مجلس الدولة
هيئة مفوضي الدولة
المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ

تقرير مفوضي الدولة في الطعن رقم 8256 لسنة 56 ق

المقام من

رئيس هيئة المجتمعات العمرانية " بصفته"

ضـــــــد

رئيس مجلس إدارة شركة الوالي للإنشاءات والتعمير "بصفته"

وذلك طعنا على حكم هيئة التحكيم الصادر بتاريخ 2009/8/18

الإجـــــــراءات

انه في يوم الخميس الموافق 2010/1/28 أودع الأستاذ / طلعت اسحق حبيب المحامي بالنقض والإدارية العليا وكيلا عن الطاعن " بصفته " – قلم كتاب هذه المحكمة – تقريرا بالطعن الماثل في الحكم الصادر من هيئة التحكيم الصادر بتاريخ 2009/8/11 والقاضي بالاتي :

أولاً : أحقية الشركة في التعويض عن الإضرار المادية والأدبية وما فاتها من كسب ولحقها من خسارة مقداره 5071281034 ج { فقط خمسون مليون وسبعمائة واثني عشر ألف وثمانمائة وعشرة جنيهات و100/34 قرشا } على النحو الوارد بالأسباب ورفض ما عدا ذلك من طلبات.

ثانياً : إجراء المقايضة فيما بين الشركة المحتكمة والهيئة المحتكم ضدها وذلك بخصم مبلغ 10638899 جنيه مصري { فقط عشرة مليون وستمائة وثمانية وثلاثون ألف وثمانمائة تسعة وتسعون جنيها } من قيمة التعويض المتبقي وبالتالي تلتزم الهيئة المحتكم ضدها بان تدفع للشركة المحتكمة مبلغ 4007391134 ج { فقط أربعون مليونا وثلاثة وسبعون ألف وتسعمائة وإحدى عشر جنيها وأربعة وثلاثون قرشا } تمثل باقي التعويضات المستحقة لها .

ثالثا: إلزام الهيئة المحتكم ضدها بتسليم خطابات الضمان المقدمة من الشركة المحتكمة والصادر من كل من بنكي الأهلي فرع مصر الجديدة والاستثمار فرع القاهرة إلى الشركة المحتكمة.

رابعاً : إلزام طرفي التحكيم بمصروفات التحكيم وإتعاب المحكمين مناصفة بينهما .

وطلب الطاعن بصفته للأسباب الواردة بتقرير الطعن الحكم بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا ببطلان حكم هيئة التحكيم الصادر بجلسة 2009/8/18 في الدعوى التحكيمية بين الشركة المطعون ضدها والهيئة الطاعنة مع إلزام الشركة المدعي عليها (المحتكمة) بالمصروفات وإتعاب المحاماة .

الوقـــــائع:

تتحصل واقعات الطعن الماثل حسبما يتبين من حكم التحكيم وسائر الأوراق في انه بتاريخ 2008/1/4 وافق السيد وزير الإسكان على الطلب المقدم من الشركة المطعون ضدها (المحتكمة) بعرض النزاع القائم بينها وبين الهيئة الطاعنة – الخاص بمشروع أعمال قطع تباب الرمال وردم وتسوية محجر غرب الجولف بمدينة القاهرة الجديدة – على هيئة تحكيم ، حيث اصدر قراره رقم (134) بتاريخ 2009/3/19 بتفويض نائب رئيس الهيئة للشئون الاقتصادية والمالية في التوقيع على مشارطه التحكيم ... وقد تداولت دعوى التحكيم أمام هيئة التحكيم على النحو الثابت بمحاضر الجلسات

و ذكرت الشركة المطعون ضدها شرحا لدعواها:

انه وبعد البدء في تنفيذ أوامر الإسناد الثلاثة : وهي أمر الإسناد رقم 2673 في 2004/9/25 والذي بمقتضاه اتفق الطرفان على تنفيذ ردم وتسوية محجر غرب الجولف وكان ذلك عن طريق مناقصة عن كمية 7000000 متر مكعب إلا أنها فوجئت بعدة عوائق خارجة عن إرادتها أخطرت بها الهيئة الطاعنة بموجب خطابات رسمية ، وانتهت فيها إلى طلب الموافقة على مد العمل بالمشروع حتى 2006/1/30 ، وقامت الهيئة الطاعنة بالموافقة على مد تلك الفترة مرة أخرى حتى 2006/8/20 ، وبتاريخ 2006/9/18 أرسلت الهيئة

الطاعنة خطابا إلى الشركة المطعون ضدها يفيد أن من حق الأولى إنهاء التعاقد مع الثانية قبل تمام الأعمال المتعاقد عليها مع عدم الإخلال بحق الثانية في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابها من أضرار إن كان هناك مقتضى لذلك – **أما فيما يتعلق بأمر الإسناد الثاني** رقم 2677 بتاريخ 2004/4/25 اتفق الطرفان على قيام الشركة بتنفيذ أعمال قطع تباب الرمال والأتربة من مناطق امتداد المدينة مع نقل ناتج القطع للاستخدام في أعمال ردم وتسوية محجر غرب الجولف بمدينة القاهرة الجديدة وذلك عن كمية مقدارها 6500000 متر مكعب إلا أن الشركة فوجئت أيضا بالعديد من العوائق المادية التي لا دخل لها فيها والخارجة عن إرادتها التي حالت دون الوصول إلى النتائج المرجوة من العقد وبناء عليه وافقت الهيئة الطاعنة على مد العملية حتى 2006/6/17 إلا انه وبتاريخ 2005/9/27 أرسلت الهيئة خطابا إلى الشركة تطلب فيه وقف آية أعمال ردم بالأماكن الموضحة بموقع ردم محجر غرب الجولف بموجب أمر الإسناد سالف الذكر مع التنبيه بمسئولية الشركة عما تم تنفيذه من أعمال ... وأضافت الشركة المطعون ضدها بأنها أنجزت 41% من جملة أوامر الإسناد الثلاثة والتي بلغت قيمتها حوالي واحد وسبعون مليونا وسبعمائة وستة ألاف وخمسة عشر جنيها... وأضافت انه **بالنسبة لأمر الإسناد الثالث** رقم 52 بتاريخ 2005/2/1 والمتضمن تعاقد الهيئة الطاعنة معها على القيام بأعمال ردم وتسوية لكمية مقدارها 7000000 متر مكعب فقد تم استلام الموقع في 2005/3/15 وبدأ تنفيذ العقد في 2005/3/29 على أن تكون مدة التنفيذ خمسة عشر شهرا ويكون موعد التسليم الابتدائي في 2006/6/28 .. إلا انه قد واجهت الشركة أيضا معوقات تخرج عن إرادتها انتهت إلى طلب مد المدة الزمنية لإتمام الأعمال وفي 2007/4/12 أرسلت الهيئة الطاعنة إلى الشركة خطابات انتهت إلى انه يحق للهيئة إنهاء التعاقد مع الشركة قبل تنفيذ كافة الأعمال المتعاقد عليها مع عدم الإخلال بحق الشركة في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابها من أضرار إن كان هناك مقتضى ... وأضافت الشركة المطعون ضدها بأنها استمرت في العمل تحت الإشراف المباشر لجهاز القاهرة الجديدة التابع للهيئة الطاعنة حتى تاريخ 2006/4/20 حيث أرسلت الهيئة إلى الشركة الخطاب رقم 2020 في 2006/4/20 بوقف الأعمال موضوع أمر الإسناد رقم 2673 والخطاب رقم 1345 في 2005/9/27 في شأن أمر وقف أعمال الإسناد رقم 2677 والخطاب رقم 1633 في 2005/11/20 في شان أمر وقف أعمال الإسناد رقم 25 وعلى اثر ذلك قامت الهيئة الطاعنة بإنهاء أمري الإسناد رقمي 2677 ، 2673 بالإدارة المنفردة في أكتوبر 2006 وتم تشكيل لجان لاستلام الابتدائي بعد قيام الجهاز بتحديد نسبة الانجاز لكل أمر إسناد .... وبناء على ذلك تقدمت الشركة المطعون ضدها بطلب توفيق الأوضاع إلى لجنة توفيق الأوضاع الخاصة بالمستثمرين ضد الهيئة الطاعنة للمطالبة بالتعويض وقد انتهت تلك اللجنة إلى أمكانية تعويض الشركة بمبلغ 19883615 جنيه وتخصم رصيد الدفاعات المقدمة بمبلغ 10638899 جنيه طبقا لأحكام القانون 86 لسنة 1998 إلا أن الشركة لم توافق على هذا الراى والذي رأته مجحفا بحقوقها غير متفق مع ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب وهو ما حدا بها إلى تقديم طلب إلى وزير الإسكان لفض هذا النزاع عن طريق التحكيم ...

وقد تداولت دعوى التحكيم أمام هيئة التحكيم على النحو الثابت بمحاضر الجلسات وجلسة 2009/8/18 حكمت هيئة التحكيم بإجماع الآراء بالحكم المشار بصدر هذا التقرير... وإذ لم ترتضيه الهيئة المحتكم ضدها لذلك بادرت إلى أقامة الطعن الماثل (دعوى بطلان) مشارطه التحكيم لقيام الوزير المختص بتفويض غيره في التوقيع عليها ... ولعدم استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في اللجوء للتحكيم .... وأخيرا صدوره مشوبا بانعدام التسبيب ... واختتمت تقرير طعنها بطلباتها المنوه عنها بصدر هذا التقرير.

وتحدد لنظر الطعن أمام دائرة فحص الطعون جلسة 2010/2/15 وفيها دفع الحاضر عن المطعون ضده بصفته بعدم قبول الطعن لتقديمه بعد الميعاد وبعدم قبول الطعن لعدم توافر حالة من حالات البطلان المنصوص عليها كما قدم مذكرة دفاع خلص فيها إلى طلب الحكم أولا : بعدم قبول دعوى البطلان رفعها بعد الميعاد ، ثانيا : رفض الشق العاجل ثالثا : وفي الموضوع بعدم قبول الدعوى ، رابعا : إلزام الهيئة الطاعنة المصروفات ومقابل الإتعاب . وبجلسة 2010/3/1 قدم الحاضر عن المطعون ضده بصفته مذكرة دفاع خلص فيها الى طلب الحكم برفض دعوى البطلان وإلزام رافعها المصروفات كما قدم الحاضر عن الطاعن بصفته مذكرة دفاع صمم في ختامها على طلباته الواردة بتقرير الطعن ... وبذات الجلسة قررت المحكمة حجز الطعن للحكم

لجلسة 2010/4/19 مع مذكرات خلال أسبوعين .. حيث قدمت الشركة المطعون ضدها خلال الأجل المحدد مذكرتي دفاع صممت فيهما على طلباتها سالف ذكرها... كما قدمت الهيئة الطاعنة خلال ذات الأجل مذكرة دفاع صممت فيها على طلباتها الواردة في ختام صحيفة دعوى البطلان... وبجلسة 2010/4/19 قررت المحكمة أعادة الطعن للمرافعة... وأحالته إلى هيئة مفوض الدولة لإعداد تقرير بالراى القانوني فيه ..وقد أودعت هيئة مفوضي الدولة تقريرا مسببا بالراى القانوني فيها وعلى ضوئه تم تداول الطعن أمام دائرة فحص الطعون لتحيله إلى دائرة الموضوع **وتداول نظر الطعن أمام المحكمة الإدارية العُليا (الدائرة الأولى موضوع) على النحو المُبيّن بمحاضر الجلسات،** وبجلسة 2013/10/26 قرّرت المحكمة:" إحالة الطعن إلى الدائرة المنصوص عليها في المادة (54 مُكرّراً) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم (47) لسنة 1972 والمُضافة بالقانون رقم (136) لسنة 1984وذلك لتحديد ما إذا كانت عدم موافقة الوزير المختص على مشارطه التحكيم تؤدى إلى بطلانها في ضوء الفقرة الثانية من المادة "1" من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية والصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997

وإنه إزاء هذا التعارُض وعملاً بحُكم المادة المُشار إليها، فقد انتهت المحكمة إلى قرارها سالف البيان.ونفاذاً لذلك ورد الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العُليا والتي قرّرت ـ إذ تأشّر ذلك على ملف الطعن ـ تحديد جلسة 2014/11/5 لنظر الطعن مع إحالته إلى هيئة مفوضي الدولة بالدائرة لإعداد تقرير بالراى القانوني فيه، وبُناءً عليه أُعدّ التقرير الماثل بالراى القانوني

الـــــراى القانونى

ومن حيث إن المسألة القانونية المعروضة على الهيئة المنصوص عليها فى المادة (54 مُكرّراً) من القانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة والمُضافة بالقانون رقم (136) لسنة 1984 "دائرة توحيد المبادئ" تنفيذاً لقرار (**الدائرة الأولى موضوع**) بالمحكمة الإدارية العُليا بجلسة 2013/10/26 **إنّما تدور حول** تحديد ما إذا كانت عدم موافقة الوزير المختص على مشارطه التحكيم تؤدى إلى بطلانها في ضوء الفقرة الثانية من المادة "1" من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية والصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997

ومن حيث إن جوهر الإحالة إلى هذه الدائرة ينحصر في الترجيح بين الاتجاه السائد في أحكام المحكمة الإدارية حيث ذهبت الدائرة الثالثة بالمحكمة الإدارية العليا في حكمها في الطعن رقم 3603 لسنة 48 ق .ع إلى انه ليس من شان عدم توقيع المحافظ – باعتباره من يتولى اختصاصات الوزير قانونا – على مشارطه التحكيم بطلانها – وبالتالي بطلان حكم التحكيم الصادر بناء عليها – إذا أن المشرع استهدف بتعديل المادة (1) من قانون الحكيم بالقانون رقم 9 لسنة 1997 التي تضمنت انه بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة دون جواز التفويض في ذلك – استهدف – أن يكون تقرير اللجوء إلى التحكيم بطريق اختياري بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية – دون محاكم مجلس الدولة – بموافقة وإذن الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، وانه لا شك أن موافقته على اختيار هذا الطريق تكفي لتحقيق قصد المشرع من هذا الإجراء الجوهري وليس بلازم أن يوقع أو يوافق بعد على مشارطه التحكيم باعتبارها تستمد شرعيتها أصلا من الموافقة السابقة وتتضمن عادة الاتفاق على أسماء المحكمين والإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم أثناء نظرها النزاع والموضوعات محل الخلاف بين الطرفين والتي سيتم الفصل فيها وهى لا شك قد تزيد أو تنقص حتى حجز دعوى التحكيم للحكم وذلك تبعا لما اتفق عليه الطرفان في هذا الشأن.

الترجيح بين هذا الاتجاه السائد والاتجاه الذي ذهبت إليه الدائرة الأولى موضوع بالمحكمة الإدارية العليا والتي ترى انه يتعين لقيام وصحة مشارطه التحكيم موافقة الوزير – أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة – دون الاكتفاء بموافقته على اختيار ولوج طريق التحكيم ما لم يتضمن المحرر الذي تمت على أساسه ما تضمنته الموافقة على اللجوء إلى التحكيم ، تحديدا لموضوعات النزاع وكافة المسائل التي يشملها التحكيم . وذلك أن المشرع وفقا لأحكام المواد أرقام 1 ، 10 ، 12 ، 52 ، 53 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 اوجب موافقة

الوزير المختص – أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة – على اتفاق التحكيم بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية دون جواز التفويض في ذلك ، وان المشرع قد حدد المقصود باتفاق التحكيم بأنه اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت و يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية ، وأجاز أن يكون هذا الاتفاق سابقا أو لاحقا لقيام النزاع ، فإذا كان تاليا لقيامه تعيين تحديد المسائل التي يشملها التحكيم فيما أطلق عليه اصطلاح ، مشارطه التحكيم " فان لم تحدد هذه المسائل كان اتفاقا باطلا ، وقد استلزم المشرع أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، ويتحقق ذلك بان يتضمنه محرر موقع من طرفيه أو تتضمنه الرسائل أو البرقيات او غيرها من وسائل الاتصالات المكتوبة المتبادلة بينهما ، وانه إذا لم يكن الاتفاق مكتوبا على هذا النحو كان باطلا ، ولم يجز المشرع الطعن في أحكام التحكيم إلا بطريق دعوى البطلان التي يتعين القضاء بعدم قبولها إذا لم تتوافر حالة من حالات البطلان المنصوص عليها في ذلك القانون ومنها عدم وجود اتفاق تحكيم أو إذا كان ثمة اتفاق لكنه باطل أو قابل للإبطال .

ومقتضى ذلك أن المشرع حدد معنى اصطلاحيا لاتفاق التحكيم بما لا مرية معه في إن هذا الاتفاق إنما هو عقد يبرم بإرادة طرفية بموجبه ينقل الاختصاص بالفصل في النزاع الذي ينعقد هذا العقد بشأنه من القضاء المختصر إلى هيئة التحكيم ، وانه لكن هذا العقد " اتفاق التحكيم أو مشارطته " متعلقا بالولاية والاختصاص القضائي استلزم المشرع لانعقاده أن يكون مكتوبا على نحو ما سلف ذكره وإلا كان باطلا ، بما يؤكد بجلاء أن الكتابة على ذلك النحو شرط انعقاد لهذا الاتفاق ، وهو ما أدى بالمشرع نزولا على طبيعة هذا الشرط أن يرتب البطلان جراء تخلفه ، ومن ثم كان لزاما إذا كان الاتفاق تاليا لنشوء النزاع أن ياتى بتحديد ما يكون لهيئة التحكيم الفصل فيه وان يكون احد طرفي الاتفاق – الذي يطلق عليه في هذه الحالة مسمي " مشارطه التحكيم " الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، والطرف الأخر طرف العلاقة القانونية الأصلية التي انبثق بسببها النزاع الذي يبرم اتفاق التحكيم بشأنه وان يباشر الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة إبرام العقد بنفسه ، فإذا جاء العقد مفرغا في محرر واجبا للاعتداد به أن يكون موقعا من الطرفين المذكورين وفقا لما تضمنته المادة (10) من قانون التحكيم المشار إليه ، إذ القاعدة أنه إذا انعدم ركن من أركان العقد فان العقد باطلا ، ومثل انعدام الركن في ذلك اختلال شرطه يضاف إلى ذلك انه إذ نص المشرع صراحة في المادة (1) من قانون التحكيم على أن تكون الموافقة على اتفاق التحكيم من الوزير متى كان هو المختص بذلك دون إجازة التفويض في ذلك لمبني خطورة مثل هذا العقد الذي بموجبه ينقل النزاع – كما سلف – من ولاية القاضي الطبيعي ويخول محكما أو أكثر اختصاصا بالفصل فيه بحكم يحوز حجية الأمر المقضي به ، بما مؤداه أن اتفاق التحكيم يمنع جهة القضاء ذات الولاية من سماع الدعوى ، وانه نظرا للخطورة المنسوبة بها ولاتصال اتفاق التحكيم بعقد إداري متعلق بتسيير مرفق عام تطبق في شأن ما ينشأ بشأنه من نزاع أحكام القانون العام ، اوجب المشرع أن يكون اتفاق التحكيم بموافقة الوزير دون غيره متى كان هو المختص بذلك والذي لا ريب في انه هو الأقدر على تقدير مراعاة الصالح العام الذي لا ينفك وجوب مراعاته عند النظر في نقل الاختصاص بالفصل في النزاع الناشئ عن العقد الإداري من مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بحسبانه قاضي المنازعات الإدارية الطبيعي إلى هيئة محكمين ، وبحسبان أن القاعدة القانونية الخاصة بإبرام اتفاق التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة هي بتوقيعه على هذا الاتفاق أو ما يمكن تكييفه بذلك ، قاعدة متعلقة بالنظام العام ، وتكون مخالفاتها لذلك على اى وجه – من أوجه ذلك الموافقة والإذن على اختيار طريق التحكيم دون اشتمال المحرر على كافة المسائل التي أوجبت المادة (1) اشتماله عليها – مرتبة لبطلان اتفاق التحكيم الذي يبرم على خلاف ما أوجبه المشرع بطلانا مطلقا ، ومن ثم يتعين لصحة مشارطه التحكيم موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأخرى دون كفاية الموافقة على اختيار ولوج طريق التحكيم ما لم يتضمن المحرر الذي تمت على أساسه هذه الموافقة تحديد موضوع النزاع وجميع المسائل التي يشملها التحكيم على أساس مما سلف وبحسبان أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات يتعين عدم التوسع في تفسير النصوص المتعلقة به .

ومن حيث إنه في مقام الترجيح بين الاتجاهين السالف ذكرهما يتعين التأكيد ابتداء على أن الأصل هو عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وقد ثار جدل واسع حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم الدولي أو

المحلي في منازعات العقود الإدارية حتى صدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية بالقانون رقم 27 لسنة 1994 ليقتصر في المادة (1) منه على فقرة وحيدة لم تشمل صراحة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى أن جاء إفتاء الجمعية العمومية لقسمي التشريع بعد ما يزيد على العامين من العمل بالقانون المشار إليه ، ليؤكد عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وأسست الفتوى رأيها على أن " شمول نظام التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها ، إنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن نفسه وماله ، وتوافر كمال ولاية إبرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو مال غيره ، وأنه إذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته وصياً او محكماً ، فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في أجرائه ، ولا تكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة ، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن به في أية حالة مخصوصة ، وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط ، فلا تقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام (**فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - الفتوى رقم 160 بتاريخ 1997/2/22 - ملف رقم 339/1/54 - جلسة 1996/12/18**) ، ولذلك كان المشرع حريصاً على تضمين القانون تعديلاً يضيف به الفقرة الثانية إلى المادة (1) سالفة البيان وأكد المشروع المعروض النص على خطورة الشرط المضاف ، وأهمية الضوابط الحاكمة للإذن به والموافقة عليه واعتماده ، فاستوجب (موافقة الوزير) للاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، فأورد تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية أن تلك الموافقة (وجوبيه) وأنها لا تكون إلا من " الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة " وحدد هذه الأشخاص الاعتبارية العامة التي تتولى اختصاص الوزير بأنها ليست الهيئات العامة التي تتبعه ، وإنما هي " الأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع الوزير كالجهاز المركزي للمحاسبات " ، وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حظر المشرع التفويض في ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة ، إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها ، ولاعتبارات الصالح العام ، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته" (**تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب بتاريخ 1997/4/21).**

ومن حيث أن مقطع النزاع يدور حول مدى اعتبار توقيع الوزير المختص على شرط التحكيم الذي يرد ضمن شروط العقد الادارى كافيا ومانعا من توقيعه على مشارطه التحكيم التالية لإبرام العقد آم انه يلزم توقيعه مرة أخرى على مشارطه التحكيم باعتبار أن كلا منهما عقدا مستقل عن الآخر.

- **ومن حيث** إن الخلاف والتعارض بين حكمي المحكمة الإدارية العليا موضوع الطعن الماثل ليس بجديد إنما تمتد جذوره أساسا إلى الخلاف والجدال الفقهي والقانوني والذي ثار مع بداية الحديث عن جواز التحكيم أو عدم جوازه في العقود الإدارية وموقف كلا من المحكمة الإدارية العليا و الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة للتصدي لسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة إلا انه وبصدور القانون رقم 27 لسنة 1994 بشان التحكيم وتعديلاته والذي اجاز صراحة التحكيم في العقود الإدارية ، وبذلك انتقل الخلاف والجدل الفقهي والقانوني **من تلك المنطقة إلى منطقة أكثر تشابكا وحساسية قانونية تعتمد في المقام الأول على تفسير النصوص القانونية لقانون التحكيم تفسيرا يعبر عن إرادة المشرع ولا ينتقص من تلك النصوص لاسيما أن المشرع في المادة رقم "10" من القانون قد تناول كلا من شرط التحكيم ومشارطته بصيغة عامة دون تفصيل على النحو الوارد في تلك المادة** .

ومن حيث إن التحكيم هو " أسلوب لفض المنازعات وينبني على اختيار الخصوم بإراداتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع ، وعلى ذلك فان نظام التحكيم أساسه إرادة الإطراف فهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة.

على انه إذا كانت إرادة الإطراف هي التي تنشئ اتفاق التحكيم وتحدد القواعد التي تحكمه فان الأمر يتطلب تدخل المشرع للنص بداءة على جواز التحكيم ذلك أن إرادة الأطراف وحدها ليست كافية لخلقه.

فالأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم أو محكمين من الأغيار يعينون باختيارهما أو وفقا لشروط يحددانها ليفصلوا في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ، وبذلك يكون التحكيم عملاً إرادياً ركيزته اتفاق خاص ، أحاطه المشرع في شأن منازعات العقود الإدارية بضمانات خاصة وضوابط لا فكاك منها ، والاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحتكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع ، ومن ثم فإن الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الالتجاء إلى القضاء ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام ، فإذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع ، ومن المبادئ الأساسية في العقود أنه ينبغي في عقد التحكيم أن تتوافر له شروط صحته ، وأن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم ، فيقتصر التحكيم على ما اتفق بصدده من منازعات ، وأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقى شرط التحكيم قائماً صحيحاً غير مشوب بالبطلان ، ولقد جاء قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ليخضع لأحكامه التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص الذي يجري في مصر ،أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، واعتبر التحكيم تجارياً في حكم القانون المشار إليه إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية ، إلا إنه وبالنسبة إلى **منازعات العقود الإدارية** فإنها لا تعد من عقود التجارة الدولية ، حتى وإن اصطبغت بصبغة تجارية ، لأنها لم تنشأ عن عملية تبادل حركي بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية من جهة ، كما أنها من جهة أخرى لا تعد من عقود التجارة بالمعنى المقصود بالمادة (2) من قانون التحكيم المشار إليه والتي لا تشمل سوى العقود في مجال المواد المدنية والتجارية ، حيث خص القانون منازعات العقود الإدارية في خضوعها لأحكام قانون التحكيم بالنص عليها في الفقرة الثانية من المادة (1) من القانون ،

إلا انه ينبغي وبحكم اللزوم <u>يجب</u> أن يقوم اتفاق التحكيم على الأسس القانونية والضوابط التشريعية التي أرساها القانون وتكفل ببيانها بحيث انه إذا انعدمت تلك الأسس أو زالت زال معها بالتبعية كل اثر ترتب على اتفاق التحكيم .

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا قضت بأن " التحكيم هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً من شبهة الممالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة فئ جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ...

في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية رقم 13 لسنة 15 ق جلسة 17 / 12 / 1994

وفى المقابل فإذا كان هذا هو تعريف التحكيم بصفة عامة فان تعريف التحكيم الادارى لا يختلف كثيرا عن التعريف العام وان كانت له بعض الخصوصية نظرا لان احد طرفيه من أشخاص القانون العام مما جعل الكثير من شراح القانون والفقهاء يمتنعون عن تناوله لعدم اعترافهم بمبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية أو ما يعرف بعقود الدولة ، فلقد ظل مجلس الدولة الفرنسي رافضا لمبدأ التحكيم في العقود الإدارية لما فيه مساس بسيادة الدولة والانتقاص منها والعدوان على سلطة القضاء الوطني إلا أن هذا لم يمنع جانب من الفقه الفرنسي تعريفه " انه نظام استثنائي للتقاضي يجوز بموجبه للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية عقدية كانت أو غير عقدية – وطنية أم أجنبية عن ولاية مجلس الدولة وعرضها على محكمين يتولون الفصل فيها بناء على نص قانوني يجيز ذلك"

وقد عرفه الفقه المصري بأنه " الوسيلة القانونية التي تلجا إليها الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية والمستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع أدارى ، عقدية كانت أم غير عقدية فيما بينها أو بين إحداها أو احد وأشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية "

د/ نجلاء حسن سيد – التحكيم فى المنازعات الإدارية – ط2002 – ص 22 ، وذات المعنى د/ شمس مرغني – التحكيم في منازعات المشروع العام – 1973 ص 557"

لذلك فانه يجب أن تفسر النصوص القانونية لقانون التحكيم تفسيرا ضيقا مع كامل الحيطة والدقة مع التزام الفاظة وعدم تأويلها إلا بما تتطابق معها من معان ذلك لان التحكيم استثناء من القاعدة العامة التي توجب الالتجاء إلى القاضي الطبيعي في كل الأحوال .

ومن حيث انه وفى مجال الترجيح بين الحكمين المتعارضين فانه ينبغي طبقا لطبيعة البحث التعرض بصفة مبدئية للنصوص القانونية الحاكمة للنزاع.

ومن حيث إن المادة " الأولى " من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشان التحكيم والمضافة بالقانون رقم 7 لسنة 19997 تنص على انه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام و القانون الخاص ، أيًّا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر أو كان تحكيما تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون .....

وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"

وتنص المادة "10" من ذات القانون على انه " 1- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية .

2 - يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون ، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا .

3 - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد "

وتنص المادة "23" من ذات القانون على انه" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه اى أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته

والمستفاد مما تقدم أن المشرع بمقتضى تعديله للمادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بالقانون رقم 9 لسنة 1997 قد استحدث قيدا إجرائيا لجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية مفاده ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، وإذا كان المشرع باستحداثه لهذا القيد الاجرائى يتطلب ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص – او من يتولى اختصاصه فان إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على تلك الموافقة يترتب عليه بطلان ذلك الاتفاق دون بقية شروط العقد الأخرى .... ذلك أن المشرع باستحداثه لهذا القيد هو بمثابة تحديد قانوني لمن تتوافر له صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم من عدمه وان جراء تخلف الصفة القانونية المشروطة هو بطلان الاتفاق... ذلك أن الاتفاق يعد باطلا إذا تخلف شكل أوجبه القانون او انعدم ركن من أركانه او تخلف احد الشروط التي اعتبرها المشرع لاى ركن من تلك الأركان **ومن هذا القبيل ما أوردته الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم باشتراطها موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اتفاقات التحكيم بشان العقود الإدارية الأمر الذي يجعل اتفاق التحكيم الذي يخلو من توقيع الوزير وموافقته باطلا غير منتج لأثاره بحيث تنحسر عنه ولاية هيئة التحكيم عند نظر الدعوى متى رفع أمامها.**

وهو ذات الاتجاه الذي تبناه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حينما قرر " انه لا ترد مكنة تصرف لذي ولاية يمضى به قوله على غيره أو في شان غيره وماله لا ترد إلا بنص مسوغ لذلك سواء كانت ولاية عامة أو خاصة ولا ترد مكنة تصرف جهة عامة في مال الدولة إلا بموجب كونها مفوضة في ذلك بقواعد الاختصاص بنص تشريعي أو بناء على نص تشريعي ، فالأصل في شان أمور الولاية هو المنع

وعدم النفاذ إلا بعمل تشريعي أو أن يكون مرجوعا إلى عمل تشريعي ومن جهة أخرى فانه في مجال بيان الاختصاص الوظيفي الذي هو تفويض في شان ولاية عامة لا يرد تفويض على تفويض و لا يجوز لمفوض إجراء أمر أن يفوض غيره إلا أن يكون مأذونا له بذلك بإجازة تستند إلى عمل تشريعي وإلا أمكن لكل جهة عامة أن تتنازل عن اختصاصاتها إلى غيرها حتى لو كان ثمة عمل تشريعي يجيز التفويض في الاختصاص من المختص أصلا إلى غيره فلا يجوز أن يجرى هذا التفويض المأذون به إلى مفوض غير ذي ولاية عامة ولا يجوز النزول عن الاختصاص الوظيفي إلى موظف غير عام وان لجؤ أيه جهة عامة لقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد أدارى هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي أما لجوؤها إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شان يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره إلا هيئة إلا بإجازة صريحة يرد من عمل تشريعي"

في هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم 160 بتاريخ 1997/2/22- جلسة 1996/12/18 رقم 239/1/54

وفى ذلك أيضا نحت الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم صوب هذا الاتجاه ومنها الحكم التحكيمى في القضية رقم 390 لسنة 2004 والصادر بجلسة 12 مارس 2005 والذي اقر " أن مؤدى نص المادة 2/1 من قانون التحكيم الحالي تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم فى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وتلك الموافقة تعد شرطا لوجود هذا الاتفاق وصحته ومن ثم يغدو هذا الاتفاق باطلا ولا يجوز الارتكان عليه لطرح منازعات العقد الذي يتضمن التحكيم" **" الحكم في القضية التحكيمية رقم 390 لسنة 2004 – جلسة 12 مارس 2003 منشور بمجلة التحكيم العربي – العدد العاشر سبتمبر 2007 ص 348 و 349"**

ووفقا لما تقدم فان عقد التحكيم يأخذ إحدى صورتين:-

الصورة الأولى:- اتفاق التحكيم

الصورة الثانية: مشارطه التحكيم

أما فيما يتعلق بشرط التحكيم فالمقصود منه انه بند وارد ضمن نصوص عقد معين يقضى بالالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه كما عرف هذا الشرط بأنه " اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات احتمالية غير قائمة بالفعل ، وإنما يمكن أن تنشا في المستقبل ، وقد استمد هذا الاتفاق تسميته من انه يأخذ في الواقع العملي صورة شرط من شروط العقد الاصلى توقعا لاحتمال قيام نزاع بشان تنفيذه أو تفسيره **وقد نصت المادة العاشرة** من قانون التحكيم على عدة صور ياتى فيها شرط التحكيم فقد ياتى في صورة بند أو شرط في عقد معين من العقود بشان كل أو بعض المنازعات التي تنشا بين الطرفين وقد يرد في صورة عقد مستقل عن العقد الاصلى وفى تاريخ مغاير لتاريخ العقد الاصلى ولكن يجب أن يكون شرط التحكيم سابقا على قيام النزاع كما أن شرط التحكيم قد يكون نصا في العقد الاصلى لكنه يحيل إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ولكن يجب أن تنطوي الإحالة على ما يوضح أن شرط التحكيم الذي تضمنته الوثيقة يكون جزءا من العقد الاصلى – وبذلك يكون القانون المصري قد وضع بعض الضوابط بشان شرط التحكيم فهو يسمح باتفاق التحكيم السابق على قيام النزع سواء كان مستقلا بذاته عن العقد أو ورد في صلب العقد كما إن المشرع وقد نص على ضرورة إن يتم تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في المادة "30" حتى يكون شرط التحكيم صحيحا لان الأمور الخارجة عن نطاق شرط التحكيم لا يمكن ان يشملها اتفاق التحكيم ولم يسمح المشرع بتقديم بيان الدعوى أثناء المرافعة لان المحكم لا يبدأ عمله دون معرفة ما سيحكم فيه فهو يحتاج إلى معرفة ما سيفصل فيه حتى يقبل مهمته .

أما فيما يتعلق بمشارطه التحكيم – فالمقصود منها كل اتفاق تحكيم يتم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية وفى هذه الصورة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا، وواضح من هذا التعريف أن مشارطه التحكيم تبرم بعد حدوث النزاع بل حتى ولو كانت هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة إعلان عدم اختصاصها وإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم

وفى كلتا الصورتين " شرطا كان أو مشارطه " فان اتفاق التحكيم هو بمثابة عقدا شانه فى ذلك شان العقود بصفة عامة كما انه عقدا مستقلا عن العقد الاصلى ، فهو عقد ملزم للجانبين بمعنى انه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين – هي حقوق لكل منهما في ذات الوقت ، فكل منهما يمتنع عليه الالتجاء إلى القضاء في صدد النزاع المتفق على طرحه على المحكم ، وكل منهما يلتزم بطرحه على المحكم ويفرض عليه حكم الأخير ، كما انه يعد من عقود المعاوضة لان كلا من المتعاقدين يتلقى فيه عوضا عما التزم به وإذا كان الاتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين ، فتنفيذ شرط التحكيم يكون أمرا احتماليا لاحتمال عدم نشوء نزاع بين الخصوم عند تنفيذ العقد ، أما مشارطه التحكيم فهي لا تتم إلا بمناسبة نزاع نشا بالفعل بين الخصوم – والتحكيم كأي عقد يتم بالإيجاب والقبول ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في سائر العقود من توافر أهلية لدى المتعاقدين وانتفاء شوائب الرضا ومن توافر موضوع العقد وصفة لدى المتعاقدين.

أما فيما يتعلق بمعنى استقلالية عقد التحكيم عن العقد الاصلى فالمقصود منها استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى الذي يتضمنه ويؤدى إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم " **شرطا أو مشارطه**" بمصير العقد الاصلى بحيث يظل الاتفاق ملزم ومرتبا لأثاره ، وتكون هيئة التحكيم مختصة بالنظر في صحة أو انتهاء أو فسخ العقد الاصلى – ذلك أن شرط التحكيم له موضوعه ومحله الخاص به والذي يتمثل في تنحية النزاع المشترط للتحكيم فيه وإبعاده عن سلطان القضاء وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة خاصة يعينها طرفا النزاع أو يتفقان على كيفية تعينها ، أو يتركان أمر تعينها إلى القضاء كلما كان النظام القانوني يتيح هذه المكنة **وبعبارة أخرى فمحل شرط التحكيم هو عمل اجرائى بحت وهو محل منفصل ومستقل تماما عن موضوع أو محل العقد الاصلى الذي يضاف إليه واختلاف موضوع العقدين أو محلهما على هذا النحو يجعل كلا منهما عقدا مستقلا ومنفصلا عن الأخر حتى وان تضمنتها وثيقة واحدة – ويترتب على هذا المبدأ عدة نتائج هامة-**

النتيجة الأولى : أن مصير العقد الاصلى ليس له اثر على شرط التحكيم المتعلق به فهذا الشرط يبقى صحيحا منتجا لأثاره بصرف النظر عن زوال العقد الاصلى ، ما لم يكن هو الأخر باطلا لسبب خاص به ، كما إذا كان احد الطرفين ناقص الأهلية أو ليس له سلطة في إبرام لعقد إذ مثل هذا السبب يلحق العقد الاصلى كما يلحق شرط التحكيم لان أيا منهما يجب أن يبرم ممن يتمتع بالأهلية والسلطة اللازمة للتعاقد ، ومن ثم فبطلان العقد الاصلى أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لأثاره .

النتيجة الثانية: هي أن زوال شرط التحكيم ببطلان ذاتي أو سقوطه لا يؤثر على بقاء العقد الاصلى الذي يظل منتجا لأثاره وفى هذه الحالة يكون القضاء هو صاحب الولاية في الفصل في المنازعات الناشئة عنه وهذه النتيجة لم يسجلها صراحة نص المادة "23" ، ربما لكونها من البداهة بحيث لا تحتاج إلى تسجيل.

ومن حيث إن المشرع وان كان قد نص في المادة "10" منه على صورتين من صور اتفاق التحكيم " شرطا كان أو مشارطه" فانه يكون بذلك قد اعتبر أن اتفاق التحكيم في صورتيه عقدا مستقلا عن العقد الاصلى – كما أن كلا منهما عقدا مستقلا بذاته عن العقد الأخر ، فكما إن القاسم المشترك بين العقدين " شرطا كان أو مشارطه" يجد مصدره في اتفاق طرفي النزاع على عرض النزاع على هيئة التحكيم سواء تلك المنازعات المستقبلية أو التي حدثت بالفعل ويعد هذا الاتفاق هو مصدر السلطة التي يباشرها المحكم عند البت في النزاع – فان عوامل الاختلاف ومبرراته ما تزال قائمة ومميزة لكلا منهما سواء من حيث الموضوعات التي ينظمها كلا منهما او الشروط التي تتطلبها القانون لسريان مفعول كلا منهما وتعد تلك الشروط هي إحدى مكونات هذا الاتفاق بحيث إذا لم تتوافر تلك الشروط القانونية اعتبر هذا الاتفاق باطلا – ويتضح ذلك جليا من عبارات المادة "10" من القانون رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته بشان التحكيم والذي أورد فيها المشرع تفصيلا دقيقا لمعنى اتفاق التحكيم في صورتيه وحدد نطاق كل اتفاق على حده سواء كان نطاق زمني أو موضوعي فضلا عن اشتراط مجموعة من الشروط القانونية لكل نوع منهما ولم يكتفي بإيراد نص عام إنما جاءت عباراته أكثر حده وتوضيحا بما يتضح منه أن المشرع أراد الفصل تماما بين الصورتين واعتبر ان كلا منهما اتفاق "عقد" مستقل عن الأخر والاستقلالية هنا ليس معناها الاختلاف في طريقة الإبرام فقط إنما جوهر معناها أن كل عقد منهما يستلزم لقيامة صحيحا إن تتوافر فيه الأركان العامة للعقود بصفة عامة من رضا و أهلية ومحل وسبب بالإضافة إلى الشروط المكملة لصحة هذين العقدين كلا على حدي فلا يستقيم القول أن توافر أركان أيا منهما

يغنى عن توافر أركان وشروط العقد الأخر وإلا لو كان الأمر كذلك لما احتاج المشرع إلى التفصيل الذي أورده في المادة "10" من القانون سالف البيان .

فشرط التحكيم وفقا لما جاء بنص المادة "10" يرد في صورة بند او شرط في عقد معين من العقود بشان كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفى هذه الحالة يقرر الطرفان في اتفاقهما التزامهما بالالتجاء إلى التحكيم لفض منازعاتهما المحتملة – كلها أو بعضها- والناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقد الاصلى المنظم لالتزامات وحقوق الطرفين ، فالغالب – عملا أن شرط التحكيم مجرد شرط يتم كتابته في عقد ذو مضمون أكثر اتساعا ، يقوم أطرافه – بكل الحرية – بتحديد مضمونه ، كما انه قد يرد شرط التحكيم في عقد مستقل عن العقد الاصلى وفى تاريخ لاحق لتاريخ العقد الأخير ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون شرط التحكيم سابقا على نشؤ النزاع.

في حين أن مشارطه التحكيم إنما المقصود منها – اتفاق يعقده طرفان أو أكثر ، ويخضعان بمقتضاه نزاعا نشأ بينهما لتحكيم يناط به محكم أو أكثر – وعلى الرغم من وجود قواعد مشتركة بين شرط التحكيم ومشارطته كالقواعد الواجبة التطبيق على رضا المتعاقدين وأهليتهما لإبرام الشرط أو المشارطة كما يتفق شرط التحكيم مع مشارطه التحكيم في الأثر المترتب عليهما وهو ما يعرف بالأثر الملزم للتحكيم إلا أن القانون افرد لمشارطه التحكيم مجموعة من القواعد الإجرائية ذات الطبيعة الخاصة لذلك النوع من العقود ورتب جزاء البطلان عند عدم مراعاة تلك الإجراءات **وهو ما يعنى أن تلك الشروط هي أركان لا تقوم بدونها مشارطه التحكيم وتلك القواعد هى:-**

<u>أولا: وجود نزاع قائم وحال</u>

أن وجود مشارطه التحكيم يقتضى بحسب تعريفها وجود نزاع قائم وحال وهو ما نصت عليه المادة"1/10" من قانون التحكيم الأمر الذي يستلزم تعلق مشارطه التحكيم بنزاع نشا <u>فعلا</u> وهكذا تتميز مشارطه التحكيم عن شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبل او محتمل لم ينشا فعلا عند الاتفاق على هذا الشرط ، وينبني على ذلك انه يلزم لقيام مشارطه التحكيم توافر شرطين .

الأول:- وجود نزاع وجودا موضوعيا

الثاني:- اتجاه الإرادة الشخصية للطرفين إلى تخويل الغير "المحكم" مهمة قضائية – وفى هذا المعنى أكدت **محكمة النقض الفرنسية** <u>على</u> انه حتى لو أمكن الاعتراف بوجود نزاع ذي طبيعة قضائية في الخلاف الدائر بين الطرفين ، فانه لا يكفى ثبوت ذلك في وثيقة لاعتبارها مشارطه تحكيم إنما يلزم لاعتبارها كذلك ثبوت إرادة طرفيها إلى تخويل المعين من قبلهما في هذه الوثيقة مهمة الفصل في هذا النزاع فإذا لم يتوافر احد الشرطين فى مشارطه التحكيم كانت باطلة – **وبالتالي – فانه وفيما يتعلق هذا الشرط بشان التحكيم في العقود الإدارية فمن المقرر أن التحكيم في العقود الإدارية لا يتم إلا بعد موافقة الوزير المختص كما انه لا يجوز التفويض في هذا ذلك الأمر وهو ما يعنى أن إجازة الوزير أو موافقته هو المقصود بالإرادة الشخصية للطرفين فهي إن كانت إرادة مركبة من شقين أحداهما إرادة الجهة الإدارية والأخرى موافقة الوزير المختص إلا إنهما معا يشكلان الإرادة المقصودة من هذا الشرط والتي بدونها تضحى مشارطه التحكيم باطلة إذا فان موافقة الوزير تعد احد أركان اتفاق التحكيم بصورتيه" شرطا أو مشارطه" وبدونها يضحى كل اتفاق على التحكيم باطلا.**

<u>ثانيا عدم وجود شرط التحكيم او بطلانه:</u>

فقد يبرم الطرفين عقدا يدرجان فيه شرط التحكيم أو يتفقان على هذا الشرط في اتفاق مستقل بغرض تفادى اى امتناع عند وقوع نزاع ينشا عن هذا العقد في المستقبل عن إخضاع هذا النزاع للتحكيم ومتى كان شرط التحكيم صحيحا فانه يرتب أثره الملزم بإخضاع الطرفين للتحكيم دون ان يعترض ذلك عدم تعين محكم او محكمين او موضوع النزاع في شرط التحكيم حيث تملك المحكمة القضائية القيام بهذا التعين متى لم يمكن عن طريق الطرفين كما يجوز تحديد موضوع النزاع أثناء المرافعة ، ويعنى ذلك ان وجود شرط تحكيم صحيح يغنى عن إبرام مشارطه تحكيم وان كان لا يمنع من إبرام مشارطه تحكيم تاليه له هذا في حالة كون شرط التحكيم صحيحا **ولكن المشكلة في اجتماع كلا من شرط التحكيم ومشارطته تبدو عندما يكون شرط التحكيم باطلا فهل تصلح موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم المقضي ببطلانه لاى سبب كان سندا قانونيا لإبرام مشارطه تحكيم**

اعتمادا على موافقة الوزير على اتفاق التحكيم – دون حاجة للحصول على موافقة أخرى من الوزير على مشارطه التحكيم ، ان القول بان الموافقة السابقة على اتفاق التحكيم يعد شاملا للشرط و المشارطة يساوى بين كلا من الشرط والمشارطة على الرغم من اختلاف كلا منهما عن الأخر بما يهدر نص المادة "10" من قانون التحكيم كما انه يفرغ مبدأ استقلالية عقد التحكيم من مضمونه ويفترض اتجاه إرادة طرفي العقد لعرض النزاع على هيئة التحكيم بالمخالفة لمبدأ سلطان الإرادة – ذلك أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم أو محكمين من الأغيار يعينون باختيارهما أو وفقا لشروط يحددانها ليفصلوا في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ، **وبذلك يكون التحكيم عملاً إرادياً ركيزته اتفاق خاص ، أحاطه المشرع في شأن منازعات العقود الإدارية بضمانات خاصة وضوابط لا فكاك منها ، والاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحتكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع ، ومن ثم فإن الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الالتجاء إلى القضاء ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام ، فإذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع ، ومن المبادئ الأساسية في العقود أنه ينبغي في عقد التحكيم أن تتوافر له شروط صحته ، وأن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم ، فيقتصر التحكيم على ما اتفق بصدد من منازعات** ، وأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقى شرط التحكيم قائماً صحيحاً غير مشوب بالبطلان – فضلا على ذلك فان مفاد المادة "23" من قانون التحكيم المشار إليه أن شرط التحكيم الوارد في العقد هو بمثابة اتفاق مستقل بذاته وتقوم صحته فى ذاته ولو كان فى عقد باطل أو فسخ او انهي بما يعنى إن شروط صحته تتميز عن شروط صحة العقد وما يلحقه من أوضاع قد تستوجب فسخه او إنهائه او بطلانه.

ومن حيث انه يجب الوقوف على عبارة " إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته" نستحلى معناها ونتفحص مفادها وما إذا كانت قد وردت مكمله للنص أم أنها شرط بقاء لاتفاق التحكيم لذاته.

فمن المستقر عليه أن صلاحية جهة الإدارة لإبرام العقد الادارى وفق شروط الإبرام واجراءته التي ترد بالقانون واللوائح هذه الصلاحية لا تفيد بذاتها صلاحية جهة الإدارة عينها في إبرام شرط التحكيم لتميز موضوع العقد عن شرط التحكيم في شروط الصحة وأوضاع النفاذ والاستمرار – مناط ذلك أن العقد الادارى يتضمن بطبيعته شروطا استثنائية تقيم لجهة الإدارة المتعاقدة وجه سطوه ونفوذ في العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الأخر وبما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتسيير مرفق عام و إنما يتعارض مع هذه الطبيعة أن يرد شرط التحكيم في المنازعات التي تقوم بين أطراف العقد وما تفترضه من مشاركة طرفي العقد فى تشكيل هيئة التحكيم تشكيلا اتفاقيا وإذا كان المشرع لم يشأ أن يخضع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لاختصاص جهة القضاء المدني وحصر منازعاتها في القضاء الادارى بحسبانه اختصاص حاجزا لمنازعات من هذا النوع من العقود لما تتميز به من أوضاع تتعلق بسلطات الهيئات العامة وبشئون المرافق العامة و تسيرها وإذا كان هذا هكذا فان منازعات العقود الإدارية تكون أكثر نائيا عن طبيعة نظام التحكيم ، وأيا كان الأمر وإذا كان المشرع قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية فانه لا ينبغي التوسع في هذا الأمر بما يمثل افتئات على اختصاص القضاء الادارى ولما كان الاتفاق على التحكيم وان كان عقدا مستقلا عن العقد الاصلى فانه بذاته لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقى شرط التحكيم قائما وصحيحا وهو ما يعنى بمفهوم المخالفة أن هذا الشرط إن شابه اى نوع من أنوع البطلان او شابه عوار قانوني يرد الشى إلى أصله اى ينعقد الاختصاص للمحكمة المختصة أصلا"

في هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم 160 بتاريخ 1997/2/22- جلسة 1996/12/18 رقم 239/1/54

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها بتاريخ 1937/7/27 معتبرة أن لحكم التحكيم صفة اتفاقية بحسبانه يجد سنده وأساسه فى اتفاق التحكيم بحيث يشكل معها كلا لا يتجزأ ويشاركها في طبيعتها الاتفاقية"**C. Case, 27 Juillt- 1937 – Req – Dalloz , 1938 P 20**""

وبالتالي فإذا كان شرط التحكيم باطلا فلا يمكن الانتقال والتحول إلى مشارطه التحكيم الذي أبرمت دون موافقة الوزير المختص اعتماد على موافقته على شرط التحكيم إنما يرد الشى لأصله في تلك الحالة اى ينعقد الاختصاص للمحكمة المختصة أصلا"

ثالثا:تحديد موضوع النزاع في المشارطة:

يعتبر تحديد موضوع النزاع عنصرا جوهريا في مشارطه التحكيم بعكس شرط التحكيم لان المشارطة – على خلاف الشرط لا تبرم إلا بعد وقوع النزاع فعلا ، فإذا خلت من تحديد موضوعه ما أمكن انعقاد اختصاص المحكمين بالفصل فيه ، حيث يفترض تمتعهم بسلطة الحكم وجود ادعاءات محددة يتقيدون بها في خصومة التحكيم ومن ثم تبطل مشارطه التحكيم إذ لم يحدد طرفاها موضوع النزاع عند إبرامها ، لكن ولئن كان يكفى لصحة مشارطه التحكيم تحديد موضوع النزاع بعبارات عامة إلا أن ذلك مشروط بكفاية العبارات لتحديد مهمة المحكمين بحيث إذا كانت مهمتهم غير محددة لعدم إمكان الوقوف على الادعاءات المحددة لطرفي النزاع جاز لاى منهم التمسك ببطلان المشارطة بسبب عدم تحديد هذه المهمة ، إذ يلزم لصحة المشارطة تمكين المحكمة القضائية المختصة من الرقابة على مدى تقييد المحكمين بحدود مهمتهم .

من جماع ما تقدم يتضح أن المشارطة تتميز عن الشرط في بيانها بوضوح لموضوع النزاع ،أما الشرط فهو يرد على نزاع محتمل وفى المشارطة ينزل الخصم بالفعل عن الالتجاء إلى القضاء بالنسبة إلى النزاع القائم ، أما في الشرط فهو ينزل عن الالتجاء إلى القضاء فيما لو نشأ نزاع عند تنفيذ العقد وهو ما يؤكد ان كلا منهما عقدا مستقلا عن الأخر

ومن حيث إن الفقرة الثانية من المادة (1) من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المضافة بالقانون رقم 9 لسنة 1997 تنص على أنه (وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك)

وتنص المادة (11) من ذات القانون على أنه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.....)

والمتأمل في هذا النص يجد أن القانون من ناحية قد شمل برحابه جميع منازعات العقود الإدارية سواء كانت في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من أثار ، ومن ناحية أخرى فان النص ينطبق حكمه على كافة العقود الإدارية فلم يخصص المشرع عقودا معينة وخصها بجواز التحكيم فيها كما انه لم يستبعد من نطاق التحكيم اى عقد أدارى وذلك على خلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث انه في قانون 17 ابريل 1906 أجاز التحكيم في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد دون غيرها من العقود الإدارية واشترط أن يكون التحكيم لإنهاء المنازعات الناشئة عن تصفية النفقات المتعلقة بهما، كما أن قانون 19 أغسطس 1986 وان أجاز التحكيم في العقود الدولية إلا انه قيده بضرورة أن يكون العقد ذا نفع قومي واشترط صدور مرسوم من مجلس الوزراء بذلك.

وفى حقيقة الأمر فان ما ذهب إليه المشرع المصري في القانون 9 لسنة 1997 من جواز التحكيم في العقود الإدارية دون أن يستتبع ذلك تحديد نطاق موضوعي لتطبيقه أمر قد يؤدى إلى إهدار مصالح عليا للدولة ، فالتحكيم مهما قيل عن مميزاته فانه في نطاق العقود الإدارية يضع المنازعة في جل حالاتها – إن لم يكن كلها – بين يدي محكمين أجانب يطبقون قانونا أجنبيا وهو أمر يصبح أكثر خطرا عندما يتعلق الأمر بعقود تتصل باستغلال الثروات الطبيعية أو عقود الامتياز التي تتعلق بها والتي تمتد سنين وتنصرف أثارها لأجيال مقبلة أو عقود تمس الأمن القومي مثل عقود التنمية ونقل التكنولوجيا ففي كل هذه الأحوال يكون اللجؤ إلى التحكيم خطرا لا يتناسب مع الفائدة التي يمكن أن ترجى منه.

وحقيقة الأمر نرى ان المشرع المصري قد أهدر فرصة كبيرة أتيحت لتنظيم التحكيم في العقود الإدارية وذلك عند تدخله بالقانون رقم 9 لسنة 1997 وكان يمكن أن يحيط العقود الإدارية بضمانات أكثر جدية من ذلك تتمثل فى اشتراط موافقة مجلس الوزراء بالنسبة لهذه التي تتصل بعقود التنمية ونقل التكنولوجيا او استغلال الثروات

الطبيعية وغيرها من العقود التي تتعلق بمصالح الدولة العليا مثلما فعل المشرع الفرنسي في المادة 2060 بضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء.

ومن ناحية أخرى فانه وان كان اللجوء للتحكيم وفقا لنص المادة الرابعة من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 هو وسيلة لفض ما يثور بين أطراف الخصومة من نزاع مرده وجود اتفاق صريح بينهما لما يرتبه هذا الاتفاق من أثر يحول دون اختصاص المحاكم بالفصل في المسائل التي تناولها التحكيم ، الأصل في التحكيم أنه عرض نزاع معين بين طرفيه على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل في هذا النزاع بقرار مجرد من التحامل وقاطع لدابر الخصومة في جوانبها

وهو ذات المعنى الذي أكدته محكمة النقض بقضائها بان "مفاد نص المادة 501 من قانون المرافعات - تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به أصلاً المحاكم ، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع و إن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه ينبني مباشرة و في كل حالة على حدة على أتفاق الطرفين ، كما أن المشرع لم يأت في نصوص قانون المرافعات بما يمنع أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاص غير مصريين ، لأن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان بمحض إرادتهما و اتفاقهما تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه . فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم ، و كما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما في إجراء هذا الصلح أو في الحكم في النزاع يستوي في ذلك أن يكون المحكمون في مصر و أن يجرى التحكيم فيها أو أن يكونوا موجودين في الخارج و يصدر حكمهم هناك فإرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم كطريق إستثنائى لفض المنازعات ، و قد أقر المشرع جواز الاتفاق عليه و لو تم في الخارج - دون أن يمس ذلك النظام العام .

في هذا المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم الطعن رقم 1288 لسنة 48 السنة34 رقم 375 جلسة 01-02-1983

إلا انه وفى المقابل فان هناك مجموعة من الشروط التي ينبغي وافرها لصحة شرط التحكيم في العقود الإدارية وتمثل تلك الشروط في الاتى :

الشرط الأول: موافقة الوزير المختص

الشرط الثاني: عدم جواز التفويض في ذلك

أما بالنسبة للشرط الأول فانه لا يجوز لاى جهة حكومية أن تضمن العقد شرطا أو مشارطه تحكيم إلا بموافقة الوزير المختص والمفروض أن الوزير المختص يراجع مشروع العقد قبل إبرامه ثم بعد ذلك يرخص في اللجؤ إلى التحكيم ، وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون اشتراط موافقة الوزير المختص على تضمين العقد شرط التحكيم بقولها ".... رؤى إدخال تعديل بالإضافة إلى المادة "1" من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 سالف الذكر يقرر صراحة جواز الاتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق واعتماده ضبطا لاستعمالها وضمانا لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبارات الصالح العام وبحيث يكون المرد فى هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الأشخاص الاعتبارية العامة(**تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب بتاريخ 1997/4/21**).

ومن الواضح إن هذا التعديل الذي أتى به القانون رقم 9 لسنة 1997 كان استجابة لفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ 1996/12/18 والتي جاء بها " .... وان شمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضا بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال الأهلية إبرامه لمن يبرمه في شان غيره أو ما لغيره والأصل – عند عدم النص – عدم صحة ما يجريه الشخص في شان غيره وماله وانه إذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود ولا يصح لناقص الاهليه إلا باكتمال أهليته وصيا فانه في منازعات العقود الإدارية لا يصبح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن اكتمال الولاية هنا إلا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في

العقد الادارى بضوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شان للإذن بها في اى حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لاى هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام.

وقد تواكبت أحكام المحكمة الإدارية العليا مع هذا الراى أيضا ومن ذلك حكمها في الطعن رقم 6268 لسنة 46 ق والصادر بجلسة 2005/5/31 والذي جاء به " ومن حيث أن أوراق الطعن ومستنداته قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة على اللجؤ إلى التحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدها الثاني بشان تنفيذ العقود ....."

بل الأكثر من ذلك إن الأحكام الصادرة من مركز التحكيم الاقليمى التجاري الدولي قد أيدت هي أيضا هذا الراى حيث نحت بعض الأحكام التحكمية صوب ترتيب البطلان على تخلف تلك الموافقة المسبقة ومن ذلك الحكم **التحكيمى في القضية التحكيمية رقم 292 لسنة 2002 والصادر بجلسة 12 مارس 2005 حيث جاء في** مضمون الحكم التحكيمى "..... أن مؤدى نص المادة 2/1 من قانون التحكيم الحالي – القانون رقم 27 لسنة 1994 – تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وتلك الموافقة تعد شرطا لوجود هذا الاتفاق وصحته ومن ثم فان عدم صدورها من الوزير المختص يؤدى إلى عدم استجماع اتفاق التحكيم لشرائط صحته ومن ثم يغدو هذا الاتفاق باطلا ولا يجوز الارتكان عليه لطرح منازعات العقد الذي يتضمنه على التحكيم ...."

حكم مركز التحكيم الاقليمى التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم 292 لسنة 2002 – جلسة 2005/3/12 مجلة التحكيم العربي – العدد العاشر – سبتمبر 2007 ص 348

إما بالنسبة للشرط الثاني فهو يتضمن انه لا يجوز للوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية وعدم التفويض في مثل هذا الاختصاص مرده من **ناحية أولى** : أهمية العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم فيها بحيث تكون موافقة الوزير المختص على إدراج شرط التحكيم في هذا العقد ضمانه لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية نظرا لما يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطني والالتجاء إلى هيئة تحكيم عوضا من اللجؤ إلى قضاء الدولة المختص ومن **ناحية ثانية** : فان عدم التفويض يعنى حصر المسئولية عن تضمين العقد شرط التحكيم فى الوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة .

وترتيبا على ما تقدم أن الأصل هو عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأن (موافقة الوزير) على شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية هي شرط جوهري يترتب على تخلفه بطلان الشرط ذاته، فقد أورد تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية أن تلك الموافقة (وجوبيه) وأنها لا تكون إلا من (الوزير المختص) أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، وحدد التقرير الأشخاص الاعتبارية العامة التي تتولى اختصاص الوزير بأنها (الأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع الوزير كالجهاز المركزي للمحاسبات) وليست الهيئات العامة التي تتبعه. وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حظر المشرع التفويض في ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة، إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها، ولاعتبارات الصالح العام، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته. **(تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب بتاريخ 1997/4/21).**

ويستخلص من ذلك أن التحكيم في العقود الإدارية يتميز بمجموعة من الخصائص على النحو التالي:-

أولا:- طبيعة التحكيم في المنازعات الإدارية يتعلق بمنازعات الإدارة أو الأشخاص المعنوية العامة فيما بينها أو مع غيرها.

ثانيا: التحكيم يشمل أعمال الإدارة سواء العقدية منها أو غير العقدية وسواء كانت هذه المنازعات داخلية أو تتميز بالنظام الدول.

ثالثا: أن إرادة طرفي عقد التحكيم ليست مطلقة في اللجؤ إلى التحكيم بل لابد أن يكون هناك نص قانوني يجيز ذلك.

وحيث إن البين مما تقدم أن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية بالتطبيق على المنازعة الماثلة تحكمها ضوابط تشريعية لا فكاك منها:

أولها: أن موافقة الوزير المختص الممثل للدولة في وزارته هي موافقة من النظام العام لا يصح شرط التحكيم في منازعات العقد الإداري إلا بوجودها بضوابطها المقررة قانوناً، وبتخلفها على أي نحو يبطل الشرط ويصير عدماً ويبطل كل إجراء جرى حال تخلف تلك الموافقة .

وثانيها : أن الوزير المختص وحده دون غيره هو المنوط به الموافقة على شرط التحكيم المشار إليه بالنسبة لوزارته والهيئات العامة والوحدات الإدارية التابعة له سواء تمتعت تلك الهيئات العامة بالشخصية الاعتبارية أو لم تتمتع بها، أما الأشخاص الاعتبارية العامة التي تتولى اختصاص الوزير فهي ليست الهيئات العامة أو الوحدات الإدارية التي تتبع الوزير، وإنما هي الأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع وزيراً بذاته كالجهاز المركزي للمحاسبات، ذلك أن الهيئات العامة التابعة للوزير لا تستقل عنه وإنما تخضع لإشرافه عليها وموافقته واعتماده لقراراتها أو رفضها بوصفه السلطة الوصاية على تلك الهيئات. ومن ثم لا يغني عن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم في منازعات العقد الإداري توقيع رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة التابعة له على العقد أو اتفاق التحكيم أو المفوض منه في توقيع العقد فلئن جاز التفويض **في بنود العقد الإجرائية والموضوعية فإنه لا يجوز التفويض في التوقيع أو الموافقة على شرط التحكيم ومن ثم فلا اختصاص قانوني لأي من هؤلاء في ذلك ولا جواز لتفويض لهم أو لغيرهم في هذا الاختصاص**

ومن حيث انه وبتطبيق ما تقدم ولما كان اتفاق التحكيم " شرطا كان أو مشارطه عقدا مستقلا بذاته عن العقد الاصلى- وبالتالي فانه ككل العقود ينشا نتيجة تلاقى ارادتى الجهة الإدارية و المتعاقد معها وتختلف في ذلك مع القرار الادارى والذي يصدر بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة ومن ثم فان شانه شان العقود المدنية يخضع إلى قانون العقد والذي يجد مردوده الطبيعي في مبدأ سلطان الإرادة بكون أن الالتزام العقدي يستند إلى إرادة الطرفين المتعاقدين ومن ثم فطالما أن العقد أصبح بتلك الصورة هو قانون الطرفين تمت صياغته بالإرادة الحرة للطرفين فهو دائما قانون عادل ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ القوة الملزمة للعقد ويترتب على اعتبار العقد قانون الطرفين إنهما يلتزمان بتنفيذه ولا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديله وان يحترم كل طرف الثقة التي وضعها المتعاقد الآخر كما يترتب عليه أيضا أن القاضي يجب عليه أن يحترم هذا القانون الخاص بالطرفين فيقوم بتنفيذه وفق ما انصرفت إليه إرادتهما المشتركة كما يترتب عليه انه يجب على المشرع أن يحترم هذا القانون الخاص فلا يعدل من أثاره بقانون جديد يصدره ، ومن ناحية أخرى فإذا كانت عبارات العقد واضحة يستخلص منها فور مطالعتها معنى واحد لإرادة المتعاقدين فلا يجوز للقاضي الانحراف عن هذا المعنى للبحث عن إرادة أخرى للمتعاقدين فهذه الإرادة قد عبر عنها كلاً من طرفي العقد فلا يجوز لأحد من الطرفين أن يدعى أن هذه الإرادة الظاهرة تخالف إرادته الباطنة و لا يجوز للقاضي هنا أن يغلب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة أمام القاعدة العامة والأصل العام في العقود بصفة عامة.

وترتيبا على ما تقدم فانه لا يستقيم القول بافتراض موافقة الوزير المختص في أيا منهما فكلا منهما عقدا مستقلا عن الأخر ومن ثم يستلزم اتجاه إرادة ممن يملك سلطة الموافقة " الوزير المختص" إلى إبرامه بإرادة واضحة وصريحة لا لبس فيها أو غموض وان سبق ووافق على أيا منهما في وقت سابق على العقد التالي فالإرادة هنا لا تفترض وإنما لابد أن تكون واضحة وضوح بنود العقد وإلا لو عد الأمر كذلك فان بطلان شرط التحكيم لعدم موافقة الوزير المختص يترتب عليه بطلان المشارطة على الرغم من استقلال كلا منهما عن الأخر. .

فضلا على ذلك فان في ضوء الفهم الصحيح لقانون التحكيم ذاته المشار إليه نجد انه قد مايز بين كلا من شرط التحكيم ومشارطته سواء كان ذلك في الشروط الواجب توافرها في كلا منهما أو محل أيا منهما ووضع قيد زمنيا لإبرام كلا منهما وحدد كذلك نطاق إبرام كلا منهما الأمر الذي يستلزم وبحكم اللزوم توقيع الوزير المختص على كلا منهما بصورة مستقلة ولو كان قد سبق له التوقيع على أيا منهما فقد يبطل شرط التحكيم لاى سببا كان في الوقت الذي تكون معه قد أبرمت مشارطه تحكيم تالية لإبرام العقد بناء على الموافقة المسبقة على شرط التحكيم فهل تبقى مشارطه التحكيم نافذة المفعول القانوني على الرغم من بطلان شرط

التحكيم بما في ذلك موافقة الوزير المسبقة .. وهو ما لا يستقيم عملا أو قانونا ويصطدم مع النصوص القانونية والحكمة من تشريع التحكيم.

ومن حيث إنه وبناء على ما تقدم ، يغدو اتجاه المحكمة الإدارية العليا ، المقرر لقيام وصحة مشارطه التحكيم موافقة الوزير – او من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة – دون الاكتفاء بموافقته على اختيار ولوج طريق التحكيم ما لم يتضمن المحرر الذي تمت على أساس ما تضمنه الموافقة على اللجوء إلى التحكيم ، تحديدا لموضوعات النزاع وكافة المسائل التي يشملها التحكيم

فلـــــهذه الأســباب

نرى الحكم : بترجيح الاتجاه الوارد في أحكام المحكمة الإدارية العليا ، والذي من مقتضاه انه يتعين لصحة مشارطه التحكيم موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأخرى دون كفاية الموافقة على اختيار ولوج طريق التحكيم.

المقرر: **مفوض الدولة**

مستشار.د./عمر حماد **المستشار /سراج عبد الحافظ**

أكتوبر 2014 **نائب رئيس مجلس الدولة**