحقوق.

المجموعة الثالثة: قضاء التأديب:

يقصد بقضاء التأديب، تلك الدعوى التي تقيمها الجهة المختصة ضد أحد موظفي الإدارة بطلب إيقاع أحد الجزاءات المنظمة في النظام بسبب مخالفته لمقتضيات وظيفته.

يقصد بقضاء المنازعات التأديبية سلطة القضاء الإداري في توقيع الجزاء على الموظف الذي يرتكب مخالفة تأديبية خرج بمقتضاها عن قواعد المرفق العام الذي يعمل فيه أثناء تأديته لأعماله المكلف بالقيام بها، والتي تؤثر على حسن تأديتها.

المبحث الثاني: ماهية التحكيم في منازعات المشروع العام.

في هذا المبحث سوف أذكر تعريف التحكيم في منازعات العقود الإدارية في النظام السعودي.

ولندرة الكتابات عن التحكيم في المنازعات الإدارية في النظام السعودي فإني لم أجد تعريفا فيمن كتب في التحكيم في النظام السعودي بوجه عام.

لذا سأجتهد مستعيناً بالله عز وجل بوضع تعريف للتحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي على ضوء أحكام الفقه الإسلامي ونظام التحكيم ولائحته التنفيذية، وعلى ضوء تعريف التحكيم في العقود الإدارية في القانون على نحو ما سبق الحديث عنه.

فيمكن أن أعَرِّفَ التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي هو: الفصل في أي نزاع عقدي يحصل أو حصل بين إحدى الجهات الإدارية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع غيرهم عن طريق من يرتضيانه ليحكم بينهما وَفْقًا للشرع والنظام تحت إشراف ديوان المظالم ولا ينفذ إلا بعد مصادقة ديوان المظالم عليه.

المبحث الثالث: الجهة المختصة بنظر منازعات المشروع العام في النظام السعودي

بعد أن ذكرت مفهوم منازعات المشروع العام في النظام السعودي سوف أذكر في هذا المطلب الجهة القضائية المختصة بنظرها.

أن النظام السعودي يأخذ بذات الفكرة التي أخذ بها الفقه الإسلامي في تخصيص القضاء.

ولا غرو في ذلك فالنظام السعودي يأخذ بإحكام الشريعة الإسلامية ويطبق ذات القواعد.

فقد نص النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/90 وتاريخ 1412/8/27هـ في المادة الأولى أن: "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ......"، كما نص في المادة السابعة على: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وهما الحاكمان على هذا النظام

وجميع أنظمة الدولة"، وكما نص على مبدأ استقلالية القضاء وأنه لا سلطان عليه إلا سلطان الشريعة الإسلامية فنص في المادة السادسة والأربعين على أن: "القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية" ونص في المادة الثامنة والأربعين على أن: "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وَفْقًا لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

فالقضاء في النظام السعودي يستمد جميع أنظمته وأحكامه من الشريعة الإسلامية ومن التنظيمات التي ينظمها ولي الأمر بما لا يتعارض مع كتاب الله وسنة رسوله ﷺ.

الفصل الثالث: حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي

بعد أن ذكرت طبيعة منازعات المشروع العام في النظام السعودي، وأن ديوان المظالم يعتبر القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، وصاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الإدارية التي طرفها الدولة.

وأنه المختص بالإشراف على التحكيم في منازعات المشروع العام بداية من اعتماد وثيقة التحكيم وحتى تذييله بالصيغة التنفيذية إذا أيد الديوان حكم هيئة التحكيم.

في هذا المبحث سيكون الحديث في هذا الفصل، إن شاء الله، عن موقف النظام السعودي من التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي.

المبحث الأول: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 وتاريخ 1403/3/12هـ

في هذا المبحث سوف أبين، إن شاء الله، حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على ضوء نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 وتاريخ 1403/3/12هـ.

وأود قبل أن أدخل في دراسة نظام التحكيم أن أذكر التطور التاريخي للتحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، لأمرين:

الأول: لم أجد أحداً تطرق لذكر النشأة التاريخية للتحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي.

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

قبل صدور قرار مجلس الوزراء رقم 58 في تاريخ 1383/1/17هـ لم يكن هناك أي تنظيم للتحكيم في الدعاوى الإدارية بشكل عام في النظام السعودي وإنما كان تنظيم التحكيم يتعلق بالمنازعات التجارية وفْقَ ما نُظم في (النظام التجاري) الصادر بالأمر السامي رقم 32 وتاريخ 1350/1/15هـ.

وتطبيقاً لهذا القرار أصدر مجلس الوزراء قراره رقم 1007 وتاريخ1388/7/7هـ بقبول التحكيم في العقد المبرم بين أمانة مدينة الرياض وإحدى الشركات لمشروع تطوير مدينة الرياض على أن يعود الأمر إلى ديوان المظالم للبت في النزاع عند اختلاف المندوبين في الوصول إلى تسوية.

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 (حسن، 1393هـ، ص 789).

ظل العمل في هذا القرار المنظم للتحكيم لمنازعات العقود الإدارية خلال تلك الفترة الزمنية حتى صدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 وتاريخ1403/7/12هـ فبصدوره انتهى العمل بهذا القرار، وبدأت مرحلة جديدة لتنظيم التحكيم في منازعات العقود الإدارية في النظام السعودي.

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 هذا الحكم".

المبحث الثاني: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي على ضوء أحكام ديوان المظالم والقرارات التحكيمية:

في هذا المبحث سوف أبين، إن شاء الله، موقف ديوان المظالم من اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام علما أن ديوان المظالم بعد استقراء وسؤال لم يتصد إلا لقضية واحدة صدر فيها عدة أحكام، وهي التي ستكون موضوع الدراسة لمعَرفَة موقف ديوان المظالم من اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام.

وستكون دراسة الأحكام الصادرة بالتركيز على معَرَّفَة موقف ديوان المظالم من مسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام فقط دون الدخول في الأحكام الإجرائية التي وردت فيها.

كما سأقوم إن شاء الله، في هذا المطلب ببيان موقف النظام السعودي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام على ضوء القرارات التحكيمية، وسوف أتعرض للقرار الصادر بخصوص المنازعة بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو، وسوف تكون الدراسة لمعَرَّفَة موقف النظام السعودي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام باعتباره طرفا في هذه المنازعة دون الخوض فيما قرره المحكم في تلك المنازعة (حسن، 1393هـ، ص 243).

الفرع الأول: حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام على ضوء أحكام ديوان المظالم

كما سبق بيانه فإن ديوان المظالم لم ينظر بخصوص التحكيم في منازعات المشروع العام إلا قضية واحدة هي القضية رقم 235/ق/2/1416هـ 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 112، 652، 077ريالاً.

وقد نص العقد المبرم بينهما في المادة التاسعة عشرة: "على أن .... تحال كل أنواع النزاع أو الخلافات إن وجدت، والتي لم يصبح قرار المهندس فيها نهائيا وملزما.... 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 وأكدا على نهائية قرارها والإلزام به، وأصدرت هيئة التحكيم قرارها المتضمن الآتي:

أولاً: أن تدفع جامعة الملك عبدالعزيز لشركة أوجيم مبلغاً هو 7، 779، 566، 77 ريالاً.

ثانياً: إلزام الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية المقدمة من شركة أوجيم وقيمتها 22، 031، 553ريالاً.

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

قامت الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية ودفعت للشركة الهولندية مبلغا وقدره 6، 499، 377، 26ريالا وامتنعت عن دفع بقية المبالغ الملزمة من قبل هيئة التحكيم الوارد في البند أولا 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 1، 280، 189، 50ريالاً الفرق بين المبالغ المستحقة لها حسب قرارا هيئة التحكيم والمبالغ التي دفعتها الجامعة لها استنادا إلى أن قرارات لجنة التحكيم قضائية واجبة التنفيذ.

قيدت 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 ماطلبته بعدة دفوع ما يعنينا منها ما دفعت به بما قررته: "أنه على 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 (58) وتاريخ 1383/1/17هـ الذي 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"، وكذلك الفقرة (ب) من ذات القرار التي نصت على أنه: "في الحالات التي تتضمن العقود التي تبرمها أي وزارة نصوصا تخالف نظام مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، أن يحال العقد إلى ديوان المظالم للبت فيه بما يحقق العدالة".

بعد دراسة الدعوى من قبل الدائرة رأت(انظر: الحكم رقم 32/د/أ/9لعام 1419هـ حكم غير منشور) أن لجوء الجامعة إلى التحكيم واشتراطه والموافقة عليه في هذا العقد أمر غير نظامي لمخالفته قرار مجلس الوزراء رقم 58 وتاريخ 1383/1/17هـ بمنع الجهات الحكومية من اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشب بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة حيث إن الأصل أن نظار المال العام وكلاء عن ولي الأمر يتصرفون في تلك الأموال فيما يحقق المصلحة العامة وفي حدود ما نظمه ولي الأمر.

وانتهت(انظر: الحكم رقم 2/د/أ/9لعام 1420هـ حكم غير منشور) إلى أنه إعمالا لقرار مجلس الوزراء رقم 487 وتاريخ 1398/8/5هـ الذي عهد لديوان المظالم النظر في العقود التي تتضمن نصوصا تخالف النظام.

وأنه تحقيقا للعدالة فإنه يستلزم الأخذ بقرار هيئة التحكيم؛ لأن الأصل الشرعي هو الوفاء بالعقود لقولة تعالى: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)** سورة المائدة آية1، ولقول رسول ﷺ: (المسلمون على شروطهم).

لأن اشترط التحكيم في العقد المبرم بين الشركة والجامعة وموافقة الطرفين على إحالة النزاع الناشئ بينهما إلى التحكيم، وهو أمر جائز شرعاً، وبالتالي يكون الإلزام به متوافقًا مع مقتضى العدالة، وللجهة الإدارية الرجوع إلى المتسبب في مخالفة النظام من منسوبيها(انظر: الحكم رقم 2/د/أ/9لعام 1420هـ حكم غير منشور).

وأضافت الدائرة أن الأصل الذي عليه جماهير أهل العلم هو الإلزام بحكم المحكمين في الأموال ديانة وقضاء، وأنه لا يمكن نقض حكم المحكمين إلا بما ينقض به حكم القاضي(انظر: الحكم رقم 29/د/أ/9لعام 1420هـ حكم غير منشور).

وبناء على ذلك أصدرت الدائرة حكمها بإلزام جامعة الملك عبدالعزيز بأن تدفع مبلغ 1، 280، 189، 50ريالا 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)(انظر: الأحكام رقم 18/ت/1419/1هورقم 102/ت/1422/1هـ ورقم 138/ت/1420/1هـ ورقم 102/ت/1422/1هـ ،أحكام غير منشورة) التي لم توافق الدائرة فيما انتهت إليه من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقد الإداري.

الفرع الثاني: حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام على ضوء القرارات التحكيمية

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

وتتلخص وقائع هذا النزاع أنه في 25/مايو/1933م أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية مع شركة استندراد اتفاقا باستغلال البترول يخول هذه الأخيرة امتيازا مدته ستون عاما في المنطقة الشرقية من المملكة العربية السعودية.

وإعمالا لنص المادة 32 من عقد الامتياز المبرم بين الطرفين تم إنشاء شركة كاسكو التي تنازلت لها الشركة الموقعة عن كافة الحقوق والامتيازات الناجمة عن عقد الامتياز ووافقت الحكومة السعودية على هذا التنازل.

وفي 31 يناير 1944م غيرت الشركة اسمها من كاسكو إلى شركة أرامكو.

في 20 يناير 1954م أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية اتفاقاً مع مجموعة شركات أوناسيس على أن يؤسس 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 موانيها 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 1933م.

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

أُبْرِمَ اتفاق التحكيم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو في 23/ فبراير /1955م، والذي نص في المادة الرابعة منه على أن تتولى هيئة التحكيم الفصل في النزاع طبقا للقانون السعودي.

والمقصود بالقانون السعودي هو القانون الإسلامي تبعا للمذهب المطبق في المملكة العربية السعودية، وهو مذهب الأمام أحمد بن حنبل، وذلك إذا كان يتعلق بالمسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، أما إذا كان يتعلق في المسائل التي لا تقع داخل إطار اختصاص المملكة العربية السعودية فيتم الفصل في النزاع طبقا 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 يعد تصرفا صادراً بالإرادة المنفردة أو عقدًا عامًا أو عقدًا إداريًا أو عقدًا 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، وأن فقه الأمام أحمد بن حنبل لا يتضمن آية قاعد تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن، ومن باب أولى المتعلقة بالبترول.

وبناء عليه رفضت هيئة التحكيم الأخذ بوجهة النظر التي أبدتها الحكومة السعودية، وهي أن الفقه الإسلامي بناء 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 أن العقد شريعة المتعاقدين (حداد، 2005م، ص467).

انتهت هيئة التحكيم في تكييف عقد الامتياز المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو من المذكرات المقدمة من الحكومة السعودية ومن المناقشات الشفوية التي تمت أن العقد المبرم بين الطرفين يعتبر عقدا غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة ورفضت اعتباره عقدا إداريًا؛ لأن القانون السعودي لا يعرف هذه الطائفة من العقود (حداد، 2005م، ص467).

وبعد أن نظرت هيئة التحكيم في موضوع المنازعة أصدرت قرارها في 23/أغسطس/1958م بأن اتفاق الحكومة السعودية مع شركة أوناسيس لا يخل بأي حق مكتسب لشركة أرامكو؛ لأن عقد الامتياز بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو ليس فيه تقييد لحرية السعودية في اختيار كيفية نقل صادرات النفط (حداد، 2005م، ص467).

المبحث الثالث: شرط الموافقة الأولية على التحكيم في منازعات المشروع العام في النظام السعودي

ويشترط النظام السعودي عند لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعات المشروع العام أن تكون هناك موافقة أولية من رئيس مجلس الوزراء (المطيري ،1444هـ، ص 122).

فالمادة الثالثة من نظام التحكيم دلت على وجوب أخذ الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء عند للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية، والتي منها منازعات العقود الإدارية.

وكذلك باشرت المادة الثامنة من النظام السعودي للتحكيم الصادر لسنة 1403هـ بالمرسوم الملكي رقم م/46 بتاريخ 12 / 7 / 1403 والمعدل بالمرسوم الملكي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433هـ في المُنازعات التي تكون جهة حُكومية طرفا فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم؛ يجب على هذه الجهة إعداد مُذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع مبينا فيها موضوعه ومُبررات التحكيم وأسماء الخصوم، لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم . ويجوز بقرار مُسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يُرخص لهيئة حكومية في عقد مُعين بإنهاء المُنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدُر فيها، وكون الاختصاص بنظر دعوى حكم التحكيم والمسائل التي يحيلها هذا النظام للمحكمة المختصة معقوداً لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع، وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى بالمملكة أم خارجها، فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض ما لم يتفق طرفا التحكيم على محكمة استئناف أخرى في المملكة.

تنص المادة الثانية تنص المادة 10 من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433هـ في الفقرة الأولي إنه " لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف فى حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً _ أو من يمثله _ أم شخصاً اعتبارياً " وفي الفقرة الثانية " إنه لا يجوز للهيئات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، مالم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك " ومن الشروط الشكلية اللازمة لصحة وجودية إتفاق التحكيم أن يتمتع أطرافه بالأهلية الكاملة، والتى معيارها وفقاً للنص السابق هو القدرة على التصرف الكامل فى الحقوق وإجراء كافة التصرفات القانونية حيالها سواء بشكل سلبي أو إيجابي، وهنا أورد النص حكمان نظاميان هما (الحكم الاول بأنه لا يشترط الأهلية فى الشخص الطبيعي وحسب، إنما يمتد الشرط بمظلته ليشمل وكيله الخاص الذي قد يبرم إتفاقا على التحكيم، فقد اشترط نظام التحكيم السعودي الأهلية فى كل من الطرف الأصلي فى التحكيم ووكيله والحكم الثاني بأنه لما كانت الجهات الحكومية ذات شخصية قانونية اعتبارية بموجب نصوص النظام، ويحق لها إجراء ما تشاء من تصرفات قانونية أو نظامية، إلا أن المنظم قد اشترط هنا موافقة رئيس مجلس الوزراء، حيث تعد هذه الموافقة بمثابة الاعتراف بالاهلية النظامية للجهة الحكومية التى أبرمت اتفاق التحكيم، ويقوم إنعدام هذه الموافقة مقام الأهلية الناقصة والتى يكون معها اتفاق التحكيم باطلاً).

الخاتمة:

وبعد أن انتهت بفضل الله وتوفيقه، من استعراض البحث والدراسة حول التحكيم في منازعات المشروع العام في الفقه الإسلامي، والنظم المعاصرة، مع دراسة تطبيقية للنظام السعودي، أود في نهاية البحث إن اجعل خاتمة له.

أولاً: أهم النتائج:

- أن تعريف التحكيم في القانون لا يختلف عن تعريفه في الفقه الإسلامي، من حيث إنه اتفاق بين متنازعين على فض نزاع بينهما من غير طريق القضاء من قبل محكم يختارنه لذلك.
- أن التحكيم من الأمور الجائزة والمشروعة في الفقه الإسلامي، وان الراجح من أقوال علماء الفقه الإسلامي، انه جائز ومشروع بالجملة سواء وجد قاضي في البلد أم لم يوجد.
- أن التحكيم يتشابه مع وسائل التسوية المنازعات الأخرى، كالقضاء والصلح والتوفيق، في أنها تهدف إلى هدف وأحد وهو فض المنازعة بين المتخاصمين، وتحقيق العدالة، وان الاختلافات التي بينها وبين التحكيم خلافات لا تؤثر في إنهاء المنازعات.
- أن أنواع التحكيم في منازعات المشروع العام ثلاثة، النوع الأول تحكيم اختياري وإجباري وهذا النوع يتعلق بمدى إرادة الجهة الإدارية والمتعاقد معها للجوء إلى التحكيم، النوع الثاني تحكيم خاص آو حر وتحكيم مؤسسي، وهذا بحسب نوعية المحكمين، والنوع الثالث تحكيم مقيد وبالصلح وهذا متعلق بالقانون والإجراءات المطبقة على المنازعة.
- بينت تعريف المنازعة الإدارية في القانون وأنها وسيلة قانونية كفلها القانون للأشخاص لحماية حقوقهم من مواجهة الإدارة عن طريق القضاء الإداري، وان هناك معايير اختلف الفقهاء في تحديد المنازعة الإدارية، وان الراجح من بينها المعيار المختلط الذي يجمع بين معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام.

- أن المنازعة الإدارية تنقسم إلى ثلاث مجموعات قضاء إلغاء والمقصود به إلغاء القرار الإداري والمجموعة الثانية قضاء كامل ويشمل منازعات العقود الإدارية والتعويض عن أعمال الإدارة المادية والقانونية المجموعة الثالثة فهي قضاء التأديب وهي متعلقة بالدعاوى التي تقام ضد موظفي الإدارة عند ارتكابه مخالفة تأديبية، وان دور الإدارة في قضاء الإلغاء والكامل في الغالب أنها تكون مدعي عليها أما في قضاء التأديب فإنها دائما مدعية.
- حصرت المسائل التي تخرج عن الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وهي الوسائل الأخرى لفض منازعات العقود الإدارية، مثل التسوية والصلح والوساطة والتفاوض، والتحكيم في عقود الإدارة الخاصة، سواء كانت ذات طبيعة مدنية أو تجارية، وفي حالة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التحكيم الإجباري، وفي حالة وجود نص قانوني يبين حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، سواء كان بالجواز أو المنع.
- بينت الرأي في حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات المشروع العام، في أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، جائز بشرطين هما، وجود موافقة أولية إلى اللجوء إلى التحكيم، وان يكون القانون المطبق على المنازعة القانون الإداري وذكرت أن أسباب اختيار هذا الرأي، وجود مبررات تستلزم اللجوء إلى التحكيم إن في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية له من المبررات، التي تجعل الالتجاء أليها جائز وتتمثل بالسرعة في فض المنازعة، بخلاف القضاء الذي يزدحم بكم كبير من القضايا، بالإضافة إلى السهولة في الإجراءات، خلافا لمواعيد المحاكم التي يتم تحديدها وَفْقًا لظروف العمل بالمحكمة، ووجود السرية، فجلساته لا يشترط علانيتها، وكذلك محدودية المطلعين على المنازعة من المحكمين ومساعديهم، وهذا مطلب مهم وخاصة في نطاق التجارة الدولية، كما إن هناك قلة التكاليف في الدول التي تقرر رسوما قضائية، كما إن فيه توفير الثقة والطمأنينة كما إن من أسباب اختيار هذا الرأي هو إعطائه حلا وسطا بين الرأي المانع والرأي المجيز في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.
- ذكرت شرطا للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، الأول أن يكون القانون المطبق على المنازعة القانون الإداري لأن العقد الإداري له طبيعة خاصة باعتباره يتصل دوما بمرفق عام والمرفق العام أساسا يقوم على أداء خدمة عامة وهو أمر أدى إلى خضوع المرفق لقواعد القانون الإداري وما يقوم عليه مراعاة الجهة الإدارية للمصلحة العامة وإعطائها بناء على ذلك الإباحة -في الحدود القانونية- في أن تمارس سلطتها، لان لهيئة التحكيم-إذا لم ينص الأطراف على القانون الواجب التطبيق على المنازعة-الحرية بتطبيق ما تراه مناسبا على المنازعة وهو ما يتعارض مع طبيعة العقد الإداري وذكرت إن من أسباب اشتراط هذا الشرط، هو ما استقر عليه في أن القانون المطبق في التحكيم هو ما اتفق عليه الإطراف، وما استقر عليه انه إذا لم يحدد قانون للتطبيق فإن القانون المطبق في التحكيم هو قانون الدولة المتعاقدة، كما أن عدم تحديد القانون يجعل مهمة هيئة التحكيم صعبة لاعتبارين، الأول مبدأ الحصانة القضائية للدولة، وهو المبدأ الذي يستبعد خضوع الدولة لأي قانون أجنبي إذ يعتبر مثل هذا الخضوع افتئاتا على السيادة التي تشكل حجر الزاوية في بناء القانون الدولي العام ومن ثم في العلاقات الدولية، والثاني مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية وهو مبدأ اكتسب الطابع القانوني الدولي.
- عَرَّفَت التحكيم في العقود الإدارية بأنه تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، التي تثور بين الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية، والمتعاقد معهما، من غير طريق القضاء، وَفْقًا للقانون، مع تطبيق قواعد القانون الإداري وبموافقة أولية إلى اللجوء التحكيم.
- وضحت مفهوم منازعات المشروع العام في الفقه الإسلامي وأنها تدخل ضمن اختصاص قضاء المظالم،، والتي تكون الدولة طرفا فيها أو أحد سلطاتها، وتشمل دعاوى الإلغاء، ودعاوى التعويض، ودعاوى التأديب ومنازعات العقود الإدارية، وهذه هي المنازعات الإدارية يختص بها القضاء الإداري، وذكرت إن الجهة المختصة وان الجهة المختصة بنظر دعاوى المنازعات الإدارية في الفقه الإسلامي ديوان المظالم أو ولاية المظالم، هي الجهة المختصة بنظر الدعاوى الإدارية في الفقه الإسلامي، وان تخصيصه للنظر في المنازعات الإدارية مبني على سلطة ولي الأمر في تخصيص نظر القضاء على حسب النوع.
- عَرَّفَت التحكيم في منازعات المشروع العام في الفقه الإسلامي، بأنه اتفاق بين الجهة الإدارية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، مع المتعاقد معهما، لفض النزاع الناشئ بينهما بشأن العقد المبرم بينهما من غير طريق القضاء، ملزم لهما، باختيارهما، بما لا يخالف الشرع.

ثانيًا: أهم التوصيات:

وعليه فقد تم التوصيل إلى أهم التوصيات ومن أهمها:

- يوصى الباحث بإعادة النظر في الأنظمة المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وتكييف هذه الأنظمة لتصبح ملائمة لتسهيل إجراءات التحكيم وليس تعقيدها حيث ترتبط أحكام التحكيم بعدد من الأنظمة.

- نظراً لأن النظام لم يحدد مدة يلزم صاحب الشأن خلالها تصديق الحكم التحكيمي النهائي، فإن الباحث يوصى بضرورة تحديد مدة معنية يتم خلالها تصديق الحكم وختمه وتنفيذه.
- يوصى الباحث بإعادة النظر في نص المادة (18) من نظام التحكيم وجعل الطعن على حكم المحكمين مع الطعن على الحكم الصادر من الجهة التي تنظر أصل النزاع (ديوان المظالم) اختصاراً للوقت.
- يوصى الباحث بإعادة النظر في نص المادة (20) من نظام التحكيم وتحديد مدة نظامية يصبح فيها الحكم نهائياً ويتم تذييله بالصيغة التنفيذية لسرعة تنفيذ أحكام المحكمين.
- أن يكون للقاضي إذا كان حكم التحكيم يشمل مسائل يجوز فيها التحكيم وأخرى لا يجوز فيها التحكيم، أن يصدر أمر بتنفيذ الجزء الذي يجوز فيه التحكيم ورفض الجزء الذي لا يجوز فيه التحكيم إلا إذا كان هناك ارتباط بين الأجزاء فيجب رفض تنفيذ الحكم كله لعدم القابلية للتجزئة.
- أن يتم تنظيم عدد من الدورات والبرامج لإعداد المحكمين المبتدئين وتأهيلهم التأهيل الشرعي والنظامي لأداء مهمتهم المطلوبة منهم على أكمل وجه.

المراجع:

- القران الكريم.

أولاً: مراجع فقهية معاصرة وقانونية(1)

- د/إبراهيم احمد إبراهيم القانون الدولي الخاص مركز الأجانب وتنازع القوانين- دار النهضة العربية –القاهرة -1992م.
- د/أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي-دار الفكر العربي-القاهرة-1981م
- د/احمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته- الطبعة الثانية –منشأة المعارف-الإسكندرية 1974م.
- د/احمد المؤمني، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن-عمان-1983م.
- د/ أنور احمد رسلان، القانون الإداري السعودي-معهد الإدارة العامة –الرياض1408هـ
- د/أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام دراسة مقارنة-منشورات الحلبي-بيروت- الطبعة الأولى-2004م.
- د/بشار جميل عبدالهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة –دار وائل للنشر-عمان –الطبعة الأولى-2005م.
- د/ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة-دار النهضة العربية –القاهرة-1997م.
- د/جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار-دار الجامعة الجديدة للنشر-الإسكندرية-2001م.
- د/ جمال محمود كردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم-دار النهضة العربية-القاهرة- الطبعة الأولى-2000م.
- د/جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية-دار النهضة العربية–القاهرة-1999م.
- د/حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية-عالم الكتب –القاهرة-1988م
- د/ حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية دراسة مقارنة_ دار الكتب القانونية-2004م.
- د/حسين احمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة في 1965م-دار النهضة العربية-القاهرة-بدون سنة طبع.
- د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق-دار المطبوعات الجامعية –الإسكندرية-2001 .
- د/ حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة دراسة مقارنة-دار النهضة العربية-1997م.
- د/داود عبدالرزاق الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي–دار الفكر الجامعي-الإسكندرية -2004م.
- د/سيد احمد محمود ، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي-الطبعة الأولى–دار النهضة العربية – القاهرة -1998م.
- د/ السيد خليل هيكل، القانون الإداري السعودي-جامعة الملك سعود-الرياض-1415هـ-1994م.
- د/طعيمة الجرف، القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة-مكتبة القاهرة الحديثة-القاهرة-1972م.
- د/ظافر القاسمي ، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي(الكتاب الثاني) -دار النفائس –الطبعة الرابعة-1992م.

(1) رتبتها على حسب الحروف الهجائية للمؤلف .

- د/عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية- معهد الإدارة العامة-الرياض-1401هـ
- د/عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع-دار النهضة العربية-القاهرة-1997.
- د/عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية –الإسكندرية-دار المعارف-1998.
- د/عبد الحميد الأحدب، التحكيم أحكامه ومصادره-مؤسسة نوفل-بيروت.
- د/ عبد المنعم عبد العظيم جيرة، مبادئ المرافعات التنظيم القضائي والاختصاص– مذكرات ألقيت على طلاب برنامج دراسات الأنظمة في معهد الإدارة العامة.
- د/ عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية-معهد الإدارة العامة-الرياض-1409هـ
- عبدالله بن حمد الوهيبي ، القواعد المنظمة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية -مكتبه العبيكان-الرياض- الطبعة الأولى-1423هـ
- د/عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري-دار النهضة العربية-القاهرة-1993م.
- د/ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي-دار النهضة العربية-القاهرة-2000.
- د/علي الندوي، جمهرة القواعد الفقهية -شركة الراجحي المصرفية-الرياض-الطبعة الأولى-1421هـ
- د/فاطمة محمد العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون-المكتب الإسلامي-بيروت-الطبعة الأولى-1423هـ
- د/فؤاد محمد موسى عبدالكريم، القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة –معهد الإدارة العامة-الرياض-1423هـ
- د/قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-دار الفرقان للنشر والتوزيع-الأردن عمان -1422هـ
- د/كمال إبراهيم، التحكيم التجاري لدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي-دار النهضة العربية طبعة 1997م.
- د/ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم-دار الجامعة الجديدة للنشر-الإسكندرية-2004م.
- د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري والدولي-دار النهضة العربية-القاهرة-1993.
- د/محمد رفعت عبدالوهاب وعاصم احمد عجيلة، أصول القانون الإداري-جامعة صنعاء.
- د/ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي-دار النهضة العربية-1995م.
- د/ محمد بكر حسن ، العقد الإداري والتحكيم-مكتبة السعادة- طنطا-1993م.
- د/محمد الشافعي أبو رأس، القضاء الإداري-مكتبة النصر-الزقازيق-1987م.
- د/ محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها-منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-2003م .
- د/محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي-الطبعة الأولى-1410هـ-مكتبة الفلاح-الكويت.
- الشيخ/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية–دار الفكر العربي.
- د/محمد رفعت عبد الوهاب، قضاء المظالم في الفقه الإسلامي (القضاء الإداري في الإسلام)-1989.
- د/محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري-دار الكتب القانونية-المحلة الكبرى-2005م.
- د/محمد عبدالعال السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية-معهد الإدارة العامة-الرياض-1414هـ
- د/محمود مغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية -المكتبة الحديثة-1988م.
- د/ محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني-دار المعارف -1967م.
- د/ محمد عبدالواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري-دار النهضة العربية-1995م.
- د/محمد عبدالعزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المتفرد للعقد الإداري-الطبعة الأولى-دار النهضة العربية-القاهرة-2001م.
- د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي-دار النهضة العربية-القاهرة1997م.
- د/مجدي عبد الحميد شعيب التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة-بدون ناشر-1998.
- د/منير عبد المجيد التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي-منشأة المعارف-الإسكندرية-1997.
- د/ محمود حلمي العقد الإداري-دار الفكر العربي-القاهرة-الطبعة الثانية-1977م.
- تركي عمار المطيري، نظام التحكيم في النظام السعودي، جدة، دار حافظ، 1444هـ