

**إجراءات وطرق الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال
فى مجال العقود الإدارية
فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم
بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة
دراسة تحليلية نقدية فى النظامين الفرنسى والمصرى**

الدكتورة

منى رمضان محمد بطيخ

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ
..... وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ

صِرَاطَ اللّٰهِ الْعَظِیْمِ

(سورة یوسف: الآیة ۷۶)

مقدمة

تصدر الإدارة فى مجال العقود الإدارية أو المدنية العديد من القرارات، يقال لها القرارات الإدارية القابلة للانفصال، بهدف التمهيد لإبرام هذه العقود أو حتى لى تحول دون ذلك.

فمثل هذه القرارات ليست إذن غاية فى ذاتها، وإنما هى، وإن كانت مندمجة فى العملية التعاقدية، إلا أنها تعامل بذاتها ككيان مستقل عنها، مما يتيح لأصحاب المصلحة الطعن عليها بدعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة، متى حادت الإدارة عن جادة الصواب وخرجت عن إطار القانون فى خصوصها؛ غير أنه تبين وخلال فترة طويلة من الزمن أن هذه الدعوى أو تلك غير ذات فعالية فى مجال منازعات تلك القرارات، إذ يفصل القاضى فيها، غالباً بعد توقيع العقد، وفى بعض الأحيان بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه.

لذلك ومن أجل أن يصبح لحكم الإلغاء نتائج إيجابية، وكذلك من أجل تلافى الآثار الضارة لتنفيذ القرار المطعون فيه، والتي قد يكون من المتعذر إصلاحها مستقبلاً، بل وقد لا يجدى فى جبرها التعويض المالى، فقد منح القضاء سلطة وقف تنفيذ هذا القرار بما مفاده وقف إجراءات إبرام العقد الإدارى وذلك إلى أن تفصل المحكمة فى أصل طلب الإلغاء.

ومع ذلك فإن بطيء التقاضى الذى أصبح سمة من سمات القضاء الإدارى، إنما يقف فى أغلب الأحيان حجر عثرة أمام فعالية نظام وقف التنفيذ، إذ غالباً ما أن يصدر الحكم بهذا الوقف بعد أن يكون العقد قد أبرم ونفذ، وأحياناً بعد أن يكون هذا التنفيذ قد انتهى، وفى هذه الحالة يصبح الأمر ليس مختلفاً كثيراً عن طلب الإلغاء.

من هنا فقد ابتدع المشرع الفرنسى ما يعرف بنظام القضاء المستعجل

الموضوعى قبل التعاقدى The pre-contractual claim of objective

judiciary، كتقنية حديثة فى إطار قضاء الإلغاء، لمعالجة الآثار السلبية لكل من قضائى الإلغاء ووقف التنفيذ سالفى الذكر فى مجال العقود الإدارية وذلك بما يضمن تطبيق مبادئ المناقسة والعلانية وتكافؤ الفرص بين المرشحين للتعاقد، خاصة أن هذه التقنية لا تثار إلا قبل إبرام العقد، بل وتؤدى فى الغالب إلى وقف هذا الإبرام إن كان لذلك مقتضى؛ ولذا فإنه وبمجرد إبرام العقد يغدو مصير التقنية التى نحن بصددنا عدم القبول.

حاصل القول إذن أن طرق الطعن سالفة الذكر (الإلغاء - وقف التنفيذ - المستعجل قبل التعاقدى) على القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية تغدو - والحال هكذا - أحد أهم الضمانات المقررة دستورياً لحماية موارد الدولة الطبيعية أو أموالها العامة التى هى ملك شائع للشعب، ذلك أنه فى حالة ما إذا تقاعست الدولة وأجهزتها أو مؤسساتها عن حماية هذه الملكية فى أحوال التعدى عليها أو النيل منها من خلال تعاقد ما أو غيره، أو نكصت عن التزاماتها التى أوجبها عليها الدستور فى شأن هذه الحماية، فإن المواطن المضرور لا يجد أمامه للزود عنها سوى إجراءات وطرق الطعن القضائية السابقة، بحسبانها أهم وسائل حماية الحق فى المجتمعات الحديثة المتمدينة.

هذا ويعد أن كانت إجراءات حماية المال العام من خلال طرق الطعن سالفة الذكر، أو بمعنى آخر من خلال رقابة القضاء لمنازعات العقود الإدارية أو عقود الدولة، متاحة لكل متضرر أو لكل صاحب مصلحة سواء من أطراف التعاقد الإدارى أو من غير هذه الأطراف، وهو الأمر المستقر عليه حتى الآن فى فرنسا ومعظم دول العالم، نجد أن المشرع المصرى يصدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، يحظر فيه على غير أطراف التعاقد، الطعن فى منازعات العقود الإدارية بما فى ذلك القرارات المنفصلة عن هذا التعاقد، سواء الصادرة منها فى المرحلة السابقة على إبرام العقد أم

فى مرحلة تنفيذ هذا العقد، فعاد بنا من ثم إلى ما قبل نهاية القرن التاسع عشر، وقت أن كان القضاء ينظر إلى العملية التعاقدية على أنها كل متكامل، وبالتالي لم يكن يقبل الطعن فى القرارات الإدارية المتداخلة فى بنائها استقلالاً على الإطلاق.

فقد نص هذا القانون على أن الطعن ببطلان العقود الإدارية لا يكون إلا من أطراف التعاقد دون غيرهم، وحيث أنه لا يوجد فى مرحلة إبرام العقد الإدارى أطراف للتعاقد، إذ ليس هناك فى الواقع عقد حتى تكون له أطراف، فقد منع المشرع - بهذا النص - كافة المتنافسين فى هذه المرحلة وكذلك المتعاقدين فيما بعد - حتى وإن كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة - من الطعن فى القرارات الإدارية التمهيدية لإبرام العقد الإدارى والتي يقال لها القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال، وهو ما يتنافى مع النصوص الدستورية التى تقرر ليس فقط الحق فى التقاضى وإنما أيضاً مساواة المواطنين أمام القانون؛ الأمر الذى دفع الكثيرين من أصحاب المصلحة من الطعن فى القانون سالف الذكر بشبهة عدم الدستورية ولازال منظوراً حتى كتابة هذه السطور أمام المحكمة الدستورية العليا.

لقد كان مولد فكرة أو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة Les actes détachables عن العملية التعاقدية على يد مجلس الدولة الفرنسى فى بداية القرن العشرين، بمثابة الأداة الفاعلة والضمانة الهامة لغير أطراف العقد الإدارى فى الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم أمام القضاء، فقد مكنتهم هذه الفكرة أو تلك النظرية - فى واقع الأمر - من الطعن على هذه القرارات استقلالاً بوقف التنفيذ والإلغاء بعد أن كان ممنوع عليهم الاقتراب من العملية التعاقدية برمتها طبقاً للمبدأ المستقر فى مجال العقود وهو مبدأ نسبية آثار العقد Le principe d'effet relatif des contrats ، تلك الآثار التى تقتصر بصفة أساسية أو كقاعدة - على الإدارة والمتعاقد معها.

وهكذا بعد أن كان حق الطعن في منازعات هذه العملية بما في ذلك القرارات القابلة للانفصال مقتصرأ على أطرافها دون غيرهم؛ جاءت فكرة القرارات المنفصلة لتتيح لغيرهم مباشرة هذا الحق.

وهنا لنا أن نتساءل حول ماهية هذه القرارات؟ وما هو معيار تمييزها؟ وكيفية الطعن عليها؟ خاصة أن هذه القرارات، ورغم أنها منفصلة ومستقلة عن العملية التعاقدية، إلا أنها كثيراً ما تختلط مع هذه العملية، نتيجة أن عناصر وأركان مشروعية القرارات الإدارية، هي ذاتها عناصر وأركان مشروعية العقد ذاته سواء أكان عقداً إدارياً أم مدنياً، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى التداخل أو الخلط في أسباب الطعن عليهما، حتى وإن كان الطعن في الحالة الأولى يتم في إطار مشروعية هذه العناصر أو الأركان طبقاً لمبادئ وقواعد القانون العام، بينما يتم في الثانية في إطار مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين الذي تحكمه قواعد القانون المدني.

ومع ذلك يمكن القول إنه رغم هذا التداخل أو ذلك الخلط، إلا أن أوجه بطلان القرارات الإدارية القابلة للانفصال من الوضوح بمكان حيث تتمثل في مخالفة المشروعية الخارجية لتلك القرارات (الاختصاص أو الشكل)، أو في مخالفة المشروعية الداخلية، (السبب أو المحل أو الغاية).

ولكن ما هو أثر بطلان القرارات الإدارية القابلة للانفصال على العملية التعاقدية؟ هل يترتب على بطلان تلك القرارات، بطلان أو وقف إجراءات التعاقد؟ وإذا كانت هذه الإجراءات قد تمت بالفعل وأصبح العقد منعقداً، فما هو أثر البطلان على العقد ذاته؟

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ما هو أثر بطلان القرارات الإدارية القابلة للانفصال على مدى مسئولية الإدارة عن تعويض أصحاب الشأن عن الأضرار التي أصابتهم جراء هذه القرارات؟ وهل تقوم هذه المسئولية فسي جميع أحوال بطلان تلك القرارات؟ وأيا كان سبب البطلان؟

هذه التساؤلات وغيرها مما أثير من قبل، إضافة إلى العديد من الموضوعات التي طرحت في هذه المقدمة يمكن معالجتها من خلال الإجابة على ثلاثة أسئلة رئيسية هي:

أولاً: من له الحق في الطعن أمام القضاء الإداري في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ الذي صدر في مصر بتاريخ ٢٢ أبريل ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة؟

ثانياً: ما هي أوجه الطعن التي يجب أن يستند إليها الطاعن في خصوص القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء أوجه بطلان أركان العقود الإدارية؟

ثالثاً: ما هي طرق الطعن الواجبة في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد لدى المشرع الأوروبي أولاً ثم المشرع الفرنسي ثانياً بموجب القانون رقم ١٠ بتاريخ ١٩٩٢/١/٤ والمعدل عام ٢٠٠٠؟

وللإجابة على هذه الأسئلة فقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين: الباب الأول: إجراءات وأوجه الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن في عقود الدولة.

الباب الثاني: طرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء آلية القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد.

الباب الأول

إجراءات وأوجه الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤

بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة

الأصل العام أن إجراءات الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى كل من فرنسا ومصر، لا تكون إلا أمام القضاء الإدارى؛ إذ يختص هذا القضاء^(١) - طبقاً للقوانين المنظمة له فى الدولتين - بكافة المسائل المتعلقة بالمنازعات الإدارية؛ والمنازعات الإدارية - كما تقول المحكمة الإدارية العليا - هى إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة، والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التى تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه، ويتبدى فيها واضحاً وجه السلطة العامة ومظهرها، ويكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة^(٢).

فالمنازعة الإدارية إذن وسيلة قانونية للأشخاص لحماية حقوقهم فى مواجهة الإدارة عن طريق القضاء، ومن المعروف أن القضاء الإدارى يختص أساساً بنوعين من المنازعات:

أولاً: منازعات القضاء الكامل *Le contentieux de pleine juridiction* وتشتمل فى الغالب على قضاء التعويض وقضاء العقود

(١) تتخذ الطعون القضائية فى فرنسا بالإضافة إلى قضاء الإلغاء والتعويض مظهرين آخرين هما:
- قضاء التفسير وفحص المشروعية؛ ويقتصر دور القاضى هنا على بيان المدلول الصحيح للعمل الإدارى ومدى مطابقته للقواعد القانونية دون أن يتعدى ذلك إلى الحكم بالإلغاء أو التعويض حيث يترك ذلك لهيئة أخرى يعينها القانون.
- قضاء الزجر والعقاب؛ وبمقتضاه يكون لمجلس الدولة ولاية توقيع العقوبات الجنائية فى المخالفات المتعلقة بالمال العام.

يراجع: الدكتور/ مصطفى أبو زيد فهمى، القضاء الإدارى ومجلس الدولة ١٩٧٩، ص ٢١٧. وكذا بحثه فى طرق الطعن فى أحكام مجلس الدولة، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد ٣، ص ١٧٣؛ الدكتور/ عمر حلمى، طبيعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١١، هامش ص ٧؛ الدكتور/ محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر العربى، ١٩٧٩، ص ٢٠٨.

(٢) الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/١/٢٤.

ثانياً: منازعات قضاء الإلغاء Le contentieux de l'annulation، أو كما يقال له أحياناً قضاء الإلغاء لتجاوز السلطة .L'annulation pour excès de pouvoir

ومما لا شك فيه أن هناك اختلافات جوهرية بين هذين النوعين من القضاء سواء من حيث موضوع الدعوى في كل منهما أو الأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى.

فموضوع دعوى الإلغاء هو القرار الإدارى المطعون فيه بعدم المشروعية، فهى إذن دعوى موضوعية تقوم على مخالفة قرار إدارى معين للمطالبة بإلغائه وذلك لمجرد أن هناك مصلحة شخصية ومباشرة، وقد تكون محتملة - كما هو الحال فى مصر - لصاحب الشأن فى هذه المطالبة؛ وليس أمام القاضى فى هذه الدعوى سوى أن يقضى برفض الدعوى إذا كان القرار مشروعاً، أو بإلغائه إن كان غير مشروع، دون أن يتعدى ذلك إلى بيان المركز القانونى للطاعن.

أما موضوع دعوى القضاء الكامل فإنه يتمثل فى حق شخصى لرافع الدعوى وتنازعه الإدارة فى خصوصه. وهنا يتعين على القاضى أن يتحقق من القانون والواقع، فإذا بان له أن تصرف الإدارة كان على غير أساس من القانون أو الواقع قضى بعدم مشروعيته، ورتب على ذلك كافة النتائج القانونية الإيجابية والسلبية، فسلطة القاضى الإدارى تشمل فى هذه الحالة إذن تعديل القرار الإدارى والحكم على الإدارة بالتعويضات العادلة فى مقابل ما وقع على حقوق الطاعن الشخصية من أضرار، كما تشمل قيامه بتحديد المركز القانونى للطاعن وحقوقه فى مواجهة الإدارة.

وأخيراً لا تنقيد دعوى القضاء الكامل بمواعيد الإلغاء القصيرة (ستون يوماً فى مصر وشهران فى فرنسا من تاريخ نشر القرار أو إعلانه)

حيث يسقط الحق في رفع الدعوى الأولى بتقادم الحقوق محل المطالبة وفقاً للمدة التي يحددها المشرع.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن أوجه الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال، سواء في مرحلة إبرام العقد أم في مرحلة تنفيذ العقد، لا تختلف كثيراً عن أوجه الطعن في القرارات الإدارية بصفة عامة، حيث ترجع في الحالتين إلى مشروعية تلك القرارات الداخلية أو الخارجية، أو بمعنى أدق ترجع لما يصيب أركان أو عناصر القرارات الإدارية سائلة الذكر من عوار قانوني يجعلها غير مشروعة؛ وهذه الأوجه لا تختلف في واقع الأمر في فرنسا عنها في مصر، حيث تتجسد في عيوب الاختصاص والشكل (المشروعية الخارجية) والمحل والسبب والغاية (المشروعية الداخلية).

وإذا كانت العيوب سائلة الذكر والتي تصيب القرارات الإدارية أو الإجراءات السابقة على التعاقد، لا تثير أية مشاكل، فإن هناك عيوباً أخرى لا علاقة لها بتلك القرارات أو الإجراءات وهي العيوب التي تشوب أركان العقد الإداري ذاته، وتؤدي بالتالي إلى بطلانه، تلك الأركان - يقال لها الأركان الداخلية للعقد - تتجسد في ثلاثة هي الرضا والمحل والسبب، وهذه يتعين أن تتوافر فيها شروط الصحة والسلامة وأن تخلو من العيوب التي تؤدي إلى بطلان العقد.

وهنا قد يحدث وفي كثير من الأحيان، تشابه أو خلط بين عيوب تلك الأركان والعيوب التي تصيب مشروعية القرارات والإجراءات السابقة على التعاقد، خاصة أنهما مرتبطان ويعملان في بوتقة واحدة وهي العقد الإداري ومدى صحته وسلامته، وذلك رغم ما يتمتعان به من استقلال في أحكامهما، حيث تخضع الأولى لقواعد القانون المدني، بينما تخضع الثانية لقواعد القانون العام.

وتفصيلاً لهذا الإجمال نتناول الموضوعين التاليين، مخصصين لكل

موضوع منهما فصلاً مستقلاً.

الموضوع الأول: إجراءات الطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة.

الموضوع الثاني: أوجه الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

الفصل الأول

إجراءات الطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤

بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة

إذا كان القضاء الإدارى يختص - كما ذكرنا - بنوعين من المنازعات الإدارية: منازعات القضاء الكامل ومنازعات قضاء الإلغاء، فلنا أن نتساءل فى أى من هذين النوعين يندرج الاختصاص بنظر إجراءات الطعن فى منازعات العقود الإدارية؟ أو بمعنى آخر، ماهية نوعية ولاية القضاء الإدارى المختص بنظر تلك الإجراءات هل هو القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على صفة الطاعن من جهة وعلى أوجه الطعن من جهة أخرى؛ وحيث أننا سوف نتناول فى الفصل التالى أوجه الطعن المشار إليها، فإننا نبين هنا فقط صفة الطاعن التى تتوقف عليها طبيعة نوعية ولاية القضاء المختص بتلك الإجراءات.

ولقد مرت هذه الصفة بمرحلتين تفصل بينهما فكرة القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، إذ قبل ظهور هذه الفكرة، كان القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإدارية هو القضاء الكامل، فقد كان الطاعن دائماً من المتعاقدين أو من طرفى العقد، أما بعد ظهور تلك الفكرة فقد أصبح قضاء الإلغاء هو المختص بنظر تلك القرارات، بل لم يعد الطاعن فقط من المتعاقدين أو من طرفى العقد وإنما كذلك من غير هؤلاء وهو ما يقال له الغير *Les tiers*.

وعلى ذلك نتناول الموضوعات التالية مخصصين لكل موضوع منها مبحثاً مستقلاً.

الموضوع الأول: صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات

الطعن في منازعات العقود الإدارية قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

الموضوع الثاني: نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثالث: صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن في منازعات العقود الإدارية بعد نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

المبحث الأول

صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات

الطعن في منازعات العقود الإدارية قبل نشأة

فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

ظل مجلس الدولة الفرنسي ينظر إلى العملية التعاقدية خلال مرحلة ما قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال، على أنها كل متكامل لا تقبل التجزئة أو الانقسام، وأن الطعن على هذه العملية لا يكون إلا أمام قاضي العقد في إطار القضاء الكامل. ولذا فإن صفة الطاعن على تلك العملية لم تكن تثبت إلا لأطرافها طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد. وعلى ذلك نتناول الموضوعين التاليين، مخصصين لكل موضوع منهما مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: طبيعة العملية التعاقدية قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

الموضوع الثاني: صاحب الصفة في الطعن على العملية التعاقدية قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

المطلب الأول

طبيعة العملية التعاقدية قبل نشأة فكرة

القرارات الإدارية القابلة للانفصال

رغم أن إبرام العقد الإداري يتطلب مجموعة من الإجراءات الواجبة الاتباع قبل انعقاد هذا العقد سواء في ذلك الإجراءات السابقة على الطرح للتعاقد أو قبل اختيار المتعاقد، أم كانت إجراءات معاصرة لهذا الاختيار^(١).

ورغم أن هذه الإجراءات جميعها تترجم أو تتم ترجمتها في صورة قرارات إدارية، مثل قرار اعتماد الاحتياجات المطلوبة للإدارة، وتقدير القيمة المالية لهذه الاحتياجات، وقرار اختيار أسلوب التعاقد، وكذلك قرارات تشكيل اللجان المختلفة، واعتماد ما انتهت إليه هذه اللجان من توصيات، وقرارات الإذن بالتعاقد وإرساء المناقصة أو إلغاؤها... وهكذا.

ورغم أن هذه القرارات أو تلك الإجراءات تشكل فيما بينها مجموعة متسلسلة من الأعمال تباشرها جهة الإدارة تمهيداً لإبرام العقد الإداري، بمعنى أنها مرتبطة فيما بينها وتدور في فلك وإطار عملية قانونية مركبة يقال لها العملية التعاقدية.

رغم ذلك إلا أن مجلس الدولة الفرنسي نظر إلى تلك العملية - بدءاً وحتى مطلع القرن العشرين - ككل لا يتجزأ Tout indivisible ، أي أنه نظر إليها على أنها عملية متكاملة، وأن كافة الإجراءات أو القرارات التي تتخذ من بدايتها وحتى انعقاد العقد مروراً بكافة المكونات التي ساهمت في تكوينها تجسد وحدة واحدة أو كلاً لا يتجزأ.

وقد وصفت هذه المرحلة بمرحلة المنهج التركيبي Synthèse أو الإندماجي Incorporation؛ ولذا فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي قبول

(١) مؤلفنا ضوابط و ضمانات إبرام العقد الإداري بطريق المناقصات العامة، دراسة فقهية قضائية تشريعية مقارنة في النظام الفرنسي والمصري والكويتي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨.

الطعن بالإلغاء على أى من العناصر أو الإجراءات أو القرارات التى ساهمت فى تكوين العملية التعاقدية على استقلال أو على انفصال، سواء فى المرحلة السابقة على إبرام العقد أم فى المرحلة التالية على هذا الإبرام، مقررأ أن الطعن على تلك العملية فى مجموعها لا يكون إلا أمام قاضى العقد بدعوى القضاء الكامل.

وقد استند مجلس الدولة الفرنسى لتبنى هذا المنهج أو ذاك إلى الحجج

التالية:

الحجة الأولى: الدعوى الموازية^(١): un recours paralléle:

ومؤداها أنه لا تقبل دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة، مادامت هناك دعوى أخرى يمكن أن تحقق ذات النتائج أو ذات الآثار القانونية التى يتغياها من يطلب بطلان القرار الإدارى المراد فصله عن العملية التعاقدية؛ والدعوى الموازية هنا هى دعوى القضاء الكامل والتى ينظرها قاضى العقد، خاصة أن هذا القضاء أجدى بالنسبة للمتعاقد - كما ذهب أنصار هذا المنهج - من قضاء الإلغاء، إذ بدلاً من أن يصل إلى حقه من خلال اللجوء إلى القضاء مرتين، الأولى أمام قاضى تجاوز السلطة ليحصل على حكم بإلغاء القرار

(١) ولدت نظرية الدعوى الموازية فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى، إذ دفع بها فى عهد الإمبراطورية الثانية فى تقارير الكثير من مفوضى الدولة فاعتنتها المجلس وظل يطبقها رحبا طويلا من الزمن ومؤداها أن يشترط لقبول دعوى الإلغاء توافر شرط انتفاء طريق طعن قضائى مقابل انتظمته النصوص التشريعية لصاحب المصلحة تتم بموجبه مكنة التخلص من نتائج القرار الإدارى غير المشروع.

- Alibert Raphael: Contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excés de pouvoir, Paris, 1926, P. 53.
- Edward La Ferrière: Droit constitutionnel, 2 éme partie, 2 éme edition, Paris, 1942, P. 494.
- Edward La Ferrière: Traité de la juridiction administrative, 2 éme volume, 1946, P. 449.

الدكتور/ محمود محمد حافظ، نظرية الدعوى الموازية فى القانون الفرنسى، مقال بمجلة القانون والاقتصاد، عدد مارس ١٩٥٩، ص ٥١ وما بعدها؛ الدكتور/ عبد الله سيد أحمد أحمد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، دراسة مقارنة، دكتوراه جامعة أسيوط، ٢٠٠٨، ص ٩.

الإدارى المنفصل، والثانية أمام قاضى العقد لكى يرتب آثار حكم الإلغاء، بدلاً من ذلك يلجأ مرة واحدة - بعد أن يبرم العقد - إلى قاضى العقد ليرتب له كافة تلك الآثار.

ومما ساعد آنذاك على الدفع بالدعوى الموازية أمران:

الأمر الأول: أن دعوى الإلغاء كانت معتبرة - فى حينها - دعوى احتياطية un recours subsidiaire أو استثنائية، ومن ثم لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا انغلقت أمام الطاعن كافة السبل أو الدعاوى القضائية الأخرى. وبمعنى أعم وأشمل فقد كان مجلس الدولة الفرنسى إبان تلك المرحلة لا يقبل الطعن على القرارات الإدارية بصفة عامة ومن بينها تلك التى تدخل فى تكوين عملية إدارية مركبة - بسبب عدم المشروعية - متى كان القانون قد نظم طريقاً قضائياً آخر للطعن فى العمل الرئيسى من هذه العملية سواء كانت تلك العملية من اختصاص مجلس الدولة نفسه أو محكمة إدارية غيره أو من اختصاص القضاء العادى، كما يستوى أن يكون القرار الإدارى مناط الطعن بسيطاً أو مندمجاً فى عمل إدارى مركب.

وحيث أن دعوى القضاء الكامل والتى كانت تجسد آنذاك ولازالت الطريق الطبيعى للطعن فى العملية التعاقدية متاحة أمام هذا الطاعن، فلا يجب أن تقبل دعواه بالطعن على أى من إجراءات أو عناصر تلك العملية - والحال هكذا - أمام قاضى الإلغاء. من هنا فقد كان مجلس الدولة الفرنسى يشترط لقبول دعوى الإلغاء عدم وجود طريق آخر للطعن الموازى.

الأمر الثانى: أن إقبال الطاعنين على سلوك سبيل دعوى الإلغاء - نتيجة إعفاء هذه الدعوى من الرسوم القضائية ومن توقيع محام على صحيفة الدعوى - أصبح إقبالاً يخشى معه على قاضى تجاوز السلطة، الذى اكتظ بسبب ذلك بهذا النوع من الدعاوى، ألا يحقق العدالة الناجزة للمتقاضين. من هنا وللتخفيف من حدة هذه القضايا قيل بالدعوى الموازية، خاصة فى

المجالات التي يمكن اللجوء في خصوصها إلى قاض آخر ومنها مجالات العقود الإدارية.

الحجة الثانية: احترام الحقوق المكتسبة⁽¹⁾: Les droits acquis:

ومؤدى هذه الحجة أنه نظراً لما يترتب على إبرام العقد الإدارى من حقوق مكتسبة تولد التزامات شخصية على طرفى هذا العقد، ونظراً لأن مخالفة هذه الالتزامات لا يشكل عنصراً من عناصر مشروعية القرارات الإدارية، فإنه لا يجوز - والحال هكذا- الطعن على أى من هذه القرارات بدعوى تجاوز السلطة، وإلا كان فى ذلك مساس بالحقوق التي تولدت عن العملية التعاقدية.

الحجة الثالثة: وتعود إلى عام ١٨٦٤ حيث تم تقسيم اختصاصات

القضاء الإدارى بين اختصاص بقضاء الإلغاء واختصاص بالقضاء الكامل، وعلى أثر صدور حكم Blanco الشهير وظهور معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاصات بين جهتى القضاء العادى والقضاء الإدارى وما ترتب على ذلك من مشاكل فى هذا المجال، فقد فضل مجلس الدولة الفرنسى حينها تبني المنهج التركيبى أو الإدماجى سالف الذكر لبيان اختصاص كل جهة من جهتى القضاء. بمعنى أنه فضل عند تحديد هذا الاختصاص ضرورة النظر إلى العملية برمتها أو ككل بكافة مكوناتها وعناصرها، بحيث تختص بنظرها هذه الجهة أو تلك.

وبناء على ذلك؛ إذا كانت العملية مما تدخل فى اختصاص القضاء العادى، فإن كافة القرارات التي ساهمت فى تكوين هذه العملية القانونية تكون من اختصاص هذا القضاء؛ وبذات المنطق إذا كانت تدخل فى اختصاص القضاء الإدارى. وقد طبق مجلس الدولة هذا المنطق أيضاً فى توزيع الاختصاص بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل بحيث يختص هذا القضاء أو

(1) André de laubadère: Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, P. 325.

ذلك بالعملية القانونية ككل دون تجزئة أو تقسيم، ومن ثم فقد أصبحت العملية التعاقدية بكل مكوناتها وعناصرها تدخل في اختصاص القضاء الكامل، دون أن يختص قاضى الإلغاء بأى من هذه المكونات أو الإجراءات. ولعل السبب فى ذلك حسب قضاء مجلس الدولة الفرنسى يكمن فى نقطتين أساسيتين^(١):

١ - أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه ضد العقود، ذلك أن من شروط قبولها وجود قرار إدارى، وهو تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة، بينما العقد هو توافق إرادتين. وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى فى مصر: أن العمل القانونى الذى يصلح محلاً لدعوى الإلغاء هو القرار الصادر عن إرادة الإدارة وحدها، وليس العقد الذى يستلزم توافق إرادتين أو أكثر، وأن العقود تصدر عن الإدارة بصفتها شخصاً معنوياً وليس سلطة عامة^(٢).

كما أوضحت المحكمة الإدارية العليا الفرق بين القرار الإدارى والعقد الإدارى قائلة: "إذا كان القرار الإدارى هو عمل قانونى غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة، فإن العقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفيه"^(٣).

٢ - أنه فى مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التى تجيز طلب إلغاء القرار الإدارى، فدعوى الإلغاء هى جزاء لمبدأ المشروعية، فى حين أن الالتزامات

(١) الدكتور/ عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى، الجزء الأول، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٦، العدد ٣٦٢، أكتوبر ١٩٥٨.

(٢) مشار إليه فى المرجع السابق، ص ٥١٧.

(٣) الطعن رقم ١٠٥٩ سنة ٧ ق.ع، جلسة ١٩٥٧/٥/٢٥، أبو شادى، ص ١٣٥١.

المرتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية^(١).

وللتدليل على منطق القضاء الفرنسي الراض لفكرة القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، حكمه الصادر في قضية المعهد الكاثوليكي لمدينة ليل، حيث سطر المفوض DAVID في تقريره بشأن هذه القضية ما معناه. "نعقد أنه في إمكاننا تلخيص أحكام القضاء بقولنا إن قرارات الوصاية الإدارية عندما تكون سابقة أو لاحقة على العقود التي تصدق عليها أو ترخص بها لا يمكن فصلها عن هذه العقود التي تكملها وتختلط بها، بحيث يمكن إلغاؤها مباشرة سواء بواسطة مجلس الدولة أو من باب أولى بواسطة السلطة الإدارية التي تصدر عنها"^(٢).

وهذا هو ما تبناه مجلس الدولة المصري في بعض أحكامه، فقد جرت محكمة القضاء الإداري في ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ على القول: بأن اختصاصها لم يعد مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن العملية التعاقدية، بل امتد لكل ما يتعلق بهذه العملية ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، فقد أصبحت تختص بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات وذلك باعتبارها من العناصر المنفردة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه

(٢) المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، نهاية العقد الإداري ومشكلات ضمانات تنفيذه وتسوية منازعاته، الكتاب الرابع، ٢٠١٥، ص ٧٣٧.

(٣) يراجع تقرير المفوض David في حكم مجلس الدولة، ١٨٧٧/٣/٢، قضية Institut catholique de lille، مجموعة المجلس، س ١٩١١، ص ٢٢٤.. وفي نفس المعنى يراجع أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٨٧٩/١١/١٤، قضية Dumont مجموعة المجلس، نفس السنة، ص ٧٠٣، وحكمه بتاريخ ١٨٩٠/١١/٢١، قضية mas d'Azil، مجموعة المجلس السالفة، ص ٨٥٠.

وقد أشار إلى ذلك الدكتور/ عبد الله سيد أحمد أحمد، المرجع السابق، ص ١٠.

المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضى المدة، فولاية محكمة القضاء الإداري في خصوص منازعات عناصر العملية التعاقدية بأسرها هي ولاية القضاء الكامل مستوى في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري^(١).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى حينما قضت "ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم، فإنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء كانت المنازعة متعلقة بانعقاد العقد أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها تدخل في نطاق القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء"^(٢).

هذا وقد أيد جانب من الفقه الاتجاه سالف الذكر مرددين تقريبا ذات الحجج التي قال بها القضاء الإداري في هذا الصدد، فقد قيل^(٣):

- لا يمكن قبول دعوى الإلغاء مادام الطاعن يملك طريقاً قضائياً آخر يحقق له المزايا والنتائج التي تحققها تلك الدعوى، ويتمثل هذا الطريق في النظرية الشهيرة: الطعن الموازي الذي يمكن ممارسته أمام قاضي العقد؛ خاصة أن قبول دعوى الإلغاء ضد العقد من شأنه أن يهدر القواعد ويقلبها رأساً على عقب، ويهدر معها قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام.

- لا يعد العقد من قبيل الأعمال القانونية القابلة للانفصال، وبالتالي لا يجوز الطعن عليه بدعوى الإلغاء؛ خاصة أن هناك اعتبارات عملية أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة مراعاتها في هذا الشأن،

(١) الحكم الصادر بجلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، أشار إليه المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٧٣٣.

(٢) الدعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ أ، جلسة ١٩٥٦/١١/١٨.

(٣) الدكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠١١، ص ٢٠٧؛ الدكتور/ عبد الحميد حبش، القرارات القابلة للانفصال، المرجع السابق، ص ٥١٨؛ الدكتور/ زكي النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دكتوراه عين شمس، ١٩٨١، ص ٣٦٩؛ الدكتور/ عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

تتجلى فى الحرص على إبقاء العقد المبرم قائماً، لأن الإلغاء يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، مما يمكن أن يسبب نتائج مباشرة ومحرجة من الأفضل لو تم تحاشيها.

- لا يمكن توجيه الطعن بالإلغاء إلا ضد أعمال السلطة الإدارية وحدها، أما العقد فهو اتفاق بين إرادتين، إحداها إرادة جهة الإدارة، وثانيهما إرادة المتعاقد معها.

- إن مرجع عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري يكمن في أن العمل القانوني الذي يصلح موضوعاً للطعن بالإلغاء لا بد أن تتوفر فيه شروط معينة وهي متخلفة في العقد. ومن أهم تلك الشروط أن يكون العمل قراراً نهائياً واجب التنفيذ بالطريق الإداري، وأن يتضمن هذا العمل الإعلان عن إرادة واحدة، هي إرادة جهة الإدارة، وأن يتجه نحو إحداث أثر قانوني معين، وهذه الشروط جميعها تتوفر فقط في القرار الإداري. أما العقد الإداري فإنه عمل تبادلي وليس عملاً صادراً عن إرادة واحدة، كما أنه غير واجب التنفيذ بالطريق الإداري في معظم الحالات⁽¹⁾.

حاصل القول إذن أن منهج القضاء الإداري الفرنسي إبان تلك المرحلة وفي بعض أحكام القضاء الإداري المصري، كان يتجه صوب صون وحدة العملية المركبة وحمايتها من التفكك، وعدم قبول فصل القرارات الإدارية المتداخلة في بنيتها للنعي عليها بالإلغاء استقلالاً، مع ترك العملية برمتها إلى قاضيها الطبيعي وهو هنا قاضي العقد.

(1) R. CHAPUS, Droit de contentieux administratif, Paris Mont chrestien, 7 e éd. 1999, No. 792, P. 586.

المطلب الثانى

صاحب الصفة للطعن على العملية التعاقدية

قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

طبقا لمبدأ نسبية أثر العقد والذى يعنى أن العقد لا ينتج آثاره إلا بين طرفيه، فإن الصفة لمباشرة إجراءات الطعن فى العقود الإدارية تثبت - والحال هكذا - لطرفيه وحدهم دون أن يكون للغير الحق فى هذا الخصوص. وصفة الطاعن هذه تثبت لطرفى العقد سواء بالنسبة للأعمال السابقة على إبرام العقد والتي تندمج - كما ذكرنا - فى العملية التعاقدية أم بالنسبة لأعمال التنفيذ، ولذا يجب على هذه الأطراف ضرورة الانتظار حتى إبرام العقد، لإقامة الطعن أمام قاضى العقد.

ولكن ما المقصود بطرفى العقد؟ أو بالمتعاقدين؟

يقصد بطرفى العقد بدهاءة الإدارة والمتعاقد معها من الأفراد أو

الأشخاص المعنوية الخاصة:

ففيما يتعلق بالإدارة: فإنه يقصد بها الجهة الإدارية التى أبرمت العقد مع المتعاقد^(١)، وهى الجهة أو الشخص الذى يتمتع بالشخصية المعنوية العامة سواء أكان من الجهات أو الشخصيات الإقليمية المركزية كالدولة ومن يمثلها من الوزارات والمصالح الحكومية، أم كانت من الجهات أو الشخصيات المرفقية كالهيئات والمؤسسات العامة، أم من الجهات أو الشخصيات الإقليمية

(١) مع ملاحظة أن هذه الجهة لا تتعاقد كبقية الأفراد، إذ لا تستهدف من هذا التعاقد تحقيق مصالح ذاتية أو خاصة، وإنما فقط المصلحة العامة، أى مصلحة المستفيدين من المرافق العامة، وهو ما تؤكد عليه محكمة القضاء الإدارى حينما قضت "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد الإدارى تسيريه أو سد حاجته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وذلك بأنه إذا كان المتعاقدان فى العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادي ومصصلحة شخصية، فإن الأمر فى العقود الإدارية يختلف عن ذلك لأن جهة الإدارة وهى أحد طرفيه لا تبغى مصلحة شخصية، بل تتعاقد لمصلحة المجموع وهدفها المصلحة العامة وهى القوامه عليها والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيها وتنظيمها.

الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧٠ق، جلسة ٣٠ يونية ١٩٥٧.

المحلية كالوحدات البلدية والمقاطعات في فرنسا أو المجالس الشعبية المحلية في مصر، حيث يعتبر كل منهم طرفاً في العقد الذي أبرمه ويحق له بالتالي الالتجاء إلى دعوى القضاء الكامل.

أما فيما يتعلق بالأفراد: فهم الذين أبرموا العقد مع الإدارة سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين، وعلى ذلك يعتبر طرفاً في العقد ويحق له استخدام دعوى القضاء الكامل، الفرد أو الشركة أو الجمعية التي أبرمت العقد مباشرة مع الإدارة، كما ينصرف هذا التعبير وفقاً لأحكام القانون المدني إلى من يمثل هؤلاء قانوناً، وهو الخلف العام الذي يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال كالوارث والموصى له بجزء من التركة، والخلف الخاص الذي يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري والمنفعة في حدود معينة. إذ يحق لكل من هؤلاء إقامة الدعوى المباشرة وغير المباشرة للمطالبة بحقوق مورثهم أو مدينهم في ذمة الطرف الآخر في العقد^(١).

هذا ويلاحظ أن أحكام القضاء الإداري قد استقرت على تحريم التنازل عن العقد الإداري دون موافقة جهة الإدارة المسبقة. فقد قضت محكمة القضاء الإداري أنه "من المسلم في العقود الإدارية أنه يتمتع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها أو يتعاقد بشأنها من الباطن دون موافقتها، إذ يعتبر ذلك باطلاً ولا يحتج به في مواجهتها، كما أنه يعتبر بذاته خطأ عقدياً يترتب المسؤولية عن الأضرار الناجمة عنه ويبرر توقيع أقصى العقوبات وهو فسخ العقد على مسؤولية

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ص ٥٤٠ وما بعدها.

المتعاقد وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص^(١).
أما في حالة الترخيص المسبق عن التنازل، فإن المتنازل إليه يحل محل المتعاقد مباشرة ويعتبر - والحال هكذا - هو المسئول الوحيد أمام الإدارة ما لم ينص على غير ذلك، ويتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته قبل الإدارة. ويحق للمتنازل له بالتالي استخدام دعوى العقد للمطالبة بحقوقه أو الدفاع عنها.

وذاث الشيء بالنسبة للمتعاقد من الباطن إذ لا يجوز - كقاعدة - التعاقد من الباطن، وإلا لما أمكن الاحتجاج به في مواجهة الإدارة، كما أن إجراءه يشكل خطأ تعاقديا يبرر توقيع الجزاءات الإدارية كالفسخ والتعويض إن كان له محل^(٢).

ومع ذلك فإن التعاقد من الباطن المرخص به يؤدي إلى إنشاء علاقات غير مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، يحق له بمقتضاها أن يستخدم الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحقوق مدنية، هذا إلى جانب حقه في رفع دعوى مباشرة للمطالبة بتسوية الثمن على النحو الذي أشرنا إليه. كما يجوز للإدارة أن تقاضيه باستخدام الدعوى شبه التصيرية.

وأخيراً لنا أن نتساءل عن أثر وفاة المتعاقد على الرابطة التعاقدية؟ هل تؤدي إلى انقضاء العقد بقوة القانون؟ بحيث إذا رغب ورثة المتعاقد في الحل محل مورثهم في تنفيذ العقد الإداري، فإن الأمر يتطلب موافقة جديدة من الإدارة^(٣).

(٢) الدكتور/ عبد المجيد محمد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ٢٦؛ الدكتور/ محمد سعيد أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقدين مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨٤، ص ١٥٨.

(٣) الدكتور/ عبده المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٢٦؛ الدكتور/ عمر حلمي، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.

(1) DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DE LOVOLVE (P.), Traité de contrats administratif, Paris, L.G.D.J. 1983, T. I, P. 118 etss.

الواقع أن دفاتر الشروط فى فرنسا تنص عادة على بيان الحلول الواجبة الاتباع فى حالة وفاة المتعاقد، وتختلف هذه الحلول باختلاف مدى صلة العقد بالمرفق العام. ففى عقد الأشغال والالتزام تنص دفاتر الشروط عادة على فسخ العقد بقوة القانون وعدم انتقاله إلى الورثة دون موافقة جديدة من قبل الإدارة. ويتبع الحل ذاته فى عقود التوريد الصناعية وعلى وجه الأخص عقود التصنيع الحربية، وذلك نظراً للعلاقة الوثيقة التى تربط بين المتعاقد والمرفق العام. ففى هذه العقود تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار من قبل الإدارة عند الإبرام والتنفيذ.

أما فى عقود التوريد العادية نجد أن شخصية المتعاقد ليست محل اعتبار بذات الدرجة على النحو المتبع فى عقود الأشغال والالتزام، ولذا تنص المادة ٦٢ من دفاتر الشروط على أنه فى حالة وفاة أو فقد أهلية المتعاقد، فإن ورثته أو من يتولون سلطة الوصاية عليه يستمرون فى تنفيذ العقد، ومع ذلك يجوز للوزير أن يصدر قراراً بفسخ العقد بناء على طلبهم أو إذا قدر أن حسن تنفيذ العقد إنما يستند إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد.

أما فى مصر فقد حسم المشرع الأمر، إذ تنص المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه "إذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الإدارة فسخ العقد مع رد التأمين أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الإدارة المركزية المختص".

"وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم فيكون لجهة الإدارة الحق فى إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار فى تنفيذ العقد. ويحصل الإنهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتباع أية إجراءات

أخرى أو الالتجاء إلى القضاء".

والواقع أن النص السابق يبرز مدى أهمية شخصية المتعاقد فى استمرار الالتزامات التعاقدية. فهو وإن لم يرتب على وفاة المتعاقد فسخ العقد بقوة القانون، إلا أنه لم يفرض على الإدارة استمرار التعاقد مع ورثة المتوفى. وأجاز لها على سبيل التخيير فسخ العقد أو السماح للورثة بالاستمرار بعد موافقة الجهات المختصة.

فالجهة الإدارية والأفراد بالمعنى السابق هما إذن طرفا العقد الإدارى، وبطبيعة الحال لا تثبت لهما هذه الصفة إلا بعد إبرام العقد، أما قبل ذلك فيصعب بل يستحيل الحديث عن هم المتعاقدون، ولذا فإن كافة المنازعات التى قد تثور بينهما تتعلق بتنفيذ العقد، أو بمعنى أدق تتعلق بالشروط العقدية الواردة فى هذا العقد؛ إذ تعد هذه المنازعات - كما تقول المحكمة الإدارية العليا - من قبيل المنازعات الحقوقية التى تعرض على قاضى العقد وتكون محلاً للطعن باستعداء ولاية القضاء الكامل.

حاصل القول إذن أن القضاء الإدارى امتنع فى هذه المرحلة عن قبول طعون الإلغاء التى توجه إلى القرارات الإدارية التى تسهم فى تكوين العقد، استقلالاً عن عملية التعاقد ذاتها، فقد جرى على النظر إلى هذه القرارات باعتبارها إحدى الخطوات التى تسهم فى بنيان العقد أو فى تكوين عملية قانونية متكاملة هى العقد الإدارى - هذه العملية هى التى تكون محلاً للطعن القضائى وفقاً لطبيعتها وخصائصها القانونية.

المبحث الثانى

نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

لقد ظل مجلس الدولة الفرنسى معتقاً - فى خصوص الطعن فى منازعات العقود الإدارية - المسلك أو المنهج التركيبى أو الاندماجى سالف

الذكر حتى نهاية القرن التاسع عشر، حيث عدل مع بداية القرن العشرين، عن هذا المسلك أو ذلك المنهج وسمح بتحليل عناصر العملية التعاقدية، ومن ثم بفصل القرارات الداخلية في نطاقها أو في كيانها والتي تتسم بالذاتية والاستقلالية وهي القرارات التي أصبح يقال لها القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال، وقبل الطعن في خصوصها استقلالاً بدعوى وقف التنفيذ والإلغاء، وهو ذات المسلك الذي انتهجه مجلس الدولة المصري.

فمثل هذه القرارات والتي تتعلق في الغالب بمرحلة إبرام العقد الإداري، بل والتي تعد المقدمة الأساسية لعملية انعقاد العقد، تظل - كما هو مستقر قضاء - متمتعاً بذاتيتها واستقلاليتها طالما أنها منفصلة أو قابلة للانفصال عن هذه العملية، وذلك إلى أن يتم إبرام العقد. ومن هذه اللحظة، أي لحظة إبرام العقد تذوب تلك القرارات في العقد الذي تم إبرامه، وتشكل معه كلاً غير قابل للتقسيم أو التجزئة، بحيث تفقد في هذه الحالة ذاتيتها واستقلاليتها وتتحول إلى عنصر من عناصره، وبالتالي فإن قبول دعوى تجاوز السلطة في خصوصها وإن كان جائزاً في مرحلة ما قبل إبرام العقد، فإن هذه الدعوى ذاتها تستبعد - كقاعدة - ضد هذه القرارات في مرحلة ما بعد هذا الإبرام، استناداً إلى أنه لا يجوز إثارة مثل هذه الدعوى - كما ذكرنا من قبل - ضد العقد في مجمله.

فكيف ومتى نشأت فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية؟ وما هو معيار تمييز هذه القرارات؟ وما هو مفهوم وماهية تلك القرارات؟

نتناول إذن الموضوعات التالية، مخصصين لكل موضوع منهما مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: القضاء الإداري ونشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثاني: ماهية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية ومعيار تمييزها.

المطلب الأول

القضاء الإداري ونشأة فكرة القرارات الإدارية

القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية

لم تظهر فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال بصفة عامة وفي مجال العقود الإدارية بصفة خاصة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ومن ثم قبوله الطعن عليها بتجاوز السلطة، إلا مع نهاية القرن التاسع عشر، حيث هجر مجلس الدولة - مع بداية القرن العشرين كما ذكرنا - المنهج التركيبي أو الاندماجي متبنيًا المنهج التحليلي analytique والذي يقوم على أساس تحليل العملية المركبة وفصل القرارات الممهدة لها والمتداخلة في تكوينها، مع إتاحة الطعن عليها استقلالاً متى وصمت بعدم المشروعية، أمام قاضي الإلغاء بدعوى تجاوز السلطة.

ويرجع السبب في تبنى مجلس الدولة هذا المنهج، ما طرأ على دعوى الإلغاء من تطور، حيث لم تعد مجرد دعوى احتياطية، فقد أصبحت دعوى أصلية أو أساسية، بل لقد أصبحت دعوى الشريعة العامة أو القانون العام، وهو ما ترتب عليه - بطبيعة الحال - تقلص أو زوال شرط عدم وجود دعوى موازية لقبول الطعن بدعوى الإلغاء.

ولكن ونظراً لما تتمتع به دعوى تجاوز السلطة - كما ذكرنا - من مزايا عديدة ونتائج هامة إذا ما انتهت إلى إلغاء القرار المطعون فيه، فقد خشى مجلس الدولة من استحواذ الطعن بهذه الدعوى كافة الطعون التي تختص بها جهات قضائية أخرى، بل وفي ذات جهة القضاء الإداري، خاصة طعون القضاء الكامل، مما يخل - والحال هكذا - بقواعد توزيع الاختصاصات.

فقد أبقى مجلس الدولة - في إطار العملية القانونية التعاقدية - الاختصاص بنظر هذه العملية ككل لقاضي العقد وذلك بدعوى القضاء الكامل، وفي ذات الوقت ابتدع فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن هذه العملية، وأصبح يتعامل معها كوحدات أو عناصر يمكن عزلها وفصلها وبالتالي النظر فيها على استقلال عن باقى المكونات الأخرى للعملية، بحيث يمكن لأصحاب الشأن أن يطعنوا على مثل هذه القرارات بدعوى تجاوز السلطة استقلالاً عن الطعن - الذى يحق لهم أيضاً مباشرته - بدعوى القضاء الكامل ضد العملية التعاقدية بعد انتهائها.

وقد ظهر هذا التطور فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ابتداء فى مجال عقود القانون الخاص للإدارة عام ١٩٠٣ و ١٩٠٤^(١)، ثم بحكم شهير، تشير إليه كافة مراجع القانون العام فى هذا المجال، وهو حكم Martin عام ١٩٠٥^(٢)، والذى يعد فى الواقع نقطة الانطلاق الحقيقية نحو تأصيل

(١) وكان ذلك بمناسبة قضايا متعلقة بعقود إيجار، فقد أقامت إحدى مدارس بلدية Guerre قضية بصدد عقد إيجار لمبنى هذه المدرسة، وفيها قضى مجلس الدولة أن المسائل المثارة فى عريضة الدعوى تتميز عن تلك المتعلقة بصحة الإيجار المبرم بين مالك العقار ومندوب المدير ومن ثم لا يكون وزير الداخلية محقاً فى الدفع بعدم قبول الدعوى على أساس أنها تهدف فقط إلى إبطال عقد قانون مدنى يدخل فى الاختصاص العام للمحاكم القضائية.

C.E. 11 Décembre 1903, commune de Guerre. Sirey. 1906. 3^{ème}, P. 49 note Hauriou.

كما أقامت بلدية Villiers- Sur Mer قضية تتصل بعقد إيجار مبنى مدرسة بتلك البلدية، وفيها التفت مجلس الدولة عن الدفع بعدم القبول ضمنياً ولم يعره اهتماماً ماضياً فى نظر الدعوى والفصل فيها.

C.E. 22 Avril 1904, commune de Villiers, sur Mer. Sirey. 1903. 6^{ème}. P. 82, note Hauriou.

وأقيمت كذلك القضية بمعرفة بلدية Messe بشأن إيجار مبنى مقر العمودية فيها، وقد رفض المجلس الدفع بعدم القبول صراحةً قائلاً أن معرفة ما إذا كان هذان القراران قد اتخذوا من المدير فى حدود سلطاته، مسألة متميزة تماماً عن صحة الإيجار المبرم بين السيد سافاج ومندوب المدير تنفيذاً لهذين القرارين، وأنه بالتالى، وأياً كان الطعن المتاح لبلدية Messe أمام الهيئة القضائية - والخاص بإبطال عقد القانون الخاص - فإنه يكون مقبولاً أمام مجلس الدولة على القرارين المشار إليهما بهما وبالذين أبرم العقد بناء عليهما.

C.E. 29 Mai 1904, commune de Messe.. Sirey 1906, P. 95 note Hauriou.

(1) C.E. 4 août 1905, Martin. A.J.D.A. 1906, P. 249 note Jeze.

واستقرار فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال. وتدور وقائع هذا الحكم الهام بصدده عقد أشغال عامة، فقد صدر قرار عن المجلس العام بالتصريح بمنح إحدى الشركات التزام نقل بواسطة التزام، وتمخض عن هذا القرار إيراد عقد التزام، وقد رأى أحد أعضاء ذلك المجلس أن القرار معيب في شكله لعدم سبق إعداد تقرير من المدير يوزع قبل جلسة المداولة خلال المدة التي حددها القانون، ومن ثم فقد طعن بالإلغاء على ذلك القرار نزولاً على أهمية الشكل فيه، وأن مخالفته تجول دون مباشرته لنوابته على الوجه الصحيح. وقد دفعت جهة الإدارة بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أن القرار الطعين كان أساساً لعقد التزام تولدت عنه حقوق مكتسبة، وإعمالاً كذلك لنظرية الدعوى الموازية. بيد أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع أو ذاك وقبل الطعن شكلاً رغم خضوع العملية الأساسية لاختصاص المحكمة الإدارية الإقليمية وذلك إعمالاً لفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية.

وهكذا قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في قرارات إيراد العقود الإدارية على استقلال عن باقى مكونات عملية التعاقد ذاتها، لأنها قرارات قابلة للانفصال عن باقى عملية التعاقد، حتى ولو كانت متضمنة ومدمجة داخل العقد ذاته، فطالما أمكن فصلها ذهنياً وفكرياً عن العقد، فهذا يكفي لاعتبارها قرارات قابلة للانفصال⁽¹⁾.

وفي مصر يلاحظ أن القضاء الإدارى اعتنق فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال منذ نشأته عام ١٩٤٦، وذلك على الرغم من أن قانون إنشائه رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم ينص على اختصاصه بنظر منازعات العقود الإدارية مدنية كانت أم إدارية، إلا أنه وإعمالاً لاختصاصه الأصيل

(1) C.E. 7 Avril, 1911, Commune de Suzan, sirey. 1913, P. 50, note M. Hauriou.

برقابة القرارات الإدارية النهائية، فقد قبل الطعن فى القرارات الإدارية التى تدخل فى تكوين العقد الإدارى بدعوى تجاوز السلطة، طالما أنه يمكن عزل مثل هذه القرارات وفصلها والنظر فيها على حدة أو على استقلال عن باقى العناصر الأخرى المكونة لهذا العقد. وتأكيداً لذلك فقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى بواكير أحكامها بتاريخ ١١/٢٥/١٩٤٧. بأنه "مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التى تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان: أحدهما تعاقدى بحث تختص به المحكمة المدنية، والآخر إدارى يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإدارى المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إيرامه أو اعتماده، وتختص المحكمة بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك من دون مساس بذات العقد الذى يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية فى المنازعات المتعلقة به^(١).

وقد استمر القضاء الإدارى فى مصر فى تطبيق هذه الفكرة، أى فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال، بعد أن أصبح اختصاصه بالنظر والفصل فى المنازعات الإدارية اختصاصاً عاماً وشاملاً بصدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، وذلك على أثر صدور دستور عام ١٩٧١ والذى نص فى المادة ١٧٢ منه على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

ومن أكثر المجالات التى أعمل فيها مجلس الدولة المصرى فكرة

(١) المجموعة س ٢، ص (٩). وفى ذات المعنى حكمها الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٥٤، ص ٨، ص ٩٤٨؛ وحكمها الصادر فى القضية رقم ١٢٨٩، السنة الأولى ق، بجلسة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧.. وحكمها الصادر بتاريخ ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠، السنة الخامسة عشر، ص ٨١.

القرارات الإدارية القابلة للانفضال هو مجال العقود الإدارية، خاصة فى مرحلة إبرام هذه العقود والتي تجسد - كما ذكرنا - مجموعة هائلة من القرارات الإدارية التى يمكن فصلها عن العملية التعاقدية كما سنبين فيما بعد. وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى "إن القرار الذى يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة بقصد إحداث أثر قانونى. وتحليل العملية القانونية التى تنتهى بإبرام العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هى بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل^(١).

كما تقول المحكمة الإدارية العليا فى حكم أكثر تفصيلا: "ومن حيث أنه ينبغى فى ضوء تنظيم عملية العقد الإدارى المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية فى شأن العقود الإدارية:

النوع الأول: وهو القرارات التى تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وهى تسمى القرارات المنفصلة المستقلة، ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل فى مناقصة، والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين، والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين، فهذه القرارات هى قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أى قرار إدارى نهائى وتطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

والنوع الثانى: وينتظم القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية تنفيذيا لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها، والقرار الصادر بمصادرة التأمين، أو بإلغاء

(١) الدعوى رقم ٤٣ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٦/١/٨.

العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضاء الإدارى بنظر المنازعات التى تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية^(١).

بعد أن بينا كيف نشأت فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، وكيف استقرت وأصبحت من المبادئ العامة فى مجال القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر، فلنا أن نتساءل عن ماهية تلك القرارات؟ أو ما هو التعريف الدقيق للقرارات القابلة للانفصال؟ هذا ما نبينه فيما يلى:

المطلب الثانى

ماهية القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية ومعيار تمييزها

الفرع الأول

ماهية القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

بداية - وكما بينا من قبل - لا تثور فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال إلا بمناسبة عملية قانونية مركبة، والعملية القانونية المركبة تعنى أن النتيجة النهائية، أو القرار النهائى لهذه العملية يتوقف على سلسلة من القرارات الضرورية والحتمية، والتى بدونها أو بدون أى منها لا تتم تلك العملية بالنتيجة المرجوة أو المطلوبة لها^(٢).

(٢) الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤ق، جلسة ١٤/٤/١٩٧٩، مجموعة ١٥ سنة عليا، ص ١٧٨.
(1) R. ODENT, Cours de contentieux administratif, les cours du droit, 1978, P. 1101.

وفى ذات المعنى يقول شابييه:

"il y a oprération complexé lorsqu' une décision finale ne peut être prisé édictées qu'après intervention d'une ou de plusieurs déisions successives, spécialement édictées pour permettre la

"il y a opération complexe chaque fois qu'une série, nécessaire de décisions concourent pour aboutir à une décision finale".

والمفروض أن يتوافر شرطان أو صفتان في العملية حتى تعتبر عملية مركبة، هما: شرط الاستمرارية Condition de continiuté بين مكوناتها أو أجزائها أو مراحلها وإجراءاتها والقرارات التي تتخذ خلالها، وشرط النوعية أو الذاتية أو التميز Condition de spécificité، أى أن يكون لهذه العملية ذاتية أو خصوصية معينة تميزها من غيرها من العمليات المركبة الأخرى^(١).

هذا وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال حتى يستطيع - كما ذكرنا - بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة - أى القرارات الإدارية - داخل عملية قانونية مركبة، دون انتظار لاكتمال أو انتهاء العملية ذاتها والتمعن فيها كلها، نظراً لأن مثل هذا الانتظار كان يترتب عليه بعض الآثار القانونية السلبية، مثل تأخر الفصل في بعض القرارات، وبطئ إقامة العدالة، مما كان يؤدي إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر أو سند من القانون أو المنطق.

حقيقة أن القضاء لم يهتم كثيراً - وهذا هو منهجه أو عادته - بوضع

réalisation de l'opération dont la décision finale est l'aboutissement".

R. CHAPUS, Cours de contentieux administratif, les cours du droit 1979, P. 248.

(١) راجع في تفصيل هذين الشرطين:

François CHEVALIER, La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes, A.J.D.A. No7- 8, juillet-Août 1981, P. 331; Patrice CHRETIEN, De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe, A.J.D.A. No 1, 1982, P. 20.

وراجع كذلك الدكتور/ جورجى شفيق سارى، القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، مايو ٢٠٠٢، ص ٤٥.

تعريف جامع مانع لفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال؛ ولذا فقد تم استخلاص هذا التعريف من واقع التطبيقات القضائية لهذه الفكرة في مجال العمليات القانونية المركبة، خاصة العمليات العقدية.

ومن هذه التطبيقات، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه "ينبغي التمييز في مقام التكليف، بين العقد الذى تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التى تمهد لإبرام هذا العقد أو تهيهء لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن هذه الإجراءات تتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، له خصائص القرار الإدارى من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانونى تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم فى تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تتفرد فى طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتتفصل عنه ومن ثم يجوز لذى الشأن الطعن بالإلغاء ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقود لمحاكم مجلس الدولة دون غيره"^(١).

أما الفقه فقد اهتم - على العكس من ذلك - بوضع تعريف لتلك الفكرة، فقد قيل بأنها قرارات إدارية تكون جزءاً من بنية عملية قانونية تدخل فى اختصاص القضاء العادى أو الإدارى بناء على ولايته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص أى جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد^(٢).

أو بأنها عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها أو السلطات العامة بصفة عامة - فى إطار عملية مركبة - مع

(١) الطعان رقما ٣٢٠، ٤٠٠ لسنة ١٧ ق، جلسة ١٩٧٥/٤/٥، المجموعة، السنة ٢، ص ٣٠٧.
(٢) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال عقود الإدارة، دراسة مقارنة فى القانون المصرى والفرنسى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٤٩٥.

COLLIARD, (G.A): La notion de l'act détachable et son rôle dans la juridiction du Conseil d'État Paris, Sirey, 1956, P. 115.

إمكان تجنب هذه التصرفات، لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أى النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية^(١).

ومن جانبنا نرى أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، هي تلك القرارات التي تصدر مستقلة بذاتها في تسلسل وتتابع حتمي وملزم لتكوين عملية قانونية تعاقدية، وتقبل الانفصال عن هذه العملية والطعن عليها بدعوى تجاوز السلطة للإخلال بمبدأ المشروعية.

فهى إذن قرارات إدارية بالمعنى المتعارف عليه لتلك القرارات، تصدر مستقلة في ذاتها، أى منفردة بطبيعتها عن عناصر ومكونات العملية المركبة، وهى هنا العملية التعاقدية، وتكون قابلة للانفصال عنها.

الفرع الثانى

معيان تمييز القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

يشترط بداءة لكى توصف تلك القرارات بأنها قرارات قابلة للانفصال ويمكن الطعن عليها استقلالاً عن باقى العملية التعاقدية ودون انتظار إتمام أو انتهاء هذه العملية، أن تكون فى ذاتها صالحة لأن تفصل عن العملية المشار إليها، وهى تكون كذلك إذا أحدثت بمفردها آثاراً قانونية مستقلة عن الآثار القانونية لهذه العملية، وأن يكون فصلها غير مؤثر كذلك فى نفاذ واستمرار أو فى كمال مراحل وإجراءات تلك العملية أو فى ما يترتب عليها من آثار.

(١) الدكتور/ جورجى شفيق سارى، القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، المرجع السابق، ص ٤٣.

فإن لم تكن كذلك، أى لم تكن صالحة لأن تحدث بذاتها آثاراً قانونية مستقلة، وإنما تتبع فى ذلك بقية أجزاء أو عناصر العملية، أو أن فصلها يؤثر على إتمام باقى إجراءات أو مراحل العملية كلها، انتفى عنها وصف القرارات الإدارية القابلة للانفصال، وتظل بالتالى قرارات غير قابلة لهذا الانفصال عن العملية التعاقدية، بحيث لا يقبل الطعن فيها استقلالاً عن هذه العملية، إذ تصبح - والحال هكذا - جزءاً أو عنصراً من مكوناتها وأجزائها^(١).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، تتميز فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، عن فكرة الإلغاء أو الإنهاء الجزئى للقرارات الإدارية، والتي يلجأ إليها القاضى الإدارى حينما تكون بعض أجزاء أو آثار تلك القرارات غير مشروعة، فى حين أن بقية الأجزاء أو الآثار الأخرى صالحة لأن تبقى على الهدف أو الأساس من تلك القرارات، وهو ما يعنى أن القاضى الإدارى يقتصر فى حالة تعدد نصوص أو أجزاء القرار الإدارى، على بتر ما اعترى من هذه النصوص أو الآثار بعيب من عيوب مخالفة المشروعية، وأن يحتفظ فى ذات الوقت ببقية النصوص أو الأجزاء الأساسية منها، مادامت لا تتنافى مع المشروعية: أما حيث يكون المتبقى من القرار لا يكفل له بقاءه على الوجه السابق، فإنه لا يكون للقاضى أن يقضى بالإلغاء الجزئى، بل لزاماً عليه أن يقضى بالإلغاء الكلى^(٢).

وإذا كانت القرارات الإدارية القابلة للانفصال تشكل جزءاً أو عنصراً من أجزاء أو عناصر العملية التعاقدية، إلا أن إلغائها ينصب عليها فى

(1) H. CHARLES, "Actes rattachables "et" Actes détachables" en Droit administratif français, contribution à une théorie de l'opération administrative, Paris, L.G.D.J. 1968.

(٢) الدكتور/ وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئى للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٥ وما بعدها.

مجموعها، أى على موضوعها بالكامل سواء أكان مكوناً من جزء واحد أو من أجزاء متعددة، بمعنى أن الإلغاء فى هذه الحالة، وإن كان إلغاء جزئياً، إلا أنه ينصب على جزء من العملية التعاقدية ككل، لا على جزء من القرار المنفصل عن هذه العملية، فى حين أن الإلغاء الجزئى للقرارات الإدارية إنما يقتصر على جزء أو على أثر ثانوى من أجزاء أو آثار هذه القرارات، مع بقاء تلك القرارات قائمة فى أساسها أو ركيزتها وما ترمى إليه من أهداف.

وفى مجال فكرة تحول القرارات، يثور تساؤل عما إذا كانت هذه الفكرة تختلط بفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية؟ أم أنهما فكرتان مختلفتان؟

تشير بداية إلى أن الفكرتين من خلق وابتداع القضاء الإدارى الفرنسى؛ كما أن فكرة تحول القرارات، وإن كانت مستنبطة من نظرية تحول العقود المدنية، فإن فكرة القرارات الإدارية المنفصلة لا وجود لها إلا فى إطار العمليات المركبة ومن بينها العمليات التعاقدية إدارية كانت أم مدنية.

هذا وتكمن فكرة التحول أو جوهر هذه الفكرة فى أن هناك تصرفاً ما باطلاً، إلا أنه يحمل فى طياته عناصر تصرف آخر صحيح، فيتم التحول إلى هذا التصرف الصحيح إذا كانت النية أو الإرادة المفترضة تتجه إليه. فتحول القرار الإدارى إذن يتطلب أولاً أن يكون هناك قرار باطل، وهو يكون كذلك إذا كان فاقداً لعنصر من عناصر المشروعية سواء أكانت خارجية أم خارجية، إلا أن هذا القرار يحمل فى طياته رغم ذلك عناصر قرار آخر صحيح، أو بمعنى أدق يحمل فى طياته من العناصر القانونية والموضوعية، ما يجعله صالحاً لأن يتوافق مع عناصر تصرف جديد يمكن أن يتحول إليه، بشرط أن تكون الإرادة المفترضة متجهة نحو هذا التصرف الصحيح.

بل لقد ذهب فقه القانون العام الراجح إلى أن فكرة التحول لا تقتصر فقط على القرار الباطل، وإنما تصلح أيضاً بخصوص القرار المنعقد إذا

توافر فيه - بطبيعة الحال - الشروط السابقة، وطالما أن القرار الذي سوف يتمخض من عملية التحول يحقق مصلحة كل من الإدارة والمخاطب بهذا القرار^(١). هذا وقد طبقت محكمة القضاء الإداري فكرة التحول في أحد أحكامها في قضية تتلخص وقائعها في أن المدعى قد تمت إعارته من القطاع الخاص إلى الهيئة العربية للتصنيع، حيث أقرت المحكمة بتحول هذا القرار الباطل إلى قرار آخر صحيح وهو التعيين في الهيئة السالفة بمكافأة شاملة وذلك لتوافق القرارين السالفين - الأول الباطل والثاني الصحيح - واتجاه إرادة الإدارة والمدعى الافتراضية إلى ارتضاء القرار الصحيح إذا علما ببطلان القرار الأصلي^(٢).

كما وافقت المحكمة الإدارية العليا على أعمال نظرية تحول القرار الإداري، حينما قررت تحول قرار أمين إحدى الجامعات بمد بعثة المدعية بدون مرتب (وهو قرار باطل) إلى قرار بمد البعثة مع صرف الراتب (قرار صحيح) طوال مدة البعثة كأثر حتمى للمد، وكذلك عن الأيام الفعلية التي قضتها بمقر البعثة بعد حصولها على الدكتوراه^(٣).

وهكذا يقوم القاضى بناء على فكرة التحول بإلغاء قرار ما لانتوائه على عناصر غير مشروعة، إلا أنه يقضى فى ذات الوقت بتحول هذا القرار الباطل إلى قرار آخر صحيح، إذا رأى أنه ينطوى على عناصر قانونية

(١) الدكتور/ رأفت دسوقي محمود حسين، رسالة دكتوراه بعنوان "فكرة التحول فى القرارات الإدارية" عام ٢٠٠٢، جامعة عين شمس؛ الدكتور/ رمزى طه الشاعر، تدرج البطلان فى القرارات الإدارية، ص ٤٤١؛ الدكتور/ عاطف محمد شوقي، القرارات الإدارية القابلة للانقضاء فى قضاء مجلسى الدولة الفرنسى والمصرى، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٣١.

بينما ذهب الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى إلى أن القرار المعدوم لا يمكن أن يتحول إلى قرار سليم مهما طال عليه الزمن، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، عام ١٩٩١، ص ٤٠٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة أول ديسمبر ١٩٦٩، الدعوى رقم ٢٤٨، المنع ٢٠، مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ٢٤ عالية، ص ١٣٣.

(١) الطعن رقم ٦٠٠، السنة ٣٤ق، جلسة ١/٦/١٩٩٦؛ الطعن رقم ٢٧٥، السنة ٣٧ق، جلسة ١٩٩٧/٧/١٢.

وموضوعية تتفق مع محل هذا القرار الأخير، وأن النية أو الإرادة الافتراضية تتجه إليه. فالقاضي لم يعدم إذن آثار القرار الباطل، أو اعتبرها هي والعدم سواء، وإنما حكم بتحول هذا القرار الباطل إلى قرار جديد صحيح؛ وهو ما يختلف جذرياً عن فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، حيث يقوم القاضي في حالة عدم شرعية هذه القرارات بالحكم بإلغائها استقلالاً عن العملية القانونية المركبة وإعدام كافة آثارها، بل واعتبارها هي والعدم سواء.

وأخيراً نشير إلى أن فكرة القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية لا تختلط على الإطلاق بفكرة أو بنظرية الدعوى الموازية والتي سبق لنا بيانها، والتي تقوم على أساس أنه يمتنع على صاحب الشأن أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء، طالما أن هناك طريقاً قضائياً آخر يمكنه أن يلجأ إليه، ويحقق له ذات النتائج، وهو ما يعرف بطريق الدعوى الموازية.

وحيث أن فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال مرتبطة بدعوى الإلغاء، فإن وجود الدعوى الموازية آنذاك كان مانعاً من ظهور فكرة تلك القرارات، إذ كان يجب على صاحب الشأن (الطاعن) أن يلجأ في خصوص العملية التعاقدية كاملة بكل عناصرها وقراراتها ومكوناتها إلى قاضي العقد في إطار ما يعرف بالقضاء الكامل، لذلك ومع تفهقر وغياب نظرية الدعوى الموازية، ظهرت على الفور فكرة أو نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال، بحيث يمكن القول أنه لولا ذهاب أو غياب فكرة أو نظرية الدعوى الموازية ما كان لفكرة أو نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال أن تظهر في عالم القانون أو القضاء.

من هنا فقد أشرنا إلى أن الفكرتين لا يجتمعان ولا علاقة لأى منهما بالأخرى، بل ولا وجود لأيهما مع وجود الأخرى.

المبحث الثالث

صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن فى منازعات العقود الإدارية بعد نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

بعد أن تم إقرار فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية على النحو سالف الذكر، فإن صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن فى تلك القرارات أصبحت تثار ليس فقط فى مرحلة ما بعد إبرام العقد، كما كان عليه الحال قبل نشأة تلك الفكرة، وإنما أيضاً فى مرحلة ما قبل إبرام العقد، أى فى المرحلة السابقة على انعقاد العقد. وبمعنى آخر يمكن القول أنه بعد أن كان ممنوع على المتعاقدين وغير المتعاقدين الطعن فى القرارات الإدارية الممهدة لإبرام العقد الإدارى بالإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة، إذ كان من الواجب على المتعاقدين فقط دون غير المتعاقدين، الانتظار لحين إبرام العقد للطعن فى هذه القرارات من خلال الطعن فى العملية التعاقدية برمتها أمام قاضى العقد فى إطار القضاء الكامل كما بينا من قبل، أصبح الطعن بالإلغاء - بعد نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال - متاحاً فى مرحلة ما قبل إبرام العقد الإدارى.

هذا ويلاحظ أن صفة الطاعن فى هذه المرحلة الأخيرة تثبت لكل ذى مصلحة شخصية ومباشرة وفى أى من القرارات التى تتخذها الإدارة تمهيداً لإبرام العقد، طالما توافرت فيه سمات القرار الذى يقبل الطعن بالإلغاء بأن كان - كما ذكرنا من قبل - نهائياً ومعبراً عن إرادة مفردة بقصد إحداث أثر قانونى معين وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.

ولذا لا نجد فى مرحلة ما قبل إبرام العقد الإدارى أثراً لمصطلح المتعاقدين أو غير المتعاقدين، فنحن لسنا أمام عقد أصلاً، إذ لم ينعقد هذا العقد بعد، وإنما المصطلح الذى يطلق على الطاعنين فى هذه المرحلة هو

مصطلح المتنافسون أو الراغبون في التعاقد، فكل من ينطبق عليه هذا الوصف له الحق في الطعن بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة.

مع ملاحظة أن الإدارة يصعب، بل يستحيل عليها - في هذه المرحلة - أن تبادر بالطعن بالإلغاء على القرارات الصادرة عنها تمهيداً لإبرام العقد، بمعنى أنه يصعب بل يستحيل أن تقف في موقف المدعى أمام قاضي الإلغاء، خاصة أن مصلحتها في الطعن تكاد أن تكون في هذه الحالة منعدمة. وعلى العكس من ذلك، فإنه من الممكن أن تقف - وهذا هو الوضع الطبيعي - موقف المدعى عليها، وأن تدفع بقرينة السلامة في أعمالها الإدارية.

يترتب على ذلك أن الطعون في المرحلة السابقة على التعاقد، أي طعون المتنافسين أو الراغبين في التعاقد، والتي تدور في أغلب المنازعات حول استبعادهم أو حرمانهم من الدخول أو الاستمرار في حلبة المنافسة، هذه الطعون تؤسس أو يجب أن تؤسس على مخالفة مبدأ المشروعية، أي مخالفة القوانين واللوائح المنظمة لعملية التعاقد، وبديهيّاً ألا تؤسس على مخالفة شروط أو بنود العقد، إذ لم ينعقد - كما ذكرنا - هذا العقد بعد.

ولهذا لا نتفق مع أستاذنا المرحوم الدكتور الطماوي حينما ذكر "أن القرارات المنفصلة التي تستهدف العمل على إتمام التعاقد أو الحيلولة دون إتمامه، يكون الطعن فيها لغير المتعاقدين، لأن سبيل التعاقد هو القضاء الكامل أمام قاضي العقد"^(١). إذ نحن لسنا أمام متعاقد أو غير متعاقد، بل لا اختصاص لقاضي العقد في هذه المرحلة طالما أنه لا يوجد أساساً عقد تنسب إليه هذه المعطيات.

أما بعد إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه، فإن مشكلة صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال تظهر أو تطفو على السطح، بل وتبدو ذات أهمية بالغة، وذلك

(١) المرجع السابق، ص ٢١٢.

لحسم المنازعات التي من الممكن أن تثار في خصوص تلك القرارات والتي قد يكون لها أثر على العقد بعد إبرامه.

وهنا نجد أن المستقر عليه قضاءً في فرنسا ومصر أن صفة الطاعن بعد إبرام العقد تثبت للمتعاقدين أمام كل من قاضى الإلغاء وقاضى العقد ولغير المتعاقدين، ولكن فقط أمام قاضى الإلغاء دون قاضى العقد كما سنبين فيما بعد.

ومع ذلك يلاحظ أنه صدر في مصر بتاريخ ٢٢ إبريل ٢٠١٤ قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، ليقتصر الحق في الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية سواء في مرحلة ما قبل إبرام العقد أم في مرحلة تنفيذ العقد فقط على المتعاقدين دون غيرهم. وعلى ذلك نتناول الموضوعات التالية مخصصين لكل موضوع منها مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: طعون المتعاقدين في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ العقد.

الموضوع الثاني: طعون الغير في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ العقد.

الموضوع الثالث: طعون غير المتعاقدين في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ومرحلة تنفيذ هذا العقد.

المطلب الأول

طعون المتعاقدين في القرارات الإدارية القابلة للانفصال

في مرحلة تنفيذ العقد

تنقسم طعون المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد إلى قسمين كما يلي:

القسم الأول: طعون المتعاقدين المستندة إلى نصوص العقد ذاته:

بمعنى أن القرارات المنفصلة المطعون فيها تستند إلى ما ورد في هذا العقد من شروط وبنود تعاقدية، ولذا يقال لها القرارات المتصلة بتنفيذ العقد، كالقرارات الخاصة بإنهاء العقد أو فسخه إذا كانت بمثابة جزاءات عقديّة، أو القرارات برفض تعويض المتعاقد عن الأضرار التي أصابته نتيجة تنفيذ العقد، أو بسبب إجراء اتخذه الإدارة بمناسبة هذا التنفيذ، أو أى من القرارات التي تمس الحقوق المتولدة عن العقد أثناء تنفيذه... الخ.

وهنا نجد أن أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر، قد تواترت على رفض فصل مثل هذه القرارات عن العملية التعاقدية والطعن فيها بالإلغاء استقلالاً، سواء أكان هذا العقد إدارياً أم كان مديناً، بل وأيا كان الإجراء المطعون فيه، إذ يجب على المتعاقد في خصوص تلك القرارات الطعن فيها أمام القاضي الطبيعي لها وهو قاضي العقد في إطار القضاء الكامل.

هذا وقد اختلف الفقه - كما بينا من قبل - في تبرير عدم جواز فصل القرارات أو الإجراءات المتعلقة بتنفيذ العقد والطعن فيها استقلالاً بأسلوب تجاوز السلطة، إذ قيل أن ذلك يرجع إلى وجود الدفع بالطعن الموازي، أو بأن هذه القرارات تعد جزءاً من العقد ويصعب بالتالي فصلها عنه، أو لأن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد تتخذها الإدارة بناء على حقوقها المستمدة من العقد، لا بناء على نصوص قانونية أو لائحة والتي تبرر مخالفتها الطعن بتجاوز السلطة، وأخيراً استناداً إلى المبدأ المستقر في القانون الخاص وهو أنه إذا توافر لشخص الحق في تحريك دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية غير العقدية (التقصيرية) فإن الأولى تجب الثانية وعلى ذلك فلا يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء، مادام باب المسؤولية العقدية مفتوحاً أمامه، بل لقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن واحداً من هذه الآراء كلها لا تكفى بمفرده لتبرير مسلك القضاء المستقر في عدم جواز

فصل إجراءات تنفيذ العقود الإدارية عن العقد ذاته، ومن ثم عدم جواز الطعن فيها استقلالاً بأسلوب تجاوز السلطة، بل إنها مجتمعة تصلح لتبرير ما استقر عليه القضاء في هذا الشأن^(١).

حاصل القول إذن أن الطعن بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة، لا يكون مقبولاً في العقد ذاته أو في مشروعيته أو في صحته أو في شروطه أو في تنفيذه أو في قرار فسخه أو انقضائه، لأن هذه كلها أعمال لا يمكن فصلها عن العقد ذاته، وهي ذات طبيعة تعاقدية، ولا يتوفر فيها الشروط المطلوبة في العمل القانوني الذي يصلح لأن يكون محلاً للطعن بالإلغاء. فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الشركة طالما أنها أعلنت برسو عطاء نقل المراسلات عليها بصفة نهائية، فإنه لا يمكنها - والحال هكذا - تقديم طلباتها بالإعفاء من الالتزامات الناشئة عن عقدها عن طريق الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة^(٢).

وفي مصر فقد قضت محكمة القضاء الإداري بعدم قبول الطعن بالإلغاء في القرار الصادر من الإدارة بزيادة عدد السيارات المقررة في العقد، قائلة: أن "القرار مثار النزاع إنما صدر من المجلس البلدي استناداً إلى نص في قائمة الشروط الخاصة بالالتزام ومن ثم فإن المنازعة في شأنه تدخل في منطقة العقد الإداري، فهي منازعة حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء"^(٣).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا أن القرار الصادر من الإدارة بفسخ عقد وشطب اسم المتعاقد من سجل المتعهدين، ومصادرة التأمين قد صدر استناداً إلى الاشتراطات العامة الخاصة بالمناقصات والتوريدات

(١) الدكتور/ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص ٣٨٨ وما بعدها.
(1) C.E, 19 avril- 1930, société des Autobus de Djurdjura, Rec. P. 311.

(٢) الدعوى رقم ٣٥٧ لسنة ١٧ق، جلسة ١٩٧٧/٣/٢٤، المجموعة، السنة ١١، ص ٣٠٠.

الملحقة بالعقد، ومن ثم فإن المنازعة في شأن هذا القرار تدخل في منطقة العقد الإداري وتكون محلا للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء^(١).

القسم الثاني: طعون المتعاقدين المستندة إلى مبدأ المشروعية: فهذا القسم يتعلق إذن بالقرارات التي وإن كانت الإدارة قد اتخذتها بمناسبة تنفيذ العقد، إلا أنها تستند في خصوصها إلى نصوص القوانين واللوائح الحاكمة لعملية التعاقد، أو إلى هيمنتها كسلطة عامة وتؤثر على هذا التنفيذ، مثل قرارات الضبط الإداري التي تتخذها الإدارة لحماية الأمن أو الصحة أو السكينة أو الآداب العامة.

وهنا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي والمصري، قد استقرا على قبول الطعن في تلك القرارات بطريق الإلغاء أو بطريق تجاوز السلطة؛ فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي طعنا بالإلغاء أقيم من الصندوق الابتدائي للأمن الاجتماعي وآخرين ضد قرار وزير العدل باعتباره سلطة وصاية للإدارة، لإلغاء الاتفاق المبرم بين الطاعن وبين صناديق جراحية أخرى^(٢).

كما تقول محكمة القضاء الإداري في دعوى استخدمت الإدارة فيها سلطات الضبط الإداري لضمان تنفيذ العقد، حيث أصدر وزير الترميم قراراً بالاستيلاء على الأصناف الموجودة لدى الشركة المتعاقدة لمماطلتها في التوريد، تقول المحكمة أن "هذا القرار لا يخرج عن كونه إجراء صدر من الجهة القائمة على شئون الترميم باعتبارها سلطة عامة واستناداً إلى أحكام القانون... فلا يعتبر هذا الاستيلاء استعمالاً من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لحقها المستمد من العقد....." (٣).

(٣) الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق.ع، جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، المجموعة، السنة ٥٩، ص ٣٢٤.
(١) C.E. 15- decembre- 1967, Caisse chirurgicale Mutuelle de la ciroude et autres, A.J.D.A, 1968, 2 éme, 1968, P., 131.
(٢) الدعوى رقم (١) لسنة ١٧ق، جلسة ١٩٦٣/١٢/١٥، المجموعة، السنة ١٨، ص ٤٠٣.

بل لقد قبل مجلس الدولة الفرنسى والمصرى الطعون المقدمة من العمال المرتبطين مع الإدارة بعقد إدارى إذا كان مبنى الطعن النصوص اللائحية التى اشتمل عليها العقد، كذلك المتعلقة بإجراءات العمل والقواعد الخاصة بتنظيمه^(١).

وعلى أية حال يجب أن يتوافر فى الطعن على القرارات سالفه الذكر، أمام قاضى الإلغاء ذات الشروط الشكلية والموضوعية لقبول هذا الطعن ضد أى قرار آخر، سواء من حيث مدة الطعن أو المصلحة الشخصية المباشرة. فالمتعاقد الذى رست عليه المناقصة لا يمكن أن يطلب - كما ذهب الأستاذ جيز - إلغاء قرار الإرساء لأن هذا القرار لم يهدر له حقا، وبالتالي فلا مصلحة له ولا صفة^(٢).

هذا وقد برر جانب من الفقه الفرنسى قبول الطعن بالإلغاء فى الحالات السابقة بأن القرارات التى تتخذها الإدارة المتعاقدة بصفة أخرى خلافاً لصفتها التعاقدية تنفصل عن العقد. وهذه القرارات تأخذ حكم القرارات التى تتخذها جهة إدارية أخرى أجنبية عن العقد، فعلى الرغم من أنها ليست مرتبطة بالعلاقات التعاقدية إلا أنها تؤثر فى تنفيذ العقد ولذلك يجب منطقياً أن يتمكن المتعاقد من الطعن فيها بالإلغاء مثلما يمكن لأى شخص صاحب مصلحة أن يفعل ذلك^(٣).

والتبرير المناسب لذلك أنه عندما تكون تدابير الإدارة صادرة بمقتضى سلطات خارجية تماماً عن العقد مثل السلطات المعترف بها للإدارة بواسطة القوانين واللوائح أو عندما يكون التدبير محل الشأن متعلقاً بإنهاء

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ٤٤ق، بتاريخ ١٩٥٢/١/٢٤، المجموعة، السنة ٦، ص ٣٧٧.

(1) JEZ. G. Les principes généraux de droit administratif, Paris, 1939, P. 117.

(2) De laubadère et Moderne et Delvolvé, Traité des contrats administratif, Paris, 1956, Tome 2. P. 1068.

العقد وصادراً بمقتضى القواعد المطبقة على العقود تحت شكل مرسوم يسرى على طائفة كاملة من العقود فإن هذا المرسوم اللاتحى بسبب مداه العام يكون قابلاً للطعن فيه بالإلغاء من جانب متعاقدى الدولة^(١).

المطلب الثانى

طعون الغير فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مرحلة تنفيذ العقد

يقصد بالغير فى مجال الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، كل من هو ليس طرفاً فى العقد، بشرط أن تكون له مصلحة مشروعة وجادة فى إلغاء أى من تلك القرارات. مع ملاحظة أن هذا الغير هو الذى كان وراء ابتداع مجلس الدولة الفرنسى نظرية القرارات المنفصلة فى مجال العمليات القانونية المركبة بصفة عامة وفى مجال العقود الإدارية بصفة خاصة.

فقد كان الغير بالمعنى السابق، محروماً - حتى ظهور هذه النظرية - من الحق فى الطعن فى أى من القرارات المرتبطة بالعقد الإدارى سواء أمام قاضى العقد أم أمام قاضى الإلغاء، حتى وإن كانت له مصلحة مشروعة فى هذا الطعن، وذلك إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع كما بينا من قبل، الأمر الذى كان يجسد إنكاراً للعدالة بالنسبة لهذا الغير، خاصة أنه لم يكن هناك من سبيل آخر أمامه يستطيع اللجوء إليه للدفاع عن حقوقه التى أدى العقد إلى المساس بها؛ وهو ما دفع مجلس الدولة الفرنسى - كما ذكرنا من قبل - إلى هجر النظرية التكاملية أو نظرية الاندماج فى مجال العقود الإدارية وتبنيه فى المقابل النظرية التحليلية، وابتداعه بالتالى نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال وأجاز بمقتضاها للغير الطعن فى تلك القرارات استقلالاً أمام قاضى الإلغاء، وكانت فاتحة

(٣) المرجع السابق، ص ١٠٦٠.

أحكامه فى هذا الشأن الحكم الصادر فى قضية Martin عام ١٩٠٥ سالفه الذكر.

ومنذ صدور هذا الحكم وحتى الآن، فإن القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر مستقر على قبول الطعن المقدم من غير طرفى العقد - بدعوى الإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة وليس بدعوى القضاء الكامل أمام قاضى العقد- ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والتي صدرت فى مرحلة تنفيذ هذا العقد، أو تلك التى صدرت فى مرحلة إبرام العقد متى تحققت فيها - كما ذكرنا - الشروط المتعلقة بقبول هذا الطعن، وكانت الإدارة قد اتخذت تلك القرارات باعتبارها سلطة عامة أو مستندة فى خصوصها إلى القوانين واللوائح المقررة فى هذا الشأن.

بل لقد قبل مجلس الدولة المصرى الطعن بالإلغاء ضد قرارات فصل المستخدمين لدى الإدارة استناداً إلى أحد النصوص التعاقدية لا إلى نص لائى فى العقد. فقد قضت محكمة القضاء الإدارى "بأن السلطة المخولة للوزير فى فصل المدعى حسب المادة السادسة من عقد الاستخدام رهينة بأن يكون قد وقع منه سوء سلوك شديد فلا يستقيم قرار الفصل إلا على مقتضى هذا النظر، لذلك فإن القرار المطعون فيه يكون قد جانب القانون حقيقاً بالإلغاء"^(١).

هذا وقد أجاز مجلس الدولة الفرنسى للغير دون المتعاقدين، الطعن على القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو فسخه بالإلغاء لتجاوز السلطة^(٢).

Les décisions relatives à l'exécution et à la résiliation d'un contrat sont susceptibles d'être reconnues comme détachables à l'égard des tièrs.

(١) الدعوى رقم ٢٦٥ لسنة ٤٢ق، جلسة ١٢/٢٨/١٩٥٠، المجموعة، السنة (٥)، ص ٣٤٥.
(2) C.E. Sect. 24 avril 1964, Soc. An livraisons industrielle et commerciales, Rec. P. 299, A.J. 1964, P. 293 et P. 308, D. 1964, P. 665, Note C. DEBBASCH.

كما اعترف المجلس كذلك للمنتفعين بخدمات المرافق العامة المدارة بطريق الامتياز أو طبقاً لعقود التزام المرافق العامة la concession des services publics الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد إجراءات التنفيذ الصادرة من الإدارة مانحة الالتزام وتكون مستندة في خصوصها إلى النصوص اللائحية بتلك العقود. فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه في قضية syndicat croix-desequey بتاريخ ١٢/٢١/١٩٠٦ على أنه يجوز للمنتفعين بخدمات المرفق العام الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد استناداً إلى نصوص لائحية، وذلك في حالتين^(١):

١ - القرارات الصادرة عن جهة الإدارة بالمخالفة للشروط اللائحية الواردة في وثيقة التزام أو أى قاعدة قانونية إذا مست حقوقهم.

٢ - القرارات السلبية برفض الإدارة إجبار الملتزم بناء على طلب المنتفعين على عدم مخالفة شروط الالتزام، إذ يمثل امتناع الإدارة عن التدخل في هذه الحالة قراراً إدارياً سلبياً بالرفض يسوغ للمنتفعين الطعن فيه بالإلغاء.

وأخيراً فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي لعمال الملتزم، الطعن ضد القرارات المتصلة بعقود التزام المرافق العامة أمام قاضى الإلغاء بتجاوز السلطة وذلك في حالة ما إذا كانت هذه العقود تتضمن شروطاً تكفل لهؤلاء العمال بعض المزايا المتعلقة بحقوقهم، على أن تكون إقامة هذا الطعن من قبل النقابات الممثلة لهم، لا من قبل العمال أنفسهم فرادى، وإن جاز لهم الطعن أمام قاضى العقد.

مع ملاحظة أن مجلس الدولة المصرى قد توسع في هذا الشأن عن

(1) C.E, 21- decembre- 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier croix de Eeguey Tivole, Rec. P. 59.

نظيره الفرنسي حينما أجاز للعمال أنفسهم - وليس للنقابات فقط - الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر عن الإدارة بالمخالفة للشروط اللائحية المتعلقة بهم والواردة في وثيقة الالتزام^(١).

إضافة إلى أن مجلس الدولة المصري أتاح الطعن بالإلغاء للمتفعين بخدمات المرافق العامة التي تدار بأسلوب الامتياز ضد القرارات المتعلقة بالتنفيذ استقلالاً عن عقد الالتزام إذا خالفت تلك القرارات الشروط اللائحية الواردة في وثيقة الالتزام أو خالفت أى قاعدة قانونية^(٢).

وهكذا فقد توسع مجلس الدولة المصري - كما ذكرنا - فى إتاحة الفرصة أمام الغير للطعن بإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، الأمر الذى أدى إلى إلغاء العديد من العقود الإدارية ذات الأهمية الخاصة فى المجال الاستثمارى مما كان له انعكاس سلبى على الاقتصاد الوطنى، ولذا فقد صدر عام ٢٠١٤ قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ ليمنع الغير من الحق فى الطعن على أى من قرارات أو معطيات العقود الإدارية وهو ما نبينه فى الآتى.

المطلب الثالث

طعون غير المتعاقدين فى مصر فى ضوء القرار بقانون

رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ فى مرحلتى إبرام وتنفيذ العقد

لقد أصبح من الثوابت القضائية فى كل من فرنسا ومصر حق الغير بالمفهوم السابق فى التصدى لأعمال الإدارة، والطعن من ثم فى تعاقدها أو بمعنى أدق فى القرارات التي يترتب عليها تلك التعاقدها، فقد أقر القضاء الإدارى فى هاتين الدولتين لهذا الغير - كما بينا - الحق فى هذا الطعن على

(٢) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١١ق، جلسة ١٩٦٣/٣/٣١، المجموعة، س٣، ص ٤١٠.

(١) الدكتور/ محمد السنارى، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص٦٧.

الرغم من كونه ليس طرفاً في هذه التعاقدات، طالما توافر في حقه شرط المصلحة الشخصية والمباشرة.

بل لقد تخفف القضاء في تطلب هذا الشرط، إذ يستوى في ذلك توافر شرط المصلحة في تاريخ رفع الدعوى أم في تاريخ لاحق، ومهما كانت الدرجة التي يكون عليها المساس بهذه المصلحة طالما قدرت المحكمة كفاية هذه الدرجة، بل لقد استقر القضاء الإداري في مصر على الاكتفاء بالمصلحة المحتملة، وهو ما يتفق مع الطبيعة القانونية لهذه الدعاوى والتي تعد ضماناً هاما وجوهرياً لحماية وإعلاء مبدأ المشروعية الذي يركز عليه بناء الدول المتحضرة.

ومع ذلك ورغم الاستقرار القضائي للمبدأ سالف الذكر، بجواز الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية لغير أطراف هذه العملية، إلا أنه نتيجة صدور العديد من الأحكام القضائية في مصر خلال العشرين سنة الأخيرة في الدعاوى المقامة من الغير في هذا الخصوص، ومن ثم بطلان عقود البيع التي تمخضت عنها والتي أبرمتها جهة الإدارة مع مستثمرين أجانب ووطنيين، تتعلق بتطبيق برنامج الخصخصة أو تخصيص الأراضي الخاضعة لهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، مما كانت له آثار سلبية على مصلحة الاقتصاد الوطني واستقراره، أن تدخل المشرع - كما سنرى - ليضع حداً لمثل هذه الأحكام.

خاصة أن من آثار هذا البطلان - كما نقول المحكمة الإدارية العليا - أن تسترد الدولة جميع أصول ومصانع الشركة وكافة ممتلكاتها المسلمة للمشتري مطهرة من أي رهون أو التزامات يكون قد أجراها المشتري، وإعادة العاملين إلى أوضاعهم السابقة، مع منحهم كامل مستحقاتهم وحقوقهم عن الفترة منذ إبرام العقد وحتى تاريخ تنفيذ هذا الحكم بكامل أجزائه، ويتحمل المشتري وحده كامل الديون والالتزامات التي رتبها خلال فترة نفاذ

العقد. وفي المقابل إجراء المقاصة بين ما أداه المستثمر للدولة من مقابل للصفة وبين ما حصل عليه وما استحق عليه من أموال أو ديون وحصول كل من طرفي التعاقد على حقوقه الناتجة عن المقاصة^(١).

ومن أهم هذه الأحكام تلك التي صدرت ببطلان عقد استغلال منجم السكري^(٢) وبطلان عقد بيع شركة النصر للمراجل البخارية^(٣)، وبطلان عقد مدينتي^(٤).

وقد اتفقت هذه الأحكام على القول: "ومن حيث إنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرطي الصفة والمصلحة، على سند من القول بأن المدعى ليس طرفاً في العقد حتى يطلب الحكم ببطلانه أو وقف تنفيذه؛ فإنه وإن كان المشرع قد اشترط في نص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ونص المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، لقبول أى دعوى أو طلب أو دفع أن يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، بيد أن المشرع لم يعرف المصلحة أو يحدد مضمونها تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء، وبناءً عليه كان على القاضى الإدارى حتماً مقضياً أن يجتهد رأيه ولا يألو فى تحديد مفهوم المصلحة بالنسبة للدعاوى التى تطرح فى ساحته - سواء كانت من دعاوى الإلغاء أو مما اصطلح على تسميته بدعاوى القضاء الكامل - وذلك بتفسير النصوص التى تشترط المصلحة لقبول الدعاوى تفسيراً يتوافق مع طبيعة المنازعات الإدارية والدور الذى يقوم به القضاء الإدارى فى حراسة

(١) أحكام المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقمى ٧٠٣٠، ٨١٧٩ لسنة ٥٨ق، بتاريخ ٢٠١٣/٩/٢٨.

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٥٧٥٧٩ لسنة ٦٥ق، بجملة ٢٠١٢/٧/٣٠.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٤٠٥١٠ لسنة ٦٥ق، بجملة ٢٠١١/٩/٢١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقمى ٣٠٩٥٢، ٣١٣١٤ لسنة ٦٥ق، بجملة ٢٠١٠/٩/٤.

حول وقائع وتفصيل هذه الأحكام وغيرها. انظر مؤلف المستشار/ حمدى يسن عكاشة، الخصخصة الفاسدة ومخطط بيع مصر سنة ٢٠١٤.

الشرعية وسيادة القانون، بغير إفراط ولا تفريط فلا يبسط كل البسط فى مفهوم المصلحة فى المنازعات الإدارية، ولا يتشدد فى تحديد مفهوم المصلحة بما يتأبى وطبيعة المنازعات الإدارية، فيحجب أصحاب الحقوق والمصالح عن أن يترقوا بابه ويلجوا ساحاته دفاعاً عن مصالحهم وحقوقهم، وإنما كان عليه أن يتخذ بين ذلك سبيلاً، وذلك حسب الظروف والملابسات التى تظهر له فى الدعوى".

"ومن حيث إنه هدياً بما تقدم وفى خصوص النظر فى مدى توفر شرطى الصفة والمصلحة للمدعى بالدعوى الماثلة، فإنه لما كانت النصوص والأحكام الدستورية قد تواترت على أن الملكية العامة هى ملكية الشعب وتمثل فى ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة، وأن للملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون، وهو ما من مفاده أن الملكية العامة تتمثل فى الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ومنها الهيئات العامة، وأن هذه الأموال ملك للشعب بكل أفراد ملكية شيوع، الأمر الذى يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقاً فى هذه الأموال، وله - بل عليه - أن يهب للدفاع عنه وفق ما يقرره القانون، أى باتباع الإجراءات والرخص والوسائل التى قررها القانون لكفالة هذه الحماية، ومنها اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائى يكون بمثابة السند التنفيذي الذى تتحقق به الحماية المنشودة، خاصة أن قبول الدعاوى إنما يكون بملاك يد القضاء الإدارى الذى يستطيع أن يميز الخبيث من الطيب والغث من الثمين من تلك الدعاوى التى تطرح فى ساحته، كما أنه ليس هناك ما يحول بينه وبين تقديره الدائم لتحقيق رقابة المشروعية أو الملاءمة فيما يثار دوماً أمامه من نزاعات، فليس هناك ثمة رأى يمكن أن تحيطه القدسية أو يصيبه الجمود أو يحجب عنه جديد الفكر".

وحيث أن كافة الأحكام سالفه الذكر قد انتهت ليس فقط إلى قبول

الدعاوى بانعدام قرارات وإجراءات بيع الشركات والأراضي والأسهم محل تلك الدعاوى كما بينا من قبل، وإنما أيضا ببطلان العقود التي تمخضت عن هذه القرارات والإجراءات، وهو ما ينسحب بحكم اللزوم على كامل الالتزامات التي ترتبت على تلك العقود.

وقد كان من نتيجة ذلك أن تدخل المشرع لمعالجة هذا الوضع، بأن أصدر بتاريخ ٢٢/٤/٢٠١٤ القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، بتقييد حق التقاضي - فيما يتعلق بالتعاقدات الإدارية - وقصره على طرفي هذه التعاقدات دون غيرهم، فقد نص في^(١):

المادة الأولى: مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات، من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة.

المادة الثانية: مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات

(١) صدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ من السيد رئيس الجمهورية المؤقت في ٢٢ أبريل سنة ٢٠١٤، في ظل العمل بالدستور الحالي الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٤، ونشر بالعدد رقم ١٦ مكرر (ح) من الجريدة الرسمية في التاريخ ذاته (٢٢ أبريل سنة ٢٠١٤)، وقد نصت المادة الثالثة منه على أن "ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره"، مع العلم أن مجمل مواده ثلاثة فقط.

المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون ما يلي:

"يُمر الاقتصاد القومي بمرحلة حرجة، ويحتاج إلى استرداد ثقة المستثمرين والممولين في مدى الاستقرار والأمان المتوافر للمعاملات التي يقومون بها لدى قيامهم بالاستثمار في السوق المصرية، لاسيما وقد تعرضت بعض العقود التي أبرمتها الدولة للإبطال، وما ترتب على ذلك من إنهاء لعقود مرت فترات زمنية كبيرة من تاريخ إبرامها وتولد عنها روابط عقدية وتصرفات قانونية مركبة ومتشابكة وتعلقت بها حقوق للغير حسنى النية. ورغبة من الدولة في استعادة الثقة في تعاقداتها، وإرسال رسائل طمأنة للمستثمرين والممولين وغيرهم من الراغبين في التعاقد مع الدولة باستقرار معاملاتهم وحمايتهم كحسنى النية في تعاقداتهم مع الدولة واحترامها لكلمتها وتصرفاتها في إطار من المشروعية وسيادة القانون، فقد رؤي وضع تنظيم إجرائي جديد يعالج بعض الآثار التي ترتبت على العقود السابق إبرامها ويحكم في ذات الوقت التعاقدات الجديدة فيحدد كيفية الطعن على العقود التي تبرمها الدولة وينظمه دون مصادرة أو منع للحق في التقاضي، ويحفظ في ذات الوقت للتعاقد استقراره.

وما يهمننا في نطاق هذه الدراسة أنه طبقاً لنص المادتين سالفتي

الذكر:

١. أن الطعن بإلغاء القرارات والإجراءات التي أبرمت على أساسها العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات والمؤسسات العامة والشركات التي تملكها الدولة أو تساهم

فيها من أطراف التعاقد دون غيرهم. وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه يحظر الطعن بإلغاء القرارات والإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً إليها من غير أطراف التعاقد.

٢. استثناء مما سبق يجوز لغير أطراف تلك العقود الطعن عليها في حالة صدور حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم الأموال العامة المبينة بالمادة الأولى سالفه الذكر.

٣. أن الدفع بعدم قبول الدعوى أو الطعن المقام من غير أطراف التعاقد، يعد دفعاً متعلقاً بالنظام العام بما مؤداه أن على كافة المحاكم أن تقضى به من تلقاء نفسها.

ومن جانبنا نرى أن القرار بقانون المشار إليه مشوب بشبهة عدم الدستورية للأسباب الآتية:

١ - مخالفته حق التقاضي المقرر بمقتضى المادة رقم (٩٧) من دستور عام ٢٠١٤ والتي تنص على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة... ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء...":
وإذ يقيد نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ من حق التقاضي في مجال العقود الإدارية وذلك بقصره فقط على أطراف العقد دون غيرهم حتى وإن كانت لهم مصلحة في الطعن، إنما يجسد مخالفة صارخة لهذا الحق، خاصة أن القضاء الإدارى في كل من فرنسا ومصر يتخفف - كما ذكرنا - في تطلب شرط المصلحة فيما يتعلق بمنازعات القرارات أو الإجراءات التمهيدية لإبرام العقود الإدارية، لتكون ضماناً لمبدأ المشروعية الذى يرتكز عليه بناء الدولة المتحضرة؛ مقررأ أن هذا الشرط يتوافر في رافع الدعوى سواء أكان المساس بمصلحته في تاريخ رفع الدعوى أو في تاريخ لاحق، ومهما كانت الدرجة التي يكون عليها هذا المساس، طالما قدرت المحكمة كفاية هذه الدرجة.

ومن ناحية أخرى فإن هذا النص يقيد من حق التقاضى بتحسين القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، مثل قرارات الإدارة بوضع شروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، وهى بغير منازع قرارات إدارية، وإن كانت منفصلة عن العقد، حيث تتمتع بخصائص القرار الإدارى ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادة الإدارة الملزمة بناء على سلطاتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانونى تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون؛ ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ممن لهم مصلحة فى ذلك كما بينا.

ولذا فإن قصر الحق فى هذا الطعن على أطراف العقد مع حرمان غيرهم من مباشرة هذا الحق، إنما يعنى تحصين مثل هذه القرارات فى مواجهة هؤلاء الآخر وهو ما يخالف الدستور فى مادته رقم (٩٧) سالفه الذكر مخالفة صارخة.

٢ - مخالفة القرار بقانون سالف الذكر لما ورد بالمادة ٢٧ من دستور ٢٠١٤ من ضرورة أن يلتزم النظام الاقتصادى بمعايير الشفافية والحوكمة... وكفالة التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة بما يحفظ حقوق العاملين ويحمى المستهلك: وإذ يقصر التشريع المشار إليه حق التقاضى فى منازعات العقود الإدارية على أطرافها فقط دون أن يراعى أن هناك أطرافاً أخرى لها مصالح قد تمسها هذه المنازعات وهى ليست طرفاً فى التعاقد وبالتالي لا يمكنها الدفاع عن هذه المصالح بتمكينها من الطعن على هذا التعاقد، وهو ما يصيب هذا التشريع بعوار شبيهة عدم الدستورية.

فإذا أضفنا إلى ذلك أن التعاقدات الإدارية ترد فى الغالب على الموارد الطبيعية أو الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة والتى هى - طبقاً لنص المادة (٣٥) من دستور ٢٠١٤، ملك للشعب بكل أفراد ملكية شيوخ،

الأمر الذى يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقاً فى هذه الأموال، كما أصبح واجب عليه - كذلك - حمايتها ودعمها والزود عنها ضد كل من يحاول العبث بها أو انتهاك حرمتها، وذلك من خلال المطالبة بالتحقق من مشروعية الإجراءات أو القرارات التى اتخذت فى خصوص التعاقدات التى أجريت بشأنها. ومن ثم يتوافر لغير أطراف هذه التعاقدات - كمواطنين بالمعنى السابق - الصفة والمصلحة فى مثل هذه المطالبة. فإذا قوض القرار بقانون سالف الذكر حق الغير فى هذا الشأن فإنه يكون بذلك معيباً يعيب شبهة عدم الدستورية.

٣ - مخالفة القرار بقانون المشار إليه لمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص: وذلك حينما حظر فى المادة الأولى حق الطعن فى منازعات العقود الإدارية بما فى ذلك الطعن فى القرارات والإجراءات السابقة على إبرام تلك العقود على غير أطرافها فى مخالفة صريحة للمبدأين سالفى الذكر. إذ طبقاً لنص المادة (٥٣) من الدستور المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون فى الحقوق والحريات والواجبات العامة... وبالتالي فإنه وبمقتضى القيد الذى أوجده حكم المادة الأولى من القرار بقانون سالف الذكر، بأن جعل الطعن على القرارات الإدارية المنفصلة مقصوراً فقط على طرفى العقد بما يجعلها فى مركز قانونى متميز بالنسبة لغيرهما، رغم أنهم جميعاً فى مراكز قانونية متساوية، خاصة أن جميع المتناقصين والمتنافسين منذ إعلان الجهة الإدارية رغبتها فى التعاقد متساوون أمام القانون، وهو ما يعيب القرار بقانون المشار إليه يعيب شبهة عدم الدستورية.

هذا وقد تم بالفعل إقامة عدة دعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا، طعنا على دستورية المادتين الأولى والثانية من القرار السابق بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ ومن بينها الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٦ دستورية، والمقام بموجب تصريح من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٥٢١٣٧ لسنة

٦٦ق بعد أن قررت جدية الدفع بعدم الدستورية.

وكان العاملون بشركة النوبارية لإنتاج البذور (نوبا سيد)، واللجنة النقابية المستقلة للعاملين بالشركة المذكورة، قد أقاموا بتاريخ ٢٠١٢/٧/١٩ الدعوى سالفة الذكر أمام الدائرة السابعة بمحكمة القضاء الإدارى طلباً للحكم، بصفة مستعجلة، وقف تنفيذ القرار الصادر من اللجنة الوزارية للخصخصة فى ١٩٩٩/٢/٧، وقرار الجمعية العامة غير العادية للشركة القابضة للتنمية الزراعية الصادر فى ١٩٩٩/٢/٢٧، فيما تضمناه من بيع ١٠٠% من أسهم شركة النوبارية لإنتاج البذور (نوباسيد)، وفى الموضوع بإلغاء تلك القرارات بما يترتب على ذلك من آثار أخصها بطلان عقد بيع الأسهم المؤرخ فى ١٩٩٩/٣/١٤، والمبرم بين كل من الشركة القابضة للتنمية الزراعية والشركة المصرية السعودية للاستثمار الصناعى والعقارى (٥٠%) وشركة التجارة والتسويق السعودية الدولية المحدودة (٥٠%).

وقد ارتأى المدعون أن هذا العقد خالف قرار اللجنة الوزارية للخصخصة، كما خالف قرار الجمعية العامة غير العادية للشركة القابضة للتنمية الزراعية، إذ أضاف شركة أجنبية لم تكن ضمن المتقدمين للشراء ولم تسدد التأمين، كما أنها لم تكن متخصصة فى ذات نشاط الشركة المباعية، وبلغت حصتها فى العقد ٥٠% من الأسهم، وهذه مخالفة قانونية إذ يجب أن تقل حصتها عن ٥٠% وأن تكون حصة المصريين ٥١% على الأقل.

وأثناء نظر هذه الدعوى أمام محكمة القضاء الإدارى صدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ المشار إليه، بتقييد الحق فى التقاضى فى قرارات وإجراءات التعاقدات الإدارية وقصره - كما ذكرنا - على أطراف العقد دون غيرهم، فدفع المدعون - وهم من غير أطراف التعاقد - بعدم دستورية هذا القرار بقانون.

وبعد أن رأت المحكمة جدية الدفع صرحت لهم بإقامة الدعوى

الدستورية المشار إليها أنفا.

هذا وقد انتهى تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا إلى التوصية

بما يلي:

أصليا: بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤

بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة.

واحتياطيا:

أولا: بعدم دستورية نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون

رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، فيما

تضمنه من قصر الحق في الطعن ببطان العقود التي يكون أحد أطرافها

الشركات التي تمتلكها الدولة، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي

أبرمت هذه العقود استناداً لها، على أطراف التعاقد دون غيرهم.

ثانياً: بسقوط المادة الثانية من القرار بقانون المشار إليه في مجال تطبيق

حكمها على منازعات المادة الأولى وفي نطاق الدعوى السالف تحديده.

وقد استندت هيئة المفوضين في ذلك إلى أن المادة الأولى من القرار

بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود

الدولة، إذ قضت بقصر الحق في الطعن ببطان العقود التي يكون أحد

أطرافها الشركات التي تمتلكها الدولة، أو الطعن بإلغاء القرارات أو

الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، على أطراف التعاقد دون

غيرهم، تكون قد حصنت هذه العقود وتلك القرارات والإجراءات من رقابة

جهتي القضاء العادي والإداري، كل بحسب الاختصاص المقرر له دستورياً،

وانطوت - بالضرورة - على مصادرة لحق التقاضي^(١)، وتقويض

(١) ففما يتعلق بمصادرة حق التقاضي بالمخالفة لنص المادة (٩٧) من الدستور تقول هيئة المفوضين أن القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، إذ نص في المادة الأولى منه على أن يكون الطعن ببطان العقود التي يكون أحد أطرافها الشركات التي تمتلكها الدولة، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، من أطراف التعاقد دون غيرهم، متوخياً بذلك الحؤول بين كل مضرور

للاختصاص الدستوري المقرر لجهتي القضاء العادي والإداري^(١)، وتقويض مبدأي المواطنة وسيادة الشعب، والتدخل في شؤون العدالة والقضايا^(٢)،

ذى مصلحة حقيقية من غير أطراف التعاقد في النفاذ إلى الجهة القضائية المختصة للحصول على الترضية التي يطلبها لرد العدوان على الحقوق التي يدعيها، محصناً بذلك تلك العقود والقرارات والإجراءات من الطعن عليها، فإنه يكون منطوياً بذلك على مصادرة لحق كل مضرور ذي مصلحة حقيقية من غير أطراف التعاقد في الطعن عليها، إذ فرض نص المادة الأولى المطعون فيه حظراً قاطعاً على استعمال كل ذي مصلحة حقيقية، من غير أطراف التعاقد، لحقه الدستوري في ولوج طريق التقاضي، مسقطاً بذلك عنه هذا الحق الذي كفله له الدستور في طرح النزاع على جهة القضاء المختصة، مؤدياً به مصادراً إياه، ماساً، بحكم اللزوم، بأصل هذا الحق وجوهره، معطلاً له تعطيلاً كلياً، بالمخالفة لحكم المادة (٩٧) من الدستور الحالي، التي وصفت الحق في التقاضي - كسابقتها - بالحق المصون.

(١) وبخصوص هذا المبرر بعدم دستورية نص المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه تقول هيئة المفوضين، ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها تنتزع ولا تدخل تحت حصر، ومنها العقود المدنية والإدارية، كما تنوعت العقود الإدارية ذاتها. وازدادت مجالاتها لتشمل - إلى جانب عقود المقاولات والتوريد والالتزام- عقوداً جديدة لم تكن معروفة من قبل كالعقود المالية المتعلقة بالإقراض والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية والإنتاج الفكري، والعقود الاقتصادية التي تهدف إلى تنسيق العمل في مجال الاقتصاد، وعقود متعلقة بالمؤسسات التعليمية، وعقود التأمين... إلى غير ذلك، ومنها ما يندرج في طائفة العقود الاستثمارية أو المبرمة في فلك قوانين الاستثمار، ومنها ما لا علاقة له بالاستثمار، وينطوي الحظر المنصوص عليه في المادة الأولى فيما تضمنه من قصر الحق في الطعن على عقود الدولة وأجهزتها وشركاتها والقرارات والإجراءات التي أبرمت على أساسها، على أطراف التعاقد، ينطوي على استنزاف مباشر للاختصاص جهتي القضاء العادي والإداري بنظر منازعات هذه العقود التي كانت تختص بها أصالة، كما أن كافة المنازعات التي أسقط المشرع حق أصحاب المصلحة الحقيقية في الطعن عليها ستصبح - عملاً - بلا قاض يفصل فيها بعد أن غلت يدهم عن الإدعاء قضائياً بشأنها أمام جهتي القضاء المختصين، لاسيما وأن حظر الطعن قد جاء من السعة والشمول **Over inclusive** بما يستوعب على سبيل الشمول والاستغراق كافة عقود الإدارة، وأيا كانت الجهة التي أبرمتها سواء الدولة أو أجهزتها المختلفة أو شركاتها، وأيا كانت طبيعة العقد أو نوعه، وهو ما ينحل في النهاية إلى إعفاء كامل للدولة وأجهزتها وشركاتها من الخضوع للقانون بالمخالفة لنصوص المواد (١، ٩٤، ١٨٨، ١٩٠) من الدستور.

(٢) وعن تقويض مبدأي المواطنة وسيادة الشعب، فقد ذهب تقرير هيئة المفوضين إلى أن قصر نص المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه الحق في الطعن على عقود الدولة وأجهزتها وشركاتها والقرارات والإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً إليها، على أطراف التعاقد دون غيرهم، مستبعداً بذلك غير أطراف التعاقد من المواطنين المضطربين ذوي المصلحة الحقيقية من الطعن عليها، فإنه يكون بذلك قد أهدر صفة المواطنة كأساس أصيل للنظام الجمهوري الديمقراطي، يرتب حقوقاً والتزامات على عاتق كل مواطن، خاصة أن الرقابة على مشروعية القرارات والإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً إليها، تعد مسئولية كل مواطن ينهض بها بحققها دون إفراط أو تفريط، وما ذلك إلا من مقتضيات هذا الاحتفاء الدستوري بصفة المواطنة، والأقرب والأكثر اتفاقاً مع نص وروح الدستور الحالي. وما سلكه القرار بقانون المطعون فيه في مادته الأولى هو استبعاد كلى لأي مواطن من دائرة الحق في الطعن لا لشيء. إلا لكونه مواطناً، وبغض النظر عن مدى توفر قدر معتبر من الضرر أو الأذى الذي لحق به بالإضافة إلى كونه مواطناً، فصارت صفة المواطنة مجردة مناطاً

والإخلال بالالتزام بمكافحة الفساد^(١)، وذلك بالمخالفة لأحكام المواد (١، ٤، ٥، ٢٧، ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٥٣، ٩٤، ٩٧، ١٨٤، ١٨٦، ١٩٠) من الدستور.

لاستبعاده من الحق في الطعن ولو كان قد أصيب بضرر أو أذى من العقد أو القرار الذي أبرم بناء عليه، وهو ما يعيب القرار المطعون فيه يعيب شبيهة عدم الدستورية.

(١) وبخصوص الالتزام بمكافحة الفساد تقول هيئة المفوضين: لقد كان الدستور الحالي لعام ٢٠١٤ أكثر تقدماً واستشعاراً لخطورة الفساد وأثاره المدمرة على الدولة والمجتمع، إذ أكدت ديباجته على أن هذا الدستور هو دستور "تخلق به الباب أمام أى فساد أو استبداد، ونعالج فيه جراح الماضى من زمن الفلاح الفصيح القديم، وحتى ضحايا الإهمال وشهداء الثورة فى زماننا، ونرفع الظلم عن شعبنا الذى عانى طويلاً". كما نصت المادة (٢١٨) من الدستور ذاته، على أن: "تلتزم الدولة بمكافحة الفساد، ويحدد القانون الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بذلك. ولما كان نص المادة الأولى المطعون فيه قد قصر الحق في الطعن بالبطلان على عقود الدولة وأجهزتها وشركاتها أو إلغاء القرارات أو الإجراءات التى أبرمت هذه العقود استناداً لها، على أطراف العقد دون غيرهم، فإنه يكون قد أنشأ بذلك حالة واضحة من حالات تعارض المصالح، مكرساً بذلك صورة من صور الفساد المعروفة وقوامها أن يكون صاحب الصفة والمصلحة فى الطعن على العقد أو القرار أو الإجراء هو صاحب المصلحة فى عدم الطعن فى الآن ذاته، إذ تتعارض مصلحة من أبرموا العقود نيابة عن الدولة أو أجهزتها وشركاتها أو اتخذوا القرارات أو الإجراءات المطعون عليها فى عدم كشف تقصيرهم أو مخالفتهم من جهة، والمصلحة العامة فى كشف أوجه القصور أو العوار الذى أصاب العقد أو الغبن الذى لحق الدولة وأجهزتها وشركاتها، من إبرامه من جهة أخرى، ذلك أن الدولة وأجهزتها وشركاتها بحسبانها كيانات اعتبارية، لا تطعن على مثل هذه العقود أو القرارات من تلقاء نفسها، وإنما من خلال ممثليها أصحاب الصفة فى ذلك وفقاً للقانون الذين يمثلونها أمام القضاء وفى علاقاتها مع الغير، وهؤلاء الذين يمثلون الدولة وأجهزتها وشركاتها من وزراء ورؤساء مصالح وهيئات ومؤسسات وغيرها، هم - بحسب الأصل - الذين باشرُوا إجراءات التعاقد نيابة عن الدولة وأجهزتها وشركاتها أو اتخذوا القرارات ابتداءً، فيجتمع لهم مبدأ التعاقد أو اتخاذ القرار المؤهل للتعاقد من جهة والطعن عليه من جهة أخرى، وهو منبج يخل بمعايير الشفافية والحوكمة المنصوص عليها فى المادة (٢٧) من الدستور ويخل باعتباريات الرقابة على حماية المال العام ومستلزمات هذه الحماية، إذ مما لا شك فيه أن أطراف العقد - فى الأغلب الأعم من الأحوال - لن يبادروا إلى الطعن على العقود التى أبرمها نيابة عن الدولة أو أجهزتها أو شركاتها أو القرارات التى أبرمت استناداً إليها هذه العقود أو تحريك أى دعوى قضائية للنيل منها، فالنفس بطبيعتها جبلت على عدم تخطئة تصرفاتها، وأطراف العقد، وهم أصحاب الصفة فى الطعن وفقاً لنص المادة الأولى المطعون فيه، يتأثر قرارهم بالطعن من عدمه، بالضرورة، بمصلحتهم الشخصية المباشرة فى عدم النيل من العقود التى أبرمها نيابة عن الدولة وأجهزتها وشركاتها أو القرارات والإجراءات التى اتخذوها، لاسيما إذا كانوا متورطين فى إبرام عقود للدولة أو أجهزتها وشركاتها أو اتخاذ قرارات بشأنها بالمخالفة لأحكام القانون. وفضلاً عن ذلك، فإن الصلاحيات المخولة للأطراف الممثلة للدولة أو أحد أجهزتها أو شركاتها فى التعاقد، ليست مقررّة لهم بحسبانها امتيازاً شخصياً يمارسونه حسب تقديرهم إن شاءوا، بل الأصل فى هذه الصلاحيات أن يباشرها من ينهض بعينها ويحمل مسئوليتها، والحالة الماثلة يتعذر فيها على من يتولى هذه الصلاحيات مباشرتها أو القيام بموجبها، الأمر الذى يكون معه مسلك المشرع على النحو الذى أخذ به قد خالف مقتضى الالتزام الدستوري الواقع على الدولة بمكافحة الفساد، والمنصوص عليه فى المادة (٢١٨) من الدستور، كما خالف معايير الشفافية والحوكمة المنصوص عليها فى المادة (٢٧) من الدستور ذاته.

الأمر الذي يتضح معه أن الأسباب والأسانيد التي قالت بها هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا للتدليل على شبهة عدم دستورية نص المادتين الأولى والثانية^(١) من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، تتفق في

(١) وفي مجال التدليل على عدم دستورية المادة الثانية والتي نصت على أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون وذلك خروجاً على مبدأ سريان أحكام القوانين على ما يقع من تاريخ العمل بها، فقد جاء بتقرير هيئة مفوضي الدولة للمحكمة الإدارية العليا الذي أوصى بإحالة القانون للمحكمة الدستورية العليا إلى أن: "ومن حيث أن من المبادئ المقررة في التشريع الحديث أن القانون لا تجرى أحكامه إلا على ما يقع من تاريخ نفاذه ولا تجرى على ما يكون قد وقع قبله ويعرف هذا المبدأ في الفقه بمبدأ عدم سريان القانون على الماضي أو عدم رجعية القوانين فالأصل في كل قانون أنه لا يسرى على الماضي، وإن كان هذا هو الأصل فإنه يجوز أن يسرى القانون بأثر رجعي شريطة ألا يؤدي ذلك إلى المساس بحق أو حقوق مكتسبة فالقاعدة العامة أن النصوص التشريعية التي تفيد قاعدة عدم سريان القوانين على الماضي لم تفرق بين القوانين وإن كان سريانها على الماضي جائز فإنه مشروط بعدم مساسه بحق مكتسب فإذا كان سريانها على الماضي ماس بحق مكتسب فهي لا تسرى إلا على المستقبل، فإذا صدر قانون يلغى طريق من طرق الطعن كان مقرراً في القانون القديم فهو يسرى على الدعاوى القائمة التي لم يفصل فيها لأن بحق المدعى في الطعن في الحكم إنما ينشأ بصدور الحكم، وطالما أن الحكم لم يصدر فلا حق لأحد في الطعن فيه لسريان قانون على هذه الدعاوى ليس فيه مساس بحق مكتسب ولكن القانون الجديد لا يسرى على الأحكام التي سرت قبل نفاذه وإن لم يكن الطعن قد وقع لأن في سريانه عليها مساس بحق مكتسب يعتبر الحكم مسلماً للمحكوم عليه حق الطعن فيه وتطبيق القاعدة المتقدمة مشروط بصدور الحكم قبل العمل بالقانون الجديد ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت في ظل القانون القديم إذا لم يصدر الحكم إلا بعد العمل بالقانون الجديد.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على تأكيد هذا المعنى بقوله الأصل في القواعد القانونية الإجرائية التي يسنها المشرع محدداً بها وسائل اقتضاء الحقوق المتنازع عليها أنها تتصل في عمومها بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغيير دون أن يرمى عمل المشرع بشأنها برجعية الأثر ومن ثم كان سريانها بأثر مباشر في المسائل التي تناولتها وهذه هي القاعدة التي رددتها المادة الأولى من قانون المرافعات بنصها على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من إجراءاتها قبل العمل به لا استثناء من هذه القاعدة إلا في أحوال حدتها هذه المادة حصراً هو تلك التي يكون فيها القانون الجديد معدلاً لميعاد كان قد بدأ قبل العمل به أو كان ملغياً أو منشئاً لطريق الطعن في شأن حكم صدر قبل نفاذه أو كان معدلاً لاختصاص قائم وبدأ العمل به بعد استواء الخصومة للفصل في موضوعها. ومستقر أيضاً قضاء محكمة النقض على الالتزام بهذا المعنى بقوله أن القاعدة العامة في سريان القوانين التجارية هو سريانها بأثر فوري من حيث الزمان ما لم يستمر على خلاف ذلك سواء وجدت تلك القواعد في قانون المرافعات أو في قانون إجرائي آخر أو في قانون موضوعي، فالقاعدة الإجرائية تسرى بأثر فوري ولا يمتد نصاً إلا بأثر فوري على الدعاوى التي ترفع في ظلها ولو نشئت هذه الدعاوى من قانون تعليق على الدعاوى القائمة على عدم دستوريته، لا تمتد بأثر رجعي إلى الإجراءات التي تمت قبل العمل بهذا القانون هذه الإجراءات خاضعة للقانون الذي تمت في ظلّه وفي بيان المقصود بالدعاوى التي فصل فيها وراجع في ذلك نص المادة الأولى من قانون المرافعات الدكتور/ محمد حامد فهمي أستاذ لجنة

واقع الأمر وصحيح الدستور والقانون على ما بينا، وإن كان أمر الفصل أو الحسم في هذا الشأن يبقى في نهاية المطاف للمحكمة الدستورية العليا والتي لم تدل بدلوها في هذا الخصوص حتى الانتهاء من هذه الدراسة.

هذا ونشير من جانبنا أنه وبصرف النظر عن دستورية أو عدم دستورية القرار بقانون سالف الذكر، فلنا أن نتساءل عن السبب الذي حدى بالقضاء الإداري أن يصدر أحكام إلغاء إجراءات إبرام العقود الإدارية وبالتالي بطلان هذه العقود في المجالات الاستثمارية والاقتصادية بالدولة؟ ألم يكن هذا السبب هو تفشي ظاهرة الفساد في تلك الإجراءات، وما

أدت إليه من ضياع للمال العام الذي هو ملك للشعب؟

ألم يكن السبب يكمن في المخالفات الصارخة للقوانين واللوائح من ضعف النفوس لتحقيق مآرب ومصالح شخصية في مجال إبرام تلك العقود؟ أم أن القضاء تطوع من عندياته ودون سند أو سبب قانوني أو واقعي، وقضى بعدم مشروعية إجراءات إبرام العقود محل الدعاوى سالفة الذكر، وبالتالي بطلان العقود التي تمخضت عنها؟

أما كان من الأولى والأجدر بالمشروع أن يهتم بتفعيل الدور الرقابي للأجهزة المعنية بتلك العقود في المرحلة السابقة على إبرامها؟!

أما كان من الأولى والأجدر بالمشروع تغليظ العقوبات على كل من تسول له نفسه إفساد عمليات إبرام عقود الدولة لتحقيق مصالح واعتبارات

المرافعات بمجلس الشيوخ عند مناقشة مشروع تقنين القانون أن المقصود بها يكون قد فصل في الدعاوى ولو لم يحكم فيها نهائياً وقد وافقت اللجنة على هذه الملاحظة في ١٧/٤/١٩٤٧. ومن حيث أنه وبالإحالة إلى ما تقدم ولما كان الثابت أن القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ هو في حقيقته قانون إجرائي بتنظيم طرق الطعن على عقود الدولة وبالتالي فإنه وفقاً للقواعد العامة للقانون فإن حكمه ينسحب بحكم طبيعته على الوقائع والمراكز التي تكون قد تكونت بعد العمل به وسريان مفعوله، ولا يطبق على الدعاوى التي أقيمت قبل العمل به وفصل فيها بأحكام نهائية والتي جاءت ضمن عبارات المادة الثانية منها بلفظ الطعون، وبالتالي فإن انسحاب حكم هذا القانون على ما فصل فيه من دعاوى يخالف القواعد الدستورية المستقر عليها وهو ما يوصمه بشبهة عدم الدستورية إعمالاً لحكم المادة ١٠٠ من الدستور.

شخصية أو غير شخصية؟!

خاصة أن القاعدة المنطقية تقضى أن البدايات الصحيحة تقود إلى نتائج سليمة وإيجابية، ومن هنا كان من الأولى والأجدر أن نتجنب وقوع مرحلة الإبرام فى حومة الفساد والمفسدين، لنصل إلى التنفيذ السليم للعقد المبرم، بما يعود بالنفع والخير على الاقتصاد الوطنى وكذلك على برامج الدولة فى التنمية والتطوير من أجل مصلحة المواطنين أو بمعنى أعم من أجل المصلحة العامة؟!

وأخيراً وليس بآخر إذا كانت الدوافع والبواعث النبيلة التى حملت الحكومة، ومن بعدها السيد رئيس الجمهورية المؤقت - بصفته القائم بوظيفة التشريع آنذاك - على إصدار القرار بقانون المشار إليه، تتجسد فى تحفيز المستثمرين نحو مزيد من الاستثمار فى مصر، فى ظروف اقتصادية بالغة الصعوبة، أعقبت ثورتين بالبلاد، إلا أن هذه الدوافع أو البواعث لا تغنى فى واقع الأمر عن حتمية التوسل إليها بوسائل مشروعة دستورياً، وهو ما افتقده التنظيم الذى أخذ به المشرع فى نص المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ المطعون فيه.

الفصل الثانى

أوجه الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإدارى

ذكرنا أن أوجه الطعن فى الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مرحلتى إبرام وتنفيذ العقد الإدارى ، إنما ترجع لأسباب قانونية ، أو بمعنى أدق ، ترجع لمدى مشروعية هذه الإجراءات أو تلك القرارات ، سواء أكانت مشروعية خارجية أم داخلية ، وذكرنا كذلك أن تحقيق أى من هذه الأوجه إنما يرتب ليس فقط بطلان الإجراءات أو القرارات المطعون فيها ، وإنما أيضاً بطلان العقد الذى يستند إليها ، وذلك فى حالة ما إذا تمسك به أحد المتعاقدين أمام قاضى العقد ، الأمر الذى يعنى أن أسباب عدم مشروعية الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال هى ذاتها أسباب بطلان العقد الإدارى الذى تمخض عنها ، فركن الرضا مثلاً والذى يمثل جوهر الرابطة التعاقدية - إذ بدون التراضى والتلاقى بين إرادتى طرفى العقد لا يوجد عقد أصلاً - فإنه يشترط لصحته وسلامته طبقاً لأحكام القانون المدنى أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية، فطبقاً للمادة (١٠٩) من القانون المدنى المصرى "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"، وطبقاً للمادة (١١٢٣) من القانون المدنى الفرنسى "كل شخص يستطيع التعاقد ما لم تسلب أهليته بحكم القانون".

وأهلية أشخاص القانون الخاص بهذا المعنى، يقابلها فى القانون العام اختصاص الأشخاص الإدارية، ومن هنا قد يحدث الخلط بين عيوب القرارات أو الإجراءات السابقة على التعاقد، وعيوب الرضا كركن فى التعاقد، إذ يرتبط كل منهما بالاختصاص، فالإجراءات والقرارات السابقة على التعاقد يجب أن تصدر عن المختص قانوناً بذلك، وكذلك فإن التعبير عن الرضا فى العقد الإدارى يجب أن يصدر عن المختص قانوناً بذلك، وإلا

كان البطلان حليفهما.

مع ملاحظة أن البطلان في الحالة الأولى يتجسد في مجرد الإلغاء لعدم المشروعية، ولا يصدر إلا عن قاضي تجاوز السلطة، وهذا الإلغاء قد لا يكون له أثر على انعقاد العقد، إذا لم يتمسك به أحد طرفيه أمام قاضي العقد كما سنبين فيما بعد، في حين أن البطلان في الحالة الثانية ينصب على العقد ذاته وبشكل مباشر، وقد يكون بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد أركانه، وقد يكون بطلانا نسبياً إذا كان مرتبطا ببعض القواعد المقررة لصالح الإدارة وحدها.. ولا يصدر إلا من قاضي العقد في إطار ما يسمى القضاء الكامل.

وما يقال عن ركن الرضا يقال أيضا عن ركن المحل وركن السبب وكذلك الشكل إذا تطلبه القانون، وإذا كانت دراسة تلك الأركان وما قد تتطوى عليه من عيوب تخرج عن نطاق الدراسة التي نحن بصددتها والمتعلقة فقط بالإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال، إلا أنه واستثناء من ذلك نشير بمناسبة الحديث عن أوجه بطلان الإجراءات والقرارات الإدارية القابلة للانفصال - وكلما كانت هناك ضرورة - إلى أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

وعيوب عدم مشروعية هذه الإجراءات أو تلك القرارات قد تكون - كما ذكرنا من قبل - خارجية وقد تكون داخلية، ولذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

المبحث الثاني: أوجه عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

المبحث الأول

أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية

القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقصد بالمشروعية الخارجية أو كما يقال لها أحياناً المشروعية الشكلية، كل ما يتعلق بالمظهر الخارجي للقرار الإداري، أى كل ما له علاقة بركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات في هذا القرار، وهنا يتحتم على رجل الإدارة، حينما يتخذ إحدى الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، أن يلتزم في خصوص هذه الإجراءات أو تلك القرارات الاختصاص المحدد قانوناً له في هذا الشأن، وأن يراعى كافة الأشكال والإجراءات التي نص عليها القانون، وإلا كانت الإجراءات أو القرارات الصادرة فيه معيبة بعبء عدم الاختصاص أو بعبء الشكل والإجراءات، وهو ما يؤدي إلى بطلان هذه الإجراءات أو تلك القرارات، وهو ما نتناوله تبعاً فيما يلي.

المطلب الأول

عيب عدم الاختصاص في القرارات الإدارية القابلة للانفصال

في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقصد بعيب عدم الاختصاص بصفة عامة، عدم القدرة أو عدم الصلاحية القانونية لاتخاذ قرار ما. أو كما تقول محكمة القضاء الإداري: هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر^(١).

ويتميز هذا العيب عن بقية عيوب عدم المشروعية الأخرى بأنه يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وللقاضى أن يتصدى له من تلقاء ذاته، كما لا يمكن الاتفاق في خصوصه

(١) الدعوى رقم ١٩٦٧، السنة ٨، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧، المجموعة، السنة ١١، ص ١٧٢.

على خلاف ما تقضى به أحكام القانون أو المبادئ القانونية العامة. هذا وللاختصاص في مجال العقود الإدارية سمة مميزة، ذلك أن إبرام هذه العقود وإن كان يتم من خلال تشابك وتساند مجموعة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال، إلا أن هذه القرارات تشكل في مجموعها نسيجاً لعملية متكاملة هي عملية الإبرام؛ بما مفاده أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة في هذا الشأن، إنما يتم في شكل عملية مركبة، فهي تتم من خلال تلك القرارات على مراحل متعددة.

وحيث أن كل من هذه القرارات تختص بإصداره في الغالب سلطة مختلفة عن بقية السلطات الأخرى، لدرجة يصعب معها القول بأن سلطة واحدة هي المختصة بإبرام العقد الإداري، بل سلطات إدارية متعددة، تملك كل واحدة منها اختصاصاً مرتبطاً بمرحلة محددة من أجل إتمام العملية التعاقدية؛ فإن الاختصاص يكون كما ذهب جانب من الفقه مقسماً في هذا النطاق إلى أجزاء، وكل جزء Fraction يكون ضرورياً لإكمال التعبير عن إرادة الإدارة في إبرام العقد الإداري، وإن ممارسة الاختصاص من جانب السلطة الإدارية المكلفة ضمن كل جزء من هذه الأجزاء يمارس علاقة تأثير وتأثر قانونيين على بقية الأجزاء، وبالنتيجة فإن عدم تدخل الموظف المختص باتخاذ أحد القرارات التي تدخل في تكوين إرادة الإدارة سوف يؤدي إلى حدوث خلل في التعبير عن هذه الإرادة، مما ينعكس سلباً على مشروعية أو على وجود العقد ذاته.

فالإذن بالتعاقد مثلاً قد يكون في صورة قانون يصدر من البرلمان، وقد يكون في صورة قرار يصدر من رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء، فإن لم تعبر أي من هذه السلطات عن إرادتها في هذا الخصوص على النحو المقرر دستورياً وقانونياً، كان الإجراء المتخذ غير مشروع وبالتالي كان العقد باطلاً لتخلف ركن الرضا أو الأهلية فيه كما بينا

من قبل، والبطلان هنا بطلان مطلق، إذ يضحى العقد مبرماً من سلطة غير مختصة، والأصل لصحة العقد ضرورة إبرامه من السلطة المختصة⁽¹⁾.

وذات الشيء فى نطاق اللامركزية الإدارية، إذ يعتبر قرار مجلس الهيئة المحلية بالتعاقد شرط جوهري ولازم لوجود العقد وصحته وسلامته، ولذا يترتب على مخالفته وعدم مراعاته بطلان هذا العقد بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن الأهلية القانونية فيه، والتي تترجم فى إطار القانون العام كما ذكرنا، بركن الاختصاص.

ليس هذا فحسب، بل يجب على الموظف المختص - لتجنب هذه النتائج - أن يكون تدخله فى حدود أو فى نطاق المجالات التي يمارس فيها اختصاصه، سواء من حيث المكان أو الزمان أو الموضوع.

وقبل أن نبين هذه المجالات نشير إلى أن الموظف المختص حينما يبرم العقد، إنما يبرمه بصفته ممثلاً للشخص المعنوي العام التابع له، لا أن يبرمه باسمه أو لحسابه الشخصي، وإلا لا نكون أمام عقد من عقود الإدارة سواء أكان عقداً إدارياً أم مدنياً. ولذا فإن من يلتزم اتجاه الغير فى خصوص هذه العقود ليس هو الموظف المختص وإنما الشخص المعنوي الذي يتم باسمه ولحسابه إبرام تلك العقود. وهذا الشخص قد يكون الدولة أم الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها، وهنا نكون أمام ما يسمى عقود الدولة، أو أن هذا الشخص يتجسد فى الجماعات الإقليمية أو المحلية أو الهيئات والمؤسسات العام التابعة لها، وهنا نكون أمام ما يسمى العقود الإقليمية أو المحلية.

فإذا تحدد الشخص المعنوي العام المختص بإبرام العقود الإدارية على هذا النحو، فإنه من الواجب على هذا الشخص أن يلتزم - كما بينا -

(1) Le contrat conclu sans l'autorisation requise est nul, cette nullité est absolue.

DE Laubadère, op. cit., P. 147.

حدود أو نطاق هذا الاختصاص زمانياً ومكانياً وموضوعياً ، وإلا كان الإجراء أو القرار الذي اتخذته معيباً بعبء عدم الاختصاص الزمني أو المكاني أو الموضوعي، وذلك كما يلي:

الفرع الأول

عيب عدم الاختصاص الزمني في إبرام

العقود الإدارية

يلاحظ أن هذا العيب كما ينطبق على الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال، فإنه ينطبق كذلك على ركن الرضا في العقد الإداري، أي على أهلية الجهة الإدارية المتعاقدة، إذ يقصد بالاختصاص الزمني في هذا الإطار، ضرورة أن يلتزم الموظف بممارسة اختصاصه بإصدار أي من الإجراءات أو القرارات القابلة للانفصال، أو باختصاصه بإبرام العقد الإداري، في الفترة الزمنية التي يثبت فيها له ذلك، أي في الوقت الذي تكون له فيه ولاية مباشرة هذا الاختصاص، فإن لم يلتزم بذلك كان الأجراء أو القرار مشوباً بعبء عدم الاختصاص، بما يترتب على ذلك من نتائج تتمثل ليس فقط في إلغاء هذا الإجراء أو القرار، وإنما أيضاً انعدام أو عدم وجود العقد الذي تمخض عنه.

وذاًت الشيء إذا تم توقيع العقد من غير مختص، فإن البطلان المطلق أو الانعدام يلحق بهذا العقد؛ فإذا استقال الوزير أو تمت إقالته مثلاً، امتنع عليه بعد تاريخ الاستقالة أو الإقالة إبرام عقد إداري، أو اتخاذ أي إجراء أو قرار يمهد لهذا الإبرام، وكذلك إذا تمت استقالة الوزارة أو تم سحب الثقة منها، فإنها وإن كانت تفقد أساس اختصاصها، إلا أنه نظراً لمبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، فإنها تحتفظ من اختصاصاتها بالقدر الذي يمكنها من تحقيق هذا المبدأ، ولكن في إطار ما يسمى تسيير الأعمال الجارية، ولا يعد إبرام العقود الإدارية في نظرنا من

الأمر الجارية التي يترك للوزارة في هذه الحالة تسييرها، إلا إذا كانت هناك ضرورة تتطلب ذلك وهو ما يخضع لتقدير القضاء.

وما قيل بخصوص استقالة الوزير أو إقالته في هذا الشأن ينطبق كذلك على المحافظين أو رؤساء مجالس إدارات الهيئات أو المؤسسات العامة أو من كان على شاكلتهم.

وعلى العكس من ذلك فإنه إذا حدد القانون مدة زمنية معينة يجب على اللجان المختصة بإبرام العقد الإداري، مثل لجنة تحديد الاحتياجات وتصنيفها وكذلك القيمة التقديرية لها، أو لجنة فتح المطاريق أو لجنة البت، فإن مضي هذه المدة لا ينزع من هذه اللجان اختصاصاتها المنوطة بها، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن انقضاء المدة ليس مؤدياً إلى زوال الاختصاص كقاعدة عامة *non peremptoires*، وأن هذه المدة مجرد إفصاح عن رغبة المشرع في سرعة تنفيذ القانون⁽¹⁾ *La volonté du législateur d'assurer l'application rapide de la loi*.

مع ملاحظة أن مخالفة المدة لا يؤدي إلى الحكم بالإبطال، إلا إذا كشف القانون عن نية المشرع القاطعة في ذلك، إذ لا بطلان في هذه الحالة إلا بنص، ومن هذا القبيل أن يحدد المشرع مدة لسلطة الوصاية للمصادقة على عقود الهيئات اللامركزية، فإذا مضت هذه المدة فليس لها أن تمارس هذا الاختصاص، وهو ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا إذ تقول: إن أثر البطلان المترتب على مخالفة القيود الزمنية لا يكون إلا بناء على نص⁽²⁾.

وفي حالة ما لم يحدد القانون مدى زمنياً معيناً لمباشرة الاختصاص، فإن القاعدة أن للإدارة سلطة تقديرية في اختيار وقت تدخلها واتخاذ القرارات

(1) C.E, 7-4-1933, Casse Régionale de crédit agricole du sud est, Rec. P. 347.

أشار إليه الدكتور/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠١٥، نسخة مراجعة ومنقحة، ص ٧٤٣.

(2) الحكم الصادر في ٨ مارس ١٩٥٨، المجموعة، السنة الثالثة، ص ٩٢٠.

التي تتدرج في نطاق اختصاصها ولكن تحت رقابة القضاء.
هذا ويلاحظ أن الموظف المختص إذا أصدر قراراً في خصوص إبرام العقد الإداري، وفي أي مرحلة من مراحل، ثم استقال بعد ذلك أو أُقيل أو ترك وظيفته لأي سبب كان، فإنه طبقاً لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واستمرار يبقى هذا القرار قائماً ومنتجاً لكافة آثاره في هذا الخصوص، بل وإذا تم إبرام العقد الإداري من قبل شخص عام ووفقاً لإجراءات قانونية صحيحة، ثم تم تغيير هذا الشخص أو تغيير اختصاصاته، فإن الالتزامات التعاقدية التي تعاقد عليها تبقى في ذمة الشخص العام الجديد الذي حل محله أو الذي أصبح مختصاً بهذا الأمر، فلا يستطيع هذا الأخير أن يتملص منها أبداً، وذلك تطبيقاً للقواعد المتعلقة بالتوارث بين الأشخاص العامة^(١).
وأخيراً تذهب محكمة القضاء الإداري إلى أن مبدأ الاختصاص الزماني باعتباره متعلقاً بالنظام العام، فإنه لا يمكن الاتفاق على مخالفته، وأن جزاء الإلغاء آيته ألا يباشر الموظف العام اختصاص وظيفته بعد انتهاء الأجل الذي يجوز له القيام بذلك^(٢).

الفرع الثاني

عيب عدم الاختصاص المكاني في إبرام

العقود الإدارية

حتى يصدر الإجراء أو القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية صحيحاً ومنتجاً لآثاره، يجب على الشخص المختص أن يتخذ في النطاق المكاني المحدد لمزاولة اختصاصه، ذلك أن القواعد القانونية إنما تحدد لرجل الإدارة في الغالب دائرة مكانية معينة، يجب أن يباشر في إطارها

(1) T.A, Montpellier, 7-12-1978, Syndicat intercommunal de Maugnio Perols, Rec. P. 631.

أشار إليه الدكتور/ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دكتوراه عين شمس، ٢٠٠١، ص ٢٠٤.

(٢) الدعوى رقم ٤٤٣٦ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٥/٥/١١، المجموعة، السنة التاسعة، ص ٤٢٣.

الاختصاص الممنوح له، فإذا كان رئيس الدولة مثلاً ونائبه ورئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم يمارسون اختصاصاتهم المتعلقة بإبرام العقود الإدارية على إقليم الدولة كله، ما لم يقيد القانون هذه الاختصاصات، فإن المحافظين في مصر والعمد في فرنسا يتحدد اختصاصهم بنطاق المحافظة أو العمودية أو بنطاق الإقليم أو المقاطعة التي يعملون فيها، ومن ثم ليس لأى منهم أن يتخذ قراراً تتجاوز آثاره هذا النطاق. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: إن الاختصاص الوظيفي لكل موظف إنما هو منوط بالمكان المعين له، ومن ثم لا يجوز له أن يتخطى حدود هذا المكان^(١).

مع ملاحظة أنه من الواجب على من كان اختصاصهم شاملاً لإقليم الدولة وهم من يقال لهم الأشخاص العامة ذوى الاختصاصات العامة، ألا يتدخلون - كما ذكرنا - في مجال اختصاص الأشخاص المحليين، أو في مجال الأشخاص العامة ذوى الاختصاص المقيد بمكان محدد، وإلا كانت تصرفاتهم أو قراراتهم مشوبة بعيب عدم الاختصاص المكاني وبالتالي كان باطلاً، وهو ما يبطل العقود الإدارية التي تقوم على أساسها^(٢).

هذا وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه ومع تنامي المفاهيم المتعلقة بحريات الأشخاص العامة المحلية في فرنسا، فقد أثرت مشكلة مدى إمكانية أن تبرم هذه الأشخاص تصرفات تعاقدية مع جماعات عامة أخرى أجنبية.

وقد انقسم الرأي حول هذه النقطة فأنكر البعض على الجماعات المحلية أية إمكانية لإبرام تصرفات ذات طابع تعاقدى دولى، وذلك على أساس أن الدولة هي الوحيدة المختصة في هذا المجال، في حين رأى البعض الآخر أنه لا يوجد مانع يحول دون أن تبرم الجماعات المحلية في فرنسا تصرفات تعاقدية كلية مع جماعات محلية أخرى أجنبية وذلك استناداً إلى

(١) الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١١/١١/١٩٦٧، المجموعة، السنة ١٣، ص ٥٠.
(2) C.E, 22-12-1936, Zncarelle. Rec. P. 1139.

المبدأ الدستوري الذي يقر بالإدارة الحرة للجماعات المحلية.

ومع ذلك ورغم صدور قانون ١٩٩٢/٢/٦ المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية، والذي اعترف للجماعات المحلية بسلطة إبرام عقود واتفاقات مع الجماعات الإقليمية الأجنبية (م ١/١٣١) إلا أن مجلس الدولة الفرنسي، استقر على أن مثل هذه العقود أو الاتفاقات لا تشكل معاهدات دولية، خاصة أن الدستور لا يتيح الإمكانية للجماعات المحلية أن تبرم معاهدات دولية، وبالتالي يمتنع على هذه الجماعات التعاقد مع دول أجنبية استناداً إلى القانون سالف الذكر، وإن كان ذلك لا يمنع الجماعات المذكورة من أن تبرم عقوداً مع أشخاص أجنبية من أشخاص القانون الخاص، وفي هذه الحالة يرفض مجلس الدولة الفرنسي تطبيق القانون الأجنبي على مثل هذه العقود إذا توافرت فيها عناصر العقد الإداري، ولذا فقد استقر المجلس على أنه إذا ما ثبتت عناصر أو أركان العقد الإداري في عقد من العقود، فإن هذا الأخير لا يطبق عليه إلا القانون الإداري الداخلي^(١).

إن ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يعد من جانبنا منطقياً بل وبديهياً، إذ كيف تبرم إحدى المقاطعات أو المحافظات عقوداً إدارية مع عنصر أجنبي عام، وهي تعمل في إطار دولة بسيطة مثل فرنسا أو مصر، بما في ذلك من مساس بالسيادة أو اعتداء على حقوق الدولة الأم التي تنفرد أو يجب أن تنفرد في العلاقة مع هذا العنصر الأجنبي العام. أما وأن تتعاقد مع أشخاص من القانون الخاص، فهذا مما تتيحه قوانين المناقصات والمزايدات في هذه الدول، إذ تنص على أن الإعلان عن المناقصات أو المزايدات يمكن أن يتم في الخارج من خلال السفارات أو القنصليات التي تعمل في الدول الأجنبية وذلك لإتاحة الفرص للاستثمار الأجنبي الخاص من التواجد على أرض الدولة للمساهمة في البناء والتنمية.

(١) حول هذه الآراء، أنظر الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى عيب عدم الاختصاص المكاني نادراً ما أن يحدث في الواقع العملي، لأن الحدود المكانية لمزاولة الاختصاصات الإدارية، بما في ذلك الاختصاصات بإبرام العقود الإدارية، تكون عادة من الوضوح بدرجة كافية.

الفرع الثالث

عيب عدم الاختصاص الموضوعي في إبرام

العقود الإدارية

يقصد بالاختصاص الموضوعي، أن على كل موظف أو شخص عام أن يباشر الاختصاصات المنوطة به والمحددة له قانوناً دون غيرها مما يدخل في اختصاصات موظف أو شخص عام آخر، ومن ثم فإن كافة القرارات التي تصدر عنه ومن بينها القرارات المتعلقة بإبرام العقود الإدارية، يجب أن تصدر في نطاق تلك الاختصاصات، فإن تعلقت بموضوعات مما يدخل قانوناً في اختصاصات موظف أو شخص عام آخر كانت باطلة، إذ تشكل - والحال هكذا - اعتداء على اختصاصات هذا الأخير؛ بل ويجب أن تصدر تلك القرارات في إطار الغايات أو الأهداف التي اختص بها القانون الموظف أو الشخص العام لأجل تحقيقها.

فإن كان الأمر كذلك فإنه لا يحق للهيئات أو المؤسسات العامة أن تتعاقد إلا في حدود الغايات والأهداف التي أنشأها القانون لأجل تحقيقها، وكذلك لا يحق للوحدات الإدارية المحلية أن تتعاقد إلا في الشؤون والمواضيع التي تهم السكان القاطنين على إقليمها، في حين يبقى الأمر مفتوحاً أمام الدولة للتعاقد في شتى المجالات؛ ما لم يقيدتها الدستور أو القانون في هذا الخصوص كما بينا من قبل.

هذا ويتجسد عيب عدم الاختصاص الموضوعي في اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية موازية، فتوقيع وزير معين على قرار

إيرام عقد إدارى مما يدخل فى اختصاص وزير آخر يعد قراراً مشوباً بعيب عدم الاختصاص الموضوعى، وكذلك الحال إذا قام الوزير الأول بتوقيع قرار اختيار أسلوب التعاقد أو تشكيل لجان فتح المظاريف أو لجان البت... وهكذا، وذات الشيء فى حالة اعتداء سلطة إدارية أدنى على اختصاص سلطة إدارية أعلى، فلا يجوز مثلاً لسكرتير عام المحافظة أن يباشر إجراءات التعاقد الإدارى بدلاً من المحافظ إلا إذا كان مفوضاً فى هذا الشأن، وإلا كانت قراراته فى هذا الخصوص باطلة واجبة الإلغاء.

وفى الإطار ذاته، يجسد اعتداء هيئة مركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية، عيباً جوهرياً يصيب القرار الصادر فى هذا الشأن بعيب عدم الاختصاص الموضوعى؛ ذلك أن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس الشعبية المحلية هى علاقة وصاية إدارية وليست علاقة أو سلطة رئاسية، وبالتالي ليس لها الحق فى سلب الاختصاصات المتعلقة بقرارات إيرام العقود الإدارية والمنوطة بتلك المجالس، ولا أن تعدل فى هذه القرارات أو أن تستبدل بها غيرها، وكل ما لها أن توافق عليها بحالتها أو أن ترفضها فى خلال المدة التى يحددها القانون، فإن تجاوزت أو خرجت على ذلك، كان هذا التصرف بمثابة اعتداء على سلطات الهيئات اللامركزية الإقليمية كانت أم مصلحة، وكانت قراراتها بالتالى باطلة وكذلك العملية التعاقدية التى تمخضت عن تلك القرارات.

إن عيب عدم الاختصاص يتحقق سواء بعدم اختصاص الجهة التى أبرمت العقد الإدارى، أم فى عدم اختصاص الموظف الذى اتخذ القرارات اللازمة لإبرام العقد، إذ فى كلتا الحالتين هناك مخالفة لحقت بركن الاختصاص. فتلك القرارات تشترك فى عملية قانونية مركبة، ومن ثم فإن عدم اختصاص الجهة الإدارية أو الموظف العام يصيب العملية والقرارات

التي تمت فيها بعيب عدم الاختصاص^(١).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن قضاء المحكمة الإدارية العليا مستقر على أن عيب عدم الاختصاص^(٢) يكون قد تصحح بإصدار أو باعتماد القرار ممن يختص بذلك قانوناً. فقد أكدت هذه المحكمة على "أنه من المستقر عليه أن لجهة الإدارة أن تصحح قرارها المشوب بعيب عدم الاختصاص بإصدار القرار من جديد من السلطة المختصة بإصداره أو بقيام هذه السلطة باعتماد القرار أو إقراره، كما أنه من المستقر أنه "متى اختصم القرار المشوب بعيب الاختصاص قضائياً وتم تصحيح هذا العيب وتدارك ما شاب القرار من عوار من السلطة المختصة قبل صدور الحكم في الدعوى؛ فإنه لا يجوز للمحكمة الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه، مادام أنه بعد تصحيحه قد احتفظ بمضمونه دون تعديل"^(٣).

وإذا كان هذا هو اتجاه المحكمة الإدارية العليا، إلا أننا نرى أن مسألة تغطية عيب عدم الاختصاص في نطاق القرارات الصادرة في مجال إبرام العقود الإدارية محل نظر، ذلك أن هذه القرارات تمثل حلقة من الإجراءات المرتبطة بالعملية التعاقدية، ولذا يجب على من يتخذ القرار أن يحيط بتلك الإجراءات وبظروف التعاقد إحاطة شاملة، حتى يبنى القرار على تصور دقيق وواضح بما يحقق المصلحة العامة، وحيث إن مسألة التغطية تأتي في مرحلة لاحقة لإصدار القرار، فإن قرار صاحب الاختصاص الأصيل بالإقرار أو الاعتماد يجانب الصواب من هذه الزاوية.

حاصل القول إذن أن القواعد المتعلقة بالاختصاص بإبرام العقود الإدارية سواء أكانت مكانية أم زمانية أم موضوعية، وهي في واقع الأمر

(١) الدكتور/ عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٣٨٧.

(٢) الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٣/٥، المجموعة، السنة ٣٣، ج ٢، ص ١٠٣٤.

(٣) الطعن رقم ١٩٣٨ لسنة ٤٣ ق.ع، جلسة ١٩٩٩/١٢/٥، المجموعة، السنة ٤٥، ص ٢٣٧.

قواعد أمره ومتعلقة بالنظام العام، بل لقد وضعت لصالح كل من الإدارة والأفراد على حد سواء، فهي إذن واجبة الاحترام، وبالتالي فإن أى خروج عليها إنما يصيب الإجراء أو القرار المشوب بها بعدم المشروعية ويجعله بالتالى جديراً بالإلغاء.

وهنا نعيد التذكرة بأن عيب عدم الاختصاص لا يقتصر فقط على الإجراءات والقرارات الممهدة لإبرام العقد الإدارى والتي يمكن فصلها عن هذا العقد، وإنما يتعلق أيضا بأركان العقد الإدارى، خاصة ركن الرضا فيه، أو بمعنى أدق بأهلية الموظف أو الشخص العام المختص بإبرام العقد الإدارى. وفى ذلك تقول إدارة الفتوى بمجلس الدولة المصرى أنه يشترط لصحة القرار الإدارى أن يكون صادراً عن سلطة إدارية لها الحق فى إصداره ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف، إذ القاعدة المسلم بها فى القانون العام أن العيب الراجع إلى عدم أهلية من صدر عنه التصرف يعتبر مؤدياً إلى بطلان التصرف، والاختصاص فى القانون العام يقابل الأهلية فى القانون الخاص^(١).

المطلب الثانى

عيب مخالفة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

للشكل والإجراءات فى ضوء بطلان أركان العقد الإدارى

يتجسد هذا العيب فى مخالفة أو عدم احترام جهة الإدارة لقواعد الشكل والإجراءات المحددة قانوناً لاتخاذ الإجراءات أو القرارات الإدارية بصفة عامة، وهو ما ينطبق - بطبيعة الحال - على الإجراءات والقرارات القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، بل ويبدو هذا العيب ذا أهمية بالغة فى هذا المجال باعتبار أن إبرام هذه العقود يقوم أساساً، وفى معظمه على مجموعة من الشكليات والإجراءات التى تفرض القوانين واللوائح

(١) الفتوى رقم ٦٨٤ فى ١٣/١٢/١٩٥١، الموسوعة الإدارية الحديثة، الطبعة الأولى، ص ٦٩٠.

الخاصة بالمناقصات والمزايدات فى معظم، بل فى كل دول العالم ضرورة احترامها والتقييد بها، كضمانة تمنع العبث أو التلاعب فى نتيجة المناقصة أو المزايدة، وصولاً إلى التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً.

هذه الشكليات وتلك الإجراءات تتعدد فى واقع الأمر، بل وتكاد أن تصاحب كافة خطوات إبرام العقد الإدارى بدءاً من اختيار وسيلة التعاقد، والإعلان عن التعاقد، وتشكيل اللجان المختصة بالتعاقد، وتسبب القرارات الخاصة بالتعاقد، والإذن بالتعاقد والاستشارات السابقة على التعاقد... الخ. فهذه الإجراءات جميعها قد وضع لها المشرع ضوابط دقيقة يجب احترامها، ولذا يجب على الجهة المختصة بإبرام العقد احترامها والتقييد بها، وإلا كانت باطلة ويبطل ما بنى عليها من تصرفات قانونية.

وقبل أن نبين ذلك تفصيلاً تجدر الإشارة إلى أنه يقصد بالشكل المظهر الخارجى للقرار الإدارى، والذى تبدو أو تتجسد فيه إرادة الإدارة، أو المظهر الذى يترجم ما أفصحت به الإدارة عن إرادتها، مع ملاحظة أن العقود الإدارية - بحسب طبيعتها الذاتية - لا تقوم على الشكلية، حيث تستطيع الإدارة إبرام عقودها دون تقييد بأى شكل مالم يتطلب القانون بنص صريح إفراغ العقد الإدارى فى شكل محدد، وفى هذه الحالة دون غيرها تكون الشكلية شرط لصحة العقد. فالكتابة متى استلزمها القانون، فإنها تعد شكلية لازمة لإثبات العلاقة التعاقدية، ويترتب على مخالفتها البطلان، إما إن لم يستلزمها القانون، أى فى حالة عدم اشتراط الكتابة لإبرام العقد الإدارى، فإن القاضى الإدارى يمكنه بحسب واقع الحال تقدير مدى قيام العلاقة التعاقدية من عدمه، كما يمكنه تقدير مدى قيام فكرة التعاقد الضمنى بكل وسائل الإثبات^(١).

(١) المستشار/ حمدى ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها.

ومن قضاء مجلس الدولة الفرنسي فى مجال قيام فكرة العقد الضمنى، أنه إذا تمت عملية إنقاص الشحنة البترولية لإحدى السفن بواسطة إحدى الشركات وكان ذلك بناء على طلب السلطات، فإنه يتعين ألا ينظر إلى ذلك على أنه محض مساعدة، وإنما بوصفه تنفيذاً لعقد ضمنى^(١).

وهو ما انتهجه قضاء مجلس الدولة المصرى، إذ يقول: "أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف فى المجال الإدارى بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها العقدية بالكتابة، إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكملاً لبعض أنواع العقود الإدارية ولاشك أن فكرة العقود الإدارية الشفوية أو الضمنية تشير جدياً إلى أن القانون الإدارى أقل تعويلاً على الشكلية^(٢)".

ومع ذلك يلاحظ أن معظم تشريعات دول العالم تقريباً تنجبه نحو تقنين الشكليات والإجراءات الواجبة الاتباع فى مجال العقود الإدارية^(٣)، خاصة فى المرحلة السابقة على انعقاد العقد، وهى المرحلة التى تحكمها - كما ذكرنا - فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال، باعتبار أن هذه المرحلة تتطلب فى واقع الأمر توفير الضمانات الكافية لتحقيق مبادئ المساواة والشفافية وتكافؤ الفرص؛ وهذه المبادئ لن تتحقق إلا إذا كانت الشكليات والإجراءات ملزمة لجهة لإدارة، بحيث تتعدم فى خصوصها سلطتها التقديرية؛ وهى لا تكون كذلك إلا إذا تم تنظيمها وتوصيفها وتقنينها

(٢) الحكم الصادر فى قضية Sté navale des petroles بتاريخ ١٩٥٢/٤/٤، المجموعة، ص ٢١، أشار إليه الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٢/١٠٠٤، جلسة ١٩٦٨/٥/١٨، مجموعة المحكمة الإدارية العليا فى خمسة عشر عاماً، من أكتوبر ١٩٥٥ إلى ١٩٧٠، ص ١٠٨.

(٤) فقد كانت النمسا هى أول من سلك هذا السبيل سنة ١٩٢٥، وفى سنة ١٩٤٦ أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون (administrative procedure act)، كذلك فعلت أسبانيا سنة ١٩٥٨، كما أصدرت تشيكوسلوفاكيا سابقاً تنظيمها سنة ١٩٥٥ ويوغسلافيا سنة ١٩٥٦ وفى فرنسا فقد أصدرت قانوناً بتنظيم المناقصات والمزايدات يقال له تقنين عقود الشراء العام Code des marchés publics.

الدكتور/ سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٧٥٠.

بأداة تشريعية، وهنا توصف هذه الشكليات وتلك الإجراءات بأنها شكليات وإجراءات جوهرية، يترتب على تخلفها البطلان.

أما إذا لم ينص القانون على مثل هذه الشكليات أو الإجراءات، أو في حالة ما إذا لم يكن لها تأثير في مضمون القرار والغرض منه، أو لم يترتب المشرع لها جزاء في حالة مخالفتها، فإنها تعد - ما لم تكن مقررة لمصلحة أصحاب العطاءات - من الشكليات أو الإجراءات التي لا يترتب على تخلفها في الغالب البطلان كما سنرى. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: إن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفاً في ذاتها أو طقوساً، وإنما هي إجراءات ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء وينبغي التفرقة في هذا المجال بين الشكليات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة ويؤثر إغفالها على سلامة القرار وصحته، وغيرها من الشكليات الثانوية، إذ لا يبطل القرار لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان، أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته؛ بحيث يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عمل القانون على تأمينها⁽¹⁾.

فإذا اتجهنا صوب الشكليات أو الإجراءات الواجبة الاتباع في مجال إبرام العقود الإدارية، والتي يترتب على تخلفها بطلان ما يترتب عليها من تصرفات قانونية، نجد أنها قد تختلط - في الغالب - مع عيب عدم الاختصاص الموضوعي، إذ يرتبط هذا العيب الأخير بتلك الشكليات والإجراءات من حيث كونها هي التي تحدد هذا النوع من أنواع الاختصاصات الواجبة الاتباع، فمن يتخذ قراراً دون إذن سابق أو استشارة سابقة أوجبها القانون يكون قد ارتكب في ذات الوقت مخالفة شكلية وأخرى تتعلق بالاختصاص. ولذا فإننا نتناول هنا كثيراً من الأمور التي سبق وأن تناولناها عند الحديث عن عيب عدم الاختصاص الموضوعي، باعتبار أنها

(1) الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٤٠ ق.ع، جلسة ١٢/٦/١٩٩٨، المجموعة، السنة ٤٤، ص ١٤٧٩.

تشارك بل وأقرب إلى العيوب الشكلية أو الإجرائية، فقد يستلزم المشرع بالنسبة لبعض العقود الهامة - كما ذكرنا - ضرورة الحصول أولاً على تصريح أو إذن بالتعاقد من جهة يحددها، مما يعد مع هذا الإجراء إجراء أو شكلاً جوهرياً، يحتم ضرورة سلوكه قبل التعاقد، وإلا أصيب التصرف القانوني الذي أهمل فيه هذا الإجراء أو الشكل بعدم المشروعية وكان العقد المستند إليه بالتالي باطلاً بطلاناً مطلقاً *nul d'une nallité absolue* ، ذلك أن من المسلم به فقهاً وقضاءً أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح أو الإذن السابق، هي قواعد متعلقة بالنظام العام *des règles d'ordre public* لقيامها على أسباب جوهريّة تتصل بالمصالح العام اتصالاً وثيقاً^(١).

وذاًت الشيء إذا تطلب القانون ضرورة أخذ رأى أو استشارة جهة معينة قبل التعاقد، إذ يتعين على الإدارة استيفاء هذا الشكل أو الإجراء وإلا كان تصرفها باطلاً، ذلك أن القانون لم يشترط ذلك عبثاً، وإنما أراد أن يجنب الوزارات والمصالح المختلفة مواطن الخطأ، أو يكفل لها من أسباب السلامة فى صياغة تلك العقود ووضع أحكامها ما تحقق به المصلحة العامة على أكمل وجه وأوفاه، وفى ذلك تقول الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع أنه يتعين على جهة الإدارة ضرورة احترام هذا الشكل أو الإجراء، إلا إذا كانت هناك ضرورة استثنائية تمنعها من ذلك^(٢)؛ وذلك بصرف النظر عن مدى التزامها بمضمون الرأى أو الاستشارة، ذلك أن هناك فرقاً بين ضرورة

(١) الدكتور/ سليمان الطماوى، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٣.
(٢) تقول الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع، إذا كان الشكل أو الإجراء مما يتطلبه حكم القانون، إلا أنه إذا وجدت ظروف استثنائية تبلغ حد الضرورة الملجئة التى توجب إبرام العقد دون إمكان الرجوع إلى مجلس الدولة مقدماً، كما لو اقتضت ظروف طارئة إبرام عقد فى بلد ما وكانت الظروف لا تسمح بالرجوع إلى مجلس الدولة فى الوقت الذى تقتضى فيه المصلحة العامة عدم فوات الفرصة فى إبرام العقد، فإن مثل هذه الضرورة يكون لها وزنها بحيث يعتبر إبرام العقد فى هذه الظروف أمراً استثنائياً...
فتوى رقم ١٠٧٥ فى ١٢/١٧/١٩٦٠، مشار إليها فى مؤلف الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، أساليب التعاقد الإدارى بين النظرية والتطبيق، دكتوراه جامعة الزقازيق، ١٩٩٤، ص ٤٧٠.

اتخاذ الإجراء أو احترام الشكل في ذاته إعمالاً لإرادة المشرع وبين مضمون هذا الإجراء أو الشكل، إذ تتمتع جهة الإدارة في خصوصه بسلطة تقديرية، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١١/٩/١٩٣٤ بأن تخلف الإدارة عن اتباع الإجراء الاستشاري السابق للتعاقد سواء أكان مضمون الرأي ملزماً أم غير ملزم يعيب العقد باعتبار أن هذه الشكلية من الشكليات الأساسية التي يتعين على الإدارة احترامها^(١). مع ملاحظة أنه في حالة إلزامية مضمون الرأي السابق فإن إهدار جهة الإدارة له يعتبر مخالفة جوهرية تبطل العقد تأكيداً للمصلحة القانونية التي أوجبه القانون حين ارتأى إلزامية الرأي الناتج عن الإجراء السابق على التعاقد.

وإذا حدد المشرع لجهة الإدارة الأساليب أو الطرق التي يجوز لها أن تختار من بينها أسلوباً أو طريقاً للتعاقد، بحيث لا يجوز لها أن تلجأ إلى غير هذه الأساليب أو الطرق، ولا أن تستبدل أسلوباً أو طريقة بأخرى بعد إعلانها عن هذا الأسلوب أو تلك الطريقة، كما هو الحال في مصر حيث لا يجوز تحويل المناقصة إلى ممارسة، أو أن تختار أسلوباً أو طريقة معينة للتعاقد في الوقت الذي يكون من الواجب عليها أن تختار غيرها، إذ لا يجوز مثلاً اللجوء إلى طريقة الاتفاق المباشر حيث يجب اللجوء إلى أسلوب المناقصة العامة أو الممارسة العامة لإبرام العقد الإداري. وعلى ذلك إذا اختارت الإدارة لتعاقدتها أسلوباً أو طريقاً غير الذي رسمه القانون، كان التعاقد باطلاً. ففي مصر تعتبر كلا من المناقصة العامة والممارسة العامة الأساس

الذي حدده القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ طريقاً للإدارة في اختيار المتعاقدين معها في الوقت الذي لم تعد فيه للمناقصة العامة ذات الدور في القانون الفرنسي حيث صار للإدارة حرية كبيرة في اختيار المتعاقدين معها ما لم يلزمها القانون استثناءً باتباع طريق المناقصة.

(٢) مشار إليه في مؤلف الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦٩.

وبالتالى فإن الإدارة فى مصر إذا خالفت أسلوب التعاقد المقرر بأن لجأت إلى غيره فإن العقد المبرم بينها وبين المتعاقد المختار يكون باطلاً، ويسرى ذات الأمر على مخالفة الإدارة للقواعد التى تحكم الأسلوب المقرر للتعاقد فإن اختارت الإدارة طريق المناقصة لاختيار المتعاقد معها، إلا أنها خالفت قواعد ترسية المناقصة بأن اختارت مثلاً عطاءً أعلى سعراً من العطاء الأقل كان التعاقد باطلاً أيضاً.

كما تعتبر المدد التى يحددها المشرع لتقديم العطاءات أو للبت فيها من الشكليات الجوهرية الواجبة الاحترام من قبل كل من يرغب الاشتراك فى المناقصة من ناحية، ومن قبل جهة الإدارة من ناحية أخرى، وأن مخالفة هذه المدد يترتب عليها عدم قبول هذه العطاءات، أما مخالفة جهة الإدارة لها كالسماح مثلاً لأى من المتنافسين بالتقدم بعطاءه بعد الميعاد المقرر لتقديم العطاءات يودى إلى بطلان التصرف وبالتالي بطلان العقد الإدارى، ذلك أن مثل هذه المخالفة قد يكون لها تأثير ومساس بمبدأ حرية المنافسة، وهو ما ينعكس سلباً على عملية اختيار المتعاقد الأفضل والأحق بالاختيار.

ومن الشكليات الجوهرية أيضاً التشكيل الذى يجب أن تكون عليه اللجان المختصة باتخاذ إجراءات إبرام العقد الإدارى، خاصة لجان البت، حيث أحاطها المشرع بالتنظيم من حيث تشكيلها وكيفية انعقادها وواجباتها والإجراءات التى بمقتضاها تسير أعمالها، وكذلك طريقة إصدار القرارات والنصاب القانونى اللازم لذلك... الخ، ومن ثم فإن مخالفة أى من هذه المعطيات يودى إلى بطلان ما يصدر عن هذه اللجان من قرارات وبالتالي بطلان العقد المستند إلى تلك القرارات، وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن تشكيل اللجان الإدارية من أعضاء ذوى تخصصات مختلفة وخبرات متباينة يرجع سببه إلى أن تلك الموضوعات المطروحة على تلك اللجان إنما تثير عدة مسائل مختلفة، تدخل كل مسألة فى نطاق تخصص

معين وخبرة مختلفة عن الأخرى، وبهذا يتوافر بحث الأمور من جوانبها المختلفة بأن يتولى كل تخصص الجانب الذى يخصه بما لديه من خبرات خاصة تؤهله لذلك، وعليه أن يقوم بعمله بدقة وأمانة وبذل الجهد المطلوب للوصول إلى الحقيقة^(١).

وفى ذات السياق تقول الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، إذا ما استلزم المشرع اشتراك ممثل وزارة المالية فى لجنة البت وعضو إدارة الفتوى المختصة لحضور هذه اللجنة إن بلغت قيمة التعاقد نصاباً معيناً، فإن هذا الوجوب إنما يأتى بغية ضمان سلامة إجراءات التعاقد كما قرره المشرع، ولما قدره من توفير هذين العنصرين ضمن باقى عناصر لجنة البت، ولذا فإن عدم حضور ممثل من وزارة المالية أو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يترتب عليه الإخلال بضمانة أساسية وإجراء جوهري؛ مما يترتب عليه بطلان انعقاد لجنة البت^(٢).

وذات الشيء يقال أيضاً عن الإعلان كإجراء جوهري وضرورى لتحقيق مبادئ المنافسة والمساواة بين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة، إذ يحول هذا الإعلان بين الإدارة وقصر التعاقد على طائفة معينة من المواطنين، تختارهم هى وفق إرادتها وبما يحقق مصالحها. أما الإعلان فهو الذى يتيح الفرصة أمام كل من تتوافر فيه الشروط اللازمة للتنافس من أجل التعاقد مع الإدارة.

وحتى يكون الإعلان مشروعاً ومنتجاً لآثاره، يجب أن يتضمن الحد الأدنى من المعلومات الخاصة عن موضوع التعاقد. ولذا فإن كافة النصوص القانونية المتعلقة بالإعلان تعد نصوصاً أمرة ملزمة لا فكاك منها وأن

(١) الطعون أرقام ٨٦٣١ لسنة ٤٥ق، ٣٨١ و ٣٨٢ و ٤٥٢ لسنة ٤٦ق، جلسة ٢٠٠١/١/١٣، مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٤٦، ص ٤٧٣.

(٢) فتوى رقم ٦٠١ فى ٢٠٠٣/٨/١٧، الملف رقم ١٤/٢/١٠٠.

تجاهلها أو إتيانها على وجه مخالف، يؤدي ليس فقط إلى بطلان الإعلان وإنما أيضا ما تم على أساسه من إجراءات بما في ذلك بطلان العقد ذاته. حقيقة أن مجلس الدولة المصري كان قد أفتى بأن عدم الإعلان أو النشر لا يؤدي حتماً إلى البطلان، إذا ما تحققت الغاية التي قصدتها المشرع من ورائه، إذ يقول في هذه الفتوى "إذا ثبت أن عدم النشر عن المناقصة لم يود إلى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد عند تقديم عطاءاتهم فإنه لا يتم تقرير بطلان الإجراء"^(١).

ومن جانبنا نرى أن الإعلان في ذاته إجراء جوهرى يتحتم على جهة الإدارة الالتزام به، إذ لا نعلم مسبقاً أو لاحقاً أن العدد الذى تقدم للتعاقد هو ذاته العدد الذى سيتحقق فيما لو تم الإعلان. فإذا أضفنا إلى ذلك أن مجلس الدولة نفسه قد أفتى في مناسبات أخرى بعكس ما سبق من إفتاء، فقد أفتى بأن عدم النشر وفقاً للقانون يخل بمبدأ تكافؤ الفرص، ومن ثم يترتب على إغفال هذا الإجراء وعدم تحقيق الغاية منه وقوع عيب شكلى فى إجراءات المناقصة يؤثر على قرار الإرساء ويؤدى إلى بطلانه^(٢)، إذا أضفنا ذلك لتأكد أن الإعلان عن المناقصة أو الممارسة العامة أو غيرها من الآليات القانونية لإبرام العقد الإدارى، إنما هو إجراء أو شكل جوهرى يترتب على مخالفته - كما ذكرنا - البطلان.

ويعد من الإجراءات الشكلية فى مجال التعاقدات الإدارية كذلك التسبب والذى هو إفصاح عن سبب القرار، أى عن العناصر القانونية أو الواقعية التى دفعت جهة الإدارة لاتخاذ هذا القرار. حقيقة أن القرار يصعب بل يستحيل أن يصدر بدون سبب، إلا أنه من الممكن أن يصدر دون تسبب إلا إذا تطلبه القانون، إذ يفترض فيه دائماً أنه صدر وفقاً للقانون وأنه يهدف

(١) الفتوى رقم ٥١٢ فى ١٧/٨/١٩٨٥، الملف رقم ١٤/١/٦٧.
(٢) الفتوى رقم ١٢٢ فى ٣١/١/١٩٨٨، الملف رقم ٨٦٠/٢٩/٣١.

إلى تحقيق الصالح العام، فهذه قرينة تصحب كل قرار إدارى لم نذكر أسبابه، وتظل قائمة إلى أن يثبت العكس. وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها، وعندئذ يتعين عليها تسبيب قرارها، وإلا كان معيباً بعبء شكلى، أما إذا لم يوجب القانون عليها تسبيب القرار فلا يلزم ذلك كإجراء شكلى لصحته"^(١).

فإذا اتجهنا صوب إجراءات إبرام العقد الإدارى، نجد أن المشرع يلزم جهة الإدارة - فى كثير من الأحيان - بضرورة تسبيب بعض القرارات التى تصدر فى هذا الشأن وذلك كقرار إلغاء المناقصة مثلاً، أو العدول عن أسلوب معين للتعاقد إلى أسلوب آخر، إذ يجب عليها أن تذكر سبب هذا الإلغاء أو ذلك العدول وكذلك فى حالة التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو بطريق الاتفاق المباشر، إذ يجب على جهة الإدارة فى كافة هذه الحالات أن تذكر صراحة السبب أو الأسباب التى دفعتها لاختيار هذا الأسلوب أو ذاك، فإن لم تلتزم بهذا التسبيب كانت قراراتها معيبة بعبء الشكل والإجراء، واجبة الإلغاء.

مع ملاحظة أنه طبقاً للقانون رقم ٢٣١ لسنة ٢٠٠٠ الصادر فى فرنسا بتاريخ ١٢/٤/٢٠٠٠، أصبح التسبيب أمراً واجباً فى كافة القرارات الإدارية، حتى وإن لم يتطلب ذلك، ومن ثم أصبح كافة القرارات أو الإجراءات اللازمة لإبرام العقود الإدارية واجبة التسبيب وإلا كانت - كما ذكرنا - معيبة واجبة الإلغاء.

وأخيراً لنا أن نتساءل هل من الممكن تغطية عيب الشكل والإجراء فى المجال الذى نحن بصدده؟ بحيث يصبح القرار أو الإجراء بعد تلافى هذا العيب مبرراً من عيب عدم المشروعية؟

(٢) الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤ ق.ع، جلسة ١٢/٧/١٩٥٨، المجموعة، السنة الثالثة، ع ٣، ص ١٧٢٩.

للإجابة على هذا التساؤل نميز بين فرضين^(١):

الفرض الأول: أن الإتمام اللاحق للشكل أو الإجراءات، لا اثر له على مضمون القرار الإداري، وذلك في حالة ما إذا كان سيصدر هذا القرار في وضعه الراهن دون تغيير أو تعديل فيما لو كانت الشكليات أو الإجراءات المناقصة قد استوفيت عند إصداره، إذ يصبح الإتمام اللاحق للشكل أو الإجراءات في هذه الحالة مشروعاً، ويكون القرار بالتالي صحيحاً وجديراً بالاحترام.

الفرض الثاني: أن الإتمام اللاحق للشكل أو الإجراءات له أثره على مضمون القرار الإداري، وذلك في حالة ما إذا كان يؤدي إلى تغيير أو تعديل في هذا المضمون، وهنا يصبح استيفاء الشكل أو الإجراء الناقص غير مشروع ويظل القرار رغم ذلك باطلاً جديراً بالإلغاء.

وهو ما ينطبق على كافة القرارات أو الإجراءات التي تكون أساساً لإبرام العقد الإداري، إذ طالما أن العيب الذي أصاب الشكل أو الإجراء لا يؤثر في مضمون أو جوهر القرار، فإن تصحيح أو تغطية هذا العيب يصبح مشروعاً، وذلك على عكس ما إذا كان للعيب المذكور تأثير على مضمون أو جوهر القرار، فإن التصحيح يغدو غير مشروع، ويظل القرار بالتالي غير مشروع.

حقيقة أن حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية قد تبرز في بعض الأحيان الخروج على قواعد الشكل والإجراءات سواء أكان لها تأثير في مضمون وجوهر القرار أم ليس لها هذا التأثير، بحيث يصبح القرار في كافة هذه الحالات مشروعاً واجب الاحترام، وهو ما ينطبق في حالة استحالة إتمام الشكلية من الناحية المادية، أو لخطأ الفاعل نفسه أو بفعل الغير، إلا أن هذه الحقيقة بكل صورها تتنافى مع إجراءات إبرام العقود الإدارية، تلك

(١) الدكتور/ رمضان بطيخ، قضاء الإلغاء، ٢٠٠٩، دار النهضة العربية، ص ١٨١ وما بعدها.

الإجراءات التي لا يجوز التغاضي في خصوصها عن الشكليات المقررة قانوناً والتي تعد في واقع الأمر من النظام العام، إذ هي ليست مقررة لمصلحة المتعاقدين فقط ولا لمصلحة جهة الإدارة وحدها، وإنما مقررة للمصلحة العامة.

ولذا يجب أن تكون الإجراءات والأشكال المقررة في نطاق عملية التعاقد قد جرت بوضوح وبكل شفافية، بما يتيح لذوى الشأن معرفة الحقائق الأساسية لهذه العملية، فضلاً عن معرفة الآليات والأوضاع التي تم في ضوءها اتخاذ هذه الإجراءات والأشكال ، فقد أصبح هذا الأمر من الواجبات التي يفترض على الإدارة والموظف العام النهوض بها معاً، فالإدارة الشفافة هي التي لا تتردد في أن تضع أمام ذوى الشأن المعلومات المتعلقة بإصدار قراراتها، لتكون الشفافية والوضوح من الأدوات الرئيسية لمكافحة الفساد⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أوجه عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية القابلة

للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقصد بأوجه عدم المشروعية الداخلية، الأوجه التي تصيب موضوع أو مضمون القرار أو الإجراء ذاته سواء في محله أو سببه أو غايته، مما يجعل هذا القرار أو الإجراء باطلاً أو غير مشروع، الأمر الذي ينعكس أو يجب أن ينعكس سلباً على العملية التعاقدية برمتها كما سنرى فيما بعد. و سنتناول فيما يلي هذه الأوجه تباعاً.

(1) Oliver, Richard W. What is Transparency? McGraw-Hill, New York, 2004, P. 5.

المطلب الأول

عيب عدم مشروعية محل القرارات الإدارية القابلة للانفصال

في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

ويقال لهذا العيب أيضا عيب مخالفة القانون La violation de la loi، إذ لا يكفي أن تتوافر في القرار الإداري - لاعتباره صحيحا ومشروعاً- كافة الشروط الشكلية سالفة الذكر، وإنما يجب أيضا أن يكون محل هذا القرار مطابقا لمبدأ المشروعية، وذلك بالألا يكون مخالفاً للقانون بمعناه الواسع.

ويقصد بمحل القرار الأثر القانوني الذي يترتب عليه، وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني؛ ولكي يكون هذا الأثر مشروعاً يجب أن يكون ممكناً وجائزاً ومستندا إلى سبب يبرره قانونا، وهو ما يجب أن ينطبق على القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، إذ لا تتميز هذه القرارات عن بقية القرارات الإدارية الأخرى في هذا الخصوص.

ومع ذلك يلاحظ أن المشكلة قد تثور بمناسبة الخلط بين عيوب ركن المحل في القرارات المنفصلة وعيوب ركن المحل في العقد الإداري، ذلك أن محل القرار الإداري المنفصل وإن كان يتجسد في الأثر القانوني لهذا القرار، والذي يحكمه مبدأ المشروعية، إلا أنه ينعكس دون شك على محل العقد المستند إليه، فإذا كان محل القرار مستحيلا مثلاً، فإن محل العقد الذي هو الشيء الذي يلتزم المتعاقد بإعطائه أو يلتزم بعمله أو الامتناع عن عمله، يكون كذلك مستحيلاً، وإن كانت الاستحالة في الحالة الأولى ترجع إلى سبب قانوني، وفي الحالة الثانية ترجع هذه الاستحالة إلى اتفاق الطرفين.

وهكذا يمكن القول إن عيب المحل في القرارات التي تدخل في تكوين عملية مركبة - وهي هنا العملية التعاقدية - قد يكون في ذات الوقت وكما بينا، عيباً في محل العقد المزمع إبرامه، إلا أن ما يهمننا في هذه

الدراسة ذلك العيب الذى يصيب محل القرارات المنفصلة، والذى يتجسد - كما ذكرنا - فى مخالفة القانون بمعناه الواسع، تلك المخالفة التى تأخذ أوضاعاً ثلاثة نبيها تبعاً.

الفرع الأول

المخالفة المباشرة لنصوص القوانين واللوائح

تعنى هذه المخالفة أن جهة الإدارة تخالف بشكل كلى أو جزئى نصوص قوانين المناقصات والمزايدات واللوائح التنفيذية لها؛ وذلك بأن تتخذ قرارات تتنافى فى مضمونها أو فى محلها مع مضمون هذه النصوص، بحيث تأتى مثلاً بشروط تخالف بها الشروط الواجبة الاتباع قانوناً فى آليات التعاقد، أو تخالف المدد المنصوص عليها كحد أدنى لتقديم العطاءات، أو أن تتخذ قراراً بعدم أحقية بعض المتنافسين - بالمخالفة للقانون - من التقدم بعطاءاتهم أو من استمرارهم فى المنافسة... وهكذا.

وهذه المخالفة قد تكون فى صورة تجاهل أو امتناع عمدى ومثالها أن ترفض اللجنة المختصة قبول العطاءات رغم ورودها فى المواعيد القانونية، أو أن ترفض رغبة أحد المتنافسين من التقدم بتعديلات فى عطاءه قبل فتح المظاريف رغم أن اللوائح تجيز ذلك... الخ.

وقد تكون فى صورة تجاهل أو امتناع غير عمدى، كأن تتخذ الإدارة قراراً فى خصوص ما دون أن تنتبه إلى أن قانوناً جديداً قد صدر يضع قيوداً على اتخاذ مثل هذا القرار لم تكن موجودة من قبل؛ خاصة أن القرار الإدارى إنما تحكم مشروعيته القواعد النافذة وقت صدوره، مع مراعاة التدرج فى تلك القواعد، وخضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وبشرط أن تكون تلك القواعد نافذة فى حق الأفراد.

والمخالفة فى الحالة التى نجن بصدها يسهل فى واقع الأمر إثباتها، حيث لا يتطلب الأمر أكثر من إثبات قيام القاعدة القانونية الصحيحة أو

القاعدة التي تمت مخالفتها، وأن الإدارة تجاهلت هذه القاعدة بشكل كلى أو جزئى، فأنت بعمل تحرمه هذه القاعدة، أو امتنعت عن القيام بعمل توجبه. إضافة إلى أنه لا يمكن الاتفاق فى مجال إبرام العقود الإدارية على مخالفة أى من النصوص الحاكمة لهذا المجال. فالاختصاص مثلاً تحدده نصوص القوانين واللوائح، ومن ثم لا يمكن الاتفاق على مخالفة تلك النصوص، إذ يجب أن يمارس الاختصاص وفق هذه النصوص وبواسطة السلطات التى حددتها، وبالتالي يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً كل إجراء يتخذه الإدارة باتفاق إرادى مع المتنافسين أو غيرهم على خلاف ما تقضى به النصوص القانونية واللائحية.

الفرع الثانى

الخطأ فى تفسير القاعدة القانونية

على عكس المخالفة سالفة الذكر، فإن المخالفة التى نحن بصددنا قد تحدث كثيراً فى الواقع العملى، ذلك أن التفسير بطبيعته عملية ذهنية قوامها إمعان النظر فى النصوص القانونية من أجل استجلاء وكشف غموض بعض الأحكام، خاصة التفصيلية منها، ولذا فقد يختلف التفسير من شخص إلى آخر لذات النص القانونى، فإن كان هناك خطأ فى تفسير أى من النصوص الحاكمة لإجراءات التعاقد، والذى قد يكون بحسن نية - وهو فى الغالب كذلك بسبب غموض النص أو عدم وضوحه، أو أن تأويله يمكن حمله إلى عدة وجوه - وقد يكون أيضاً بسوء نية وذلك فى حالة ما إذا كان النص واضحاً ولا يحتمل أى تأويل، فإن القضاء الإدارى يصبح هو المرجع، فى مثل هذه الحالات، ويجب على جهة الإدارة أن تلتزم بالتفسير الذى يقول به هذا القضاء، خاصة أن المحكمة حين تعمل سلطتها فى التفسير القضائى للنصوص، فإن ذلك يقتضيها، كما تقول المحكمة الإدارية العليا - ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع، بل عليها أن تستظهر هذه الإرادة وألا تخوض فيما

يجاوز تحريها لماهيتها بلوغاً لغاية الأمر فيها مستعينة في ذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها مثل ما دار عند مناقشة القانون في الهيئة التشريعية أو عاصرتها مثل المذكرة الإيضاحية أو غير ذلك من التقارير المرفقة بالقانون، وذلك كله للوقوف على إرادة المشرع^(١).

ومن أكثر تطبيقات هذه المخالفة في العمل أن تحاول الإدارة إقحام أحكام جديدة لم ترد في القانون، فالمسلم به مثلاً أن الإدارة إذا كان من حقها أن تصدر لوائح لتنفيذ القانون، فليس لها أن تضيف جديداً إلى أحكامه، بل تقتصر سلطتها على وضع الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام الواردة في صلب القانون، وكل زيادة أو تجديد يعد غير مشروع، ومن ذلك أيضاً أن يحدد القانون أو اللائحة الشروط اللازمة للتقدم بالعطاء في المناقصات العامة، فتضيف الإدارة من عندها شروطاً جديدة إلى تلك الشروط لا علاقة لها بها، بل وقد تتفاقم مع هذه الشروط الأخيرة^(٢).

الفرع الثالث

الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع

حينما يضع المشرع القواعد القانونية إنما يضعها لكي تطبق على وقائع معينة مادية كانت أم قانونية، فإذا لم تتوافر هذه الوقائع، فإنه يستحيل تطبيق تلك القواعد، وإلا كان هذا التطبيق - والذي يتم من خلال قرارات إدارية - خطأ ويبطل بالتالي القرار الذي صدر مستنداً إليها. فالمفترض هنا إذن أن هناك قواعد قانونية، وأنها واضحة المعنى لا لبس فيها ولا غموض، ثم تأتي جهة الإدارة وتطبقها على وقائع لم تجعل لها هذه القاعدة، فيكون خطؤها في هذه الحالة متمثلاً في مخالفة القانون.

(١) الطعن رقم ٣٥٨٦ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٦/١، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٥، ص ٢٩.

(٢) الدكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ٨٤٥.

فالقاعدة القانونية الخاصة بآلية المناقصات العامة مثلاً، لا يجوز تطبيقها - والحال هكذا- على آلية الاتفاق المباشر أو آلية المناقصة المحدودة، وإلا كان هذا التطبيق خطأ، ومن ثم مخالفاً للقانون؛ ويستوى في ذلك عدم وجود الوقائع ذاتها، أو أنها موجودة ولكن لم تتحقق فيها الشروط التي يتطلبها القانون، ففي الحالتين لا يجوز تطبيق القاعدة القانونية عليها وإلا كان هناك خطأ في الوقائع تبطل معه القرارات التي استندت في خصوصها إلى تلك القاعدة.

ولذا يقع على عاتق مجلس الدولة ليس فقط مراقبة الوقائع والتحقق من وجودها، وإنما التحقق أيضاً من مدى توافر الشروط القانونية التي تجعلها مبررة للقرار؛ وهو ما يقال لها رقابة تقدير الوقائع، وذلك بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية. وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري "إنه وإن كان لا يجوز لمحكمة القضاء الإداري تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري أو عدم ملاءمة ذلك، إلا أن لها الحق في بحث الوقائع التي بنى عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون. وحققها في ذلك لا يقف عند حد التحقق من صحة الوقائع المادية التي انبنى عليها القرار، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون لاعتبارها من العناصر التي يبنى عليها القرار، وللمحكمة في حدود رقابتها للقرار أن تقدر تلك العناصر التقدير الصحيح لتنزيل حكم القانون على مقتضاه^(١).

حاصل القول إذن أن مخالفة الإدارة للقانون بمعناه الواسع، وعلى أي وجه من الأوجه السابقة، إنما يترتب نتيجة حتمية، وهي بطلان القرارات الصادرة عنها في هذا الخصوص، مع ملاحظة أن البطلان هنا قد يكون بطلاناً نسبياً إذا ما كانت المخالفة بسيطة يسيرة، ينحصر أثرها في جعل القرار الإداري قابلاً للإبطال مع احتفاظه بمقومات القرار الإداري، بحيث أنه

(١) الحكم الصادر في ١٩٤٨/٢/٢٤، السنة ٢، المجموعة، السنة الثالثة، ٣٥٨.

إذا مضت المدد القانونية المحددة للطعن بالإلغاء تحسن هذا القرار وأصبح منتجاً لكافة آثاره^(١) كما لو صدر قرار متجاهلاً بعض الشروط الثانوية فى الإعلان عن المناقصة العامة.

كما قد يكون البطلان مطلقاً وذلك فى حالة ما إذا كان عيب مخالفة القانون جسيماً يصل إلى حد الانحدار بالقرار الإدارى وجعله مجرد واقعة مادية، كما لو تم الإعلان عن مزايده لتوريد أمور محرمة قانوناً. وإذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية تلعب فى خصوص القرارات الإدارية بصفة عامة، دوراً هاماً إذ يمكن أن تغطى فى حالات كثيرة عيب مخالفة القانون، بحيث تصبح القرارات التى تصدر فى ظلها وهى معيبة بهذا العيب، مشروعة ومنتجة لآثارها، إلا أنه فى مجال العقود الإدارية يصعب أن تطبق هذه القاعدة على القرارات الإدارية المنفصلة، إذ هناك - كما ذكرنا من قبل - بدائل قانونية وضعها المشرع فى مجال العقود الإدارية يمكن الاختيار من بينها إذا تعذر اللجوء إلى احداها لظروف استثنائية.

المطلب الثانى

عيب عدم مشروعية السبب فى القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى ضوء بطلان أركان العقد الإدارى

من أسباب عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، بطلان أو انعدام السبب الذى تستند إليه هذه القرارات، باعتبار أن السبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التى تحدث بعيداً عن رجل الإدارة وتدفعه إلى اتخاذ القرار بقصد إحداث أثر قانونى ابتغاء وجه الصالح العام.

فالمناقصات أو المزايدات العامة لا يمكن اللجوء إليها مثلاً إلا إذا

(٢) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٩٩٥، السنة ١١ق، جلسة ١٩٥٧/١٢/٣، مجموعة السنتين ١٢، ١٣، ص ١٥١.

كانت هناك أسباب حقيقية وجادة تبرر ذلك، كما لو كانت المرافق العامة تتطلب ضرورة إنشاءات جديدة أو صيانة مبان قائمة أو تتطلب توريد معدات أو أصناف معينة من المواد الغذائية.... الخ. فإن لم تكن هناك أسباب حقيقية وجادة، وتم إعلان - رغم ذلك - عن مناقصة أو مزايمة في خصوصها، كان القرار الصادر بهذا الإعلان باطلاً جديراً بالإلغاء.

حقيقة أن الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرارات التي تصدرها استناداً إلى قرينة السلامة لتلك القرارات، إلا أنه إذا ألزمتها المشرع بذلك وجب عليها تسبب قراراتها، باعتبار أن هذا التسبب واحداً من الأشكال الجوهرية للقرارات الإدارية كما سلف القول، والتي يترتب على إغفالها بطلان القرار. وفي ذلك يقول مجلس الدولة المصري " من المفروض في كل قرار إداري - حتى ولو صدر خلواً من ذكر الأسباب - أن يكون مستتباً في الواقع إلى دواع قامت لدى الإدارة حين أصدرته وإلا كان القرار باطلاً لفقدانه ركناً أساسياً هو سبب وجوده ومبرر إصداره^(١).

وإذا كان السبب على هذا النحو عنصراً جوهرياً من عناصر القرار الإداري، فإنه كذلك في العقود الإدارية، حيث لا يقوم أي تصرف قانوني (قرار أم عقد) بغير سبب مشروع. ويعرف السبب في العقد بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد أو بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه^(٢)؛ فهو يجسد بذلك مبدأ سلطان الإرادة التي لها أن تنشئ من الالتزامات ما تشاء بشرط أن تكون الغاية التي ترمى إليها الإدارة مشروعة ولا تتعارض مع قيم المجتمع وآدابه.

وهنا يلاحظ الاختلاف بين فكرة السبب في القرار الإداري ونظيرتها في العقد الإداري، إذ بينما يجسد السبب في هذا الأخير - كما ذكرنا - مبدأ

(١) محكمة القضاء الإداري، الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٣/١٩، المجموعة، السنة السادسة، ص ٦٨٣.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.

سلطان الإرادة التي لها أن تنشئ من الالتزامات ما تشاء، فإن السبب في القرار الإداري لا يخضع لمبدأ سلطان الإرادة وإنما لمبدأ المشروعية، فهو يهدف إلى إحداث أثر قانوني أي أثر رتبته القانون بعيداً عن سلطان الإرادة. فالسبب إذن كما هو عنصر في القرار الإداري، فإنه أيضاً عنصر في العقد الإداري ولذا فإن القرار أو العقد الذي لا سبب له لا ينتج ثمة أثر وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي. والمصري إذ يقرر أن القرار الإداري سواء كان لازماً تسببياً كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقاً وحقاً؛ أي في الواقع وفي القانون وذلك كركن من أركان انعقاده باعتبار القرار تصرفاً قانونياً ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه^(١).

وبالنسبة للعقد الإداري فإنه طبقاً للمادة ١٣٦ من القانون المدني المصري وتقابلها المادة ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي، أن إبرام العقد فاقداً لسببه يترتب عليه البطلان؛ طبقاً للمادتين سالفتي الذكر "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً". مع ملاحظة أن هناك فرقاً بين الأسباب القانونية والأسباب الواقعية في القرار الإداري، إذ الأسباب الأولى يحددها المشرع في حالات معينة، بل ويفرض على جهة الإدارة - إذا ما تحققت هذه الأسباب - ضرورة أن تتخذ القرار، بحيث تغدو سلطتها أو اختصاصها في هذه الحالة اختصاصاً مقيداً، فإذا حدد المشرع مثلاً شروطاً معينة في العينة الواجب على أصحاب العطاءات تقديمها، فإن على الإدارة أن تلتزم باحترام هذه الشروط، بحيث أنها إذا تحققت وجب عليها أن تعتمد هذه العينة، وإن تخلف واحد منها أو أكثر التزمت بعدم الاعتماد. وذات الشيء أيضاً بالنسبة لصاحب العطاء الذي

(٢) المحكمة الإدارية العليا، ١٣/٧/١٩٥٨، المجموعة، السنة ٣، ص ١٧٢٩، وفي ذات المعنى: C.E., 29-1-1947, Aichaux, R.D.P., 1948, P. 78.

لم يتم إرساء العطاء عليه، فإنه يجب أن يرد إليه التأمين الابتدائي، فإن امتنعت عن ذلك دون مبرر قانوني أو دون أن تكون هناك واقعة تسمح للإدارة مصادرة هذا التأمين كان قرارها مخالفا للقانون واجب الإلغاء.

أما الأسباب الواقعية، فهي الأسباب التي يترك للإدارة في خصوصها سلطة تقديرية، بحيث يصبح لها أن تختار ما تشاء من الأسباب التي تبرر تدخلها، وهو ما يحدث في حالة ما إذا لم يفرض المشرع على الإدارة سببا أو أسباباً معينة لإصدار قراراتها، أو كما نقول محكمة القضاء الإداري: أنه من المعلوم أنه في الحالات التي لا يشترط فيها القانون وجوب قيام سبب أو أسباب معينة لإصدار قرار معين، يكون للإدارة الحرية في اختيار ما تشاء من الأسباب التي تراها صالحة لبناء قرارها^(١).

وهنا يلاحظ أيضا الاختلاف بين فكرة السبب في القرار الإداري على النحو سالف الذكر، وهذه الفكرة في العقد الإداري، ذلك أن معيار العقد الإداري معيار موضوعي وداخلي في العقد *interinséque* ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، وهو الالتزام المقابل، ولا يتغير بتغير الباعث والدوافع^(٢).

ومع ذلك يجب أن نشير إلى أن حرية الإدارة في اختيار هذا السبب أو ذلك عندما تصدر قراراً ما، لا يعني أن سلطتها في هذا الخصوص سلطة مطلقة، بل هناك ضوابط وقيود يجب أن تلتزم بها عند اختيارها للسبب المبرر لتدخلها بأن يكون هذا السبب محقق الوجود وقائماً من وقت طلب إصدار القرار إلى تاريخ صدوره فعلاً. فهذا التاريخ هو المعتبر في الواقع للحكم على مشروعية ذلك القرار، فإذا انعدم السبب الذي قام عليه القرار وقت صدوره، فإنه يغدو غير مشروع، حتى ولو وجدت أسباباً أخرى بعد

(١) الحكم الصادر في ١٩٥٧/٥/٨، السنة ١١ق، المجموعة، ص ٤٢٨.

(٢) الدكتور زكي النجار، المرجع السابق، ص ١٢٩.

ذلك يمكن أن تستند إليها الإدارة^(١). وذات الشيء بالنسبة للعقد الإداري. إذ المستقر عليه في هذا الشأن أن العبرة في صحة العقد بوقت إبرامه، فإن أبرم صحيحاً قائماً على سببه الصحيح ظل صحيحاً، ولا يؤدي زوال السبب بعد ذلك إلى بطلان العقد، وإنما يضحى مبرراً لطلب فسخ العقد^(٢).

كما يجب أن يكون السبب مشروعاً، وهو يكون كذلك - كما تقول المحكمة الإدارية العليا إذا كان "... حقيقياً لا وهمياً ولا صورياً وصحيحاً ومستخلصاً استخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة تنتجها...^(٣). وذات الشيء بالنسبة للسبب في العقد الإداري إذ لا يكفي أن ينعقد هذا العقد قائماً على سبب موجود فعلاً وإنما يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً، فإن كان غير مشروع أي مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو الآداب العامة، فإن العقد يكون باطلاً^(٤)، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري الذي سوى بين أن يكون عدم المشروعية متحققاً في جانب الطرفين أو في جانب أحدهما في العقد^(٥).

إن سبب القرار الإداري يجب أن يكون محدداً بوقائع ظاهرة يقوم عليها، فلا يكفي السبب العام المجهل وغير الواضح، وهو ما يقال له في إطار العقد الإداري أن السبب يجب أن يكون معلوماً للطرف الآخر في العقد، حتى ولو لم يكن متفقاً عليه، إذ الهدف من ذلك - كما يقول السنهوري - استقرار التعامل^(٦).

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٨/١/١٩٥٥، ص ٩٩، المجموعة، ص ٢٤٧.
(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Michaux سالفه الذكر، وانظر أيضاً المستشار/ حمدي يس عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٣؛ الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

(٤) الحكم الصادر في ١٣/٤/١٩٥٧، مجموعة، السنة الحادية عشرة، ص ٤١٦.
(٥) DE Laubadère, op. cit., T.I., P. 230.

إذ يقول:

La nécessité d'une cause réelle licite dans les contrats administratifs n'est guère discutable.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٣٥، ص ٢٣٦.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٥٧.

هذا وقد يكون للقرار أكثر من سبب، فإن مخالفة البعض منها للقانون، لا يعنى أن القاضى يحكم بالضرورة ببطلان هذا القرار، وإنما يبحث فيما إذا كانت الإدارة سوف تتخذ ذات القرار على أساس ما ثبتت صحته من أسباب أخرى. فإن كانت الإجابة بالإيجاب كان القرار مشروعاً، وإلا كان باطلاً واجب الإلغاء.

وفى هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا، أنه إذا قام القرار الإدارى على أكثر من سبب، فإن استبعاد أى سبب فيه لا يبطل القرار طالما كان السبب الآخر يؤدي إلى النتيجة ذاتها^(١)؛ وهو ذات اتجاه مجلس الدولة الفرنسى، إذ جرى على أن يحل من تلقاء نفسه السبب الصحيح للقرار بدلاً من سببه الرهيمى^(٢) *substitue le véritable motif au motif érroné*. ومعنى ذلك أن القاضى يباشر فى هذه الحالة دوراً إيجابياً وذلك بقيامه بفحص كافة الوقائع أو الأسباب التى استند إليها القرار للوقوف من ناحية على الدوافع الحقيقية من وراء إصداره، ومن ناحية أخرى على ما إذا كانت تلك الدوافع تكفى للإبقاء عليه أم لا تكفى لذلك، ومن ثم يقضى بالبطلان أو الإلغاء، وهو بصدد الإجابة على هذا التساؤل إنما يضع نفسه موضع رجل الإدارة، وذلك من خلال الفحص أو التحقيق *l'instruction* الشامل لموضوع الطعن وظروفه والذى يشتمل على أسانيد الأطراف ودفوعهم والظروف التى أحاطت بإصدار القرار ونصه وكذلك ملف الدعوى... وإجمالاً على كافة الظروف والمعطيات التى أحاطت بالحالة المعروضة^(٣).

وأخيراً فإن مجلس الدولة الفرنسى وبعد أن كان يراقب مشروعية أسباب القرار الإدارى ومدى اتفاقها مع القانون من عدمه، بسط هذه الرقابة لتشمل بداءة الوجود المادى للوقائع التى يستند إليها القرار الإدارى، ثم

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/٥/٢٤، مجموعة المبادئ، ص ٢٠٤٨.

(5) C.E, 8-6-1934, Augier, Dalloz, 1934, 3, 31.

(١) الدكتور/ رمضان بطيخ، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

التكليف القانوني لهذه الوقائع، أى أصبح يراقب مدى تبرير تلك الوقائع للقرار الذى يستند إليها، ثم بحث أخيراً فى مدى أهمية وخطورة تلك الوقائع وتقدير مدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ على أساسها وهو ما يقال له رقابة الملاءمة.

وهو ما تبناه مجلس الدولة المصرى منذ نشأته، فقد أخضع لرقابته الوجود المادى والقانونى للوقائع التى يستند إليها القرار الإدارى، فقد قضت محكمة القضاء الإدارى "أنه إذا كانت الإدارة تستقل بوزن مناسبات قرارها وبتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره دون أن يكون للقضاء التعقيب عليها فى هذا الشأن، إلا أن مناط ذلك أن تكون قد استندت فى قرارها إلى وقائع صحيحة مؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها القرار"^(١).

ولم يختلف مسلك المحكمة الإدارية العليا، عن ذات مسلك محكمة القضاء الإدارى فى هذا الصدد فقد بسطت رقابتها على وجود وصحة الوقائع التى تتخذها الإدارة أساساً لقراراتها، متبينة فى أحكامها المبادئ المستقرة فى هذا الشأن^(٢).

كما أخضع المجلس لرقابته كذلك مدى صحة هذه الوقائع قانوناً، إذ تقول المحكمة الإدارية العليا: "...فإذا كانت الوقائع مع فرض ثبوتها، لا تؤدى إلى هذا الوصف أو أن تكيفها على هذا النحو يعتبر تكيفاً غير سليم من الناحية القانونية، فإن السبب الصحيح لا يعتبر قائماً"^(٣). كما أقر المجلس لنفسه وعلى سبيل الاستثناء رقابة مدى التناسب بين أهمية وخطورة الوقائع وبين الإجراء المتخذ على أساسها^(٤)، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا: "أن

(٢) الحكم الصادر فى ١٩٤٨/١/٧، مجموعة السنة الثانية، ص ٢٢٢.

(١) الطعن رقم ٧٥٣، جلسة ١٩٥٦/٤/٧، مجموعة السنة الأولى، س ١، ص ٦٥٧.

(٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٢/١، مجموعة السنة الحادية والعشرون، ص ٤٣.

(٣) حول هذا الموضوع انظر الدكتور/ رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة للحد من السلطة التقديرية للإدارة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ومدى استفادة مجلس الدولة المصرى منها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

أجهزة الأمن وإن كانت تترخص في تقدير الخطورة الناشئة عن الحالة الواقعية التي يصح لها أن تتدخل لمواجهتها بالإجراء الضبطي المناسب، فإنه يشترط أن يكون لهذه الحالة وجود حقيقي ووقائع محددة يكون من شأنها أن تنبئ في التقدير السليم للأمر أن ثمة خطر يقتضى التدخل من جانب هذه الأجهزة^(١).

المطلب الثالث

عيب عدم مشروعية الغاية في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقال لهذا العيب، عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها Le détournement de pouvoir ويقصد به أن يسعى رجل الإدارة نحو تحقيق هدف غير الهدف الذي حدده له القانون، فإذا لم يكن القانون قد حدد هدفاً معيناً، فإن على رجل الإدارة أن يسعى نحو تحقيق الصالح العام، وإلا تحقق هذا العيب.

وإذا كان عيب الغاية يختلط أحياناً بعيب مخالفة القانون بمعناه الضيق وذلك في حالة ما إذا كان المشرع قد حدد لرجل الإدارة هدفاً معيناً، ولم يلتزم به هذا الأخير، بل عمد إلى تحقيق هدف آخر، فإنه يكون بذلك قد ارتكب خطأ يتمثل في مخالفة القانون، حتى وإن كان يقصد من وراء هذا الهدف تحقيق المصلحة العامة. وهنا يمكن أن يقال أن رجل الإدارة قد انحرف بالسلطة الموكلة إليه.

ولذا أرى أن عيب الانحراف بالسلطة بهذا المعنى يدخل في إطار عيب مخالفة القانون، وذلك على عكس ما إذا لم يكن المشرع قد حدد هدفاً معيناً لرجل الإدارة، وإنما منحه لذلك سلطة تقديرية يحدها فقط قيد المصلحة العامة، فإذا اختار رجل الإدارة من بين الوسائل المتاحة أمامه وسيلة لا تحقق

(٤) الطعن رقم ٦٩٧١ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٠.

الصالح العام، فإنه يكون بذلك قد أساء استعمال سلطته، وهو ما يفترق عن عيب مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة سالف الذكر.

وهكذا يرتبط عيب إساءة استعمال السلطة، بالسلطة التقديرية لرجل الإدارة وليس بالسلطة المقيدة له وذلك خلافا لعيب الانحراف بالسلطة والذي يرتبط بالسلطة المقيدة لرجل الإدارة؛ الأمر الذي يمكننا معه تعريف عيب الغاية فى القرار الإدارى، بأنه العيب الذى يرتبط بالسلطة التقديرية لرجل الإدارة وذلك بأن يتعمد - مستغلاً فى ذلك الامتيازات الممنوحة له - تحقيق مصالح ذاتية أو شخصية.

ولذلك فإن البحث فى هذا العيب يعد مسألة ذاتية أو شخصية تتعلق بشخص الموظف العام، مما يضطر معه القضاء لأن يتدخل فى نوايا وبواعث هذا الموظف بحسبانها محل الرقابة فى هذا العيب؛ فهو لا يتعلق فى الواقع بأمر مادى أو موضوعى يسهل التحقق منه.

من هنا تبدو خطورة هذا العيب، خاصة أن القرار الذى يكون مصابا به هو قرار سليم فى كافة عناصره وأركانه الأخرى المتعلقة بالاختصاص والشكل، وأن محله يتفق والقانون، وقائم كذلك على سبب قانونى أو مادى صحيح، ولكن مصدره - رغم ذلك وفى حماية من مظاهر المشروعية - يعتمد إلى تحقيق هدف لا يتفق والصالح العام.

وحيثما نقول يعتمد، فذلك لأن هذا العيب عمدى أو قصدى، وهو ما يفيد التعمد أو القصد السئ لدى رجل الإدارة للوصول إلى نتائج يحقق بها مصالحه الذاتية أو الشخصية، وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "إن إساءة استعمال السلطة (أو الانحراف بها) هما من العيوب القصدية فى السلوك الإدارى، فوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة (أو الانحراف بها)، فعيب إساءة استعمال السلطة الذى يبرر إلغاء القرار الإدارى أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها، بأن تكون جهة

الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغيها القرار^(١). هذا وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يتفق مع القول بأن عيب الغاية لا يمكن تصووره سوى مع تمتع الإدارة بهامش من التقدير، ذلك لأن الإدارة ملزمة بنص القانون أو بدونه بتحقيق المصلحة العامة، وكما هو معلوم فالمصلحة العامة عنوان واحد وإن تعددت صورته، ومن ثم لا يمكن تصور أن للإدارة سلطة تقديرية في تحديد المصلحة العامة التي تتغيها، وإلا كانت هناك مخالفة لقاعدة تخصيص الأهداف التي تمثل صورة من صور إساءة إساءة استعمال السلطة على النحو الذي سنتولى البحث فيه^(٢).

وكما هو واضح فإن هذا الجانب الفقهي يخلط بين عيب إساءة استعمال السلطة والمرتبب بما للإدارة من سلطة تقديرية وبين الانحراف بالسلطة والمرتبب بالسلطة المقيدة للإدارة وذلك على النحو سالف الذكر؛ ولدحض هذا الاتجاه نقول أيضاً أن هذا العيب (إساءة استعمال السلطة) يتحقق دائماً في حالة غياب المصلحة العامة، أما وأن هذه المصلحة - والتي لها صور عديدة كما ذكر صاحب الاتجاه السابق - قد تحققت، فإن القرار يصبح مشروعاً أياً كانت هذه الصورة، بما مفاده أن رجل الإدارة له سلطة تقديرية ليس فقط في اختيار هذه الصورة أو تلك من صور المصلحة العامة، وإنما أيضاً في وسيلة تحقيق هذه الصورة، وهذا هو وجه التقدير الذي تتمتع به جهة الإدارة في خصوص عيب الغاية في القرار الإداري.

وباعتبار أن هذا العيب من العيوب القصدية - كما ذكرنا - فإن القضاء قد درج على اعتباره عيباً احتياطياً، بمعنى أن القاضي الإداري لا يلجأ إليه إلا بعد أن يتأكد من عدم وجود عيب آخر يمكن أن يؤسس عليه الحكم بالإلغاء.

(١) الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٩٦٩/٥/٣، المجموعة، السنة ١٤، ص ٦٤١.
(٢) الدكتور/ دريد عيسى إبراهيم، الرقابة على إبرام العقد الإداري بطريق المناقصة العامة، دراسة مقارنة، دكتوراه عين شمس، ٢٠١٦، ص ٤٢٩.

وإن كنت أرى من جانبي أنه ليس هناك عيب أصلي وآخر احتياطي في مجال بحث مشروعية القرارات الإدارية، فكافة العيوب هي في حقيقتها عيوب أصلية أو أساسية؛ أما وأن القاضى يضطر لإثبات العيب الذى نحن بصدده أن يتعمق للوقوف على البواعث النفسية أو على أمور خفية لدى جهة ادارة، فهذا أمر لا يضيف إطلاقاً على هذا العيب صفة الاحتياطية أو الثانوية؛ وكل ما فى الأمر أنه فى حالة ما إذا كان هناك عيب واضح وظاهر وجلى للإلغاء، فإن على القاضى أن يكتفى بمثل هذا العيب، أما إذا لم يوجد مثل هذا العيب، فإنه يتحتم على القاضى أن يبحث ويدقق بكافة سبل وآليات الإثبات والى قد تتمثل فى التحقيق أو ملف الدعوى أو فى المستندات والأوراق والمكاتبات أو فى التضارب والتعارض فى إدعاءات الإدارة، أو فى القرائن المحيطة بالنزاع أو فى عدم الملاءمة الظاهرة... الخ، وذلك للوصول إلى حقيقة الهدف الذى يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه؛ فإن ثبت أن هذا الهدف تحقيق الصالح العام قضى برفض الدعوى، وإلا قضى بعدم مشروعية القرار المطعون فيه.

ولذا لا نتفق مع الجانب الفقهي الذى يرى أنه ليس على القاضى الإدارى أن يتحاشى هذا العيب ابتداء بحثاً عن غيره من العيوب الأخرى ليقضى بعدم مشروعية القرار الإدارى^(١)؛ ذلك أن القاضى إذا تحاشى هذا العيب ابتداء، فذلك لأن هناك عيب آخر أكثر ظهوراً ووضوحاً يحقق ذات الغاية من الطعن وهو إلغاء القرار المطعون فيه، خاصة أنه يكفى لمثل هذا الإلغاء أن يتحقق عيباً واحداً من عيوب عدم المشروعية وأياً كان هذا العيب. هذا وتتخذ مجانية المصلحة العامة صوراً عديدة، فقد يعمد رجل الإدارة إلى استخدام سلطته بقصد الانتقام الشخصى، أو بقصد تحقيق نفع شخصى له، أو لمحاباة الغير... الخ.

(١) الدكتور/ دريد عيسى إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

فإذا اتجهنا صوب القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، فإننا نؤكد أنه وإن كان من غير المتصور انطواء مثل هذه القرارات على مثل هذا العيب (عيب الغاية)، ذلك أن القانون أو اللائحة الحاكمة لإجراءات التعاقد الإداري، إنما تتولى وبالتفصيل بيان ضوابط وقيود هذه الإجراءات، بحيث يصعب تصور الخروج على هذه الضوابط أو تلك القيود دون الوقوف على حقيقة مخالفة ذلك للقانون وذلك كما رأينا عند دراسة عيب المحل في القرار الإداري، إلا أن ذلك لا يمنع من تصور وجود عيب الغاية أيضا في خصوص تلك القرارات، كما لو تعمدت جهة الإدارة إرساء العطاء على شخص لا يستحق لا لشيء إلا لتحقيق مصالح شخصية أو ذاتية، أو تعمدت إخفاء حقيقة احتياجات أو مواصفات ما تحتاج إليه جهة الإدارة بقصد نفع شخصي أو ذاتي، أو تعمدت إخفاء بعض البيانات أو المعلومات الخاصة ببعض العطاءات وذلك لتفويت الفرصة على أصحابها للفوز في منافسة حرة شريفة... وهكذا.

ولكن هل يقتصر عيب عدم مشروعية الغاية - في ضوء التصور الذي رأيناه - على القرارات الإدارية المنفصلة على النحو السابق أم من الممكن تحققه في خصوص أركان العقد الإداري؟

وإذا كنا قد ذكرنا من قبل أن السبب مركن في العقد الإداري، هو الباعث الدافع إلى التعاقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فهل معنى ذلك أن يختلط عيب السبب بعيب الغاية في العقد الإداري؟ أم أن كلا منهما له استقلالته وذاتيته؟

في الواقع من الأمر يمكن القول أن عدم مشروعية السبب، أو بمعنى أدق عدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد، قد يتحقق - كما بينا من قبل - لدى طرفي العقد أو أحدهما فقط، في حين أن عيب إساءة استعمال السلطة (عيب الغاية) لا يتحقق إلا لدى جهة الإدارة دون المتعاقد معها، مما يعنى أن

هذا العيب الأخير أضيق نطاقاً من عيب السبب أو من عيب الباعث الدافع، لأنه لا يتعلق إلا بباعث الإدارة غير المشروع ولا يمتد ليشمل الباعث غير المشروع للمتعاقد مع الإدارة.

فعبء الغاية في العقود الإدارية يتميز إذن عن عيب السبب أو الباعث الدافع.

من هنا فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يجب الالتجاء إلى نظرية السبب غير المشروع أو الباعث غير المشروع - كما يعرفها القانون الخاص - للوقوف على السبب غير المشروع لكلا المتعاقدين في العقد الإداري، وخاصة ما يتعلق بالمتعاقد مع جهة الإدارة، بحيث يكون إساءة استعمال السلطة فقط عندما لا يمكن لنظرية السبب غير المشروع أن تلعب دورها في العقود الإدارية.

فلو أن الجهة الإدارية أصدرت قراراً بإبرام العقد، وكان هذا القرار مشوباً بعيب الغاية، كان العقد باطلاً وذلك استناداً إلى نظرية إساءة استعمال السلطة، وأما إن أبرمت العقد بقصد تحقيق مصالح خاصة لها استناداً إلى اتفاق سرى بينها وبين المتعاقد معها فإن العقد يكون باطلاً ولكن استناداً إلى نظرية الباعث غير المشروع⁽¹⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي رفض الأخذ بفكرة بطلان العقد الإداري تأسيساً على فكرة إساءة استعمال السلطة، وذلك في قضية تتحصل وقائعها في أن حاكم إحدى المستعمرات الفرنسية (الصومال) عين إحدى قريباته وتدعى Mile Soulier مديرة لإحدى المدارس بعد تعديله لائحة المدرسة وشروط تعيين مديرة المدرسة، وقبل مغادرته المستعمرة وبصفته حاكماً لها أبرم عقداً إدارياً مع قريبتة المذكورة، مما حدا بخلفه

(1) DE laubadère, op. cit., P. 37.

وانظر أيضاً الدكتور/ زكي محمد النجار، رسالته السابقة، ص ١٤٠.

(الحاكم العام الجديد) إلى إصدار قرار ببطلان الإجراءات المعدلة للاتحة المدرسة وبطلان العقد المبرم مع قريبة سلفه.

وقد اقترح مفوض الحكومة: (بطلان العقد) تأسيساً على فكرة إساءة استعمال السلطة، ذلك أن الإدارة حين تتصرف يتعين عليها ألا تنتكب المصلحة العامة، وأن تكون تلك المصلحة هي رائدها ومبتغاها دائماً من تصرفاتها وقراراتها، وأكد مفوض الحكومة أن العقد لم يبرم إلا لصالح قريبة الحاكم العام للمستعمرة، وأنه ما كان العقد ليبرم نهائياً لولا تعديل اللاتحة والشروط.

وقد انتهى المجلس إلى أنه إذ كان ما تقدم فإن قرار الحاكم بتعديل اللاتحة وما تبعه من إجراءات تخص الأنسة Soulier يعد باطلاً لإساءته استعمال سلطته، ومن ثم يبطل العقد لبطلان الأساس الذي قام عليه العقد.

ويلاحظ أن الحكم وإن أقام بطلان قرارات الحاكم العام للمستعمرة على أساس عيب إساءة استعمال السلطة، إلا أنه لم يقض ببطلان العقد على ذات الأساس تأكيداً على كفاية عدم مشروعية السبب كأساس لبطلان العقود عند توافرها^(١).

حاصل القول إذن أن القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، لا تختلف في خصوص المشروعية التي يجب أن تكون عليها وبالتالي في العيوب التي تصيب هذه المشروعية، عن بقية القرارات الإدارية الأخرى، وإن كانت تنسم في هذا الشأن بخصوصية معينة كما بينا من قبل؛ كما أنها تخضع شأنها شأن بقية القرارات للرقابة القضائية وإن كان هناك تطوراً أصاب هذه الرقابة في خصوص تلك القرارات، حيث لم تعد قاصرة على قضاء الإلغاء وإنما ظهرت صوراً أخرى للرقابة في إطار هذا القضاء، وهو ما نبينه فيما يلي.

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Soulier في ١٩٥٤/٣/٥، المجموعة، ص ١٣٩، مشار إليه لدى الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٥٦.

الباب الثانى

طرق الطعن القضائى فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى ضوء آلية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى

تتجسد هذه الطرق أولاً فيما يعرف بقضاء الإلغاء أو قضاء تجاوز السلطة *excés de pouvoir* والذى يمثل ضمانات هامة وأساسية لحماية حقوق وحرىات المواطنين، إذ يكبح جماح الإدارة فى هذا الشأن، ويردها إلى حظيرة المشروعية؛ فهو يقف دائماً حجر عثرة فى وجه محاولة خروجها على تلك المشروعية سواء عن عمد أو إهمال، حال إصدارها للقرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية ذات التأثير المباشر - دون شك - على الأوضاع أو المراكز القانونية للمخاطبين بها.

فطالما أن العقد لم يبرم بعد، فإن الحكم بعدم مشروعية تلك القرارات يحول دون أن تمضى الإدارة قدماً فى إجراءات التعاقد، وإلا تكون قد خالفت قوة الأمر المقضى به لحكم الإلغاء والذى يسرى فى مواجهة الكافة بمن فيهم المتنافس الذى يحتمل أن يكون طرفاً فى العقد.

ولكن نظراً لبطء إجراءات التقاضى وما قد يترتب عليه من أن حكم الإلغاء لا يصدر إلا بعد إبرام العقد، بل وأحياناً بعد تنفيذة وتصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وهو ما ينتج عنه فوات أو ضياع حق الطاعن حال صدور الحكم لصالحه بإلغاء القرار المنفصل عن العقد، خاصة أن القضاء الإدارى فى كل من فرنسا ومصر مستقر - كما سنرى فيما بعد - على أن إلغاء القرار المنفصل لا أثر له على بقاء العقد فى حيز الوجود القانونى ما لم يتمسك به أحد طرفى هذا العقد.

من هنا فقد حرص المشرع فى كل من فرنسا ومصر - لكى يتلافى هذه النتائج الخطيرة - على أن يطور هذا القضاء، فابتدع طريقتين أو نظامين

جديدين وإن كانا في إطار دعوى الإلغاء:

أولهما وتشارك فيه التشريعات في كل من فرنسا ومصر وهو نظام وقف التنفيذ الذي ينظر في الطلبات المستعجلة الخاصة بأنزعة القرارات الإدارية بصفة عامة والقرارات القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية بصفة خاصة، وذلك بشكل مؤقت حتى يصدر الحكم في الموضوع.

أما النظام الثاني فقد انفرد به التشريع الفرنسي، وهو نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى، وكان ذلك في عام ١٩٩٢ على أثر التوجيه الأوروبي الصادر عن الاتحاد الأوروبي بشأن ضرورة تطبيق قواعد العلانية والمنافسة في مجال إبرام عقود الشراء العامة في مختلف دول هذا الاتحاد، وذلك لضمان التجانس التشريعي بين هذه الدول في هذا المجال. ومنذ هذا التاريخ أصبح هذا النظام نظاماً متكاملأ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي كأداة فاعلة لحماية تلك القواعد عند إبرام الإدارة لعقودها، خاصة أنه يمنح القاضى سلطات لا مثيل لها لدى قاضى الإلغاء أو وقف التنفيذ، مثل إلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل - وقف إبرام العقد - إلغاء القرارات المنفصلة.... وهكذا.

وتفصيلاً لهذا الإجمال نتناول الموضوعات التالية، مخصصين لكل موضوع منها فصلاً مستقلاً.

الموضوع الأول: القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى.

الموضوع الثانى: القضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثالث: القضاء بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية والتعويض عنها.

الفصل الأول

القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى

LE RÉFERÉ PRÉCONTRACTUEL

الطعن بهذه التقنية يتم فقط فى مرحلة إبرام العقد الإدارى وقبل صيرورته منعقدًا، ويهدف إلى حماية قواعد العلانية والمنافسة خلال هذه المرحلة؛ وذلك باتخاذ إجراءات سريعة وفاعلة بل وحاسمة لمواجهة وقائع الفساد المختلفة التى من الممكن أن تحدث خلال تلك المرحلة، وذلك قبل أن نصل إلى المرحلة التى لا يجدى فيها نفعا اكتشاف هذه الوقائع أو حتى محاولة علاجها، وهى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى، خاصة مع غياب قاعدة ما بنى على باطل فهو باطل فى مجال مرحلتى إبرام العقود الإدارية أو تنفيذها. وحيث إن معظم وقائع الفساد التى تظهر فى مرحلة الإبرام، إنما ترجع إلى غياب الوضوح والشفافية فى إجراءات هذه المرحلة؛ وحيث أن تحقيق العدل لا يتم إلا إذا جاء حكم القضاء فى الوقت المناسب أو الملائم وإلا تم إفراغ العدل من جوهره ومضمونه، من هنا فقد حرص المشرع الأوروبى أو لا ثم المشرع الفرنسى ثانيا على ابتداء تقنية رقابية قضائية مستعجلة وسابقة على إبرام العقد الإدارى لحماية مبادئ العلانية والمنافسة كما ذكرنا.

ويقصد بمبدأ العلانية التزام الإدارة بالإعلان عن مكان وزمان إبرام العقد حتى يتسنى للمتنافسين تقديم عطاءاتهم فى الوقت والشكل المطلوب، أما مبدأ المنافسة فيقتضى إفساح المجال أمام المتنافسين لتقديم عطاءاتهم دون إقصاء أو تهميش أو تفرقة فيما بينهم.

تقوم هذه التقنية على أساس إعطاء القاضى مكانات وسلطات واسعة وغير مألوفة فى الإجراءات القضائية العادية حتى وإن كانت هذه الإجراءات مستعجلة كما هو الحال فى نظام وقف التنفيذ؛ ودون أن يهمل فى ذات الوقت

الأداة اللازمة للنظر في الدعوى وإصدار حكم فيها.

فكيف نشأت وتطورت هذه التقنية؟ وما هي طبيعتها وشروطها؟
ومن هم أصحاب الحق في مباشرتها؟

للإجابة على هذه الأسئلة نتناول الموضوعات التالية مخصصين لكل
موضوع منها مبحثاً مستقلاً.

الموضوع الأول: نشأة القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى.

الموضوع الثانى: شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل
التعاقدى.

الموضوع الثالث: سلطات القاضى فى نطاق دعوى القضاء المستعجل
الموضوعى قبل التعاقدى.

الموضوع الرابع: الحكم فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل
التعاقدى.

المبحث الأول

نشأة القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

لمعرفة نشأة هذا القضاء فإنه يتحتم الوقوف على المصدر أو المرجع
الذى استمد منه المشرع الفرنسى مبادئه وأحكامه، وهو ما يعين كذلك على
فهم طبيعته أو خصائصه الذاتية، بل والغاية التى يرمى إلى تحقيقها، إضافة
إلى المجال الذى يطبق فى إطاره، وهو ما نتناوله تباعاً فى الآتى.

المطلب الأول

مصادر القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

لم يظهر هذا القضاء فى أى من تشريعات الدول الأوروبية بداءة أو
بمبادرة من عنديات أى منها، وإنما فقط بعد أن أعطى الاتحاد الأوروبى -

ككيان قانونى - اهتماما بالغا بضرورة احترام تطبيق قواعد العلانية والمنافسة والشفافية فى نطاق إبرام العقود الإدارية (عقود الشراء العام) بدول هذا الاتحاد.

فقد أصدر المشرع الأوروبى، بعد أن تنبه إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوربية فى نطاق قواعد المنافسة والعلانية والشفافية، وتضمن مجازاة المخالفات المرتكبة فى هذا المجال؛ أصدر التوجيه رقم ٦٦٥/٨٩ بتاريخ ١١/٢١/١٩٨٩^(١)، داعيا فيه الدول الأعضاء بضرورة توحيد وتنسيق الأحكام التشريعية التى تحكم تلك القواعد عند إبرام عقود التوريدات والأشغال سواء على المستوى الأوروبى أو على المستوى المحلى، وذلك لضمان التجانس بين تلك الأحكام من ناحية ولضمان احترام قانون الاتحاد الأوروبى المشترك أو القوانين الوطنية فى مجال التعاقدات الإدارية من ناحية أخرى، بل ولتحقيق الفعالية لمبادئ الشفافية والمنافسة على أرض الواقع وفى التطبيق العملى.

فقد تضمن التوجيه سالف الذكر ضرورة إيجاد دعوى قضائية تتيح لكل صاحب مصلحة فى إبرام عقد إدارى فى الإطار السابق، أن يلجأ إليها لكى يضمن ألا يضار بسبب انتهاك أى من المبادئ المشار إليها. ولذا أطلق على هذا التوجيه اسم توجيه الطعن أو الدعوى Directive de recours.

(١) يعد التوجيه نوع من التشريعات المهمة لعمل الاتحاد الأوروبى، الذى يخاطب الدول الأعضاء على نحو ملزم من حيث الأهداف والنتائج التى يسعى لتحقيقها فقط، فهو غير ملزم من حيث آليات ووسائل تحقيق الأهداف؛ إذ يتاح لكل دولة فى الاتحاد تحديد الوسائل والآليات التى تراها الأفضل فى بلوغ الأهداف والنتائج المتوخاة، وعلى ذلك تحتاج هذه التوجيهات - من حيث المبدأ - إلى أن تتجسد فى صورة تشريعات وطنية حتى تغدو قابلة للتطبيق من الناحية الفعلية. الدكتور/ حسن نافعة، الاتحاد الأوروبى والدروس المستفادة عربيا، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٥١، ويراجع المادة (٢٤٩) من معاهدة الاتحاد الأوروبى التى جاء فيها:

"A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods".

فالمهدف من ذلك إذن توفير سبل الانتصاف والعدالة للمتأفسين فى حالة انتهاك قانون الاتحاد الأوربى أو القواعد الوطنية فى مجال التعاقدات العامة، خاصة أن إجراءات إبرام العقود العامة تتم فى فترة زمنية تكاد تكون قصيرة، وأن الترتيبات القائمة على الصعيد الوطنى ليست كافية دائماً لتصحيح المخالفات فى مرحلة زمنية معينة، ثم إن اتساع نطاق التعاقدات التى تجريها الإدارة والقائمة على المنافسة، يتطلب زيادة كبيرة فى ضمانات الشفافية وعدم التمييز، وهو ما يصبح معه من الضرورى التأكيد على وجود إجراءات قانونية مناسبة تمكن من إبطال القرارات المتخذة بشكل غير قانونى أو غير مشروع، على وجه السرعة.

وتأكيداً لذلك فقد أصدر المشرع الأوربى التوجيه الثانى رقم ١٣/٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٢، متضمناً أحكاماً لدعوى قضائية خاصة تحمى فعالية أحكام المنافسة والعلانية فى معرض إبرام عقود الأشغال والتوريدات فى نطاق الطاقة والماء والنقل والاتصالات، وهى دعوى شبيهة فى تفاصيلها وخطوطها العامة بالدعوى التى جاء بها التوجيه السابق رقم ٦٦٥/٩ لسنة ١٩٨٩ مع اختلاف فقط فى حجم السلطات الممنوحة للقاضى كما سنرى. وعلى هدى تلك التوجيهات سارت الدول الأعضاء فى الاتحاد الأوربى لإيجاد مناخ تشريعى يضع القواعد التى تناولتها موضع التطبيق، ولعل فرنسا بما لها من تراث قانونى قد ذهبت بعيداً فى هذا الشأن، خاصة أنه تبين للمشرع الفرنسى أن هناك فراغاً تشريعياً يكمن فى عدم وجود دعوى تصحيحية أو وقائية سابقة على إبرام العقد، فدعوى الإلغاء التى توجه ضد القرارات المنفصلة عن العقد، ظهرت لفترة طويلة من الزمن غير ذات فعالية كما بينا من قبل^(١).

(١) الدكتور عقبه سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٠، ص ٢١٨؛ الدكتور الحسين بن شيخ أت ملوية، المنتقى فى القضاء الاستعجالى الإدارى، دار هومة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٧.

وهكذا يمكن القول إن المشرع الفرنسي استمد نظام القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى من التوجيهات الحاكمة للعقود فى دول الاتحاد الأوروبى، وقد تحول مضمون تلك التوجيهات فى واقع الأمر إلى إجراء أصيل فى التشريع الفرنسى.

فقد أنشأ المشرع الفرنسى فى عام ١٩٩٢ ولأول مرة نظام القضاء المستعجل قبل التعاقدى كحاجز أمام إبرام العقد الذى لم تحترم فيه قواعد العلانية والمنافسة - التى كانت مفروضة من اللجنة الأوربية - وذلك من خلال اعتماده للتوجيهات الأوربية سالفة الذكر بموجب القانون رقم ١٠ بتاريخ ١٩٩٢/١/٤ والمرسوم رقم ٩٤٦ بتاريخ ١٩٩٢/٩/٧ والقانون رقم ١٤١٦ بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٩، ومن ثم فقد عمل المشرع الفرنسى على إيراد مضمون تلك التوجيهات فى المواد ٢٢، ٢٣ من تقنين المحاكم الإدارية، ومحاكم الاستئناف الإدارية، إضافة إلى القانون المتعلق بمنع الرشوة والذى يقال له قانون سابين Loi Sapin، كما نص على هذا النظام فى المادتين (ل ٥٥١، ٥٥١) من القانون رقم ٥٩٧ لسنة ٢٠٠٠، بتعديل بعض أحكام تقنين القضاء الإدارى الصادر بالأمر رقم ٣٨٧ - ٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠ يونية ٢٠٠٠ كما سنبين فيما بعد^(١).

(2) Loi no 2000-597 du 30 Juin 2000, relative au référé devant la juridiction administrative.

فقط نصت هاتان المادتان على مايلى :

"Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2ème alinéa de l'article 24 de l'ordonnance no 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.

هذا ويلاحظ أن هذا التقنين الأخير أوسع مدى - فيما يخص الالتزامات المتعلقة بالعلانية والمنافسة - مما هو معتمد في الاتحاد الأوربي، وإن كان هذا المدى قد تم بشكل تدريجي، ففي البداية تم إنشاء القضاء المستعجل قبل التعاقدى للعقود العامة وفقا لحدود مالية معينة، ثم امتد بعد ذلك في مجال تطبيقه إلى اتفاقيات تفويضات المرافق العامة، ليضم عقود المشاركة وعقود أخرى⁽¹⁾.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptible d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise.

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

- (1) Dominique POUYAUD, un nouveau recours contentieux, RFDA. N. 523, Paris, Septembre-Octobre, 2007, P. 923; Bergeal Catherine et Iencia, Frédéric, le contentieux des marchés publics le moniteur, Paris, 2010, P. 212; Vandermeeren, R., le référé administratif précontractuel, A.J.D.A., 1994, No. 5, P. 90- 91; René schartz le juge français des référés administratif, R. du conseil, d'Brat, N°4, 2003, P. 71.

وأخيراً وعلى أثر صدور التوجيه الثالث من المشرع الأوربي رقم ١٦٦ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١١ بشأن التوسع في مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، ليشمل جهتى القضاء العادى والإدارى، فقد أصدر المشرع الفرنسى بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٧ المرسوم رقم ١٤٥٦ بتاريخ ٢٠٠٩/١١/٤ لتنظيم نوعين من دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى؛ الأول فى إطار القانون الخاص والثانى فى إطار القانون العام، بحيث أصبح للقضاء المستعجل قبل التعاقدى قاضيان أحدهما لعقود الأفراد فى إطار القانون الخاص والثانى للعقود الإدارية فى إطار القانون العام، ومع ذلك يلاحظ أن كلاً من الدعوتين تخضع لذات القواعد والإجراءات والسلطات^(١). وهكذا كان للمشرع الفرنسى - مقتدياً بالتوجيهات الصادرة من الاتحاد الأوربي - فضل السبق الإيجابى فى إرساء معالم دعوى قضائية جديدة تجسد فى جوهرها آلية شديدة الفعالية لضمان تطبيق واحترام أحكام وقواعد العلانية والمنافسة والشفافية فى مجال العقود الإدارية.

المطلب الثانى

خصائص دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

يحمل اسم هذه الدعوى كافة الخصائص التى تتميز بها، فهى أولاً دعوى قضاء مستعجل، وثانياً دعوى سابقة على إبرام العقد الإدارى، وثالثاً دعوى موضوعية، ولذا فهى تخول القاضى، وهذا رابعاً، سلطات واسعة مقارنة بنظيره قاضى وقف التنفيذ أو حتى قاضى الإلغاء. وهو ما نبينه تباعاً فى الآتى.

الدكتور/ إبراهيم الحسنى، قضاء الإلغاء فى نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص ٥١٢.

(١) الدكتور/ إبراهيم الحسنى، المرجع السابق، ص ٥٥٩.

الفرع الأول

إنها دعوى قضاء مستعجل

يقصد بأن دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى دعوى قضاء، أن الفصل فيها يقع في صورة حكم قضائي، والحكم بمعناه الخاص هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيباً صحيحاً، ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب) في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه، ويخضع لذات القواعد التي تتعلق بالمداولة والنطق بالحكم وإيداع مسودته وكتابته وتسببيه، واستصدار صورته التنفيذية^(١).

أما عن كونها قضاء مستعجلاً فلأنه يفصل من خلالها في منازعات يخشى عليها من فوات الوقت، وتتطلب ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من اتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق أصحاب الشأن، أو قد تتضمن ضرراً يتعذر تداركه وإصلاحه.

وهكذا يمكن القول إن الاستعجال يتحقق كلما كان الإجراء المطلوب لمواجهته يهدف إلى منع ضرر مؤكد لا يمكن إزالته إذا حدث، أو كما ذهب جانب من الفقه أن الاستعجال يجسد الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درءه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده^(٢)؛ كما يوجد الاستعجال في كل حالة يؤدي فيها التأخير في الإجراء إلى فوات المصلحة وضياع الحق فضلاً عن زوال المعالم^(٣) كما قيل

(١) الدكتور/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥، ٢٢؛ المواد ١٦٦ - ١٨٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٢) الدكتورة/ أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعوى المستعجلة، ١٩٦٧، ص ٣١٢؛ وراجع لذات المؤلفة، قوانين المرافعات المدنية، الكتاب الأول، ١٩٨٢، ص ٣١٢.

(٣) الدكتور/ محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية، الجزء الأول، ص ٩٩. أو كما تقول محكمة النقض الفرنسية:

أخيراً أن الاستعجال هو الضرورة الداعية إلى اتخاذ الإجراء المطلوب^(١).

من هنا فقد وجدت هذه الدعوى فى المجال الذى نحن بصددده، وهو مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، حماية لمبادئ المنافسة والشفافية وتكافؤ الفرص؛ إذ يتطلب أعمال هذه المبادئ سرعة التدخل القضائى للوصول إلى نتيجة نهائية بخصوص حسم ما يثار بصدددها من نزاعات قبل إبرام العقد الإدارى، وإلا أصبح الحكم الذى يصدر بصدددها - بعد أن تكون جهة الإدارة قد أبرمت العقد أو انتقلت إلى مرحلة التنفيذ - مجرداً من كل قيمة، على الأقل بالنسبة لمن لم يصبح طرفاً فى هذا العقد كما سنرى فيما بعد.

فالدعوى القضائية لا تكون فى واقع الأمر ملائمة ومنتجة، ما لم يكن للنقضى مكنة اتخاذ إجراءات حاسمة ونهائية، ليس فقط فى مدة قصيرة وإنما أيضاً فى الوقت المناسب، وهو ما تبنته دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى؛ فقد أسست قواعدها ومبادئها على فكرتى السرعة والوقت المناسب، ولذلك فإن النظر فيها يوكل - كقاعدة - إلى قاض فرد un juge unique كما سنبين فيما بعد، وهو يملك سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق ومن الظروف المحيطة بالدعوى، كما يملك الحق فى التأكد من وجود حق للمدعى يخشى ضياعه إذا تم إبرام العقد وبدأ تنفيذه^(٢).

"il y a urgence toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire et ne préjudgeant en rien le fond met en péril les intérêts d'une des parties".

R. Garrec, "Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives", Doc. Du Sénat, no 380, P. 40.

(٣) الدكتور/ فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دراسة لمجموعة المرافعات وأهم التشريعات المكملة لها، الطبعة الثانية، ص ١٢٢.

(١) الدكتور/ محمد فقير، رقابة القضاء الإدارى الاستعجالى على الصفقات العمومية قبل إبرامها فى التشريع الجزائرى والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، جامعة الجزائر، ملتقى "دور قانون الصفقات العمومية"، منتدى الأوراس الثانوى، ٢٠١٣.

الفرع الثانى

إنها دعوى قضاء مستعجل سابقة على التعاقد

تمثل هذه الخاصية جوهر تلك الدعوى، ولذا يقال لها تقنية قضائية وقائية، إذ تهدف أساساً - كما ذكرنا - منع كل مخالفة لأى من مبادئ العلانية والمنافسة وتكافؤ الفرص تتم قبل إبرام العقد الإدارى؛ بما يعنى كبح جماح جهة الإدارة فى الوقت المناسب وردها إلى جادة الصواب وإلزامها بالتالى بضرورة احترام القانون، إن هى حادت عن المشروعية، وذلك بدلا من أن يفرض على أصحاب المصلحة الأمر الواقع، الذى يغدو لزاماً بمجرد إبرام العقد.

فقد جاءت هذه الدعوى إذن لإقامة توازن أو موازنة بين سير الإدارة فى إتمام إجراءات التعاقد وإبرام العقد من ناحية وبين ترتيب الأحكام القضائية لآثارها فى المخالفات التى تنال فيها الإدارة من حقوق المتنافسين فى إطار التعاقدات الإدارية من ناحية أخرى.

ولذا فهى لا بد وأن تقام من المدعى قبل إبرام العقد، وإلا غدت غير مقبولة، ذلك أن الاستعجال كشرط للاختصاص بنظر تلك الدعوى هو شرط مستمر لا يلزم توافره فحسب عند رفعها، وإنما أيضا وقت صدور الحكم فيها، وهو ما لا يتحقق إن تباطأت إجراءات التقاضى لما بعد إبرام العقد، أو إذا قام صاحب الشأن برفعها فى تاريخ لاحق على تاريخ الإبرام.

الفرع الثالث

إنها دعوى قضاء مستعجل موضوعية

خلافًا للقضاء المستعجل العادى والذى يتجسد فى قيام القاضى بإصدار حكم وقتى بحت يبيت به فى الطلب المستعجل فقط، ويرد به عدوانا بادياً للوهلة الأولى من أحد الخصمين على الآخر أو يوقف مقاومة من أحدهما للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق، أو يتخذ إجراءً عاجلاً

يصون به موضوع الحق أو دليلاً من أدلة الحق وذلك إلى حين أن يفصل قاضى الموضوع فى أصل الحق^(١).

فإذا كان القضاء المستعجل العادى هكذا، فإن القضاء فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى ليس كذلك، إذ يبت أساساً فى الموضوع وذلك بالتصدى لمخالفة جهة الإدارة للقواعد القانونية المقررة لحماية مبادئ المنافسة والشفافية وتكافؤ الفرص، وفقاً لما حددته تلك القواعد من جزاءات فى مثل هذه الحالة^(٢). فالمدعى لا يطلب فى دعواه اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية، بل هو يطلب من المحكمة أن تفصل فى أصل الموضوع؛ كما أن هذا الاختصاص معقود للمحكمة قانوناً، فهى تتظر فى المخالفات سالفة الذكر والى تتهم الإدارة بارتكابها، وتصدر حكماً حاسماً فى المنازعة القائمة بين المدعى والإدارة، ويكتسب هذا الحكم قوة الأمر المقضى به.

ونتيجة لكون الدعوى التى نحن بصدد دعاها دعوى موضوعية فى مجالات الطاقة والماء والنقل والمواصلات، فإن القاضى يتمتع عند نظرها

(١) المستشار/ معوض عبد التواب، الوسيط فى قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٥٨.

(٢) ومع ذلك يلاحظ أن المادة رقم ٩١٨ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرى تنص على أن "يأمر القاضى الاستعجالى بتدابير مؤقتة ولا ينظر فى أصل الحق. هذا وقد أقر مجلس الدولة الجزائرى هذا الشرط فى حكمه الصادر فى الدعوى رقم ٤٣٢٧٧ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٢ قائلا "وحيث أنه وفى إطار إيصال قنوات صرف المياه القنطرة إلى قرية "تالة" من قىل بلدية "شلاطة"، عارض مالك الأراضى إتمام الأشغال فرفعت البلدية دعوى أمام القاضى الاستعجالى طالبت فيها بتوجيه أمر للملاك بعدم التعرض لإتمام الأشغال، فصرح قاضى أول درجة بعدم اختصاصه باعتبار أن الطلب المستأنف يمس بأصل الحق. تم الاستئناف أمام مجلس الدولة فقضى بأنه: "فى الحالة التى عليها الدعوى يجب القول أن القاضى الإدارى الفاصل فى المسائل المستعجلة غير مختص للفصل فى الدعوى الأصلية للمجلس الشعبى البلدى المستأنف للمساس بأصل الحق". مجلة مجلس الدولة الجزائرى، العدد (٩)، ٢٠٠٩، ص ١٢٥، ١٢٦.

وهنا لنا أن نتساءل إذا كان مجلس الدولة قد اعتبر فى الحكم السابق أن توجيه أمر للملاك من طرف القاضى الاستعجالى يعد مساساً بأصل الحق، وبالتالي رفض الفصل فى الدعوى، فما هى الفائدة إذن من القضاء الاستعجالى قبل التعاقدى؟ بل وكيف يبرر أن القاضى الاستعجالى يملك وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرى كما سنرى فيما بعد سلطة توجيه أمر للإدارة بضرورة الامتثال لقواعد العلانية والمنافسة تحت طائلة توقيع غرامة تهديدية؟

بسلطات واسعة وغير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري، إذ يملك أن يأمر جهة الإدارة بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين، كما يملك أن يأمر بوقف كافة القرارات الصادرة في إطار العملية التعاقدية وإلغائها، بل وله أن يلغى شروطاً من تلك المعلن عنها لإتمام مشروع العقد، أو أن يبطل أى إجراء من إجراءات التعاقد؛ وأخيراً له أن يأمر بغرامات تهيديّة.

ومع ذلك ورغم هذه السلطات الواسعة، إلا أنه لا يملك سلطة الحكم على جهة الإدارة بمنح تعويضات لمن أضرر بأى إجراء من الإجراءات السابقة، أو بمعنى أدق لا يملك، عند قيام المسؤولية الإدارية لجهة الإدارة عن تلك الإجراءات أن يصدر حكماً عليها بالتعويض عن الأضرار التي أصابت أصحاب الشأن جراء ذلك.

المطلب الثالث

مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

كأى نبت جديد فى عالم القانون، حيث يبدأ تطبيقه فى مجالات محددة، ثم بعد أن يثبت نجاحه وأهميته، يتم التوسع فى تلك المجالات. وهكذا كانت الدعوى التى نحن بصددّها، فقد كان مجال تطبيقها بدءاً بعقود معينة فى إطار ما يسمى بعقود الشراء العام *Les contrats des marchés publics* وعقود تفويض المرفق العام *Les contrats de délégation de service public*، ما لبثت أن ازدادت تلك المجالات بشكل تدريجى، حتى جاء تقنين القضاء الإدارى الموحد لعام ٢٠٠١ ليتسع نطاق تطبيق تلك الدعوى ليشمل معظم التعاقدات الإدارية وهو ما نبينه تباعاً.

أولاً: مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى حتى صدور تقنين القضاء الإدارى عام ٢٠٠٠: طبقاً لقانون

١٩٩٢/١/٤، فقد تحدد مجال تطبيق هذا القضاء ليشمل فقط مخالفات العلانية والمنافسة المرتكبة بشأن إبرام عقود الأشغال وعقود التوريد في مجالات الطاقة والماء والنقل والاتصالات، ولكن فقط إذا تجاوزت قيمة كل منها القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة في العطاءات الأوربية، أو وفقا لقواعد القانون الأوربي المشترك، ثم جاء قانون ١٩٩٣/١/٢٩ ليجعل هذا المجال شاملاً لتلك المخالفات ليس فقط في مجال عقود الشراء العام وإنما أيضا في مجال عقود تفويض المرفق العام، بل وأيا كانت قيمة العقد المزمع إبرامه؛ وفي عام ٢٠٠٤ صدر الأمر رقم ٥٥٩ بتاريخ ١٧/٩/٢٠٠٤ ليدخل في مجال هذا القضاء عقود المشاركة، وبموجب المادة ١٥ من تقنين الصحة العامة لعام ٢٠٠٤ تمت إضافة عقود الأشخاص غير الخاضعين لتقنين العقود العام وكذلك عقود امتياز الأشغال لهذا المجال.

ثانيا: مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى بعد صدور تقنين القضاء الإدارى الموحد لعام ٢٠٠٠: لم يعد تحديد العقود التى تدخل فى مجال تطبيق هذا القضاء - بدءاً من صدور هذا التقنين - وفقا للقائمة المدرج عليها هذه العقود إعمالاً للتشريعات سألقة الذكر، فقد تم وضع معيار مادى عام لتلك العقود سواء فى مجال عقود الشراء العام الإدارية أم فى مجال عقود تفويض المرفق العام وذلك كما يلى:

- عقود الشراء العام الإدارية: وهى العقود التى يكون محلها الشراء العام، أى تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن تدفعه، وهى عقود تخضع فى إبرامها للقواعد المنصوص عليها فى تقنين الشراء العام، ويشترط لتطبيق القضاء المستعجل فى خصوص هذه العقود. شرطان:

الشرط الأول: أن يكون أحد طرفيها إحدى السلطات المحددة فى تقنين الشراء العام، وذلك بصرف النظر عن الطرف الآخر الذى يمكن أن يكون شخصاً عاماً أو شخصاً خاصاً.

الشرط الثاني: أن يكون الموضوع تنفيذ أشغال عامة أو تقديم توريدات أو خدمات أو دراسات.

فإن تحقق هذان الشرطان مجتمعان وبغض النظر عن القيمة المالية لكل منهما، كانت الدعوى المستعجلة مقبولة لنظر المخالفات المرتكبة فى مجال المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص.

- عقود تفويض المرفق العام: وهى العقود التى بموجبها تقوم جهة الإدارة بإسناد إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام لأحد الأشخاص العامة أو الخاصة، مقابل حصول هذا الأخير على مبلغ أو رسم من المنتفعين بخدمات هذا المرفق، وتشمل هذه العقود، عقود الالتزام والامتياز ومشاطرة الاستغلال والتزام الأشغال العامة، مع ملاحظة أن أيا من هذه العقود لا تخضع وبشكل تلقائى لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، بل لابد وأن تشكل فى ذاتها عقد تفويض مرفق عام بالمعنى سالف الذكر؛ ولذا فقد قرر مجلس الدولة الفرنسى أن عقد استغلال أحد المطاعم المملوكة لإحدى البلديات لا يعتبر عقد تفويض مرفق عام، ومن ثم لا تطبق فى خصوصه إجراءات الدعوى سالفة الذكر، وذلك على الرغم من مساهمته فى تطوير الحركة السياحية فى نطاق البلدية المذكورة⁽¹⁾.

حاصل القول إذن أن مجال تطبيق القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى ينحصر فى عقود الشراء العام وعقود تفويض المرفق العام بالمعنى سالف الذكر والتى يتم إبرامها بالمخالفة لمبادئ المنافسة والشفافية وتكافؤ الفرص، أما فى خارج إطار هذه العقود، فلا محل لإثارة مثل هذه الدعوى وإلا كان مصيرها عدم القبول.

هذا ولم تكن تخضع عقود تفويض المرفق العام سالفة الذكر وحتى

C.E, 12-3-1999, Ville de Paris, c/ Sté sella Maillot-Orée du Bois, (1)
A.J.D.A. 1999, P. 443, note Raurt. M et Rousset.

صدور القانون المتعلق بمنع الرشوة والذي يقال له - كما ذكرنا من قبل - Loi sapin، لذات الإجراءات التي يخضع لها إبرام العقود المدرجة على تقنين الشراء العام، ثم جاء هذا القانون لينص على مجموعة من الإجراءات التي يجب على جهة الإدارة الالتزام بها عند إبرام تلك العقود، وإلا كانت مشوبة بالبطلان.

وإضافة لقانون سابين سالف الذكر، فقد أصبحت عقود تفويض المرفق العام تخضع لعدة نصوص قانونية يأتي في مقدمتها تقنين البلديات (في المادة R.324 من المرسوم الصادر في ١٣/١/١٩٨٦)، إضافة لخضوعها للمبادئ الأساسية التي تخضع لها اتفاقيات التزام المرفق العام، ومنها وفقاً لما اقره قضاء مجلس الدولة بهذا الصدد^(١):

- ١ - مبدأ عدم التدخل والذي بمقتضاه تمنح الإدارة للمفوض قدرأ من الحرية في إدارة المرفق.
- ٢ - مبدأ أن المتعاقد هو معاون للإدارة في إدارة المرفق، وتقديم الخدمة للجمهور.
- ٣ - مبدأ عدم جواز منح العقد للمفوض إلا وفق ترخيص مسبق بذلك من الجهات المختصة.
- ٤ - مبدأ الرجوع المجاني للممتلكات إلى المرفق بعد انتهاء مدة العقد.
- ٥ - مبدأ التعويض على المتعاقد في حالة اختلال التوازن المالي، أو فسخ العقد لأسباب المصلحة العامة.

المبحث الثاني

شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعي

قبل التعاقد

حتى تحقق هذه الدعوى الفائدة المرجوة منها وهي السرعة والحسم

(٢) الدكتور/ عقبه سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١١.

فى إنهاء النزاع المتعلق بإبرام العقد الإدارى، حال ارتباطه بمخالفة مبادئ المنافسة والمساواة والشفافية، وذلك قبل أن يصبح هذا العقد - كما ذكرنا - واقعاً فعلياً وقانونياً، فقد اهتم المشرع الفرنسى ومن نهج نهجه^(١) أن يضع شروط قبولها بما يتناسب وهذه السرعة وذلك الحسم، سواء من حيث من له الحق فى رفع الدعوى والإجراءات الواجبة الاتباع أو من حيث ضرورة التظلم المسبق، أو من حيث ميعاد رفعها... الخ وهو ما نبينه تباعاً.

المطلب الأول

صفة المدعى فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

تثبت هذه الصفة للمدعى إما بحكم المصلحة، وإما بحكم القانون، وهو ما نبينه تباعاً.

الفرع الأول

صفة المدعى فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى بحكم المصلحة

والمصلحة هنا تتمثل فى إبرام العقد، ومن ثم فإن لكل من يعتقد أنه سوف يضر نتيجة انتهاك قواعد أو مبادئ المنافسة والشفافية والمساواة التى تخضع لها عملية إبرام العقد الإدارى، تكون له صفة فى إقامة هذه الدعوى لوقف هذا الانتهاك.

وحينما نقول لكل من يعتقد أنه سوف يضر، إنما نعنى أن صاحب المصلحة ليس بالضرورة أن يكون قد أصيب فعلاً بضرر، ولذا ليس مطلوباً منه أن يثبت وجود هذا الضرر، بل يكفى أن يكون ضرراً محتملاً، وهو ما يتحقق فى حالة ما إذا كان المدعى يملك فرصة للفوز بالصفقة، فيما لو لم

(١) فقد نص المشرع الجزائرى على هذا القضاء، فى قانون ٨-٩ الصادر فى ٢٥/٢/٢٠٠٨، كما نص المشرع العراقى عليه فى الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وإن كانت الأحكام والقواعد فى الدول الثلاث (فرنسا - الجزائر - العراق) غير متطابقة، إلا أنها تدور حول ذات الأفكار التى عرضنا لها فى المتن.

يكن هناك خرق أو انتهاك لمبادئ المنافسة والشفافية والمساواة.

وعلى ذلك تقبل الدعوى من الأشخاص الذين لم يتمكنوا من التقدم بعطاءاتهم نتيجة الخلل في قواعد العلانية عن المناقصة، أو ممن تم استبعاد عطاءاتهم، أو حرمان أشخاصهم من دخول حلبة المنافسة دون وجه حق من جانب الإدارة، أو ممن كانوا متعاقدين من قبل ورفضت عطاءاتهم لتجديد هذا التعاقد. وعلى أية حال يمكن القول أن من لهم صفة بحكم المصلحة، وبالتالي الحق في مباشرة الدعوى التي نحن بصددتها هم^(١):

١ - المتعاقدون القداماء لذات العقد والذي تم تجديده وتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم.

٢ - كل متعهد مرشح استبعد في مرحلة إجراءات إبرام العقد بدون وجه حق من جانب الإدارة.

٣ - وكيل المتعهدين الذين اجتمعوا ضمن مجموعة تنفيذ التعاقد.

٤ - المرشحون الذين حال خرق التزامات العلانية والمنافسة دون اشتراكهم بالتعاقد.

٥ - المتعهد الذي رسا عليه العقد (ولما يبرم بعد)، فيمكنه إقامة هذه الدعوى خاصة إذا كان العقد قد رسا عليه دون طرح التعاقد للإعلان أو المنافسة وكان له مصلحة في عدم استمرار العقد.

وعلى العكس من ذلك فإن هذه الدعوى لا تقبل ممن لا يتوافر فيهم هذه الصفة أو بمعنى أدق ممن لا يتوافر فيهم شرط المصلحة بالمعنى المتقدم، وهم من لا علاقة لهم على الإطلاق بالعملية التعاقدية، أي غرباء عن هذه العملية، كالمكافئين المحليين، والتنظيمات المهنية، والمتعاقدين من الباطن، وتنظيمات حماية البيئة، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة

(١) الدكتور/ محمد سعيد غندور، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد ٢٠، العدد ١/٢، ٢٠١٤، ص ٣٣٦.

بصرامة، حيث حكمت المحكمة الإدارية لـ Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة⁽¹⁾، ولنفس السبب رفضت محكمة Nice الإدارية دعوى مقدمة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة⁽²⁾، وكذلك قرر مجلس الدولة أن نقابة مهندسي المارتينيكي لا تملك صفة لإمكانية إثارة دعوى المادة ل. ٢٢ لأنه لا علاقة لها بعملية إبرام العقد⁽³⁾.

هذا وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى، أقر نظام التدخل الانضمامي أو التبعية من قبل كل شخص له مصلحة حقيقية ومشروعة، وذلك لتأييد المدعى في طلباته تجاه الطرف الآخر في الدعوى، أو تأييد المدعى عليه بطلب الحكم برفض دعوى المدعى.

الفرع الثاني

صفة المدعى فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعي

قبل التعاقدى بحكم القانون

بمعنى أن القانون هو الذى يعطى لشخص المدعى الحق فى رفع هذه الدعوى. وشخص المدعى هنا يصعب بل يستحيل أن يكون أحد المتنافسين، إذ تصدق عليه - بطبيعة الحال - الصفة بحكم المصلحة، أو أن يكون من الغرباء إذ تكون دعواه فى هذه الحالة غير مقبولة

إذن هذه الصفة لن تكون إلا لجهة رسمية أعطاهها القانون هذا الحق حماية للمصلحة العامة، تلك المصلحة التى تتجسد فى ضرورة حماية وضمن مبادئ الشفافية والمنافسة وتكافؤ الفرص فى إبرام العقود الإدارية،

(2) T.A., Rennes, 31-3-1994, Bacam, Rec. P. 1043.

(1) T.A., Nice, 16-11-1993, Association de défense des intérêts des habitants du quartier, (la Palama), Req. No. 933910.

(2) C.E., 16-12-1996, Conseil regional de l'ordre des architectes de la Martinique, Rec. P. 493.

ولهذا فقد نص تقنين القضاء الإدارى لعام ٢٠٠٠ المعدل عام ٢٠٠٩ على جهتين تثبت لهما هذه الصفة، ويكون لكل منهما بالتالى الحق فى إقامة دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى وهما:

١ - المحافظ: **Le préfecture**: ويختص بإقامة هذه الدعوى

بالنسبة للعقود المحلية، أى التى تسعى لإبرامها جماعة محلية أو مؤسسة عامة محلية (م ١٠ - ٥٥١ من تقنين القضاء الإدارى) باعتباره حارساً للمشروعية المتعلقة بإبرام هذه العقود، من أن تنتهك من جانب الجماعات المحلية بمخالفات أو خروقات لمبادئ المنافسة والشفافية.

ومع ذلك يلاحظ أنه يندر أن يلجأ المحافظون لهذه الدعوى لسببين^(١):

السبب الأول: صعوبة علمهم بالمخالفات أو الخروقات سالفة الذكر فى المدد المحددة لإقامتها خاصة مع غياب الأساليب أو الأطر القانونية التى تبين كيفية تبليغه أو إعلانه بهذه المخالفات وتلك الخروقات.

السبب الثانى: ناتج عما يتمتع به المحافظ - طبقاً لقانون

١٩٨٢/٣/٢ - من حق إقامة دعوى خاصة لرقابة أوجه المشروعية فى عقود الجماعات المحلية فى المرحلة اللاحقة على إبرام العقد الإدارى، إذ يفضل - والحال هكذا - اللجوء إلى هذه الدعوى بدلاً من أن يلجأ إلى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى.

وبذلك يمكن القول إن المحافظ يملك دعوتين لرقابة مشروعية إبرام

العقود التى تبرمها الجماعات المحلية: الدعوى الأولى ذات طابع وقائى، وتتمثل فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى وبياسرها قبل إبرام العقد، والثانية ذات طابع علاجى، وتتمثل فى دعوى الإلغاء الخاصة **Déféré préfectoral** والتى توجه ضد العقد ذاته.

(1) Cossalter, Patric, le contentieux des marchés publics, Group Territorial, paris, 2010, P. 160.

الدكتور/ إبراهيم الحسن، المرجع السابق، ص ٥٥٢.

وهذا دون شك يحقق - كما ذهب البعض بحق - صرامة لامتناهية في نطاق رقابة المشروعية على إبرام هذه العقود، قبل تحقق هذا الإبرام وبعده^(١).

٢ - الدولة بناء على طلب اللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوربي:

ذكرنا من قبل أن الفضل في نشأة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى يرجع إلى الاتحاد الأوربي وما صدر عنه من توجيهات في هذا الشأن. ولذا توجد هذه الدعوى في كافة الدول الأوربية أعضاء الاتحاد. من هنا فقد أعطى التوجيه الصادر عن هذا الاتحاد للجنة الاقتصادية به، الحق في أن تلجأ للقاضي المختص في كل دولة عضو في الاتحاد لإثارة هذه الدعوى ولكن بطريق غير مباشر، أي من خلال الدولة التي انتهكت فيها مبادئ الشفافية والمساواة عند إبرام عقود الشراء من قبل الأشخاص المعنوية العامة المنضوية تحت لواء تلك الدولة.

إذ يجب على الدولة في هذه الحالة وبناء على طلب اللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوربي أن تثير دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى أمام القاضي المختص بها، ولكن يشترط لذلك أن تكون المخالفة للمبادئ سالفة الذكر والمنصوص عليها في القانون الأوربي واضحة ومباشرة مثل مخالفة قواعد النشر الأوربية أو قواعد التفضيل خلافا لمعاهدة روما وفي نطاق العقود والتي تنطبق عليها هذه الالتزامات فقط^(٢)، وإلا غدت هذه الدعوى غير مقبولة.

والمختص بالدولة لإقامة هذه الدعوى نيابة عنها أو تمثيلاً لها وزير الوصاية إذا تعلق الأمر بعقد سيبرم من جانب مؤسسة عامة وطنية ذات طابع إداري أو سيبرم من جانب شخص معنوي خاص لصالح الدولة، في

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٣٧.

(2) Bréchon-Moulénes, Droit des marchés publics, T. I., Moniteur, Paris, 1999, P. 650.

حين تمثل الدولة بواسطة المحافظ بالنسبة للعقود التي تبرم من جانب الجماعات المحلية أو المؤسسات العامة المحلية ذات الطابع الإدارى أو من جانب أشخاص معنوية خاصة لكن لحساب هذه الجماعة المحلية.

وقد أجملت محكمة العدل الأوروبية المشتركة هذه المعطيات حينما قضت بأن الدولة تمثل بوزير الوصاية بالنسبة للعقود المبرمة من قبلها، ومن المحافظ بالنسبة لعقود الجماعات المحلية ويمكنهم أن يثيروا دعوى القضاء المستعجل المدنى، أو الإدارى بناء على طلب لجنة الاتحاد الأوربى إذا قدرت أن هناك خرقاً واضحاً وبيناً لالتزامات العلانية والمنافسة، أو لاتفاق فى المجال الاقتصادى الأوربى كان قد ارتكب، وعلى اللجنة أن تتدخل فى هذه الحالة قبل إبرام العقد بصورة نهائية⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أخيراً أن اللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوربى لا تلجأ إلى

الدولة لممارسة هذه الدعوى فيما إذا كان هذا الخرق الواضح والمباشر لالتزامات العلانية والمنافسة الأوربية مقترفاً من جانب الدولة ذاتها فى نطاق عقود تنوى إبرامها، إذ تلجأ اللجنة فى هذه الحالة إلى محكمة العدل الأوربية لمخاصمة الدولة الناكله بالتزاماتها الأوربية المتعلقة بالعلانية والمنافسة، وإن كان بعض الفقه الفرنسى لا يرى مانعاً من لجوء اللجنة إلى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى أمام القاضى المختص داخل فرنسا لمخاصمة الدولة الفرنسية ذاتها عن خرقها لالتزامات العلانية والمنافسة فى عقودها والتي تنوى إبرامها⁽²⁾.

(1) الدكتور/ محمد سعيد غندور، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(2) Hoolo. G., La pratique des référés administratifs, Gazeette du palais- litec, Paris, 1993, P. 237.

المطلب الثانى

التظلم الوجودى قبل ولوج الطريق القضائى

وقد تقرر هذا الشرط أولاً بموجب المرسوم رقم ٢٩ بتاريخ ١١/١/١٩٦٥ وذلك بالنسبة لكافة الدعاوى التى تقام أمام مجلس الدولة بالدرجة الأولى أو أمام المحاكم الإدارية. فقد رأى المشرع أن الأفراد لو لجأوا إلى الإدارة قبل التجاؤم إلى مجلس الدولة لأمكن حل كثير من الإشكالات ودياً وفى وقت أقصر، وبدون إنفاق التكاليف التى يستلزمها الطريق القضائى؛ ذلك أن صدور القرار الإدارى معيماً لا يعنى حتماً أن الإدارة قد أرادت أن يكون كذلك؛ وحتى لو أن مصدر القرار أراد هذه النتيجة، فإن القانون فى معظم الأحوال قد أقام سلطة رئاسية تملك تعديل قرارات المرؤوس وإلغائها، وفوق هذا فإن التظلم للإدارة يؤدى إلى نتائج لا يمكن الوصول إليها عن طريق التظلم القضائى. فرقابة القضاء فى جميع الحالات هى رقابة مشروعية، أما الإدارة فإنها تستطيع أن تعدل القرار أو أن تلغيه لمجرد عدم ملاءمته *inopportunité*^(١).

كما أن مبدأ التظلم الوجودى يطبق بشكل عام فى نطاق القضاء الكامل إذ يجب على المتعاقد مع الإدارة والذى يطالبها بتعويضات، أن يطلب منها دفع هذه التعويضات قبل إثارة الدعوى أمام القاضى.

إضافة إلى أن مرسوم ١٩٦٥ سالف الذكر وإن كان يعفى المدعى من هذا التظلم إذا كانت الدعوى من الدعاوى المتعلقة بعقود الأشغال العامة، إلا أنه كان يحتم اللجوء إليه فى خصوص منازعات تلك العقود إذا تضمنت بنودها مثل هذا الالتزام، ومن قبيل ما نصت عليه المادتان ٥، ٥١ من دفتر الشروط العامة المرتبط بأشغال الجسور والطرق، وكذلك المادة ٥٠ من

(١) الدكتور/ سليمان الطماوى، رقابة الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٥ وما بعدها.

دفتـر الشـروط العامة المتعلـقة بالأشغال العامة والصادر سنة ١٩٧٦^(١).

ومع ذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي - ومنذ المرسوم الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٩/٧ - كان حريصاً على أن يشترط على المدعى، قبل اللجوء إلى القاضى المختص بنظر الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية، ضرورة أن يتقدم لجهة الإدارة المعنية، بتظلم حول المخالفات التى يرى أنها تنتهك مبادئ المساواة والشفافية، وأن يطلب منها انتصافه بإصلاح وإزالة مثل هذه المخالفات.

الأمر الذى يعنى أنه لا يمكن إقامة دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى دون ولوج طريق التظلم الإدارى بداءة، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت جهة الإدارة قد قامت بالرد سلباً على المتظلم، أم التزمت الصمت تجاهه، وهو ما يعد بمثابة قرار إدارى ضمنى بالرفض؛ فإذا لم يلجأ إلى هذا الطريق، كان مصير هذه الدعوى عدم القبول.

ولذا يعد التظلم أو الطلب المسبق فى نطاق الدعوى التى نحن بصددنا إجراء أو شكلية جوهرية *formalité substantielle*، يترتب على إغفالها - كما ذكرنا - عدم قبول الدعوى سواء أكانت هذه الدعوى مرفوعة من جانب المحافظ أو من جانب الدولة، م مرفوعة من جانب أحد الأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين الآخرين؛ بل ويعد هذا التظلم أو ذلك الطلب من النظام العام الذى يجيز للقاضى أن يثيره من تلقاء ذاته، حقيقة أن القضاء المستعجل عموماً والقضاء المستعجل قبل التعاقدى خصوصاً، يتتافى مع ضرورة التظلم الوجوبى أو الطلب المسبق بالمعنى سالف الذكر، لما قد يترتب عليه من تعقيد وإطالة فى الإجراءات وتهديد حقيقى لفلسفة وفعالية هذا القضاء، إلا أن ما يخفف من حدة هذا النقد، أن المشرع حدد لجهة الإدارة

(2) De, Laubadère - Delvolvé et Moderne, traité des contrats administratifs, T.II, L.G.D.J. Paris, 1984, P. 918.

مدة عشرة أيام للرد إيجاباً أو سلباً (المادتان ٢١٤-٢١، ٢٤١-٢٢ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية) بحيث يستطيع صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء مباشرة بمجرد الانتهاء من هذه المهلة.

بل إن بعض المحاكم الإدارية تبدي بعض المرونة في تطبيق شرط التظلم أو الطلب المسبق، حيث أجازت للمدعين أن يودعوا دعاوهم لدى المحكمة الإدارية المختصة قبل انقضاء مدة الأيام العشرة الممنوحة للإدارة لكي تثبت بطلبات المدعى. خلالها، بيد أن القاضى لا يبت في الدعوى إلا بعد انقضاء الأيام العشرة المحددة في القانون، وبطبيعة الحال فإن الدعوى المقامة تغدو غير ذات موضوع إذا أجابت الإدارة على طلبات المدعى بشكل إيجابي^(١).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه يشترط في الطلب المسبق أو التظلم أن يكون مكتوباً وموجهاً إلى الإدارة المعنية، بل ويرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يكفي أن يكون التظلم أو الطلب مرسلاً إلى الجهة الإدارية المختصة، وإنما يجب أن يرسل إلى الشخص المسئول عن إبرام عمليات العقد بالذات^(٢).

هذا ولا يوجه هذا الطلب إلا بعد قيام جهة الإدارة المعنية باتخاذ إجراءات التعاقد، كما يجب أن يكون التظلم قاطعاً في معناه موضحاً ما يريده المتظلم على وجه الدقة، ومن ثم يجب أن يتضمن تحديداً لماهية المخالفات القانونية التي تشكل انتهاكاً لمبادئ الشفافية والمساواة، وأن يطلب من جهة الإدارة صراحة تلافى أو إزالة هذه المخالفات، فإن لم يكن الطلب أو التظلم على هذا النحو كان غير مشروع وبالتالي عدم قبول الدعوى.

(1) T. A. Chalons- sur- Marne, 12-4-1994. S.A.R.L. entreprise Berriot, Rec. P. 696.

أشار إليه الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٤٢.

(2) Bréchon-Moulénes, op. cit., P. 11.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الرسالة التى أرسلتها الشركة المدعية إلى الإدارة طالبة فيها توضيح أسباب استبعادها عن دائرة المنافسة لا تقوم مقام الطلب أو التظلم المسبق⁽¹⁾، كما قضى بأن الرسالة التى وجهها المحافظ إلى العمدة والتي يشير فيها إلى عدم مشروعية الظروف التى تم خلالها إعداد لائحة المرشحين للمنافسة ليس من شأنها أن تقوم مقام الطلب أو التظلم المسبق الذى يشترط لتطبيق دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى⁽²⁾.

المطلب الثالث

الإطار الزمنى لرفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

رغم أن المشرع الفرنسى لم يحدد مدة زمنية معينة، يجب أن تقام الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية خلالها، مكتفياً بالنص فى المادتين ٢٢٠، ٢٣٠ من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية على أن يكون البت فى هذه الدعوى قبل إبرام العقد - إلا أن منطق وفلسفة هذه الدعوى وطابعها الوقائى يحتم ضرورة المبادرة أو السرعة فى إقامتها بمجرد اكتشاف المخالفات القانونية فى مبادئ الشفافية والمساواة من جانب جهة الإدارة، باعتبار أن العامل الزمنى يشكل جزءاً هاماً من تحقيق الغاية المنشودة لتلك الدعوى.

من هنا فقد جاءت التوجيهات الأوروبية لتنص على ضرورة ترك مدة معقولة بين تاريخ تبليغ المرشحين المستبعدين قرار رفض عطاءاتهم وبين توقيع العقد، وذلك كإجراء شكلى يسمح برفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، وهو ما تبناه المشرع الفرنسى حينما نص على ضرورة مضي مدة زمنية معينة قبل إبرام العقد، وهى المدة الواقعة بين

(3) C.E, 17-1-1996 S.A. Atelier Meriguet-carrère, Rec. P. 5.

(1) C.E, 22-10-1998, commune d'Amelie-Les-Bains.

نكره الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٤٣.

تاريخ قرار إرساء العطاء وتاريخ التوقيع على العقد، والتي يقال لها مدة الجمود، وقد حددها المرسوم الصادر في ٢٠٠٥/٢/١١، بعشرة أيام يمكن للإدارة تخفيضها في حالة الاستعجال، إلا أنه بموجب المرسوم رقم ١٤٥٦ بتاريخ ٢٠٠٩/١١/٢٧ أصبحت هذه المدة ستة عشر يوماً وتخفف في حالة الاستعجال إلى أحد عشر يوماً.

وعلى أية حال ووفقاً لتقنين القضاء الإداري الموحد لعام ٢٠٠٠، فإن دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، يجب أن ترفع قبل إبرام العقد، بحيث تتوقف سلطات القاضي عن نظر هذه الدعوى بمجرد توقيع العقد، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه بعدم قبول الدعوى إذا تم إبرام العقد قبل مباشرتها، كما استقر على عدم القبول في حالة توقيع العقد بعد رفعها، ولو تم هذا التوقيع خلال مدة الجمود، أي بما يخالف التزام الإدارة الوارد بالمادة (٨٠) من تقنين عقود الشراء العام الذي فرض مدة العشرة أيام (المعدلة إلى ستة عشر يوماً) بين الإرساء وتوقيع العقد، وإذا تم توقيع العقد أثناء هذه المدة فإن القاضي يحكم بانتفاء محل الدعوى.

وهذا هو ما يتفق ومنطق هذه الدعوى ذاتها، فالمدعون إما أن يطلبوا من القاضي القيام بإجراء مؤقت (تحفظي) مثل أمر موجه إلى الإدارة المختصة بمراجعة قواعد الإبرام أو وقف إبرام العقد أو غيرها، وبالتالي فإن هذه الإجراءات تفقد كل غايتها ومحتواها وفعاليتها، إذا تم اتخاذها بعد إبرام العقد.

أو أنهم يطلبون اتخاذ إجراء قطعي مثل إلغاء قرارات غير مشروعة متعلقة بعملية إبرام العقد، فإذا تم التطرق إلى مشروعية هذه القرارات من جانب قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، بعد إبرام العقد لا قبل هذا الإبرام، لكان معنى ذلك تجاوز هذا الأخير واعتدائه على اختصاص قاضي

تجاوز السلطة صاحب الاختصاص العام في نطاق القرارات المنفصلة كما سنيين فيما بعد، إذ نكون قد انتقلنا بذلك من نطاق رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المبدأ الذي رسخه مجلس الدولة الفرنسي بضرورة رفع الدعوى التي نحن بصددھا، قبل إبرام العقد، كان محلاً للنقد من جانب بعض الفقہ، حيث يرون أن هذا المبدأ يعطى منفذاً للالتفاف على نزاهة إبرام العقود حيث يمكن - بقصد حجب نظر القاضي عن المخالفة من خلال هذه الدعوى - الإسراع في إنجاز إبرام العقود، وفي هذا ما يناقض روح هذه الدعوى، ومن هنا فإن المشرع الفرنسي وحرصاً منه على تحقيق فاعلية هذه الدعوى فقد منح القاضي سلطات استثنائية غير مألوفة كما سيأتي لاحقاً⁽²⁾.

وأخيراً يترتب على مبدأ ضرورة إقامة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدی، قبل إبرام العقد النتائج التالية:

- ١ - أن هذه الدعوى لا يمكن أن تقام أو أن تكون مقبولة إذا تم توقيع العقد قبل رفع الدعوى، حتى وإن كان التظلم أو الطلب المسبق مقدماً قبل هذا التوقيع، أو قبل البت فيها حتى وإن كانت قد رفعت وسجلت قبل ذلك.
- ٢ - أن هذه الدعوى تصبح غير ذات محل إذا تم توقيع العقد بعد صدور حكم أول درجة، وقبل أن يصبح حكماً باتاً، أو إذا أعلنت جهة الإدارة تخليها عن إبرام العقد نهائياً.

المبحث الثالث

سلطات القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل

الموضوعي قبل التعاقدی

يملك القضاء في نطاق هذه الدعوى صلاحيات وسلطات استثنائية

(1) Vandermeeren R., op. cit., P. 98.

(1) Cassalter, op. cit., P. 165.

تتجاوز بكثير الصلاحيات والسلطات التقليدية للقاضي الإداري، صلاحيات واستثناءات تتفق في واقع الأمر وطبيعة تلك الدعوى في مجال التعاقدات الإدارية.

وتتقسم هذه الصلاحيات والسلطات طبقاً لنص المادة ٥٢١ من تقنين القضاء الإداري (فقرة أولى وثانية) إلى مجموعتين أساسيتين، إحداهما صلاحيات وسلطات تحفظية ويقال لها الإجراءات التحفظية، وأخرى نهائية يقال لها الإجراءات القطعية وذلك كما يلي.

المطلب الأول

الإجراءات التحفظية

Les mesures provisoires

وهي إجراءات - كما يتضح من اسمها - مؤقتة أو تمهيدية، حيث يملك القاضي طبقاً لها سلطة توجيه أمر للإدارة أو فرض غرامة تهديدية أو وقف إيراد العقد وكذلك وقف تنفيذ كافة القرارات والإجراءات المتصلة بعملية التعاقد.

ولكن قبل أن نبين هذه الإجراءات تجدر الإشارة إلى أن القول بأنها إجراءات تحفظية أو وقتية، لا يعنى أنها تأخذ ذات المعنى الذي تأخذه في القضاء المستعجل العادي أو قضاء وقف التنفيذ، ذلك أن المدعى في دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، يطلب - كما ذكرنا من قبل - أن تفصل المحكمة في أصل الحق أو أصل موضوع هذه الدعوى، بل وأن المحكمة لا تصدر في هذا الخصوص حكماً وقتياً وإنما حكماً حاسماً ونهائياً يكتسب حجية الأمر المقضى به. فما هي إذن هذه الإجراءات التحفظية.

هذا ما نبينه تباعاً فيما يلي.

الفرع الأول

سلطة توجيه أمر للإدارة

وهو ما يمثل خروجاً صارخاً وصريحاً على المبدأ المستقر في قضاء مجلس الدولة سواء في فرنسا أم في مصر، من أن القاضى الإدارى يحكم ولا يدير، باعتبار أن المهمة الأخيرة تعد من اختصاص الإدارة تراولها فى حدود السياسة العامة التى ترسمها السلطة التنفيذية فى الدولة، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين القضاء الإدارى *La juridiction administrative* والإدارة العاملة *L'administration active* الذى يحظر على القاضى الإدارى كل تدخل فى شئون الإدارة العاملة، ولذا فقد ظل ولا زال القاضى الإدارى ممنوع من أن يوجه أمراً إلى الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو حتى تهديدها بذلك أو أن يحل محلها فى تصرف أو إجراء هو من صميم اختصاصاتها بناء على طلب من الأفراد، بما مفاده أنه كان يحظر على القاضى الإدارى إكراه أو إجبار الإدارة على فعل أى شيء^(١).

بل ويلاحظ أن هذا الحظر قد طال جميع مجالات القانون الإدارى، فقد جاء فى أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسى أنه "... إذا كان من صلاحيات القاضى الإدارى بيان الحقوق والالتزامات المتبادلة بين المتنازعين، وتقرير التعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار؛ فإنه لا يجوز له التدخل فى إدارة المرافق العامة بأن يوجه أوامر تنطوى على التهديد المالى سواء إلى الإدارة أو إلى من هم مكلفون بإدارة المرافق العامة..."^(٢).

(١) الدكتور/ إبراهيم المنجى، القضاء المستعجل والتنفيذ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٠٧.

(2) ".... S'il appartient au juge de constater les droits et les obligations réciproques des parties et de fixer les dommages et intérêts aux quelles elles peuvent éventuellement prétendre, il ne saurait intervenir dans la gestion du service public en adressant sous une menace de sanctions pécuniaires, des injonctions soit à l'égard de saules elle dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du dit service...".

وهو ذات اتجاه مجلس الدولة المصرى فقد قررت المحكمة الإدارية العليا فى حكم بتاريخ ١٩٩٢/٣/٢٩ ، أن إصدار أوامر من القاضى الإدارى إلى الإدارة يخرج من حدود سلطة اختصاصاته التى حددها كل من الدستور وقانون مجلس الدولة، ويتنافى مع مبدأ استقلال السلطة التنفيذية عن السلطتين القضائية والتشريعية وفقاً لأحكام الدستور، قائلة: "إذا كان وجه عبارة الطلبات وظاهر ألفاظها إصدار الأمر إلى جهة الإدارة بالإفراج فوراً عن السيارات التى ترد استناداً إلى الموافقات الاستيرادية التى منحت للشركة الطاعنة، فإن ذلك مما يتأبى واختصاص قاضى المشروعية طبقاً لما ينص عليه الدستور وقانون مجلس الدولة، إذ لا يملك أن يصدر أمراً إلى جهة الإدارة لاستقلال السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية ، كما أن هذه السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والتنفيذية فى الإطار الذى تبيحه أحكام الدستور وقانون مجلس الدولة، ومن ثم يقتصر اختصاصه على إجراء رقابة المشروعية على ما تصدره الجهة الإدارية، أو تمتع عن إصداره من قرارات، متى كانت ملزمة قانوناً بذلك، فيحكم بإلغاء القرار المعيب فى الحالة الأولى، وإلغاء القرار السلبى بالامتناع فى الحالة الثانية، وعلى السلطة التنفيذية المختصة إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ هذه الأحكام نزولاً على الشرعية، بما يحقق المشروعية وسيادة القانون ، وذلك على مسئوليتها السياسية أمام السلطة التشريعية وتحت مسئوليتها المدنية والجنائية التى يملك أصحاب الشأن تحريكها فى الوقت ذاته لإجبارها على تنفيذ الأحكام التى جعل الدستور عدم تنفيذها جريمة من الموظف العام يعاقب عليها قانوناً، وللمحكوم له رفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة^(١) .

بل وحتى فى مجال تنفيذ الأحكام الإدارية، إذ القاعدة المستقرة أن

C.E. 27 janvier, 1993, le loire. Rec. P.136.

(١) الطعن رقم ٣٩٧ سنة ٣٦ ق.ع، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٣، ص ٧٤٢.

القاضي الإداري لا يملك إجبار جهة الإدارة على مثل هذا التنفيذ ولا على طريقة إجراءاته ومهما بلغت درجة وجديّة انتهاك الحجية^(١)، الأمر الذي أعطى

(١) لقد أيد جانب من الفقه الفرنسي والمصري مبدأ الحظر المشار إليه في المتمعن مستثنين في ذلك إلى مايلي:

١ - إن توجيه أوامر للإدارة يعد تجاوزاً من القاضي الإداري لحدود اختصاصه القضائي، وخروجاً عن حدود وظيفته القضائية، ذلك أن مهمة القاضي الإداري تنحصر في دعاوى طلب إلغاء قرارات إدارية في رفض هذا الطلب أو في الاستجابة له دون أن يكون له حق تعديل القرار أو توجيه أمر إلى الجهات الإدارية باتخاذ التدابير التي تعتبر نتيجة منطقية لحكم الإلغاء.

٢ - أن القاضي الإداري غير مختص بتوجيه أوامر إلى الإدارة، وإن عدم الاختصاص يجد أساسه في مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية العامة، والذي يستند بدوره على مبدأ الفصل بين السلطات وفقاً للتفسير الذي ساد هذا المبدأ في القانون الفرنسي.

٣ - كما قيل بتبرير قانوني وآخر عملي لسياسة مجلس الدولة في الامتناع عن إصدار أوامر إلى الجهات الإدارية، ويتمثل التبرير القانوني في ضرورة تقيّد القاضي بنطاق الدعوى التي ينظرها، بحيث لا يملك أن يصدر أمراً إلى جهة الإدارة باتخاذ أي إجراء من الإجراءات التي تتعلق بتنفيذ الحكم، لأن ذلك يخرج عن نطاق الدعوى المنظورة أمامه، والذي يقتصر دوره فيها على الفصل في طلبات الخصوم المتعلقة بشكل هذه الدعوى وموضوعها، أما التبرير العملي فهو أن القاضي يأخذ باعتباره عندما يطبق السياسة القضائية في أحكامه، أن جهة الإدارة التي تمثل السلطة العامة لا تحب ولا تتقبل أن تتلقى أمراً من أية جهة خارجية حتى وإن كان ذلك من قبل القاضي الإداري.

٤ - أن: "دعوى الإلغاء كما ولدت في القضاء الفرنسي، وكما فهمها المشرع المصري، تستهدف إلغاء القرار الإداري المعيب، ومن ثم كان عمل قاضي الإلغاء ينحصر في إلغاء القرار الإداري المعيب إذا ما ثبت له عدم مشروعيته فحسب؛ فليس له أن يعدل القرار المعيب، أو أن يستبدل به قراراً جديداً، أو أن يصدر أوامر للإدارة، لأن كل هذا يتناقى مع مبدأ الفصل بين السلطات كما فسره الفقه والقضاء في فرنسا".

٥ - أن جزءاً مخالفاً جهة الإدارة لأحكام القانون هو بطلان العمل الصادر عنها، سواء كان عملاً قانونياً أو عملاً مادياً، فإذا كان عملاً قانونياً، يحكم القضاء الإداري بإلغائه، وزوال ما ترتب عليه من آثار بائتر رجعي، وإذا كان عملاً مادياً فإن الإدارة تلتزم بإزالة الآثار التي ترتبت عليه، ولكن لأن القضاء في النظم اللاتينية - على عكس النظم الإنجلوسكسونية - لا يملك بناءً على مبدأ الفصل بين السلطات توجيه أوامر ونواهي إلى جهة الإدارة، ولا الحكم عليها بتعهدات مالية، وأن التزام الإدارة بإزالة آثار عملها المادى الباطل يتحول إلى التزام بالتعويض.

حول هذه الآراء أنظر:

أولاً: في الفقه الفرنسي:

Edouard La ferrière , Traité de la juridiction administrative , tome 1-2 éme éd, Berger- Levrault, 1896, P. 569; Jean WALINE, Droit administratif, 7eme éd sirey, 1957, P. 25; Josiane Tercinet, Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles, A.J.D.A., 20 Janvier, 1981, P. 7; Gustave Peiser, Contentieux administratif, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999, P. 5; René Chapus, Droit du contentieux administratif, op. cit., P. 50.

ثانياً: في الفقه العربي:

الدكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ٣٨٥؛ الدكتور/ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠١٠؛ الدكتور/ عبد الغنى بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، مجلس شوري الدولة والمحاكم الإدارية اللبنانية وفقاً للقانون رقم (٢٢٧) لسنة (٢٠٠٠)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠١، ص ٨٣؛ الدكتور/ حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، دراسة مقارنة للنظم القضائية في مصر، فرنسا، الجزائر، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ٤٠؛ الدكتور/ محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، تنظيم رقابة القضاء الإداري، الدعوى الإدارية، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤١٧.

وفي المقابل هناك اتجاه فقهي معارض لمبدأ حظر إصدار القاضى الإدارى أمراً لجهة الإدارة مستنداً في ذلك إلى:

١ - أن مبدأ استقلال كل من السلطتين القضائية والإدارية لم يعد له مبرر مقبول في الوقت الحاضر، ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات - والذي يستند إليه استقلال السلطتين القضائية والتنفيذية إنما هو مبدأ سياسى وليس قانونى، بل إن المفهوم السليم لهذا المبدأ لا يتعارض مع قيام القاضى بتوجيه مثل هذه الأوامر للإدارة من أجل تنفيذ أحكامه، خاصة أن هذا المبدأ كان قد ساد في التاريخ الفرنسى وهو مجرد خرافة نشأت في ظل نظام سياسى قائم على التحكم، ولا يتفق بحال من الأحوال مع القيم الديمقراطية الحديثة ولا مع سيادة القانون.

٢ - إن امتناع القاضى الإدارى عن استخدام سلطة الأمر يجعل الحكم ذا قيمة نظرية بحتة، لأن الحكم القضائى يركز على عنصرين: الأول تطبيق حكم القانون والثانى سلطة الأمر.

٣ - إن القانون الأوروبى يلزم المحاكم الوطنية للدول الأعضاء فى الاتحاد الأوروبى بإصدار أوامر إلى الجهات الإدارية، إذا كان هذا لازماً من أجل حماية الحقوق التى يكفلها للأفراد النظام القانونى للاتحاد الأوروبى .

٤ - لم يعد مقبولاً التعلل بمبدأ استقلال الإدارة للحيلولة دون تقرير آثار حكم الإلغاء، لأنه ليس ثمة اختلاف جوهري بين ولاية الإلغاء وبين سلطة تقرير آثار ذلك الإلغاء.

٥ - إن حصر سلطة القاضى بمجرد الحكم بالإلغاء وترك سلطة تحديد النتائج للإدارة من شأنه إضعاف رقابة قضاء الإلغاء، لأن إحالة المعتدى عليه إلى المعتدى يدفع الإدارة إلى الاستهانة برقابة القضاء طالما أن الأمر فى الأخير يعود إليها.

٦ - لا مجال للتعلل بحفاظة القضاء على مشاعر الإدارة بعد أن أصبح القضاء يملك إلغاء قرارات الإدارة، وترتيب آثار الإلغاء لن يكون أكثر إيلاًماً للإدارة من الإلغاء ذاته، فضلاً عن أنه لا محل للمحافظة على مشاعر إدارة خرجت على نطاق المشروعية ولم تحترم إرادة المشرع أو مقتضيات المصلحة العامة.

حول هذه الآراء، أنظر:

أولاً: فى الفقه الفرنسى:

Roget Perrot, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, Paris, 11^{eme}, 2003. P. 595; Georges Dupuis et Marie Jose Guedon, Droit administratif, 4^{eme} éd., Paris, 2000, P. 52; Jean River, Droit administratif, éd. 22^{eme}, Dalloz, paris, 2011, P. 813 etss; Marie Gentot, Le contrôle juridictionnel des actes autorités administratives indépendantes, L.G.D.J., Paris, 2003, P. 140; jean-Paul Costa, L'exécution des décisions des juridictions, La Revue administratif, spécial 1, 1999, P.P. 366- 367; yves gaudement, traité de droit administratif, T.1, 16^{eme} éd, L.G.D.J., Paris, 2001, P. 809; Christine Maugú, Les injonctions pour

الإدارة امتيازاً على حساب الأفراد والمتقاضين، وجعل الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري موقوفة - في الغالب - على إرادتها وحسن نيتها، أو بمعنى أدق على مدى احترامها للدستور والقانون.

ومع ذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي تدخل في ١٩٩٥/٢/٨ تدخلاً تاريخياً، فقد أصدر القانون رقم ١٢٥، ليضيف إلى قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بمقتضى المادة ٦٢ منه، ثلاث مواد هي (2- L8) (L8-3, L8-4)، وذلك بأن أجاز - من خلال هذه المواد والتي حلت محلها المواد (L911-1, L911-2, L911-3, L911-4) - من قانون القضاء الإداري الفرنسي الصادر بموجب الأمر رقم ٣٨٧ لسنة ٢٠٠٠ بتاريخ ٩ مايو ٢٠٠٠ - أجاز للقاضي الإداري أن يوجه - من خلال ما يصدر عنه من أحكام وأيا كان موضوع تلك الأحكام - الأوامر إلى الإدارات ولكن ضمن حدود معينة، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانب الإدارة، فيصدر عندئذ حكمه مقترناً بأمر

exécution de la chose jugée, Mélanges en l'honneur de Labetoulle Daniel, Dalloz, 2007, P. 591; Charles Guettier, L'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., no. Spécial, 1999, P. 66; Benoit Delaunay, Pour un intérêt à agir autonome en matière d'injonction, R.D.P. no 3, 2007, P.676.

ثانياً: في الفقه العربي:

الدكتور/ عبد العظيم جيرة، أثار حكم الإلغاء، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص ٣٣٩؛ الدكتور/ شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٣٢؛ الدكتور/ محمد سعيد الليثي، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦٩٥؛ الدكتور/ عصمت عبد الله الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٩٨؛ الدكتور/ إبراهيم المنجى، القضاء المستعجل والتنفيذ، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩؛ الدكتور/ الشافعي محمود صالح، آليات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في مجال المنازعات الإدارية، مطبعة مراد أبو المجد، ط١، ٢٠١٣، ص ٢١٤؛ الدكتور/ حمدي على عمر، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٣؛ الدكتور/ ثروت عبد العال، الإشكالات الوقتية في تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١١٢؛ الدكتور/ محمد حسين المجالي، الضمانات الحديثة لتنفيذ الأحكام القضائية في مواجهة الإدارة، دراسة مقارنة، دكتوراه حقوق عين شمس، ٢٠١٨، ص ١٥٣.

للإدارة لأجل القيام بهذا الإجراء.

فقد نصت المادة (1-1911L) من قانون القضاء الإدارى الفرنسى فى فقرتها الأولى على أنه: "عندما يقتضى الحكم الصادر من المحاكم الإدارية، أو محاكم الاستئناف الإدارية، اتخاذ الشخص المعنوى العام، أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام، قراراً معيناً، أو إجراء محدداً؛ فإنه يكون للمحكمة التى أصدرته - بناء على طلب محدد من صاحب الشأن باتخاذ هذا القرار أو الإجراء - أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذها⁽¹⁾، أو إذا تضمن حكمه إلغاء قرار أو إجراء معين فيجوز له عندئذ تضمين هذا الحكم أمراً إلى الإدارة باتخاذ هذا القرار أو ذلك الإجراء مرة أخرى بشكل مطابق للمشروعية.

فقد نصت المادة (2-1911L) من قانون القضاء الإدارى الفرنسى على أنه: "إذا كان تنفيذ الحكم يقتضى أن يتخذ الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام، قراراً آخر بعد تحقيق جديد يجريه لهذا الغرض؛ فإن للمحكمة التى أصدرت الحكم - إذا طلب منها ذلك صراحة - أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذ هذا الإجراء خلال فترة محددة⁽²⁾.

وإذا كان ما سبق هو المبدأ المستقر بالنسبة لعلاقة القاضى الإدارى بجهة الإدارة، إلا أنه ومنذ أن ظهر القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، فإن هذه العلاقة شهدت - فى إطار هذا القضاء - تطورات هامة وملموسة فى هذا الشأن ويأتى فى مقدمة هذه التطورات، أن أصبح للقاضى الحق فى توجيه أمر للإدارة وإلزامها بالتالى بالقيام بعمل معين أو الامتناع

(1) Guteier ch., l'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., 1999, P. 66

(1) "Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne nouvelle décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la meme decision juridictionnelle, du ctee nouvelle décision doit intervenir dans un délai détermine".

عنه أو تهديدها للقيام بهذا العمل أو الامتناع عن القيام به، إذا كان من شأن القيام بالعمل أو الامتناع عنه المساس بمبادئ المساواة والشفافية وتكافؤ الفرص في مجال التعاقدات الإدارية.

وهو ما أصبح يعنى أن القاضى المختص بالفصل فى المنازعات المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية يستطيع أن يأمر الإدارة بأن تراعى التزاماتها المفروضة عليها قانونا فى مجالى العلانية والمنافسة عند إبرام العقود الإدارية، بل لقد اعتبر أن كافة قواعد العلانية والمنافسة فى هذا الشأن من الشكليات الجوهرية التى يترتب على تخلف أى منها البطلان^(١).

فالقاضى يستطيع مثلاً أن يأمر الإدارة بأن تنشر إعلانا عن إجراءات الطرح للتعاقد فى الصحف اليومية أو لدى الجهات المحددة بنص القانون، إذا لم تكن قد قامت بمثل هذا النشر، أو أن تعيد نشر هذا الإعلان إذا كان النشر الأول غير مطابق للقانون أو غير متضمن البيانات الإلزامية التى أوجبها القانون، وله أن يأمرها كذلك باستبعاد أحد المتنافسين، إذا ثبت عدم التزامه فى مقاولات سابقة، أو بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول المنافسة دون وجه حق، وأن هناك خرقا للقواعد المتعلقة بمدد استلام العطاءات، بل وله أن يأمرها بإلغاء المناقصة إذا ثبت مخالفتها القانونية لإجراءات فتح المظاريف الفنية أو المالية... وهكذا.

وتطبيقا لذلك فقد أمر رئيس المحكمة الإدارية لمدينة ستراسبورغ إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات لإحدى التعاقدات الإدارية مع وجوب مراعاة ما يقتضيه تقنين عقود الشراء العام لمشروعية مثل هذا الإجراء، كما ألغى مجلس الدولة قرارا صادرا عن رئيس المحكمة الإدارية لغرينوبل Grenoble بتاريخ ١٩٩٥/٥/٥ لأن هذا الأخير

(٢) الدكتور/ حمدى على عمر، سلطة القاضى الإدارى فى توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٦٥.

قد رفض أن يأمر الإدارة بأن تراعى الالتزامات التي فرضها القانون بشأن المنافسة⁽¹⁾.

أخيراً فإنه لكي يصدر القاضي الإداري أوامر للإدارة، لا بد من توافر مجموعة من الشروط التي من أهمها:

- أن يتقدم صاحب الشأن للقاضي بطلب صريح لتوجيه أوامر للإدارة، وأن يكون هذا الطلب واضحاً ومحدداً؛ فإن لم يكن كذلك بأن جاء بصيغة عامة بالأمر، لا بإجراء محدد كان مصيره الرفض⁽²⁾.

- أن يكون لصاحب الشأن مصلحة شخصية ومباشرة في طلب توجيه الأوامر للإدارة، بأن يكون للقرار أو الإجراء المطعون فيه، أثر في الحالة أو المركز القانوني له، إضافة إلى ضرورة أن يكون مقدم الطلب هو المعنى بالقرار أو الإجراء محل هذا الطلب، ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أم معنوية، محققة أم محتملة.

- أن يتقدم صاحب الشأن بطلب توجيه الأمر للإدارة، بعد أن يكون قد توجه بنظم للجهة المعنية، خلال الفترة السابقة على إبرام العقد، وإلا كان مصير هذا الطلب الرفض .

- أن يقدم الطلب إلى الجهة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع حول القرار أو الإجراء السابق على إبرام العقد الإداري (المحاكم الإدارية - المحاكم الاستئنافية - مجلس الدولة) إعمالاً لقاعدة أن قاضي الفرع هو ذاته قاضي الأصل.

(1) أشار إلى هذه الأحكام الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٥٦.
(2) Charles Guettier, L'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., no. Spécial, 1999.

الفرع الثاني

سلطة الوقف

يقصد بهذه السلطة وقف إجراءات إبرام العقد وكذلك وقف تنفيذ كل قرار إداري يتصل بتلك الإجراءات، مع ملاحظة أننا لا نقصد هنا معالجة موضوع وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، وهو ما سوف نتناوله في الفصل التالي، وإنما نقصد فقط تسليط الضوء على سلطات القاضي الإداري التي يستمدّها من القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، وهي سلطات تتعلق - كما ذكرنا - بوقف إجراءات إبرام العقد أو بوقف تنفيذ القرارات المتعلقة بتلك الإجراءات، وذلك في حالة ما إذا كانت هناك مخالفات تشوب مبادئ المنافسة والعلانية والشفافية وتكافؤ الفرص في التعاقدات الإدارية.

ولذا يلاحظ أن شروط الوقف في الحالة التي نحن بصددّها تتجسد فقط في ضرورة أن تكون هناك أسباب جدية تبرر ذلك دون تطلب شرط الاستعجال، l'urgence، أي شرط الضرورة أو الخطر الذي قد يتعذر تدارك نتائجه لو لم يقض بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، فيما لو قضى بإلغائه، وهو الشرط المطلوب - كما سنرى - لوقف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة، الأمر الذي يؤكد - كما سنرى - أن القضاء الذي نحن بصددّه ليس في حقيقته قضاء مستعجلاً بمعنى الكلمة، بل تقنية خاصة ابتدعها المشرع الفرنسي لحماية التعاقدات الإدارية والمال العام.

هذا ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مسألة وقف إبرام العقد أو وقف تنفيذ القرارات المتصلة بهذا الإبرام، إنما تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف على الرغم من وجود أسباب جدية لذلك لدى المدعى⁽¹⁾.

(1) Brechon – Moulénes, Droit des marchés Publics, op. cit., P. 651.

ومن جانبنا لا نتفق مع هذا الطرح، إذ طالما أن هناك أسباباً جديدة لوقف إبرام العقد أو وقف تنفيذ أى من القرارات المتصلة به، فإنه يجب على القاضى أن يقضى به. بمعنى أن سلطته هنا سلطة مقيدة أو يجب أن تكون هكذا لا سلطة تقديرية، وإلا تم إفراغ القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى من مضمونه ومحتواه، وهو القضاء الذى وجد أساساً - كما بينا من قبل - لمعالجة هذا الأمر خصيصاً فى مجال التعاقدات الإدارية فى حالة أن يشوب مبادئ المساواة والشفافية فى خصوص هذه التعاقدات عوار يهدر تلك المبادئ.

وإذا كان القاضى الإدارى يتمتع فى إطار القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى بسلطة وقف إبرام العقد، وكذلك تأجيل كل قرار يتصل بهذا الإبرام، إلا أن هذه السلطة مقيدة بالألا تتجاوز مدة الوقف أو التأجيل، عشرون يوماً من تاريخ إخطار المحكمة بالطلبات المقدمة لها، وهى المدة التى يجب على القاضى أن يبيت خلالها فى الدعوى. وتعد هذه المدة فى واقع الأمر كافية للضغط على الإدارة الالتزام بقواعد الشرعية فى مجال المنافسة والشفافية قبل أن يصدر القاضى حكمه فى الدعوى المنظورة أمامه. فالقاضى مثلاً يمكنه أن يقضى بوقف إجراءات إبرام العقد إذا لجأت الإدارة إلى استخدام إحدى تقنيات الإبرام فى غير موضعها مما يشكل خرقاً لمبادئ المنافسة والمساواة والشفافية، كأن تستخدم إجراءً مقيداً (مناقصة محدودة أو مقيدة أو الأمر المباشر) فى الوقت الذى تحتم فيه تلك الإجراءات ضرورة استخدام المناقصة أو الممارسة العامة أو المفتوحة.

الفرع الثالث

سلطة فرض الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية وسيلة ضغط مالى ذات طابع قضائى، توقع على الإدارة لإجبارها على تنفيذ الأحكام القضائية واجبة النفاذ، وكذلك الأوامر

التي يوجهها لها القاضى الإدارى للالتزام بمبادئ المنافسة والشفافية عند إبرام بعض العقود الإدارية كما سنرى؛ فهي إذن ذات طابع تبعى، بمعنى أنها دائماً تابعة لحكم قطعى أو لأمر نهائى صادر عن القاضى، بل إنها ذات طابع وقتى حيث تهدف إلى الأمر بإجراء تحفظى، ولذا فهي تنتهى أو تسقط بمجرد الامتثال لتنفيذ الالتزام^(١).

وتتجسد الغرامة التهديدية فى سداد مبلغ مالى يقدره القاضى بما له من سلطة تقديرية، بشكل تحكمى عن كل فترة زمنية - يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً - تتأخر فيها جهة الإدارة عن تنفيذ التزاماتها.

ومع ذلك يلاحظ أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى كان مستقراً وبشكل تقليدى على أن القاضى الإدارى لا يملك ولا يستطيع الحكم على الإدارة بأمور تحمل معنى التهديد لحملها على التنفيذ إذا أهملت أو تأخرت فى هذا التنفيذ، وهذا ما كان قد صرح به مجلس الدولة الفرنسى فى أحد قراراته قائلاً: "إذا كان يناط بالقاضى أن يبين الحقوق والالتزامات المتبادلة للمتداعين وأن يقضى بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار، فإنه لا يسوغ له التدخل فى إدارة المرافق العامة بتوجيه أوامر تتطوى على التهديد بجزء مالى سواء إلى الإدارة أو إلى أولئك الذين يقومون على إدارة مرفق عام"^(٢).

(1) Jaques Flour et Jean - luc Aubert, Droit civil- les obligations, 8^{eme} édition, sirey, 2013, P. 190.

ويعرفها السنهورى بأن: "القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزاماته عينياً فى خلال مدة معينة، فإذا تأخر فى التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أى وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتى فيها عملاً يخل بالتزاماته وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العينى، أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيها تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضى أن يخفف هذه الغرامات أو أن يحوها".

دكتور/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المبنى الجديد (الإثبات وآثار الالتزام)، المجلد السادس، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٨٠٧.

(١) أشار إليه الأستاذ/ محمد فقير، رقابة القضاء الإدارى الاستعجالى، مرجع سبق ذكره، ص ١٥.

ولكن بدءاً من عام ١٩٨٠ - حيث صدر القانون رقم ٨٠ - ٥٣٩ بتاريخ ١٦/٧/١٩٨٠ بشأن الغرامات التهديدية المقررة في المجال الإداري لضمان تنفيذ الأحكام من جانب الأشخاص العامة - فقد تغير الوضع السابق حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه في حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن جهة قضاء إداري، فإن لمجلس الدولة ولو من تلقاء نفسه أن يقضى بغرامة تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة لضمان تنفيذ هذا الحكم.

وبالرغم من هذا النص المستحدث والذي كان يعد حينذاك، قفزة هائلة في سبيل إصلاح نظام القضاء الإداري، إلا أنه كان قاصراً من عدة وجوه من أهمها:

- أنه كان قد حدد نطاق تطبيقه فقط بالأحكام الصادرة ضد أشخاص القانون العام، دون غيرهم من أشخاص القانون الخاص المكلفين بإدارة مرافق عامة؛ رغم أن هؤلاء الآخر لا يختلفون في شيء عن أشخاص القانون العام سواء من حيث طبيعة ما يباشرونه من أعمال أو من حيث مدى التمتع بامتيازات السلطة العامة، مما مفاده أن هذا القانون قد أقام - والحال هكذا - تفرقة بين هؤلاء وأولئك دون سند من الواقع أو القانون.
- أنه تبنى نظام مركزية الاختصاص للحكم بالغرامة التهديدية؛ فقد جعل لمجلس الدولة وحده الحق في هذا الاختصاص لكفالة تنفيذ كافة الأحكام الإدارية، حتى وإن كانت صادرة من المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، بما مفاده حرمان هذه المحاكم الأخيرة من ضمانة تنفيذ أحكامها.
- أن الحكم بالغرامة التهديدية لم يكن يصدر - طبقاً لهذا القانون - مقترناً بمنطوق الحكم الأصلي ذاته، وإنما كان يصدر فقط في حالة ما إذا تعذر تنفيذ الحكم الأصلي بعد صدوره.
- أن هذا القانون لم يكن يتضمن اعترافاً للقاضي توجيه الأوامر

التنفيذية، رغم أن هذه الأوامر تمثل طريقاً منتجاً لحمل جهة الإدارة على التنفيذ، أو على الالتزام بما يفرضه القانون من قيود وضوابط تعلى من مبادئ المنافسة والشفافية في مجال إبرام العقود الإدارية.

لذلك وعلاجاً لأوجه القصور سألقة الذكر فقد صدر بتاريخ ٣٠ يوليو ١٩٨٧ القانون رقم ٥٨٨ لسنة ١٩٨٧، ليضيف للمادة الثانية من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ سألقة الذكر، فقرة جديدة تم بمقتضاها مد نطاق تطبيق الغرامة التهديدية ليشمل الأحكام الصادرة في مواجهة الأشخاص الاعتبارية الخاصة المكلفة بإدارة المرافق العامة .

ثم جاء القانون رقم ٩٥-١٢٥ بتاريخ ٨/٢/١٩٩٥ بشأن تنظيم الهيئات القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، ليمنح القضاء الإداري بمختلف محاكمه ودرجاته، حق توجيه الأوامر للإدارة إضافة لحق الحكم بالغرامة التهديدية، بحيث لم يعد هذا الحق أو ذلك مقتصراً كما كان من قبل، على مجلس الدولة منفرداً، وإنما شمل أيضاً المحاكم الإدارية والمحاكم الاستئنافية الإدارية، كما منح هذا القضاء الحق كذلك في أن يقرن فرض الغرامة التهديدية بالأوامر التنفيذية في ذات الوقت، وذلك ضماناً ليس فقط لتنفيذ الأحكام القطعية الصادرة عن جهات هذا القضاء، وإنما أيضاً ضماناً لتنفيذ الأوامر الموجهة للجهات الإدارية لتنفيذ تلك الأحكام^(١).

وهكذا يمكن القول أنه بصدر القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥، أصبح للمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية إضافة إلى مجلس الدولة، الحق في أن تصدر أوامر إلى الجهات الإدارية من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الإدارية، مع جواز الجمع في ذات الحكم

(١) الدكتور/ جعفر محمود المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني، رسالة دكتوراه عين شمس عام ٢٠٠٠، ص ٧٣ وما بعدها؛ الدكتور/ حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، دكتوراه، مطابع مجلس الدفاع الوطني، ١٩٨٤، ص ٤٩٠؛ الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٦٠.

بين تلك الأوامر والغرامة التهديدية، بمعنى أن القانون أجاز لمحاكم القضاء الإداري الحكم والغرامة التهديدية المقترنة ليس فقط بالأمر اللاحق على صدور الحكم - أي بعد ثبوت امتناع الإدارة عن التنفيذ - إنما أيضا بالأمر المتزامن بمنطوق الحكم الأصلي .

ولم تتوقف السياسة التشريعية عند هذا الحد، ففي يناير ٢٠٠١ بدأ سريان الجانب التشريعي لتقنين العدالة الإدارية Code de la justice administrative الصادر بالأمر رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ بتاريخ ٤ مايو ٢٠٠٠^(١) متضمنا تعديلا تم بالقانون رقم ٥٩٧-٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠ يونيو ٢٠٠٠ بخصوص الدعاوى الإدارية أمام القضاء الإداري^(٢).

وقد اشتمل هذا القانون الأخير (الكتاب التاسع) على ثلاثة أبواب تتعلق بتنفيذ الأحكام الإدارية، حيث تناول الباب الأول المبادئ العامة للتنفيذ، والباب الثاني القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، والباب الثالث أورد القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام مجلس الدولة؛ وقد انطوى هذا الكتاب على ضمانات تنفيذ هذه الأحكام أيضا كانت الجهة الصادرة منها، تلك الضمانات التي تتمثل كما ذكرنا في سلطة الأمر والغرامة التهديدية.

هذا عن أحكام الغرامة التهديدية في إطار قضاء مجلس الدولة الفرنسي وأحكام المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية بصفة عامة، أما عن أحكام هذه الغرامة في إطار القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد فيجب أن نميز بين أمرين:

(2) Ordonnance no 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

(٣) وقد بدأ سريانه بذات تاريخ سريان تقنين القضاء الإداري سالف الذكر، فقد نصت المادة (٣٠) منه على الآتي:

La présente loi entrera en vigueur le même jour que l'ordonnance no 2000 -387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

الأمر الأول: وهو الخاص بكافة عقود الشراء العام وعقود التفويض: إذ لم تنص المادة ٢٢٠ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية سالف الذكر، على إمكانية فرض غرامات تهديدية على الإدارة في خصوص هذه العقود. بمعنى أن هذه المادة لم تتضمن حكماً خاصاً بإجبار السلطات المسؤولة عن إبرام تلك العقود بضرورة أن تلتزم جانب الإجراءات التي أمر بها القاضى والمتعلقة بمراعاة التزاماتها فى مجالى العلانية والمنافسة، طالما أن هذه الإجراءات ليست مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية *Astreinte* عليها.

من هنا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى - لعلاج هذا القصور التشريعى - إلى أن القاضى بإمكانه أن يقرن تلك الإجراءات بفرض غرامات تهديدية استناداً إلى سياسة المجلس القائمة على إضافة الغرامات التهديدية إلى أوامره عندما تكون فى مواجهة الأفراد^(١)، بل لقد ذهب جانب من الفقه العربى - وبحق - إلى أن ذلك يمكن أن يتم بناء على ما قرره مجلس الدولة الفرنسى فى أحد أحكامه الشهيرة (*Barre et Honnet*) بتاريخ ١٩٧٤/٥/٨ من أن إضافة الغرامة التهديدية إلى الأمر يعتبر من قبيل المبادئ العامة^(٢).

الأمر الثانى: وهو الخاص بإبرام عقود أشغال أو توريد أو خدمات فى نطاق قطاعات الماء - الطاقة - النقل - الاتصالات: فقد نصت المادة ل ٢٣٠ من ذات التقنين سالف الذكر على أن رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه بإمكانه أن يستخدم سلطة فرض غرامات تهديدية تدعياً للأوامر التى يوجهها للإدارة، إذا رفعت إليه الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لوجود مخالفة فى التزامات المنافسة والعلانية والشفافية عند إبرام العقد فى أحد

(1) Vandameeren, R., op. cit., P. 101.

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٦٠.

المجالات سالفة الذكر.

مع ملاحظة أن هذه الغرامة يمكن أن تكون مؤقتة، وهو ما يمثل الأصل في الحكم بالغرامة التهديدية، ويقصد بذلك أن يكون للقاضي حرية اختيار هذه الغرامة دون أن يقيدده المشرع بقيد نوعي في هذا الشأن، وبأن له سلطة تعديل أو إلغاء تلك الغرامة عند التصفية حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتاً؛ وقد تكون الغرامة التهديدية قطعية أو نهائية وفيها يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقدير قيمة هذه الغرامة، وإن كان لا يستطيع إلغائها أو تعديلها عند تصفية الغرامة، إلا في حالة ما إذا كان عدم تنفيذ الإدارة للحكم يعود إلى قوة قاهرة أو حدث مفاجئ؛ إذ تنص المادة رقم (٤) من قانون الغرامة التهديدية لعام ١٩٨٠ على أنه فيما عدا الحالات التي يعود فيها عدم التنفيذ إلى قوة قاهرة أو حدث فجائي، لا يمكن لمجلس الدولة أو بقية محاكم القضاء الإداري، تعديل قيمة الغرامة النهائية عند التصفية .

مع ملاحظة أن الغرامة القطعية أو النهائية، تمثل في المنازعات الإدارية استثناء، ولذا يجب على القاضي أن ينص في حكمه على أنها نهائية، لأن الصفة النهائية للغرامة لا تفترض، وإنما لا بد من التصريح بها، وعلى النقيض من ذلك فإنه إذا صمت القاضي ولم يحدد أن تلك الغرامة نهائية فإن الغرامة يجرى تكيفها على الأصل فتكون غرامة مؤقتة، وذلك حسبما نصت عليها المادة الثالثة من قانون الغرامة^(١).

والغرامة القطعية لا يمكن تقريرها إلا بعد تقرير الغرامة التهديدية المؤقتة وبشرط عدم تلافى عيب العلانية والمنافسة والشفافية المقترف من جانب الإدارة المعنية، وذلك على الرغم من خضوعها للغرامة التهديدية

(١) الدكتور/ محمد باهى أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١؛ المستشار الدكتور/ الشافعي محمود صالح، آليات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في مجال المنازعات الإدارية، مطبعة مراد أبو المجد، ط١، ٢٠١٣، ص٣٠٩.

المؤقتة^(١).

أخيراً وفي معرض المقارنة بين ما ورد في المادة (٢٢٠) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، وما ورد في المادة (٢٣٠) من ذات التقنين من أحكام، فإنه يلاحظ أنه إذا كانت المادة الأخيرة (٢٣٠) قد منحت القاضي سلطة فرض غرامات تهديدية بالإضافة إلى توجيه أوامر للإدارة، فإنها لم تمنحه في ذات الوقت أيّاً من السلطات الأخرى الواسعة التي يتمتع بها القاضي عند تطبيق المادة (٢٢٠) الخاصة بأحكام الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية عند إبرام كل عقد من عقود الشراء العام وعقود التفويض.

وبذلك يمكن القول إن القاضي المختص وفقاً للمادة (٢٢٠) يملك سلطات الأمر والوقف والإلغاء والإبطال، أي كل السلطات التي تتطوى على إجراءات تحفظية وقطعية، ما عدا سلطة فرض غرامات تهديدية في مواجهة الإدارة، أما القاضي المختص وفقاً للمادة (٢٣٠) فلا يملك من السلطات المذكورة شيئاً غير سلطة الأمر وفرض الغرامات التهديدية في مواجهة الإدارة الناكلة بالتزامات العلانية والمنافسة^(٢).

المطلب الثاني

الإجراءات القطعية

Les mesures définitives

تتجسد الإجراءات القطعية كصلاحيات وسلطات للقاضي الإداري في إطار دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد في إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بإبرام العقد الإداري وفي إبطال بعض الشروط التعاقدية وهو ما نبينه في فرعين متتاليين.

Richer. L. Droit des contrats administratifs, L.G.D.J. Paris, 1995, (2) P. 635.

(3) Hoolo. G. op. cit. P. 238.

الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٦٢.

الفرع الأول

إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بإبرام

العقد الإدارى

وهنا يلاحظ أن هذه الصلاحية أو تلك السلطة تختلف عن صلاحية وسلطة القاضى الإدارى بإلغاء القرارات الإدارية بصفة عامة وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن القرارات المطعون فيها هنا هى القرارات المرتبطة بعملية إبرام العقد الإدارى وذلك فى حالة ما إذا لم تكن هذه العملية قد تمت بالفعل؛ فإن تم إبرام العقد فلا يجوز الطعن على أى من هذه القرارات بالطريق القضائى المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى؛ وإن كان من الممكن الطعن عليها بطريق الإلغاء العادى إن كان لذلك وجه كما سنرى فيما بعد، إضافة إلى أنه لا يجوز الطعن بطريق القضاء المستعجل قبل التعاقدى، إلا فى حالة مخالفة القرارات لقواعد المنافسة والشفافية والمساواة؛ أما فيما عدا ذلك من اسباب، فإن الطعن لا يكون بهذا الطريق وإنما بطريق الطعن بالإلغاء وفقاً للقواعد العامة.

هذا ويلاحظ أن سلطة الإلغاء هذه والتي منحت للقاضى المختص بنظر الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية من شأنها - كما ذهب البعض بحق - أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التى تساهم فى تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعد ما كان أثر هذا الإلغاء نظرياً بحتاً وفقاً لنظرية قضاء إلغاء القرارات المنفصلة^(١).

الناحية الثانية: أن القاضى المختص بالدعوى المستعجلة قبل التعاقدية وإن كان يملك إلغاء أى من القرارات المرتبطة بإبرام العقد الإدارى، إلا أنه يتمتع عليه إلغاء قرار الإبرام ذاته، أى قرار توقيع العقد،

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٥٧.

كما يتمتع عليه كذلك إلغاء العقد ذاته، ذلك أن هذا القضاء الاستعجالي لا اختصاص له بمجرد إبرام العقد أو توقيعه من قبل السلطة المختصة، إذ بهذا الإبرام - الذى يضمن على العقد وجوداً قانونياً مستقلاً - تستبعد سلطات قاضى الدعوى المستعجلة تجاه أى من الإجراءات السابقة اللاحقة على توقيع العقد كما بينا.

الفرع الثانى

إبطال بعض الشروط التعاقدية

والشروط التعاقدية هى الشروط التى تعد من قبل جهة الإدارة، وترد فى دفاتر أو كراسات الشروط العامة أو الخاصة، فإذا تم الطعن على بعض هذه الشروط أمام القاضى المختص بالدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لمخالفتها قواعد العلانية والمنافسة والشفافية، وثبت للقاضى صحة الإدعاء بهذه المخالفة، كان من حقه، بل واجب عليه الحكم بإبطال تلك الشروط، بحيث تستبعد من مجال التعاقد الإدارى محل هذه الدعوى؛ كما لو كانت بعض الشروط تتطوى مثلاً على عنصر تفضيلى Discriminatoire للبعض على حساب البعض الآخر.

فقد قرر مجلس الدولة الفرنسى أن وضع مواصفات أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها للتوريدات المطلوبة من شأنه أن يؤدى إلى حصر المنافسة بين عارضين محددين تتوافر لديهم توريدات فى مستوى هذه المواصفات، وهو ما يشكل فى حد ذاته خرقاً بيناً لالتزام الإدارة بحماية شفافية المنافسة⁽¹⁾؛ أو أن بعض الشروط تتطوى على مخالفة للقانون و١٦٨ اللوائح الخاصة بها، أو أن هذه الشروط صحيحة ومنفقة والالتزامات القانونية، إلا أن جهة الإدارة لم تحترم تلك الشروط لمخالفتها مثلاً لمدد تقديم

(2) C.E., 3-11-1995, sté district de l'agglomération Nancéenne, R.F.D.A., 1995, P. 1077.

العطاءات، بأن تعتمد إلى مد هذه المدد دون رضاء المرشحين، إذ يعد ذلك في الواقع خرقاً واضحاً للالتزام بحماية مبادئ الشفافية والمساواة.

حاصل القول إذن أن الإجراءات سالفة الذكر سواء أكانت تحفظية أم قطعية إنما تدور في إطار حماية مبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة، وهي المبادئ التي وجدت دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد من أجل حمايتها، إذ كلما كانت المخالفة منطوية على المساس بأى من هذه المبادئ، كان القاضى المستعجل قبل التعاقدى هو المختص، وعليه الوقوف لتلك المخالفة بالمرصاد، وأن يتخذ حيالها أى من تلك الإجراءات (الأمر للإدارة - الوقف - الغرامة التهديدية - الإلغاء... الخ)، أما إذا لم تكن المخالفة ذات تأثير على مبادئ المنافسة والشفافية والمساواة، انحسر عنها دور القاضى المستعجل قبل التعاقدى، بما مؤده أن هذه المخالفات والتي تؤثر على مشروعية إجراء الإبرام ولكن لا تؤثر على العلانية والمنافسة، لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تصلح محلاً لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، فمثل هذه المخالفات لا يمكن الطعن فيها عن طريق الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، بل على المدعى أن يلجأ عندئذ إلى الطرق الأخرى للقضاء.

ومن المخالفات التي لا تؤثر على العلانية والمنافسة ولا تدخل بالتالى فى نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى، تلك المتعلقة بتشكيل لجان المناقصات وطلب العروض⁽¹⁾، أو بتوزيع قواعد الاختصاص بتوقيع العقود، أو باحتواء العقد على شروط غير مشروعة، ولكنها غير

(1) T.A, Versailles, 28-7-1994, Sté Socceran et Pronergies, Req No. 94-3284.

وفى هذا الحكم تقول المحكمة الإدارية بفرساي:

(.. L'irrégularité qui affecterait la composition de la commission d'appel d'offre ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence).

منطوية على عنصر تفضيلي، وكذلك التبليغ غير المشروع لقرار رفض الترشيح أو رفض العرض، أو رفض تعويض المصاريف المدفوعة من جانب العارض في إعداد عرضه في الحالات التي ينص فيها القانون على إمكانية ذلك⁽¹⁾.

المبحث الرابع

الحكم في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي

قبل التعاقد

إذا اتضح للقاضي توافر كافة الشروط الشكلية لقبول هذه الدعوى سواء من حيث المواعيد أو من حيث ضوابط الطلب المسبق أو التظلم على التفصيل سالف الكر، انتقل إلى البحث عما إذا كانت المخالفة المدعى بها تتعلق أولاً بمبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة، فإذا كانت تتعلق وتحقق من صحتها أصدر حكمه في الدعوى خلال عشرين يوماً من تاريخ عرض النزاع عليه وذلك طبقاً للمادة رقم ٢١/٢٤١ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، مع ملاحظة أن هذا الميعاد ليس ميعاداً قطعياً أو ميعاد سقوط وإنما بمثابة ميعاد تنظيمي لحث المحكمة على سرعة الفصل في النزاع، ومن ثم فإن انقضاء هذا الميعاد دون البت في الدعوى لا يعنى غل يد القاضي عن الاستمرار في النظر في الدعوى.

حقيقة أن جانباً من الفقه الفرنسي يرى أن هذه المدة قصيرة نسبياً بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود⁽²⁾، إلا أننا نرى من جانبنا أن طبيعة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية وما تتطلبه

(1) T.A, Paris, 20-11-1995, Sté Europelec, Req No. 951604213; C.E, 8-2-1999, Sté Campenon Bernard S.G.F, Req. 188100; T.A, Lyon 19-7-1996, Sté Aubeltes, Req. No. 960940; T.A, Pau, 13-4-1993, P.C. Robert et autres, Req, No 93/292.

(1) Couzinet. Ph. Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de passations des marchés publics, R.M.P. No. 272, 1993, P. 48.

من ضرورة حسم ما يثار حول عملية إبرام العقد الإداري من نزاع قبل إتمام هذه العملية، يتفق ويتلاءم مع هذه المدة، وإن كان استقراء الحالات التي طبقت فيها هذه الدعوى يدل - كما ذهب جانب من الفقه - على أن المحاكم الإدارية قد نجحت عموماً في البت في الموضوعات التي عرضت عليها بمناسبةها خلال ثلاثة أسابيع على الأقل⁽¹⁾.

وإذا كان القاضى الذى يفصل فى النزاع المعروض بدعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، قاض فرد كما ذكرنا من قبل، فإن حكمه يعد أيضاً حكم أول وآخر درجة *En premier et dernier ressort*، وهو ما يعنى أن الحكم الصادر فى الدعوى التى نحن بصدددها لا يقبل الطعن بالاستئناف، وإن كان ذلك لا يمنع طبقاً للمادة (ر. ٢٤١-٢٤٤) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، من إمكانية الطعن عليه بطريق النقض أمام مجلس الدولة. وهنا يجب أن يتم هذا الطعن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور هذا الحكم.

مع ملاحظة أنه فى حالة الحكم فى الدعوى القضائية المستعجلة قبل التعاقدية فى مجالات المادة ٢٣٠ من التقنين سالف الذكر، وهى الحالات الخاصة بإبرام عقود أشغال أو توريد أو خدمات فى نطاق قطاعات الماء والطاقة والنقل والاتصالات، بغرامة تهديدية فى مواجهة جهة الإدارة، فإنه يحق لهذه الجهة أن تطعن على هذا الحكم بالاستئناف، وهو ما ينعكس سلباً على مدى فعالية دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى فى هذه الحالة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه عند الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة فى الحكم الصادر بدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، فإن على المجلس طبقاً للمادتين ٢، ١١ من القانون رقم ٩٧-١١٢٧ بتاريخ ١٢/٣١/١٩٨٧، أن يفصل فى هذا الطعن وجوباً، إذا كان قد عرض عليه للمرة الثانية، أما

(2) Vandermeeren, R., op. cit., P. 99.

إن كان العرض لأول مرة فمن حقه أن يعيده إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الطعين، ومن حقه أيضاً أن يفصل فيه إذا كان من شأن ذلك تحقيق نتائج أفضل للعدالة.

وأخيراً لنا أن نتساءل هل هناك ضرورة لتوكيل محام فى دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، سواء أمام المحاكم الإدارية أم أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض؟

فى واقع الأمر ليس هناك ضرورة لتوكيل محام فى مثل هذه الدعاوى، فمن ناحية وطبقاً لنص المادة ١٠٨٠ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، يلزم أن يكون هناك محام عندما يكون الهدف من الدعوى طلب مبلغ مالى أو تخفيض مبلغ من المال واقع على عاتق المدعى، أو حل نزاع متولد عن العقد؛ وحيث أن دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى لا تهدف إلى أى من هذه المسائل، وإنما فقط منع المخالفة القانونية لمبادئ المنافسة والشفافية والمساواة، إضافة إلى أن النزاع المعروض بصدها على القاضى إنما تولد قبل إبرام العقد، ومن ثم فإن توكيل محام يصبح أمراً غير ضرورى. ومما يؤكد ذلك أن القاضى فى مثل هذه الدعاوى لا يختص - كما ذكرنا - بالحكم بأية تعويضات.

ومن ناحية أخرى يمكن القول أنه نظراً لأن دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى تدخل فى إطار دعاوى تجاوز السلطة، وحيث أن هذه الدعاوى الأخيرة معفاة من توكيل محام أمام مجلس الدولة، فإن الدعوى التي نحن بصدها، تكون بالتالى معفاة من ضرورة توكيل محام أمام مجلس الدولة. فمسألة توكيل محام غير مطلوبة إذن فى دعاوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى سواء أمام محكمة أول درجة أم أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض.

من جماع ما تقدم يمكن القول أن تقنين القضاء المستعجل قبل

التعاقدى والتي هي من خلق وابتداع المشرع الفرنسى ابتداء من عام ١٩٩٢ وذلك من خلال اعتماده للتوجيهات الأوربية وإدخالها فى التشريعات المحلية والتي كان آخرها تقنين القضاء الإدارى الفرنسى لعام ٢٠٠١ والمعدل بتاريخ ٧/٥/٢٠٠٩، هذه التقنية إنما تجسد أداة فعالة وفاعلة فى رقابة سلامة إبرام العقود الإدارية وضمان توفير الحماية ليس لحقوق المتنازعين فحسب، بل كذلك للمصلحة العامة، بما توفره من إلزام الإدارة بمعايير الشفافية فى إطار التعاقدات الإدارية بما يضمن أن تلتزم هذه التعاقدات من مواطن الفساد والمنافع الشخصية التى تتحقق على حساب المصلحة العامة، فهى تهدف بصورة أساسية إلى درء كل مخالفة تصيب مبدأ العلانية والمنافسة الواجب مراعاته عند إبرام العقد الإدارى، وهو ما يكسبها أهمية قانونية وعملية ذات طابع وقائى.

والقضاء الاستعجالى قبل التعاقدى لا ينصب على نزاع ناشئ عن العقد الإدارى، ذلك أن الحقوق والالتزامات - موضوع هذا القضاء - يكون سندها القانون وحده وليس العقد، فمتى أبرم العقد أضحت الدعوى غير مقبولة؛ وهذه الدعوى تخول القاضى الإدارى - كما ذكرنا - سلطات هامة غير مألوفة فى نطاق النظام القانونى العام للقضاء الإدارى، ذلك أنه حينما يبت فى هذه الدعوى يتمتع بسلطات الأمر والوقف والإلغاء، وإبطال بعض شروط العقد والبت فيها يكون على وجه الاستعجال.

وعلى الرغم من تبنى بعض التشريعات العربية للنظام القانونى لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، كما فعل كل من المشرع الجزائرى والمشرع العراقى، إلا أن التطبيق العملى لها لا زال دون المأمول، لذا ندعو المشرع العربى عموماً والمصرى خصوصاً - فى ظل ما تشهده مصر من نهضة فى مجال تشجيع الاستثمار - إلى تقنين النظام القانونى لهذه الدعوى تشريعياً لما فى ذلك من ضمان لمبدأى العلانية والمنافسة فى إبرام العقود

الإدارية، وما تكفله هذه الدعوى من حماية للمال العام.

كما ندعو المشرع العربي والمصري على وجه الخصوص إلى منح القاضى الإدارى مساحة واسعة من السلطات، كسلطة توجيه الأمر إلى الإدارة وفرض الغرامة التهديدية وتأجيل إبرام العقد وإلغاء القرارات والبنود المخالفة لمبدأ العلانية والمنافسة، وذلك كما فعل المشرع الفرنسى والذى خص هذه الدعوى بجملة من الإجراءات والضمانات كمبدأ المواجهة وتبادل المذكرات بين أطراف الدعوى، وإيداء الملاحظات الشفهية فى الجلسة العلنية....الخ.

وأخيراً فإنه لا يخفى على أحد من رجال القانون ما انتهجه القضاء الإدارى الفرنسى منذ نشأته من سياسة تهدف نحو السعى إلى توسيع نطاق سلطاته وفرض رقابته على الأعمال الإدارية بغية ضمان تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية، وما ابتدعه على مر الزمن فى سبيل تحقيق ذلك من نظريات وما صاغه من مبادئ وما طرحه من معطيات، فإننا نتمنى أن نرى فى تشريعاتنا العربية والمصرية خاصة وأجهزتنا القضائية مواكبة لتطورات الزمن وحاجة الأفراد، أملين أن تجد النظرية التى نحن بصددھا طريقھا إلى التشريع أولاً ثم إلى التطبيق العملى ثانياً، خاصة أنه فى أعمالها تحقيق لغاية القانون ونشر للعدالة.

الفصل الثاني

وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

من الطرق أو الأساليب المقررة للطعن أمام القضاء الإدارى فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، أسلوب وقف تنفيذ هذه القرارات، لمواجهة أمور عاجلة لا تحتمل التأخير، وذلك إذا توافرت شروط معينة شكلية وأخرى موضوعية؛ ويسمى الطلب الذى يقدم فى هذا الخصوص، الطلب المستعجل، حيث يقصد صاحبه تحقيق الحماية العاجلة بحكم عاجل لتوقى آثار تنفيذ تلك القرارات التى يتعذر تداركها فى حالة قبول الدعوى وإلغائها؛ كما يسمى القضاء المختص بنظر هذا الطلب القضاء المستعجل، والذى لا يتم اللجوء إليه إلا إذا توافر استعجال يبرر الحصول على الحماية القضائية بإجراءات استثنائية من إجراءات الدعاوى العادية، وبأنه لا يطلب منه سوى حماية وقتية لتحديد مركز الخصوم بصفة مؤقتة دون أن يكسب الحق أو يهدره^(١).

والقضاء المستعجل بهذا المعنى لا يجب أن يختلط بالقضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى سالف الإشارة إليه، فهذا القضاء الأخير لا يوجد إلا فى دول الاتحاد الأوروبى وفى القلب منه فرنسا وبعض الدول التى أخذت عنها مثل العراق والجزائر، فى حين أن القضاء المستعجل لوقف التنفيذ والذى نحن بصددده، إنما يوجد فى جميع دول العالم التى تتتهج أسلوب القضاء الإدارى، بما فى ذلك الدول التى تبنت أسلوب القضاء المستعجل قبل التعاقدى.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى هو قضاء موضوعى يبحث - كما بينا - فى أصل الحق أو فى

(١) المستشار/ معوض عبد التواب، القضاء المستعجل، مرجع سبق ذكره، ص ١٣.

موضوع النزاع الأصلي، فهو قضاء فاصل في أصل النزاع القائم بين الخصوم، كاشف عن وجه الحق فيما يدعيه كل خصم، في حين أن قضاء وقف التنفيذ لا يمس أصل الحق أو الموضوع الأصلي للنزاع، وإنما يصدر أساساً لمواجهة مسائل عاجلة لا تحتمل التأخير يراها القاضى لازمة للمحافظة على مصالح الخصوم دون أن يتعرض لحقهم الذى يبقى النزاع بشأنه قائماً.

إضافة إلى أن القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى يصدر أحكاماً نهائية قابلة للطعن فيها أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض، ولا يصدر أحكاماً وقتية كما في حالة الأحكام التى تصدر بصدد وقف التنفيذ، والتى يتوقف مصيرها على الأحكام التى تصدر عن قاضى الموضوع؛ ولذا فإن دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، إنما هي دعوى مستقلة قائمة بذاتها، في حين أن دعوى وقف التنفيذ ليست كذلك، وإنما مقترنة أو يجب أن تكون مقترنة دائماً بالقضاء الموضوعى وهو هنا قضاء الإلغاء.

وأخيراً فإن القاضى المختص بنظر دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى لا يملك الحق في الحكم بالتعويض عن الأضرار التى تسببها القرارات محل الدعوى، في حين أن قضاء وقف التنفيذ لا يمنع قاضى الموضوع من الحق في الحكم بالتعويض عن أضرار تلك القرارات. وهكذا يمكن القول إن طريقى الطعن القضائيين سالفى الذكر، وإن كان يوصف كل منهما بالقضاء المستعجل، إلا أن لكل منهما سماته وخصائصه التى تميزه عن الآخر وتجعله بالتالى مستقلاً ومنفرداً بذاته وغير مختلط به.

وإذا كنا قد تناولنا في الفصل السابق القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، فإننا نتناول هنا القضاء المستعجل لوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية وذلك من خلال دراسة

الموضوعات التالية:

الموضوع الأول: نطاق ومبررات وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثاني: نطاق وشروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثالث: طبيعة وآثار الحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

مخصصين لكل موضوع منها مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

نطاق ومبررات وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال في مجال العقود الإدارية

وقف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة بما في ذلك القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، إنما يجسد استثناء من قاعدة الأثر الفوري لهذه القرارات. تلك القاعدة التي تعنى أن تصبح تلك القرارات - بمجرد صدورها واجبة النفاذ منتجة لكافة آثارها القانونية، دون توقف على موافقة أصحاب الشأن أو رضائهم.

وحيث إنه يصعب فهم حقيقة الاستثناء سالف الذكر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية دون الوقوف على حقيقة قاعدة نفاذ تلك القرارات منذ صدورها، فإننا نتناول بداءة هذه القاعدة الأخيرة والتي تجسد الأثر القانوني الفوري للقرارات الإدارية في المراكز القانونية القائمة أو بإنشاء مراكز قانونية جديدة، ثم نتناول ما يرد على هذه القاعدة من استثناء بوقف تنفيذ هذه الآثار القانونية لتلك القرارات وذلك كمايلي.

المطلب الأول

قاعدة النفاذ الفوري للقرارات الإدارية ومبرراتها

نبين أولاً مضمون هذه القاعدة، ثم نتناول ثانياً المبررات التي تدعمها.

الفرع الأول

مضمون قاعدة النفاذ الفوري للقرارات الإدارية القابلة

للانفصال في مجال العقود الإدارية

هذه القاعدة ذات شقين:

الشق الأول: يتعلق بجهة الإدارة: ويعنى أن القرارات الإدارية تسرى في حق الإدارة بمجرد صدورها، حتى ولو لم تكن قد أشهرت، لأن الشهر إنما تقرر لمصلحة الأفراد لا لمصلحة الإدارة.

الشق الثاني: ويتعلق بالأفراد: ويعنى أن القرارات الإدارية لا تسرى في مواجهة هؤلاء الأفراد إلا بعد شهرها قانوناً؛ فإن تم هذا الشهر كان للإدارة تنفيذ قراراتها في مواجهة الأفراد دون الحصول على موافقتهم مسبقاً أو على إذن سابق من القضاء⁽¹⁾.

وقد ترتب على هذه القاعدة بشقيها مبدأ يقال له مبدأ الأثر غير

الموقف للطعن بالإلغاء⁽²⁾ Le caractère non suspensif des recours

(1) وإذا كانت القواعد سالفة الذكر هي القواعد العامة التي تحكم نفاذ القرارات الإدارية فإن تلك القواعد ترد عليها بعض الاستثناءات هي:

١ - أنه يجوز للإدارة أن تنفذ قراراتها في مواجهة الأفراد قبل شهرها، إذا كانت تلك القرارات غير ضارة بهم أي لا تنتقص حقاً من حقوقهم أو تحملهم بالتزام.

٢ - أن النفاذ الفوري للقرارات الإدارية إنما يكون بالنسبة للقرارات الفورية (البسيطة) أما القرارات الإدارية المتعلقة على شرط واقف أو المضافة إلى أجل، فإنه لا يبدأ نفاذها إلا بتحقيق هذا الشرط أو حلول الأجل.

٣ - أن القرارات الإدارية التنظيمية التي ترتب أعباء مالية على عاتق الخزنة العامة لا تكون نافذة إلا بتوفر المال اللازم لتنفيذها.

الدكتور/ محمد عبد العال السناري، نفاذ القرارات الإدارية، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨١، ص ٥٥.

(1) Maurice Tourdias; le Sursis à exécution des décisions Administratives, thèse, Bordeaux L.G.D.J. Paris 1957, PP. 5 et

devant la juridiction administrative بمعنى أن مهاجمة القرار الإدارى بدعوى الإلغاء لا توقف - بحسب الأصل - تنفيذه، إذ يجب أن يستمر هذا التنفيذ إلى أن يقضى بإلغاء هذا القرار أو بسحبه من قبل الإدارة. ولهذا المبدأ فى واقع الأمر سند تشريعى، فقد ورد النص عليه فى قوانين مجلس الدولة الفرنسى المتتابعة وأخرها تفتين القضاء الإدارى لعام ٢٠٠١^(١) والذى نص فى المادة الرابعة منه على أنه إذا لم يكن هناك نص تشريعى خاص، فإن الطعون القضائية لا توقف تنفيذ القرارات الإدارية^(٢) Sauf disposition législatives spéciales les requêtes n'ont pas . d'effet suspensif

وفى مصر فقد نصت المادة ٤٩/١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه.

وهذا هو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى مقررأ أن هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية فى القانون العام ce caractère (exécutoire)^(٣) est la règle fondamentale de droit public وكذلك مجلس الدولة المصرى إذ تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن مخاصمة القرار الإدارى أمام محاكم مجلس الدولة فى حد ذاتها لا توقف التنفيذ". كما

ss. M. Lavau: Du Caractaire non Suspensif des Recours devant les tribunaux administratifs, R.D.P. 1950, PP. 779 et, s. Loic, Philip, Le Sursis à l'exécution des décisions des juridictions administratives, Dalloz, 1965, ch. PP. 219 et,s.

(٢) جمع تفتين القضاء الإدارى الفرنسى الجديد كافة النصوص الحاكمة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية الاستئنافية والمحاكم الإدارية، والتي كانت من قبل متفرقة ومبعثرة فى مواضع عدة. فنصت المادة الأولى (تشريعى) من التفتين فى هذا الخصوص على الآتى:

Le present Code s'applique a Conseil d'Etat, aux Cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs.

(3) C.E, Ass., 2-7-1982, Huglo et autre, Rec. P. 528.

(١) الطعن رقم ٣١٠٤ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/١٢/١، الموسوعة الإدارية الحديثة ١٩٩٣/١٩٨٥، ج٣٣، ص ٩٣٦.

تقول محكمة القضاء الإدارى أنه "لا يترتب على مجرد طلب إلغاء القرار الإدارى أمام محكمة القضاء الإدارى وقف تنفيذه"^(١).

حاصل القول إذن أن القاعدة أو الأصل العام هو أن الطعن بالإلغاء لا يوقف تنفيذ القرار الإدارى، إذ يظل رغم الطعن محدثاً أثره القانونى بما ينشئه من حقوق للأفراد وبما يرتبه من التزامات فى ذمتهم؛ دون حاجة إلى الحصول - كما ذكرنا من قبل - على رضا أى منهم أو حتى معاونتهم، بل ودون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً للإذن بذلك، فالقرار الإدارى المطعون فيه يتمتع من هذه الزاوية بقدر من الحصانة، وتفترض فيه السلامة. وهذا الأثر القانونى يقال له "القوة التنفيذية للقرار الإدارى".

الفرع الثانى

مبررات القوة التنفيذية للقرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية

تتمثل مبررات القوة التنفيذية أو النفاذ الفورى لتلك القرارات فى

الآتى:

- مبدأ الفصل بين السلطات: خاصة بين كل من السلطتين التنفيذية والقضائية، فقد نصت المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائى الفرنسى عام ١٧٩٠ على أن "الوظائف القضائية متميزة وتظل دائماً منفصلة عن الوظائف الإدارية" Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives.

مما يعنى استقلال كل من هاتين السلطتين عن الأخرى، فلا تتدخل الإدارة فى عمل القاضى، ولا يتدخل هذا الأخير فى عمل الإدارة؛ فإذا ما أجاز للقاضى بمناسبة رفع دعوى إلغاء قرار إدارى أمامه، بوقف تنفيذ هذا القرار، لاختل المبدأ سالف الذكر، ولأصبحت الإدارة تابعة للسلطة القضائية

(٢) الدعوى رقم ٢٦٥ لسنة ٢٠٠٣/٣/١٩٤٨، المجموعة السنة ٢، ص ٤٣٣.

أو جزء منها، بل ولأصبح تنفيذ أعمالها متوقفاً - والحال هكذا- على تدخل القضاء الإداري، وعلى ما يصدر لها من أوامر في هذا الشأن، الأمر الذي يتنافى تماماً مع مبدأ الفصل بين السلطات والذي حرصت على ترديده معظم دساتير العالم، فطبقاً لنص المادة الخامسة من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ "يقوم النظام السياسي على أساس الفصل بين السلطات والتوازن بينها...".

- قرينة الصحة والسلامة للقرارات الإدارية: بمعنى أن القرار

الإداري يتمتع من لحظة صدوره بقرينة الصحة والمشروعية، وهي قرينة بسيطة بل ومفترضة في كل قرار إداري، ذلك أنه ليس للإدارة من هدف في هذا الشأن سوى تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم لا يفترض ولا يجب أن يفترض مخالفتها للقانون في أعمالها، وإنما الذي يفترض أنها حريصة على صحة وسلامة هذه الأعمال، وعلى من يدعى ذلك عليه أن يثبت ذلك. وبناء على ذلك يمكن القول أنه عند إقامة دعوى الإلغاء يكون الأصل المسلم به أن القرار الإداري المطعون فيه قرار سليم ومطابق للقانون، ومن ثم لا يكون هناك مبرراً لوقف تنفيذ القرار بمجرد رفع الدعوى^(١)، خاصة أن الإدارة هي التي تتحمل مسؤولية التنفيذ فيما لو بان عدم مشروعية القرار الذي يتم تنفيذه، إذ يحق لصاحب الشأن في هذه الحالة مطالبتها بالتعويض إن كان لذلك وجه.

- اعتبارات عملية *conditions pratiques* تملئها طبيعة النشاط

الإداري: ذلك النشاط الذي يتجسد أساساً في إدارة المرافق العامة بانتظام واستمرار لإشباع حاجات ورغبات المواطنين المتجددة والمتغيرة وهو ما ينطوي بحكم اللزوم على عنصرى الضرورة *La nécessité* والاستعجال

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٤/١٢/١٩٥٧ في الطعن رقم ١٧٦٨ لسنة ٢ق، المجموعة، ص ٢١٣، حيث تقول: "إن القرار الإداري يفترض فيه أن يكون محمولاً على الصحة ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك يفضل ما يحاط به من ضمانات تعين على ذلك كحسن اختيار الموظفين الذين يساهمون في إعداده وفي إصداره وتسلط الرقابة الرئاسية عليهم في ذلك، ولأن القرار الإداري قد يجتاز مراحل تمهيدية قبل أن يصبح نهائياً...".

urgence، فالإدارة تسمو في واقع الأمر من هذه الزاوية على الأفراد ليس فقط لخطورة مهمتها وجلال قدرها، وإنما لأن الأفراد لا يهدفون إلا لتحقيق مصالحهم الذاتية أو الفردية، والمصلحة العامة أولى بالرعاية بل ومقدمة - عند التعارض - على المصلحة الخاصة، الأمر الذي يحتم بضرورة التسليم بأن مجرد رفع دعوى إلغاء قرار إداري، لا يترتب عليه وقف تنفيذ هذا القرار، وإلا لأصيب نشاط الإدارة بالشلل أو الجمود، وهو ما ينعكس سلباً على المصلحة العامة وعلى ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، خاصة أن هذا النشاط يقوم في معظمه على القرارات الإدارية.

المطلب الثاني

وقف تنفيذ القرارات الإدارية استثناء من قاعدة

الأثر الفوري ومبرراته

الفرع الأول

وقف تنفيذ القرارات الإدارية استثناء من قاعدة

الأثر الفوري

ذكرنا أن القاعدة هي نفاذ القرارات الإدارية منذ لحظة صدورها، وأن الطعن عليها بالإلغاء لا يوقف تنفيذها وذلك للمبررات سالفه الذكر، إضافة إلى أن الحكم الصادر بالإلغاء يتمتع بحجية مطلقة ويؤدي إلى إعدام القرار أو اعتباره كأن لم يكن وإزالة كافة آثاره منذ لحظة صدوره، مما يعنى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور هذا القرار، وإذا كان الأمر كذلك فما هي إذن المشكلة؟ خاصة أن هذا الحكم يتيح لصاحب الشأن الحق في طلب التعويض المالي عن الأضرار التي لحقت به جراء ذلك؟

المشكلة تكمن في أن هناك قرارات إدارية يترتب على تنفيذها أضرار جسيمة يتعذر تداركها أو احتواء آثارها عند صدور حكم الإلغاء، بمعنى أنه لا يجدي معها نفعاً مجرد صدور حكم بالإلغاء، إذ يصعب بل

يستحيل في كثير من الأحيان إعادة الحال إلى ما كان عليه، وهذا الحال لا يمكن تعويضه مالياً أياً كان مقدار هذا التعويض، فإذا صدر قرار بحرمان شخص من التقدم بعطائه في مناقصة عامة، ثم صدر حكم - بعد أن تم إبرام العقد مع أحد المناقصين الآخرين - بإلغاء هذا القرار، فماذا يجدي صاحب الشأن من صدور مثل هذا الحكم؟ خاصة أن حكم الإلغاء لا أثر له على إبرام أو تنفيذ هذا العقد كما سنرى فيما بعد. كذلك لو أن هناك منزلاً أثرياً وصدر قرار بهدمه وتم تنفيذ هذا القرار، فماذا يجدي صاحب هذا المنزل إذا صدر بعد ذلك حكماً بالإلغاء؟ أو حتى حكماً بالتعويض وأياً كانت قيمة هذا التعويض؟ بالتأكيد لا يجديه نفعاً هذا أو ذلك؛ وبالمثل إذا صدر قرار بحرمان طالب من دخول الامتحان، وتم تنفيذ هذا القرار ثم صدر حكم بالإلغاء بعد انتهاء فترة الامتحانات، فماذا يجدي هذا الطالب من صدور حكم بإلغاء قرار الحرمان؟ أو حتى حصوله على تعويض مالي وأياً كان مقداره؟ بالتأكيد لن يجديه نفعاً هذا أو ذلك، وهناك العديد من الأمثلة الصارخة لمثل هذه الحالات.

من هنا فقد تقرر نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بصفة مؤقتة، ولكن كاستثناء من قاعدة الأثر الفوري للقرارات الإدارية، ولذا فهو يتطلب تدخلاً صريحاً من المشرع بإقراره إذ لا استثناء دون نص قانوني، استثناء يهدف إلى التوفيق أو لإيجاد نوع من التوازن بين امتيازات السلطة العامة وقدرتها على تنفيذ قراراتها بمجرد صدورها ولو بالقوة الجبرية، وبين كفالة الضمانات للأشخاص الخاضعين للإدارة، لحفظ مصالحهم الخاصة عندما يقتضى الحال ذلك. وهذا التوفيق أو التوازن نجده في حكم المحكمة الإدارية العليا عندما قالت "إن المشرع إذ خول القضاء الإداري صلاحية وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء إنما استهدف تلافى النتائج الخطيرة التي قد تترتب على تنفيذها، مع الحرص في

الوقت نفسه على مبدأ افتراض سلامة القرارات الإدارية وقابليتها للتنفيذ^(١).
حاصل القول إذن أن القاعدة سالفة الذكر وهي قاعدة الأثر غير
الموقف للطعن بالإلغاء، لازالت مستقرة كأصل عام ولا يتم الخروج عليها إلا
استثناء إذا اقتضى الأمر ذلك ووفقا لنص خاص في هذا الشأن؛ وهو ذات
نهج مجلس الدولة الفرنسي إذ يقول:

Les recours juridictionnels formés contre les décisions
administratives ne sont pas suspensifs de leur exécution...
le sursis à exécution lorsqu'il est possible, ne peut avoir
qu'un caractère exceptionnel et limité^(٢).

ولذا يلاحظ أن النصوص التي قررت هذا الاستثناء، إنما قررتة جنبا
إلى جنب مع قاعدة الأثر غير الموقف للطعن بالإلغاء، فهي المادة الرابعة
من تقنين القضاء الإداري في فرنسا لعام ٢٠٠١ لمعدل عام ٢٠٠٩ تنص -
كما بينا من قبل - على أنه "إذا لم يكن هناك نص تشريعي خاص، فإن
الطعن بالإلغاء لا يوقف تنفيذ القرارات الإدارية" وهو ما انتهجه قانون مجلس
الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث ينص في المادة ١/٤٩ منه على
أنه "لا يترتب على رفع طلب الإلغاء إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب
إلغائه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه"، وهو ما انتهى إليه
القضاء الإداري في البلدين كذلك.

فقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن وقف تنفيذ
القرارات الإدارية هو وسيلة استثنائية ولا يلجأ إليها إلا بحرص وتعقل وفي
حدود ضيقة جدا^(٣). وذات الشيء نجده أيضا في أحكام المحكمة الإدارية

(١) الطعن رقم ٣١٠٤ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٢/١/١٩٩٠، الموسوعة الإدارية الحديثة،
١٩٩٣/١٩٨٥، الجزء ٣٣، ص ٩٣٦.

(2) C.E, 26 Juillet 1978, Dlle Sellin et autres c/Commission
départementale de remembrement, J.C.P., 1979, éd. G. II. J.
19137.

(1) C.E, 18-6-1954, préfet du var C/ Aimé et autre, S. 1954-111-93.

العليا إذ تقول: "أن الأصل فى القرارات الإدارية أن تكون واجبة النفاذ ولا يترتب على الطعن فيها بالإلغاء وقف تنفيذها، إلا أنه استثناء من هذا الأصل حول المشرع للقضاء الإدارى سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء"^(١). وفى حكم آخر تقرر أيضا، وبعد أن أوردت الأصل العام المتقدم، أن "وقف تنفيذ القرار الإدارى ينطوى على خروج على هذا الأصل"^(٢).

ورغم النص صراحة فى النصوص القانونية على استثنائية وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ورغم أن القضاء مستقر كذلك على إمكانية وقف تنفيذ القرارات الإدارية استثناء، إلا أن أيا من المشرع أو القضاء سواء فى فرنسا أم فى مصر لم يعرف ماهية وقت تنفيذ القرارات الإدارية، الأمر الذى دفع بالفقه إلى الاجتهاد فى هذا الشأن. إذ يعرفه البعض بأنه "طلب مستعجل يتقدم به الطاعن على القرار الإدارى بالإلغاء، مبتغيا به توقي آثار تنفيذ هذا القرار التى يتعذر تداركها فى حالة قبول دعوى إلغاءه"^(٣)، ويعرفه البعض الآخر بأنه إجراء استثنائى يعطى القاضى سلطة تقديرية لإصدار حكما مؤقتا بوقف تنفيذ القرار الإدارى عند الطعن به بالإلغاء، إذا طلب صاحب المصلحة ذلك فى لائحة الدعوى، وذلك عند توافر الشروط اللازمة لوقف التنفيذ"^(٤).

ومن جانبنا نرى أن وقف تنفيذ القرارات الإدارية، إجراء استثنائى بنص القانون، يعطى للقاضى سلطة تقديرية للتخفيف من تبعات مبدأ الأثر

(٢) طعن رقم ٣٢٩٨ لسنة ٢٣٣ق، جلسة ١٩٩٣/١٢/٤، الموسوعة الإدارية الحديثة ١٩٩٣، ١٩٩٧، ج٤٩، قاعدة ١٧١، ص ٦٥٤.

(٣) الطعان ١٦/٢٠١٦ لسنة ٢٩ق، جلسة ١٩٨٥/٢/١٦، المجموعة، السنة ٣٠، ج ١، بند ٩٢، ص ٦١٤.

(١) الدكتور/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور المستعجلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٣.

(٢) الدكتور/ أحمد خورشيد المفرجى، وقف تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء، دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٥، ص ٢٥.

غير الموقف للطعن بالإلغاء، بأن يقرر وقف تنفيذ القرار المطعون فيه إذا توافر شرطى الجدية والاستعجال.

الفرع الثانى

مبررات وقف تنفيذ القرارات الإدارية

ذكرنا من قبل أن هناك أضرار قد تصيب المواطنين نتيجة تنفيذ القرارات الإدارية، وأن هذه الأضرار قد يتعذر تداركها أو تتجنب آثارها، الأمر الذى قرر معه المشرع النظام الاستثنائى لوقف تنفيذ مثل هذه القرارات بصفة مؤقتة لحين الفصل فى دعوى الإلغاء، وإذا كان هذا فى حد ذاته يشكل المبرر الأساسى للنظام الاستثنائى لوقف التنفيذ، إلا أن هناك مبررات أخرى يقال بها فى هذا الخصوص منها:

- كبح جماح الإدارة وتعتمدها أحيانا الخروج على مبدأ المشروعية: وقد يكون خروجها هذا نتيجة نقص الخبرة والدراسة لديها فى بعض تصرفاتها، وقد يكون بسبب الإهمال والتكاسل فى الدراسة والبحث، بل وقد يكون نتيجة إغراءات السلطة وسطوتها لدى بعض أصحاب القرار من الموظفين.... الخ.

فى مثل هذه الحالات تبدو أهمية وفائدة نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية الصادرة فى تلك الظروف، وإلا تحمل أصحاب الشأن نتائج تنفيذ تلك الممارسات والتى قد يتعذر تداركها، وأن التعويض عنها لا يجدى، كما لا يجديهم نفعاً أن يصدر بعد ذلك - كما ذكرنا - حكماً بإلغاء تلك القرارات.

- بطيء الفصل فى دعاوى الإلغاء: إذ لا يخفى على المحاكم ذاتها أو على المتعاملين معها من المحامين والمواطنين مدى بطيء العدالة أمام محاكم القضاء الإدارى، والتى قد تستغرق سنوات عديدة، لدرجة أن البعض قد يتوفاه الله ولم يكن قد فصل فى دعواه بعد بحكم نهائى أو بات، الأمر الذى تظل معه المراكز القانونية مزعزعة وغير مستقرة، وغالبا ما أن تكون جهة

الإدارة قد نفذت قراراتها وأحدثت آثارها وحققت نتائجها، وكل ذلك قبل الفصل - بطبيعة الحال - فى دعوى الإلغاء. فإذا تم - بعد ذلك - إلغاء هذا القرار أو ذلك، فقد هذا الإلغاء معناه وكل نتيجة إيجابية لدى صاحب الشأن، ولن تكون لهذا الحكم - والحال هكذا - سوى قيمة رمزية أو فى أكثر الأحوال قيمة معنوية لا تجديه نفعاً فى كثير من الأحيان، مقارنة بما ترتب على تنفيذ القرار من نتائج، وقد تكون نتائج يتعذر - كما ذكرنا - تداركها أو تجنب آثارها.

من هنا تبدو أهمية وفائدة نظام وقف التنفيذ:

- فهو مكمل ضرورى لدعوى الإلغاء، إذ عن طريق وقف تنفيذ ما سوف يتعذر تدارك نتائجه، يجد حكم الإلغاء مجالاً لإعمال آثاره بحفظ له قيمته.
- وهو بهذه المثابة ضامن لحقوق ومصالح أصحاب الشأن وأيضاً لعمل القاضى: إذ يبدو إجراءً وقائياً حاجزاً لمصدر الضرر فى مهده، فلا يجد أياً من المخاطبين بالقرار أو القاضى نفسه أمام أمر واقع تفرضه الإدارة بغير إمكانية للرجوع^(١).

(١) فى هذا المعنى يقول Tourdias, M. فى رسالته وقف تنفيذ القرارات الإدارية عام ١٩٥٧، باريس صفحة (٣):

Le sursis à exécution est une mesure utile et un instrument nécessaire en ce sens qu'il doit contribuer à assurer le respect qui devrait être dû, sans contestation possible, à l'autorité de la chose jugée. Il est un moyen mis à la disposition du juge, qui, préventivement, peut ainsi éviter que l'administré et lui-même soient mis en présence d'un état de fait qu'il sera impossible de modifier. Chaque fois que la juridiction pourra craindre que l'Administration ne puisse ou ne veuille pas exécuter sa future décision, elle ne devra pas hésiter à se servir de cette arme qu'est le sursis à exécution, et qui lui permettra, à l'avance, de s'assurer du respect de son jugement. Assui, comprend- on tout l'intérêt, qu'en face des procédés actuels, peut présenter l'institution du sursis à exécution dans la sauvegarde des oeuvres d'une bonne justice.

وحتى يكون نظام وقف التنفيذ ذاته فعالاً، فإنه يجب ألا يستغرق الفصل في طلبه أمام القضاء الإداري وقتاً طويلاً، بل يجب أن يتم على وجه السرعة وهو - للأسف الشديد - غير متحقق في الواقع العملي إلا نادراً، ذلك أن متوسط الفترة الزمنية للفصل في طلب وقف التنفيذ سواء في فرنسا^(١)، أم في مصر لا تقل في الغالب عن ستة أشهر، بل قد تمتد سنوات؛ فقد أقيمت في مصر دعوى بطلب وقف تنفيذ قرار إداري بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٤ وقد صدر قرار المحكمة في هذا الطلب بتاريخ ١٧/٥/١٩٩٩^(٢)، وفي دعوى أخرى أمام محكمة القضاء الإداري، حيث قدم طلب وقف التنفيذ بتاريخ ١٨/٨/٢٠٠٤ وقد صدر الحكم في هذا الطلب بتاريخ ٩/١/٢٠٠٧^(٣).

وفي هذا الشأن يقول الفقيه الفرنسي Rivero "أنه إذا كان بطء الفصل في دعاوى الإلغاء على وجه الخصوص من أهم الأسباب التي جعلت وقف التنفيذ من الضروريات، فإن بطئ الفصل في طلبات الوقف لا بد مستتبعاً إضعافاً لفعالية نظام أريد به بالتحديد علاج هذه الظاهرة السلبية في عمل القضاء. فكلما استطلت فترة الفصل في طلب الوقف كلما زادت احتمالات استنفاد تنفيذ القرار المطعون فيه خلالها، فيصبح الطلب عندئذ بغير ذي موضوع^(٤).

وقد أشار إليه الدكتور/ فؤاد عبد الباسط المرجع السابق، ص ٦٦.
(٢) فقد أشار الفقيه الفرنسي Bennard Pacteau إلى أن متوسط الفترة الزمنية التي يستغرقها الفصل في طلب وقف التنفيذ لا يقل عن ستة أشهر.

Contentueux administratif, 2éd, 1989, P. 247.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٧ق، جلسة ٢٣ ديسمبر ٢٠٠٦، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، الجزء الأول، ص ٢٤٩ - ٢٥٠.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣١٢١٨ لسنة ٥٨ق، جلسة ٩/١/٢٠٠٧، المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة القضاء الإداري، الدائرة الأولى، في الفترة من أكتوبر ٢٠٠٦ إلى سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٢٣١ - ٢٣٥.

(2) La quasi inexistence du sirsis à exécution, combinée avec la lenteur de la procédure, aboutit à conférer à maintes annulations

وهو ما نتمنى على قضائنا الإدارى أن يعالجه - كما عودنا - بحكمة واقتدار، خاصة فى مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، لارتباط هذه القرارات بالاستثمار والوضع الاقتصادى ومخططات التنمية القومية والمحلية على السواء.

المبحث الثانى

نطاق وشروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية

نتناول فى مطلب أول نطاق وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال، وفى مطلب ثان شروط هذا الوقف.

المطلب الأول

نطاق وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

مما لاشك فيه أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، والتي هى محل طلب وقف التنفيذ، إنما هى قرارات إدارية بالمعنى الفنى لهذا المصطلح^(١) مكتملة المقومات القانونية بصورها من سلطة إدارية تملك حق إصدارها دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية أعلى، أى أن تكون نهائية، ومن ثم قابلة للتنفيذ بقصد إحداث مركز قانونى معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة، بل ويجب أيضاً استمرارية هذه القابلية للتنفيذ، بألا يكون للقرار أجل محدد وقد انتهى هذا الأجل، وبألا يكون موقوف التنفيذ أو مؤجل السريان لسبب آخر، وبألا يكون قد سحب أو ألغى إدارياً أو قضائياً، وبألا يكون محل هذا القرار قد زال؛ كمن يريد وقف تنفيذ

un caractère de censure doctrinale: elles sauvegardent les principes, mais non point les intérêt des administrés. Droit administratif, 3ème éd., Dalloz, 1965, P. 210.

(١) مولفنا، الاتجاهات المتطورة لمفهوم وذاتية القرار الإدارى فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى، دراسة تحليلية نقدية، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٣، دار النهضة العربية.

قرار استبعاد أحد المرشحين لعضوية البرلمان بعد أن صدر قرار بحل هذا البرلمان...الخ.

فإن تحققت هذه الضوابط تصبح تلك القرارات مجالاً خصباً لطلب الإلغاء ووقف التنفيذ، بغير توقف على إتمام أية إجراءات لاحقة قد تكون لازمة لوضعها موضع التطبيق، وكل ما في الأمر أنه يشترط لذلك أن تكون تلك القرارات مشوبة بأحد عيوب عدم المشروعية التي نصت عليها قوانين مجلس الدولة في مصر وفرنسا وهي عيوب عدم الاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح وصدورها في غير الأشكال التي نص عليها القانون أو إذا كانت مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

وكما هو واضح فإن هناك تلازماً بين طلبات إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية وطلبات وقف تنفيذ هذه القرارات؛ وبمعنى أدق، هناك ارتباط ضروري وحتمي بين طلبات وقف تنفيذ تلك القرارات ودعوى الإلغاء أو كما يقال لها في فرنسا دعوى تجاوز السلطة *Recours pour excès de pouvoir*، ولذا فقد حرصت كافة النصوص القانونية المتعلقة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة والقرارات التي نحن بصددنا بصفة خاصة، على ذكر أن الجهة القضائية المختصة بنظر طلبات وقف التنفيذ هي ذات الجهة المختصة بدعوى الإلغاء، وبالتالي فإن محاكم القضاء الإداري وهي بصدد النظر في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، فإنها تبحث ابتداء مسألة اختصاصها بنظر الدعوى الأصلية المتضمنة طلب إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بعدم المشروعية، وكذلك شروط قبول هذه الدعوى وميعادها، مما يرتب عدم اختصاصها بنظر الطلب المستعجل والمتعلق بوقف تنفيذ القرار الإداري إذا لم تكن مختصة أصلاً بنظر الطلب الأصلي المتضمن الطعن بإلغاء القرار الإداري ذاته.

وإذا كانت القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود

الإدارية، تبدو بشكل واضح في منطقة إبرام تلك العقود، أى فى المرحلة السابقة على صيرورة العقد الإدارى منعقداً، إلا أن هذه القرارات قد تظهر كذلك فى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى، وهنا لنا أن نتساءل هل يمكن طلب إلغاء هذه القرارات الأخيرة أو طلب وقف تنفيذها على غرار النوع الأول من هذه القرارات؟ بل وهل يمكن طلب إلغاء ووقف تنفيذ ما يثبت من تلك القرارات أنه قرار منعدم؟ وما حكم القرار السلبي فى هذا المجال من طلب الإلغاء ووقف التنفيذ؟ هذا ما نبينه تباعاً فيما يلى.

الفرع الأول

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية

ومدى إمكانية طلب إلغائها ووقف تنفيذها

قد تصدر هذه القرارات - كما بينا من قبل - فى المرحلة التمهيدية لإبرام العقد، وقد تصدر كذلك فى مرحلة تنفيذ العقد، وهنا نجد اختلافاً بينا بين هذه القرارات وتلك من حيث مدى إمكانية طلب إلغائها ووقف تنفيذها كما يلى.

الغصن الأول

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى المرحلة التمهيدية

لإبرام العقد الإدارى ومدى إمكانية إلغائها ووقف تنفيذها

تجسد هذه المرحلة التمهيدية لتلك القرارات، فهى تشكل فى مجموعها قرارات إدارية بالمفهوم سالف الذكر، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى فى هذا الخصوص "أن تحليل العملية القانونية السابقة على إبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له، يظهر أن القرارات السابقة على هذا العقد، كوضع الإدارة شروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هى بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن

العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء، كما يجوز طلب وقف تنفيذها^(١)، إذا كانت مشوبة - بطبيعة الحال - بعيب عدم المشروعية، وسواء أكان العقد الذى تمهد الإدارة لإبرامه بهذه القرارات عقداً إدارياً، أم كان من العقود التى تبرمها مع الطرف الآخر بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الخاص وهى تلك المسماه عقود الإدارة المدنية، مع ملاحظة أن اختصاص القضاء الإدارى يمتد فى هذه الحالة الأخيرة إلى الطعون فى القرارات الإدارية المنفصلة دون المنازعات المتعلقة بهذه العقود التى يختص بالفصل فيها قضاء القانون الخاص.

المهم أن هذه القرارات حينما يتم فصلها عن العملية التعاقدية سواء أكانت متعلقة بعقد إدارى أم بعقد مدنى، تظهر فيها الإدارة كسلطة عامة، تعبيراً عن إرادتها المنفردة الملزمة والتى يتولد عنها مباشرة الأثر القانونى، وفى هذه الحالة يصبح طلب الإلغاء مقبولاً وبالتالي طلب وقف التنفيذ. فإذا لم تكن كذلك أى لم تظهر فيها الإدارة كسلطة عامة... الخ، فإن طلب إلغائها وبالتبعية طلب وقف تنفيذها يصبحان غير مقبولين.

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "أنه ينبغى.. التفرقة بين نوعين من القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية فى شأن العقود الإدارية.. النوع الأول، وهو القرارات التى تصدرها أثناء المراحل التمهيديّة للتعاقد وقبل إبرام العقد وهى تسمى القرارات الإدارية المنفصلة المستقلة، ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل فى مناقصة والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين، فهذه القرارات هى قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أى قرار إدارى نهائى وتطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية. والنوع الثانى، وينتظم القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود

(١) الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ق، بجلسة ١٩٥٦/١/٨، مجموعة السنة العاشرة، ص ١٣٥.

الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصها، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها، لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية^(١).

ولذلك لا يمكن بحال من الأحوال أن تستند الطعون ضد النوع الأول من القرارات التي تصدرها جهة الإدارة في شأن العقود الإدارية إلى شروط العقد ذاته، وإنما فقط - وكما ذكرنا - إلى مخالفتها مبدأ المشروعية، أى مخالفة القوانين واللوائح الحاكمة لعملية التعاقد، أو لقواعد الشكل والإجراءات أو لإصابتها بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها؛ وبطبيعة الحال يقصد بالطعون هنا طعون الإلغاء ويتفرع عنها طلب وقف التنفيذ، باعتبار أن هذين الطلبين لا يردان إلا على القرار الإداري الذي تصدره جهة الإدارة استناداً إلى السلطة المخولة لها بمقتضى القوانين واللوائح. أما إذا كان الإجراء صادراً من جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد الإداري وتنفيذاً له، فإن هذا الإجراء لا يعد قراراً إدارياً وبالتالي لا يرد عليه طلب الإلغاء أو وقف التنفيذ كما سنرى فيما بعد.

هذا وتختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر طلبات الإلغاء وكذلك وقف التنفيذ، تأسيساً على أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع، وغاية الأمر أن المحكمة تفصل فى الطلب المستعجل فى الحدود والضوابط المقررة للفصل فى الطلبات المستعجلة، فتتظر أولاً، وكما سنرى فيما بعد، فى توافر الاستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطلوب المحافظة عليه، ثم تستظهر جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة إليها فى ظاهرها، فتصدر على مقتضى هذا النظر حكمها المؤقت فى الوجه المستعجل للنزاع باتخاذ الإجراء

(١) الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤ ق.ع، جلمة ١٤/٤/١٩٧٩، مجموعة الخمسة عشر عاماً، الجزء الأول، ص ١٧٨ وما بعدها.

المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع، وهو الذى تفصل فيه المحكمة بعد ذلك فصلاً نهائياً على مقتضى ما تتبينه من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفى الخصومة^(١).

الفصل الثانى

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مرحلة تنفيذ العقد

ومدى إمكانية إلغائها ووقف تنفيذها

وهنا يجب أن نميز بداية بين القرارات التى تستند الإدارة فى إصدارها - رغم نفاذ العقد - إلى سلطتها كضابطة لسير المرافق العامة والمستمدة من القوانين واللوائح مباشرة، وبين الإجراءات التى تتخذها الإدارة تنفيذاً لنصوص العقد.

فالقرارات الأولى هى التى يرد عليها طلب الإلغاء ووقف التنفيذ، أما الإجراءات التنفيذية فإنها لا تعد قرارات إدارية وبالتالي لا يرد عليها طلب الإلغاء أو وقف التنفيذ. وفى هذا الصدد تقرر محكمة القضاء الإدارى أن "ما يصدر من القرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه... كلها تدخل فى منطقة العقد الإدارى وتتشأ عنه، فهى منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل^(٢).

وهذا هو ما تؤكدته المحكمة الإدارية العليا، فقد قضت أن "القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصه، كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته يختص القضاء الإدارى بنظر المنازعات التى تثار بشأنها، لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى، جلسة ١١/١٨/١٩٥٦، سبقت الإشارة إليه.
(٢) قضية رقم ١١٨٠ لسنة ١٩٥٦، جلسة ١١/١٨/١٩٥٦، المجموعة، السنة ١١، ص ٢٥ - ٢٦.

الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر
المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.....»^(١).

فالأصل العام إذن أن القرارات التي تصدر بعد اكتمال العقد وفي
مرحلة تنفيذه تفقد كينونتها كقرارات إدارية وتندمج في العملية العقدية؛ ولا
يمكن فصلها والطعن فيها على استقلال بالإلغاء أو وقف التنفيذ، ولكن استثناء
من هذا الأصل العام، تعد مثل هذه القرارات، قرارات إدارية مما يجوز
الطعن فيها بالإلغاء ووقف التنفيذ، إذا أمكن فصلها عن العملية العقدية،
وظهرت الإدارة فيها كسلطة عامة، وكانت مستندة في خصوصها إلى
القوانين واللوائح مباشرة.

وعلى ذلك يخرج عن اختصاص قاضي الإلغاء، ومن ثم وقف التنفيذ
المنازعات المتعلقة بالقرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد،
متى استندت الإدارة في إصدارها إلى بنود العقد سواء تعلق الأمر بالنزاع
الأصلي أو ما يفرع منه من طلبات تستهدف حماية أصل الحق أو التحرص
لما يحق به من أضرار، وهذه الطلبات هي ما يقال لها الطلبات المستعجلة؛
في حين أن قاضي الإلغاء يسترد ولايته في خصوص هذه القرارات إذا
استندت الإدارة في خصوصها إلى سلطتها كضابطة لسير المرافق العامة
والمستمدة - كما ذكرنا - من القوانين واللوائح مباشرة، ومن ثم يجوز طلب
وقف تنفيذها.

فهناك إذن فرق بين الطلبات المستعجلة وبين طلبات وقف التنفيذ،
حيث لا تتعلق الطلبات الأولى بقرار إداري وإنما تتبثق عن رابطة عقدية
وتدخل في منطقة العقد واستناداً إلى نص من نصوصه، وتنفيذاً له، بينما
تتعلق الطلبات الثانية وهي طلبات وقف التنفيذ بقرار إداري تصدره الجهة

(٢) الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٢٤ق، جلسة ١٤/٤/١٩٧٩، مجموعة المحكمة في خمسة عشر عاماً،
ج ١، ص ١٧٩، سبقت الإشارة إليه.

الإدارية استناداً إلى السلطة المخولة لها في القوانين واللوائح. وهكذا يمكن القول إن الطلبات المستعجلة المتفرعة عن منازعات العقود، وإن جمعتها بالطلبات المستعجلة لوقف تنفيذ القرار الإداري، نفس العناصر الموضوعية المتمثلة في الاستعجال والجديّة وانطبعت أحكامها بنفس طابع التآقيت ويقيد نطاقها بذات قيد عدم المساس بالشق الموضوعي للنزاع، إلا أنّهما مفترقان في النهاية بحكم الانتماء إلى دائرة العقود في الأولى وإلى دائرة القرارات الإدارية في الثانية واستقلال النظام القانوني لهذه وتلك^(١).

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "إن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها مثل الطلبات المستعجلة، وأن للمحكمة أن تفصل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود وبالضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة. ولا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل وبين طلب وقف التنفيذ، لأنه لا يتعلق بقرار إداري، وإنما ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد، وتستنهض له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء^(٢)."

وتطبيقاً لهذه التفرقة تقول محكمة القضاء الإداري: "إن الغرامة الموقعة على المدعى إجراء تنفيذي للعقد المبرم بينه وبين الإدارة، فيعتبر طلبه من قبيل الطلبات المستعجلة، وما هو بطلب وقف تنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار إداري^(٣)". وتقول المحكمة الإدارية العليا: "ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن مدار المنازعة في هذا الطعن أن الطاعن يطلب - حسب طلباته في تقرير الطعن - إلغاء القرار الصادر من المطعون ضده الثاني بإنهاء

(١) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١١٧، ص ١١٨.

(٢) الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ١١ق، بتاريخ ١٩٥٧/٣/٢٤.

(٣) الطعن رقم ٦ لسنة ٢٣ق، جلسة ١٩٧٠/١٢/١٣، المجموعة، السنة ص ٢٥، ص ١٩٣.

التعاقد مع الطاعن والمطعون ضده الأول (المحافظ) على تأجير فندق....، وذلك استناداً إلى نصوص هذا العقد، فإن هذه المنازعة لا تعتبر منازعة فى قرار إدارى، وإنما هى من قبيل المنازعات الناشئة عن العقد، ويعتبر طلب وقف تنفيذ هذا الإجراء من قبيل الطلبات المستعجلة فى أمر من أمور العقد ويستهدف وقف إجراء عقدي..^(١).

وعلى العكس من ذلك فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى من قبيل القرارات اللاحقة على العقد والمنفصلة عنه تلك التى - برغم اتصالها بالعقد - لا تعتبر تنفيذاً مستوجبا بعينه له وإنما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية فى شأنها، ولا يتجاوز استطلاعها المحتمل لرأى المتعاقد معها فى هذا الخصوص مجرد كونه عنصراً من عناصر ممارسة هذه السلطة، وخاصة إذا تعلق الأمر بعقود يكون الغير بالنسبة لها فى مركز لائحى مغاير لمركز المتعاقدين كعقود الامتياز، فهنا يمكن للغير طلب إلغاء ووقف تنفيذ القرارات الإدارية المخالفة للقانون^(٢).

وهو ما انتهجه أيضا مجلس الدولة المصرى حيث تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه "ليس من ريب أن القرار الذى تصدره الإدارة بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين المحليين - إذا استعمل الغش فى تنفيذ التزاماته العقدية - يعتبر من القرارات الإدارية النهائية التى تصدر بعد انتهاء العقد الإدارى وتطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيه بالإلغاء فى المواعيد المقررة قانوناً للطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية النهائية، وتنتظر الطعن فيه محاكم مجلس الدولة فى إطار ولايتها الخاصة بإلغاء القرارات النهائية، بمعنى أن هذا القرار لا يعتبر من

(٣) الطعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٤٩ ق، ع، المجموعة، ص ٦٥٨ وما بعدها.
C.E, Sec., 9-9-1983, Ville de Paris et autres, Rec., P. 499 etss. (1)

أشار إليه الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد الإداري واستناداً إلى نص من نصوصه والتي تنظرها محاكم مجلس الدولة في إطار ولايتها الكاملة للفصل في منازعات العقود الإدارية^(١).

حاصل القول إذن أن الطلبات المستعجلة في منازعات العقود الإدارية، منها ما يدخل في عداد الطلبات المستعجلة، في نطاق ولاية القضاء الكامل وهو أكثرها، ومنها ما يدخل في عداد الطلبات المستعجلة في نطاق ولاية الإلغاء وهي ما يقال لها طلبات وقف التنفيذ؛ فإذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية. أما إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له فإن المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء^(٢).

الفرع الثاني

القرارات المنعقدة في مجال العقود الإدارية

ووقف التنفيذ

ونقصد هنا بطبيعة الحال القرارات الإدارية القابلة للانفصال في هذا المجال، وتكون محلاً لطلب الإلغاء وطلب وقف التنفيذ؛ أي القرارات التي تصدر عن الإدارة - كما ذكرنا - بصفتها سلطة عامة ومستتدة في خصوصها إلى القوانين واللوائح مباشرة، إذ يثور التساؤل حول ما إذا كان من الممكن طلب وقف تنفيذ أي من هذه القرارات إذا ثبت أنه قرار منعدم؟ إن وقف التنفيذ لا يرد إلا على القرارات الإدارية المشوبة بأحد

(٢) الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٢٤ ق.ع، جلسة ١٦/١٦/١٩٨٢، المجموعة، السنة ٢٧/ص ٢٤٠ وما بعدها.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ ٢٧/١/١٩٥٧، الدعوى رقم ١٦٧، لسنة ١١ ق.

عيوب عدم الشرعية، أما إن كان القرار سليماً ومشروعاً لامتنع على القضاء إلغاءه أو وقف تنفيذه، ذلك أن رقابة القضاء على القرار الإداري إنما تكون على أساس وزنه بميزان القانون وزناً مناطه استظهار مشروعية القرار أو عدمها من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقانون نصاً وروحاً، فلا يلغى قراراً إلا إذا استبان - عند نظر طلب الإلغاء - أن القرار شابه عيب من هذا القبيل، ولا يقف قراراً - عند نظر طلب وقف التنفيذ - إلا إذا كان، على حسب الظاهر من الأوراق، مشوباً بمثل هذا العيب^(١).

وإذا كان القرار المشوب بعيب عدم المشروعية هو القرار الذي يقبل - والحال هكذا - طلب إلغائه ووقف تنفيذه، فهل يقبل مثل هذا الطلب أو ذلك إذا كان القرار منعوماً؟

ولكن ما هو المقصود بالقرار المنعوم؟ وكيف نميز بينه وبين القرار غير المشروع (الباطل)؟

هناك في الواقع العديد من المؤلفات المتخصصة في هذا الشأن، بل التي اسهبت في التفصيل والشرح لهذا الموضوع، ولذا فإننا نحيل إليها^(٢)،

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٥ لسنة ٢ ق.ع، جلسة ١٩٥٦/١/١٤، المجموعة، السنة الأولى، ص ٣٨٨.

(١) من هذه المؤلفات باللغة الفرنسية نذكر:

Apcindor (L.) Des différentes espèces de nullités des actes administratifs, Thèse, Paris, 1912; Beaquin, M., De la responsabilité des communes et de l'État en cas de Troubles et d'émeutes, Paris, 1913; Doue-Rasy, les frontières de la faute personnelle et de service en Droit Français, Thèse, Paris, 1963; Dupeyroux, H., Faute personnelle et faute De service, thèse, Paris, 1922; Jean Jacques Thouroude, La faute qualifiée dans la responsabilité administrative, Thèse, Caen, 1974.

ومن هذه المؤلفات باللغة العربية نذكر:

الدكتور/ ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، القاهرة، ١٩٧٠؛ الدكتور/ جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، جامعة القاهرة، ١٩٥٦؛ الدكتور/ حاتم على لبيب جبر، نظرية الخطأ المرفقي، دكتوراه، القاهرة، ١٩٦٩؛ الدكتور/ رمزي الشاعر، قضاء التعويض، مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨؛ تدرج البطلان في القرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٨؛ الدكتور/ برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، دمشق،

خاصة أن هذا الموضوع لا يمثل عصب أو جوهر البحث الذي نحن بصدده، وإنما فقط إيضاحاً لاتجاهات القضاء الإدارى فى خصوص مدى إمكانية وقف تنفيذ القرارات المنعومة فى مجال العقود الإدارية.

ولذا فإننا نشير هنا وبشكل موجز، بل وبالقدر الذى يوضح فكرة هذا النوع من القرارات إلى أن هناك ثلاثة اتجاهات فقهية أساسية للتمييز بين القرارات غير المشروعة أو الباطلة وبين القرارات المنعومة..

الاتجاه الأول ويرى أن المعيار يتجسد فى مدى الصلة بالوظيفة الإدارية: بمعنى أن كل عمل منبث الصلة بالوظيفة الإدارية، بحيث لا يمكن اعتباره تنفيذاً مباشراً أو غير مباشر لتلك الوظيفة، كأن يصدر من شخص ليس بموظف عام، أو يصدر متتولاً أحد اختصاصات السلطتين التشريعية أو القضائية، أو إذا كان العمل ليس له وجود مادى أصلاً، كتوهم الإدارة وجود قرار على غير الحقيقة، أو أن هذا العمل لا زال فى مراحل التمهيدية... إذا كان العمل كذلك فهو عمل منعدم أو معدوم، أما إذا أمكن إرجاع عمل الإدارة إلى وظيفتها الإدارية، ولكن تجاوزت فى خصوصه حدود المشروعية فهو عمل أو قرار غير مشروع أو باطل.

الاتجاه الثانى ويرى أن معيار التمييز بين القرارات الإدارية الباطلة وتلك التى انحدر بها العيب إلى العدم، يتجسد فى مدى جسامته المخالفة: إذ

٢٠٠٢؛ المستشار/ عليه مصطفى فتح الباب، القرار الإدارى الباطل والمعدوم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧؛ الدكتور/ مصطفى كيرة، نظرية الاعتداء المادى فى القانون الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٦٤؛ الدكتور/ زكى محمد النجار، نظرية البطلان فى العقود الإدارية، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨١؛ الدكتور/ طارق هلال البورسعيدى، انعدام القرار الإدارى وفقاً لأحكام القضاء الإدارى، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ٢٠٠٨؛ الدكتور/ طعيمه الجرف، نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، ١٩٦٠؛ الدكتور/ عبد الفتاح حسن، انعدام القرار الإدارى، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثانى، ١٩٩٠؛ الدكتور/ محمد جمال الذنبيات، القرار الإدارى المنعدم فى القضاء الإدارى الأرنى، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٤؛ مصطفى كمال وصفى، انعدام القرارات الإدارية، مجلة المحاماة، العدد الخامس، ١٩٦١؛ محمد عبد الكريم شريف، القرار الإدارى المنعدم، دراسة مقارنة، ماجستير، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠١٤.

كلما كانت المخالفة جسيمة كان القرار منعدياً. أما إن كانت يسيرة، فالقرار باطل أو غير مشروع. وتكون المخالفة جسيمة إذا تم الاعتداء على نصوص دستورية. أما إذا تم الاعتداء فقط على نصوص قانونية أو لائحية، فتكون المخالفة يسيرة .

فإذا كانت جهة الإدارة تمارس مثلاً حقاً قرره لها القانون الدستوري وخالفت بصده بعض الإجراءات والشروط التي تتطلبها القوانين العادية، فلا يعتقد أن مخالفتها للقانون في هذه الحالة تصل إلى حد الجسامة التي يجب توافرها لكي يصبح تصرفها منعدياً أو معدوماً قانوناً، أما إن كانت المخالفة منصبة على بعض الإجراءات والشروط التي يتطلبها الدستور ذاته فإنها تكون مخالفة جسيمة وتجعل القرار الصادر بشأنها قراراً منعدياً أو معدوماً قانوناً.

وهكذا فرق صاحب هذا الاتجاه بين نوعين من المخالفات، أولهما مخالفة القرار الإداري للدستور ذاته، وهنا فإن القرار لديه هو قرار معدوم، والثاني مخالفة القرار للتشريع وهذه مرتبة في البطلان أقل جسامة لا ينحدر بها القرار إلى حد الانعدام^(١).

الاتجاه الثالث ويرى أن معيار تمييز القرار الإداري المنعدي أو المعدوم عن القرار الباطل هو مدى تهديم أحد أركان القرار الإداري، وهنا نجد اختلافاً بين أنصار هذا الاتجاه في تحديد ماهية أركان القرار الإداري، فقد ذهب البعض منهم أن هذه الأركان قاصرة على الإرادة والمحل والسبب، والبعض الآخر يرى أنها تتمثل في ركن وحيد هو ركن الإرادة، أي إرادة السلطة الإدارية في إحداث أثر قانوني معين. وهكذا يعتبر القرار منعدياً إذا انعدم - عند الرأي الأول - ركن الإرادة أو المحل أو السبب، أو انعدم فقط

(١) الدكتور/ رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٤٢٠.

- عند الرأى الثانى - ركن الإرادة. أما إن كانت هذه الأركان قائمة ولكن اختلفت شروط صحتها وهى الشكل والاختصاص والاتفاق مع القانون والغاية، كان القرار باطلاً فحسب.

ونحن من جانبنا نرى أنه يجب النظر إلى هذه الاتجاهات جميعها ونأخذ ما انتهت إليه كمييار للتمييز بين القرار المنعدم والقرار الباطل، بمعنى أنه يجب النظر إلى كل حالة على حدة، إذ قد يصلح أحد المعايير معها دون الآخر، وحالة أخرى يصلح معها معيار مغاير... وهكذا، وهذا هو منهج القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر، حيث لم يستقر هذا القضاء على معيار أو تعريف محدد للانعدام يتخذه معياراً ثابتاً، وإنما تعددت لديه المعايير فى هذا الشأن والتي لا يطبقها باعتبارها نظرية علمية متكاملة، وإنما طبقاً لتقديره لظروف النزاع وجسامة العيب الذى يصيب القرار المطعون فيه، ومدى التأثير الذى يترتب عليه بالنسبة للمصالح المختلفة المرتبطة بهذا القرار، فهو يقرر على ضوء تلك المعطيات قيام الانعدام أو عدم قيامه.

وقبل أن نبين المعايير القضائية هذه نشير إلى "أن القرار المعدوم حكمه فى ذلك حكم الأحكام المعدومة ليس من شأنه أن يرتب أى أثر قانونى قبل الأفراد أو يؤثر فى مراكزهم القانونية، فلا تلحقه حصانة، ولا تزيل عيبه فوات ميعاد الطعن فيه، ولا يكون قابلاً للتنفيذ بالطريق المباشر، بل لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية فى سبيل استعمال ذوى الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة مما يبرر بذاته طلب المطعون عليه إزالة تلك العقبة بصفة مستعجلة حتى لا يستهدف لما يستهدف له من نتائج يتعذر تداركها، ويتعين بالتالى الحكم بوقف تنفيذه .

أما عن المعايير التى اعتمدها القضاء الإدارى فى أحكامه لتمييز القرارات المعدومة عن تلك الباطلة فنتمثل تقريباً وكما ذكرنا، فى كافة

المعايير التي قال بها الفقه في هذا الخصوص وهي:

- معيار غصب السلطة أو كما تصفه المحكمة الإدارية العليا بأنه عيب عدم الاختصاص الجسيم: وهذا هو العيب الذي يرتب الانعدام، في حين أن عيب عدم الاختصاص البسيط يقتصر أثره على ترتيب البطلان فحسب. إذ تقول: إن صدور القرار من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً يعيبه بعيب جسيم ينحدر به إلى العدم، طالما كان في ذلك افتئات على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة^(١).
- معيار انعدام الوجود المادي أو القانوني للقرار الإداري: وهو ما يقال له انعدام المحل، فقرار التعيين على درجة مشغولة، لا يمكن تحقيق أثره قانوناً لأنه لم يصادف محلاً لانعدام المركز القانوني الذي يمكن أن يرد عليه هذا التعيين^(٢).
- معيار ركن الإرادة أو النية: فإذا رقى شخص بدون حق على فهم أنه يتوافر فيه شرط الأقدمية، بينما هو فاقده فإن قرار الترقية بالنسبة إليه يكون في الواقع من الأمر قد فقد ركن النية على وجه ينحدر به إلى درجة الانعدام^(٣).
- معيار الغش أو التدليس: فقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن الغش أو التدليس إذا شاب القرار الإداري فإنه ينحدر به إلى مستوى الانعدام، ويصبح القرار مجرد عمل مادي لا يرتب أية آثار قانونية^(٤).

وعلى أية حال إذا كان القرار الإداري - طبقاً لأي من المعايير

سألفة الذكر - منعداً، فهل يجوز طلب وقف تنفيذه؟

(١) الطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١١/٢٩/١٩٩٩.

(١) الطعن رقم ١٠٦١ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١١/١٣/١٩٩٦.

(٢) الطعن رقم ٨٣ لسنة ١٣ ق.ع، جلسة ١١/١٢/١٩٧١.

(٣) الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١١/٣/١٩٦٨.

لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل بالنفي، إذ يرى أن القرار المنعدم والذي يدخل في أعمال الغصب إنما يقع الاختصاص بنظره للقضاء العادي وحده؛ بما مفاده أن مجلس الدولة الفرنسي لا يختص بنظر مثل هذا القرار لا إلغاء ولا وقف تنفيذ؛ ومن التطبيقات التي قضى فيها المجلس بعدم اختصاصه بنظر طلب وقف تنفيذ قرار منعدم، حكم Haffersass في ٢٢ يوليو ١٩٧٧ الذي تعلق الأمر فيه بطرد أجنبي من البلاد بدلاً من شخص آخر على سبيل الخطأ، وقضى في طلب وقف تنفيذه بعدم القبول لتعلق الأمر بعمل من أعمال الغصب وليس بقرار إداري مما يصلح محلاً لطلب وقف التنفيذ^(١):

أما في مصر فقد احتفظ القضاء الإداري لذاته بحق النظر في طلب إلغاء ووقف تنفيذ القرار المنعدم، بل وقد ميزه عن القرارات الباطلة بأنه يجوز طلب إلغائه ووقف تنفيذه أو سحبه دون التقيد بالمواعيد المقررة في هذا الشأن، إضافة إلى أنه اعتبره في خصوص طلب وقف تنفيذه أن عنصر الانعدام يعد في ذاته عنصر استعجال يتحقق به أحد شرطي هذا الطلب كما سنرى فيما بعد.

حاصل القول إذن أن القرار المعدوم يصلح في مصر لأن يكون محلاً لطلب وقف التنفيذ، وذلك على العكس المنهج الأخير الذي استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، رغم أن هذا المنهج لا يستقيم - كما ذهب البعض بحق - منطقاً وعدلاً : لأنه إذا امتنع على صاحب الشأن طلب وقف تنفيذ القرار المنعدم لكان معنى ذلك أن القرار، والمخالفة القانونية فيه أشد جسامة من مخالفات عدم المشروعية العادية والاستعجال فيه أشد من الوضع العادي لطلب الوقف، يتمتع بحماية أكبر من القرارات التي لم تجاوز عيوبها عدم المشروعية العادية، لأن القرار المنعدم، وبرغم تكرار القول بأنه لا قوة

(4) C.E, 6-7-1977, Delle Adjali, D.S. 1978, J. P. 323.

تنفيذية له، سيظل في الواقع سارياً ومنتجاً لآثاره إلى حين الفصل في الدعوى الموضوعية وتقرير انعدامه، في حين أن القرار الإداري غير المشروع - أى الأخف في درجة المخالفة القانونية - يمكن أن يوقف تنفيذه مؤقتاً لحين الفصل في هذه الدعوى^(١).

الفرع الثالث

القرارات الإدارية السلبية في مجال العقود الإدارية

ووقف التنفيذ

يقصد بالقرارات الإدارية السلبية، تلك القرارات التي ترفض السلطات الإدارية، أو تمتنع عن اتخاذها رغم أنه من الواجب عليها قانوناً، أى وفقاً للقانون واللوائح، ضرورة اتخاذها، مما يعنى أن هذه السلطات لا تملك تقدير أن تتخذ أو لا تتخذ مثل هذه القرارات، بل هى مقيدة دائماً بضرورة اتخاذها.

وإذا كانت القرارات الإدارية السلبية تعنى - والحال هكذا - الرفض أو الامتناع عن تعديل مراكز قانونية أو واقعية سابقة على صدورها، أى أنها تعنى إبقاء الحال على ما هو عليه دون تغيير في المراكز القانونية أو الواقعية لأصحاب الشأن وإلى أن يفصل القضاء في طلب إلغائها، فهل تخضع هذه القرارات - رغم ذلك - لنظام وقف التنفيذ شأنها شأن القرارات الإيجابية التي تتضمن بطبيعتها تعديلاً في المراكز القانونية أو الواقعية القائمة، وأن وقف تنفيذها يهدف - والحال هكذا - إلى إبقاء الوضع أو الحال على ما هو عليه دون تغيير في المراكز القانونية أو الواقعية لأصحاب الشأن إلى أن يبت في طلبات إلغائها؟

هذا التساؤل أثار نقاشاً في الفقه الفرنسي بين رافض لوقف تنفيذ القرارات السلبية، وبين مؤيد لهذا الوقف، بل إن القضاء الإداري الفرنسي

(١) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٦٣.

مر - بخصوص الإجابة على التساؤل السابق بمرحلتين، في حين أن القضاء الإدارى المصرى مستقر على موقفه تجاهه منذ نشأته وحتى اليوم وهو ما نبينه بإيجاز فيما يلى:

الفصل الأول

القرارات الإدارية السلبية فى مجال العقود الإدارية

وقف التنفيذ فى فرنسا

أولاً: موقف الفقه الفرنسى من وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية:

ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى رفض فكرة وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، باعتبار أن هذه القرارات إنما تنفذ فور صدورها دون أية إجراءات أو مظاهر خارجية لهذا التنفيذ يمكن أن يرد عليها الإيقاف⁽¹⁾. فممنذ لحظة رفض قبول عطاء أحد الأشخاص، أو حرمانه من التقدم للمناقصة - رغم أحقيته قانوناً - مما يعنى أن هناك قراراً سلبياً بالرفض أو الحرمان... منذ لحظة صدور هذا القرار أو ذلك يعتبر الشخص ممنوعاً من المنافسة فى هذه المناقصة، ولن يتسنى بذلك إيقاف آثار قرار تحقق بذاته ومنذ لحظته، وليست هناك أية إجراءات تنفيذية يمكن أن يرد عليها - كما ذكرنا - الإيقاف، وحجة هذا الجانب الفقهى - على هذا النحو - يقال لها الحجة المنطقية.

إلا أن جانباً آخر من الفقه يرد على هذه الحجة، بأن القرار السلبى قد يحتم فى بعض الأحيان ضرورة اتخاذ إجراءات تنفيذية لكى يؤتى ثماره ومن ذلك مثلاً رفض السماح لشركة بالاستمرار فى ممارسة نشاطها، فهذا القرار يستتبعه تصفية الشركة، وهذه التصفية تتطلب ضرورة اتخاذ إجراءات تنفيذ مادية ومحسوسة يمكن أن يرد عليها وقف التنفيذ. فإذا أضفنا إلى ذلك -

(1) Labetoule et Cabanes, Chronique générale de jurisprudence administrative, française, A.J.D.A., 1970, no11, Doct., P. 611.

يقول هذا الجانب الفقهي - أن القرار السلبي قد تكون آثاره مدمرة لصاحب الشأن، كمن يطلب استخراج وثيقة جواز سفر للذهاب خارج الدولة لإجراء عملية جراحية عاجلة، وتمتنع جهة الإدارة عن إصدار مثل هذه الوثيقة، بل ويظل هذا المنع وبالتالي الضرر قائماً ومستمراً، وقد لا يجديهِ مستقبلاً صدور حكم بإلغاء هذا القرار؛ ففي هذه الحالة تبدو أهمية وفائدة نظام وقف التنفيذ بالنسبة للقرارات السلبية⁽¹⁾.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد قيل بحجة قانونية لتبرير عدم وقف تنفيذ القرارات السلبية، على اعتبار أن وقف تنفيذ هذه القرارات يعنى تدخل القاضى فى أعمال الإدارة بإصدار أوامر وتعليمات لها بفعل ما امتنعت عنه، أو بمعنى أدق إجبارها على عمل هى رافضة له، بما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات القضائية والسلطات الإدارية⁽²⁾.

وقد قيل رداً على هذه الحجة أنه لا يوجد أى نص قانونى يمنع القاضى الإدارى صراحة من إعطاء أوامر وتعليمات للإدارة بل وإذا سلمنا بهذه الحجة - يضيف أنصار هذا الرأى - فإنه يجب أن يمتنع على القضاء وقف تنفيذ القرارات الإيجابية كذلك، إذ لا فرق من هذه الناحية بين إلزام الإدارة بأداء ما امتنعت عنه سلباً وبين إلزامها بالامتناع عما قامت به إيجاباً، خاصة أنه قد يكون أسهل للإدارة أن تمنح مؤقتاً ما امتنعت عن منحه عن أن توقف ما قامت به فعلاً⁽³⁾.

وأخيراً فقد قال أنصار الرأى المعارض لوقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية بحجة تتعلق باعتبارات عملية، ذلك أن الإدارة وحدها هى

(1) A. de laubadère, Traité de droit administratif, T.I. L.G.D.J., Paris, 1976, P. 524.

(1) Gaudement (Y.) Remarques à propos du sursis à exécution des décisions administratives, R.D.P., 1973, P. 385.

(2) Chabanol- Daniel, Un Renaueau du sursis à exécution, Gazette du palais, 1984, P. 452.

التي تستطيع تقدير مدى ملاءمة أعمالها أو مدى مناسبة ترتيب الحقوق ومنح المزايا لأصحاب الشأن في ضوء ضرورة الحال وحسبما يقتضيه الصالح العام؛ ولذا يجب أن يترك لها الحرية الكاملة في هذا الشأن، مع حث القضاء على سرعة الفصل في القضايا المتعلقة بالقرارات السلبية بدلاً من محاولة التدخل في أعمال الإدارة وعرقلتها نشاطها خاصة المتعلقة منها بتسيير وانتظام المرافق العامة⁽¹⁾.

وكما هو واضح فإن هذه الحجة لا علاقة لها بالموضوع الذي نحن بصدده، وهو وقف تنفيذ القرارات السلبية... والتي لا تتمتع جهة الإدارة في خصوصها - كما ذكرنا - بأية سلطة تقديرية، وإنما بسلطة مقيدة، وهنا يكون من المناسب إقرار إمكانية وقف تنفيذ تلك القرارات، خاصة أن القاضى الإدارى غالباً ما يتثبت في هذه الحالة من جدية أسباب الطعن، وبأن الأضرار الناجمة عنها يتعذر تداركها، فإذا ما رجح احتمالات الإلغاء، فإنه لن يطلب من الإدارة - عند الحكم بوقف التنفيذ - سوى أداء عمل مؤقت سوف تلتزم به بشكل نهائى عند الحكم بالإلغاء، فلا يكون في عمله - والحال هكذا - افتئاتاً على اختصاصات الإدارة، وإنما مساهمة في تحقيق التوازن بين اختصاصاتها واختصاصات القاضى ومصالح الأفراد.

وهكذا فإنه مع التسليم - كما يقول الفقيه Glélé - بجدية الحجج الثلاث التي كانت لمبدأ عدم جواز وقف تنفيذ القرارات السلبية سندا، إلا أنها مع ذلك لا تقدم مبرراً مقنعاً لهذا الاتجاه القضائى، ومن ثم فإنه بالإمكان من الناحية النظرية والعملية ولحماية حقوق المواطن التوسع في تطبيق نظام وقف التنفيذ ليشمل القرارات السلبية، بدون مساس بمبدأ الفصل بين السلطات أو عرقلتها لنشاط الإدارة وعلى أن يكون تقريره في هذه الحالة استثنائياً.

(3) Gabolde, Ch., Les nouveau pouvoirs d'urgence du juge administratif et le sursis d'exécution, D. 1953, Ch. P. 189.

ويتوسع تطبيق النظام على هذا النحو - يضيف الفقيه Glélé -
ستكتمل وتعزز حقوق الأفراد من ناحيتين:

فمن ناحية لن يكون حكم الإلغاء، إن صدر، بدون فاعلية حيث سيجد
أثراً للقرار الملغى معطلة قبله ثمرة لحكم وقف التنفيذ.

ومن ناحية أخرى، فإن وقف تنفيذ القرار السلبي بحكم طبيعته
الاستثنائية ودقة وخطورة أمره سيدفع بالقاضي إلى الإسراع في الفصل في
قضايا الإلغاء حتى يحسم أمر مشروعية مثل هذه القرارات ولا يخلق للإدارة.
أوضاعاً يخشى من أن تعرقل نشاطها⁽¹⁾.

ثانياً: موقف القضاء الإداري الفرنسي من وقف تنفيذ القرارات الإدارية
السلبية:

حتى صدور تعنين القضاء الإداري الجديد وسريان أحكامه اعتباراً
من يناير ٢٠٠١، كان مجلس الدولة الفرنسي مستقراً على أن القرار الإداري
الذي يمكن وقف تنفيذه استثناء هو فقط القرار الإيجابي، أو ما يقال له القرار
التنفيذي، وأنه يجوز وقف تنفيذ القرار السلبي إذا ترتب عليه تعديل في
المراكز القانونية أو الواقعية السابقة عليه، أما إذا لم يترتب عليه مثل هذا
التعديل فلا يجوز وقف تنفيذه، فقد قضى عام ١٩٤٩ بوقف تنفيذ قرار صادر
من مجلس نقابة الأطباء بمدينة بوردو، برفض قيد طبيب جراح في سجلاتها
مستنداً في ذلك إلى أن الطبيب المذكور تعاقد مع عيادة طبية تعاونية بالمدينة
بأجر أقل مما تقدره النقابة، إلا أن مجلس الدولة رأى أن هذا القرار سوف
يحدث لعمل العيادة اضطراباً لا يمكن تداركه أو التغلب عليه⁽²⁾.

(1) Glélé: Le sursis à l'exécution d'une décision négative, D.S,
Chron., 1969, P. 164 etss.

الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها؛ الدكتور/ عبد
الغنى بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشأة
المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٨ وما بعدها.

(2) "Considérant que l'exécution immédiate de la décision... de la
section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins

ولذا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار وقف التنفيذ فى

هذه الحالة بمثابة استثناء على الاستثناء:

Si le sursis à l'exécution d'une décision administrative positive apparaît comme une procédure exceptionnelle, il faut souligner que le sursis à l'exécution d'une décision négative est l'exception parmi les exceptions⁽¹⁾.

مع ملاحظة أن القرار السلبى إذا ترتب على صدوره تغيير فى المراكز القانونية أو الواقعية، فإنه يعد كذلك قراراً تنفيذياً، بما مفاده أنه لا استثناء فى هذا الخصوص، فلازلنا فى إطار قاعدة أن وقف التنفيذ لا يرد إلا على قرار إيجابى أو تنفيذى، ولذا فقد ذهب وبحق جانب من الفقه المصرى إلى أن هذا الاستثناء فى واقعه ظاهرى وليس حقيقياً؛ فمن القاعدة المقترضة أن يكون القرار الإدارى قابلاً للتنفيذ ليتمكن طلب وقف تنفيذه انطلق القضاء إلى المبدأ العام فى عدم جواز وقف تنفيذ قرارات الرفض حيث رآها خارج نطاق القرارات التنفيذية، وإليها عاد حين قدر القرار تنفيذياً حال إحداثه تغييراً ما فى مركز قانونى أو واقعى قائم قبل صدوره، أى أنه من الأصل خرج وإليه عاد، فلا استثناء فى الأمر⁽²⁾.

وقد تأكد هذا القول بصدور الحكم الشهير AMOROS بتاريخ ١٩٧٠/١/٢٣، فقد جاء بهذا الحكم أن القاضى لا يستطيع أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإدارى إلا إذا كان قراراً تنفيذياً (إيجابياً) حيث لا يملك توجيه أوامر للإدارة، وبالتالي لا يتسنى له وقف تنفيذ القرار السلبى إلا فى حالة ما

est de nature à apporter un trouble irréparable dans le fonctionnement de la clinique mutualiste... où le sieur... exerce la profession de chirurgien; qu'il échet, dans ces circonstances, d'ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de la décision attquée".
C.E., Sect., 13 mai 1949, Sieur Rousset, Rec., P. 222.

(2) Joël Carbajo, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, Paris, 1980, P. 235.

(١) الدكتور/ فؤاد محمد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٧٨.

إذا ترتب عليه تغيير في المركز القانوني أو الواقعي السابق للطاعن، أي السابق على إصدار هذا القرار ووجوده⁽¹⁾.

وهكذا فقد برر مجلس الدولة في الحكم سالف الذكر عدم استطاعته وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية التي لا يترتب عليها تغيير في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدورها، بعدم قدرته على توجيه أوامر للإدارة.

وبتاريخ ١٣/١١/١٩٧٨ صدر حكم جديد يضيف به مجلس الدولة قيداً جديداً للموافقة على طلب وقف تنفيذ القرارات السلبية التي يترتب عليها تغييراً في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدورهم، وهو أن تكون هذه المراكز القانونية أو الواقعية مشروعة، فإن لم تكن كذلك تم رفض طلب وقف التنفيذ؛ فقد اعتبر المجلس في هذا الحكم أن القرار السلبي برفض منح أجنبي تصريح إقامة ومطالبته بالتالي مغادرة البلاد، لا يترتب عليه تعديل في المركز القانوني أو الواقعي السابق لهذا الأجنبي، ومن ثم فإن طلب وقف تنفيذ هذا القرار غير مقبول، ذلك أن إقامته أصلاً بالبلاد كانت غير

(2) "Cons., .. que le juge administratif n'a pas qualité pour adresser des injonctions à l'administration; que les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat ne peuvent donc, en principe, ordonner le sursis à l'exécution d'une décision qui leur est déferée que si cette decision est exécutoire; qu'en revanche, ils n'ont pas le pouvoir d'ordonner qu'il sera sursis à l'exécution d'une decision de rejet sauf dans le cas où le maintien de cette decision entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement".

C.E, 23-1-1970, AMOROS, A.R.D.P., 1970, P. 1035.

وانظر حول هذا الحكم الهام:

Note Xavier Delcros, sur l'arrêt Amoros, A.J.D.A., 1970, No. 3, II, J., P. 174 etss; note Waline, R.D.P., 1970, P. 1037; DE. Laubadère traité de droit administratif., T.I, ed. L.G.D.J. Paris, 1976, P. 524.

مشروعة^(١).

وهكذا كانت القاعدة في خصوص طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية هي أنه لا يجوز وقف تنفيذ هذه القرارات إلا إذا كان من شأنها - كما ذكرنا - التعديل في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على وجودها ويشترط أن تكون هذه المراكز مشروعة.

حقيقة أنه صدر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ القانون رقم ٩٥-١٢٥ بشأن تنظيم جهات القضاء والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، وقد منح هذا القانون جهات القضاء الإداري سلطة توجيه أوامر إلى الإدارة مقترنة بفرض غرامات تهديدية عليها حال عدم احترامها لهذه الأوامر، مما يعنى أن المبرر الذي كان يستند إليه مجلس الدولة لرفض وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية التي لم يترتب عليها تعديل في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدورها، لم يعد قائماً.

ولذا فقد صدر بعد خمس سنوات تقريباً على تاريخ القانون سالف الذكر، أى في ٢٠٠٠/١٢/٣:٠ حكماً قضى فيه مجلس الدولة برفض وقف تنفيذ قرار سلبي بعدم منح أحد الرعايا التونسيين تأشيرة دخول إلى فرنسا؛ ولكن لم يكن سبب هذا الرفض أن القرار المطعون فيه قرار سلبي أو أنه لم يترتب تغييراً في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدره وإنما فقط لتخالف شرطى الاستعجال والجديّة أى الشروط الموضوعية للقضاء بالوقف^(٢).

(1) " S'agissant d'un étranger se trouvant déjà en situation irrégulière lorsqu'il a demandé l'octroi d'un titre de séjour, la décision qui a rejeté cette demande et l'a invité à prendre toutes dispositions pour quitter le territoire français, n'a pas modifié sa situation de droit et ne peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant modifié sa situation de fait" (C.E., 13 Novembre 1987, Sect., J.C.P., 1988, No. 5, éd. G., P. 48).

(1) C.E, 20-12-2000, Sect., Ouatah, Rec. P. 643.

وأخيراً فقد صدرت تقنين القضاء الإدارى الجديد المشار إليه آنفاً، لينص فى المادة رقم ٢/٥٢١ منه صراحة على أن لقاضى الأمور المستعجلة الإدارية، سلطة إيقاف تنفيذ القرار الإدارى كلياً أو جزئياً حتى وإن كان قراراً سلبياً، طالما توافرت الشروط الشكلية والموضوعية لهذا الإيقاف^(١). وهكذا فقد وضع المشرع الفرنسى بتلك المادة نهاية للقضاء التقليدى سالف الذكر، وأصبح المناط فى تقرير وقف التنفيذ للقرارات الإدارية سواء أكانت إيجابية أم سلبية هو مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة لذلك، تماماً كما هو منهج القضاء الإدارى المصرى والذى نبينه فى الآتى.

الفصل الثانى

القرارات الإدارية السلبية فى مجال العقود الإدارية

ووقف التنفيذ فى مصر

إن ما انتهى إليه القضاء الإدارى الفرنسى فى خصوص وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، كان مجلس الدولة المصرى قد انتهجه منذ نشأته عام ١٩٤٦، فلم يفرق فى قضائه - عند طلب وقف التنفيذ - بين ما إذا كان القرار المطلوب إيقافه إيجابياً أم سلبياً، مكتفياً فى هذا الخصوص فقط بمدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية للوقف والذى سنبينها فيما بعد. وقد بررت المحكمة الإدارية العليا هذا النهج بأن مراجعة قرارات الإدارة وتصرفها الإيجابى والسلبى ووزنه بميزان المشروعية وسيادة القانون ووقف تنفيذ أو إلغاء ما يتبين خروجه من قرارات الإدارة وتصرفاتها عن ذلك. إنما

(٢) فقد جاء نص المادة ٢/٥٢١ من التقنين المذكور كالتالى:

Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen proper à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

يستهدف إعلاء للمشروعية وسيادة القانون^(١).

وتطبيقاً لذلك تقول ذات المحكمة في حكم آخر أنه "لما كان الامتناع يشكل قراراً سلبياً وهو يصلح أن يكون محلاً للطعن بالإلغاء، فإن الدعوى المقامة بطلب الحكم بوقف تنفيذ هذا القرار ثم بإلغائه تكون مقبولة"^(٢).

ومن الأحكام الحديثة نسبياً للمحكمة الإدارية العليا والتي تؤكد على جواز وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية الحكم الصادر بتاريخ ٢٨/٤/٢٠٠٧ والذي جاء به أنه "لما كانت الجهة الإدارية المنوط بها الرقابة على قرارات الجمعية لم تعمل هذه الرقابة ولم تتدخل رغم اختصاصها بإبطال القرار السلبي بالامتناع عن إعلان بطلان قرار مجلس إدارة الجمعية المذكورة الصادر بفصل المدعى، فإن مسلكها في هذا الشأن يغدو مخالفاً للقانون مما يتوافق معه ركن الجدية في طلب وقف تنفيذه، فضلاً عن توافر ركن الاستعجال المتمثل في حق المدعى في ممارسة حقه الدستوري المتعلق بمباشرة حقوقه السياسية والاجتماعية، الأمر الذي يتعين معه القضاء بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه"^(٣).

المطلب الثاني

شروط القضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال في مجال العقود الإدارية

تنقسم هذه الشروط إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية على النحو

التالي:

(١) طعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٣٧ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٨٥/١٩٩٣، ج٣٣، ص ٩١٥.

(٢) طعن رقم ٩٠٦ لسنة ٢٧ق، جلسة ١٩٨٥/٦/١٥، المجموعة، السنة ٣٠، ج٢، ص ١٣٢٦.
(٣) الطعن رقم ٣٤٤٦ لسنة ٤٨ق، الصادر بتاريخ ٢٨/٤/٢٠٠٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص ٢٥٥.

الفرع الأول

الشروط الشكلية للقضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية

القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية

تتجسد هذه الشروط بدءاً في ضرورة طلب وقف التنفيذ صراحة - لا ضمناً ولا افتراضاً - من القاضى أو المحكمة المختصة، فإن لم يطلب الوقف على هذا النحو، فلن يستطيع القاضى أو المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها d'office، وإلا يكون قضاء بما لم يطلبه الخصوم. هو ما نص عليه صراحة قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة ١/٤٩ حينما أجاز القضاء بالوقف إذا كان الطاعن قد طلب ذلك....". وكذلك تتقنين القضاء الإدارى الموحد فى فرنسا لعام ٢٠٠١، والذى نص فى المادة ١/٥٢١ على أن قاضى الأمور الإدارية المستعجلة بإمكانه وقف تنفيذ القرار الإدارى كلياً أو جزئياً بناء على طلب بذلك مرفوع إليه.

Le juge des référés saisi d'une demande en ce sens peut ordonner la suspension de l'exécution de cette decision, ou de certains de ses effets.

يتفق إذن المشرع فى فرنسا ونظيره فى مصر على هذا الشرط وهو ضرورة أن يطلب وقف التنفيذ صراحة؛ كما يتفقان كذلك على ضرورة أن يقترن طلب وقف التنفيذ مع طلب الإلغاء، بمعنى أنه لا يمكن أن يقدم طلب وقف التنفيذ دون أن يكون هناك طلب بالإلغاء، فطلب وقف التنفيذ مشتق فى واقع الأمر من دعوى الإلغاء وفرع منها، بل ومصيره مرتبط بها كما سنرى فيما بعد.

فطلب وقف التنفيذ وطلب الإلغاء وجهان إذن لعملية واحدة وهى النزاع المتعلق بالقرار الإدارى المطعون فيه، أحد هذين الوجهين مستعجل وهو الطلب الأول، أى طلب وقف تنفيذ هذا القرار عاجلاً، والآخر موضوعى وهو الطلب الثانى، طلب إلغاء ذات القرار آجلاً؛ وهذا هو ما

استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى، إذ يقول فى حكم له صدر عام ١٩٨٧ أن طلب وقف التنفيذ لا يكون مقبولاً إلا إذا كان هناك طلب بإلغاء ذات القرار المطلوب وقف تنفيذه^(١).

وكذلك قضاء مجلس الدولة المصرى إذ تقول المحكمة الإدارية العليا "لا يقدم طلب وقف التنفيذ استقلاً وإنما يقدم تبعاً لطلب إلغاء"^(٢)، و"لا يجوز اتخاذ طريق وقف تنفيذ القرار إلا حيث يوجد قرار متخذ بشأنه دعوى بإلغائه"^(٣).

وترتيباً على ذلك يمكن القول إنه إذا أقيمت الدعوى بطلب الإلغاء فقط، كانت مقبولة إذا توافرت باقى الشروط بطبيعة الحال، أما إذا أقيمت بطلب وقف التنفيذ استقلاً، فلن تكون مقبولة، حيث لا يجوز ولا يقبل هذا الطلب بعيداً عن طلب إلغائه، ذلك أن المتفرع مستعجلاً لابد مرتبطاً بالأصل موضوعاً برابطة لزوم، إذ هو الذى يعطيه مبرر الوجود وبدونه لا يستطيع أن يستقل بكيان، فلزم بالتالى أن يرد طلب الوقف بعدم القبول إن جاء للقاضى مستقلاً عن أى طلب موضوعى بالإلغاء^(٤).

من هنا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا أن من شروط قبول طلب وقف التنفيذ اقتران ذلك الطلب بطلب الإلغاء وإلا غدا غير مقبول شكلاً^(٥)، كما قضت فى حكم آخر أنه "إذا كان طلب وقف التنفيذ مستقلاً غير مقترن

(1) "Les conclusions à fin de sursis à exécution d'une décision administrative ne sont récevables que si le requérant a demandé l'annulation pour excès de pouvoir de la décision dont s'agit" (C.E., 29 avril 1987, Lahraoui, D.A., 1987, No. 6, P. 9).

(١) الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٣١ق، جلسة ١٤/١١/١٩٨٧، المجموعة، السنة ٣٣، ج ١، ص ١٩٩.

(٢) الطعن رقم ٥٨٧ لسنة ٦ق، جلسة ٢٩/١٠/١٩٦٠، المجموعة، السنة ٦، ص ٢٤.

(٣) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط المرجع السابق، ص ٢٨٨.

(٤) الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ٣٩ ق.ع، جلسة ١٥/٦/١٩٩٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٣/١٩٩٧، ج ٤٦، ص ٩٣٧.

بطلب الإلغاء فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بوقف التنفيذ^(١).

هذا وإن كنا قد ذكرنا أن طلب وقف التنفيذ يجب أن يكون صريحاً وواضحاً ومحددًا، فإن طلب الإلغاء ليس بالضرورة أن يكون كذلك، إذ يترك للمحكمة - إن لم يكن صريحاً ومحددًا - استخلاصه من المقاصد والنوايا الحقيقية للمدعى في طلباته، وذلك بحكم رقابتها على تكيف الطلبات، باعتبار أن هذا التكيف - كما تقول المحكمة الإدارية العليا - تفسير للنية الحقيقية التي قصدتها المدعى^(٢)، أو كما تقول أن "العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمباني"^(٣).

وتطبيقاً لذلك فقد قضت "ومن حيث أنه عن سبب الطعن المستند إلى الدفع بعدم قبول طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه لعدم اقترانه بطلب الإلغاء، فإن التكيف الصحيح لدعوى المطعون ضدها وطلباتها لا يتوقف على ظاهر ألفاظها وإنما على استجلاء مقاصدها الحقيقية، وقد أثبتت هذه المنازعة على ما هو ثابت من عريضتها لعدم استجابة جهة الإدارة لطلبها شهادة تفيد ثبوت جنسيتها المصرية فتكون قد استهدفت في الواقع بهذه الدعوى إلغاء القرار الإدارى الصادر بالامتناع عن إعطائها الشهادة التى طلبتها وبصفة مستعجلة وقف تنفيذه، فيتحقق بذلك اقتران الطلب المستعجل بطلب الإلغاء الموضوعى ويكون الدفع فى غير محله"^(٤).

وهكذا يمكن القول إنه يجب أن يكون طلب وقف التنفيذ - سواء فى فرنسا أم فى مصر - مقترنا بطلب الإلغاء، وهو ما يعنى أن قبول طلب

(٥) الطعن رقم ٥٠٦٥ لسنة ٤١ ق.ع، جلسة ١٩/١٠/١٩٩٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٧/١٩٩٣، ج ٤٦، ص ٩٢٨.

(١) الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٣ ق.ع، جلسة ٩/١١/١٩٦٨، المجموعة فى خمسة عشر عاماً، الجزء الثانى، ص ١٠٠٢.

(٢) الطعن رقم ٢٦٥٥ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٢/١٢/١٩٧٨، المجموعة فى خمسة عشر عاماً، الجزء الأول، ص ٤٢١.

(٣) الطعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ٢٠/١٢/١٩٨٦، المجموعة، السنة ٣٢، ج ١، ص ٤٥٤ وما بعدها.

وقف التنفيذ يكون متوقفاً على قبول طلب الإلغاء، فإن لم يكن هذا الطلب الأخير مقبولاً لأي سبب كان، فلن يكون طلب وقف التنفيذ مقبولاً؛ وبالعكس إذا كان هذا الطلب الأخير غير مقبول لسبب أو آخر، فلن يكون لذلك أثر على قبول طلب الإلغاء إذا توافرت شروطه. فمثلاً إذا كان طلب الإلغاء قد أقيم بعد فوات المواعيد القانونية أو لم يكن لصاحب الشأن مصلحة شخصية ومباشرة فيه، وقضى بعدم القبول، فإن ذلك يستتبع حتماً وبحكم اللزوم عدم قبول طلب وقف التنفيذ أيًا كانت مبرراته، أما إذا كان طلب وقف التنفيذ غير مكتمل الشروط، كما لو لم يكن لصاحب الشأن مصلحة فيه، أو لم يكن هناك نتائج يتعذر تداركها، فإن القضاء بعدم قبوله لا علاقة له بقبول طلب الإلغاء. وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي يتفق مع نظيره المصري في الشروط الشكلية للقضاء بقبول طلب وقف التنفيذ سالف الذكر، إلا أنهما مختلفان في خصوص ما إذا كان من الواجب أن يدرج كلا الطلبين بوقف التنفيذ والإلغاء في صحيفة واحدة.

ففي فرنسا وبعد أن كان قضاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، مستقراً على أن هذا الأمر جوازي⁽¹⁾، بمعنى أن لصاحب الشأن الحق في أن يطلب وقف التنفيذ بصحيفة مستقلة عن صحيفة طلب الإلغاء، أو أن يطلب الأمرين بذات الصحيفة، وإن كان في الحالة الأولى ملزماً بأن يثبت للمحكمة أنه أقام بالفعل طعناً بالإلغاء، ولذا يجب عليه

(1) رغم أن المادة 119 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية كانت تنص على ضرورة تقديم طلب وقف التنفيذ في صحيفة مستقلة عن صحيفة دعوى الإلغاء.

Les conclusions à fin de sursis doivent être.. présentées par requête distincte.

إلا أنهما لم يرتباً - وهو ذات اتجاه مجلس الدولة رغم عدم وجود نص يلزمه بذلك - البطلان على استقلال الصحيفتين، معتبرين أن مثل هذا الإجراء إنما هو إجراء شكلي بسيط لا جوهرى. ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه من الناحية العملية يلاحظ أن إدراج طلب وقف التنفيذ والإلغاء بذات الصحيفة هو الشكل الأكثر استقلالاً.

Christian GABOLDE, Traité pratique de la procédure administrative contentieuse, Paris, 1960, P. 152.

أن يضمن طلب وقف التنفيذ ملخصاً لموضوع وأسائيد طلب الإلغاء؛ بل لقد سمح القضاء للمدعى الاكتفاء بالإحالة فى خصوص تسببب طلب الوقف - وذلك فيما يتعلق بالمطاعن الموجهة ضد مشروعية القرار - إلى ما ورد بصحيفة دعوى الإلغاء بهذا الخصوص^(١).

ولكن وبعد أن صدر تقنين القضاء الإدارى الجديد لعام ٢٠٠١ واستحداث قاضى الأمور الإدارية المستعجلة، بما يعنى تخصيص قضاء مستقل لنظر طلبات وقف التنفيذ، فإن مثل هذه الطلبات الأخيرة أصبح تقديمها بصحيفة مستقلة عن صحيفة طلب الإلغاء أمراً وجوبياً، إذ لم نعد - كما كان فى السابق - أمام قاض واحد يختص بالأمرين، وإنما أمام قاضيين أحدهم يختص فقط بنظر طلبات وقف التنفيذ والآخر يختص فقط بنظر طلبات الإلغاء، وكل ما فى الأمر أن طلب وقف التنفيذ أمام قاضى الأمور الإدارية المستعجلة، يجب أن يكون مصحوباً بصورة من طلب الإلغاء وإلا كان غير مقبول^(٢)؛ إضافة إلى ضرورة أن يتضمن طلب وقف التنفيذ عرضاً ولو موجزاً لعناصر الاستعجال المستند إليها هذا الطلب^(٣).

وقد ترتب على استقلال طلب وقف التنفيذ عن طلب الإلغاء، أنه يجوز أن يقدم الطلب الأول فى تاريخ لاحق على تقديم الطلب الثانى، بل

(1) Charles Debbasch & Jeran Claude Ricci: Contentieux administratif, 5e éd., 1990, P. 507; J.M. Auby & R. Drago: Traité de contentieux administratif, T. II, 1962, P. 320.

(2) A peine d'irrecevabilité, les conclusions tendant à la suspension d'une désision administrative ou de certains de ses effets doivent être présentées par requête distincte de la requête à fin d'annulation ou de réformation et accompagnées d'une copie de cette dernière. C.J.A., Art. R. 522-1/2.

(3) La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit contenir l'exposé au moins sommaire des faits et moyens et justifier de l'urgence de l'affaire. (C.J.A., Art. R. 522-1-1).

وجائز أن يقدم بعد فوات مواعيد الطعن بالإلغاء⁽¹⁾. المهم أن يكون طلب الإلغاء ذاته قد قدم في المواعيد القانونية كما بينا من قبل.

أما في مصر فالوضع مستقر منذ نشأة مجلس الدولة عام ١٩٤٦ وحتى الآن على ضرورة أن يقدم طلب وقف التنفيذ بذات صحيفة دعوى الإلغاء، وليس بصحيفة مستقلة؛ فقد نصت المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة لعام ١٩٧٢ على أنه يجوز للقاضي وقف التنفيذ إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى.. " وهو ما يعنى ضرورة أن يقترن الطلبان - المستعجل والإلغاء - في صحيفة واحدة، بل ويجب أن يقدم معا عند إقامة الدعوى لأول مرة أمام القضاء. فإذا قدم طلب وقف التنفيذ على استقلال أثناء نظر دعوى الإلغاء كان غير مقبول شكلاً، حتى وإن تم ذلك أثناء المواعيد المقررة قانوناً لطلب الإلغاء.

وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا مبررات هذا الأمر في حكم هام صدر عام ١٩٨٤ إذ تقول: "جرى قضاء هذه المحكمة على أن تضمن عريضة دعوى الإلغاء ذاتها طلب وقف التنفيذ أمر مقصود لذاته كشرط جوهرى لقبول الطلب، وأن هذا الشرط الشكلى يستوى فى المرتبة مع الشرط الموضوعى، وهو أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها، وذلك من حيث وجوب توافرها معاً إذ وردت صياغة النص بهذا المعنى وبالنسبة للشرطين على حد سواء. كل ذلك للأهمية وللخطورة التى تتجم فى نظر

(4) C.E, 26-5-1971, Ministre de l'equipment et du logement c/Commune Gruffy, (A.J.D.A., 1971, N^{os} 7-8, II, J., P. P. 416 - 417).

وقد جاء فى هذا الحكم:

"Considérant... qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne fixe de délai pour la présentation de conclusions à fin de sursis en cours d'instance; que, dès lors, la demande de sursis.. présentée... Au tribunal administratif... était recevable...".

المشروع عن وقف تنفيذ القرار الإداري، فأراد أن يحيطه بضمانة توافر الشرطين الشكلى والموضوعى المشار إليهما معاً. كما أن طلب وقف التنفيذ لا يعدو أن يكون طعناً فى القرار المطلوب إلغاؤه. ووجه الاستعجال المبرر لهذا الطلب كما حدده القانون هو أن يترتب على تنفيذ القرار الإدارى نتائج يتعذر تداركها، واحتمال هذا الخطر إن صح قيامه يتلزم زمنياً مع القرار ذاته من يوم صدوره تبعاً لقابلية هذا القرار للتنفيذ بالطريق المباشر بوصفه قراراً إدارياً، وهذا يوضح من ناحية أخرى حكمة وجوب اقتران طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء فى صحيفة واحدة، كما يحقق فى الوقت ذاته اتحاد بدء ميعاد الطعن فى القرار إلغاءً ووقفاً، ويمنع الاختلاف والتفاوت فى حساب هذا الميعاد بدايةً ونهايةً^(١).

وأخيراً لنا أن نتساءل فى مصر: أنه فى حالة ما إذا تم تقديم طلب وقف التنفيذ على استقلال إلى قاضى الأمور المستعجلة (القضاء المدنى) ثم أحيل هذا الطلب بعد ذلك إلى محكمة القضاء الإدارى، هل يؤدى ذلك إلى قطع سريان المواعيد القانونية؟ ومن ثم يحق لصاحب الشأن أن يطلب إلغاء القرار المطعون فيه خلال سنتين يوماً من تاريخ علمه بتمام الإحالة؟ أم أن طلب وقف التنفيذ يعد غير مقبول فى هذه الحالة؟

لقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا فى هذا الخصوص على

التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول: أن يكون الطاعن قد اقتصر فى طلبه أمام القضاء المدنى على وقف تنفيذ القرار الإدارى فقط، دون طلب الحكم بإلغائه، أو دون أن يكون منطويماً ضمناً على معنى إلغاء هذا القرار، فإذا أحييت الدعوى إلى القضاء الإدارى، كان من المحتم عدم قبولها إعمالاً للمادة ١/٤٩ من قانون

(١) الطعن رقم ٣٠٠٥ لسنة ٢٩ق، جلسة ١٤/٤/١٩٨٤، المجموعة، السنة ٢٩، ج ٢، ص ١٠٢٤ وما بعدها.

مجلس الدولة سالفة الذكر من أنه لا يقبل طلب وقف التنفيذ إلا إذا كان مقترنا بطلب الإلغاء فى صحيفة الدعوى.

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت الإحالة قد تمت خلال مدة الستين يوماً من تاريخ صدور القرار الطعين، ثم تقدم الطاعن أمام القضاء الإدارى بطلب الإلغاء قبل فوات هذه المدة، فإن طلبه يكون فى هذه الحالة مقبولاً. ذلك أن القضاء الإدارى ولئن كان مستقراً على أن رفع الدعوى بطلب إلغاء القرار الإدارى إلى محكمة غير مختصة يقطع سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، إلا أن الأمر يدق إذا كان الالتجاء إلى المحكمة غير المختصة قد اقتصر على طلب الحكم بوقف تنفيذ القرار دون طلب الحكم بإلغائه، إذ لا أثر لرفع الدعوى فى هذه الحالة على قطع الميعاد، ذلك أن القضاء المدنى المستعجل المرفوعة إليه الدعوى غير مختص أصلاً بنظر الطلبات الموضوعية ومحظور عليه الفصل فيها، ومن جهة أخرى، فإنه طبقاً للمادة ٤٩ سالفة الذكر من قانون مجلس الدولة لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى إلا مقترنا بطلب إلغائه فى صحيفة الدعوى^(١).

الأمر الثانى: أن طلب وقف التنفيذ أمام القضاء المدنى، وإن لم يكن مصحوباً بطلب إلغاء لعدم اختصاص هذا القضاء بذلك، إلا أنه ينطوى ضمناً على معنى طلب الإلغاء فى مفهوم قانون مجلس الدولة، وكانت الدعوى قد أقيمت خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار أمام القضاء المدنى، فإنها تكون فى هذه الحالة مقبولة^(٢).

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٧٦٤ لسنة ٢٥ق، جلسة ١٩٧٣/١/٣، المجموعة، السنة ٣٧، ص ٧١ وما بعدها.

(٢) فقد جاء فى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٣١ ق.ع، جلسة ١٩٨٧/١١/١٤، المجموعة، السنة ٣٣، ص ١٩٦ وما بعدها "ومن حيث أن عناصر هذه المنازعة تتحصل، حسبما يبين من الأوراق فى أنه بتاريخ ٣ أغسطس سنة ١٩٨٣ أقام السيد/..... الدعوى رقم ٧٩٢ لسنة ١٩٨٣ مدنى أمام محكمة الباجور الجزئية ضد كل من السادة/ ١-..... ٢-..... ٣-..... طالباً الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار مفتش رى المنوفية رقم ١٢ لسنة ١٩٨٣، وذلك حتى يفصل فى الدعوى

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية للقضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية

القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية

إذا تحقق القاضى من توافر الشروط الشكلية سالفة الذكر فى طلب وقف التنفيذ، انتقل إلى بحث مدى توافر الشروط الموضوعية، وتتجسد فى شرطين أحدهما بنص القانون وهو شرط الاستعجال والثانى من ابتداء القضاء وهو شرط المشروعية أو كما يقال له شرط الجدية. وهما شرطان مرتبطان، إذ لا يقضى بوقف التنفيذ إلا إذا كانا مجتمعين معاً، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا "أن مناط سلطة وقف تنفيذ القرار الإدارى توافر ركنين متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر: أولهما: ركن الاستعجال بأن يكون من شأن تنفيذ القرار

الموضوعية. وحكمت محكمة الباجور الجزئية فى جلسة ٢١ من فبراير سنة ١٩٨٤ بعدم الاختصاص الولائى بنظر الدعوى وبإحالتها إلى محكمة القضاء الإدارى للاختصاص طبقاً لقانون مجلس الدولة، وحضر وكيل عن المدعى بجلسة ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٨٤ وطلب أجلاً لتعديل طلباته طبقاً لقانون مجلس الدولة. وقدم المدعى فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٨٤ صحيفة وجهها أيضاً إلى كل من السادة (١).....(٢).....(٣)..... وطلب الحكم أولاً بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وثانياً بإلغائه وقرر أنه طبقاً لقانون مجلس الدولة يضيف طلب الإلغاء إلى طلب وقف التنفيذ. وقضت محكمة القضاء الإدارى بجلسة ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٨٤ فى الشق المستعجل من الدعوى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه.

ومن حيث أن الطعن يقوم على أن الحكم المطعون فيه خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وتأويله لما يأتى: (١) قضى الحكم بقبول الدعوى شكلاً، ورغم أن المدعى لم يطلب إلغاء القرار خلال الميعاد القانونى محسوباً من تاريخ صدور الحكم بعدم اختصاص المحكمة المدنية وإحالتها إلى محكمة القضاء الإدارى مما يجعل دعواه غير مقبولة شكلاً.

ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة استقر على أن طلب وقف التنفيذ الذى يقدم ابتداءً إلى القضاء المدنى، وإن لم يصحبه صراحة طلب إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه إلا أنه ينطوى ضمناً على معنى طلب إلغاء هذا القرار فى مفهوم قانون مجلس الدولة، إذ يحدد المدعى طلباته أمام القضاء المدنى وفقاً للمصطلح القائم فيه، فإذا أحيلت الدعوى إلى القضاء الإدارى كيفت طلباته على هدى القواعد المطبقة لديه، حيث لا يقدم طلب وقف التنفيذ استقلاً وإنما يقدم تبعاً لطلب الإلغاء. وإذ صدر القرار رقم ١٢ لسنة ١٩٨٣، فرفع المدعى ابتداءً إلى القضاء المدنى فى ٣ أغسطس سنة ١٩٨٣ بطلب وقف تنفيذه بما ينطوى على طلب إلغائه فى مفهوم قانون مجلس الدولة، وبذلك تكون الدعوى أقيمت خلال الستين يوماً المقررة لرفع دعوى الإلغاء، وأن تم هذا أمام محكمة غير مختصة، ثم أحيلت الدعوى بحالتها إلى محكمة القضاء الإدارى المختصة. ومن ثم يصح اعتبار الدعوى أمامها متعلقة بطلب وقف تنفيذ ذلك القرار عاجلاً وطلب إلغاءه أجلاً، وهو ما كشف عنه رافعها فى الصحيفة التى أودعها أمام محكمة القضاء الإدارى فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٨٤ بطلب الحكم بالإلغاء وبوقف التنفيذ، وبالتالي تكون هذه الدعوى مقبولة لرفعها خلال الميعاد القانونى.

الإدارى تحقق نتائج يتعذر تداركها. والثانى: ركن الجدية وهو يتصل بمبدأ المشروعية ومؤداه أن يقوم إدعاء الطالب، بحسب الظاهر من الأوراق ومن الواقع ودون مساس بأصل الموضوع، على أسباب قانونية جدية تحمل ترجح إلغاء القرار الإدارى لعدم مشروعيته^(١).

وذاات الشيء فى تقنين القضاء الإدارى الجديد فى فرنسا حيث تنص المادة 1-521.L على ضرورة توافر شرطى الاستعجال والجدية مجتمعين، إذ تقول:

"Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen proper à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision".

وهو ما يعنى - كما يقول القضاء الإدارى المصرى - أنه لا يغنى للحكم بوقف التنفيذ توافر أحد الركنين دون توافر الآخر بل يتعين لذلك توافر الركنين معاً... فإن تخلف أحدهما أو كليهما تعين على المحكمة رفض الطلب والانصراف إلى الفصل فى الدعوى الأصلية بإلغاء القرار^(٢).

وعلى ذلك نبتاول فيما يلى هذين الشرطين كل على حدة فى غصنين

متتاليين:

(١) الطعن رقم ٣٧٤٦ لسنة ٣١ق، جلسة ١٩٩٣/١/٥، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٧/١٩٩٣، ج٤٩، ص ٦٥٢.

(٢) الدعوى رقم ١٢٨٨ لسنة ٢١ق، جلسة ١٩٦٨/٢/٦، المجموعة، السنة ٢٢، ص ٣٥٠؛ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٩٩٤/١١/٦، الموسوعة الإدارية، ج٤٦، ص ٩٠٨.

الفصل الأول

شرط الاستعجال

وقد أشارت إليه المادة 1-521.L سالفه الذكر من التقنين الفرنسي للقضاء الإداري لعام ٢٠٠١ بمصطلح l'urgence، قائلة - كما ذكرنا - أن لقاضي الأمور الإدارية المستعجلة إيقاف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه أو بعض من آثاره في حالة الاستعجال.

...Le juge des référés... peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets lorsque l'urgence le justifie...

كما أشارت إليه المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة المصري لعام ١٩٧٢ بأنه النتائج التي قد يتعذر تداركها فيما لو تم تنفيذ القرار؛ وتعذر تدارك النتائج هو بلاشك من أبرز صور الاستعجال، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا أن مؤدى ركن الاستعجال أن يكون من شأن تنفيذ القرار المطعون فيه أن تترتب عليه نتائج يتعذر تداركها^(١).

وشرط الاستعجال المتطلب لوقف تنفيذ القرار الإداري - على هذا النحو - إنما هو شرط منطقي بل وبديهي، ذلك أن الأصل في القرار الإداري هو نفاذه وسريان حكمه إلى أن تبطله الإدارة نفسها استناداً إلى سبب من أسباب البطلان، أو تسحبه في الحدود التي يجوز السحب فيها أو يقضى بإلغائه، ومن ثم فلا يجوز النظر في وقف تنفيذه إلا حيث تدعو ضرورة لتفادي نتائج يتعذر تداركها لو لم يقض بوقف هذا التنفيذ.

ورغم أهمية هذا الشرط، إلا أن تعريفاً جامعاً مانعاً للاستعجال لم يوجد. بمعنى أنه لا يوجد للاستعجال تعريف عام مجرد ينطبق على كل حالاته، فقد ترك هذا الأمر للقضاء ليقرر ما إذا كان الطلب المقدم إلى المحكمة ينطوي على حالة استعجال قد يتعذر تدارك نتائجها لو تم تنفيذ

(١) الطعن رقم ٣٠٨٧ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/٣/٢، المجموعة، السنة ٣٠، ج٢، ص ٦٩٠.

القرار المطعون فيه بالإلغاء أم لا تتوافر صفة الاستعجال في هذه الحالة. وكان معياره في هذا الخصوص مدى الضرر أو مدى الخطر الذى قد يلحق بطالب الوقف إذا ظل القرار قائماً دون وقف، وبما يعنى أن الضرر أو الخطر وهما تعبيران مترادفان يدلان - والحال هكذا - على قيام شرط الاستعجال؛ أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا "أن الاستعجال لا يقوم إلا إذا خشى من وقوع أخطار محددة أو ترتب أضرار حالة نتيجة تنفيذ القرار المطعون فيه"^(١).

وإذا كان معيار الاستعجال هو الضرر أو الخطر على النحو السابق فما هو إذن معيار الضرر أو الخطر ذاته الذى يتحقق به الاستعجال؟ هل يكفى أى ضرر أو أى خطر يلحق صاحب الشأن حتى يحكم له القاضى بوقف التنفيذ؟ أم يجب أن يكون هذا أو ذاك على درجة معينة من الجسامه؟ لقد تعددت فى واقع الأمر المصطلحات أو التعبيرات التى قال بها القضاء فى مصر لوصف الضرر أو الخطر فى هذه الحالة، إذ تارة يصفه بالضرر الجسيم الذى يتعذر تداركه، أو بالضرر غير محدود المدى، أو بأنه ضرر محقق حدوثه، أو خطر محقق أو خطر عاجل... الخ، وتارة أخرى يعطى أمثلة وحالات لنوع الضرر ومدى خطورته كمسوغ لوقف التنفيذ، إذ يقول: "أن من شأن تنفيذ القرار حرمان الطالب من فرصة أداء الامتحان لو كان له حق فيه، مما يتعذر معه تدارك النتيجة التى تترتب على ذلك. وكما لو صدر قرار بهدم منزل أثرى أو بمنع مريض من السفر إلى الخارج للعلاج، وكذلك حالة سحب أو إلغاء الترخيص بحمل السلاح إذا كان من شأن ذلك أن يعرض حياة المرخص له طالب وقت التنفيذ لخطر عدم إمكان الدفاع الشرعى عن نفسه... فى مثل هذه الحالات يكون ركن الاستعجال قائماً، فإذا نفذ القرار المطعون فيه استنفذ أغراضه.

(١) الطعن رقم ٢٦٦٧ لسنة ٣٠ق، جلسة ١٩٨٥/٤/٦، المجموعة، السنة ٣٠، ج ٢، ص ١١٩.

وهو ذات الشيء في فرنسا فقد بينت المادة ٤/٥٤ من مرسوم
١٩٦٣/٧/٣٠ بشأن مجلس الدولة، والمادة ٣/١٢٥ لائحة من تقنين المحاكم
الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية مستوى الضرر Le préjudice المسوغ
لوقف التنفيذ بأنه يتحقق كلما كانت هناك صعوبة في إصلاح نتائج التنفيذ
conséquences difficilement réparables، بل لقد وصف القضاء
الفرنسي الضرر المسوغ لوقف التنفيذ بأنه الضرر الذي سيحدث خللاً
مستمراً.... أو يؤدي إلى صعوبة إصلاح نتائج التنفيذ difficilement
réparable أو بكونه الضرر البالغ الخطورة... أو الذي تترتب عليه نتائج
خطيرة... بل لقد ظل يردد هذه المصطلحات أو التعبيرات حتى بعد صدور
تقنين القضاء الإداري الجديد لعام ٢٠٠١، والتي أصبحت بموجبه - كما
ذكرنا - إجراءات وقف التنفيذ من اختصاص قضاء الأمور الإدارية
المستعجلة، بل ورغم أن هذا التقنين استبدل لفظ الضرر بلفظ المستعجل. فقد
قضى مجلس الدولة في حكم له بتاريخ ٢٠٠١/١/١٩ أن شرط الاستعجال
كأحد الشروط المطلوبة لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، يتحقق، إذا ترتب
على تنفيذ هذا القرار - حال القضاء بإلغائه - إلحاق ضرر حال وعلى
درجة كافية من الخطورة بمصلحة الطاعن.

وكما هو واضح فإن مثل هذه المصطلحات أو التعبيرات في أحكام
القضاء سواء في فرنسا أم في مصر يتطلب في جميع الأحوال، في مستوى
الضرر أو الخطر المسوغ لوقف التنفيذ درجة كبيرة من الأهمية، لكنها لا
تصل في النهاية بنسبية دلالاتها بالأمر إلى درجة استحالة تدارك النتائج في
استظهار الاستعجال المسوغ لوقف تنفيذ القرار الإداري^(١).

حاصل القول إذن أن المستوى الذي يجب أن يكون عليه الضرر أو
الخطر، وصوره، وأوضاعه، كمسوغ لوقف التنفيذ، يصعب بل يستحيل

(١) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

تحديده مسبقا وبطريقة مجردة، أو يصعب، وضع تعريف جامع مانع له كما ذكرنا، فهو أمر متروك للقاضي الإداري، يقدره وفقا لظروف وملابسات كل حالة على حدة، وأنه بمدى القناعة التي تتولد لديه من هذه الظروف والملابسات يكون مدى درجة الضرر أو الخطر الناتج عن تنفيذ القرار المطعون فيه وما إذا كانت تصلح مسوغا للوقف من عدمه، الأمر الذي يوسع من نطاق السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال؛ بل وهو ما يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر في خصوصه من قاض إلى آخر حسب الزاوية التي ينظر منها هذا أو ذلك للموضوع أو حسب تقديره لمدى الخطر أو الضرر الناتج عن التنفيذ؛ كما أن الأضرار التي يمكن أن تعتبر في ظروف زمانية ومكانية واجتماعية معينة على درجة من الأهمية بحيث يتوافر فيها شرط الاستعجال المسوغ لوقف التنفيذ، قد لا تعتبر كذلك في ظروف مغايرة والعكس بالعكس.

ومع ذلك فإنني أرى أنه مهما اتسع نطاق هذه السلطة، فإن القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية هي من القرارات التي تقبل بطبيعتها وبحكم ما قد يترتب على تنفيذها من أضرار يتعذر تداركها إذا ما تم إبرام العقد الإداري، الوقف، فهي تنطوي في ذاتها على ضرورة سرعة التصرف "nécessité d'agir vite" خاصة أنه لا اثر لإلغاء هذه القرارات فيما بعد - كما سنرى - على استمرار وتنفيذ هذا العقد.

هذه القرارات تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لوقف التنفيذ ولكن يشترط لذلك أن يكون الضرر أو الخطر واقعا على طالب وقف التنفيذ ذاته لا على غيره من الأشخاص إن لم يكن تحت ولايته، كما يشترط ضرورة استمرار ركن الاستعجال حتى تاريخ الفصل في النزاع، ذلك أن القصد من الحكم بوقف التنفيذ هو تغادي النتائج التي يتعذر تداركها لو تم التنفيذ، فإذا

زالت تلك النتائج زالت حالة الاستعجال. ولذا إذا تم تنفيذ القرار واستحال إعادة الحال إلى ما كان عليه ورد ما كان إلى ما كان عليه من نفس النوع والجنس، فإن ركن الاستعجال في هذه الحالة ينتفى في شأن طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه؛ فقد قضت محكمة القضاء الإداري "... ومن حيث أن المستفاد من مطالعة الأوراق أن إزالة الكشك الذي كان يبأشر فيه المدعى نشاط تحضير وبيع المشروبات الساخنة والمياه الغازية والذي كان مرخصاً له في إقامته بالطريق العام قد تم تنفيذه فعلاً بإزالة ذلك الكشك بتاريخ ١٩٨٨/٩/٢٧ ومن ثم تنتفى في طلب وقف التنفيذ مبرراته وهي توفر الأضرار الناجمة عنه إذ بتنفيذ القرار المطعون فيه يفقد الطلب المستعجل المبرر له مما يوجب القضاء برفض طلب وقف التنفيذ مع إلزام المدعى مصروفاته وذلك دون حاجة إلى استظهار ركن الجدية، إذ لا يقضى بوقف التنفيذ إلا بتوافر الطلب على ركنيه معا..."^(١).

وكذلك الأمر إذا كان القرار المطعون فيه موقوتاً بفترة زمنية معينة وانقضت هذه الفترة أثناء نظر الطلب، فإن ركن الاستعجال في هذه الحالة ينتفى، وأيضاً إذا ما صدر قانون أثناء نظر طلب وقف التنفيذ، يتحقق به ما يهدف إليه هذا الطلب، فيكون طلب وقف التنفيذ قد أضحى مفرغاً من مضمونه مفتقداً لأساس شرعية تقريره وهي مواجهة نتائج تنفيذ القرار التي يتعذر تداركها إذا ما قضى بإلغاء القرار^(٢).

ومع ذلك يلاحظ أن البدء في تنفيذ القرار المطعون فيه، دون أن يستنفد هذا التنفيذ كاملاً لا ينتفى به الاستعجال المسوغ للوقف، بل إن الاستمرار في تنفيذ القرار قد يشكل هو بذاته ركن الاستعجال المطلوب لوقف التنفيذ. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: أن ركن الاستعجال قد تحقق

(١) الدعوى رقم ٢٨٠ لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٩٣/١/٧.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٩٢٣ لسنة ٢٩ ق، ع، جلسة ١٩٨٦/١/٢٥، المجموعة، السنة ٣٢، ص ٦٥.

بالنظر إلى خطورة النتائج المترتبة على الاستمرار في تنفيذ القرار المطعون فيه، فيما لو فرض وقضى بإلغائه^(١)، بل وإذا ما أمكن إعادة الأمر إلى ما سبق، ورد ما كان إلى ما كان من نفس النوع والجنس، فإن ركن الاستعجال لا ينتفى في هذه الحالة، كما إذا صدر قرار بغلق محل تجارى ونفذ القرار بإغلاق المحل فعلا، فإنه يمكن إذا ما قضى بوقف تنفيذ القرار إعادة الأمر إلى ما سبق وفتح المحل، كذلك الأمر في التنفيذ الجزئى للقرار كحالة صدور قرار بإزالة عقار من تسع أدوار ونفذ القرار جزئيا بإزالة دور أو دورين فقط، فإن فى القضاء بوقف تنفيذ القرار منع إزالة بقية الأدوار^(٢).

الخصن الثانى

شروط الجديدة

يقصد بالجديدة هنا مشروعية الأسباب التى تبرر إلغاء القرار المطعون فيه آجلا، ومن ثم وقف تنفيذه عاجلاً. ورغم أن هذه الأسباب تتعلق بموضوع الدعوى بسلطة الإلغاء، لا بالأمر المستعجل المرتبط بسلطة وقف التنفيذ، إلا أنه نظراً لتفرع واشتقاق هذا الأخير من سلطة الإلغاء، فإنه يجب أن يقع كل منهما فى نطاق رقابة المشروعية وسيادة القانون.

وإيضاحاً لذلك نقول المحكمة الإدارية العليا: "إن رقابة القضاء الإدارى للقرارات الإدارية سواء فى مجال وقف تنفيذها أو فى مجال إلغائها هى رقابة قانونية تسلطها المحكمة فى الحالىين على هذه القرارات لتتعرف على مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها للقانون نصاً وروحاً. فينبغى ألا تلغى قراراً إدارياً إلا إذا شابته عيب من هذا القبيل وألا تقف قراراً إلا إذا

(١) الطعن رقم ٣٤٠١ لسنة ٣١ ق.ع، جلسة ١٠/٣١/١٩٨٧، المجموعة، السنة ٣٣، ج١، ص ١١٢.

(٢) المستشار الدكتور/ محمد أحمد عطية، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة فى ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا والقضاء الإدارى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٩٤.

كان متمسماً بمثل هذا العيب"^(١).

فالقضاء بوقف تنفيذ قرار إدارى يتطلب إذن ضرورة توافر ليس فقط ركن الاستعجال، وإنما أيضا ركن الجدية، بأن تكون هناك أسباب تبرر - بحسب الظاهر - مشروعية إلغاء القرار المطعون فيه، وهكذا جرت أحكام القضاء الإدارى فى مصر منذ نشأته حتى اليوم رغم عدم النص على هذا الشرط فى القوانين المتعاقبة لمجلس الدولة.

وكذلك جرت أيضا أحكام القضاء الإدارى الفرنسى قبل أن يتم النص على شرط الأسباب الجدية Moyens Sérieux فى مرسوم ٣٠ يوليو ١٩٦٣، حيث تطلبت الفقرة الرابعة من هذا القانون لوقف تنفيذ القرار الإدارى ضرورة توافر شرط الجدية قائلا:

exige que "les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée".

وإن كان القانون رقم ٥٩٧ لعام ٢٠٠٠ سالف الذكر قد استبدل فى المادة الخامسة منه والمضافة للمادة (L.521-1) من تقنين القضاء الإدارى رقم ٣٨٧ لسنة ٢٠٠٠ سالف الذكر هذا المصطلح بعبارة أن تكون هناك أسباب قادرة على خلق حالة من الشك الجدى لدى القاضى عند بحثه لمشروعية القرار.

"qu'il est fait état d'un moyen proper à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la decision.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأسباب التى تبرر إلغاء القرار الإدارى المطعون فيه هى ذات الأسباب محل النظر فى طلب وقف التنفيذ، ولذا فإنه وبالقدر الذى تكون فيه هذه الأسباب مبررة لطلب الإلغاء، فإنها تكون، أو

(١) الطعن رقم ١٣٢٢ لسنة ٨ ق.ع، جلسة ١٥/١٢/١٩٦٢، المجموعة، السنة ٨، ص ٢٩٤.

يجب أن تكون أيضا مبررة طلب وقف التنفيذ المتفرع عنه، بحيث لا يقضى بهذا الطلب الأخير إلا إذا ثبت أن الأسباب التي قام عليها الطعن في القرار، أسبابا يرجح معها - بحسب ظاهر الأوراق ودون تعمق في بحث الموضوع - إلغاء القرار المطعون فيه عند الفصل في طلب الإلغاء^(١)؛ أو كما ورد بنص المادة (L.521-1) من تقنين القضاء الإداري الفرنسي الجديد سالفه الذكر، أن هذه الأسباب تثير شكاً جدياً *un doute sérieux* حول بطلان القرار، أما إن كانت أسبابا تسويقية ليس مقصود منها سوى المماثلة وإطالة الإجراءات، تتفى عنها صفة الجدية وتصبح غير صالحة ليس فقط لوقف التنفيذ وإنما أيضا لإلغاء القرار.

مع ملاحظة أن الأسباب الجدية وإن كان من الواجب ألا تكون تسويقية - كما ذكرنا - إلا أنها لا يجب أن تكون في المقابل حاسمة في الإلغاء، وإنما فقط احتمالية أو ترجيحية لهذا الإلغاء، أو كما استقر في أحكام القضاء الإداري الفرنسي أنها من طبيعة تبرر إلغاء القرار المطعون فيه *de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* وكذلك في أحكام مجلس الدولة المصري من أن "مقتضى الجدية أن يتضح للمحكمة - بحسب الظاهر من الأوراق - أن الطاعن يستند إلى أسباب يرجح معها الحكم بإلغاء القرار عند الفصل في الموضوع"^(٢).

ومادام الاحتمال أو الترجيح كافيا على هذا النحو في استظهار مشروعية طلب وقف التنفيذ، فلن يكون مطلوبا - والحال هكذا - البحث في أعماق المستندات أو التغلغل في فحص أوراق الدعوى لاستظهار جدية

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٢٧ ق.ع، جلسة ١٩٨٣/٢/١، المجموعة، السنة ٢٨، ص ٤٦٤.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٥٥٠ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٣/١٩٨٥، ج ٣٣، ص ٩٣٤.

الأسباب أو عدم جديتها، وإنما البحث فقط في ظاهرها أو البادى منها، أى أن على المحكمة وهى تبحث لوقف التنفيذ أن تأخذ بالظاهر وتمس الأمور مساً رقيقاً أو تتحسس الموضوع دون خوض فيه. أو سبر لغوره أو مساس بأصله^(١)، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن قاضى المشروعية وهو بصدد تقدير ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ يجب أن يلتزم بحدود الاختصاص المقرر له كقاضى للأمر المستعجلة فى المجال الإدارى، بحيث يقف اختصاصه فى هذا الشأن عند استظهار وتقدير جدية المطاعن المنسوبة إلى القرار الإدارى بالنظر إلى ظاهرها، استخلاقاً من ظاهر الأوراق، دون غوص فى موضوع المنازعة والتعمق فى تمحيصها ووزن الدلائل الموضوعية وزناً دقيقاً متعمقاً، إذ أن ذلك كله يكون من اختصاص قاضى الموضوع، وذلك حتى لا يكون تصدى قاضى المشروعية للفصل فى طلب وقف التنفيذ فصلاً فى أصل طلب الإلغاء"^(٢).

ومع ذلك يلاحظ - وللأسف الشديد - أن القضاء الإدارى وإن كان يردد فى أحكامه المتعلقة بوقف التنفيذ بعض العبارات التى توحى انتهاجه أسلوب الاحتمال أو الترحيح مثل "وترى المحكمة دون أن يكون فى ذلك أى مساس بما لمحكمة الموضوع من كامل حقها فى أن تثبت فى هذه المسألة "أو" دون المساس بطلب الإلغاء ذاته "أو" دون خوض فى الموضوع أو مساس بأصل... "أو" دون التغلغل فى بحث أسانيد أصحاب الشأن"... الخ.

إذا كان القضاء يردد هذه العبارات، إلا أن الواقع العملى يؤكد أن أحكام وقف التنفيذ إن لم يكن فى مجملها، ففى أغلبها، تنطوى على بحث متعمق فى الأسانيد والأسباب والمستندات المتعلقة بالإلغاء وبدرجة تكاد أن

(١) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٣٩٩ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٧/١/٢٩، المجموعة، السنة ١١، ص ١٨٠.

(٢) الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٣٥ ق، ع، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٣/١٩٨٥، ج ٣٣، ص ٩٥١.

تقترب من الفصل في أصل الموضوع، أو كما يقول أحد الفقهاء "تكاد نحس من سياق أسباب جل الأحكام أن الأمر بوقف التنفيذ يكاد يستغرق تحليل الكيان الذاتى للقرار ويتقصى أركان صحته ودواعى بطلانه ويكاد ينبئ هذا التحليل الموضوعى - وبخاصة إذا تناول ناحية قانونية بحثة - عن عقيدة المحكمة فى خصوص صحة القرار المراد وقفه أو بطلانه لعيب من عيوب القرار الإدارى"^(١).

والواقع أن الأمر ليس بالفعل سهلاً - كما ذهب جانب من الفقه - بالنسبة لقاضى الوقف الذى يجب عليه أن يوازن بحسب معطيات الحال وظروفه، من ناحية بين مطلب سرعة الفحص والبحث تجاوباً مع حالة الاستعجال الماثلة أمامه داعية للوقف، ومطلب عدم تعطيل أعمال الإدارة إلا لما كان احتمال عدم مشروعيته على درجة من الجدية تفرض أخذه فى الاعتبار وبمراعاة أن لحسم الأمر مائزاً هناك بقية من طريق سوف يتقدم عليها الفحص والبحث، ومن ناحية أخرى، وعندما يكون نظره طعنأً، بين إرضاء واجب التسيب وفى نفس الوقت واجب عدم مصادرة سلطات قاضى الموضوع الأدنى^(٢).

هذا ولما كان توافر ركنى وقف التنفيذ هو الشرط الأساسى للقضاء به، فإنه يتعين على المحكمة أن تستظهر فى حكمها كل من الركنين، وإلا كان حكماً معيباً، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا "إذا كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد قضى بوقف تنفيذ قرار إدارى دون أن يستظهر أياً من الركنين اللذين يقوم عليهما طلب وقف التنفيذ واقتصر فى تسيبه أنه يبين من ظاهر الأوراق أن طلب وقف التنفيذ يستند إلى ما يبرره، فإن هذا ينطوى على قصور مغل ينحدر إلى درجة عدم التسيب، وخلو الحكم من الأسباب

(١) الدكتور/ محمود سعد الدين الشريف، وقف تنفيذ القرار الإدارى، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، يناير ١٩٥٤، ص ٨٢.

(٢) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٧٥٣، ص ٧٥٤.

وقصورها أو تناقضها وتهاتها مما يعيبه ويبطله^(١).

حاصل القول إذن أن شرطى الاستعجال وجدية أسباب الإلغاء، شرطان لازمان - كما ذكرنا - للحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، فلا يغنى أحدهما عن الآخر، بمعنى أنه إذا انتفى أحدهما انتفى مناط الوقف بغير حاجة للبحث فى الشرط الآخر، مع ملاحظة أن التحقق من توافر أى منهما أمر خاضع لسلطة القاضى التقديرية، وإن كان يتحتم عليه - كما أشرنا - أن يشير فى حكمه بوقف التنفيذ إلى كل من هذين الشرطين.

المبحث الثالث

طبيعة وأثار الحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية

القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية

الحكم بوقف تنفيذ القرار الإدارى، حكم قضائى بمعنى الكلمة، إذ يصدر عن محكمة مختصة قانوناً فى خصومة رفعت وفق قواعد وإجراءات قانونية محددة، بقصد الفصل فى هذه الخصومة أو فى شق منها أو فى مسألة متفرقة عنها؛ كل ما فى الأمر أنه ذو طابع استعجالى بما يترتب على هذا الطابع من نتائج أخصها سرعة الإجراءات وبساطتها؛ ويبدو ذلك من إعفاء لطلب الوقف من إجراء تحضير الدعوى بواسطة هيئة مفوضى الدولة وتقصيراً للمواعيد وإسراعاً بالفصل فى طلب الوقف وتنفيذاً للحكم بمسودته^(٢)، وكذلك عدم المساس بأصل الحق كما بينا من قبل؛ وأنه حكم

(١) أشار إليه الدكتور/ سليمان الطماوى، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٤٩.
(٢) وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "ومن حيث أنه لا سبيل إلى الخلط بين الحكم الصادر فى دعوى الإلغاء والذى لا غنى فيه عن وجوب تحضيرها وتثبيتها للمرافعة وتقديم تقدير فيها من قبل هيئة مفوضى الدولة، وبين الأمر الصادر من المحكمة بوقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه أو رفض هذا الطلب، ذلك أن الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار أو رفض طلب وقف التنفيذ مؤقت بطبيعته يغدو غير ذى موضوع بصور الحكم فى الدعوى الأصلية، وأن إجراءات تحضير الدعوى من قبل هيئة مفوضى الدولة والمنصوص عليها قانوناً إنما تنصرف إلى تحضير تلك الدعوى لا إلى طلب وقف التنفيذ الذى قد يلازمها، والذى لا يتمخض أبداً دعوى مستقلة منفصلة قائمة بذاتها، وفى استلزام تلك الإجراءات بالنسبة إلى هذا الطلب وإرجاء الفصل فيه إلى أن يكتمل تحضير الدعوى أضرار بطبيعته وتقويت لغاياته وموجبه وإهدار لظروف الاستعجال وهى قوامه ومبرره.

مؤقت لحين الفصل فى الطلب الأسمى؛ أما فيما عدا ذلك، فهو لا يختلف فى قليل أو كثير عن بقية الأحكام القضائية الأخرى، فهو شأن هذه الأحكام، حكم قطعى فيما فصل فيه، يتمتع بحجية الأمر المقضى به، واجب النفاذ، ويقبل الطعن فيه بكل طرق الطعن المقررة قانوناً، بل ويتقيد القاضى فيه بذات القيود التى يتقيد بها عند نظر طلب الإلغاء، فهو فى الحالتين قاضى مشروعية، ومن ثم لا يمكنه بحسب أحكام الدستور أو القانون أن تمتد ولايته أبعد مدى من القضاء بوقف التنفيذ أو الإلغاء؛ وإن كان يتعين عليه قبل الفصل فى طلب وقف التنفيذ، أن يفصل صراحة وعلى وجه قاطع فى بعض المسائل الفرعية مثل الدفع بعدم الاختصاص - الدفع بعدم القبول لفوات المواعيد أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً، وذلك حتى لا يحمل قضاؤه فى موضوع الطعن المستعجل قبل البت فى هذه المسائل على أنه قضاء ضمنى برفضها.

وعلى أية حال نتناول فيما يلى أهم الخصائص المميزة لحكم وقف التنفيذ وهى:

المطلب الأول

الحكم بوقف التنفيذ حكماً وقتياً

وطابع التأقيت هذا إنما تمليه من ناحية سمة الاستعجال أو الضرورة التى يجب أن تقدر - والحال هكذا - بقدرها؛ ومن ناحية أخرى أنه لا يمس أصل الحق الذى يترك أمر الفصل فيه لقاضيه الطبيعى، وهو قاضى الإلغاء. ومعنى ذلك أن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ لا يقيد المحكمة عند نظر هذا الطلب موضوعاً، فقد يتفق مع مضمونه وقد يختلف مع هذا المضمون. وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: أن لمن أصابه ضرر من القرار حق الالتجاء إلى القضاء بطلب وقف تنفيذ هذا القرار مؤقتاً حتى يصدر حكم

الطن رقم ٤٤٤ سنة ٢٥ ق.ع، جلسة ١٩٨١/١/٢٤، مجموعة السنة ٢٦، ص ٣٧٩.

بالغاءه فى الموضوع أو برفض الإلغاء^(١). وإذا كانت المحكمة وهى فى سبيل الفصل فى هذا الطلب تتناول الموضوع، فإن نظرتها له يجب أن تكون نظرة أولية لا تتعرض فيه إلا بالقدر الذى يسمح لها بتكوين رأى فى خصوص وقف التنفيذ دون أن تستيق قضاء الموضوع وتنتهى إلى تكوين عقيدة فيه^(٢). ولأن الحكم بوقف التنفيذ حكما وقتيا، فإن وجوده ينقضى ويزول أثره بصدور الحكم فى الشق الموضوعى للدعوى، بما مؤداه أن خاصية التأقيت تظل قائمة ومنتجة لأثارها طالما أنه لم يصدر مثل هذا الحكم، فإن صدر يزول الحكم الوقتى من الوجود، ومن ثم يستنفذ غرضه وينتهى أثره، ولكن فقط من تاريخ صدور الحكم الفاصل فى الموضوع؛ إذ من هذا التاريخ تترتب آثار الحكم الأخير حتى لو طعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا، إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك^(٣).

هذا ويلاحظ أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ وإن كان حكما وقتيا - كما ذكرنا - إلا أنه يحوز حجية الأمر المقضى، وهى حجية مطلقة تتعدى أطراف الخصومة إلى الغير شأنه فى ذلك شأن حكم الإلغاء، أما إذا كان برفض الطلب، فإن حجيته تكون نسبية تماما كحجية حكم الإلغاء فى حالة رفض الدعوى، إذ تصبح هذه الحجية قاصرة على طرفى النزاع^(٤).

-
- (١) الطعن رقم ١٣٢٢ لسنة ٨ ق.ع، جلسة ١٥/٢/١٩٦٢، المجموعة، السنة الثامنة، ص ٢٩٥.
(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ ق، جلسة ٦/٤/١٩٥٤، مجموعة السنة الثامنة، ص ١١٧٧.
(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥ لسنة ٢١ ق.ع، جلسة ٩/٦/١٩٧٩.
(٤) فقد قضت محكمة القضاء الإدارى " ... ومن حيث أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق أو المراكز القانونية فيعتبر الحكم عنوان الحقيقة فيما قضى به، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة متى اتحد الخصوم والموضوع والسبب، والذى يحوز الحجية من الحكم هو منطوقه وكذا الأسباب الجوهرية المكملة له والحكم فى طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى المطلوب إلغاؤه ولنن كان مؤقتا بطبيعته إلا أن هذا التأقيت إنما يعنى أن الحكم الذى يصدر فى موضوع طلب وقف التنفيذ سواء بوقف التنفيذ أو عدمه لا يمس أصل طلب الإلغاء ولا يقيد المحكمة عند نظر أصل هذا الطلب، ومع ذلك يظل الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ حكما قطعيا له مقومات الأحكام وخصائصها وينبنى على ذلك أنه يحوز حجية الأحكام فى خصوص موضوع الطلب ولو أنه مؤقت بطبيعته طالما لم تتغير الظروف.

وسواء أكانت حجبية وقف التنفيذ مطلقة أم نسبية، فإنها لا تتعدى نطاق موضوعه، أى موضوع طلب الوقف ذاته، والذي يجسد - والحال هكذا - الوجه المستعجل للمنازعة؛ وهو ما يجعله فى نهاية المطاف حكماً محدود الأثر موقوف الحجبية^(١).

يترتب على ذلك أن المحكمة التى صدر عنها حكم وقف التنفيذ، تتقيد بمضمونه أياً كان هذا المضمون، بحيث لا يجوز لها العدول عنه، كما لا يجوز لأصحاب الشأن إثارة النزاع أمامها من جديد، طالما أن الظروف الملائمة لم تتغير^(٢)، فحكم الوقف إذن وبطبيعته الوقتية هذه لا يمكن أن تتجاوز قوته - من ناحية موضوعه - نطاق مرحلته إلى مرحلة أخرى، لا شأن له بها وهى مرحلة الفصل النهائى فى أصل النزاع التى تبقى بموضوعها ودفعها وأدلتها حقاً لمحكمة الموضوع^(٣).

وإذا كانت هذه هى المبادئ التى استقر عليها القضاء الإدارى المصرى، فإنها لا تختلف فى الواقع كثيراً عما ينتهجه القضاء الإدارى الفرنسى، وإن كان ما ينتهجه هذا القضاء الأخير يعد - فى كثير من الأحيان - تطبيقاً لنصوص قانونية. فقد تضمن النظام القانونى لوقف التنفيذ، سواء فى مرسوم ١٩٥٣ أم فى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، أم أخيراً فى تقنين القضاء الإدارى الجديد لعام ٢٠٠١، توجيهها عاماً بوجوب إتمام الإجراءات الخاصة بطلب الوقف بأقصى سرعة وبأقصر مدد l'instruction de la demande de sursis est poursuivie (المادة ١٠١١-١ d'extrême urgence... dans les meilleurs d'elais

الدعوى رقم ٢٩٢٩ لسنة ٣٩ق، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٢.
(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٣٩٨ لسنة ٣٨ق، جلسة ٢٢/٥/١٩٨٤، مجلة إدارة قضايا الدولة (الحكومة) السنة ٢٩، العدد الأول، ص ١٧٢.
(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٩٩ لسنة ٧ق، جلسة ٢٩/١/١٩٥٧، مجموعة السنة الحادية عشرة، ص ١٨٠.
(٣) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط المرجع السابق، ص ٩٩٤.

ممن تقنين القضاء الإدارى لعام ٢٠٠١).

وتأكيد لذلك فقد ورد نص فى تقنين القضاء الإدارى بإعفاء طلب وقف التنفيذ من إجراءات التحضير أمام هيئة مفوضى الحكومة، بشرط أن يكون هذا الطلب منظوراً من قبل قاض فرد، أما إذا أحيل إلى هيئة جماعية، فيتم تحضيره أمام هذه الهيئة (المادة ٥٢٢-١/٣)، هذا وقد نص تقنين القضاء الإدارى الجديد على مبدأ تأقيت الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ (المادة ٥١١-١) وبأن الحكم بإيقاف تنفيذ القرار الإدارى تكون مدته مؤقتة بأجل الفصل فى الدعوى الموضوعية المتفرع عنها (٥١١-٢/١)، إضافة إلى أن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضى به فيما فصل فيه، كما هو الحال فى مصر، وإن كان لا يحوز فى مجمله أية حجية سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الشكل، تمنع المحكمة من إمكانية العدول عنه بعد ذلك^(١)، وهو ما سوف نزيده إيضاحاً فيما بعد.

المطلب الثانى

الحكم بوقف التنفيذ حكماً قطعياً

يقصد بذلك أن ما تفصل فيه المحكمة - عند إصدار هذا الحكم - من مسائل أولية أو فرعية، قبل البت فى موضوع الطلب بوقف التنفيذ كالدفع بعدم اختصاص القضاء الإدارى مثلاً بنظر الدعوى بسبب يتعلق بالوظيفة أو بعدم اختصاص المحكمة أصلاً بنظرها بحسب موضوعها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة، أو لرفعها بعد الميعاد، أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً، إنما يحوز حجية قطعياً، بل ويقيد محكمة الموضوع عند نظر طلب الإلغاء^(٢)؛ فإن قضت هذه الأخيرة بخلافه لكان حكمها معيباً لمخالفته لحكم سابق حائز لقوة الشئ المحكوم به وكان واجباً

(1) C.E., Sect., 9-12-1983, Ville de Paris et autres, Rec., P. 499.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٣ ق.ع، المجموعة، السنة الثالثة، ص ١١٢٥.

إلغاؤه بالتطبيق للفقرة ٣ من المادة ١٥ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن تنظيم مجلس الدولة المصري (والمقابلة للمادة ١/٢٣ - بند ٣ من قانون المجلس الحالي). ولو انتهى نظرها الجديد إلى نفس نتيجة الحكم الأول، فإن الحكم اللاحق يتمخض في هذا الخصوص نافذة وتزييدا ولم يكن له لزوم^(١). بل وإذا فصلت المحكمة الأعلى في الدفع الفرعى بمناسبة نظرها طعن مقام ضد الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ من المحكمة الأدنى، امتنع على نفس المحكمة الأعلى إعادة النظر فيما قضت به فى هذا الدفع الفرعى وحاز من ثم قوة الشيء المقضى به إذا ما دفع به نفسه أمامها بمناسبة نظرها فى طعن مقام ضد حكم الدرجة الأدنى فى الشق الموضوعى من المنازعة^(٢). وذات الشيء أيضا إذا ما تم الطعن على الحكم الصادر من المحكمة الأدنى فى الموضوع، وكان قد دفع فيه بدفوع فرعية فصلت فيها ذات المحكمة عند نظرها طلب وقف التنفيذ، ولم يطعن على هذا الشق العاجل حتى صار نهائيا، امتنع على محكمة الطعن أن تعاود النظر فى حكم المحكمة الأدنى فى المسائل الفرعية بعد أن صار نهائيا متمتعا بقوة الشيء المقضى به^(٣).

وإذا كان هذا هو ما استقرت عليه أحكام القضاء الإدارى فى مصر، بل ويمثل فى نظرنا الاتجاه الراجح والواجب الاتباع^(٤)، فإن القضاء الإدارى

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٣ ق.ع، جلسة ١٢/٤/١٩٥٨، المجموعة، السنة الثالثة، ص ١١٢٦.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩٠٩ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١٨/١/١٩٦٤، المجموعة، السنة ٩، ص ٤٥٤.

(٤) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٢٣ ق.ع، جلسة ٢٢/٢/١٩٨١، المجموعة، السنة ٢٦، ص ٦٣٥.

(١) من المؤيدين لهذا الاتجاه، الدكتور/ سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ١٠٣١؛ الدكتور/ عبد الغنى بسيونى، المرجع السابق، ص ١٤٩ وما بعدها؛ الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٠٤٤ وما بعدها؛ ومع ذلك فقد أنكر جانب من الفقه هذا الاتجاه قائلا: "وتحن ترى من جانبنا أنه إذا كان من المسلم أنه يجب على قاضى الموضوع أن يتغلغل فى فحص المسندات حتى يبت بتأ فعليا فى الدفوع والمسائل الأولية المثارة أمامه سواء بالقبول أو بالرفض، فإن من المسلم كذلك أنه لما كان طلب وقف التنفيذ يعد بمثابة الشق المستعجل فى

الفرنسي جرى على أن. حكم قاضي الوقف في مسائل الشكل والاختصاص لا يقيد قاضي الموضوع - سواء كان هو مصدر حكم الوقف أو القاضي الأعلى - فيمكنه العدول عنه مثلما يمكنه العدول عما حواه الحكم الصادر في طلب الوقف في خصوص موضوعه بمناسبة نظره للدعوى الأصلية⁽¹⁾.

هذا ولا يحول إعمال القاعدة المتقدمة تعلق الدفوع المثارة أثناء. نظر طلب وقف التنفيذ بالنظام العام، إذ متى حاز الحكم قوة الأمر المقضى، فإنه يكون حجة - كما ذكرنا - فيما فصل فيه ويعتبر عنوانا للحقيقة حتى ولو كان قد تنكب وجه الصواب في مسائل تتصل بالنظام العام. وتأكيداً لذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه قبل أن تتصدى محكمة القضاء الإداري للفصل في طلب وقف التنفيذ يتعين عليها أن

دعوى الإلغاء وتفصل فيه الهيئة المختصة كمحكمة مواد مستعجلة، فمن ثم بات من المنطقي أن تكتفي المحكمة إبان فصلها في هذا الطلب ببحث الدفوع المثارة من جانب أطراف الدعوى من ظاهر الأوراق، فإذا تبين لها أن هناك عيباً ظاهراً يمس القبول أو كان من الواضح أن الدعوى تخرج عن اختصاص المحكمة قضت بقبول الدفع وبعدم قبول الدعوى. أما إذا وجدت أن ظاهر الأوراق يبيئ بوجود مصلحة ظاهرة أو كان من الواضح اختصاص المحكمة، قضت برفض الدفع وبقبول الدعوى، دون أن يحول ذلك بينها وبين تبني وجهة نظر مخالفة عند التصدي لموضوع الإلغاء". ونضيف، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة بالغة الغرابة والشذوذ وهي امتناع المحكمة عن إزال صحيح حكم القانون على الدفوع التي فصلت فيها إبان نظر طلب وقف التنفيذ، وذلك عند تصديها لموضوع طلب الإلغاء، حتى لو كان حكمها في تلك المسائل قد تنكب وجه الصواب في مسائل تتصل بالنظام العام".

الدكتور/ محمد كمال الدين منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، دكتوراه عين شمس، ١٩٨٨، ص ٤٩٤ وما بعدها. وانظر أيضاً تأييداً لهذا الاتجاه الدكتور/ محمود سعد الدين الشريف، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها.

(1) C.E, 30-10-1963, Sieur cherbonneau Rec., P. 512.

وكان هذا الحكم متعلقاً بدفع شكلي يتمثل في رفع الدعوى بعد فوات الميعاد، إذ يقول المجلس في هذا الحكم:

"Considérant que le jugement... par lequel le tribunal administratif... a ordonné avant dire droit qu'il soit sursis à l'exécution de décision attaquée... ne peut être regardé comme ayant statué par une disposition présentant un caractère définitif sur la recevabilité de demandé du sieur...; que ce jugement ne pouvait, dès lors, faire obstacle à ce que le Tribunal administratif... rejetât ladite demande (d'annulation) comme tardive.

أشار إليه الدكتور/ محمد فؤاد عيد الباسط، المرجع السابق، ص ١٠٣١.

تفصل أولاً في جميع الدفوع الشكلية والمسائل الفرعية المؤثرة في الدعوى، سواء تلك التي يعرضها الخصوم أو التي تكون من النظام العام، فتلتزم المحكمة بالتصدي لها من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بها أمامها، كالمسائل المتعلقة بعدم الولاية لمحاكم مجلس الدولة أو بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها^(١).

وأخيراً فإنه يترتب على أن حكم وقف التنفيذ حكماً قطعياً - إضافة لما سبق - جواز الطعن عليه وبكل طرق الطعن المقررة قانوناً أمام المحكمة الأعلى استقلالاً، وإن كان يشترط لذلك أن يكون محل طلب الوقف ما يزال موجوداً عند نظر الطعن، وهذا هو ما استقر عليه القضاء الإداري في مصر دون نص في قانون أو لائحة، وقد بررت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر بأن الحكم الذي يصدر في طلب وقف التنفيذ، هو حكم قطعي له مقومات الأحكام وخصائصها. وينبني على ذلك أنه يحوز حجية الأحكام ويطعن عليه استقلالاً أمام المحكمة الإدارية العليا خلال المواعيد المقررة للطعن في الأحكام، شأنه في ذلك شأن أي حكم انتهائي^(٢).

أما في فرنسا فقد تقررت قاعدة الطعن في الحكم بوقف التنفيذ قانوناً؛ فقد نصت عليها المادة ٩ من مرسوم رقم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ المعدل بمرسوم ٧ سبتمبر ١٩٨٩ (م ١٢٣ لائحة) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بأن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ يمكن الطعن عليه بالاستئناف من قبل جهة الإدارة وكذلك أطراف النزاع.

Les jugements rendus sur une demande de sursis à exécution peuvent être attaqués, par la voie de l'appel, par l'auteur de la décision litigieuse ou par toute partie en

(١) الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٩٩١/٢/١٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٣، ١٩٩٣/١٩٨٥، ص ٩٥٦.

(٢) الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٢٨ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/٣/٢، المجموعة، السنة ٣٠، ج ٢، ص ٦٧٠؛ الطعن رقم ٣٥ لسنة ٢ ق.ع، جلسة ١٩٥٦/١/١٤، المجموعة، السنة الأولى، ص ٣٨٨.

cause.

كما كان من الممكن الطعن في هذا الحكم أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض، إذا كان صادراً طبقاً للمادة ١٠ من مرسوم ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ (م ٢٧) لآحي من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية سالف الذكر) من المحاكم الإدارية الاستئنافية، فإذا نقض مجلس الدولة هذا الحكم، أحاله إلى المحكمة الاستئنافية الإدارية^(١)؛ ثم تقرر قاعدة الطعن هذه في تقنين القضاء الإداري الجديد وذلك بإمكانية الطعن على أحكام وقف التنفيذ متى صدرت بصفة نهائية أمام مجلس الدولة ولكن فقط كمحكمة نقض (م ٣٣١-١).

هذا مع ملاحظة أن الطعن على أحكام وقف التنفيذ تخضع للمدد المحددة قانوناً لهذا الغرض، وهي ستون يوماً في مصر من تاريخ صدور الحكم وخمسة عشر يوماً في فرنسا من تاريخ إعلان الحكم المطعون عليه دون ثمة علاقة أو ارتباط بحكم الإلغاء، الذي يجب أن تراعى في الطعن عليه المواعيد المقررة لذلك.

المطلب الثالث

أثر الحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال

على إبرام العقود الإدارية

ذكرنا من قبل أن المرحلة التمهيدية التي تسبق إبرام العقد الإداري أو التي تسبق صيرورته لأن يكون عقداً، تمثل المجال الخصب والرئيسي لتلك القرارات القابلة للانفصال، ومن ثم تمثل المجال الخصب لقضاء ووقف التنفيذ الذي يستهدف في واقع الأمر حماية حقوق المتنافسين، إذ تتجسد فيها شروط هذا القضاء والسابق لنا بيانها، خاصة شرط الاستعجال، إذ يتعذر في غالب الأحيان تدارك الضرر المترتب على تنفيذ تلك القرارات إذا ما تم

(1) C.E, 5-11-1993, Commune de saint- Quay Portrieux, Rec. P. 306.

إبرام العقد.

حقيقة أنه لا يحق للإدارة أن تدفع طلب وقف التنفيذ بحجة أن قرار الإلغاء فيما لو صدر لا يرتب أثراً على العقد المبرم، وأن لا مصلحة لرافع الدعوى في طلب وقف التنفيذ طالما أن العقد قد أبرم.

فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الخصوص إلى أنه: (ومن حيث أنه لا حجة فيما يقال في هذا الصدد أن جهة الإدارة تعاقدت مع من رست عليه المناقضة؛ مما يبدو معه لأول وهلة أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة عديم الجدوى، مادام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، مما ينتفي معه ركن المصلحة في الدعوى، أو أن طلب وقف التنفيذ إنما يهدف إلى منع الإدارة من تنفيذ قرار إرساء المناقضة والتعاقد مع الراسي عليه العطاء، فإذا كان التعاقد قد تم - كما هو الشأن في هذه الدعوى الحالية - فلن يعود الحكم بفائدة على المدعى؛ إذ أن الحكم بوقف التنفيذ لا يمس موضوع الدعوى، ومادام هدف المدعى لا يتحقق فإن مصلحته تكون معدومة... لا حجة في هذا كله، لأن مبادرة جهة الإدارة إلى اتخاذ إجراء من شأنه إقرار الوضع المخالف للقانون أو تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، لا يحول دون طلب إلغاء القرار.. ومن ناحية أخرى فإنه لما كان طلب وقف التنفيذ ليس إلا عرضاً للجانب الجاد من المنازعة الموضوعية بطلب الإلغاء، فإنه يترتب على قبول طلب الإلغاء أن يكون طلب وقف التنفيذ بدوره مقبولاً بغير اعتداد في هذا الشأن بقيام الإدارة بتنفيذ القرار محل الطعن، لأن التنفيذ هنا تصرف من جانب الإدارة مردود عليها، والاستناد إليه في الدفع بانعدام المصلحة معناه أن في مكنة الإدارة دائماً أن تضع القضاء أمام الأمر الواقع وتعطل مهمته، وهو ما يهدر الرقابة القضائية^(١)).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة شبه المستقرة سواء في فرنسا أم

(١) الدعوى رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠٠٠، جلسة ١٨/١١/١٩٥٦، مجموعة السنة الحادية عشر، ص ٢٧.

فى مصر - كما سنرى - هى انعدام كل أثر لوقف تنفيذ القرار الإدارى أو إلغائه، إذا ما تم إبرام العقد، أو جعل هذا الأثر معلقاً على إرادة أطراف هذا العقد؛ ولذا يشترط لى تؤدي أحكام وقف التنفيذ آثارها وهى ضرورة توقف جهة الإدارة عن السير فى إجراءات التعاقد حتى نهايتها، وذلك إعمالاً للقواعد العامة من أن ما بنى على باطل فهو باطل، وإلا تكون قد خالفت مبدأ الحجية المطلقة لهذه الأحكام كما بينا.. يشترط لذلك أن تصدر هذه الأحكام قبل إبرام العقد الإدارى، فإن أقدمت جهة الإدارة - رغم ذلك - على تنفيذ القرار المحكوم بوقف تنفيذه، وسيرها فى إجراءات التعاقد، فإنها تكون قد ارتكبت عملاً من أعمال الاعتداء المادى *voie de fait*.

ومع ذلك يلاحظ أن فرص تحقق هذا الفرض قليلة وربما نادرة نتيجة بطيء التقاضى من ناحية، وعجلة الإدارة فى إتمام التعاقد من ناحية أخرى، مما يترتب عليه صدور تلك الأحكام بعد إبرام العقد الإدارى، مما ينعدم معه - كما ذكرنا - كل أثر لهذه الأحكام، وهو ذات الوضع بالنسبة لأحكام إلغاء تلك القرارات وهو ما نبينه فى الفصل التالى.

الفصل الثالث

إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال

العقود الإدارية والتعويض عنها

ذكرنا من قبل أن طلب وقف تنفيذ هذه القرارات، فرع من طلب إلغائها، ولذا فهما مرتبطان بل مقترنان فى صحيفة واحدة كما هو الحال فى مصر وفى فرنسا حتى صدور التقنين الموحد للقضاء الإدارى، حيث أصبح طلب وقف التنفيذ ينظر فيه استقلالاً أمام قاضى الأمور الإدارية المستعجلة، وإن ظل - رغم ذلك - مرتبطاً بطلب الإلغاء، الذى ينظر أمام القاضى المختص، مما مفاده أن محل الطلب فى الحالتين هو تلك القرارات.

وهكذا يتفق الطالبان فى أنه يشترط للطعن فيهما أن تكون هذه القرارات نهائية، لا مجرد إجراءات تمهيدية أو تحضيرية، وأن تكون كذلك منفصلة أو قابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، ومعيبة بعيب عدم المشروعية سواء أكانت داخلية أم خارجية، وأن يقام هذا الطعن فى المواعيد المحددة قانوناً لهذا الغرض، وأن تكون للطاعن فيه مصلحة شخصية ومباشرة، وذلك بصرف النظر عن سلامة أو عدم سلامة العملية التعاقدية ذاتها، أو بمعنى آخر بصرف النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية هذه العملية، والتي قد تكون صحيحة فى جميع نواحيها أو غير صحيحة، وكل ما فى الأمر أن طلب وقف التنفيذ يتطلب لقبوله إضافة إلى ما سبق، ضرورة توافر حالة الاستعجال، أى أن يكون هناك ضرر يتعذر تداركه فيما لو تم تنفيذ القرار المطعون فيه، ثم قضى فيما بعد بإلغائه؛ كما أن فحص هذا الطلب يتم على أساس ظاهر الأوراق والمستندات، دون أن يمس موضوع أو أصل الحق، ولذا فإن حجبه مؤقتة بالنسبة لهذا الأصل أو الموضوع كما بينا من قبل، وذلك على عكس الحال فى طلب الإلغاء إذ يتم التجاوز عن هذين الأمرين، فلا يتطلب ضرورة توافر شرط الاستعجال

لقبوله، كما أن القاضى يتعمق - عند نظر هذا الطلب- فى بحث المستندات والأوراق، إذ يفصل فى أصل الحق أو موضوع النزاع، ولذا فهو يتمتع بحجية مطلقة.

وعلى أية حال، فإن تحقق عيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية فى أى من القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، إنما يودى وبالتأكيد إلى إلغاء هذا القرار . وهنا يثار التساؤل حول ما إذا كانت مسؤولية الإدارة عن تعويض الأضرار التى تسبب فيها القرار المقضى بإلغائه أمر مؤكد كذلك؟

لقد أجابت محكمة القضاء الإدارى على هذا التساؤل بالنفى إذ تقول: إن "الإجماع منعقد على أن كل من أوجه الإلغاء الأربعة يمكن أن يودى حتماً إلى الحكم بالإلغاء، أما فى نطاق قضاء التعويض، فلا تكون لزاماً مصدراً للمسئولية، ولا تستتبع حتماً التعويض فى كافة الأحوال.....".

ولهذا يميز القضاء الإدارى فى كل من فرنسا ومصر بين مختلف العيوب التى تشوب القرار الإدارى، فقد اعتبر البعض منها فقط مصدراً للمسئولية بينما لم يعتبر البعض الآخر كذلك إلا بضوابط محددة؛ ومعنى ذلك أن تقدير الخطأ ومدى اعتباره أساساً للمسئولية الإدارية يختلف حسب العيب الذى يشوب القرار وما إذا كان من العيوب الشكلية التى تصيب عناصر الشرعية الخارجية، أم من العيوب الموضوعية التى تصيب عناصر الشرعية الداخلية.

وتفصيلاً لهذا الإجمال نتناول الموضوعين التاليين: مخصصين لكل موضوع منهما مبحثاً مستقلاً.

الموضوع الأول: إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال وأثره على إبرام العقود الإدارية.

الموضوع الثانى: التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية والمحكوم بإلغائها.

المبحث الأول

إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال وأثره

على إبرام العقود الإدارية

إن طلب إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال بعد إبرام العقد الإدارى وفى مرحلة التنفيذ وإن كان مقبولاً منطقاً، أو متصوراً حدوثه واللجوء إليه عقلاً، خاصة أنه لا يقبل - كقاعدة - إلا من أطراف العقد دون غيرهم، فإن مثل هذا الطلب، أى طلب إلغاء تلك القرارات، يكون غير مقبول منطقاً كما لا يتصور حدوثه واللجوء إليه عقلاً فى مرحلة إبرام العقد أى فى المرحلة السابقة على انعقاد العقد، إذ لن يحصل من يتقدم به فى هذه الحالة وهو أى من المتناقصين أو المتنافسين على الفائدة المرجوة منه أو الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه، وهو أن يظل متناقصاً أو موجوداً فى حلبة المنافسة حتى إتمام إجراءات المناقصة بإرسالها على أى من هؤلاء المتناقصين أو المتنافسين، حيث لا يفصل القضاء فى هذا الطلب عادة بل وفى أغلب الأوقات، إلا بعد إبرام العقد والبدء فى تنفيذه، وأحياناً بعد إتمام التنفيذ مما تتعدم مصلحته فى الطلب المشار إليه.

من هنا فقد ظهرت تقنيات وقف التنفيذ والقضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، سابق الإشارة إليهما، ومع ذلك فإن آلية الإلغاء تظل قائمة وموجودة فى المجال الذى نحن بصددده، بل وتعد - كما ذكرنا من قبل - الأصل أو الأساس لكافة التقنيات الأخرى، وإن كان يلاحظ أن الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية سواء فى المرحلة السابقة على إبرام العقد أم فى مرحلة التنفيذ يكون مشتملاً

فى الغالب على طلب وقف تنفيذ هذه القرارات^(١).

وعلى أية حال فإن لصاحب المصلحة أن يلجأ إلى قاضى تجاوز السلطة بطلب إلغاء القرار الإدارى الذى يمكن فصله عن العملية التعاقدية، فإذا استجاب القاضى له بأن اصدر حكماً بإلغاء هذا القرار، فإن السؤال الذى يثار هنا ما أثر حكم الإلغاء هذا على العملية التعاقدية؟

تختلف الإجابة فى واقع الأمر بين ما إذا كان حكم الإلغاء قد صدر قبل إبرام العقد، حيث يتمتع على جهة الإدارة استكمال إجراءات العملية التعاقدية احتراماً للحجية المطلقة لهذا الحكم، وإلا تكون قد ارتكبت عملاً من أعمال الاعتداء المادى، أما إذا صدر الحكم بإلغاء القرار المنفصل بعد إبرام العقد أو فى مرحلة تنفيذ هذا العقد، فإن إعمال أثر حجية هذا الحكم لا تكون إلا من خلال قاضى العقد بناء على طلب أى من أطراف هذا العقد.

وعلى ذلك نتناول فيما يلى الموضوعين التاليين مخصصين لكل موضوع منهما مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية.

لموضوع الثانى: أثر الحكم بإلغاء القرار الإدارى المنفصل على العملية التعاقدية.

المطلب الأول

إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال

العقود الإدارية

إذا كان الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى

(١) ومع ذلك فإن الواقع يثبت أن القضاء يحيل فى كثير من الأحيان، طلب وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات اللاحقة على إبرام العقد، وبمعنى أدق يحيل أوراق الدعوى بكل طلباتها إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى، مما يعنى ضمناً رفض الشق المستعجل فى الدعوى، بل وفى أحيان أخرى يحيل تلك القرارات، حتى وإن كانت سابقة على إبرام العقد إلى ذات الهيئة، مما يفقد نظام وقف التنفيذ و القضاء المستعجل كل معنى أو فائدة.

مجال العقود الإدارية، غير مقبول إذا استند - كما ذكرنا - إلى الشروط التعاقدية، فهل هذا الأمر ينطبق على كافة شروط العقد؟ وهل يعد قرار إبرام العقد مستنداً لتلك الشروط التعاقدية؟ وأخيراً هل يجوز الطعن بالإلغاء على العقد ذاته؟

هذا ما نبينه تباعاً فيما يلي.

الفرع الأول

شروط العقد الإدارى والطعن بالإلغاء

يقتصر الأمر فى الحالة التى نحن بصددھا على القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى المرحلة التالية لإبرام العقد وأثناء مرحلة التنفيذ^(١)؛ وهى المرحلة التى يثار فيها التساؤل حول ما إذا كان من الممكن أن تعتبر الشروط - أية شروط - الواردة فى العقد مصدراً من مصادر المشروعية لتلك القرارات؟ ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة، إن هى خالفت أى من هذه الشروط؟

لقد أجاب جانب من الفقه على هذا التساؤل بالإيجاب، معتبرين أن النصوص العقدية مصدراً من مصادر الشرعية التى يتعين على القرار مراعاتها وإلا وصم بعدم المشروعية؛ واستندوا فى ذلك إلى أن قواعد القانون التى ينبغى مراعاتها لتظل القرارات فى إطار المشروعية، هى كل التزام قانونى يرتب المشرع جزاء لمخالفته ولا يهتم مضمون هذا الالتزام أو نطاق تطبيقه. فكما توجد قواعد قانونية عامة توجد قواعد قانونية ذاتية مثل الالتزامات المتولدة عن العقد، إضافة إلى أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يعتبر فى ذات الوقت مخالفة لقاعدة قانونية عامة وهى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولذا ينتهى هذا الرأى إلى أنه من التعسف فصل إرادة

(١) ولذا لا يثار هذا الأمر بالنسبة لطلبات الطعن بالإلغاء وكذلك وقف التنفيذ الخاصة بالقرارات الصادرة فى المرحلة السابقة على إبرام العقد، إذ لا يوجد لهذه القرارات فى واقع الأمر عقد تستند إليه عند الطعن فيها.

الإدارة عن وسيلة التعبير أو عن القرار الذى تعبر به عن هذه الإرادة⁽¹⁾.
"il est assez arbitraire d'isoler la manifestation de volonté,
de l'acte dans lequel elle s'exprime".

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى التفرقة فى شروط العقد، بين تلك
التي تجد أساسها فى القوانين واللوائح وتلك التي تجد أساسها فى إرادة
الأطراف:

- ففيمما يتعلق بالشروط العقدية التي تجد أساسها فى القوانين
واللوائح: فإن مثل هذه الشروط إن كانت مخالفة للنظام العام أو لهذه القوانين
واللوائح، فإنها تعتبر - والحال هكذا - شروطاً عقدية غير مشروعة وبالتالي
فإن ما يصدر على أساسها من قرارات إدارية منفصلة، تعتبر كذلك غير
مشروعة، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة.
ويبرر ذلك بأنه فى حالة مخالفة القرار لنص عقدي غير مشروع،
فإن هذا القرار ذاته يكون مخالفا للنظام العام أو للقانون وهو ما يعنى أن عدم
مشروعية العقد تنتقل لهذا القرار، والذى يصبح - فى هذه الحالة - مخالفاً
للنظام العام أو القانون، ويعتبر بالتالى كما لو كان قد صدر مخالفاً للقانون
مباشرة، فمصدر عدم المشروعية إذن ليس هو العقد غير المشروع ولكن
مخالفة القرار للقانون مباشرة⁽²⁾.

هذا ويلاحظ إن قبول دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل لأسباب
ترجع إلى عدم مشروعية شروط العقد ذاتها، إنما تجيز للقاضى أن يتدخل
لفحص سلامة العملية التعاقدية، أو بمعنى أدق مراقبة شرعية العقد ذاته
بهدف التحقق من مدى تعارض الشروط الواردة فى هذا العقد مع قواعد
المشروعية، إذ من صميم ولايته التحقق من سلامة أركان القرار الإدارى فى

(1) Pequignot (G.), Théorie générale des contrats administratifs,
J.C.A., Fasc. 510, 1953, P. 591.

(1) Bréchon - Moulénes, Droit des marchés publics, T.I, op. cit., P. 2.

موضوع الطعن.

ومن بين الأركان التي يتحقق من سلامتها ركن السبب، وهو الظروف الواقعية أو القانونية التي تحدث قبل إصدار القرار وتؤدي إلى إصداره، فمثلاً لو كان العقد يتضمن شروطاً تقرر احتكاراً غير قانوني، أو مزايا غير واجبة قانوناً للمتعاقد الآخر، فإن تقرير عدم مشروعية مثل هذه الشروط يحتم على القاضى ضرورة فحص العملية التعاقدية^(١)؛ وذلك ليقرر بعد ذلك مصير القرارات الصادرة على أساس تلك الشروط؛ فإن وجد أن هذه الشروط تخالف القوانين واللوائح، كان مختصاً بنظرها، وقضى بإلغاء تلك القرارات؛ وإلا أحال الدعوى إلى قاضى العقد، أو باشرها هو ذاته كقاضى عقد وليس كقاضى إلغاء.

وهذا هو ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسى، حينما قضى أن القرار الوزارى بالتصديق على عقد أبرم فى مجال يخضع التصديق فيه لسلطة أخرى، يتعرض للإلغاء بسبب عدم مشروعية العقد^(٢)؛ وبإلغاء قرار توقيع أحد العقود لأن الشرط المتعلق بمدة هذا العقد يخالف القواعد المنصوص عليها فى تقنين عقود الشراء العام^(٣).

وعلى ذات المنوال تقول محكمة القضاء الإدارى أن الحكومة استندت فى إلغاء العقد المبرم بينها وبين المدعى إلى المادة ٦١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالمناجم والمحاجر وإلى البند الثالث عشر من العقد نفسه، فإذا كان القرار الصادر بالإلغاء مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه، كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإدارى بدعوى الإلغاء ويدخل فى نطاقها، ويرد عليه وقف

(٢) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(3) C.E, 8-3-1985, Association les amis de la terre, R.F.D.A., 1985, P. 363.

(4) C.E, 19-12-1996, Sté Aubetles, A.J.D.A., 1966, P. 396.

التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية. أما إذا كان إلغاء القرار مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له، فإن المنازعة الناشئة تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء^(١).

- أما فيما يتعلق بالشروط العقدية التي تجد أساسها في إرادة الأطراف: وهي الشروط التي ترتب حقوقاً والتزامات شخصية لطرفي العقد، فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم قبول الطعن بالإلغاء في خصوصها، تأسيساً على أنه يصعب فصلها عن العقد من ناحية، كما أنها تتعلق بالحقوق الناتجة عن نصوص العقد والتي يختص بنظرها قاضي العقد من ناحية أخرى؛ إضافة إلى أن دعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة المشروعية، بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية، فطلب وقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بإنهاء التعاقد ومصادرة التأمين النهائي هو طلب يستند إلى أحكام العقد، ولذا فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تدخل في ولاية القضاء الكامل وتخرج من نطاق ولاية الإلغاء. مؤدى ذلك: عدم بقول طلب وقف التنفيذ وإلغاء القرار المشار إليه^(٢).

ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي والذي قرر فيه أن الأعمال المطعون فيها تتخذ طابعاً تعاقدياً، فهي ليست ذات طبيعة تسمح بعرضها على مجلس الدولة بطريق الطعن لتجاوز السلطة^(٣)، ومن ثم لا تقبل الطعون بالإلغاء لتجاوز السلطة، إذا كانت القرارات محل الطعن تؤدي إلى حرمان الشركة من الحقوق التي تستمدّها من العقد^(٤).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا أن المنازعات المتعلقة بالإجراءات

(١) الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ١١١ ق، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧.

(٢) محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٨٦٧ لسنة ١١١ ق، مجموعة السنتين ١٢، ١٣، ص ٣٦.

(٣) الحكم الصادر بتاريخ ١٩/١٠/١٩٣٤، وقد أشار إليه الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ١١٥.

(2) C.E, 16-1-1940, R.D.P., 1942, P. 71.

التي تتخذها جهة الإدارة قبل المتعاقد معها تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل حتى لو أنصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله - أساس ذلك: أن ما تصدره الإدارة تنفيذًا للعقد مثل القرارات الصادرة بتوقيع أى من الجزاءات العقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما تدخل فى منطقة العقد وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هى منازعة حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء - مؤدى ذلك: عدم تقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء^(١).

وهكذا يمكن القول إن القاعدة العامة بخصوص الدعاوى المتعلقة بالشروط التي تجد أساسها فى إرادة الأطراف، هى ولاية القضاء الكامل، وهى ولاية مطلقة وشاملة لأصل منازعات تلك الدعاوى وما يتفرع عنها؛ الأمر الذى يختلف بطبيعة الحال عن ولاية الإلغاء المتعلقة بالشروط الأولى والتي تجد أساسها فى القوانين واللوائح.

وهو ما يؤدى كذلك إلى اختلاف النتائج أو الآثار التي تترتب على كل من هاتين الولايتين كما بيننا من قبل.

الفرع الثانى

قرار إبرام العقد وقضاء الإلغاء

قرار إبرام العقد هو القرار الذى يصدر عن السلطة المختصة باعتماد توصية لجنة المناقصات أو البت أو الترسية على العطاء الأفضل شروطاً وسعراً، وهذه السلطة وإن كانت مقيدة بما انتهت إليه هذه اللجنة أو تلك من عطاء، إلا أنها تتمتع - وكما ذكرنا من قبل - بسلطة تقديرية فى قبول أو رفض هذا العطاء، طبقاً لما تراه محققاً للمصلحة العامة، ومصلحة المرفق المعنى به.

وخلافاً لكافة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود

(٣) الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٦، المجموعة، ص ٥٦٥.

الإدارية والتي تقبل الطعن عليها استقلالاً بدعوى تجاوز السلطة، فإن قرار إبرام العقد قد ثار بشأنه - من هذه الزاوية - نقاش وخلاف فى الرأى. إذ بينما نجد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى قد استقر ومنذ أمد بعيد على إجازة الطعن على هذا القرار استقلالاً بدعوى تجاوز السلطة، معللاً ذلك بأنه يعبر فقط عن إرادة الإدارة دون إرادة المتعاقد معها، بمعنى أنه يصدر عن السلطة المختصة وبإرادتها المنفردة بعيداً عن هذا المتعاقد، بل وقبل توقيع هذا الأخير على العقد؛ الأمر الذى يدخله فى عداد القرارات الإدارية بالمعنى المتعارف عليه فى إطار دعوى تجاوز السلطة^(١).

وهو ما نجده فى مسلك مجلس الدولة المصرى كذلك، فقد قضت محكمة القضاء الإدارى بأن القرار الذى يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً بقصد إحداث أثر قانونى^(٢). كما قضت فى حكم آخر قائلة "ومن ثم يكون الطعن فى القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة"^(٣).

ومع ذلك فإننا نجد من ناحية أخرى أن البعض قد ذهب إلى أن هذا القضاء يخالف الحقيقة القانونية، إذ يوحى أنه ليس هناك سوى عمل قانونى واحد، يتجسد فى قرار إبرام العقد والعقد الذى تم إبرامه بمقتضى هذا القرار فيصحبها بذلك كلاً لا يتجزأ. رغم أن هذا القول مؤداه الوصول إلى نتيجة شاذة وهى قبول الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد العقد ذاته، وهو الأمر غير المقبول فقهاً وقضاً، فالقضاء ذاته يتشدد فى ضرورة ألا يوجه الطعن

(1) R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, Paris, Montécheștièn, 7^{em} éd. 1998, P. 604.

(٢) الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٦/١/٨، المجموعة، السنة ١٠٠، ص ٣٣٥.

(١) الدعوى رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ق، جلسة ١٩٦٣/٤/٢١، مجموعة السنوات الخمس، ص ١٨٨.

لتجاوز السلطة ضد العقد ذاته، وكل ما فى الأمر - يضيف هذا البعض - أن المسألة لا تحتاج سوى توافر المهارة فى تحرير صحيفة الدعوى، فبدلاً من أن يكون مضمون وموضوع هذه الصحيفة متعلقاً بالعقد الإدارى، فإن المدعى يوجه إدعاءاته نحو الطعن على القرار الإدارى الذى تقوم الإدارة بمقتضاه بإبرام العقد^(١).

ولذا فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى لتبرير قضائه السابق إلى أن قرار إبرام العقد إنما يسبقه فى الواقع قرار آخر، وإن كان قراراً ضمناً أو وهمياً fictif بالتوقيع، مضمونه أو محله إبرام هذا العقد، بمعنى أنه ليس قراراً متميزاً فى وجوده من الناحية المادية عن العقد، بل مندمج فيه، وإن أمكن فصله ذهنياً وفكرياً عن هذا العقد، ومن ثم يجوز الطعن عليه استقلاً بدعوى تجاوز السلطة^(٢).

La circonstance que la décision de contracter soit ainsi "incluse" dans le contrat n'est pas un obstacle a sa détachabilité: le fait qu'elle en est intellectuellement détachable suffit".

وهكذا فقد أقام مجلس الدولة تفرقة بين القرار الذى بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد، واعتبره قراراً قابلاً للانفصال بشكل افتراضى أو تصورى وأجاز الطعن عليه استقلاً أمام قاضى تجاوز السلطة، وبين العقد ذاته الذى يعبر عنه إرادتين متطابقتين، إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، وهو ما لا يجوز الطعن عليه بدعوى تجاوز السلطة.

فلا يشترط إذن كما يقول مجلس الدولة الفرنسى فى حكم آخر أن يكون قرار التعاقد قراراً جلياً أو واضحاً أو قائماً بذاته بشكل بائن أو منفرد

(٢) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٦.
(3) C.E. Sect. 8 novembre 1974, Ep. Figueras, Rec. P. 545.

أو منعزل عن العقد ذاته⁽¹⁾.

Relevant que la décision de contracter, objet du recours, "n'est pas constatée par un acte distinct du contrat lui-même".

وقد تعرض هذا النهج أو المسلك القضائي لهجوم فقهي شديد في كل من فرنسا ومصر، فقد ذهب De Laubadère إلى أن هذا النهج أو المسلك إنما يفضي إلى تحليل العقد خلافاً لما تقضى به طبيعته المتمثلة بالتعبير عن إرادتين متطابقتين ومتوافقتين، وذلك بعزل كل من هاتين الإرادتين بعضهما عن البعض الآخر وافترض أن كلا منهما تصرف انفرادي، ومن ثم قبول الطعن ضد ذلك التصرف المنفرد الصادر عن الإدارة فقط، مما يجعل عملية الطعن بالإلغاء أشبه ما تكون بالحيل التي تستند إلى التراكيب اللفظية بصرف النظر عن المضامين القانونية للعمل⁽²⁾.

كما ذهب الأستاذ Pequignot إلى أن نظرية القرارات المنفصلة لم تنتظر في الواقع سوى إلى إرادة الإدارة، أو الإرادة الإدارية للجهة المتعاقدة، ومن التعسف أن يفصل التعبير عن الإرادة عن العمل الذي بمقتضاه يتم به هذا التعبير، الأمر الذي يؤكد أن التفرقة التي قال بها القضاء الإداري في هذا الخصوص إنما هي تفرقة مصطنعة وتعلق دور القضاء على كيفية تحرير صحيفة الدعوى، من حيث أنه إذا كان الطلب موجهاً ضد إلغاء العقد ذاته فيجب رفضه، أما إذا كان موجهاً ضد إلغاء قرار توقيع العقد فيجوز قبوله⁽³⁾. وبالمقابل للرأيين سالفين الذكر نجد أن جانباً من الفقه حاول الخروج من أتون هذه المعضلة القانونية وذلك باللجوء إلى ما توصل إليه اجتهاد مجلس الدولة في مصر حول عملية الإيجاب والقبول في العقد الإداري،

(1) C.E. 30-3-1973, Ministre de l'aménagement du Territoire de l'équipement du logement et du tourisme, Rec. P. 284.

(1) Traité des contrats administratifs, op. cit., P. 1041, op. cit., P. 582.

(2) La nullité des contrats administratif, L.G.D.J., Paris, 1991, P. 30.

واللحظة التي يعتبر فيها العقد مبرماً. إذ يرى أن العقد الإداري - وفقاً لما توصل إليه القضاء في مصر - لا يبرم بمجرد صدور قرار إبرامه من جانب السلطة المختصة بذلك، بل يجب أن يصل قرار الإدارة بالإبرام إلى علم الموجب خلال المدد القانونية المنصوص عليها، ومن ثم تكون في هذه الحالة - يضيف صاحب هذا الرأي - أمام تصرفين منفصلين ومستقلين عن بعضهما: قرار الإدارة بالإبرام، والعملية التعاقدية التي تتم وتنتج آثارها بوصول قرار الإدارة بالإبرام إلى علم الموجب، وبالتالي فإن قرار إبرام العقد - قبل وصوله إلى علم الموجب - يكون حقيقياً ومستقلاً وليس قائماً على مجرد افتراض قانوني^(١).

وقد دلل هذا الجانب الفقهي على ما ذهب إليه بما صدر عن محكمة القضاء الإداري من حكم تقول فيه^(٢): "أن العقد الإداري ينعقد بإيجاب وقبول متطابقين شأنه في ذلك شأن سائر العقود، والإيجاب في حالة المناقصة يتقدم به صاحب العطاء أما القبول فإنه يكون بصدور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد قرار المتناقصين وإخطار صاحب العطاء به ولا يترتب على القبول من جهة الإدارة الآثار القانونية للعقد إلا إذا وصل إلى علم الموجب، ذلك لأن التراضي وهو تطابق الإرادتين كركن من أركان العقد يجب التمييز فيه بين وجود التعبير عن الإرادة وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً - فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ولكن لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه".

وتأييداً للاتجاه سالف الذكر فقد ذهب البعض إلى أن السلطة المختصة بالتوقيع على العقد تكون قد صنعت بهذا التوقيع قراراً بالمعنى الدقيق للمصطلح، حتى وإن كان قراراً ضمناً يتبدى فيه الإفصاح عن إرادة

(٢) الدكتور/ عمر حلمي، المرجع السابق، ص ٢٥٩؛ الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٤٤.

(٣) الدعوى رقم ٥٣٥٠ لسنة ١٠٠ق، جلسة ١٨/٤/١٩٥٧.

الإدارة، إذا كان ليس ثمة شكوك في حقيقة ما اتجهت إليه هذه الإدارة؛ وهذا ما هو متوافر في حالتنا هذه^(١). بل لا نجد - كما ذهب Laubadère - ما يدعو إلى عدم قبول فصل هذه القرارات والطعن فيها استقلالاً بالإلغاء ثم يضيف قائلاً إنه من غير المنطق أن نلزم الإدارة عند قيامها بعمل قانوني بإرادتها المنفردة بمبدأ المشروعية، ونتغاضى بعد ذلك عن هذا الإلزام إن هي أقدمت على عمل قانوني بمشاركة إرادة أخرى^(٢).

من جانبي أرى أن مثل هذا القول الأخير وإن كان يصدق بالنسبة للوضع في مصر، حيث لا ينعقد العقد إلا بوصول قرار الإبرام إلى المتعاقد مع الإدارة، فإنه لا يصدق في فرنسا، حيث ينعقد العقد بمجرد صدور قرار الإبرام دون شرط إبلاغ المتعاقد مع الإدارة بهذا الإبرام.

ولذا فإنني أؤيد في هذه الحالة ما انتهى إليه قضاء كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري سالف الذكر في هذا الخصوص، من أنه لا يجوز الطعن على قرار إبرام العقد أمام قاضي الإلغاء بدعوى تجاوز السلطة.

الفرع الثالث

العقد الإداري والطعن بالإلغاء

لقد أثير التساؤل حول ما إذا كان من الجائز الطعن بالإلغاء على العقد الإداري ذاته؟

وقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل - خلال الفترة من عام ١٨٨٤ وحتى عام ١٨٩٩ - بالإيجاب، مقررأ في قضائه آنذاك قبول الطعن لتجاوز السلطة ضد العقد الإداري^(٣)، إلا أنه ومنذ صدور حكمه في قضية Leveux والصادر في ١٩ مايو سنة ١٨٩٩، عدل عن هذا المسلك،

(١) الدكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥١٨ وما بعدها.

(2) De Laubadère, Les contrats, op. cit., P. 327.

(١) الدكتور/ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

وأقر بعدم قبول الطعن ضد العقد الإدارى بألية تجاوز السلطة؛ سواء أكان هذا الطعن موجها من قبل المتعاقدين أم من جانب الغير، مبينا أن السبيل الوحيد للطعن فى هذه الحالة لا يكون إلا من خلال القضاء الكامل، فقد قضى فى عام ١٩١٨ بأن النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ذاتها، لا تصلح بحكم طبيعتها لأن تكون محلاً لدعوى تجاوز السلطة^(١).

وتأكيداً لذلك يقول فى حكم آخر صدر عام ١٩٤٤، وبذات المعنى فى عام ١٩٥٢ وحيث أن النزاع يدور حول تنفيذ العقود المبرمة لحساب المديرية فى الحكم الأول ولحساب الغرفة النقابية فى الحكم الثانى؛ فإنه يخضع - والحال هكذا - لاختصاص قاضى العقد^{(٢)(٣)}.

وهذا هو ذات النهج الذى استقر عليه أيضا مجلس الدولة المصرى، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا "أن العمل القانونى الذى يصلح أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء هو عمل قانونى من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح... فى حين أن العقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفيه.."^(٤). كما قضت كذلك بأن المنازعات المتعلقة بالإجراءات التى تتخذها جهة الإدارة قبل المتعاقد معها تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل حتى لو أنصب النزاع على طلب إلغاء قرار إدارى اتخذته الإدارة قبله - أساس ذلك: أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً

(2) C.E. 12-7-1918, Le fevre, Rec. P. 698.

(3) C.E. 5 Jnnvier 1944, Saintard, Rec. P. 3.

(4) C.E. 24 oct. 1952, chmbre syndicale de la bonneterie et du Midi de la France, Rec. P. 456.

وكذلك بذات المعنى:

C.E. déc. 1983, Ville de Paris et société des mobiliers Urbain, Rec., P. 498.

(١) الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، مجموعة أبو شادى، ج ٢، ص ١٣٥١.

للعقد مثل القرارات الصادرة بتوقيع أى من الجزاءات العقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما تدخل فى منطقة العقد وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هى منازعات حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء^(١).

وقد أيد جانب من الفقه هذا القضاء، فقد ذهب كل من Auby et Drgo إلى أن هناك اعتبارات عملية حرص مجلس الدولة الفرنسى - من خلال أحكامه سالفة الذكر - على ضرورة مراعاتها فى هذا الشأن، تتجلى فى ضرورة الإبقاء على العقد الإدارى المبرم قائماً، وهو ما يتعارض مع قضاء الإلغاء الذى يودى إلى زوال هذا العقد ويأثر رجعى مما ينعكس بنتائج سلبية على المرافق العامة وضرورة سيرها بانتظام واستمرار^(٢).

وفى مصر يبرر السنهورى ذلك بالمبدأ المستقر فى القانون الخاص من أنه إذا توافر لشخص الحق فى تحريك دعوى المسؤولية العقدية، ودعوى المسؤولية التصديرية (غير العقدية) فإن الأولى تجب الثانية ويلزم على الشخص سلوك طريق الدعوى العقدية^(٣)، كما يبرره الطماوى بتخلف شرط من شروط قبول دعوى الإلغاء... القرار الإدارى الذى هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها، بينما العقد هو توافق إرادتين^(٤). وفى ذات السياق يقول الدكتور/ زكى النجار أنه لا يعقل إطلاقاً أن ينظر إلى العقد والذى هو - دون شك - عمل تبادلى يتم بإرادتى طرفين متبادلتين، كأنه قرار إدارى صادر بإرادة منفردة، وإلا لأهدرت القواعد القانونية وقلبناها رأساً على عقب، وأهدرت معها قواعد الاختصاص والإجراءات وتلك متعلقة بالنظام

(٢٣) أشار إليه الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى ، المرجع السابق، ص ٣٣٧.
(1) AUBY (J.M.) et DRAGO (D.) Traité de contentieux, Paris, L.G.D.J., 1975, Tome I, P. 184.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مرجع سبق ذكره، ص ٧٥٨ وما بعدها.

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

العام، ثم يضيف قائلاً: أن العقد يحتفظ بذاتيته المستقلة، ولا يمكن أن يكون -
أبداً - محلاً للطعن بأسلوب تجاوز السلطة، بل يدخل فى نطاق القضاء
الكامل ولا يملك المنازعة فى صحته إلا طرفيه دون الغير^(١).

وهذا الذى ذهب إليه القضاء الإدارى وفقه القانون العام فى فرنسا
ومصر، كان موضع نقد من زاوية أنه من شأنه غلق باب التقاضى أمام
الغير الأجنبى عن العقد، حيث لا يجوز لهذا الغير أن يستخدم دعوى العقد
بحجة نسبية آثاره كما لا يقبل منه الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية التى
تسهم فى تكوين العقد أو تدخل فى تنفيذه استناداً إلى نظرية الأعمال المركبة
وهو ما يعنى أن مبدأ المشروعية بالنسبة للغير قد أضحت بلا حماية رغم ما
قد يتوفر فى حقهم من مصلحة مؤكدة فى إلغاء بعض القرارات المتعلقة
بالعقد^(٢).

من هنا فقد اتجه مجلس الدولة وسار على خطاه نظيره المصرى،
نحو التخفيف من حدة القضاء سالف الذكر، مبتدعاً - كما بينا من قبل -
فكرة أو نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال ليجيز من
خلالها للغير الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية التى وإن كانت تجسد
جزءاً من العملية التعاقدية، إلا أنه يمكن فصلها عن هذه العملية متى كانت
هذه القرارات مخالفة لمبدأ المشروعية وذلك على التفصيل سالف الذكر.

وهكذا فقد عمل القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر - وباستمرار -
على سحب البساط أو الغطاء عن المبدأ المستقر أو الذى كان مستقراً بعدم
جواز الطعن بالإلغاء ضد مكونات أو معطيات العقد الإدارى، وإن كان لم
يصل بعد إلى أن يقبل الطعن بالإلغاء ضد هذا العقد ذاته.

وهنا لنا أن نتساءل إذا كان القضاء الإدارى أجاز الطعن بآلية

(٤) المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(١) الدكتور/ عمر حلمى، المرجع السابق، ص ١٧٣.

دعوى تجاوز السلطة لكافة مكونات ومعطيات العقد الإدارى متى أمكن فصلها عن هذا العقد، وكانت غير مشروعة لمخالفتها النظام العام أو القوانين واللوائح، فلماذا يرفض قبول الطعن بذات الآلية ضد العقد ذاته، وذلك فى حالة ما إذا كان هذا العقد معيباً فى مجمله بعيب عدم المشروعية؟ كأن يتم التصديق عليه مثلاً من قبل سلطة غير مختصة، أو كان محله غير مشروع، أو أن إبرامه تم دون اتباع إجراءات التعاقد المنصوص عليها قانوناً.....الخ؟

ولا ينال من ذلك القول بأن دعوى الإلغاء توجه فقط إلى أعمال السلطة، فى حين أن العقد من أعمال الإدارة، ذلك أن العقد الإدارى لا يمكن أن ينبعث - كما ذهب جانب من الفقه - بصفة التصرف الاتفاقى بشكل تام، إذ تغلب عليه الطبيعة الانفرادية، من حيث إن إرادة الشخص الطرف فى العقد تكون أقل فعالية، وذات دور محدود، مما يؤدي إلى تلاشى المظهر الاتفاقى لهذه العقود أمام فعالية إرادة السلطة العامة... خاصة أنه يصعب - يضيف هذا الجانب - إنكار المركبات والعناصر السلطوية التى تظهر فى العقد الإدارى فى مرحلتى الإبرام والتتفيذ على حد سواء، مما يمنع النظر إليه كعمل إدارة مجرد^(١).

أضف إلى ذلك أن مجلس الدولة سواء فى فرنسا أم فى مصر، كان قد ذهب إلى حد قبول الطعن بتجاوز السلطة - وإن كان فى حالات نادرة - ضد فسخ العقد الإدارى أو بمعنى أدق ضد قرارات إدارية بالفسخ^(٢)؛ مستنداً

(1) Péquignot, G., op. cit., P. 593; Pouyaud, D., op. cit., P. 298.

الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٧١.
(٢) فى قضية مسترال De Mistral والتى تتلخص وقائعها فى أن السيد مسترال قام بإبرام عقد إيجار مع محافظ منطقة السين ونظراً لتضمين هذا العقد شروطاً غير مألوفة فى نطاق عقود القانون الخاص، فقد اعتبر هذا العقد عقداً إدارياً حيث - ينص صراحة على إمكانية فسخ العقد بقرار إدارى من المحافظ فى حالة الخطأ الجسيم الذى يرتكبه السيد المذكور فى تنفيذه للعقد؛ وبالفعل فقد استعمل المحافظ هذه المكنة وأصدر قراراً إدارياً بفسخ العقد، فما كان من السيد مسترال إلا أن قام بالطعن على هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسى تأسيساً على أن خطأه

فى ذلك إلى الشروط التعاقدية بالعقد، أى الشروط التى تجد أساسها فى إرادة الأطراف، وليس فى القوانين واللوائح، مما يعنى قبوله ضمناً، الطعن بتجاوز السلطة فى العقد الإدارى ذاته، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى أن هذه الدعوى لا تعدو فى حقيقتها أن تكون دعوى إلغاء ضد العقد، أيا كانت صياغة طلبات المدعى^(١).

وكما هو واضح فإن مثل هذا الاتجاه القضائى، إنما يؤكد - كما ذهب جانب من الفقه - مدى التداخل بين مجالى قاضى العقد وقاضى تجاوز السلطة، وبالتالي فإن فكرة توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد قد بلغت بهذا الاتجاه، ذروتها^(٢).

حقيقة أن الأحكام سالفة الذكر إنما هى أحكام نادرة، والنادر لا يقاس عليه، إلا أنها فى ذاتها معبرة وذات دلالة، إذ تسمح على الأقل بالتفكير فى إمكانية قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد العقد الإدارى ذاته؛ فليست هناك فى واقع الأمر أسباباً فنية تمنع من ذلك، وإذا كانت نصوص القوانين قد حددت اختصاصات قضاء الإلغاء على سبيل الحصر وليس من بينها قضاء العقود الإدارية، فإنه ليس هناك ما يمنع من تعديل هذه النصوص بحيث تسمح بهذا الأمر، ولذا فإننا نعتقد أن القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر

فى تنفيذ العقد غير جسيم ولا يبرر فسخ العقد - دفع مفوض الحكومة السيد Cahan Salvador أمام مجلس الدولة برفض قبول طعن السيد مسترال كأسيساً على قاعدة - عدم جواز فصل القرارات الصادرة من جهة الإدارة أثناء مرحلة التنفيذ عن العقد وقبول الطعن عليها بالإلغاء لتجاوز السلطة - وقد رفض مجلس الدولة الأخذ برأى مفوض الحكومة وقرر قبول الطعن بالإلغاء المقدم من السيد مسترال.

أشار إليه الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى، المرجع السابق، ص ٣٣٩.
كما سمحت محكمة القضاء الإدارى فى مصر بالطعن بالإلغاء ضد قرار إدارة صندوق التوفير برفض صرف مبلغ أودعه الطاعن فى الصندوق وعلت الحكم بقبول الطعن بأن هذا الرفض (رفض صرف المبلغ المودع) لاشك أنه قرار إدارى نهائى. ولا يغير من الأمر شيئاً أن تكون العلاقة التى نشأت بين الحكومة والمدعى هى علاقة مودع ومودع لديه لأن العبرة بطلبات المدعى".

الدعوى رقم ١٧٠ لسنة ١٩٥٣، جلسة ١٤/٣/١٩٥٠، مجموعة السنة الرابعة، ص ٤٦٨.

(١) الدعوى رقم ١٩٠ لسنة ٧ق، جلسة ٨/٣/١٩٥٤، مجموعة السنة الثانية، ص ٨٨٠.

(٢) الدكتور/ مهتد مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٨٢.

سوف يقبل - كما ذهب جانب من الفقه بحق - فى يوم ما دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته، خاصة التى ترفع من الغير، الذى ليس له أن يطعن فى العقد بدعوى القضاء الكامل، لأنه ليس طرفاً فى العقد. أما أطراف العقد فأمامهم طريق الطعن بالقضاء الكامل أمام القاضى المختص بنظر المنازعات العقدية^(١).

المطلب الثانى

أثر الحكم بإلغاء القرار الإدارى المنفصل

على العملية التعاقدية

بداية تجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر بالإلغاء - شأنه شأن أى حكم قطعى آخر - يتمتع بقوة الأمر المقضى به أو بحجية الشيء المحكوم به *Autorité de la chose jugée*، بل ونتيجة لطبيعة دعوى الإلغاء العينية، فإن حجية هذا الحكم تكون على الكافة، ولكل شخص أن يتمسك به، كما لا يملك أطراف الدعوى الاتفاق على ما يخالف الأوضاع والمراكز القانونية التى حسمها فى منطوقه، فهى إذن حجية مطلقة تؤدى إلى هدم وإعدام للقرار الإدارى من يوم صدوره؛ وعلى الإدارة أن تعيد الحال إلى ما كانت عليه كما لو لم يصدر هذا القرار إطلاقاً، بما فى ذلك إلغاء جميع القرارات التى بنيت على أساس صدوره سليماً، وذلك إعمالاً لقاعدة أن ما بنى على الباطل باطل. بل لقد انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء تعتبر من النظام العام مبررة ذلك بأن استقرار الأوضاع الإدارية وعدم زعزعتها بعد حسمها بأحكام نهائية حازت قوة الشيء المقضى به، يعد بمثابة القاعدة التنظيمية العامة الأساسية التى يجب النزول عليها للحكمة التى قامت عليها وهى حكمة ترتبط بالصالح العام^(٢).

(٣) الدكتور/ جورجى شفيق سارى، القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٣٧.

(١) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة، ص ٤٥٦.

حاصل القول إذن أن ما انتهى إليه الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عن العملية التعاقدية يعتبر صحيحاً. وعنوانا للحقيقة والعدالة، وهو بذلك يعد بمثابة قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ومن ثم لا يجوز عرض النزاع الذي فصل فيه على أية محكمة أخرى، إلا إذا كان من الجائز الطعن فيه طبقاً للطرق المقررة للطعن في هذا الحكم.

وإذا كان الأمر كذلك، فهل يترتب على صدور حكم بإلغاء قرار

منفصل عن العملية التعاقدية، إلغاء وبطلان هذه العملية برمتها؟

نعم ولكن فقط في حالة ما إذا كانت العملية التعاقدية لم تتم بعد، أي في حالة ما إذا كان العقد الإداري لازال في طور التكوين ولم يبرم بعد، فقد ذكرنا من قبل أن على الإدارة في هذه الحالة احترام الحجية المطلقة لحكم الإلغاء بكافة نتائجها وآثارها، ومن ثم يمتنع عليها أن تسير في إجراءات التعاقد حتى نهايتها، وذلك بصرف النظر عن كون دعوى الإلغاء قد أقيمت ممن سيصبح طرفاً في العقد أو من الغير، فإن لم تمتنع وقامت رغم ذلك بتنفيذ القرار المحكوم بإلغائه، واستكملت إجراءات التعاقد، تكون قد ارتكبت - كما ذكرنا - عملاً من أعمال الاعتداء المادي، الأمر الذي يجيز لكل ذي مصلحة - في فرنسا منذ صدور قانون ٨ فبراير لعام ١٩٩٥ سالف الذكر (وليس في مصر) - اللجوء للقاضي الإداري بطلب لإصدار أمر للإدارة بالتنفيذ وكذلك فرض غرامة تهديدية ضدها، لإجبارها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى حكم الإلغاء وذلك بالامتناع نهائياً عن إبرام العقد الذي قضى بإلغاء القرار المنفصل عنه.

أما في مصر فليس أمام صاحب المصلحة إلا أن يلجأ ثانية للقاضي الإداري بدعوى قضائية أخرى يطلب في ختامها الحكم بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن تنفيذ حكم الإلغاء.

ومع ذلك يلاحظ أن هذه الفرضية أو تلك تكاد تكون نظرية بحتة لأن

بطيء إجراءات التقاضى يؤدي إلى جعل عدم إبرام العقد حتى لحظة صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل فى فرنسا، أو حكم بإلغاء القرار السلبى بالامتناع عن تنفيذ حكم الإلغاء فى مصر مجرد افتراض قانونى بحت.

أما إذا كان العقد قد أبرم بالفعل ، فإن حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء أو وقف التنفيذ وإن كانت واجبة الاحترام، إلا أن أعمال أو تفعيل نتائج أو آثار هذه الحجية إنما لا تكون إلا من خلال قاضى العقد ووفقاً لتقديره؛ إذ لا يكفى أن يصدر حكم بإلغاء أو وقف تنفيذ القرار المنفصل حتى يعتبر العقد باطلاً، كما فى حالة ما إذا كانت العملية التعاقدية لم تتم بعد، بل لابد وأن تقام هنا دعوى بهذا المعنى أمام قاضى العقد، ذلك أن نظرية القرارات المنفصلة تتطوى فقط على مهاجمة تلك القرارات وليس العقد الذى تمخض عنها؛ بمعنى أن حكم الإلغاء يرد على القرار دون العقد الذى انفصل عنه، وحيث أن قاضى العقد لا يمكن اللجوء إليه إلا من قبل المتعاقدين عملاً بقاعدة نسبية آثار العقد، بما مفاده أن الغير عن العقد ذا المصلحة فى إلغاء القرار المنفصل ومن ثم فى إبطال العقد، لا يمكنه - والحال هكذا - أن يستفيد من هذه الحجية إلا من خلال أحد المتعاقدين فقط، وهنا نميز بين فرعيين، نخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

أن يتمسك أحد المتعاقدين بحكم الإلغاء

وهذا يجسد الفرض الأول وذلك بصرف النظر عن أرقام دعوى الإلغاء، إذ يستوى فى هذه الحالة أن تكون هذه الدعوى قد أقيمت من أحد طرفى العقد أم من شخص من الغير. المهم أن من يتمسك بحكم إلغاء القرار المنفصل فى هذا الفرض هو أحد المتعاقدين والذى له أن يطلب من قاضى العقد أعمال حجية الإلغاء؛ وهنا يجب على قاضى العقد - كقاعدة - أن يلتزم بهذه الحجية، ويقضى من ثم بإبطال العقد (إدارياً أم مدنياً) الذى يكون

القرار المحكوم بإلغائه أحد شروط مشروعيته.

والقول بان قاضى العقد يلتزم (كقاعدة) بحجية حكم الإلغاء، إنما يعنى أن هذا الالتزام لا يشكل مبدأ عاماً، ذلك أن قاضى العقد ليس ملزماً فى هذه الحالة بترتيب نتائج وأثار حكم الإلغاء بشكل آلى أو تلقائى، وإنما يقوم باعتباره صاحب الاختصاص المطلق فى الحكم بإبطال العقد من عدمه، بتقدير مدى تأثير حكم الإلغاء على العملية التعاقدية وذلك قبل أن يتخذ قراره فى هذا الشأن. وهنا تثار ثلاثة احتمالات:

الاحتمال الأول: أن تقوم جهة الإدارة باتخاذ كافة الإجراءات التصحيحية للقرار الإدارى والذى قضى بعدم مشروعيته، بحيث يصبح مشروعاً وموافقاً لصحيح القانون، بمعنى أنه يصبح منطوياً على كافة الموجبات القانونية التى كان قد انتقدها من قبل؛ خاصة أن مجلس الدولة فى كل من فرنسا ومصر، أجاز تغطية العيوب الإجرائية المقترفة، كأن يتم توقيع العقد دون تدخل سلطة التقرير، فتتدخل هذه السلطة بشكل لاحق وبعد صدور حكم الإلغاء لترخص بإبرام العقد، وهنا لا يكون أمام قاضى العقد سوى أن يرفض إبطال العقد الإدارى، إلا إذا كان هناك سبب آخر للإبطال.

الاحتمال الثانى: وينفرع إلى أمرين:

الأمر الأول: أن يكون عيب عدم المشروعية قد أصاب العقد ذاته، أى فى مجموعه، بأن كان محله مثلاً عملاً غير مشروع، أو أهملت فى خصوص إبرامه - كما ذكرنا - كافة الإجراءات الواجبة قانوناً، فهنا لا يكون أمام قاضى العقد سوى ضرورة احترام حجية حكم الإلغاء والقضاء من ثم بإبطال العقد.

الأمر الثانى: أن يكون عيب عدم المشروعية قد أصاب بعض الشروط التعاقدية، لا مجمل العملية التعاقدية وهنا يختلف الحل حسب ما إذا كانت الشروط غير المشروعة قابلة للتجزئة من عدمه، فإن كانت قابلة

للتجزئة، فإن بطلان العقد يكون جزئياً، بحيث لا يبطل إلا بمقدار ما ألغى من القرار، بمعنى أنه يجب وجود تناسب بين الجزء الملغى من القرار المنفصل والشروط غير المشروعة التي أدت إلى الإلغاء الجزئي لهذا القرار، وذلك على عكس ما إذا كانت هذه الشروط غير قابلة للتجزئة ومن ثم الانفصال عن العقد، فإنه يجب عندئذ إبطال العقد كلياً^(١).

الاحتمال الثالث: أن يكون عيب عدم المشروعية قد أصاب القرار الملغى ذاته، أى فى أحد عناصر مشروعيته، فهنا ينظر قاضى العقد عن مدى العلاقة بين العنصر غير المشروع والعقد، فإن كانت علاقة يستحيل تجاهلها كأن يكون القرار الملغى هو قرار توقيع العقد، فلا مناص من الحكم ببطلان العقد، لأن هذا العقد يعتبر مرتبطاً بشكل وثيق بالعقد. أما إن لم يكن كذلك، بأن كان القرار محل دعوى الإلغاء قد خول مثلاً أحد المتعاقدين ميزة بطريق غير مشروع، فإن إلغاء هذا القرار يؤدي فقط إلى حرمان هذا الشخص من تلك الميزة دون أن يؤثر على العقد فى مجموعه^(٢).

الفرع الثانى

إحجام المتعاقدين عن التمسك بحكم الإلغاء

وهذا يجسد الفرض الثانى، إذ رغم صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد فى الدعوى التى أقامها أحد المتعاقدين، أو التى أقامها شخص من الغير، إلا أن المتعاقدين لم يتمسكوا بهذا الحكم أو بأى من آثار حجيته المطلقة، أمام قاضى العقد - وذلك بطبيعة الحال إذا وجد المتعاقدون أن مصلحتهم فى هذا الإحجام - وهنا يثور التساؤل عن أثر حكم الإلغاء فى هذه الحالة بالنسبة للغير؟

(1) DE Laubadère, Delvolvé et Moderne, op. cit., P. 1053.

(2) C.E., 27-12-1901, Picard, actualité juridique Droit administratif, P. 925.

أشار إليه الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى، المرجع السابق، ص ٣٧١.

المستقر عليه فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى، ومنذ أمد بعيد أن إلغاء القرار الذى ساهم فى إتمام العملية التعاقدية والذى يقال له القرار المنفصل عن العقد، لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى هذا الأخير سليماً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية، حتى يتمسك - كما ذكرنا - أحد المتعاقدين بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضى العقد ويطلب بإبطال هذا العقد استناداً لهذا الحكم^(١).

وهو ذات النهج لدى مجلس الدولة المصرى، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى: "إن ما يصدر من تلك القرارات المنفصلة التى ساهمت فى تكوين العقد مخالفاً للقوانين واللوائح أو مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، حتى إغاثة دون أن يكون للإلغاء مساس بذات العقد الذى يعد قائماً بحالته^(٢)." وهو ما يعنى انعدام كل قيمة لحكم الإلغاء بالنسبة للغير، أو أن قيمته بالنسبة لهم مجرد قيمة نظرية، وهو ما أكد عليه مفوض الحكومة روميو بمناسبة الحكم الصادر عام ١٩٠٥ فى قضية Martin سالف الإشارة إليها إذ يقول مخاطباً مستشارى المجلس: "أنا لا ننكر أن قيمة الإلغاء فى هذه الحالة نظرية (Platonique) فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد رغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضى الموضوع بطلب فسخ العقد، ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشمك أو تبعث التردد فى نفوسكم. فأنتم تعلمون تماماً أن دعوى الإلغاء فى بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضى الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أن يلغى، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من

(١) دكتورة/ ثورية لعيونى، معيار العقد الإدارى، دراسة مقارنة، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨٧، ص ٤٣٧.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بتاريخ ١٩٤٧/١١/٢٥، الدعوى رقم ١٠٩ لسنة ١٩٠٩، وفى نفس المعنى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨، الدعوى ١١٨٠ لسنة ١٩٠٩، مجموعة السنة ١١، ص ٢٣، وبتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨، الدعوى رقم ١٧٥٣ لسنة ١٩٠٩، مجموعة السنة ١١، ص ٢٩، وبتاريخ ١٩٦٩/٢/١٠، لسنة ١٩١٣، مجموعة السنة ١٤، ص ٣١٣، وبتاريخ ١٩٧١/٢/١٤، الدعوى رقم ١٦٣٠ لسنة ٢٣ق.

نتائج سلبية أو إيجابية... ثم يحاول روميو أن يظهر - رغم ذلك - بعض الإيجابيات لحكم الإلغاء فيقول: أن الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يحمل الإدارة على تصحيح الوضع القانوني بإجراء لاحق، وهذا فى ذاته يحمل فى طبيته أسمى آيات الاحترام لهذا الحكم؛ كما أن لهذا الحكم دائماً أثر هام يكمن فى أنه أعلن وأعلى حكم القانون... إن حكم الإلغاء لم يغلق أبواب المحكمة فى وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة... إن هذا الحكم قد نور الرأى العام بحيث يتمتع فى المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة... وكل ماسبق يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضاء الإلغاء المستتير، ومستلزمات الديمقراطية المنظمة...".

وفى ذات السياق يقول مجلس الدولة المصرى بعدد من المبررات للقضاء سالف الذكر^(١):

١ - أن وجه المصلحة فى الطعن ظاهر، إذا لوحظ أن قرار الإلغاء يكون محل تقدير المحكمة المدنية (أو الإدارية) إذ ينحو فى الغالب نحو احترام الحجية المطلقة لحكم الإلغاء ويقرر بطلان العقد الذى بنى على قرار حكم بعدم مشروعيته. ولذا يجب عدم الخلط بين تحديد آثار الإلغاء وبين وجود المصلحة فى طلب الإلغاء؛ فإذا صح أن إلغاء القرار لا يؤدى إلى إهدار العلاقة التعاقدية التى نشأت عنه، إلا أن هذا لا ينفى وجود المصلحة فى طلب إلغاء هذا القرار، إذ من المحتمل أن يؤدى الحكم الذى يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيساً على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم الإلغاء.

(١) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠اق، جلسة ١٩٦٥/١١/١٨؛ وحكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٧/١١/٢٥، لسنة ٢ق، المجموعة، ص ٢٤٨.

٢ - أن الأعيان الذين لا يستطيعون الطعن في العقد مدنياً لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافاً في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغاء القرار الإداري إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم.

٣ - كما يمكن كذلك المطالبة بالتعويض في حالة الإصرار على تنفيذ العقد إن كان له محل.

إن تظل قيمة حكم الإلغاء بالنسبة للغير نظرية بحثة، طالما أن نتائجه لا تتعكس عليه إيجاباً، إذ يظل العقد - رغم هذا الحكم - قائماً ومنتجاً - كما ذكرنا - لكافة آثاره القانونية، وهو ما أيده جانب من الفقه سواء في فرنسا أم في مصر مرددين ما انتهى إليه كل من مفوض الحكومة روميو وأحكام محكمة القضاء الإداري سالفى الذكر، مضيفين إليها ما يلي^(١):

- إن القول بأنه يترتب على إلغاء القرار المنفصل بطلان العقد مباشرة - حتى لو لم يتم تحريك دعوى ببطلانه أمام قاضيه - إنما يؤدي إلى زعزعة الاستقرار وإهدار قواعد توزيع الاختصاصات بين قاضى الإلغاء وقاضى التعويض وهى من المبادئ الأساسية فى قضاء مجلس الدولة.

- إذا كان للغير الصادر له حكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد حق المطالبة بالتعويض الذى يكفى أن يجبر الأضرار التى حاقت به، فما الذى يفيد إذا من إبطال العقد والذى قد يلحق خسارة جسيمة للإدارة وأنه قد عوض عن الضرر الذى لحق به.

(١) الدكتور/ خالد أحمد حسن إبراهيم، الرقابة القضائية على الإجراءات السابقة على العقد الإداري، دراسة مقارنة، دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٨٦ وما بعدها؛ الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهواوى، المرجع السابق، ص ٣٧٦ وما بعدها.

- من المتعارف والمستقر عليه فقها وقضاءً أنه في مجال أفضية الإدارة المطروحة أمام القاضى الإدارى لا يكون العامل الأساسى فيها البحث عن الحكم الصحيح للقانون، وإنما عن نقطة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة التى تمثلها الإدارة،
وفى المقابل هناك جانب من الفقه ينتقد القضاء سالف الذكر - بأن العقد يظل أو يجب أن يظل قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية رغم صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل والذي يجسد عنصراً من عناصر العملية التعاقدية - مستندين فى ذلك إلى مايلى:

١. إن القضاء السابق غير منطقي - يقول الفقيه Pequignot - وأنه يتعين على القضاء الإدارى إلغاء العقد المبني على قرار حكم بإلغائه، لأن عدم مشروعية القرار يسرى إلى العقد المبني عليه، وقد اقترح أنه إذا لم يقبل القضاء هذا الحل الأصيل، أن يسلك فى هذا الصدد المسلك الذى كثيراً ما يلجأ إليه فى مجال الوظيفة العامة، فيحيل الأمر إلى الإدارة لتعمل حكم القانون، أى تعمل على إلغاء العقد^(١).

٢. إن فصل القرارات الإدارية التى تساهم فى تكوين العملية المركبة إنما يقصد به - يقول الفقيه Weill - مجرد قبول دعوى الإلغاء، أما عند النظر إلى شرعية العملية برمتها، فيجب أن ينظر إلى العمل

(1) Théorie générale du contrat administratif, op.cit., P. 587.

وبذات المعنى Labetoulle ، حيث يقول فى تقريره المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسى بمناسبة حكمه الصادر بتاريخ ٢٣ من نوفمبر عام ١٩٨٤ إلى أنه لا توجد قرارات بطبيعتها منفصلة وأخرى غير منفصلة، وإنما توجد فقط قرارات يفصلها القاضى، والتى لا يفصلها القاضى.

D. Labetoulle, concl, cours C.E, 23 novembre 1984, cité par-J-C Masclat, Droit électoral, PUF, Paris, 1989, P. 326.

الدكتور/ سليمان الطماوى، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٩٣؛ الدكتور/ محمد عبد العال السنارى، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ص ١٠٧.

ككل لا يتجزأ (Tout indivisible) فيبطل العقد إذا أبطل أى قرار كان أساساً لإصداره إعمالاً للقاعدة سالفة الذكر أن ما بنى على الباطل باطل^(١).

من هنا فقد اقترح بعض الفقهاء - للتغلب على أوجه النقد سالف الذكر أحد حلين^(٢):

- أما أن يسمح لغير أطراف العقد بالمطالبة بإبطاله استناداً إلى قرار الإلغاء أمام قاضى العقد ذاته... فصاحب العطاء الذى لم ترسى عليه المناقصة لسبب غير مشروع يمكنه أن يلغى قرار الإرساء بحكم من قاضى الإلغاء ثم يلجأ بعد ذلك إلى قاضى العقد ليطالبه بإبطاله استناداً إلى عدم شرعية القرار. وتطبق ذات القاعدة إذا كان مبنى الطعن مؤسساً على عدم صحة العملية التعاقدية ذاتها.
- وإما أن يسمح لقاضى الإلغاء بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار بما فى ذلك بطلان العقد ذاته على أن يختصم طرفا العقد فى الحالات التى يمس فيها إلغاء قرار العملية العقدية.

الفرع الثالث

رأينا فى الموضوع

بعيداً عن هذا الجدل الفقهي، فإننى أرى من جانبى أن العقد الإدارى حتى وإن كان يعبر عن إرادتين متطابقتين، إلا أنه فى نهاية المطاف هو

(2) P. Weill, Les consequences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, Thèse, Paris, P 201 et s.

قرب من هذا المعنى الدكتور محمد أنس قاسم جعفر، إذ يذكر سيادته أن: "وجدت بالذکر أن إلغاء القرار المنفصل بواسطة دعوى الإلغاء، فإن ذلك يؤثر بلا شك فى صحة العقد بأكمله (...). لأن القرار المنفصل، والذى حكم بإلغائه ما هو إلا أحد مراحل العملية التى انتهت بإبرام العقد، وبالتالي فإن إلغاء مثل هذا القرار لا شك بأنه يؤثر فى العقد، إذ ليس من المعقول أن يلغى قرار معين، ثم يظل الإجراء المترتب عليه قائماً"، مؤلف سيادته بعنوان "الوسيط فى القانون العام، القضاء الإدارى"، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٢٧١؛ الدكتور/ خالد أحمد حسن إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

(١) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٥.

عمل قانونى من أعمال الإدارة، شأنه شأن القرارات الإدارية؛ وقد سبق لنا ذكر أن مظاهر السلطة العامة تبدو فى هذا العقد وإلا انتفى عنه صفة العقد الإدارى، وحيث أن قضاء الإلغاء، وهو قضاء السلطة العامة، أو بمعنى أدق قضاء الأعمال التى تصدر عن الإدارة باعتبارها سلطة عامة، فلماذا لا يختص هذا القضاء إذن بنظر منازعات العملية التعاقدية بكل معطياتها، سواء ما يتم منها فى مرحلة الإبرام وهو ما تجسده القرارات الإدارية القابلة للانفصال، أو ما يتم فى مرحلة التنفيذ حيث تكثر فيها أيضا القرارات الإدارية القابلة للانفصال والتى لا تستند إلى الشروط التعاقدية كما بينا من قبل؟

يتبقى إذن فقط تلك القرارات التى تصدر مستندة إلى الشروط التعاقدية وفى هذه الحالة يمكن اعتبار هذه الشروط بمثابة أساس مشروعية هذه القرارات، مما يجعلها مقبولة أمام قاضى الإلغاء، خاصة أن القواعد التى تحكم التعبير عن إرادة الإدارة هى قواعد من النظام العام لأنها وضعت لحماية المصلحة العامة، وبالتالي فإن مخالفة هذه القواعد تؤدى إلى البطلان المطلق للعقد، ومن المعلوم أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل الإجازة، فكيف تقبل إجازته فى حالتنا هذه صراحة أو ضمنا من جانب أطرافه^(١).

إنه ليس من المنطقى حقاً وبعيداً عن أية اعتبارات قانونية أو اختصاصات قضائية، أن يلغى قرار أو أكثر من القرارات التى تجسد عصب أو جوهر العملية التعاقدية، و فقط لأن حكم الإلغاء صدر بعد إبرام العقد، أى بعد مجرد إجراء شكلى، تتحكم جهة الإدارة فى توقيت إجراءاته واتخاذها، وغالبا ما أن تعجل به عندما تعلم أن هناك دعاوى إلغاء خاصة به منظورة أمام قضاء الإلغاء، ليكون قبل أن يصدر حكم هذا القضاء.

وفى كلمة ليس من قبيل المنطق أن يظل العقد قائما وناظداً رغم الحكم

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٩٢.

بالغاء القرارات التي بنى عليها هذا العقد بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضى به... ألا يحط هذا الأمر من دور قضاء الإلغاء وينزل به إلى مستوى الرقابة الأخلاقية البسيطة.... ألا يشجع القائمين على إبرام العقود على ارتكاب المخالفات، لأنهم يعلمون جيداً أن الدعوى التي سترفع ضد القرار المخالف لن تكون ذات تأثير على العقد^(١).

بل ولنا أن نتساءل عن فائدة نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي واعتنقها نظيره المصري، إذا لم يكن لإلغاء هذه القرارات أثر على العقد الإداري بمجرد أن يتم إبرامه؟

إن ما نطالب به إنما يجعل لتقنية هذه القرارات في واقع الأمر نفعاً وفائدة، وإذا كانت هناك عقبة قانونية تتمثل في النصوص التي تحدد اختصاصات القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، وتجعل قضاء الإلغاء مقتصرأ على موضوعات معينة ليس من بينها قضاء العقود الإدارية، فإن اعتبارات المصلحة العامة والخاصة في ذات الوقت وكذلك اعتبارات العدالة التي تتطلب سرعة في القضاء، خاصة في المجالات الاقتصادية والاستثمارية، تتطلب تعديل هذه النصوص بما يتوافق ويتلاءم مع هذه الاعتبارات، خاصة إذا علمنا أن قاضي العقد لا يتعدى دوره في نهاية المطاف، وفي أغلب الأحيان، سوى تطبيق ما انتهى إليه قاضي الإلغاء، أي لا يتعدى دوره سوى إظهار البطلان وليس إنشائه.

وفي هذا الاتجاه نجد أن المشرع الفرنسي ابتدع أمرين:
أحدهما استحداث ما يسمى القضاء المستعجل الموضوعي قبل

(١) وهذا رأى الأستاذ Pouyaud في رسالته عن البطلان، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها، وهو ذات الرأى الذي صدر قبل ذلك بأكثر من أربعين عاماً عن الفقيه Peignot في رسالته عن العقود الإدارية، ص ٥٨٤ وما بعدها؛ وقد أشار إليهما الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٩١.

التعاقدى وقد منحه - كما بينا من قبل - إمكانية وقف إبرام العقد حتى البت فى القرارات المنفصلة والتي ينظرها قاضى الإلغاء.

والأمر الثانى، سلطة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية فى إصدار أوامر للإدارة لاتخاذ إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية، وكذلك الحكم عليها بالغرامة التهديدية إذا تقاعست فى هذا الشأن وقد تم ذلك بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٥ والمعدل عام ١٩٨٠، وقد سبق لنا التعرض لهذا القانون، والذى به يكون المشرع قد اعترف - كما ذهب جانب من الفقه - بتأثير حكم إلغاء القرار الإدارى المنفصل على العقد المرتبط به، وفتح بالتالى للغير عن هذا العقد طريقاً كان منغلقاً قبله بسبب نسبية أثر العقد، إذ بمقتضى هذا الطريق الأخير يمكن للغير طلب فسخ العقد من جهة الإدارة وفى حالة رفضها يستطيع أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء ضد قرار الرفض الضمنى أو الصريح الصادر منها أو يمكن بموجب الطريق الجديد أن يستخدم السلطات الممنوحة له بمقتضى قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ المعدل ١٩٨٠ سالف الذكر وهو أن يلجأ للقاضى الإدارى ويقدم إليه طلب فرض غرامة تهديدية على جهة الإدارة لحثها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى الحكم الصادر له، وعلى جهة الإدارة فى هذه الحالة رفع الأمر لقاضى العقد الذى سيرتب النتائج الطبيعية لإلغاء القرار القابل للانفصال، وإعمال الأثر المنطقى لهذا الإلغاء على العقد فيقوم بإبطاله^(١).

والقضاء الإدارى الفرنسى من جانبه يبدو أنه بدأ يتخذ خطوات جادة نحو تفعيل قضاء الإلغاء فى مجال العقود الإدارية ليس فقط فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة، وإنما أيضاً فى مجال العملية التعاقدية برمتها، فقد اعتبر مجلس الدولة فى حكم له بتاريخ ١/٣/١٩٤٦ أن إلغاء القرار الصادر بالتصديق يؤدى من تلقاء نفسه إلى فسخ الرابطة العقدية دون حاجة

(١) الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

إلى ضرورة استصدار حكم بذلك من قاضى العقد^(١). كما قضى كذلك بأنه فى حالة قيام إحدى المقاطعات باختيار أحد المقاولين لبناء مدرسة دون التزامها باتخاذ الإجراءات المقررة والتي تستلزم دعوة المؤسسات التي يحق لها الاشتراك فى هذه الممارسة، فإن هذه التصرفات تؤدي إلى بطلان القرار الإدارى الصادر فى هذا الشأن وبطلان العقد الموقع من المقاول نتيجة لذلك^(٢).

وفى مصر نجد أن هناك إرهابات قضائية تظهر بين الحين والآخر لتبنى فكرة أن العقد الإدارى يجب أن ينظر إليه فى مجموعه وكمجموعة متكاملة، وأن انهيار عنصر أو أكثر من عناصره يؤدي إلى انهيار العملية كلها، وقد سبق لنا بيان ذلك تفصيلا بمناسبة طعون الغير فى ظل القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، ونشير هنا فقط للتذكرة إلى فتوى قسم الرأى مجتمعاً بمجلس الدولة عام ١٩٥٢ والتي جاء بها "وبما أنه يشترط لصحة القرار الإدارى أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق فى إصداره، ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف..... وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميرى بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم فى إحداث أثر قانونى، ذلك أن المختص فى هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقود، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة، ومن ثم لا يكون ثمة عقد انعقد بينها وبين المصلحة"^(٣).

كما نشير كذلك إلى الأحكام الحديثة لمحكمة القضاء الإدارى والإدارية العليا وقد سبق وأن أشرنا إليها من قبل، والتي أقرت فيها بأن بطلان الإجراءات السابقة على العقد يؤدي إلى بطلان العقد ذاته أو انعدامه، وفى خصوص عقد ما يعرف بمدينةنتى وهو من العقود الإدارية، فقد ذهب

(1) C.E 1^{er} Mars 1946 société l'énergie Industrielle, Rec. P. 66.

(2) C.E. 7 juillet 1982 commune de Guidel R.D.P. 1963, P. 143.

(٣) فتوى رقم ٦٨٤ بتاريخ ١٩٥٢/١٢/٢٣.

المحكمة الإدارية العليا إلى تأييد حكم محكمة القضاء الإدارى الذى انتهت فيه إلى بطلان عقد البيع الابتدائى المؤرخ فى ٢٠٠٥/٨/١ وملحقه المؤرخ ٢٠٠٥/١٢/٢١ ببيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمرانى ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع مدينتى بمدينة القاهرة الجديدة، قائلة "أن الثابت أن عقد التداعى هو عقد بيع تم بالأمر المباشر فى خروج سافر على أحكام قانون المزايدات والمناقصات وما تقتضيه أصول الإدارة الرشيدة من أن يجرى إبرامه من خلال مزيدة علنية أو بالمظاريف المغلقة وهو ما يجعل العقد باطلاً".

كما قضت بأن مقتضى تنفيذ الحكم القضائى الصادر بانعدام القرار المطعون فيه ببيع شركة عمر أفندى إلى المستثمر السعودى، يحتم بطلان العقد الذى تمخض عن هذا القرار، وفى ذات السياق فقد قضت أن بطلان إجراءات بيع شركة المراجى البخارية ينعكس بالضرورة بالبطلان على العقد الذى تمخض عن هذه الإجراءات، وينسحب هذا البطلان بحكم اللزوم على كامل الالتزامات التى ترتبت على العقد^(١).

وقد ذكرنا من قبل أنه نتيجة هذه الأحكام والتى صدرت بمناسبة طعون أقامها غير أطراف تلك العقود، أن تدخل المشرع وأصدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، لحرمان هذا الغير من الحق فى الطعن على عقود الدولة، وجاعلاً هذا الحق فقط لأطراف تلك العقود، وقد تم الطعن على هذا القانون بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا وذلك على التفصيل سالف الذكر.

(١) سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام.

المبحث الثانى

التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية والمحكوم بإلغائها

وبطبيعة الحال نقصد بهذه القرارات تلك المعيبة بعيوب عدم المشروعية على التفصيل سالف الذكر، مع ملاحظة أننا هنا لسنا بصدد دراسة مستفيضة عن التعويض فى مجال المسؤولية الإدارية، فهذا الموضوع مما تذخر به المراجع المتخصصة وغير المتخصصة فى مجال القانون العام وعلى وجه الخصوص فى مجال القضاء الإدارى، وهى أكثر مما تحصى سواء فى فرنسا أم فى مصر^(١).

ولذا سوف نقتصر فقط على بحث موضوع التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، وثبت أنها معيبة بمخالفة القانون بمعناه الواسع وذلك بطبيعة الحال بمقتضى حكم قضائى، وهو حكم الإلغاء، ولذا فقد فضلنا أن تكون دراسة هذا الموضوع عقب دراسة حكم إلغاء تلك القرارات، خاصة أنه لا تعويض - كما بينا - عن أضرار تلك القرارات بمقتضى التقنية الحديثة التى ابتدعها مجلس الدولة الفرنسى وهى تقنية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، كما أن الأحكام الصادرة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية باعتبارها أحكاماً وقتية ومرتبطة بالحكم فى موضوع الدعوى الأصلية، فقد قرر القضاء الإدارى عم جواز التعويض عنها.

إذن يتبقى فى إطار التعويض فى هذا المجال فقط الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات المنفصلة فى دعاوى تجاوز السلطة. فالإلغاء تلك القرارات يرتب مسؤولية الدولة عن الأضرار التى تنتسب فيها؛ وإذ يجسد الإلغاء فى

(١) حول هذه المراجع انظر مولفنا مسؤولية الإدارة عن أوجه بطلان السبب والغاية فى القرار الإدارى، دار النهضة العربية، ٢٠١٤.

حد ذاته - كقاعدة - الخطأ الموجب لهذه المسؤولية، فإن التعويض على أساس المخاطر أو تحمل التبعة، أو المسؤولية طبقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يجب أن يستبعد من مجال هذه الدراسة لعدم وجود ركن الخطأ، حيث تعتمد هذه المسؤولية الأخيرة فقط على ركنين هما الضرر وعلاقة السببية؛ وذلك على عكس المسؤولية الأولى التي تقوم - على غرار المسؤولية في القانون المدني - على أساس الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا قائلة في حكم لها صدر بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٠ "ومن حيث الأصول المسلم بها قانوناً والتي جرى بها قضاء هذه المحكمة أن المسؤولية المدنية للجهة الإدارية الموجبة لالتزامها بالتعويض، تتحقق بتوافر أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما"^(١). وترتبط على ذلك فإننا سنتناول وبيجاز غير مخل لتلك الأركان على التوالي:

المطلب الأول

ركن الخطأ

الخطأ هو مخالفة لأحكام القانون، تتمثل في عمل مادي أو في تصرف قانوني، وتأخذ هذه المخالفة صورة عمل إيجابي أو تأتي على هيئة تصرف سلبي ينشأ عن عدم القيام بما يوجبه القانون^(٢). وإذا كانت فكرة الخطأ تجد أساسها في القانون المدني، إلا أن لها في القانون العام سمة مميزة، إذ يوجد في إطار هذا القانون الأخير ما يسمى الخطأ الشخصي *faute personnelle* وكذلك ما يسمى الخطأ المرفقي *faute de service* وهي تفرقة لا تعرفها المسؤولية في إطار القانون المدني والقائمة فقط على فكرة الخطأ الشخصي.

(١) الطعن رقم ٣٩٢٤ لسنة ٤٦ ق.ع، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٤٩، ص ٤٧٥.

(٢) الدكتور/ ماجد الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٤٩.

ونظراً لأهمية التفرقة بين هذين النوعين من الخطأ حيث تتحمل جهة الإدارة قيمة التعويض في حالة الخطأ المرفقى، بينما يسأل الموظف عن هذه القيمة في ماله الخاص في حالة الخطأ الشخصي، فقد اجتهد الفقه سواء في فرنسا أم في مصر لإيجاد معيار دقيق للتمييز بينهما، وتدور المعايير التي قيل بها في هذا الخصوص حول معيار الخطأ العمدي *l'intention mauvaise*، ويعد أقدم معيار قيل به في هذا الشأن وهو يكون كذلك أي خطأ عمدي إذا كان الفعل الضار معبراً عن نزوات شخصية للموظف أو عن ضعف وأهواء وعدم تبصر، إذ يعد في هذه الحالة خطأ شخصياً، وإلا كان خطأ مرفقياً^(١)، وكذلك معيار الخطأ المنفصل *la faute détachable* وهو الخطأ الذي يمكن فصله عن واجبات الوظيفة، إذ يصبح - والحال هكذا - خطأ شخصياً، وإلا كان مرفقياً وهو ما يعنى أن هذا الخطأ الأخير يكون كذلك أي خطأ مرفقى إذا كان عمل الموظف لا يمكن فصله عن الوظيفة مهما كانت درجة جسامته^(٢). ومعيار الخطأ الجسيم *La faute lourde* وهو الذي لا يمكن قبوله أو إيجاد المبرر لارتكابه ولا يمكن التسامح فيه، أو الذي يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة القانون فيكون الخطأ هنا خطأ شخصياً، وإلا كان خطأ مرفقياً، وذلك حينما لا يتجاوز الفعل حدود المخاطر العادية، أو حينما يصدر عن موظف عرضة للخطأ

(١) ويكون كذلك أي خطأ مرفقياً إذا كان الفعل الضار الذي آتاه الموظف غير مطبوع بطابع شخصي وينبئ عن موظف عرضة للخطأ والصواب.

L'acte dommageable et impersonnel, révèle un administrateur plus au moins sujet à erreur.

T.C., 5 mai 1877, Laumonier carrié, note la ferrière, Dalloz, 1878.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "يعتبر الخطأ شخصياً إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته..."

الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٤ ق.ع، جلسة ١٩٥٩/٦/٦، مجموعة السنة الرابعة، ص ١٤٦٢.

(٢) الدكتور/ سامي حامد سليمان، نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٤٣ وما بعدها.

والصواب^(١). وأيضاً معيار الغاية من التصرف الإدارى Le but pour suivie، أو الهدف من التصرف، فإذا كانت هذه الغاية أو ذلك الهدف تحقيق رغبات ومآرب شخصية أو الانتقام من شخص آخر كان الخطأ خطأ شخصياً حتى وإن كان يسيراً، وإلا كان خطأ مرفقياً، وهو يكون كذلك طبقاً للفتية دوجي إذا كان الموظف يقصد بفعله تحقيق الأهداف الخاصة بالمرفق حتى ولو كان هذا الخطأ جسيماً^(٢).

وهناك من الفقه من جمع بين هذه المعايير أو بعضها، إذ يقول إن الخطأ الشخصى هو الخطأ الذى يرتكبه الموظف خارج نطاق الوظيفة الإدارية، أو الخطأ الذى يرتكبه داخل هذه الوظيفة ويكون مشوباً بسوء النية أو بقدر كبير من الجسامة، والخطأ المرفقى هو الإخلال بواجبات الوظيفة الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به مادياً أحد موظفى الدولة متى كان هذا الإخلال بحسن نية وغير بالغ الجسامة^(٣).

ومن جانبنا نرى أن كافة المعايير سائلة الذكر تصلح للتمييز بين الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى سواء على انفراد أو بأكثر من صورة منها أو بها جميعاً، خاصة أن الخطأ فكرة تتعارض بطبيعتها مع حصرها فى قوالب جامدة لاختلاف مضمونها بحسب ظروف الزمان والمكان^(٤). وهو ما

(1) T.C. 9 mars 1953, Bernads, concl, RIVERO (J.); J.C.P., 1953-2-7797.

(2) Duguít, traité de droit constitutionnel, III^{ém} éd., 1923, P. 269.

(٣) الدكتور/ رمزى الشاعر، قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٣٤٥ وما بعدها.

(٤) الدكتور/ فتحى فكرى، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٣٠؛ الدكتور/ رأفت فوده، قضاء المسؤولية، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١٣٩. وقد أشار سيادته إلى "أن محاولة وضع معيار عام وشامل للتفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى هى محاولة مصيرها الفشل الزريع لأن الخطأ أياً كان هو مسلك إنسانى صادر من الموظف نتيجة بواعث ودوافع مادية وسيكولوجية متعددة... وتعزيز هذه العوامل وتجنبيها لتحديد أيهما كان أشد تأثيراً على الموظف وكان الدافع الحقيقى لتصرفه الخاطى، يعتبر من صميم عمل القاضى المروض عليه النزاع، أما الفتية الذى يريد إقحام نفسه فى هذه العملية ويدعى معياراً لا يمكن له أن يقوم بهذا العمل التجريبي التحقيقى وإنما كل ما يمكن أن

أشارت إليه محكمة القضاء الإدارى حينما قالت "أن فكرة الخطأ فكرة معيارية تستعصى بطبيعتها على وضع تعريف جامع لها"^(١).

ولذا لم يتقيد القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر - فى الأحكام الصادرة عنه بالتعويض - بأى منها، إذ يقضى بأن الخطأ شخصى أم مرفقى تبعاً لمعطيات وظروف كل حالة معروضة عليه على حده.

وعلى أية حال فإن الخطأ فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، والذي يؤدي إلى قيام المسؤولية الإدارية يتمثل فى أوجه عدم المشروعية التى تصيب هذه القرارات، وهذه الأوجه تنقسم - كما بينا من قبل - إلى أوجه عدم مشروعية خارجية أو شكلية وتتمثل فى الاختصاص والشكل، وأخرى موضوعية أو داخلية وهى الغاية والمحل أو مخالفة القانون ويدخل فى إطارها عنصر السبب.

وإذا كانت هذه الأوجه الأخيرة، أى الموضوعية أو الداخلية تحتتم فى حالة تحققها ومن ثم إلغاء القرار على أساسها، ضرورة الحكم بالتعويض، إذا توافرت باقى شروط المسؤولية، إذ تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن القرار إذا كان معيباً بالانحراف (الغاية) فالقضاء مستقر على جعله باستمرار مصدراً للمسؤولية"^(٢). وقضى كذلك بأنه "لا يشفع لإعفاء الإدارة من المسؤولية وقوعها فى خطأ فنى أو قانونى (المحل أو مخالفة القانون)"^(٣).

وعلى العكس من ذلك فإن أوجه عدم المشروعية الخارجية أو الشكلية ليست كذلك، إذ يتعين لكى تصلح لأن تكون أساساً للحكم بالتعويض سواء فى فرنسا أم مصر أن تؤثر فى موضوع القرار بحيث يصدر بسبب مخالفتها بصورة مغايرة لتلك التى كان من المفروض أن يصدر بها، وهو ما

يوصف به عمله هو أنه مجرد محاولة لإيجاد عنصر من عناصر الخطأ أو صورة من صورته وليست كل العناصر أو جميع الصور".

(١) الحكم الصادر فى ١٥/١١/١٩٥٢، مجموعة السنة الثامنة، ص ٤٤.

(٢) الطعن رقم ٣٠٠١ لسنة ٥٥ ق.ع، جلسة ٢١/٤/٢٠١٠.

(٣) الطعن رقم ١٨٣١ لسنة ٢ ق.ع، مجموعة السنة الثانية، ص ٥٩١.

أشارت إليه المحكمة الإدارية حينما قضت "أن عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل الذي قد يشوب القرار الإداري فيؤدي إلى إلغائه لا يصلح حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض مالم يكن العيب مؤثراً في موضوع القرار فإذا كان القرار سليماً في مضمونه محمولاً على أسبابه المبررة رغم مخالفة قاعدة الاختصاص أو الشكل فإنه لا يكون ثمة محل لمساءلة الجهة الإدارية عنه والقضاء عليها بالتعويض لأن القرار كان سيصدر على أي حال بذات المضمون لو أن تلك القاعدة قد روعيت..."^(١).

فالتعويض مقصور إذن - في حالة أوجه الإلغاء الشكلية أو الخارجية - على الحالات التي يؤثر فيها مخالفة الشكل أو الاختصاص على مضمون القرار^(٢).

المطلب الثاني

ركن الضرر

Préjudice

يشترط في خطأ الإدارة الموجب للتعويض في مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، أن يحدث ضرراً بأصحاب الشأن، إذ القاعدة أنه حيث لا ضرر لا مسئولية *faute de préjudice pas de responsabilité*. والضرر بشكل عام هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له^(٣)، وقد يكون مادياً *materiel*، أي ذو طبيعة مالية، أو معنوياً *moral* يصيب الشخص في شعوره أو كرامته أو شرفه.

هذا ويشترط لكي يكون الضرر أساساً للمسئولية الإدارية أن تتوافر

(٢) الحكم الصادر في ١٥/١١/١٩٦٩، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر سنة (١٩٦٥ - ١٩٨٠)، ص ٧٤٦.

(3) C.E., 27 Janv. 1967, Soc. Frega et cie et Musso, A.J.D.A., 1967, P. 239, obser. Gautron.

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، ص ٦٩٦.

فيه مجموعة من الشروط تتمثل في ضرورة أن يكون مباشراً أى ناتجا عن فعل الإدارة أو نشاطها الخاطئ، أو أن هناك صلة مباشرة بين فعل الإدارة الخاطئ والضرر، أما الضرر غير المباشر أو منقطع الصلة بالفعل الخاطئ فلا يعتد به القضاء الإدارى ولا يدخله في حسابه، وهذه القاعدة ليست قاصرة على القضاء الإدارى وحده، بل عامة يطبقها أيضا القضاء العادى فى دعاوى المسؤولية المدنية^(١).

ويجب أن يكون الضرر أيضا محققاً، أى حال وهو الذى وقع بالفعل، أو أن وقوعه فى المستقبل مؤكداً، لا فرق بين الأمرين فى استحقاق التعويض^(٢)، فإن لم يكن كذلك بأن كان ضرراً محتملاً éventuelle تبقى مسألة وقوعه فى علم الغيب ولا يمكن التكهن به، امتنع التعويض عنه^(٣). وأن يكون الضرر قد أخل بحق أو بمركز قانونى للمضروب، أى بحق أو بمركز يقرر له القانون نوعاً من الحماية، ويستوى فى ذلك أن يكون الضرر قد أخل بحق قانونى أو بمصلحة مالية مشروعة، فلا يكفى أن تكون جهة الإدارة قد أخطأت وأن خطؤها سبب ضرراً حتى يكون لذى الشأن الحق فى المطالبة بالتعويض، وإنما يتحتم على صاحب المصلحة أن يثبت أن هذا الضرر قد أخل بمركز قانونى أو بمصلحة مشروعة جديرة بالحماية

(٢) الدكتور/ وحيد فكرى رأفت، رقابة القضاء لأعمال الدولة (رقابة التضمين)، مكتبة عبد الله وهيب، ١٩٤٢، ص ٤٥٠.

(٣) وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا حينما قضت أنه "يشترط للقضاء بالتعويض أن يكون الضرر محقق الوقوع فى الحال أو المستقبل، الطعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٤٤ ق.ع، جلسة ٢٩/١٢/٢٠٠١، مجموعة السنة السابعة والأربعون، ص ٤٥٧؛ وكذلك محكمة النقض حينما قضت بأن "التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع، جلسة ١٠/٧/١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض فى خمسة عشرة سنة، ص ٦١٧.

(٤) وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى: أن التعويض لا يكون إلا عن ضرر محقق فلا يدخل فى حسابه الأضرار الاحتمالية، جلسة ٢٩/٦/١٩٥٠.

القانونية^(١). كما يجب أن يكون الضرر قابلاً للتقويم بالنقود، إذ التعويض في المسؤولية الإدارية لا يمكن أن يتمثل عادة إلا في التعويض النقدي، بل وتظهر أهمية هذا الأمر عند تنفيذ الحكم الصادر بهذا التعويض، ولكن إذا كانت الأضرار المادية التي تصيب الذمة المالية للمضرور من السهل تقديرها بالنقود، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للأضرار المعنوية وهي الأضرار التي تصيب الشعور والعاطفة والشرف كما ذكرنا. ولذا لنا أن نتساءل عن موقف القضاء من هذه الأضرار المعنوية *Préjudice moral*؟ وعن مدى قابليتها للتقويم بالنقود؟

لقد استقر القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر على قابلية هذه الأضرار لأن تكون محلاً للتعويض، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي "إن وفاة الابن وإن لم تسبب للأب ضرراً مادياً أو أدت إلى اضطراب ظروفه المعيشية، إلا أن الألم المعنوي الناتج عن الموت المفاجئ لأبنه يولد بذاته ضرراً يتطلب التعويض عنه"^(٢). ومن هذا القبيل حكمه في الدعوى التي تدور وقائعها في أن أحد رجال بوليس الآداب، استوقف - بناء على تعليمات العمدة - أنسة شريفة في الطريق بكيفية تستلقت الأنظار، للتحري والاستقصاء، على زعم أنها من الساقطات. فاعتبر مجلس الدولة، رغم انتفاء كل ضرر مادي، أن ما وقع من البوليس هو اعتداء على الحرية الشخصية

(١) فإذا لم يكن الضرر قد أخل بمركز قانوني للمضرور، بأن كان الحق أو المصلحة التي أصابها الضرر مخالفة للقانون أو غير مشروعة، فإن القضاء يرفض التعويض لمن يطالب به في هذه الحالة.

C.E., 28-6-1968, Sté Hutuelle d'assutance; Les accidents en pharmacie, R.D.P., 1969, P. 312.

(2) "Considérant que s'il n'est pas établi - ni même allégué - que le décès du sieur Letisserand (paul) ait causé au sieur Letisserand (camillé) un dommage matériel ou ait entraîné des troubles dans ses conditions d'existence, la douleur moral qui est résultée pour ce dernier de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d'un préjudice indemnisable..".

أشار إليه الدكتور/ فتحي فكري، المرجع السابق، ص ٣٤١.

وقد سبب للأئسة المذكورة فوق ذلك ضرراً أدبياً، وقضى لها من أجله بالتعويض^(١).

كما قضت محكمة القضاء الإدارى بأن صدور قرار باطل من البلدية بالنقل النوعى من وظيفة محام إلى وظيفة كاتب بقسم الإيرادات، مما يجعل البلدية مسئولة عن تعويض المدعى أدبياً لما لهذا القرار من مساس بكرامته واعتباره وتأثيره فى نفسه"^(٢). بل لقد استقر مجلس الدولة المصرى منذ نشأته عام ١٩٤٦ على تعويض الضرر المعنوى أو الأدبى وتقدير قيمة مالية لجبره وذلك إعمالاً لنص المادة (٢٢٢) من القانون المدنى، والتي تقضى بأن "يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً..."^(٣).

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

يقصد بعلاقة السببية Lién de causalité أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون النتيجة المباشرة لخطأ الإدارة أو أن خطأ الإدارة يمثل السبب المباشر لوقوع الضرر، وهى بذلك تعد أحد الأركان الجوهرية لانعقاد المسؤولية أيا كانت طبيعتها.

وتتجلى رابطة السببية فى مظهرين مختلفين: أحدهما: إيجابى، والآخر سلبى، إذ لكي يحصل المتضرر على التعويض، يجب عليه إثبات علاقة

(١) وردت عبارات الحكم فى لغته الأصلية على النحو التالى:

"Considérant qu' à défaut de justification d'un dommage matériel appréciable, causé a l'intéressée par la faute dont s'agit, il sera fait une estimation suffisante du préjudice dont la demioseile demande réparation en condamnant la ville de T.a lui payer une indemnité de 1 franc".

أشار إليه الدكتور/ وحيد رافت، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

(٢) الدعوى رقم ١١ لسنة ٤١ق، مجموعة السنة الخامسة، ص ٢٤٣.

(٣) وبمطالعة حيثيات أحكام مجلس الدولة المصرى يتضح منها أن النص المشار إليه فى المتن إنما يضع مبدأ عاماً، ومن ثم فهو واجب الأعمال أمام جهات القضاء على اختلاف أنواعها، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا حينما قضت بأن "التعويض عن الضرر المعنوى أو الأدبى هو من الأمور المقررة بنص القانون".

السببية بين الضرر الذى أصابه ونشاط الإدارة، وهذا هو المظهر الإيجابى، ويستطيع المدعى عليه أن ينفى علاقة السببية أحياناً، إذا أثبت وجود سبب أجنبى لا يدل له فيه، وهذا هو المظهر السلبي.

وتلزم الإدارة بالتعويض عن الضرر، إذا أمكن نسبته إلى نشاط المرفق العام، وكان هذا النشاط هو السبب المباشر للضرر، أى ينبغى أن يكون بين هذا النشاط والضرر صلة مباشرة، فالإدارة غير مسئولة عن الأضرار التى ليس لها مع نشاط المرفق العام سبب غير مباشر أو بعيد.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا "أن مناط مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة منها وهو وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار الإدارى غير المشروع أو شابه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها فى قانون تنظيم مجلس الدولة، وأن يلحق بصاحب الشأن ضرراً وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يرتب الضرر على القرار...." (١)، كما قضت أيضاً "أن مسئولية الإدارة عن قراراتها تقوم على وجود خطأ من جانبها، وأن يحيط بصاحب الشأن ضرر مباشر عن الخطأ وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإذا تخلف ركن أو أكثر من هذه الأركان الثلاثة انتفت المسئولية المدنية...." (٢).

وفى فرنسا فقد قضى مجلس الدولة بتوافر علاقة السببية من خلال قرينة موافقة الإدارة على منح تصريح لسيارات النقل المشترك بالعمل دون أن تشرف عليها، واتخاذ الاحتياطات الفنية اللازمة، فإن ذلك يؤدى إلى قيام مسئولية الإدارة عن التعويض عن الأضرار التى تسببها تلك السيارات فيما إذا ارتكبت حادث (٣).

هذا وتجدر الإشارة إلى مسألة غاية فى الأهمية، وهى تحديد رابطة

(١) الطعن رقم ٢٦٨٢ لسنة ٣٦ ق.ع، جلسة ١٧/٤/١٩٩٤.

(١) الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٢٧ ق.ع، جلسة ٢٢/٤/١٩٨٥.

(2) C.E., Ville l'afer, 1992, Rec. P. 48.

السببية في حال تعدد الأسباب، فقد حاول بعض الفقه التأصيل لذلك من خلال عدة نظريات، أهمها: نظرية السبب القريب ونظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب، وأخيراً نظرية السبب المنتج^(١).

وما يهمنا في هذا المقام هو موقف القضاء الإداري من الأخذ بهذه النظريات، ويتضح ذلك من خلال استقراء التطبيق القضائي لأحكام المحاكم. فمجلس الدولة الفرنسي، لم يتضح موقفه صراحة من ذلك، فتارة يأخذ بنظرية السبب القريب، وأحياناً بنظرية تعادل الأسباب، وأحياناً أخرى يأخذ بنظرية السبب المنتج.

أما القضاء الإداري في مصر فقد فضل الأخذ بنظرية السبب المنتج لتحديد علاقة السببية بين الضرر وخطأ الإدارة في تحديد مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "أن إسقاط الجنسية لا يعتبر سبباً مباشراً لحرمان المدعى من العمل وحرمان أسرته من مسكنهم، وإنما السبب المنتج لهذه الأضرار هو قرار فرض الحراسة على أمواله وممتلكاته^(٢). وجاء في حكم آخر "... وبهذه المثابة يكون خطأ الجامعة المشار إليه هو الذي تسبب عنه في الواقع من الأمر تخلي الطاعن عن وظيفته وفقدانه لها دون ذنب من جانبه وبذلك يتعين أن تسأل جامعة الإسكندرية عن خطأ موظفيها ويترتب على ذلك تعويض الطاعن عما أصابه من ضرر...."^(٣).

ومن ناحية أخرى، يمكن القول إن علاقة السببية بين أوجه بطلان القرار الإداري، خاصة المتعلقة بالمشروعية الداخلية، وبين الضرر الذي أصاب

(٣) لمزيد من التفصيل حول هذه النظريات، راجع أستاذنا الدكتور/ رمزي الشاعر، قضاء التعويض، مرجع سابق، ص ٨٥٤ وما بعدها؛ الدكتور/ ناصر عبد الطيم السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأردني، دكتوراه، عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٦٠٠.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٣٧ لسنة ٢٨ق، الصادر بتاريخ ١٥/١/١٩٨٣، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص ٤١٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٨ق، الصادر بتاريخ ٢٠/٤/١٩٦٣، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص ١٠٦٤.

المضرور، وإن كان من الصعب انتقاؤها، ذلك أن مجرد صدور القرار منطوياً على وجه من هذه الأوجه إنما يجسد في ذاته قرينة على أن ذلك كافياً لأحداث الضرر الذي أصاب المضرور، أو بمعنى أدق كافياً لأن تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية، ينتقل بمقتضاها عبء الإثبات إلى جهة الإدارة، التي لا يمكنها أن تنفي هذه العلاقة إلا إذا أثبتت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي يتمثل إما في القوة القاهرة Force majeure، أي الحادث الذي يستحيل توقعه أو دفعه ويكون أمراً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية، وإما في الحادث الفجائي Cas fortuit الذي هو حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يمكن دفعه، تماماً كالقوة القاهرة كما ذهب غالبية فقهاء القانون المدني^(١)، وكذلك أحكام القضاء العادي^(٢)، في حين أن فقهاء القانون العام وكذلك قضاؤه يرون أن الحادث الفجائي إنما يقتصر أثره على الإغفاء من المسؤولية حينما يكون أساس هذه المسؤولية الخطأ، أما إن كان هذا الأساس هو تحمل التبعة أو المخاطر، فلا أثر للحادث الفجائي - وذلك على عكس القوة القاهرة - على الإغفاء من المسؤولية؛ أو أن هذا السبب الأجنبي هو خطأ المضرور أو خطأ الغير الذي هو كل شخص غير المضرور وغير المدعى عليه أو أي ممن يعتبر هذا الأخير مسئولاً عنه كالتابع ومن يتولى رعايتهم^(٣).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن رابطة السببية تعد ركناً مستقلاً عن كل من ركني الخطأ والضرر، إذ قد يوجد الخطأ ولا يكون هو السبب في إحداث الضرر، ومثال ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي صدور قرار

(٣) الدكتور/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٦، ص ٦٠٨؛ الدكتور/ السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢٢٤.

(٤) نقض مدني بتاريخ ١٢/٥/١٩٥٨، مجموعة أحكام النقض، السنة التاسعة، ص ٤٤١.
(١) الدكتور/ ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٣، ص ٤٢٢؛ الدكتور/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٨٧٣؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٥٨ لسنة ٣٦ ق.ع، مجموعة السنة الواحد وأربعون، ص ٥٤٥.

C.E, 21 mars 1969, Ministre de l'interieur c/Montreer, Rec., P. 186;
Hauriou (M.) note sous, C.E, 10 mai 1912, Ambrosini, Rec. P. 549,
Daloz, 1914-3-76.

غير مشروع بمنح أحد المواطنين ترخيصاً بحمل سلاح، فيقوم هذا المواطن بقتل أحد الأشخاص بالسلاح المرخص له، فهل يكون خطأ جهة الإدارة المتمثل في منح رخصة حمل سلاح بالمخالفة للقانون هو السبب في القتل؟ بالتأكيد يجب أن تكون الإجابة بالنفي، وهو ما تتفق معه علاقة السببية بين الخطأ والضرر. وفي ذلك يقول مجلس الدولة الفرنسي: إن علاقة السببية بين خطأ المحافظ - عندما اتخذ قراراً غير مشروع - وبين جريمة القتل يصعب القول بثبوتها⁽¹⁾.

Le lien de cause à effet entre la faute qui aurait été commise et le crime.... ne saurait être regardé comme établi".

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يتعين حتى تقوم المسؤولية عن قرار المحافظ - وأياً ما كانت مشروعيته - أن تتوافر أركانها بأن يكون قد ترتب عليه ضرر وقامت علاقة السببية بين القرار والضرر فالثابت أن السيد/ قرر أمام الخبير المنتدب من المحكمة المدنية بجلسة ١٩٧٣/٩/٣ "أنكم تلاحظون الصوت القوي العتيق الذي ينبعث من الطائرات حين قيامها وهبوطها، الأمر الذي يتعذر معه استقرار تربية الحمام". وعلى ذلك فإن ما عساه يكون قد لحقه من ضرر نتيجة عدم ممارسة نشاطه في تربية الحمام لا يكون مرده إلى قرار المحافظ بسد عيوب أبراج الحمام في المناطق المجاورة للمطار لخطر ذلك على الطيران، بل هو نتيجة عدم صلاحية المكان ذاته لممارسة هذا النشاط... مما ينفى توافر علاقة السببية اللازمة لقيام أركان المسؤولية وبالترتيب على ذلك لا تكون الدعوى الماثلة بالتعويض عن قرار محافظ الغربية رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٦٩ قائمة على أساس من القانون مما يتعين معه رفضها⁽²⁾.

(2) C.E. 21 mars 1969, Ministre de l'inte, c/Montreer, Rec. P. 186.

(1) الطعن رقم ١٥١٣، ١٥٢٥ لسنة ٢٨ ق، ع، بتاريخ ١٠/٣/١٩٨٧.

وقد ذهب الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أنه إذا كان الخفير المخصص للحراسة التابع لوزارة الداخلية قد عوقب انضباطيا بالحبس ١٦٨ ساعة لإهماله، فإن ذلك لا يصلح أساساً للمسئولية التقصيرية، لأن هذا الإهمال - بفرض وقوعه - ليس من شأنه أن يحدث بذاته الضرر الذى لحق بهيئة المواصلات^(١).

بل قد يحدث الضرر دون أن يكون هناك خطأ فى الأساس، وهو ما يتحقق فى حالة المسئولية التى يقال لها المسئولية غير الخطئية أو المسئولية على أساس المخاطر أو تحمل التبعة.

ففى كافة هذه الحالات تبقى رابطة المسئولية قائمة، فهى لا تتأثر فى واقع الأمر بطبيعة المسئولية أو أساسها، أى لا تتأثر بما إذا كانت المسئولية قائمة على أساس الخطأ أم أنها قائمة على أساس المخاطر أو تحمل التبعة. وإذا كان المضرور يعفى فى حالة المسئولية الأخيرة أى المسئولية غير الخطئية من إثبات ركن الخطأ، فإنه لا يعفى عادة من إقامة الدليل على قيام رابطة السببية فى حالة المسئولية الخطئية. ومعنى ذلك أنه لا يكفى من المضرور أن يثبت خطأ المدعى عليه والضرر، بل يجب أيضا إثبات علاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر^(٢).

(٢) ملف ١٩١٩/٢/٢٢، بتاريخ ١٩٨٢/١/٦.
(١) مولفنا، مسئولية الإدارة عن أوجه بطلان السبب والغاية فى القرار الإدارى، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٤ وما بعدها.

خاتمة

كنا قد طرحنا فى مقدمة هذه الدراسة ثلاثة أسئلة رأينا أنه من المهم الإجابة عليها وهى:

- من له الحق فى الطعن أمام القضاء الإدارى فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة؟

- ما هى أوجه الطعن التى يجب أن يستند إليها الطاعن فى خصوص القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإدارى؟

- ما هى الطرق المقررة للطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء ظهور نظام القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى لدى كل من المشرع الأوروبى والفرنسى؟

وقد تناول الباب الأول بعنوان إجراءات وأوجه الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، الإجابة على كل من السؤالين الأول والثانى، حيث تم تقسيمه إلى فصلين:

الأول بعنوان إجراءات الطعن فى تلك القرارات فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، وقد تناولنا فيه أنه حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين لم تكن فكرة القرارات القابلة للانفصال قد عرفت بعد، ولذا كان الطعن يتم على العملية التعاقدية ككل متكامل، فلم تكن تقبل هذه العملية فى حينها التجزئة أو القسمة، الأمر الذى كان يصيب غير أطراف تلك العملية بظلم بين، حيث لم يكن يملك أى منهم الحق فى اللجوء للقضاء المختص طعناً على العقود الإدارية وذلك إعمالاً لنظرية نسبية أثر هذه العقود، والنسبة يقتصر الطعن بمقتضاها فقط على طرفى العقد، من هنا فقد

ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى العمليات المركبة بصفة عامة وفى العمليات التعاقدية بصفة خاصة، مما أتاح الفرصة للمتافسين أو لغير المتعاقدين بالطعن على تلك القرارات أمام قاضى تجاوز السلطة.

وقد استقرت هذه الفكرة، بل وانتشرت فى معظم دول العالم التى تبنت النظام الفرنسى. فى القضاء الإدارى، ومنها مصر بطبيعة الحال، وذلك إلى أن صدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ فى مصر ليقصر الحق فى الطعن على منازعات العقود الإدارية بما فى ذلك القرارات القابلة للانفصال عن هذه العقود، على أطرافها دون غيرهم، مما أعادنا مرة أخرى لما كان سائداً فى نهاية القرن التاسع عشر.

ولقد كان المبرر لدى المشرع المصرى فى هذا الخصوص ما تلاحظ له من كثرة القضايا التى أقيمت من الغير فى مجال العقود الإدارية وانتهت ببطلان الكثير من هذه العقود، مما كان لذلك أثر سلبى على العمليات الاستثمارية وبالتالي على الاقتصاد الوطنى، فأصدر المشرع هذا القانون رغبة منه فى استعادة الثقة فى تعاقدات الدولة وإرسال رسالة طمأننة للمستثمرين والممولين وغيرهم من الراغبين فى التعاقد مع الدولة.

وقد رأينا أن هذا القانون مشوب بشبهة عدم الدستورية لمخالفته لحق التقاضى ولمبدأ عدم تحصين أى من القرارات الإدارية وذلك بمقتضى المادة (٩٧) من دستور عام ٢٠١٤، ومخالفته كذلك لما ورد فى المادة رقم (٢٧) من هذا الدستور من ضرورة أن يلتزم النظام الاقتصادى بمعايير الشفافية والحوكمة وكفالة التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة بما يحفظ حقوق العاملين ويحمى المستهلك، إضافة إلى مخالفته للمادة (٣٥) من ذات الدستور والتى تجعل المال العام فى الدولة ملك للشعب ملكية شيوخ، ومن ثم من حق أى مواطن أن يدافع عنه أمام القضاء وإلا كان هناك إخلال بمبدأ المساواة

وتكافؤ الفرص المنصوص عليه أيضاً في المادة (٥٣) من الدستور.
وبالفعل فقد أقيمت العديد من الدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا
طعنا على دستورية هذا القانون، وقد أعدت هيئة المفوضين بالمحكمة
الدستورية العليا تقريرها مرجحة عواره بشبهة عدم الدستورية.
ويعصرف النظر عن دستورية أو عدم دستورية القرار بقانون سالف
الذكر، فلنا أن نتساءل عن السبب الذي حدى بالقضاء الإدارى لأن يصدر
أحكامه بإلغاء العقود الإدارية التى أبرمت فى المجالات الاستثمارية
والاقتصادية بالدولة؟ ألم يكن هذا السبب هو تفضى ظاهرة الفساد، وما أدت
إليه هذه الظاهرة من ضياع للمال العام فى نطاق العقود الإدارية؟ ألم يكن
السبب المخالفات الصارخة للقوانين واللوائح فى مجال إبرام تلك العقود؟ أم
أن القضاء قد تطوع من عندياته لأن يصدر هذه الأحكام دون سند أو سبب
قانونى أو واقعى لذلك؟ أما كان من الأولى والأجدر بالمشرع أن يفعل الدور
الرقابى للأجهزة المعنية بتلك العقود فى المرحلة السابقة على إبرامها؟ أما
كان من الأولى والأجدر بالمشرع تغليب العقوبات على كل من تسول له
نفسه إفساد عمليات إبرام عقود الدولة لتحقيق مصالح واعتبارات خاصة أو
غير خاصة؟ خاصة أن القاعدة المنطقية تقضى أن البدايات الصحيحة تقود
إلى نتائج إيجابية أو سليمة، ومن هنا كان من الأولى والأجدر أن نتجنب
وقوع مرحلة الإبرام فى حومة الفساد والمفسدين؛ لنصل إلى التنفيذ السليم
للعقد المبرم، بما يعود بالنفع والخير على الاقتصاد الوطنى وكذلك على
برامج الدولة فى التنمية والتطوير من أجل مصلحة المواطنين أو بمعنى
أعم من أجل المصلحة العامة؟

وفى الفصل الثانى من هذا الباب تناولنا أوجه الطعن فى القرارات
الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، وهذه الأوجه وإن كانت
تتفق مع الأوجه التى تصيب كافة القرارات الإدارية الأخرى، حيث ترجع فى

الحالتين إلى مخالفة تلك القرارات للمشروعية سواء أكانت مشروعية خارجية (الاختصاص والشكل) أم مشروعية داخلية (المحل - السبب - الغاية) إلا أنها تختلف في حالة القرارات الأولى من حيث الآثار والنتائج، إذ تؤدي ليس فقط إلى بطلان تلك القرارات في ذاتها، وإنما أيضا إلى بطلان العقود الإدارية التي تمخضت عنها، وذلك في حالة ما إذا تمسك بهذا البطلان أحد طرفي العقد أمام القضاء المختص وهي ما يقال له القضاء والكامل؛ بل إن الاتجاه الحديث في القضاء الإداري يتجه نحو بطلان تلك العقود حتى ولو لم يتمسك به أحد طرفي العقد. وهذا هو الذي دفع بالمشروع المصري - كما رأينا - أن يصدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ سالف الذكر.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فقد اهتمت الدراسة ببيان العلاقة بين العيوب التي تصيب القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، وتلك التي تصيب أركان هذه العقود ذاتها، والتي تتجسد في الرضا والمحل والسبب والتي يتعين أن تتوافر فيها شروط الصحة والسلامة، وأن تخلو من العيوب التي تؤدي إلى بطلان العقد، وهنا قد يحدث - في كثير من الأحيان - الخلط بين عيوب تلك الأركان والعيوب التي تصيب مشروعية القرارات والإجراءات السابقة على التعاقد، وهو ما حتم علينا إظهار أنهما وإن كان مستقلين بأحكامهما حيث تخضع الأولى لقواعد القانون المدني، وأن الثانية تخضع لقواعد القانون العام، إلا أنهما مرتبطان ويعملان في بوتقة واحدة وهي العقد الإداري ومدى صحته وسلامته. فركن الرضا مثلاً والذي يمثل جوهر الرابطة التعاقدية - إذ بدون التراضي والتلاقي بين إرادتي طرفي العقد لا يوجد عقد أصلاً - فإنه يشترط لصحته وسلامته طبقاً لأحكام القانون المدني أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية، والأهلية بهذا المعنى يقابلها اختصاص الأشخاص الإدارية، ومن هنا قد يحدث الخلط بين عيوب الإجراءات السابقة على التعاقد وعيوب الرضا كركن في التعاقد، إذ

يرتبط كل منهما بالاختصاص، فالإجراءات والقرارات السابقة على التعاقد، وكذلك التعبير عن الرضا فى العقد الإدارى يجب أن يصدرأ عن المختص قانونا بذلك، وإلا كان البطلان حليفها، مع ملاحظة أن البطلان فى الحالة الأولى يتجسد فى مجرد الإلغاء لعدم المشروعية، ولا يصدر إلا عن قاضى تجاوز السلطة، وهذا الإلغاء قد لا يكون له أثر على انعقاد العقد، إذا لم يتمسك به أحد طرفيه أمام قاضى العقد، فى حين أن البطلان فى الحالة الثانية ينصب على العقد ذاته وبشكل مباشر، وقد يكون بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد أركانه، وقد يكون بطلانا نسبيا إذا كان مرتبطا ببعض القواعد المقررة لصالح الإدارة وحدها... ولا يصدر إلا من قاضى العقد فى إطار ما يسمى القضاء الكامل، وما يقال عن ركن الرضا يقال أيضا عن ركن المحل وركن السبب وكذلك الشكل إذا تطلبه القانون، من هنا فقد ألمحنا عند دراسة كل وجه من أوجه عدم مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال إلى مدى العلاقة مع أوجه البطلان التى قد تصيب ركنأ أو أكثر من أركان العقد الإدارى وأثر كل منهما على الآخر.

وفى الباب الثانى بعنوان طرق الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء آلية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، فقد تناولنا من خلال ثلاثة فصول هذه الطرق وهى آلية القضاء المستعجل الموضوعى المشار إليها، وآلية وقف التنفيذ ثم آلية الإلغاء والتعويض فى هذا المجال.

هذا وقد أولينا اهتماماً خاصاً لموضوع الفصل الأول وهو المتعلق بآلية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى باعتباره ليس فحسب آلية حديثة النشأة، أو لأن تطبيقها يقتصر على دول الاتحاد الأوروبى بصفة عامة وفرنسا بصفة خاصة، وإنما أيضا لما يترتب عليها من حماية حقيقية لمبادئ العلانية والمساواة والشفافية وتكافؤ الفرص فى مرحلة إبرام العقد

الإدارى، وذلك باتخاذ إجراءات سريعة وفاعلة، بل وحاسمة لمواجهة كافة مظاهر الفساد التى من الممكن أن تحدث فى هذه المرحلة؛ وذلك قبل أن نصل إلى المرحلة التى لا يجدى فيها اكتشاف هذه المظاهر أو حتى معالجتها، خاصة مع غياب قاعدة أن ما بنى على الباطل باطل فى المجال الذى نحن بصدده.

ومن أهم سمات هذه الآلية أنها آلية قضائية، يتم الفصل فيها بحكم قضائى، وأنها مستعجلة، إذ يتم اللجوء إليها فى الحالات التى يخشى عليها من فوات الوقت وتتطلب ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التى تعجز عن توفيرها الإجراءات القضائية العادية؛ ولذا يوكل الفصل فيها - كقاعدة - لقاض فرد يملك سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق والمستندات ومن الظروف المحيطة بالدعوى، كما يملك الحق فى التأكد من وجود حق للمدعى يخشى ضياعه إذا تم إبرام العقد أو تنفيذه، وهى آلية تتم فى المرحلة السابقة على إبرام العقد؛ ولذا توصف بأنها تقنية وقائية، بل ومن أخطر سمات هذه الآلية، أنها لا تقتصر على إصدار حكم وقتى، كما هو الحال فى قضاء وقف التنفيذ العادى، وإنما حكم موضوعى فى الدعوى، بمعنى أنها تفصل فى موضوع الدعوى أو فى أصل الحق. ونتيجة لذلك فإن القاضى يتمتع فى خصوصها بسلطات غير مألوفة، إذ يملك توجيه أوامر إلى جهة الإدارة بأن تأتى عملاً ما أو بأن تمتنع عن عمل معين، كما يملك أن يأمر بوقف كافة القرارات الصادرة فى إطار العملية التعاقدية وإلغائها، وله كذلك أن يلغى بعضاً من شروط هذه العملية أو يبطل أى إجراء من إجراءاتها، وله أخيراً أن يأمر بغرامات تهيديّة؛ ورغم هذه السلطات الواسعة، إلا أنه لا يملك أن يحكم على جهة الإدارة بالتعويض.

هذا ولكل ذى مصلحة - حتى وإن كانت مصلحة محتملة - حق اللجوء إلى هذه الآلية، إضافة إلى أن هناك أشخاصاً لهم الحق قانوناً فى

مباشرتها وهم المحافظ واللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوروبي من خلال الدولة المعنية بالعملية التعاقدية، ويمثلها في هذا الشأن وزير الوصاية. حقيقة أن المشرع تطلب قبل اللجوء لتلك الآلية ضرورة التظلم الوجودي كشرط لقبولها، إلا أنه حدد في ذات الوقت مدة معينة لإقامتها وهي مدة عشرة أيام من تاريخ إرساء العطاء بل ويمكن تخفيضها في حالة الاستعجال.

وعلى أية حال يجب أن ترفع هذه الآلية قبل إبرام العقد، وإلا تم عدم قبولها. وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر في هذه الآلية لا يقبل الاستئناف، وإن كان من الممكن الطعن عليه بطريق النقض أمام مجلس الدولة، ولكن خلال مدة خمسة عشر يوماً فقط من تاريخ صدور الحكم. ومن تيسيرات هذه الآلية أنه ليس بالضرورة توكيل محام لمباشرتها.

وكما هو واضح فإن هذه الآلية تجسد أداة فعالة وفاعلة في رقابة مدى سلامة التعاقدات الإدارية بما يضمن أن تنتزه هذه التعاقدات من مواطن الفساد والمنافع الشخصية التي تتحقق على حساب المصلحة العامة، إذ تهدف بصورة أساسية إلى درء كل مخالفة تصيب مبادئ العلانية والمنافسة والشفافية، الواجب مراعاتها في إبرام العقد الإداري.

من هنا فإننا ندعو المشرع المصري إلى تبني هذه الآلية، خاصة في ظل المناخ الاقتصادي الواعد في الدولة والنهضة المستدامة في المجال الاستثماري، وهو ما يتطلب ضرورة منح القاضي الإداري سلطات واسعة مثل توجيه أوامر للإدارة أو فرض غرامات تهديدية عليها، وأن يفصل على وجه الاستعجال في أصل الحق وهو ما تحققه تلك الآلية.

وفي الفصل الثاني من هذا الباب، تناولنا نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، باعتباره إحدى طرق الطعن المتاحة في تلك القرارات، بل وهي الطريقة الوحيدة المستعجلة المتاحة أمام المتنازعين وأطراف العملية التعاقدية في مصر، وهي تختلف

بطبيعة الحال عن طريق القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى سالف الذكر، فى كونها قضاء وقتياً ولا يمس أصل الحق، بل فقط لمواجهة مسائل عاجلة لا تحتل التأخير، وهى مرتبطة أو مقترنة دائماً بقضاء الإلغاء.

حقيقة أن هذه الطريقة تمثل استثناء من قاعدة النفاذ الفورى للقرارات الإدارية، إلا أنها تشكل فى مجال العقود الإدارية أهمية خاصة، إذ تعد من ناحية الطريقة المتاحة لكل ذى مصلحة من المتنافسين فى اللجوء إليها، لوقف تنفيذ القرارات المرتبطة بالعملية التعاقدية، قبل أن تنتج هذه العملية عقداً يصعب التعامل معه من غير أطرافه، فهى بذلك تكبح جماح الإدارة ومحاولتها الخروج على مبدأ المشروعية، وذلك فى وقت مبكر قبل إبرام العقد، بما مفاده أن هذه الطريقة تعالج إلى حد ما بطيء إجراءات التقاضى، عما إذا تم الطعن على تلك القرارات بدعوى الإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة.

مع ملاحظة أن هذه الطريقة ليست قصراً على القرارات التى تصدر فى المرحلة السابقة على إبرام العقد الإدارى، وإنما قد تستخدم بالنسبة لبعض القرارات التى يمكن فصلها عن العملية التعاقدية فى مرحلة ما بعد إبرام العقد، أى فى مرحلة التنفيذ، وذلك فى حالة ما إذا كانت هذه القرارات مستندة إلى القوانين واللوائح، وليست إلى الشروط التعاقدية.

ووقف التنفيذ لا يقتصر فى مصر على القرارات غير المشروعة، وإنما يتناول أيضاً القرارات المنعدمة والتى لا يتقيد الطعن فيها بمواعيد معينة، إذ تخضع للقاعدة العامة فى التقادم الطويل؛ فى حين أن مجلس الدولة الفرنسى يرى أن مثل هذه القرارات تعد من أعمال الغضب، ومن ثم يجب أن يختص بالنظر فيها فقط القضاء العادى، وهو ما كان موضع هجوم ونقد من جانب عدد كبير من الفقهاء الذين يرون أنه إذا كان من المتصور وقف التنفيذ فى القرارات المعيبة بعيب بسيط، فإنه من باب أولى أن يتم وقف تنفيذ

القرارات المنعقدة والتي تكون المخالفة القانونية فيها أشد جسامة.
وبالنسبة للقرارات السلبية، فإن القضاء الإدارى المصرى وإن كان
مستقراً على جواز وقف تنفيذها، إلا أن القضاء الإدارى الفرنسى لم يكن
يجيز وقف تنفيذها، إلا إذا كان يترتب عليها تعديل فى المراكز القانونية أو
الواقعية السابقة عليها، وذلك إلى أن صدر التقنين القضائى الجديد لعام
٢٠٠١ وإنشاء القضاء الإدارى المستعجل، فأصبح من الجائز بدءاً من هذا
التاريخ وقف تنفيذ القرار الإدارى إيجابياً كان أم سلبياً.

وعلى أية حال فإنه يشترط لطلب وقف التنفيذ ضرورة توافر شرطين
أساسيين، أولهما الاستعجال بأن يكون من شأن تنفيذ القرار تحقق نتائج يتعذر
تداركها، والشرط الثانى الجديدة، ويعنى أن إيداع الطالب بحسب الظاهر من
الأوراق وواقع الحال يستند إلى أسباب قانونية جديدة تبرر إلغاءه لعدم
المشروعية.

وفى الفصل الثالث والأخير من هذا الباب، تناولنا قضائى الإلغاء
والتعويض فى خصوص القرارات التى نحن بصدددها وهى القابلة للانفصال
فى مجال العقود الإدارية، وذكرنا أن قضاء الإلغاء يمثل الطريق الأصل فى
هذا المجال، بل هو الإطار الذى تعمل من خلاله كافة الطرق الأخرى؛ إلا
أن ما يعيبه البطيء فى إجراءاته وما قد يترتب على ذلك من فوات
المصلحة، خاصة بالنسبة لغير أطراف العقد الإدارى، حيث لا يفصل فى
طلب الإلغاء غالباً إلا بعد إبرام العقد، وفى مرحلة التنفيذ، أو حتى بعد إتمام
هذا التنفيذ.

والطعن بالإلغاء فى القرارات القابلة للانفصال سواء فى المرحلة
السابقة على إبرام العقد أم فى مرحلة التنفيذ لا يكون - كما هو الحال فى
طلب وقف التنفيذ - إلا لسبب عدم مشروعية تلك القرارات، أما إن كان
مستنداً إلى الشروط التعاقدية، فإنه لن يكون مقبولاً أمام قاضى تجاوز

السلطة، وإنما فقط أمام قاضى العقد، إلا إذا كانت هذه الشروط ذاتها غير مشروعة بالنظر إلى القوانين واللوائح الحاكمة للعملية التعاقدية، إذ يجوز فى هذه الحالة طلب إلغائها أمام قاضى تجاوز السلطة.

هذا وإن كان من الجائز الطعن بالإلغاء سواء فى فرنسا أم فى مصر على قرار إبرام العقد الإدارى، إلا أنه لا يجوز فى البلدين أيضاً الطعن على العقد ذاته بهذا الطريق، باعتبار أن عناصر تكوينه لا تكون إلا نتيجة توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفيه.

وأخيراً أشرنا إلى أمر فى غاية الأهمية وهو أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل على العملية التعاقدية، وقد انتهينا إلى أن حجية هذا الحكم وإن كانت ذات أثر فاعل فى تحقيق نتائجها والتي تتمثل فى إبطال كل ما بنى على هذا الحكم من تصرفات قانونية، إلا أن أعمال هذا الأثر لا يكون فى مجال العقود الإدارية، إلا من خلال قاضى العقد ووفقاً لتقديره، إذ لا يمكن أن يصدر حكم بإلغاء القرار المنفصل، ويؤدى تلقائياً إلى اعتبار العقد الذى تمخض عنه باطلاً، بل لا بد وأن تقام دعوى بهذا المعنى أمام قاضى العقد، ذلك أن نظرية القرارات المنفصلة تتطوى فقط على مهاجمة تلك القرارات لا على مهاجمة العقد الذى تمخض عنها، بل ويجب أن يتمسك بهذا الإلغاء فقط أحد طرفى العقد إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد؛ وإن كان الواقع العملى أثبت قبول القضاء الإدارى دعاوى الغير فى هذا المجال وأبطل الكثير من العقود الإدارية كما رأينا عند دراسة من له الحق فى الطعن على القرارات القابلة للانفصال فى هذا المجال.

وفى المبحث الثانى من هذا الفصل تناولنا وبصورة موجزة أحكام التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، ورأينا أنها لا تختلف كثيراً عن أحكام وقواعد مسئولية

الإدارة بصفة عامة والتي تتمثل في الخطأ سواء أكان خطأ شخصياً أم خطأ مرفقياً، والضرر الذي يصيب أصحاب المصلحة نتيجة هذا الخطأ، بما مفاده ضرورة أن تكون هناك علاقة سببية بين هذين الأمرين (الخطأ والضرر) فإن لم تكن هناك مثل هذه العلاقة، كأن يكون الضرر نتيجة قوة قاهرة، أو خطأ الغير أو حتى خطأ صاحب الشأن ذاته، فإن التعويض يصبح غير مستحق وبالتالي فإن المطالبة به قضائياً تكون مرفوضة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

دكتور/ إبراهيم الحسن:

قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.

دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل:

البطلان الجزئي والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.

دكتور/ إبراهيم طه الفياض:

العقود الإدارية (النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤)، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، ١٩٨١.

دكتور/ إبراهيم عبد الحلیم:

- أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٤.

دكتور/ إبراهيم محمد علي:

آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٣.

دكتور/ أحمد خورشيد حميد المفرجي:

وقف تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥.

دكتور/ أحمد عثمان عياد:

مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.

أشرف محمد خليل حماد:

نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، رسالة

ماجستير مقدمة إلى جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية،
٢٠٠٦.

دكتور/أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر:

العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة لعقود
(B.O.T)، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

دكتور: الشافعي محمود صالح:

آليات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في مجال المنازعات الإدارية،
مطبعة مراد أبو المجد، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.

دكتور/ بوطريكي ميلود"

القرارات الإدارية المنفصلة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،
جامعة محمد الأول، المغرب، ٢٠٠٥.

دكتور/ثروت بدوي:

تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، ١٩٧٠.

دكتور/ ثروت عبد العال :

الإشكالات الوقتية في تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

دكتور/ثورية لعيوني:

معيان العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٧.

دكتور/جابر جاد نصار:

- المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانونين المصري والفرنسي

والقانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسترال)، ط٢، دار النهضة العربية،
القاهرة، بدون سنة نشر.

- مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، قضاء التعويض، دار
النهضة العربية، ١٩٩٥.

دكتور/جمال أحمد عباس عثمان:

العقد الإدارى وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٢.

دكتور/جميل الشرقاوى:

نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

دكتور/جورجى شفيق سارى:

القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، (دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى)، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢.

دكتور/حاتم على لبيب جبر:

نظرية الخطأ المرفقى، دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٦٩.

دكتور/حسن عبد الرحيم السيد:

الشفافية فى قواعد وإجراءات التعاقد الحكومى فى دولة قطر، بحث منشور فى مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ع ٣٩٤، يوليو ٢٠٠٩.

المستشار/حسن عبد السلام جابر:

الطلبات المستعجلة فى قضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ١٩٩٨.

دكتورة/حفيظة السيد حداد:

العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠١.

دكتور/حمدى حسن الحلقاوى:

ركن الخطأ فى مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإدارى، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

دكتور/حمدى على عمر:

- المسئولية التعاقدية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

- سلطة القاضى الإدارى فى توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

دكتور/حمدى ياسين عكاشة:

الخصخصة الفاسدة ومخططات بيع مصر، طبعة ٢٠١٤.

دكتور/خالد أحمد حسن إبراهيم:

الرقابة القضائية على الإجراءات السابقة على العقد الإدارى، دراسة مقارنة، دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠١٧.

دكتور/دريد عيسى إبراهيم:

الرقابة على إبرام العقد الإدارى بطريق المناقصة العامة، دراسة مقارنة، دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٦.

دكتور/ رأفت دسوقى محمود:

فكرة التحول فى القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

دكتور/ رمضان محمد بطيخ:

الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

دكتور/رمزى الشاعر:

قضاء التعويض، مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

دكتور/زكى محمد محمد النجار:

نظرية البطلان فى العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١.

دكتور/سامى حامد سليمان:

نظرية الخطأ الشخصى فى مجال المسئولية الإدارية، مكتبة النهضة
المصرية، القاهرة، ١٩٨٨.

دكتور/سعاد الشرقاوى:

آفاق جديدة أمام المسئولية الإدارية والمسئولية المدنية، بحث منشور بمجلة
العلوم الإدارية، السنة الحادية عشر، العدد الثانى، أغسطس ١٩٦٩.

دكتور/سليمان محمد الطماوى:

- الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى،
٢٠١١.

- القضاء الإدارى - قضاء الإلغاء، دار الفكر العربى، ٢٠١٥ (نسخة
مراجعة ومنقحة).

الأستاذة/سوزان عدنان الأستاذ:

الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإدارى (دراسة
مقارنة)، بحث دبلوم القانون العام، جامعة دمشق، سنة ١٩٩٦ - ١٩٩٧.
دكتور/سيد أحمد محمد جاد الله:

سلطة القاضى إزاء العقد الإدارى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة
القاهرة، ٢٠٠٧.

دكتور/شريف يوسف خاطر:

دور القضاء الإدارى المستعجل فى حماية الحريات الأساسية، دار النهضة
العربية، ٢٠٠٩.

دكتور/شعبان أحمد رمضان:

مدى جواز الطعن بالإلغاء فى منازعات العقود الإدارية، دراسة تحليلية نقدية
فى النظامين الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

دكتور/صبرى محمد السنوسى محمد:

الإجراءات أمام القضاء الإدارى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

دكتور/صلاح الدين فوزى:

- الفساد الإدارى وآليات مكافحته، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية، سنة ٢٠١١.

- قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ - المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

دكتور/عادل الطبطبائي:

الطعن بتجاوز السلطة فى مجال العقود الإدارية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، ع٢، سبتمبر ١٩٨٧، ص٢٣.

دكتور/عاطف محمد شوقى سيد أحمد الشهاوى:

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس.

دكتور/عايدة مصطفى عبد الفتاح:

القرار الإدارى الباطل والقرار المعدوم، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

دكتور/عبد الحميد الشواربى:

العقود الإدارية فى ضوء الفقه - القضاء - التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

دكتور/عبد الحميد كمال حشيش:

القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة (دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى)، ج١، مجلة مصر المعاصرة، ع٣٦٢، أكتوبر ١٩٧٥.

دكتور/عبد الرؤوف هاشم بسيونى:

قرينة الخطأ فى المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

دكتور/عبد الرزاق أحمد السنهورى:

الوسيط فى شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الثانى، الطبعة الثالثة، تنقيح المستشار/ مصطفى الفقى

والدكتور/ عبد الباسط جميعي، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

دكتور/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة:

قضاء الأمور الإدارية المستعجلة (وقف تنفيذ القرار الإداري)، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.

دكتور/ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد:

مصادر الإجراءات القضائية، مطبعة حمادة، القاهرة، ١٩٩٤.

دكتور/ عبد الفتاح أبو الليل:

أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، ١٩٩٤.

دكتور/ عبد الله حنفي:

العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إيرامه، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

دكتور/ عبد الله نواف العنزي:

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في القانون الكويتي والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٨.

دكتور/ عبد المنعم جيرة:

آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٧١.

دكتور/ عثمان ياسين على:

تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إيرام العقود الإدارية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

دكتور/ عصمت عبد الله الشيخ:

- جدوى نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في تحقيق التوازن بين

الإدارة والأفراد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

- الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية،
٢٠٠٩.

دكتور/ عليوة مصطفى فتح الباب:

- الموسوعة العملية فى المناقصات والمزايدات وعقود الجهات
الإدارية، دار الفكر العربى، القاهرة، ١٩٩٩.

- القرار الإدارى الباطل والقرار المعدوم، دار النهضة العربية، الطبعة
الأولى، ١٩٧٧.

دكتور/ عمر حلمى فهمى:

طبعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

المستشار/ فتحى عطية السيد مصطفى:

الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون
رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته، ط٤، مطابع الشرطة للطباعة والنشر
والتوزيع، مصر.

دكتور/ فتحى فكرى:

- مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية،
١٩٩٥.

دكتورة/ مارينا هاشم شعبان الحنيطي:

القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية "دراسة مقارنة بين
القانونين الفرنسى والأردنى"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا،
جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٧.

دكتور/ مال الله جعفر عبد الملك الحمادى:

ضمانات العقد الإدارى، ط٢، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

دكتورة/ منال قاسم خصاونة :

النظام القانونى للغرامة التهديدية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧.

دكتور/محمد بن سعيد بن حمد المجري:

الرقابة القضائية على العقود الإدارية فى مرحلتى الانعقاد والتفويض،
رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، دون سنة نشر.

دكتور/ محمد باهى أبو يونس:

الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار
الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.

دكتور/ محمد حسين مجلى المجالى:

الضمانات الحديثة لتنفيذ الأحكام القضائية فى مواجهة الإدارة،
دكتوراه حقوق عين شمس، ٢٠١٨.

دكتور/محمد سعيد حسين أمين:

فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة،
١٩٩٢.

دكتور/محمد سعيد غندور وعمار مرشحة:

دعوى القضاء المستعجل الموضوعى السابقة للتعاقد فى فرنسا، مجلة
المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، م ٢٠، ع ٢/أ، ٢٠٠٤.

دكتور/محمد سمير محمد جمعة:

- إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دار الجامعة الجديدة،
الإسكندرية، ٢٠١٣.

- إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دراسة تحليلية تطبيقية
مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى، دكتوراه، جامعة المنصورة،

٢٠١١.

دكتور/ محمد خالد عبد الفتاح محمد:

المشكلات العملية فى قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩/٢٠١٠.

دكتور/محمد عبد الظاهر حسين:

الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثانى، يونيو، ١٩٩٨.

دكتور/محمد عبد العال السنارى:

الاتجاهات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة ، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤.

دكتور/محمد عبد اللطيف:

تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

دكتور/محمد عبد الله حمود:

النظام القانونى لإبرام العقد الإدارى عن طريق تقنينه، المناقصات (دراسة مقارنة بين التشريعين الإماراتى والبحرينى)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، كلية الحقوق، العدد الأول، ٢٠٠٥.

دكتور/محمد عبد الواحد الحميلى:

قضاء التعويض - مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

دكتور/محمد فؤاد عبد الباسط:

وقف تنفيذ القرار الإدارى، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ١٩٩٧.

دكتور/محمد كمال منير:

قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٨.

دكتور/محمد ماهر أبو العينين:

قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية (فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤)، الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى، ط٢، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠٤.

دكتور/مصطفى أبو زيد فهمى:

القضاء الإدارى ومجلس الدولة، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨.

دكتور/مصطفى كامل محمد على:

الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة، ٢٠٠٦.

دكتور/مطيع على حمود جبير:

العقد الإدارى بين التشريع والقضاء فى اليمن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.

دكتور/مهند مختار نوح:

الإيجاب والقبول فى العقد الإدارى (دراسة مقارنة)، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

دكتور/نواف كنعان:

النظام القانونى لإبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة وتطبيقية فى الأردن)، بحث منشور فى مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٥، العدد الأول، تموز ١٩٩٨.

دكتور/وهيب عياد سلامة:

الإلغاء الجزئى للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

Bandet (P.):

"La responsabilité encourue en matière des dommages de travaux publics et d'ouvrages publics", Berger- Levrault, 2002.

Benoit Delaunay:

Pour un intérêt à agir autonome en matière d'injonction, R.D.P. Paris, 2007.

Berteaud:

"De la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs envers les particulières, thèse Bordeaux", 1922.

Brechon-Monlènes. Ch:

- Choix des procédures, choix dans les procédures, A.J.D.A., 1998.
- Droit des marchés publics, T1, Moniteur, Paris, 1999.
- Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs, J.C.P.G., 1973.

Chapus (René):

Droit du contentieux administratif. 7 édition, Montchrestien, Paris, 1998.

Charles Guettier:

L'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., Paris, 1999.

Charles (Hubert):

Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français, contribution à une théorie de l'opération administratif, Paris, L.G.D.J., 1968.

Cot (P.):

La responsabilité civile des fonctionnaires publics, Thèse, Paris, 1922.

Couzinet. Ph:

Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de

passation des marchés publics, R.M.P., N° 272, 1993.

Davignon Jean Francois:

"La responsabilité objective de la puissance publique",
Thèse doctorat, Grenoble, 1976.

**De Laubadère (André) – Moderne (Franck) et
Delvolvé (Pierre):**

- Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J.,
Paris, 1983.
- Traité des Contrats Administratifs, Tome 2, L.G.D.J.,
Paris, 1984.
- Traité élémentaire de droit administratif. L.G.D.J.,
Paris, 1953.

De Laubadère (André):

Traité théorique et pratique des contrats
administratifs, L.G.D.J., 1959.

Debbasch (Charles) et Ricci (Jean Claude):

Contentieux administratif. 5 édition, Dalloz, Paris,
1990.

Douc-Rasy:

"Les Frontières de la Faute Personnelle et de Service
en Droit Français", Thèse doctorat, Paris, 1963.

Dupeyroux (H.):

"Faute Personnelle Et Faute De Service", Thèse, Paris,
1922.

El-Attar. F.:

Les marchés de travaux publics, Paris, 1963.

Elhossein M.:

Le contentieux d'annulation, comme exception dans le
domaine du contrat administratif, Université de Paris-I,
1997.

Ghestin J.:

Nouvelles propositions pour un renouvellement de la

distinction des parties et des tiers, R.T.D.C., 1994.

Guerard (Stéphan):

La notion de détachabilité en droit administratif français, Lille II, 1997.

Haim. V:

Les choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs, A.J.D.A., 1992.

Hoolo. G:

La pratique des référés administratifs, Gazette du Palais- Litec, Paris, 1993.

JEZE. G: Régime juridique des adjudications publiques, R.D.P., 1906.

Krassilchik (Michel):

La Notion d'acte détachable en droit administratif français, Paris, 1964.

Labettoulle. D:

Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif, A.J.D.A., 1999.

Lagumina. S Et Philippe. E:

Le référé précontractuel, A.J.D.A., 2000.

Marie Gentot:

Le controle juridictionnel des actes autorités administratives independantes, L.G.D.J., Paris, 2003.

Maugue. Ch:

- Bilan de l'actualité communautaire, législative et réglementaire, A.J.D.A., 1993.
- Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, A.J.D.A., 1998.

Péquignot (Georges):

Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Moutpellier, 1948.

POUYAYD. D:

La nullité des contrats administratifs L.G.D.J., Paris, 1991.

Richer. L:

- Droit des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris, 1995.

Rolin. F:

Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997.

Simler. Ph:

La nullité partielle des actes juridiques, L.G.D.J., Paris, 1969.

Vandermeeren R.:

Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A., 1994.