كلية الحقوق
جامعة القاهرة
قسم القانون العام

الضوابط الدستورية والتشريعية للتحكيم
في المنازعات الإدارية
دراسة مقارنة
(فرنسا – مصر)

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق
قسم القانون العام – جامعة القاهرة

مقدمة من الباحث
محمد جابر أحمد الخولي

شُكلت لجنة المناقشة والحكم على الرسالة من السادة

الأستاذ الدكتور / محمد محمد بدران.
أستاذ القانون العام – كلية الحقوق – جامعة القاهرة . مشرفاً ورئيساً

الأستاذ الدكتور / رجب محمود طاجن.
أستاذ القانون العام– كلية الحقوق جامعةالقاهرة،
ووكيل كلية الحقوق – جامعة القاهرة للدراسات العليا. عضواً

الأستاذ المستشار الدكتور / حمدى حسن الحلفاوى.
نائب رئيس مجلس الدولة المصرى. عضواً

١٤٤٠هـ – ٢٠١٨ م

بسم الله الرحمن الرحيم

فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (٦٥)

صدق الله العظيم

(سورة النساء: الآية ٦٥)

الإهداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى
نبي الرحمة ونور العالمين..
سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

****

إلـــي روح أُمي الغالية رحمها الله

****

إلى والـدي أطال الله في عمـره

****

إلى روح أستاذ الأجيال المرحوم الأستاذ الدكتور
يحيى الجمل

****

إلى رفقاء الدرب سندى فى هذه الحياة
إخوتى الأعزاء

****

إلى براعم الأمل أبنائى الأعزاء بارك الله فيهم

****

إلى أساتذتى وكل من له فَضل على

شُكْرٌ وتَقدِيرٌ وعِرفَانٌ

الحَمْدُ للهِ رَبِّ العَالمَين، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى المَبْعوثِ رَحْمَةً لِلْعَالمينَ، أتَقَدَّمُ بِجَزِيلِ الشُّكْرِ لِلأُسْتَاذالدُّكْتُور/ محمد محمد بدران/ أُسْتَاذُ القَانُونِ العَامّ. كُلِّيَّةِ الحقُوقِ – جَامِعَةُ القاهرة؛لِمَا قَامَ بِهِ تِجَاهِي مِنْ مساعدة فى أَثْنَاءِ إعداد هذه الدِّرَاسَةِ،فمنذ أَنْ كَانَ البَحْثُ مُجَرَّدَ فِكْرَةٍ كَانَ سِيَادَتُهُ حَرِيصًا كُلَّ الحِرْصِ عَلَى التَّوْجِيهِ الدَّقِيقِ وَالدَّعْمِ الصَّادِقِ والدَّائِمِ فِي كُلِّ الأَوْقَاتِ للوُصُولِ بِالرسالة إِلَى أَفْضَلِ صُورَةٍ حَتَّى اكْتَمَلَت، وَلَقَدِ استفدت مِنْ سِيَادَتِهِ أَيَّمَا استفادة لَمْ تَقْتَصِرْ عَلَى مَوْضُوعِ البَحْثِ، بَلْ شَمِلَتْ كَافَّةَ العُلُومِ المُتَعَلِّقَةِ بالقَانُونِ؛ حَيْثُ تَحَمَّلَنِي كَثِيرًا، وَأَعْلَى مِنْ عَزِيمَتِي عَلَى البَحْثِ كُلَّمَا أَحَسَّ بِخُمُودِهَا، لَمْ يَبْخَلْ عَلَيَّ بِمَعْلُومَةٍ وَلَا كِتَابٍ وَلَا مَشُورَةٍ، أَمَدَّ اللهُ فِي عُمْرِهِ، وَنَفَعَ بِهِ البَاحِثِينَ القَانُونِيِّينَ كافَّةً، فَلَهُ مِنِّي أَسْمَى آيَاتِ الشُّكْرِ عَلَى رِعَايَةِ سِيَادَتِهِ، وَتَوَاضُعِهِ الجَمِّ، وَأَدَبِهِ الرَّفِيعِ، وَخُلُقِهِ العَظِيمِ، وَعَطائِهِ الفَيَّاضِ وَكَرَمِهِ البَالِغِ .

وَأَسْأَلُ اللهَ العَلِيَّ القَدِيرِ أَنْ يُمَتِّعَهُ بِالصِّحَّةِ وَالعَافِيَةِ، وَأَنْ يجْعَلَ ذَلِكَ فِي مِيزَانِ حَسَنَاتِهِ، وَأَنْ يَجْزِيَهُ عَنِّي خَيْرَ الجَزَاءِ.

كَمَا أَتَقَدَّمُ بِجَزِيلِ الشُّكرِ للأسْتَاذِ الدُّكْتُورِ/رَجَبّ مَحمُودّ طَاجِنْ أُستَاذّ القَانُونْ العَامْ كُليَةّ الحُقُوقّ– جَامِعَة القَاهِرةّ– ووكِيل الكُليةّ للدِراسَاتّ العُليا – المُستَشَار القَانُونِى لجَامِعَة القَاهِرةّ؛ لِتَفَضُّلِ سِيَادَتِهِ بِقَبُولِ المشاركة فى لجنة المُنَاقَشَةِ والحكم على هَذِهِ الرِّسَالَةِ. أطَالّ الله فى عِمرِهِ وأدَامَهُ زخراً وعَوناً لكل الباحثين.فَلَهُ مِنِّي أَسْمَى آيَاتِ الشُّكْرِ عَلَى رِعَايَةِسِيَادَتِهِ،وَتَوَاضُعِهِ الجَمِّ،وَأَدَبِهِ الرَّفِيعِ،وَخُلُقِهِ العَظِيمِ، وَعَطائِهِ الفَيَّاضِ وَكَرَمِهِ البَالِغِ .

كَمَا أَتَقَدَّمُ بالشُّكْرِ لسِيَادةِ الأُسْتَاذّ المُستَشَارّ الدُّكْتُورِ/ حَسَنْ حَمدِىّ الحَلَفَاوِى؛ لِتَفَضُّلِ سِيَادَتِهِ بِقَبُولِ المُشَارَكَةّ فِى لَجنَةّ الحُكّمْ والمُنَاقَشَةِ على هَذِهِ الرِّسَالَةِ. أطَالّ الله فى عِمرِهِ وأدَامَهُ زخراً وعَوناً لكل الباحثين. فَلَهُ مِنِّي أَسْمَى آيَاتِ الشُّكْرِ عَلَى رِعَايَةِ سِيَادَتِهِ، وَتَوَاضُعِهِ الجَمِّ، وَأَدَبِهِ الرَّفِيعِ، وَخُلُقِهِ العَظِيمِ، وَعَطائِهِ الفَيَّاضِ وَكَرَمِهِ البَالِغِ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

قَالَ رَبِّ بِمَا أَنْعَمْتَ عَلَيَّ فَلَنْ أَكُونَ ظَهِيرًا لِّلْمُجْرِمِينَ (١٧)

صَدَقَ اللَّهُ العَظِيمُ

(سورة القصص: الآية ١٧)

بسم الله الرحمن الرحيم

الضوابط الدستورية والتشريعية للتحكيم في المنازعات الإدارية

دراســة مقارنــة

(فرنسا- مصر)

مقدمة عامة:

لم يَعُد التحكيم ـ كما قيل بحق[١] ـ سلعة يجب استظهار محاسنها بقدر ما أصبح نظامًا يفرضه واقع التجارة الداخلية والدولية على حدٍ سواء، فقد انتشر هذا النظام الخاص للتقاضى بصورة، أضحى لزامًا على الدول أن تنظمه بشكل مفصل ودقيق، يساير ما وصل إليه هذا النظام من تطور، ويكفل لها القدرة على المشاركة فى عمليات التجارة الدولية بعدما أصبح التحكيم أحد أدواتها وأبرز ضماناتها.

ويُعَد اللجوء إلى محاكم مجلس الدولة هو الوسيلة الطبيعية والعادية لفض المنازعات التى تثور فى المنازعات الإدارية عمومًا، وبصفة خاصة فى مجال العقود الإدارية، إلا أن تكدس القضايا أمام هذه المحاكم أدى إلى بطء إجراءات التقاضى، الأمر الذى لا يتفق مع طبيعة المعاملات والتجارية على الصعيدين الداخلى والدولى[٢].

وهو الأمر الذى استوجب البحث عن وسائل أخرى بجانب قضاء الدولة، من أجل تخفيف العبء عن هذا الأخير، وملاءمة التطور فى ظروف الحياة ، والاتساع فى حجم الاستثمارات الداخلية والدولية [٣]، وبالفعل استجابت الأنظمة القانونية لذلك، فابتدعت الكثير من الوسائل الاختيارية والبديلة لقضاء الدولة فى حسم المنازعات الإدارية بشكل عام ومنازعات العقود الإدارية بشكل خاص.

ومما هو جدير بالذكر أن إقرار نظام التحكيم الإدارى فى مجال حسم المنازعات الإدارية بدلًا من قضاء مجلس الدولة، يرتبط بالإضافة إلى ذلك برضاء الأطراف المتنازعة بالتحكيم وإقراره من المشرع بإصدار قوانين تجيز اللجوء إليه، ويأتى التحكيم فى مقدمة الوسائل التى طرحها الفكر القانونى لحسم النزاعات التى تثور فى مجال العقود الإدارية، لاسيما فى نطاق التجارة الدولية، والتى أصبح التحكيم فيها معلمًا واضحًا من معالمها إلى حد وصل به إلى حد اعتباره الوسيلة الأصلية، إن لم تَكُن الوحيدة لتسوية المنازعات الناشئة عنها.

ويرجع السبب فى الاتجاه المضطرد نحو اللجوء إلى التحكيم، نظرًا للمزايا التى يمتاز بها هذا النظام، وأهمها الرغبة فى الحصول على حكم يحسم النزاع، بطريقة أكثر سرعة ومرونة وأقرب للودية منه إلى الندية، فضلًا عما يمتاز به هذا النظام من الخبرة والتخصص فى المسائل الفنية، مما جعله مطلبًا تنمويًا ضروريًا يحرص المستثمرون الأجانب على التمسك به فى عقودهم، ويعتبر من أهم عوامل جذب الاستثمارات

---

(١) د/ أبوزيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، سنة ١٩٨١م، بند ٤ ص ٨ .

(2) B.Buy, S.BERNARD " le droit administrative français " 7 éd paris , Dalloz 2005, pp.505- 537 et s.

(٣) راجع فى هذا المعنى د/ أحمد بركات مصطفى، حق التجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقيةدراسة فى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م الاتجاهات الحديثة فى القضاء المصرى، مجلة الدراسات القانونية، مجلة علمية محكمة تصدرها هيئة النشر العلمى بكلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد الثامن والعشرون، مايو ٢٠٠٩م، ص ١٩١.

الأجنبية نظرًا لما يوفره من طمأنينة وثقة للمستثمر الأجنبى، فضلًا عن أنه أضحى فى الوقت الحاضر صناعة تدر دخلًا وفيرًا على الدولة التى تحتضنه.

ولم يَغْفُل المشرع المصرى عن هذه الحقيقة؛ فألغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، الذى صدر فى وقت سادت فيه النزعة الاشتراكية، وسيطرت على أوجه الحياة فى مصر، فجاءت نصوصه غير مشجعة لكل ما هو خاص مثل نظام التحكيم، وسادت نظرة الشك والريبة على اعتبار أنه طريق غير مرغوب فيه لفض المنازعات، يُزاحم قضاء الدولة فى صميم اختصاصاته، الأمر الذى ترتب عليه؛ تخلف التشريع المصرى عن مواكبة ركب التطور ومسايرة ركب التجارة العالمية، وما طرأ على العالم من تحول نحو الراسمالية، وإطلاق يد القطاع الخاص؛ ليشارك بالقدر الأعظم فى عمليات التنمية والاستثمار.

ولقد حَاول المشرع المصرى تدارك هذا الأمر، فأصدر قانونًا جديدًا هو القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م ألغى به المواد السابقة من قانون المرافعات، ونظم به التحكيم تنظيمًا جديدًا مواكبًا لما طرأ من انفتاح إقتصادى، وفتح باب للشركات المصرية لممارسة فعالة سواء أكان فى عمليات التجارة ذاتها، أم فى كيفية الفصل فيما يثور بشأنها من منازعات.

وعلى الرغم من أن نص المادة الأولى من هذا القانون واضحة، فى جواز اللجوء للتحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية، إلا أنه حدث جدال على الساحة الفقهية، وتضاربت أحكام القضاء الإدارى وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حول هذه المسألة؛ مما دفع المشرع المصرى إلى التدخل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م ليحسم هذا الخلاف، وذلك بإضافة فقرة ثانية لنص المادة الأولى من قانون التحكيم تجيز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية صراحةً.

وإلى جانب التحكيم الاختيارى نظم المشرع المصرى تحكيمًا إجباريًا، بدأ مع مطلع الثلاثينيات من القرن الماضى وضمنه قوانين مختلفة منها: القوانين المنظمة للرسوم الجمركية كالمرسوم الصادر فى ١٤ فبراير عام ١٩٣٠م، والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣م والمعدل بالقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧٦م، وبالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٠م المنظم للرسوم الجمركية، ثم بالمرسوم الصادر من وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥م، كما ضمنه القوانين الخاصة بالمؤسسات العامة وشركات القطاع العام أرقام ٣٢ لسنة ١٩٦٦م، ٦٠ لسنة ١٩٧١م، ٩٧ لسنة ١٩٨٣م، بغرض حسم المنازعات التى تثور بين شركات القطاع العام أو بين هذه الشركات وإحدى الجهات الحكومية الأخرى، وضمنه أيضًا القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧م الخاص بإنشاء بنك فيصل الإسلامى، كوسيلة وحيدة لفض ما ينشأ من منازعات بين البنك وعملائه، كما ضمنه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١م الخاص بالضريبة العامة على المبيعات، وضمنه كذلك القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م الخاص بسوق رأس المال؛ بهدف الفصل فى المنازعات الناشئة عن تطبيقه فيما بين المتعاملين فى مجال الأوراق المالية.

وهذا ما أزعج العديد من العاملين فى الحقل القانونى، سواء أكانوا من الأكاديمين الذين تعرضوا بالدراسة لموضوع التحكيم، أم من العاملين بمجال التحكيم من رجال القضاء أم المحامين، حيث إنه ليس من الأمر

اليسير أن يُحكَم بعدم دستورية بعض نصوص القانون المذكور عقب صدوره بسنوات قلائل، وهو ما دعانا إلى دراسة هذه المسألة؛ لتحليل موقف المحكمة الدستورية العليا من هذه النصوص، ليس من قبيل التعليق أو القدح فى هذه الأحكام، ولكن فى إطار السعى للخروج من هذه الأحكام بالدرس والفائدة، كنحو إستنباط ضوابط دستورية فى ضوء الفلسفة التى يقوم عليها نظام التحكيم، حتى لا يكون هذا هو نهج المشرع المصرى، فى سن قوانين من المتوقع الحكم بعدم دستوريتها حال عرضها على المحكمة الدستورية العليا. ولا يَخفى ما يشكله ذلك من إضطراب فى سير العملية التشريعية، وزعزعة الثقة من قبل المتقاضين فى النظام القضائى، وهو ما يؤثر بالسلب على نظام التحكيم.

ويجب التنويه إلى أن فرض التحكيم الإجبارى غير مطروح أصلًا فى فرنسا، حيث إن المبدأ السائد هو حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم، كما ستتناوله تفصيلًا فى حينه.

وقد أدى انتشار التحكيم كطريق لفض المنازعات إلى ظهور العديد من المشكلات العملية، سواء أكان فى مرحلة الاتفاق على التحكيم وقبل حدوث أى نزاع، أم فى مرحلة تشكيل هيئة التحكيم وقبل بدء إجراءاته، أم فى أثناء سير إجراءات التحكيم، أم بعد صدور حكم المحكمين عند تنفيذه والطعن فيه، وقد حاول المشرع المصرى حسم العديد من المشكلات بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، على نحو ما كان يُرجى منه فى أغلب الأحيان، وذلك بنصوص مفصلة استمد معظمها من قواعد التحكيم التى وضعتها لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عام ١٩٨٥م، حاول بها تفادى أوجه النقد التى وجهت لنصوص التحكيم التى كانت واردة فى قانون المرافعات منذ عام ١٩٦٨م، وإزالة العوائق التى أدت إلى خسارة مصر للعديد من قضايا التحكيم الدولية.

وفى فرنسا اختلف الوضع كثيرًا عنه فى مصر، حيث إن قانون المرافعات الفرنسية الصادر فى عام ١٨٠٦م، قد تضمن حظر لجوء الدولة وسائر أشخاص القانون العام إلى التحكيم، بموجب نص المادتين رقمى ١٠٠٤ ، ٨٣ من قانون الإجراءات المدنية القديم، ولقد تأيد هذا الاتجاه المناهض للتحكيم من جانب المشرع المدنى بالقانون الصادر فى ١٩٧٢/٧/٥م، والذى حظر التجاء إلى التحكيم فى المادة ٢٠٦٠ فى شأن منازعات الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى.

ولقد اختلف موقف المشرع الفرنسى فى قانون الإجراءات المدنية، حيثُ نظم التحكيم وقواعده فى المواد ١٤٤٢ وما بعدها، وذلك بمقتضى التشريع الفرنسى لقواعد التحكيم الصادر عامي ١٩٨٠م و١٩٨١م بعد إلغاء نصوص التحكيم فى قانون المرافعات الملغى، حيثُ أضيف إلى قانون المرافعات بمقتضى المرسوم رقم٨٠ ـ٣٤٥ الصادر فى ١٤ مايو١٩٨٠م كتابًا رابعًا خاصًا بالتحكيم الداخلى، ولقد أضيف بمقتضى المرسوم رقم ٨١ ـ٥٠٠ الصادر فى مايو ١٩٨١م إلى الكتاب الرابع الخاص بالتحكيم الداخلى فى قانون المرافعات الفرنسى بابين آخرين، أولهما: خاص بالتحكيم الدولى وهو الباب الخامس، وثانيهما: وهو الباب السادس والخاص بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين.

ومن الملاحظ أنه لم يرد به أى نص قانونى يحظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى، إلا أن ذلك ظل موقف مجلس الدولة الفرنسى، على الرغم من حاجة الدولة وسائر

أشخاص القانون العام الأخرى، إلى جذب رءوس الأموال الأجنبية وتشجيع الاستثمار فى فرنسا، تتطلب إجازة اللجوء إلى التحكيم، إلا أن المبدأ العام ظل هو حظر التحكيم باستثناء بعض التشريعات الفرنسية التى أجازت التحكيم فى المجال الداخلى والدولى.

ولم يختلف الوضع كثيرًا فى ظل قانون الإجراءات المدنية الفرنسى الجديد بعد صدور مرسوم ٤٨ الصادر فى ١٣ يناير ٢٠١١م، بتعديل قواعد التحكيم الداخلى والدولى، وقد تضمن هذا القانون الجديد تحديثًا وتدعيمًا لفاعلية هذه المنظومة، وقد واصل هذا المرسوم السير على نهج المبادرة التى اتخذها المرسومان الصادران فى ١٩٨٠م و ١٩٨١م وكذا القضاء الفرنسى، ولقد إهتم هذا التعديل (٢٠١١م) بصفة خاصة بصياغة أسباب الطعن ببطلان حكم التحكيم فى النطاقين الداخلى والدولى، وكذا فى نطاق التحكيم الدولى بالسماح للأطراف باتفاق خاص بالتنازل عن أى طعن بالبطلان فى حكم التحكيم الصادر فى فرنسا، وذلك من أجل السماح بأن تتم رقابة قضاء الدولة على حكم التحكيم فى الدولة، التى يرغب الأطراف وأن يتم فيها الاعتراف بحكم التحكيم (المادة ١٥٢٢ الجديدة).

كما تجلى دعم التعديل لنظام التحكيم، عندما أجاز للمحكم الاستعانة بالقاضى المساند فى الحصول على أدلة الإثبات التى فى حوزة الغير (المادة ١٤٦٩الجديدة).

بينما اتخذت بعض الدول موقفًا يبدو غريبًا للغاية؛ لربما أتى بعد أن تكبدت هذه الدول المليارات نتيجة أحكام التحكيم الصادرة ضدها، فلجأت إلى موقف غاية الشتدد حيث أصدرت تشريعًا يمنع تسوية منازعات الاستثمار مع الأجانب بطريق التحكيم، آخرها تنزانيا [١]. وقد سبقتها فى هذا الموقف بعض دول أمريكا اللاتينية والتى بادرت بالانسحاب من الإكسيد منذ فترة طويلة.

وعلى صعيد المعاملات الدولية، وإيمانًا من المجتمع الدولى بضرورة التعاون فى مجال التحكيم، تم إبرام مجموعة من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨م، واتفاقية جنيف عام ١٩٦١م، واتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥م، ولقد كان لهذه المعاهدات أثرها الكبير على المشرع الوطنى، ففى مصر سعى المشرع المصرى إلى مواكبة هذا الركب، حيث أصدر السيد المستشار وزير العدل قرارًا بتشكيل لجنة لإعداد مشروع قانون جديد للتحكيم التجارى الدولى، وبالفعل صدر هذا القانون وهو قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وكان لهذه المعاهدات أثرها على المشرع الفرنسى الذى تخلى بعض الشيء عن موقفه المتشدد من التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، حيثُ صدر القانون رقم ٩٧٢ فى ١٩٨٦/٨/١٦م والذى أجاز التحكيم فى العقود الإدارية الدولية، خروجًا على مبدأ الحظر المفروض على الدولة وسائر الأشخاص المعنوية الأخرى.

---

(١) راجع هذا الخبر على الرابط التالى موقع GAR منشور بتاريخ ٢٠١٨/٩/٣م :
https://globalarbitrationreview.com/article/1173690/egypt-liable-for-curtailing-gas-supplies
وقد ورد نص الخبر كالآتى:
"Tanzania bans ISDS in new law: In a move that has divided opinion among local commentators, Tanzania has passed a new law banning international arbitration as a method for resolving investor-state disputes with the country".

أهمية الدراسة:

مما هو جدير بالذكر أن أهمية الدور الذى يلعبه التحكيم فى حسم المنازعات الإدارية فى الداخل، لا يقل عنه فى الخارج، فاللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الإدارية بين الدولة وأشخاص القانون الخاص فى النطاق الداخلى، من شأنه أن يؤدى إلى تخفيف العبء عن القضاء وسرعة الفصل فى المنازعات.

ونظرًا لأهمية التحكيم فى المنازعات الإدارية على النحو سالف الذكر كوسيلة لفض هذه المنازعات، فهو يحتاج إلى دراسة مستفيضة ومتخصصة، وبخاصة وأن كثيرًا من المؤلفات القانونية قد تناولت التحكيم التجارى الدولى بالبحث والتمحيص، إلا أن الأمر لم يكن على ذات القدر من الاهتمام فى المنازعات الإدارية، وأنصب اهتمام الفقه على منازعات العقود الإدارية، كصورة من صور المنازعات الإدارية نظرًا لأهميتها فى تحقيق أهداف الدولة ، أما باقى صور المنازعات الإدارية فلم يتعرض لها الفقه بدراسة مستفيضة؛ ومن هنا يأتى جانب من أهمية هذه الدراسة.

ويبدو أن الجانب الأكبر يتشكل فى أنه، لما كان التحكيم ـ كما يذهب بعض الفقهاء وبحق ـ " ترخص فى الضمانات الإجرائية والموضوعية "[١]، وبالتالى فإنه يثير الكثير من المشاكل القانونية، وخاصة أنه فى بعض الأحيان يبدو التحكيم فى مركز أفضل من القضاء، متحللًا من كثير من القيود التى يُكَبَّل بها قضاء الدولة، ويلتزم بها، ومن ثم أصبح من المتعين البحث عن الضوابط التى تكفل الحفاظ على خصوصية التحكيم فى المنازعة الإدارية من جهة، والطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة فى أساسها إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى. وذلك حتى يضحى نتاج هذه العملية والحكم الصادر عنها بعيدًا عن مغبة عدم الدستورية أو البطلان.

كما أن هذه الضوابط لو تم الالتزام بها من جهة المشرع إبان وضع تشريع للتحكيم، وكذلك جهة الإدارة والشخص المعنوى العام عند إبرام اتفاق التحكيم وتنفيذه، سوف تُساهم فى الحد من صدور أحكام تحكيم ضد الحكومة المصرية أو الجهة الإدارية، حال مخالفتها اتفاق التحكيم، ولا يخفى عدد القضايا المرفوعة ضد مصر بخصوص عقود إدارية بها اتفاق التحكيم، ناهيك عن الأحكام بالمليارات التى صدرت ضد الحكومة المصرية بإلزامها بأداء تعويض للطرف الأجنبى لمخالفة الحكومة المصرية لاتفاق التحكيم، أو إقدامها على إنهاء التعاقد بالإرادة المنفردة.

وبالأمس القريب يُصدِرّ مركز الإكسيد حكمًا بإلزام الحكومة المصرية بدفع مبلغ ٢ مليار دولار، استمراراً لسلسة مشاكل عقود الغاز التى تبرمها مصر، وقد انتهىمركز الإكسيد إلى إلزام الحكومة المصرية بدفع مبلغ ٢ مليار دولار[٢].

---

(١) د/ جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص٢٩.

(٢) راجع هذا الخبر على الرابط التالى موقع GAR منشور بتاريخ ٢٠١٨/٩/٣م :

https://globalarbitrationreview.com/article/1173690/egypt-liable-for-curtailing-gas-supplies

وقد ورد نص الخبر كالآتى:

"Egypt liable for curtailing gas supplies: An ICSID tribunal has ordered Egypt to pay more than US$2 billion to a joint venture between Spain's Naturgy and Italy's Eni over the interruption of gas supplies to a liquefied natural gas plant at the port of Damietta" .

راجع درسة متخصصة د/ عبدالمنعم زمزم، الأبعاد القانونية لتصدير الغاز المصرى لإسرائيل، المشكلات وبعض الحلول المقترحة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣م، ص١٨٩وما بعدها .

موضوع الدراسة:

إن دراسة التحكيم فى المنازعات الإدارية كوسيلة لفض هذه المنازعات، يحتاج إلى معالجة متأنية ومتخصصة، لتوضيح ماهيته وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له كالصلح، والتوفيق، والخبرة، والقضاء. إلا أنه وعلى الرغم من المجهود الكبير الذى بُذل قبل وأثناء إعداد مشروع قانون التحكيم الحالى، فقد تعرضت بعض نصوصه للطعن فيها بعدم الدستورية وذلك بعد صدوره بسنوات قلائل وأهم هذه النصوص:

(١) المادة ١/١٩ فيما قضت به من أنه: " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم؛ مبينًا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم فى الطلب ".

(٢) المادة ٣/٥٨ فيما قضت به من أنه: " لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة، وفقًا لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يومًا من تاريخ صدوره ".

كما طُعِنَ أيضًا فى النصوص المنظمة للتحكيم الإجبارى، سواء أكان فى ذلك القوانين الخاصة بالمؤسسات العامة وشركات القطاع العام، أو القوانين المنظمة للرسوم الجمركية أو القانون الخاص بإنشاء بنك فيصل الإسلامى، أو القانون الخاص بالضريبة العامة على المبيعات، أو القانون الخاص بسوق رأس المال.

بل إن الأمر تعدى ذلك إلى الطعن فى إجراءات إصدار قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، لعدم عرضه على مجلس الشورى باعتباره من القوانين الأساسية أو المكملة للدستور، التى يلزم لدستوريتها عرضها على المجلس المذكور، بل إن الأمر وصل إلى حد الطعن فى دستورية مبدأ اللجوء إلى التحكيم ذاته، باعتباره يمس حق المواطن فى اللجوء إلى قاضيه الطبيعى، فطعن بعدم دستورية نص المادة ١/١٣ فيما قضت به من أنه: " يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى إدا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى، كما طعن بعدم دستورية نص المادة ١/٢٢ فيما قضت به من أنه: " تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله موضوع النزاع ".

وسوف نتعرض لموقف المحكمة الدستورية من التحكيم، والتى أكدت على الطابع الاختيارى وعدم دستورية الإجبار، وكذلك ضمانات التقاضى الرئيسة الواجب مراعاتها فى خصومة التحكيم، ثم موقف المحكمة الدستورية من نصوص التحكيم ومبدأ اللجوء إلى التحكيم ومدى دستورية إجراءات إصدار قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، ثم موقفها من النصوص المنظمة للتحكيم الإجبارى فى القوانين المختلفة، وأخيرًا المحظورات الدستورية على الهيئات التحكيمية، وهى مكنات يتمتع بها القضاء ولا يسوغ لهيئة التحكيم مباشرتها.

وبعد هذا التأصيل والدراسة للضوابط الدستورية للتحكيم، يكون من المستساغ الولوج إلى التأصيل التشريعى لدراسة الضوابط التشريعية للتحكيم فى المنازعات الإدارية، وذلك بداية بما يثيره موضوع لجوء الدولة وسائر أشخاص القانون العام إلى التحكيم من خلافات فقهية وقضائية، فالأصل فى القانون المصرى هو جواز لجوء الدولة وسائر أشخاص القانون العام إلى التحكيم، مع وجود بعض الاعتراضات من جانب الفقه والقضاء، والتى حسمها المشرع المصرى بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م.

إلا أن الصعوبة تثور بالنسبة للوضع فى فرنسا فى ظل الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسى، تجاه الترخيص للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى فى اللجوء إلى التحكيم؛ استنادا للنصوص التشريعية والمبادئ العامة للقانون والنظام العام.

حيث إنه فى حين أن المشرع المصرى قد اشترط للجوء إلى التحكيم فى مجال منازعات العقود الإدارية، الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، إلا أنه أكثر مرونة من المشرع الفرنسى، والذى اشترط بموجب القانون الصادر فى ١٩ أغسطس ١٩٨٦م، ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسى موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم فى العقود الدولية ذات النفع القومى[١].

وبعد تحديد المنازعة التى يجوز التحكيم بشأنها، ننتقل إلى دراسة اتفاق التحكيم وبداية انعقاد خصومة التحكيم، ثم ضوابط سير إجراءات التحكيم، حتى صدور الحكم فيها وطرق الطعن عليه، مع دراسة خاصة لدعوى البطلان كطريق وحيد للطعن على أحكام التحكيم فى مصر.

ونظرًا لأن العقود الإدارية هى أهم صور المنازعات الإدارية، باعتبارها أداة الدولة الأولى فى تحقيق التنمية ، فإن قابلية منازعات هذه العقود للتحكيم قد حظيت باهتمام كبير فى هذا البحث، ولقد امتد نطاق الدراسة إلى صور أخرى من المنازعات الإدارية، فرض المشرع فى بعضها اللجوء إلى التحكيم، كما هو الحال فى دعاوى القطاع العام مع الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، والتحكيم فى الجمارك والتحكيم فى ضريبة المبيعات والتحكيم فى سوق رأس المال.

وفى بعض المنازعات الأخرى جعل المشرع التحكيم فيها اختياريًا، كما هو الحال فى دعاوى التعويض ودعاوى التسويات ودعاوى قطاع الأعمال العام مع الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، وقد ثار الخلاف حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم لنوع آخر من المنازعات؛ كدعاوى الإلغاء نظرًا لعدم وجود نص يجيز اللجوء إلى التحكيم بشأنها فضلًا عن عدم ملاءمة طبيعتها لنظام التحكيم.

---

(١) د/ حفيظة الحداد، الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجارى الدولى، منشورات الحلبى الحقوقية، بدون سنة نشر.

منهج البحث وخطته:

منهج الدراسة فى هذه الرسالة منهج استنباطى استقرائى مقارن، ينطلق من القواعد العامة إلى التطبيق على نقاط البحث المختلفة، وذلك من خلال المقارنة بين الوضع فى النظام القانونى الفرنسى والمصرى، مع الاستعانة بما ورد فى الاتفاقيةالدولية ومراكز التحكيم ومؤسساته، كلما كان ذلك ضروريًا؛ فضلًا عما ورد فى أحكام القضاء والتحكيم، وما قدمته لنا الدراسات الفقهية العامة والمتخصصة فى هذا الشأن، ويكون ذلك من خلال خطة بحث مكونة من قسمين يسبِقهُما باب تمهيدي على النحو التالى:

خطة البحث

الباب التمهيدى:

ماهية التحكيم الإدارى وأنواعه وأهميته وطبيعته القانونية فى فرنسا ومصر.

القسم الأول

الضوابط الدستورية للتحكيم فى المنازعات الإدارية وآثار مخالفتها فى فرنسا مصر

الباب الأول: الضوابط الدستورية للتحكيم فى المنازعات الإدارية وآثار مخالفتها فى فرنسا ومصر.

الباب الثانى: تطبيقات عملية على المحظورات الدستورية على هيئات التحكيم فى المنازعات الإدارية.

القسم الثانى

الضوابط التشريعية للتحكيم فى المنازعات الإدارية وآثار مخالفتها فى فرنسا ومصر

الباب الأول: الضوابط التشريعية للتحكيم فى المنازعات الإدارية فى فرنسا ومصر.

الباب الثانى: ضوابط إصدار حكم التحكيم والآثار المترتبة على مخالفة الضوابط التشريعية للتحكيم فى المنازعات الإدارية فى فرنسا ومصر.

ونختم البحث بخاتمة تتضمن النتائج التى تم التوصل إليها، فضلًا عما أسفرت عنه هذه الدراسة من توصيات.

وفى ختام هذا التقديم، فإننا نسأل الله العليَّ القدير التوفيق والسداد فى عرض خطة البحث على نحو سائغ ومقبول.

الباب التمهيدى
ماهية التحكيم الإدارى وأنواعه وأهميته وطبيعته القانونية فى فرنسا ومصر

الباب التمهيدى

ماهية التحكيم الإدارى وأنواعه وأهميته وطبيعته القانونية فى فرنسا ومصر

تمهيد وتقسيم:-

يُطلَق على التحكيم مسميات فرعية حسب طبيعة المنازعة التى يراد فضها عن طريقه، فإذا كانت المادة تِجَارِية سُمِى التحكيم تِجَاريًا، وإذا كانت مدنية سمى تحكيمًا مدنيًا، وإذا كانت المادة إدارية سمى تحكيمًا إداريًا وهى مسميات تدل على القانون الموضوعى واجب التطبيق، فالمحكم لم يُعف من الالتزام بتطبيق هذا القانون. ويُطلَق وصف التحكيم الإدارى أيضًا على التحكيم الجبرى الذى يتم بين أشخاص القانون العام، إذ تتسم المنازعة بينهم بطابع إدارى بتطبيق لمبادئ القانون العام، وهو ما يميزها عن المنازعات التى تُعرَض أمام التحكيم الاختيارى وفقًا لقانون المرافعات.

سوف نتعرض فى هذا الباب بالدراسة لتعريف التحكيم فى فرنسا ومصر، ثم نبين بعد ذلك أهم أنواع التحكيم الإدارى التى تَطَرَقَ إليها الفقه بالتقسيم والدراسة، ثم نُلقى الضوء على أهيمة هذا النظام وطبيعته القانونية، ثم نعرض فى عجز الفصل الأول لمزايا هذا النظام ومثالبه من وجهة نظر الفقه. ثم نعرض للخلاف بشأن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له، ثم نختم بإلقاء الضوء على مدى التسابق على تشجيع التحكيم إقليميًا ودوليًا، ومظاهر ذلك فى التشريعات محل الدراسة والتشريعات المقارنة. **وإهتداءً بما سبق سوف نقسم الدراسة فى هذا الباب وفقًا للخطة الآتية:**

الفصل الأول: ماهية التحكيم الإدارى وأنواعه وأهميته.

الفصل الثانى: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة ومظاهر تشجيعه.

وإهتداءً بما سبق سوف نتناول كل فصل بشيء من التفصيل على النحو التالى:

الفصل الأول

ماهية التحكيم الإدارى وأنواعه وأهميته

تمهيد وتقسيم:-

تتعدد أنواع التحكيم وتختلف مسمياته بحسب طبيعة المناعة المعروضة عليه، فيسمى التحكيم مدنيًا، إذا كانت المنازعة التى تم الفصل فيها مدنية، ويُسمى تجاريًا إذا كانت المنازعة ذات طبيعة تجارية، وأخيرًا يسمى التحكيم إداريًا؛ إذا كانت المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم ذات طبيعة إدارية.

سوف نتعرض فى هذا الفصل بالدراسة لتعريف التحكيم فى فرنسا ومصر، ثم نبين بعد ذلك أهم أنواع التحكيم الإدارى التى تَطَرَقَ إليها الفقه بالتقسيم والتعريف والدراسة، ثم نلقى الضوء على أهمية هذا النظام وطبيعته القانونية، ثم نعرض فى نهاية هذا الفصل لمزايا هذا النظام ومثالبه. من وجهة نظر الفقه، على التقسيم التالى:ـ

المبحث الأول: تعريف التحكيم الإدارى فى فرنسا ومصر.

المبحث الثانى: أنواع التحكيم الإدارى.

المبحث الثالث: التحكيم مزاياه ومثالبه.

المبحث الرابع: ضوابط المنازعة الإدارية التى تقبل التحكيم.

وفميا يلى نتناول كل مبحث بشيء من التفصيل.