

الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

بين اعتبارات الواقع ومقتضيات المشروعية الدستورية

"دراسة نقدية لقانون التعاقدات العامة المصري مقارنةً بقانون
المشتريات العامة الفرنسي"

للدكتور

حسين أحمد مقداد

أستاذ مساعد بقسم القانون العام

كلية الحقوق جامعة حلوان

1441 هـ / 2020م

مقدمة

منذ أن أفردت التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص- تتسم قواعده بالصفة الأمرة، لم يتوان المشرع في الترخيص للإدارة في الخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام، في الظروف التي تقدر فيها أن إشباع حاجاتها المرفقية على النحو الذي يحفظ السير المنتظم والمطرّد لمرافقها العامة، لا سبيل إليه إلا من طريق التعاقد الاستثنائي؛ فحوّل لها صلاحية تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر- على ما تفتقر إليه هذه الطريقة التعاقدية من ضمانات التعاقد العام التي يكرس لها قانون التعاقدات العامة والتي من أجلها قُدمت طرق التعاقد الأصلية على ما عداها، ولا غرابة في ذلك؛ فالقاعدة الأصولية مؤداها أن الضرورات تبيح المحظورات.

بيد أن الغرابة، والتي هي مبعث إجراء هذه الدراسة، مكنها في النهج التوسعي للمشرع العادي، مؤخرًا، في التطبيقات أو الصور التي تجيز للإدارة تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي بذريعة الضرورة؛ ف جاء القانون رقم 182 لسنة 2018م بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، موسّعًا إلى حد كبير من نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة- على ما تتصف به فكرة الضرورة من غموض، وافتقارها إلى معايير موضوعية تحدها، ما قد يُظن معه أن واقع تعاقدات الإدارة سيشهد تحولاً جذرياً في طريقة إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقد العام- قوامه تحوّل الإدارة إلى طرق التعاقد الاستثنائية، متكررة لعلة أفراد تعاقدات الإدارة بنظام قانوني خاص يحد من سلطان إرادتها، بل

بالمخالفة للعديد من المبادئ الدستورية والقواعد القانونية التي تحكم إبرام العقود الإدارية- كمبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في التعاقد مع الإدارة وغيرهما، ما يتسع معه المجال لارتفاع معدلات الفساد في مجال التعاقدات العامة.

فلا مرأ في أن مجال التعاقدات العامة واحد من أكثر المجالات التي يتهدها خطر الفساد الإداري؛ لعظم المبالغ المالية التي يلتزم بها les Montants importants Engagés، واتساع نطاق السلطة التقديرية la Grande Discrétion المخولة للإدارة في كثير من مراحلها وإجراءاتها، وثقل البيروقراطية الإدارية la Lourdeur Bureaucratique، ما يجعلها سهلة المنال⁽¹⁾. ففي العام 2013م، قدرت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD، الأموال المفقودة بسبب الفساد في مجال التعاقدات العامة، بنسبة تتراوح ما بين 20 : 25 بالمئة من ميزانياتها⁽²⁾، فضلاً عما ينتج عن الفساد من تقويض للثقة التي المفترضة في الإدارة التعاقدية mine la confiance que la société place en son gouvernement، وإضرار بجودة المشروعات العامة وسلامتها nuit à

⁽¹⁾ في نفس المعنى؛ انظر:

Thomas Luijken & Maíra Martini: Le Rôle de La Passation de Marchés Publics en Ligne dans La Lutte Contre La Corruption, Transparency International, 28 août 2014, p. 2.

⁽²⁾ انظر:

OECD: Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement, 2013.

وتشويه la qualité et à la sécurité des projets et achats publics
فكرة التنافسية la corruption qui grève les marchés publics fausse
la concurrence⁽¹⁾.

موضوع البحث

تدور دراستنا حول مسألة جدلية بطبيعتها، والجدل فيها قديم متجدد؛ حيث الرغبة في الوقوف على مفهوم واضح ومحدد للضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، أو ما نقول لها الضرورة التعاقدية، في ضوء المفهوم العام للضرورة في مجال القانون العام وتحديداً في مجال القانون الدستوري، هذا الأخير الذي طالما أثير الجدل حول معيار الوقوف عليه. وآية تجدد الجدل حول مفهوم الضرورة التعاقدية ما لابس صدور القانون رقم 182 لسنة 2018م من جدل برلماني مرده لدى الكثيرين إلى الخشية من إفراط الإدارة في التحلل من القاعدة العامة في التعاقد مدّعةً بتطبيقات الضرورة التي أسهب المشرع في تقريرها- كما سبق أن أشرنا.

(¹) انظر:

Transparency International: Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide, 2014.

http://www.transparency.org/whatwedo/pub/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide

فما هي "الضرورة" التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد الاستثنائي وبالتحديد التعاقد بالاتفاق المباشر؟ وكيف لسلطة الإدارة في تقدير هذه الضرورة أن تتضبط بالمشروعية الإدارية في ظل المفاهيم المرنة التي تبناها المشرع العادي في تحديده للتطبيقات أو الصور التي تمثل ضرورة تعاقدية؟ هذا هو موضوعنا.

إشكالية البحث

ثمة إشكالية دقيقة تجعل من البحث في هذه المسألة أمراً لازماً - نظرياً وتطبيقياً، تكمن في تداعيات إفراط الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة، على العديد من الاعتبارات الدستورية والقانونية التي تحكم صلاحيتها في إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقدات العامة، وأولها: اعتبار المشروعية التعاقدية- إذ تستتر محاولات التحلل من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية من وراء فكرة الضرورة التي أسهب المشرع في تعداد تطبيقاتها، وثانيها: نقويض مكانة الإدارة وسمو مركزها القانوني في نفوس المتعاملين معها- إذ تنتكب بكثرة اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، في وجه العديد من المبادئ الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية، وما يستتبعه ذلك من إفراغ لهذه المبادئ من مضمونها، فضلاً عن الالتفاف على علة أفراد تعاقدات الجهات العامة بقانون خاص هو القانون رقم 182 لسنة 2018م، وثالث هذه الاعتبارات والذي يزداد معه الأمر صعوبة، امتناع اللجوء إلى قاضي العقد على غير أطرافه بموجب القرار الجمهوري بقانون رقم 32 لسنة 2014م بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن على

عقود الدولة- الشهير بقانون تحصين عقود الدولة⁽¹⁾، والذي قصر أحقية الطعن في مشروعية العقد الإداري على أطرافه من دون غيرهم مما قد تكون لهم مصلحة في ذلك⁽²⁾، وهو ما يجعل من فرض اتصال علم القاضي الإداري بالتصرفات العقدية غير المشروعة للإدارة أمرًا نادر الحدوث، وهو الأمر الذي يفسج المجال أكثر فأكثر أمام احتمالية توسُّع الإدارة في إشباع الحاجات المرفقية من طريق الاتفاق المباشر، غير متقيِّدة بإجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، وهي في مأمَن من مراجعة أعمالها قضائيًا.

(1) الجريدة الرسمية، العدد 16 مكرر (ح)، السنة السابعة والخمسون، 22 جمادى الآخرة 1435هـ، الموافق 22 أبريل 2014م.

(2) إذ ينص - وقوامه مادتان فقط غير مادة النشر - في مادته الأولى على أنه: "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 استنادًا 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"، وفي مادته الثانية على أنه: "مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات 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".

وإذا كان جمهور الفقه مستقرًا على أن "الضرورة" مسوّغ لتقديم طرق التعاقد العام الاستثنائية على طرقه الأصلية، وحيث إن أحدًا من الفقه لم يوغر في بيان مفهوم وأبعاد التطبيقات أو الصور التي عدّها المشرع العادي مسوّغات للتعاقد بالاتفاق المباشر، ربما اكتفاءً بالمفهوم العام لفكرة الضرورة في مجال القانون الدستوري أو ما استقر عليه القاضي الإداري من ضوابط عامة لفكرة الضرورة، فإن تقدير مشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى طرق التعاقد الاستثنائية، وعلى وجه الخصوص طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، سيركن إلى مفاهيم واسعة فضفاضة عسوية على القولية والتحديد، ما يحول دون محاسبة أخطاء الإدارة أو انحرافاتهما في تقدير الظروف التي تشكل ضرورة تسوّغ خروجها على القاعدة العامة في التعاقد العام.

أهداف البحث وأهميته

نتغيا من وراء البحث في هذه المسألة بلوغ عدة غايات جوهرية، تظهر أهمية البحث، ومنها

• بلورة نظرية فقهية واضحة الملامح لمفهوم ومعيار الضرورة التعاقدية التي تسوّغ خروج الإدارة على القاعدة العامة في التعاقد العام.

• التأكيد على استثنائية طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر كوسيلة لإشباع الحاجات المرفقية في حالات الضرورة، بما يضع صلاحية الإدارة في الاستناد إليها في نصابها الصحيح من غير إفراط ولا تفريط.

- التأكيد على أن توسُّع المشرع العادي في إقرار التطبيقات التي يتوافر لها وصف الضرورة التعاقدية، وما يستتبعه ذلك بحكم التطبيق العملي من توسُّع الإدارة في تفسيرها ومن ثمَّ التحلُّل من قيود وضوابط التعاقد العام التي أحيطت بها طرق التعاقد الأصلية، يفضي حتمًا إلى إفراغ قانون التعاقدات العامة من مضمونه عملاً.
- تزويد الإدارة الراغبة في التعاقد بدليل عملي يتضمن الضوابط والقيود الموضوعية والشكلية التي تحد سلطتها في التعاقد المباشر بدافع الضرورة؛ بما يسهم في تحقيق الرشد الإداري في المجال التعاقدية.

المنهج المتبع في البحث

أتبع في دراسة هذه المسألة منهجًا تحليليًا ثلاثي الأبعاد؛ فُجِّع فيه بين التفسير والنقد والاستنباط؛ حيث تحليل نصوص قانون التعاقدات العامة رقم 182 لسنة 2018م⁽¹⁾، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م⁽²⁾، المتعلقة بسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، وأهمها نصا المادتين 26 و 63 من القانون، ورصد مواطن القوة والضعف فيها؛ رغبةً في تقديم تصور فقهي قويم لما يتعين على الإدارة أن تلتزمه في مباشرة صلاحيتها الاستثنائية، وما ينبغي للمشرع العادي أن يتداركه من إعادة نظر في نهجه التوسعي في تعداد التطبيقات التي يتوافر لها وصف الضرورة

(1) الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر (د)، بتاريخ 3 / 10 / 2018م.

(2) الوقائع المصرية، العدد 244 تابع (ب)، بتاريخ 31 / 10 / 2019م.

المسوّغة للتعاقد المباشر، على ضوء الأصول المستقرة في مجال التعاقدات العامة، وذلك كله في محاولة جادة لتقديم نظرية متكاملة لضوابط سلطة الإدارة في التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة.

خطة الدراسة

تتقسم الدراسة في هذا البحث إلى فصلين رئيسيين، يتضمن كل منهما مبحثين، فمطلبين لكل منهما، يسبقهما مبحث تمهيدي، وتعبهها خاتمة، على النحو التالي:
مبحثٌ تمهيدي: في المفهوم العام للضرورة ومدى معياريته لمفهوم الضرورة التعاقدية.

المطلب الأول: مفهوم الضرورة في القانون العام.

المطلب الثاني: مفهوم وشروط الضرورة التعاقدية.

الفصل الأول: علة إفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص ومعياريتها لسلطة التعاقد المباشر.

المبحث الأول: الإطار القانوني لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة.

المطلب الأول: المبادئ الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف الاستثنائية.

المطلب الثاني: استثنائية التعاقد المباشر ودورها في تحديد نطاق سلطة الإدارة في اللجوء إليه للضرورة.

المبحث الثاني: أهمية اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالة الضرورة ومخاطر توسُّع الإدارة في مفهومها.

المطلب الأول: أهمية التعاقد المباشر في حالات الضرورة.

المطلب الثاني: مغبّة توسُّع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة.

الفصل الثاني: الضرورة الملجئة كمناط لمشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر.

المبحث الأول: نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة.

المطلب الأول: تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات العامة.

المطلب الثاني: مظاهر التوسُّع التشريعي في مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المطلب الأول: القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

المطلب الثاني: القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

الخاتمة.

مبحثٌ تمهيدي

في المفهوم العام للضرورة

ومدى معياريته لمفهوم الضرورة التعاقدية

تمهيد وتقسيم

باديء ذي بدء، لقد أفرد جمهور الفقه مساحة كبيرة لفكرة الضرورة الدستورية؛ حيث الخطر الجسيم الذي يتهدد إحدى مصالح الدولة العليا، وتقتصر القواعد العادية عن مجابته أو دَرءِ المفسد التي قد تترتب عليه⁽¹⁾⁽²⁾.

غير أن اهتمام الفقهاء والباحثين بفكرة الضرورة التي تسوّغ مسلك الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر، لم يكن على قدر اهتمامه بفكرة الضرورة الدستورية؛ فلم نقف - فيما قُدِّر لنا أن نعلم - على دور للباحثين في مجال التعاقدات العامة يتجاوز حد

⁽¹⁾ في نفس المعنى؛ انظر أ.د. عزيزة الشريف: الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان: المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي، 1998م، ص 55.

⁽²⁾ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 15 لسنة 18 ق. د، جلسة 2 يناير 1999م؛ حكمها في القضية رقم 1 لسنة 15 ق. د، جلسة 30 يناير 1993م؛ الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا (مكتبة حقوق الإنسان)؛ الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y18.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-1-Y15.html>

الإشارة إلى الحالات التي يجوز فيها التعاقد المباشر بدافع الضرورة. فلم نقف على مفهوم واضح ومحدد لما يمثل ضرورة تعاقدية، يمكن من خلاله الوقوف على مدى مشروعية مسلك الإدارة في مثل هذه الحالات، سيما وأن هذه الحالات تستند إلى مفاهيم فضفاضة عادة ما يصعب الوقوف على محدداتها. الأمر الذي يحدونا إلى طرح تصور لهذا المفهوم- يميّزه عمّا قد يختلط به من مفاهيم. وذلك من طريق التقسيم التالي

المطلب الأول: مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المطلب الثاني: تمييز الضرورة التعاقدية عن غيرها من المفاهيم.

المطلب الأول

مفهوم الضرورة في القانون العام

قوبلت فكرة الضرورة باهتمام فقهي كبير في فرنسا ومصر، على حد سواء؛ إذ عني الفقهاء في الأولى بشرح المادة 16 من دستور 1958م في شأن السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية⁽¹⁾، بينما عكف الفقهاء في الثانية على دراسة المادة 74 من دستور 1971م⁽²⁾. وحيث إن مقام البحث لا يتسع لعرض ما كرسه فقهاء القانون

(1) إذ تنص في فقرتها الأولى على أنه: "عندما تكون مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ التزاماتها الدولية مهددة بشكل خطير وفوري، يوقف العمل المنتظم للسلطات العامة الدستورية، ويتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تتطلبها هذه الظروف"؛ ونصها بالفرنسية هو:

«Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances».

(2) وكان نصها: "الرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها". وقد حلت محلها المادة 156 من الدستور الحالي، ونصها: "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز

العام في صدد المفهوم العام للضرورة- تحاشياً لرتابة التكرار، فنقصر المعالجة في هذا المطلب على عرض مختصر لما استقر فقهاً وقضاءً تجاه فكرة الضرورة في محيط القانون العام بفرعيه الإداري والدستوري.

فقد استقر وازع الفقه⁽¹⁾ والقضاء⁽²⁾ الفرنسيين على أن الضرورة بمفهومها العام، تتصرف إلى حالة الاستعجال التي قد ينتج عنها ضرر لا يمكن تلافيه، إلم تتم معالجتها بشكل فوري، هذه الحالة التي تبرر تعزيز أو توسيع سلطات الإدارة لمواجهة إما خطر وشيك ناتج عن اعتداء مباشر على أحد عناصر النظام العام، أو ناشيء عن أحداث تحمل في طياتها طابع الكارثة العامة «soit en cas de

لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو اذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار.".

(¹) انظر:

Jacques Robert: Les Situations D'urgence en Droit Constitutionnel, R.I.D.C., 1990, p. 751.

(²) انظر:

Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020; Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm>

Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017; M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017635QPC.htm>

péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique»

وفي مصر، فقد حازت فكرة الضرورة اهتماماً فقهياً كبيراً، فبدأت أولى محاولات التكريس الفقهي لها في العام 1944م⁽¹⁾، ثم تبعها العديد من المحاولات الفقهية، والتي التقت جميعاً على أن الضرورة المسوّغة للخروج على القواعد القانونية المقررة للظروف العادية هي: "حالة مفاجئة تحمل في طياتها أخطاراً جسيمة"⁽²⁾ حالةً ومؤكدة⁽³⁾، استثنائية وغير مألوفة وشاذة، تهدد النظام العام أو أحد عناصره، أو تهدد سير المرافق العامة، ويستوي أن تكون هذه المصالح مقصودة في ذاتها أو

(1) تعد المحاولة البحثية الأولى في هذا الصدد، تلك التي حملت عنوان اللوائح التشريعية، للدكتور السيد صبري سنة 1944، ص 5 وما بعدها.

(2) للمزيد من التفاصيل حول مفهوم الخطر الجسيم؛ انظر: أ. د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 87.

(3) الخطر الحال هو الخطر الواقع فعلاً أو الخطر وشيك الوقوع على نحو مؤكد. ومن ثم يكون الخطر حالاً، إذا كان قد بدأ بالفعل ولم ينته بعد، أما إذا كان الخطر قد حدث فعلاً وانتهى، فلا يعتبر حالاً؛ لأنه قد انقضى وترتبت آثاره، وكذلك لا يكون الخطر حالاً، إذا كان متوهماً - لم يتحقق بعد؛ للمزيد انظر: د. هاني علي إبراهيم الطهراوي: نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والاداري الأردني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 168 وما بعدها.

يكون المقصود هو الأوضاع الشاذة التي يترتب على تهديدها خطر جسيم حقيقي ومؤكد وفعلي وغير محتمل"⁽¹⁾(²).

وقضاءً، فقد أقرت المحكمة الدستورية العليا فكرة الضرورة كمسوّج لكسر معيارية النصوص المقررة للظروف العادية؛ فقضت بأنه: "ولئن كان الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة - سن التشريعات - التي أقامها الدستور عليها، إلا أن الدساتير المصرية جميعها كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولي كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، بضرورة صون كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها - من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها. يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية، أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً لمواجهة التزاماتها الدولية....، وتلك هي حالة الضرورة

(¹) انظر: أ. د. عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة- دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1955، ص 95.

(²) انظر أ. د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة...، مرجع سابق، ص 20؛ أ. د. يسري العصار: نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 9 وما بعدها؛ أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 16؛ أ. د. إبراهيم درويش: نظرية الظروف الطارئة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 10، العدد 4، أكتوبر ديسمبر 1966، ص 138؛ أ. د. عبد الحميد متولي: نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، د. ن، 1975، ص 201.

التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي⁽¹⁾.

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بمعيار قريب مما أقرته المحكمة الدستورية العليا، فقضت بأنه: "ومن حيث إنه عن الوجه الثالث من الطعن، والمتعلق بسلطة رئيس الجمهورية في تطبيق المادة (74) من الدستور: فإنه بالاطلاع على نص هذه المادة يبين أنها قد حوّلت رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ الإجراءات السريعة لمواجهة الخطر الذي قد يحدث بالبلاد، لكنها لم تجعل سلطته في هذا المجال مطلقة من كل قيد، وإنما قيدتها بأن يكون ثمة خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، وأن تكون هذه الإجراءات لازمة وضرورية لمواجهة هذا الخطر، فإذا لم يوجد الخطر أصلاً أو وُجد ثم زال قبل أن يستخدم رئيس الجمهورية السلطة المخولة له في هذا الشأن، فإن ما يتخذه من قرارات استناداً إلى تلك المادة يضحى مخالفاً لأحكام الدستور

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 25 لسنة 16 قضائية دستورية، جلسة 3 يولييه 1995م، الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا؛ الرابط التالي:

والقانون مما يستدعى ولاية الإلغاء التي يمارسها القضاء الإدارى على القرارات الإدارية غير المشروعة"⁽¹⁾.

أما عن الضرورة في محيط القانون الإداري، فقد كان لمحكمة القضاء الإداري فضل السبق إلى تحديد شروطها ومحدداتها- فقضت في واحدٍ من أحكامها بأن: "حالة الضرورة، مقتضاها أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم، يقتضى أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة العامة، بحيث لو تريتت إلى حين صدور حكم القضاء لترتب على ذلك أخطار جسيمة، ومن ثم فقد جرى القضاء الإدارى فى مصر على أنه لا تقوم حالة الضرورة إلا بتوافر أركان أربعة: أولاً: أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن؛ ثانياً: أن يكون عمل الضرورة الصادر من الإدارة، هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر؛ ثالثاً: أن يكون العمل لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة؛ رابعاً: أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفته. وهذه الأركان جميعها ترجع الى أصليين معروفين من أن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها"⁽²⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم الطعن رقم 7943 لسنة 46 قضائية عليا، جلسة 27 مارس 2004م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا(من أول أكتوبر 2003 إلى آخر سبتمبر 2004)، السنة التاسعة والأربعون، ص 493.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في القضيتين رقمي 444 لسنة 7 قضائية، و730 لسنة 8 قضائية، جلسة 26 مارس 1966م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري (من أول أكتوبر 1965 إلى آخر يونيه 1966)، السنة الحادية عشرة، ص 565.

ونخلص مما سبق إلى أن مفهوم الضرورة في القانون العام يمثّل الأصل الذي يُنطلق منه في تحديد مفهوم الضرورة في غيره من فروع القانون الأخرى⁽¹⁾. أخذًا في الاعتبار ما بين ضرورة الخروج على قواعد دستورية وضرورة الخروج على طرق التعاقد الأصلية من أوجه تباين مردها إلى اختلاف مجال كل منهما من ناحية، ونطاق سلطة الإدارة في كل منهما من ناحية أخرى. يضاف إلى ذلك خصوصية التعاقدات العامة التي تقتضي قدرًا من المرونة في الأوصاف التي تتوافر بها الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر إذ تستهدف الحفاظ على السير المنتظم والمطرّد للمرافق العامة.

(1) في نفس المعنى؛ انظر أ. د. عبد الحميد متولي: الوسيط في القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1956، ص 340.

المطلب الثاني

مفهوم وشروط الضرورة التعاقدية

إن الوقوف على ماهية الضرورة المسوّغة للجوء الإدارة⁽¹⁾ إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، ومن ثم جواز خروجها على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد، يسهم بشكل مباشر في تحقيق الإدارة مقاصد قانون العقد الإداري إذ تقف على مفهوم محدد للطرف الذي يسوغ لها تقديم طريقة التعاقد المباشر على غيرها من طريق التعاقد، استثنائية كانت أو أصلية، وفي الوقت ذاته يسهم في تمكين الراغبين في التعاقد العام من تقدير مسلكها في قصر التعاقد على البعض تدرعاً بحالة الضرورة، ومن ثمّ تقرير اللجوء إلى القاضي الإداري طعنًا في مشروعية مسلكها، وكذا يدعم ما يستقر في وزاع القاضي الإداري من مبادئ ونظريات في تقديره لمشروعية عمل الإدارة المتعاقدة في مثل هذا الفرض. فهذه الاعتبارات جميعًا

(1) ينصرف مفهوم الإدارة التعاقدية - وفقًا للمادة الأولى من مواد إصدار قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة الجديد - إلى الجهات التي تضمها الموازنة العامة للدولة، ووحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، وما يتبع هذه الجهات من وحدات ذات طابع خاص والصناديق الخاصة، فيما عدا صناديق الرعاية الاجتماعية المنشأة بها، والمشروعات الممولة من الحسابات الخاصة، دون الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية، وذلك كله فيما لم يرد في شأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو بتنظيمها، أو في لوائحها الصادرة بناء على تلك القوانين أو القرارات.

تُظهِر بجلاء أهمية الوقوف على مفهوم الضرورة التي تسوّغ إبرام العقد الإداري من طريق التعاقد المباشر.

تشدد مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الضرورة التعاقدية ووصفها بالملجئة في إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري

هذا، وقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في أوصاف الظرف الذي يسوّغ للإدارة التحلل من إجراءات وشكليات التعاقد الأصلية؛ فاستقر قضاؤه على ضرورة توافر حالة الاستعجال القصوى أو الاستعجال القهري *L'urgence impérieuse* لتوافر الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر⁽¹⁾.

وهو ما يستفاد من العديد من الأحكام التي تواتر فيها مسلك القاضي الإداري الفرنسي على اشتراط أوصاف صارمة في الحالة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد الاستثنائي، وهي: أن تكون الظروف التي تجابهها الإدارة غير متوقعة؛ وألا

(¹) انظر كلاً من:

Sophie Lapisardi: *Marchés Publics.. Quand l'urgence commande*, Le Moniteur, Réglementation, 19 mars 2010, p. 83;

Hervé Letellier: *Contrôle juridictionnel de l'urgence et recours aux contrats de partenariat*, Dossier: *Le PPP vecteur de relance?*; *Contrats Publics* – n° 89 – juin 2009, p. 83, 84.

يكون حدوثها معزواً إلى فعل الإدارة، وألا يتسع وقت التحرك لإشباع الحاجة المرفقية لما يستوعب إجراءات التعاقد العادية⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن المدقق في الشروط التي استقر عليها وازع الفقه الفرنسي في تفسير نص المادة 35 من قانون المشتريات العامة، وفي القيود التي تُستخلص من هذه الشروط، أن المدقق في ذلك يخلص إلى انحسار سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي في أضيق نطاق لها؛ فاشتراط أن يضيق وقت التحرك إلى إشباع الحاجة التعاقدية عن الوقت الذي تستغرقه طرق التعاقد العادية من غير طريق التعاقد المباشر، يجعل من فرض لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر فرضاً نادر الحدوث، وهو ما يتفق مع الطبيعة الاستثنائية لطريقة التعاقد المباشر.

(¹) انظر على سبيل المثال:

CE, 24 mai 2017, Société Régale des îles, n° 407213;

CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique n° 396191;

CE, 14 février 2017, GPMB, n° 405157;

CE, 8 février 1999, Préfet de la Seine-et-Marne, n° 150919;

CE, 8 janvier 1992, Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines, n° 85439;

CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion, n° 117717;

CE, 23 février 1990, Commune de Morne-à-L'eau, n° 69588.

وهذا هو إطار المشروعية الصحيح لسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة⁽¹⁾.

وفي مصر، فقد دأبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على استعمال مصطلح "الضرورة الملجئة" في مقام الحديث عن سلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر؛ إذ تقرر أن: "...، المشرع أجاز لجهة الإدارة تعديل كميات أو حجم العقد بنسب تتجاوز النسب المشار إليها في الفقرة الأولى منها، وذلك في حالة الضرورة الملجئة.."⁽²⁾. وبأنه: "فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر حدد المشرع موجباته، وحالاته، وحدوده القصوى، وسلطة الاستثناء من هذه الحدود، وخوّل المشرع رئيس مجلس الوزراء الإذن بالتعاقد فيما يجاوز هذا النصاب شريطة وجود حالة ضرورة قصوى ملجئة إلى الإذن بالتجاوز، وهذا الاستثناء بحسب صريح النص، وموضعه، يقتصر حكمه على الحالة التي ورد

(1) انظر في نفس المعنى:

Sophie Lapisardi: Marchés Publics.. Quand l'urgence commande, op. Cit, p. 82.

(2) فتوى رقم 331 بتاريخ 17 / 6 / 2000، ملف رقم 54 / 1 / 342، مجلة البحوث المالية والضريبية، الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب.

بشأنها، وهي الإذن بتجاوز الحد الأقصى دون أن يمتد إلى باقي ضوابط التعاقد بالاتفاق المباشر"⁽¹⁾(²).

تصور الباحث لمفهوم الضرورة المسوّغة لتقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر

يمكن لنا أن نعرّف الضرورة التعاقدية، بأنها: حالة تُبَاغَت فيها الإدارة- على حذرها وتحسُّبها، بما لا دخل لإرادتها في حدوثه، فيوشك نشاطها المرفقي المنتظم أن

(¹) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 878 بتاريخ 26 / 4 / 2017م؛ الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة المصري؛ الرابط التالي:

<http://www.ecs.eg/archives/1613>

(²) ومن نافلة القول، أن قضاء محكمة النقض مستقرّ على أن الضرورة المسوّغة للبيع بالجدك هي الضرورة الملجئة؛ إذ تقضي في غير ما مرة بأنه: "أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كانت الفقرة الثانية من المادة 594 من القانون المدني تشترط للحكم بإبقاء الإيجار في حالة بيع المتجر أو المصنع الكائن بالعين المؤجرة قيام ضرورة تقتضى البيعوكان المشرع لم يضع في هذه المادة ضابطاً يستهدى به في تحديد الضرورة، بل ترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع يستخلصها من ظروف البيع مسترشداً في ذلك بالأسباب الباعثة عليه، ...، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بفسخ عقد الإيجار وإخلاء العين، بالتأسيس على قرائن متساندة من بينها خلو الأوراق مما تستخلص منه المحكمة الضرورة الملجئة للبيع بالجدك دون أن يعرض لدفاع الطاعنين سالف البيان ولدلالة المستند المقدم منهم تأييداً له رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير معه - إن صح - وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه لهذا الوجه..."; حكم محكمة النقض في الطعن رقم 1621 لسنة 74 ق، جلسة 14 ديسمبر 2005، مجموعة أحكام النقض المدني، السنة 56، ص 881.

يتوقف، إلا أن تبادر إلى إشباع حاجتها المرفقية من طريق التعاقد بالاتفاق المباشر بغرض الحفاظ على السير المنتظم لهذا النشاط.

وتحمل عبارات هذا التعريف، العديد من المعاني الجوهرية في سياق ضبط سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة- نعدّها بمثابة الشروط التي ينبغي توافرها فيما تسمى ضرورة تعاقدية؛ أهمها:

أولاً: أن الضرورة التعاقدية قد تكون حالة واقعية وقد تكون واقعة قانونية، تتمثل الأولى في واقعة مادية تحدد الإدارة إلى التصرف على نحو استثنائي- ومثالها الطرف الفجائي الذي لم تتوقعه ولم يكن لها أن تتوقعه، وتتمثل الثانية في وجود نص قانوني يسوّج الخروج على طرق التعاقد الأصلية- ومثالها النص على جواز لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر لسبب أمني أو فني.

ثانياً: أن الطرف الذي يتوافر به وصف الضرورة التعاقدية، ظرف غير متوقع الحدوث من جانب الإدارة، رُغم التزامها أعلى درجات الحيطة والحذر. والعبرة في ذلك بما ينبغي للإدارة الرشيدة أن تكون عليه من تأهب واستعداد، لا بما عليه واقع الإدارة من تراخ وإهمال في إشباع الحاجات المرفقية، وعليه، فإن قدرة الإدارة على توقع الطرف الذي تعالجه بالتعاقد المباشر، لا يسوّج مسلكها في اللجوء إلى التعاقد المباشر، ومن ثم يقيم مسئولية عمّالها عن الخروج على القاعدة العامة في التعاقد- كما نعرض لاحقاً.

ويمكن الاستدلال على فكرة عدم التوقع أو القدرة على التوقع على ما يشترط لانطباق أحكام نظرية الظروف الطارئة التي تتأسس على عدم القدرة على التنبؤ la théorie de l'imprévision بالخطر الاستثنائي الذي يتهدد التوازن المالي للعقد ،Un aléa exceptionnel qui bouleverse l'économie du contrat جراء خسارة المتعاقد التي تستوجب تدخل الإدارة لمشاركته في جزء منها بما يمكنه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، حتى لا يتوقف المرفق La nécessaire continuité des services publics⁽¹⁾.

ثالثاً: أن الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى التعاقد المباشر، ليست من صنيعها- لا بقصد ولا بدون قصد، وإنما هي خارجة عن إرادتها. ويتسع معنى خروج الحالة الاستثنائية عن إرادة الإدارة ليشمل عدم علمها بهذه الظروف ومن ثم توقعها، أو عدم قدرتها على العلم بها ومن ثم عدم توقعها. فإذا كان الطرف الاستثنائي الذي يحمل الإدارة إلى التعاقد المباشر معزواً إلى صنيعها- من طريق

(¹) للمزيد؛ راجع:

Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux;

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>

FallaitPasFaireDuDroit.fr: La théorie de l'imprévision, gage de la pérennité des contrats administratifs; (CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclair-âge de Bordeaux), 5/2019, p. 4.

التقصير والإهمال والتراخي وغيره، أو من طريق الانحراف والتعسف والاستغلال وغيره، أو كانت عالمة به أو متوقعة له، أو كان بمقدورها أن تعلم به أو تتوقعه، فلا ضرورة تعاقدية لها على الحقيقة.

فقد تتراخى الإدارة - مُهملةً أو مُتعمدةً - في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق أساليب أو طرق التعاقد الأصلية، ثم تتوارى خلف أستار فكرة الضرورة أو الاستعجال لتسويغ مسلكها - غير المشروع - في اللجوء إلى التعاقد المباشر، بما يفتح بابًا خلفيًا لتحللها من الإجراءات والشكليات التي تكبل إرادتها في أساليب التعاقد الأخرى، ومن ثم الالتفاف على غاية المشرع من وراء أفراد تعاقدات الجهات العامة بنظام قانوني خاص. وهو الأمر الذي ينبغي التحسب له بتقرير عدم مشروعية مسلك الإدارة في اللجوء إلى أسلوب التعاقد المباشر في الظروف الاستثنائية التي تولدت عن خطئها - إهمالاً كان أو عمدًا، ومن ثم ترتيب مسؤوليتها التأديبية كما نعرض لذلك لاحقًا.

وإذا كان المشرع قد استحدث إدارةً لتخطيط احتياجات الإدارة خلال السنة المالية، بما يضمن استقرار السير المنتظم والمطرد لمرافقها العامة⁽¹⁾، وعلى فرض أن هذه

(1) تنص المادة 3 من قانون التعاقدات العامة، تحت عنوان إدارة التعاقدات والمهام الموكلة إليها، على أنه: "تتشأ بالجهة الإدارية إدارة للتعاقدات أيا كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي، تشكل من عدد كاف من العناصر المؤهلة والمدربة، وتتولى مباشرة الاختصاصات الآتية: 1. تخطيط الاحتياجات السنوية للجهة الإدارية، واتخاذ الإجراءات اللازمة للتعاقد عليها، ..". وتنص المادة 9 من ذات القانون على أنه: "يجب على الجهة الإدارية وضع خطة

الإدارات تقوم بمهامها على النحو الذي يستهدفه المشرع من وراء استحداثها، فإن ذلك يجعل من فرض تفاجؤ الإدارة بما لم تتوقع ولم يكن في مقدورها توقعه في فترة التخطيط لاحتياجاتها، فرضاً نادر الحدوث عملاً، إلا أن تكون الحالة الاستثنائية جدية بالفعل بوصف الضرورة التعاقدية التي تجعل من تصرف الإدارة الاستثنائي تصرفاً مشروعاً.

رابعاً: ألا يكون ثم سبيل لمجابهة هذا الظرف المباغت للإدارة، إلا سبيل التعاقد المباشر، حتى إذا كان بمقدورها مجابهة هذا الظرف بطريقة تعاقد أخرى، لم يستسغ لها اللجوء إلى التعاقد المباشر - كأن يكون بإمكانها مجابهة هذا الظرف من طريق الممارسة مثلاً، فتؤثر طريقة التعاقد المباشر عليها. فكما هو معلوم أن ترك الأصل وهو اللجوء إلى طرق التعاقد الأصلية، ومن ثم اللجوء إلى التعاقد المباشر وهو الاستثناء، مرهون بالألا يكون ثم بدّ آخر لإشباع الحاجة التعاقدية في مثل هذا الظرف سوى التعاقد المباشر.

باحتياجاتها السنوية بالتزامن مع تقديم مشروع موازنتها لوزارة المالية، تتضمن العمليات المتوقع تنفيذها خلال السنة المالية المقبلة وذلك وفقاً للنماذج التي تعدها الهيئة العامة للخدمات الحكومية لهذا الغرض، ويتم اعتمادها من السلطة المختصة دون غيرها، ...، وعلى الجهة الإدارية تعديل خطة احتياجاتها في ضوء ما تم تخصيصه وإقراره لها من اعتمادات مالية، واعتماد هذا التعديل من السلطة المختصة دون غيرها، ...". وتتص المادة 3 من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه: "وبمراعاة المهام الواردة بالقانون وهذه اللائحة، تتولى إدارة التعاقدات القيام بالآتي: 1. ...؛ 2. ...؛ 7. تخطيط التعاقدات، بما في ذلك إعداد خطة الاحتياجات السنوية للجهة، وخطط التعاقدات وعمليات التعاقد".

خامسًا: ألا تستغرق عملية التفاوض والإسناد المباشر وقتًا مماثلًا أو يزيد عن الوقت الذي يكفي الإدارة الراغبة في التعاقد للتحرك من أجل إشباع الحاجة المرفقية بواسطة طريقة تعاقد أخرى خلاف طريقة التعاقد المباشر، وإلا فيجدر بالإدارة أن تُقدِّم طريقة التعاقد الأنسب لهذا التوقيت على طريقة التعاقد المباشر. وتعد هذه النقطة من أدق النقاط التي قد يصعب على قاضي المشروعية التنبُّت منها لعللة عدم تصريح الإدارة بالمدة التي استغرقها التوصل لاتفاق مباشر مناسب، وربما يمكنه ذلك عقب صدور قانون التعاقدات العامة الساري؛ إذ قيّد المشرع جهة الإدارة أن توثق كافة المراحل التي يمر بها التعاقد بأية طريقة من طرق التعاقد- أصلية كانت أو غيرها⁽¹⁾.

وتطبيقًا لذلك، تنص المادة الثانية والستين من قانون التعاقدات العامة في فقرتها الخامسة على أنه: "... 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، ...".

وبناء على ما سبق، فإن لجوء الإدارة المتعاقدة إلى الإسناد المباشر ولو لخطر حال في ظروف كان بإمكانها مواجهتها بوحدة من طرق التعاقد الأصلية أو

(1) "تلتزم إدارة التعاقدات بالجهة الإدارية بفتح ملف لكل عملية تحفظ به جميع المستندات والبيانات المتعلقة بالإجراءات، ويتضمن جميع المخاطبات الداخلية والمراسلات التي أرسلت منذ بداية إجراءات العملية، مع الحفاظ على ما يحتويه الملف من مستندات وبيانات. ولا يجوز إفشاء أي من هذه المستندات والبيانات أو الاطلاع عليها من أطراف أو أفراد غير معينين بها إلا لجهات التفتيش والفحص والمراجعة، وفقا للقوانين والقرارات المنظمة لذلك" (المادة 82 ق).

بطريقة استثنائية أخرى خلاف طريقة التعاقد المباشر، ينفي قيام الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، ومن ثمّ عدم مشروعية مسلكها التعاقدية.

الخشية "المحققة" من توقّف السير المنتظم للمرفق العام، معيار توافر الضرورة التعاقدية

إذا كنا نقول بتوقّف المرفق العام كمعيار لتوافر الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، فإنّ التساؤل يثار حول المقصود بالتوقف في هذا السياق؛ أيشترط فيه الاستحالة المادية التي يتوقف معها المرفق تمامًا عن تقديم الخدمة المنوطة به أم يكفي فيه بتوقف السير المنتظم للمرفق؟

يستقرّ وازع جمهور الفقه على أن توقف السير المنتظم للسلطة العامة يتوافر به وصف الضرورة المسوّغة لنزول الإدارة عن القواعد العامة، بمعنى أنه لا يشترط أن تكون السلطة العامة في حالة تعجز معها عن القيام بمهامها تمامًا، وإنما يكفي أن يتعذر عليها القيام بهذه المهام بطريقة طبيعية⁽¹⁾. وعليه، فإنّ مفهوم التوقّف ينصرف إلى توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق بالمخالفة لمبدأ ضرورة سير

(1) ثمّ رأي فقهي فرنسي مرجوح مفاده أن المقصود بتوقف السير المنتظم للسلطة العامة، هو الاستحالة المادية التي تمنعها من القيام بمهامها من الأساس، بينما تستقرّ غالبية الفقه الفرنسي على ضرورة تفسير هذا الشرط تفسيرًا واسعًا؛ مؤداه الاكتفاء بتوقف السير المنتظم للسلطة الدستورية؛ انظر في عرض الاتجاهين: د. أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 52.

المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾، لا إلى توقف المرفق تمامًا عن تقديم الخدمة الإدارية التي يقوم على أمر إشباعها.

ونجد لهذا المعيار أساسًا قانونيًا فيما أورده المشرع في عجز المادة الثانية والستين من قانون التعاقدات العامة؛ إذ تنص على أن: "...، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية،..."، وذلك بعدما أورد في صدرها الحالات السبع التي يجوز فيها للإدارة تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر لتوافر حالة الضرورة. ضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهة الإدارية، يستتبع الإقرار بأن توقف السير المنتظم والمطرد للمرفق يمثل ضرورة تسوّغ مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للحيلولة دونه.

هذا، وتأخذ حكم توقف السير المنتظم، الخشية الفعلية من توقف السير المنتظم للمرفق؛ لعدة جوهرية قوامها أن الإدارة مطالبة باتخاذ ما يلزم من تدابير وإجراءات وقائية بما يمكنها من درأ المخاطر التي قد تتهدد استمرارية أنشطتها الإدارية وفق المبدأ الدستوري- مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وألا تنتظر حدوث

(¹) انظر:

Francis MER et autres: Comment garantir la continuité du service public, Fondation pour l'innovation politique, Janvier 2005, Paris – France, p. 3 et suiv;

Fallait Pas Faire Du Droit.fr: Les lois du service public: continuité, adaptabilité, égalité, laïcité, no éditeur, no Date, p. 4 et suiv;

CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

الخطر المحقق بها ثم تبادر إلى معالجة آثاره. شريطة أن تكون هذه الخشية مؤكدة لا محض حدس أو توهم من قبل الإدارة.

وقد أحسن المشرع صنيعةً في الإصدار الجديد من قانون تعاقدات الجهات العامة إذ يؤكد المعنى المتقدم في أكثر من بند من بنود المادة 62 منه والتي تنص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من الحالات: 1. الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما؛ 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفاءة سير العمل بالجهات الإدارية، وألا يكون ذلك ناجماً عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات".

وتمّ تساؤل جوهري يُطرح- قوامه هل يكفي تقديم الخدمة على نحو سيء أو التأخر في تقديمها لتبرير لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر للتحلل من المسؤولية القانونية التي قد تقع فيها جرّاء استياء الجمهور من الخدمة التي يتلقاها؟

كما هو معلوم أن إخلال الإدارة بالتزامها في تقديم الخدمة المنوطة بها يتخذ صوراً ثلاث؛ الأولى: تقديم الخدمة على نحو سيء والتي تُعرف فقهاً بسير المرفق على وجه سيء، والثانية: التأخر أو التباطؤ في تقديم الخدمة، والثالثة: الامتناع عن تقديم الخدمة في فرض يوجب القانون عليها تقديمها- فهذه الحالات هي التي

يتوافر بها الخطأ المرفق الذي تتعد به مسؤولية الإدارة. ولكن مساءلة الإدارة في هذه الفروض محمولة على الظروف العادية التي لا تجابه فيها الإدارة ظروفًا استثنائية أو طارئة، بينما يرد تأخرها في تقديم الخدمة أو تقديمها على نحو سيء في الطرف الذي تتحقق به حالة الضرورة التعاقدية إلى هذا الطرف، ومن ثم فإن تقديم الخدمة الإدارية على نحو سيء أو التأخر في تقديمها لا يسوغان بذاتهما لجوء الإدارة إلى التعاقد الاستثنائي؛ فالأصل أن ذلك يكون إما معزواً إلى تقصير الإدارة في الطرف العادي، وهو ما يقيم مسؤوليتها الإدارية، أو إلى ما لا دخل لإرادتها فيه، وفي هذا الفرض يكون تحركها لإشباع الحاجة المرفقية معزواً إلى الطرف الذي يشكل ضرورة لا إلى النتيجة التي يربتها هذا الطرف وهي التأخر في تقديم الخدمة أو تقديمها على نحو سيء.

عدم كفاية الطرف السياسي الحرج لتحقيق معنى الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

قد تجابه الدولة ظرفاً سياسياً حرجاً، يقتضي الإسراع في اتخاذ التدابير الكفيلة بإشباع الحاجات العامة المرفقية، وهو ما يثير التساؤل عما إذا كان هذا الطرف "في عمومته" يُمثّل ضرورة تعاقدية تسوّغ مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر من عدمه؟ ورداً على هذا التساؤل أقول بأن مجرد توافر الطرف السياسي الحرج في ذاته لا يمثل ضرورة تسوّغ التحلل من طرق التعاقد الأصلية، إلا أن يكون الطرف قد أثر في أداء مرفق معين إلى الحد الذي لا يدع له بديلاً عن

اللجوء إلى التعاقد المباشر للتمكن من إشباع الحاجة المرفقية، بمعنى أن يكون الخطر المصاحب لهذا الطرف محددًا في جانب وحدة معينة من الوحدات الإدارية المخاطبة بقانون العقد الإداري.

وهو ما تؤكدّه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع؛ إذ تفتي بأنه: "وإذا كان من طبيعة المباني المطلوب تشييدها ما قدرت أوضاع السياسة أن يجرى التعاقد عنها بالمخالفة لأحكام القانون، فإن جهة الإدارة قد عرضت العقد على مجلس الدولة وهو جهة بحث قانوني وفحص إجرائي للعقود والتصرفات، فإن المجلس ليس من جهات التقدير السياسي وليس هو وليس من جهة أخرى يخولها القانون الترخيص لجهات الإدارة بالتعاقد المخالف، وإن ما ساغ به لجهة الإدارة أن تتخفف من حكم القانون، كان خليفًا بها أن تتخفف أيضًا مما ألزمها القانون به من مراجعة العقد على مجلس الدولة، ومجلس الدولة لا يملك إلا تطبيق القانون وإبداء الرأي في حدوده"⁽¹⁾.

(1) "الحاصل في العقد المائل أنه أبرم بالأمر المباشر رغم قيمته الباهظة، وبمنأى عن كل قواعد القانون وبخروج سافر عليها وبتكئة من موافقة رئيس مجلس الوزراء على هذا الإسناد بالرغم من أن القانون لم يخوله اختصاصا في هذا الشأن. فقد جاءت هذه الموافقة ممن لا يملكها وعامة في مداها لا تتصرف إلى الأعمال محل هذا العقد بذاتها وإنما شاملة لمعظم مباني وزارة الداخلية أو كلها وتمثل استثناء لا يملكه إلا السلطة التشريعية التي ناط بها الدستور سلطة سن التشريعات. وجرى إسناد الأعمال محل هذا العقد بالأمر المباشر إلى إحدى شركات القطاع الخاص بأسعار قيل أنها مناسبة في البداية ثم بان ارتفاعها وجرى تخفيضها من مهندسى وزارة التعمير ورغم هذا الخفض فقد خلت الأوراق من دليل يطمئن اليه بمناسبتها. وقد عرضت الجهة الإدارية هذه

مدارج الضرورة التعاقدية في ظل الجمع بين مصطلحي "الضرورة" و"الضرورة

القصوى"

استعمل المشرع في قانون التعاقدات العامة الجديد، مصطلحين متقاربين المعنى أو بالأدق متداخلين، في مقام الترخيص للإدارة باللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة- "الضرورة" و"الضرورة القصوى". وهو ما يثير التساؤل عن الحدود الفاصلة بين الضرورتين؟! فهل يفهم من ذلك أن الضرورة المخاطب بها من هم دون رئيس مجلس الوزراء ضرورة عادية- أي لا ينبغي التشدد في الوصوف الذي تتوافر به هذه الضرورة؟ أم أن هذه الضرورة هي ضرورة قصوى في جانب المخولين صلاحية البت والتقرير النهائي في مدى توافرها، وأن الضرورة القصوى هي ضرورة في جانب رئيس مجلس الوزراء؟

الأسعار على مهندسى وزارة الاسكان وهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة رغم أن هذا الاجراء ليس هو ما سنه المشرع ولا يستباح به الخروج على أحكام القانون التى تستلزم طرح الأعمال محل هذا العقد فى مناقصة أو ممارسة يتبارى فيها المقاولون لتقديم أفضل عروضهم سعرا وشروطا ثم تتولى جهة الإدارة المفاضلة بينهم واختيار أقلهم سعرا وأفضلهم شروطا من خلال اللجان المختصة بذلك والتى أطاحت جهة الإدارة بكل اختصاص عقده المشرع لها واستبدلت بها لجانا شكلتها على غير ما رسمه القانون من القواعد الآمرة والضابطة لبرام العقود الإدارية. وهو ما يمثل مخالفة لحكم القانون ولما فرضه المشرع فى هذا الشأن؛ فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى الفترة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيه سنة 2000، الجزء الأول، ص 928.

وقبيل الرد على هذا التساؤل، علينا أن ننوه أولاً إلى أن قانون التعاقدات يتضمن معنيين مختلفين للضرورة؛ إحداهما ضرورة "عادية"، وضرورة "قصوى"؛ والأولى مصروفة إلى الحالات التي يجوز فيها للإدارة تقصير مواعيد معينة أو اختصار إجراءات معينة خلال عمليات التعاقد التي تقوم بها عبر طرق التعاقد؛ أصلية كانت أو غيرها، ومنها على سبيل المثال: سلطة الإدارة في مد مدة سريان العطاءات⁽¹⁾، أما الضرورة "القصوى" فهي مصروفة بحسب الأصل إلى الحالات التي يجوز فيها للإدارة الخروج على القاعدة العامة في التعاقد، ومن ثم تقرير اللجوء إلى إحدى وسائل التعاقد الاستثنائي - ممارسة كانت أو تعاقدًا مباشرًا⁽²⁾، وهذه الضرورة "القصوى" لها مدارج أو بالأدق لها مستويان؛ أحدهما يفصل في مدى توافره الأشخاص الذين حددتهم المادة 63، وثانيهما يفصل في مدى توافره

(1) تنص المادة 27 من قانون التعاقدات تحت عنوان صلاحية سريان العطاءات على أنه: "يجب أن تتضمن مذكرة الطرح مدة سريان العطاءات، بشرط ألا تقل هذه المدة عن خمسة وأربعين يوماً وألا تتجاوز تسعين يوماً وفقاً لطبيعة العملية. ويجوز استثناء تجاوز الحد الأقصى في الحالات التي تتطلب طبيعتها ذلك، ...، وفي جميع الأحوال، يجب أن يتم البت والإخطار بالترسية قبل انتهاء مدة سريان هذه العطاءات. فإذا تعذر ذلك، تعين على إدارة التعاقدات العرض على السلطة المختصة بالأسباب التي أدت إلى التأخير، واقتراح المدة المطلوب مدها للانتهاء من إجراءات الترسية، ...".

(2) للمزيد حول التفرقة بين الضرورة العادية والضرورة القصوى؛ راجع:

Direction des Affaires Juridiques (DJA Français): L'urgence dans les contrats de la commande publique, Fiche, Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, Mise à jour le 01/04/2019, p. 1 et suiv.

رئيس مجلس الوزراء، والمستويان لا يخرجان عن كونهما ضرورة "قصوى"، بيد أن الأولى في جانب الأشخاص المخولين في تقرير التعاقد الاستثنائي من دون رئيس مجلس الوزراء، والثانية في جانب رئيس مجلس الوزراء فيما تجاوز صلاحية هؤلاء الأشخاص.

وأية ما تقدم، أنه ما دام أن الوزير المختص ومن دونه ممن رُخص لهم قانوناً في الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر، لهم أن يقرروا اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة من دون طرق التعاقد الاستثنائية الأخرى- كما يستفاد ذلك من نصوص القانون، وفي حدود الأنصبة المالية المقررة قانوناً، فإن مفهوم الضرورة القصوى هنا محمول على الحالة الواقعية التي تتجاوز فيها قيمة التعاقد "الضروري" هذه الأنصبة؛ ذلك أن تقييد الإدارة بالحدود المالية المقررة للوزير ومن دونه من أولي الاختصاص، قد يقف عائقاً أمامها في الأحوال الاستثنائية التي تقتضي الإسراع في التعاقد، وتكون قيمة التعاقدات أعلى من هذه الحدود، ما قد يحدها إلى كسر معيارية القانون في هذا الفرض؛ تحاشياً للإضرار بالمصلحة العامة، فضلاً عن أن توافر حالة الضرورة يجعل الإدارة في حل من أمر الامتثال لنصوص لا يفي التمسك بها بواجبها في تحقيق المصلحة العامة، ولو لم يكن ثمَّ نص قانوني صريح يسوّغ لها ذلك.

وهناك تفسير آخر، كنا نود أن تحمله نصوص القانون تأويلاً أو تفسيراً، بيد أنه لا يستفاد بالضرورة في تحديد أوجه التباين بين مصطلحي الضرورة والضرورة

القصوى المستخدمين من قبل المشرع⁽¹⁾، وهو القول بأن الضرورة منصرفة إلى الوقت أو المحل الذي لا تناسبه طرق التعاقد الأصلية ويناسبه من طرق التعاقد

(1) وإن كان هذا التفسير قد يجد له من إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ما يعضده؛ إذ فرقت الجمعية بين التعاقد من طريق الممارسة المحدودة والتعاقد من طريق الاتفاق المباشر؛ صارفة الأولى إلى حالات معينة، والثاني إلى حالة الضرورة؛ فقد جاء في إحدى فتاويها ما نصه: "وحيث إن المشرع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي وضع نظاما متكاملًا لتعاقدات الجهات الخاضعة لأحكامه حدد فيه طرق التعاقد وحالات وأحكام كل طريق فخصص بابه الأول لشراء المنقولات والتعاقد على المقاولات وتلقى الخدمات مبينا أن الأصل فيها أن تتم المناقصة العامة أو الممارسة العامة وأن الاستثناء جواز التعاقد فيها بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية أو الممارسة المحدودة أو الإتفاق المباشر، وبين الحد الأقصى لقيمة ما يتم التعاقد بشأنه بالإتفاق المباشر، وأجاز لرئيس مجلس الوزراء أن يأذن بالتعاقد بهذا السبيل فيما يجاوز هذا النصاب شريطة وجود حالة ضروره قصوى تلجئ إليه، ثم خصص الباب الثانى لشراء وإستئجار العقارات وخصص الباب الثالث لبيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو بإستغلال العقارات مبينا أن الأصل فيه أن يتم عن طريق المزايدة العنيه سواء كانت عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة وأنه إستثناء من ذلك يجوز بالممارسة المحدوده فى حالات محدده، كما يجوز بالإتفاق المباشر فى الحالات العاجله التى لا تحتمل اتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدوده وذلك بترخيص من رئيس الهيئة أو رئيس المصلحه فيما لا يجاوز قيمته عشرون الف جنيه، وللوزير المختص ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا يجاوز قيمته خمسين ألف جنيه ولم يجز لرئيس مجلس الوزراء الإذن بالتعاقد فيما يجاوز هذا النصاب، فى الوقت الذى أحال فيه على القواعد والإجراءات المنظمه للشراء بالممارسه المحدوده فى حالة البيع بالممارسه المحدوده، مما يكشف بجلاء عن نية المشرع فى عدم منح رئيس مجلس الوزراء سلطة البيع بالإتفاق المباشر فيما يجاوز الحدود المقرره للوزراء...؛ فتوى رقم 88 بتاريخ 30 / 1 / 2005 جلسة 1 / 12 / 2004 ملف رقم 54 / 1 / 416 ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العموميه لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946 وحتى عام 2005 فى شأن العقود، الجزء الثانى، ص 1600 وما بعدها.

الاستثنائية ما اعتمده المشرع من طرق استثنائية للتعاقد من دون الاتفاق بالاتفاق المباشر، كالممارسة على سبيل المثال، بينما تنصرف الضرورة القصوى إلى الوقت أو المحل الذي لا يناسبه من طرق التعاقد الاستثنائية سوى التعاقد المباشر؛ فيكون هذا هو معيار التمييز بين الضرورة والضرورة القصوى. ولكن هذا التفسير لا يتوافق مع إرادة المشرع إذ يرخص للإدارة في اختيار الطريقة الاستثنائية المناسبة بما فيها التعاقد المباشر في حال الضرورة؛ حيث لم يشترط ذلك في الضرورة القصوى فحسب.

وبعد أن فضضنا التشابك بين مصطلحي "الضرورة" و"الضرورة القصوى"، علينا أن نمايز بين الضرورة التعاقدية وما قد يتداخل معها من مفاهيم.

التمييز بين الضرورة التعاقدية وغيرها من المفاهيم ذات الصلة

قد يختلط مفهوم الضرورة بغيره من المفاهيم ذات الصلة، ما قد يكون سبباً من وراء وقوع الإدارة المتعاقدة في شرك اللامشروعية قاصدة أو غير قاصدة؛ فقد تستغل الإدارة تداخل المعاني فتتوسع في اللجوء إلى التعاقد المباشر، وقد يكون نقص خبرة عمّالها في الوقوف على محددات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، من وراء تحللها من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، ومحصلة الأمر في الحالين وقوع تصرف الإدارة التعاقدية في حومة اللامشروعية.

لذا، يجدر بنا التمييز بين الضرورة التعاقدية و"الحاجة إلى التعاقد"، والضرورة التعاقدية و"الإكراه الإداري على التعاقد المباشر"، على أن نصدر قبل ذلك بفض الاشتباك المفاهيمي بين مصطلحي "الضرورة" و"الضرورة القصوى".

(1) الضرورة التعاقدية و"حاجة الإدارة إلى التعاقد"

يقصد بـ"الحاجة إلى التعاقد" افتقار الإدارة إلى ما ترغب في التعاقد من أجله، وهي متعلقة بمحل التعاقد لا بالظروف التي تجابهها الإدارة في سبيل إشباع هذه الحاجات، وهي دون "الاضطرار" أو "الالتجاء"، وليس ثم تطابق بينهما؛ فهي متحققة في تعاقدات الإدارة الأخرى من طريق طرق التعاقد الأصلية، ومن ثم فلا تصلح في ذاتها لتسويغ مسلك الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر كطريق استثنائي - رهن المشرع مشروعية ولوجه على تحقق الضرورة.

فالحاجة إلى التعاقد - على إطلاقها - تتحقق في كل مناسبة ترغب فيها الإدارة في التعاقد لإشباع احتياجاتها المرفقية، ومن ثم تعد متحققة في كافة طرق التعاقد - أصلية كانت أو استثنائية، أما إذا حُملت الحاجة على معنى "الحاجة إلى التعاقد المباشر"؛ لعله ما تسوّغ التحلل من طرق التعاقد الأصلية، فإننا نكون بصدد مفهوم الضرورة وليس مفهوم الحاجة إلى التعاقد.

فالأولى معنى خاص يعكس حاجةً ملحةً إلى التعاقد الاستثنائي، والثانية معنى عام يعكس حاجة مرفقية طبيعية إلى التعاقد بإحدى طرق التعاقد بغرض إشباعها، ما مؤداه تحوُّل طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر إلى طريقة أصلية في حين أنها طريقة استثنائية تحكمها قاعدة الضرورة تقدر بقدرها، وأن الاستثناء لا يُقاس عليه ولا يُتوسّع في تفسيره، وهذا من أهم الفروق العملية بين الضرورة والحاجة في مجال تعاقدات الجهات العامة.

(2) الضرورة التعاقدية و"الإكراه على التعاقد"

إن المجال يتسع لإثارة التساؤل حول ما إذا كان متصورًا أن تتولد حالة الضرورة الملجئة للتعاقد بالاتفاق المباشر عن الإكراه الإداري من عدمه؟

وبإدعاء ذي بدء، وإن كان تصوّر الإكراه الإداري في مجال إبرام العقود الإدارية، يعد فرضًا نادر الحدوث، فإن ذلك لا يحول دون الرد على هذا التساؤل، سيما وأن فقه القانون العام⁽¹⁾ وقضاؤه⁽²⁾ أقرّوا وقوع الإكراه في تصرفات الإدارة. فعلى فرض تحقق الإكراه في مرحلة تقدير الطرف المسوّغ للتعاقد المباشر، فإن الإكراه لا يضيف مشروعية على التعاقد، وإنما يقتصر أثره على نفي مسؤولية السلطة الأذنّة بالتعاقد المباشر - على فرض تمكنها من إثباته.

(1) انظر أ. د. جمال جبريل: العقود الإدارية- إبرام العقد الإداري وصحته وفقًا للقانون 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، ط 4، د. ن، د. ت، ص 253 وما بعدها.

(2) في هذا السياق تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه: "وغنيّ عن البيان أنه يفسد الرضا -في هذه الحال- ما يفسد الرضا من عيوب، ومنها الإكراه، ويتحقق ذلك بأن يقدم الطالب طلبه - أو من يمثله - تحت سلطان رهبة تبعثها الإدارة في نفسه دون وجه حق، وكانت هذه الرهبة قائمة على أساس، ويُراعى في تقدير مدى جسامته الإكراه جنسٌ من وقع عليه الإكراه، وسنّه، وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرفٍ آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته، ويخضع تقدير ذلك للقضاء في حدود رقابته لمشروعية القرارات الإدارية"؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1722 لسنة 32 ق. عليا، جلسة 26 يناير 1988، وأيضًا حكمها في الطعن رقم 3207 لسنة 36 ق. عليا، جلسة 21 نوفمبر 1995، وحكمها في الطعن رقم 15479 لسنة 56 ق. عليا، جلسة 25 فبراير 2015م.

ولما كان الإكراه هو حمل الغير على ما لم يكن لياتيه حرًا مختارًا، فإنه يعد إحدى صور الضرورة بمعناها الواسع؛ فالإلجاء الذي يتحقق به الإكراه هو ذاته الإلجاء أو الاضطرار الذي تتحقق به الضرورة عمومًا بغير تفرقة بين مجال وآخر. غير أن الإكراه يرد على إرادة أشخاص الإدارة لا على الظروف التي يجابهها المرفق العام، ومن ثم فإن الإكراه - على فرض وقوعه بالأوصاف التي يقرها الفقه - لا يسوّغ استمرارية التعاقد المباشر، وإن كان يمثل أحد موانع المسؤولية الإدارية في جانب الجهة الأذنة بالتعاقد المباشر.

لذا، تختلف الضرورة عن الإكراه في أن الأولى معيارها موضوعي - يعوّل فيه على ظروف وملابسات عمل المرفق دون التعويل على أشخاص الإدارة أنفسهم، والعبرة فيها بالتقدير العادي لرجل الإدارة المعتاد في مثل هذه الظروف والملابسات، بينما يحتكم الثاني إلى معيار شخصي - قوامه ظروف الشخص الواقع تحت الإكراه وملابسات الحال، والتي تختلف من شخص لآخر.

وعليه، فإن معيار تقدير الظرف الذي يتوافر به وصف الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، معيار موضوعي، تؤخذ فيه ظروف وملابسات عمل المرفق، في ضوء الأصول المرعية في إدارة المرافق العامة، وما ألزم القانون به المرافق العامة من قيود في تخطيط احتياجاتها المرفقية والتحصّب للمستقبلية منها.

وختامًا، وبعدما وقفنا على مفهوم معياري واضح ومحدد للضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر للضرورة كوسيلة استثنائية للتعاقد، يجدر بنا أن

نعرض لعدة أفراد التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بقانون خاص، يعد ترجمة للعديد من المبادئ الدستورية التي تحكم سياسة إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقد، وهو ما نعرض له في الفصل التالي.

الفصل الأول

علة إفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص ومعياريها لسلطة

التعاقد بالاتفاق المباشر

تمهيد وتقسيم

إذا كان الفقهاء القدامى قد أصلوا لعلة إفراد تعاقدات الإدارة بنظام قانوني خاص تُتبع فيه إجراءات وشكليات محددة من قبل المشرع سلفاً- تحسباً لاحتمالية زيغ بعض رجالات الإدارة عن جادة المشروعية، وما يستتبعه ذلك من إهدار للمال العام، فكانوا يسردوا هذه الحقيقة على أنها إحدى المسلمات التي لا يُرجى جديداً من تكرارها، ويكأنها أضحت معلومة بالضرورة من أمر تعاقدات الإدارة. بيد أن ما سلكه المشرع العادي في قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة الجديد من التوسُّع في تقرير الحالات التي يجوز فيها للإدارة الخروج على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد تدرعاً بحالة الضرورة التعاقدية، يحدونا إلى استدعاء هذه الحقيقة مرة أخرى لنذكّر بها المشرع العادي من ناحية- علّه يعيد النظر ثانية في نهجه التوسُّعي هذا، ونضعها أمام الإدارة الرشيدة من ناحية أخرى- علّها لا تتوسع في تفسير النصوص التشريعية التي تخولها صلاحية تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، سيماً وأن المفاهيم التي تشي بها هذه النصوص يكتنفها الغموض.

فما هو الإطار القانوني لسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة؟ وما هي مخاوف إفراط الإدارة في الارتكان إلى فكرة الضرورة لتحل من طرق التعاقد الأصلية؟ هذا ما نتناوله من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: الإطار الدستوري لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة.

المبحث الثاني: استثنائية التعاقد المباشر ومخاوف توسُّع الإدارة في اللجوء إليه بذريعة الضرورة.

المبحث الأول

الإطار القانوني لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة

تمهيد وتقسيم

إن سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر لا تتفك عن السياق العام الذي تنطلق منه سلطتها في إبرام عقودها - إدارية كانت أو مدنية، هذا السياق الذي تحكمه قواعد ومبادئ دستورية باتت تمثل دستوراً للتعاقد أو بالأدق إطاراً للعملية التعاقدية التي بموجبها تُلزم الدولة وتلتزم. وقد تبلورت هذه المبادئ وتلك القواعد تدريجياً من طريق قضاء الدستورية تارة وقضاء المشروعية تارة أخرى، كرد فعل طبيعي لازدياد دور الدولة التدخلية في إشباع حاجات الأفراد ووسيلتها الرئيسية في ذلك العقود الإدارية.

فما هي أهم المبادئ الدستورية التي تُصاغ في ضوءها سلطة الإدارة في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق العقود الإدارية؟ وما هي المقاصد الدستورية التي يتغياها المشرع من وراء تعديل قانون العقد الإداري - قانون التعاقدات العامة الجديد؟ هذا ما نعرض له تفصيلاً من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: المبادئ الدستورية التي تحكم سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية.

المطلب الثاني: القاعدة العامة في التعاقد والمقاصد الدستورية لقانون التعاقدات العامة.

المطلب الأول

المبادئ الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف

الاستثنائية

بالرغم من عدم تصريح المشرع الدستوري، سواء في فرنسا ومصر، بالمبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية، فإن ثمة مبادئ أصولية تحكم عملية إبرام هذه العقود، Principes fondamentaux de la passation des marchés publics، سواء من طريق القاعدة العامة في التعاقد العام أو من طريق الاستثناء، يمكن استخلاصها من النصوص الدستورية وما استقر عليه قضاء الدستورية والمشروعية من اجتهاد بشأنها، ومن أهم هذه المبادئ ما يلي:

أولاً: تقييد الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة

قد يستساغ الحديث عن الحرية التعاقدية للأشخاص الطبيعيين - على اعتبار أنهم يتمتعون بحرية التعبير عن إرادتهم في التصرف في أموالهم وممتلكاتهم الخاصة. أما عن الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، فهي من المسائل الشائكة التي يصعب التسليم بها فقهاً وعملاً⁽¹⁾؛ لعلة خضوع التصرفات التعاقدية لهذه الأشخاص لنظام قانوني خاص يتأسس على تقليص دور إرادتها.

(1) انظر في نفس المعنى:

فإذا كانت الأشخاص الاعتبارية العامة تستوي مع الأشخاص الطبيعيين في التمتع بكافة الحقوق التي ترتبها فكرة الشخصية القانونية، إلا ما تعلق منها بالصفة البشرية للأشخاص الطبيعيين⁽¹⁾، فإن ذلك لا يحول دون الإقرار بأن فكرة الحرية التعاقدية في جانب الأولى يختلف جد اختلاف عنه في جانب الثانية؛ إذ يتصرف الآدميون في أموالهم وممتلكاتهم الخاصة وفق قواعد قانونية تراعي مقتضيات ملكيتهم الخاصة، بينما يتصرف الأشخاص الاعتباريون العموميون في أموال الدولة وفق قواعد قانونية خاصة تراعي التحسب لحماية الأموال العامة من محاولات النيل منها.

وهو ما يؤكد أنه أحد الكتاب الفرنسيين إذ يقرر أن التزام الإدارة بمراعاة اعتبارات جوهرية مثل العمل على إشباع احتياجاتها بأقل تكلفة مالية، وضمن شفافية

Muhannad AJJOUR: La Notion de Liberté Contractuelle en Droit Administratif Français, Thèse de doctorat en Droit public, Ecole doctorale Georges Vedel (droit administratif, sciences administratives et science politique), Université Panthéon-Assas Paris II, France, 2016, p. 41.

(¹) تنص المادة 53 من القانون المدني على أن: "1. الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون؛ 2. فيكون له: (أ) ذمة مالية مستقلة؛ (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون؛ (ج) حق التقاضي؛ (د) موطن مستقل؛ 3. يكون له نائب يعبر عن إرادته".

الإجراءات؛ لتجنب المحاباة أو الفساد، وكذا ضمان الأداء السليم للخدمة العامة، يجعل من نطاق حريتها التعاقدية محدودًا للغاية⁽¹⁾.

وقد تردد المجلس الدستوري الفرنسي في بادئ الأمر في الإقرار بقيمة دستورية لهذا المبدأ؛ لعدم وضوح ملامحه⁽²⁾. بيد أنه قد عاود التكريس له مؤخرًا من طريق فكرة الحرية بشكل عام- كون الأولى متفرعة عن الثانية؛ فقيد صلاحية الحد منه أو تقييده بمقتضى النظام العام- موضوعيًا، وبأداة التشريع العادي دون اللائحي- إجرائيًا le principe de liberté contractuelle ne soit pas reconnue comme un objectif à valeur constitutionnelle, il conserve un fondement constitutionnel auquel seule la loi peut apporter une restriction⁽³⁾، فقد انتهى المجلس إلى أن الحرية التعاقدية تُستمد من نص

(1) انظر:

Aurélié Wattecamps: Le Regime des Contrats Administratifs, Fiche Pedagogique Virtuelle, La Faculté de Droit Virtuelle- Faculté de Droit de Lyon, 18 janvier 2010, p. 2.

(2) فقد رفض المجلس في سابق الأمر، إرساء مبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص الطبيعيين، استنادًا إلى صعوبة اعتماد معيار محدد لما يمثل إخلالًا بمبدأ الحرية التعاقدية، وإن كان قد أقر في الوقت ذاته بتفرُّع الحرية التعاقدية عن الحرية بشكل عام؛ انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/81132DC.htm>

(3) انظر:

المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) على أن: "الحرية تكمن في القدرة على فعل أي شيء لا يضر بالآخرين"، بما يجعل لها أساسًا دستوريًا يحملها⁽¹⁾.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في التكريس لمبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، بشكل جزئي؛ مقررًا أن تقييد هذا المبدأ لا يجوز إلا من قبل

Conseil Constitutionnel; Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994; Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94348DC.htm>

Conseil Constitutionnel; Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997; Loi créant les plans d'épargne retraite; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97388DC.htm>

Conseil Constitutionnel; Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999; Loi relative au pacte civil de solidarité; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419DC.htm>

(¹) انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000; Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2000/2000437DC.htm>

un principe de liberté auquel seule la loi ⁽¹⁾ peut apporter des restrictions les dispositions dérogeant au principe de liberté contractuelle sont d'interprétation stricte ⁽²⁾.

ومن جانبنا، نرى أن التكريس القضائي لمبدأ حرية الأشخاص الاعتبارية العامة في التعاقد، سواء من قبل المجلس الدستوري أو من قبل مجلس الدولة الفرنسي، لا يتجاوز دائرة الإقرار بأن نطاق حرية الإدارة في التعاقد، إنما يتحدد في ضوء ما يتضمنه القانون المنظم لتعاقداتها من أحكام ⁽³⁾.

⁽¹⁾ للمزيد من التفاضيل حول موقف المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسيين من مبدأ حرية التعاقد للأشخاص الاعتبارية العامة؛ راجع: أ.د. شريف يوسف خاطر: مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، د. ن، د. ت، ص 113 وما بعدها.

⁽²⁾ انظر:

Conseil d'Etat, Section, du 28 janvier 1998, 138650, publié au recueil Lebon; Publié sur le site suivant:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007976102>

⁽³⁾ ويدعم وجهتنا هذه ما يخلص إليه أحد الباحثين في الشأن الفرنسي، في أطروحة متخصصة عن الحرية التعاقدية في النظام الفرنسي، من أن مشكلة الحرية التعاقدية للأشخاص العموميين، في القانون الإداري، هي مشكلة ممارسة؛ لأنه إذا كانت فكرة الحرية التعاقدية قائمة على قاعدة "أي شيء غير محظور مسموح به" بالنسبة للأشخاص العموميين، كما أوضحنا بالفعل، فإن القاعدة هي بالأحرى أن: "كل ما هو غير مصرح به محظور"؛ إذ يقول ما نصه:

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا المعنى المتقدم؛ إذ تواتر قضاؤها على أن: "حرية التعاقد . وأياً كان الأصل الذي تتفرع عنه أو ترد إليه . لا تعني على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن العقود . حتى ما يكون واقعاً منها في نطاق القانون الخاص . قيوداً يرمى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها"⁽¹⁾(²).

"Effectivement, en droit administratif, le problème de la liberté contractuelle des personnes publiques est celui de son exercice car si l'idée de la liberté contractuelle est fondée sur la règle selon laquelle « tout ce qui n'est pas interdit est permis », pour les personnes publiques, on l'a déjà montré, la règle est plutôt que « tout ce qui n'est pas autorisé est interdit"; Muhannad AJJOUR: La Notion de Liberté Contractuelle en Droit Administratif Français, op. Cit, p. 517.

(¹) حكمها في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية "دستورية"، جلسة السبت 5 أغسطس 1995 م؛ متاح على الرابط الإلكتروني:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-8-Y16.html>

(²) ويستفاد التكريس الضمني لارتباط فكرة الحرية التعاقدية بالشخص الطبيعي مما تواتر عليه قضاء المحكمة الدستورية في التكريس لحرية الأشخاص الطبيعيين في التعاقد؛ إذ تقرر أنه: " وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائناً يُحمل على ما لا يرضاه، بل بشراً سوياً. وحيث إن حرية التعاقد هذه، فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في

وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه: "من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود إدارية كانت أو مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح؛ كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، وضمانا في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقا للمصلحة العامة. ومن مؤدى ما تقدم أنه متى حدد المشرع - بموجب ما يسنه من قوانين ولوائح - طريقة معينة وإجراءات محددة لإبرام عقود الإدارة، ...، ففي هذه الحالة تختلط طريقة التعبير عن الإرادة - باتباع هذه الطريقة أو عدم اتباعها - بمشروعية الإرادة ذاتها، ومن ثم لا تكون الإرادة - التي هي قوام ركن الرضا في العقد - صحيحة ومعتبرة إلا باتباع هذه الطريقة، خاصة إذا كان المقبل على التعاقد مع جهة الإدارة يعلم حقيقة أو حكما من خلال

الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أياً كان الدائن بها أو المدين بأدائها. بيد أن هذه الحرية - التي لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدينها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها - لا تعطلها تلك القيود التي تفرضها السلطة التشريعية عليها بما يحول دون انفلاتها من كوابحها. ويندرج تحتها أن يكون تنظيمها لأنواع من العقود محدداً بقواعد أمره تحيط ببعض جوانبها. غير أن هذه القيود لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر؛" حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة 23 قضائية "دستورية"، جلسة 5 مايو 2018م، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (ب)، السنة الحادية والستون، 13 مايو 2018م؛ وحكمها في القضية 70 لسنة 20 قضائية "دستورية"، جلسة 13 يناير 2008م، مجموعة المكتب الفني، ص 793؛ وحكمها في القضية رقم 56 لسنة 18 قضائية "دستورية"، جلسة 15 نوفمبر 1997م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن (من أول يوليو 1996 حتى آخر يونيو 1998، قاعدة رقم 64، ص 928.

علمه المفترض بالقوانين واللوائح التي توجب هذه الطريقة سبيلا لإبرام العقد بوجوب اتباع هذه الطريقة لتحقيق هذا الغرض"⁽¹⁾).

ومن ثمَّ فإن نطاق حرية الأشخاص الاعتبارية العامة في التعبير عن إرادتها في إشباعها لحاجاتها المرفقية، لا يماثل البتة نطاق الحرية المحجوز للأشخاص الطبيعيين، ومن ثمَّ فلن يبرح التكريس لمبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، دائرة القيود والضوابط التي يتضمنها القانون المنظم للتعاقدات العامة، ومن قبلها المبادئ الدستورية التي تحكم نشاط الإدارة في مباشرة الاختصاصات المنوطة بها، لا يقدح في ذلك تمتُّع الأشخاص الاعتبارية العامة بحيز من السلطة تقديرية؛ فقدرتها على التصرف في بعض المسائل لن يخرج عن كونه صلاحية

(¹) حكم المحكمة الإدارية العليا (الدائرة السادسة) في الطعن رقم 11008 لسنة 48 قضائية عليا، جلسة 22 يونيو 2011م؛ منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد العربي للقضاء الإداري؛ الرابط التالي:

<http://arabic.auaj.org/archives/5019>

(²) هذا، وقد نَحَت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، منحىً قريباً مما كرَّسته المحكمة الإدارية العليا؛ مقرر في غير ما مرة أنه: "من الأصول المسلَّمة أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود (إدارية كانت أو مدنية)؛ ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح كغالب اختيار أفضل الأشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية وحسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام...؛" الفتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

لمباشرة اختصاصات معينة، وبشرط عدم التعسف في مباشرة هذه الاختصاصات وفقاً لمبدأ المشروعية. بمعنى أن نطاق هذه الحرية يتحدد في ضوء النظام القانوني الخاص المقرر لإبرام عقودها، فلا تعرض عنه قياساً على ما هو محجوز للأشخاص الطبيعيين.

وعليه، فإن صلاحية الإدارة في تقدير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، في ظل القول بتقييد حريتها التعاقدية بما تضمنه قانون التعاقدات العامة ولائحته التنفيذية، محمولة على أضيق نطاق لها في ضوء الصفة الاستثنائية التي تتسم بها طريقة التعاقد المباشر - من ناحية، ونزولاً عند طبيعة فكرة الضرورة التي تقتضي التقييد بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها - من ناحية أخرى؛ لنخلص إلى نتيجة سائغة مؤداها أن سعة التقدير المخولة للإدارة في اختيار طريقة التعاقد التي تناسب ملابسات إشباع الحاجة المرفقية من طريق التعاقد، تقابلها ضرورة التقييد بما أورده المشرعان العادي واللائحي من ضوابط وقيود تحكم صلاحية تقرير اللجوء إليها.

ثانياً: مبدأ استمرارية الخدمة العامة

تعد استمرارية الخدمة العامة *Continuité du service public* غاية التكريس لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، كواحد من أهم المبادئ الحاكمة لسير العمل الإداري في مختلف النظم القانونية على اختلاف مشاربها، باعتبار أن هذه

الاستمرارية انعكاس طبيعي لفكرة استمرارية الدولة C'est le corolaire du principe de la continuité de l'Etat⁽¹⁾.

ويعد هذا المبدأ - مبدأ استمرارية الخدمة العامة، هو الأهم بين المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف الاستثنائية على وجه الخصوص؛ باعتبار أن الخشية من توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق العام الإداري، هي مبعث الإقرار للإدارة بجواز الخروج على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام، والتعجل في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق التعاقد المباشر⁽²⁾. وسنعرض لاحقاً لمعيارية هذا المبدأ لمفهوم الضرورة الذي يسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر؛ حيث معيار توقّف السير المنتظم للمرفق العام.

(¹) انظر:

Cours-de-droit.net: Les principes constitutionnels du droit des contrats administratifs, Sept. 19, 2019, p. 9; Posté sur <https://cours-de-droit.net/les-principes-constitutionnels-du-droit-des-contrats-administratifs-a126670324/>

Conseil constitutionnel. 14 avril 2005. Aéroport de Paris.

(²) في نفس المعنى؛ انظر:

Mathias Amilhat: Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, Mémoire en droit public, l'Université de Lille, No Date, p. 29.

وقد كرس المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ استمرارية الخدمة العامة ابتداء من عام 1999م، كما كرس له مجلس الدولة الفرنسي في وقت مبكر⁽¹⁾، مقررًا أن مبدأ استمرارية الخدمة العامة هو النتيجة الطبيعية لاستمرارية الدولة، بل ومسوغًا لتعديل العقد بإرادتها المنفردة في الظروف العادية. ولعل هذه الخصيصة هي ما تقف من وراء إجازة مسلك الإدارة في الخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام في الظروف الاستثنائية التي لا يحتمل إشباع الحاجة المرفقية خلالها اللجوء إلى طرق التعاقد الأصلية.

ونزولاً عند مقتضى مبدأ الاستمرارية، اعتمدت فرنسا نظامًا مخصصًا لحالات الطوارئ الصحية بموجب القانون رقم 290 - 2020 الصادر في 23 مارس 2020 بشأن التعامل مع حالة الطوارئ التي يفرضها وباء كوفيد 19، والذي خول في المادة 11 منه للحكومة صلاحية اتخاذ التدابير اللازمة لمجابهة هذا الوباء من خلال المراسيم، سواء فيما يتعلق بمواعيد الوفاء النهائية، والتنفيذ والإنهاء، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالجزاءات العقدية المنصوص عليها في قانون المشتريات العامة، وكذلك شروط التعاقد ابتداء، وقد صدر استنادًا إلى هذه المادة

(1) انظر:

Conseil d'Etat, du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon;
Compagnie générale française des tramways.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007635472>.

المرسوم رقم 319 - 2020 الصادر في 25 مارس 2020، والمنشور في الجريدة الرسمية JORF بتاريخ 26 مارس 2020⁽¹⁾.

وتستتبع هذه الاستمرارية العمل على تطوير الإدارة التعاقدية عضوياً ووظيفياً، بما يناسب معطيات بيئة التعاقدات العامة التي تموج بالعديد من التعقيدات والمستجدات، على كافة المستويات القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾، ومن ثم مواكبة توجه الدولة إلى جذب المزيد من الاستثمارات الجديدة، فضلاً عن تشجيع الاستثمارات القائمة.

ثالثاً: الاستخدام السليم للأموال العامة

يعد مبدأ الاستخدام الرشيد أو السليم للأموال العامة le principe de bonne utilisation des deniers publics واحداً من المبادئ الجوهرية التي تحكم

(¹) انظر:

Hicham Rassafi-Guibal: crise sanitaire et contrats administratifs : quand l'urgence fragilise le droit. à propos de l'ordonnance n° 2020-319, chronique classée dans dossier, droit administratif, appartient au dossier: "[colloque virtuel] droit et coronavirus. le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles", rdlf 2020, p. 1.

(²) في نفس المعنى؛ انظر:

Jean-Marc Sauvé & Stéphane Eustache: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Discours 27 juin 2014, p. 2, 3.

سلطة الإدارة العامة في تقرير اللجوء إلى التعاقد العام عمومًا، سواء بالطرق الأصلية للتعاقد أو بطرقه الاستثنائية؛ لعلة جوهرية مؤداها أنها مستخلفة في إدارة هذه الأموال - دون تملكها - باسم الجماعة ولصالحها.

ويعد مبدأ الاستخدام السليم أو الرشيد للمال العام واحدًا من أسس الإدارة الجيدة أو الرشيدة *La bonne administration* التي يُكرّس لها مؤخرًا، والتي لا ينصرف مفهومها فقط إلى مشروعية أعمال الإدارة، وإنما إلى ملائمتها أيضًا - كما تعبر عن ذلك إحدى اللواتي تولين مهمة الوسيط (أمين المظالم) الأوروبي بقولها: "لا ينبغي للوسيط الأوروبي أن يعوّل في تقييم أعمال الإدارة على مدى مشروعيتها - كما طبيعة عمل المحاكم الإدارية، وإنما ينبغي له أن يتوقع منها بذل كل ما في وسعها لضمان فكرة المعقولية⁽¹⁾."

وقد أحسن المشرع العادي صنعًا إذ كرّس صراحة لهذا المبدأ في المادة الثامنة من قانون التعاقدات العامة الجديد؛ فنص فيها على أنه: "يتعين على الجهات الخاضعة

(1) في نفس المعنى؛ انظر كلاً من:

Emily O'Reilly: Une bonne administration dans la pratique: les décisions du Médiateur européen en 2013, 15 septembre 2014, p. 2;

Ulrich Stelkens: Les principes généraux paneuropéens de bonne administration – Présentation d'un projet, researchgate, July 2018, p. 2 et suiv.

لأحكام هذا القانون مراعاة ...، ومراعاة اعتبارات الجودة والتكلفة، وتحقيق أفضل قيمة للمال العام على أساس كامل دورة الحياة لما يطرح، ..".

وعليه، فإن الحماية القانونية الواجبة للمال العام، تقتضي الحد من لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر والذي عادة ما تختص به الإدارة كيانات أو مشروعات اقتصادية بعينها، عادة ما تستأثر بأغلب تعاقدات الإدارة المباشرة إلم تك كلها.

رابعاً: مبدأ النزاهة والشفافية الإدارية

من أهم المبادئ الدستورية التي تحكم سلطة الإدارة العامة في شتى تصرفاتها على وجه العموم، وفي تصرفاتها التعاقدية على وجه الخصوص، مبدأ الشفافية الإدارية Le principe de transparence administrative⁽¹⁾، والذي ينصرف إلى الوضوح التام الذي ينبغي أن تكون عليه تصرفات الإدارة الراغبة في التعاقد أمام المتنافسين أو الراغبين في الحصول على التعاقد العام، فضلاً عن جهاتها الرقابية، إدارية كانت أو غيرها، إلا ما كان منها متصلاً باعتبارات الأمن القومي ولا يصح الإفصاح عنه. بما يغلق الباب في وجه المشككين في مسلك الإدارة ممن لم يظفروا بالتعاقد معها.

(¹) انظر:

Organisation Internationale de Droit du Développement(OIDD): Les Marches Publics dans Les Pays en Développement Leçons Apprises des Activités Récentes de L'IDLO, Actualités du droit du développement, N° 1, Rome, Italie, 2007, p. 1.

هذا، ولا يقتصر تقيّد الإدارة بهذا المبدأ على الظروف الطبيعية أو على تعاقدتها بطرق التعاقد الأصلية، وإنما تتقيّد به أيضاً في تعاقداتها الاستثنائية؛ إذ يستقر العمل على أن الظروف القاهرة لا تعفي الإدارة من احترام مبدأ الشفافية tout en respectant le principe de transparence⁽¹⁾.

وليس أفصح بياناً في سياق التدليل على أهمية الشفافية الإدارية لضبط ممارسات الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر؛ إذ يتأسس هذا الأخير على السرية في أغلب إجراءاته، ما يعبر به أحد الباحثين قائلاً أن الفساد يتغذى على السرية La corruption se nourrit du secret، وأن الحل يكمن في ضمان قدر من شفافية الإجراءات في جميع مراحل الاشتراء العمومي La solution est donc de veiller à la transparence de l'autre de la passation des marchés publics, quelle que soit l'étape considérée ou le mode d'acquisition retenu⁽²⁾.

(1) انظر:

Le ministère français de l'économie et des finances (Direction des Affaires Juridiques): Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique; Questions-réponses, 2020, p. 6.

(2) انظر:

Amira TLILI: Réforme de la réglementation des marchés publics en Tunisie: Étude comparée avec les normes internationales, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, Master «

ورغبة منه في تعزيز مبادئ الحوكمة والشفافية ومحاربة الفساد، نص القانون في المادة التاسعة والثمانين - تحت عنوان المساءلة - على أنه: مع عدم الإخلال بحق ذوي الشأن في إقامة الدعوى المدنية أو الجنائية، يؤخذ تأديبياً كل من خالف أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية، أو مدونة السلوك الوظيفي للعاملين بالتعاقدات والتي يصدر بها قرار من وزير المالية".

ويعد هذا النص تطبيقاً لنص المادة 218 من الدستور المصري الحالي إذ تنص على أن: "تلتزم الدولة بمكافحة الفساد، ويحدد القانون الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بذلك. وتلتزم الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بالتنسيق فيما بينها في مكافحة الفساد، وتعزيز قيم النزاهة والشفافية، ضماناً لحسن أداء الوظيفة العامة والحفاظ على المال العام، ووضع ومتابعة تنفيذ الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد بالمشاركة مع غيرها من الهيئات والأجهزة المعنية، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون".

خامساً: الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة

يعد الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة واحداً من أهم المبادئ التي تحكم سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد العام بغرض إشباع حاجاتها المرفقية، سواء من خلال طرق التعاقد الأصلية أو من طريق التعاقد الاستثنائي؛ باعتبار أن

Administration publique » Parcours « Administration publique générale », 2014, p. 26.

الغاية الدستورية من حماية المساواة والمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، إنما تكمن في تيسير سبل الوصول إلى التعاقدات العامة أمام جميع الراغبين في ولوجها من طرق مشروعة، وعلى وجه الخصوص الكيانات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics⁽¹⁾.

وقد أقر المجلس الدستوري - في 26 يونيو 2003م - حق الإسهام في الاشتراء العمومي أو الحق في الحصول على العقود العامة أو الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة، استنادًا إلى المادتين 6 و 14 من إعلان 1789م؛ مقررًا أن سلطة الإدارة في إشباع الحاجات المرفقية من طريق التعاقدات العامة مقيدة باحترام مبادئ "حرية الوصول إلى التعاقدات العامة،.." ⁽²⁾.

(¹) انظر:

Samir BOUCHBAT: L'accès de la petite et moyenne entreprise aux marchés publics au Maroc et en France, Essai d'analyse à la lumière de la réforme du droit de la commande publique européen et français, Master Droit, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, 2016, pp. 4, 5.

(²) انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003; Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit; "..., et prévoir les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans"; Publié sur le site

ومن جانبه، فقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى ما أسماها المبادئ العامة النابعة من المادة الأولى من قانون المشتريات العامة، منذ أوائل العقد الأول من القرن الحالي، مؤكدًا على أن "العقود التي تُمنح بموجب قانون المشتريات العامة تخضع فيما تخضع له من مبادئ للمساواة في الحصول على العقود العامة"، ومشددًا على أنه لا يمكن التحلل من متطلبات قانون المشتريات العامة، إلا إذا ظهر أن هذه الإجراءات الشكلية مستحيلة أو غير ضرورية بشكل واضح، لا سيما بسبب موضوع العقد أو قيمته أو درجة التنافس⁽¹⁾.

suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473DC.htm>

(¹) انظر:

Conseil d'Etat, Décision N°329100, 10 février 2010, M. P.; "Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le II de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 1er août 2006 selon lequel: "Les marchés publics et les accords-cadres (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...)" ; que ces principes ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les seuls cas où il apparaît que de telles formalités sont

وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه⁽¹⁾: "...، متى حدد المشرع - بموجب ما يسنه من قوانين ولوائح - طريقة معينة وإجراءات محددة لإبرام عقود الإدارة، تقديرًا من المشرع بأن هذه الطريقة هي التي تتحقق بها المساواة وتكافؤ الفرص حسبما يوجبه الدستور، فضلًا عن حرية المنافسة وما تثمره من تنافس تتحقق به المصلحة العامة، حيث يتبارى المتقدمون في تقديم أفضل العروض؛ ففي هذه الحالة تختلط طريقة التعبير عن الإرادة - باتباع هذه الطريقة أو عدم اتباعها - بمشروعية الإرادة ذاتها،..".

وعليه، فإن إسهاب الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة لن يجعل لهؤلاء من سبيل إلى الوصول إلى التعاقدات العامة.

سادسًا: مبدأ المساواة بين المتنافسين (أو المنافسة العادلة)

يعد مبدأ المساواة بين المتقدمين لإشباع الحاجة المرفقية من طريق التعاقد العام، الوجه الآخر لمبدأ تقييد الحرية التعاقدية للأشخاص الاعتبارية العامة، باعتبار أن

impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré"; Publié sur le site suivant:

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/ce-10-fevrier-2010-m.-p>

(¹) حكم المحكمة الإدارية العليا (الدائرة السادسة) في الطعن رقم 11008 لسنة 48 قضائية عليا، جلسة 22 يونيو 2011م، حكم سبق ذكره.

المساواة الفعلية هي الحاكمة لفكرة المنافسة الحقيقية بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وبدونها يُفَرَّغ مبدأ حرية المنافسة في مجال التعاقدات العامة من مضمونه- على ما له من أهمية جوهرية في تحقيق بغية المشرع الرئيسة من وراء إخضاع تعاقدات الجهات العامة لقانون خاص، ألا وهي الجمع بين اعتباري الجودة فنياً وقالة التكلفة مالياً. وتتصرف المنافسة العادلة أو المتساوية إلى المكنة المخولة لكل منافس في الوصول إلى التعاقد العام L'égalité concurrence correspond à la possibilité donnée à chaque opérateur de pouvoir se faire concurrence، وهو الأمر الذي يثقل كاهل السلطة العامة بضرورة التدخل للحيلولة دون هيمنة بعض الفاعلين الاقتصاديين على التعاقد العام⁽¹⁾.

فالتنافسية الحقيقية في مجال التعاقدات العامة، تخلق كيانات إدارية رشيدة تتنافس فيما بينها في جذب المستثمرين الطموحين إلى أنشطتها التعاقدية، فتصل الإدارة من هذه الطريق إلى مستوى متقدم من الرشد الإداري في مجال إشباع حاجاتها

(¹) انظر كلاً من:

Claire Mongouachon: Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, La Revue des Droits de l'Homme, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (Nanterre), 2017, p. 43;

Gilles Guiheux: La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français: entre novation et tradition, Revue générale de droit, Volume 36, numéro 4, Faculté de droit et de science politique, Université de Rennes, 2006, p. 791.

المرفقية من طريق التعاقد العام، وفي الوقت ذاته تفتح آفاقاً جديدة أمام مستثمرين جدد يسهمون في عملية التنمية الاقتصادية التي يستهدفها المشرع الدستوري. وعلى صعيد آخر، تسهم الشفافية الإدارية "الحقيقية" في خلق بيئة إدارية خالية من مظاهر التستر والتحايل على القانون بداعي الضرورة إلى التعاقد الاستثنائي. فالإدارة وهي تجاهر بمعايير الاختيار وضوابط الترسية أمام جمهور الراغبين في التعاقد العام، تبرهن على أنها تتصرف باسم الدولة ولحسابها، لا لصالح عمالها.

ويؤكد المشرع الفرنسي التزام الإدارة المتعاقدة بهذا المبدأ الدستوري في المادة 3 / 3 من قانون المشتريات العامة، والتي تنص على أن: "يتعين على المشتري العام احترام مبدأ المساواة في المعاملة بين المتقدمين للحصول على التعاقد العام"⁽¹⁾. بل إن العمل مستقر على أن الظروف الاستثنائية لا تعفي الإدارة من احترام مبدأ المعاملة المتساوية للمتنافسين على التعاقد tout en respectant le principe d'égalité de traitement des soumiss-ionnaires⁽²⁾.

(¹) ونصها بالفرنسية هو:

"Article L3: "Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique"; Code de la commande publique; Dernière modification le 12 février 2020, Document généré le 21 avril 2020, Legifrance.

(²) انظر:

وقد أحسن المشرع اللائحي في مصر إذ قرر في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات، تحت عنوان: معايير واجبة الاتباع في التعاقدات العامة، ما نصه: "تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص. ويلتزم العاملون بالجهات الإدارية بإنفاذ ما ورد بأحكام القانون وهذه اللائحة من معايير ومبادئ الشفافية، ويحظر تعارض المصالح فيما يؤدونه من إجراءات التعاقد، وعليهم مراعاة مدونة السلوك الوظيفي التي تصدر عن وزير المالية. ويجب على كافة المتعاملين من مجتمع الأعمال مراعاة ممارسات الأعمال الجيدة والمعايير المتعارف عليها في مجالات التعاقدات، وذلك في كافة تعاملاتهم أثناء مراحل إجراءات التعاقد بما في ذلك دراسة وإعداد وتقديم العطاءات وتنفيذ العقود، ويسأل قانونياً كل من يخالف القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة"⁽¹⁾.

Le ministère français de l'économie et des finances (Direction des Affaires Juridiques): Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique; Questions-réponses, 2020, p. 6.

(¹) ثم تبع ذلك بالنص - في المادة الخامسة تحت عنوان "حماية المنافسة" - على أنه: "على الجهة الإدارية إخطار جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في حال ما إذا تبين لها وجود اتفاق أو تعاقد أو تبادل معلومات بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو تنسيق من خلال الغير سواء كان ذلك بين أي من المختصين بإدارة التعاقدات أو غيرهم من الموظفين بالجهة، وصاحب العطاء، أو بين أصحاب العطاءات فيما بينهم، أو المتزايدين، أو غيرهم من المتعاملين مع الجهة بحسب الأحوال، والذي من شأنه أن يؤدي إلى: 1. رفع، أو خفض، أو تثبيت أسعار المنتجات محل التعامل؛ 2. اقتسام الأسواق، أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز

وقد أخذ المجلس الدستوري الفرنسي في التكريس لمبدأ المساواة بين المتنافسين، منذ وقت مبكر؛ فقرر في وضوح تام أن: "مبدأ المساواة لا يقل قابلية للتطبيق بين الأشخاص الاعتباريين عنه بين الأشخاص الطبيعيين، لأنه وبما أن الأشخاص الاعتباريين هم مجموعات من الأشخاص الطبيعيين، فإن انتهاك مبدأ المساواة بينهما سيصل بالضرورة إلى خرق المساواة بينهم"⁽¹⁾.

التوزيع أو نوعية العملاء أو نوعية المنتجات أو الحصص السوقية أو الفترات الزمنية؛ 3. التسيق فيما يتعلق بالتقدم، أو الامتناع عن الدخول في سائر عمليات التعاقدات المختلفة، ويسترشد في قيام التسيق بعدة أمور، منها على الأخص: (أ) تقديم عطاءات متطابقة، ويشمل ذلك الاتفاق على قواعد مشتركة لحساب الأسعار أو تحديد شروط العطاءات؛ (ب) الاتفاق حول الشخص الذي سيتقدم بالعطاء، ويشمل ذلك الاتفاق مسبقاً على الشخص الذي يرسو عليه العطاء سواء بالتأويل أو على أساس جغرافي أو على الجهات الإدارية المتقدم لها أو صاحبة الطرح؛ (ج) الاتفاق حول تقديم عطاءات صورية؛ (د) الاتفاق على منع شخص من التنافس في تقديم العطاءات".

(¹) انظر:

Conseil Constitutionnel; Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation; «que le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci»; Décision Déjà mentionné.

وانظر أيضاً:

وعليه، فإن إسهاب الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر، يخل بمبدأ تكافؤ الفرص بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة- ذلك أن الإدارة عادة ما تؤثر كيانات اقتصادية كبيرة أو متعاقدين بذواتهم، بحكم رغبتها في تعجّل التنفيذ، وهو الأمر الذي يضيق كثيراً من دائرة المستفيدين من التعاقدات العامة، ويقضي في الوقت ذاته على فرص المستثمرين الجدد في المنافسة مع هذه الكيانات.

ومما يُحمد للمشرع اللائحي المصري أن أورد العديد من المبادئ التي تحكم سلطة الإدارة في إشباع حاجاتها المرفقية من طريق العقود الإدارية، بغض الطرف عن الوسيلة التعاقدية المستخدمة في التعاقد، وذلك في الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات العامة الجديد، والصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م⁽¹⁾، تحت عنوان رئيس: المبادئ العامة، وعنوان فرعي: معايير واجبة الاتباع في التعاقدات العامة؛ فنص في المادة 4 منها على أنه: "تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص. ويلتزم العاملون بالجهات الإدارية بإنفاذ ما ورد بأحكام القانون⁽²⁾

Claire Mongouachon: Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, op. Cit, p. 44;

(1) الوقائع المصرية العدد 244 تابع (ب)، بتاريخ 31 /10 /2019م.

(2) يُذكر أن المشرع العادي قد أورد هذه المبادئ في المادة السادسة من قانون التعاقدات العامة، في بابه الثاني المعنون له ب: "مبادئ وطرق التعاقد"، فنص فيها تحت عنوان: "المبادئ الحاكمة للتعاقد"، على أنه: "تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص".

وهذه اللائحة من معايير ومبادئ الشفافية، ويحظر تعارض المصالح فيما يؤدونه من إجراءات التعاقد، وعليهم مراعاة مدونة السلوك الوظيفي التي تصدر عن وزير المالية. ويجب على كافة المتعاملين من مجتمع الأعمال مراعاة ممارسات الأعمال الجيدة والمعايير المتعارف عليها في مجالات التعاقدات، وذلك في كافة تعاملاتهم أثناء مراحل إجراءات التعاقد بما في ذلك دراسة وإعداد وتقديم العطاءات وتنفيذ العقود، ويسأل قانونيا كل من يخالف القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة". فهذه النصوص الجامعة هي بمثابة الإطار العام لتعاقدات الإدارة العامة، سواء أكانت تعاقداتها من طريق القاعدة العامة في التعاقد العام أم من طريق الاستثناء.

وينبغي التنويه إلى أن العلة من وراء إيراد هذه المبادئ - والتي يعرفها المتخصصون تمام المعرفة، تكمن في عدة اعتبارات؛ أولها: أن النزول عند مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام - والتي نعرض لها لاحقاً، أدنى إلى بلوغ غايات المشرع الدستوري التنموية وأقوم لمسلك الإدارة إذ تجاهر بمعايير اختيار أفضل الراغبين في التعاقد معها، وثانيها: أن التعاقد المباشر وهو استثناء من القاعدة - كما نعرض لاحقاً، يفنقر إلى العديد من الضمانات التي تتوافر لطرق التعاقد الأصلية، وثالثها: أن هذه المبادئ الدستورية لا تحكم سلطة الإدارة في التعاقد في الظروف العادية فحسب، وإنما أيضاً تثقل كاهلها في الظروف الاستثنائية التي تلجئها إلى الخروج على القاعدة العامة⁽¹⁾، مع ما يترتب على هذه

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

الاعتبارات جميعاً من ضرورة تضيق نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، إلى الحد الذي يضمن عدم إسهابها في استعمال رخصة التعاقد الاستثنائي.

وفي الجملة، ينبغي التنويه إلى أنه إذا كنّا نكرّس لهذه المبادئ كإطار عام لسلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد العام عموماً، وعلى وجه الخصوص في تقرير اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي، فإن هذا لا يمنع من خضوع هذه المبادئ لبعض الاستثناءات التشريعية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

La Direction des Affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ): La passation de commandes publiques urgentes ou « de marchés publics en urgence», Annexe 3, 21 avril 2020, p. 2;

حيث ورد في إحدى مخاطباتها، وهي منوطة بتقديم المشورة القانونية للمديريات والإدارات الفرنسية، ما نصه:

"Le recours à l'urgence impérieuse ne dispense pas de veiller à respecter les principes tenant à la pertinence de l'offre, à la bonne utilisation des deniers publics, à la durée compatible avec la nature des prestations".

المطلب الثاني

استثنائية التعاقد المباشر ودورها في تحديد نطاق سلطة الإدارة في

اللجوء إليه للضرورة

باديء ذي بدء، إن علة إفراد منازعات الإدارة- باعتبارها سلطة عامة، بقانون وقضاء خاصين؛ حيث تفردها عن منازعات القانون الخاص، هي ذاتها علة إفراد تعاقدات الإدارة- باعتبارها سلطة عامة، بنظام قانوني خاص- يكفل لها خصوصيتها وتفردها عن تعاقدات القانون الخاص. هذه الخصوصية التي تجد مصدريتها في خصوصية المال العام الذي تظهر الإدارة عليه، وما تستتبعه هذه الخصوصية من ضرورة الاحتياط لحمايته بنظام إجرائي واضح ومحدد، وكذا خصوصية المكانة المحجوزة للإدارة إذ تعكف على تحقيق المصلحة العامة وحمايتها⁽¹⁾، وما تستتبعه هذه المكانة السامية من ضرورة تفرّد رجالاتها بالقدر اللازم من النزاهة والتجرد- ومن ثم الشفافية، يزيد على ما يبذله الرجل المعتاد من عناية في إدارة ماله الخاص.

فقد أفرد المشرع التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص، يتأسس على فلسفة تنافي تلك التي تقوى عليها القواعد الحاكمة للتعاقدات الخاصة؛ فقد أشرنا سلفاً إلى

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Jacques CHEVALLIER: Les Fondements Ideologiques du Droit Administratif Français, No édition, No Date, p. 6.

محدودية دور سلطان الإرادة في مجال القانون العام، خلافاً للمستقر في مجال القانون الخاص⁽¹⁾، وذلك من خلال تقييد سلطة الإدارة في إبرام عقودها بالعديد من الضوابط الإجرائية والشكلية، ومنها على وجه الخصوص تحديد طرق معينة للتعاقد لا يكون التعاقد مشروعاً من دون التقيد بها، بل وتقييد سلطتها في المفاضلة بين هذه الطرق بضرورة التناسب بين الطريقة المتبعة ومحل التعاقد والظروف المحيطة بها؛ فلا يكون لها على سبيل المثال أن تلجأ إلى طريقة استثنائية في الوقت الذي يتسنى لها فيه اللجوء إلى طريقة أصلية، بل لا يكون لها تقديم طريقة استثنائية على أخرى- كان يتوجب عليها التقيد بها، وإلا كان تصرفها غير مشروع حقيقياً بالبطلان.

وقد وضع المشرع قاعدة عامة للتعاقد العام، وأورد عليها بعض الاستثناءات، فنص في المادة السابعة، تحت عنوان "القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد"، على أنه: "يكون التعاقد وفق أحكام هذا القانون في الحالات وبالطرق الآتية: 1. يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: أ. الممارسة العامة؛ ب. الممارسة المحدودة؛ ج. المناقصة المحدودة؛ د. المناقصة ذات المرحلتين؛ هـ. المناقصة المحلية؛ و. الاتفاق

(1) للمزيد؛ انظر: د. سعيد علي الشبلي، زينب محمد علي: نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري، مجلة الكوفة، العدد 41، ص 121 وما بعدها.

المباشر. 2. يكون التعاقد على بيع أو تأجير المنقولات أو العقارات أو المشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو استغلال العقارات والمشروعات ومن ذلك المنشآت السياحية والمقاصف عن طريق مزيدة علنية عامة أو مزيدة بالمظاريف المغلقة، ويجوز استثناء بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق: أ. المزيدة المحدودة؛ ب. المزيدة المحلية؛ ج. الاتفاق المباشر".

هذا، ويُحمد للمشرع العادي تصريحه في قانون التعاقدات العامة بالصفة الاستثنائية لطريقة التعاقد المباشر - تحت عنوان: "القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد"، مقررًا في المادة السابعة منه أنه: "يكون التعاقد وفق أحكام هذا القانون في الحالات وبالطرق الآتية: 1. يكون التعاقد.. بطريق المناقصة العامة، ويجوز استثناءً وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: (أ) الممارسة العامة؛ (ب) الممارسة المحدودة؛ (ج) المناقصة المحدودة؛ (د) المناقصة ذات المرحلتين؛ (هـ) المناقصة المحلية؛ (و) الاتفاق المباشر"، .. ولا يجوز بأي حال تحويل أي من طرق التعاقد المنصوص عليها في هذه المادة إلى طريق تعاقد آخر. وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود وفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية".

وتكمن علة الثناء على مسلك المشرع في تأكيده على "استثنائية" اللجوء إلى أسلوب التعاقد المباشر؛ لما تمثله هذه الاستثنائية من خروج على الإجراءات

والشكليات التي اعتمدها كأساس لمشروعية التعاقدات العامة التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة، والتي تختلف تمام الاختلاف عن تعاقدات الأفراد التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة كما هو معلوم.

ولعل إيراد المشرع لطريقة "الاتفاق المباشر" في نهاية الطرق الاستثنائية، يُحمل في هذا المقام على رغبته في التأكيد على اعتلائها قمة درجات "الاستثنائية"، وإلا لما جعلها رديفة الطرق الاستثنائية جميعاً، فضلاً عن أن ترتيب هذه الطرق الاستثنائية على النحو الوارد في النص المذكور، يستفاد منه تباين هذه الوسائل في مستوى الشفافية والتنافسية الذي تحققه؛ فالمستوى الذي تحققه طريقة "الممارسة العامة"، أعلى من ذلك الذي تحققه طريقة "الممارسة المحدودة"، تليهما في ذلك "المناقصة المحدودة"، ثم "المناقصة ذات المرحلتين"، ثم "المناقصة المحلية"، وأخيراً طريقة "الاتفاق المباشر". ومرد هذه الاستثنائية التي تجعل من طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر غير مرحب بها من حيث المبدأ، ما يحيط هذه الطريقة - على وجه الخصوص، من مثالب مقارنة بنظيراتها من طرق التعاقد - سبق أن أشرنا إليها عالياً.

هذا، وقد وقر هذا الطابع الاستثنائي لطريقة التعاقد المباشر في يقين القاضي الإداري الوطني؛ إذ تواتر قضاؤه على أنه: "ومن حيث إن المشرع - في القانون الملغي - اتخذ من المزايدة العلنية العامة أو المحلية سبيلاً أصلياً ل...، بحسبان أن المزايدة - عامة كانت أو محلية - تقوم على المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص، فضلاً عن

تحقيق المصلحة العامة؛ حيث يُطرح العقار المطلوب بيعه أو تأجيره على الكافة، ومن ثم يتقدم الراغبون في الشراء أو الاستئجار بعروضهم، وفي سبيل الفوز به يتنافس المتنافسون، فتحل الشفافية محل الضبابية، وتجرى المزايدة ويتم فتح المظاريف المغلقة على رؤوس الأشهاد، ويتم اختيار أفضل العروض، ومن ثم تجني المصلحة العامة ثمرة ذلك بالوصول إلى أعلى الأسعار. ولم يسمح المشرع - في هذا القانون - بالبيع أو التأجير بالأمر المباشر إلا على سبيل الاستثناء، وفي حالات محددة حصراً⁽¹⁾.

وفي إقراره لدستورية النص الذي يخول للإدارة صلاحية إسناد تنفيذ مشروعات ذات طابع دولي، يؤكد المجلس الدستوري الفرنسي على الطابع الاستثنائي لهذه الصلاحية، مقررًا أن التوسع في استعمال هذه الصلاحية من قبل الإدارة من المرجح أن يحرم الأموال العامة من الضمانات الدستورية المتمثلة في المساواة قبل التعاقدات العامة أو ما يقال له الحق في الوصول إلى التعاقدات العامة، وحماية الممتلكات العامة والاستخدام السليم للأموال العامة⁽²⁾.

(1) انظر حكمي المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي 30952 و 31314 لسنة 56 ق عليا، جلسة 14 سبتمبر 2010م.

(2) انظر:

Le Conseil constitutionnel; Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008; Journal officiel du 29 juillet 2008, page 12151, texte n° 2, Recueil, p. 341; "Considérant, en premier lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit à une personne publique de confier à

وفي تأكيده على ضرورة التزام الإدارة الحكمة في اللجوء إلى عقود الشراكة العالمية، يقرر نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي السيد Jean-Marc Sauvé، أنه ينبغي التنكير بأن اللجوء إلى هذه الطريقة التعاقدية لا يعني الالتفاف على القاعدة العامة في التعاقد العام، وإنما يتعين أن يتحدد نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إليها بما وضعه المشرعان العادي واللائحي من ضوابط، طالما عكف المجلس الدستوري ومجلس الدولة على مراقبتها وبلورتها، وبالتالي فليس المقصود من هذه الطريقة استبدالها بطرق التعاقد التقليدية «classiques» les marchés publics، بل يتعين استعمال رخصة اللجوء إليها بقدر من الحكمة devant être utilisés à bon escient⁽¹⁾.

un tiers, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entre-tien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics".

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008567DC.htm>

(¹) انظر:

وفي سياق توكيد "استثنائية" التعاقد المباشر، قررت هيئة مفوضي الدولة بمحكمة القضاء الإداري - دائرة العقود الإدارية⁽¹⁾، أنه: "وحيث إن الإجراءات والقواعد التي تضمنها قانون المناقصات والمزايدات في شأن التعاقدات التي تجريها جهة الإدارة على اختلاف أنواعها وأشكالها، إنما تعد قواعد جوهرية - تتصف بالعمومية والتجريد - لحماية أموال الدولة، وأن أي خروج على هذه القواعد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي عني القانون بتأمينها، بما من شأنه أن يجعل تصرفات الجهة الإدارية مشوبة بالبطلان".

وبناءً على ما تقدم، فإن سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد أو سلطتها الرئاسية في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، محصورة في أضيق نطاق لها. الأمر الذي يثقل كاهلها بعدم التوسع في تقدير ما تعدّه ضرورة بغرض التحلل من القاعدة العامة في طرق التعاقد وما تستوجبه من إجراءات وضمانات لأموال المرفق من ناحية وللراغبين في التعاقد مع الإدارة من ناحية أخرى. ومن ثم فإن الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، يتعين لها أن تكون حقيقة لا توهماً، وبل والأكثر من ذلك أن تُقدّر هذه الضرورة بقدرها - فلا تسرف الإدارة في استعمال

Jean-Marc Sauvé et Chloé Szafran: Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que choisir et comment choisir?, Entretiens du Palais-Royal 16 décembre 2008, Discours 16 décembre 2008, p. 3.

(¹) تقرير هيئة مفوضي الدولة بمحكمة القضاء الإداري "دائرة العقود الإدارية" في الدعوى رقم 49065 لسنة 64 ق - بشأن بطلان عقد "بالم هيلز".

صلاحية التعاقد المباشر بذريعة الضرورة؛ نزولاً على مقتضى القاعدة الأصولية:
"الضرورة تُقدَّر بقدرها".

وجملة ما سبق، أن الإدارة الرشيدة مطالبة بأن تتحرى الواقعية والمعقولية في تقدير الصورة من صور الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر، وأن تنزل إرادة المشرع العادي في التفرقة بين طرق التعاقد الأصلية وطرق التعاقد الاستثنائية منزلتها- فلا تعتمد إلى التوسّع في مفهوم أو تطبيقات الضرورة التي تتحلل بمقتضاها من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، مع ما يستتبعه ذلك من إهدار مبادئ دستورية جوهرية ذُكرت سلفاً.

آمرية نصوص قانون التعاقدات العامة ودورها في تأكيد استثنائية التعاقد المباشر

إن الصفة الأمرة التي تتمتع بها نصوص قانون التعاقدات العامة، تجعل من تقيّد الإدارة بمقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام، إحدى المسلمات المستقرة في إطار النظرية العقدية في القانون العام، فلا يكون لها النزول عنها إلا لضرورة قصوى، تجعل من النزول عند مقتضى القاعدة العامة، تقييداً للنصوص على حساب الغاية التي جيء بقانون التعاقدات العامة من أجلها.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا، في واحدٍ من أهم أحكامها⁽¹⁾، إلى المعنى المتقدم، فقضت بأنه: "تهيب المحكمة بالجهات الإدارية عامة وبهيئة المجتمعات العمرانية خاصة، الالتزام بالقواعد القانونية الآمرة التي تضمنها قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م، والتي وضعت ...، تلك القواعد الآمرة الجامعة المانعة، وذلك حماية للمصلحة العامة التي لا يجوز أن تختل ضمانا لتعاملات يرجى منها رعاية الحقوق لا إهدارها أو الانتقاص منها وبتأ للثقة المشروعة التي ينبغى أن تحاط بها تعاملات الإدارة مع الأفراد، وقمعا لكل صور الفساد التي قد تفسد تلك التعاملات وتنال منها".

ومن جانبها، فقد تواتر إفتاؤها على أنه: "وحيث إن المشرع قد وضع نظاما متكاملًا لتعاقدات الجهات الخاضعة لأحكامه، حدد فيه طرق التعاقد...، مبينا أن الأصل فيها أن تتم المناقصة العامة أو الممارسة العامة وأن الاستثناء جواز التعاقد فيها بطريق الاتفاق المباشر، ...، وأجاز أن يأذن بالتعاقد بهذا السبيل...، شريطة وجود حالة ضرورة قصوى تلجئ إليه..."⁽²⁾.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري (الدائرة الثالثة- دائرة العقود) في الدعوى رقم 12622 لسنة 63 ق، جلسة 22 يونيو 2010م.

(2) فتوى رقم 88 بتاريخ 30 /1 /2005، جلسة 1 /12 /2004، ملف رقم 54 /1 /416، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946م وحتى عام 2005 في شأن العقود، الجزء الثاني، ص 1600 وما بعدها.

وتعيد الجمعية العمومية التأكيد على المعنى السابق؛ مقررته أنه: "من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود- إدارية كانت أو مدنية...، وتعتبر أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 9 لسنة 1983 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 157 لسنة 1983 هي الشريعة العامة فتخضع جميع الجهات الحكومية للضوابط والقواعد والإجراءات التي تضمنتها أحكام هذا القانون صونا وتغليبا للمصلحة العامة للدولة من مختلف النواحي القانونية والاقتصادية والمالية والفنية وضبطا لقيادة وتسيير المرافق العامة. ومؤدى ذلك أن أحكام هذا القانون تعتبر القاعدة العامة الواجبة الإتباع وأن النصوص الأمرة الواردة به يتعين الإلتزام بها ما لم يوجد نص خاص صريح يبين الحكم الخاص المراد اتباعه على خلاف هذه القواعد الأمرة"⁽¹⁾.

وفي الجملة، يتعين على الإدارة التعاقدية أن تلتزم كل سبيل ممكنة لتقديم طرق التعاقد الأصلية على طرقه الاستثنائية، بل وفي إطار كل منها بأن تتدرج في اختيار الطريقة التعاقدية بحسب مستوى الإلحاح في إشباع الحاجات المرفقية؛ نزولاً عند مقتضى "الأمرية" التي تستفاد من نصوص قانون التعاقدات العامة في شأن العلاقة بين طرق التعاقد الأصلية والاستثنائية.

(1) فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

المبحث الثاني

أهمية اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالة الضرورة ومخاطر توسع الإدارة في مفهومها

تمهيد وتقسيم

إذا كنا قد أطلنا النفس في بيان المبادئ الدستورية التي توّطر سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة، وما يستهدفه قانون التعاقدات العامة من مقاصد دستورية؛ بغرض ترشيد مسلك الإدارة مباشرة سلطتها هذه، فإن ذلك كله لا يحول دون الإقرار بوجود مناقب عدة تميّز أسلوب التعاقد المباشر في الظروف غير الطبيعية؛ حيث ينتهي التمسك بالشكليات والإجراءات التي تقتضيها القاعدة العامة في التعاقد، إلى الخروج على علة أفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص؛ حيث المصلحة العامة التي تستتبع إشباع الحاجة المرفقية من كل طريق يحول دون توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق العام؛ حتى لا ينتهي بنا تقديس النصوص إلى إهدار العلة من وجودها واحترامها؛ فكما هو معلوم أن النصوص القانونية لا تقدّس لذاتها وإنما لمضامينها وغاياتها.

غير أن عمومية المفاهيم التي تركز إليها صلاحية لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة، قد تنتهي بها شيئاً فشيئاً إلى كسر القاعدة العامة في التعاقد العام، مع ما يترتب على ذلك من مثالب عديدة تفوق كثيراً مثالب

عدم تقرير سلطتها في اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي في حالة الضرورة. فما أهمية التعاقد المباشر للضرورة؟ وما هي مثالب توسُّع الإدارة في تطبيقاتها؟ هذا ما نتناوله من طريق التقسيم التالي:

المطلب الأول: أهمية التعاقد المباشر في حالات الضرورة.

المطلب الثاني: مغبة توسُّع الإدارة في التعاقد المباشر بذريعة الضرورة.

المطلب الأول

أهمية التعاقد المباشر في حالات الضرورة

باديء ذي بدء، وحتى لا يُعتقد أننا نعارض وسيلة التعاقد بالاتفاق المباشر كليةً، ينبغي التنويه إلى أن ثمة حالات عاجلة أو خاصة تجعل من طريقة التعاقد المباشر البديل الإداري الأمثل للتصرف التعاقد في هذه الحالات. فالتعاقد بالاتفاق المباشر يحقق للإدارة "المضطرة"، عدة مزايا- تُبرز أهميته؛ أهمها:

أولاً: المرونة في مواجهة المخاطر التي تتهدد السير المنتظم للمرافق العامة الإدارية

كما هو معلوم، أن وسائل التعاقد الأصلية مقررة للظروف العادية التي تتمكن فيها الإدارة المتعاقدة من إشباع حاجاتها المرفقية من طريق هذه الوسائل. بينما لا تسعفها هذه الوسائل في إشباع احتياجاتها في الظروف الاستثنائية التي تباغتها على غير توقع ولا تحسب منها، ما يتهدد معه السير المنتظم والمطرّد للمرافق العامة بالمخالفة للمبدأ الأصولي المتمثل في ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ومن ثمّ، فإن وسيلة التعاقد المباشر توفر للإدارة "المضطرة" قدرًا من المرونة والسعة في مجابهة الظروف الاستثنائية على سند من القانون⁽¹⁾،

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

La négociation directe offre une certaine souplesse pour négocier les principales conditions du contrat une fois le contractant choisi, et les procédures administratives sont plus simples, moins chères et plus rapides.

فضلاً عن الواقع الذي يسوّغ تصرفها الاستثنائي ولو من غير نص قانوني صريح على الخروج على القواعد المقررة للظروف العادية⁽¹⁾.

ثانياً: مراعاة خصوصية وسرية أعمال بعض المرافق الإدارية ذات الطابع الأمني

من مؤسسات الدولة وأجهزتها ما تأبى طبيعته أعمالها الانصياع لمقتضى طرق التعاقد الأصلية من علانية وتداول معلومات؛ لخصوصيتها التي تقتضي السرية التامة. ما يجعل من طريقة التعاقد المباشر - وفي حدود الأعمال التي تقتضي طبيعتها ذلك فحسب - الطريقة المثلى لإشباع الحاجات المرفقية لهذه الأجهزة. فليس من المنطق أن تُلزم هذه المؤسسات والأجهزة بتداول بياناتها ومعلوماتها عبر

Pierre Moisan: Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, Les Cahiers de droit, Volume 35, numéro 2, 1994, p. 286.

(1) في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. فؤاد العطار: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 85؛ إذ يرى سيادته أنه إذا طرأت ظروف استثنائية لا تحتمل التردد، كان للحكومة أن تتخذ الإجراءات الكفيلة بمواجهتها ولو خرجت على القواعد المقررة للظروف العادية؛ نزولاً عند مقتضى القاعدة المفترضة والتي مؤداها تقديم مصالح الدولة العليا على التمسك بحرفية النصوص.

طرق التعاقد الأصلية نزولاً عند تقديس النصوص، وإنما المنطق-عين المنطق أن تُستثنى هذه الجهات من القاعدة العامة في التعاقد، على أن تتقيّد في ذلك بالأعمال التي تقتضي طبيعتها ذلك فحسب، وليس في جميع أنشطتها التي لا تضار من طرق التعاقد الأصلية.

ثالثاً: الاستجابة لمقتضيات جذب وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية الكبرى

كما هو معلوم اقتصادياً، أن رؤوس الأموال الكبرى، وعلى وجه الخصوص في الأنشطة ذات الطابع العالمي، لها من الخصوصية ما يأبى الامتثال لمقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام- من خضوع لمنافسات قد تكون غير متكافئة أو مجدية لها؛ إذ عادة ما تفضل هذه الكيانات الاقتصادية الكبرى الولوج إلى اقتصاديات الدول من طرق مختصرة ميسرة، بعيداً عن تعقيدات الروتين الإداري وما تقتضيه طرق التعاقد الأصلية من إجراءات وشكليات، سيما وأن قدرتها الاقتصادية الفائقة تجعل منها هدفاً لكافة الدول.

وهو الفرض الذي عادة ما يتحسب له مشرعو قوانين التعاقدات العامة في كافة الدول؛ فيعمدوا إلى تحرير إرادة الإدارة في تقدير كيفية الاستفادة من هذه الكيانات بما يحقق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وذلك في الفروض التي ترى فيها الإدارة أن ثمة عائدات اقتصادية أو اجتماعية كبرى، تُرجى من وراء التعاقد مع هذه الكيانات من طريق التعاقد المباشر.

رابعًا: الابتعاد عن تعقيدات طرق التعاقد الأصلية في الحالات التي لا تستأهل ذلك

ثمة حالات أخرى، تنتفي فيها علة إفراد تعاقدات الجهات العامة بنظام قانوني خاص، ومن ثم العلة من إلزام الإدارة بالإجراءات والشكليات المقررة في قانون التعاقدات؛ إما لضآلة قيمتها، وإما لاتحاد الذمة المالية للجهات المتعاقدة؛ كالحالات التي أجاز المشرع فيها لجهة الإدارة أن تقرر اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر فيها في حدود أنصبة مالية زهيدة لا تستأهل تأخير إشباع الحاجة المرفقية لحين استيفاء إجراءات وشكليات التعاقد العادي، وكذا الحالات التي تتعاقد فيها الجهات الخاضعة لقانون التعاقدات العامة؛ إذ تتحد فيما بينهما في الذمة المالية الكبرى التي يستمدان تمويلهما منها- متمثلةً في الخزنة العامة للدولة، ومن ثم تنتفي العلة من وراء إلزامها بالتقيد فيما بينها بإجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية⁽¹⁾. ومن ثم، فإن لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، بموجب المادة 78 من قانون التعاقدات العامة⁽²⁾، لا يدخل في نطاق البحث لعدم تعلقه بأحد معاني الضرورة سألغة البيان، ودخوله في مفهوم الضرورة العادية أو البسيطة.

(1) لا يقدح في ذلك استقلالية الأشخاص الاعتبارية العامة ومن ثم استقلال ذمتها المالية، وخضوعها للمحاسبة المالية من قبل الأجهزة الرقابية؛ فهذا مصروف إلى ضبط تصرفاتها قانونًا، بينما لا يؤثر ذلك في ارتجاعها جميعًا إلى ذمة مالية واحدة هي خزنة الدولة، وهي العلة ذاتها التي وقفت من وراء إفرادها بحكم المادة 66/د من قانون مجلس الدولة فيما يتعلق بإلزامية آراء الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع لها وعدم استساغة مثلها أمام المحاكم.

(2) تنص المادة 78 على أن: "يجوز للجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر بموافقة السلطة المختصة بكل منها، وذلك دون التقيد بالإجراءات والحدود

وعليه، فإن التعاقد بالاتفاق المباشر، وهو وسيلة تعاقدية ذات طابع استثنائي، تتحول إلى وسيلة تعاقد أصلية في مثل هذه الظروف الاستثنائية- ما دام أن مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إليها يحكمه الرشد الإداري. فما يتعين التويه إليه أن هذه المناقب، مرتبهة من الأساس بما يتعين على الإدارة المتعاقدة أن تتحلّى به من صفات الإدارة الرشيدة، سيما الرقابة الفاعلة- ذاتية كانت أو رئاسية، في كافة مراحل الإسناد المباشر وعلى وجه الخصوص مرحلة ما قبل الإذن بالتعاقد المباشر بدافع الضرورة؛ حيث تقدير الطرف الذي يتوافر به وصف الضرورة التعاقدية، بما يضمن النزاهة والشفافية في إسناد عمليات إشباع الحاجات المرفقية على النحو الذي يحقق الاستغلال الأمثل للمال العام. وإلا تحولت طريقة التعاقد المباشر بدافع الضرورة إلى معول هدم وإهدار لما يتغياها المشرع من مقاصد دستورية.

ونعيد التأكيد على أن القول بأن طريقة التعاقد المباشر لا تخلو من أهمية، تجعل منها وسيلة أصلية للتعاقد في ظروف ما تحتم اللجوء إليها، لا يعني البتة التكريس لهذه الطريقة الاستثنائية بأريحية التكريس لطرق التعاقد الأصلية، وإنما يتعيّن النظر إليها انطلاقاً من كونها وسيلة استثنائية؛ فثمة مثالب عديدة تنتقص من مسلك الإدارة في التوسّع في تقرير اللجوء إلى أسلوب التعاقد بالاتفاق المباشر؛ بعضها

المالية الواردة بهذا القانون، كما يجوز أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقاً للقواعد المعمول بها في الجهة الإدارية طالبة التعاقد. ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها. وتسري أحكام هذه المادة على الهيئة العربية للتصنيع، والهيئة القومية للإنتاج الحربي، والمخابرات العامة، ويجوز لأي منها إسناد التعاقدات المبرمة تطبيقاً لأحكام هذه المادة مباشرة إلى أي من وحداتها التابعة".

يركن إلى اعتبارات نظرية، والبعض الآخر تحكمه اعتبارات عملية، وذلك على النحو التالي.

المطلب الثاني

مغبة توسع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة

الضرورة

قد لا يرى البعض مندوحة في التوسع في حالات التعاقد المباشر، سيما في ظل توجه الدولة الحثيث إلى تشجيع وجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية⁽¹⁾، وهو توجه اقتصادي محمود بالطبع، ما قد يتسع معه المجال للتكريس لأسلوب التعاقد بالاتفاق المباشر، وهو أسلوب استثنائي، على نحو يظهره وكأنه طريق أصلي انطلاقاً من حجج واهية لا تصمد أمام التحليل والتدقيق.

أولاً: التوسع في التعاقد المباشر ينافي فلسفة وضع تشريع خاص لتنظيم

التعاقدات العامة

فالتساؤل البدهي ونحن بصدد تقييم مسلك المشرع في تحديد مفهوم الضرورة الموسوعة للتعاقد المباشر، ما الدافع إلى أفراد تعاقدات الجهات العامة بتشريع خاص يتضمن العديد من القيود والإجراءات التي يتعين على الإدارة الراغبة في التعاقد مراعاتها، منذ التمهيد لإبرام العقد ومروراً بمرحلة الإبرام وانتهاء بمرحلة التنفيذ، بل حتى في إنهاء التعاقد، أو بعبارة أخرى ما فلسفة المشرع في اختصاص تعاقدات

(1) إذ تنص المادة 27 من الدستور على أنه: "...، ويلتزم النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة، ودعم محاور التنافسية وتشجيع الاستثمار، ...، ومنع الممارسات الاحتكارية، ..".

الإدارة بنظام تشريعي خاص وعدم تركها لمبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم تعاقدات القانون الخاص؟!!

الرد البدهي على هذا التساؤل يكمن في خصوصية تعاقدات الجهات العامة والتي تُرد في الأساس إلى محل هذه التعاقدات والغرض منها؛ فكما هو معلوم أن محلها المال العام، وغرضها إشباع الحاجات المرفقية التي يحكمها مبدأ السير المنتظم والمطرد، هذه الخصوصية التي تقف من وراء تمتع الإدارة بمكانة سامية في مواجهة المتعاملين معها، لا يجوز لها النزول عنها كما هو مستقر فقهاً⁽¹⁾.

وبناءً عليه، يعد التحلل من هذه القيود والإجراءات من طريق التعاقد المباشر، استثناءً ينافي العلة من أفراد هذه التعاقدات بقواعد خاصة، ما يجعل من كثرة اللجوء إلى هذا الأسلوب الاستثنائي من طريق التوسع في مفهوم الضرورة، خروجاً على فلسفة وضع قانون خاص للتعاقدات العامة.

(1) في نفس المعنى؛ انظر أ. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 246 وما بعدها؛ ريفيرو: أشخاص القانون العام المعنوية والتحكيم، مجلة التحكيم، 1973، ص 286؛ مشار إليه في: أ. د. يسري محمد العصار: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العددان 13، 14، أبريل/أكتوبر 2001، ص 23.

ثانيًا: التوسُّع في التعاقد المباشر يهدر مبدأ المنافسة الحرة ويخلق طبقيَّةً

اقتصادية

عادة ما تظفر الكيانات التابعة للدولة أو شركات بعينها بالتعاقدات المباشرة، ربما لرغبة الدولة في التعامل مع عدد محدود من الكيانات الاقتصادية، ثم تقوم هذه الأخيرة بتسيير أعمالها من خلال مقاولين من الباطن، وربما لقدرتها على تحمل تأخر الاعتمادات المالية لدى الدولة بخلاف أشخاص القانون الخاص التي يرتهن استمرارها بحصولها على اعتماداتها المالية.

غير أن كثرة لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر تحول دون تمكين المشروعات الاقتصادية الخاصة من منافسة المشروعات الاقتصادية العامة في الحصول على تعاقدات الإدارة- ما يضعف دور القطاع الخاص في عملية التنمية من ناحية، ويؤدي إلى تهميش دور المشروعات المتوسطة والصغيرة بالمخالفة لمراد المشرع الدستوري- ما يخلق طبقيَّة اقتصادية إن صح التعبير من ناحية أخرى.

ولا يقدر في ذلك القول بأن الكيانات الكبرى تستعين بالكيانات الصغيرة من طريق التعاقد من الباطن؛ فهذا يخل بفكرة الاعتبار الشخصي في تعاقدات الجهات العامة من ناحية، ويحمل الدولة أعباء مالية إضافية من ناحية أخرى؛ فكما هو معلوم أن هامش الربح عنصر أساس في الرغبة في التعاقد مع الإدارة- بل هو الأولوية الأولى في الإقبال على التعاقد معها، هذا الربح الذي تتحدد قيمته التقديرية لدى كل منهم بحسب ما إذا كانت عملية التنفيذ ستتم بواسطة المتعاقد مباشرة أو

بواسطة آخرين من طريق التعاقد من الباطن؛ فنجد المتعاقد الأصلي يأخذ بعين الاعتبار في تقدير هامش الربح ما سيستهدفه المتعاقدون معه من الباطن من هامش ربح، وهو الأمر الذي ينتج عنه تحمُّل الدولة في نهاية المطاف لهذه الأعباء المالية الإضافية.

ولعل لنا أن نورد في هذا المقام، ما ينسبه أحد الصحافيين إلى السيد رئيس مجلس إدارة اتحاد مقاولي التشييد والبناء ورئيس شعبة المقاولات بغرفة تجارة الإسكندرية من القول بأن: "الدولة توسعت بشكل غير مسبوق في الإسناد بنظام الأمر المباشر لتنفيذ المشروعات الجديدة بالشكل الذي أضر قطاع المقاولات، وحرَم الكثير من شركات المقاولات المتميزة في السوق من المشاركة والمنافسة على الفوز بتنفيذ هذه المشروعات، ما أدى لتنفيذ عقود أعمال المشروعات بأسعار مرتفعة بنسب تزيد على 30 - 35% عن العقود التي كان من الممكن إبرامها عبر طرحها من خلال قانون المناقصات والمزايدات"⁽¹⁾.

وفي هذا السياق، يؤكد عضو اللجنة الاقتصادية بمجلس النواب وصاحب مشروع تعديل قانون المزايدات والمناقصات- الملغي، أن الإسناد المباشر بات يمثل باباً للفساد؛ راداً إلى أن الإسناد بالأمر يقلل إلى حد كبير نسب مشاركة شركات القطاع الخاص في المشروعات الحكومية، مقررًا أنه غالبًا ما تكون العلاقة الشخصية بين

(1) انظر أ. معتر محمود: "الإسناد المباشر" ينذر بانهايار قطاع المقاولات، مقال منشور بجريدة المال الإلكترونية (جريدة مصرية اقتصادية يومية)، بتاريخ 12 فبراير 2014؛ الرابط التالي:

<https://almaalnews.com/>

المالك والمقاول عنصرًا أساسيًا في إسناد العمل لشركة ما وجود محاباة عند إسناد العمل للمقاول.. وقد يستغل المقاول المالك من حيث تغيير أو إضافة شروط في العقد، وذلك لعدم وجود مقاولين منافسين، مع صعوبة مراقبة المقاول من حيث المستخلصات، عندما يكون المالك مالكًا لجزء من الشركة المنفذة للمشروع، مضيغًا أن نص المادة 38 من قانون المزايدات والمناقصات والتي تتيح الإسناد المباشر، ليست بمنأى عن دائرة الشبهات، فقد استُخدمت هذه المادة بطريقة لا تتيح فرصة للمنافسة عبر المناقصات. فضلًا عن أن شروط الاتفاق المباشر الموجودة في القانون محل التعديل نجدها قائمة على شرط لا يمكن التحقق منه وهو "الحالات العاجلة التي لا تحتل إجراءات المناقصة أو الممارسة"، وهذا لا يمكن إثباته أو التحقق منه، وإنما هو شرط مطاطي يفتح الباب دون ضوابط واضحة⁽¹⁾.

(1) انظر كلاً من:

سمر سلامة: هشام والى.. الإسناد المباشر بقانون المناقصات باب للفساد ويفتح طريق الوساطة، مقال صحفي منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع، الأربعاء 15 مارس 2017م، الرابط التالي:

<https://www.youm7.com/story/2017/3/15/>

فريدة على: برلماني.. الإسناد المباشر أحد أبواب الفساد الذي تحدث عنه الرئيس، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة صدى البلد، الأحد 11 ديسمبر 2016م، الرابط التالي:

<https://www.elbalad.news/2528149>

ثالثاً: التوسُّع في التعاقد المباشر مظنة الاستخدام غير السليم للمال العام وغياب المحاسبة

إن افتقار طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر لضمانات طرق التعاقد الأصلية، يجعلها مظنة إهدار المال العام أو الاستيلاء عليه، فضلاً عن غياب معايير واضحة للمحاسبة، سيما أمام القاضي الإداري، باعتبار أن صلاحية اللجوء إليه قد قُصرت على طرفي العقد من دون غيرهم وفقاً للقرار بقانون رقم 32 لسنة 2014م، والذي أوصت هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته؛ لمخالفته مبدأ إتاحة حق التقاضي للمواطنين المنصوص عليه في المادة 97 من الدستور، والتي تحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري ضد رقابة القضاء، وكذلك لمخالفته مبدأ المواطنة وسيادة الشعب المنصوص عليه في المادة 4 من الدستور، فضلاً عن أنه يمثل تدخلاً في شؤون العدالة واعتداءً على استقلال القضاء⁽¹⁾، ما يجعل من حتمية

(1) أصدرت هيئة مفوضي محكمة القضاء الإداري تقريرها القانوني في الدعوى القضائية رقم 31375 لسنة 65 ق، المطالبة ببطلان عقد بيع شركة أسمنت بورتلاند حلوان، وأوصت في نهايته بإحالة القانون رقم 32 لسنة 2014 بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة "تحصين العقود الإدارية" إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدي دستوريته. وقد استندت الهيئة في تحليل رأيها إلى عدة أسباب؛ أولها: مخالفة القانون لنصوص المواد (32، 33، 34) من الدستور الحالي، والمتعلقة بحماية الملكية العامة، والتي تتحقق في مواجهة تصرفات الدولة بحق الأفراد أصحاب الصفة والمصلحة الأصلية والأصلية في التجايم إلى القضاء، فحق التقاضي في تلك الحالة هو وسيلة لغاية أسمى وهي الحفاظ على الملكية العامة وتفعيل دور الرقابة الشعبية ضد مظاهر اعتداء الدولة، إذا ما أساءت التصرف، وهذا الحق إنما هو مشتق من مضمون النصوص الدستورية، وإن كان الدستور في نصوصه 32، 33، 34 لم يشر إلى

حق الأفراد صراحة، مثلما فعل في دستور 1971م و2012م، فإن هذا الحق يستفاد ضمناً من طبيعة الملكية العامة، لذلك فهو مفهوم مستقر وثابت ولا يتغير بتغير النصوص الدستورية؛ وثانيها: مخالفة نص المادة 53 من الدستور، حيث إن المادة الأولى من القانون قد حظرت الطعن على العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها الاعتبارية العامة، بما في ذلك الطعن على القرارات السابقة على إبرام تلك العقود، في مخالفة صريحة لمبدأ المساواة في المراكز القانونية المتساوية، ذلك أن من المفترض تساوي جميع المتناقصين والمتنافسين منذ إعلان الجهة الإدارية رغبتها في التعاقد، بخصوص الحقوق والواجبات، وتلك القاعدة أوجبتها طبيعة العقد الإداري. كما أن شبهة عدم الدستورية في تلك المادة إنما تركز بصفة أساسية على أن القانون قد ساوى بين القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والسابقة على عملية إتمام التعاقد وبين العقد ذاته، وقال "حينما يكون الطعن على العقد بين طرفيه أمراً مقبولاً إعمالاً لمبدأ نسبية آثار العقد، فإن تلك القاعدة لا تستقيم بالنسبة للقرارات الإدارية السابقة على إتمام التعاقد، ففي تلك الحالة يكون لكل ذي مصلحة شخصية ومباشرة من المتنافسين بشأن الفوز بإبرام العقد أن يطعن على تلك القرارات، إذا ما ترائى له أن تلك الإجراءات قد تمت بالمخالفة لأحكام القانون"؛ وثالث هذه الأسباب: مخالفة القانون محل الطعن للمادة (97) من الدستور، لإنكاره حق أفراد الشعب في الملكية العامة، وما يرتبط به من وسائل الرقابة والحماية للمال العام، كما صادر حق التقاضي - وإن كان في صورة تنظيم له، فأغلق طريق الطعن في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة عن صاحب الصفة الأساسية في مراقبة الدولة، وجعل نطاق الطعن مقصوراً على أصحاب الصفة الفرعية، ممن لهم حقوق شخصية أو عينية على المال موضوع التصرف؛ انظر أ. عماد الحسيني: "المفوضين" توصي بإحالة قانون تحصين العقود الإدارية للمحكمة الدستورية، مقال منشور بتاريخ 17 سبتمبر 2014م على موقع البوابة نيوز، الرابط التالي:

<https://www.albawabhnews.com/794495>

ومن جانبها، فقد أوصت هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، في تقريرها بالرأى الدستوري والقانوني حول الطعن سالف الذكر، بعدم دستورية القانون شكلاً وموضوعاً؛ أ. إبراهيم قاسم: "مفوضي الدستورية العليا" توصي بعدم دستورية قانون الطعن على عقود الدولة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع في 27 مارس 2017م؛ الرابط التالي:

<https://www.youm7.com/story/2017/3/27/%>

مجاهرة الإدارة بتعاقداتها نزولاً عند إرادة المشرع الذي أثر أفراد هذه التعاقدات بنظام قانوني خاص؛ حتى لا تنفذ سهام الريبة والشك إلى نفوس الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

فالإدارة المتعاقدة مطالبة بالجمع بين اعتبارين جوهريين؛ أولهما: تحقيق الشفافية الإدارية باعتبارها واحدة من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الإدارة الرشيدة إذ تكافح الفساد الإداري، وثانيهما: تحقيق المساءلة أو المحاسبة في مجال التعاقدات بما يحول دون إهدار المال العام أو استغلاله ابتداءً، وتعمل على الكشف عن الممارسات غير المشروعة من ناحية أخرى. والتوسُّع في التعاقد المباشر يهدر مبدأ الشفافية الإدارية في مجال التعاقدات العامة، ويحول دون محاسبة التصرفات غير المشروعة للإدارة في مجال التعاقد.

فقد يلجأ بعض المقاولين إلى العديد من الحيل للحصول على تعاقدات الإدارة، أهمها أن يقوموا بطرح أسعار غير حقيقية حتى يتم الإسناد إليهم، ثم تأتي مرحلة الحساب الختامي لتظهر القيمة الحقيقية التي يتعين على الإدارة الوفاء بها، الأمر الذي تبدو معه خطورة إكثار الإدارة من اللجوء إلى طريقة التعاقد المباشر، بما تفنقر إليه من ضمانات طرق التعاقد الأصلية.

رابعاً: كثرة اللجوء إلى التعاقد المباشر سببٌ أساس لتراجع الاستثمار الوطني

قد تبدو التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة محض عملية قانونية تحكمها إجراءات وشكليات مجردة، بينما تتنازعها اعتبارات أخرى، أهمها أنها تمثل جزءاً

كبيرًا من الاقتصاد القومي للدولة، وعلى وجه التحديد من ناتجها المحلي؛ فهذه دراسة فرنسية تخلص إلى أن الوزن الاقتصادي للتعاقدات العامة في فرنسا قد بلغ 8% من الناتج المحلي الإجمالي في عام 2006⁽¹⁾، وما يعكس أهمية السياسة التعاقدية في تحقيق خطة التنمية الاقتصادية.

فقد يُعزى تراجع الاستثمار - في بعض أسبابه - إلى عدم وجود فرص عادلة لجميع المستثمرين، بما يشكل قناعة لدى الكثيرين منهم بأن تعاقدات الإدارة محجوزة لمستثمرين بذواتهم، وهو الأمر الذي ينجم عنه عزوف الكثيرين من متوسطي وصغار المستثمرين عن ولوج الحقل الاستثماري، بما ينتج عنه من تراجع مباشر في حجم الاستثمارات التي تستهدفها الدولة جذبًا وتشجيعًا.

وبناءً على ما تقدم، فإن سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد أو سلطتها الرئاسية في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، محصورة في أضيق نطاق لها. الأمر الذي يثقل كاهلها بعدم التوسع في تقدير ما تعدّه ضرورة بغرض التحلل من القاعدة العامة في طرق التعاقد وما تستوجبه من إجراءات وضمانات لأموال المرفق من ناحية وللراغبين في التعاقد مع الإدارة من ناحية أخرى. ومن ثم فإن الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، يتعين لها أن تكون حقيقةً لا توهماً، وبل

(1) انظر:

Fallait Pas Faire Du Droit: Le régime juridique des contrats administratifs : classification, conclusion, exécution et contentieux (cours), No édition, No Date, p. 4.

والأكثر من ذلك أن تُقدَّر هذه الضرورة بقدرها- فلا تسرف الإدارة في استعمال صلاحية التعاقد المباشر بذريعة الضرورة؛ نزولاً على مقتضى القاعدة الأصولية: "الضرورة تُقدَّر بقدرها".

وينبغي التنويه إلى أن المخاوف التي يثيرها اللجوء إلى هذا الأسلوب الاستثنائي، مردها لا إلى طريقة التعاقد المباشر في ذاتها؛ فقد تحقق الإدارة من خلالها ما قد لا تحققه من خلال طرق التعاقد الأصلية أحياناً، وإنما تُعزى في تقديرنا إلى ما تعانيه الإدارة من نقص ملحوظ في أدوات الإدارة الرشيدة- يبعث على الشك في مصداقية الإدارة في استعمال سلطتها في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، والتي تتحلل بموجبها من طرق التعاقد الأصلية التي تمثل قوام النظام القانوني الذي يحكم تعاقداتها.

الفصل الثاني

الضرورة الملجئة كمناط لمشروعية مسك الإدارة في تقرير اللجوء إلى

التعاقد المباشر

تمهيد وتقسيم

انطلاقاً من طبيعتها الخاصة، وما يستتبعه التوسّع في الارتكان إليها من التحل من ربة القانون في كثير من الأحيان التي تدق فيها التفرقة بين ما يمثل ضرورة على الحقيقة وما لا يعدو كونه توهما لا يسوّغ التحل من القواعد العادية، أو تلك التي قد تتحايل فيها الإدارة على القواعد المقررة للظروف العادية، فتجتراً بذلك على مقتضى المشروعية، فقد استقر وازع الفقه والقضاء على أن الضرورة التي تسوّغ التصرف الاستثنائي بالمخالفة للقواعد العادية، هي الضرورة الملجئة التي تحمل معنى أعلى درجات الاضطرار. غير أن ذلك كان بمثابة المفهوم العام للضرورة في محيط القانون العام بفرعيه الدستوري والإداري، وكذا في محيط القانون الخاص، بينما لم نستدل على مفهوم خاص للضرورة التعاقدية لا في أدبيات الفقه ولا في اجتهادات القضاء، إلا ما يستفاد بطريقة غير مباشرة من الأحكام التي فصلت في بعض المنازعات الناشئة عن لجوء الإدارة إلى طريقة التعاقد المباشر.

فإلى أي مدى يتسع نطاق سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة؟ وما هي الضوابط أو القيود التي تحتد بها صلاحيتها هذه؟ هذا ما نجيب عليه من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: نطاق سلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة.

المبحث الأول

نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع

الضرورة

تمهيد وتقسيم:

إن المدقق في نصوص قانون التعاقدات العامة المنظمة للتعاقد المباشر بدافع الضرورة، يخلص من غير نصِّ إلى اتساع نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، ومن ثم التحلل من قيود وضوابط طرق التعاقد الأصلية، والتي سبق أن أشرنا إلى أنها تمثل ضمانات لتحقيق غايات دستورية. وتبدو هذه السعة من وجهين؛ أولهما أن الإدارة قد تقع خطأً في شراك اللامشروعية لعدم وضوح الحد الفاصل بين ما يعد ضرورةً وما لا يعد كذلك، والثاني أن سعة هذه المفاهيم واستعصائها على التحديد في أحيان كثيرة، قد يفتح لها الباب واسعاً للتحايل على طرق التعاقد الأصلية بذريعة الضرورة، وفي كلتا الحالتين تكون الإدارة قد خرجت على العلة الأساس من وراء وضع نظام قانوني خاص لتعاقدات الإدارة العامة، وأهدرت غايات دستورية جوهرية سبق أن ذكرناها في المبحث التمهيدي.

فما شواهد النهج التوسعي للمشرع في تحديد حالات الضرورة الموسَّعة للتعاقد المباشر؟ وما الضوابط أو القيود التي يمكن الارتكان إليها في ضبط استعمال هذه الرخصة؟ هذا ما نتناوله بشيء من التفصيل من طريق التقسيم التالي:

المطلب الأول: تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات العامة.

المطلب الثاني: مظاهر توسُّع المشرع في حالات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

المطلب الأول

تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات

العامّة

أورد المشرع - في المادة 62 من قانون التعاقدات العامة رقم 182 لسنة 2018م⁽¹⁾ - بضع حالات يجوز فيها للإدارة أن تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر، تحت عنوان: حالات التعاقد المباشر، وأردفها ببعض الحالات الأخرى في نصوص متفرقة من القانون ذاته. وهذه الحالات وإن كانت تعتمد في كثير منها على مفاهيم واسعة أو عصية على التحديد الدقيق - ما قد يفسح المجال لاحتمالية توسّع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر ومن ثمّ التحلّل من طرق التعاقد الأصلية وما تمثله من ضمانات للعديد من الغايات الدستورية، فهذه الحالات يمكن لنا أن نردها إلى عدة صور رئيسية؛ منها ما يتصل بزمن التعاقد، ومنها ما يتعلق بمحل التعاقد ذاته، ومنها ما يرد إلى ملابساته، ومنها ما يعزى إلى سياسة الدولة وتوجهها الاقتصادي، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الضرورة الموضوعية Urgence objective

وتتصرف هذه الصورة من صور الضرورة التعاقدية، إلى الظروف المتعلقة بمحل التعاقد ذاته؛ كأن تكون مادة التعاقد مما تقتضي التنفيذ على نحو معين لا سبيل

(1) الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر (د)، بتاريخ 3/ 10 / 2018م.

إليه إلا من طريق شخص معين بذاته، أو أن تمام التنفيذ على النحو الذي تتحقق به المصلحة العامة، يتوقف على ولوج هذا السبيل؛ كأن يكون التعاقد بغرض تحقيق تجانس أو تكامل مادة التعاقد، أو تحقيق التوحيد القياسي مع ما هو قائم⁽¹⁾، أو لعدة احتكارها⁽²⁾ من شخص معين، أو لأن الضرورة الفنية تستتبع استكمال التنفيذ بذات الطريقة التي بُدئ بها⁽³⁾.

(1) في هذا الفرض تكون الإدارة قد تعاقدت لإشباع حاجات تعاقدية بأي طريق من طرق التعاقد؛ أصلية كانت أو استثنائية، وترغب في استكمال هذه الحاجات التي لا توجد إلا عند المصدر الذي سبق لها أن تعاقدت معه قبل ذلك، فيكون لها أن تلجأ إلى التعاقد المباشر في هذا الفرض باعتبار أن علة اللجوء إلى الطرق الأصلية غير متحققة في هذا الفرض وهي تحقيق التنافسية؛ فالفرض أننا أمام مصدر واحد للتعاقد فضلا عن أسبقية التعاقد معه.

(2) التوحيد القياسي وفقاً للمنظومة الدولية للتوحيد القياسي هو "توحيد مواصفتين أو أكثر لجعلهما مواصفة واحدة حتي يمكن للمنتجات الناتجة أن تكون قابلة للتبادل عند الإستخدام". ويُقصد بالتوحيد القياسي مع ما هو قائم، كسبب للتعاقد المباشر، مراعاة التجانس التام بين مادة أو محل التعاقد الذي سبق للإدارة أن تعاقدت عليه، ومادة أو محل التعاقد الذي ترغب في التعاقد عليه من طريق التعاقد المباشر، والذي يُفترض فيه أن يتحقق من خلال لجوء الإدارة في إشباع احتياجاتها إلى المتعاقد الذي سبق أن أُشبعَت مثل هذه الاحتياجات بواسطته، ولو لم يكن محتكراً لمادة التعاقد، وذلك خلافاً للحالة التي يكون فيها المتعاقد محتكراً لمادة التعاقد؛ فلا يكون للإدارة خياراً آخر في تقدير اللجوء إليه في إشباع احتياجاتها التعاقدية. فالفرض هنا أن الإدارة بإمكانها إشباع احتياجاتها التعاقدية من طريق عدة أشخاص، بيد أنها تؤثر التعاقد مع أحدهم دون غيره؛ لعدة تحقيق التجانس بين جزئي التنفيذ.

(3) عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، وتقضي الضرورة الفنية تنفيذه بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ.

وقد تكون هذه الضرورة مبتدأة- كأن تكون مادة التعاقد وحيدة المصدر - احتكارًا أو استثنائيًا؛ إذ لا يكون ثمَّ بَدْ من لجوء الإدارة إلى هذا المصدر لإشباع حاجتها المرفقية، وهو ما يكثر في مجال استيراد التكنولوجيا وأدوات التسليح وبعض الأدوات الطبية والأدوية وغيرها. وقد تنشأ هذه الصورة أثناء التنفيذ أو قبيل الانتهاء منه- كأن تطلب الإدارة إلى المتعاقد معها إدخال بعض التعديلات على عملية التنفيذ، وقد تستند الإدارة إلى هذه الصورة- في الحالات التي خولها المشرع صلاحية تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وقد يستند إليها المتعاقد معها ولو لم تطلب هي إليه- كما في الفرض الذي يرى فيه المتعاقد أن الأصول والأعراف المرعية في العمل وفقًا لمبدأ حسن النية، تقتضي القيام ببعض البنود التي لم يُتفق عليها، ويقضيها تمام التنفيذ.

وهو ما صرَّح به المشرع في البنود: الثاني والثالث والرابع من المادة الثانية والسنتين⁽¹⁾؛ إذ تنص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من

(1) تقابلها المادة 35/2 من قانون المشتريات العامة الفرنسي إذ تنص على أنه: "يمكن التفاوض بدون دعاية مسبقة وبدون منافسة: 1. ...؛ 2. ...؛ 3. ...؛ 4. ...؛ 5. العقود التكميلية للخدمات أو الأعمال التي تتكون من خدمات لم يتم تضمينها في العقد المبرم في البداية ولكنها أصبحت ضرورية، في ظل ظروف غير متوقعة، لأداء الخدمة أو أداء العمل كما هو موضح في العقد المبدئي، شريطة أن يتم التخصيص للعامل الاقتصادي الذي أدى هذه الخدمة أو قام بهذا العمل: أ. عندما لا يمكن فصل هذه الخدمات أو الأعمال الإضافية من الناحية الفنية أو الاقتصادية عن العقد الرئيسي دون إرهاب كبير للسلطة المتعاقدة؛ ب. عندما تكون هذه الخدمات أو الأعمال، على الرغم من أنها منفصلة عن تنفيذ العقد الأولي، ضرورية للغاية لإتمامها بشكل مثالي، شريطة ألا يتجاوز المبلغ التراكمي لهذه العقود الإضافية 50% من مبلغ

الحالات الآتية: 1. ...؛ 2. وجود مصدر واحد فقط لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد أو لديه الحق الحصري أو الاحتكاري لموضوع التعاقد؛ 3. تحقيق أغراض التكامل مع ما هو موجود، ولا يوجد له سوى مصدر واحد؛ 4. عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، وتقتضي الضرورة الفنية تنفيذه بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ".

وقد أقر المشرع "طبيعة التعاقد" كمعيار لتوافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر؛ فنص في المادة السادسة والسبعين - تعاقدات الجهات ذات الطبيعة الخاصة - على أنه: "في حالات الضرورة، يجوز لمجلس الوزراء أن يصرّح لجهة إدارية بعينها، لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة ونشاطها أو طبيعة العملية، بالتعاقد بأي من طرق التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون...، كما يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملا التمويل، إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة،...".

العقد الرئيسي؛ 6. عقود الخدمة أو العمل التي تهدف إلى تقديم خدمات مماثلة لتلك التي تم تكليفها لصاحب عقد سابق تم منحه بعد المناقصة، شريطة أن يكون التعاقد الأول قد أشار إلى إمكانية استخدام هذا الإجراء لتقديم خدمات مماثلة؛ 7. ...؛ 8. العقود والاتفاقيات الإطارية التي لا يمكن أن يعهد بها إلا إلى فاعل اقتصادي معين لأسباب فنية أو فنية أو تتعلق بحماية الحقوق الحصرية...".

وقد أكد المشرع معيار "طبيعة محل التعاقد" كمعيار للضرورة التعاقدية، بنصه في المادة 79 على أنه: "استثناء من أحكام هذا القانون، يجوز للجهة الإدارية التعاقد على الصفقات التي تتطلب منها السرعة في اتخاذ قرار التعاقد بحكم طبيعتها أو التقلبات في أسعارها وكمياتها الاقتصادية أو التي تغطي مدى زمني مستقبلي أو العمليات المتعلقة بالمعاملات المنجزة في الأسواق المالية الدولية أو عقود المشتقات المالية والمشتريات الآجلة والمستقبلية وما يرتبط بها، وذلك كله وفقاً للممارسات التجارية الدولية المطبقة التي تحددها السلطة المختصة بالجهة الإدارية وتقرها اللجنة المنصوص عليها بالمادة (4) من هذا القانون ويعتمدها مجلس الوزراء".

ثانياً: الضرورة الزمنية *Urgence temporelle*

وتتصرف هذه الصورة من صور الضرورة التعاقدية، إلى الحيز الزمني الذي يستوعب تحرك الإدارة لإشباع الحاجة المرفقية، لا زمن إشباع الحاجة ذاتها- فثمّ فارق دقيق بين زمن التحرك لإشباع الحاجة المرفقية، وزمن إشباعها؛ فالأول هو المعوّل عليه في تقدير مدى مشروعية مسلك الإدارة في تقدير الضرورة، وتبعاً لذلك تقدير مدى مشروعية مسلكها في اللجوء إلى التعاقد المباشر.

وتستفاد هذه الصورة من نص المادة الثانية والستين من قانون التعاقدات⁽¹⁾؛ إذ تنص في بنديها الأول والخامس على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر

(1) تقابلها المادة 35 / 2 من قانون المشتريات العامة الفرنسي إذ تنص على أنه: "يمكن التفاوض بدون دعاية مسبقة وبدون منافسة: 1. العقود والاتفاقيات الإطارية المبرمة للتعامل مع

في أي من الحالات الآتية: 1. الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما؛ 2. ... 3. ... 4. ... 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية، وألا يكون ذلك ناجما عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات".

والمعيار الفاصل في تحديد مدى توافر هذه الصورة من صور الضرورة، هو ضيق الحيز الزمني المتاح لإشباع الحاجة المرفقية، عن استيعاب إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأخرى - أصلية كانت أو استثنائية، وعلى وجه الخصوص طرق التعاقد الأقرب إلى طريقة التعاقد المباشر كالممارسة؛ فإذا كان الوقت كافياً لإشباع الحاجة المرفقية من طريق الممارسة، توافرت الضرورة المسوّغة للتعاقد من طريق الممارسة، ولم تتوافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر.

حالة الطوارئ الملحة الناتجة عن ظروف غير متوقعة للسلطة المتعاقدة وليست خاصة بها، وشروط منحها لا تتوافق مع المواعيد النهائية التي تتطلبها يتم التفاوض على إجراءات طرق التعاقد الأصلية، وخاصة العقود المبرمة للتعامل مع حالات الطوارئ الملحة المرتبطة بكارثة تكنولوجية أو طبيعية.

ثالثاً: الضرورة الإجرائية أو الأمنية Urgence procédurale ou sécuritaire

وتتصرف هذه الصورة لا إلى محل التعاقد ذاته، وإنما إلى ما تتمتع به الإدارة الرغبة في التعاقد من خصوصية، تستتبع المغايرة في الإجراءات المتبعة في إشباع حاجاتها المرفقية- كونها من الجهات التي تأبى طبيعة عملها الإفصاح عن الكثير من تفاصيل التعاقد؛ نزولاً عند اعتبارات الأمن القومي، مثل وزارت الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية والأجهزة المتفرعة عنها.

وقد حرص المشرع على تأكيد هذه الصورة من صور الضرورة التعاقدية في المادة السابعة والسبعين من قانون التعاقدات العامة⁽¹⁾، تحت عنوان: "التعاقدات المرتبطة

(1) جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي، لم يترك تحديد ما يدخل في مفهوم الضرورة الأمنية لتقدير الإدارة وإنما حدد على سبيل الحصر المسائل التي يتوافر بشأنها مفهوم الضرورة الأمنية؛ فقرر في القسم الثالث من قانون المشتريات العامة، تحت عنوان: استثناءات خاصة بالدفاع أو بالعقود العامة الأمنية، في المادة 16 المعدلة بموجب القانون رقم 607 لسنة 2018 الصادر في 13 يوليو 2018، عدم سريان القاعدة العامة في التعاقد العام على عقود الدفاع أو الأمن العامة التي لها الخصائص التالية: 1. العقود العامة المذكورة في البنود 1 : 5 من المادة 14 من القانون؛ 2. العقود العامة للخدمات المالية باستثناء خدمات التأمين؛ 3. العقود العامة للأسلحة أو الذخائر أو المواد الحربية عندما تقتضي حماية المصالح الأمنية الأساسية للدولة، وفقاً للمعنى الذي تحدده المادة 346 من معاهدة الاتحاد الأوروبي، وعلى وجه الخصوص المشتريات التي تتطلب سرية عالية للغاية أو اكتساب سريع؛ 4. العقود العامة التي يتطلب تطبيق هذا الأمر الإفصاح عن المعلومات بما يتعارض مع المصالح الأساسية لأمن الدولة، وخاصة بالنسبة للأعمال أو المستلزمات أو الخدمات الحساسة بشكل خاص، والتي تتطلب سرية عالية للغاية، مثل عمليات الشراء المعينة لحماية الحدود أو مكافحة الإرهاب أو الجريمة المنظمة، والمشتريات المتعلقة

بالأمن القومي"؛ إذ تنص على أنه: "يجوز لوزارات الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية وأجهزتها في حالات الضرورة التي تقتضيها اعتبارات الأمن القومي، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، ...، وللسلطة المختصة التفويض في أي من الاختصاصات المقررة في هذا الشأن".

وفي ردها على مخاطبة جهاز المخابرات العامة بشأن مدى خضوع تعاقداته لقانون المناقصات والمزايدات- الملغي، أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، بعدم خضوع الجهاز لأحكام هذا القانون؛ ردًا إلى أن ذلك يهدد سرية جميع تصرفاته، ويهدم قانونه، إذ يلزمه الخضوع لهذا القانون بإعلان تعاقداته والهدف من إبرامها، وإشراك جهات خارجية في تقييم الحاجة إلى مثل هذه التعاقدات، وتقييم

بالتشهير أو الموجهة خصيصًا للأنشطة السرية أو الأنشطة الأخرى ذات الحساسية نفسها التي تقوم بها قوات الأمن الداخلي أو بواسطة القوات المسلحة ؛ 5. العقود العامة المبرمة بموجب الإجراء الخاص بمنظمة دولية وضمن إطار مهامها أو التي يجب منحها وفقًا لهذا الإجراء؛ 6. العقود العامة المبرمة وفقًا لقواعد الشراء المحددة المنصوص عليها في اتفاقية دولية، بما في ذلك الترتيب الإداري المبرم بين دولة عضو واحدة على الأقل في الاتحاد الأوروبي ودولة ثالثة على الأقل؛ 7. المشتريات العامة للأنشطة الاستخبارات، بما في ذلك مكافحة التجسس ومكافحة الإرهاب ومكافحة الجريمة المنظمة؛ 8. العقود العامة الممنوحة في إطار برنامج تعاون قائم على أنشطة البحث والتطوير التي تنفذها الدولة بالاشتراك مع دولة عضو في الاتحاد الأوروبي لتطوير منتج جديد..؛ 9. العقود العامة، بما في ذلك المشتريات المدنية التي تتم في بلد ثالث عندما يتم نشر القوات خارج أراضي الاتحاد الأوروبي والاحتياجات التشغيلية تتطلب إبرامها مع مشغلين اقتصاديين محليين يتم تأسيسهم في منطقة عمليات؛ 10. العقود العامة الممنوحة من الدولة لدولة أخرى".

الأسلوب لتحقيقها، بما يتطلبه ذلك من مكاتبات وموافقات وخلافه، وهو ما يتعارض تمامًا مع مظاهر السرية الكاملة التي فرضها المشرع في قانون المخابرات، مؤكدةً أنه من غير المتصور أن يلتزم رئيس المخابرات العامة، باعتباره السلطة المختصة بمبدأ العلانية لجميع إجراءات عقود المخابرات، بما تشتمل عليه من بيانات ووثائق ومعلومات غاية في الخطورة، ويرغب المتربصون في الوصول إليها وتحليلها لمعرفة ما يتجه إليه سلوك المخابرات العامة وتفكير القائمين عليها، وهي معلومات كلها يجب أن تحاط بسياج منيع من السرية ينال من اختراقه العقاب الجنائي"⁽¹⁾.

رابعًا: الضرورة الاقتصادية والاجتماعية **Urgence économique et sociale**

تحسُّبًا لفرضٍ قد تسنح فيه الفرصة لتحقيق الأهداف الاقتصادية والتنمية للدولة، ولا يكون ثمَّ سبيل إليها، إلا أن تقرر الإدارة اللجوء إلى التعاقد المباشر، أجاز المشرع للإدارة أن تلجأ إلى التعاقد المباشر تحقيقًا لهذه المصالح الاقتصادية والاجتماعية؛ فقرر في المادة الثانية والستين - في بندها السابع، ما نصه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من الحالات الآتية: ...؛ 7. في حالات تعزيز السياسات الاجتماعية أو الاقتصادية التي تتبناها الدولة".

(¹) جريدة الدستور الإلكترونية: أسباب فتوى مجلس الدولة بعدم خضوع "المخابرات" لقانون المناقصات، 29 أبريل 2015؛ الرابط التالي:

<https://www.dostor.org/816361>

والحقيقة أن مصطلح "تعزيز السياسات الاجتماعية أو الاقتصادية"، مصطلح ذا دلالة سياسية أكثر منها دلالة قانونية تقطع في تقدير مدى مشروعية مسلك الإدارة في مثل هذه الحالات، أمتقيداً هي بضرورة حقيقية أم مفتعلتها؟! فكلمة "تعزيز" ذاتها تحتاج إلى تحديد؛ فأى تعزيز يقصد المشرع وأي درجة أو مستوى من مستوياته يرقى إلى رتبة الضرورة المسوّغة للتخلي عن الإجراءات والشكليات التي تفرضها أساليب التعاقد الأصلية، كما أن لفظة "السياسات الاجتماعية" أو "السياسات الاقتصادية" هي الأخرى تستعصي على التحديد الدقيق في هذا الصدد، إلا أن تكون وليجة لتحرير إرادة الإدارة من ربة الإجراءات والشكليات سألغة الذكر، بما قد يصل إلى حد تعطيل كافة طرق التعاقد الأصلية أو على أقل تقدير تعطيل أغلبها.

ومن نافلة القول أن المشرع قد توسّع في مفهوم الضرورة الاجتماعية والاقتصادية- فأسهب في الحالات التي يجوز فيها للإدارة أن تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة الاقتصادية والاجتماعية؛ فقرر في المادة السادسة والسبعين أنه: "في حالات الضرورة، ...، يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملاً التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة، وذلك بناءً على...". وفي المادة التاسعة والسبعين أنه: "يجوز للجهة الإدارية استثناء من أحكام هذا القانون إبرام التعاقدات ذات الطبيعة المركبة أو المتشابكة أو متعددة الأطراف، أو

التعاقدات التي تتطلب هيكلًا تمويليًا كمشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOO، والبناء والتملك والتشغيل BOO، والتصميم والاشتراء والتشييد + التمويل EPC+Finance وغيرها، وذلك إذا كانت هذه التعاقدات تحقق للجهة الإدارية المتعاقدة أهدافها الاقتصادية والتنموية العاجلة، أو استلزمت الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية سرعة إتمامها في توقيت معين". وفي المادة الثمانين أنه: "يجوز التعامل بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة، لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة،...".

هذا، وقد أورد المشرع اللائحي الفرنسي تطبيقات الضرورة التعاقدية في المادة 1/2122⁽¹⁾ من اللائحة التنفيذية لقانون المشتريات العامة - Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (Version consolidée au 11 juillet 2020) والتي تنص على أنه: "يمكن للمشتري أن يبرم عقدًا من طريق التفاوض المباشر في حالات الاستعجال الملحة الناتجة عن ظروف خارجية، لا يمكن توقعها، ولا يمكن مجابتهها بواسطة إجراءات وشكليات طرق التعاقد التقليدية، وعلى وجه الخصوص في العقود التي تكون محالها الأعمال المذكورة في المواد 1311 / 4⁽²⁾، 1331 / 24⁽¹⁾، 1331 / 6 / 1⁽²⁾، 1331 / 28⁽³⁾، 1331 / 1311

(1) استحدثت بموجب المرسوم رقم 1075 - 2018 الصادر في 3 ديسمبر 2018م.

(2) تم تعديلها بموجب القانون رقم 86 - 2017 الصادر في 27 يناير 2017م.

29⁽⁴⁾، و 1334/2 من قانون الصحة العامة، والأعمال المذكورة في المواد 123/3⁽⁵⁾، 129/2⁽⁶⁾، 129/3⁽⁷⁾، 511/2، و 511/3 من قانون البناء والإسكان⁽⁸⁾، وكذلك الأعمال المذكورة في البندين الأول والثاني من المادة 1/201⁽⁹⁾ من قانون الصيد الريفي والبحري. ويقتصر التعاقد على الأنشطة الضرورية للغاية للتعامل مع حالة الطوارئ⁽¹⁰⁾.

(¹) تم تعديلها بالقانون رقم 1021 - 2018 الصادر في 23 نوفمبر 2018م.
(²) تم تعديلها بموجب الأمر رقم 177 - 2010 الصادر في 23 فبراير 2010م.
(³) عُدلت بالقانون رقم 1021-2018 بتاريخ 23 نوفمبر 2018 - الفن. 194 (ت)
(⁴) تم تعديلها بموجب الأمر رقم 738 - 2019 الصادر في 17 يوليو 2019م.
(⁵) عُدلت بالقانون رقم 1021 - 2018 الصادر في 23 نوفمبر 2018م.
(⁶) عُدلت بالقانون رقم 1021 - 2018 الصادر في 23 نوفمبر 2018، وألغيت بموجب المرسوم رقم 71 - 2020 الصادر في 29 يناير 2020م.
(⁷) تم تعديلها بموجب القانون رقم 366 لسنة 2014 الصادر في 24 مارس 2014، وألغيت بموجب المرسوم رقم 71 - 2020 الصادر في 29 يناير 2020م.
(⁸) **Ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020 relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre 1er du code de la construction et de l'habitation.**

(⁹) تم تعديلها بموجب الأمر رقم 1110 - 2019 الصادر في 30 أكتوبر 2019م.

(¹⁰) ونصها بالفرنسية هو:

Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique(Version consolidée au 11 juillet 2020); Article R2122-1; Créé par Décret n°2018-1075 du

ويلاحظ على نهج المشرع اللاتحي الفرنسي، أنه لا يطلق تقدير الإدارة في تحديد تطبيقات الضرورة التعاقدية، وإنما تكفل بتحديدتها على سبيل الحصر في أكواد التشريعات المختلفة- كلاً منها على حسب ما تنظمه من مسائل. وهو ما يمكّن من بسط رقابة المشروعية الإدارية على أعمال الإدارة التعاقدية في حالات الضرورة، سواء من قبل الإدارة ذاتها عبر الرقابة الإدارية بصورتها الذاتية والخارجية، أو من طريق قاضي المشروعية.

هل تُسوّغ الضرورة المالية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر؟

وبعدما عرضنا لصور الضرورة التعاقدية التي أقرها المشرع في قانون التعاقدات العامة، فثمة حالات أخرى يثار فيها التساؤل عمّا إذا كانت تمثل ضرورةً تعاقدية

3 décembre 2018: "L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence".

من عدمها؟! أولها الضرورة المالية وصورتها أن قد تجابه الدولة - أو إحدى وحداتها الإدارية - ظروفًا اقتصادية تعجز معها عن إشباع حاجاتها التعاقدية لعدم توافر السيولة المالية اللازمة لذلك، ما قد يضطرها إلى اللجوء إلى كيانات اقتصادية كبرى - عامة كانت أو خاصة - يمكنها الوفاء بهذه الاحتياجات وإمالتها - الدولة - في الوفاء بالتزاماتها المالية لحين زوال مثل هذه الظروف، فهل تصلح الضرورة المالية مسوّغًا لتعاقد الإدارة بالاتفاق المباشر؟ علمًا بأن الإدارة مقيدةٌ تشريعيًا بعدم الإقدام على التعاقد بأية طريقة من طرق التعاقد إلا أن تثبتت من توافر الاعتماد المالي لديها⁽¹⁾، وإلا تعرضت للمساءلة الإدارية كما هو مستقر فقهاً وقضاءً!؟

الحقيقة أن المشرع لم يتصد لبيان حكم هذا الفرض - والذي يعد فرضًا نظريًا نادر الحدوث عملاً. غير أن المنطق القانوني يسوّغ مشروعية لجوء الإدارة إلى التعاقد بالاتفاق المباشر - ما دامت مدفوعةً بضرورة ملجئة؛ فقد سبق أن أشرنا إلى النصوص المنظمة للضرورة نصوص تقريرية في الأغلب الأعم منها - تكشف عن إرادة مفترضة ولو غاب النص الصريح. ومن ناحية أخرى، فإن قاعدة الضرورات

(1) إذ تنص المادة 11 من قانون التعاقدات - تحت عنوان: وجوب توافر الاعتمادات المالية على أنه: "يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد على أن تتضمن شروط الطرح ما يفيد ذلك، ويكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية،...".

تبيح المحظورات- وهي قاعدة أصولية، تسوّغ الحفاظ على السير المنتظم للمرفق ولو غاب النص الصريح على ذلك.

هذا، ونرى أن الحكم يختلف في هذه الحالة باختلاف شخص المتعاقد مع الإدارة- فهو من الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون أم من أشخاص القانون الخاص؛ فإذا كان من الفئة الأولى، جاز التعاقد ولا شيء في ذلك على الإدارة إذ أبقى القانون الجهات الخاضعة لأحكامه من التقيّد بالإجراءات والحدود المالية الواردة به⁽¹⁾، أما إذا كان من الفئة الثانية فإن مشروعية مسلك الإدارة تتوقف على موافقة المتعاقد معها صراحة أو ضمناً- كأن تعلن الإدارة عدم توافر اعتمادات مالية كافية أو إرجاء الوفاء بها إلى أجل لاحق، فيقدم الراغب في التعاقد على مباشرة إجراءات التعاقد.

ومن نافلة القول، أنه لا يدخل في مفهوم الضرورة المالية، الاقتصاد في النفقات- بمعنى أنه قد ترغب الإدارة في توفير النفقات التي تستلزمها طرق التعاقد الأخرى.

(1) إذ تنص المادة 78 من قانون التعاقدات - تحت عنوان: التعاقدات بين الجهات المخاطبة بأحكام القانون - على أنه: "يجوز للجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر بموافقة السلطة المختصة بكل منها، وذلك دون التقيّد بالإجراءات والحدود المالية الواردة بهذا القانون، كما يجوز أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقا للقواعد المعمول بها في الجهة الإدارية طالبة التعاقد. ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها...".

وجملة ما سبق، أن المشرع قد توسّع إلى حد كبير في التكريس لسلطة التقرير المستقلة للإدارة في مجال التعاقدات العامة من طريق التوسّع في تطبيقات فكرة الضرورة التي تسوّغ مسلكها في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر. وسواء حُمل هذا النهج التشريعي التوسعي على محض الرغبة في تحقيق المزيد من المرونة الإدارية في مجال التعاقدات العامة- تمشياً مع توجه الدولة إلى جذب وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، أو وُجّهت إليه سهام النقد إذ يفتح الباب أمام احتمالات تحلل الإدارة من إجراءات وشكليات طرق التعاقد الأصلية، مع ما يستتبعه ذلك من إهدار للعديد من المبادئ الدستورية التي عرضنا لها في المبحث التمهيدي، فإن واقع الأمر يستتبع الاحتياط لمسلك الإدارة في استعمال سلطتها في هذه الفروض بالعديد من الضوابط والقيود الشكلية والموضوعية- وهو ما نعرض له في المبحث التالي.

المطلب الثاني

مظاهر التوسّع التشريعي في مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

قد يُعتقد في يُسر الوقوف على الحالات التي يجوز فيها للإدارة أن تلجأ إلى أسلوب التعاقد المباشر للضرورة، ما دام أن المشرع قد حدد صراحة هذه الحالات، بيد أن حقيقة الأمر على خلاف ذلك؛ فالحالات التي حددها المشرع تركز إلى مفاهيم واسعة فضفاضة تحتاج إلى تحديد دقيق للوقوف على مدى مشروعية عمل الإدارة في الاستناد إلى هذه المفاهيم إذ تقرر اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر. فالضرورة التي تسوّج اللجوء إلى التعاقد المباشر، يختلف نطاقها ضيقاً واتساعاً بحسب الظروف التي تجابه الإدارة الراغبة في التعاقد، فهذه الضرورة ليست من الوضوح في جميع الحالات بما يقطع في تحديد الحالات التي يجوز فيها للإدارة اللجوء إلى التعاقد المباشر. فثمة شواهد عديدة يُستخلص منها نهجاً توسعياً للمشرع العادي في نطاق السلطة التقديرية للإدارة في مجال التعاقدات العامة بدافع الضرورة، أهمها:

أولاً: افتقار تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر لمعايير واضحة محددة

ما يؤخذ على مسلك المشرع في تحديد تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، رهن هذه التطبيقات بمفاهيم يصعب تأطيرها من دون الاستناد إلى معايير تفصيلية محددة؛ كأن يقر جواز التعاقد مباشرة لضرورة أمنية من غير تحديد لما يدخل في

هذا المفهوم من أعمال المرافق الأمنية- فكما هو معلوم أن أنشطة هذه المرافق ليست واحدة في طبيعتها السرية، وإنما منها ما يمكن الإفصاح عنه ومن ثم ضرورة التقيد فيه بالقاعدة العامة في التعاقد، ويؤكد ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من تحديد للمسائل التي تدخل في مفهوم الضرورة الأمنية التي تسوّغ التعاقد الاستثنائي⁽¹⁾. وهو ما يستفاد منه حرص المشرع على عدم ترك تقدير ما يدخل

(¹) جاء ذلك في القسم الثالث من قانون المشتريات العامة الفرنسي، المعدل بالقانون 607 لسنة 2018م، على النحو التالي:

Section 3: Exclusions propres aux marchés publics de défense ou de sécurité; Article 16 (Modifié par LOI n°2018-607 du 13 juillet 2018 – art. 44): "La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes:

1. Les marchés publics mentionnés aux 1° à 5° de l'article 14;
2. Les marchés publics de services financiers à l'exception des services d'assurance;
3. Les marchés publics portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige, notamment pour des achats qui nécessitent une confidentialité extrêmement élevée ou une grande rapidité d'acquisition;
4. Les marchés publics pour lesquels l'application de la présente ordonnance obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat, notamment pour des travaux, fournitures ou services particulièrement sensibles, qui nécessitent une

confidentialité extrêmement élevée, tels que certains achats destinés à la protection des frontières ou à la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée, des achats liés au cryptage ou destinés spécifiquement à des activités secrètes ou à d'autres activités tout aussi sensibles menées par les forces de sécurité intérieure ou par les forces armées;

5. Les marchés publics conclus en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure;

6. Les marchés publics conclus selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers;

7. Les marchés publics destinés aux activités de renseignement, y compris les activités de contre-espionnage, de contre-terrorisme et de lutte contre la criminalité organisée;

8. Les marchés publics passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article 6. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif

في مفهوم الضرورة الأمنية لإرادة ممثلي الإدارة؛ خشية التوسُّع فيها، ومن ثم التحلُّل من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام تذرُّعًا بحالة الضرورة.

فحينما يخوِّل المشرع المصري للإدارة صلاحية المفاضلة بين طرق التعاقد جميعًا- أصلية كانت أو استثنائية، من دون تقييدها بأية قيود سوى ما يُفهم من عبارة "التعاقدات المرتبطة بالأمن القومي"⁽¹⁾، فإن مفهوم الضرورة الأمنية، لن يعدو كونه ما تقرره الإدارة المختصة ولو شمل كافة الأنشطة التي تباشرها- أمنيةً كانت أو غيرها، ويزداد أمر الوقوف على ملامح هذه السلطة التقديرية صعوبةً، حينما يحيز

au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement;

9. Les marchés publics y compris pour des achats civils passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations;

10. Les marchés publics passés par l'Etat et attribués à un autre Etat ou à une subdivision de ce dernier".

⁽¹⁾ تنص المادة 77 على أنه: "يجوز لوزارات الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية وأجهزتها في حالات الضرورة التي تقتضيها اعتبارات الأمن القومي، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، وللسلطة المختصة التفويض في أي من الاختصاصات المقررة في هذا الشأن".

لها المشرع التفويض في مباشرة هذه الصلاحية الاستثنائية، ومن غير تحديد
للسلطة المفوضة أو المفوضة!!

ومن ناحية أخرى، وفيما يتعلق بالضرورة الموضوعية، يثار التساؤل عن معيار
وحدة المصدر الذي لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد؟ فبالطبع
لا يكفي ادعاء الإدارة بأن الشخص الذي تعاقدت معه من طريق التعاقد المباشر،
هو المصدر الوحيد لتلبية احتياجاتها العقدية، وإنما يتعين على الإدارة أن تبرهن
على ذلك بالشواهد التي تقطع في عدم أحقية غيره بالإسناد إليه- هذا في حال تقدّم
أحد المتنافسين بطعن في مشروعيتها تصرفها. وإن لم يتدخل المشرع لوضع أية
ضوابط في هذا الصدد، فإن كافة ادعاءات الإدارة في مثل هذا الفرض، محمولة
حتماً على المشروعية ولو لم تك كذلك، سيما في ظل امتناع الطعن على عقودها
من غير أطرافه⁽¹⁾.

(1) جدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد سمح - منذ بداية القرن العشرين - لغير أطراف
العلاقة العقدية بالطعن في مشروعية العقد الإداري بسبب تجاوز سلطة العمل القانوني الانفرادي
في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، وعلى وجه الخصوص مستخدمي الخدمات العامة ودافعي الضرائب
المحليين، من طريق الحيلة القانونية المعروفة بنظرية القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال عن
العقد الإداري. غير أن منهجية المجلس - كما يقرر نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي - في نظر
هذه الطعون قد تباينت عن سابق عهده بها، مع مطلع تسعينيات القرن المنقضي؛ فلم يعد ينزل
عند مقتضى هذه النظرية المجرد، والذي يستتبع التوسع في إبطال عقود الإدارة؛ أخذاً في
الاعتبار العواقب التي تنترب على الإلغاء بسبب تجاوز السلطة. لنشاطه الرأي في أن التوسع
في دائرة المخولين في الطعن على مشروعية العقد الإداري من طريق هذه النظرية التي اتخذها

ومن ناحية ثالثة، وفيما يتعلق بمعيار الضرورة الزمنية، فإن التساؤل يثار حول المدى الزمني الذي يكفي تحرك الإدارة لإشباع حاجاتها المرفقية من طريق التعاقد؟ هذا المدى الزمني الذي استقر القاضي الإداري الفرنسي على أن العبرة فيه بعدم كفايته للتعاقد من طريق وسيلة أخرى من وسائل التعاقد الاستثنائي خلاف التعاقد المباشر، فضلا عن طرق التعاقد العادية وفقاً للقاعدة العامة، ومن ثم فإن استتالة أمد التعاقد بالتفاوض المباشر لما يعادل أو يزيد عن المدة الزمنية التي تكفي للتعاقد بإحدى طرق التعاقد الاستثنائية خلاف التعاقد بالاتفاق المباشر، ومن باب أولى طرق التعاقد الأصلية، يجعل من اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر مسلماً غير مشروع قانوناً، إلا أن يكون تأخر الإجراءات في هذا الفرض هو ذاته راجعاً إلى ضرورة أخرى.

المجلس وليجة لبسط رقابة الإلغاء على أعمال الإدارة التعاقدية- ابتداءً، لا يخلو من مشكلات عملية تعوق السياسة الاستثمارية للدولة؛ انظر على التوالي:

CE 4 août 1905, Martin, Rec. 749, GAJA n°15.

CE 9 décembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, Rec. 1034.

CE 4 août 1905, Martin, précité.

Jean-Marc Sauvé: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Maison de la chimie, Discours 27 juin 2014, p. 4.

ثانيًا: افتراض الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر في بعض الحالات غير الظاهرة

من مظاهر التوسع التشريعي في تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، إجازة اللجوء إلى التعاقد المباشر في الحالات التي ترى الإدارة فيها مناسبة التعاقد المباشر لمحل التعاقد، بالإضافة إلى تلك التي ترى فيها سبباً لتنمية بعض الصناعات أو ترميم الاحتياجات أو ما يماثل هذه الموضوعات.

فنص في المادة 65 سالفه الذكر على أن: "يجوز للجهة الإدارية طرح احتياجاتها أو احتياجات جهة إدارية أخرى أو أكثر باتباع...، أو طريق الاتفاق المباشر...، وذلك في أي من الحالات الآتية: 3. الحالات الأخرى التي ترى الجهة الإدارية مناسبة اتباع هذا النمط من التعاقدات بما في ذلك استهداف تنمية بعض الصناعات أو ترميم الاحتياجات وغيرها من الحالات المماثلة".

فما هي المسائل التي تستهدف تنمية الصناعات أو ترميم الاحتياجات؟ وما هي ضوابط الاستدلال عليها سواء من قبل الإدارة أو من قبل قاضي المشروعية على فرض اللجوء إليه؟ هذا ما لم يتضمنه قانون التعاقدات العامة!!

ومن مظاهر التوسع أيضًا، أن رهن المشرع توافر الضرورة المسوّغة لتحلل الإدارة من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام، بأن تقدر هي أن طريقة التعاقد المباشر هي الأنسب وفقًا لطبيعة العملية؛ إذ تنص المادة 73 من القانون على أنه: "يكون التعاقد على الدراسات الاستشارية عن طريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية،...، ويجوز استثناء في العمليات

ذات الطبيعة الروتينية أو البسيطة أو النمطية أو التي لها أطر فنية ثابتة التعاقد عليها بطريق المناقصة العامة أو المحلية أو الاتفاق المباشر، إذا قدرت الجهة الإدارية أن أي من هذه الطرق هو الأنسب بحسب طبيعة العملية..."، كما يجوز للجهة الإدارية التعاقد من خلال مناقصة محدودة أو مناقصة محلية أو اتفاق مباشر مع أحد الاستشاريين بذاته إذا قدرت أن المهام المطلوبة تعتمد بشكل كلي على خبراته ومؤهلاته".

بل إن ما قرره المشرع بشأن تعاقدات الجهات ذات الطبيعة الخاصة والتعاقدات بناء على مبادرة من القطاع الخاص، في المادة 76 من القانون⁽¹⁾، كفيل في ذاته بأن يدلل على النهج التوسعي للمشرع في افتراض حالة الضرورة المسوّغة للتعاقد

(1) في حالات الضرورة، يجوز لمجلس الوزراء أن يصرح لجهة إدارية بعينها، لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة ونشاطها أو طبيعة العملية، بالتعاقد بأي من طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (7) من هذا القانون وفقا للشروط والقواعد التي يحددها. كما يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملا التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة، وذلك بناء على عرض من الوزير المختص بنتائج الجدوى الفنية والاقتصادية والاجتماعية للمشروع والدراسة التحليلية لهيكل الفني والمالي له، وعلى أن يكون ذلك بعد موافقة وزيرى المالية والتخطيط، وذلك كله ما لم ينظم التعاقد قوانين أخرى. وإذا لم ينطوي المشروع المقدم على حقوق ملكية فكرية حصرية لمقدمه ورغبت الجهة الإدارية في تنفيذه، يحق لها في ضوء دراستها طرحه للحصول على عطاءات تنافسية له، ويتم التعاقد وفقا للأطر العامة والإجراءات والشروط الواجب إتباعها وضوابط إبرامه، والتي تقرها اللجنة المنصوص عليها بالمادة (4) من هذا القانون ويعتمدها مجلس الوزراء ويصدر بها دليل إجرائي ينظمها".

المباشر، ومن دون قيود موضوعية تُذكر في هذا الصدد؛ فقد أفسح المشرع المجال كليةً أمام مجلس الوزراء للحلول محل المشرع في تحديد ما يصلح من اعتبارات للتخلل من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام، سواء تمثل ذلك في الترخيص المؤقت لجهة ما بالتعاقد المباشر؛ ردًا إلى طبيعة عمل الجهة أو نشاطها أو طبيعة محل التعاقد ذاته، أو لكون محل التعاقد المستهدف يحقق الأهداف الاقتصادية والتنمية للدولة.

ومن جانبنا، فلم نقف على علة وجيهة لتوسع المشرع المصري في افتراض حالة الضرورة المسوّغة لمسلك الإدارة في التخلل من مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام؟! أفلا يمكن للإدارة أن تشبع احتياجاتها المرفقية وأن تحقق أهداف الدولة الاقتصادية والتنمية من طريق طرق التعاقد الأصلية بما يتوافر لها من ضمانات إجرائية وشكلية لا تتوافر للتعاقد الاستثنائي!؟

ثالثًا: عمومية الدوافع المسوّغة للتعاقد المباشر واستعصائها على التحديد الدقيق

عرضنا عاليًا لما أسميناه الضرورة الاقتصادية والاجتماعية، والتي أقرها المشرع مسوّغًا للخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام. ولا إشكالية في ذلك من حيث المبدأ؛ فقد تلوح للإدارة فرص استثمارية كبرى - اقتصادية أو اجتماعية، وتأبى التقيد بإجراءات طرق التعاقد الأصلية، الأمر الذي يستدعي نهجًا تشريعيًا تقدميًا للتحسب لمثل هذه الفرص. ولكن ما لم يكتمل لهذا النهج التقدمي، أن أغفل المشرع وضع ضوابط أو قيود محددة على سلطة الإدارة في استعمال رخصة التعاقد

الاستثنائي في مثل هذه الظروف، بما يبدو معه قصور المسلك التشريعي في تحديد تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر ومن ثم التحلل من القاعدة العامة في التعاقد العام.

ولعل هذه العمومية التي تعلق نصوص قانون التعاقدات العامة المنظمة لصلاحيّة الإدارة في التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة، تجعل من قانون التعاقدات العامة مفتقراً لواحد من أهم معايير الدستورية المستقر عليها حديثاً، والذي أخذ القضاء الدستوري في التكريس له في العديد من فروع القانون - ألا وهو مبدأ وضوح القانون وإمكانية الوصول إليه أو مبدأ جودة القانون⁽¹⁾.

وقد بادر المجلس الدستوري الفرنسي إلى تقرير عدم دستورية الفقرتين الأخيرتين من المادة 16 من قانون عقود الشراكة المعدل في 17 يونيو 2004م بالقانون رقم 559-2004م؛ لعلّة أساس هي أنهما يجافيان مبدأ وضوح القانون وإمكانية الوصول إليه - ذي القيمة الدستورية بموجب المواد 4، 5، 6، و16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789م، والذي يوجب على المشرع العادي أن يعتمد أحكاماً دقيقة وصيغاً لا لبس فيها⁽²⁾.

(1) حسين مقداد: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري - قراءة جديدة في أوصاف معايير الدستورية "القضائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020، ص 94 وما بعدها.

(2) انظر:

Le Conseil constitutionnel; Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008; "39. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques;

40. Considérant, en l'espèce, qu'en adoptant les dispositions précitées, le législateur a entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés ; qu'il a, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au dessus d'un seuil défini par décret ; que, toutefois, la rédaction adoptée ne fait référence, dans l'un et l'autre cas, qu'aux contrats dont le montant est « supérieur au seuil » ; que ces dispositions, qui doivent de surcroît être combinées avec le III de l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dans sa rédaction résultant de l'article 7 de la loi déferée, lequel fait référence aux contrats dont le montant est « inférieur à un seuil fixé par décret », portent atteinte, par leur contradiction, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que, dans ces conditions, les deux derniers alinéas de l'article 16 de la loi déferée doivent être déclarés contraires à la Constitution;

41. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution"; Journal officiel du 29 juillet 2008, page 12151, texte n° 2, Recueil, p. 341;

وفي دراسة قيمة حول المفاهيم الوظيفية للمبادئ الأساسية للتعاقد العام، يخلص باحثها إلى أن كثيرًا من مفاهيم التعاقد العام يفتقر إلى الوضوح والتحديد Les principes de la commande publique souffrent d'une imprécision juridique, en ce sens que les fonctions caractéristiques de chacun ne sont pas identifiées⁽¹⁾، الأمر الذي ينطلي على مفاهيم التطبيقات التي جعلها المشرع العادي مسوغات للخروج على القاعدة العامة في التعاقد العام بدافع الضرورة.

رابعًا: إطلاق يد الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر في بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات

أطلق المشرع يد الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر في مسائل جوهرية كثيرة من غير قيود تُذكر، ما خلا الاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص بالجهة الإدارية أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تراها الوزارة أو المحافظة المختصة محققة لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، منها

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008567DC.htm>

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Marie-Charlotte Bontron: Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse du doctorale, Faculté de Droit de Montpellier, Université Montpellier, France, 2015, p. 590.

التصرف في العقارات لتحقيق اعتبارات المصلحة العامة. إذ تنص المادة 80 من قانون التعاقدات العامة على أنه: "يجوز التعامل بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة، لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، وذلك بالاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص بالجهة الإدارية أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تبديها الوزارة أو المحافظة طالبة الترخيص بالتعامل مع اقتراح مقابل التعامل وأسلوب السداد، على أن تتحقق اللجنة العليا للتقييم بالهيئة العامة للخدمات الحكومية من مناسبة هذا المقابل، ويعرض وزير المالية ما تنتهي إليه اللجنة على مجلس الوزراء للاعتماد. وذلك كله وفقا للقواعد وبالضوابط والشروط التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية".

خامساً: إطلاق سلطة مجلس الوزراء في الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر

موضوعاً وكماً

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع قد قيد سلطة الإذن بالتعاقد المباشر لمن هم دون مجلس الوزراء بأصبغة مالية محددة، بينما استثنى مجلس الوزراء من التقيّد بهذه الأنصبغة، ومن التقيّد بمجالات أو مسائل معينة، ما يعني أن مجلس الوزراء وهو جهة إدارية في حكم قانون التعاقدات العامة، غير خاضع لقيود واضحة في مباشرة هذه الصلاحية الاستثنائية، بما يتعارض مع الطبيعة الاستثنائية لأسلوب التعاقد

المباشر⁽¹⁾، وما يستتبعه ذلك من احتمالية تقضيل المجلس اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي، سيما وأنه الجهة الإدارية الأعلى.

وقد يقول قائل أن المفاهيم التي تستند إليها فكرة الضرورة عمومًا عادة ما تتسم بالعمومية ومن ثم استعصائها على القولية التعريفية أو التحديد الدقيق، وهذا بحكم طبيعة فكرة الضرورة ذاتها. ما يقلل من وجاهة القول بالنهج التوسعي للمشرع- ما دام أن توسعه هذا إنما مرده طبيعة فكرة الضرورة ذاتها. بيد أن واقع الأمر على خلاف ذلك؛ فعدم تشدد المشرع في القيود التي توطر سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، وإن كان يعكس رغبة تشريعية في تحقيق المرونة الإدارية في العديد من الحالات التي لا تناسبها تعقيدات طرق التعاقد الأصلية، فإنه في الوقت ذاته يعكس إقرارًا تشريعيًا ضمنيًا لتوسع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة، وهو ما يوشك معه مسلك الإدارة أن يصادر على المطلوب.

ونتوقع في ضوء الاجتهاد المستقر للمجلس الدستوري الفرنسي، والذي لا يغيب عن بصر وبصيرة القاضي الدستوري الوطني- من ناحية، وما نتوقه من توسع الإدارة في استعمال رخصة التعاقد الاستثنائي للضرورة- من ناحية أخرى، أن شبهة عدم

(1) في نفس المعنى؛ انظر: أ.د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 215.

الدستورية تحوم حول هذا النهج التوسعي للمشرع العادي، ما يوشك بتصدي القاضي الدستوري الوطني له في القريب العاجل.

وإذا كان المشرع يرمي من وراء مسلكه التوسعي هذا إلى الحد من وطأة الإجراءات والشكليات التعاقدية التي طالما أورثت الإدارة نوعاً من الصورية أو الشكلية بفعل معطيات البيئة الإدارية، تزامناً مع توجه الدولة إلى تهيئة مناخ الاستثمار بشقية الوطني والأجنبي، فإن ذلك لا ينبغي أن يكون على حساب خصوصية التعاقدات العامة وما اقتضته من أفرادها بأحكام إجرائية وموضوعية خاصة، في قانون خاص يقال له قانون تنظيم التعاقدات العامة، بغية التحسب للمال العام ضد محاولات الإهدار أو الاستغلال؛ حتى لا يضحى هذا المسلك التوسعي شرعناً لاستغلال المال العام أو إهداره.

المبحث الثاني

ضوابط سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

تمهيد وتقسيم:

إن القول بجواز لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر لتوافر الضرورة الملجئة - بالمعنى والتطبيقات سألفة الذكر، ليس من السهولة بمكان، وإنما تعترضه إشكاليات عديدة؛ أهمها ما يتعلق بالضوابط التي تضمن التزام الإدارة جادة المشروعية الإدارية في مجال التعاقدات العامة، هذه الضوابط التي تحقق معنى الرشد الإداري في جانب الإدارة ابتداءً، وتحقق اليقين لدى الراغبين في التعاقد معها من ناحية أخرى، وتحقق الوضوح في جانب القاضي الإداري إذ يراقب مشروعية مسلك الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر من ناحية ثالثة.

فما هي القيود التي ترد على سلطة الإدارة في استخلاص مسوّغ لجوئها إلى التعاقد المباشر؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

المطلب الثاني: القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية.

المطلب الأول

القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة

التعاقدية

ثمة قيود ترد على سلطة الإدارة في تقدير دوافع اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، تدور حول براءة عمّالها من التسبب في حدوث الظرف المشكّل لحالة الضرورة أو بالأدق براءة ذمتها من العمل على التحلل من القاعدة العامة في التعاقد العام واختلاق الأعذار المسوّغة للتعاقد الاستثنائي.

أولاً: ألا يكون حدوث الظرف الملجئ إلى التعاقد المباشر معزواً إلى خطأ الإدارة

حتى لا تتراخى الإدارة الراغبة في التعاقد في القيام بما أوجب عليها المشرع من تقدير احتياجاتها المرفقية والتخطيط المسبق لها وإشباعها من طريق التعاقد العام، ثم تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، فتكون بذلك قد أفرغت النظام القانوني الخاص بالتعاقدات العامة من مضمونه، فقد قيّد المشرع سلطتها في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة بألا يكون الظرف المشكّل لهذه الضرورة معزواً إلى خطئها.

ويتضح هذا القيد جلياً من نص المادة 296 من قانون المشتريات العامة الفرنسي، كما قضى بذلك مجلس الدولة⁽¹⁾ إذ يقرر أنه: "لا يُمكن أن يُبرر قانوناً استخدام إجراء الطوارئ المنصوص عليه في المادة 296 من قانون المشتريات العامة إذا كان التأخير في بدء إجراءات المناقصة يعزى إلى السلطة المتعاقدة".

وهو ما نصت عليه المادة (5 / 62) من قانون التعاقدات العامة المصري إذ تنص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في أي من الحالات الآتية: 1. ...؛ 2. ...؛ 3. ...؛ 4. ...؛ 5. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية، وألا يكون ذلك ناجماً عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات" - كما سبق أن ذكرنا.

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 4 avril 1997, 145388, publié au recueil Lebon. Résumé : 39-02-02-03 La seule circonstance que des travaux présentent, à la date à laquelle est lancé l'appel d'offres, un caractère d'urgence, ne saurait justifier légalement le recours à la procédure d'urgence prévue à l'article 296 du code des marchés publics si le retard apporté à l'engagement de la procédure d'appel d'offres est imputable au maître d'ouvrage";
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007945715&fastReqId=1529319105&fastPos=1>

ويثار التساؤل هنا، عن قيمة هذا القيد في الحالة التي تتراخى الإدارة عن قصد أو عن خطأ جسيم، ثم تكون أمام ضرورة فعلية تستتبع الإسراع في إشباع الحاجة المرفقية، ومن ثمّ تسوّغ لجوءها إلى التعاقد المباشر؟ أيقن لها أن تلوذ بطريقة التعاقد المباشر درءاً لمفسدة توقف السير المنتظم للمرفق، أم يتعين عليها إشباع الحاجة المرفقية وفقاً للقاعدة العامة في التعاقد؟

والحقيقة أن الرد على هذا التساؤل، يحمل فيه طيه ردّاً على جدوى هذا القيد! فبالطبع، وكما أشرنا حال الحديث عن الضرورة بمفهومها العام، إن حدوث ظرف ما يشكل حالة ضرورة، يسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر، ولو كان خطأ الإدارة هو السبب المنتج في حدوث هذا الظرف؛ حتى لا يتوقف السير المنتظم للمرفق لأي سبب من الأسباب. بيد أن الفارق بين هذه الحالة والحالة التي يكون حدوث هذا الظرف معزّواً إلى غير خطأ الإدارة، يكمن فيما يقع على كاهل السلطة المختصة من مسؤولية إدارية وتأديبية في الفرض الأول من دون الثاني؛ فعلى فرض تحمّل المرفق أموالاً زائدة جرّاء اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، لم يكن ليتحملها لو بادرت السلطة المختصة إلى القيام بمهامها المنوطة بها قانوناً، وثبوت الخطأ الشخصي في جانبها، فإن مسؤولية أفرادها تتعقد عن تعويض هذه الأضرار، فضلاً عن انعقاد مسؤوليتهم التأديبية، بينما يتحمل المرفق ذاته هذه الخسارة في حالة عدم ثبوت الخطأ الشخصي، مع انعقاد مسؤوليتها التأديبية.

وعليه، فإن هذا النص يهدف إلى توقي هذا الفرض ابتداءً، أما إذا حدث فعلاً، فلا تثريب على الإدارة في التعاقد مباشرة، مع انعقاد مسئوليتها عن خطئها.

خطأ التعاقد مع الإدارة يتوافر به وصف الضرورة المسوغة للتعاقد بالاتفاق المباشر

إن القول بعدم جواز احتجاج الإدارة بخطئها لتسوّغ مسلكها في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة، لا يعني غل سلطتها في التعاقد المباشر بدافع الضرورة لخطأ التعاقد معها⁽¹⁾، وإنما العبرة بخطئها هي ذاتها، إلا أن يكون

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 30 septembre 1996, 164114, mentionné aux tables du recueil Lebon. Résumé: 39-02-02-03 Article 297 du code des marchés publics dans sa rédaction antérieure au décret du 24 avril 1994 prévoyant, en cas d'urgence, la possibilité de ramener le délai de réception des candidatures de 21 jours à 15 jours au moins. Un syndicat d'agglomération nouvelle a pu sans commettre d'irrégularité fixer à 18 jours le délai de réception des offres pour un marché relatif au maintien de la propreté dans des espaces publics, en raison de la situation d'urgence résultant, d'une part, du retard avec lequel l'établissement public d'aménagement lui avait remis les ouvrages et, d'autre part, de la proximité de leur ouverture au public;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007916095&fastReqId=321963591&fastPos=1>

خطؤها في اختيار المتعاقد معها سبب منتج في خطأ هذا المتعاقد، أو أن يكون خطأ المتعاقد راجعاً إلى إهمالها أو تراخيها في الرقابة عليه؛ فخطأ المتعاقد غير المتوقع للإدارة من الأخطاء الخارجة عن إرادتها.

ثانياً: الاستناد إلى أسباب محددة لتبرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة

إن الصفة الاستثنائية لطريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، تقيم قرينة مفترضة في جانب الإدارة مؤداها أن الأصل في لجوئها إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة غير قائم على سند من القانون إلا أن تثبت عكس ذلك؛ فالأصل في التعاقد كما سلف البيان هو اللجوء إلى الطرق الأصلية للتعاقد، ومن ثم فإن كل استثناء من هذه القاعدة يوجب على الإدارة أن تتحرى الدقة والشفافية في تقدير الأسباب المسوّغة لهذا التعاقد الاستثنائي، وإلا كان تصرفها محمولاً على الرغبة في التحلل من القاعدة العامة في التعاقد.

فحتى يكتسي تقدير الإدارة للظرف الذي يشكل حالة ضرورة، رداء المشروعية، ويصدّق عليه وصف الضرورة، يتعيّن على جهة الإدارة أن تلتزم الواقعية في تقدير هذا الظرف⁽¹⁾ - بأن تُحسن تكييف الوقائع المادية التي تحدها إلى هجر طرق التعاقد الأصلية، غير متوهمة حدوثها أو مبالغة في تقديرها. فيفترض في القرار

(1) انظر في نفس المعنى:

Emily O'Reilly: Une bonne administration dans la pratique..., op. Cit, p.

الصادر بالإذن بالتعاقد المباشر، أن يصدر استناداً إلى وقائع مادية موجودة، يمكن تقييمها والتأكد من صحتها، باعتبارها مصدر الخطر الذي يتهدد المرفق الراغبة إدارته في التعاقد بالاتفاق المباشر.

هذا، وتتحقق الواقعية لمسلك الإدارة في تقدير الطرف المشكّل لحالة الضرورة، عندما يكون الخطر المحقق بالمرفق خطراً جسيماً حالياً، إلى الحد الذي تتحقق معه الخشية من توقف السير المنتظم للمرفق، بما يجعل من اللياذ بطريقة التعاقد بالاتفاق المباشر مسلماً حتمياً لا اختيار للإدارة في تقرير اللجوء إليه، وألا يكون هذا الخطر متوهماً أو مبنياً على تقديرات خاطئة من قبلها⁽¹⁾. وهو ما تخضع فيه لرقابة القاضي الإداري من طريق نظرية الخطأ الواضح أو الظاهر في التقدير (l'erreur manifeste d'appréciation)⁽²⁾.

(1) في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 23.

(2) للمزيد من التفاصيل حول رقابة القاضي الإداري لخطأ الإدارة الظاهر في التقدير في مجال التعاقدات العامة؛ راجع:

Dr. Mamadou Yaya DIALLO: Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal, Faculté des Sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal, p. 24 et Suiv.

وكذلك يشترط أن تكون درجة خطورة الظرف الذي يجابهه المرفق تفوق درجة خطورة الظروف الطارئة المتوقعة أو المألوفة في مجال إدارة المرافق العامة⁽¹⁾، ...، وهو ما قصد إليه المشرع من وراء النص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما"⁽²⁾. ففي هذه الحالات يُفترض أن تكون الإدارة قد أخذت من الإجراءات الاستباقية أو الاحترازية ما تتوقى به المخاطر المتوقعة أو المألوفة، بيد أن ما طرأ لها من ظروف تستدعي طريقة التعاقد المباشر، لم يكن متوقعًا ولم يكن قابلاً للتوقع بمعيار رجل الإدارة المعتاد.

وإذا كنا نشاطر جمهور الفقه القول بأن الخطر المستقبَل لا يصلح مسوِّغًا للتعاقد الاستثنائي، فإن التساؤل يثار عن مفهوم الخطر المستقبَل - أي متى يكون الخطر الذي لم يقع بعد في دائرة الخطر المستقبَل، ومتى يكون واقعًا في دائرة الخطر المحقق الذي يخشى منه على توقف السير المنتظم للمرفق؟

وردًا على هذا التساؤل، أقول بأن ما أورده المشرع - في المادة 5 / 26 - من النص على أنه: "يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في الحالات العاجلة التي يكون

(1) في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة.. مرجع سابق، ص 23.

(2) المادة (62 / 1) من قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة.

التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيهما، "...، يحمل في طيه ردًا ضمنيًا على هذا التساؤل؛ قوامه ضيق الحيز الزمني المتاح لدى الإدارة للتحرك لإشباع الحاجة المرفقية، عن استيعاب إجراءات التعاقد بطرق التعاقد الأخرى خلاف طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر. وعليه، فمتى تبين أن الإدارة كان بإمكانها إشباع الحاجة المرفقية بواسطة طريقة تعاقدية أخرى، كان مسلكها في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة غير مشروع.

ولعل ما تواتر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في شأن الرقابة على مشروعية السبب في القرار الإداري، من أن "قضاءها مستقر على أن رقابة القضاء الإداري لصحة الحالة القانونية أو الواقعية التي تكون ركن السبب في القرار الإداري، تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستخلصة استخلاصًا سائغًا من أصول موجودة تنتجها ماديًا وقانونيًا"⁽¹⁾، يقرب لنا معنى

(1) أحكام المحكمة الإدارية العليا في: الطعن رقم 11888 لسنة 52 قضائية العليا، جلسة 2 من أبريل 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة والخمسون (من أول أبريل 2008 إلى آخر سبتمبر 2008، الجزء الثاني، ص 988؛ الطعن رقم 3463 لسنة 32 قضائية العليا، جلسة 7 أغسطس 1993، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة والثلاثون (من أول مارس سنة 1993 إلى آخر سبتمبر 1993)، الجزء الثاني، ص 1592؛ الطعن رقم 74 لسنة 17 قضائية العليا، جلسة 28 أكتوبر 1978، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عامًا (1965 : 1980)، ص 725..

الواقعية التي يتعين على الإدارة الراغبة في التعاقد المباشر أن تلتزمها في تقدير الطرف المشكّل لحالة الضرورة.

وعليه، وقياسًا على ما استقر عليه قضاء المحكمة ذاتها، فإذا كان كانت النتيجة، والتي تتمثل هنا فيما توصلت إليه الإدارة من توافر الضرورة التعاقدية، مستخلصةً من أصول غير موجودة أو لا تنتجها، أو كان تكييف الإدارة لهذه الوقائع على فرض وجودها ماديًا، لا ينتج هذه النتيجة، كان قرار اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر، فاقداً لركن السبب ووقع مخالفاً للقانون⁽²⁾⁽³⁾.

وفي واحد من أهم أحكامه، قرر مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار رئيس الجمعية الوطنية بمنح عقد تشغيل الأجهزة السمعية والبصرية بمجلس النواب؛ لعلّة استناد القرار إلى أسباب غير محددة ولا تقطع بذاتها في توافر الضرورة المسوّغة للإسناد المباشر - وفقاً للمعنى الذي يستفاد من نص المادة 94 / 3 من قانون العقود

(¹) في نفس المعنى؛ انظر: أ.د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 252.

(²) في نفس المعنى؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 11888 لسنة 52 قضائية عليا، جلسة 2 من أبريل 2008، سالف الذكر.

(³) في نفس المعنى؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 40 لسنة 18 قضائية عليا، جلسة 29 يونيو 1976، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية والعشرون (من أول أكتوبر 1975 إلى آخر سبتمبر 1976)، ص 267.

العامة، مقررًا أن الإدارة المختصة بالمجلس كان بإمكانها أن تتخذ التدابير اللازمة للتعاقد في وقت مناسب قبل هذا التاريخ⁽¹⁾.

ثالثًا: مراعاة التناسب بين سبب القرار الآذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر ومحلّه

يُعزى ظهور مبدأ التناسب إلى القانون الألماني، والذي كرسته المحكمة الإدارية العليا في بروسيا عام 1882م، في قضية Kreuzberg⁽²⁾، في تفسيرها للمادتين

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Conseil d'Etat, Assemblée, du 5 mars 1999, 163328, publié au recueil Lebon. Résumé: 39-02-02-03 Pour fixer à une durée inférieure à vingt-et-un jours le délai accordé aux entreprises pour remettre leurs offres, les services de l'Assemblée nationale se sont fondés sur des impératifs résultant de la date d'ouverture de la session parlementaire. Cette circonstance n'est pas de nature à constituer un cas d'urgence au sens des dispositions de l'article 94 ter du code des marchés publics, dès lors qu'il appartenait aux services de l'Assemblée nationale de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour que les marchés en cause fussent passés avant cette date. Annulation de la décision du président de l'Assemblée nationale de passer le marché d'exploitation des équipements audiovisuels de l'Assemblée nationale;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008013279&fastReqId=1575820855&fastPos=1>

(²) انظر:

19 و 20 من القانون الأساسي الألماني لعام 1949م، في سياق الموازنة بين حماية الحقوق الأساسية- من ناحية، وسيادة القانون- من ناحية أخرى.

وانطلاقاً من عمومية هذا المبدأ، وضرورة تكريسه في مجال التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بدافع الضرورة، فإن ما يتعين على الإدارة الراغبة في التعاقد أن تلتزم المعقولة في ترتيب الأثر القانوني الذي يحمله تصرفها الاستثنائي؛ بمعنى أن يكون تصرفها متناسباً مع مقتضى الحال التي دفعت إليه-بأن يكون نصاب التعاقد - فنياً ومالياً - وزمن التنفيذ، متناسباً مع الطرف المجبّد للضرورة التعاقدية؛ نزولاً عند مقتضى قاعدة "الضرورة تُقدّر بقدرها".

والتناسب في مقام الإذن بالتعاقد المباشر لضرورة سائغة، مصروف إلى أن يكون الإجراء الذي يقيد من حرية المنافسة وحق الوصول إلى التعاقدات العامة، والذي يمثل محل القرار الآذن بالتعاقد المباشر، ضرورياً ومنتاسباً مع الطرف الدافع إليه، والذي يمثل سبب هذا القرار

Cour administrative suprême de Prusse, 14 juin 1882, *Kreuzberg*, cité par J. Schwarze dans *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009, p. 731: cet arrêt refuse à la police la possibilité de prendre en compte des intérêts d'ordre esthétique en l'absence d'habilitation particulière.

Une mesure restrictive des droits et des libertés doit donc être à la fois appropriée ou adaptée, nécessaire et proportionnée .⁽¹⁾

وحتى لا يُفهم من استعمال مصطلح "المعقولة"، أن رقابة القاضي قد تمتد إلى بحث ملائمة التصرف الإداري في هذا الفرض، أبادر إلى القول بأن المعقولة هنا مصروفة إلى التناسب بين سبب القرار الصادر بالإذن بالتعاقد المباشر والمتمثل في إحدى صور الضرورة التعاقدية- سالفه الذكر، والأثر القانوني المترتب على هذا القرار- ذلك التناسب الذي يمثل عنصرًا من عناصر المشروعية، ويحقق مضمون القاعدة الأصولية "الضرورة تقدر بقدرها".

وفي هذا السياق، يخلص أحد الباحثين، في دراسة قيمة حول احترام المبادئ الأساسية للاشتراء العام في عملية التفاوض، إلى أن المبادئ الأساسية للتعاقد العام، يتعين ألا تحول دون البحث عن العقلانية الاقتصادية والربحية وفرضها أثناء التفاوض

⁽¹⁾ في نفس المعنى؛ انظر:

Jean-Marc Sauvé: Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, p. 2.

les principes fondamentaux de la commande publique ne doivent pas freiner cette recherche de rationalité économique, de rentabilité imposée au contrat et imposer lors la négociation .⁽¹⁾

وحتى تتحقق المعقولية أو التناسب لعمل الإدارة في تقدير الأثر المترتب على تقرير التعاقد مباشرة للضرورة، يتعين أن تتوافر له معقوليات ثلاث؛ هي:

(1) المعقولية في تقدير حجم أو كمية التعاقد

لا ينبغي للإدارة أن تتخذ من توافر إحدى صور الضرورة ستارًا لإشباع كافة احتياجاتها المرفقية العادية أو أكبر قدر منها- تجنبًا لإجراءات التعاقد العادية، وإنما عليها أن تتقيّد بما تحتمه هذه الصورة فحسب- من حيث حجم التعاقد الذي تدرأ به الخطر الذي يتهدد التوقف السير المنتظم للمرفق، دون أن تتجاوز ذلك إلى ما يمكن إشباعه بعد زوال هذا الخطر من طريق وسائل التعاقد الأخرى، وذلك تطبيقًا لقاعدة تقدير الضرورة بقدرها.

⁽¹⁾ للمزيد من التفاصيل؛ راجع:

Cédric BECUE: Le Respect des Principes Fondamentaux de La Commande Publique dans La Négociation, Enjeux théoriques et pratiques, Master 2 Droits Publics des Affaires Parcours Contrats Publics, l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, 2017, p. 53.

(2) المعقولة في تقدير تكلفة التنفيذ (معقولة النصاب المالي)

إذا كان القانون قد حدد أنصبة مالية كحدود قصوى للتعاقد المباشر، عدا ما يتعلق باختصاص مجلس الوزراء الذي لا يتقيّد بنصاب مالي محدد، فلا ينبغي للإدارة أن تعتمد إلى استنفاد ولايتها في ذلك بأن تتعاقد في حدود الحد الأقصى لهذا النصاب المالي من غير ضرورة تحملها إلى ذلك، وإنما يتعين عليها أن تتقيّد في الإنفاق بما يكفي لدرء الخطر الذي تدرؤه بالتعاقد المباشر.

(3) المعقولة في تقدير زمن التعاقد

فرّقنا أنفًا - في مقام الحديث عن الضرورة الزمنية كأحدى صور الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر - بين الزمن المتاح لتحرك الإدارة لإشباع الحاجة المرفقية في حالة الضرورة، والزمن اللازم لإشباع هذه الحاجة من طريق التعاقد المباشر، وأشرنا إلى الأول هو المحدد لتوافر الضرورة من عدمها في بعض صورها، وبذلك يكون أحد عناصر السبب في القرار الضمني توافر إحدى صور الضرورة التعاقدية المسوّغة للتعاقد المباشر، بينما يُمثّل الثاني أحد عناصر المحل في هذا القرار؛ إذ يتعين أن يكون متناسبًا مع سبب القرار والمتمثل في توافر إحدى صور الضرورة كما ذكرنا.

ومن ثمَّ يتعين على الإدارة أن تقدر فترة التنفيذ⁽¹⁾ - وهي هنا أحد عناصر المحل في قرار الإذن بالتعاقد المباشر - بالقدر الذي يدرأ الخطر الذي يتهدد السير المنتظم للمرفق بالتوقف؛ فتكون فترة التنفيذ المسندة إلى المتعاقد هي المدة الزمنية الكافية لتجاوز الطرف الذي تجابهه الإدارة دون أن تمتد إلى فترة زمنية أخرى، يتعين فيها على الإدارة التقيّد بإجراءات التعاقد العادية.

فإذا كانت سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد مقيّدة في العموم، بضرورة تحديد الاحتياجات الفعلية من السلع والخدمات اللازمة لسير المرفق بانتظام واطراد، كمّا ونوعاً⁽²⁾، فإنها ومن باب أخرى بحكم الضرورة التي تدفعها إلى التعاقد المباشر كطريق استثنائي تحكمه قاعدة الضرورة تقدر بقدرها، يتعيّن أن تتقيّد في ذلك بتحديد الاحتياجات الضرورية للمرفق. وبناءً على ذلك، فلا يجوز للإدارة أن تتخذ من حالة الضرورة وليجة للتحلل من إجراءات التعاقد وفقاً للقواعد العامة بأن تتعاقد مباشرة في كافة احتياجاتها بما في ذلك ما تقتضيه الضرورة القائمة وما لا تقتضيه؛ كأن تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر في كافة الاحتياجات التي تراها لازمة لسير المرفق خلال السنة المالية كاملة، أو كأن تلجأ إلى التعاقد بالاتفاق المباشر في

(1) في نفس المعنى؛ انظر:

André de Laubadere et Frank Moderne: Traité des Contrats Administratifs, Tom 2, 2 édition, 1984, p. 57 et Suiv.

(2) للمزيد؛ راجع: م. أحمد منصور: المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، المجلد الأول: وسائل إبرام العقد الإداري، د. ن، 1996، ص 23 وما بعدها.

الشهر الأخير من السنة المالية دون ضرورة حقيقية تستلزم ذلك، أو بقصد استنفاد الاعتمادات المالية المخصصة لهذه السنة المالية.

لذا، فقد نصت المادة 1-2111 L من قانون المشتريات العامة الفرنسي، والمستحدثة بالمرسوم رقم 1074 الصادر في 26 نوفمبر 2018م على أنه: "يتم تحديد طبيعة ومدى الاحتياجات التي يجب تلبيتها بدقة قبل بدء التفاوض، مع مراعاة أهداف التنمية المستدامة في أبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية"⁽¹⁾.

وكذا نصت المادة 11 من قانون التعاقدات العامة المصري على أنه: "يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد...، ويكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية". وهذا في شأن الظروف العادية، فما بال الإدارة إذ تهدف من وراء التعاقد الاستثنائي أن تحول دون توقف السير المنتظم والمطرد للمرفق؛ فيتعين عليها وقتئذ ومن باب أخرى، أن تحدد احتياجاتها الفعلية التي

(¹) ونصها بالفرنسية هو:

Article L2111-1; Créé par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018: "La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale".

تقتضيها مواجهة الضرورة على النحو الذي تحفظ به السير المنتظم والمطرّد للمرفق
ومن ثم استمرارية خدماتها.

ومن معاني المعقولة أيضًا، أن تتدرج الإدارة في العودة إلى طرق التعاقد الأخرى،
بالتزامن مع تدرج تلاشي الخطر الذي يشكل ضرورة تعاقدية

l'urgence impérieuse doit correspondre rigoureusement à la
phase de gestion de crise et à l'issue de laquelle l'acheteur
public devra alors se tourner vers une situation de simple
«urgence», si toutefois elle est toujours dûment justifiée, ou, à
défaut⁽¹⁾، وذلك نزولاً عند
القاعدة المستقرة "أن الضرورة تقدر بقدرها".

هل يعد توافر الاعتماد المالي قيدًا على سلطة الإدارة في حالة التعاقد المباشر
للضرورة؟

قد يثار التساؤل حول ما إذا كان توافر الاعتماد المالي يمثل قيدًا على سلطة
الإدارة في اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالات الضرورة الواردة بقانون تعاقدات

(¹) للمزيد؛ راجع:

La Direction des Affaires juridiques des ministères économiques et
financiers (DAJ): La passation de commandes publiques urgentes ou «
de marchés publics en urgence», op. Cit, p. 3.

الجهات العامة؟ فكما هو مستقر فقهاً وقضاءً أن توافر الاعتماد المالي كأحد الإجراءات التمهيديّة للتعاقد في كافة العقود وبغض الطرف عن طريقة التعاقد، من شروط الصحة التي يترتب تخلفها مسؤوليّة الإدارة المتعاقدة عن تعويض المتعاقد معها- إن كان حسن النية، فضلاً عن مسؤوليتها التأديبية لخروجها على إرادة المشرع⁽¹⁾. ما لم يكن المتعاقد معها يعلم أو بإمكانه العلم بعدم توافر الاعتماد المالي وبالرغم من ذلك أقدم على التعاقد معها؛ فيكون قد أقر بإرجاء عملية استيفاء المقابل المالي إلى حين توافر الاعتماد المالي.

أما في حالة الضرورة، وحيث إن الإدارة تتحلل من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام، فإنه لا مناص من الإقرار لها بصلاحيّة التعاقد العاجل حتى ولو لم يكن لديها الاعتماد المالي المطلوب، على أن تصرّح بذلك للمتعاقد معها، وألا تتجاوز القدر الضروري للحيلولة دون توقف السير المنتظم للمرفق.

(1) انظر في نفس المعنى: ليث رافع خلف، يعرب ثائر حبيب: أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، العدد 4، ملحق رقم 3، ص 255.

المطلب الثاني

القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة

التعاقدية

نعيد التأكيد في هذا المقام على ضرورة التفرقة بين مناط توافر الضرورة التي تسوّغ الخروج على القاعدة العامة في التعاقد، ومن ثمّ اللجوء إلى التعاقد المباشر، ومناط مشروعية اللجوء إلى التعاقد المباشر من دون طرق التعاقد الأخرى؛ فالأولى مناطها توافر إحدى الضرورات سالفة الذكر، بينما هي ذاتها (الضرورة التعاقدية) مناط الثانية (مشروعية لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر). على أن تدرك الإدارة الرغبة في التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، أن الضرورة التعاقدية مناطها عدم جدوى اللجوء إلى طرق التعاقد الأصلية أو غيرها من طرق التعاقد الاستثنائية⁽¹⁾؛ بمعنى أن يكون اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية هو السبيل الوحيد لدفع الخطر الذي يتهدد المرفق الذي تقوم على إدارته، وإلا لكان مسلكها مفتقراً إلى المشروعية⁽²⁾.

(1) في نفس المعنى؛ أ. د. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص 212.

(2) في نفس المعنى؛ أ. د. وجدي ثابت غبريال: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 42.

وانطلاقاً من هذه التفرقة، نجد أن سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر للضرورة، تحدها بعض القيود الشكلية- التي وإن كانت تؤثر في مشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، فإنها معنية من الأساس بتحديد مدى توافر الضرورة المسوّغة له، وأهمها:

أولاً: استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة

يحظر المشرع على جميع الجهات الإدارية أن تبرم عقداً أو تقبل تحكيمياً أو صلحاً فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه، بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة⁽¹⁾. ومقتضى ذلك أن يمتنع على كل جهة إدارية أن تبرم عقداً أو توقعه قبل عرض مشروعه إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة؛ لمراجعته وإبداء الرأي القانوني بشأنه، ووداك لعلة جوهرية مؤداها الرغبة في تجنب عقود الإدارة

(1) تنص المادة 190 من الدستور على أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل فى المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل فى دعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحدة الإفتاء فى المسائل القانونية للجهات التى يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود، التى تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"؛ وتنص المادة 58 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م على أنه: "يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة ...، وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها ...، ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

مواطن الخطأ والانحراف بما يكفل لها استقرارًا حال التنفيذ، فلا تطاردها أسباب
البطلان.

وقد أعاد مشرع قانون التعاقدات التأكيد على هذا القيد، ومن دون التعويل على قيمة
العقد- ربما لانتقاء مسوغها في وقتنا الراهن، فنص في المادة التسعين، تحت
عنوان "مراجعة العقود"، على أنه: "تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة
مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفًا فيها، ونماذج كراسات
الشروط، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية وغيرها مما هو منصوص عليه
في المادة (19) من هذا القانون".

وقد تواتر إفتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على أن المراجعة التي
تقوم بها إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، لا تقف عند حد بنود العقد، وإنما
تمتد لتشمل كافة الإجراءات التي سبقتها وما يعتبر جزءًا منه؛ بغية الوقوف على
مدى موافقتها لحكم القانون، ومدى تأثيرها في صحة العقد- إن كان لذلك وجه؛
عزواً إلى أن عقود الإدارة- إدارية كانت أم مدنية، تخضع في إبرامها لقيود
وضوابط قانونية يتعين النزول عند مقتضياتها⁽¹⁾.

(1) في نفس المعنى؛ انظر: فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع أرقام: 88 بتاريخ
30 / 1 / 2005 جلسته 1 / 12 / 2004، الملف رقم 54 / 1 / 416، الفتوى رقم 88 بتاريخ
30/1/2005، جلسة 24 / 11 / 2004، ملف رقم 410/1/54، الفتوى رقم 146 بتاريخ 15 /
2 / 1998، جلسة 21 / 1 / 1998، ملف رقم 344/1/54.

على أن يُؤخذ في الحسبان أن استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إما أن يكون سابقاً على إبرام العقد وتوقيعه أو حال تنفيذه؛ إذ تواتر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على أنه⁽¹⁾: "إذا أبرمت الجهة الإدارية عقداً من هذا القبيل وقامت بتوقيعه قبل طلب مراجعته لضرورة ملحة ألجأتها إلى ذلك، ونصت في العقد على قبولها والمتعاقد معها على ما عساه أن تدخله جهة الفتوى من تعديلات على العقد عند مراجعته، فإنه يجوز لجهة الفتوى المنوط بها مراجعة العقد - تبعاً لتقديرها - السير في مراجعة العقد رغم توقيعه مراعاة لهذه الضرورة وفي حدودها، طالما قد تضمن النص المشار إليه". أما إذا انتهى تنفيذ العقد، فبدهي انتهاء العلة من مراجعته لدى إدارة الفتوى المختصة، كما تقرر الجمعية العمومية؛ فتقرر في غير ما مرة أنه: "لا يكون ثمة جدوى من مراجعة العقد بواسطة إدارة الفتوى بعد إبرامه وانقضائه بتمام تنفيذه؛ إذ الغرض من استلزام القانون هذه المراجعة هو أن تقف الجهة الإدارية على حكم القانون قبل التعهد أو الالتزام، فأما أنها قد تعاقدت والتزمت وانقضى العقد بتمام تنفيذه، فلا يكون من وجه بعد تمام ذلك لطلب مراجعة ذلك العقد".

(1) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 422 بتاريخ 5 / 6 / 1991، جلسة 16 / 1 / 1991، ملف رقم 277/1/54؛ الفتوى رقم 146 بتاريخ 15 فبراير 1998م، جلسة 21 يناير 1998م، ملف رقم 344/1/54، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية خلال المدة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

ثانيًا: اعتماد توافر حالة الضرورة من السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر

إن العلة التي تكمن من وراء إسناد سلطة الإذن بالتعاقد المباشر إلى درجات وظيفية بعينها، لا تتمثل فقط في التقيّد بأنصبة مالية معينة يستطيع هؤلاء الموظفون تقديرها- من حيث توافر الاعتماد المالي والقدرة على الإنفاق، وإنما أيضًا للثبّت مما إذا كان الظرف الذي تجابهه الإدارة الراغبة في التعاقد المباشر، يُمثّل ضرورة تعاقدية على الحقيقة من عدمه، وآية ذلك ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من انعقاد مسئولية هؤلاء الأشخاص عن تبعة القرار الصادر بالإذن بالتعاقد- كما نعرض لاحقًا.

فما هي السلطة المختصة بالببت النهائي في مدى توافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر؟

السلطة المختصة بتقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر

لم يُردّ المشرع لكل وحدة إدارية أن تنفرد في تقدير الضرورة التي تسوّغ لجوئها إلى التعاقد المباشر، وإنما اختص درجات رئاسية معينة بسلطة البت في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة؛ حتى لا ينتج عن التساهل في تقديرها ومن ثم كثرة اللجوء إلى التعاقد المباشر، هجر طرق التعاقد الأصلية. فحدد على سبيل

الحصر . في المادة الثالثة والستين من القانون⁽¹⁾ . السلطة المختصة بالترخيص في التعاقد المباشرة للضرورة على النحو التالي⁽²⁾:

(1) حدد المشرع الفرنسي ما يدخل في مفهوم الإدارة التعاقدية في المواد التاسعة والعاشر والحادية عشرة من قانون المشتريات العامة؛ فنص في المادة التاسعة على أن: "المشترون العموميون الخاضعون لهذا القانون هم السلطات المتعاقدة والكيانات المتعاقدة المحددة في المادتين 10 و 11 على التوالي؛" ونص في المادة العاشرة على أن: "السلطات المتعاقدة هي: 1. الأشخاص الاعتباريون العموميون وفقاً للقانون العام؛ 2. الأشخاص الاعتبارية لخاصة التي تم إنشاؤها لتلبية احتياجات المصلحة العامة التي لها طابع غير الصناعي أو التجاري، وذلك إذا كان: (أ) النشاط ممولاً بشكل رئيسي من قبل السلطة المتعاقدة؛ (ب) أو كانت خاضعة في إدارتها لتبعية السلطة المتعاقدة؛ (ج) أو كان نصف أعضاء الهيئة الإدارية أو الرقابية فأكثر ممن تعينهم السلطة المتعاقدة؛ 3. الهيئات الخاصة ذات الشخصية الاعتبارية التي تنشئها السلطة المتعاقدة بهدف القيام ببعض الأنشطة المشتركة؛" ونص في المادة الحادية عشرة على أن: "الجهات المتعاقدة هي: 1. السلطات المتعاقدة التي تمارس أحد الأنشطة المحددة في المادة 12؛ 2. المؤسسات العامة التي تقوم بأحد الأنشطة المحددة في المادة 12. والمؤسسة العامة في هذا المرسوم هي أي هيئة ذات شخصية اعتبارية تقوم بأنشطة إنتاج أو تسويق السلع أو خدمات السوق، والتي تمارس عليها سلطة تعاقدية أو أكثر، بشكل مباشر أو غير مباشر، نفوذاً أو سيطرة في سبب الملكية أو المشاركة المالية أو القواعد التي تحكمه. ويعتبر تأثير السلطات المتعاقدة متوفرًا عندما تمتلك، بشكل مباشر أو غير مباشر، أغلبية رأس المال، أو تمتلك أغلبية حقوق التصويت أو يمكنها تعيين أكثر من نصف أعضاء الهيئة الإدارية أو الرقابية؛ 3. الهيئات الخاصة التي تستفيد، بموجب حكم صادر بشكل قانوني، من حقوق خاصة أو حصرية، وتؤثر بشكل كبير على قدرة مشغلي الاقتصاد الآخرين الممارسين للأنشطة المحددة في المادة 12".

(2) تنص المادة 63 من قانون تعاقدات الجهات العامة على أن: "يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر طبقاً لحكم المادة (62) من هذا القانون بناء على ترخيص من: 1. رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الإدارية الأخرى أو رئيس الصندوق، وذلك فيما لا تجاوز قيمته مليون جنيه بالنسبة لشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية

[1] رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن في حكمه في الجهات الأخرى أو

رئيس الصندوق

رخص المشرع - في المادة 63 - لرئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الإدارية الأخرى أو رئيس الصندوق، في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر في التعاقدات المتعلقة بشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية التي لا تتجاوز قيمتها مليون جنيه، ومقاولات الأعمال التي لا تتجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه.

أو الدراسات الاستشارية، وخمسة ملايين جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال؛ 2. الوزير ومن له سلطاته، أو المحافظ، فيما لا تتجاوز قيمته عشرة ملايين جنيه بالنسبة لشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية، وعشرين مليون جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال. ولمجلس الوزراء في حالة الضرورة التصوى أن يأذن بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر، وذلك فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها في البند (2).

كما يجوز بموافقة السلطة المختصة التعاقد بالاتفاق المباشر على شراء أو استئجار المنقولات أو الأعمال أو تلقي الخدمات منخفضة القيمة والتي لا تتجاوز قيمتها عشرين ألف جنيه في المرة الواحدة، ولا تتجاوز مائة ألف جنيه خلال السنة المالية، ويتبع في شأنها الإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، ويجوز للسلطة المختصة التفويض في اختصاصاتها في هذه الحالة فقط. 3. الوزير المختص بالصحة بالنسبة للأمصال واللقاحات والعقاقير الطبية ذات الطبيعة الاستراتيجية وألبان الأطفال، وفقا للضوابط والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. ولا يجوز لأي من هذه السلطات التفويض في الاختصاصات الممنوحة لها للتعاقد بهذا الطريق. ويستثنى من العرض على لجنة تفضيل المنتج الصناعي المصري في العقود الحكومية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك في الحالات التي يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء، بناء على عرض الوزير المختص بالتجارة والصناعة. ويجب على إدارة التعاقدات توثيق مبررات إتباع طريق الاتفاق المباشر، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

[2] الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ

أسند المشرع إلى الوزير المختص - ومن له سلطاته - أو المحافظ، سلطة الإذن بالتعاقد المباشر في التعاقدات المتعلقة بشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية التي لا تتجاوز قيمتها عشرة ملايين جنيه، ومقاولات الأعمال التي لا تتجاوز قيمتها عشرين مليوناً.

[3] مجلس الوزراء

أسند المشرع ولاية الإذن بالتعاقد المباشر فيما يجاوز الأنصبة المالية سالفة الذكر، إلى مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المختص؛ فعَلَّق مشروعية تعاقد الإدارة مباشرةً للضرورة على موافقة مجلس الوزراء - فيما زادت قيمته على عشرة ملايين جنيه في عقود شراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية، وما زادت قيمته على عشرين مليوناً في عقود المقاولات؛ نزولاً عند الأهمية الكبيرة لهذه التعاقدات.

تحمل الأشخاص المخوّلين في الإذن بالتعاقد المباشر للضرورة تبعة الإذن

بالتعاقد

قد يتبادر إلى البعض أن المسؤولية الناشئة عن تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر للضرورة، واقعة بحكم هذا النص على عاتق لجنة الاتفاق المباشر التي حددتها

المادة الثلاثون من القانون - باعتبار أن مهمتها استقصائية تحققية⁽¹⁾، ولكن حقيقة الأمر وما يفهم من جوهر النص على خلاف ذلك؛ إذ يأتي عمل اللجنة من الأساس تاليًا لتقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، لعل أن تشكيل هذه اللجان في وحدات الإدارة المختلفة إما أن يكون سابقًا على حدوث الظروف التي تشكل حالة الضرورة، وإما أن يكون مترامًا معها أو تاليًا لها، وفي جميع الحالات يكون إسناد التصرف إلى هذه اللجان بأن تباشر اختصاصها من قبل السلطة المختصة - فور حدوث هذه الظروف، دليلًا على اقتناع السلطة المختصة بتوافر حالة الضرورة، سواء كانت هذه اللجان قائمة قبل حدوث مثل هذه الظروف أو سُكِّلت فور حدوثها، أي أن السلطة المختصة بالترخيص في التعاقد المباشر للضرورة هي صاحبة الصلاحية في تقدير الضرورة ابتداءً، وبالتالي فإن لجنة الاتفاق المباشر ليست مسؤولة عن تقدير الطرف الاستثنائي الذي يسوّغ اللجوء إلى التعاقد المباشر تحت مسمى الضرورة، أما عمّا ورد في عجز المادة المذكورة من النص على أن: "...، ويكون اعتماد نتيجة عمل اللجنة - لجنة الاتفاق المباشر - من السلطة المختصة"،

(1) إذ تنص على أنه: "في حالة التعاقد بالاتفاق المباشر على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية، تتولى الإجراءات لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة من أهل الخبرة من بينهم عناصر فنية ومالية وقانونية وفقا لأهمية التعاقد وطبيعته، ويقع على عاتقهم مسؤولية التحقق من مطابقة محل التعاقد من النواحي الفنية المطلوبة ومناسبة الأسعار مقارنة بأسعار السوق السائدة وقت التعاقد أو لتحديد أقل العروض سعرا، والذي يلبي جميع الشروط والمتطلبات التي حددتها الجهة الإدارية في طلبها وذلك من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض أسعار، وكذا أسس اختيار المتعاقد معه، ويكون اعتماد نتيجة عمل اللجنة من السلطة المختصة".

فمصرف إلى صلاحية السلطة المختصة قانوناً بإبرام العقد والتوقيع عليه في اعتماد أعمال اللجان السابقة على إبرام العقد ومنها في هذا المقام لجنة الاتفاق المباشر، لا إلى تقدير مسوغ اللجوء إلى التعاقد المباشر.

فتمّ فارق بين مشروعية التعاقد بالاتفاق المباشر كوسيلة تعاقدية ذات طابع استثنائي - يجوز للإدارة أن تلجأ إليها بدافع الضرورة، ومشروعية التعاقد الناتج عن اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية من طرق التعاقد؛ فقرار الإدارة المتضمن الموافقة على إسناد إشباع الحاجة المرفقية إلى شخص ما، هو عملية إدارية مركبة ولو بدت في ظاهرها عملية واحدة - أولى حلقاتها تقدير توافر الضرورة التعاقدية الذي بناءً عليه تقرر اللجوء إلى التعاقد المباشر، وثانيتها جوهر الاتفاق الذي يُشبع الحاجة المرفقية⁽¹⁾.

(1) ويضيف أحد الفقهاء أن القاعدة هي قبول فصل القرارات المتعلقة بانعقاد العقد، مشيراً إلى أن القاعدة السائدة في النظام الفرنسي هي أن قرارات سلطة الوصاية الإدارية بالترخيص أو بالتصديق أو برفض ذلك، تعد قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء استقلالاً عن العملية العقدية؛ لوضوح سلطة الأمر والقيادة فيها، بل إنه يستشهد لصحة مسلك القضاء الفرنسي في عدم الأخذ بمبدأ وحدة العملية القانونية في مثل هذه الفروض بسبب وجيه قوامه أن العيب قد يشوب قرار سلطة الوصاية دون العمل المشمول بهذه الوصاية، وهو ما يوافق ما نطرحه من أن قرار اللجوء إلى التعاقد المباشر كوسيلة تعاقدية استثنائية يختلف عن التعاقد الذي يتم وفقاً لهذه الطريقة ذاته؛ في نفس المعنى؛ انظر: أ. د. عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد 66، العدد 362، أكتوبر 1975، ص 98 وما بعدها.

ونجد شاهداً تطبيقياً لهذا المعنى فيما أورده هيئة مفوضي المحكمة الإدارية العليا في تقريرها "القيم" في القضية الشهيرة بـ "مدينتي" إذ تقرر أنه: "ومن حيث إننا قد أوضحنا سالفاً في هذا التقرير أن البحث يدور حول مدى مشروعية الإجراءات والوسائل القانونية التي لجأت إليها الهيئة الطاعنة في إبرامها للعقد محل النزاع أو ما يسمى بقرار إبرام العقد والذي اتضح مما سلف أنه قد تم اتخاذه بإجراءات مخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات السالف ذكره، وأننا لسنا بصدد بحث العقد ذاته ومدى توافر جميع أركانه وما يترتب من حقوق والتزامات؛ حيث لا يجوز طلب بطلانه وفقاً لذلك إلا من أطرافه، أما عن إجراء إبرام العقد فإن الهيئة الطاعنة ملزمة باتباع النصوص والقواعد المقررة قانوناً في هذا الشأن وإلا كان تصرفها معيباً ويحق لكل ذي مصلحة الطعن عليه، وعلى ذلك ولما كان الاستفادة من حكم المحكمة الإدارية العليا السالف الإشارة إليه أن تعبير جهة الإدارة عن إرادتها في مجال إبرام العقود الإدارية ومنها العقد محل النزاع المائل يتم من خلال إجراءات محددة استلزمها القانون واستهدف من ورائها تحقيق الأهداف المرجوة من وراء إبرام تلك العقود استهدافاً للصالح العام على نحو محدد، ومن ثم فإن إغفال جهة الإدارة القيام بأى من هذه الإجراءات أو تجاوزها دون سبب قانوني صحيح يترتب عليه عيب في الوجود القانوني لإرادتها بما يستتبع معه بطلان العقد لقيامه على إجراءات غير صحيحة قانوناً. ومن حيث إنه ثبت مما تقدم أن الهيئة الطاعنة قد أبرمت العقد محل النزاع بناءً على إجراءات مخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات على النحو الذي أوضحناه سالفاً، الأمر الذي يعيب إرادة الهيئة الطاعنة

في إبرامها للعقد محل النزاع بهذه الإجراءات الغير صحيحة قانوناً، ويستتبع بطلان العقد كأثر بديهي لهذه الإجراءات المخالفة للقانون"⁽¹⁾.

وتؤكد محكمة القضاء الإداري المعنى المتقدم في غير ما مرة إذ تقضي بأنه: "يجب التفرقة بين العقد ذاته وبين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده؛ إذ إن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها"⁽²⁾. وفي حكم آخر قضت بأن: "التعاقد المباشر يعتبر قراراً إدارياً من حيث كونه إذناً بالتعاقد"⁽³⁾. على أن يؤخذ في الاعتبار أن المقصود بالتعاقد هنا هو الوسيلة التعاقدية المتبعة في التعاقد لا التعاقد ذاته، إلا أن يكون الأخير هو الآخر معيباً، فيكون الطعن منصباً على شقي العملية الإدارية المركبة.

لا يُقبل احتجاج السلطة الأذنة بالتعاقد المباشر بمبدأ امتناع المسؤولية الإشرافية عن الأعمال الفنية

كما هو معلوم أن كثيراً من الأشخاص الذين خولهم قانون التعاقدات صلاحية الإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، يباشرون أعمالاً إشرافية بحكم طبيعة أعمالهم-

⁽¹⁾ تقرير هيئة مفوضي المحكمة الإدارية العليا "الدائرة الثالثة" في الطعن رقم 30952، 31314 لسنة 56 ق. عليا- القضية المعروفة إعلامياً بـ قضية مدينتي".

⁽²⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 1180 لسنة 10 ق، جلسة 18 نوفمبر 1956، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة 11، ص 203.

⁽³⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 329 لسنة 14 ق، جلسة 21 أبريل 1963، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الخامسة، ص 188.

كما الوزراء والمحافظين، فضلا عن رئيس مجلس الوزراء، ما مؤداه أن أعمالاً تمهيدية أو تحضيرية يتأسس عليها قرار الإذن بالتعاقد المباشر بدافع الضرورة، هذه الأعمال التي تؤثر كثيراً في قناعة هؤلاء الأشخاص، وربما يتجاوز الأمر إلى حد اعتماد هؤلاء الأشخاص اعتماداً تاماً على ما يقدم إليه من تابعيه أو مرؤوسيه، الأمر الذي قد يُعتقد معه انعقاد مسئولية هؤلاء المرؤوسين عن تبعة القرار الصادر بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة!!

بيد أن هذا الاستخلاص لا يمكن التسليم به؛ لعلتين أساس؛ الأولى: الاعتبار الشخصي الذي يحكم وزع المشرع في إقرار الوظائف ومراعاة مؤهلات وقدرات شاغليها- هذا الاعتبار الشخصي الذي يتمثل في النص الصريح على الأشخاص المخولين في الإذن بالتعاقد المباشر للضرورة⁽¹⁾؛ والثانية: النص الصريح على امتناع التفويض في مباشرة هذه الصلاحية الاستثنائية.

وقد أحسنت المحكمة الإدارية صنيعةً إذ أقرت - في وضوح تام - مسئولية السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، عن تبعة أعمالها؛ فقضت بأنه: "يتعين بادئ الأمر توضيح أمرين غاية في الأهمية: أولاً؛ ثانياً: تقدير حالة الضرورة التي تبرر استعمال رخصة الأمر المباشر، والسلطة المنوط بها تقدير هذه الحالة، فمن المقرر أن تقدير حالة الضرورة التي تبرر حالة الاستعجال والتي لا تحتل التأخير منوطة بالوزير، بحسبانه السلطة المختصة طبقاً للقانون، ولم يفوض فيها المشرع

(1) المادة 63 من قانون التعاقدات العامة.

غيره، بالنظر إلى كون هذه الحالة من الأمور المهمة التي يستقل وحده بتقديرها سواء فيما يتعلق بتقدير حالة الضرورة ذاتها، أو إذا ارتأى تجاوز النصاب المالي المحدد قانوناً بعد اتخاذ الإجراء الواجب بالرجوع إلى رئيس مجلس الوزراء للإذن بالتعاقد فيما يجاوز ذلك. ومتى ثبت ما تقدم، فإن ما يعرض على الوزير من وجهات نظر في شأن حالة الضرورة التي يستقل بتقديرها، لا تعدو أن تكون اقتراحات لا ترقى إلى مرتبة الرأي الملزم، وبالتالي لا تنتج أثراً ما، كما أنه لا يقيد من سلطة الوزير في تقديره، فله طرحه جانباً، أو التعويل عليه حسبما يراه، ولا تثريب عليه في ذلك، باعتبار أن تقدير حالة الضرورة مرده إليه دون سواه. وترتيباً على ذلك فإنه لا مسئولية على من يبدي اقتراحاً في تقدير حالة الضرورة باعتبار أن هذه المسألة يستقل الوزير بتقديرها وحده دون سواه. ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن المخالفة المنسوبة للمحالين الأولى والثانية والثالثة والرابع، إما تتعلق بالشراء بالأمر المباشر، أو بالتعاقد بالأمر المباشر على ذمة مناقصات سابقة، والتعاقد الأخير يأخذ حكم الحالة الأولى، ما دامت وسيلة التعاقد هي الأمر المباشر"⁽¹⁾.

بل، وعلى فرض التسليم بأن تقدير الضرورة التي تسوّج اللجوء إلى التعاقد المباشر - سبباً ونتيجةً، يقوم به على الحقيقة من هم دون السلطة المختصة بالإذن

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 4734 و4861 و4919 لسنة 50 قضائية عليا، جلسة 1 مارس 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا في السنة الثالثة والخمسين، الجزء الأول: من أول أكتوبر 2007 إلى آخر مارس 2008، ص 743.

بالتعاقد المباشر من المرؤوسين التابعين لها في السُّلم الوظيفي، فإن علاقة التبعية هذه وما يصاحبها من سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على أعمال هؤلاء المرؤوسين، تمثل أساسًا لانعقاد مسئولية السلطة المخوّلة في الإذن بالتعاقد عن تبعة أعمال هؤلاء المرءوسين.

وقد كرّست المحكمة الإدارية العليا لهذا المعنى؛ فقضت بأنه: "ومن حيث إنه عن المخالفة المنسوبة إلى المحالة الأولى وحاصلها أنها أهملت في الإشراف على أعمال المحاليتين الثانية والثالثة، الأمر الذي ترتب عليه عدم قيامهما باتخاذ الإجراءات اللازمة ضد بعض الشركات التي تراخت في توريد أجهزة تكنولوجية تم الاتفاق على شرائها بالمناقصة العامة بجلسة ...، بما أضر بمالية الدولة بما جملته 44429 جنيهاً، فإنها ثابتة في حقها من واقع تقريرتي لجنتي الفحص وأقول رئيس وأعضاء اللجنتين وما ثبت من المستندات من تراخي الشركات الموردة للأجهزة التكنولوجية في المناقصة العامة إلى ما بعد انتهاء المواعيد المحددة للتوريد، وأن المحاليتين الثانية والثالثة لم تتخذا الإجراءات القانونية اللازمة ضد تلك الشركات بما أضر بمالية الدولة بما جملته 44429 جنيهاً. ولما كانت المحالة الأولى هي الرئيس المباشر للمحاليتين الثانية والثالثة باعتبارها المشرفة على الشؤون المالية، ومن ثم تكون قد أهملت في الإشراف على أعمال المحاليتين المذكورتين، فمن ثم تستأهل مجازاتها عن إهمالها تأديبياً. ولا ينال مما تقدم ما تتمسك به المُحالة الأولى، من أنها تشغل وظيفة إشرافية وليس من ضمن اختصاصاتها مراجعة كافة الإجراءات المالية بالوزارة، فذلك مردود عليه بما استقرت عليه هذه المحكمة من أنه

يسأل الرئيس الإداري عن سوء ممارسة مسؤولياته الرئاسية خاصة الإشراف والمتابعة والتنسيق على أعمال مرؤوسيه في حدود القوانين واللوائح والتعليمات بما يكفل حسن سير المرفق الذي يخدمه، ومن ثم يكون مسئولاً عن كل خطأ أو تقصير يثبت وقوعه من أحد العاملين تحت رئاسته، ما دام قد ثبت أنه لم يقومه أو كان بوسعه ذلك، لكنه قصر في أداء مهمة المتابعة مما أدى إلى وقوع الخطأ من المرؤوسين. ومن حيث إنه بالبناء على ما تقدم، ولما كان الثابت أن الطاعنة في مجال ممارستها لوظيفتها الإشرافية قد عايشت المخالفة التي وقعت من مرؤوسيتها، ولم تتخذ أي إجراء بشأنها رغم التزامها القانوني بمتابعة الموضوع والتوجيه بتدارك الأخطاء وهو ما لم يحدث، فإنها تكون قد أخلت بواجباتها الوظيفية، الأمر الذي يتعين معه الالتفات عما أثارته وطرحه جانباً"⁽¹⁾.

امتناع المسؤولية الإدارية لمقدمي المقترحات بشأن الضرورة وقيام مسئوليتهم التأديبية

يستفاد مما ذكر عاليًا من قيام المسؤولية المباشرة للسلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، امتناع المسؤولية الإدارية لمن يلونهم من المرؤوسين عمًا يقدمونه من مقترحات وآراء بشأن مدى توافر الضرورة التي تسوّغ مسلك التعاقد المباشر، ولكن امتناع مسئوليتهم الإدارية لا يحول دون إمكانية انعقاد مسئوليتهم

(¹) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا، سالفه الذكر.

التأديبية عما قد يعتبر مسلكهم من قصور في تزويد السلة المختصة بالبيانات والمعلومات التي تؤخذ في الحسبان في تقدير مدى توافر الضرورة من عدمها، بل قد يصل أمر تقصيرهم إلى انعقاد مسئوليتهم الإدارية وذلك في الفرض الذي يثبت فيه تواطؤهم أو فسادهم على النحو الوارد في المادة الأولى من قانون التعاقدات العامة في فقرتها الأخيرين، بل الأكثر من ذلك أنه قد تتعد مسئوليتهم الجنائية في مثل هذا الفرض.

وتجد هذه المسألة سندها القانوني في نص المادة 89 من قانون التعاقدات العامة، تحت عنوان: "المساءلة"، على أنه: "مع عدم الإخلال بحق ذوي الشأن في إقامة الدعوى المدنية أو الجنائية، يؤخذ تأديبياً كل من خالف أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية، أو مدونة السلوك الوظيفي للعاملين بالتعاقدات والتي يصدر بها قرار من وزير المالية". فما من شك في أن التقصير في تزويد الرؤساء بالبيانات والمعلومات الكافية لاتخاذ القرار المناسب، يمثل مخالفة لأحكام هذا القانون، سواء قُصد إلى ذلك أم لم يُقصد⁽¹⁾.

(1) من ذلك على سبيل المثال، ما تنص عليه المادة 80 من قانون التعاقدات العامة على أنه: "يجوز التعامل بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة، لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، وذلك بالاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص بالجهة الإدارية أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تبديها الوزارة أو المحافظة طالبة الترخيص بالتعامل مع اقتراح مقابل التعامل وأسلوب السداد، على أن تتحقق اللجنة العليا للتقييم بالهيئة العامة للخدمات الحكومية من مناسبة هذا المقابل، ...".

وعليه، فيتعين علينا التفرقة بين الإدلاء برأي فني أو قانوني في مدى توافر حالة الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، وفقاً للسير الطبيعي للأمر في الوحدات الإدارية، وتقديم البيانات والمعلومات الصحيحة التي تتأسس عليها قناعة السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد المباشر للضرورة، في تقدير مدى توافر هذه الضرورة من عدمها؛ فنتنفي المسؤولية في الفرض الأول، وتتعقد بلا شك في الفرض الثاني؛ لخطأ المرءوس في تمكين السلطة المختصة بتقرير اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر من الوقوف على الوقائع الحقيقية التي يتسنى معها تقدير ما إذا كانت ثمة ضرورة أم لا، قصد إلى ذلك أو لم يقصد - على حسب الإثم أو الذنب الإداري المرتكب؛ أتقصير عن إهمال أو غير قصد تتعقد به المسؤولية التأديبية أم خطأ عمد تتعقد به المسؤولية الإدارية مشاركة مع السلطة المختصة، أم توطؤ وفساد تتعقد به المسؤولية الجنائية!!

خطأ الإدارة أو انحرافها في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر لا يدفعه الاحتجاج بمراجعة مشروع التعاقد لدى إدارة الفتوى المختصة

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع قد ألزم الإدارة الراغبة في التعاقد، بألا تبرم عقداً تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة؛ بغرض تجنيبها مواطن الخطأ في إبرام عقودها، وهو الأمر الذي يثار معه التساؤل عما إذا كانت مراجعة إدارة الفتوى المختصة لمشروع التعاقد تعفي جهة الإدارة عمّا قد يتكشّف لها من أخطاء بعد ذلك؟

وحتى لا تُتخذ مراجعة إدارة الفتوى المختصة ذريعة أو غطاءً لانحراف الإدارة أو تحللها من أخطائها⁽¹⁾، فلا يجوز للجهة المختصة بالبت النهائي في توافر الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، أن تتصل من مسؤوليتها عن الإذن بالتعاقد المباشر في غير ما ضرورة مسوّغة، بذريعة أن مشروع العقد قد روجع من قبل

(1) قد تتوهم الإدارة خطرًا حالاً في ظرف عام غير محدد، وتعتقد في كفايته لتوفير معنى الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر - كما سبق أن أشرنا إلى فكرة "الظرف السياسي الدقيق" بمفهومه العام، ودون تحديد لأي وجه من وجوه مساسه بالسير المنتظم والمطرّد للمرفق، وقلنا بأن عمومية هذا الظرف لا تجعل منه في ذاته مسوّغاً للتعاقد الاستثنائي، ومن ثمّ فإن الخطأ في تقدير الضرورة التعاقدية أمر قائم - ما دام أن فكرة الخطأ متصورةً من حيث المبدأ في جانب الإدارة من طريق عمالها - من ناحية، وأن فكرة الغلط متصورة في جانب الإدارة المتعاقدة إذ تتوهم ما لا يحمله الواقع. وقد يتسلل الانحراف إلى تقدير الإدارة للضرورة التي تسوّغ مسلكها الاستثنائي في التعاقد المباشر، من طريق التواطؤ بغرض تحقيق غرض غير مشروع أو للإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، ومبدأ حرية المنافسة بما في ذلك التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على تصرفات طرف آخر، بهدف تقسيم العقود بين مقدمي العطاءات أو تثبيت أسعار العطاءات بشكل غير تنافسي، أو من طريق الفساد المتمثل في عرض أو إعطاء أو استلام أو طلب أي شيء ذي قيمة، أو الحث على ارتكاب أفعال غير مناسبة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، للتأثير بشكل غير مشروع في التعاقد أو في تنفيذه. وهو المعنى الذي تؤكد المادة الأولى من قانون التعاقدات العامة إذ تنص على أنه: في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها: التواطؤ: ترتيب يتم بين طرفين أو أكثر قبل أو بعد تقديم العطاء، لتحقيق غرض غير مشروع أو للإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، ومبدأ حرية المنافسة بما في ذلك التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على تصرفات طرف آخر، بهدف تقسيم العقود بين مقدمي العطاءات أو تثبيت أسعار العطاءات بشكل غير تنافسي؛ الفساد: أي عرض أو إعطاء أو استلام أو طلب لأي شيء ذي قيمة، أو الحث على ارتكاب أفعال غير مناسبة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، للتأثير بشكل غير مشروع على أداء طرف آخر في العملية المطروحة أو في تنفيذ العقد".

إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة- على اعتبار أن هذه المراجعة تعد ضماناً لمشروعية التصرف القانوني، وإنما تظل مسئوليتها قائمة ولو انتهت المراجعة إلى صحة بنود العقود، وهو ما استقر عليه افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إذ تقرر في غير ما مرة بأن: "المراجعة التي تجريها إدارة الفتوى المختصة لا تضيء على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة- إذا كانت قد فقدتها، ولا تطهره من المخالفات التي شابت إبرامه أو بنوده أو تجبرها، وإنما تكشف عنها وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية، لما يستوجب ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتحلل منه كله أو بعضه في ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة،..."⁽¹⁾.

وعلة ذلك أن الملاحظات التي تبديها لجنة الفتوى ليست ملزمة لجهة الإدارة، وإنما يحق للإدارة أن تبرم العقد على النحو الذي تراه محققاً للمصلحة العامة ولو كان بعض بنوده مخالفاً لمضمون الملاحظات التي أبدتها لجنة الفتوى المختصة، ومرد ذلك قانوناً أن الفتوى ليست ملزمة بطبيعتها. ولكن ماذا عن الفرض الذي تلترزم فيه الإدارة المتعاقدة بملاحظات لجنة الفتوى كاملة؟ هل يصح للإدارة الادعاء بانتفاء مسئوليتها كونها نزلت عند توجيهات الجهة التي تمثل قضاء المشروعية؟ قد يخال ذلك للبعض بحكم المنطق النظري؛ فما دام أن القانون قد أوجب على الإدارة

(1) الفتوى رقم 88 بتاريخ 30 / 1 / 2005، جلسه 1 / 12 / 2004، ملف رقم 54 / 1 / 416، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946م وحتى عام 2005م في شأن العقود، الجزء الثاني، ص 1602 وما بعدها؛ الفتوى رقم 146 بتاريخ 15 / 2 / 1998، ملف رقم 344/1/54.

أن تراجع مشاريع عقودها مراجعة قانونية لدى جهة متخصصة لضمان مشروعيتها، وأن الإدارة قد نزلت عند حذافير التوصيات التي أبدتها هذه الجهة، فالمنطقي ألا تُسأل الجهة الإدارية، وإلا فما العائد من رجوعها إلى هذه الإدارة المتخصصة. والحقيقة أن هذا المنطق الذي لا يخلو من وجاهة، تنتقصه حقيقة أن الإدارة، وهي المؤتمنة على تحقيق المصلحة العامة- مستظلة في ذلك بمظلة المشروعية، هي المخاطبة بأحكام القانون ويفترض فيها الدراية التامة به، بل لديها من المقومات الموازنة أو الملائمة ما يجعلها أجدر باستخلاص معنى القانون استخلاصًا سائغًا في كافة تصرفاتها- على فرض رشادها بالطبع.

وعليه، فإن امتثال الإدارة المتعاقدة لتوصيات أو ملاحظات لجنة الفتوى، لا يقوى سندًا لتحللها من المسؤولية الناشئة عن تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، سواء أكانت هذه المسؤولية تأديبية أو إدارية.

**امتناع المساءلة التأديبية لبعض الأشخاص المخولين في الإذن بالتعاقد المباشر
بحكم وظائفهم السياسية**

سبق أن أقررنا بالمسؤولية المباشرة للسلطة الآذنة بالتعاقد المباشر للضرورة عن تبعات قرارها المتضمن الموافقة على التعاقد- من الناحيتين الإدارية والتأديبية. غير أن وجود بعض هؤلاء الأشخاص في وظائف معينة- اختص القانون شاغليها بقواعد مساءلة خاصة، يحول دون خضوعهم لمساءلة تأديبية؛ لانتهاء ولاية قضاء التأديب حيال وظائفهم التي يخالطها الطابع السياسي، أو لأن القانون لم ينظم

صراحة كيفية مساءلتهم تأديبياً، وإن كانت تظل المسؤولية الإدارية للمرفق عن تعويض الأضرار قائمة.

وهو ما تصرّح به المحكمة الإدارية العليا إذ تقضي بأنه: "ومن حيث إنه تطبيقاً لما تقدم، وكانت المخالفات المنسوبة للمحالة الأولى والمحالين الثانية والثالثة والرابع الواردة بتقرير الاتهام، ...، فإن هذه المخالفات تتبدى في عرض مذكرات على الوزير بحسبانه السلطة المختصة بالشراء بالأمر المباشر أو التعاقد على ذمة مناقصات سابقة بالأمر المباشر، وقد وافق الوزير على الشراء بهذه الوسيلة، وهو السلطة المنوط بها قانوناً التعاقد بهذه الوسيلة، ومن ثم ينفي وجه مسؤولية المحالين المذكورين، وإذا كان هناك وجه للمسؤولية، فإنها تقع على عاتق الوزير، وهو ما لا تملكه المحكمة قانوناً، بحسبان أن المشرع الدستوري قد رسم طريقاً لمساءلة الوزراء"⁽¹⁾.

ثالثاً: عدم جواز التفويض في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر

تنص المادة 64 على أنه: "يجوز في الحالات الطارئة، أو في الحالات العاجلة، أو لدواعي المصلحة العامة أن يتم التعاقد على شراء أو استئجار العقارات بطريق الاتفاق المباشر، وذلك بناء على ترخيص من: 1. رئيس...، ولا يجوز لأي من هذه السلطات التفويض في الاختصاصات الممنوحة لها للتعاقد بهذا الطريق".

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا، سالفه الذكر.

وعليه، فلا يجوز للأشخاص المخوّلين في الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر، النزول عن مباشرة هذه الصلاحية ذات الطابع الاستثنائي من طريق التفويض، ومن ثم يقع باطلاً كل تعاقّد بالاتفاق المباشر لضرورة من غير هؤلاء الأشخاص، وفي حدود الأنصبة المالية التي حددها المشرع صراحة.

وتستثنى من هذا القيد، التعاقدات المرتبطة بالأمن القومي؛ إذ تنص المادة السابعة والسبعون من قانون التعاقدات العامة على أنه: "يجوز لوزارات الدفاع والإنتاج الحربي والداخلية وأجهزتها في حالات الضرورة التي تقتضيها اعتبارات الأمن القومي، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة ذات المرحلتين أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، وللسلطة المختصة التفويض في أي من الاختصاصات المقررة في هذا الشأن". على أن تتقيد هذه الجهات بما قيّد به المشرع اللائحي صلاحية تفويض الاختصاص من ضوابط، وفق ما تضمنته المادة 166 من اللائحة التنفيذية⁽¹⁾.

(1) والتي تنص، تحت عنوان: ضوابط وإجراءات التفويض في الاختصاصات، على أنه: "مع مراعاة الحالات التي حظر فيها القانون التفويض، يجوز للسلطة المختصة أن تفوض في أي من اختصاصاتها لشاغلي الوظائف القيادية دون غيرهم، على أن يكونوا ممن يشهد لهم بالكفاءة والخبرة والتمتع بصفات النزاهة والأمانة وحسن السمعة والخبرة اللازمة لممارسة الاختصاصات المفوضة لهم، شريطة أن يصدر قرار من السلطة المختصة يتضمن اسم المفوض ووظيفته وموضوع التفويض ومدته وشروطه ومتطلباته، وينتهي التفويض بإلغاء القرار الصادر بشأنه أو انتهاء مدة التفويض أو الغرض منه. ويحظر على المفوض تفويض الآخرين في الاختصاصات المفوض فيها، ويجب على المفوض إعداد تقارير يعرضها على السلطة المختصة بشأن ما اتخذه

رابعاً: تسبب قرار الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر

نزولاً عند مقتضى الطبيعة الاستثنائية لطريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، وضمناً لمشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إليها، ألزم المشرع السلطة المختصة بالإذن بالتعاقد، بتسبب قرارها الصادر في هذا الشأن؛ فقرر في المادتين السابعة والثامنة من قانون التعاقدات - تحت عنوان: القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد - ما معناه أنه: يكون التعاقد على شراء/ بيع أو استئجار/ تأجير المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة/المزايدة العامة، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: ...، الاتفاق المباشر.

وهذا قيد بدهي؛ لأن اللجوء إلى التعاقد المباشر، استثناء من القاعدة العامة في التعاقد العام، الأمر الذي يستتبع الخروج على مقتضى قرينة الصحة المفترضة في جانب القرارات الإدارية، وإلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها الصادر بالإذن بالتعاقد الاستثنائي - كضمانة للتثبيت من مشروعية مسلكها الذي تتحلل بموجبه من مقتضيات القاعدة العامة في التعاقد العام.

من إجراءات مفوض فيها، كما يجب على السلطة المختصة الأصلية مراجعة نتائج أعمال المفوض بشكل دائم للوقوف على مستوى أدائه واتخاذ ما يلزم بشأنه".

وفي هذا السياق، يقرر أحد الكتاب أنه من واقع السوابق القضائية المستقرة في مجال المنازعات الإدارية العقدية، وخلافاً لما قد يعتقده البعض من يسر مهمة القاضي الإداري في الوقوف على يشكل ضرورة تعاقدية من منظور الإدارة، فإن الحقيقة على خلاف ذلك؛ فقد ينتهي القاضي عبر نهجه الصارم في تقدير مسوغ التعاقد الاستثنائي إلى عدم مشروعية التعاقد لقصور التسبيب الذي اعتمده الإدارة، الأمر الذي قد ينعكس سلباً على تعاقدات الإدارة. وبالتالي، يتعين على الإدارة أن تكون قادرة على تبرير حالة الطوارئ⁽¹⁾.

ويتسق هذا القيد مع ما أوجبه المشرع على الإدارة من ضرورة توثيق مبررات التعاقد المباشر؛ إذ ينص في عجز المواد: 62، 63، 64 من قانون التعاقدات على أنه:

(¹) في نفس المعنى؛ انظر:

Ghislain Foucault: Apprécier l'urgence à suspendre une mesure d'exécution: ébauche d'un «mode d'emploi», Dossier Contrats Publics, Procédures de référés: quel bilan en matière contractuelle, n° 132, mai 2013, p. 50.

CE, 21 mars 2011, Cne de Béziers, req. n°304806 : BJCP 2011, n°76, p. 170, concl. Cortot-Boucher ; CP-ACCP, n°110, mai 2011, p. 64 et s., note G. Le Châtelier.

"ويجب على إدارة التعاقدات⁽¹⁾ توثيق مبررات اتباع طريق الاتفاق المباشر، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ويثير هذا القيد مسألة "شكلية" العقد الإداري في حالة الضرورة؛ إذ يتعين على الإدارة أن تفرغ إرادتها التعاقدية في شكل مكتوب- يمكن الرجوع إليه. وكما هو معلوم أن الكتابة لا تقتصر على إفراغ التعاقد في قالب محدد، وإنما تستفاد الكتابة كما هو مستقر فقهاً وقضاءً من وجود عقد مكتوب أو من عرض أسعار مصحوب بموافقة الإدارة أو المكاتبات والرسائل البريدية وغيرها.

هذا وقد أوجب المشرع الفرنسي كتابة العقود التي تقدر قيمتها بـ 25000 يورو فما فوقها⁽²⁾، بينما لم يصرح المشرع المصري بنصاب قانوني لكتابة العقد الإداري، لتحكم عقود الإدارة للقاعدة العامة في كتابة العقود.

(1) إذ تنص المادة الثالثة من قانون التعاقدات العامة على أنه: "تتشأ بالجهة الإدارية إدارة للتعاقدات أيا كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي، تشكل من عدد كاف من العناصر المؤهلة والمدربة، وتتولى مباشرة الاختصاصات الآتية: "... وتنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن: إدارة التعاقدات هي التقسيم الإداري المنشأ بحكم المادة الثالثة من القانون أياً كان مستواه الوظيفي بالهيكل التنظيمي الجهة الإدارية التي يتبعها".

(2) انظر:

Art. R. 2112-1 à R. 2112-3 et Art. R. 2312-1 à R 2312-3 du code de la commande publique.

وعليه، فإن هذه الإدارة ملزمة بتوثيق مسوّغات اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر. وهو الأمر الذي يفيد كثيرًا في الحالة التي ينظر فيها قاضي المشروعية في مدى مشروعية مسلك الإدارة في التعاقد المباشر بدافع الضرورة.

خامسًا: الإعلان عن رغبتها في التعاقد على البوابة الإلكترونية للتعاقدات العامة

تنص المادة 19 من القانون على أنه: "على الجهة الإدارية قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك في جميع طرق التعاقد الواردة بهذا القانون والتعاقد بطريق الاتفاق المباشر إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك، أن تعد كراسة للشروط والمواصفات تتضمن الإحالة لجميع القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية، ويجب أن تتضمن كراسة الشروط على وجه الخصوص طريقة التعاقد، ...، بالإضافة إلى نشرها على بوابة التعاقدات العامة، ولا يجوز التعديل في كراسة الشروط والمواصفات بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية. ويتعين على الجهة الإدارية: 1. ...؛ 2. ...؛ 3. نشر صورة كاملة ومطابقة من كراسات الشروط والمواصفات على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقًا لما تقدره السلطة المختصة".

وتنص المادة 20 على أنه: "يجب النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (7) من هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقًا لما تقدره السلطة المختصة، على أن يتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأسباب

المبررة لإتباع هذا الطريق، وأسلوب التقييم الفني والمالي، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وكما هو بيّن من هذين النصين، أن الإدارة الراغبة في التعاقد مقيّدة بضرورة الإعلان عن رغبتها في التعاقد، عبر البوابة الإلكترونية للتعاقدات العامة، ولو كان التعاقد من خلال طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر، إلا ما كان متعلقًا باعتبارات الأمن القومي؛ فيستثنى من النشر الحالات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي عدم الإفصاح عنها وفقا لما تقدره السلطة المختصة.

والمدقق في علة هذا القيد، يخلص إلى أن الإفصاح عن البيانات المتعلقة بعملية الإسناد، يحقق قدرًا من الشفافية المطلوبة في عمل الإدارة، ولو في تعاقداتها الاستثنائية، لضمان معاملة عادلة ومنصفة للراغبين في الوصول إلى التعاقدات العامة (أو المتعاقدين المحتملين كما يصفهم البعض)

Instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels.⁽¹⁾

⁽¹⁾ في نفس المعنى؛ انظر:

Amira TLILI: Réforme de la réglementation des marchés publics en Tunisie..., op. Cit, p. 26.

وقد أحسن المشرع اللائحة صنيعةً إذ حدد صراحة البيانات التي ينبغي للإدارة الرغبة في التعاقد بالاتفاق المباشر للضرورة، أن تعلن عنها على البوابة الإلكترونية، وذلك في المادة 133 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات- تحت عنوان: "محتويات عروض الأسعار في التعاقد بالاتفاق المباشر"⁽¹⁾. فحتى تكون

(1) إذ تنص على أنه: "تقوم إدارة التعاقدات في حالات التعاقد بالاتفاق المباشر بطلب عرض أو عروض أسعار من المشتغلين بنوع النشاط المطلوب التعاقد عليه ينشر عنه على بوابة التعاقدات العامة على أن يتضمن البيانات الآتية:

1. اسم الجهة الإدارية، وعنوان إدارة التعاقدات بها ورقم التليفون والفاكس والبريد الإلكتروني للإدارة.
2. اسم العملية ورقمها.
3. مكان الحصول على كراسة الشروط والمواصفات وثمنها إن وجدت.
4. ما يفيد حجز نسبة (5%) في الحالات التي تطلب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة محل العقد.
5. وصف كامل للأصناف أو الأعمال أو الخدمات المراد التعاقد عليها حسب الاقتضاء وفقاً لطبيعة التعاقد، على النحو المبين بالمادة (14) من القانون.
6. الكمية، أو حجم الأعمال أو المهام المطلوبة، والبرنامج الزمني للتوريد، أو للتنفيذ بحسب الأحوال.
7. جميع العناصر الخاصة بالسعر ويشمل ذلك شروط التسليم وتكلفة دورة الحياة إذا كانت طبيعة العملية تتطلب ذلك وتم تضمينها بشروط الطرح.
8. مدة الارتباط بالأسعار.
9. إيضاح ما إذا كانت الترسية ستتم لكل بند على حده أم لمجموعة بنود مجمعة.
10. أسلوب ومعايير تقييم العروض.
11. طريقة تقديم العروض والموعود النهائي لتقديمها.

الإدارة الراغبة في التعاقد المباشر في وضع جيد للتفاوض، يتعين أن يكون لديها أكبر قدر ممكن من البيانات والمعلومات حول محل التعاقد وشخص المتعاقد

afin d'être en bonne position pour négocier, doit disposer d'un maximum d'informations possible sur les conditions..., la valeur..., les coûts de l'exécution du contrat et le contractant participant. Il est important que les exigences du contrat en donnant le plus de détails possible.⁽¹⁾

12. حظر التقدم بأكثر من عرض، أو تقديم تعديل للأسعار في العرض المقدم.

13. تحديد البنود المتغيرة، أو مكوناتها بالنسبة لمقاولات الأعمال في العقود التي تتطلب ذلك.

14. تحديد البنود التي يجوز أن يعهد بها إلى الغير من الباطن إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك، وكذا المحددات والاشتراطات الأخرى ذات الصلة".

(¹) للمزيد من التفاصيل حول المبادئ الأساسية التي يتعين على الإدارة مراعاتها في مرحلة ما قبل الإسناد المباشر؛ راجع:

Cédric BECUE: Le Respect des Principes Fondamentaux de La Commande Publique dans La Negociation, op. Cit, p. 16 and next.

وانظر أيضًا:

Direction des Affaires Juridiques Paris: Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant, Espace Commande Publique, Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes/ Fiches techniques, 1/1/2020, p. 5.

سادساً: حفظ المستندات والحفاظ على سريتها

تنص المادة 82 من قانون التعاقدات العامة على أنه: "تلتزم إدارة التعاقدات بالجهة الإدارية بفتح ملف لكل عملية تحفظ به جميع المستندات والبيانات المتعلقة بالإجراءات، ويتضمن جميع المخاطبات الداخلية والمراسلات التي أرسلت منذ بداية إجراءات العملية، مع الحفاظ على ما يحتويه الملف من مستندات وبيانات⁽¹⁾". ولا

(1) وفي هذا الصدد، تنص المادة 167 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات على أنه: "تلتزم إدارة التعاقدات بالحفاظ على المستندات والبيانات المتعلقة بإجراءات كل عملية وتوثيقها وأرشفتها بصورة منتظمة ومرتبطة يسهل الرجوع إليها، والعمل على سلامة ملف العملية من أي مخاطر، أو تلف، أو ضياع، على أن يتضمن الملف بصفة خاصة الآتي:

1. صورة نموذج خطة الاحتياجات المتضمن العملية.
2. مستندات طلب المعلومات، إبداء الاهتمام، التأهيل المسبق، المسابقة إن وجدت.
3. تقرير لجنة إعداد المواصفات الفنية.
4. تقرير لجنة إعداد القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي.
5. صورة من الموافقات والتصاريح والتراخيص اللازمة للطرح إن وجدت.
6. كراسة الشروط والمواصفات وملحقاتها.
7. مذكرة الطرح وقرارات تشكيل اللجان.
8. صورة قرار تفويض السلطة المختصة إن وجدت.
9. صورة ما يثبت نشر العملية على بوابة التعاقدات العامة.
10. أصل الإعلان بالصحيفة أو صور خطابات الدعوة بحسب الأحوال.
11. الاستفسارات إن وجدت، والرد عليها ومحضر لجنة الاستفسارات.
12. صور العطاءات المقدمة.
13. محاضر فتح المظاريف.

يجوز إفشاء أي من هذه المستندات والبيانات أو الاطلاع عليها من أطراف أو أفراد غير معنيين بها إلا لجهات التفتيش والفحص والمراجعة، وفقا للقوانين والقرارات المنظمة لذلك"⁽¹⁾.

14. محاضر لجنة البت، أو الممارسة، أو المزايدة، أو الاتفاق المباشر بحسب الأحوال.

15. ما يثبت نشر نتائج قرارات اللجان على بوابة التعاقدات العامة.

16. جميع الإخطارات والمراسلات والمكاتبات المتعلقة بالعملية.

17. صورة من أمر التوريد، أو أمر الإسناد.

18. نسخة من العقد.

19. الشكاوى المقدمة إن وجدت، والرد عليها.

20. المستندات المتعلقة بتنفيذ العقد.

21. نموذج تقييم المتعاقد.

22. نموذج استقصاء المتعاقد مع الجهة الإدارية.

وغير ذلك من المستندات والبيانات ذات الصلة بالعملية".

(¹) تقابلها المادة 44 من قانون المشتريات العامة الفرنسي- المعدلة بموجب القانون رقم 670 لسنة 2018م، والتي تنص على أنه: "1. مع عدم الإخلال بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالحصول على المستندات الإدارية، لا يجوز للشخص الاعتباري العام توصيل المعلومات السرية التي بحوزته في إطار العقد العام، مثل أن الإفشاء عنها ينتهك أسرار العمل. أو يمكن أن تضر بالمنافسة العادلة بين المشغلين الاقتصاديين، لا سيما من خلال توصيل المبلغ الإجمالي أو السعر التفصيلي للعروض. ومع ذلك، يمكن له أن يطلب من المشغلين الاقتصاديين الموافقة على الكشف عن بعض المعلومات السرية التي يقدموها، والتي يتم الاتفاق عليها بشكل واضح".

ونزولاً عند مقتضى هذا النص، فإن الإدارة المتعاقدة من طريق التعاقد بالاتفاق المباشر، تلتزم بحفظ المستندات التي تتسق مع طبيعة هذ التعاقد، وفق ما تضمنته المادة 133 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات العامة- سالفه الذكر، بما ييسر من مهمة الرجوع إلى مبررات لجوء الإدارة إلى طريقة التعاقد المباشر في حالة النزاع حول مدى مشروعية مسلكها الاستثنائي، سواء من قبل الأجهزة الرقابية التي تملك صلاحية التفتيش والمراجعة على أعمالها، أو من قبل قاضي المشروعية في الفرض الذي يُلجأ فيه إليه.

وفي الجملة، فإن المشرعين العادي واللائحي قد عملا جاهدين على تقييد سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر، بالكثير من القيود الموضوعية والشكلية على السواء؛ حتى لا تنجح إلى الإكثار من استعمال رخصة التعاقد المباشر ذات الطابع الاستثنائي، وما يصاحب ذلك من خروج على القاعدة العامة في التعاقد العام، وما يستهدفه التكريس التشريعي لضرورة التقيّد بها من تحقيق العديد من الغايات والمبادئ الدستورية.

فما أحوج مجال التعاقدات العامة إلى تضيق نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، استثناءً من القاعدة العامة في التعاقد العام؛ حتى لا تتحول رخصة الإدارة في التعاقد الاستثنائي عبر التعاقد بالاتفاق المباشر، إلى ممارسة إدارية دائمة تذرغاً بالحاحية اعتبارات الواقع.

الخاتمة

نحو نظرية عامة للضرورة التي تسوّغ خروج الإدارة على مقتضى القاعدة العامة في التعاقد العام- عبر وسيلة التعاقد بالاتفاق المباشر ذات الطابع الاستثنائي، جيء ببحثا المتواضع هذا، تحت عنوان: الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر- دراسة مقارنة في النظامين المصري والفرنسي.

وقد قسّمت الدراسة إلى فصلين رئيسيين، ثم خاتمة- حمل أولهما عنوان: "علة إفراد التعاقدات العامة بنظام قانوني خاص ومعاييريتها لسلطة التعاقد المباشر"، وجيء بثانيتها تحت عنوان: "الضرورة الملجئة كمناط لمشروعية مسلك الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر"، وتقدمهما مبحث تمهيدي بعنوان: "في المفهوم العام للضرورة ومدى معياريته لمفهوم الضرورة التعاقدية"- هذا الأخير الذي تناول مفهوم الضرورة في القانون العام في مطلب أول، ومفهوم وشروط الضرورة التعاقدية في مطلب ثانٍ.

وقد تناول الفصل الأول "الإطار القانوني لسلطة الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة"- في مبحث أول؛ عبر مطلبين أولهما "المباديء الدستورية التي تحكم إبرام العقود الإدارية في الظروف الاستثنائية"، وثانيتها "استثنائية التعاقد المباشر ودورها في تحديد نطاق سلطة الإدارة في اللجوء إليه للضرورة"، بينما تناول في مبحثه الثاني "أهمية اللجوء إلى التعاقد المباشر في حالة الضرورة ومخاطر توسّع الإدارة في مفهومها"، عبر مطلبين أولهما "أهمية التعاقد

المباشر في حالات الضرورة"، وثانيهما "مغبة توسع الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر بذريعة الضرورة".

وفي المقابل، فقد تناول الفصل الثاني، "نطاق سلطة الإدارة في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر بدافع الضرورة"- في مبحثه الأول؛ موضعاً بشيء من التفصيل "تطبيقات الضرورة المسوّغة للتعاقد المباشر وفقاً لقانون التعاقدات العامة- في مطلب أول، ومشيراً إلى "مظاهر التوسّع التشريعي في مفهوم الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر"- في مطلب ثانٍ. وعالج "ضوابط سلطة الإدارة في تقدير الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر"- في مبحثه الثاني، مستعرضاً "القيود الموضوعية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية"- في مطلب أول، و"القيود الإجرائية التي ترد على سلطة الإدارة في تقدير الضرورة التعاقدية"- في مطلب ثانٍ.

وقد خلّصت الدراسة إلى ثلثة من النتائج الجوهرية، تستتبع بضعاً من التوصيات، منها ما يتعلق بالمسلك التشريعي التوسعي في تحديد تطبيقات الضرورة التعاقدية، ومنها ما يتصل بالموقف الفقهي والقضائي من خصوصية فكرة الضرورة في المجال التعاقدية، ومنها ما يتصل بمنهجية عمل الإدارة التعاقدية.

أولاً: النتائج

1. غياب التحديد الفقهي الدقيق لمفهوم الضرورة التعاقدية، والإحالة في شأنها إلى المفهوم العام للضرورة في مجال القانون العام- على ما بينهما من دقائق متباينة،

وذلك على خلاف الوضع في فرنسا؛ إذ يتشدد جمهور الفقه في مفهوم وشروط
الضرورة التي تسوّغ لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر.

2. أن الضرورة التعاقدية، وإن كانت تخرج من مشكاة الضرورة الدستورية، فإنها
تختلف عنها في بعض ملامحها وعلى وجه الخصوص في تطبيقاتها المتعددة
والمتابينة، ومن ثم اتساع نطاق سلطة الإدارة فيها أكثر منه في حالة الضرورة
الدستورية، لا يقدح في ذلك توسع القاضي الدستوري مؤخرًا في مفهوم الضرورة
الدستورية؛ ردًا إلى أن الأخيرة أخص معاني الضرورة عمومًا.

3. أن معيار الضرورة المسوّغة للتعاقد بالاتفاق المباشر، وهو الخشية المحققة من
توقف السير المنتظم والمطرّد للمرفق العام، معيارٌ مزدوج يجمع بين طبيعة الطرف
الذي يحمل فيه طيه خطرًا يتهدد المصلحة العامة التي يقوم المرفق على أمر
تحقيقها، وطريقة درء هذا الخطر ومدى تميزها عن غيرها من طرق التعاقد- أصلية
كانت أو استثنائية، في إشباع الحاجة المرفقية على النحو الذي تتبدد معه الخشية
من توقف السير المنتظم والمطرّد لسير المرفق.

4. توسّع المشرع العادي بشكل ملحوظ - ومستهجن فقهاً - في تطبيقات الضرورة
التي تسوّغ خروج الإدارة التعاقدية على القاعدة العامة في التعاقد العام، من غير
التحسّب لاحتمالية توسعها في تقرير اللجوء إليها بضوابط أو معايير موضوعية-
تمكن من وزن مشروعية تعاقداتها الاستثنائية، وذلك بالمخالفة للمبادئ الدستورية
المستقرة في شأن إبرام العقود الإدارية.

5. أن المشرع العادي، وقد أسهب في ذكر الحالات أو التطبيقات التي يتوافر لها وصف الضرورة التعاقدية، فموقفه محمول على الرغبة في التكريس لسلطة التقرير المستقلة للإدارة في مجال التعاقدات العامة، تزامناً مع الاتجاه الفقهي الحديث نحو تمكين الإدارة العامة من البت والتقرير النهائي في الكثير من المسائل التي طالما صُنِّفت سلفاً من بين أعمال البرلمان، وفي الوقت ذاته لتحقيق قدر من المرونة الإدارية في إشباع الحاجة المرفقية من طريق التعاقدات العامة، سيما في أوقات الضرورة التي يصعب فيها الاعتماد على طرق التعاقد الأصلية. بيد أن نهجه التوسعي محل نظر- كما سلف البيان؛ لافتقار هذه التطبيقات لضوابط محددة تحد من توسُّع الإدارة في الاستناد إليها في كثير من الفروض التي يصعب فيها تقدير مشروعية أعمالها.

6. أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة في تأطير سلطة الإدارة التعاقدية في تقرير اللجوء إلى التعاقد المباشر، من نظيره المصري؛ إذ وضع الأول العديد من الضوابط والقيود التفصيلية التي ترد سلطة التعاقد الاستثنائي، بينما اكتفى الثاني ببعض القيود العامة والشكلية في الوقت الذي أسهب فيه في تعداد الحالات التي يجوز فيها للإدارة الخروج على القاعدة العامة.

ثانياً: التوصيات

1. أهيب بالمشرع العادي، وقد برهنا على خطورة نهجه التوسعي في تحديد حالات الضرورة، على مشروعية تعاقدات الإدارة في الكثير من الأحيان التي تختبئ فيها

رغبة الإدارة في التحلل من طرق التعاقد الأصلية، خلف فكرة الضرورة التعاقدية غير السائغة، أن يعيد النظر ثانيةً في النصوص المنظمة لرخصة التعاقد بالاتفاق المباشر بدافع الضرورة؛ لضبط صلاحية ممارستها ببعض القيود التي تضعها في نصاب الاستثناء الحقيقي.

2. أهيب بالقاضي الإداري الوطني، وهو "الحصيف التقدمي"، أن يلتزم نهجاً صارماً في تقدير مشروعية لجوء الإدارة إلى التعاقد المباشر بذريعة الضرورة، قوامه التشدد في تفسير النصوص المسوّغة للتعاقد الاستثنائي بدافع الضرورة؛ يُعُول فيه على ما إذا كان إشباع الحاجة المرفقية على النحو الذي تنتفي معه الخشية من توقف السير المنتظم للمرفق، ممكناً من طريق وسيلة تعاقدية أخرى، ولو كانت استثنائية؛ باعتبار أن مناط مشروعية اللجوء إلى التعاقد المباشر، هو عدم مناسبة أية طريقة أخرى من طرق التعاقد لإشباع الحاجة المرفقية على النحو الذي يتحقق به هذا الإشباع من طريقها.

3. أهيب بالوحدات الإدارية على اختلاف درجاتها ومستوياتها الإدارية، وهي الموصوفة بالرشد الإداري، أن تحفظ مكانتها في نفوس المتعاملين معها بأن تحفظ لقانون التعاقدات العامة مكانته، فتقف على الغاية الدستورية من وراء أفراد التعاقدات العامة - دون غيرها - بقواعد وأحكام خاصة؛ فلا تعدل عن القاعدة العامة في التعاقد العام إلى طريقة التعاقد المباشر ذات الطابع الاستثنائي، إلا حيث ضرورة ملحّة حقيقية - غير متوهمة أو مصطنعة.

4. أهيب برجالات الفقه والباحثين في مجال القانون العام، أن يولوا قضية التعاقد العام من طريق وسائل التعاقد الاستثنائية، مزيداً من الاهتمام من الناحية الموضوعية، هذه الوسائل التي تقتصر إلى العديد من الضمانات التي حيزت لطرق التعاقد الأصلية، سيما وأن معطيات البيئة الإدارية، قد تحدونا إلى القول بعجز الطرق الأصلية ذاتها عن الحيلولة دون حدوث الكثير من الممارسات الإدارية الخاطئة في مجال التعاقدات العامة، ما يجعل من المعالجة البحثية الموضوعية لهذه الوسائل الاستثنائية، مطلباً ملجأً.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

وتقسّم إلى قسمين؛ أولهما باللغة العربية، وثانيهما باللغة الفرنسية.

أولاً: باللغة العربية:

[1] المؤلفات العامة:

1. أ. د. إبراهيم درويش: نظرية الظروف الطارئة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 10، العدد 4، أكتوبر ديسمبر 1966.
2. د. أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 52.
3. م. أحمد منصور: المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، المجلد الأول: وسائل إبرام العقد الإداري، د. ن، 1996، ص 23 وما بعدها.
4. أ. د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
5. أ. د. جمال جبريل: العقود الإدارية- إبرام العقد الإداري وصحته وفقاً للقانون 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، ط 4، بدون ناشر، بدون تاريخ.
6. حسين مقداد: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري- قراءة جديدة في أوصاف معايير الدستورية "القضائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020، ص 94 وما بعدها.
7. أ. د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة

- المعارف، الإسكندرية، 1982.
8. أ. د. شريف يوسف خاطر: مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، بدون ناشر، بدون تاريخ.
9. أ. د. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
10. أ. د. عبد الحميد متولي: الوسيط في القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1956.
11. أ. د. عبد الحميد متولي: نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، دون ناشر، 1975.
12. أ. د. فؤاد العطار: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
13. أ. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
14. أ. د. وجدي ثابت غبريال: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
15. أ. د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
16. أ. د. يسري العصار: نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

[2] المجالات العلمية

17. د. سعيد علي الشبلي، زينب محمد علي: نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري، مجلة الكوفة، ، العدد 41، ص 121 وما بعدها.

18. أ. د. عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد 66، العدد 362، أكتوبر 1975.

19. أ. ليث رافع خلف، أ. يعرب تائر حبيب: أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، العدد 4، ملحق رقم 3، ص 255.

[3] رسائل الدكتوراه والماجستير

20. د. هاني علي إبراهيم الطهراوي: نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري الأردني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 168 وما بعدها.

[4] المؤتمرات العلمية والمقالات الصحافية

21. أ. إبراهيم قاسم: "مفوضى الدستورية العليا" توصى بعدم دستورية قانون الطعن على عقود الدولة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع في 27 مارس 2017م.

22. جريدة الدستور الإلكترونية: أسباب فتوى مجلس الدولة بعدم خضوع "المخابرات" لقانون المناقصات، بتاريخ 29 أبريل 2015.

23. أ. سمر سلامة: هشام والى.. الإسناد المباشر بقانون المناقصات باب للفساد ويفتح طريق الوساطة، مقال صحفي منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع، الأربعاء 15 مارس 2017م.

24. أ. د. عزيزة الشريف: الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان: المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي، 1998م.

25. أ. عماد الحسيني: "المفوضين" توصي بإحالة قانون تحصين العقود الإدارية للمحكمة الدستورية، مقال منشور على موقع البوابة نيوز بتاريخ 17 سبتمبر 2014م.

26. أ. فريدة على: برلماني.. الإسناد المباشر أحد أبواب الفساد الذي تحدث عنه الرئيس، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة صدى البلد، الأحد 11 ديسمبر 2016م.

27. أ. معتز محمود: "الإسناد المباشر" يندر بانهيار قطاع المقاولات، مقال منشور بجريدة المال الإلكترونية (جريدة مصرية اقتصادية يومية)، بتاريخ 12 فبراير 2014.

[5] أحكام المحكمة الدستورية العليا

1. حكمها في القضية 70 لسنة 20 قضائية "دستورية"، جلسة 13 يناير 2008م،

مجموعة المكتب الفني، ص 793.

2. حكمها في القضية رقم 11 لسنة 23 قضائية "دستورية"، جلسة 5 مايو 2018م، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (ب)، السنة الحادية والستون، 13 مايو 2018م.

3. حكمها في القضية رقم 15 لسنة 18 ق. د، جلسة 2 يناير 1999م؛ حكمها في القضية رقم 1 لسنة 15 ق. د، جلسة 30 يناير 1993م؛ الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا (مكتبة حقوق الإنسان).

4. حكمها في القضية رقم 25 لسنة 16 قضائية دستورية، جلسة 3 يولييه 1995م، الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا.

5. حكمها في القضية رقم 56 لسنة 18 قضائية "دستورية"، جلسة 15 نوفمبر 1997م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن (من أول يوليو 1996 حتى آخر يونيو 1998، قاعدة رقم 64، ص 928.

6. حكمها في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية "دستورية"، جلسة السبت 5 أغسطس 1995م.

[6] أحكام المحكمة الإدارية العليا

1. حكمها في الطعن رقمي 30952 و31314 لسنة 56 ق عليا، جلسة 14 سبتمبر 2010م.

2. حكمها في الطعن رقم 11008 لسنة 48 قضائية عليا، جلسة 22 يونيو 2011م؛ منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد العربي للقضاء الإداري.

3. حكمها في الطعن رقم 11888 لسنة 52 قضائية عليا، جلسة 2 من أبريل 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة والخمسون (من أول أبريل 2008 إلى آخر سبتمبر 2008، الجزء الثاني، ص 988.

4. حكمها في الطعن رقم 15479 لسنة 56 ق. عليا، جلسة 25 فبراير 2015م.

5. حكمها في الطعن رقم 15479 لسنة 56 ق. عليا، جلسة 25 فبراير 2015م.

6. حكمها في الطعن رقم 1722 لسنة 32 ق. عليا، جلسة 26 يناير 1988.

7. حكمها في الطعن رقم 3207 لسنة 36 ق. عليا، جلسة 21 نوفمبر 1995.

8. حكمها في الطعن رقم 3463 لسنة 32 قضائية عليا، جلسة 7 أغسطس

1993، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة

الثامنة والثلاثون (من أول مارس سنة 1993 إلى آخر سبتمبر 1993)، الجزء

الثاني، ص 1592.

9. حكمها في الطعن رقم 40 لسنة 18 قضائية عليا، جلسة 29 يونيو 1976،

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية

والعشرون (من أول أكتوبر 1975 إلى آخر سبتمبر 1976)، ص 267.

10. حكمها في الطعن رقم 40 لسنة 18 قضائية عليا، جلسة 29 يونيو 1976،

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية

والعشرون (من أول أكتوبر 1975 إلى آخر سبتمبر 1976)، ص 267.

11. حكمها في الطعن رقم 74 لسنة 17 قضائية عليا، جلسة 28 أكتوبر 1978،

مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عامًا
(1965 : 1980)، ص 725..

12. حكمها في الطعن رقم الطعن رقم 7943 لسنة 46 قضائية عليا، جلسة 27
مارس 2004م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا(من
أول أكتوبر 2003 إلى آخر سبتمبر 2004)، السنة التاسعة والأربعون، ص 493.

13. حكمها في الطعن رقم الطعن رقم 7943 لسنة 46 قضائية عليا، جلسة 27
مارس 2004م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا(من
أول أكتوبر 2003 إلى آخر سبتمبر 2004)، السنة التاسعة والأربعون، ص 493.

14. حكمها في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا،
جلسة 1 مارس 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا في
السنة الثالثة والخمسين، الجزء الأول: من أول أكتوبر 2007 إلى آخر مارس
2008، ص 743.

15. حكمها في الطعون أرقام 4734 و 4861 و 4919 لسنة 50 قضائية عليا،
جلسة 1 مارس 2008، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا في
السنة الثالثة والخمسين، الجزء الأول: من أول أكتوبر 2007 إلى آخر مارس
2008، ص 743.

[7] أحكام محكمة القضاء الإداري

1. حكمها في الدعوى رقم 1180 لسنة 10 ق، جلسة 18 نوفمبر 1956،
مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة 11، ص 203.

2. حكمها في الدعوى رقم 12622 لسنة 63 ق، جلسة 22 يونيو 2010م.
3. حكمها في الدعوى رقم 329 لسنة 14 ق، جلسة 21 أبريل 1963، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الخامسة، ص 188.
4. حكمها في الدعويين رقمي 444 لسنة 7 قضائية، و730 لسنة 8 قضائية، جلسة 26 مارس 1966م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري (من أول أكتوبر 1965 إلى آخر يونيه 1966)، السنة الحادية عشرة، ص 565.

[8] فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

1. فتوى رقم 331 بتاريخ 17 / 6 / 2000، ملف رقم 54 / 1 / 342، مجلة البحوث المالية والضريبية، الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب.
2. فتوى رقم 88 بتاريخ 30/1/2005، جلسة 24 / 11 / 2004، ملف رقم 410/1/54.
3. فتوى رقم 146 بتاريخ 15 / 2 / 1998، جلسة 21 / 1 / 1998، ملف رقم 344/1/54.
4. فتوى رقم 422 بتاريخ 5 / 6 / 1991، جلسة 16 / 1 / 1991، ملف رقم 277/1/54.
5. فتوى رقم 146 بتاريخ 15 فبراير 1998م، جلسة 21 يناير 1998م، ملف رقم 344/1/54، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية خلال المدة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيو 2000، الجزء الأول، ص 928.

6. فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيه سنة 2000، الجزء الأول، ص 928.

7. فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيه 2000، الجزء الأول، ص 928.

8. فتوى رقم 146 بتاريخ 15/2/1998م، ملف رقم 344/1/54، جلسة 21 يناير 1998م، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في الفترة من أكتوبر 1996 إلى يونيه 2000، الجزء الأول، ص 928.

9. فتوى رقم 88 بتاريخ 30 /1 /2005 جلسه 1 /12 /2004، الملف رقم 416 /1 /54.

10. فتوى رقم 88 بتاريخ 30 /1 /2005، جلسة 1 /12 /2004، ملف رقم 416 /1 /54، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع منذ إنشائها عام 1946م وحتى عام 2005 في شأن العقود، الجزء الثاني، ص 1600 وما بعدها.

11. فتوى رقم 878 بتاريخ 26 /4 /2017م؛ الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة المصري.

[9] تقارير هيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة

1. تقرير هيئة مفوضى الدولة بمحكمة القضاء الإدارى "دائرة العقود الإدارية" فى الدعوى رقم 49065 لسنة 64 ق- بشأن بطلان عقد "بالم هيلز".
2. تقرير هيئة مفوضى المحكمة الإدارية العليا "الدائرة الثالثة" فى الطعين رقمي 30952، 31314 لسنة 56 ق. عليا- القضية المعروفة إعلامياً ب قضية مدينتي".

[10] الجريدة الرسمية والوقائع المصرية

1. الجريدة الرسمية، العدد 16 مكرر (ح)، السنة السابعة والخمسون، 22 جمادى الآخرة 1435هـ، الموافق 22 أبريل 2014م.
2. الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر (د)، بتاريخ 3 /10 /2018م.
3. الوقائع المصرية العدد 244 تابع (ب)، بتاريخ 31 /10 /2019م.

[11] المواقع والروابط الإلكترونية

<http://arabic.auaj.org/archives/5019>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y16.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y18.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-1-Y15.html>

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC->

[8-Y16.html](#)

<http://www.ecs.eg/archives/1613>

<https://almaalnews.com/>

<https://www.albawabhnews.com/794495>

<https://www.dostor.org/816361>

<https://www.elbalad.news/2528149>

<https://www.youm7.com/story/2017/3/15/>

<https://www.youm7.com/story/2017/3/27/%>

ثانياً: باللغة الفرنسية

[1] المؤلفات العامة والأوراق العلمية

1. André de L'aubader et Frank Moderne: Traité des Contrats Administratifs, Tom 2, 2 édition, 1984.
2. Aurélie Wattecamp: Le Régime des Contrats Administratifs, Fiche Pédagogique Virtuelle, La Faculté de Droit Virtuelle– Faculté de Droit de Lyon, 18 janvier 2010.
3. code de la commande publique.
4. Cours-de-droit.net: Les principes constitutionnels du droit des contrats administratifs, Sept. 19, 2019.
5. Direction des Affaires Juridiques Paris: Les marchés

publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant, Espace Commande Publique, Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes/ Fiches techniques, 1/1/2020.

6. Direction des Affaires Juridiques(DJA Français): L'urgence dans les contrats de la commande publique, Fiche, Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, Mise à jour le 01/04/2019.

7. Dr. Mamadou Yaya DIALLO: Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal, Faculté des Sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal, No Date.

8. Emily O'Reilly: Une bonne administration dans la pratique: les décisions du Médiateur européen en 2013, 15 septembre 2014.

9. Fallait Pas Faire Du Droit.fr: La théorie de l'imprévision, gage de la pérennité des contrats administratifs; (CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux), 5/2019.

10.-----: Le régime juridique des contrats administratifs: classification, conclusion, exécution et contentieux (cours), No éditeur, No Date.

11.-----: Les lois du service public: continuité, adaptabilité, égalité, laïcité, no éditeur, no Date.

12. Francis MER et autres: Comment garantir la continuité du service public, Fondation pour l'innovation politique, Janvier 2005, Paris – France.

13. Ghislain Foucault: Apprécier l'urgence à suspendre une mesure d'exécution: ébauche d'un «mode d'emploi», Dossier Contrats Publics, Procédures de référés: quel bilan en matière contractuelle, n° 132, mai 2013.

14. Hervé Letellier: Contrôle juridictionnel de l'urgence et recours aux contrats de partenariat, Dossier: Le PPP vecteur de relance?; Contrats Publics – n° 89 – juin 2009.

15. Hicham Rassafi-Guibal: crise sanitaire et contrats administratifs: quand l'urgence fragilise le droit. à propos de l'ordonnance n° 2020-319, chronique classée dans dossier,

droit administratif, appartient au dossier: "[colloque virtuel] droit et coronavirus. le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles", 2020.

16. Jacques CHEVALLIER: Les Fondements Idéologiques du Droit Administratif Français, No éditeur, No Date.

17. Jacques Robert: Les Situations D'urgence en Droit Constitutionnel, R.I.D.C., 1990.

18. Jean-Marc Sauvé & Stéphane Eustache: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Discours 27 juin 2014.

19. Jean-Marc Sauvé et Chloé Szafran: Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que choisir et comment choisir?, Entretiens du Palais-Royal 16 décembre 2008, Discours 16 décembre 2008.

20. Jean-Marc Sauvé: L'actualité du contentieux des contrats publics, 4èmes États généraux du droit administratif, Maison de la chimie, Discours 27 juin 2014.

21. Jean-Marc Sauvé: Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-

en-Provence, Vendredi 17 mars 2017.

22. La Direction des Affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ): La passation de commandes publiques urgentes ou « de marchés publics en urgence», Annexe 3, 21 avril 2020.

23. Le ministère français de l'économie et des finances (Direction des Affaires Juridiques): Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique; Questions-réponses, 2020.

24. OECD: Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement, 2013.

25. Ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020 relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre Ier du code de la construction et de l'habitation.

26. Organisation Internationale de Droit du Développement(OIDD): Les Marchés Publics dans Les Pays en Développement Leçons Apprises des Activités Récentes de L'IDLO, Actualités du droit du développement, N° 1, Rome, Italie, 2007.

27. Sophie Lapisardi: Marchés Publics.. Quand l'urgence commande, Le Moniteur, Réglementation, 19 mars 2010.

28. Thomas Luijken & Maíra Martini: Le Rôle de La Passation de Marchés Publics en Ligne dans La Lutte Contre La Corruption, Transparence International, 28 août 2014, p. 2.

29. Transparency International: Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide, 2014.

30. Ulrich Stelkens: Les principes généraux paneuropéens de bonne administration – Présentation d'un projet, researchgate, July 2018.

[2] رسائل الدكتوراه والماجستير

1. Amira TLILI: Réforme de la réglementation des marchés publics en Tunisie: Étude comparée avec les normes internationales, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, Master « Administration publique » Parcours « Administration publique générale », 2014.

2. Cédric BECUE: Le Respect des Principes Fondamentaux de La Commande Publique dans La Négociation, Enjeux théoriques et pratiques, Master 2 Droits Publics des Affaires

Parcours Contrats Publics, l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, 2017.

3. Marie-Charlotte Bontron: Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse du doctorale, Faculté de Droit de Montpellier, Université Montpellier, France, 2015.

4. Mathias Amilhat: Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, Mémoire en droit public, l'Université de Lille, No Date.

5. Muhannad AJJOUR: La Notion de Liberté Contractuelle en Droit Administratif Français, Thèse de doctorat en Droit public, Ecole doctorale Georges Vedel (droit administratif, sciences administratives et science politique), Université Panthéon-Assas Paris II, France, 2016.

6. Samir BOUCHBAT: L'accès de la petite et moyenne entreprise aux marchés publics au Maroc et en France, Essai d'analyse à la lumière de la réforme du droit de la commande publique européen et français, Master du Droit, Ecole nationale d'administration, Université de Strasbourg, 2016.

[3] الدوريات والمجلات العلمية

1. Claire Mongouachon: Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, La Revue des Droits de l'Homme, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (Nanterre), 2017.
2. Gilles Guiheux: La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français: entre novation et tradition, Revue générale de droit, Volume 36, numéro 4, Faculté de droit et de science politique, Université de Rennes, 2006.
3. Pierre Moisan: Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, Les Cahiers de droit, Volume 35, numéro 2, 1994.

[4] أحكام المجلس الدستوري الفرنسي:

1. Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017; M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]
2. Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020; Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions

3. Décision n° 14 avril 2005. Aéroport de Paris.
4. Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000; Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001.
5. Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003; Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.
6. Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008; Journal officiel du 29 juillet 2008, page 12151, texte n° 2, Recueil.
7. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation.

Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; Loi de nationalisation.

Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994; Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes.

Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997; Loi créant les plans d'épargne retraite.

Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999; Loi relative au

pacte civil de solidarité.

[5] أحكام مجلس الدولة الفرنسي

1. CE, 14 février 2017, GPMB, n° 405157.
2. CE 4 août 1905, Martin, précité.
3. CE 4 août 1905, Martin, Rec. 749, GAJA n°15.
4. CE, du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon;
Compagnie générale française des tramways.
5. CE, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclairage de
Bordeaux.
6. CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de
Bordeaux.
7. CE 9 décembre 1934, Chambre de commerce de
Tamatave, Rec. 1034.
8. CE, 23 février 1990, Commune de Morne-à-L'eau, n°
69588.
9. CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la
Réunion, n° 117717.
10. CE, 8 janvier 1992, Préfet, Commissaire de la République
du département des Yvelines, n° 85439.

- 11.CE, 7 /10 SSR, du 30 septembre 1996, 164114.
- 12.CE, 7 /10 SSR, du 4 avril 1997, 145388, publié au recueil Lebon.
- 13.CE, Section, du 28 janvier 1998, 138650, publié au recueil Lebon.
- 14.CE, 8 février 1999, Préfet de la Seine-et-Marne, n° 150919.
- 15.CE, Assemblée, du 5 mars 1999, 163328, publié au recueil Lebon.
- 16.CE, Décision N°329100, 10 février 2010, M. P.
- 17.CE, 21 mars 2011, Cne de Béziers, req. n°304806 : BJCP 2011, n°76, p. 170, concl. Cortot-Boucher ; CP-ACCP, n°110, mai 2011, p. 64 et s., note G. Le Châtelier.
- 18.CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique n° 396191.
- 19.CE, 24 mai 2017, Société Régale des îles, n° 407213.