ضوابط صحة ووجود اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية

الدكتور علي سليمان الطماوي
دكتوراة القانون العام والتحكيم الدولي
كلية الحقوق – جامعة القاهرة

ضوابط صحة ووجود اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية [1]

مقدمة:

يعد التحكيم - وبحق - من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، كأحد أهم طرق فض المنازعات العقدية وغير العقدية، والتى اتسعت آفاقه، وباتت كافة دول العالم- بقطع النظر عن نظامها السياسى والاقتصادى والاجتماعى، وعن درجة نموها الاقتصادى - تترك له مكاناً يتزايد فى تحقيق العدالة، وتحيط مؤسساته الوطنية فيها بالرعاية.

وعلى المستوى الموضوعى، اتسع نطاق القابلية للتحكيم، ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال مثلاً فى المنازعات التى تكون الدولة و أحد شخشيأو أحد شخصياتها العامة طرفاً فيها[2] خاصة العقود الإدارية بمعناها الفنى لهذا الاصطلاح[3].

ولما كان من المقرر ان اتفاق التحكيم[4] – بصفة عامة – عقداً كسائر العقود . فيجب لكى يقوم صحيحاً، أن تتوافر له أسس وجوده، أى أركانه. وأركان العقد فى القانون المعاصر عامة، وهى الرضا والمحل والسبب[5]

١ نفضل استخدام مصطلح الضباط عن مصطلح القاعدة أو الشرط لأن الضابط فى علم الأصول هو ما يختص بباب واحد، أى يجمع فروع باب واحد، وكثيراً ما يخلو من المستثنيات، لذلك فإن مصطلح الضابط هنا أدق، لأنه يعبر عن الحالة المخصوصة التى وضع لها النص القانونى، وهى باب العقود الادارية، كما لم يرتب المشرع لهذين الضابطين استثناءات.
يراجع فى تفاصيل الفرق بين مصطلح الضابط القاعدة فى علم الأصول عند كل من:
الإمام جلال الدين السيوطى: الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتاب العربى، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص ١٩٢ وما بعدها؛ أ.د. محمد بكر إسماعيل: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار بمصر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ٨ وما بعدها.

٢ يراجع حول هذا المعنى عند كل من:
.J.) Robert, et Bertrand Morean: "L'arbitrage, droit interne, droit international prive" 6eed., Dalloz, 1993, p.12 et S)
أ.د, مصطفى محمد الجمال و أ.د. عكاشة محمد عبد العال : التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول. الطبعة الأولى، ١٩٩٨، بدون دار نشر، ص٤؛ أ.د. حفيظة السيد الحداد: الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى، منشورات الحلبى الحقوقية بلبنان، ٢٠٠٤ ص٥.

٣ يراجع في تفاصيل الموضوع: مؤلفنا: التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، تقديم أستاذنا الدكتور/ يحيى الجمل، دار النهضة العربية بمصر، الطبعة الثانية ٢٠١٧.

٤ قد عرف قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ اتفاق التحكيم بأنه: اتفاق الطرفين على الاتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية « (م ١/١٠).

٥ يراجع في شأن وجود وصحة العقود بصفة عامة عند كل من:

إلى جانب ما عساه أنه يتطلبه القانون فى خصوص عقد معين، لخصوصية ما. كان يتطلب القانون أو حتى طبيعة الأمور ذاتها، فى خصوص عقد معين، أركاناً أخرى تكميلية. فالثمن مثلاً، ركن أساسى فى عقد البيع، ولا يقوم بغيره، وكذلك شأن الأجرة بالنسبة لعقد الإيجار... ويترتب على تخلف تلك الأركان التكميلية بطلان العقد[1].

ولخصوصية اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، فإن الرضا Consentement هنا يعد قوام العقد وأساسه، فهو ركنه الأصيل الذى لا يقوم بغير توافره. ويهدف الرضا- بمعناه العام- اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانونى المطلوب. وبمعنى آخر هو أن الرضا فى هذه الحالة المخصوصة يصدر عن العاقدين وينصب على المحل ويستهدف تحقيق السبب.

ولما كان المشرع المصرى، تدخل بعد طول جدل وتردد ليجيز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بنص صريح حسم به الخلاف والانقسام الفقهى والقضائى والإفتائى[2]. فجاء نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ 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 فى ذلك[3].

وبات مع هذا التعديل، كل تأويل للمسألة الماثلة فى غير محله، واجباً الالتفات عنه والانصياع لحكم النص التشريعى[4].

ويبدو واضحاً من ظاهر النص أن المشرع قد جعل صحة ووجود اتفاق التحكيم؛ مرهون بضرورة موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة؛ بيد أن النص لم يرتب جزاء صريحاً على حالة تخلف تلك الموافقة، والأثر المترتب عليها، وشكل تلك الموافقة. مما أدى إلى تباين فى اتجاهات أحكام مجلس الدولة، أحكام هيئات التحكيم حول الطبيعة القانونية لموافقة الوزير، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وأثر تخلف تلك الموافقة على صحة ووجود اتفاق التحكيم.

الإمام الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء الأول، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، مشروع مكتبة المحامى، ٢٠٠٦، بند ٦٩ وما بعدها؛ أ.د. أحمد حشمت أبوستيت: نظرية الالتزام في القانون المدنى الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة مصر، ١٩٥٤، بند ٧٢ وما بعدها؛ أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى: موسوعة القانون المدنى المصرى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون دار نشر، ١٩٨٤، بند ٣٩ وما بعدها ص٨٦.

١ كما أن مبدأ المساوة بين الشركات، ركن أساسى في عقد الشركة، بمعنى أنه يلزم أن يساهم الشركاء في الربح وفى الخسارة، ولا ينبغى أن يحرم أحد الشركاء من الربح، كما أنه كأصل عام، ألا يعفى أحد الشركاء من الخسارة، ومقتضى الاخلال بمبدأ المساوة بين الشركاء أن تقع الشركة باطلة. يراجع : أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى: موسوعة القانون المدنى، المرجع السابقة، هامش ص٨٧.

٢ يراجع في تفاصيل هذا الخلاف عند كل من:-

المستشار الدكتور/ محمد عبد المجيد اسماعيل: القانون العام الاقتصادى والعقد الإدارى الدولى الجديد، الطبعة الأولى ٢٠١٠، منشورات الحلبى الحقوقية، ص ٨٧ - ص ١١٦؛ ومؤلفنا التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة ص ٢٨٥ - ٤٤٩.

٣ منشور بالجريدة الرسمية - العدد (٢٠) تابع في ١٩٩٧/٥/١٥.

٤ يراجع المستشار الدكتور/ محمد عبد المجيد اسماعيل: القانون العام الاقتصادى - مرجع سابق الإشارة، ص ٨٧.

ويجب التنويه منذ البداية أن، هذه المسألة، تثير مشكلة ضرورة الحصول على إذن مسبق أو تصريح مسبق لإبرام اتفاق تحكيم صحيح.

وفى ضوء ما سبق يمكن تقسيم الدراسة إلى ما يلى:

المطلب الأول: الضوابط التشريعية لاتفاق التحكيم فى العقود الادارية

المطلب الثانى: موقف مجلس الدولة المصرى من ضرورة موافقة الوزير المختص

المطلب الثالث: موقف مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى من ضرورة موافقة الوزير المختص.

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص، والجزاء المترتب على تخلفها.

المطلب الأول

الضوابط التشريعية لاتفاق التحكيم فى العقود الإدارية وشكل موافقة الوزير المختص

عندما صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، ولم يرد به نص صريح يقطع بقابلية منازعات العقود الادارية للتحكيم، وشاب بعض ألفاظه غموض خاصة نص المادة الأولى منه، مما أثار الخلاف مرة أخرى بين الفقهاء حول المسألة. وامتد الخلاف إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة التى تصدت للموضوع فى فتواها الصادرة بجلسة ١٨ ديسمبر ١٩٩٦، وانتهت إلى عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية، ثم ما لبث أن صدر حكم محكمة استئناف القاهرة فى الدائرة ٦٣ تجارى بجلستها لمنعقدة فى ١٩ مارس ١٩٩٧ بجواز التحكيم فى العقود الإدارية، كل ذلك أدى إلى تدخل المشرع لحسم هذا الخلاف بنص فاصل حتى تستقر كل الاجتهادات، فجاء تعديل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإضافة فقرة ثانية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، 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 فى ذلك».

ويلاحظ أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، قد قرر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، بصفة عامة، كما حدد السلطة الإدارية التى يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق، واعتماده ضابطاً لاستعمالها، وضماناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبارات الصالح العام، وناط بها للوزير المختص، و من يتولىأو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص م الاعتبارية العامة، وذلك إعلاء لشأنها. وتقديراً لخطورتها، بحيث لا يجوز لأى منهما التفويض فى هذا الاختصاص بيد أن المشرع لم يحدد شكل تلك الموافقة.

و نتناول عرض ما استحدثه القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من ضوابط تشريعية منظمة لعملية التحكيم فى العقود الإدارية، وكذلك شكل موافقة الوزير المختص كما يلى:

أولاً: الضوابط التشريعية المنظمة للتحكيم فى العقود الإدارية طبقاً للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

ثانياً: شكل موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

أولا: الضوابط التشريعية المنظمة للتحكيم فى العقود الإدارية طبقاً للقانون ٩ لسنة ١٩٩٧ :

أضاف القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، فقرة ثانية لنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، نصها ما يلى: «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض فى ذلك» . (وجاء بتقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية عن مشروع القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ ما يلى: «جاء تعديل المادة الأولى المشار إليها حيث أكد النص على جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، وأضاف النص الوارد فى مشروع القانون موافقة الوزير المختص للاتفاق على التحكيم فى

هذه المنازعات أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزيراً كالجهاز المركزى للمحاسبات، وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية حظر مشروع القانون التفويض فى ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة، إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها ولاعتبارات الصالح العام وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة فى وزارته».

ومن مطالعة النص يتبين أن المشرع قد أكد على صحة الاتفاق على التحكيم فى العقود الإدارية لأول مرة بنص صريح، إلا أنه أضاف ضابطين شكليين، يتمثل الأول: فى تحديد السلطة المختصة بالموافقة على إبرام اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، أما الضابط الثانى: فيتمثل فى حظر التفويض فى هذا الاختصاص. وفيما يلى سنتناول هاتين المسألتين بالتفصيل المناسب.

الضابط الأول : ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات الاعتبارية العامة :

بعد طول جدال وتردد، تدخل المشرع المصرى ليجيز التحكيم فى العقود الإدارية بنص صريح حسم به الخلاف سالف الذكر، بيد أنه جعل هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات الاعتبارية العامة. ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز لأى جهة حكومية، أن تدرج فى عقودها الإدارية شرط تحكيم، أو تبرم مشارطة تحكيم مع الغير؛ إلا بموافقة مسبقة من الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات المعنوية العامة. والمفروض أن الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، يراجع مشروع العقد قبل إبرامه، ثم يقرر بعد ذلك، إن كان يمكن إدراج التحكيم فى العقد أم لا، كما يجب أن تكون الموافقة على التحكيم كتابة، طبقاً لما تقضى به المادة (١٢) من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بقولها: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة).

وقد أثار هذا النص جدلاً واسعاً، من عدة جوانب. فثار التساؤل حول ما استحدثه المشرع بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، هل يُعد ضمانة كافية تتناسب مع خطورة التحكيم فى العقود الإدارية؟

ذهب غالبية الفقهاء [1].إلى أن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات المعنوية العامة، يُعد قيداً تشريعياً ضعيفاً، فلئن كان كافياً بالنسبة لبعض العقود الإدارية، فهو ليس كافياً بالنسبة لبعض العقود الأخرى التى تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعية، أو عقود الامتياز المتصلة بها، وعقود نقل التكنولوجيا، وغيرها من العقود التى تتصل بالمصالح العليا للدولة. فتلك يجب أن تحاط الموافقة فيها بأبعد قدر من الضمان، ضبطاً لممارسة إبرام اتفاق تحكيم بشأنها، وتحقيقاً لصحيح المصلحة العامة. كأن يجعل تلك الموافقة بقرار من مجلس الوزراء[2].

١ الدكتور جابر جاد نصار: التحكيم فى العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين: خصوصية التحكيم ...، المرجع السابق، ص ٦١؛ د. عادل عبد الرحمن خيل: عقود الإدارة الإدارية والمدنية، مطبعة الإيمان، بدون تاريخ نشر، ص ٣٢٧ وما بعدها.

٢ وهذا الاتجاه يجد تأييداً من كبار أساتذة وفقهاء القانون العام فى مصر، ومنهم أستاذنا الدكتور جابر جاد نصار: التحكيم فى العقود

بينما يرى اتجاه آخر[1]. ضرورة إلغاء موافقة الوزير المختص، على اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، الوارد بنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تأسيساً على أن القضاء التحكيمى الدولى قد استقر على أنه، لا يجوز لأى شخص من الأشخاص العامة التذرع بمخالفته لقانونه الوطنى، أو التستر وراء لوائحه للتخلص من التزاماته، بشأن اتفاقه فى ظل هذا القانون على حل منازعاته عن طريق التحكيم، واعتبرت أن مثل هذا السلوك مخالف لمبدأ حسن النية، ومن ثم لا يبقى لشرط موافقة الوزير المختص وجود إلا فى التحكيمات المحلية، مما يميز المستثمر الأجنبى عن المستثمر الوطنى.

فضلاً عن ذلك، فإن اشتراط موافقة الوزير المختص للاتفاق على التحكيم فى العقود الإدارية، يتسم بالمبالغة والخطورة ويعرض الدولة للمسئولية دون مقتضى، إذ أن موافقة الوزير على التحكيم فى عقد إدارى يمكن أن تفسر على أنها تعنى موافقة الدولة ممثلة فى موافقة الوزير المختص على العقد، ومن ثم يمكن اختصام الدولة فى التحكيم رغم كونها كدولة ليست طرفاً فى العقد،، الأمر الذى عانت منه مصر فى قضية هضبة الأهرام، وما زال يجرى عليه العمل أمام مركز الأكسيد فى واشنطن.

وذهب بعض من الفقهاء[2]. متأثراً باتجاهات أحكام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، إلى تدخل المشرع المصرى، لإلغاء الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، أو أن يقصر تطبيقها على التحكيم الداخلى دون التحكيم الدولى.

لعل ما ذهب إليه غالبية الفقهاء، من تفضيل أن تكون مسألة الموافقة على إبرام اتفاق التحكيم (شرط أم مشارطة) فى عقد إدارى، بموجب قرار من مجلس الوزراء له وجاهته، ويستند إلى منطق قانونى سليم، وواقع عملى ثابت بالفعل. فمجلس الوزراء طبقاً لما نص عليه الدستور الدائم لسنة ١٩٧١، فى المادة (١٥٦) يمارس بوجه خاص الاختصاصات الآتية: «... (ح) ملاحظة تنفيذ القوانين والمحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة». إذن فإن مجلس الوزراء، يعد أداة للتنسيق ورسم السياسات العامة فى الدولة، وحماية مصالح الدولة على العموم، ومنها العقود الإدارية التى تعد هى أهم وظائف الحكومة، لأنها ببساطة، أهم وسائل الحكومة فى إشباع احتياجات المرافق والجهات الإدارية بصفة عامة، تأكيداً لدور الدولة باعتبارها الشخص المعنوى صاحب السيطرة الفعلية على الإقليم وثرواته، لذلك فإن المشرع قد ناط بمجلس الوزراء اختصاص – فى بعض العقود الإدارية المهمة – تحديد شروط التعاقد، وأحكامه وتعديله، كل ذلك بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص. منها على سبيل المثال: القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل

الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٧؛ أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين: خصوصية التحكيم ...، المرجع السابق، ص ٦١؛ المستشار محمد أمين المهدى والمستشار محمود فوزى عبد البارى: الدعوى ببطلان شرط التحكيم فى العقود الإدارية (عرض وتحليل للأحدث من أحكام القضاء الإدارى)، مجلة التحكيم العربى، العدد الرابع عشر، يونيو ٢٠١٠، ص ١١٦

١ يراجع المقترحات المقدمة من مجموعة العمل التى عقدت اجتماعاتها بمقر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، لمناقشة مواد القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، فى ضوء التطبيق العملى فى الفترة من سنة ١٩٩٩، حتى سنة ٢٠٠٥، وقد حضرها العديد من كبار رجال القضاء وأساتذة الجامعات والمحامين، فضلاً عن ممثلين لإدارة التشريع بوزارة العدل، وكانت هذه التوصية ضمن مقترحات التعديل المطلوب.

٢ إسماعيل سليم: أهلية إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ومدى تعلقها بالنظام العام، ورقة مقدمة فى ندوة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية الدولية، بمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم فى الفترة من ١٦ – ١٨ إبريل ٢٠٠٦، ص ٢٣.

بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة الذى نص على أن: «... يصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه فى حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات». وأيضاً القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦، المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر، جعل أيضاً منح الالتزام وتعديل شروطه بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة. والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأرضى النزول. فى المادة الخامسة منه نصت على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه وتعديلها بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص، وأخيراً القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ناط لمجلس الوزراء عدة اختصاصات، منها الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.

بالإضافة لما سبق، هناك بعض الحالات يحدث فيها تداخل بين اختصاصات الوزير ورئيس مجلس إدارة هيئة عامة ما، كأن يصدر قرار بمنح رئيس مجلس إدارة الهيئة سلطات الوزير، على الرغم من أن القانون الذى ينظم المرفق، ينص على أن الهيئة تابعة لوزير ما. فعلى سبيل المثال: ما منحه قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٧ لرئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول، من سلطات الوزير، بل جعل القرار رئاسة مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول، لوزير البترول نفسه. ومن ثم يصبح الوزير له صفتين، احدهما رئيس مجلس إدارة الهيئة، والصفة الثانية: الرئيس الإدارى الأعلى صاحب السلطة الوصائية باعتباره الوزير المختص طبقاً لنص المادة (٢) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦. ومن ثم تثور مشكلة قانونية فى حالة إذا ما وقع على عقد إدارى به شرط تحكيم. هل وقع عليه بصفته رئيس مجلس إدارة الهيئة، أو بصفته الوزير المختص، علماً بأن رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول له صلاحيات إبرام عقود إدارية مع الغير.

لكل ما سبق، وللتنسيق بين الأوضاع القانونية، وما يقتضيه المنطق القانونى السليم؛ ضرورة توحيد الجهة المنوط بها الموافقة على إبرام اتفاق تحكيم (شرط أو مشارطة) فى عقد إدارى، بأن يصدر بتلك الموافقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص فى كل حالة على حدة. وبهذا الحل التشريعى تأخذ دول عديدة.

(١) من الدول التى جعلت قرار اللجوء إلى التحكيم فى عقد إدارى بقرار من مجلس الوزراء ما يلى:

(أ) القانون الفرنسى: تشترط المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم فى عقود الدولة والعقود الدولية التى تعتبر ذات نفع قومى.

du code civil «Toutefois, des categories d'établissement ٢٠٦٠ de l'article ٢ Alinéa» public à caracère industriel et commercial peuvent être autorisées par decret à .«compromettre

(ب) القانون السعودى: تنص المادة الثالثة من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٦ بتاريخ

١٤٠٣/٧/١٢هـ، تنص على أنه: "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم".

(ج) القانون اللبنانى: تنص المادة ٣/٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل بالقانون رقم ٤٤٠ بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٩ على أنه: "... بالنسبة للعقود الإدارية يجوز التحكيم أكان التحكيم داخلياً أو كان دولياً يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ولكن لا يكون البند التحكيمى أو اتفاق التحكيم نافذاً إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ فى مجلس الوزراء").

ومن جانب آخر، ما إن دخل القانون حيز التطبيق أمام قضاء الدولة، وهيئات التحكيم؛ تكشف واقع عملى يتمثل فى تباين الرؤى بين قضاء وإفتاء مجلس الدولة، وبين هيئات التحكيم حول تكييف الطبيعة القانونية لموافقة الوزير، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات المعنوية العامة، والأثر المترتب على تخلف هذه الموافقة. ولعل مرجع هذا الاختلاف فى الرؤى والاتجاهات على ما سنرى تفصيلاً؛ هو ان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لم ينص صراحة على جزاء تخلف موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة فى حالة إبرامها عقد إدارى أدرجت فيه شرط تحكيم. وهو ما سنتناوله بالتفصيل المناسب فى موضعه من الدراسة.

الضابط الثانى : حظر التفويض فى هذا الاختصاص :

أضاف المشرع قيداً على سلطة جهة الإدارة التى تتولى إبرام اتفاق تحكيم فى عقد إدارى، إحكاماً وضبطاً للمسألة؛ فحظر على الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، أن يفوض غيره فى ذلك، والنهى هنا للمنع كما يتضح من صريح النص، ولعل هذا الحظر كما أوضحته اللجنة المشتركة للشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب فى مذكرتها سالفة الإشارة، مرجعه: "... إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها ولاعتبارات الصالح العام وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة فى وزارته".

ولعل مسلك المشرع، وما استحدثه بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من ضوابط فى شأن إبرام اتفاق تحكيم فى عقد إدارى، يمكن تبريره بأمرين[1].

الأمر الأول: أهمية العقود الإدارية، وخطورة شرط التحكيم فيها، بحيث تصبح موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات الاعتبارية العامة، ضماناً لعدم إساءة استخدام التحكيم فى العقود الإدارية، لما قد يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطنى أمام هيئات التحكيم، وأعنى بالقانون الوطنى هنا، أحكام القانون الإدارى.

الأمر الثانى: يتمثل فى عدم التفويض، بما يؤدى إلى حصر المسئولية فيمن وافق على إبرام اتفاق التحكيم،

١ يراجع حول هذا الشأن: الدكتور جابر جاد نصار: التحكيم فى العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين: خصوصية التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

لاسيما المسئولية السياسية عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص، بصورة تمس المصالح العليا للدولة.

ولا يمكن بحال القول بأنه يمكن التفويض فى هذا الاختصاص طبقاً لأحكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ بالتفويض فى بعض الاختصاصات، لأن إعمال قواعد هذا القانون لا يكون فيما نهى المشرع عن التفويض فيه، باعتبار أن الخاص يقيد العام[1].

والحظر فى التفويض فى هذه المسألة ينسحب إلى التفويض فى السلطة أو الاختصاص.

«... Délégation de pouvoir ou délégation de competence».

والتفويض فى التوقيع أيضاً[2]. "Délégation de signiature":

وجوب أخذ رأى مجلس الدولة قبل إبرام اتفاق التحكيم :

هناك ثمة شرط ورد النص عليه فى القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، تنص عليه المادة ٣/٥٨ كالتالى: "ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على (عن) خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة[3].

والأصل أن جهة الإدارة لها الحرية فى استطلاع رأى المجلس، بيد أنه إذا ما ألزم المشرع جهة الإدارة

١ يراجع حول هذا المعني عند كل من :- المستشار ميلاد سيدهم: جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ...، مقال سابق الإشارة، ص ٨. علماً بأن أول قانون عام يصدر فى مصر ينظم أحكام تفويض الاختصاص (أحكام تفويض السلطة)، هو القانون رقم ٣٩٠ لسنة ١٩٥٦، الذى حل محله القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ فى شأن التفويض فى الاختصاصات. وتنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ على ما يلى: "لرئيس الجمهورية أن يعهد ببعض الاختصاصات المخولة له بموجب التشريعات إلى نوابه أو رئيس الوزراء أو نواب الوزراء ومن فى حكمهم أو المحافظين"، وتنص المادة الثانية منه على أن: "لرئيس الوزراء أن يعهد ببعض الاختصاصات المخولة له بموجب التشريعات إلى نوابه أو الوزراء أو نوابهم ومن فى حكمهم أو المحافظين"، ونصت المادة الثالثة على أن: "للوزراء ومن فى حكمهم أن يعهدوا ببعض الاختصاصات المخولة لهم بموجب التشريعات إلى المحافظين أو وكلاء الوزارات أو رؤساء ومديرى المصالح والإدارات العامة أو رؤساء الهيئات أو المؤسسات التابعة لهم أو لغيرهم بعد الاتفاق مع الوزير المختص".

٢ يراجع فى تفاصيل الموضوع عند أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الوجيز فى القانون الإدارى، دار الفكر العربى، ١٩٩٢، ص ٥٣ – ص ٦٢.

٣ وهذا النص كما سبق ذكره لم يستحدثه المشرع فى قوانين مجلس الدولة المتعاقبة، بل كان موجوداً فى القانون (١) لسنة ١٩٢٣ الصادر بنظام «لجنة قضايا الحكومة»، على إثر قضية تحكيم شهيرة خسرتها مصر، وكان النص يلزم جهة الإدارة بضرورة استشارتها قبل إبرام أى عقد أو تحكيم. وقد أعادت حكم المادة السابقة، المادة (٣٥) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى (والمقابلة للمادة العاشرة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الملغى أيضاً) والتى تقول: "لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة، إلا إذا أبرم العقد على أساس = شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل، إذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير"، كما كانت تنص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية للقانون الملغى، على أنه: "لا يجوز إضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتعين إقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليها وموافقتها".
يراجع فى التفاصيل: أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة والإدارية، المرجع السابق، ص ٣٦٠. وتجدر الإشارة إلى أن قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والمعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٩ لم يرد به نص مماثل لما جرى النص عليه فى قوانين المناقصات والمزايدات السابقة، وبالتالى لم يرد نص مماثل فى اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ والمعدلة أخيراً بقرار وزير المالية رقم ٣٤٧ لسنة ٢٠١٠ (منشور بالوقائع المصرية، العدد ١٢٠ تابع فى ٢٠١٠/٥/٢٦.

بتعرف رأى المجلس فى بعض المسائل التى يقدر أنها مهمة، مع احتفاظها بحرية التصرف إزاء رأى المجلس بعد الإحاطة به[1]؛ يصبح أمراً وجوبياً أخذ رأى المجلس فى هذه المسائل أو الحالات.

بمعنى أن عدم الالتزام بالاستشارة موضوعياً شئ، وضرورة الحصول على الرأى شئ آخر[2]، وبهذا تكون الاستشارة شرطاً شكلياً يترتب على مخالفته بطلان التصرف الإدارى، ومنها المسائل التى عددتها الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) سالفة الذكر[3]. لأن المشرع قصد بها تحقيق اعتبارات فنية قانونية، سواء فى الصياغة، أو لتلافى المخاطر القانونية، لذلك فهى من الاستشارات السابقة[4].. وترتيباً على ما سبق فإنه فى حالة ما إذا أبرمت جهة الإدارة أى عقد – سواء مدنى أو إدارى – وتضمن شرط تحكيم، أو أبرمت مشارطة تحكيم فى مادة تزيد على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، يصبح اتفاق التحكيم باطلاً، لأن الاستشارة هنا تعد شرطاً شكلياً واجب الاحترام، وهذا ما تفيده عبارة النص من قولها: "لا يجوز ....."، ومن المقرر أن النهى يفيد المنع، وبالتالى فإن عدم استيفاء هذا الشرط الشكلى، يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم.

وإذا كان الأمر كذلك، إلا أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، ذهبت فى أكثر من إفتاء لها، إلى أن إبرام العقد دون الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة، يجعله أمراً واقعاً، ولا يسع جهات الإفتاء فى هذه الحالة إلا أن تراجعه، من الناحية القانونية لإبداء ما يوجد فيه من ملاحظات على أن تتدارك الجهة المتعاقدة بقدر الإمكان هذه الملاحظات مع الطرف الآخر فى العقد، فقررت أنه: "... ولا يسع المجلس وقد أصبح إبرام هذا العقد أمراً واقعاً إلا أن يراجعه من الناحية القانونية لإبداء ما عساه يوجد فيه من ملاحظات والوزارة بعد ذلك وشأنها فى تدارك ذلك إن أمكن مع الطرف الآخر فى العقد[5].

وإلى ذات الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية، فقررت أنه: "... يبين من عبارة هذا النص (نص المادة ٣٢ من القانون ٩ لسنة ١٩٤٩ والذى حل محله نص المادة ٣/٥٨ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢) ومن المناقشات البرلمانية التى دارت بشأن النص المقابل له فى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ أن الشارع إنما أراد به مجرد طلب الرأى فيما تجريه الجهة الإدارية من العقود والمشارطات المذكورة دون أن تكون ملزمة باتباعه، ولم يقرن هذا الإجراء بجزاء ولم يرتب البطلان على مخالفته وبالتالى لم يجعل منه ركناً أو شرطاً لانعقادها أو صحتها"((الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢٧ ق.، جلسة ٢٤ يونيو ١٩٦٤، المجموعة، س ١٥، ص ٨٥٧.).

---

١ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، ط ٦، ١٩٨٦، سابق الإشارة، ص ١٥٦ وما بعدها؛ وبنفس المعنى يراجع: أ.د. مصطفى أبو زيد فهمى: القضاء الإدارى ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٥٧.

٢ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٦١.

٣ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ١٥٧.

٤ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص ٣٥٩؛ د. مصطفى كامل محمد على: الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٥٢ وما بعدها. وعكس هذا الاتجاه، الأستاذة الدكتورة سعاد الشرقاوى: العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، ٢٠٠٣، هامش ص ٢١٩، وص ٢٣٧، حيث ترى سيادتها أن ما نص عليه المشرع فى المادة ٣/٥٨ هو من الموافقات اللاحقة والتى لا يترتب على تخلفها بطلان العقد.

٥ «يراجع فتواها رقم ١٠٧٥ فى ١٩٦٠/١٢/١٧، (جلسة ١٩٦٠/١٢/٧) ١٤، ١٥ – ١٧٩ – ٢٥٨؛ وقريب من ذات المعنى فتواها رقم ٤٩١ فى ١٩٩٤/٧/١٦، (جلسة ١٩٩٤/٧/٦)، مجموعة المبادئ القانونية فى أربعين عاماً، سابقة الإشارة، ص ١٨٩، ص ١٩١، و ص ١٩٨.

هـذا وفضـلا عـن أن النـص ينظـم العلاقـة بـين الجهـة الإداريـة وإدارة الفتـوي المختصـة ،ولا علاقـة للمتعاقـد معهـا بـه[1].

وبذلـك يصبـح، اتفـاق التحكيـم الـذى تبرمـه جهـة الإدارة، دون أخـذ رأى مجلـس الدولـة، أو تبرمـه رغـم رأى مخالـف لمجلـس الدولـة، يعـد صحيحـاً ونافـذاً إذا مـا توافـر لـه مـا تنـص عليـه الفقـرة الثانيـة مـن المـادة لأولـى مـن قانـون التحكيـم، مـن موافقـة الوزيـر المختـص، أو مـن يتولـى اختصاصـه مـن الشـخصيات الاعتباريـة العـام[2].

ثانيا: شكل موافقة الوزير المختص أو من يتولي اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة:

يبـدو مـن صياغـة نـص الفقـرة الثانـي في المـادة الأولـى أن المشـرع اتجـه إلـى ضـرورة توقيـع الوزيـر المختـص علـى اتفـاق التحكيـم، ليكـون معنـى الموافقـة اسـتلزام توقيـع الوزيـر المختـص تشـخصياً أو مـن يتولـى اختصاصـه بالنسـبة للأشـخاص الاعتباريـة العامـة، بشـخوصهم علـى اتفـاق التحكيـم، شـرطاً كان أم مشـارطة[3]. فضـلاً عمـا اشـترطه المشـرع – بصفـة عامـة – لقيـام وصحـة اتفـاق التحكيـم مكتوبـاً، وإلا كان باطـلاً، ويكـون اتفـاق التحكيـم مكتوبـاً، وإلا كان باطـلاً. ويكـون اتفـاق التحكيـم مكتوبـاً إذا تضمنـه محـرر وقعـه الطرفـان أو إذا تضمنـه مـا تبادلـه الطرفـان مـن وسـائل مـن رسـائل أو برقيـات أو غيرهـا مـن وسـائل الاتصـال بالمكتوبـة.

وبموجـب هـذا النـص أصبحـت الكتابـة شـرطاً لانعقـاد اتفـاق التحكيـم. فالاتفـاق علـى التحكيـم اتفـاق شـكلى لا ينعقـد إلا بالكتابـة، فـإذا لـم توجـد الكتابـة فـلا يجـوز اثبـات انعقـاده ولـو بالإقـرار أو اليمـين[4].

كمـا يجـب أن تكـون الكتابـة واضحـة بحيـث يسـتطيع الشـخص العـادى أن يقرأهـا، فـإذا لـم تكـن كذلـك، فـإن اتفـاق التحكيـم يكـون باطـلاً[5]. وهـذه القاعـدة تنطبـق علـى كافـة اتفاقـات التحكيـم سـواء كان تحكيمـاً مدنيـاً أم تجاريـاً أم إداريـا، وأيـا كان نـوع التحكيـم، سـواء أكان عاديـاً أم مـع التفويـض بالصلـح. فضـلاً عـن كونـه تحكيمـاً وطنيـاً أم تجاريـاً دوليـاً، مـا دام يخضـع لقانـون التحكيـم المصـرى.

---

١ يراجـع حكـم هيئـة التحكيـم في القضيـة رقـم ٦٢١ لسـنة٢٠١٠ ، تحـت مظلـة مركـز القاهـرة الاقليمـي للتحكيـم ،بتاريـخ ٢٠١١/٧/٢٠ ،مجلـة التحكيـم العـربي ،العـدد ١٧،ديسـمبر ٢٠١١ ،ص ٢٦١.

٢ يراجـع : أ.د. فتحـى والى: قانـون التحكيـم فى النظريـة والتطبيـق، الطبعـة الأولى، منشـأة المعـارف بالإسـكندرية، ٢٠٠٧، س ١٢٠؛ ومؤلـف سـيادته :التحكيـم في المنازعـات الوطنيـة و التجاريـة الدوليـة علـما وعمـلا ،منشـأة المعـارف بالاسـكندرية ،الطبعـة الأولي ٢٠١٤ ،ص ١٤٢.

٣ يراجع حول تفاصيل هذا الموضوع عند ك ل من:

أ.د. فتحـى غـزالى : التحكيـم في المنازعـات الوطنيـة والتجاريـة الدوليـة علـماً وعمـلاً، منشـأة المعـارف بالإسـكندرية الطبقـة الأولى ٢٠١٤، ص ١٠٠١ ومـا بعدهـا؛ أ.د. عزمـى عبـد الفتـاح عطيـة: قانـون التحكيـم الكويتـى: مؤسسـة دار الكتـب بالكويـت، الطبعـة الثانيـة ٢٠١٢، ص ١٢١ ومـا بعدهـا، د. ناريمـان عبـد القـادر : اتفـاق التحكيـم، دار النهضـة بمـصر، الطبعـة الثانيـة ٢٠١٦، ٣٨٣ ومـا بعدهـا؛ أ.د. مصطفـى الجـمال وعكاشـة عبـد العـال: التحكيـم في العلاقـات الخاصـة الدوليـة والداخليـة، مرجـع سـابق الاشـارة ، ص٣٧١ ومـا بعدهـا.

٤ أ.د. فتحى والى : التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق الاشارة، ص ١٦١.

٥ وتطبيقـاً لهـذا نصـت محكمـة التمييـز بـدبى بأنـه: «متـى كان شرطـاً التحكيـم الـوارد بسـند الشـحن غـير مقـروء ومطبـوع بخـط دقيـق تعجـز الشـخص العـادى عـن قراءتـه، فإنـه يتعـين إبطالـه وعـدم الالتـزام بـه. ولا يغـير مـن ذلـك كـون المعاقدتـان شركتـين تعمـلان في مجـال النقـل البحـرى وأنـه يفـترض علمهـما بوجـود شرط تحكيـم يحكـم معلاتهـما في سـندان الشـحن، ذلـك أن المعيـار في هـذا الشـأن ليـس معيـاراً شـخصياً بـل هـو معيـار موضوعـى». جلسـة ١٠ مايـو ٢٠٠٣ - في الطعـن رقـم ٨٧ لسـنة ٢٠٠٣ - مجلـة التحكيـم العالميـة - يوليـو ٢٠١٢ - العـدد ١٥ ص ٤١٨).

وفى ذات الوقت أنزل المشرع الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة منزلة المحرر الموقع عليه من الطرفين.

ولئن كان المشرع المصرى قد تطلب الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم؛ غير أنه لم يتطلب الرسمية، فيكفى الاتفاق فى ورقة عرفية. وتصلح الورقة العرفية ولو لم يتم التصديق على توقيع طرفى الاتفاق عليها[1].

ولما كان من المقرر فى نطاق القانون أن جهة الادارة، تعبر عن إرادتها إما بموجب قرار إدارى أو أن تبرم عقد، وفى كلا الأمرين يجب أن يكون القرار الادارى أو العقد. موقعً ممن أسند المشرع له الاختصاص.

ولما كان من المقرر أن القانون العام يقوم على فكرة الاختصاص. «ويمكن القول بأن فكرة تحديد اختصاصات معينة لرجال الإدارة، هى نتيجة من نتائج مبدأ فصل السلطات، لأن هذا المبدأ لا يقتضى تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب. وإنما يستتبع أيضاً توزيع الاختصاصات فى نطاق السلطة الواحدة»[2].

وقواعد الاختصاص عبارة عن قواعد تحدد الأشخاص أو الهيئات التى تملك إبرام التصرفات عامة. وهذا من عمل المشرع وعلى المختص أن يلتزم بحدود الاختصاص كما رسمه المشرع صراحة أو ضمناً[3].

ومما تجمع من مادة يتبين لنا أن المشرع المصرى لم يحدد شكل معين تصدر فيه موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، سوى أن تصدر هذه الموافقة:

1- ممن أولاه المشرع الاختصاص بالتعبير عن إرادة تلك الجهة وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى ولا يجوز التفويض فى هذا الاختصاص.

2- أن يكون مكتوباً فى محرر موقع من الطرفين، سواء أكان هذا المحرر رسمياً أم عرفيا، وسواء أكان فى شكل عقد أم فى شكل قرار إدارى، أو خطاب موجه إلى المتعاقد مع جهة الإدارة.

١ أ.د. فتحى والى : التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق الاشارة، ص ١٦٢.

٢ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، ط ٦، ١٩٨٦، سابق الإشارة، ص ...

٣ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، ط ٦، ١٩٨٦، سابق الإشارة، ص ...

المطلب الثانى
موقف مجلس الدولة من ضرورة موافقة الوزير المختص

صدرت عدة أحكام عن محكمة القضاء الإدارى، والمحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع؛ أفصحت عن رؤية القاضى الإدارى لمسألة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات المعنوية العامة، والأثر القانونى المترتب على تخلف هذه الموافقة. والتقت جميعا على أن هذه الموافقة تُعد من النظام العام، وبتخلفها يصبح شرط التحكيم باطلاً، ونظراً لأهمية هذه المسألة وخطورتها، سوف نتناول الأحكام، والفتاوى التى تناولت المسألة بشئ من التفصيل والتحليل فيما يلى:

أولاً : اتجاه محكمة القضاء الإدارى :

لقد أتيح لمحكمة القضاء الإدارى أن تُدلى بدلوها فى هذه المسألة فى عدة أحكام كشفت فيها عن موقفها، وسنلقى الضوء عليها فيما يلى:

حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٢ مارس سنة ٢٠٠٠[1]:

قضت المحكمة برفض طلب تعيين محكم عن الجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى، وذلك لخلو أوراق الدعوى مما يفيد موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، طبقاً لأحكام المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بإضافة فقرة ثانية وقالت المحكمة بعد أن استعرضت نص المادة سالفة الذكر أن: "... المشرع بقانون التحكيم المشار إليه قد اشترط اللجوء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، أن يوافق على ذلك الوزير المختص أو من يتولى سلطاته بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وقد خلت الأوراق مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية على اللجوء إلى التحكيم فى النزاع الناشئ عن العقد رقم ٢٧ز٢ المبرم فى ١٩٩٣/٦/٢٠ بين الشركة المدعية وبين الجهاز المدعى عليه. ومن ثم يتعين رفض طلب الشركة المدعية تعيين محكم عن الجهاز المدعى عليه الثانى".

٢ – حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩ فبراير سنة ٢٠٠٦[2]:

---

١ دائرة العقود والتعويضات، الدعوى رقم ١٥٩٩ لسنة ٥٤ ق.، جلسة ٢٠٠٠/٣/١٢م (حكم غير منشور). وتتلخص وقائع الدعوى فى أنه بتاريخ ١٩٩٣/٦/٢٠ أبرم عقد مقاولة رقم ٢٧ز٢ مشروع الهرم – مناطق العزب، بين الشركة الدولية للمشروعات الهندسية والبترولية (إنبريجيت)، والجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى، ثم ما لبث أن ثار خلاف بين الشركة والجهاز طرقّ العقد حول مستحقات الشركة، مما حدا بالأخيرة إلى اللجوء للتحكيم طبقاً لما اتفق الطرفان عليه فى العقد، وقامت بتعيين محكمها، وطلبت من الجهاز تعيين محكم عنه، إلا أنه رفض، مما حدا بالشركة (إنبريجيت) إلى طلب تعيين محكم وفقاً لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وأصدرت محكمة شمال القاهرة الابتدائية قراراً باختيار الدكتور حسن محمد حسن العسيلى، المقيد برقم ١١٥ بقوائم المحكمين، محكماً عن رئيس الجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى فى هيئة التحكيم، وقامت الشركة بإعلان قرار تعيين المحكم المذكور إلى الجهاز، الذى أفاد ببطلان الإجراءات طبقاً للتعديل الذى أدخل على نص المادة (١) من قانون التحكيم المشار إليه، والتى اشترطت أن يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة. فقامت الشركة بالتقدم بطلب إلى وزير الإسكان والمرافق بتاريخ ١٩٩٩/٩/١٩ لتعيين محكم عن جهاز الصرف الصحى طبقاً لقانون التحكيم سالف الذكر، إلا أن الطلب أحيل إلى رئيس الجهاز، الذى أشر على الطلب بالرفض بتاريخ ١٩٩٩/١٠/٢١، مما حدا بالشركة إلى إقامة دعواها هذه أمام محكمة القضاء الإدارى، طلبت فى ختامها الحكم بصفة مستعجلة تعيين محكم عن الجهاز التنفيذى لمشروعات الصرف الصحى للقاهرة الكبرى من قائمة المحكمين الصادر بها قرار وزير العدل على أن يكون تنفيذ الحكم بمسودة الحكم دون إعلان.

٢ (١) الدائرة السادسة – عقود وتعويضات – الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٢٠٠٦/٢/١٩ (حكم غير منشور). تتخلص وقائع الدعوى

أثار هذا الحكم عدة مسائل[1]، ونجتزأ منه ما يتعلق بالمسألة محل المناقشة فى هذا الموضع، إذ تبلور فيه اتجاه القضاء الإدارى، وأفصحت فيه المحكمة بعبارات واضحة عن اتجاهها فى شأن طبيعة شرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات المعنوية العامة، واعتبرته شرطاً لسلامة التعاقد. ويترتب على تخلفه بطلان هذا الشرط بطلاناً مطلقاً. فبعد أن استعرضت المحكمة نص المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، قالت : "... تدخل المشرع المصرى بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ مضيفاً إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة خاصة أجيز بمقتضاها التحكيم فى العقود الإدارية إلا أن هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية دون جواز التفويض فى ممارسة هذا الاختصاص بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم فى هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التى شرطها النص بمن يوافق عليه. ومفاد عدم انعقاد الاتفاق أن يكون باطلاً ولم ينشأ دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد فى ألفاظ النص".

واستطردت المحكمة تقول: "وقد نصت المادة (١١) من القانون المشار إليه على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح". ولا مرية فى أن اشتراط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، هو تحديد قانونى لمن تتوافر فيه صفة التصرف بتنفيذ اتفاق التحكيم فى الحالة المخصوصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود، وإن جزاء عدم توافر الصفة القانونية المشروطة هو عدم جواز الاتفاق، ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يغدو باطلاً لا أثر له إن تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدم أحد أركانه الثلاثة وهى الرضاء والمحل والسبب أو إذا تخلف أحد الشروط التى عدّها المشرع لأى من هذه الأركان الثلاثة ومن ذلك ما أوردته الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون

فى إنه تفعيلاً لقرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠٠٠ بتخصيص الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة بمدينة رأس سدر - البالغ مساحتها (٤٢) كيلو متراً مربعاً، وقد قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بإعلان عن مناقصة عالمية لإنشاء وإدارة واستغلال مطار بمدينة سدر وفقاً لنظام B.O.T - لفترة معينة يتم بعدها إعادة المطار للدولة. وتقدمت شركة ماليكورب ليميتد بعطائها والمتضمن على خلاف الحقيقة أن رأسمالها يبلغ مقداره مائة مليون جنيه إسترلينى، بما حمل الهيئة على تزكية هذا العطاء، وبتاريخ ٢٠٠٠/١١/٤ تم توقيع عقد الامتياز لإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر وفقاً لنظام B.O.T. بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى، والشركة المدعى عليها، وتضمن البند (٢١-٣-٣) من العقد، أى نزاع يتعذر حله ودياً ... يتم تسويته عن طريق التحكيم التجارى الدولى بواسطة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى طبقاً للقواعد السارية فى تاريخ عقد الامتياز هذا وذلك لإصدار قرار نهائى وملزم ويجرى ذلك التحكيم فى القاهرة ... وقانون التحكيم هو القانون المصرى ...، وبتاريخ ٢٠٠١/١/١٧ تقدمت شركة ماليكورب، بطلب تأسيس شركة مساهمة مصرية لإنشاء وتشغيل وإدارة المطار تنفيذاً لأحكام البند ٢٣-١-٦ من العقد المذكور. ونظراً لكون طالب التأسيس من غير المصريين، فقد تم إخطار جهات الأمن المختصة، والتى أفادت بعدم الموافقة على تأسيس الشركة، وقد تكشف لوزير الطيران المدنى - بصفته - والذى حل محل الهيئة المصرية للطيران أن الشركة قد أدخلت الغش على الهيئة المذكورة حال تعاقدها معها والمتمثل فى القدرة المالية للشركة والتى كانت وقت التعاقد لا تتعدى جنيهان إسترلينى، فضلاً عما شاب عملية التعاقد من أخطاء جسيمة من جانب القائمين على إسنادها، فقد تم إبلاغ النيابة العامة للتحقيق وقيد البلاغ برقم ٢٠٠٤/٦٥ حصر أموال عامة، كما تم مصادرة التأمين واتخاذ إجراءات فسخ العقد. وعلى إثر ذلك قامت الشركة بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، ضد الحكومة المصرية قيدت برقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤ طالبة الحكم بإلزامها بتعويض قدره (٥٠٨) مليون دولار عن الأضرار التى أصابتها من جراء فسخ العقد المبرم معها. وفى أثناء تداول القضية التحكيمية، لجأ وزير الطيران المدنى - بصفته - إلى محكمة القضاء الإدارى وأقام الدعوى الحالية طالباً الحكم بصفة مستعجلة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل فى الموضوع المتمثل فى بطلان شرط التحكيم الوارد بالبند (٢١-٣-٣) من عقد الالتزام، لكونه اتفاق باطل بطلاناً مطلقاً وعديم الأثر ذلك لأن الوزير المختص لم يوافق على النحو الذى تطلبه المشرع بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

١ (١) من أهم المسائل التى يثيرها الحكم: أ - مسألة مدى اختصاص محاكم الدولة بإنهاء إجراءات التحكيم، ب - الضوابط الزمنية لاختصاص هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، ج - هل يوجد ثمة تعارض بين إدارية العقد وبين تعلقه بالتجارة الدولية، د - هل هناك ثمة تعارض بين إدارته العقد ودولية العقد، هـ - المحكمة المختصة بنظر الطعن ببطلان حكم تحكيم صادر فى عقد إدارى دولى.

التحكيم متعلقاً بوجوب موافقة الوزير المختص".

ثم قامت المحكمة بتطبيق المبادئ القانونية السابقة على الواقعة محل الدعوى، فقالت: "... وحيث إنه تطبيقاً لما تقدم، ولما كان الثابت بالأوراق أن الوزير المختص – وزير النقل آنذاك – لم يوافق على شرط التحكيم الذى تضمنه العقد محل المنازعة الماثلة بما يعنى أن هذا الشرط وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبما يعيد لهذه المحكمة ولايتها بالفصل فى موضوع الدعوى باعتبارها من منازعات العقود الإدارية".

وقد بررت المحكمة موقفها هذا، بقولها: "... ولا ريب أن بطلان الاتفاق على شرط التحكيم فى خصوصية النزاع الماثل سيؤدى إلى حكم لا يمكن تنفيذه بما مؤداه أنه لا مجال للسير فى إجراءات التحكيم فى القضية التحكيمية المقامة من الشركة المدعى عليها أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى والمقيدة برقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤ ومن ثم فإن طلب المدعى بصفته الطلبات محل الدعوى الماثلة يكون قائماً على أساس صحيح من القانون مما يتعين معه الحكم والأمر كما تقدم ببطلان شرط التحكيم الوارد بعقد الامتياز المبرم مع الشركة المدعى عليها بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٤ مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف إجراءات التحكيم فى القضية التحكيمية المشار إليها".

٣ – حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٠٠٩/١٠/٣١[1]:

عادت محكمة القضاء الإدارى فى حكم حديث لها، إلى تكرار ما سبق وأن أبدته فى قضية ماليكورب، الصادر فى ١٩ فبراير ٢٠٠٦ سالف الذكر، بشكل أكثر تفصيلاً، تجاه التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، بصفة عامة وما يثيره من قضايا، أخصها ما يتصل بتكييف موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، على شرط التحكيم، وفصلت الضوابط التشريعية الحاكمة للمسألة، فذهبت المحكمة إلى أنه: "... وحيث ان البين مما تقدم أن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بالتطبيق على المنازعة الماثلة تحكمها ضوابط تشريعية لا فكاك منها:

١ دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار – الدائرة السابعة – الدعوى رقم ٣٨٦٨٣ لسنة ٦٣ ق. (حكم غير منشور). وتتلخص وقائع الدعوى فى أنه بتاريخ ١٩٩٩/١/٦ أبرمت الهيئة المصرية العامة للبترول مع شركة ناشيونال جاز عقداً بشأن توصيل الغاز الطبيعى للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى داخل محافظة الشرقية، عهدت الهيئة بمقتضاه إلى الشركة بأعمال تمويل ودراسة وتصميم وتوريد وإنشاء وتمديد وتشغيل الغاز الطبيعى والتعاقد مع المتعاقدين وتحصيل مقابل الاستهلاك، كما منح العقد للشركة الحق فى القيام بالأنشطة والأعمال المتعلقة بالاتفاقية بإنشاء خطوط وشبكات توزيع الغاز الطبيعى، وأن تكون مدة منح الالتزام (٢٥) سنة اعتباراً من تاريخ توقيع الاتفاقية، على أن تعود ملكية أصول المشروع ملكاً خالصاً للهيئة فى نهاية المدة.

وعلى أثر نزاع نشب بين الشركة والهيئة، أقامت الشركة طلباً للتحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى قيد برقم ٥٦٧ لسنة ٢٠٠٨ طلبت فى بيانه التحضيرى إلزام الهيئة بسداد مبلغ وقدره ٢٥٥,٩٤٥,٩٧٤,٨٥ جنيه مصرى مع الإلزام بالفوائد على سند أنها (الشركة) قامت بإبرام عقود تمويل أجنبية من الخارج لإنشاء المشروع تنفيذاً لالتزاماتها، وأن تغير سعر الصرف للجنيه المصرى أمام العملات الأجنبية أدى إلى تحمل الشركة أعباء مالية بالزيادة، وتمت إقامة الدعوى التحكيمية استناداً إلى نص البند العشرون من الاتفاقية (العقد) الذى نص على أن فض المنازعات بما فى ذلك منازعات إدارة وتشغيل المشروع بعد تمام تنفيذه يحسم فى حالة تعذر الحل الودى بطريقة التحكيم وفقاً لقواعد تحكيم المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى. وأثناء تداول القضية التحكيمية بالجلسات أمام هيئة التحكيم، حيث كانت مؤجلة لجلسة ٢٠٠٩/٥/٢٨ للمذكرات بادرت الهيئة بإقامة الدعوى الماثلة أمام محكمة =القضاء الإدارى طلبت وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ شرط التحكيم وما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف إجراءات التحكيم فى القضية التحكيمية سالفة الذكر، وفى الموضوع ببطلان شرط التحكيم الوارد بالعقد المؤرخ ١٩٩٩/١/٦ وما يترتب على ذلك من آثار أخصها انحسار نظر النزاع أصلاً أمام هيئة التحكيم فى القضية التحكيمية سالفة الإشارة.

أولها: أن موافقة الوزير المختص الممثل للدولة فى وزارته هى موافقة من النظام العام يصح شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى بوجودها بضوابطها المقررة قانوناً، وبتخلفها على أى 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 الشخصيات الاعتبارية العامة التى تتولى اختصاص الوزير فهى ليست الهيئات العامة أو الوحدات الإدارية التى تتبع الوزير، وإنما هى الأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزيراً بذاته كالجهاز المركزى للمحاسبات، ذلك أن الهيئات العامة التابعة للوزير لا تستقل عنه وإنما تخضع لإشرافه عليها وموافقته واعتماده لقراراتها أو رفضها بوصفه السلطة الوصائية على تلك الهيئات، ومن ثم لا يغنى عن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى توقيع رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة التابعة له على العقد أو اتفاق التحكيم فلا اختصاص قانونى له فى ذلك ولا جواز لتفويض له أو لغيره فى هذا الاختصاص.

ثالثها: أن الخطاب التشريعى بمضمون القاعدة القانونية موجه لطرفى التعاقد ممن رغبوا فى إدراج شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية المبرمة بينهما، فليس لطرف أن يلقى بعبء التأكد من تحقق الموافقة على طرف، وإنما على كليهما السعى لوضع الشرط المتفق عليه فيما بينهم موضع التطبيق وإلا كان ذلك ممن تقاعس عن تلبية الخطاب التشريعى انصياعاً وقبولاً للاختصاص الأصيل للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع".

ثم قامت المحكمة بإنزال القواعد السابقة على النزاع، وقالت: "وحيث إنه وبإنزال جميع ما تقدم على مضمون البند العشرون من اتفاقية توصيل الغاز الطبيعى للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية يبين أن الاتفاقية وما تضمنته من بنود بما فيها البند العشرون المتضمن شرط التحكيم فى منازعة من منازعات العقود الإدارية تتعلق بعقد التزام المرافق العامة، لم توقع من الوزير المختص وهو وزير البترول، بغير خلاف فى ذلك بين الهيئة المدعية والشركة المدعى عليها، وإنما وقعها رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول التابعة لوزير البترول وفقاً لحكم المادة (٢) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦ فى شأن الهيئة المصرية 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".

وقامت المحكمة بالرد على دفاع الشركة من أن حق الهيئة فى طلب إبطال شرط التحكيم قد سقط بالتقادم، لعدم تمسكها به خلال ثلاث سنوات طبقاً لنص المادة (١٤٠) مدنى، وهو ما يعنى حصول الإجازة الصريحة والضمنية للشرط من جانب الهيئة، ومخالفة مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد، وكل ذلك على سند من مواد القانون المدنى أرقام (١٣٨) و (١٣٩) و (١٤٠) و (١/١٤٨). وقالت المحكمة: "... لا يغير ما تقدم من بطلان شرط التحكيم الوارد بالبند العشرون (العشرون) من الاتفاقية (العقد) لعدم الحصول على موافقة وزير البترول، فالبطلان المقرر فى شأن وجوب الحصول على موافقة الوزير المختص ليس مقرراً لأحد المتعاقدين كما عنيت المادة (١٣٨) مدنى بحرمان المتعاقد الآخر من التمسك به، وإنما هو بطلان من النظام العام مقر لمصلحة طرفى التعاقد، كما أن زوال حق الإبطال للعقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وفقاً لحكم المادة (١٣٩)

مدنى إنما يكون بالإجازة الصادرة من صاحب الاختصاص والولاية وهو وزير البترول ذاته وليس الهيئة المدعية كطرف متعاقد (بوصفها طرفاً متعاقداً) 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 يغنى عنه بديل أياً كان نوعه، إذ لا يغنى عن الشرط وضوابطه الاستنتاج ودلالاته، كما لا يغير من بطلان شرط التحكيم أن يكون طرفى (طرفا) التعاقد قد قبلا التحكيم وفقاً لذات الاتفاق من قبل فى منازعات ذلك العقد بالتحكيمين رقمى ٤٠٠ و ٤٩٠ لسنة ٢٠٠٦، إذ لا يعد هذا القبول من الهيئة المدعية إجازة صريحة أو ضمنية للبطلان الذى شاب شرط التحكيم من يوم تحريره لعدم صدور هذا القبول من سلطة الإجازة اللاحقة وهى وزير البترول صاحب سلطة الإذن السابق أو الموافقة السابقة، كما لا يؤثر على بطلان شرط التحكيم الارتكان إلى حكم المادة (١٤٠) من القانون المدنى للقول بسقوط حق الهيئة المدعية فى إبطال العقد لعدم تمسكها به خلال ثلاث سنوات، لما سلف بيانه من أن بطلان شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية هو بطلان من النظام العام لا تحكمه المادة (١٤٠) من القانون المدنى، فضلاً عن أن تلك المادة قد حددت فى فقرتها الأولى مدة سقوط الحق فى الإبطال بثلاث سنوات فى حالات حددها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه، أما فى غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد، وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض لا تتم إلا بمضى 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".

وانتهت المحكمة إلى النتيجة التى كانت تؤسس لها فى حيثيات حكمها من بطلان شرط التحكيم الوارد فى العقد، الذى كيفته من العقود الإدارية.

٤ – حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٧ مايو سنة ٢٠١١[1]:

وفى أحدث أحكام محكمة القضاء الإدارى، أكدت ذات الاتجاه السابق، فذهبت المحكمة إلى أنه: "... حيث إن الفقرة الثانية من المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ 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 فى ذلك). وتنص المادة (١١) من ذات القانون على أنه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ...).

١ محكمة القضاء الإدارى، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، الدائرة السابعة، الدعوى رقم ١١٤٩٢ لسنة ٦٥ ق. الصادر بتاريخ ٢٠١١/٥/٧ (حكم غير منشور). وملخص وقائع الدعوى أنه بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢ قامت الشركة القابضة للتشييد والتعمير (الشركة القومية للتشييد والتعمير حالياً) ممثلة لوزارة الاستثمار قد باعت شركة «عمر أفندى»، شركة أنوال المتحدة للتجارة، المملوكة للسيد/ جميل بن عبد الرحمن بن محمد القنبيط، مقابل مبلغ إجمالى قدره ٥٩٠ مليون جنيه، واشتمل البيع على جميع فروع عمر أفندى البالغ عددها (٨٢) فرعاً على مستوى الجمهورية، بما فى ذلك فرع «أحمد عبد العزيز» الذى يقدر ثمنه بحوالى سبعمائة مليون جنيه على الأقل، وغيرها من الفروع الأخرى الواقعة بأرقى الأماكن فى مدن الجمهورية التى تقدر قيمة الأرض المقامة عليها فقط بما لا يقل عن أربعة مليارات جنيه على الأقل ... وقد نعى المدعى على عقد بيع شركة «عمر أفندى» مخالفته لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، حيث لم يتقدم للمزايدة التى أعلن عنها سوى عطاء وحيد بمبلغ ٥٠٤ مليون جنيه مقابل شراء هذه الأصول (المعروض يمثل ٩٠٪ من أصول الشركة) ... الخ. وطالب المدعى بفسخ العقد لمخالفة المشترى لبنوده على تفصيل فى الدعوى.

وحيث إن مفاد ما تقدم أن الأصل هو عدم جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، وأن (موافقة الوزير) على شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية هى شرط جوهرى يترتب على تخلفه بطلان الشرط ذاته، فقد أورد 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 التقرير الأشخاص الاعتبارية العامة التى تتولى اختصاص الوزير بأنها (الأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع الوزير كالجهاز المركزى للمحاسبات) وليست الهيئات العامة التى تتبعه. وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية حظر المشرع التفويض فى ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها، ولاعتبارات الصالح العام، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة فى وزارته (تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب بتاريخ ١٩٩٧/٤/٢١)".

واستطردت المحكمة تقول: "... وحيث إن البين مما تقدم أن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بالتطبيق على المنازعة الماثلة تحكمها ضوابط تشريعية لا فكاك منها:

أولها: أن موافقة الوزير المختص الممثل للدولة فى وزارته هى موافقة من النظام العام لا يصح شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى إلا بوجودها بضوابطها المقررة قانوناً، وبتخلفها على أى نحو يبطل الشرط ويصير عدماً لا تتغاير 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 الشخصيات الاعتبارية العامة التى تتولى اختصاص الوزير فهى ليست الهيئات العامة أو الوحدات الإدارية التى تتبع الوزير، وإنما هى الشخصيات الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزيراً بذاته كالجهاز المركزى للمحاسبات، ذلك أن الهيئات العامة التابعة للوزير لا تستقل عنه وإنما تخضع لإشرافه عليها وموافقته واعتماده لقراراتها أو رفضها بوصفه السلطة الوصائية على تلك الهيئات، ومن ثم لا يغنى عن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى توقيع رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة التابعة له على العقد أو اتفاق التحكيم أو المفوض منه فى توقيع العقد فلئن جاز التفويض فى بنود العقد الإجرائية والموضوعية فإنه لا يجوز التفويض فى التوقيع أو الموافقة على شرط التحكيم، ومن ثم فلا اختصاص قانونى لأى من هؤلاء فى ذلك ولا جواز لتفويض لهم أو لغيرهم فى هذا الاختصاص.

ثالثها: أن الخطاب التشريعى بمضمون القاعدة القانونية موجه لطرفى التعاقد ممن رغبوا فى إدراج شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية المبرمة بينهما، فليس لطرف أن يلقى عبء التأكد من تحقق الموافقة على الطرف الآخر، وإنما على كليهما السعى لوضع الشرط المتفق عليه فيما بينهم موضع التطبيق، وإلا كان ذلك تقاعساً عن تلبية الخطاب التشريعى، وانصياعاً وقبولاً للاختصاص الأصيل للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع".

وانتهت المحكمة إلى نتيجة مؤداها، «... وحيث إنه متى كان ما تقدم جميعه، وكان العقد المقضى ببطلانه تبعاً لبطلان وانعدام إجراءات بيع شركة عمر أفندى قد تضمن فى المادة العشرون (العشرين) منه شرطاً

للتحكيم بين الطرفين فى أى نزاع ينشأ عن العقد أو يتعلق به، وكان هذا الشرط لم ينل موافقة الوزير المختص، وهو وزير الاستثمار، بغير خلاف فى ذلك بين جميع أطراف العقد وأطراف الدعوى الماثلة، وإنما وقعها رئيس مجلس إدارة الشركة القابضة للتجارة، والعضو المنتدب، ومن ثم يكون شرط التحكيم المشار إليه قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أثر له ويكون هو والعدم سواء وما ترتب على ذلك من آثار»[1].

ثانياً : إتجاه المحكمة الإدارية العليا :

صدر عن المحكمة الإدارية العليا أكثر من حكم، فى شأن مسألة موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم، أيدت فيها ما ذهبت إليه أحكام محكمة القضاء الإدارى سالفة الإشارة، وقضت برفض الطعون المقدمة، وسنلقى عليها الضوء فيما يلى:

١ – حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٣١ مايو سنة ٢٠٠٥[2]:

أيدت المحكمة الإدارية العليا ما نحت إليه محكمة القضاء الإدارى من رفض تعيين محكم عن الجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى، الصادر فى ١٢ مارس سنة ٢٠٠٠ سالف الإشارة، على أساس أن تخلف موافقة الوزير المختص؛ يترتب عليها اتفاق التحكيم كأن لم يكن، واختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر الموضوع، بل انها رفضت دفاع الطاعن (شركة إنبريجيت)، من عدم سريان قيد موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم، وفقاً للتعديل الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، أى بعد تاريخ إبرام العقد الذى حوى شرط التحكيم، المبرم فى ٢٠ يونيه ١٩٩٣، استناداً إلى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وأن قضاء مجلس الدولة جرى على عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية قبل قانون ٩ لسنة ١٩٩٧. وقالت المحكمة: "... ومن حيث إن مفاد ما تقدم أن المشرع أجاز فى منازعات العقود الإدارية الاتفاق على التحكيم وذلك بشرط موافقة الوزير المختص على التحكيم أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وحظر المشرع على الوزير أو من يمارس اختصاصه التفويض فى هذا الاختصاص.

ومن حيث إن أوراق الطعن ومستنداته قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة على اللجوء إلى التحكيم فى النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثانى بشأن

---

١ وإلى ذات المعنى والاتجاه نحت محكمة استئناف القاهرة، فذهبت إلى أن موافقة الوزير المختص لازمة لصحة شرط التحكيم وأن الخطاب التشريعى بمضمون تلك القاعدة موجه لطرفى العقد بما لا يصح معه القول بأن الجهة الإدارية كان عليها مراعاة ذلك وحدها، كما لا يصح معه القول بأن تبعية إحدى الهيئات للوزير وأن رئيس مجلس إدارة الهيئة هو القائم باختصاصات الوزير وتوقيعه يجعل الشرط صحيحاً فهذا الشرط لا يصح إلا بموافقة الوزير نفسه ... كما أضافت كذلك أن التنفيذ الاختيارى للهيئة لا يقوم مقام القبول، ذلك أن تنفيذ الاتفاق تم من جانب الهيئة، وليس الوزير المختص. كما أن لا محل للادعاء بأن التمسك بالبطلان يتعارض مع مقتضيات حسن النية، لأن طرفى التداعى يقع على عاتقهما إبرام العقود وفق صحيح القانون، وليس طرفاً دون آخر ... فاشتراط موافقة الوزير جاء بناء على نص قانونى ملزم ولا يعتد بجهل أحد بالقانون (حكم محكمة استئناف القاهرة، قضية رقم ١١١، س ١٢٦ ق، جلسة ٢٠١٠/٣/٣٠، الدائرة ٥٠ تجارى). ومع هذا فقد قضت محكمة استئناف القاهرة أن الأصل الحضارى المرتبط بالنظام العام داخلياً كان أو دولياً – يقضى بحرمان الطرف سيئ النية من الاستفادة من غشه أو خطئه أو خرقه قاعدة الأمانة والصدق فى إجراءات التحكيم. (استئناف القاهرة، ٢٠١٠/٩/٦ التظلم رقم ١٠ لسنة ١٢٧، الدائرة الرابعة التجارية). مشار إليهما عند أ.د. حسام الدين كامل الأهوانى: المسائل القابلة للتحكيم، مقال منشور بمجلة التحكيم العربى، العدد السادس عشر، يونيو ٢٠١١، ص ٢١.

٢ الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٤٦ ق.ع، الدائرة الثالثة، موضوع، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٣١ (حكم غير منشور). حيث طعنت الشركة الدولية للمشروعات الهندسية والبترولية (إنبريجيت) على الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى، دائرة العقود والتعويضات، فى الدعوى رقم ١٥٩٩ لسنة ٥٤ ق.، جلسة ٢٠٠٠/٣/١٢، سالف الإشارة. واستعرضت المحكمة الإدارية العليا نص المادة الأولى من قانون التحكيم، وتعديله بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧.

تنفيذ العقد رقم ٢٧ز٢ المبرم بينهما فى ١٩٩٣/٦/٢٠، ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثانى فى النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون.

ولا ينال مما تقدم القول بأن العقد محل المنازعة، والذى تضمن شرط التحكيم قد أبرم فى ١٩٩٣/٦/٢٠ أى قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فهذا القول مردود بأن قضاء هذه المحكمة جرى قبل تعديل المادة الأولى سالفة الذكر على عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية استناداً إلى أن الاختصاص القضائى لمجلس الدولة المبين بالمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بقصر الفصل فى منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة.

وترتيباً على ما تقدم، إذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون (قد) جاء متفقاً وحكم القانون، ويكون الطعن عليه غير قائم على سند من القانون جديراً بالرفض".

٢ – حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩ مارس ٢٠٠٧[1]:

ذهبت دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية إلى بطلان اتفاق التحكيم، بالرغم من وجود موافقة من الوزير المختص بموجب كتاب موجه إلى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، مبررة موقفها هذا بأنه لا يوجد ثمة تعاقد تم بين الطرفين، حيث أن العقد الذى حوى شرط التحكيم هو من عقود التزام المرافق العامة، أو التزام الأشغال العامة، طبقاً للمادة الأولى والخامسة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة، عدة إجراءات، ولا يتم التعاقد إلا بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص، ونظراً لعدم صدور هذا القرار، فلا يوجد ثمة تعاقد تم بين الطرفين، وتصبح موافقة الوزير على اتفاق التحكيم باطلة لورودها على غير محل، لعدم وجود تعاقد من الأساس.

وقالت المحكمة: "ومن حيث إن العقد موضوع المنازعة الماثلة وهو من العقود الإدارية، باعتباره من عقود التزام المرافق العامة أو التزام الأشغال العامة، والذى شرعت الجهة الإدارية باتخاذ إجراءاته وفقاً لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول والذى حددت المادة الأولى منه القواعد والإجراءات التى يتعين إتباعها لاختيار الملتزم، ثم نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها فى حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص. فكل ما يسبق صدور هذا القرار يعد من الأعمال أو الإجراءات التحضيرية لعقد الالتزام الذى لا تكتمل عناصره إلا بقرار مجلس الوزراء المشار إليه.

ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن عملية التعاقد على إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر لم يصدر بها قرار من مجلس الوزراء ولم يصل الأمر إلى حد أن يعرض الوزير المختص ذلك على مجلس الوزراء، فمن ثم فلا نكون بصدد عقد التزام مكتمل الأركان، بل بصدد أعمال تحضيرية لهذا التعاقد (حتى ولو احتوت

١ الطعن رقم ١٧٢٥٤ لسنة ٥٢ ق. عليا، دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى فحص طعون، جلسة ١٩ مارس سنة ٢٠٠٧. وتم رفض الطعن بإجماع الآراء، المقدم من شركة ماليكورب ليميتد ضد وزير الطيران المدنى (بصفته)، (حكم غير منشور).

شرط التحكيم) الفتها جهة الإدارة وعليه فلا محل للقول بوجود عقد إدارى احتوى على شرط التحكيم بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، ولا ينال من ذلك ما قيل عن موافقة السيد وزير الطيران المدنى على سلوك طريق التحكيم بكتاب سيادته رقم ٣١٧٦ فى ٢٠٠٤/٥/٣٠ الموجه إلى المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، لأن الثابت أنه لم يوضع تحت نظر السيد وزير الطيران المدنى الحقائق القانونية للعملية التعاقدية التى لم تصل إلى حد التعاقد ليكون على بينة من أمره عند اتخاذ القرار بالموافقة على سلوك طريق التحكيم، وبالتالى فتكون موافقته هذه باطلة لورودها على غير محل لعدم وجود ثمة تعاقد، بل إجراءات تحضيرية".

ولعل ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى هذا الطعن، يجد مبرره فى خصوصية هذه القضية وما شابها من غش وتواطؤ بين الطرف المتعاقد، وبعض المسئولين فى الجهاز الإدارى للدولة:

ثالثاً : اتجاه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :

أتيح أيضاً للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، أن تُدلى بدلوها فى هذه المسألة أكثر من مرة، فجاءت فتواها الأولى عقب صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بعدة أشهر فى ٩ يناير سنة ١٩٩٨، أوضحت فيها الجمعية العمومية وجهة نظرها فى مسألة التحكيم فى العقود الإدارية، وشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، وكون شرط التحكيم، عقداً مستقلاً عن باقى شروط العقد الإدارى، فإذا لم يكن العقد مستكملاً أركانه كاملة مستوفياً شروط صحتها، بأن تخلف ركن من أركانه، أو شابه عيب من العيوب، كان العقد باطلاً، أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال. ثم أكدت اتجاهها السابق فى فتواها الصادرة فى ٨ نوفمبر ٢٠١٠ (فى حالة خاصة)، وأوضحت بعبارات أكثر تحديداً – بشأن ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه – بأنه فى حالة عدم وجود هذه الموافقة يصبح اتفاق التحكيم فاقداً لأساسه القانونى السليم. وفيما يلى سنعرض لكلا الفتويين بشئٍ من التفصيل.

١ – فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الصادرة فى ٩ يناير ١٩٩٨[1]:

استعرضت الجمعية العمومية إفتاءها السابق بجلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٦، الذى انتهت فيه إلى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، وأسانيدها فى ذلك، ولاحظت أنه على إثر هذا الإفتاء، قام المشرع بإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، بإضافة فقرة جديدة إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، التى تنص على أنه: "بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص ...".

ثم عرضت الجمعية العمومية لوجهة نظرها فى مسألة شرط التحكيم فى العقود الإدارية، وشروط نفاذه، وضرورة توافر أركانه كاملة، وإلا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال، فقالت: "... ولما كان شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، فإنه يلزم لنفاذه توافر الأركان (الرضاء والمحل والسبب)، والشروط المتطلبة قانوناً من رضاء صحيح غير مشوب بعيب من عيوب الرضا (والرضاء يجب أن

١ ملف رقم ٣٤٣/١/٥٤، رقم التبليغ ٢٨، بتاريخ ١١ يناير سنة ١٩٩٨، (فتوى غير منشورة).

يكون صادراً من جهة الإدارة المختصة ذات الولاية وفقاً للأوضاع المقررة من حيث الشكل والاختصاص)، ومحل قابل للتعامل فيه، وسبب مشروع. فإذا ما ثبت أن قبول جهة الإدارة لشرط التحكيم كان نتيجة لغلط فى القانون وكان المتعاقد الآخر على صلة بهذا الغلط فإن كان مشتركاً فيه أو كان عالماً به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، فإن هذا الشرط يكون قابلاً للإبطال، بعد ثبوت الغلط على الوجه الذى تسفر عنه الحقيقة القضائية عند النزاع، وشأن الغلط فى القانون هنا شأن الغلط فى الواقع من حيث انجراح الإرادة به وما يترتب على ذلك من قابلية العقد للإبطال، أما إذا لم يكن هناك غلط شاب قبول جهة الإدارة لهذا الشرط، أو كان هناك غلط لم يتصل به المتعاقد معها على أى من الوجوه سالفة الإشارة، فإن الشرط يكون لازماً إعمالاً لما تلاقت عليه إرادة الطرفين؛ مع مراعاة أن تطبيق ذلك ينبغى أن ينظر إليه فى كل حالة على حدة".

قالت الجمعية العمومية فى موضع آخر من الفتوى: "... فإذا نشأ العقد صحيحاً قامت قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه تطبيقاً لما نص عليه القانون المدنى من المادة (١/٤٧) من أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون" وتعين تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبما يتفق (مع) ما يوجبه حسن النية. أما إذا لم يكن العقد مستجمعاً لأركانه كاملة مستوفية لشروطها فإن تخلف ركن من أركانه أو شابه عيب من العيوب كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال".

٢ – فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الصادرة فى ٨ نوفمبر ٢٠١٠[1]:

أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على المبادئ العامة التى تحكم العقود بصفة عامة ومنها اتفاق التحكيم، التى سبق وأن أوضحتها فى فتواها سالفة الإشارة (جلسة ١٩٩٨/١/٩)، وأفصحت بعبارات أكثر تحديداً، بشأن مسألة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه؛ وأفتت بأنه فى حالة عدم وجود هذه الموافقة يصبح اتفاق التحكيم فاقداً لأساسه القانونى السليم.

والجمعية العمومية، وهى بسبيلها للإدلاء برأيها فى الموضوع، استعرضت بجلستها المنعقدة فى ١٣ أكتوبر ٢٠١٠، نص المادة (١٥٧) من الدستور التى تنص على أن: "الوزير هو الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته ..."، ونص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، ونص المادة (٢٣) من ذات القانون التى تنص على أن: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته"[2].

ثم قالت الجمعية العمومية: "... وعلى ما جرى عليه إفتاؤها، من أن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذى الولاية العامة فى نزاع يتعلق بعقد إدارى هو الاستعمال الطبيعى لحق التقاضى، أما لجؤها فى ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة فى شأن يتعلق

١ ملف رقم ٤٧٨/١/٥٤، رقم التبليغ ٦٢٩ بتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ (فتوى غير منشورة).

٢ كما استعرضت الجمعية العمومية قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٨٣ بشأن إنشاء الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة، ... الخ. كيما يتسنى لها الفصل فى تلك الحالة المخصوصة.

بصميم الأداء العام الذى تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو ما لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة، وتخويل صريح يرد من عمل تشريعى، وأن صلاحية جهة الإدارة لإبرام العقد الإدارى وفق شروط الإبرام وإجراءاته التى ترد بالقوانين واللوائح لا تفيد بذاتها صلاحية جهة الإدارة فى إبرام شرط التحكيم، باعتبار أن هذا الشرط وفقاً لحكم المادة (٢٣) من قانون التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى من حيث الصحة وأوضاع النفاذ والاستمرار، ولما كان قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المشار إليه قد أجاز للجهات العامة الاتفاق على التحكيم لفض المنازعات التى تنشأ بينها وبين الجهات الخاصة المتعاقدة معها بشأن العقود الإدارية، وذلك بشرط أن يكون هذا الاتفاق بموافقة الوزير المختص باعتباره الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته طبقاً لحكم المادة (١٥٧) من الدستور، أو من تكون له سلطة الوزير بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، بحيث يكون لما يتخذه من قرارات فى شأن الشخص الاعتبارى العام الذى يتولى رئاسته أو إدارته صفة النهائية ولا يحتاج لنفاذه إلى تصديق أو اعتماد من سلطة أعلى، أما إذا كانت هذه القرارات تحتاج إلى تصديق أو اعتماد من سلطة أعلى، فمن ثم تكون هذه السلطة هى المختصة دون غيرها بالموافقة على شرط اللجوء للتحكيم فى شأن منازعات العقود الإدارية المبرمة بين هذا الشخص الاعتبارى العام، وأى جهة خاصة ولا تستطيع أن تفوض غيرها فى ممارسة هذا الاختصاص، وذلك إعمالاً لصريح حكم المادة (١) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المشار إليه".

ثم طبقت الجمعية العمومية المبادئ السابقة على موضوع الفتوى، فذهبت إلى أنه: "... ولما كان البين من الاطلاع على مشروع العقد المعروض أنه تضمن فى البند (٢٥) منه النص على حق طرفيه فى اللجوء إلى التحكيم لفض أى نزاع ينشب بينهما، ولم يثبت من الأوراق صدور أية موافقة صريحة من محافظ الجيزة على هذا البند مسبوقة بموافقة مجلس إدارة الهيئة، فمن ثم يكون إدراج هذا البند فى مشروع العقد فاقداً لأساسه القانونى السليم، ولا جناح على مجلس إدارة الهيئة إذا ارتأى حذف هذا البند والعودة إلى الأصل العام فى الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية بمعرفة محاكم مجلس الدولة".

وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم فى مشروع العقد المعروض طالما أنه لم يصدر بذلك قرار من مجلس إدارة الهيئة متوجاً بموافقة صريحة من محافظ الجيزة بذلك[1].

١ وتتلخص وقائع الموضوع، أنه بتاريخ ٢٠٠١/٦/٢٩ تم إبرام عقد النظافة العامة لأحياء العجوزة والدقى وشمال الجيزة بين الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة والشركة الدولية للإنشاءات الحديثة ومجموعة من الشركات الإيطالية، وتضمن البند التاسع عشر من هذا العقد النص على اختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فى أى نزاع =ينشأ عن تفسير العقد أو تنفيذه أو بسببه، وبتاريخ ٢٠٠٦/١٠/٩ قرر مجلس الوزراء إعادة دراسة عقود شركات النظافة فى القاهرة والجيزة والإسكندرية لعلاج التشوهات فى العقود القائمة، وإعادة صياغتها بحيث يتم التوصل إلى عقد نمطى، يستند إلى معايير دولية يتم بحثه مع السادة المحافظين المعنيين قبل إقراره، وأنه بعرض النسخة النهائية من العقد النمطى المشار إليه على مجلس إدارة الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة فى ٢٠٠٨/١٢/٣، اعترض على بعض البنود الواردة فيه، ومنها النص على اللجوء إلى التحكيم فى شأن أى نزاع ينشأ بين طرفى العقد، وانتهى المجلس إلى عرض مشروع العقد الجديد بين الهيئة وشركة النظافة على مجلس الدولة لمراجعته. وبعرض العقد على اللجنة الأولى لقسم الفتوى انتهت بجلسة ٢٠٠٩/٩/١٢ إلى إدخال بعض التعديلات عليه، ومنها حذف المعادلة المالية الواردة بالبند ٢ر١٦ لعدم الانضباط. ثم طلبت الهيئة إعادة مراجعة العقد مرة أخرى لأنه يتضمن حق طرفيه فى اللجوء إلى التحكيم فى حالة نشوب أى خلاف بينهما، فى حين أن الهيئة تتمسك بما ورد فى البند التاسع عشر من العقد الأصلى من اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى أى نزاع ينشأ بين طرفيه، وبعرض الموضوع على اللجنة الأولى، قررت بجلستها فى ٢٠١٠/٤/١٤ إحالته إلى الجمعية العمومية لما آنسته فيه من أهمية وعمومية.

المطلب الثالث
موقف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي
من ضرورة موافقة الوزير المختص

صدرت عدة أحكام تحكيمية عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، فى هذه المسألة، وتباين من الواقع العملى تباين فى اتجاهاته بحسب ما إذا كان التحكيم داخلياً، أو دولياً. ففى حين ذهبت بعض أحكامه إلى أن الشرط المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى، هو تحديد قانونى لمن تتوافر له صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم، وجزاء تخلف الشكل الذى أوجبه القانون، هو بطلان الشرط، بينما ذهبت فى أحكام تحكيمية أخرى إلى عدم ترتيب البطلان بوصفه جزاءً لتخلف هذا الشرط، لأن جهة الإدارة هى المسئولة وحدها عن الحصول على هذه الموافقة وبدا هذا الاتجاه واضحاً فى أحكام التحكيم الدولية، وفيما يلى سنتناول كلا الاتجاهين بالتفصيل المناسب.

أولاً : اتجاه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم إلى بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة :

يتجلى هذا الاتجاه فى بعض أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، فى قضايا تحكيمية داخلية، جميع أطرافها مواطنون، على تفصيل نوضحه فيما يلى:

١ – القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ٢٩ مايو سنة ٢٠٠٣[1]:

قامت هيئة التحكيم باستعراض وقائع الموضوع، والإجراءات التى تمت، ومذكرات دفاع الطرفين، وحقوق وواجبات طرفى العقد، وتبين لها أنه يوجد اتفاق على الالتجاء للتحكيم تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (٢٥)، ونصها: "... سيتم إجراء التحكيم طبقاً للإجراء المنشور بواسطة المنشأة المسماة (مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم) وفى المكان المحدد فى بيانات العقد». وأهم ما يتعلق بالمسألة محل البحث، والخاصة بالدفع الذى دفعت به الوزارة (المحتكم ضدها) ببطلان شرط التحكيم لأن الوزير المختص لم يوافق ويوقع على هذا الشرط، ومن ثم تنحسر ولاية هيئة التحكيم عن نظر الموضوع، لأن شرط التحكيم الوارد بالعقد يعتبر شرطاً باطلاً

١ (حكم تحكيمى غير منشور). غير أنه قد نشر ملخص للمبدأ القانونى فى نشرة أنباء مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم بمناسبة اليوبيل الفضى للمركز، يناير ٢٠٠٤، ص ٧ وما بعدها. وتتلخص وقائع النزاع فى أن وزارة الأشغال العامة والموارد المائية قامت بدعوة بعض الشركات للتقدم بعطاءاتها فى المناقصة المحدودة لتنفيذ مشروع تطوير ترعة بسنتواى الفرعية وفروع التوزيع وتطوير المساقى بمنطقة المحمودية بمحافظة البحيرة، وتقدمت شركة النوبارية للهندسة الزراعية والميكنة بعطاء فى هذه المناقصة، وقامت لجنة البت بناء على توصيتها فى ١٩٩٧/٨/٢٤ وموافقة السلطة المختصة باستدعاء الشركة سالفة الذكر لمفاوضتها فيما ورد بعطائها من تحفظات للتنازل عنها، أو تعديلها بما يجعلها تتفق مع شروط المناقصة، وتم التفاوض، وأهم ما جاء بمحضر التفاوض، ما جاء بالبند رابعاً من محضر لجنة التفاوض والبت رقم (٣) أنه بالنسبة لما ورد بصدد الاشتراطات الخاصة بالشركة بشأن اختيارها للمركز الإقليمى للتحكيم الدولى كمحكم عام للعملية، فإن الشركة متمسكة بهذا الشرط طبقاً لما هو وارد بعقد العملية، وتم إبرام العقد بين الطرفين بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٣، وأثناء تنفيذ الأعمال المسندة للشركة، ثار خلاف ونزاع بين الطرفين فى شأن تنفيذ هذا العقد، وتقدمت الشركة بطلب إلى السيد المستشار الدكتور مدير المركز الإقليمى للتحكيم بتاريخ ٢٠٠٢/٥/١٨ باتخاذ الإجراءات اللازمة فى هذا الشأن، وذلك استناداً إلى نص البند ٣/٢٥ من شروط العقد التى تنص على أنه سيتم إجراء التحكيم طبقاً للإجراء المنشور بواسطة المنشأة المسماة وفى المكان الموضح فى بيان العقد، وقد جاء فى القسم (٤) الخاص ببيانات العقد أن الهيئة التى تقوم بالتحكيم بالنسبة للمقاولين المحليين هى المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالزمالك – القاهرة – مصر، وقد تضمن طلب الشركة المشار إليها تعيين المحكم الذى اختارته ليكون محكمها فى هيئة التحكيم التى سيتم تشكيلها.

لانعدام أهلية من وافق عليه. وقامت هيئة التحكيم باستعراض نص المادة (١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والفقرة الثانية المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والمعمول بها ابتداء من ١٦ مايو ١٩٩٧، وقالت ما يلى: "... والنص فى فقرتها الأولى يحدد نطاق تطبيق القانون وأحكامه على «كل تحكيم» بالتبين الوارد به من حيث الأطراف ومن حيث طبيعة العلاقة القانونية، ومن حيث الإقليم، ثم هو فى الفقرة الثانية يحدد الصفة القانونية الواجب توافرها فيمن يوافق على التحكيم فى العقود الإدارية، فنص أنه فى هذه العقود «يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص ...»، بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم فى هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التى شرطها النص بمن يوافق عليه، ومفاد عدم انعقاد الاتفاق أن يكون باطلاً ولم ينشأ، دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد فى ألفاظ النص".

ثم استعرضت هيئة التحكيم نص المادة (١١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتى نصت على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه، ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح".

واستطردت الهيئة فى تفسيرها للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فقالت ما يلى: "... وإن اشتراط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، هو تحديد قانونى لمن تتوافر فيه صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم فى الحالة المخصوصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود، وجزاء عدم توافر الصفة القانونية المشروطة هو عدم جواز الاتفاق. والمعروف أن الاتفاق يعتبر باطلاً إن تخلف شكل أوجبه القانون، أو انعدام أحد أركانه الثلاثة وهى الرضا والمحل والسبب، أو إذا تخلّف أحد الشروط التى اعتبرها المشرع لأى من هذه الأركان الثلاثة، ومن ذلك ما أوردته الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم متعلقاً بوجوب موافقة الوزير المختص. وقد تأكد حكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم، بما نصت عليه المادة (٤٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أنه: "يجوز لطرفى العقد عند حدوث خلاف فى أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص ..." "فربط بين الاتفاق على تسوية الخلاف بالتحكيم وبين موافقة الوزير المختص، بذات الأداة التى استخدمها قانون التحكيم فى الفقرة الثانية من المادة الأولى".

ثم رتبت هيئة التحكيم على كل ما سبق، بعد أن أنزلت حكم المادة الأولى، فقرة ثانية من قانون التحكيم، إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى لتخلف موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، مما يبطل اتفاق التحكيم، وانحسار ولايتها عن نظر هذا النزاع. وقالت ما يلى: ".. ومن حيث إنه يثبت لهيئة التحكيم من نظرها أوراق الدعوى والعقد المبرم بين طرفىّ التحكيم، ومن مذكرات الطرفين ودفاع كل منهما، أن الوزير المختص لم يوقع ولم يوافق على شرط التحكيم المشار إليه بالعقد محل النزاع، ونص القانون يوجب أن تكون الموافقة على اتفاق التحكيم صادرة من الوزير المختص وتمنع التفويض فى هذا الشأن، الأمر الذى يكون معه اتفاق التحكيم فى النزاع الماثل صادراً من غير مختص ومن غير صفة فى إبرام هذا الاتفاق، ومن ثم يبطل اتفاق التحكيم، وتنحسر ولاية هيئة التحكيم عن نظر هذا النزاع ولا تكون مختصة بالفصل فيه، الأمر الذى

يستتبع من هيئة التحكيم أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر هذه الدعوى"[1].

٢ – القضية التحكيمية رقم ٣٩٠ لسنة ٢٠٠٤، الصادر حكمها بتاريخ ١٢ مارس ٢٠٠٥[2]:

أكد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، بطلان شرط التحكيم فى العقد الإدارى؛ لتخلف موافقة الوزير المختص عليه، وكان ذلك أيضا بمناسبة تحكيم داخلى.

وتتلخص وقائع النزاع فى أن قامت إحدى الهيئات العامة المصرية (محتكم ضدها)، بالإعلان عن مناقصتين عامتين لإنشاء مرافق عامة بإحدى القرى بمحافظة الفيوم، وتم إرساء هاتين المناقصتين على إحدى شركات المساهمة المصرية العاملة فى مجال الإنشاءات (الشركة المحتكمة)، وترتيباً على ذلك تم إبرام عقد مقاولة بينهما وتضمن هذا العقد، فى البند ٢١ منه شرط تحكيم «تحت رعاية وإشراف مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ووفقاً لقواعده وإجراءاته التنظيمية (...) على أن يخضع التحكيم وإجراءاته للقانون المصرى». ثم ما لبث أن نشب نزاع بين الطرفين حول تنفيذ بعض بنود العقد، مما حدا بالشركة سالفة الإشارة إلى إقامة دعوى تحكيم ضد الهيئة العامة سالفة الذكر، أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، استناداً إلى نص المادة ٢١ من عقد المقاولة.

قامت الهيئة العامة (المحتكم ضدها) بالدفع بعدم قبول دعوى التحكيم، لبطلان اتفاق التحكيم، لعدم موافقة الوزير المختص، طبقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وقامت الشركة المحتكمة بالرد على هذا الدفع، بقولها أن الهيئة العامة (المحتكم ضدها)، هى التى عرضت التحكيم ضمن شروط التعاقد، ووقعت على العقد بما فى ذلك شرط التحكيم، ولا يستقيم القول بأنها قامت بعرض المقاولة فى مناقصة عامة دون أن تكون قد حصلت على موافقة سابقة من الوزير المختص، قبل إبرام العقد، بيد أن الهيئة العامة المحتكم ضدها، ردت بذات الجلسة على هذا الدفاع من الشركة المحتكمة بأنها لم تحصل على موافقة الوزير المختص، لأنه رفض التحكيم، بعد أن طلبت الشركة المحتكمة موافقته على ذلك، وأضافت بأنها وحدها التى انفردت بالموافقة على كراسة الشروط، ولا توجد موافقة المحافظ أو الوزير المختص عليها، فضلاً عن أن كراسة الشروط ليس لها علاقة بالمحافظ أو الوزير.

وبعد أن استعرضت هيئة التحكيم كل ما سبق قررت أن الدفع المبدى من الهيئة العامة المحتكم ضدها، هو فى حقيقته دفع بعدم الاختصاص الولائى بنظر هذا التحكيم، وقضت به.

---

١ وقد أخذت هيئة التحكيم فيما انتهت إليه إلى الربط بين فكرة الاختصاص فى مجال القانون العام وفكرة الأهلية فى مجال القانون الخاص. وهذا ما ذهب إليه قسم الرأى بمجلس الدولة منذ إنشائه، ففى الفتوى رقم ١٦٢، الصادرة فى ١٨ مايو ١٩٥٠، منشورة بمجموعة أبو شادى، ص ٨٦، ذهب قسم الرأى إلى أن: "... الاختصاص فى القانون العام يقابل الأهلية فى القانون الخاص. وكما يشترط لكى يكون التصرف الفردى صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لإبرامه، كذلك يشترط لصحة التصرف الإدارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصاً، وأن يكون موضوعه جائزاً ومشروعاً، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون. على أن الاختصاص فى القانون العام أضيق نطاقاً من الأهلية فى القانون الخاص، إذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك، أما فى القانون العام، فالأصل أن الموظف غير مختص بها إلا بالنسبة إلى المسائل التى ينص على اختصاصه بها. وفى الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية فى الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية، فالتزامها باطل بطلاناً مطلقاً لعدم اختصاصها به، ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر".

٢ حكم تحكيم غير منشور، صادر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى.

وقد استندت هيئة التحكيم فيما انتهت إليه من نتيجة قضت بها إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وقالت فى حيثيات حكمها أنه: "... مؤدى هذا النص أن الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية يستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم، وتلك الموافقة تعد شرطاً لوجود هذا الاتفاق وصحته، فإن عدم صدورها من الوزير المختص يؤدى إلى عدم استجماع اتفاق التحكيم لشرائط صحته، ومن حيث إن مستندات الدعوى قد خلت مما يثبت موافقة الوزير المختص الذى كانت تتبعه الهيئة المحتكم ضدها على التحكيم فإن اتفاق التحكيم الذى استندت إليه الشركة المحتكمة فى اللجوء إلى التحكيم والمنصوص عليه فى المادة ٢١ من عقد المقاولة المؤرخ ٢٠٠٢/١١/٢٧ والمبرم بين طرفى التحكيم، يكون باطلاً ولا يجوز الارتكان عليه لطرح منازعات هذا العقد على التحكيم".

وعلى الرغم من النتيجة التى انتهت إليها هيئة التحكيم سالفة الذكر، إلا أنها اعتبرت الهيئة العامة المحتكم ضدها سيئة النية، لأنها لم تبادر إلى الحصول على موافقة الوزير المختص على التحكيم، لذلك قضت هيئة التحكيم بإلزامها (الهيئة العامة المحتكم ضدها) بكامل مصاريف وأتعاب التحكيم. وقالت هيئة التحكيم فى هذا الشأن، أن الهيئة العامة المتحكم ضدها سيئة النية لأنها: "... لم تبادر إلى الحصول على موافقة الوزير المختص على هذا التحكيم، فى الوقت الذى ارتكنت فيه الشركة المحتكمة على أن الهيئة المحتكم ضدها سوف تحصل على تلك الموافقة لالتزامها بتنفيذ العقد المذكور وبنوده بحسن نية".

واستطردت هيئة التحكيم تقول: "... فإن الهيئة المحتكم ضدها كانت لديها سوء النية فى عدم الحصول على موافقة الوزير المختص لكى لا يستجمع اتفاق التحكيم شرائط صحته وتفوت على الشركة المحتكمة فرصة اللجوء للتحكيم".

ولعل هذا الحكم التحكيمى، قد وازن بين مسألتين مهمتين، أحدهما، عدم إهدار النص القانونى الوارد بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم، والثانية وهى ضرورة معاقبة الطرف سيئ النية فى العقد إذا ثبت ذلك، وهو اجتهاد صائب بلا شك من جانب هيئة التحكيم، ونرجو أن يلقى صدى فى أحكام هيئات التحكيم سواء المؤسسية، أو التحكيم الحر.

ثانياً : اتجاه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم إلى عدم بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة :

يتجلى هذا الاتجاه فى بعض أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم فى قضايا تحكيمية دولية، سواء تطبيقاً للمعيار الاقتصادى أو المعيار القانونى، أو كلاهما معاً، وهو صدى لاتجاه مراكز التحكيم الدولية، التى ترفض أن تضع فى اعتبارها هذه القيود، ومنها حالة التشريع أو اللائحة الداخلية للدولة، التى قد تفرض ضرورة الحصول على إذن مسبق لإبرام اتفاق تحكيم صحيح[1].

١ يراجع فى تفاصيل اتجاهات أحكام التحكيم الدولى بصفة عامة عند كل من:

Philippe leboulanger: «Quelques questions abordées dans les sentences CCI en matière de contrats d'Etat, Bulletin .de la cour Internationale d'arbitrage de la CCI» Vol. 15 / No 2e Semestre 2004, P. 103

حيث أشار سيادته إلى حكم التحكيم الآتى على سبيل المثال:

.La sentence CCI no 3526 de 1982 (Etat Iranien c. société cementation international Ltd)

«La legislation ou la réglementation interne d'un Etat peut imposer L'obtention d'une autorisation préalable pour conclure valablement une convention d'arbitrage».

وفيما يلى سنعرض لأهم تلك الأحكام التحكيمية الصادرة تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، وأسانيد كل حكم تحكيمى على حدة.

١ – القضية التحيكيمية رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٧ مارس ٢٠٠٦[1]:

سبق عرض وقائع الموضوع عندما عرضنا لحكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق، لجلسة ٢٠٠٦/٢/١٩ (قضية ماليكورب ليميتد)، وبإيجاز، قامت شركة «ماليكورب ليميتد» فور اكتشاف أمرها (المتمثلة فى أن رأس مالها وقت التعاقد لا يتعدى جنيهان إسترلينى، وقيام الجهة الإدارية بإخطار الشركة فى ٢٠٠١/٨/١٢ بفسخ العقد، كما تم مصادرة التأمين النهائى)، بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، ضد الحكومة المصرية[2]، وطلبت بإلزامها بأن تسدد لها تعويضاً مقداره تقريباً (٥٠٨) مليون دولار أمريكى عن الأضرار التى لحقت بها من جراء فسخ العقد المبرم معها[3].

وقد دفع المحتكم ضدهم فى هذا التحكيم، وهم الحكومة المصرية، والشركة المصرية القابضة للطيران، والشركة المصرية للمطارات، بعدم اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى بطلان شرط التحكيم الوارد بعقد الامتياز وذلك لعدم موفقة الوزير المختص على التحكيم عملاً بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتى تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، كما أقاموا دعوى قضائية أمام محكمة القضاء الإدارى، وطلبوا الحكم ببطلان شرط التحكيم استناداً لذات السبب (وقد أجابتهم المحكمة إلى ذلك كما سلف عرضه فى الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق، بجلسة ٢٠٠٦/٢/١٩)، وبطلان عقد الامتياز للغش، وفسخه ... الخ[4].

وفى الفقه العربى: المستشار الدكتور محمد أبو العينين: الاتجاهات الحديثة بشأن التحكيم التجارى الدولى والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات، ٢٠٠٨، بحث غير منشور، ص ٦١ وما بعدها؛ د. نبيل العربى: هل هناك مجال للسوابق التحكيمية فى التحكيم الدولى؟ مقال منشور بمجلة التحكيم العربى – العدد الرابع عشر – يونيو ٢٠١٠، ص ١١، ويراجع أحكام التحكيم الدولية التى أشار إليها سيادته، منها حكم تحكيم ICC الصادر فى القضية رقم ٥١٠٣ لسنة١٩٩٨ والذى أرسى مبدأ أنه لا يجوز لشركات القطاع العام بعد إبرام اتفاق التحكيم التذرع بالقيود الواردة فى قانونها الوطنى للطعن فى صحة اتفاق التحكيم.

١ حكم تحكيمى غير منشور، تراجع الترجمة الرسمية للحكم صادرة من مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى.

٢ ينص البند (٣/٣/٢١) من العقد على أن يتم تسوية أى نزاع يتعذر حله وديا بين الطرفين عن طريق التحكيم التجارى الدولى بواسطة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى.

٣ طلبت الشركة المحتكمة (ميد شابلى رئيس مجلس إدارة شركة ماليكورب ليمتد)، الحكم لها فى مواجهة المحتكم ضدهم وهم (١ – الحكومة المصرية، ممثلة فى وزير الطيران المدنى، ووزير النقل، ٢ – رئيس مجلس إدارة الشركة القابضة للمطارات والملاحة، ٣ – رئيس مجلس إدارة الشركة المصرية للمطارات)، بالآتى: أداء مبلغ ٥٠٠ مليون دولار قيمة ما فاتها من كسب، نتيجة إلغاء جهة الإدارة للعقد المبرم معها، ومبلغ مليون دولا تعويضاً = = لها عن الأضرار الأدبية التى أصابتها، ومبلغ ٥٦٤٠٦٩ دولار قيمة التعويض الذى صادرته الحكومة المصرية، ومبلغ ١٢٤١٦٥٧٤ دولار قيمة المصروفات العامة وفواتير قدمت الشركة صورتها إلى هيئة التحكيم ومرتبات دفعتها إلى موظفيها، أى بإجمالى ٥١٣٩٨٠٦٤٣ دولاراً أمريكياً ومصروفات التحكيم.

٤ كما أوضحت جهة الإدارة بأن عطاء الشركة تضمن على خلاف الحقيقة أن رأس مالها مبلغ مقداره مائة مليون جنيه إسترلينى، فى أن حقيقة الأمر أن رأس مال الشركة هو ٢ جنيه إسترلينى، موزعة على سهمين يختص بأحدهما: ... (مصرى الجنسية)، والآخر لسيدة تدعى/ عطور، وهى زوجة شخص يدعى/ عبد الحميد مالك عراقى – إنجليزى، = = سمساراً وكان ضابطاً بالمخابرات العراقية، وهو ذاته (ميد شابلى) كما تبين من التحقيقات

وقد طلب المحتكم ضدهم من هيئة التحكيم فى هذا الدفع أن تنظر أولاً فيما إذا كان عقد الامتياز من العقود الإدارية فى القانون المصرى، وإذا كان الأمر كذلك، أن تبحث ما إذا كان اتفاق التحكيم تم بناءً على الموافقة التى تنص عليها المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أم لا؟

قامت هيئة التحكيم بتحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، وأوضحت أنه يوجد فى مصر فصل جوهرى بين القانون الخاص والقانون الإدارى. وأن المادة ١٧٢ من الدستور المصرى، تقضى بأن: "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية ...". وأن مجلس الدولة قد تبنى نظرية للعقود الإدارية منفصلة عن العقود المدنية، وهى تختلف عن الأخيرة من ثلاثة فروق على تفصيل سابق. ثم أوضحت هيئة التحكيم أن الأطراف لا يختلفون على أن عقد الامتياز هو فى جوهره عقد إدارى. ولكنهم يختلفون على خصائصه كعقد إدارى (عقداً إدارياً) وما يترتب على ذلك من آثار قانونية. ففى حين ذهب المحتكم ضدهم إلى أن عقد الامتياز هو نموذج لعقد إدارى. ذهبت الشركة المحتكمة إلى أن "الفقه وأحكام القضاء فى مصر يعتبران العقود بنظام B.O.T. (الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية) عقوداً إدارية دولية ويعتبره فقه التحكيم الدولى عقداً ذى طبيعة خاصة ومن ثم لا تنطبق عليه أحكام العقد الإدارى العادى".

ولما كان الأصل فى تقرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، يجب أن يبدأ بالنظر فى نصوص وشروط عقد الامتياز نفسه. فقامت هيئة التحكيم باستعراض نصوص العقد، وبدأت بما نصت عليه ديباجة العقد، من أن عقد الامتياز يستند إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح امتياز مرفق عام لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى الهبوط، والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بضمانات وحوافز الاستثمار ولائحته التنفيذية، ثم عرضت لنص المادة (٢٤) من عقد الامتياز، والتى تنص على أن: "كلا الطرفين يلتزم بمراجعة مجلس الدولة لهذا العقد". ويتفق هذا الشرط مع المادة الخامسة من القانون رقم ٣ لعام ١٩٩٧، التى تنص على أن: "يصدر قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص بمنح الامتياز وكذلك تقرير أو تعديل شروطه وأحكامه ...، كما تنص المادة ٢١-١ من العقد على أنه: "يعتبر من عقود القانون المدنى وتحكمه القوانين المدنية لجمهورية مصر العربية". وعودة إلى التقنين المدنى المصرى لعام ١٩٤٨، تنص المادة ٦٦٨ منه على ما يلى: "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".

وانتهت هيئة التحكيم إلى أن العقد من عقود الامتياز وفقاً لمفهوم المادة ٦٦٨ مدنى، وهو أيضاً من العقود الإدارية فى القانون المصرى، وقالت ما يلى: "... إن التكييف الملائم للعقد مسألة قانونية (وبناءً عليه لا ينفرد الطرفان بصلاحية تكييفه، ومن ثم فالمادة (٢) ... من عقد الامتياز لا يمكن اعتبارها قاطعة فى تحديد طبيعة عقد الامتياز). وتبعاً لذلك، تنتهى هيئة التحكيم إلى أن عقد الامتياز هو امتياز عام بمفهوم المادة ٦٦٨ من القانون المدنى، وهو أيضاً عقد إدارى فى القانون المصرى. والعناصر التى تدل على طبيعته الإدارية هى (١) أحد الطرفين الدولة المصرية التى تمثلها سلطة عامة (هى الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى التى وصفها القرار الجمهورى رقم ٢٩٣١ لعام ١٩٧١ بأنها – سلطة عامة؛ (٢) العقد هو عقد امتياز يتعلق بمرفق عام

أمام النيابة العامة (...) وبالإضافة لما شاب عملية التعاقد من أخطاء جسيمة من جانب القائمين على إسنادها مما حدا بالجهة الإدارية إلى فسخ التعاقد فى ٢٠٠١/٨/١٢ وإخطارها الشركة بذلك.

(المطارات وأراضى الهبوط التى وصفت بأنها امتياز مرفق عام، مثلاً فى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧)؛ (٣) عقد الامتياز يثير قضايا سيادة الدولة والنظام الوطنى فيما يتعلق بالملاحة الجوية والسلامة والسياحة وتنمية البنية الأساسية؛ (٤) عقد الامتياز يخضع لإطار تنظيمى محدد (القانون رقم ٣ لعام ١٩٩٧)؛ (٥) عقد الامتياز يتضمن بنوداً استثنائية لا نظير لها فى العقود المدنية (وأهمها شرط موافقة مجلس الدولة وما تنص عليه المادة ٢-٦-٥ من منح «جميع الحقوق والامتيازات والضمانات المنصوص عليها فى القانون رقم ٨ لعام ١٩٩٧").

ثم ذهبت هيئة التحكيم إلى أن العقد يصطبغ بالطابع الدولى، مما يؤدى إلى أن بعض جوانب العقد وأبرزها اتفاق التحكيم هو جزء من العلاقات القانونية الدولية، ومن ثم يمكن إخضاعه لقواعد خارج نطاق النظام القانونى المصرى الداخلى. وقالت هيئة التحكيم: "... إن التكييف الملائم لعقد الامتياز هو أنه عقد دولى، الشركة المحتكمة هى شركة إنجليزية (منصوص على ذلك تحديداً فى المادة ٢٣-١-١)، والعقد يتعلق بمطار دولى (منصوص على ذلك تحديداً، مثلاً فى المادة ...)، والشركة المحتكمة يجب أن تتأكد من أن المطار يتفق والالتزامات الدولية التى تفرضها اتفاقية وارسو (المادة ٢٢-١٢-٣). وبالإضافة إلى ذلك، فاتفاق التحكيم الذى يشتمل عليه عقد الامتياز اتفاق دولى بمفهوم المادة (٣) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. إن أهمية تكييف عقد الامتياز كعقد دولى (بوصفه عقداً دولياً) لا يندرج فى إطار النظام القانونى المصرى الداخلى. فطابعه الدولى يعنى أن بعض جوانب العقد – وأبرزها اتفاق التحكيم – هى أيضاً جزء من العلاقات القانونية الدولية ومن ثم يمكن إخضاعه لقواعد خارج نطاق النظام القانونى المصرى الداخلى. وفى الحالة الماثلة، يترتب على الطابع الدولى لعقد الامتياز ولاتفاق التحكيم نتائج بالنسبة للقواعد التى تطبق على بعض المسائل التى أثيرت فى التحكيم الماثل".

ومن خلال المقدمات السابقة، التى مهدت بها هيئة التحكيم للفصل فى مسألة موافقة الوزير المختص وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بالإضافة إلى ما انتهت إليه من أن الهيئة المصرية للطيران المدنى هى من الهيئات العامة المصرية، وأن الوزير المختص لم يوقع على اتفاق التحكيم، ومع ذلك فإنها ذهبت إلى أن اتفاق التحكيم ملزم ومنتج لآثاره، وقالت هيئة التحكيم: "... صدر القرار الجمهورى رقم ٢٩٣١ لعام ١٩٧١ بإنشاء الهيئة المصرية للطيران المدنى. وتنص المادة السابعة على أن الهيئة المصرية للطيران المدنى يديرها رئيس مجلس إدارتها طبقاً «لأحكام هذا القرار وتحت إشراف وزير الدولة لأمور الطيران المدنى». وتضيف المادة السابعة أن «رئيس مجلس الإدارة يمثل الهيئة فى علاقاتها بالسلطات الأخرى والغير والسلطة القضائية». والواقع أن رئيس مجلس الإدارة وقع عقد الامتياز، وكل صفحة من عقد الامتياز تحمل الأحرف الأولى من أسماء الموقعين، بما فى ذلك الصفحة التى تشتمل على اتفاق التحكيم. وتشير هيئة التحكيم أيضاً إلى أن الدكتور سليمان محمد الطماوى فى كتابه «القانون الإدارى» دراسة مقارنة» (نشر دار الفكر العربى) فى الصفحة ٣٣٥ – ٣٣٦ يدخل الهيئة المصرية للطيران المدنى فى فئة الهيئات العامة المصرية.

وبناء على ذلك، فهيئة التحكيم مقتنعة بأن رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية للطيران المدنى كان مسئولاً مخولاً بموجب القانون المصرى سلطة إبرام اتفاق تحكيم فيما يتعلق بعقد إدارى. ويترتب على ذلك أن اتفاق التحكيم ملزم ومنتج لآثاره، وأن هيئة التحكيم تملك اختصاصاً بنظر المنازعة الماثلة. وهيئة التحكيم مقتنعة

أيضاً بأن وزير النقل كان يعلم باتفاق التحكيم ووافق عليه للسبب المبين فى البند (٦٦) أدناه".

واستطردت هيئة التحكيم فى بيان اتجاهها ومبرراتها فى الاعتداد باتفاق التحكيم بالرغم من عدم توافر ما اشترطته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وقالت ما يلى: "... وتشير هيئة التحكيم أخيراً إلى أن الفقرة الثانية من المادة الأولى تعد بوضوح جزءاً من القانون الداخلى المصرى والتحكيم، وهذا واضح. ولكن وضعها فى تحكيم تجارى دولى مع مستثمر أجنبى أقل وضوحاً. ثمة دلائل كافية فى هذه القضية تشير إلى أن جمهورية مصر العربية عملت على تأسيس نظام مأمون لحماية الاستثمارات الأجنبية فى مصر ، بحيث أنه فى الأحوال العادية، لا ينبغى تضييع حق اللجوء للتحكيم على أساس أن مسئولاً كبيراً كان يفتقر إلى السلطة الملائمة. مثل هذه النتيجة تتناقض مع حسن النية. والواقع أن محكمة استئناف القاهرة اعترفت فى حكم لها فى ٣ مارس ١٩٩٧ بأهمية حسن النية فى هذا السياق. وتشير هيئة التحكيم أيضاً إلى المبدأ الراسخ فى القانون الدولى العام الذى يقضى بأن الدولة ملتزمة بتصرفات المسئول المخول بسلطة حكومية ما دام هذا الشخص تصرف بصفته الرسمية، حتى لو جاوز حدود هذه السلطة أو خالف التعليمات (انظر على سبيل المثال المادة السابعة من ضمن المواد الخاصة بمسئولية الدولة التى أعدتها مفوضية القانون الدولى) ومبدأ النظام العام عبر الدولى الذى يقضى بأن الدولة الطرف أو الكيان العام لا ينبغى أن يتذرعا بعدم أهليتها وفقاً للقانون الداخلى بعد توقيع التزام بالتحكيم".

٢ – القضية التحكيمية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ١٧ مايو ٢٠٠٧[1]:

أكد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى على اتجاهه السابق، من عدم بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فذهبت إلى أن: "... الثابت والمستقر عليه فقهاً وقضاءً أنه فى مجال إبرام العقود الإدارية تكون جهة الإدارة هى القائمة على اتخاذ جميع إجراءات التعاقد وما تستلزمه تلك الإجراءات من إعلانات وتدبير الاعتمادات المالية والحصول على الموافقات اللازمة من السلطة المختصة أو غير ذلك من الإجراءات التى يتطلبها القانون وذلك باعتبار أن الجهة الإدارية هى المهيمنة على إجراءات إبرام العقود وهى المسئولة وحدها عن إتمام تلك الإجراءات بحيث إذا ما أغفلت عمداً أو إهمالاً (عفواً) عن اتخاذ أى إجراء من تلك الإجراءات المقررة قانوناً تحملت وحدها تبعات ذلك، حيث أن الطرف المتعاقد معها قد غلت يده فى هذا الشأن، وليس له أى دور فى استيفاء تلك الإجراءات، وذلك يجد أساسه القانونى فى الرابطة التى تربطها بالمتعاقد معها حيث إنها رابطة عقدية بالمفهوم القانونى السليم، لاسيما وأنه يجب الحفاظ فى البداية على عدم زعزعة الثقة فى الجهة الإدارية وعلاقاتها بالغير، وبث الحذر والريبة والحيطة فى هذه العلاقات بديلاً عن مبادئ حسن النية والثقة والأمانة والعدالة التى يجب أن تتوافر فى الجهة الإدارية عند تعاملها مع الإفراد".

واستطردت هيئة التحكيم: "... ومن حيث أنه وبناء على ما تقدم فإن استيفاء الإجراءات بما فى ذلك موافقة الوزير المختص إنما هو إجراء يقع على عاتق الجهة الإدارية وحدها وليس للمتعاقد معها (المحتكم) أى دور فيه، فاشتراط موافقة الوزير المختص يخاطب الجهة الإدارية فقط لكونها المهيمنة على إجراءات التعاقد

١ حكم تحكيمى منشور فى مجلة التحكيم العربى، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٤٩ وما بعدها؛ وأعيد نشره مرة أخرى بمجلة التحكيم العربى، العدد الثانى، يوليو ٢٠٠٩، ص ١٢١ وما بعدها.

والقائمة على التحقق من صحتها ومن ثم يتعذر تصور ترتيب البطلان كجزاء (جزاءاً) على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم وإلا كان فى مكنة الطرف المخطئ الاستفادة (الإفادة) من خطئه على حساب الطرف الآخر، وهو أمر يتنافى كلية مع مبادئ العدالة وحسن النية، فضلاً على أن البطلان لا يكون بغير نص، والمشرع لا يرتب فى المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، البطلان كجزاء (جزاءاً) على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، وكل ما يترتب على ذلك هو إعمال قواعد المسئولية التأديبية قبل المسئول عن التعاقد دون الحصول على موافقة الوزير المختص، وبالتالى فالمحتكم لا دور له فى عدم الحصول على موافقة الوزير المختص".

ثم تواترت الأحكام التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، تردد ذات المبدأ وتقرر أن جهة الإدارة هى المسئولة وحدها عن إتمام إجراءات إبرام العقود الإدارية، بما فيها الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم[1].

بيد أنه تجدر الإشارة هنا أنه يوجد ثمة خلط بين المخالفات التى تشوب إجراءات التعاقد، من إعلانات أو تدبير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ العقود الإدارية، وبين مسألة ضرورة الحصول على تصريح سابق للتعاقد، والجزاء المترتب على مخالفة أى من هاتين المسألتين، وتقريباً جميع أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، ذهبت إلى أنها جميعاً شيئاً واحداً ولا يختلف الحكم فى أى من الحالتين، إلا أنه ثمة حكم تحكيمى حر Ad-Hoc، صدر فى القضية التحكيمية رقم ٤٦٤ لسنة ٢٠٠٦، بجلسة ٢٠٠٦/٧/٢[2]، ذكر – على خلاف الحقيقة – أن هذا الاتجاه مستقر عليه فى أحكام المحكمة الإدارية العليا، وذكر ما نصه: "... لم يرتب المشرع فى المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير على شرط التحكيم وأن جل ما يمكن ترتيبه فى هذه الحالة هى إعمال قواعد المسئولية الإدارية (التأديبية) فى شأن من ثبت مسئوليته عن عدم استيفاء ذلك الإجراء من العاملين بالجهة الإدارية (الهيئة المحتكم ضدها). وهذا هو ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا سواء بالنسبة للمخالفات ا لتى تشوب إجراءات التعاقد التى تقوم عليها الجهة الإدارية، أو عدم تدبير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ العقود الإدارية باعتبار أن هذه الإجراءات شأن داخلى بالجهة الإدارية ولا شأن للمتعاقد معها به وترتيباً على ما تقدم يضحى الدفع الماثل غير قائم على سند صحيح من القانون وحقيقاً بالرفض".

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإنه يوجد ثمة خلط أيضاً بين مسألة قدرة أو أهلية الدولة أو أحد شخصياتها المعنوية العامة فى إبرام اتفاق التحكيم، وبين مسألة مختلفة تماماً وهى حالة وجود تشريع أو لائحة داخلية للدولة تفرض ضرورة الحصول على إذن مسبق لإبرام اتفاق تحكيم صحيح. ومن ناحية ثالثة، تباين وجهة نظر أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم بشأن مسألة ضرورة موافقة الوزير المختص، وجزاء تخلفها، فى التحيكمات الداخلية أو المحلية أو الوطنية، عنها فى حالة التحكيمات الدولية، مما يجعل تمييزاً بين المستثمر الأجنبى، والمستثمر الوطنى، ومن ناحية أخيرة، يلاحظ أنه بالرغم من النتيجة

١ يراجع على سبيل المثال: القضية التحكيمية رقم ٥٥٣ لسنة ٢٠٠٧، جلسة ٥ نوفمبر ٢٠٠٩؛ القضية التحكيمية رقم ٥٦٧ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ١٢ سبتمبر ٢٠٠٩، كلاهما منشوران فى مجلة التحكيم العربى، العدد الثالث عشر - ديسمبر ٢٠٠٩، ص ٢٣٧.

٢ منشور بمجلة التحكيم العربى، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٤٨ وما بعدها.

الموحدة التى تنتهى إليها أحكام التحكيم الصادرة فى تحكيمات أجنبية، من عدم بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه؛ فإنه لا يوجد ثمة سند قانونى موحد لتبرير عدم الاعتداد بضرورة موافقة الوزير المختص، ففى حين تذهب فى بعض الأحكام التحكيمية إلى أن الفقرة الثانية من المادة (١) من قانون التحكيم، هى إحدى قواعد القانون الداخلى التى لا يجوز التذرع بها للتخلص من شرط التحكيم، استناداً لفكرة النظام العام الدولى أو غير الوطنى، تذهب فى أحكام أخرى أن المشرع لم يرتب على مخالفتها البطلان، وأن الخطاب التشريعى موجه إلى جهة الإدارة وحدها، وفى بعض الحالات تذهب إلى أنه يوجد ثمة اتفاقية دولية، بين دولة مصر، وبين المستثمر الأجنبى الطرف فى التحكيم، وأن نصوص المعاهدة الدولية، تعدُ واجبة الاتباع وإن خالفت نص قانونى داخلى، باعتبارها نصاً خاصاً يقيد النص العام[1].

ويلاحظ أن هيئات التحكيم، تكثر من استعمال فكرة النظام العام الدولى، دون تحديد دقيق لمفهومها، فهى لا زالت تحتاج إلى مزيد من التحديد لكى توضع فى إطارها الصحيح[2].

وعلى الرغم من ذلك، فقد استخدمت هيئات التحكيم فى بعض الأحيان – كما سبق ذكره – لفكرة النظام العام عبر الوطنى «Transnational public policy»، أداة لاستبعاد تطبيق الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى، وهى ما يعبر عنها الفقه المصرى بفكرة النظام العام الدولى «La nation d'ordre public international». علماً بأنه يوجد تباين بين المفهومين[3] فالنظام العام الدولى، ليس فكرة عامة مجردة متفق عليها فى كل البلاد، بل ينظر إليه على ضوء المفاهيم القانونية والتصورات فى كل بلد، لذلك فإنه يوجد نظام عام دولى من زاوية قانون كل دولة[4]، بمعنى أن النظام العام الدولى، يخص دولة من الدول فنجد النظام العام الدولى الفرنسى، والنظام العام الدولى التونسى، والنظام العام الدولى اللبنانى ... الخ، أما النظام العام عبر الوطنى، فهو مجموعة من المبادئ المستقاة من الاتفاقيات الدولية، ومن النظام العام للغالبية العظمى من الدول كتجريم الرشوة والاتجار غير المشروع بالمخدرات، واحترام مبدأ حسن النية، ومن أهم تطبيقاته حظر تذرع الدول، والشخصيات الاعتبارية العامة بتشريعها الداخلى للتنصل من اتفاق تحكيم سبق وأن ارتضته[5].

١ يراجع على سبيل المثال: القضية التحكيمية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٢٠٠٧/٥/١٧، منشور بمجلة التحكيم العربى، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٥٠، وأيضاً منشور ذات المبدأ بمجلة التحكيم العربى، العدد الثانى عشر، يوليو ٢٠٠٩، ص ١٢٢ وما بعدها.

٢ يراجع حول هذا المعنى عند: د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الرابع، بدون دار نشر، ٢٠٠٠، ص ٢٠٢ و ص ٢٠٥.

٣ د. إسماعيل سليم: النظام العام الدولى لصالح التحكيم، دراسة مقارنة، مجلة التحكيم العربى، العدد ١٣، ديسمبر ٢٠٠٩، ص ١٨١.

٤ د. محيى الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الرابع، سابق الإشارة، ص ٢٠٥.

٥ د. إسماعيل سليم: النظام العام الدولى لصالح التحكيم، البحث السابق، ص ١٨١.

وقد وجه غالبية الفقهاء المصريين[1] النقد الشديد لفكرة النظام العام الدولى، أو عبر الوطنى، لكونها وسيلة استعمارية تلجأ إليها الدول المتقدمة للسيطرة على الدول النامية، واستبعاد تطبيق قوانينها الوطنية أمام هيئات التحكيم.

فضلاً عن أن فكرة النظام العام الدولى، فكرة لا أساس لها، فاتفاقية نيويورك أشارت فقط على حالة مخالفة النظام العام للدولة، ولم تتعرض لما يسمى النظام العام الدولى، ومن ثم فإن مصر لا تلتزم سوى بما جاء باتفاقية نيويورك[2].

ومن كل ما سبق عرضه فى هذه المسألة، من أحكام مجلس الدولة، وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، وأحكام هيئات التحكيم الصادرة تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، يتبين لنا، أنه أهم مسألة ثار حولها جدل قانونى جاد وعميق، وتباينت فيها الرؤى بينهم، الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة،

وفيما يلى نتناول مسألة الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص والجزاء المترتب عليه.

١ أ.د. مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية بمصر، ط ١٩٩٥، ص ١٣٦ وما بعدها؛ أ.د. أحمد السيد صاوى: التحكيم وفقا لقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية بمصر، ٢٠٠٢، ص ٢٠٥ وما بعدها؛ أ.د. حسام عيسى: دراسة للآليات القانونية للتبعية الدولية، التحكيم التجارى الدولى، نظرة انتقادية، مرجع سابق الإشارة، ص ٩٤ وما بعدها؛ أ.د. أكثم أمين الخولى: التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة والاستثمار، محاضرة ألقيت فى الدورة التدريبية المنعقدة بمقر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، فى ٢٠٠٤/١٢/٥، ص ٥.

٢ يراجع حول هذا المعنى: أ.د. أكثم أمين الخولى، التحكيم والوسائل البديلة ...، المحاضرة السابقة، ص ٥.

المطلب الرابع
الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، والجزاء المترتب على تخلفها[1]

تبين لنا فيما سبق أن للعقد الإدارى خصائص ذاتية، تختلف عن أحكام عقود القانون الخاص، إذ ترد عليه قيود شكلية وقواعد إجرائية واجبة التطبيق، تلتزم بها جهة الإدارة؛ أهمها كيفية التعبير عن الإرادة كما حددتها القوانين واللوائح، ومنها على وجه التحديد، ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد «autorisations préalables»، أو تصريح بالتعاقد سابق على إبرام العقد، من جهة معينة يحددها القانون، بحيث لا تستطيع جهة الإدارة التعاقد كلية بدون هذا الإذن. ومن هذا القبيل ما استحدثه المشرع فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المعدل بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، فقد جعل القانون جواز إبرام اتفاق تحكيم فى العقود الإدارية؛ مرهون بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وحظر التفويض فى ذلك الاختصاص. لذلك فإن هذه الموافقة تعد من قبيل الإذن السابق لصحة اتفاق التحكيم «autorisation préalable à la conclusion du convention d'arbitrage».

ولما كان شرط التحكيم، يعد اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، فإنه يلزم لنفاذه توافر الأركان والشروط المتطلبة قانوناً من رضاء صحيح، ومحل قابل للتعامل فيه، وسبب مشروع، لذلك فلابد وأن يكون الرضاء صادراً من جهة الإدارة المختصة ذات الولاية القانونية وفقاً للأوضاع المقررة من حيث الشكل والاختصاص[2].

وقد جرى الفقه والقضاء فى فرنسا[3] ومصر[4]، على أنه إذا اشترط المشرع ضرورة الحصول على هذا

١ أثيرت مسألة طبيعة موافقة الوزير أو اعتماده لعقد ما، أبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام مع مستثمر أجنبى، فى قضية تحكيم هضبة الأهرام، ففى حين ذهبت هيئة التحكيم إلى أن توقيع الوزير المختص على هذا العقد بالموافقة والاعتماد والتصديق «Agreed, approved and ratified» يجعل الدولة المصرية طرفاً فى العقد، ومن ثم ألزمتها بتعويض المستثمر الأجنبى عن الأضرار التى أصابته من جراء إلغاء العقد. وبعد سجال طويل فى أروقة محكمة استئناف باريس صدر حكمها فى ١٢ يوليه ١٩٨٤، بإلغاء حكم هيئة التحكيم المطعون عليه بالبطلان، وأيدته محكمة النقض الفرنسية – الدائرة المدنية الأولى – فى ٦ يناير ١٩٨٧ واستقر الأمر على اعتبار موافقة الوزير على العقد المذكور مجرد إجراء إدارى تقتضيه سلطة الوصاية التى يباشرها على المؤسسات العامة التابعة له، وأن وضع توقيعه على العقد إعمالاً لهذه السلطة لا يجعل الدولة طرفاً فى اتفاق التحكيم.
يراجع فى عرض تفاصيل القضية والتعليق عليها:

Rambaud Patrick: «L'affaire des pyramides, suite et Fin, In Annuaire Français de droit international, Volume .39, 1993, PP. 567 – 576

ويراجع فى الفقه العربى: أ.د. حفيظة السيد الحداد: الموجز فى النظرية العامة ...، مرجع سابق الإشارة، ص ٢٥٥ وما بعدها؛ أ.د. سامية راشد: التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق الإشارة، ص ٣٤٣ وما بعدها؛ د. أحمد محمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم المصرى، مرجع سابق الإشارة، ص ١٣٤ وما بعدها.

٢ يراجع حول هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، ملف ٣٤٣/١/٥٤، جلسة ١٠ ديسمبر ١٩٩٧، رقم التبليغ ٢٨ فى ١٩٩٨/١/١١ (غير منشور).

3 (Ch.) Guettier: «Droit des contrats administratifs» 2008, Op. Cit., P. 299 etS.; (R.) Chapus: «Droit administratif général»: T. 1, Montchrestien, 15e éd., 2001, no 1293 etS.; (art. R. 78 et 129 du code domaine de l'État); CE, 7 Févr. 1936, GAJA, Dalloz, 16e éd., 2007, no 50.; CE, 4 Juin 2007, ligue de l'enseignement, no 289792.

٤ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٤٢؛ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٩؛ فتوى قسم الرأى فى ٢٢ سبتمبر ١٩٥٤، مجموعة الفتاوى، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة، ص ٢٢٦؛ فتوى الرأى رقم ٣٦٠، فى ١٧ يوليو ١٩٥٤، المجموعة السابقة، ص ٤٦ وما بعدها؛ وبذات المعنى فتوى الجمعية العمومية، بالملف رقم ٣٤٣/١/٥٤، جلسة ١٠ ديسمبر ١٩٩٧، سابقة الإشارة، ويراجع أيضا الأحكام والفتاوى الحديثة الصادرة من مجلس الدولة، سابقة الإشارة.

الإذن؛ يصبح هذا الإذن ضرورياً لقيام الرابطة التعاقدية. بمعنى أن تعاقد جهة الإدارة بدون الحصول على هذا الإذن؛ يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً «nul d'une unllité absolue»، لأنه بات من المسلم به، والمستقر العمل عليه فى الفقه والقضاء السابقين، أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق، هى قواعد من النظام العام «des règles d'ordre public»، لأنها تقوم على أسباب جوهرية تتصل بالمصلحة العامة، اتصالاً وثيقاً، وبالتالى فلا يمكن مقارنتها بالقواعد المقررة لحماية ناقصى الأهلية فى القانون الخاص.

وهذه الضوابط والقيود التى يفرضها المشرع فى حالة عقود الإدارة بصفة عامة، والعقود الإدارية بصفة خاصة، لا تختلف فى النظم القانونية المقارنة، سواء فى النظام اللاتينى – الذى نحن بصدده –، أو الكومون لو «Common Law» «نظام الشريعة العامة»، فمتى طلب القانون إجراءاً معيناً للتعاقد، كالإذن بالتعاقد؛ فإنه يكون واجب الاحترام[1]، ومنطقياً إذا ما خالف أحد المتعاقدين هذه القيود أو الضوابط، يصبح التصرف باطلاً أو قابلاً للإبطال، والقول بغير ذلك يجعل النص القانونى لا قيمة له، مفرغاً من مضمونه. كما أن أمر التحقق من استيفائه، يقع على عاتق الطرفين التحقق منه، لأن النص القانونى هنا يخاطب جميع الأطراف بعبارات عامة، دون أن يقصر الخطاب التشريعى إلى جهة الإدارة فقط كما ذهبت بعض أحكام هيئات التحكيم.

علماً بأن هذا القيد أو الضابط الذى نصت عليه المادة (٢/١) من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، معدل بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، ينطبق على جميع أنواع العقود الإدارية، سواء كان التحكيم فى شأن عقد إدارى داخلى، أو عقد إدارى دولى، وسواء تم الاتفاق بين الأطراف على إخضاعه لقانون التحكيم المصرى، أو لقانون تحكيم أجنبى، أو لنظام تحكيم معين مثل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس (I.C.C.)، أو قواعد اليونسترال أو غيرها، لأنه كما سبق الإشارة نص يتعلق بالنظام العام، يجب احترامه دائماً بالنسبة للتحكيمات التى تتفق عليها الدولة، أو الشخصيات الاعتبارية العامة فى مصر[2]، وإذا ما تخلف هذا الضابط (موافقة الوزير المختص)، يصبح اتفاق التحكيم باطلاً. على أن هذا البطلان يزول بالإجازة اللاحقة[3] لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق[4].

---

١ يراجع حول هذا المعنى أستاذنا الدكتور محمد محمد بدران: العقد الإدارى بين مفاهيم النظام اللاتينى ونظام الشريعة العامة، ورقة مقدمة لندوة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية الدولية، المنعقدة بمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم فى الفترة من ١٦- ١٨ أبريل ٢٠٠٦، ص ١.

٢ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٩.

٣ أ.د. مصطفى الجمال، أ.د. عكاشة عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة ...، مرجع سابق الإشارة، بند ٩٩، ص ١٤٨؛ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٨.

٤ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٨.

يرى بعض الفقهاء أن إمعان النظر فى صياغة النص (م ٢/١) تحكيم قد يبرر القول بأن: "شرط موافقة الوزير المختص لا يعدو أن يكون شرط نفاذ بدليل أن النص عندما اشترط موافقة الوزير المختص كان يتكلم عن اتفاق تحكيم قائم فعلاً بين طرفيه بحيث تأخذ موافقة الوزير شكل الاعتماد لهذا الاتفاق، وفى هذه الحالة يكون جزاء تخلف موافقة الوزير هو عدم نفاذ اتفاق تحكيم قائم فعلاً وليس بطلانه. صحيح أنه قد يبدو أن التمييز بين كون الشرط شرط انعقاد أو شرط نفاذ ليس له أهمية عملية طالما أن بإمكان الطرف الحكومى أن يمتنع عن المشاركة فى إجراءات التحكيم استناداً إلى عدم نفاذ اتفاق التحكيم فى حقه. ومع ذلك فإن هذا التمييز لا يخلو من فائدة من عدة نواحى منها مثلاً أنه إذا اعتبرت موافقة الوزير شرط انعقاد فإن تخلفها يفضى إلى بطلان الاتفاق بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن الرضا فيه وبالتالى لا يكون صالحاً لترتيب آثاره القانونية ولا تصح إجازته، أما إذا كانت موافقة الوزير هى مجرد شرط نفاذ فإن تخلفها فى البداية لا تمنع من صحة الاتفاق وإمكان ترتيبه لآثاره إذا أجازه الوزير فى تاريخ لاحق".

يراجع: أ.د. أحمد شرف الدين: الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره فى ضوء أحكام محكمة النقض، بدون دار نشر، ٢٠٠٧، ص ٦٨ وما بعدها؛ وبحث سيادته: الاختصاص بنظر بطلان اتفاق التحكيم أثناء جريان التحكيم، مجلة التحكيم العربى، العدد الحادى عشر، يونيو ٢٠٠٨، ص ٢١٠ وما بعدها؛ وذات البحث منشور بمجلة التحكيم العربى أيضاً بالعدد الرابع عشر، يونيو ٢٠١٠، ص ٢٠٠ وما بعدها

وعلى الجانب الآخر، ذهب بعض الفقهاء المصريين[1]، إلى أن هذا القيد لا يسرى على التحكيمات التجارية الدولية التى تحكمها اتفاقية نيويورك، بالرغم من أن هذه الاتفاقية لم تتعرض صراحة لمسألة (قيد) موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، إلا أنه يفهم من الأعمال التحضيرية للاتفاقية أنها لا تقر أى قيد على أهلية الدولة، أو أى من أشخاصها العامة فى إبرام اتفاق التحكيم، فالقيود التى تفرضها القوانين الوطنية فى هذا الشأن تسرى على التحكيمات الوطنية دون التحكيمات الدولية. ذلك لأنه توجد قاعدة دولية مستمدة من الأعراف التجارية الدولية، ومستقرة قضاء وفقهاً مؤداها عدم خضوع التحكيمات الدولية لمثل تلك القيود. لذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أنه إذا ما أبرمت الدولة، أو أحد شخصياتها الاعتبارية العامة، عقداً إدارياً وتضمن شرطاً للتحكيم، وتوافرت فى هذا التحكيم ما تنص عليه المادتان الثانية والثالثة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بما يجعله تحكيماً تجارياً دولياً، فإن هذا التحكيم لا يخضع للقيد الوارد فى الفقرة الثانية من المادة الأولى منه، والتى تشترط لصحة اتفاق التحكيم موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، ولو كان قد اتفق على أن يجرى التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصرى.

ويذهب الأستاذ الدكتور فتحى والى[2] – وبحق – إلى أنه رغم الأخذ بهذا الرأى، فإنه وفقاً للمادة ٢/٥ من اتفاقية نيويورك "يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: ... (ب) أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد". ولما كان وجوب الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، مسألة تتعلق بالنظام العام، فإنه إذا صدر حكم تحكيم فى خارج مصر دون توافر هذه الموافقة، وأراد المحكوم له تنفيذه فى مصر، فإنه يجب على القاضى رفض الاعتراف به، أو إصدار الأمر بتنفيذه. وذات الأمر قد نص عليه قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فى المادة ٢/٥٨/ب، التى تقضى بأنه: "... ٢ – لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتى: ... (ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية".

ومما يتصل بالموضوع ما ذهبت إليه بعض أحكام التحكيم فى الخلط بين مسألة ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد، ومسألة الإذن المالى «L'autorisation budgétaire» أو الاعتماد المالى، وهى أيضاً من القيود التى ترد على جهة الإدارة، ويتعين عليها أن تمر بها قبل أن تستطيع أن تبرم أى عقد – سواء مدنى أم إدارى – ولكن هذا القيد وفقاً للنظرة الفرنسية والمصرية يتعلق بالقانون المالى، ومن المقرر أن القانون المالى مستقل عن القانون الإدارى، ويترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية، وهى أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالى، ويرتب عليها القضاء الفرنسى والمصرى[3] نتيجتين مهمتين هما:

١ يراجع فى تفاصيل هذا الاتجاه عند كل من: أ.د. سامية راشد: التحكيم فى العلاقات الخاصة، المرجع السابق، بند ١٨١، ص ٣٢٨ وما بعدها؛ أ.د. مصطفى الجمال، أ.د. عكاشة عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة ...، =المرجع السابق، بند ٢١٤، ص ٣١٩؛ د. أحمد هندى: الاتجاهات الحديثة بصدد الأمر بالتنفيذ، دار النهضة العربية بمصر، ١٩٩٩، ص ١٧ وما بعدها؛ أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم ...، مرجع سابق الإشارة، بند ١٠٩، ص ٣٧٠ وما بعدها.

٢ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم ...، المرجع السابق، ص ١١٩.

٣ يراجع على سبيل المثال:

CE, 25 Nov. 1931, Dame Baudoin, Leb., P. 1029.: CE, 4 Févr. 1949, Villaret, leb., P. 521.

النتيجة الأولى: أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالى لا يترتب عليها بطلان التصرف الإدارى.

النتيجة الثانية: أن اعتماد المبالغ المالية اللازمة للتعاقد، لا يلزم الإدارة بالتعاقد، وذلك سواء أكان الاعتماد المالى يصدر فى صورة قانون من البرلمان، أم بناء على قرار من مجلس من المجالس[1].

ومناط المسئولية هنا يقع على عاتق الموظف المختص الذى خالف القانون المالى، دون أن يترتب على ذلك أى أثر على عملية التعاقد، التى تمت ووقعت صحيحة مرتبة لكامل آثارها.

وباختصار، فإن أى نظام قانونى فى أى دولة، لابد وأن يمتلك وسائل للدفاع عن نفسه وبقائه، بحيث يلزم جموع المتعاملين معه إلى احترام ما هو قائم من تشريعات، ولا يعتد بجهل أحد بالقانون؛ حماية للمصالح الوطنية المشروعة والتى وجدت التشريعات من أجلها. لذلك فإن التفريط والتسليم لضغوط اقتصادية من شركات كبرى، أو هيئات تحكيم دولية، سيؤدى إلى نتائج خطيرة على سيادة الدولة من جانب، ومن جانب آخر على اقتصاد الدولة.

لذلك نرى ضرورة التدخل التشريعى بإضافة عبارة «وإلا كان الاتفاق باطلاً» فى نهاية الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم، كيما نغلق باب الخلاف حول جزاء تخلف موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة.

وحكم الإدارية العليا، الطعن رقم ١٧٥ لسنة ١ ق.ع.، فى ١١ فبراير سنة ١٩٥٦، المجموعة، السنة الأولى، ص ٦٩٨؛ فتوى الجمعية العمومية، الصادرة بجلسة ١٩٨٥/٦/٢٦، ملف رقم ٣٠٨/٦/٨٦؛ وفتواها فى الملف رقم ١٩٣٨/١٣/٣١، رقم التبليغ ١٠٠٦، صادر فى ٢٠٠٠/١٠/٢٩ (غير منشورة).

١ يراجع فى تفاصيل الموضوع عند كل من:

أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

(Ch.) Guettier: «Droit des contrats …», Op. Cit., P. 298 etS.; (R.) Chapus: «Droit administrative général» T. 1, Op. Cit., no 1293.

الخاتمـــــــــــة

هكذا عالجنا موضوع ضوابط صحة ووجود اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية واقتضى حسن العرض أن نتناول الضوابط التشريعية لاتفاق التحكيم فى العقود الإدارية ونتتبع موقف مجلس الدولة المصرى، ومركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى من ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه باالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، وتبين لنا مدى التباين فى الرؤى بين مجلس الدولة وهيئات التحكيم والأسانيد التى ساقها كل اجتهاد تدعيماً لموقفه. وأخيرا تناولنا الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه من الأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزير معين، والجزاء المترتب على تخلفها.

ولعل أهم النتائج والتوصيات التى ظهرت جلية فى البحث ما يلى:

١- تباين الرؤى والخلاف الشديد بين اتجاهات القضاء الإدارى، وأحكام هيئات التحكيم فى شأن ضوابط صحة ووجود اتفاق التحكيم، وأخصها ضرورة موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم.

٢- اتفاق التحيكم فى العقود الإدارية لابد وأن يكون مكتوباً، ودون أن يأخذ شكل معين فى التعبير عن الإرادة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة سواء أجاءت هذه الموافقة فى شكل التوقيع على العقد أو قرار إدارى أو خطاب موجه إلى المتعاقد مع جهة الادارة.

٣- نقترح أن تضاف عبارة «وإلا كان الاتفاق باطلاً « فى نهاية الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى، لغلق باب الخلاف من جانب هيئات التحكيم وتقنيناً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة المصرى.

٤- نقترح ضرورة إعادة تنظيم موضوع التحكيم فى العقود الإدارية برمته، مع تنظيم موضوع التحكيم الداخلى والتحكيم التجارى الدولى، وخص كل نظام منهما بقواعد تتناسب مع طبيعة كل علاقة.