

تقرير مفوضي الدولة في الطعن رقمى 3518 و 5146 لسنة 56 ق  
المقام أولهما من:-

الممثل القانوني لشركة ناشيونال جاس " بصفته"

ضد

"بصفته"

الممثل القانوني للهيئة المصرية العامة للبترول

المقام ثانيهما من:-

الممثل القانوني لشركة ناشيونال جاس " بصفته"

ضد

"بصفته"

الممثل القانوني للهيئة المصرية العامة للبترول  
وذلك طعنا على حكم محكمة القضاء الإداري دائرة العقود - في الدعوى رقم 38683 لسنة 63 ق والصادر

بجلسة 2009/10/31

الإجراءات

أنه في يوم الخميس الموافق 2009/12/3 أودع الأستاذ الدكتور/ ياسر محمد الهضيبي المحامى بالنقض والإدارية العليا بصفته وكلاء عن الطاعن بصفته قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا تقريراً بالطعن في حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 38683 لسنة 63 ق والصادر بجلسة 2009/10/31 والقاضي في منطوقه "حكمت المحكمة :-

أولاً:- برفض الدفع بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى

ثانياً:- برفض الدفع المبداء بعدم قبول الدعوى وبقبولها شكلاً وفى الموضوع ببطلان شرط التحكيم الوارد بالبند العشرون من اتفاقية توصيل الغاز للمناطق السكنية والتجارية والصناعية والمبرمة بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة ناشيونال جاس مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمتم الشركة المدعى عليها المصروفات.

وطلب الطاعن في ختام تقرير الطعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجدداً:

أولاً:- الحكم بعدم قبول الدعوى

ثانياً:- عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها

ثالثاً:- عدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى

رابعاً:- رفض الدعوى

ثم أنه في يوم السبت الموافق 2009/12/26 أودع الأستاذ الدكتور/ ياسر محمد إسماعيل المحامى بالنقض والإدارية العليا بصفته وكلاء عن الطاعن بصفته قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا تقريراً بالطعن في حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 38683 لسنة 63 ق والصادر بجلسة 2009/10/31 والقاضي في منطوقه "حكمت المحكمة :-

أولاً:- برفض الدفع بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى

ثانياً:- برفض الدفع المبداء بعدم قبول الدعوى وبقبولها شكلاً وفى الموضوع ببطلان شرط التحكيم الوارد بالبند العشرون من اتفاقية توصيل الغاز للمناطق السكنية والتجارية والصناعية والمبرمة بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة ناشيونال جاس مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمتم الشركة المدعى عليها المصروفات.

وطلب الطاعن في ختام تقرير الطعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجدداً:

أولاً:- الحكم بعدم قبول الدعوى

ثانياً:- عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها

ثالثاً:- عدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى

رابعاً:- رفض الدعوى

## الوقائع

نخلص وقائع الطعن حسبما جاء من الأوراق والحكم المطعون فيه ان أقامت "الهيئة المدعية" المطعون ضدها الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون عليه بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ 2009/5/11 طالبة في ختامها الحكم:  
أولاً - بقبول الدعوى شكلاً.

ثانياً - وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ شرط التحكيم الوارد بعقد التزام المرافق العامة الإداري المؤرخ 1999/1/6 مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف إجراءات التحكيم في القضية التحكيمية المقيدة برقم 567 لسنة 2008 أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وتنفيذ الحكم بالمسودة وبدون إعلان ، مع إلزام الشركة المدعى عليها بمصروفات هذا الطلب.

ثالثاً - وفي الموضوع ببطلان شرط التحكيم الوارد بالعقد المؤرخ 1999/1/6 المبرم بين الهيئة الطالبة والشركة المدعى عليها مع يترتب على ذلك من آثار أخصها انحسار نظر النزاع أصلاً أمام هيئة التحكيم في القضية التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، مع إلزام الشركة المدعى عليها بالمصروفات.  
وقالت الهيئة المدعية شرحاً لدعواها :-

أنها أنشئت بموجب القانون رقم 30 لسنة 1976 كهيئة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتعمل على تنمية الثروة البترولية وحسن استغلالها وتوفير احتياجات البلاد من المنتجات البترولية المختلفة ، وناط بها القانون رقم 317 لسنة 1980 في شأن الغاز الطبيعي مهمة إمداد وتوصيل وتسويق الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والمصانع ومحطات القوى ، واختصتها اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه بتولي الاشتراك والإشراف والموافقة لشركات أخرى من شركات القطاع العام المنشأة طبقاً للقوانين المصرية للقيام ببعض أو كل الأنشطة المشار إليها ، بتاريخ 1999/1/6 أبرمت الهيئة المدعية مع الشركة المدعى عليها عقد من عقود التزام المرافق العامة هو اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى داخل محافظة الشرقية وتم ذلك في إطار تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية والأهداف الاقتصادية لوزارة البترول وعهدت الهيئة إلى الشركة بأعمال تمويل ودراسة وتصميم وتوريد وإنشاء وتمديد وتشغيل الغاز الطبيعي والتعاقد مع المتعاقدين وتحصيل مقابل الاستهلاك ، ومنح الشركة المدعى عليها الحق في القيام بالأنشطة والأعمال المتعلقة بالاتفاقية بإنشاء خطوط وشبكات توزيع الغاز الطبيعي و أن تكون مدة منح الالتزام 25 سنة اعتباراً من تاريخ توقيع الاتفاقية ، وهو ما يؤكد أن العقد المبرم هو عقد من عقود التزام المرافق العامة المعروفة في فقه القانون الإداري وقضائه وذلك كله على أن تعود ملكية أصول المشروع ملكاً خالصاً للهيئة .

وأضافت الهيئة المدعية شرحاً للدعوى أن الشركة المدعى عليها تقدمت بطلب تحكيم للمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قيد برقم 567 لسنة 2008 طلبت في بيانه التحضيري إلزام الهيئة بسداد مبلغ 255,945,974,85 جنيه مصري مع الإلزام بالفوائد على سند من الإدعاء بقيام الشركة المدعى عليها تنفيذاً لالتزاماتها بإبرام عقود تمويل أجنبية من الخارج لإنشاء المشروع وأن تغير سعر الصرف للجنيه المصري أمام العملات الأجنبية أدى إلى تحمل الشركة أعباء مالية بالزيادة وتمت إقامة الدعوى التحكيمية استناداً إلى نص البند العشرون من الاتفاقية الذي نص على أن فض المنازعات بما في ذلك منازعات إدارة و تشغيل المشروع بعد تمام تنفيذه يحسم في حالة تعذر الحل الودي بطريقة التحكيم وفقاً لقواعد تحكيم المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، وأن القضية التحكيمية محدد لنظرها جلسة 2009/5/28 للمذكرات ، وأنه لما كان العقد محل نزاع هو عقد التزام المرافق العامة وهو من العقود الإدارية ومن ثم ينعقد لاختصاص لنظر المنازعة للقضاء الإداري وحده عملاً بنص المادة 11/10 من قانون مجلس الدولة ووفقاً لما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا فقد دفعت الهيئة الدعوى التحكيمية ببطلان شرط التحكيم الوارد في الاتفاقية لعدم توقيع وزير البترول على الشرط وفقاً لحكم المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 94 بما يصبح معه الشرط باطلاً و يحق للهيئة إقامة الدعوى أمام القضاء الإداري بالطلبات السالف بيانها .

واستطردت الهيئة المدعية فذكرت أنه قد سبق لمحكمة القضاء الإداري أن قضت في الحكم الصادر في الدعوى رقم 18628 لسنة 59 ق بجلسة 2006/2/19 المؤيد بحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 17254 لسنة 52 ق بجلسة 2007/3/19 ببطلان شرط التحكيم لعدم توقيع الوزير ، وعدم موافقته على شرط التحكيم ، وأكدت على أن الاتفاق يغدو باطلاً لا أثر له إن تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدم أحد أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب ، وإذ كان شرط التحكيم الوارد بالعقد الإداري المؤرخ 1999/1/6 لم يوافق عليه الوزير المختص (وزير البترول) ولم يوقع عليه ومن ثم وقع الشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام ومعدوماً بما ينعقد معه الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري وينحسر عن هيئة التحكيم ويكون قاضي الموضوع هو قاضي الدفع .

واختتمت الهيئة المدعية صحيفة دعواها بطلب الحكم لها بالطلبات الأتفة الذكر.  
وتحدد لنظر الشق العاجل من الدعوى جلسة 2009/6/2 أمام دائرة العقود والتعويضات (التاسعة - فردي) حيث قدم الحاضر عن الهيئة المدعية حافظة مستندات طويت على تسع مستندات على النحو المبين على غلافها ، ودفع الحاضر عن الشركة المدعية بعدم قبول الدعوى عملاً بحكم المادة (13) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 ، وتأجلت لجلسة 2009/6/23 وفيها قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى هذه الدائرة للاختصاص ، حيث تم نظرها على النحو المبين بمحاضر الجلسات ، وبجلسة 2009/9/26 قدم الحاضر عن الهيئة المدعية حافظة مستندات طويت على ست مستندات على النحو المبين على غلافها منها منطوق حكم التحكيم في القضية التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 2009/9/12 ، وأسباب عدم توقيع المحكم

الثالث عضو الهيئة التحكيمية ، وبذات الجلسة قدم الحاضر عن الشركة المدعى عليها ثمان حوافظ بالمستندات المعلاة على أغلفتها ومنها صورة طبق الأصل من الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 بتاريخ 2009/9/12 ، وصور من قرار رئيس الجمهورية بتشكيل مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول برئاسة وزير البترول ومن أسباب ومنطوق الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم 400 لسنة 2004 ورقم 490 لسنة 2006 تديلاً على ارتضاء الهيئة المدعية للتحكيم عن ذات العقد ، وصور لمحاضر استلام أعمال ، وصور فوتوغرافية لحفل توقيع الاتفاقية بوجود وزير البترول ، ودفع الحاضرين عن الشركة المدعى عليها بعدم قبول الدعوى ، وبجلسة 2009/10/3 قدم الحاضر عن الهيئة المدعية مذكرة بدفاع الهيئة حدد في صدرها وختامها طلبات الهيئة في الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ شرط التحكيم الذي تضمنه البند العشرون من الاتفاقية المعقودة بين الطرفين بتاريخ 1999/1/6 وما يترتب على ذلك من آثار أخصها بطلان إجراءات التحكيم وأية قرارات تصدر عن هيئة التحكيم ، وفي الموضوع ببطلان شرط التحكيم وما يترتب على ذلك من آثار بطلاناً جوهرياً يصل إلى درجة الانعدام يلحق أية إجراءات أو قرارات بمناسبة نظر النزاع من أية جهة أخرى غير مختصة ومغتصبة للسلطة والولاية التي يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري وحده دون غيره ، ورددت الهيئة دفاعها الوارد بصحيفة الدعوى وأضافت أن الدعوى أقيمت أثناء نظر إجراءات التحكيم وقبل صدور قرار فيها بتاريخ 2009/9/12 ، وهي ليست دعوى طعن على قرار هيئة التحكيم على النحو المبين بالمادة (52) وما بعدها من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 لرفعها قبل صدوره ومن ثم تستمر ولاية محكمة القضاء الإداري في نظر النزاع بالطلبات المحددة ، وأن طلبة وقف التنفيذ والبطلان هما في حقيقتهما تقرير بحالة الانعدام التي يكشف عنها القضاء ، وأن شرط موافقة الوزير هو شرط يتعلق بالنظام العام ، وأن إبداء الشرط وإدراجه ضمن نصوص العقد الموقع من الرئيس التنفيذي للهيئة لا يعني موافقة الوزير على شرط التحكيم أو على البدء والسير في إجراءاته ، ولا يغير من ذلك الإدعاء بحضور الوزير حفل توقيع الاتفاقية أو القول بسابقة قبول الهيئة لاختصاص هيئة التحكيم في منازعة سابقة لأن ذلك لا يصحح البطلان ، وأن هيئة التحكيم أصدرت قرارها ملتفتة عن إقامة هذه الدعوى رغم علمها بها وأن من شأن تنفيذ حكم التحكيم إهدار المال العام .

وبذات الجلسة 2009/10/3 قدم الحاضرين عن الشركة المدعى عليها حافظتي مستندات طويتنا على صورة ضوئية من حكم لمحكمة النقض ومقال منشور بجريدة الأهرام من محامي الهيئة المدعية ، كما قدما مذكرتي دفاع عن الشركة المدعى عليها تضمنت أولاً طلب الحكم أصلياً بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وفقاً لحكم المادة (21) من قانون المرافعات ولعدم تعلق الشرط بالنظام العام ، واحتياطياً برفض الدعوى بشقيها المستعجل والموضوعي لصحة شرط التحكيم ولكون الاتفاق قد تم توقيعه من رئيس مجلس إدارة الهيئة المتولي اختصاص الوزير المختص وهو ما يؤكد تولى وزير البترول حالياً رئاسة مجلس إدارة الهيئة بقرار رئيس الجمهورية رقم 164 لسنة 2007 ، وتضمنت المذكرة الثانية الدفع بعدم اختصاص المحكمة بطلب وقف إجراءات تنفيذ حكم التحكيم رقم 567 لسنة 2008 استناداً لنصوص المواد (2) و (55) و (57) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 لحيازة حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي واختصاص محكمة الاستئناف بالأمر بوقف التنفيذ ضمن دعوى البطلان التي تقام أمامها ، كما تضمنت المذكرة الدفع بعدم قبول الدعوى استناداً لنصوص المواد (13) و (22) و (52) و (53) و (54) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 والمادة (21) من قانون المرافعات ، وما أوجبه من الحكم بعدم القبول إذا دفع به أمام المحكمة المرفوع أمامها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى ، ولاختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع بحسبان أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه وأن ذلك ما أكدته اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المنضمة إليها مصر بالقرار بالقانون رقم 90 لسنة 1971 ، ولأن السبيل إلى الطعن في حكم التحكيم هو رفع دعوى البطلان ، وتضمنت المذكرة كذلك طلب رفض الشق العاجل من الدعوى لصدور حكم التحكيم النهائي في الدعوى التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 ، ورفض الدعوى موضوعاً لصحة اتفاق التحكيم لتوقيعه من رئيس مجلس إدارة الهيئة والذي يتولى اختصاص الوزير ، ورفضها لزوال الحق فيها استناداً لنصوص المواد (138) و (139) و (140) و (1/148) من القانون المدني .

وبجلسة 2009/10/3 كلفت المحكمة هيئة مفوضي الدولة بإعداد تقرير بالرأي القانوني في شقي الدعوى ، يودع قبل جلسة 2009/10/10 ، حيث أعدت تقريراً مسبباً بالرأي القانوني في شقي الدعوى ارتأت فيه الحكم بعدم قبول الدعوى وذلك على النحو المبين بالأسباب ، وإلزام الهيئة المدعية بالمصروفات ، وأودع ملف الدعوى .

وبجلسة 2009/10/10 قدم الحاضر عن الهيئة قصاصاً من صحيفة الفجر تضمنت إعلاناً من الشركة المدعى عليها للاستدلال منه على طبيعة الاتفاق المبرم بينهما ، وعلم أطراف الخصومة بإيداع التقرير وطلباً سوياً حجز الدعوى للحكم ، فقررت المحكمة بذات الجلسة حجز الدعوى ليصدر الحكم فيها بجلسة اليوم وصرحت لمن يشاء بالإطلاع وتقديم مذكرات خلال أسبوع ، حيث اطلع الطرفان على ملف الدعوى وأودعت الشركة المدعى عليها خلال الأجل مذكرة طلبت في ختامها الحكم بعدم قبول الدعوى ورفضها موضوعاً حسب الأسباب المقدمة بمذكرة الدفاع بجلسة 2009/10/3 ، كما أودعت الهيئة المدعية خلال ذات الأجل مذكرة طلبت في ختامها الحكم برفض الدفع بعدم قبول الدعوى وبقبولها والحكم في موضوع الدعوى وبالطلبات الموضحة بصحيفة الدعوى والمذكرات وإلزام الشركة المدعية بالمصروفات .

وبجلسة المحكمة المنعقدة بتاريخ 2009/10/31 أصدرت المحكمة حكمها المبين بصدر هذا التقرير .

## وقد شيدت المحكمة حكمها بعد استعراض النصوص القانونية الحاكمة للنزاع

وحيث إن البحث في الاختصاص يسبق البحث في شكل الدعوى وموضوعها ، ذلك أن قواعد الاختصاص المحددة لولاية جهتي القضاء العادي والإداري من النظام العام ، ومن ثم تعين على القضاء ، بحسبانه أميناً علي النظام العام، أن يتصدى له من تلقاء ذاته ، ولو غفل ذوو الشأن عن الدفع به ، وذلك من قبل أن يتصدى بالفصل في أي دفع آخر، شكلي أو موضوعي، ومن باب أولى من قبل تصديه بالفصل في موضوع النزاع ، إذ لا يستمد القضاء ولاية الفصل في موضوع النزاع وفيما يتفرع عنه من دفع شكلي وموضوعية ، إلا من إسناد ولاية الفصل في موضوع النزاع إليه بمقتضي الدستور والقانون ، ومن ثم وجب عليه أن يستين إسناد هذه الولاية ابتداء لمحاكم مجلس الدولة وقيل الفصل في الموضوع وما يتصل به أو يتفرع عنه من دفع وذلك إعمالاً لما تقتضي به المادة (172) من الدستور وأحكام القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة كجزء من النظام العام الدستوري والقضائي في البلاد .

ومن حيث إنه عن الدفع المبدي من الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، فالثابت أن الدفع قد انصب على " عدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بطلب وقف تنفيذ حكم التحكيم رقم 567 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 2009/9/12 استناداً لنصوص المواد (2) و (55) و (57) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 " ومن ثم فقد ارتكز الدفع بعدم اختصاص على تكييف من الشركة المدعى عليها لطلبات الهيئة المدعية على غير ما حددته من طلبات في صحيفة دعواها تعلقت بطلب وقف تنفيذ شرط التحكيم وليس وقف تنفيذ حكم التحكيم الذي انصرف إليه هذا الدفع ، وكذلك ارتكن الدفع بعدم الاختصاص على تكييف مغاير لصريح تحديد الهيئة المدعى عليها لطلباتها بمذكرة دفاعها المقدمة للمحكمة بجلسة 2009/10/10 وبمذكرة دفاعها الختامية المودعة خلال الأجل الممنوح للطرفين عند حجز الدعوى للحكم ، حين أكدت على أن " دعواها ليست طعناً بالبطلان على قرار هيئة التحكيم " ، ومن ثم ليست طلباً لوقف تنفيذ حكم التحكيم الذي صدر بعد رفعها لهذه الدعوى ، وبذلك يكون الدفع بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ حكم التحكيم رقم 567 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 2009/9/12 المبدي من الشركة المدعى عليها قد ورد على غير محل وعلى غير الطلبات المبدأة بهذه الدعوى على النحو المحدد من الهيئة المدعية وعلى النحو الذي حددته المحكمة من تكييف لصحيح لطلبات الهيئة ، بما يتعين معه رفض هذا الدفع .

وحيث إنه وعن مدى اختصاص هذه المحكمة بنظر النزاع المائل بحسبانه نزاعاً متعلقاً بشرط التحكيم الوارد في الاتفاق المبرم بين الهيئة المدعية والشركة المدعى عليها ، فإن المحكمة تتصدى له من تلقاء نفسها بحسبان قواعد الاختصاص المحددة لولاية جهتي القضاء العادي والإداري من النظام العام ، في ضوء أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ، ووفق تحديد الطبيعة القانونية للعقد الذي حوى شرط التحكيم محل الدعوى المائلة .

وحيث إن المادة (1) من قانون التحكيم المشار إليه المضافة فقرتها الثانية بالقانون رقم 9 لسنة 1997 تنص على أنه : " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كان طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر ، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج وأنفق 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 (2) من القانون على أن : " يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي ، عقدي كانت أو غير عقدي ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والاتفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية . وتنص المادة (3) من القانون ذاته على أن : " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية :

أولاً - .....

كما تنص المادة (9) من القانون المشار إليه على أن " 1 - يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع 0 أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً ، سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر .

2 - وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

ونصت المادة (13) منه على أنه " 1 - يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيداعه أي طلب أو دفاع في الدعوى .

2 - ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم " .

كما نصت المادة (14) من القانون على أنه : " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها " .

وحيث إن المستفاد من النصوص المتقدمة أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم أو محكمين من الأعيان يعينون باختيارهما أو وفقاً لشروط يحددها 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 المحكم 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 تتوفر 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 بقي شرط التحكيم قائماً صحيحاً غير مشوب بالبطالان ، 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 ، أي 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، عقدي كانت أو غير عقدي ، إلا إنه وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية فإنها لا تعد من عقود التجارة الدولية ، حتى وإن اصطفت بصيغة 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 ، وبالتالي فإن " المحكمة المختصة " بنظر مسائل التحكيم المنصوص عليها في المواد (9) و (13) و (14) من قانون التحكيم المشار إليه بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية تكون هي محكمة القضاء الإداري بحسبان أن تلك المنازعات ليست من مسائل التحكيم التجارية التي تختص بنظرها محكمة الاستئناف ، كما أنها ليست من مسائل التحكيم التجارية الدولية التي تختص بنظرها محكمة الاستئناف بالقاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر ، وعلى ذلك وفقاً لحكم البند (2) من المادة (9) من القانون تظل محكمة القضاء الإداري دون غيرها هي صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم ولا يحول رفع الدعوى أمامها عن نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم عملاً بحكم البند (2) من المادة (13) من القانون ، ويجوز لمحكمة القضاء الإداري المختصة أصلاً بنظر منازعات العقود الإدارية وفقاً لنص المادة (9) من القانون سאלفة البيان أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها عملاً بما قرره المادة (14) من القانون .

وحيث إنه وعن تحديد الطبيعة القانونية للعقد أو الاتفاق المبرم بين الهيئة المدعية والشركة المدعى عليها وصولاً إلى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لحكم المواد (9) و (13) و (14) من قانون التحكيم المشار إليه فإن كان من العقود الإدارية كانت محكمة القضاء الإداري هي المحكمة المختصة بنظر النزاع ، وإن كان من منازعات عقود التجارة بالمعنى الوارد بالمادة (2) من قانون التحكيم المشار إليه كان الاختصاص لمحكمة الاستئناف ، فإن المستقر أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني أو التجاري من ثلاثة وجوه أولها أنه عقد يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام ، وثانيها أنه لا ينزل فيه عند إبرامه منزلة الأفراد وأشخاص القانون الخاص من بيع وإيجار ونحوه ولكنه يبرمه في إطار استخدامه لسلطته وما نيظ به من أمانات إدارة المصالح العامة وإنشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها ، أي يبرمه بمناسبة تصديه للشأن العام للجماعة وممارسته لوسائط الرعاية والتنظيم والضبط الذي قامت الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات العامة وما تبوأ مكائنها في المجتمع على رأس الجماعة إلا للقيام به ، وثالثها أن يظهر الشخص المعنوي العام نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص **Clauses Exorbitantes** ، كما أنه من المقرر أن " عقد التزام المرافق العامة " ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسنوليته المالية ، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية (الوزارات) ، وطبقاً للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح ، فالالتزام عقد ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ، ولا يكون إلا لمدة محدودة ، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين .

وحيث إن الاتفاق المبرم بين الهيئة المدعية والشركة المدعى عليها والمتضمن شرط التحكيم محل النزاع هو اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية المبرمة بتاريخ 2009/1/6 وأحد طرفيها الهيئة المصرية العامة للبترول وهي شخص من أشخاص القانون العام ، وقد تعلق بتسيير مرفق عام لإحلال الغاز الطبيعي كبديل لعدد من

المنتجات البترولية السائلة توفيراً للدعم ومساهمة في الحفاظ على البيئة حيث التزم الطرف الثاني بإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة شبكات الغاز الطبيعي والتوصيلات المنزلية والتجارية والصناعية ومحطات القوى وتسويق الغاز في محافظة الشرقية (التمهيد والبندين الثالث والرابع من الاتفاقية) ، لمدة التزام قدرها (25 سنة) اعتباراً من تاريخ توقيع الاتفاقية (البند الثالث) ، لتكون مدة الاتفاقية ذاتها (20 سنة) وتجدد إلى المدة المتبقية من مدة الالتزام ويجوز تمديدها بمدد أخرى يتفق عليها (البند السادس) ، ويتحمل الملتزم تكاليف التنفيذ وتحت مسنوليته وأداء الخدمة العامة للجمهور وإجراء التعاقدات مع العملاء سواء المنزلي أو التجاري أو الصناعي أو محطات القوى نيابة عن الهيئة ، وقد تضمنت الاتفاقية شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص منها حق الهيئة في إنهاء وفسخ الاتفاق في الأحوال المبينة بالبند الخامس عشر ، وعلى ذلك فإن هذا الاتفاق الذي تضمن البند العشرون منه شرط التحكيم هو بيقين لا يخالطه أدنى شك عقد إداري ، وتحديدأ هو من عقود التزام المرافق العامة المسماة بالمادة (11/10) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 ، ومن ثم فإن محاكم مجلس الدولة تكون هي المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع باعتبارها صاحبة الولاية العامة والقاضي الطبيعي المختص بسائر المنازعات الإدارية بحكم ما وسده لها الدستور في المادة (172) منه، وترتيباً على ما تقدم فإن هذه المحكمة تكون هي المحكمة المختصة أصلاً وفقاً لحكم المادة (9) و (13) و (14) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 .

( يراجع ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة بشأن اختصاصه بنظر منازعات مسائل التحكيم ومنها المتعلقة بمدى صحة شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية عملاً بحكم المواد (9) و (13) و (14) من قانون التحكيم المشار إليه ، ومن ذلك : حكم محكمة القضاء الإداري - الدائرة السادسة عقود وتعويضات - في الدعوى رقم 18628 لسنة 59 القضائية - جلسة 2006/12/19 - وقد تأيد هذا الحكم بحكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة فحص الطعون التي قضت في الطعن رقم 17245 لسنة 52 القضائية عليا بجلسة 2007/3/19 برفض الطعن بإجماع الآراء وألزمت الطاعنين المصروفات ) .

وحيث إنه لا يغير من اختصاص هذه المحكمة بنظر مدى صحة وسلامة شرط التحكيم الوارد بعقد من عقود التزام المرافق العامة محل الدعوى أن يكون نص البند (2) من المادة (9) من قانون التحكيم المشار إليه قد تضمن أن تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم ، أو أن تكون هيئة التحكيم قد أصدرت حكمها في القضية التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 بتاريخ 2009/9/12 وأن هذا الحكم الصادر بالأغلبية لرفض الأقلية التوقيع عليه قد تضمن في البند (4) منه رفض الدفع ببطلان شرط التحكيم ، أو القول بأنه لم يعد أمام الهيئة المدعية سوى سلوك طريق الطعن ببطلان حكم التحكيم وفقاً لأحكام الباب السادس من قانون التحكيم ، لا يغير كل ذلك من اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعة حول مدى صحة شرط التحكيم بحساباتها المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع ، وذلك لأسباب حاصلها :

أولاً - أن هذه الدعوى قد أقيمت بتاريخ 2009/5/11 أي قبل صدور حكم هيئة التحكيم بتاريخ 2009/9/12 ومن ثم فقد اندرجت المنازعة ضمن ولاية هذه المحكمة بما لا يجوز نزعها عنها إذ لا تزول الولاية بقرار إداري أو قرار تحكيمي لما في ذلك من اعتداء على اختصاص محجوز للمشرع في حدود أحكام الدستور .

وثانياً - أن هيئة التحكيم قد أكدت في حكمها المشار إليه بالصفحة رقم (38) منه أنها قد علمت بأن " الهيئة المحتكم ضدها قد أقامت دعوى ببطلان شرط التحكيم أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة تحت رقم 38683 لسنة 63 ق - الدعوى الماثلة - وأنه قد تحدد لنظر الدعوى جلسة 2009/6/2 ، وأنه سيترتب ، برأي الأقلية ، على الحكم الصادر في حالة صدوره ببطلان شرط التحكيم أن تلتزم هيئة التحكيم بالقضاء بعدم اختصاصها بنظر النزاع " ، ومع ذلك مضت هيئة التحكيم في الفصل في الدعوى التحكيمية غير عابئة بما نيظ بمحاكم مجلس الدولة من ولاية واختصاص كانت تستوجب على الهيئة وفقاً لحكم المادة (46) من قانون التحكيم وقد عرض عليها خلال إجراءات التحكيم "مسألة" تندرج في ولاية المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع أن توقف الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ويترتب على هذا الوقف كما أكدت ذات المادة وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم ، ومن ثم لا يقوى القرار التحكيمي الصادر في 2009/9/12 أثناء نظر هذه الدعوى على سلب الاختصاص المقرر قانوناً لهذه المحكمة التي لها أن تستمر في نظر النزاع المائل أمامها انصياً لما لها من ولاية لا تتغير إلا بتشريع مطابق لأحكام الدستور .

وثالثاً - أن هيئة التحكيم لم تتصد للفصل في الدفع ببطلان شرط التحكيم بل رفضته دون مناقشة لأسانيده حين عرض عليها لاعتبارات تعلقت بإجراءات التقدم به ، ومن ثم يظل للهيئة المدعية حق الاعتصام بقاضيها الطبيعي وفقاً للاختصاص المنوط به بالمادة (9) من قانون التحكيم المشار إليه ، خاصة وأن لجونها إلى قاضيها الطبيعي تم قبل الفصل في الدعوى التحكيمية . ورابعاً - أن قضاء مجلس الدولة مستقر على أن اختصاصه بهيئة قضاء إداري المقرر له بموجب المادة (172) من الدستور والمادة (10) من قانون مجلس الدولة يستمر قائماً بنظر المنازعات المختص بها ولو استتال أمد النزاع إلى مرحلة أخرى خارجة عن اختصاصه طالما كانت الدعوى بشأن تلك المنازعات قد رفعت قبل بلوغ تلك المرحلة .

( من ذلك : حكم محكمة القضاء الإداري بالقاهرة - الدائرة الأولى- الدعوى رقم 5934 لسنة 60 ق - جلسة 2007/4/10 - وأيضاً الدعوى رقم 5650 لسنة 60 ق جلسة 2007/6/26 في مجال الاختصاص بنظر القرارات المتعلقة بالترشيح لانتخابات مجلس الشعب وأثر قرار إعلان نتيجة الانتخاب على استمرار هذا الاختصاص ).

وحيث إنه وترتيباً على كل ما تقدم فإن هذه المحكمة تكون هي المختصة بنظر المنازعة الماثلة ، ويغدو الدفع المبدى من الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص المحكمة في غير محله لا سند له من القانون خليفاً بالرفض.

وحيث إنه وعن الدفع المبدى من الشركة المدعى عليها بعدم قبول الدعوى استناداً لنصوص المواد (13) و(22) و(52) و(53) و(54) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ، والمادة (21) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فإن المحكمة تتصدى للفصل في هذا الدفع وفقاً لكل سند من أسانيده على حده.

وحيث إنه وعن الدفع بعدم قبول الدعوى استناداً لنصوص المواد (52) و(53) و(54) من قانون التحكيم فإن المادة (52) من القانون تنص على أن : " (1) لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(2) يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين " .

وتنص المادة (53) من القانون ذاته على أنه : " (1) لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: (أ) ..... (ج) .....

(2) وتقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية " .

وتنص المادة (54) منه على أن : " (1) ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم .

(2) تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون 0 وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع " .

وحيث إن المستفاد من النصوص المتقدمة أنها تتعلق بدعوى بطلان حكم التحكيم ، وإذ كانت الدعوى الماثلة وفقاً لصحيح تكليفها القانوني وتأكيد الهيئة المدعية لا تتصل من قريب أو بعيد بأي طعن على حكم هيئة التحكيم محل هذا الدفع ، ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم على سند من المواد (52) و(53) و(54) من قانون التحكيم قد ورد على غير محل بما يتعين معه رفض هذا الدفع وفقاً لهذا السند.

وحيث إنه وعن الدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى حكم المادة (13) من قانون التحكيم المشار إليه ، فإن نص هذه المادة يجري على أنه :

" (1) يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى .

(2) ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم " .

وحيث إن المستفاد من هذا النص أن مناط الحكم بعدم قبول الدعوى هو أن يرفع إلى المحكمة (نزاع) يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ، والمقصود بالنزاع هو "الخلاف الذي يدب بين طرفي التعاقد حول تنفيذ أي بند من بنود التعاقد" ، وهو ما عبر عنه البند العشرون من الاتفاق المبرم بين الطرفين بأنه " النزاع أو الخلاف أو المطالبة الناشئة عن الإخلال بالاتفاقية أو إنهائها أو بطلانها الذي ينشأ بين الطرفين من تطبيق الاتفاقية والذي تبدأ تسويته بالتفاوض الودي الإيجابي بين الطرفين وعند عدم التوصل إلى اتفاق يحسم النزاع بالتحكيم " ، ومن ثم فإن النزاع بالمعنى المتقدم متى وجد بشأنه (اتفاق تحكيم) وأقام أحد الأطراف دعوى مطالبة بشأن ذلك النزاع أمام المحكمة ، ودفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى وجب على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى أي عدم نظر النزاع لوجود شرط تحكيم ، والحال أن ما رفعت به الدعوى أمام هذه المحكمة ليس نزاعاً بالمعنى الفني المقصود بالمادة (13) سالفة البيان ، كما أنه ليس نزاعاً بالمعنى المحدد بين الطرفين في البند العشرون من الاتفاقية المبرمة بينهما ، وإنما هو طلب الحكم ببطلان شرط التحكيم ، حال كون النزاع بالمعنى المتقدم قد أقيم بالفعل أمام هيئة التحكيم بالدعوى التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 ولم يطرح على هذه المحكمة من ذلك النزاع القائم بين الطرفين شيئاً ، ومتى انتفى وجود نزاع مقام هذه المحكمة فإن الدفع بعدم قبول الدعوى بالنسبة له لا يكون قد صادف محلاً .

وحيث إنه وفضلاً عما تقدم فإن الأعمال التحضيرية لقانون التحكيم ومناقشات أعضاء مجلس الشعب لهذه المادة قد أكدت على أن " المحكمة لن تحكم بعدم القبول - ذلك إذا كان المرفوع إليها نزاعاً بالمعنى المتقدم - استناداً لنص المادة (13) جزافاً ، إنما ستنظر أولاً في إرادة المتعاقدين وفي سلامة إرادة من اتفق على التحكيم فإذا وجدت المحكمة أن الإرادة معيبة فلن تلتزم بهذا النص إطلاقاً " ، وهو ما أعملته المحكمة الإدارية العليا حين رفضت طلب تعيين محكم عن الجهة الإدارية ولم تحكم بعدم القبول عملاً لسُلطتها في رقابة شرط التحكيم بعد أن تبين لها عدم موافقة الوزير المختص على التحكيم ( المحكمة الإدارية العليا -

الطن رقم 6268 لسنة 46 القضائية عليا - جلسة 2005/5/31) ، ذلك كله فضلاً عما كان قد تضمنه مشروع القانون من فقرة  
ثالثة للمادة (13) تجري على أنه "إذا قضت المحكمة نهائياً ببطلان اتفاق التحكيم أو بسقوطه أو بعدم نفاذه قبل صدور حكم  
التحكيم وجب على هيئة التحكيم إنهاء ما تم من إجراءات ، وقد تم حذف تلك الفقرة من المشروع على اعتبار أن حكمها تكفله  
القواعد العامة دون حاجة إلى النص عليها بحكم خاص ، ومتى كان ما تقدم جميعه فإن الدفع بعدم قبول الدعوى على سند من  
حكم المادة (13) من قانون التحكيم يكون قد ورد فافداً أساسه وسنده بما يتعين معه رفض هذا الدفع .

وحيث إنه وعن الدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى حكم المادة (22) من قانون التحكيم المشار إليه ، فإن نص هذه المادة  
يجري على أن : " (1) تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود  
اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ..... " .

وحيث إن هذا النص الذي يرسى قاعدة الاختصاص بالاختصاص ولنن حول هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم  
اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه ، إلا أنه لا يقوى على سلب اختصاص  
"المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع المحددة بالمادة 9 من القانون" ، إذ أن القاضي الطبيعي لمنازعات العقود الإدارية هو قضاء  
مجلس الدولة ، والاتفاق على التحكيم إنما يعني أن إرادة المحكم تقتصر على إحلال المحكم أو هيئة التحكيم محل المحكمة في  
نظر النزاع ، ومن ثم فإن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة في جميع الأحوال ، وإنما متى كان  
الاتفاق صحيحاً كان مانعاً من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم صحيحاً وقائماً ، ولا يجوز القول بإسناد التحقق من صحة  
شرط التحكيم الذي حال بين القاضي الطبيعي وسماع الدعوى ورقابة هذا الشرط لجهة قضائية أو تحكيمه سواه ، تقرر بنفسها  
نيابة عنه نزع الاختصاص عنه أو عودته إليه ، فليس من شك في أنه مما يقوض أركان الدولة القانونية إلزام القاضي الطبيعي  
بالحكم بعدم قبول الدعوى على سند من تمسك طرف باتفاق التحكيم في الوقت الذي تبين فيه للقاضي فساد أو بطلان شرط  
التحكيم ، خاصة وأن المشرع أقر في المادة (13) من القانون باستمرار المحكمة المختصة في نظر الدعوى إذا لم يبد الدفع من  
أحد الأطراف أو إذا أبداه متأخراً بعد إيداعه لأي دفع آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى ، كما أوجب في المادة (46) منه على هيئة  
التحكيم وقف إجراءات التحكيم حتى يصدر حكم نهائي متى عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة من المسائل المبنية بتلك المادة  
، ومن ثم فإن نص المادة (22) من قانون التحكيم وقد خلا من تقرير الفصل في الدفع ببطلان شرط التحكيم " لهيئة التحكيم  
وحدها دون غيرها" ، فإنه لا يجوز إهدار اختصاص المحكمة وفقاً للمادة (9) من القانون ذاته في رقابة شرط التحكيم المانع من  
سماع المحكمة لدعوى تتعلق بمنازعات العقود الإدارية فالالاتفاق على التحكيم متى كان باطلاً تعين على المحكمة المختصة أن  
تباشر ولايتها واختصاصها ، ومتى كان صحيحاً مبرراً من العيوب لم ينزع كذلك الاختصاص عن المحكمة وإنما كان مانعاً من  
سماع ما نيظ الفصل فيه من مطالبات ومنازعات تختص بنظرها هيئة التحكيم ، ومتى كان ما تقدم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى  
على أساس المادة (22) من قانون التحكيم يغدو فافداً سنداً خليفاً بالرفض.

وحيث إنه وعن الدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى حكم المادة (21) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فإن نص هذه  
المادة يجري على أنه : " لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته.

ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه ، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام " .  
وحيث إنه من المقرر في هذا الشأن أن الاختصاص الولائي المنوط بمحاكم مجلس الدولة هو من المسائل المتعلقة بالنظام العام  
بلا جدال ، وأن تقرير المشرع لأحوال بذاتها تختص فيها هيئة تحكيم بنظر منازعة تتعلق بعقد إداري هو استثناء لا يجوز  
التوسع في تفسيره ، وتقرير هذا الاستثناء لا يخرج من كونه من النظام العام ، وإذا كان نص الفقرة الثانية من المادة (1) من  
قانون التحكيم قد أضيفت بالقانون رقم 9 لسنة 1997 وجرى نصها 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 " ، فقد جاءت هذه الإضافة - وفقاً لما تضمنته الأعمال التحضيرية لتعديل القانون وتقرير لجنة الشئون الدستورية  
والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب في 1997/4/21 - بسبب أن الخلاف حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية ظل  
قائماً وما انفك كذلك بعد العمل بالقانون رقم 27 لسنة 1994 ، حيث ارتأى إفتاء حديث للجمعية العمومية لقسمي الفتوى  
والتشريع (الفتوى رقم 339/1/54 بتاريخ 1997/2/19) عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وأنه رغبة في  
حسم هذا الخلاف بنص فاصل لا تتوزع معه الآراء وتلتقي عنده وتستقر كل الاجتهادات جاء التعديل بالإضافة على المادة (1)  
من قانون التحكيم بنص يقرر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ويحدد السلطة الإدارية التي  
يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق واعتماده ، ضبطاً لاستعمالها وضماناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام ،  
بحيث يكون المراد في هذا الشأن للوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع  
وزيراً كالجهاز المركزي للمحاسبات ، وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حظر مشروع القانون  
التفويض في ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة ، إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها ، ولا اعتبارات  
الصالح العام ، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته " ، والثابت بيقين مما تقدم أن صحة أو بطلان شرط التحكيم القائم  
على مدى حصول موافقة الوزير المختص دون غيره هي مسألة من مسائل النظام العام التي يحق لكل طرف من أطراف العقد  
التمسك بها بحسب مصلحته لكونها هي الأساس الناقل للاختصاص الولائي من محاكم مجلس الدولة إلى هيئة التحكيم ، ومن ثم  
فإن بطلان شرط التحكيم لم يشرع لمصلحة خاصة بالدولة وإنما شرع لمصلحة عامة بما يحق معه التمسك بالبطلان لطرفي



التعاقد دون أن يكون أحد منهما بذاته متسبباً في البطلان ، فضلاً عن تعلق موافقة الوزير بالنظام العام لما في الموافقة من تعديل للاختصاص الولائي لمحاكم مجلس الدولة ، فإن كل من طرفي العقد ملزماً بإعمال حكم القانون والسعي نحو استجلاب الموافقة أو الوقوف على عدم حصولها لتحديد جهة الاختصاص المنوط بها الفصل فيما ينشأ بين الطرفين من نزاعات أو خلافات ، الأمر الذي يضحى معه الدفع بعدم قبول الدعوى على أساس من حكم المادة (21) من قانون المرافعات على غير سند صحيح من القانون واجب الرفض.

وحيث إنه وترتيباً على ما تقدم يكون الدفع المبدى من الشركة المدعى عليها بعدم قبول الدعوى فافداً أساسه وسنده من صحيح حكم القانون خليفاً بالرفض.

وحيث إنه وعن موضوع الدعوى فإنه يتحصل في أنه بتاريخ 1999/1/6 أبرمت الهيئة المصرية العامة للبترو (المدعية) مع شركة ناشيونال جاز (المدعى عليها) اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية ، ووقع الاتفاقية عن (الهيئة) المهندس/ عبد الخالق عياد رئيس مجلس إدارتها ، وعن (الشركة) المهندس/محمد مجدي حسين راسخ رئيس مجلس إدارتها ، وتضمنت الاتفاقية شرط تحكيم نص عليه البند العشرون من الاتفاقية بعنوان "فض المنازعات" جرى نصه على أنه:

1 - أي نزاع أو خلاف ينشأ بين الطرفين من تطبيق هذه الاتفاقية يتم تسويته من خلال التفاوض الودي بين طرفي الاتفاق. 2 - في حالة عدم التوصل إلى اتفاق بين الطرفين فإن أي نزاع أو خلاف أو مطالبة ينشأ بين الهيئة والشركة عن هذه الاتفاقية أو فيما يتعلق بها أو الإخلال بها أو إنهائها أو بطلانها يحسم بطريقة التحكيم طبقاً لقواعد تحكيم المركز الإقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة السارية في هذه الاتفاقية..... " ، وقد نشأ بين الطرفين خلاف لجأت الشركة المدعية بشأنه إلى المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بطلب تحكيم قُيد برقم 567 لسنة 2008 طلبت في بيانه التحضيري إلزام الهيئة بسداد مبلغ 255,945,974,85 جنيه مصري مع الإلزام بالفوائد على سند من الإدعاء بقيام الشركة المدعى عليها بتنفيذاً لالتزاماتها بإبرام عقود تمويل أجنبية من الخارج لإنشاء المشروع وأن تغير سعر الصرف للجنيه المصري أمام العملات الأجنبية أدى إلى تحمل الشركة أعباء مالية بالزيادة ، وتمت إقامة الدعوى التحكيمية استناداً إلى نص البند العشرون من الاتفاقية الذي نص على أن فض المنازعات بما في ذلك منازعات إدارة وتشغيل المشروع بعد تمام تنفيذه يحسم في حالة تعذر الحل الودي بطريقة التحكيم وفقاً لقواعد تحكيم المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وقد دفعت الهيئة المدعية الدعوى التحكيمية ببطلان شرط التحكيم الوارد في الاتفاقية لعدم توقيع وزير البترول على الشرط وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 ، ثم أقامت الدعوى الماتلة بالطلبات الأتفة الذكر .

وحيث إن المادة (1) من قانون التحكيم المشار إليه المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 تنص على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كان طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر ، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج وأتفق 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 " .

كما تنص المادة (11) من القانون ذاته لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " .

وحيث إن المستفاد من النصين سالفين البيان 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 ليقصر 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 ومحكماً ، فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في أجزائه ، 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 به 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 (وجوبية) 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 ، ولا اعتبارات الصالح العام ، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته " (تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب بتاريخ 1997/4/21).

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

أولها : أن موافقة الوزير المختص الممثل للدولة في وزارته هي موافقة من النظام العام يصح شرط التحكيم في منازعات العقد الإداري بوجودها بضوابطها المقررة قانوناً ، وبخلفها على أي نحو يبطل الشرط ويصير عدماً لا تتغير به ولاية أو اختصاص 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 وموافقتها واعتماده لقراراتها أو رفضها بوصفه السلطة الوصائية 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 فلا اختصاص قانوني له في ذلك ولا جواز لتفويض له أو لغيره في هذا الاختصاص. وثالثها : أن الخطاب التشريعي بمضمون القاعدة القانونية موجه لطرفي التعاقد ممن رغبوا في إدراج شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية المبرمة بينهما ، فليس لطرف أن يلقي بعبء التأكد من تحقق الموافقة على طرف ، وإنما على كليهما السعي لوضع الشرط المتفق عليه فيما بينهم موضع التطبيق وإلا كان ذلك ممن تقاسم عن تلبية الخطاب التشريعي انصياعاً وقبولاً للاختصاص الأصلي للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

وحيث إنه وترتيباً على ما تقدم جميعه ، فإن طلب الهيئة المدعية الحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد بعقد التزام المرافق العامة المبرم بين الهيئة والشركة المدعية بتاريخ 1999/1/6 وما يترتب على ذلك من آثار يكون قد قام على أساس صحيح من القانون مما يتعين معه الحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد بالبند العشرون من اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية المبرمة بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة ناشيونال غاز وما يترتب على هذا البطلان من آثار على النحو المبين بالأسباب

**وإذ لم يلق الحكم قبولا لدى الطاعنين فقد طعنا عليه للأسباب الآتية:-**

**أولاً:- عدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة.**

حيث إن من المبادئ المسلم بها أنه لا دعوى بغير مصلحة فالمصلحة هي مبرر وجود الدعوى بالنسبة لصاحبها وهو عين ما نص عليه قانون مجلس الدولة على ألا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية والمصلحة عموماً في الدعوى هي المنفعة التي يمكن أن يحصل عليها رافعها في حالة إجابة طلبه ويشترط أن تكون هذه المصلحة عملية وليست نظرية ، وشرط المصلحة الواجب تحققه لقبول الدعوى يتعين توافره من وقت رفع الدعوى وان يستمر قيامه حتى يفصل فيها نهائياً ولا يؤثر في الدفع بعدم توافر المصلحة التأخير في إبدائه إلى ما بعد مواجهة الموضوع لأنه من الدفوع التي لا تسقط بالتكلم في الموضوع ويجوز إبدائه في إبه حاله كانت عليها الدعوى ولما كانت دعوى الإلغاء هي دعوى تستهدف إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المطلوب إلغاؤه فإنه إذا ما حال دون ذلك مانع قانوني فلا يكون هناك وجه للاستمرار في الدعوى ويتعين الحكم بعدم قبولها لانعدام المصلحة فيها وحيث أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم - قبل صدور حكم محكمة القضاء الإداري المطعون فيه يكون مانعاً قانونياً يحول دون تحقيق أية فائدة عملية من صدور حكم له بطلان من القضاء الإداري والحكم الذي سيصدر من هيئة التحكيم سيكون متمتعاً بقوة الأمر المقضي به .

**ثانياً:- عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.**

حيث أنه كان هناك حكم صادر من هيئة التحكيم قبل أن تصدر محكمة القضاء الإداري حكمها المطعون فيه وكان الحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص ثم يؤكد اختصاصه بالفصل في الدعوى التحكيمية وهذا الحكم التحكيمي إذا كان يتمتع بقوة الشئ المقضي به كما تنص على ذلك المادة 55 من قانون التحكيم فإن هذه الحجية كانت تمنع المحكمة من أن تستمر في فحص الدعوى ثم تصدر فيها حكماً وان من شأن هذه الحجية أن تمنع الخصوم من أن يستمروا في المرافعة والمجادلة ولو بأدلة وأسباب - مناط ذلك أن حجية الأمر المقضي به دفعا كانت أم غير دفع تقوم على أساس قرينة قاطعة ما في ذلك من شك ولا يجوز قبول دليل يناقض هذه القرينة.

وحيث انه وقد ثبت أن محكمة القضاء الإداري كانت على علم ومطروح عليها دعوى تحكيمه سابقة على رفع الدعوى الإدارية وأيضا كانت على علم بان هناك حكم لهذه الهيئة صدر فعلا في 2009/9/12 ومع ذلك استمرت في نظر الدعوى الإدارية على الرغم من وجود مانع قانوني كان يجب على المحكمة إلا تستمر في نظر الدعوى وان يمتنع عليها إصدار حكما فيه فضلا على ان فان المشرع هو الذي قرر اختصاص هيئة التحكيم بنظر بطلان شرط التحكيم .

### ثالثا:- عدم اختصاص المحكمة ولانها بنظر الدعوى.

1- حيث إن الثابت من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد استند إلى تكييف لطلبات الهيئة المطعون ضدها على غير ما حددته في طلبات صحيفة الدعوى من أنها تطلب وقف تنفيذ شرط التحكيم وليس وقف تنفيذ حكم التحكيم وبذلك يكون الدفع بعدم الاختصاص قد ارتكز على تكييف مغاير لصريح تحديد الهيئة المطعون ضدها وردنا على هذه الأسباب نبدأها بالتأكيد على أن الطبيعة الاتفاقية لاتفاق التحكيم لم تكن تكفي وحدها بل أن تدخل المشرع بجواز الإزام مثل هذا الاتفاق هو الذي خلق نظام التحكيم وهو ما انتهى إليه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن القانون قد استحدث نظاما للتحكيم يخالف ذلك المنصوص عليه في قانون المرافعات ومن مقتضى هذا النظام بسط ولاية هيئات التحكيم الشكلية وفقا لأحكامه .

فضلا على ذلك فإن اتفاق التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن العقد الاصلى فهو تصرف قانوني مستقلا بذاته وان ما تضمنه هذا العقد وبعبارة أخرى فهو يعد عقدا داخل عقد وان المشرع المصري قد فطن هذا المبدأ صراحة بالنص عليه في المادة 23 من قانون التحكيم ويترتب على هذا الاستقلال انه يمكن أن يخضع العقد الاصلى لقانون ويخضع اتفاق التحكيم لاتفاق آخر فالعقد الاصلى يخضع لقانون القاضي او للقانون الذي تحدده قواعد الاختصاص أما اتفاق التحكيم فانه لا يخضع بالضرورة لذلك القانون إذ يمكن للإطراف او للقاضي إخضاعه لقانون آخر ، ومن ناحية أخرى فقد يكون القانون الذي يخضع له العقد الاصلى هو القانون المدني او التجاري او القانون الإداري حسب طبيعة العقد أما اتفاق التحكيم فهو يخضع من حيث انعقاده وشروطه لقواعد القانون المدني ونتيجة لاستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلى فان له طبيعته الخاصة المستقلة فلا يتأثر بكون العقد الاصلى مدنيا او تجاريا إضافة إلى ذلك فان اتفاق التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص من أحكام ولهذا يعد اتفاق التحكيم عقدا مدنيا فهو لا يعتبر عقدا تجاريا ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود التجارية كما لا يعتبر عقدا إداريا ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود الإدارية.

2- أن العقد موضوع الطعن هو عقد تجارى دولي وليس عقدا إداريا مما تختص به المحكمة إذ انه يعد تجاريا وفقا للمادة الثانية من قانون التحكيم كما انه يعد دوليا وفقا للمادة 3 من قانون التحكيم و لأنه عقد تجارى دولي فان الاختصاص بدعوى البطلان يكون معقودا لمحكمة الاستئناف ولهذا لا يمكن الاستناد الى ما تنص عليه المادة 54 من قانون التحكيم من اختصاص محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وفقا للمادة "9" من القانون ذاته

### رابعا:- مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله فى قضائه ببطلان شرط التحكيم.

استند الحكم المطعون فيه إلى بطلان شرط التحكيم استنادا إلى المادة 2/1 من قانون التحكيم وحيث انه وفقا لتلك المادة من قانون التحكيم تكفى لصحة التحكيم موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولما كان الطرف في اتفاق التحكيم محل النزاع هي الهيئة العامة المصرية للبتترول فإنها تكفى موافقة من يتولى اختصاص الوزير بالنسبة لها وعلى إيه حال فالثابت من القرار الجمهوري رقم 164 لسنة 2007 وتضمن في المادة الرابعة منه باعتبار الرئيس التنفيذي للهيئة العامة للبتترول هو الممثل القانوني أمام القضاء والغير وينوب عن الهيئة في إبرام العقود والاتفاقيات كما ان الثابت من الأوراق موافقة الوزير المختص وهو وزير البترول فقد قدمت الشركة الطاعنة صورة فوتوغرافية تجمع بين وزير البترول ورئيس مجلس إدارة الشركة في حفل توقيع الاتفاقية.

### المرأى القانوني

ومن حيث أن ما يهدف إليه الطاعنان هو الحكم بقبول الطعن شكلا وبإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا:-

أولاً:- عدم اختصاص المحكمة ولانها بنظر الدعوى

ثانياً:- الحكم بعدم قبول الدعوى

ثالثاً:- عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها

رابعا:- رفض الدعوى

ومن حيث انه عن شكل الطعنين:

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه صدر بجلسة 2009/10/31 و أن تقرير الطعن تم إيداعهما تباعا بتاريخ 2009/12/3 و 2009/12/26 فمن ثم يكونا قد أقيما خلال الميعاد المقرر قانونا. الأمر الذي يضحى معه الطعنين قد أقيما في المواعيد القانونية عملا بحكم المادة 44 من قانون مجلس الدولة ومن حيث إن الطعنين قد استوفيا سائر أوضاعهما الشكلية فإتبعهما بضحيان مقبولان شكلا.

ومن حيث انه بداية وقبل التعرض لموضوع الطعنين فلا بد أن نشير إلى أن فلسفة أي حكم قضائي أيا ما كان تقوم على ركنيين أساسيين:

**الركن الأول:** الخطاب القانوني وذلك بالتأكيد على احترام الشرعية القانونية والالتزام بالنصوص القانونية والعمل على خضوع الحاكمين والمحكومين على السواء لأحكام القانون باعتبار أن ذلك أساس ومضمون الدولة القانونية وتطبيق العدالة الحقة وإعلاء لمبدأ سيادة القانون.

**الركن الثاني:** الخطاب الإصلاحي : ويتأتى ذلك بحماية الحق المطالب به والذود عنه ورده إلى صاحبه غير منقوص ومنع التعدي عليه أو غصبه في ضوء ما يقره من أوامر ونواهي .

ومن حيث إن القانون الإداري – بمعناه الفني القانوني الدقيق – قد نشأت مبادئه في كنف القضاء الإداري، لذلك نعتة الفقهاء بأنه قانون حديث النشأة، وبالنظر إلى أن هذا القانون هو الحاكم للعقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها، لذا أبرزت الأحكام القضائية بوضوح تام أول المبادئ الحاكمة لهذه العقود والمبينة لأوجه الفرق بينها وبين العقود الخاصة، إذ ذهبت المحكمة الإدارية العليا منذ بواكير أحكامها وعلى وجه الخصوص في حكمها الصادر في صبيحة 1956/6/2 إلى: " أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضى بذلك. فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي، وإنما تكون له حرিতে واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن كانت غير متلائمة معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم

ومما يؤكد هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا حكمها الصادر في 2 يونيو سنة 1956 حيث تقول "إن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وإن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضى بذلك. فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي، وإنما تكون له حرিতে واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها. ومن هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه غير مقنن، حتى يكون متطوراً غير جامد، ويتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب، وبهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته، ينبثق من طبيعة روابط القانون العام، واحتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها، وإيجاد مركز التوازن والمواءمة بين ذلك وبين المصالح الفردية، فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون الخاص، سواء في علاقة الحكومة بالموظف، أو في المرافق العامة وضرورة استدامتها وحسن سيرها أو في العقود الإدارية، أو في المسؤولية، أو في غير ذلك من مجالات القانون العام الطعن رقم 157 لسنة 2 ق.ع وفي ذات المعنى الطعن رقم 1289 لسنة 8 ق.ع بجلسة 1965 / 1 / 2

### **ومن حيث انه وعن الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى**

ومن حيث أن الطاعن في الطعن رقم 5146 لسنة 56 ق قد ركن إلى عدة أسباب سندا لهذا الدفع تلخص فيما يلي:-

**السبب الأول:-** أن العقد موضوع النزاع هو عقد تجارى دولي وليس عقدا إداريا

**السبب الثاني:-** أن اتفاق التحكيم هو عقد مستقل بذاته وهو عقد خاص لا يتأثر بكون العقد الاصلى مدنيا أو ادارى.

**السبب الثالث:-** أن دعوى بطلان حكم التحكيم يجب أن يرفع إلى المحكمة المدنية المختصة عملا بحكم المادة 2/54 من قانون التحكيم.

**ومن حيث انه وعن السبب الأول من أسباب عدم الاختصاص:**

ومن حيث المادة "2" من القانون 27 لسنة 1994 تنص على انه " يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات و الوكالات التجارية و عقود التشييد و الخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق و الأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية".

وتنص المادة "3" من ذات القانون على انه " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، وذلك في الأحوال الآتية :

أولاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرف التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم . فإذا كان لأحد الطرفين مراكز عدة للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال، فالعبرة بمحل إقامته المعتاد .

ثانياً : إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشملته اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفسها الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم ، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة :

(1) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(2) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

(3) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

وتنص المادة "9" من ذات القانون على أنه "1- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً . سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر .

2- وتظل المحكمة التي يعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم .

وحيث إن الاستفادة من النصوص المتقدمة أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم أو محكمين من الأعيان يعينون باختيارهما أو وفقاً لشروط يحددها 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 المحكم 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 بالبطالان ، 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 ، أياً 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 اصطفت بصيغة 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 ، وبالتالي فإن " المحكمة المختصة " بنظر مسائل التحكيم المنصوص عليها في المواد (9) و (13) و (14) من قانون التحكيم المشار إليه بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية تكون هي محكمة القضاء الإداري بحسبان أن تلك المنازعات ليست من مسائل التحكيم التجارية التي تختص بنظرها محكمة الاستئناف ، كما أنها ليست من مسائل التحكيم التجارية الدولية التي تختص بنظرها محكمة الاستئناف بالقاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر ، وعلى ذلك ووفقاً لحكم البند (2) من المادة (9) من القانون تظل محكمة القضاء الإداري دون غيرها هي صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم ولا يحول رفع الدعوى أمامها عن نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم عملاً بحكم البند (2) من المادة (13) من القانون ، ويجوز لمحكمة القضاء الإداري المختصة أصلاً بنظر منازعات العقود الإدارية وفقاً لنص المادة (9) من القانون سائلة البيان أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها عملاً بما قرره المادة (14) من القانون .

ويؤخذ من ذلك أن لكلاً من العقد التجاري الدولي والعقد الإداري خصائص تميزه عن الآخر ليس فقط في اختلاف أطراف كلا منهما عن الآخر ولكن في اختلاف النظام القضائي الذي يخضع كلا منهما له.

ومن حيث إن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني من ثلاثة وجوه يتردد ذكرها في كتب الشرح وبحوث الفقه وفي الفتاوى والأحكام بما لا حاجة معه للتفصيل أو البيان إنما ترد الإشارة المجملية عنها في الموضوع المعروض للتذكير بها وللبداء في استخلاص الدلالات فالعقد الإداري " هو كل اتفاق يعقد بين طرفين أحدهما شخصاً معنوياً عاماً وذلك بهدف إدارة تنظيم أو استغلال مرفق عام ، وتظهر في العقد نية تطبيق أحكام القانون العام وهذا يظهر بجلاء في احتواء مثل هذا الاتفاق شروطاً غير مألوفة في التعاقد الخاص سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد كجعله صاحب احتكار فعلي أو حق نزع الملكية للمنفعة العامة إلى غير ذلك من السلطات.

وعرفه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنها " العقود التي يبرمها شخص معنوي عام ، بقصد تسيير مرفق عام ، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام ، ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو

بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " .استمر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن حق استعداد القضاء الإداري بموضوع النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية سانع لكل من المتعاقد والإدارة على السواء باعتباره مستمداً من أصل عام مصون في المبادئ الدستورية ، وهذا الخلاف بعكس النزاعات المنصوص عليها في المادة الثامنة من قانون مجلس الدولة لم تقيد ممارسته بأي نص من القانون " .

وهذا هو المعيار الذي تبنته محكمة القضاء الإداري في مصر . ومن أوضح أحكامها في هذا الخصوص حكمها الصادر في 24 / 2 / 1957 ( القضية رقم 779 ) حيث تقول : " ... وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية ، بل إن المعيار المميز لهذه العقود مما عداها من عقود القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد ، بل في موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق وتسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية بظهور نية الشخص المعنوي العام في أن يأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه فيضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ... " .

ووفقاً لهذا المعيار لا يكون العقد إدارياً، تختص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة به، إلا إذا توافرت فيه الخصائص التالية:

1- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

2- أن يتصل العقد بمرفق عام .

3- أن تظهر نية الإدارة المتعاقدة في الأخذ بوسائل القانون العام .

ويجب الإشارة إلى أن العقود التي تيرمها الإدارة العامة مع الغير لا تعد لهذا السبب وحده عقوداً إدارية ، لأن الإدارة تملك حرية اختيار الوسائل التي تستخدمها في إدارة المرافق والمشروعات العامة ، ولها تبعاً لذلك أن تستخدم في تحقيق هذه الغاية وسائل القانون الخاص وأن تتعامل مع الأفراد بمقتضى عقود مدنية . فهي فيما يتعلق بتصريف منتجات المرافق التجارية والصناعية مثلاً أو فيما يختص بشراء الأدوات والمواد اللازمة لسير هذه المرافق تعقد في معظم الأحيان عقود بيع وشراء مدنية.

أما بالنسبة للشرط الثاني فإنه يجب ان يتم إبرام العقد من جانب أحد أشخاص القانون العام بهدف تنظيم المرفق العام وتسييره. وقد توسع القضاء الإداري الفرنسي في تفسير مدلول عبارة " المرفق العام " تفسيراً أدى إلى عدم التمييز من الناحية العملية بين مفهوم المرفق العام وفكرة النفع العام إذا نظر إلى المرفق العام باعتباره نشاطاً تقوم به الهيئات العامة بقصد تحقيق نفع عام

ومن ناحية أخرى فإن فكرة المرفق العام والتي تناولها الشرط الثاني من شروط اعتبار العقد إدارياً هي من الأفكار المطاوعة والتي اختلفت وتباينت فيها الآراء الفقهية والقانونية وحدث فيها جدل واسع وذلك لاختلاف طريقة تعريف كل فريق فهناك من يعتمد على الناحية الشكلية أو العضوية فيعرف " بأنه كل مشروع أو منظمة تنشؤه الإدارة لتحقيق مصلحة عامة إما التعريف الأخر فيرتكز على الناحية الوظيفية أو الموضوعية فيعرف " بأنه النشاط التي تقوم به الإدارة لتحقيق خدمة عامة"

وفي الحقيقة فإن كلا من المعنيين يكمل بعضهما البعض لكي نصل إلى تعريف المرفق العام الذي لا يبدو في حقيقته سوء مشروع تنشؤه الدولة بداءة أو تنقله من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بالتأميم مستهدفة بذلك تحقيق مصلحة عامة.

ومن هذا المعنى تبنت محاكم مجلس الدولة منذ فجر ولايتها القضائية تلك الفكرة فعمدت إلى توسيع فكرة المرفق العام حتى لو تم إبرام العقد من قبل شخصاً خاصاً ولكن عمله ينصرف إلى تسيير مرفق عام ذات نفع عام فذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه " طالما أن وزارة التموين قد تدخلت في تنظيم وتداول وتوزيع سلعة الشاي وعهدت في ذلك إلى لجنة توزيع الشاي ثم المعبين الذين أصبحوا مسئولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار فهذا يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة وتكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها اللجنة هي عقوداً إدارية يلاحظ فيها تغليب المصالح العامة على المصالح التجارية الخاصة وإن الحكومة تشرف على تنفيذ هذه العقود وتراقبها ضماناً لتحقيق المصلحة العامة التي تهدف إليها ، وهذا يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه وتفسيره وإنهاؤه. في هذا المعنى حكم محكمة القضاء الإداري السنة

العاشرة - جلسة 1956/4/24 - مجموعة الأحكام ص 307

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن " متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصالحها فإن هذا التعاقد يكسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري ومن ثم فإنه متى كان الثابت أن شركة شل تعاقدت لحساب ومصالح الحكومة في العقد موضوع النزاع فلا نزاع في إن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفي أنهما اتبعت فيها وسائل القانون العام " حكم المحكمة الإدارية العليا

- الطعن رقم 1558 - جلسة 1963/1/7 - السنة التاسعة ص 763

ومن حيث إن المستقر عليه في إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن " الأصل في ملكية الدولة أو مصالحها أو هيئاتها العامة أنها ملكية عامة تتعيا منها إدارة المرافق العامة التي تضطلع بأعبائها وان نقل الانتفاع بالمال العام بين أشخاص القانون العام يكون بنقل الأشراف الإداري عليها ولا يعد ذلك من قبيل النزول عن أموال الدولة أو التصرف فيها

إنما هو نقل للتخصيص من وجه من وجوه النفع العام إلى وجه آخر من هذه الوجوه " فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 466 ملف رقم 139/1/7- جلسة 27/6/25

وأياً كان الأمر فإن العقد يعتبر إدارياً إذا تعلق واتصل بأحد المرافق العامة بالمفهوم الواسع لها سواء اتصل بأحد المرافق التقليدية "الإدارية" أو أحد المرافق العامة المستحدثة "الاقتصادية" أو المهنية وأياً كان صورة الاتصال بين العقد والمرفق عن طريق تنظيمه أو إدارته أو استغلاله أو المساهمة والمعاونة في إدارته"

وأخيراً فإنه بالنسبة للشرط الثالث فإنه يجب أن تظهر نية الإدارة المتعاقدة في الأخذ بوسائل القانون العام وذلك يتجلى بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية أي غير مألوفة في القانون الخاص . ويلاحظ أن هذا الشرط الثالث هو الأساس الجوهرى الذي يعول عليه القضاء الفرنسى في تمييز العقد الإدارى عن العقد المدنى ، ولكن فكرة الشروط الاستثنائية ليست الأساس الوحيد للكشف عن العقد الإدارى ، إذ قد يخلو العقد منها ومع ذلك يعدّه القضاء عقداً إدارياً ، ويحدث ذلك إذا كان العقد غير عادى في موضوعه أي إذا كان يؤدي إلى مساهمة أحد الأفراد مساهمة مباشرة في إدارة المرفق العام ، وكان هذا المرفق يسير وفقاً لقواعد القانون العام . وهذا يمكن ملاحظته من التطور الذي طرأ على قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فبعد أن قضى في حكم له بتاريخ 1924/3/7 بأن " العقد يعد إدارياً إذا اتصل بمرفق عام وإن لم يكن متضمناً نصواً خارجة عن نطاق القانون الخاص " ، رجع عن هذا المبدأ وقضى في حكم بتاريخ 11 / 6 / 1948 بأن " مثل هذا العقد لا يكون إدارياً إلا إذا كان المرفق ذاته يخضع في سيره لقواعد القانون العام أي يسير وفقاً للأسلوب الإدارى " .

ويبدو أن القضاء الإدارى لم يصل إلى وضع ضوابط دقيقة للمقصود بالشروط الاستثنائية . وقد حاول الفقه الفرنسى وضع تعريف للشروط الاستثنائية ، فذهب العميد " فيدل " إلى القول بأنها "الشروط غير المألوفة وغير المعتادة في عقود القانون الخاص " بينما يعرفها الأستاذ " فالين " بأنها " الشروط التي لو وضعت في عقد من عقود القانون الخاص لقضى ببطانها لمخالفتها للنظام العام " .

وفى تعليق العميد سليمان الطماوى ذهب إلى أن العقود الإدارية تختلف اختلافاً جوهرياً عن عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ، ذلك أن هذا النوع الأخير من العقود تحكمه من الناحية الموضوعية قواعد القانون الخاص ، ويسرى عليه فى هذا الصدد ما يسرى على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم . أما العقود الإدارية فتتجلى فيها امتيازات السلطة العامة ، والتي لا نظير لها في علاقات الأفراد فيما بينهم ، نظراً لمقتضيات سير المرافق العامة.

وفى مجال تعليقه على البند (11) من المادة (10) من قانون مجلس الدولة ، إذ جاء فيها ذكر العقود الإدارية الثلاثة على سبيل التمثيل ، يؤيد ذلك نهاية المادة التي تقول " .....أو باى عقد إدارى آخر " ، وانتهى إلى استبعاد فكرة "العقود الإدارية بتحديد القانون" من نطاق القانون المصرى . وحسناً فعل المشرع ، لأن اختصاص القضاء الإدارى يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام. أما تطبيق قواعد القانون الخاص ، فالمحاكم القضائية أدرى به وبمقتضياته من القضاء الإدارى. وهذا هو ما انتهت إليه محكمة القضاء الإدارى في حكمها الصادر فى 9 ديسمبر سنة 1956 " ... لم يعد هذا الاختصاص مقصوراً على عدد معين من عقود الإدارة ، بل انطوى على كافة العقود الإدارية وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود ... فقد أصبحت العقود الإدارية فى مصر عقوداً إدارية بطبيعتها ، ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقاً لإرادة الشارع... " د سليمان الطماوى الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة" الطبعة الثالثة 1975 دار الفكر العربى ص 21 ، ص 49 ، 50

وقد ذهب قضاء النقض إلى أنه ولن كان القانون لم يعرف العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزها عن غيرها من العقود التي يهتدي بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولخصائصها وصيانتها من تعرض المحاكم لها بالتعطيل أو بالتأويل إلا أن إعطاء العقود التي تبرمها جهة الإدارة وصفها القانونى الصحيح باعتبارها عقوداً إدارية أو مدنية إنما يتم على هدى ما جرى تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة من إبرامها . لما كان ذلك وكانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص ، أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها .

طعن النقض رقم 373 - لسنة 54 - تاريخ الجلسة 05 \ 06 \ 1985 - مكتب فنى 36 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 862 ، وطعن النقض رقم 1258 - لسنة 58 - تاريخ الجلسة 26 \ 06 \ 1990 - مكتب فنى 41 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 361 ، والطعن رقم 554 - لسنة 60 - تاريخ الجلسة 29 \ 05 \ 1994 - مكتب فنى 45 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 918 ، والطعن رقم 558 - لسنة 68 - تاريخ الجلسة 26 \ 01 \ 2009

وفى ذلك درجت أيضاً أحكام المحكمة الإدارية العليا من أن " وحيث إن المستقر عليه أن العقد الإدارى يتميز عن العقد المدنى أو التجارى من ثلاثة وجوه. أولها: أنه عقد يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام. وثانيها: أنه لا ينزل فيه عند إبرامه منزلة الأفراد وأشخاص القانون الخاص من بيع وإيجار ونحوه ولكنه يبرمه في إطار استخدامه لسلطته وما نيط به من أمانة إدارة المصالح العامة وإنشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها، أي يبرمه بمناسبة تصديه للشأن العام للجماعة وممارسته لوسائل الرعاية والتنظيم والضبط الذي قامت الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات العامة وما تبوأ مكائنها في المجتمع على رأس الجماعة إلا للقيام به. وثالثها: أن يظهر الشخص المعنوي العام نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه

بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص **Clauses Exorbitances**. " حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3703 لسنة 37 ق.ع - جلسة 1993/2/9

وهو ذات المعنى الذي استقر عليه إفتاء الجمعية العمومية من ان "العقد الإداري أولاً تبرمه هيئة عامة من أشخاص القانون العام والهيئة العامة تبرمه ثانياً لا فيما تنزل فيه منزلة الأفراد وأشخاص القانون الخاص من بيع وإيجار ونحوه ولكنها تبرمه في إطار استخدامها لسلطتها وما نيظ بها من أمانات إدارة المصالح العامة وإنشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها أي أنها تبرمه بمناسبة تصديها للشأن العام للجماعة وممارستها لوسائل الرعاية والتنظيم والضبط التي ما قامت الهيئات العامة وما تبوأت مكانتها في المجتمع على رأس الجماعة إلا للقيام بها. والعقد الإداري ثالثاً وبموجب الأمرين السابقين يتضمن شروطاً استثنائية مما لا يعتاد في العقود المدنية التي تبرم بين طرفين نديين وهنا تختلط علاقات التعاقد التي يعرفها فقه القانون الخاص تختلط بأوضاع الإمارة والسلطة التي ترد في مرجعيتها ليس فقط إلى الرضاء الاتفاقي في صياغة عقد ما ولكنها ترد في بعض وجوه مرجعيتها إلى قوامة الدولة على المجتمع وسلطانها عليه لحماية الجماعة وتنظيم شئونها العامة وتسيير مصالحها العامة ومن قوامة الدولة على الشأن العام تتفرع التفاريع إلى الهيئات والمصالح وسائر الوحدات العامة التي تنقسم نوع نشاط ومكان إقليم ومجال تخصص. ومن جهة فإن الشأن العام هو شأن الجماعة مصالح وأوضاعاً ومقاصد منشودة والجماعة تشخصها الدولة وتقوم عليها من الناحية المؤسسية التنظيمية والدولة التي يدرسها القانون الدولي العام بوصفها شعباً على إقليم عليه حكومة هذه الدولة يرسم الدستور كيانها التنظيمي العام وهي لا تتشكل من هيئة واحدة ولكنها تتكون من الناحية التنظيمية من هيئات كبرى تتوزع عليها مراحل تشكل العمل العام وذلك بما عرف من سلطات التنفيذ والتشريع والقضاء وهي مع تشكلها بالتنسيق بين هذه الجهات فهو تنسيق يحفظ قدرماً من التوازن لا يمكن أحداها من استيعاب مكنة القيام وحدها بالعمل العام. فالدولة كتنظيم مشخّص للجماعة يستمد من هذا التشخيص مبرر قيامه ويستمد منه شرعية نفاذ القول على الغير بشأن أوضاع الجماعة حفظاً وضبطاً وتسييراً وتنمية في كل المجالات هذه الدولة تقوم على مفهوم النيابة عن الجماعة والتمثيل لها وهو تمثيل يخضع لأصول ثلاثة أولها: تعدد التنظيمات الأساسية التي تتشكل منها الدولة فلا تكون كياناً تنظيمياً واحداً وثانيها: اختلاف أساليب التشكل لهذه التنظيمات وفقاً لاختلاف المهام الموزعة عليها باعتبار أن سلطة التقرير تكون بالانتخاب وسلطة التنفيذ ذات القوة المادية تكون بالتعيين من أعلى مع خضوعها لقرارات السلطة الأولى وسلطة الرقابة على الشرعية تقوم استقلالاً بمراعاة توازن السلطتين الأوليين وكل ذلك هو الدولة. وثالثها: ان وظائف التقرير والتنفيذ لا تستمد أي من الجهات شرعية ممارستها إلا بوصف هذه الجهة ممثلة أو نائبة عن غيرها. فلا يوجد من يتصرف في شأن عام إلا وهو مفوض بذلك لا أصيلاً عن نفسه ولا صاحب شأن بذاته هيئة كان أو مجلساً أو فرداً إنما هو قوام على شأن عام بموجب وصف تمثيلي وصفة تفويضية أتته من مستند عام دستورياً كان أو قانوناً أو لائحة أو قراراً فردياً وهو ما يعبر عنه بالاختصاص في مجال القانون العام لهيئة أو فرد هو تفويض تستمد منه الجهات المختصة هيئة كانت أو فرداً صلاحيتها في إصدار العمل العام أو التصرف في أي شأن عام. ومن جهة أخرى فإن أي تصرف يصح وينفذ على نفس المتصرف وما له بموجب توافر شروط أهلية المتصرف التي تمكنه من إلزام نفسه بقول يصدر عنه و أي تصرف يصح وينفذ في حق غير المتصرف بموجب ما يتوافر للمتصرف من ولاية إمضاء القول على هذا الغير. والولاية خاصة أو عامة وهي خاصة أن كانت توافر فيها مكنة إمضاء قول على الغير إذا كان شخصاً معيناً أو جماعة محصورة وقابلة للتعيين كل بذاته. وهذه الولاية أما أن تكون نيابة مصدرها القانون كالولي الشرعي على طفله أو مصدرها القضاء كالوصي المعين على الصبي أو مصدرها الاتفاق كالوكالة أو التفويض ونحوه. وإما أن تكون ولاية عامة أن توافر لها مكنة إمضاء القول على غير ليس محدداً ولا محصوراً ولا معيناً وهي ما يتعلق بالدولة في الشئون العامة وما يتفرع عن أجهزتها وتنظيماتها وهيئاتها ووحداتها وإفرادها. وهو لا تقوم ولا بمسند شرعي من دستور أو قانون أو لائحة أو قرار فردي. والأصل المرجوع إليه حالة عدم وجود النص هو الإباحة فيما يتعلق بتصرف الشخص في شئون ذاته وماله أما في أحوال الولاية خاصها وعامها فإن الأصل الرجوع إليه بشأنها إذا لم يوجد مستند شرعي الأصل ساعته هو المنع لأنه لا إمضاء قول لشخص على غيره إلا بمسند يجيز هذا المضاء ولا سلطان لأحد على غيره ولا أمره لشخص على من سواه إلا بحكم شرعي يجيز هذا النفاذ على الغير. فليس من سلطة عامة إلا وهي مقيدة ومحدودة بمسند شرعيتها. والعقد الإداري ثاني وسيلتين للجهات القوامة على العمل العام في التصرف وتسيير المصالح العامة وإدارة الشئون العامة وأولى الويلتين هو القرار الإداري وهما يتفقان في ضوابط إعمالهما باعتبارهما صادريهما عن ولاية تستند لاختصاص مفوض بإجراء التصرف في شأن يتعدى ذات مصدر القرار إلى مال ومصالح وشئون هو أمين عليها بموجب حكم شرعي. وفي نطاق ما جرى شرعاً تخويله به وتفويضه فيه. وبقدر ما تكون السلطة وبقدر ما تنفك المكنة بقدر ما ترد القيود والضوابط وقد تسنح الروادع والسلطة المكفولة للإدارة العامة في العقد الإداري تقابلها القيود التي ترد على إرادتها في التعاقد وممارسة الشئون العامة وملكية الدولة للمال العام والخاص الذي تشرف عليه أشخاص القانون العام إدارة واستغلالاً وتصرفاً إنما ترد عليه من القيود والضوابط ما تصل مخالفة بعضه إلى حد الجريمة وكل ذلك بحسبان أن مال الدولة عاماً كان أو خاصاً مملوك لا لمن يديره ولا لمن هو مخول مكنة استغلاله أو التصرف فيه إنما هو للدولة كشخص اعتباري عام. والدولة لا تستوعب إرادتها كاملة في إرادة أي من مكوناتها العامة أو الوحدات التي تنقسم إليها الوظائف المؤداة والإرادة العامة للدولة هي جماع ما توزعت عليه أعباء القيام بالعمل العام بحكم الدستور والتشريعات والقرارات. وتصح إرادة أي من الوحدات العامة في الاستغلال



والتصرف باعتبار ما هي مفوضة فيه من اختصاص زمان أو مكان أو مجال عمل وتخصص وبحسبانها أمينة ونائبة فيما تقوم به من أعمال وهذا هو مفهوم الاختصاص الحاكم لوجوه نشاط الأشخاص العامة ولا تصح إراداتها مفوضة في العمل إلا بشروط التفويض الصادر إليها والمنظم لإرادتها من أحكام موضوعية وإجراءات وردت بالتشريعات وهذا هو أساس الالتزام بأحكام التشريع والإجراءات المرسومة عند إعمال إرادة أى من الجهات العامة. والأمر أمر ولاية عامة ولا تمارس ولاية عامة إلا بشرطها المضروب وفي نطاقها المعين وبالقيد الضابطة لها. وهو أمر نيابة لا تمارس إلا بشرطها المضروب وفي نطاقها المعين وبالقيد الضابطة لها. وعلى أى من وصفى الولاية أو الإنابة فليس للولي أن يولى غيره فيما ولى عليه إلا بإذن من ولأه وليس لنائب ان ينيب غيره فيما فوض فيه إلا بإذن من أنابه ومن هنا تظهر قاعدة أن التفويض لا يرد على تفويض. والعقد الإدارى يرد فى نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة المتعاقدة فلا يجاوز هذا الاختصاص وليس لجهة عامة مسئولية عن مرفق معين أن تنزل عنه لغيرها على خلاف ما أجازه التشريع الذي أقامها على هذا المرفق وليس لها أن تعدل من أسلوب الإدارة والتسيير بما يجاوز ما رخص التشريع لها به ولا أن تفوض غيرها فى شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة. وجهة الإدارة العامة أيضاً مقيدة فى تعاقدها بما رسمه التشريع من إجراءات تتعلق بطريقة اختيار المتعاقد معها وطريقة إتمام التعاقد معه وشروط ذلك وضوابطه وأحواله. كما إنها مقيدة بأوضاع ورسوم تتعلق بممارستها لسلطاتها التعاقدية واستيفاء حقوقها العقدية من الطرف المتعاقد معها وأسلوب استخدامها لإمكانات إنهاء العلاقة العقدية أو فسخها أو غير ذلك في هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم 160 بتاريخ 1997/2/22 - جلسة 1996/12/18 رقم 239/1/54

وفي المقابل فإن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يتعلق بشان من الشئون الخاصة كتبادل السلع والمنتجات والخدمات ويكون أطرافه من الأشخاص العاديين "طبيعي أو معنوي" أو مع الهيئات الأجنبية أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلي بينما يكون العقد داخلي إذا لم يتضمن عنصراً أجنبياً يؤثر في خضوعه للقانون أو القضاء الوطني ويكتسب الطابع الدولي في حالة وجود مثل هذا العنصر المؤثر فالرابطة العقدية تتسم بالطابع الداخلي إذا ما اتصلت كافة عناصرها بدولة واحدة إذا فإن معيار دولية العقد تتضح إذا ما اشتمل على عنصر اجتنبي سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه أو تنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهم ومن ثم فانه يمكن القول إن معيار الدولية تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة فإذا اتصلت احد عناصر العلاقة العقدية بدولة أجنبية أو أكثر فإنها تكتسب الطابع الدولي لتعلقها بأكثر من نظام قانوني .

ومن ثم فإن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يركز على المعيار الموضوعي ذات الطابع الاقتصادي ذلك المعيار الذي يركز على موضوع النزاع ومدى اتصاله بالتجارة الدولية أى بعملية انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود من عدمه بحيث يعد التحكيم دولياً متى كان موضوعه متعلقاً بمصالح التجارة الدولية بغض النظر عن جنسية الأطراف أو القانون واجب التطبيق أو مكان إجراء التحكيم.

وقد أكد القضاء الفرنسي على اعتناقه لهذا المعيار في أحكامه المتواترة ومنها حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 نوفمبر 1996 والذي جاء فيه " تتبع دولية التحكيم من موضوع النزاع وبدقة أكثر من العمليات الاقتصادية المنبثقة عنه فيكفى أن ترتبط العملية الاقتصادية بانتقال الأموال والخدمات عبر الحدود وبالمقابل فإن جنسية الأطراف أو القانون المطبق على العقد أو على التحكيم أو مكان إجراء التحكيم تعد غير ذي جدوى في تحديد تلك الدولية"

"CA, Paris, 1 ch c., 28 Nov, 1996, ste CN France cL ste Minhal France Rev. arb 1997., p 380"

ومن ناحية أخرى فقد عرف القانون النموذجي للتحكيم "اليونسترال" التحكيم الدولي ، فنصت المادة 3/1 من القانون على " أن التحكيم يكرز دولياً في احد الحالات الآتية:-

- 1- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.
- 2- إذا كان مقر احد الأماكن الآتية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر الطرفين:

"أ"- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم

"ب"- أى مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

3- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة.

ومن ناحية ثالثة فقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون 27 لسنة 1994 معيار الدولية بقولها " إما التعديل الجوهري الذي أجرته اللجنة فقد جاء في البند الرابع حيث كان النص السابق يجعل التحكيم دولياً إذا اتفق طرفا التحكيم على أن موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة ، أى أن صفة الدولية في هذه الحالة تكون مرهونة بارادة طرفي التحكيم ، وقد رأت اللجنة إسباغ صفة الدولية هو تقرير لحالة لا يتعلق وجودها باتفاق أو اختلاف على هذا الوجود ومن ثم فقد انتهت إلى تعديل الفقرة الثالثة بجعل التحكيم دولياً وفقاً لحكم هذه الفقرة إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

ولايحاج من ذلك او ينال من اختصاص هذه المحكمة بنظر مدى صحة وسلامة شرط التحكيم الوارد بعقد من عقود التزام المرافق العامة محل الدعوى أن يكون نص البند (2) من المادة (9) من قانون التحكيم المشار إليه قد تضمن أن تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم ، أو أن تكون هيئة التحكيم قد أصدرت حكمها في القضية التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 بتاريخ 2009/9/12 وأن هذا الحكم الصادر بالأغلبية لرفض الأقلية التوقيع عليه قد تضمن في البند (4) منه رفض الدفع ببطلان شرط التحكيم ، أو القول بأنه لم يعد أمام الهيئة المدعية سوى سلوك طريق الطعن ببطلان حكم التحكيم وفقاً لأحكام الباب السادس من قانون التحكيم ، لا يغير كل ذلك من اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعة حول مدى صحة شرط التحكيم بحسبانها المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع ، وذلك لأسباب حاصلها :

أولاً - أن هذه الدعوى قد أقيمت بتاريخ 2009/5/11 أي قبل صدور حكم هيئة التحكيم بتاريخ 2009/9/12 ومن ثم فقد اندرجت المنازعة ضمن ولاية هذه المحكمة بما لا يجوز نزاعها عنها إذ لا تزول الولاية بقرار إداري أو قرار تحكيمي لما في ذلك من اعتداء على اختصاص محجوز للمشرع في حدود أحكام الدستور .

وثانياً - أن هيئة التحكيم قد أكدت في حكمها المشار إليه بالصفحة رقم (38) منه أنها قد علمت بأن " الهيئة المحكمت ضدها قد أقامت دعوى ببطلان شرط التحكيم أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة تحت رقم 38683 لسنة 63 ق - الدعوى الماثلة - وأنه قد تحدد لنظر الدعوى جلسة 2009/6/2 ، وأنه سيترتب ، برأي الأقلية ، على الحكم الصادر في حالة صدوره ببطلان شرط التحكيم أن تلتزم هيئة التحكيم بالقضاء بعدم اختصاصها بنظر النزاع " ، ومع ذلك مضت هيئة التحكيم في الفصل في الدعوى التحكيمية غير عابئة بما نيط بمحاكم مجلس الدولة من ولاية واختصاص كانت تستوجب على الهيئة وفقاً لحكم المادة (46) من قانون التحكيم وقد عرض عليها خلال إجراءات التحكيم "مسألة" تندرج في ولاية المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع أن توقف الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ويترتب على هذا الوقف كما أكدت ذات المادة وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم ، ومن ثم لا يقوى القرار التحكيمي الصادر في 2009/9/12 أثناء نظر هذه الدعوى على سلب الاختصاص المقرر قانوناً لهذه المحكمة التي لها أن تستمر في نظر النزاع الماثل أمامها انصياعاً لما لها من ولاية لا تتغير إلا بتشريع مطابق لأحكام الدستور .

وثالثاً - أن هيئة التحكيم لم تتصد للفصل في الدفع ببطلان شرط التحكيم بل رفضته دون مناقشة لأسانيده حين عرض عليها لاعتبارات تعلقت بإجراءات التقدم به ، ومن ثم يظل للهيئة المدعية حق الاعتصام بقاضيها الطبيعي وفقاً للاختصاص المنوط به بالمادة (9) من قانون التحكيم المشار إليه ، خاصة وأن لجونها إلى قاضيها الطبيعي تم قبل الفصل في الدعوى التحكيمية .

ورابعاً - أن قضاء مجلس الدولة مستقر على أن اختصاصه بهيئة قضاء إداري المقرر له بموجب المادة (172) من الدستور والمادة (10) من قانون مجلس الدولة يستمر قائماً بنظر المنازعات المختص بها ولو استطل أمد النزاع إلى مرحلة أخرى خارجة عن اختصاصه طالما كانت الدعوى بشأن تلك المنازعات قد رفعت قبل بلوغ تلك المرحلة .

من ذلك : حكم محكمة القضاء الإداري بالقاهرة - الدائرة الأولى- الدعوى رقم 5934 لسنة 60 ق - جلسة 2007/4/10 - وأيضاً الدعوى رقم 5650 لسنة 60 ق جلسة 2007/6/26 في مجال الاختصاص بنظر القرارات المتعلقة بالترشيح للانتخابات مجلس الشعب وأثر قرار إعلان نتيجة الانتخاب على استمرار هذا الاختصاص).

ومن حيث انه بإتزال ما تقدم ولما كان الثابت إن الاتفاق المبرم بين الهيئة المدعية والشركة المدعى عليها والمتضمن شرط التحكيم محل النزاع هو اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية المبرمة بتاريخ 2009/1/6 وأحد طرفيها الهيئة المصرية العامة للبترول وهي شخص من أشخاص القانون العام ، وقد تعلقت بتسيير مرفق عام لإحلال الغاز الطبيعي كبديل لعديد من المنتجات البترولية السائلة توفيراً للدعم ومساهمة في الحفاظ على البيئة حيث التزم الطرف الثاني بإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة شبكات الغاز الطبيعي والتوصيلات المنزلية والتجارية والصناعية ومحطات القوى وتسويق الغاز في محافظة الشرقية (التمهيد والبندين الثالث والرابع من الاتفاقية) ، لمدة التزام قدرها (25) سنة) اعتباراً من تاريخ توقيع الاتفاقية (البند الثالث) ، ولتكون مدة الاتفاقية ذاتها (20) سنة) وتجدد إلى المدة المتبقية من مدة الالتزام ويجوز تمديد لها لمدد أخرى يتفق عليها (البند السادس) ، ويتحمل الملتزم تكاليف التنفيذ وتحت مسنوليته وأداء الخدمة العامة للجمهور وإجراء التعاقدات مع العملاء سواء المنزلي أو التجاري أو الصناعي أو محطات القوى نيابة عن الهيئة ، وقد تضمنت الاتفاقية شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص منها حق الهيئة في إنهاء وفسخ الاتفاق في الأحوال المبينة بالبند الخامس عشر ، وعلى ذلك فما من شك أن العقد محل النزاع لا يمكن اعتباره من عقود التجارة الدولية بالمعنى الاصطلاحي المتعارف عليه والمشار إليه آنفاً بل أن صحيح تكييفه انه من العقود الإدارية بحسبانه لا يعدو كونه عقداً من عقود التزام المرافق العامة - ذلك أن عقد التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد احد الأفراد والشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسنوليته وبتكليف من الدولة أو احدي وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمه عامه للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن وحصوله على الإرباح وعليه فالالتزام عقداً إدارياً ذات طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية مقابل ما يتقاضاه من عوض في شكل رسوم يحصلها من المنفعين ويؤكد على ذلك بوضوح لا يغامره الشك ما نص عليه القانون رقم 217 لسنة 1981 بشأن الغاز الطبيعي وكذلك لانحتة التنفيذية الصادرة بقرار وزير البترول رقم 820 لسنة 1996 فنصت المادة " الثانية" من اللائحة على انه " تتولى الهيئة المصرية العامة للبترول بالاشتراك والأشراف أو الإسناد أو الموافقة لشركات

أخرى من شركات القطاع أو المنشأة طبقاً للقوانين المصرية والتي تتوافر فيها الشروط والمواصفات الفنية المادية التي تضعها الهيئة للقيام ببعض أو كل الأنشطة المشار إليه

ونصت المادة " الثالثة " من اللائحة ذاتها على انه " تتولى الهيئة المصرية العامة للبترول الإشراف على الشركات بنفسها أو تعهد بهذا الإشراف إلى أى من شركات قطاع البترول التابعة لها ....."

ونصت المادة "10" من ذات اللائحة على انه " تتولى الهيئة المصرية العامة للبترول تحديد الشركات التي يصرح لها إجراء أعمال التركيبات أو التعديلات أو إصلاحات أو صيانة خطوط الغاز داخل المناطق السكنية ..... وتمنح الهيئة الموافقة لهذه الشركات بعد التأكد من أنها مؤهلة مادياً وفنياً وعلمياً للقيام بهذه الأعمال".

ومن حيث انه وبمطالعة العقد محل العقد " اتفاقية الغاز " فقد ابرم هذا العقد بين كلا من الهيئة المصرية العامة للبترول وبين شركة ناشيونال جاز شركة مساهمة مصرية مؤسسة طبقاً للقانون 8 لسنة 1997 بقرار رئيس هيئة الاستثمار رقم 961 لسنة 1998 ، كما نص التمهيد والذي اعتبره كلا من طرفي العقد على أن " ..... وحيث إن الهيئة ترغب في أن تعهد للشركة بأعمال ودراسة وتصميم وتوريد وإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة شبكات الغاز الطبيعي والتوصيلات المنزلية والتجارية والصناعية ومحطات القوى وكذلك تسويق الغاز في المنطقة المبينة في هذه الاتفاقية ، وكذا محاسبة العملاء على استهلاكهم من الغاز وغيرها وحيث إن الشركة قد تقدمت بعرض الى الهيئة للقيام بالأعمال المذكورة بعلانية حيث يتوافر لديها المقدرة المالية اللازمة للقيام بالأعمال المذكورة ولما كانت الهيئة قد قبلت هذا العرض وطبقاً لبنود هذه الاتفاقية وأحكام القانون رقم 217 لسنة 1980 بشأن الغاز الطبيعي ولائحته التنفيذية .

ويتضح مما تقدم بيقين لا يخالطه الشك أو يعتريه الغموض واللبس أن العقد موضوع المنازعة من عقود التزام المرافق العامة وهو من العقود المسماة والتي تضمنها نص المادة " 11/10 " من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 ومن ثم فإن محاكم مجلس الدولة تكون هي المختصة دون سواها بالفصل فيما يتمخض عنه من منازعات باعتبارها صاحبة الولاية العامة والقاضي الطبيعي المختص بسائر المنازعات الإدارية بحكم ما وسده لها الدستور وحدده القانون 47 لسنة 1972 من اختصاص عام وشامل في هذا الصدد لا يحد منه سوى النص صراحة في تشريع بعينه على أن يكون الاختصاص بنظر نوع معين من هذه المنازعات لمحاكم أو لجهة أخرى بيد أن مثل هذا النص حال وجوده إنما هو نص استثنائي لظروف يقدرها المشرع يتعين تفسيره في أضيق الحدود حتى لا تكون ذريعة ومدخلاً للافتتات على سلطة القضاء الإداري باعتباره قاضي القانون العام بحكم ولايته الدستورية والقانونية.

ومن حيث انه وبترتيب ما تقدم فإن الدفع بعدم الاختصاص ولانها على سند من أحكام المادة التاسعة من القانون رقم 27 لسنة 1994 والتي أناطت بمحكمة الاستئناف الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون إذا كان التحكيم تجارياً دولياً - فهذا الدفع في غير محله ذلك ان المنازعة الماثلة لا تتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية وإنما تتعلق بعقد إداري نبت في حقل القانون العام وتحت مظلته ومن ثم يضحى هذا الدفع في غير محله جديراً بالرفض

ومن حيث انه عن السبب الثاني:- أن اتفاق التحكيم هو عقد مستقل بذاته وهو عقد خاص لا يتأثر بكون العقد الاصلى مدنياً أو إدارياً.

ومن حيث إنه بدايةً فإن تفسير أى نص قانوني قائم هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتعيين نطاقها وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة ، وإذا كان المقصود بالتفسير هو الوقوف على معنى القاعدة القانونية حتى تطبق على الواقع فإن مجال ذلك من الناحية العملية لا يكون إلا في القواعد القانونية المكتوبة خاصة بالنسبة للقواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع لأن التشريع يرد عادة في المواد المختصرة مما يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة الوقوف على حكمه ولهذا أغلب الفقه يقتضون التفسير على التشريع

والتفسير له مفهومان أحدهما ضيق والأخر موسع ، أما المفهوم الضيق يقصد به استخلاص الحكم القانوني من النصوص التشريعية المعمول بها وهو عملية تتعلق بنية وإرادة المعرفة تقوم بها سلطة مختصة بهدف تخصيص وتجسيد المعطيات القانونية الموجودة ، وذلك لاستنباط قاعدة أو مجموعة قواعد تطبق على علاقات أو مرا كز أو تصرفات محدودة وعليه يقتصر التفسير وفق هذا المفهوم على تفسير التشريع دون غيره اعتباراً لمكانته بين المصادر الأخرى للقاعدة القانونية ولغموضه في الكثير من الأحيان وطبقاً لهذا المفهوم فإن مجال التفسير يقتصر فقط على قواعد التشريع.

أما التفسير بمعناه الواسع يقصد به إطلاقاً لا تحديداً الاستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية أو هو إجراء منهجي تستطيع بواسطته سلطة مختصة أن تبسط حكم أو مجموعة أحكام غامضة أو عنصر من عناصر القاعدة الواجبة التطبيق

ومن هنا فيكون مفهوم التفسير لكل قاعدة قانونية أياً كان مصدرها سواء التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف، وتبعاً لذلك يتسع مجاله فيشمل جميع القواعد القانونية.

ويأتي التفسير القضائي ضمن أهم أنواع التفسير باعتباره الممارسة العملية لتطبيق أي قاعدة قانونية حيث إن القاعدة القانونية توضع عامة ومجردة، وتطبيقاتها على الحالات الخاصة كثيراً ما تعترضها صعوبات مما يستوجب الوقوف على معناها الحقيقي حتى يعرف ما إذا كان من الممكن تطبيقها في شأن الحالات الخاصة، ويتم ذلك عن طريق التفسير، والتفسير تقوم به المحاكم كما يقوم به الفقه ولتفسير القواعد القانونية أهمية كبرى فتبعاً للطريقة المتبعة في تفسير النص القانوني يمكن توسيع أو تضيق نطاق تطبيقه، فعملية التفسير تتحكم في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها، كما أنه يتعدى تطبيق القاعدة القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض وهو التفسير الذي يقوم به القضاة وهم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يتجسّدوا حكم القانون على الوقائع التي بين أيديهم ويقومون بهذا دون أن يطلب منهم الخصوم ذلكم والتفسير القضائي يحدث دائماً عكس التفسير التشريعي لأن القاضي لا يمكنه أن يطبق القانون قبل تفسيره فالتفسير عمل سابق للتطبيق كما سبق ذكره.

والتفسير القضائي يمتاز بتأثره بالاعتبارات العلمية لأنه يجيئ بمناسبة تطبيق القانون على واقعة معينة مطروحة أمامه ومن خلال ما تقدم تبين أن دور القاضي أوسع وأدق من عمل المشرع نفسه لأن السلطة التنفيذية المختصة بالتشريع حيث تسن قاعدة قانونية تصفها دون النظر للحالات الخاصة والوقائع العلمية " فالتشريع ينبغي أن يراعي فيه العمومية والتجريد بينما القاضي يفصل في المنازعات المعروضة عليه ويواجه وقائع وحالات عملية قد تختلف في موضوعها وقد تتشابه، ويطلب منه الفصل فيها.

كما أنه يمتاز بصيغته العملية لأن القاضي هو الذي يفصل في المنازعات المعروضة عليه ويواجه وقائع خاصة وحالات عملية قد تختلف في موضوعها وقد تتشابه ويطلب منه الفصل فيما تفرقه قواعد القانون أما من حيث مدى قوة التفسير القضائي في الإلزام فإنه من الناحية القانونية غير ملزم بالنسبة للمحكمة نفسها الذي صدر منها التفسير في مناسبة معينة. ومن ثم فإن تفسير أي قاعدة قانونية ما لا يعنى بحال من الأحوال الانحراف عن مضمون النص التشريعي موضوع التفسير أو انتزاع حكماً قانونياً أو غاية غير التي أرادها المشرع من وراء أقرار النص ذلك أنه وفي مجال استظهار المقاصد التي رعى المشرع إلى بلوغها من وراء أقراره حكماً معيناً فإن العبارة التي صاغ المشرع بها النص التشريعي في سياقها ومحددة على ضوء طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي والأغراض التي يتوخاها هي التي يتعين التعميل عليها ولا يجوز العدول عنها إلى سواها إلا إذا كان التقيد بحرفيتها يناقض أهداف واضحة مشروعة.

ومن حيث أن التحكيم هو " أسلوب لفض المنازعات وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع، وعلى ذلك فإن نظام التحكيم أساسه إرادة الأطراف فهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة.

على أنه إذا كانت إرادة الأطراف هي التي تنشئ اتفاق التحكيم وتحدد القواعد التي تحكمه فإن الأمر يتطلب تدخل المشرع للنص بداءة على جواز التحكيم ذلك أن إرادة الأطراف وحدها ليست كافية لخلقها

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

وهو ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا قضت بأن " التحكيم هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون تانياً من شبهة الممالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في 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

كما قضت محكمة النقض بأن " حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يمحص إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو صلح يقبلان شروطه فضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما في إجراء هذا الصلح أو في الحكم في النزاع الطعون رقم 369 لسنة 22 القضائية جلسة 2 / 4 / 1956 ورقم 908 لسنة 49 القضائية جلسة 14 / 4 /

1983 و رقم 1965 لسنة 50 القضائية جلسة 12 / 2 / 1985 ورقم 573 لسنة 51 القضائية جلسة 3 / 12 / 1986

وفي المقابل فإذا كان هذا هو تعريف التحكيم بصفة عامة فإن تعريف التحكيم الإداري لا يختلف كثيرا عن التعريف العام وإن كانت له بعض الخصوصية نظرا لأن أحد 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 " أنه 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 تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية والمستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري ، عقدية كانت أم غير عقدية فيما بينها أو بين إحداها أو أحد وأشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية "

د/ نجلاء حسن سيد - التحكيم في المنازعات الإدارية - 2002 - ص 22 ، وذات المعنى د/ شمس مرغني - التحكيم في منازعات المشروع العام - 1973 ص 557

ويؤخذ من هذا التعريف أن التحكيم في العقود الإدارية يتميز بمجموعة من الخصائص على النحو التالي:-

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

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

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

ومن حيث إن المادة " 23 " من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تنص على أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الآخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته."

ومن حيث إن مفاد ما تقدم أن شرط التحكيم الوارد في العقد هو بمثابة اتفاق مستقل بذاته وتقوم صحته في ذاته ولو كان في عقد باطل أو فسخ أو انهي بما يعني إن شروط صحته تتميز عن شروط صحة العقد وما يلحقه من أوضاع قد تستوجب فسخه أو إنهائه أو بطلانه.

ومن حيث أنه يجب الوقوف على عبارة " إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته" نستحلي 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 الإداري وفق شروط الإبرام واجراءته التي ترد بالقانون واللوائح هذه الصلاحية لا تفيد بذاتها صلاحية جهة الإدارة عينها في إبرام شرط التحكيم لتمييز موضوع العقد عن شرط التحكيم في شروط الصحة وأوضاع النفاذ والاستمرار - مناط ذلك أن العقد الإداري يتضمن طبيعته شروطاً استثنائية تقيم لجهة الإدارة المتعاقدة وجه سطوه ونفوذ في العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الأخر وبما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتسيير مرفق عام وإنما يتعارض مع هذه الطبيعة أن يرد شرط التحكيم في المنازعات التي تقوم بين أطراف العقد وما تفترضه من مشاركة طرفي العقد في تشكيل هيئة التحكيم تشكيلة اتفاقياً وإذا كان المشرع لم يشأ أن يخضع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لاختصاص جهة القضاء المدني وحصر منازعاتها في القضاء الإداري بحسبانه اختصاص حاجزا لمنازعات من هذا النوع من العقود لما تتميز به من أوضاع تتعلق بسلطات الهيئات العامة وبشؤون المرافق العامة وتسييرها وإذا كان هذا هكذا فإن منازعات العقود الإدارية تكون أكثر نانيا عن طبيعة نظام التحكيم ، وأيا كان الأمر وإذا كان المشرع قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية فإنه لا ينبغي التوسع في هذا الأمر بما يمثل افتتاحات على اختصاص القضاء الإداري ولما كان الاتفاق على التحكيم وإن كان عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي فإنه بذاته لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً وصحيحاً وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن هذا الشرط إن شابه أي نوع من أنواع البطلان أو شابه عوار قانوني يرد الشئ إلى أصله أي ينعد الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً"

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 في اتفاق التحكيم بحيث يشكل معها كلاً لا يتجزأ ويشاركها في طبيعتها الاتفاقية " C. Case, 27

"Juillt- 1937 - Req - Dalloz , 1938 P 20

بيد أنه وإن كان التسليم بالطبيعة العقدية لعقد التحكيم " شرط أو مشاركته" وأنه شرطاً مستقلاً بذاته إلا أنه ليس معنى ذلك أنه عقداً مدنياً بصفة عامة تحكمه قواعد القانون الخاص وهو ما لم يقصده المشرع أو ينص عليه صراحة إنما كانت الغاية منه إعطاء هذا الشرط استقلالية خاصة عن باقي بنود العقد وتحسينه من أي بطلان يلحق بالعقد الأصلي فلا يؤثر عليه أما تحديد الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق فلم يتطرق إليها المشرع ولو كان المشرع أراد النص على اعتبار اتفاق التحكيم

عقد مدني لفعل ونص صراحة عليه أما القول بغير ذلك فمن شأنه تحميل النص أكثر مما أوريد منه لما فيه من تزييد غير مقبول فضلا على أن أعمال هذا المبدأ الافتراضي من شأنه سلب الاختصاص القضائي التي تختص أصلا بنظر العقد الاصلى المتضمن شرط التحكيم إضافة إلى ذلك فليس من المقبول او المتصور عمليا أن يخضع شرط التحكيم الى محكمة بينما يخضع العقد الاصلى لمحكمة أخرى على الرغم من اتحاد طرفيه وموضوعه .

ويؤخذ من هذا الأمر انه وان كان شرط التحكيم هو شرط مستقل بذاته إلا أن طبيعته القانونية ترتبط وجودا وعلما بالعقد الاصلى الذي تضمن هذا الشرط وينسحب حكم العقد الاصلى على شرط التحكيم وما يدل على ذلك ويثبتته:-

**أولاً:-** أن المشرع بمقتضى المادة الأولى من القانون 9 لسنة 1997 - بتعديل قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 نص على شرطين لجواز التحكيم فى العقود الإدارية حيث تمثل الشرط الأول فى ضرورة موافقة الوزير المختص او من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة بينما تمثل الشرط الثانى فى عدم جواز التفويض فى ذلك.

ووفقا لذلك فإنه لا يجوز لاي جهة حكومية أن تضمن العقد شرط او مشارطة التحكيم إلا بموافقة الوزير المختص وقد بررت المذكورة الإيضاحية للقانون اشتراط موافقة الوزير المختص على تضمين العقد شرط التحكيم بقولها " ..... رؤى إدخال تعديل بالإضافة إلى المادة "1" من قانون التحكيم سالف الذكر يقرر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق واعتماده طبقا لاستعمالها وضمانا لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام وبحيث يكون المراد فى هذا الشأن للوزير المختص او من يمارس اختصاصه فى الأشخاص الاعتبارية العامة"

مضبطة مجلس الشعب - الفصل التشريعي السابع - دور الانعقاد العادي الثاني - الجلسة الستين 23 ابريل 1997 ملحق رقم 2 - ص 82"

كما أن القانون قد حظر على الوزير او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة أن يفوض غيره فى ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم فى العقود الإدارية سواء تمثل هذا فى شرط او مشارطة التحكيم ومن الواضح أن اشتراط عدم التفويض يجد أساسه فى أهمية العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم فى العقد وضماته لعدم إساءة استعمال التحكيم فى العقود الإدارية نظرا لما يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطنى والالتجاء الى هيئة التحكيم عوضا عن اللجوء إلى قضاء الدولة المختصة إذ لو كان التحكيم عقدا مدنيا لما استلزم المشرع ضرورة موافقة الوزير المختص على إدراج هذا الشرط فى العقود الإدارية. " د/ جابر نصار - التحكيم فى العقود الإدارية - دار النهضة العربية - ص 109"

ثانيا:- أن الاعتراف باتفاق التحكيم وترتيب آثاره القانونية يتوقف بداءة على وجود هذا الاتفاق وصحته وهذا الاتفاق يعد عقدا ككل العقود ومن ثم فإذا ابرم اتفاق التحكيم بشأن عقد أدارى تبين فيما بعد عدم اكتمال احد أركانه او تخلف شرط من شروط صحته فإن هذا الاتفاق يكون باطلا او قابلا للإبطال بحيث لا تترتب عليه آثاره القانونية وهو ما أكدته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حينما أفقت " ولما كان شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى فإنه يلزم لنفاده توافر الأركان والشروط المتطلبية قانونا من رضا صحيح غير مشوب بعيب من العيوب ،هـ ومحل قابل للتعامل فيه وسبب مشروع فإذا ثبت أن قبول جهة الإدارة لشرط التحكيم كانت نتيجة لغلط فى القانون وكان المتعاقد الأخر على صله بهذا الغلط كان يكون مشتركا فيه او كان عالما به او كان من السهل عليه أن يتبينه فإن هذا الشرط يكون قابلا للإبطال بعد ثبوت الغلط على الوجه الذي تسفر عنه الحقيقة القضائية للنزاع "

فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم 28 - جلسة 18/1/1998 - ملف رقم 343/1/54 - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 886 لسنة 30ق - جلسة 18/1/1994"

ومن حيث إن الاستفادة من الفتوى ومن الحكم السابقين أن مجلس الدولة المصرى والفرنسى على السواء يتعاملان مع شرط التحكيم كاتفاق مستقل عن العقد الاصلى ومن حيث إن استقلال كلا منهما عن الأخر فى شروط وإجراءات إبرامه فقط بما معناه أن بطلان أيا منهما لا يؤدي إلى بطلان العقد الأخر دون أن يكون هذا الاستقلال مبعثا لاختلاف الطبيعة القانونية لأحدهما عن الأخر او يشكل تمايزا فيما بينهما - ذلك أن مجلس الدولة عندما يمارس دوره الرقابي على هذا الشرط إذا ما أدرج فى عقد عام إنما يمارسه استنادا إلى الطبيعة العقدية الإدارية لاتفاق التحكيم والتي تنعكس عليه كنتيجة طبيعية للعقد الاصلى وهو أمر منطقي تسنده الاعتبارات القانونية فشرط التحكيم يقصد من ورائه حسم نزاعات تنشأ مستقبلا بعد دخول العقد حيز التنفيذ سواء كانت تلك النزاعات متعلقة بتنفيذ العقد او تفسير نصوصه - يضاف إلى ذلك أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات ومن ثم فإن نطاق أعمال شرط التحكيم إنما يتقيد بما يتقيد به أعمال كل استثناء من انه لا يجوز التوسع فى تفسيره وتلك قاعدة أصولية فى التفسير لا يجوز تجاهلها.

ومن حيث انه وفقا لما هو مستقر عليه إن المشرع منزه عن السهو والخطأ فانه ينبغي تفسير المادة "23" من قانون التحكيم بما لا يهدم خصائص العقد الادارى ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بهذا العقد إذ أن اختصاص مجلس الدولة ورد في قانون موضوعي اى كقاعدة عامة. ولما كان ذلك وحيث إن العقد مثار النزاع ثبت يقينا انه عقدا إداريا بالمعنى الاصطلاحي والقانوني المتعارف عليه الأمر الذي ينسحب معه وفي ظله هذا الوصف على اتفاق التحكيم وهو ما ينعقد به الاختصاص لمحاكم مجلس الدولة ويغدو الدفع عليه في غير محله جديرا بالرفض.

ومن حيث انه وعن السبب الثالث:- أن دعوى بطلان حكم التحكيم يجب أن يرفع إلى المحكمة المدنية المختصة عملا بحكم المادة 2/54 من قانون التحكيم.

ومن حيث ان المادة "9" من القانون رقم 27 لسنة 1994 على انه "1- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً . سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر .

2- وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم .

وتنص المادة "13" من ذات القانون على انه "1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى .

2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم .

وتنص المادة "54" من ذات القانون على انه "1- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم .

2- تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع .

وحيث إن المستفاد من هذا النص أن مناط الحكم بعدم قبول الدعوى هو أن يرفع إلى المحكمة (نزاع) يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ، والمقصود بالنزاع هو "الخلاف الذي يدب بين طرفي التعاقد حول تنفيذ أي بند من بنود التعاقد" ، وهو ما عبر عنه البند العشرون من الاتفاق المبرم بين الطرفين بأنه " النزاع أو الخلاف أو المطالبة الناشئة عن الإخلال بالاتفاقية أو إنهائها أو بطلانها الذي ينشأ بين الطرفين من تطبيق الاتفاقية والذي تبدأ تسويته بالتفاوض الودي الإيجابي بين الطرفين وعند عدم التوصل إلى اتفاق يحسم النزاع بالتحكيم " ، ومن ثم فإن النزاع بالمعنى المتقدم متى وجد بشأنه (اتفاق تحكيم) وأقام أحد الأطراف دعوى مطالبة بشأن ذلك النزاع أمام المحكمة ، ودفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى وجب على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى أي عدم نظر النزاع لوجود شرط تحكيم ،

ومن حيث إنه من المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن تكييف الدعوى وتحديد طلبات الخصوم فيها هو من تصريف محكمة الموضوع تجريه وفقاً لما هو مقرر من أن القاضي الإداري يهيمن على الدعوى الإدارية وله فيها دور ايجابي يحقق من خلاله مبدأ المشروعية وسيادة القانون ولذلك فانه يستخلص التكييف الصحيح للطلبات مما يطرح عليه من أوراق ومستندات ودفاع وطلبات الخصوم فيها وما يستهدفونه من إقامة الدعوى دون توقف على حرفية الألفاظ التي تستخدم في إبداء تلك الطلبات ودون تحريف لها أو قضاء بما لم يطلبوا أو يهدفون إلى تحقيقه ، والعبرة دائماً بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني . حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4011 لسنة 50 ق ع جلسة 2006/12/5 .

ومن حيث إن تكييف المحكمة للدعوى إنما يخضع لرقابة محكمة الطعن التي يكون لها أن تزن ما انتهى إليه التكييف الوارد في الحكم المطعون فيه بميزان القانون توصلاً إلى إبرام ما انتهى إليه هذا الحكم المطعون فيه أو نقضه علي ضوء ما يجب أن يكون عليه التكييف القانوني السليم لموضوع النزاع المعروف وحقيقة ما تستهدفه إرادة المدعية من طلباتها في الدعوى .

وهذا على ما تقدم ولما كانت الهيئة المطعون ضدها تهدف بدعواها - بحسب طلباتها الختامية والتكييف الصحيح لها - إلى الحكم بقبول الدعوى شكلاً ، وبوقف تنفيذ ثم بطلان شرط التحكيم الوارد بعقد التزام المرافق العامة المبرم بين الهيئة

والشركة المدعية بتاريخ 1999/1/6 وما يترتب على ذلك من آثار أخصها بطلان إجراءات التحكيم في القضية التحكيمية رقم 567 لسنة 2008 وأية قرارات تصدر عن هيئة التحكيم ومن ثم فليس المقصود هو بطلان حكم هيئة التحكيم.

أما وعن التمسك بالمادة "13" من قانون التحكيم المشار إليه للدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر النزاع فإنه وفي معرض بحث هذا الدفع فإنه ينبغي التفرقة بين أمرين الأمر الأول هو الدفع بعدم الاختصاص أما الأمر الثاني فهو الدفع بعدم القبول.

أما وعن الأمر الأول وهو الدفع بعدم الاختصاص فهو ذلك الدفع الذي يتمسك به الخصم لمنع المحكمة من سماع الدعوى لأنها تخرج عن حدود ولايتها بينما الدفع بعدم القبول يتمسك به الخصم بمنع المحكمة من سماع الدعوى مع تسليمه باختصاصها بنظرها.

وبعبارة أخرى لا يحصل التمسك بعدم الاختصاص إلا إذا تم رفع الدعوى بالمخالفة لقواعد الاختصاص المقررة في التشريع بينما لا يتمسك بعدم القبول إلا إذا أنكر الخصم سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء مع تسليمه باختصاص المحكمة بنظر الدعوى المرفوعة إليها – ويؤخذ من ذلك أن مخالفة القواعد التي توزع الاختصاص على المحاكم المختلفة هي وحدها التي تنشئ دفعا بعدم الاختصاص بينما إنكار سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء أيا ما كانت المحكمة المرفوع إليها النزاع هو وحده الذي ينشئ دفعا بعدم القبول فالمحكمة تختص أصلا بنظر النزاع المتفق فيه على التحكيم وإنما تفقد سلطتها في الفصل فيه لقيام هذا الاتفاق. " د/ احمد أبو ألوف – التحكيم الاختياري والاجباري – ط3 1978 - ص116 "

من كل ما تقدم يتضح أن الدفع بعدم الاختصاص مجاله عندما ترتكب مخالفة لقواعد الاختصاص الشكلية المقررة في التشريع فترفع الدعوى إلى محكمة لا تختص بها وإنما تدخل في اختصاص محكمة أخرى أو جهة قضائية أخرى أو لا تختص بها إيه محاكم أو تختص بها فقط لجان إدارية ذات اختصاص قضائي أو لجان قضائية أما الدفع بعدم القبول فمجاله عندما تكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى وفقا للقواعد الشكلية المقررة في التشريع وإنما سلطتها في نظرها منتفية لتخلف شرط عام من شروط القبول أو لخلف شرط خاص من الشروط المقررة لقبول تلك الدعاوى بالذات وسائر هذه الشروط العامة والخاصة متصلة بعنصر من عناصر الحق لأن الحق هو مصلحة يحميها القانون ومن الطبيعي أنه إذا قيد المشرع هذه الحماية فإن هذا القيد يرد على سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء ولا شأن له على وجه الإطلاق بأمر اختصاص المحكمة بنظر الدعوى أو عدم اختصاصها ، وهكذا فإن العناصر المحددة لاختصاص المحكمة هي في الغالب عناصر ثابتة بينما العناصر المكونة لشروط قبول الدعوى قابلة للتغيير فتمتد الدعوى إلى محكمة مختصة فلما ينزع عنها الاختصاص بنظرها بينما تصبح الدعوى غير مقبولة – بعد ان كانت مقبولة او قد تصبح مقبولة بعد ان كانت غير مقبولة. د/ احمد أبو ألوف – التحكيم الاختياري والاجباري – ط3 1978 - ص118 - 119

وبالإحالة إلى ما تقدم وحيث إن تضمين العقد لاتفاق التحكيم " شرطا أو مشارطه" يترتب عليه نزول الخصم عن حقه في الالتجاء إلى القضاء أي الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ومتى نزل الخصم بإرادتهم عن سلطة الالتجاء إلى القضاء تكون الدعوى قد فقدت شرطا من شروط قبولها مما يمتنع على المحكمة قبولها إذا فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة إنما يمنعها فقط من سماع الدعوى مادام الشرط مازال قائما صحيحا منتجا لآثاره فالخصم باتفاقه على التحكيم يتنازل عن حقه في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه وبالتالي يضحى الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من الدفع بعدم قبول الدعوى لأنه لا ينكر سلطة خصمه في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي للذود عن حقه. " د/ أبو هيف – التنفيذ – ص933 الحاشية رقم 4 و ص 922 الحاشية رقم 2 "

وبالتالي فإنه يمكن القول إن شرط التحكيم يمثل عائقا مؤقتا يمنع المحكمة من سماع الدعوى ومن ثم فإن عدم وجود هذا الشرط أو بطلانه أو الرجوع فيه باتفاق طرفيه يوجب رد النشئ إلى أصله أي الالتجاء إلى المحكمة المختصة وذلك لزوال أسباب المنع من قبولها وهو ما أكدته محكمة استئناف القاهرة حينما قضت " أن اتفاق التحكيم هو دستور وأساس مشروعيتها ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع كما أنه يعد الأساس القانوني المباشر لإخراج النزاع من اختصاص المحكمة صاحبة الولاية وبالتالي فإن عدم وجود شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم صحيحا يفضى إلى انعدام حكم التحكيم لانتفاء ولاية المحكم في إصداره ولافتئات الحكم على السلطة القضائية في الدولة وغضب ولايتها بما يشكله ذلك من اعتداء على النظام العام. " حكم محكمة استئناف القاهرة – د/91 تجارى – دعوى رقم 118 - 121 لسنة 121 تحكيم – جلسة 2005/9/25 "

ومن هذا المنطلق فإنه لا بد أن نفر أنه حتى مع وجود اتفاق التحكيم والذي يمنع المحكمة من نظرها فإن الدفع بعدم القبول حينئذ لا يمنع قاضي الموضوع من تحقيق هذا الدفع ورفضه إذا ما تبين له بطلان اتفاق التحكيم لاي سببا كان – ذلك أن مناط الحكم بعدم قبول الدعوى هو وجود اتفاق تحكيم صحيح وليس الوجود المادي لمحرر يتضمن مثل هذا الاتفاق ، فالقاضي لا يتخلى عن حقه في التصدي لموضوع نزاع طرح عليه إلا إذا تبين أن اتفاق التحكيم الذي يتمسك به احد الأطراف هو اتفاق منتجا لآثاره وصالح لعقد هيئة تحكيم تنظر النزاع أما إذا تبين أنه اتفاق باطل فإن له رفض الدفع بعدم القبول والتصدي لموضوع النزاع ، ولا يعوقه عن ذلك الارتكان إلى نص المادة "22" من قانون التحكيم فتلك المادة ترسي مبدأ الاختصاص بالاختصاص أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبني على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه .

فالواقع أن هذا النص يعطى لهيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفع – ولكنه لا يسلب ولا يستطيع أن يسلب اختصاص القاضي بالفصل في هذا الدفع إذا طرحت عليه بمناسبة تمسك طرف باتفاق التحكيم ودفع الطرف الآخر ببطلان شرط التحكيم



فقاضى الدعوى هو قاضى الدفوع ، ولا يتصور إلزام القاضي بالحكم بعدم القبول استنادا إلى تمسك احد الأطراف باتفاق تحكيم اكتشف القاضي بطلانه فضلا عن ذلك فإن صدور حكم تحكيم بناء على اتفاق باطل سيجعل هذا الحكم محلا لطلب بطلانه وفقا لنص المادة "1/53" التي تورد بين أسباب بطلان حكم التحكيم ، استناده إلى اتفاق باطل ، فثبوت البطلان أمام القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح أفاق التحكيم واستعادة اختصاصه الذي لا يصح أن يفقده إلا بوجود اتفاق صحيح"د/ مختار بريرى - التحكيم التجاري الدولي - ط 1995 - ص 47 48"

ومن حيث وان كان المشرع قد خول هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه ، إلا أنه لا يقوى على سلب اختصاص "المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع المحددة بالمادة 9 من القانون" ، إذ أن القاضي الطبيعي لمنازعات العقود الإدارية هو قضاء مجلس الدولة ، والاتفاق على التحكيم إنما يعني أن إرادة المحكم تقتصر على إحلال المحكم أو هيئة التحكيم محل المحكمة في نظر النزاع ، ومن ثم فإن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة في جميع الأحوال ، وإنما متى كان الاتفاق صحيحاً كان مانعاً من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم صحيحاً وقائماً ، ولا يجوز القول بإسناد التحقق من صحة شرط التحكيم الذي حال بين القاضي الطبيعي وسماع الدعوى ورقابة هذا الشرط لجهة قضائية أو تحكيمية سواه ، تقرر بنفسها نيابة عنه نزع الاختصاص عنه أو عودته إليه ، فليس من شك في أنه مما يقوض أركان الدولة القانونية إلزام القاضي الطبيعي بالحكم بعدم قبول الدعوى على سند من تمسك طرف باتفاق التحكيم في الوقت الذي تبين فيه للقاضي فساد أو بطلان شرط التحكيم ، خاصة وأن المشرع أقر في المادة (13) من القانون باستمرار المحكمة المختصة في نظر الدعوى إذا لم يبدد الدفع من أحد الأطراف أو إذا أبداه متأخراً بعد إبدائه لأي دفع آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى ، كما أوجب في المادة (46) منه على هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم حتى يصدر حكم نهائي متى عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة من المسائل المبنية بتلك المادة ، ومن ثم فإن نص المادة (22) من قانون التحكيم وقد خلا من تقرير الفصل في الدفع ببطلان شرط التحكيم " لهيئة التحكيم وحدها دون غيرها" ، فإنه لا يجوز إهدار اختصاص المحكمة وفقاً للمادة (9) من القانون ذاته في رقابة شرط التحكيم المانع من سماع المحكمة لدعوى تتعلق بمنازعات العقود الإدارية فالاتفاق على التحكيم متى كان باطلاً تعين على المحكمة المختصة أن تباشر ولايتها واختصاصها ، ومتى كان صحيحاً مبرراً من العيوب لم ينزع كذلك الاختصاص عن المحكمة وإنما كان مانعاً من سماع ما نيظ الفصل فيه من مطالبات ومنازعات تختص بنظرها هيئة التحكيم ، ومتى كان ما تقدم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى على أساس المادة (22) من قانون التحكيم يغدو فاقداً سنده خليفاً بالرفض.

أما القول بأن هيئة التحكيم بعد اتصالها بالنزاع تحتكر النظر في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم ذلك أن مبدأ تقرير الاختصاص بالاختصاص مقصود به عدم تعويق سير عملية التحكيم فالهيئة لا توقف الإجراءات لحين عرض الأمر على القضاء - بل لها أن تستمر إذا قدرت أن الدفوع مقصود بها المماثلة وإطالة أمد النزاع وهذه المبررات لا شأن لها ولا يصح أن تؤدي إلى القول بمنع القاضي من التحقق من صحة أو بطلان اتفاق التحكيم بل على العكس تبرر تأكيد سلطته لأن رفع الأمر إليه لن يكون سبباً في وقف أو منع سير إجراءات التحكيم إلا إذا تبين للقاضي بطلان اتفاق التحكيم فيتصدى للموضوع وإصدار حكماً فيه إذ يتحتم على هيئة التحكيم في هذه الحالة وإنهاء الإجراءات لأن استمرارها سيصبح غير ذي موضوع. ومما يؤيد هذا الاتجاه ويدعمه أن القانون النموذجي واتفاقية نيويورك للتحكيم يسمحان للقاضي الوطني طرح اتفاق التحكيم إذا كان باطلاً وهو ما نصت عليه المادة 3/2 من الاتفاقية على إلزام المحاكم بالإحالة " ما لم يتبين للمحكمة إن هذا الاتفاق باطلاً أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"

وعلى نفس النهج وسار القضاء الفرنسي حيث أنه يخول للقاضي إمكانية عدم الحكم بعدم الاختصاص والتصدي للموضوع إذا تبين له البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم كحالة خلو الاتفاق من شرط التحكيم أو تسمية المحكم أو بيان أسلوب اختيارهم أو خلو المشاركة من تحديد موضوع النزاع.

وحيث إنه وبتنازل جميع ما تقدم على مضمون البند العشرون من اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية يبين أن الاتفاقية وما تضمنته من بنود بما فيها البند العشرون المتضمن شرط التحكيم في منازعة من منازعات العقود الإدارية تتعلق بعقد التزام المرافق العامة، لم توقع من الوزير المختص وهو وزير البترول ، بغير خلاف في ذلك بين الهيئة المدعية والشركة المدعى عليها ، وإنما وقعها رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول التابعة لوزير البترول وفقاً لحكم المادة (2) من القانون رقم 20 لسنة 1976 في شأن الهيئة المصرية العامة للبترول ، ومن ثم يكون شرط التحكيم المشار إليه قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أثر له ويكون هو والعدم سواء وما يترتب على ذلك من آثار وبالتالي يكون تصدى المحكمة للدفع بعدم القبول ورفضه متفقاً وصحيح حكم القانون..

ومن حيث أنه وعن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها

وحيث أن المادة (101) من قانون الإثبات تنص على أن "الأحكام التحي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً، وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها." كما تنص المادة (23) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أنه "يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم التأديبية وذلك في الأحوال الآتية:

1) .....  
2) .....

(3) إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشئ المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع.

ومن حيث ان المادة " 55" من قانون التحكيم تنص على انه " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.

والمستفاد مما تقدم أن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي يمنع الخصوم من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها هذا الحكم في أي دعوى تالية تكون فيها هذه المسألة هي بذاتها الأساس فيما يدعيه أي من الطرفين قبل الآخر من حقوق مترتبة عليها، والمنع من إعادة النزاع في المسألة المقضي فيها في هذا الصدد قوامه وحدة المسألة في الدعويين بأن تكون هذه المسألة تناولها الطرفين في الدعوى الأولى وعرضت لها المحكمة في الدعوى وحسمتها في منطوق حكمها أو في أسبابه المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً فاستقرت حقيقتها بينهما بهذا الحكم، فإن هذا الحكم بعد استنفاد طرق الطعن فيه يحوز قوة الأمر المقضي فيه في تلك المسألة الأساسية بين الخصوم أنفسهم ويمنعهم من إعادة المجادلة فيها في أي دعوى تالية محلها أي حقوق متفرعة من هذه المسألة أو مترتبة عليها.

ومن حيث أنه من المبادئ المقررة أيضاً أنه متى حاز الحكم قوة الأمر المقضي فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من مسائل ويعتبر عنواناً للحقيقة، فقوة الأمر المقضي للحكم تسمو على قواعد النظام العام ... "الطعن رقم 3284 لسنة 33ق. عليا جلسة 1991/1/13".

ومن حيث انه يشترط للحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها الاتحاد في الخصوم وفي المحل وفي السبب - إذا تخلف شئ من ذلك فلا يجوز الحكم بعدم جواز نظر الدعوى - القواعد الخاصة بقوة الأمر المقضي هي من القواعد الضيقة التفسير التي يجب الاحتراس من توسيع مداها منعاً للأضرار التي قد تترتب على هذا التوسع فكلما أختل أي شرط من شروط تلك القاعد كالمحل أو السبب أو الخصوم بأن أختلف أي منهما في الدعوى الثانية عما كان عليه في الدعوى الأولى وجب الحكم بأن لا قوة للحكم الأول تمنع من نظر الدعوى الثانية ومن ثم يتعين رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها .  
ومن حيث أن التمسك بحجية الأمر المقضي به لا يترتب إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون تعدد صفاتهم وتعلق بذات المحل سبباً وموضوعاً.

وينبغي على ذلك أن ثمة شروط يلزم توافرها للتمسك بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها فان انتفى أي من هذه الشروط

وهذه الشروط كما يبين من المقارنة بين صدور النص وعجزه تنقسم ثلاثة أقسام:-

- 1- قسم يتعلق بانعقاد الخصومة صحيحة مستوفيه لشروطها القانونية
- 2- قسم يتعلق بالحكم وهو إن يكون حكماً قضائياً وإن يكون حكماً قطعياً وإن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه إلا إذا ارتبطت الأسباب ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب،
- 3- قسم يتعلق بالحق المدعي به فيشترط أن يكون هناك اتحاد في الخصوم والمحل والسبب

ومن حيث إن الخصومة القضائية -هي مجموعة الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناء على مسلك إيجابي يتخذ من جانب المدعي ، وتنتهي بحكم فاصل في النزاع أو بتنازل أو صلح أو بسبب عيب أو خطأ في الإجراءات أو بأمر عارض - إنما هي حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى بالإدعاء لدى القضاء ، أي بالالتجاء إليه بوسيلة الدعوى أو العريضة و قد حدد القانون إجراءات التقدم بهذا الإدعاء الذي ينبغي عليه انعقاد الخصومة و هي التي تقوم على اتصال المدعي بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى و تكليف المدعي عليه بالمثل أمامها لكونها علاقة بين طرفيها من جهة ، و علاقة بين هذين الطرفين و بين القضاء من جهة أخرى فإذا لم تكن ثمة دعوى من أحد الخصمين للخصم الآخر إلى التلاقي أمام القضاء ، أو لم يكن لأحدهما أو كليهما وجود فلا تنشأ الخصومة القضائية و لا تتعقد ،

ويؤخذ من ذلك أنه إذا لم تقم الدعوى صحيحة سقط ركن من أركان الخصومة ، و متى انعدمت هذه و فقدت كيانها كان الحكم صادراً في غير خصومة ، و بالتالي باطلاً بطلاناً ينحدر به إلى حد الانعدام .

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

على انه إذا كانت إرادة الأطراف هي التي تنشئ اتفاق التحكيم وتحدد القواعد التي تحكمه فإن الأمر يتطلب تدخل المشرع للنص بداءة على جواز التحكيم ذلك أن إرادة الأطراف وحدها ليست كافية لخلقها وهو ما يترتب عليه أن اتفاق التحكيم ذات طبيعة مركبة يجمع بين الصفتين العقدية والقضائية ، فالتحكيم يبدأ باتفاق ويمر بإجراء وينتهي بحكم لأنه في أساسه وجوهه تصرف ارادى ذي طابع عقدي بيد انه في انطلاقه نحو تحقيق هدفه يدخل في عداد العمل القضائي فالصفتان العقدية والقضائية صنوان لا يفترقان عبر مراحل التحكيم " د/ محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي - ط1997 - ص 73 "

فالتحكيم إذن نظام تتعاقب عليه صفتان أولهما تعاقدية وتبدو جلية في حرية الأطراف في اختيار التحكيم طريقا لحل منازعاتهم بعيدا عن القضاء فضلا عن اختيارهم لمكان إجرائه والقانون الواجب التطبيق على النزاع بيد أن هذا الطابع العقدي يتوازى في مرحله تاليه ليرتدى رداء القضاء وهو ما تبنته المحكمة الدستورية العليا في احد أحكامها حينما قضت بان " التحكيم وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكم فيه سلطاته ..... وينتهي بقرار يصدر عن هيئة المحكمين يكون حكما فاصلا في الخصومة بتمامها" " حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية - جلسة 1994/12/17 "

ويؤخذ من ذلك أن التحكيم يركز على دعامتين أساسيتين هما الإرادة الذاتية للخصوم من ناحية وإقرار المشرع لتلك الإرادة من ناحية أخرى فإرادة الخصوم تعد الركن الأول الذي يقوم عليه اتفاق التحكيم باعتبارها تلعب دورا أساسيا في إيجاد التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات حيث لا يدعو الأفراد ملزمين او مجبرين على اللجوء إلى التحكيم ومن ثم فإنه يؤسس دائما على حرية الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وإذا كان هذا المبدأ يجد نطاق تطبيقه في عقود الأفراد الخاصة فإن التعبير عن الإرادة في إبرام العقود الإدارية تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون باعتبار أن الموظف المختص بإبرام العقد الإداري لا يتصرف في مال مملوك له.

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)

فالظاهر من هذا النص أن المشرع قدر أن تضمين العقد الإداري شرط التحكيم لن يتأتى إلا بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بشأن الاتفاق على التحكيم في منازعات تلك العقود وهو أمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه لاسيما وان من القواعد الأصولية أن أعمال النص خير من إهماله وان القانون اللاحق ينسخ حكم القانون السابق شريطة أن يسرى على العلاقات القانونية الناشئة بعد نفاذه إعمالا لقاعدة المدى الزمن لسريان القواعد القانونية ... الأمر الذي يستوجب معه احترام القيد الذي أتى به المشرع بالقانون رقم 9 لسنة 1997 بشأن ضرورة موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بحيث يقع التحكيم غير منتج لأثاره إذا لم يتم بموافقة الوزير او من يتولى اختصاصه - مناط ذلك أنه ينبغي وبحكم اللزوم أن يقوم اتفاق التحكيم على الأسس القانونية والضوابط التشريعية التي أرساها القانون وتكفل ببياناتها بحيث أنه إذا انعدمت تلك الأسس أو زالت زال معها بالتبعية كل اثر ترتب على اتفاق.

ومن حيث أن اتفاق التحكيم هو دستورته وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع كما انه يعد الأساس القانوني المباشر لإخراج النزاع من اختصاص المحكمة صاحبة الولاية وبالتالي فإن عدم وجود شرط التحكيم او اتفاق التحكيم صحيحا يقضى إلى انعدام حكم التحكيم لانتهاء ولاية المحكم في إصداره ولافتتات الحكم على السلطة القضائية في الدولة.

ولما كان ذلك وحيث أن الثابت من الأوراق وهو ما لم تنفيه الشركة الطاعنة بطلان شرط التحكيم المدرج بالبند عشرون من العقد موضوع النزاع استنادا إلى عدم موافقة الوزير المختص وتوقيعه على الشرط بما يعنى ان الخصومة القضائية التي ترتبت على هذا الشرط لم تنعقد انعقادا صحيحا وفقدت شرطا من شروط صحتها ومن ثم تضحى جميع الإجراءات التي ترتبت على هذا الاتفاق بداية من إدراج الشرط وعرض النزاع على هيئة التحكيم نهاية بصدر الحكم التحكيمي هي والعدم سواء لا توتى أثارها القانونية بما مؤداه أن صدور حكم التحكيم المحتج به لا يحوز قوة الأمر المقضي به والتي عنها المشرع وبينها تفصيلا في المادة 101 من قانون الإثبات وذلك لصدوره بالمخالفة لحكم القانون و من ثم بطلانه.

ومن حيث أنه وعن الدفع بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون وبطلان شرط التحكيم استنادا الى عدم موافقة الوزير المختص.

ومن حيث إن القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية نص في المادة "1" منه على أنه " 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 ، أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيميا تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون . "

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

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 أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، وإذا كان المشرع باستحداثه لهذا القيد الاجرائي يتطلب ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص - أو من يتولى اختصاصه فإن 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 بامضاء اتفاق التحكيم من عدمه وان جراء تخلف الصفة القانونية المشروطة هو بطلان الاتفاق... ذلك أن الاتفاق يعد باطلا إذا تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدم ركن من أركانه أو تخلف احد الشروط التي اعتبرها المشرع لاي ركن من تلك الأركان ومن هذا القبيل ما أورده الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم باشرطتها موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اتفاقات التحكيم بشأن العقود الإدارية الأمر الذي يجعل اتفاق التحكيم الذي يخلو من توقيع الوزير وموافقته باطلا غير منتج لأثاره بحيث تنحسر عنه ولاية هيئة التحكيم عن 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 شأن 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 شأن أمور الولاية هو المنع وعدم النفاذ إلا بعمل تشريعي أو أن يكون مرجوعا إلى عمل تشريعي ومن جهة أخرى فإنه في مجال بيان الاختصاص الوظيفي الذي هو تفويض في شأن 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 تنتازل عن اختصاصاتها إلى غيرها حتى لو كان ثمة عمل تشريعي يجيز التفويض في الاختصاص من المختص أصلا إلى غيره فلا يجوز يجرى هذا التفويض المأذون به إلى مفوض غير ذي ولاية عامة ولا يجوز النزول عن الاختصاص الوظيفي إلى موظف غير عام وان لجؤا إليه جهة عامة لقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد أداري هو الاستعمال الطبيعي لحق النقاضي أما لجؤها إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن 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 الإجازة 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

وقد تبنت هذا الاتجاه أيضا أحكام محاكم القضاء الاداري حينما قضت بان " ... ولا مريه في أن اشترط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية حسبما ورد بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم وهو تحديد قانوني لمن تتوافر فيه صفة التصرف بامضاء اتفاق التحكيم في الحالة المخصوصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود وان جزاء عدم توافر الصفة القانونية المشروطة هو عدم جواز الاتفاق ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يعد باطل لا اثر له إن تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدم احد أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب أو إذا تخلف احد الشروط التي اعتبرها المشرع لاي من هذه الأركان الثلاثة ومن ذلك ما أورده الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم متعلقا بوجوب موافقة الوزير " في هذا المعنى- حكم محكمة القضاء الاداري - في الدعوى رقم 8628 لسنة 59 ق - جلسة 2006/2/19"

وخلافا للأحكام الصادرة عن قضاء وإفتاء مجلس الدولة فقد نحت الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم صوب هذا الاتجاه ومنها الحكم التحكيمي في القضية رقم 390 لسنة 2004 والصادر بجلسته 12 مارس 2005 والذي أقر " أن مؤدى نص المادة 2/1 من قانون التحكيم الحالي تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وتلك الموافقة تعد شرطاً لوجود هذا الاتفاق وصحته ومن ثم يندو 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"

وحيث إنه وبإنزال جميع ما تقدم على مضمون البند العشرون من اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية يبين أن الاتفاقية وما تضمنته من بنود بما فيها البند العشرون المتضمن شرط التحكيم في منازعة من منازعات العقود الإدارية تتعلق بعقد التزام المرافق العامة، لم توقع من الوزير المختص وهو وزير البترول ، بغير خلاف في ذلك بين الهيئة المطعون ضدها والشركة الطاعنة ، وإنما وقعها رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول التابعة لوزير البترول وفقاً لحكم المادة (2) من القانون رقم 20 لسنة 1976 في شأن الهيئة المصرية العامة للبترول ، ومن ثم يكون شرط التحكيم المشار إليه قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أثر له ويكون هو والعدم سواء وما يترتب على ذلك من آثار.

وحيث إنه لا محاجة ولا منجاة من بطلان شرط التحكيم المشار إليه بما ذهبت إليه الشركة الطاعنة من أن الموقع على الاتفاقية بما فيها شرط التحكيم هو رئيس مجلس إدارة الهيئة أو الرئيس التنفيذي للهيئة حسب المسمى الجديد بقرار رئيس الجمهورية رقم 164 لسنة 2007 باعتباره هو الذي يتولى اختصاصات الوزير ، فهذا القول لا يقيمه سند من القانون، فعلى ما سلف البيان لا تعتبر الهيئات العامة أو الوحدات الإدارية التابعة للوزير متولية لاختصاصات الوزير المختص فالثابت أن الهيئة المصرية العامة للبترول تباشر اختصاصات محددة بالمادة (1) و (9) من القانون رقم 20 لسنة 1976 المشار إليه ، وهذه الاختصاصات لا تملك فيها سلطة الوزير وإنما يمارس الوزير المختص وهو وزير البترول اختصاصاته كسلطة وصانية فالهيئة بنص المادة (2) من القانون " تتبع وزير البترول " وفارق شاسع بين الاختصاص الأصلي باختصاصات وزير وبين تبعية الهيئة لوزير ، ومن جهة أخرى فإن ما تباشره الهيئة من اختصاصات محددة بالقانون لا تمارسها كسلطة نهائية وإنما تخضع في شأن تلك القرارات التي تصدرها لإشراف ورقابة وزير البترول الوصانية حيث تنص المادة (11) من القانون رقم 20 لسنة 1976 المشار إليه على أن " يبلغ رئيس مجلس إدارة الهيئة قرارات المجلس إلى وزير البترول للنظر في اعتمادها ، وله سلطة تعديلها أو إلغائها ، وعليه أن يصدر قراره بشأنها ويبلغه إلى الهيئة ... " ، ومن ثم لا يتمتع رئيس مجلس إدارة الهيئة بسلطات الوزير بالمعنى المقصود بالفقرة الثانية من قانون التحكيم المشار إليه ، بل إن قرار رئيس الجمهورية رقم 164 لسنة 2007 بشأن تشكيل مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول برئاسة وزير البترول ، لم يغير من الأمر شيئاً فظلت للوزير صفته كوزير وما يتمتع به من اختصاصات دون أن تخالطها أو تنطوي عليها صفته كرئيس لمجلس الإدارة ، إذ نصت المادة (2) من القرار على أن " مجلس إدارة الهيئة هو السلطة العليا المهيمنة على شئونها وتصريف أمورها، وله أن يتخذ ما يراه لازماً من القرارات لمباشرة اختصاصه لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الهيئة وفقاً لأحكام القانون رقم 20 لسنة 1976 " ، ومن أحكام القانون المذكور المادة (11) التي منحت وزير البترول سلطة اعتماد قرارات مجلس الإدارة وسلطة تعديلها أو إلغائها ، ولو كان هو ذاته رئيس مجلس الإدارة.

ولا يحاج في ذلك أيضاً الدفع القائل بضرورة التفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية من حيث تخلف شرط موافقة الوزير فهذا القول مردود عليه بان العلة في كلا من العقود وهو إبرام اتفاق التحكيم من جهة غير مختصة ولا تتوافر لها الصفة القانونية بالمخالفة لصريح النص القانوني والاختصاص والصفة هنا يقومان مقام الأهلية في إبرام الاتفاق بحيث إذا تخلفا وقع الاتفاق باطلاً.

وحيث إنه لا يغير من بطلان شرط التحكيم ما ذهب إليه دفاع الشركة الطاعنة من زوال حق الهيئة المدعية في إبطال شرط التحكيم ، وحصول الإجازة الصريحة والضمنية للشرط ، وسقوط الحق في إبطال العقد لعدم تمسك صاحبه به خلال ثلاث سنوات ، وتخلف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ، وذلك على سند من المواد (138) و (139) و (140) و (1/148) من القانون المدني ، لا يغير ما تقدم من بطلان شرط التحكيم الوارد بالبند العشرون من الاتفاقية لعدم الحصول على موافقة وزير البترول ، فالبطلان المقرر في شأن وجوب الحصول على موافقة الوزير ليس مقررراً لأحد المتعاقدين كما عيّنت المادة (138) مدني بحرمان المتعاقد الآخر من التمسك به ، وإنما هو بطلان من النظام العام مقرر لمصلحة طرفي التعاقد ، كما أن زوال حق الإبطال للعقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وفقاً لحكم المادة (139) مدني إنما يكون بالإجازة الصادرة من صاحب الاختصاص والولاية وهو وزير البترول ذاته وليس الهيئة المدعية كطرف متعاقد مع الشركة المدعية ، ومن ثم لا يغير من بطلان الشرط أن يكون للوزير صور فوتوغرافية لحضور احتفالات توقيع الاتفاقية ، فتوقيع الوزير بشخصه على شرط التحكيم لا يعني عنه بديل أيا كان نوعه ، إذ لا يعني عن الشرط وضوابطه الاستنتاج ودلالاته

كما لا يغير من بطلان شرط التحكيم أن يكون طرفي التعاقد قد قبلوا التحكيم وفقاً لذات الاتفاق من قبل في منازعات ذلك العقد بالتحكيم رقمي 400 لسنة 2004 و 490 لسنة 2006 ، إذ لا يعد هذا القبول من الهيئة المطعون ضدها إجازة صريحة أو ضمنية للبطلان الذي شاب شرط التحكيم من يوم تحريره لعدم صدور هذا القبول من سلطة الإجازة اللاحقة وهي وزير البترول صاحب سلطة الإذن السابق أو الموافقة السابقة ، كما لا يؤثر على بطلان شرط التحكيم الارتكان إلى حكم المادة (140) من القانون المدني للقول بسقوط حق الهيئة المدعية في إبطال العقد لعدم تمسكها به خلال ثلاث سنوات ، لما سلف بيانه من أن بطلان شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية هو بطلان من النظام العام لا تحكمه المادة (140) من القانون المدني، فضلاً عن أن تلك المادة قد حددت في فقرتها الأولى مدة سقوط الحق في الإبطال بثلاث سنوات في حالات حددتها على سبيل الحصر وهي حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه أما في غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق في إبطال العقد وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض لا تتم إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد ، والحال أن بطلان شرط التحكيم لا صلة له بتلك الحالات المتعلقة بالأهلية والغلط والتدليس والإكراه ومن ثم لا يكون لهذا الدفاع من سند يقيمه أو يرتكن إليه. يراجع في شأن المادة (140) مدني: محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 841 لسنة 51 ق - جلسة 30 / 6 / 1985 - س 36 ج 2 ص 922 - والطعن رقم 1439 لسنة 51 ق - جلسة 28 / 12 / 1989 - س 40 ج 3 ص 482 - والطعن رقم 248 لسنة 56 ق - جلسة 21 / 12 / 1992 - س 43 ج 2 ص 1354 .)

ومن حيث إذ إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة ، أنه يكفي لسلامة الحكم أن يقام على أسباب تستقيم معه ، ولا يلزم أن يتعقب الحكم حجج الخصوم في جميع مناحيها ثم تنفيذها تفصيلاً الواحدة تلو الأخرى ، فأذا استعرض الحكم وقائع النزاع وأسانيد المدعي الجوهرية وما عقبته به جهة الإدارة على الدعوى ، وقام باستعراض النصوص القانونية المتعلقة بالنزاع وطبقها على الوقائع المطروحة أمام المحكمة وخلص إلى النتيجة التي انتهى إليها فلا يكون ثمة قصور في التسبيب

وحيث إنه وترتيباً على ما تقدم جميعه ، فإن طلب الهيئة المطعون ضدها الحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد بعقد التزام المرافق العامة المبرم بين الهيئة والشركة المدعية بتاريخ 1999/1/6 وما يترتب على ذلك من آثار يكون قد قام على أساس صحيح من القانون مما يتعين معه الحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد بالبند العشرون من اتفاقية توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية المبرمة بين الهيئة المصرية العامة للبتترول وشركة ناشيونال جاز وما يترتب على هذا البطلان من آثار على النحو المبين بالأسباب.

وإذ ذهب الحكم المطعون فيه أخذاً بهذا المسلك فإنه يكون صادف صحيح حكم القانون ويغدو الطعن عليه فاقداً لسنده القانوني السليم جديراً بالرفض.

ومن حيث إن من يخسر الطعن يلزم مصروفاته عملاً بحكم المادة 184 مرافعات  
لهذه الأسباب

نرى الحكم: بقبول الطعنين شكلاً ورفضهما موضوعاً وإلزام الطاعنين المصروفات

**المقرر:**

**مستشار. د. عمر حماد**

**نوفمبر 2012**

**مفوض الدولة**

**المستشار / عبد الرحمن هاشم**

**نائب رئيس مجلس الدولة**